Actes et documents de la Treizième session

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

Tome II

Régimes matrimoniaux
Matrimonial property regimes

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

ISBN 90 12 01592 8

Avis au lecteur

Le présent tome contient les procès-verbaux des discussions de la Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé concernant la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Les autres travaux de cette Session figurent dans les autres tomes des *Actes et documents de la Treizième session,* à savoir: Tome I, Matières diverses; Tome III, Mariage; Tome IV, Contrats d'intermédiaires.

Dans ce tome, on trouve tout d'abord un certain nombre de documents préliminaires: un questionnaire commenté sur les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, établi par M. G. A. L. Droz, complété par les réponses des Gouvernements, les conclusions de la Commission spéciale de février-mars 1975, l'avant-projet de Convention élaboré par la Commission spéciale de juin 1975 et le Rapport explicatif de M. A. E. von Overbeck ainsi que les observations des Gouvernements sur cet avant-projet.

Suivent les procès-verbaux et documents de travail de la Première commission chargée de la matière à la Treizième session. Enfin, le tome contient les procès-verbaux des séances plénières qui ont approuvé le projet de Convention, le texte de la Convention adoptée et le Rapport explicatif de M. A. E. von Overbeck. Ce Rapport ne se borne pas à compléter le Rapport de la Commission spéciale, mais constitue un commentaire autonome de la Convention. On trouvera à la fin du tome des tables permettant de retrouver rapidement les discussions sur un point particulier.

La Treizième session a élaboré, pour tous les projets de conventions et les décisions, des textes français et anglais équivalents. Conformément à une pratique qui s'est développée au cours des trois dernières Sessions, les interventions ont été rendues en français ou en anglais, selon la langue employée par l'orateur.

Le présent volume peut être commandé, séparément ou avec les autres à l'Imprimerie Nationale des Pays-Bas, 1, Christoffel Plantijnstraat à La Haye, ou par l'intermédiaire des librairies.

Le Secrétaire général
de la Conférence,

M. H. VAN HOOGSTRATEN

Le Président
de la Treizième session,

J. C. SCHULTSZ

Treizième session

Travaux préliminaires

Liste des documents [1]

Questionnaire commenté sur les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, établi par Georges A. L. Droz et Réponses des Gouvernements. – *(Documents préliminaires No 1 de février 1974 et No 2 d'octobre 1974), infra* p. 9.

Les régimes matrimoniaux en droit international privé. Enseignements et conclusions tirés de l'étude comparative, Rapport établi par Georges A. L. Droz. – Matrimonial Property Matters in Private International Law. Lessons and Conclusions drawn from the Comparative Study, Report drawn up by Georges A. L. Droz. – *(Document préliminaire No 3 de décembre 1974), infra* p. 111.

Conclusions provisoirement adoptées par la Commission spéciale de février-mars 1975. – Conclusions provisionally adopted by the Special Commission of February-March 1975. – *(Document préliminaire No 4 de mars 1975), infra* p. 128

Avant-projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, adopté par la Commission spéciale et Rapport de M. Alfred E. von Overbeck. – Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes adopted by the Special Commission and Report by Alfred E. von Overbeck. – *(Document préliminaire No 5 d'août 1975), infra* p. 132.

Observations des Gouvernements sur l'Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 16 juin 1975 et sur le Rapport de M. Alfred E. von Overbeck. – *(Document préliminaire No 6 d'août 1976), infra* p. 179.

[1] La table des matières se trouve à la fin du présent tome.

Questionnaire commenté sur les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux

ETABLI PAR GEORGES A. L. DROZ

et Réponses des Gouvernements

(Documents préliminaires No 1 de février 1974 et No 2 d'octobre 1974)

Note du Bureau Permanent

Le questionnaire commenté est divisé en trois parties.
La première partie, relative à la détermination de la loi applicable, a fait l'objet de questionnaires et de commentaires adaptés au droit de chacun des Pays membres. En effet, certaines questions posées, pertinentes pour certains systèmes juridiques, n'auraient eu aucun sens pour d'autres systèmes se développant sur des bases différentes. Il en résulte que les réponses des Gouvernements ont été placées à la suite de chaque question commentée dans le cadre du pays étudié. Par contre les seconde et troisième parties ont fait l'objet d'un questionnaire uniforme pour tous les Pays membres. En conséquence les réponses des Gouvernements sont reprises successivement à la suite de chacune de ces parties du questionnaire commenté.

Note from the Permanent Bureau

The Questionnaire with Commentary is divided into three parts.
The first part, dealing with the determination of the applicable law, was the subject of questionnaires and commentary adapted to the laws of each of the Member States. In fact, some of the questions asked, particular to certain legal systems, would have no point with regard to other systems which take off from different bases. This is why the replies of the Governments have been placed following each question and related commentary, in the context of the country under study. Conversely, the second and third parts dealt with all Members States by means of a uniform questionnaire. Consequently, the replies of the Governments have been set out in order following each of the parts of the Questionnaire with Commentary.

Première partie: Détermination de la loi applicable au régime matrimonial

Part One: Determination of the Law Applicable in Matrimonial Property Matters

Allemagne

Remarque préliminaire du Gouvernement allemand: *les divers points du questionnaire qui n'ont pas été retenus dans les réponses n'appellent aucune considération additionnelle.*

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

L'article 15, alinéa premier, EGBGB prévoyant que le régime matrimonial se règle d'après la loi allemande quand le mari était Allemand lors de la conclusion du mariage, la jurisprudence et la doctrine allemandes sont unanimes à reconnaître que cette disposition doit être généralisée (v. Ch. Reithmann, «Das Ehegüterrecht in deutschen internationalen Privatrecht», in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé,* Bruxelles 1963, p. 232 et G. Kegel, *Internationales Privatrecht,* 3e éd., p. 319). L'application de la loi du mari au régime matrimonial n'a pas été considérée comme contraire au principe constitutionnel d'égalité entre le mari et la femme (BGH 5.2.1954, *NJW* 1954. 837).

Réponse

L'opinion selon laquelle l'article 3 de la loi fondamentale n'est pas violé par l'article 15 EGBGB *(Loi d'introduction au Code civil allemand) prévoyant le rattachement à la nationalité du mari se heurte à des réserves de plus en plus grandes; on estime, toutefois, que le règlement prévu à l'article 15* EGBGB *est applicable eu égard à la protection de la confiance placée en cette disposition (voir Henrich,* Familienrechtszeitung–FamRZ–1974, *p. 105).*

2 Correctif du renvoi

La règle donnant compétence à la loi nationale du mari peut-elle être modifiée par l'effet du mécanisme du renvoi?

L'article 27 EGBGB consacre le renvoi au premier degré lorsque la loi étrangère applicable, en l'espèce la loi nationale du mari, donne compétence à la loi allemande. Mais il semble que la jurisprudence allemande ait élargi le domaine d'application du renvoi et l'ait étendu au cas du renvoi au second degré (v. H. Lewald, «La théorie du renvoi», *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* t. 29, 1929, IV, p. 545 et s.; v. comme acceptant le renvoi au second degré en matière de régime matrimonial, M. Ferid in *Droit international privé de la famille en France et en Allemagne,* éd. française, p. 104, Kegel, *op. cit.,* p. 147 et s., toutefois il semble qu'il subsiste encore des controverses sur l'élargissement du mécanisme du renvoi, v. Kegel, *op. cit.,* p. 149).

Réponse

La doctrine et la jurisprudence ont élargi le domaine d'application de l'article 27 EGBGB *qui ne porte pas seulement sur le cas du renvoi au premier degré.*

3 Défaillance du rattachement

Comment le droit interne applicable est-il déterminé lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique non unifié territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, Espagne, etc.)?

Si le droit national du mari connaît une règle de conflit interrégionale (comme par exemple en droit espagnol), il semble que l'on en fera application.
S'il n'existe pas de règle interrégionale, le mécanisme du renvoi pourra permettre de déterminer la loi interne applicable (les systèmes territorialement plurilégislatifs donnant généralement compétence à la loi du domicile et éventuellement à la loi réelle en matière immobilière). Mais si le domicile est situé hors de l'Etat de la nationalité du mari et que le droit du domicile n'accepte pas sa compétence, on peut hésiter entre plusieurs solutions: application de la loi du dernier domicile dans le pays national (RG 30 novembre 1906, 64 RGZ 389), la loi en en vigueur dans la capitale s'il n'y a jamais eu de domicile dans le pays (KG 20 août 1936, *JW* 1936.3582, LG Hambourg 2 septembre 1936, *JW* 1936.3492) ou enfin l'application, à titre subsidiaire, du droit interne du pays du domicile, solution qui semble être actuellement généralement suivie (v. Kegel, p. 158 qui préconise une hiérarchie des rattachements).

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il résulte de la teneur de la règle de conflit allemande que l'on doive appliquer la loi nationale du mari à l'ensemble des biens des époux sans que l'on tienne compte de leur situation ou de leur nature mobilière ou immobilière.
Toutefois, on peut se demander si l'acceptation du mécanisme du renvoi ne risque pas de remettre en jeu le principe de l'unité dans la mesure où le droit allemand accepterait le renvoi de la loi nationale à la loi allemande de la situation de certains biens immobiliers.

b *Comment le principe de l'unité est-il assuré lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger sur la base d'une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit allemande?*

Des époux sont considérés comme mariés sous le régime de communauté du droit français à raison de la nationalité française du mari. Certains biens qui font partie de cette communauté sont liquidés en Angleterre sur la base de la loi anglaise du domicile et attribués à un seul des époux en raison du régime de séparation de biens. Le régime matrimonial devant être liquidé en Allemagne, comment pourra-t-on y rétablir l'équilibre au profit de l'époux lésé par l'application des règles anglaises?
On se demande si l'on peut utiliser l'article 28 EGBGB pour éviter de sanctionner dans un tel cas d'espèce la non-application de la règle de conflit allemande.

Réponse

L'article 28 EGBGB *doit être interprété dans un sens très large. Dans tous les cas où l'Etat étranger exige – indépendamment du statut des régimes matrimoniaux normalement applicable – l'application de son droit interne (des régimes matrimoniaux) pour les objets situés sur son territoire – le statut commun normalement applicable fait place au droit du pays étranger (Erman-Arndt, article 28* EGBGB, *note 4; Palandt-Heldrich, article 28* EGBGB, *remarque No 2); une exception se présente lorsqu'un autre statut commun est applicable dans le lieu où l'objet est situé; alors le droit allemand n'est pas supplanté.*

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement à la loi nationale du mari est-il permanent ou subit-il de plein droit des modifications si ladite loi nationale change?*

L'article 15, alinéa 2, EGBGB pose expressément le principe de la permanence du rattachement puisqu'il dispose que si après avoir contracté mariage, le mari acquiert la nationalité allemande, ou si des époux étrangers ont leur domicile en Allemagne, on applique au régime matrimonial la loi de l'Etat auquel appartenait le mari lors de la conclusion du mariage.

b *Si la loi applicable au régime matrimonial change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Allemagne le régime matrimonial des époux?*

Un grand nombre de législations étrangères, à l'instar de la législation allemande elle-même, ont modifié les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant les régimes à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts (U.R.S.S. et démocraties populaires, Israël, etc.). Les dispositions nouvelles étant déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, il semble que l'on doive, en Allemagne tenir compte de la transformation du régime provoqué par la loi interne applicable même si les époux sont domiciliés en Allemagne.

Réponse

Il y a lieu de signaler qu'à l'introduction du régime de la communauté de partage des acquêts on a donné aux époux la possibilité de maintenir le régime matrimonial antérieur moyennant une déclaration unilatérale (voir article 8, I, No 3 de la Loi sur l'égalité de l'homme et de la femme du 18 juin 1957, Bundesgesetzblatt I, *p. 609).*

c *La permanence du rattachement est-elle maintenue lorsque les époux ont pris en Allemagne la qualité de réfugiés?*

A la suite d'une longue controverse relative au sort des réfugiés ressortissants du peuple allemand qui se sont mariés lorsqu'ils étaient encore de nationalité étrangère, plusieurs thèses se sont affrontées: la thèse de la pétrification du régime dans la teneur qu'il avait à l'époque du mariage, la thèse de l'adaptation appliquant la loi étrangère non pas dans sa teneur ancienne mais dans sa teneur actuelle et enfin la thèse de la mutabilité. Finalement c'est ce dernier système qui a été consacré par la législation. En effet, la loi du 4 août 1969 (*Bundesgesetzblatt* 1969, No 71, p. 1065), applicable à tous les réfugiés et expulsés installés en Allemagne, a décidé que leur serait applicable le régime légal allemand de la communauté différée des augments (sous réserve de la manifestation d'une volonté contraire avant le 31 décembre 1970).

Réponse

Il semble être généralement admis que le principe de la permanence est applicable aux réfugiés et expulsés sous la forme qu'il avait à l'époque où a eu lieu le changement de zones ou l'expulsion (voir BGH *– Cour fédérale de Justice – tome 40, p. 32). Pour les expulsés et réfugiés ayant leur résidence habituelle en République fédérale d'Allemagne ou à Berlin-ouest, il existe une disposition légale spéciale, selon laquelle le régime matrimonial de la loi étrangère est repris dans le régime matrimonial du Code civil allemand, à moins que l'un des époux n'y ait fait opposition avant le 31 décembre 1970 (voir la Loi applicable au régime matrimonial des expulsés et réfugiés du 4 août 1969,* Bundesgesetzblatt I, *p. 1067).*

d *Qu'en est-il lorsque des époux qui n'ont pas acquis la qualité de réfugiés en Allemagne ont changé de nationalité avant la modification de la loi qu'avait le mari au moment du mariage?*

Des époux sont soumis à la loi A en raison de la nationalité du mari. Cette loi prévoit la séparation de biens. Le mari acquiert la nationalité française ou allemande. Par la suite la loi du pays A transforme la séparation de biens en communauté d'acquêts. En raison du système de la permanence, les époux sont toujours soumis à la loi de A. Devra-t-on pétrifier le régime dans la teneur qu'il avait au moment où le mari a changé de nationalité (séparation de biens) ou devra-t-on appliquer la loi A dans sa teneur actuelle (communauté d'acquêts)? L'Oberlandgericht Stuttgart dans sa décision du 4 décembre 1957 (*IPRspr* 1956–1957, No 109) et le *Bayerisches Oberlandes Gericht* dans ses décisions du 17 mars 1959 (*NJW* 1959, 1042) et du 28 mars 1961 (*FamRZ* 1961.319) ont refusé de faire application de la loi nouvelle tchécoslovaque à des époux qui avaient déjà perdu la nationalité tchécoslovaque et résidaient comme Allemands en République fédérale avant la transformation du droit tchécoslovaque. Mais ces décisions ont pu être influencées par le fait qu'il s'agissait de «réfugiés ressortissants allemands». On se demande quelle est la solution à suivre dans le cas où le problème des réfugiés n'entre pas en ligne de compte.

Réponse

La jurisprudence prévoyant la pétrification du statut des régimes matrimoniaux s'explique par les circonstances particulières résultant de la fuite et de l'expulsion massives. Ces principes ne sont toutefois pas applicables aux non-réfugiés; pour cette dernière catégorie de personnes les modifications ultérieures du droit de domicile sont valables (voir Oberlandesgericht Stuttgart, NJW *1958, 1972).*

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de leur loi nationale ou de la loi nationale du mari?*

Il semble bien que la norme de l'article 15 EGBGB ait un caractère impératif et que les époux n'aient pas le droit de soumettre par contrat de mariage leur régime matrimonial à une loi autre que celle désignée par la règle de conflit allemande, compte tenu du jeu éventuel du renvoi.

Cependant une importante exception est apportée au système: lorsqu'à l'époque de la célébration du mariage l'un des époux a son domicile à l'étranger, la référence à un régime en vigueur en ce lieu est autorisée (article 1409 BGB).

2 *Lorsque le rattachement à la loi nationale du mari a un caractère impératif, un contrat de mariage soumis à une loi autre serait-il totalement inefficace ou pourrait-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Allemand et une Française, tous deux domiciliés en Allemagne, établissent en France un contrat de mariage soumis au droit français et dans lequel ils adoptent le régime de la communauté d'acquêts. Ce contrat qui normalement devrait être soumis au droit allemand, sera-t-il totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront soumis au régime légal de la communauté différée des augments, ou peut-on tenir compte du fait que la loi allemande permet également aux époux d'adopter par contrat l'ancien régime conventionnel de la communauté d'acquêts?

Réponse

La teneur du contrat de mariage est définie par l'article 1409 du Code civil allemand. En vertu de l'article 1409, alinéa 1, le régime matrimonial ne peut, en principe, pas être déterminé par renvoi à une loi étrangère ou à une loi interne qui n'est plus en vigueur. Aux termes de l'alinéa 2, une exception n'est valable ici que si, à l'époque de la célébration du mariage ou lors d'une conclusion ultérieure du contrat de mariage l'un des époux a son domicile à l'étranger et qu'il y a référence à un droit étranger. Les contrats qui ne répondent pas aux conditions requises par l'article 1409 du Code civil allemand sont nuls et non avenus.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Le système allemand semble sur ce point assez souple. En effet, l'article 15, alinéa 2, EGBGB permet aux époux de conclure un contrat de mariage, alors même qu'ils ne jouiraient pas de semblables facultés aux termes de la loi nationale du mari au moment de la célébration, lorsque le mari devient allemand ou que les époux établissent en Allemagne leur domicile. Cette possibilité est interdite dans les relations avec les Etats contractants à la Convention de La Haye de 1905 sur les effets patrimoniaux du mariage (RB 26.2.1925 *DNotZ* 1927.59 relatif à des époux néerlandais). Inversement, en vertu de l'article 1409 BGB des époux normalement soumis au droit allemand pourraient par contrat de mariage postérieur choisir un régime conventionnel soumis à la loi du domicile qu'ils ont au moment du contrat: des époux allemands qui installent leur domicile en Suisse peuvent donc valablement, aux yeux du droit allemand, adopter un régime matrimonial suisse.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Il semble que la capacité de passer un contrat de mariage soit soumise distributivement à la loi nationale de chacun des époux (v. Ch. Reithmann, *op. cit.*, p. 238).

Réponse

La capacité de passer un contrat de mariage est soumise à l'article 7 de la Loi d'introduction au Code civil allemand (EGBGB).

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Il semble que conformément à la règle posée à l'article 11, alinéa premier, EGBGB, le contrat de mariage sera valable en la forme s'il répond aux conditions requises soit par la *lex causae* (loi applicable au régime lui-même) soit par la loi du lieu de rédaction (en ce sens Reithmann, *op. cit.*, p. 238).

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère est-il opposable de plein droit à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières à effectuer en Allemagne?

Selon l'article 16 EGBGB, si des époux étrangers ou des époux ayant acquis la nationalité allemande après la célébration de leur mariage, ont leur domicile en Allemagne, les dispositions de l'article 1435 du Code civil (actuellement l'article 1412) concernant l'inscription au registre du régime des biens et les effets à l'égard des tiers seront applicables, le régime légal étranger étant assimilé à un régime conventionnel.
Ainsi pour avoir effet à l'égard des tiers, un régime conventionnel qui exclut ou modifie le régime légal allemand, ou un régime légal étranger différent du régime légal allemand, doit être enregistré au registre matrimonial du domicile des époux en Allemagne ou connu du tiers lors de la passation de l'acte.
Lorsque les époux habitent l'étranger et n'ont pas de siège commercial en Allemagne, aucune inscription au registre matrimonial n'est possible faute de tribunal compétent. On se demande alors quel est l'effet du régime conventionnel ou légal étranger à l'égard des tiers.

Réponse

Si l'inscription du régime matrimonial au registre des biens n'est pas possible, le régime matrimonial étranger, légal ou conventionnel, n'est opposable à l'égard des tiers que si l'existence du régime matrimonial était connue des tiers lors de la passation de l'acte (§ 1412 BGB, *art. 16* EGBGB).

Argentine

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article 162 du Code civil modifié par l'article 3 de la loi sur le mariage civil du 2 novembre 1888 modifié par la loi du 12 novembre 1889 (texte français dans Makarov, *Recueil de textes concernant le droit international privé*, Vo Argentine), *à défaut d'un contrat de mariage et d'un changement du domicile matrimonial, la loi du lieu de la célébration du mariage régit les biens meubles des époux, sans égard au lieu de leur situation et de leur acquisition. Si un changement de domicile a eu lieu, les biens acquis par les époux avant ce changement sont régis par les lois de leur premier domicile. Les biens acquis après ce changement sont régis par les lois de leur nouveau domicile.*
Pour le cas où il n'y a pas eu changement de domicile matrimonial des époux, on peut se demander s'il convient d'appliquer la loi du lieu de célébration du mariage, et non pas celle du domicile matrimonial, lorsque ces lois diffèrent! Un couple se marie à New York mais établit et maintient son domicile matrimonial en Argentine. Y-a-t-il lieu d'appliquer la loi de New York ou la loi argentine? Goldschmidt et Rodriguez-Novas écrivent que la doctrine tend à ignorer la référence à la loi du lieu de célébration du mariage et est en faveur de l'application de la loi du domicile *(American-Argentine Private International Law*, p. 59, note 308; v. aussi Goldschmidt, *Suma de derecho internacional privado*, 2 éd. 1961, p. 157).
Les biens immeubles sont soumis à la loi du lieu de leur situation (article 163 du Code civil modifié par l'article 6 de la loi précitée sur le mariage civil).

2 Correctif du renvoi

Les rattachements prévus par l'article 162 du Code civil peuvent-ils être modifiés par le mécanisme du renvoi?

Si la loi du lieu de célébration du mariage ou la loi du domicile donnent en l'espèce compétence à la loi nationale des époux ou à la loi nationale du mari, tiendra-t-on compte de ce renvoi? *Exemple:* des époux français étaient mariés et domiciliés en Italie. Par la suite ils établissent leur domicile matrimonial en Argentine. Lors de la liquidation du régime matrimonial en Argentine, fera-t-on application pour apprécier la loi applicable aux biens acquis avant leur installation de la loi interne italienne (séparation de biens) ou admettra-t-on le renvoi de la loi italienne à la loi nationale française des époux (communauté de biens)?

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer le droit interne applicable si le lieu de célébration du mariage ou le domicile des époux sont situés dans un système interpersonnel (Liban, Iran, etc.)?

On peut, pour résoudre cette question, faire usage du mécanisme du renvoi, les systèmes juridiques interpersonnels donnant généralement compétence à la loi nationale des époux ou du mari. Mais si le système argentin rejette en l'espèce le mécanisme du renvoi, comment le droit applicable sera-t-il déterminé? Tentera-t-on de déterminer le système confessionnel le plus apte à régir les relations pécuniaires entre époux? Fera-t-on application de la loi argentine du for? Autre solution?

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable s'étend-elle à l'ensemble des biens des époux ou doit-on tenir compte de leur nature mobilière ou immobilière et de leur situation?*

Le système argentin est celui de la scission entre meubles

et immeubles. Ces derniers étant soumis à la loi réelle. Les meubles, par contre, sont soumis à la loi du domicile quelle que soit leur situation. Il n'en reste pas moins que le système argentin suit le système de l'unité en matière mobilière. Les meubles sont soumis à la loi du lieu de célébration ou du domicile sans que l'on tienne compte de leur situation.

b *Comment la sanction du principe de l'unité en matière mobilière est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit argentine?*

On doit liquider en Argentine le régime matrimonial d'un couple italien et domicilié en Argentine. La loi argentine est normalement applicable et les époux sont placés sous le régime de la société conjugale. Or en Italie certains biens qui tombent dans la communauté sont liquidés sur la base de la séparation de biens au profit d'un seul époux. L'époux lésé par l'application des règles italiennes pourra-t-il rétablir l'équilibre en Argentine par l'exercice d'un prélèvement compensatoire?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Une modification de la circonstance de rattachement, le domicile matrimonial, entraîne-t-elle de plein droit le changement de la loi applicable?*

Le droit argentin adopte expressément en matière mobilière le système de la mutabilité de la loi applicable au régime matrimonial: en cas de changement de domicile des époux, ceux-ci se trouvent placés sous la loi de leur nouveau domicile. Les droits acquis sous l'empire de l'ancienne loi du domicile sont néanmoins respectés (article 162, al. 2 du Code civil modifié préc.).

b *Si la loi normalement applicable change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles s'appliquent aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Argentine le régime matrimonial des époux?*

Eu égard au système de la mutabilité en vigueur en Argentine, le problème ne peut se poser de manière pratique que dans les conditions suivantes: des époux à raison de leur premier domicile matrimonial et du lieu de célébration du mariage étaient soumis à la loi allemande. A l'époque du mariage la loi allemande a institué un régime à tendance séparatiste (communauté d'administration ou séparation de biens). Par la suite les époux ont transféré leur domicile matrimonial en Argentine. Ils restent soumis aux lois allemandes pour ce qui concerne les biens acquis auparavant. Mais la loi allemande a transformé en 1958 le régime matrimonial et institué une communauté des augments. Lors de la liquidation des biens des époux en Argentine, pourra-t-on tenir compte pour ce qui concerne les biens acquis au temps du domicile allemand des dispositions nouvelles de la loi allemande ou devra-t-on pétrifier les relations des époux dans la teneur qu'elles avaient au moment où ils ont changé de domicile?

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

Les époux peuvent-ils, par contrat de mariage, soumettre le régime matrimonial à une loi autre que celle du premier domicile matrimonial?

L'article 161 du Code civil modifié par la loi du 2 novembre 1888 sur le mariage civil amendé par la loi du 12 novembre 1889 prévoit que le contrat de mariage régit les biens matrimoniaux, quelles que soient les lois du pays de la célébration du mariage.
Cette règle signifie-t-elle que le système argentin admette l'autonomie totale de la volonté des époux qui peuvent donc choisir librement la loi applicable à leur régime matrimonial conventionnel?
De toute façon, il semble que la règle ne vaut que pour ce qui concerne les biens mobiliers; Goldschmidt et Rodriguez-Novas (*op. cit.* p. 59 et note 305) écrivent en effet que la loi argentine reste compétente pour ce qui concerne les immeubles situés en Argentine en raison des termes exprès de l'article 163 précité du Code civil.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux peuvent-ils, au cours du mariage, changer la loi applicable à leur régime matrimonial?

On a vu que, dans le système argentin, lorsque les époux changent de domicile, ils sont soumis, pour ce qui concerne les meubles à la loi de leur nouveau domicile. Est-il possible aux époux de s'opposer à cette transformation en stipulant par contrat de mariage qu'ils restent soumis à la loi antérieure?
Lorsque les époux établissent au cours du mariage leur domicile en Argentine, peuvent-ils établir un contrat de mariage dans les limites permises par le droit argentin ou sont-ils nécessairement soumis à la société conjugale attendu que selon le droit interne argentin le contrat de mariage doit être antérieur au mariage (article 1219 du Code civil).

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de conclure un contrat de mariage?

Fait-on application de la loi applicable au régime matrimonial ou, au contraire, fait-on application de la loi personnelle de chacun des époux? Dans l'affirmative, cette loi personnelle est-elle bien la loi du domicile de chacun des époux au moment du mariage?

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme des conventions matrimoniales?

Il ne semble pas qu'il existe de dispositions spécifiques au contrat de mariage. Les règles générales de l'article 12 du Code civil semblent devoir s'appliquer: «Les formes et les formalités des contrats et de tout acte public sont régies par les lois du pays où ils sont passés».

III EFFET DU RÉGIME DES BIENS À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère en vertu de la règle de conflit argentine, est-il opposable aux tiers ou exige-t-on à cet effet une publicité ou un enregistrement à effectuer en Argentine?

Australie

I THE EFFECT OF MARRIAGE ON THE PROPRIETARY RIGHTS OF HUSBAND AND WIFE MARRIED WITHOUT AN ANTENUPTIAL CONTRACT. – THE STATUTORY MARITAL PROPERTY REGIME ('RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL')

A Connecting factors

1 Principles

What law is applicable to the marital property regime or system prescribed by law?

With respect to movables, it appears to be generally accepted in Australia that the proprietary rights of spouses who have not expressly entered into an antenuptial contract are subject to the law of the matrimonial domicile, *i.e.* the law of the husband's domicile at the time of marriage [P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia,* 2nd ed. 1971, p. 650, which makes reference, in particular, to *Re Martin* (1900), P. 211 and *Re Egerton's Will Trusts* (1956) 1 Ch. 593]. According to Nygh (*op. cit.,* pp. 650–651): 'Where there is no express agreement between the parties the court may in appropriate circumstances infer that the parties intended that the law of a future matrimonial domicile should apply' (see, to the same effect, Cheshire, *Private International Law,* 8th ed., p. 563).
With respect to immovables, it appears that, in the absence of an antenuptial contract, reference should be made to the *lex situs.* Nygh refers to *Welch v. Tennent* (1891) A.C. 639 and to *Callwood v. Callwood* (1960) A.C. 659, (1960) 2 All E.R. 1; however, that author would find it to be unfortunate if the courts of Australia adopted the formal and systematic scission between movables and immovables which is accepted in American law (p. 655). He accepts the proposition that the foreign law of the matrimonial domicile could have effect with respect to immovables situated in Australia [*Re de Nicols* (1900) 2 Ch. 410, no Australian decision being cited].

2 Correction through renvoi

May the applicability of the law of the matrimonial domicile or the lex situs, *respectively, be altered through the technique of renvoi?*

If a court in Australia has to rule on the marital property regime of a French husband and wife who are subject to Italian law by reason of their matrimonial domicile, will application be made of the internal Italian law (regime of separate property) or will effect be given to the renvoi which the Italian conflicts rule exercises in favour of the national law of the husband, that being French law (regime of community property)?
There do not seem to be in Australia or in England any examples of express acceptance of the renvoi principle in matrimonial property matters (see the list of cases involving application of renvoi given by Nygh, *op. cit.,* pp. 267–268). However, the technique of renvoi has been accepted in questions of successions in Australia [*Simmons v. Simmons* (1917), 17 S.R. (N.S.W.) 419]. Nygh is of the opinion that the English system described as the 'foreign court theory' is part of the Australian system, 'not by virtue of any binding or compelling authority, but simply by reason of a common judicial assumption since 1917' (Nygh, p. 267).

3 Lack of a connecting factor

How is the applicable internal law determined, when the matrimonial domicile is located in a State having a system of personal law?

Let us suppose that French or English spouses were domiciled in Lebanon at the time of marriage. There was no unified Lebanese law which was directly applicable to their respective proprietary rights. Will the technique of renvoi be employed, under which the marital property rights of the spouses will be subject to the national law of the husband, by virtue of the Lebanese conflict of laws rule? Will there rather be an attempt to subject such rights directly to the English or French law by virtue of an extended concept of 'domicile of origin'? Will there be another solution?

B Character of the connecting factor

1 Unity or scission

a *Does the Australian system of conflict of laws follow the principle of unity of the law applicable to proprietary rights of husband and wife, or is a distinction made according to the nature of the property of the spouses and according to its location?*

It appears that the traditional distinction between movables and immovables is employed: movables are subject to the law of the matrimonial domicile, while immovables are subject to the law of the place where they are located.
However, in the absence of an express marriage contract, the case being one in which the spouses are considered to have been married under an implied contract, it appears that the law of the matrimonial domicile may govern not only movables, but also, in conformity with the decision in *Re de Nicols,* cited above, those immovables which are situated in Australia.
In any case, it appears that 'the domiciliary law applies to movable estate whatever its situation'.

b *In so far as the principle of unity is accepted, how is it enforced when certain property of the spouses is in fact liquidated abroad in accordance with a law different from that which is designated by the Australian conflict of laws rules?*

A Swedish man domiciled in Australia marries an Australian woman there. The spouses are then viewed as owning each their own separate property, by virtue of the law of the Australian province which is the matrimonial domicile. Following the death of the husband or a divorce, movables located in Sweden are awarded in accordance with the law of Sweden, as the country of which the husband is a national, *i.e.* on the basis of a marital community. How can the balance be restored in Australia for the benefit of the husband or his heirs?

2 Permanence or mutability of the connecting factor

a *Does selection of the law of the matrimonial domicile as the law applicable to the statutory marital property regime or other system prescribed by law have a permanent character, or does the selection vary with changes in that domicile?*

The question of whether the reference to the law of the first matrimonial domicile with regard to movables is permanent, seems to be a subject of controversy in British law. In favour of mutability, see Dicey and Morris, *The Conflict of Laws,* 8th ed., p. 640 and Graveson, *The Conflict of Laws,* 6th ed., 1969, p. 377. Cheshire (*Private International Law,* 8th ed., p. 567) expresses a preference for the principle of permanence

of the first marital domicile as the connecting factor. Morris (*The Conflict of Laws,* 1971, p. 393) thinks that the question remains open at present in English law. In the United States, to the contrary, the principle is generally accepted that 'marital interests in movables acquired during coverture are governed by the law of the domicile at the time of their acquisition' [Traynor, J. in *Rozan v. Rozan* (1957), 317 P. 2nd 11, at p. 13]. After having discussed *Lashly v. Hog* (1804), 4 Paton 581, which in fact dealt with successions, rather than with the marital property regime [see Goldberg, *The Assignment of Property on Marriage,* 19 I.C.L.Q. (1970) 578] and *de Nicols v. Curlier* (1900) A.C. 21 (which is based on the concept of implied contract), Nygh leans towards the American solution, on condition, however, that the law of the new matrimonial domicile itself follows the principle of mutability (*op. cit.,* p. 653).

b *If the law applicable to the proprietary rights of the spouses undergoes a change in its domestic provisions and the new provisions are declared applicable to spouses who were previously married, will this change affect the respective proprietary rights of the spouses in Australia?*

It is a known fact that a great number of legal systems have modified their rules of domestic law which are concerned with the proprietary rights of husbands and wives. Thus, the Union of Soviet Socialist Republics and the popular democracies have transformed their regimes of separate property into communities of acquisitions, the Federal Republic of Germany has transformed its community of administration ('Verwaltungsgemeinschaft') into a regime of separate property, then again transforming this regime into a deferred community of gains ('Zugewinngemeinschaft'), and recently Israel has changed the traditional Hebrew law and created a regime of community of acquisitions.
If the courts of Australia must inquire into the pecuniary relations between spouses who are subject to one of those legal systems, will the rules which were in force at the time of the marriage be applied, or will the modifications imposed by the foreign law be taken into account?
In particular, what is the situation when the husband and wife have changed their matrimonial domicile before the modification of the law which was applicable to their respective rights at the time of the marriage?
Spouses who were originally subject to a regime of separate property under Rumanian law or to a regime of community of administration under German law have transferred their domicile into another country, such as France or Australia, before the effective date of the new Rumanian or German law. If the principle of mutability is followed, in accordance with the views of Dicey and Morris, they will be subject to the law of the new domicile, and the new Rumanian laws will have to be taken into account only in so far as property acquired before the change of domicile is involved. But what is the effect on that property? Will the rights of the spouses with respect to it, which are subject to the law of the prior domicile, be affected by the change in its law?
If the principle of permanence of the connecting factor is followed, for example, under a theory of implied contract, will the applicable foreign law be deemed to have been frozen in the state that it was in at the time when the spouses changed their domicile, or will effect be given to the intervening changes which have occurred in that law?
It will be noted date Dicey and Morris based their argument in favour of the system of mutability, in particular, on the disadvantages of subjecting refugees to the governance of the new laws put into effect by the countries from which they have fled (p. 641).

II INFLUENCE OF INTENT ON THE CONNECTING FACTOR. – THE MARRIAGE CONTRACT

A Influence of the intent of the spouses at the time of marriage

1 *Can the spouses, by entering into an antenuptial contract, subject their marital property regime to a law other than that which is considered to be applicable under the Australian conflict rules in the absence of a contract?*

Nygh accepts rather generally the proposition that, as is the case in the British system, the husband and wife enjoy the freedom to subject their matrimonial property relationship to the law of their choice (*op. cit.,* p. 650).

2 *Can an antenuptial contract which is subject to a foreign law affect movables situated in Australia?*

It appears that there is no judicial precedent precisely on this point, but Nygh is of the opinion that immovables situated in Australia should be governed by the foreign law which may possibly be applicable (pp. 655–656).

B Influence of the intent of the spouses during the marriage

Do the spouses enjoy the possibility of changing the law applicable to their marital property regime during the course of the marriage?

A husband and wife who are subject to the law of the Australian province which is their matrimonial domicile decide on grounds of expediency to enter into a marital property agreement which is subjected to another law. Will the effects of this contract be recognised in Australia?
Spouses whose marital property regime is subject to Dutch law, as the law of their first matrimonial domicile, subsequently move to Germany and enter into a marital property agreement which is subject to German law, under the option offered by the second paragraph of article 15 of the EGBGB. Will the effects of this marital property agreement be recognised in Australia, even though Dutch law appears to preclude such a result?
The system of mutability would lead to recognition of the contract which is based on the law of the new domicile.

C Particular problems of marriage contracts

1 Capacity to enter into a marriage contract

What law is applicable to the capacity to enter into a marriage contract?

It seems that this is a disputed question in English law. The court cases appear to indicate a preference for the law of the domicile of each spouse at the time of marriage, *i.e.* the personal law of each spouse [*Re Cooke's Trusts* (1887) 56 L.T. 737; *Viditz v. O'Hagen* (1900) 2 Ch. 87 (C.A.); *Cooper v. Cooper* (1888) 13 App. Cas. 88]. However, the 'proper law of the contract' is, to the contrary, favoured by Dicey and Morris (p. 632), Morris (p. 399) and Cheshire (pp. 571–572). What is the situation on this point in Australia?

2 Form of the marriage contract

What law is applicable to the form of the marriage contract?

English court decisions and legal writers favour the optional application, either of the law of the place where the contract was drawn up, or of the 'proper law of the contract' (see the references in Dicey and Morris, p. 632; Graveson, p. 372). Is such a system likewise followed in Australia?

III EFFECTS OF THE MARITAL PROPERTY REGIME WITH RESPECT TO THIRD PERSONS

Is a marital property regime which is subject under the rules to a foreign law, whether it has its source in a marriage contract or not, automatically effective in Australia against third persons; or must certain formalities be complied with in order to achieve this effect?

The proprietary rights of a husband and wife are subject to Dutch law, which provides for a regime of universal community property. The husband has a bank account in Australia. On the death of the husband, personal creditors of the husband and personal creditors of the wife garnish the bank account. Will the personal creditors of the wife establish their rights as against the husband's creditors when, according to the applicable Dutch law, the wife has a community property interest in the Australian bank account?

Autriche

Remarque générale du Gouvernement autrichien: *Etant donné que le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé a, dans sa lettre du 12 février 1974, demandé expressément de ne communiquer que l'état manifeste du droit écrit et de limiter les réponses à la constatation des règles du droit écrit qui sont solidement ancrées ou généralement observées, le Ministère fédéral de la Justice ne peut, pour les raisons mentionnées* infra, *prendre position que dans quelques cas assez rares où il est possible de fournir des réponses en vertu de règles solidement ancrées ou généralement observées de la doctrine et la jurisprudence dominantes en Autriche.*

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Il n'existe pas de règle écrite en droit international privé autrichien. La doctrine estime que la matière doit être soumise à la loi nationale du mari (Walker, *Internationales Privatrecht,* 5e éd., 1934, p. 769; Bolla, *Grundriss des österreichischen internationalen Privatrechts* 1952, p. 60; Köhler, *Internationales Privatrecht,* 2e éd. 1961, p. 72).
Il ne semble pas qu'il y ait de jurisprudence récente en la matière. Un arrêt allemand (BayOb.L.G. 15.II.1971, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1971, p. 124, note Kralik) interprétant le droit international privé autrichien en la matière déclare qu'en matière mobilière il convient bien d'appliquer la loi nationale du mari mais qu'en matière immobilière le droit international privé autrichien donne compétence à la loi de la situation des immeubles. On se demande si cette interprétation correspond au droit positif autrichien.

Réponse

Le droit écrit autrichien ne connaît pas de règle de rattachement portant sur la loi applicable au régime matrimonial légal des biens.
Dans la jurisprudence également, rares étaient les cas où les tribunaux étaient appelés à traiter des problèmes du régime matrimonial légal dans le droit international privé. Les décisions citées par Walker, IPR[5] *(1934), p. 768 (Droit international privé, 5e éd.) datent toutes du siècle dernier. Or, dans notre siècle également, il n'y a, à la connaissance du Ministère fédéral de la Justice, que deux décisions de la Cour suprême intervenues en la matière. Dans la décision du 22 octobre 1924* (SZ = Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen *(décisions de la Cour suprême en matière civile et d'administration judiciaire), tome VI, année 1924, No 337), la Cour suprême s'est ralliée à la doctrine et la jurisprudence dominantes qui s'appuient entre autres également sur Walker,* op cit., *p. 96 et 111, affirmant qu'il convient en effet de juger la capacité d'exercice d'une personne et donc également les restrictions juridiques des femmes en général selon les statuts personnels, que de même le régime matrimonial légal des biens est déterminé par le domicile du mari au moment de la conclusion du mariage, mais que dans la mesure où il s'agit des biens immobiliers et des droits matrimoniaux qui s'y rattachent les statuts réels, à savoir les lois de la chose immobilière, doivent être appliqués. Dans cette décision, la Cour suprême a donc jugé selon le droit autrichien la question de savoir si une ressortissante allemande a besoin de l'autorisation de son époux pour vendre sa fortune immobilière située en Autriche. Dans la décision du 10 décembre 1968* (JBL. = Juristische Blätter *(Bulletins juridiques), 1969, p. 501) la Cour suprême était saisie d'une action en partage portant sur un bien-fonds situé en Autriche qui était la copropriété de deux conjoints allemands qui n'avaient pas conclu de contrat de mariage. Dans cette décision, la Cour suprême est d'avis que l'opinion soutenue dans la littérature autrichienne depuis Walker qui s'inspire de la loi d'introduction au Code civil allemand, à savoir que le régime matrimonial légal des biens est régi par la loi nationale du mari au moment de la conclusion du mariage, n'est plus considérée comme solution satisfaisante – et cela même en République fédérale d'Allemagne. Dans le cas qu'elle était appelée à juger, la Cour suprême a donc appliqué par analogie l'article 7 de la 4ème Ordonnance d'exécution de la loi sur le mariage* (4DVOE heG) *qui en effet porte sur les rapports juridiques personnels entre époux. La Cour suprême a distingué, dans sa décision, entre l'aspect réel et l'aspect obligatoire de l'action en partage et elle n'a subordonné que le premier à l'article 300 du Code civil, soumettant le second aspect au statut matrimonial.*
Il convient de faire les remarques complémentaires suivantes sur la littérature autrichienne énumérée ci-dessus du Questionnaire: l'oeuvre de Köhler, IPR[2] (1961) *a, entretemps paru en troisième édition (1966). D'autre part, il s'impose d'ajouter en outre Walker/Verdross-Drossberg/Satter dans Klang,* Kommentar zum ABGB[2] I/1 253 *(1964), Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts[2] I, 1 95 (1951), *et Gschnitzer,* Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 51 (1966).

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi nationale du mari peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?

Il semble que le droit international privé autrichien adopte le mécanisme du renvoi dans certaines matières, notamment en matière de mariage. Mais il semble toutefois que l'on n'accepte que le renvoi au premier degré à la loi autrichienne et non pas au deuxième degré à une loi tierce (v. Seidl-Hohenveldern, *American-Austrian Private International Law*, p. 33).

Réponse

Conformément à la doctrine et la jurisprudence dominantes en Autriche se rapportant à l'article 15 de la Quatrième Ordonnance d'exécution de la loi sur le mariage, il s'impose de prendre en considération dans le domaine du droit de mariage et du droit de filiation non seulement les renvois au premier degré mais également les renvois au second degré (Köhler, op.cit., *p. 25, Bolla,* op.cit., *p. 19).*

3 Défaillance du rattachement

Comment sont déterminées les dispositions internes applicables lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique complexe territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, Brésil)?

Si le mécanisme du renvoi est accepté, il pourra permettre de résoudre le problème, les systèmes territorialement plurilégislatifs donnant généralement compétence à la loi du domicile. Mais qu'en est-il si le mécanisme du renvoi n'est pas accepté? Soumet-on les époux à la loi du domicile à raison d'une règle subsidiaire autrichienne? S'agissant d'apprécier en Autriche le régime matrimonial légal d'un couple d'Américains originaires de New York, mariés et domiciliés en France au moment du mariage, fera-t-on application de la séparation de biens en vigueur à New York ou de la communauté prévue par le droit français du domicile?

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi nationale du mari s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Les auteurs autrichiens précités penchent pour le système de l'unité. Mais on a vu une récente décision allemande (*supra* sous A, 1) faisant référence à une jurisprudence ancienne autrichienne, estimant que l'on doit distinguer entre meubles et immeubles, ces derniers étant soumis à la loi du lieu de situation. On se demande quelle est la réalité du droit positif et de la pratique en la matière.

b *Si le système autrichien suit le principe de l'unité, comment ce principe est-il sanctionné lorsque certains biens des époux sont en fait liquidés à l'étranger d'après une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit autrichienne?*

Un Autrichien épouse en France une Française et les époux sont considérés comme communs en biens selon la loi française du premier domicile matrimonial. Par la suite le mari décède en Autriche et l'on doit liquider le régime matrimonial conformément à la loi autrichienne, c'est-à-dire la séparation de biens. Il se trouve qu'en France des biens propres du mari sont liquidés sur la base de la communauté. Comment en Autriche rétablir l'équilibre?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime matrimonial légal à la loi nationale du mari a-t-il un caractère permanent ou varie-t-il en fonction de cette loi nationale?*

D'après les auteurs autrichiens précités, on doit prendre en considération la loi nationale du mari au moment du mariage. Il ne semble donc pas que le changement ultérieur de nationalité influe *de plano* sur le rattachement initial.

b *Si la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Autriche le régime matrimonial des époux?*

Un grand nombre de législations ont modifié leurs dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant un régime à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts ou d'augments (U.R.S.S. et démocraties populaires, Allemagne). Accepte-t-on en Autriche que la transformation du régime roumain ou allemand par les lois roumaines ou allemandes affecte des époux domiciliés en Autriche?

c *Si la réponse à la question précédente est affirmative, qu'en est-il lorsque le mari a changé de nationalité avant la modification de la loi interne applicable?*

Le régime est-il pétrifié dans sa teneur ancienne ou au contraire fera-t-on application des nouvelles dispositions de l'ancienne loi nationale?

d *Quelle solution doit-on adopter lorsque les époux ont acquis en Autriche la qualité de réfugiés avant la modification de la loi nationale étrangère applicable?*

Les époux roumains ou hongrois se sont réfugiés en Autriche avant la transformation du régime initial de séparation de biens en communauté d'acquêts par le Code de la famille socialiste. Considérera-t-on que les époux sont soumis aux nouvelles dispositions en vigueur dans leur pays d'origine?

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue par la règle de conflit autrichienne c'est-à-dire la loi nationale du mari?*

2 *Si le rattachement a bien un caractère impératif, le contrat de mariage soumis à une loi autre que la loi nationale du mari est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Français et une Anglaise établissent un contrat de mariage soumis au droit anglais et dans lequel ils adoptent le régime de la séparation de biens. Par la suite ils sont domiciliés en Autriche et on doit y liquider leur régime matrimonial. Le contrat de mariage sera-t-il totalement inefficace – ce qui implique que les époux seront alors soumis au régime légal français de la communauté – ou bien peut-on tenir compte du fait que la loi interne française, loi nationale du mari, connaît également un régime conventionnel de séparation de biens?

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

On se demande surtout si les époux qui changent de nationalité peuvent, aux yeux du droit autrichien, se soumettre volontairement à la loi de leur nouvelle nationalité.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Faut-il appliquer attributivement la loi nationale de chacun des époux ou au contraire la loi applicable au régime matrimonial lui-même?

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Il semble qu'il n'existe pas de règle de conflit spécifique en matière de contrat de mariage. Toutefois pour qu'un contrat de mariage conclu à l'étranger puisse avoir effet à l'égard des tiers, il semble devoir se conformer à la loi autrichienne afin d'être inscrit au registre des régimes matrimoniaux (Köhler *op.cit.*, p. 73).

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère est-il opposable de plein droit en Autriche à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Il semble que pour pouvoir être opposable aux tiers, le contrat de mariage d'époux domiciliés en Autriche doive être enregistré au registre des régimes matrimoniaux. On se demande si une telle exigence existe en ce qui concerne le régime légal normalement soumis à une loi étrangère notamment lorsque des époux sont domiciliés en Autriche.

Belgique

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Après avoir hésité, le droit positif belge s'est prononcé pour l'application de la loi nationale des époux (v. F. Rigaux, «Les régimes matrimoniaux en Belgique», in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, Etude des solutions en vigueur dans les Six pays du Marché Commun*, Bruxelles, 1963, p. 30 et s.; F. Rigaux, *Droit international privé*, Bruxelles 1968, No 384 et s.; Bruxelles 16 mai 1960, *Pasicrisie* 1960.II.265; Liège 23 mars 1961, *J.T.* 1961.373). Lorsque les époux ont une nationalité différente le droit positif applique la loi nationale du mari (Bruxelles 16 juin 1926, *Rev. prat. Not.* 1928.47, Tribunal civil Gand 31 mai 1939, *R.W.* 1939–40.655; Bruxelles 17 avril 1940, *Rev. prat. Not.* 1940.422; Bruxelles 24 mai 1954, *Rev. crit. jur. belge* 1955.107; Bruxelles 16 mai 1960 préc. Rigaux, «Les régimes matrimoniaux en Belgique», *op. cit.* p. 31). Toutefois en doctrine ce système a été mis en doute notamment par M. Graulich (*Principe de droit international privé,* No 167) qui préférerait dans ce cas l'application impérative de la loi du lieu où les époux ont fixé leur première résidence commune. Cette solution se base sur l'idée que la loi du 30 avril 1958 a établi une complète égalité entre les époux. Toutefois, il ne semble pas que, pour l'instant, la jurisprudence ait suivi ce mouvement.

Réponse

a) Lorsque les époux ont la même nationalité

La jurisprudence actuelle applique la loi nationale des époux. Voir F. Rigaux, Les régimes matrimoniaux en droit international privé, Etude des solutions en vigueur dans les Six pays du Marché Commun, *Bruxelles 1963, p. 30 et s.; F. Rigaux,* Droit international privé, *Bruxelles 1968, No 384 et s.; Bruxelles 16 mai 1960* (Pasicrisie *1960.II.265); Liège 23 mars 1961* (J.T. *1961.373); Civ. Bruxelles 9 avril 1971* (Rev. prat. Not. *1973.393):* d'après la théorie dominante, en l'absence de conventions matrimoniales, la loi nationale des époux au jour du mariage régit leur statut matrimonial de préférence à la loi du lieu de la célébration du mariage ou de la première résidence conjugale *(jugement confirmé par arrêt de la Cour de Bruxelles en date du 13 avril 1972).*

b) Lorsque les époux ont une nationalité différente

La jurisprudence belge actuelle applique la loi nationale du mari: Bruxelles 16 juin 1926 (Rev. prat. Not. *1928.46); Gand 31 mai 1939* (Rechtsk. Weekbl. *1939–40.655); Bruxelles 24 mai 1954* (Rev. crit. jur. belge *1955.107); Bruxelles 17 avril 1940* (Rev. prat. Not. *1940.42) Bruxelles 16 mai 1960 précité; Civ. Bruxelles 30 juin 1967* (Rev. prat. Not. *1967.432): rattachement à la loi nationale du mari lorsque les époux n'ont pas la même nationalité:* quelle qu'ait été à cet égard leur volonté décelée ou présumée, compte tenu des événements qui ont entouré leur mariage.
Dans le même sens, Rigaux (Les régimes matrimoniaux en Belgique, op. cit. p. *31), Vander Elst* (Conflit des lois, *complément au* Rep. prat. droit belge, *t. II, No 46),* Spanoghe et Bouckaer (*Tijdschrift voor privaatrecht 1966, p. 439); Rigaux et Van Hecke (Rev. crit. jur. belge 1970).*
Toutefois, ce système a été mis en doute, pour le cas d'époux de nationalité différente par M. Graulich* (Principe de droit international privé, *No 167) qui préférerait l'application impérative de la loi du lieu où les époux ont fixé leur première résidence commune. Cette solution se base sur l'idée que la loi du 30 avril 1958 a établi une complète égalité entre les époux. Pour l'instant la jurisprudence n'a pas suivi ce mouvement, mais elle pourrait évoluer en ce sens après l'entrée en vigueur éventuelle des projets de lois sur les régimes matrimoniaux qui sont actuellement examinés au Parlement. Une partie de la doctrine belge paraît s'orienter dans la ligne qu'adopte Graulich (cf. note J. B.,* Rev. prat. Not. *1945, p. 143 et 1967, p. 432).*

2 Correctif du renvoi

La règle ci-dessus mentionnée peut-elle être modifiée par l'effet du mécanisme du renvoi?

La jurisprudence belge paraît favorable au mécanisme du renvoi même en matière de régimes matrimoniaux. Les auteurs citent en ce sens l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 7 juillet 1943 (*J.T.* 1944.41) qui a appliqué la loi du domicile belge au régime matrimonial d'époux britanniques, et l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 16 mai 1960 précité qui, au second degré, a appliqué la loi congolaise du domicile commun des époux auquel renvoyait la loi nationale du mari yougoslave (v. également Bruxelles 16 juin 1926, *Rev. prat. Not.* 1928.47 et Tribunal civil de Charleroi 28 juillet 1958, *Rev. prat. Not.* 1959.373; Rigaux, *Les régimes matrimoniaux en Belgique* préc. p. 33; Vander Elst et Polakiewicz, «Le régime matrimonial en droit international privé belge», *Ann. Not. Enreg.* 1962, p. 140).

Réponse

*Le renvoi à la loi déclarée applicable par la loi nationale a été admis en Belgique. Par exemple s'il y a renvoi par la loi nationale à la loi du domicile conjugal: Bruxelles 7 juillet 1943 (*J.T. *1944.41) Bruxelles 16 mai 1960 (*Pasicrisie *1960.II.265):* si la loi nationale renvoie à la loi du domicile commun envisagé, il n'appartient pas au juge belge d'appliquer aux étrangers leur régime de droit interne. *Dans le même sens: Bruxelles 16 juin 1926 (*Rev. prat. Not. *1928.46); Civ. Charleroi 28 juillet 1958 (*Rev. prat. Not. *1959.373); Rigaux (*Les régimes matrimoniaux en Belgique, op. cit. *p. 33); Vander Elst et Polakiewicz (Le régime matrimonial en droit international privé belge,* Ann. Not. Enreg. *1962, p. 140).*

3 Défaillance du rattachement

Comment le droit interne applicable est-il déterminé lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique non unifié, territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, etc.)?

Il semble que l'on puisse faire application du mécanisme du renvoi pour résoudre le problème dans la mesure où les règles générales de conflit du système territorialement plurilégislatif donnent pratiquement compétence en la matière à la loi du domicile des époux ou à la loi réelle. C'est ainsi que dans son arrêt du 16 mai 1960, la Cour de Bruxelles a esquivé le problème en acceptant le renvoi de la loi nationale britannique à la loi du domicile belge. Bien entendu si le système plurilégislatif étranger connaît des règles de conflit interterritoriales ou interpersonnelles on en fera en premier lieu application (v. F. Rigaux, *Droit international privé* Nos 133 et 134).

Réponse

En cas de difficultés dues au rattachement à un système juridique non unifié la compétence reconnue à la loi nationale des époux ou, en cas de nationalité différente, à celle du mari doit s'étendre aux règles du système plurilégislatif.
Il y aura lieu de se référer aux règles suivies à cet égard dans le pays étranger pour déterminer de quel Etat ou de quelle Province la loi sera applicable en l'espèce (v. F. Rigaux, Droit international privé, *Nos 133 et 134). Il n'existe pas de jurisprudence en la matière en Belgique. D'après certaines opinions, il y aurait lieu, à défaut de règles normatives dans la loi interne, d'appliquer la loi du territoire avec lequel les époux présentent le lien effectif le plus étroit.*

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi nationale commune ou la loi du mari s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il résulte de la règle de conflit belge que l'on applique le système de l'unité et que l'on ne tienne pas compte de la situation des biens ni de leur nature mobilière ou immobilière.

Réponse

*La réponse est affirmative. Le droit belge ou étranger est applicable tant aux biens situés dans le pays dont la loi s'applique qu'aux biens qui se trouvent situés dans un autre pays (*cf. *De Wulf,* Tijdschrift voor Notarissen *1971.97).*

b *Comment le principe de l'unité est-il assuré lorsque certains biens des époux ont été ou seront inéluctablement liquidés à l'étranger sur la base d'une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit belge?*

Un Belge marié sans contrat avec une Anglaise acquiert un immeuble en Angleterre. Aux yeux du droit belge cet immeuble est commun en raison du régime légal de la communauté, la loi nationale du mari belge étant applicable. Au moment de la dissolution du mariage, l'immeuble est ou sera liquidé en Angleterre sur la base de la séparation de biens du droit anglais, considéré comme applicable en raison de la situation du bien. Pour assurer le principe de l'unité, comment rétablira-t-on l'équilibre en Belgique?

Réponse

Il n'y a pas de jurisprudence en Belgique sur ce point. Il semble d'ailleurs difficile de trouver une solution qui permettrait le cas échéant de rétablir l'équilibre, à moins d'envisager une compensation en Belgique lors du partage des biens situés en Belgique. Il est à noter cependant que l'on considère généralement que le droit de prélèvement n'est applicable qu'en matière successorale.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement à la loi nationale des époux ou du mari est-il permanent ou subit-il de plein droit des modifications si ladite loi nationale change?*

Il semble qu'en droit belge on admette la permanence du rattachement à la loi nationale des époux ou du mari au moment de la célébration du mariage. Le changement de nationalité ne semble pas devoir modifier de plein droit le rattachement (v. Rigaux, *Droit international privé,* No 390).

Réponse

Il y a lieu de remarquer que la question vise en réalité un éventuel changement de nationalité et devrait s'exprimer in fine *si ladite nationalité change. Le changement de la loi nationale est envisagé à la question* b. *En droit positif belge, en cas de conflit dans le temps, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu changement de nationalité au cours du mariage, c'est la loi nationale des époux ou en cas de différence de nationalité celle du mari, à l'époque du mariage, qui est seule retenue (Vander Elst,* Rép. prat. droit belge, *compl. t. II, No 47; Rigaux,* Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, *p. 42; Vander Elst et Polakiewicz,* Ann. Not. Enreg. *1962, p. 139; Civ. Anvers 26 mars 1955,* Rechtsk. Weekbl. *1955–56.358; Civ. Charleroi 26 juin 1958,* Rev. prat. Not. *1959.373; Bruxelles 30 juin 1967,* Rev. prat. Not. *1959.373; Bruxelles 30 juin 1967,* Rev. prat. Not. *1967.432). C'est au jour du mariage qu'il faut se placer pour déterminer le régime matrimonial des époux en vertu du principe de son immutabilité.*

b *Si la loi applicable au régime matrimonial change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Belgique le régime matrimonial des époux?*

Un grand nombre de législations ont modifié leurs dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant le régime à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts ou de communauté d'augments (U.R.S.S. et démocraties populaires, Allemagne, Israël, etc.). Les dispositions nouvelles étant déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, il semble que l'on devrait en Belgique tenir compte de la transformation du régime provoqué par la loi interne applicable (en ce sens tribunal de Liège 23 mars 1961, *J.T.* 1961.373 soumettant des époux tchécoslovaques mariés sans contrat en Belgique en 1939 à la nouvelle loi tchécoslovaque du 7 décembre 1949 établissant la communauté d'acquêts; en faveur de la solution, Rigaux, *Les régimes matrimoniaux en Belgique, op. cit.* p. 44; v. également du même auteur, «Le conflit mobile en droit international privé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* t. 117, 1966, p. 402 et s.).

Réponse

La solution n'est pas certaine. Selon Rigaux, Les régimes matrimoniaux en Belgique (op. cit. *p. 43), on peut considérer que l'immutabilité du régime matrimonial impose de trancher le conflit de lois dans le temps par l'application de la loi nationale en vigueur au moment du mariage. Mais cette solution déroge au principe assez généralement admis suivant lequel les règles de droit transitoire doivent être empruntées à la loi applicable. Or, le législateur national peut décider de modifier le régime matrimonial légal avec effet rétroactif.*
*Si, entretemps, la nationalité des époux ne change pas, il pourrait être admis que les époux seront soumis au régime légal rendu applicable à ceux qui se sont mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cette solution a été adoptée par le tribunal civil de Liège dans un jugement du 23 mars 1961 (*J.T. *1961.373), une loi de 1949 a été rendue applicable au régime matrimonial d'époux étrangers mariés sans contrat en Belgique dix ans plus tôt.*

c *Si la réponse à la question précédente est affirmative que se passe-t-il lorsque les époux ou le mari ont changé de nationalité avant la modification de la loi interne applicable?*

Des époux roumains mariés en Roumanie avant la guerre acquièrent la nationalité belge avant l'introduction du nouveau Code roumain de la famille qui a transformé la séparation de biens en communauté d'acquêts. Le régime matrimonial des époux est-il pétrifié dans la teneur qu'avait la loi roumaine au moment où ils ont changé de nationalité ou doit-on les considérer comme soumis aux nouvelles dispositions de leur ancienne loi nationale?
Il ne semble pas qu'il y ait une jurisprudence précise sur ce point en Belgique. La question est controversée en doctrine (v. F. Rigaux *Le conflit mobile en droit international privé,* préc. p. 402 et s.). F. Rigaux estime que l'on devrait admettre en Belgique une règle matérielle permettant aux époux d'adapter leur régime matrimonial à leur milieu nouveau (*Droit international privé,* No 393).

Réponse

Il n'y pas de jurisprudence en la matière en Belgique. Dans le cas où les époux ont perdu la nationalité qu'ils avaient au jour du mariage, il ne paraît pas opportun de leur appliquer les dispositions nouvelles de leur ancienne loi nationale. Ce qui veut dire qu'on ne tiendra pas compte des modifications survenues dans le droit national après le changement de nationalité des époux (ou du mari si les époux ont une nationalité différente), pas plus qu'on ne tiendra compte du changement de nationalité lui-même. Telle est la solution que semble préconiser Rigaux (Les régimes matrimoniaux en Belgique, op. cit. p. 44) *tout en estimant par ailleurs que l'on devrait admettre en Belgique une règle matérielle permettant aux époux d'adapter leur régime matrimonial à leur milieu nouveau* (Droit international privé No 393).

d *Quelle solution doit-on adopter lorsque les époux n'ont pas changé de nationalité mais ont acquis en Belgique la qualité de réfugiés avant la modification de la loi nationale étrangère applicable?*

Réponse

Il semble que les époux qui ont acquis la qualité de réfugiés sans perdre leur nationalité devront subir les effets d'une modification intervenue dans leur droit national en matière de régimes matrimoniaux. Il reste néanmoins à déterminer s'il y a lieu d'étendre aux régimes matrimoniaux le principe de l'assimilation aux nationaux, tel qu'il est repris à l'article 12 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, ratifiée en Belgique par la loi du 26 juin 1955. En vertu de l'article 12, le statut personnel de tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile mais l'alinéa 2 prévoit que les droits, précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel et notamment ceux qui résultent du mariage, seront à respecter. Comme il s'agira d'interpréter la Convention de Genève, les cas concrets seront tranchés en fait suivant la lex fori.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils, par contrat de mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi différente de leur loi nationale ou de la loi nationale du mari?*

Il semble qu'en doctrine belge la solution consiste à rattacher la question à la loi nationale des époux, c'est-à-dire à la loi applicable au régime matrimonial légal. Si cette loi admet l'autonomie de la volonté, les époux seront libres de choisir la loi applicable à leur contrat de mariage, sinon il faudra rester dans le cadre des options permises par cette loi nationale (Graulich, *Principes,* No 114; Vander Elst et Polakiewicz *op. cit.* p. 80; De Vos, *Conflits de lois,* t. I, No 440). F. Rigaux estime (*Droit international privé,* No 388 et *Les régimes matrimoniaux en Belgique* préc. p. 38 et s.) que l'autonomie des époux ne saurait être limitée à ce qu'autorise dans les relations internes la loi nationale du mari et qu'il faut au moins permettre aux époux de choisir un régime organisé par la loi nationale de la femme ou par la loi de la première résidence conjugale envisagée des époux.

Réponse

La jurisprudence la plus récente en Belgique a rattaché

la faculté du choix du régime matrimonial à la loi qui le régit et non à la capacité. Autrement dit, la loi applicable au régime matrimonial doit être consultée pour savoir si les époux peuvent adopter un régime différent du régime légal et quelle est l'étendue de cette faculté (Vander Elst et Polakiewicz. Le régime matrimonial en droit international privé belge – op cit. *p. 81).*
Selon Rigaux, (Droit international privé, *No 368*) *cette règle conduirait à des solutions trop rigoureuses; il suffirait que la loi nationale du mari prohibe un régime déterminé pour que les époux ne puissent le choisir, même si ce régime est le régime légal d'après la loi nationale de l'épouse.*
Cet auteur défend la solution suivant laquelle il faut déclarer valable le contrat par lequel les époux ont choisi un régime licite d'après une de leurs lois nationales, quoi que puisse contenir l'autre loi sur ce point. Ne serait dès lors illicite que le régime conventionnel prohibé par la loi des deux époux. *Selon Rigaux, c'est la loi du contrat qui s'applique à la principale condition de validité du contrat* celle qui est relative au caractère licite ou illicite du régime adopté.
Selon l'opinion de la Fédération Royale des Notaires de Belgique, deux tendances se dessinent dans la doctrine. La première, considérant le contrat de mariage comme une dérogation au régime légal, limite le choix des époux aux régimes organisés par leur loi nationale ou la loi nationale du mari. La seconde, considérant au contraire le régime légal comme supplétif à la volonté des parties, estime que l'autonomie des époux ne peut être limitée à ce qu'autorise la loi nationale du mari. Dès lors, le choix des époux pourrait également porter sur un régime organisé par la loi nationale de l'épouse, ou par la loi du domicile, à la condition qu'ils possèdent un lien effectif avec cette législation (un domicile constant par exemple).

2 *A supposer que le rattachement à la loi nationale du mari ait un caractère impératif, un contrat de mariage soumis à une loi autre serait-il totalement inefficace ou pourrait-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Belge et une Anglaise établissent un contrat de mariage soumis au droit anglais et dans lequel ils adoptent le régime de la séparation de biens. Ce contrat de mariage sera-t-il totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront soumis au régime légal belge de la communauté, ou peut-on tenir compte du fait que la loi interne belge, loi nationale du mari, connaît également un régime conventionnel de séparation de biens? Considérera-t-on que les époux sont mariés sous un régime de séparation mais qui devra être interprété selon le droit belge du mari?

Réponse

Par exemple, un Belge et une Anglaise établissent un contrat de mariage soumis au droit anglais et dans lequel ils adoptent le régime de la séparation de biens. En ce cas, où la loi applicable est la loi belge, loi nationale du mari, cette loi autorise les époux à adopter par contrat le régime de la séparation de biens. Dans l'exemple choisi, il leur serait même permis de se référer à la législation étrangère et d'adopter le régime de séparation de biens de droit anglais. Le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle domine la matière en droit belge de sorte que les époux peuvent se soumettre, si la loi belge est applicable, à un type de régime matrimonial organisé par un droit étranger. Ce dernier ne sera toutefois admis que s'il ne prévoit aucune atteinte aux dispositions impératives de notre droit, sinon il sera illégal en tout ou en partie.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Le système belge semble exclure une telle possibilité. Toutefois, il est proposé en doctrine (Rigaux, *Droit international privé,* No 393) que si les époux changent de nationalité ou qu'ils déplacent d'un commun accord leur résidence conjugale, ils puissent soumettre leur régime matrimonial à la loi de leur nouvelle nationalité ou de leur nouvelle résidence.

Réponse

Si un changement intervient dans la nationalité des époux, facteur de rattachement du régime matrimonial, c'est toujours la loi nationale des époux au moment de la célébration du mariage qui détermine le régime auquel ils sont soumis. Il ne semble pas possible que les époux modifient la loi applicable au régime matrimonial puisqu'ils ne peuvent pas modifier les éléments de rattachement qui existaient au moment du mariage, que ce soit la nationalité qu'ils avaient alors ou le premier domicile conjugal ou le premier établissement.
Le problème serait plutôt de savoir si les époux peuvent modifier leur régime matrimonial et quelle est la loi applicable pour décider si cette mutation est ou non permise. La loi belge ne permet pas la modification des conventions matrimoniales au cours du mariage, mais il est probable qu'elle sera admise par la nouvelle loi sur les régimes matrimoniaux.
Par ailleurs, suivant certaines opinions, on pourrait admettre que si les époux acquièrent la nationalité d'un pays dont la loi interne autorise cette modification, ils sont en droit de modifier leur régime par un nouveau contrat passé dans les formes prévues par leur nouvelle loi nationale.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Il semble qu'il faille faire application de la loi nationale de chacun des époux (Rigaux *Les régimes matrimoniaux en Belgique, op. cit.,* p. 34; Graulich, *op. cit.* No 115; Vander Elst et Polakiewicz *op cit.,* p. 79).

Réponse

Selon Rigaux (Régimes matrimoniaux en droit international privé, *p. 34), il est généralement admis que la capacité des époux est déterminée par leurs lois nationales respectives. Voir aussi Graulich (*op cit. *No 115), Vander Elst et Polakiewicz (*op. cit. *p. 79):* la capacité de chaque conjoint est déterminée par son statut personnel individuel au moment de la conclusion du contrat de mariage. Cette loi personnelle détermine, pour chaque futur époux, les conditions d'émission d'une volonté juridiquement efficace, par exemple en ce qui concerne l'âge de la majorité, ainsi que les autorisations ou consentements requis.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Bien que le droit belge, article 1394 du Code civil exige que les conventions matrimoniales soient passées devant notaire, la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 mai

1925 (*Pasicrisie*, 1925.I.264) a admis que deux Belges faisant leur contrat à l'étranger ne sont pas tenus par cette règle et peuvent rédiger leur contrat sous seing privé. Il semble en résulter l'application de la règle traditionnelle *locus regit actum*. F. Rigaux suggère toutefois l'application de la loi du régime *(Les régimes matrimoniaux* préc., p. 38)

Réponse

Dans le cas où des Belges font leur contrat de mariage à l'étranger, ils ne sont pas tenus d'observer l'article 1394 du Code civil. Dans la pratique, on leur conseille de s'adresser au représentant diplomatique belge pour dresser l'acte, mais ils peuvent recourir aux formes privées conformément à la loi locale (arrêt de la Cour de cassation 28 mai 1925, Pasicrisie *1925.I.264). Ce sont donc les règles de forme de la loi du lieu où l'acte est conclu qui s'appliquent. Cette solution s'étend-elle aux étrangers qui se marient en Belgique? Certains estiment qu'ils ont le choix entre les formes prescrites par la loi belge* (lex loci actus) *et celles de leur droit national. Le caractère facultatif de la règle* locus regit actum *est en principe admis, ce qui voudrait dire que les formes de la loi locale ne sont pas obligatoires. Toutefois, pour des raisons qui tiennent à l'organisation de la publicité des conventions matrimoniales et à leur opposabilité aux tiers, il est généralement recommandé que les étrangers fassent établir leur contrat de mariage en Belgique par un notaire.*

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère est-il opposable de plein droit à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières à effectuer en Belgique?

Il ne semble pas exister de règles d'inscription ou de publicité du régime légal soumis à une loi étrangère.
Par contre pour ce qui concerne les contrats de mariage, ceux-ci, même s'ils ont été passés à l'étranger, doivent faire l'objet de la publicité prévue à l'article 76 du Code civil lorsque le mariage est célébré en Belgique. Si le mariage n'est pas célébré en Belgique, la loi belge n'organise aucune publicité des conventions matrimoniales, sauf en ce qui concerne la publication au registre de commerce pour les commerçants (sur l'ensemble du problème, v. F. Rigaux, *Les régimes matrimoniaux en Belgique* préc., p. 47 et s.). Pour ce qui concerne les modifications du régime matrimonial intervenues au cours du mariage admises selon certaines législations, le droit belge ne prévoit aucune publicité (F. Rigaux *op. cit.* p. 51).

Réponse

Si les époux se sont mariés sans avoir conclu de conventions matrimoniales et sont soumis au régime légal soit de la loi belge, soit d'une loi étrangère, aucune publicité n'est imposée pour que leur régime matrimonial soit opposable aux tiers.
La loi belge ne prescrit de formalités destinées à informer les tiers que pour les contrats de mariage.
Ces formalités ne doivent être remplies que si le mariage lui-même est célébré en Belgique, dans ce cas, l'acte de mariage doit mentionner la date des conventions matrimoniales des époux, et l'indication du notaire qui les a reçues. *La publicité ainsi organisée est incomplète* puisque, d'une part, elle ne s'applique pas aux mariages célébrés à l'étranger et transcrits en Belgique et que, d'autre part, elle ne vise que les contrats de mariage. *(Vander Elst et Polakiewicz).*
A défaut de publicité, les conventions matrimoniales sont-elles opposables aux tiers?
Selon Rigaux (op cit. *p. 50) si la conclusion d'un contrat de mariage a été rendue publique à l'étranger conformément à la loi locale, les tiers contractant en Belgique doivent se contenter de cette publicité.*
Si la publicité prescrite par la loi étrangère n'a pas été observée, les tiers peuvent, en Belgique, invoquer la sanction prévue par la loi dont les règles de publicité ont été transgressées.
Si aucune publicité n'est prévue par la loi du lieu où le mariage a été célébré ni par la loi du lieu où les conventions matrimoniales ont é té conclues, la solution est douteuse (en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers des dispositions dérogeant au droit commun). Si on fait application de la lex loci actus, *les conventions matrimoniales seront opposables aux tiers, même en l'absence de publication (voir aussi De Wulf,* Tijdschrift Not. *1971, p. 102). La sanction du défaut de publication relève de la loi étrangère. L'autorité belge ne peut décréter l'inopposabilité des conventions matrimoniales, en raison du défaut de publication à l'étranger, lorsque la loi étrangère ne prévoit pas cette sanction.*
Un régime particulier existe pour les conventions matrimoniales des commerçants: tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant doit être transmis par extrait au greffe du tribunal dans le ressort duquel le commerçant est inscrit au registre de commerce. Encore une fois ce régime ne s'applique qu'à ceux qui concluent un contrat de mariage et non à ceux qui sont mariés sous un régime légal; en outre la publicité ne concerne que ceux qui sont établis comme commerçants en Belgique et inscrits au registre de commerce d'un tribunal belge.
Cependant, la sanction du défaut de publicité n'est pas l'inopposabilité aux tiers.
A propos des modifications apportées au cours du mariage au régime matrimonial, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 24 mai 1954, a décidé que le régime nouveau était valable entre parties mais non opposable aux tiers, à défaut de publicité donnée au contrat de mariage conclu en Belgique (conformément à une loi étrangère autorisant le changement de régime matrimonial).
Cet arrêt est cependant critiqué par les auteurs (cf. *Van Hecke,* Rev. crit. jur. belge *1955, p. 123, Vander Elst et Polakiewicz,* op. cit. *p. 136; Rigaux, p. 52).*
La sanction de l'inopposabilité ne peut être appliquée à un acte pour lequel aucune publicité n'est organisée par la loi belge.
Il convient de signaler au surplus qu'en vertu de la loi hypothécaire (art. 1er) le contrat de mariage ne doit être enregistré au bureau des hypothèques que s'il entraîne un transfert immédiat de droits immobiliers.

Brésil

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article 7, paragraphe 4, de la loi d'introduction

au Code civil du 4 septembre 1932, *le régime des biens, légal ou conventionnel, est soumis à la loi du pays dans lequel les personnes contractant le mariage prennent leur domicile conjugal.*

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi du domicile peut-il être modifié à la suite du mécanisme du renvoi?

L'article 16 de la loi d'introduction au Code civil prévoit que lorsque aux termes des articles précédents une loi étrangère doit être appliquée, les dispositions de cette loi doivent trouver application sans que soit pris en considération un renvoi quelconque fait par cette loi à une autre loi.

3 Défaillance du rattachement

Compte tenu du rejet du mécanisme du renvoi, comment déterminer la loi interne applicable au régime matrimonial si le domicile des époux est situé dans un pays à système interpersonnel?

Un couple italien établit son premier domicile au Liban. Par la suite les époux s'installent au Brésil où l'on doit liquider le régime matrimonial. Comment déterminer la loi interne applicable à celui-ci si l'on refuse le renvoi de la loi libanaise à la loi nationale des époux? Devra-t-on déterminer, parmi les systèmes confessionnels en vigueur au Liban celui qui est le plus apte à régir les relations entre époux? Fera-t-on application de la loi du for brésilien? Autre solution?

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable s'étend-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il semble résulter de la règle posée à l'article 7, paragraphe 4, de la loi d'introduction au Code civil que le système brésilien suit le principe de l'unité et qu'il n'y a pas à distinguer selon la situation et la nature mobilière ou immobilière des biens (en ce sens Garland, *American-Brazilian Private International Law*, p. 31). La prohibition du mécanisme du renvoi semble interdire que l'on tienne compte du fait que la loi étrangère du domicile, par exemple la loi de New York, donne compétence à la loi brésilienne de la situation des immeubles situés au Brésil (Garland préc. p. 31, citant l'opinion contraire de H. Valladão).

b *Comment assure-t-on la sanction du principe de l'unité dans le cas où certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de celle du premier domicile matrimonial?*

Les époux sont soumis, en raison de leur premier domicile matrimonial, au régime légal de la communauté universelle en vigueur aux Pays-Bas. Les époux émigrent par la suite au Brésil où le régime matrimonial doit être liquidé. Or, une partie des biens des époux sont liquidés selon le principe de la séparation absolue des biens dans un pays tiers (Royaume-Uni, New York), comment rétablir l'équilibre et assurer au Brésil l'effet de la communauté universelle prescrite par la loi normalement applicable au régime des biens?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Une modification du domicile matrimonial entraîne-t-elle de plein droit une mutation de la loi applicable au régime matrimonial?*

Il semble que le système brésilien suive le principe de la permanence du rattachement puisque compétence est donnée à la loi du premier domicile matrimonial. Toutefois, l'article 7, paragraphe 5, prévoit une exception: un étranger marié qui s'est fait naturaliser au Brésil, peut, avec le consentement exprès de l'autre époux, demander au juge que dans l'acte de remise du décret de naturalisation, soit mentionnée l'adoption du régime de la communauté universelle des biens, pourvu que les droits des personnes tiers soient respectés et que cette adoption soit enregistrée.
Cette exception confirme la règle de la permanence du rattachement: des époux soumis à l'origine à la séparation de biens (du droit italien ou grec par exemple) ne deviennent pas de plein droit soumis à la communauté universelle brésilienne lorsqu'ils établissent leur domicile au Brésil.

b *Si la loi applicable change dans ses dispositions internes et que ces modifications s'étendent aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il au Brésil le régime matrimonial des époux?*

Les époux sont soumis à la loi roumaine à raison de leur domicile en Roumanie au moment du mariage. La loi roumaine a transformé son régime légal de séparation de biens en régime de communauté d'acquêts. Les époux seront-ils considérés au Brésil comme soumis au nouveau régime roumain?

c *Dans l'affirmative, le fait que les époux aient acquis au Brésil un domicile avant les modifications de la loi interne applicable influe-t-il sur le système?*

Des époux soumis en 1943 à la loi allemande en raison de leur domicile ont émigré en 1950 au Brésil. En 1958 la loi allemande a introduit le système de la communauté différée des augments. Le régime matrimonial des époux est-il soumis au nouveau régime allemand ou est-il pétrifié dans la teneur qu'il avait au moment où les époux ont perdu leur domicile allemand? (v. pour l'application du droit intertemporel de la loi compétente au fond H. Valladão, Cours général de droit international privé, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 133, 1971, p. 484).

d *Le fait que les époux acquièrent la nationalité brésilienne, sans pour autant se soumettre expressément au droit brésilien, influe-t-il sur la solution?*

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

a *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre leur régime matrimonial à une loi différente de la loi du premier domicile matrimonial?*

L'article 7, paragraphe 4, de la loi d'introduction au Code civil vise tant le régime légal que le régime conventionnel. Il semble donc bien que le régime conventionnel est impérativement soumis à la loi du premier domicile matrimonial. Le système de l'autonomie de la volonté est donc rejeté par la règle de conflit brésilienne.

b *Si le rattachement à la loi du premier domicile matrimonial a bien un caractère impératif, considérera-t-on un contrat de mariage soumis à une autre loi comme totalement inefficace ou pourra-t-on faire jouer*

le principe de l'équivalence des résultats s'il correspond à un régime conventionnel admis par la loi normalement applicable?

Un Français et une Anglaise passent un contrat de mariage de séparation de biens soumis au droit français, mais les époux établissent leur domicile matrimonial en Angleterre. Le contrat de mariage sera-t-il considéré comme nul et, en conséquence, les époux soumis au régime légal français de la communauté d'acquêts, ou bien pourra-t-on tenir compte du fait que la séparation de biens adoptée par les époux correspond justement à un des régimes matrimoniaux du pays du domicile?

c *Peut-on tenir compte du fait que dans le pays où les époux établissent leur domicile matrimonial on reconnaît l'autonomie de la volonté des époux et on leur permet de choisir la loi applicable?*

Pour l'affirmative, voir H. Valladão, *Estudos de direitto internacional privado*, p. 141 et s. qui est partisan du mécanisme du renvoi.

B Influence de la volonté des époux après le mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

L'article 7, § 5 de la loi d'introduction au Code civil permet à un étranger naturalisé brésilien d'adopter, avec le consentement exprès de l'autre époux, le régime de la communauté universelle. Peut-on en déduire que hormis ce cas précis la modification par les époux de la loi applicable au régime matrimonial ne sera pas reconnue? Des époux sont soumis au droit italien (séparation de biens) en raison de leur premier domicile matrimonial. Ils s'installent en Allemagne et adoptent un régime allemand en se fondant sur la possibilité offerte par l'article 15, alinéa 2 EGBGB. Ils émigrent ensuite au Brésil, reconnaîtra-t-on la validité de leur contrat de mariage soumis au droit allemand?

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Est-ce la loi applicable au régime matrimonial lui-même ou la loi personnelle de chacune des parties qui s'applique?

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable quant à la forme du contrat de mariage?

Il ne semble pas qu'il existe de règles de conflit de lois spécifiques à la forme du contrat de mariage.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère d'après la règle de conflit brésilienne est-il opposable aux tiers ou exige-t-on à cet effet que des formalités particulières, publications ou enregistrement, soient effectuées au Brésil?

Il existe une règle spécifique dans le cas de l'article 7, paragraphe 5 de la loi d'introduction au Code civil lorsque des époux soumis à une loi étrangère et qui s'installent au Brésil désirent adopter le régime légal brésilien. Il faut un enregistrement de l'accord des époux. Qu'en est-il dans les autres cas?

Canada

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

En l'absence de contrat de mariage les droits des époux sont régis par la loi du domicile matrimonial en ce qui concerne les meubles présents et futurs tant dans les provinces de Common Law que dans la province de Québec *(Conger v. Kennedy* (1896) 2 Terr L.R. 186; *Astill v. Hallée* (1877) 4 Q.L.R. 120; *Belanger v. Carrier* (1954) Que Q.B. 125; Castel, *Private International Law* (1960), p. 107). Par domicile matrimonial, il faut entendre le domicile du mari au moment du mariage *(De Vos v. De Vos* (1970) 10 D.L.R. 3d 603).
Il est précisé in *Re Jutras* (1932) 2 W.W.E. 533 (SasK. C.A.) que 'the term 'matrimonial domicile' could be extended to mean the intended domicile of the husband, that is the country in which the spouses intended to become and did become domiciled after the marriage'.
En ce qui concerne les immeubles, au Québec ils sont soumis comme les meubles à la loi du domicile matrimonial, par contre dans les provinces de Common Law, ils sont soumis à la *lex situs* (Castel, p. 107).
Il est admis dans les provinces de Common Law que les parties puissent être soumises à un contrat implicite lorsque la loi du domicile matrimonial établit pour les époux une sorte de contrat de mariage qui fonde une communauté de biens entre eux. (Castel, p. 107; *Re Parsons* (1926) 29 O.W.N. 430; les auteurs se réfèrent également à la décision anglaise *de Nicols v. Curlier* (1900) A.C. 21; dans le cas d'un contrat implicite il semble que la loi du domicile matrimonial soit applicable également aux immeubles situés dans les provinces de Common Law (*Re Parsons* préc. et *Re de Nicols* (1900) 2 Ch. 410).

Réponse

Précisons que la question se ramène, par conséquent, à localiser le domicile matrimonial. Pour ce faire, les tribunaux analysent les indices de volonté des parties comme dans tous les cas ordinaires de localisation du domicile (animo et facto). *En principe, c'est le domicile du mari au moment du mariage qui est déterminant. Dans certains cas, cependant, ce sera le domicile projeté des époux, si l'intention du mari de changer de domicile après le mariage apparaît clairement lors de sa célébration* (Brown v. Walkman *(1929–1930) 32 R.P. 199,* Putnam v. Young *(1914) 45 C.S. 161,* Re Jutras *(1932) 2 W.W.E. 533 (SasK. C.A.)).*
Il semble que, dans les provinces de common law, les immeubles qui y sont situés seront régis par la loi du domicile matrimonial, même si cette loi n'établit pas une sorte de contrat de mariage entre les époux.

Projets de réforme:

Au Québec, le Comité de droit international privé de l'Office de révision du Code civil a adopté provisoire-

ment, le 1er janvier 1974, un avant-projet de modification des règles de droit international privé (ci-après, «l'Avant- projet de l'ORCC»), dont l'article 19, alinéa 2, dispose ce qui suit, en ce qui concerne la loi applicable au régime matrimonial légal:

Le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales est régi par la loi de leur domicile commun au moment du mariage ou, à défaut, par la loi de leur premier domicile commun ou encore, si celui-ci ne peut être établi, par la loi du lieu de la célébration du mariage.

Par ailleurs, l'Ontario Law Reform Commission, dans son rapport du mois de mars 1974 au Gouvernement de cette province, concernant les régimes matrimoniaux (ci-après «le Rapport de l'OLRC»), recommande l'adoption des règles suivantes:

1 The legal effects of marriage on the mutual rights of the spouses *inter se* to moveable and immoveable property owned by the husband or the wife or by both of them, shall be determined by the law of the jurisdiction in which they establish their first common habitual residence after the celebration of the marriage.

2 If the spouses do not intend that the law of the jurisdiction in which they plan to establish their first common habitual residence after the celebration of marriage should apply, they may, by an express written agreement made at the time when the marriage is celebrated, decide that the law of the habitual residence of one of the spouses at the time the marriage is celebrated shall apply.

3 If the spouses neither make an agreement under rule 2 nor establish a common habitual residence after the celebration of the marriage, then the law of the habitual residence of the husband at the time of the marriage shall apply.

4 Notwithstanding rules 1, 2 or 3, with respect to any transaction taking place in Ontario, or affecting land in Ontario, between the husband and a third party, or the wife and a third party, or both husband and wife and a third party, the domestic law of Ontario governing the formality and material or essential validity of the transaction, and the capacity to enter into the transaction, shall apply.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi du domicile matrimonial ou à la lex situs *peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?*

La Cour d'appel de Québec dans *Ross v. Ross* (1893) 2 Que Q.B. 413, revd. 25 S.C.R. 307 a admis que par loi d'un Etat on devait entendre également les règles de conflit de lois de cet Etat. On en déduit qu'au Québec au moins le mécanisme du renvoi doit être accepté (Castel p. 79).
S'agissant d'époux français qui ont établi en Italie leur domicile matrimonial, estimera-t-on que le régime matrimonial est soumis à la loi interne italienne du domicile (séparation de biens) ou par renvoi de celle-ci à la loi française de la nationalité du mari (communauté de biens)?

Réponse

On ne peut répondre à cette question de façon catégorique. Le renvoi a été accepté au Québec, il est vrai, dans l'affaire Ross c. Ross, *mais il s'agit là d'un cas unique. De plus, il s'agissait de la validité formelle d'un testament, une question qui méritait, plus qu'une autre peut-être, qu'on acceptât le renvoi. Quant aux auteurs, certains l'approuvent, d'autres le rejettent. L'Office de révision du Code civil semble avoir opté pour l'exclusion du renvoi. L'Avant-projet de l'ORCC propose à l'article 3 la règle suivante:* Lorsqu'en vertu des règles de droit international privé du Québec, le droit d'un Etat étranger s'applique, il s'agit des règles de droit interne de cet Etat.
Dans une affaire Rosencrantz v. Union Contractors Ltd. and Thornton *(1960) 23 D.L.R. (2d) 473, la Cour Suprême de la Colombie britannique a rejeté la théorie du renvoi. Le litige portait sur des billets à ordre soumis aux règles générales des contrats. Il semble que les tribunaux des autres provinces de common law n'aient pas eu à se prononcer sur cette question. Falconbridge se disait ni pour ni contre la doctrine du renvoi, et ajoutait* .... the doctrine is a useful, even necessary, expedient or device in some situations and as regards some questions, but it should not be adopted as a general principle applicable to all situations and all questions *(Essays on Conflict of Laws, p. 141).*

3 Défaillance du rattachement

Comment sont déterminées les dispositions internes applicables lorsque la loi du domicile matrimonial est celle d'un système juridique interpersonnel?

On doit apprécier au Canada le régime matrimonial d'époux grecs dont le domicile matrimonial est situé au Liban. On peut, pour déterminer la loi applicable, utiliser le mécanisme du renvoi et se référer à la règle de conflit libanaise qui donne compétence à la loi nationale du mari.
Mais qu'en est-il lorsque des époux originaires d'un système territorialement plurilégislatif, par exemple le Canada, établissent leur domicile dans un système interpersonnel comme le Liban? La règle de conflit libanaise donne bien compétence à la loi nationale canadienne, mais il faut encore déterminer la province dont le droit s'applique en l'espèce.

Réponse

Il n'y a pas de loi «canadienne» concernant les régimes matrimoniaux. C'est la loi de la province du domicile des époux qu'il faut appliquer lorsque la loi compétente en vertu de la règle de conflit étrangère est la loi nationale canadienne. Cependant, dans l'exemple donné, le problème semble insoluble, car les époux n'ont aucun domicile au Canada; il est donc impossible de déterminer la province dont le droit est applicable.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *Dans quelle mesure la loi du domicile matrimonial s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Le droit québecois admet le système de l'unité car il ne fait aucune distinction entre meubles et immeubles qui sont soumis à la loi du domicile matrimonial.
Par contre dans les provinces de Common Law, on accepte une scission entre meubles et immeubles, ces derniers étant soumis à la *lex situs* sauf dans le cas d'un contrat implicite.
Mais même dans ces provinces, le principe de l'unité semble être suivi en ce qui concerne les meubles qui sont soumis à la loi du domicile matrimonial où qu'ils soient situés.

Réponse

En ce qui concerne les provinces de common law, il

serait plus exact de dire que les meubles et immeubles sont régis par la loi du domicile matrimonial, sauf les immeubles situés à l'étranger lesquels sont régis par la lex situs.

b *Dans la mesure où il joue en l'espèce, comment le principe de l'unité est-il sanctionné lorsque certains biens des époux sont en fait liquidés à l'étranger d'après une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit canadienne?*

Un Suédois épouse au Canada une Canadienne et les époux y sont considérés comme séparés de biens en vertu de la loi du domicile matrimonial, établi par exemple en Ontario. Par la suite on doit liquider au Canada le régime matrimonial mais en Suède certains biens, considérés en Ontario comme propres du mari, sont liquidés sur la base de la société conjugale au profit de l'épouse. Comment pourra-t-on rétablir l'équilibre au profit du mari en Ontario?
Un Italien épouse au Québec une Canadienne et les époux y fixent leur domicile matrimonial. On doit liquider le régime matrimonial au Québec sur la base de la communauté. Mais en Italie certains biens, considérés comme communs au Québec, sont liquidés au profit du seul mari italien sur la base de la séparation de biens italienne. Comment pourra-t-on rétablir au Québec l'équilibre au profit de la femme?

Réponse

Tous problèmes d'exécution mis à part, il semble qu'au Canada l'époux lésé pourrait obtenir un jugement du tribunal compétent rétablissant l'équilibre à son profit.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime matrimonial légal à la loi du domicile matrimonial a-t-il un caractère permanent ou varie-t-il en fonction de ce domicile?*

Au Québec il est bien admis que le régime matrimonial d'époux mariés sans contrat est soumis tant en ce qui concerne les meubles que les immeubles à la loi du domicile matrimonial et n'est pas affecté par un changement de domicile *(Paley v. Bank of America National Trust and Saving Association* 324 P. 2nd 35 (1958); Castel, p. 109; Johnson, *Conflict of Laws* 2nd ed. 1962, p. 331; *Gauvin v. Rancourt* (1953) R. L. 517 (Que C.A.); *Astill v. Hallée* préc.).
Dans les provinces de Common Law on marque plus d'hésitation. C'est ainsi qu'en Nouvelle Ecosse il a été admis que les droits réciproques des époux en ce qui concerne les meubles acquis sous la loi de leur domicile matrimonial ne sont pas affectés par un changement de domicile et que les droits acquis après le changement de domicile sont soumis à la loi du nouveau domicile *(Pink v. Perlin and Co* (1898) 40 N.S.R. 260). Cette vue se rapproche de la pratique généralement suivie aux Etats-Unis.

Réponse

Dans les provinces de common law, les tribunaux ne se sont pas encore prononcés en faveur ou contre l'immutabilité du régime matrimonial légal, suite à un changement de domicile. En faveur de la mutabilité, on peut citer l'affaire Pink v. Perlin and Co., *mais il faut noter que dans cette affaire les biens faisant l'objet du litige avaient tous été acquis avant le changement de domicile, de sorte que l'opinion de la Cour sur la mutabilité conséquente au changement de domicile ne constitue qu'un* obiter dictum.

Dans le Rapport de l'OLRC, on a proposé les règles suivantes:

5 When, subsequent to the marriage, the spouses take up an habitual residence that is different from the habitual residence the law of which became applicable under rule 1, 2 or 3 (*supra*, p. 2a), then the law of the new habitual resisdence shall apply, saving vested rights acquired under the law formerly applicable, unless the spouses make an express written agreement to retain their former law. As well, the spouses, by express written agreement, may determine that any vested rights acquired under the law formerly applicable, shall thereafter be governed by the law of the new habitual residence.

6 When, subsequent to the marriage, only one of the spouses takes up an habitual residence that is different from the habitual residence the law of which became applicable under rule 1, 2 or 3, then the law of the habitual residence that became applicable under rule 1, 2 or 3 shall continue to apply unless the spouses make an express written agreement that the law of the new habitual residence of the spouse who has changed his or her habitual residence, shall apply.

b *Si la loi applicable au régime matrimonial change dans ses dispositions internes et que les nouvelles dispositions soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il au Canada le régime matrimonial des époux?*

Le problème a surtout de l'importance dans le cas où on suit le système de la permanence du rattachement. On sait que un certain nombre de législations ont modifié les règles relatives aux régimes matrimoniaux, c'est ainsi qu'en U.R.S.S. et dans les démocraties populaires le régime de séparation de biens a été transformé en communauté d'acquêts, en Allemagne, la communauté d'administration a été remplacée par la séparation de biens puis par la communauté différée des augments, en Israël, le régime traditionnel rabbinique a été remplacé par la communauté d'acquêts, etc.
S'agissant d'apprécier au Québec le régime matrimonial d'époux soumis ordinairement à la séparation du droit roumain ou à la communauté d'administration du droit allemand, en vertu de leur domicile matrimonial, fera-t-on application de la loi roumaine ou allemande dans sa teneur ancienne ou dans sa teneur nouvelle?
Qu'en est-il particulièrement si les époux ont changé de domicile et se sont établis au Québec, voire s'y sont réfugiés avant la modification intervenue dans la loi du premier domicile matrimonial?
Dans les provinces de Common Law si l'on suit le principe de la mutabilité, les époux seront tout naturellement soumis à la loi de la province canadienne de leur nouveau domicile. Mais pour ce qui concerne les biens acquis sous l'empire de l'ancien domicile, fera-t-on application des règles anciennes ou des règles nouvelles de la loi étrangère?

Réponse

Dans une affaire récente, Zamkovetz v. Korneychuck *(1972) C.S. 855, la Cour supérieure du Québec a consacré la règle selon laquelle la référence à une loi étrangère pour déterminer le régime matrimonial légal est une référence à la loi étrangère telle qu'elle existait au moment du mariage sans égard aux modifications rétroactives ultérieures de cette loi. Il s'agissait de déterminer si des époux originaires de la Pologne de l'Est où ils s'étaient mariés en 1922 sous le régime légal de la séparation de biens, et domiciliés au Québec depuis 1930, pouvaient invoquer la législation soviétique de 1968 qui*

a transformé le régime de la séparation de biens en communauté d'acquêts. Suivant les mots du juge Lesage, sans doute cette loi soviétique s'applique-t-elle aux personnes qui y sont domiciliées, mais elle ne peut sûrement pas s'appliquer à des personnes qui n'y ont plus leur domicile depuis 40 ans avant le 1er octobre 1968, date de la promulgation de cette loi.
Il semble que le tribunal ait examiné cette question sous l'angle d'un conflit de lois dans l'espace plutôt que comme un conflit de lois dans le temps. Les époux étant domiciliés au Québec au moment de la loi de 1968, cette dernière ne pouvait les affecter. Cette attitude s'apparente à celle qui fut adoptée par la Cour d'appel de la Colombie britannique dans Ambrose v. Ambrose *(1960) 32 W.W.R. 433 (C.A.), une affaire concernant la validité d'un mariage célébré aux Etats-Unis en 1935 avant que la dissolution définitive du mariage précédent de l'épouse ne soit prononcé par la Cour de Californie en 1939 sur la base d'un jugement provisoire rendu par la même Cour en 1930. Par une modification au Code civil californien survenue en 1941, il était donné effet rétroactif au jugement final de divorce, dans le cas d'espèce, à compter de 1931. La Cour considéra que l'épouse avait eu son domicile en Californie jusqu'en 1939 (prononcé du jugement final de divorce) et que par la suite elle était domiciliée en Colombie britannique. La législation californienne de 1941 ne pouvait, en conséquence, exercer aucun effet sur la capacité juridique de cette femme alors domiciliée en Colombie britannique.*
Ces décisions s'écartent de la règle proposée par les auteurs, notamment Castel dans (1961) 39 Can. Bar Rev. 604, *pour la solution des conflits de lois dans le temps, suivant laquelle le for devrait appliquer les dispositions transitoires et rétroactives de la loi étrangère, à moins que l'ordre public du for ne s'y oppose. (Dans le même sens,* Cossette *(1970) 72 R. du N. 502).*

(Addendum)

Nous venons tout juste de prendre connaissance d'un arrêt non publié de la Cour supérieure du Québec, du 24 septembre 1973 (Proschek v. Proschazka), *qui rejette l'opinion du juge Lesage dans l'affaire* Zamkovetz v. Korneychuck, *ci-dessus mentionnée. Dans cette affaire, les époux Proschek, de nationalité tchécoslovaque, s'étaient mariés à Prague en 1948 sous le régime légal de la séparation de biens. En 1949, ils établissent leur domicile au Canada. L'année suivante, la Tchécoslovaquie modifie sa législation qui transforme le régime de la séparation de biens en communauté de biens à compter du 1er janvier 1950. S'appuyant sur la règle proposée par Castel, le tribunal s'est prononcé en faveur de l'application de la loi nouvelle.*

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de la loi du domicile matrimonial?*

Il semble que, comme en droit anglais, on estime au Canada que les époux disposent d'une large autonomie de la volonté. Le contrat de mariage est soumis à la «proper law of the contract» qui est présumée être celle de la loi du domicile matrimonial. Mais cette présomption peut être combattue. Il a été admis notamment in *Re Jutras* (1932) 2 W.W.R. 533 (SasK. C.A.), p. 556 que les parties au contrat peuvent s'entendre expressément ou implicitement pour choisir la loi de n'importe quel pays.
Au Québec, l'article 8 du Code civil accorde d'ailleurs expressément une large part de liberté aux parties en matière de contrat (v. Castel, p. 105).

2 *Dans quelle mesure la loi applicable au contrat de mariage s'étend-elle aux immeubles?*

Au Québec, la loi applicable au régime matrimonial, légal ou conventionnel, s'étend à tous les biens meubles et immeubles (Castel, p. 107).
Dans les provinces de Common Law, on tend à admettre qu'un contrat de mariage soumis à une loi étrangère puisse avoir effet à l'égard d'immeubles situés dans la province. C'est ainsi qu'on a admis l'effet d'un contrat de mariage soumis à la loi de Québec sur des immeubles situés en Ontario (*Taillifer v. Taillifer* (1891) 21 O.R. 337).

Réponse

Quant aux immeubles situés à l'étranger, ils sont régis, dans les provinces de common law, par la loi de leur situation (Re Tremblay *(1931) O.R. 781).*

3 *Le contrat de mariage peut-il être affecté par un changement de domicile matrimonial?*

Au Canada l'effet du contrat de mariage n'est pas modifié par un changement du domicile matrimonial (v. *Tetrault v. Baby* (1939) 78 Que S.C. 280; *Gauvin v. Rancourt* prés.; *Re Parsons* préc.; *Re Tremblay* (1931) *O.R. 781; Castel, p. 106).*

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Si l'on suit le principe de la permanence du rattachement à la loi du premier domicile matrimonial comme au Québec, il semble difficile d'admettre que les époux puissent librement se soumettre, au cours du mariage, à une loi autre que la loi normalement applicable. Qu'en est-il cependant si la loi de leur nouveau domicile matrimonial (comme par exemple l'article 15, alinéa 2 EGBGB en droit allemand) offre aux époux une telle possibilité?
Si l'on admet le principe de la mutabilité, on sera plus facilement enclin à admettre ce résultat.

Réponse

Dans les provinces de common law, il est permis aux époux de conclure à tout moment un contrat de mariage et de modifier leur régime matrimonial légal ou conventionnel, même si la loi du domicile matrimonial prescrit l'immutabilité (Cantlie, dans (1967) Canadian Bar Association Papers *223).*
Le Québec a adopté le principe de la mutabilité des conventions matrimoniales, lors de la réforme des régimes matrimoniaux, entrée en vigueur le 1er juillet 1970. Il est maintenant loisible aux époux domiciliés au Québec de modifier leur régime matrimonial ainsi que leur contrat de mariage (art. 1265 c.c.). La question de savoir si cette faculté doit être reconnue lorsque la loi du domicile matrimonial prescrit l'immutabilité n'a pas été examinée par les tribunaux. Même avant la réforme, certains auteurs soutenaient qu'il fallait donner effet à la loi du nouveau domicile et reconnaître le changement de régime intervenu conformément à cette loi (Johnson, Conflict of Laws, *1962, p. 315, et Cossette, préc.). Par*

ailleurs, Castel soutient que l'immutabilité est un trait essentiel du régime qui entre, par conséquent, dans le domaine de la loi compétente (loi du domicile matrimonial). (Castel, 22 Revue du Barreau *p. 284).*
L'Avant-projet de l'ORCC prévoit, à cet égard, la règle suivante: Le changement de régime matrimonial est régi par la loi du domicile commun des époux au moment du changement.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Au Québec, la capacité de conclure un contrat de mariage est soumise à la loi du domicile de chacune des parties au moment du contrat (Castel, p. 105). Il semble que la même règle prévale dans les provinces de Common Law encore que l'on puisse estimer que cette question puisse être soumise à la «proper law» du contrat (Castel, p. 105; en droit anglais v. la controverse dans Dicey and Morris, *The Conflict of Laws,* 8e éd., p. 632 et dans Cheshire, *Private International Law,* 8e éd., p. 571–572).

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Au Québec la question est soumise à la *lex loci contractus* en vertu de l'article 7 du Code civil. Il en résulte que bien que l'article 1264 du Code civil de Québec prévoie que tout contrat de mariage doit être passé devant notaire, un contrat de mariage dressé à l'étranger dans un pays qui ne connaît pas une telle règle sera considéré comme valable en la forme. (Johnson, p. 315). Dans les provinces de Common Law, il semble que l'on ait le choix entre l'application de la *lex loci contractus* ou la loi applicable au contrat de mariage lui-même (Castel, p. 106; une telle possibilité existe en droit anglais, v. Morris, *The Conflict of Laws* (1971), p. 397; Graveson, *The Conflict of Laws,* 6e éd., p. 372).

Réponse

Ajoutons qu'en vertu de l'article 1208 du Code civil, le contrat de mariage fait à l'étranger en la forme notariée québécoise (i.e. *reçu par un notaire du Québec) est valide lorsque les parties ou l'une d'elles ont leur domicile dans la province de Québec.*

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère est-il opposable de plein droit aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Réponse

Au Québec, l'article 1266 b du Code civil, de droit nouveau, exige qu'un avis de contrat de mariage et des actes de modification du régime matrimonial soit inscrit au registre central des régimes matrimoniaux. Cette exigence de publicité vise les conventions passées au Québec après le 1er juillet 1970, date d'entrée en vigueur de la loi concernant le registre central des régimes matrimoniaux (L.Q. 1969, ch. 78). Quant au régime matrimonial légal, il est opposable de plein droit aux tiers. Par ailleurs, le Code civil ne prévoit aucune mesure de publicité dans le cas de régimes matrimoniaux établis à l'étranger.
*Dans les provinces de Saskatchewan et de Manitoba, on exige que les conventions matrimoniales soient inscrites au registre de la Cour de Comté du lieu de résidence des époux, pour fins d'opposabilité aux créanciers des parties. Il en est de même des conventions matrimoniales intervenues à l'étranger, lorsque les époux ou l'un d'eux établissent leur résidence dans l'une de ces provinces. Egalement, lorsque l'étranger (non-résident) fait affaires comme commerçant dans ces provinces (*The Marriage Settlement Act, *1965 R.S.S., ch. 339, et 1970 R.S.M., ch. M-60).*

Danemark

I MARITAL PROPERTY REGIME OF SPOUSES MARRIED WITHOUT AN ANTENUPTIAL CONTRACT. – THE STATUTORY MARITAL PROPERTY REGIME ('RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL')

A Connecting factors

1 Principles

What is the law applicable to the statutory marital property regime?

It appears that the Danish positive law refers this question to the law of the husband's domicile at the time of celebration of the marriage (see *Christoffersen v. Christoffersen, Ugeskrift for Retsvæsen* 1935, 1143, in which the Court found that a Danish couple who married in the State of Illinois were subject to the regime of separate property which was in force in Illinois, the husband having been domiciled in that State. See also Allan Philip, *American-Danish Private International Law,* p. 39 ff.; see also Borum and Philip, *Lovkonflikter,* 8th ed., 1970 p. 111 and earlier Borum and Meyer, *Répertoire Lapradelle-Niboyet,* Vo Droit international privé du Danemark, No 43 ff.).

Reply

No objection. See also Ugeskrift for Retsvaesen *1969.637, in which the court held, that a couple married in the State of New York were subject to the regime of separate property of that State since the husband was domiciled there at the time of the marriage.*

2 Correction through renvoi

Can the rule set forth above be modified by the technique of renvoi?

The technique of renvoi is not in principle accepted in Danish private international law (Allan Philip, *op. cit.,* p. 37).

Reply

No objection. See also Ugeskrift for Retsvæsen 1969.637.

3 Lack of a connecting factor

How is the applicable internal law determined, if the husband's domicile at the time of marriage was situated in a State having a system of personal law (Lebanon, Iran, etc.)?

Systems of personal law generally refer to the national

law of the spouses or of the husband. But if the Danish system rejects the technique of renvoi, how will the applicable law be determined?
Will an attempt be made to determine the religious system which is most suitable to govern the pecuniary relations between the spouses? Will application be made of Danish law, as the law of the forum? Will there be a different solution?

Reply

There is no court decision on these questions. A Danish court of law would probably choose between the alternatives of applying the system providing the strongest connecting factors or of applying Danish law either as lex fori *or by reason of a special acceptance of the technique of renvoi.*

B Character of the connecting factor

1 Unity or scission

a *Does the applicable law extend to the entirety of the property of the spouses, or must one take into account its nature, as being movable or immovable, and where it is located?*

According to Allan Philip (*op. cit.*, p. 40), the Danish system follows the principle of unity: the law of the husband's domicile at the time of marriage is applicable to all of the property, wherever it may be located.

Reply

No objection.

b *How can the means for enforcement ('sanction') of such a principle be insured when certain property of the spouses is liquidated abroad in accordance with a law which is different from the law of the husbands' domicile?*

It is necessary to wind up in Denmark the matrimonial regime of a Belgian couple which is subject to the regime of separate property of the State of New York by reason of the husband's domicile following the marriage. In Belgium application is made of the Belgian national law and certain separate property of one of the spouses is liquidated on the basis of the community regime provided by Belgian law. How can the spouse who has suffered a disadvantage by application of the Belgian rules redress the balance in Denmark?

Reply

There is no answer to this question in statute law nor any court decision. The question of winding up a matrimonial regime of separate property will seldom arise in Denmark, since in principle Danish courts are only directly competent to liquidate common property. If and how a conflict of this kind may be solved is subject to the decision of the courts.

2 Permanence or mutability of the connecting factor

a *Will a change in the connecting factor, the husband's domicile, bring about* ipso jure *a change in the applicable law?*

According to Allan Philip (*op. cit.*, p. 40) the Danish system has adopted the principle of permanence of the connecting factor, which is the law of the husband's domicile at the time of marriage. If the husband transfers his domicile to another State, the applicable law will remain the same.

Reply

No objection.

b *If the internal dispositions of the applicable law change and new provisions are applicable to spouses married previously, will this change affect the matrimonial regime of the spouses in Denmark?*

It is known that numerous legal systems have modified their internal legislation relating to matrimonial regimes and that these modifications extend even to spouses who were married previously (Germany, U.S.S.R. and the popular democracies, etc.).
It appears that the logic of the system would call for taking into account in Denmark a modification of the internal provisions of the law which is normally applicable.

Reply

In principle the question can be answered in the affirmative. It must be borne in mind, however, that the question of property regime is not only an inter partes *problem, but raises problems with respect to third parties. Danish doctrine holds, based on the principles of article 53 in the Act of March 18, 1925 on the legal effects of marriage, that the foreign property regime is only binding* inter partes, *if it is not contrary to mandatory Danish statutes. Furthermore the rules of the foreign property regime can only be applied with respect to third parties, if its basic rules have been recorded in Denmark. See also under* c *below.*

c *If the reply is in the affirmative, does the permanence of the connecting factor (the law of the husband's domicile after the marriage) imply that the new provisions of the law should be applied even if the spouses have previously transferred their matrimonial domicile to Denmark?*

A German couple with their domicile in Germany later come and settle in Denmark. At the time of the marriage the German system of the community of administration ('Verwaltungsgemeinschaft') was applicable to them. But since their arrival in Denmark the German law has transformed their regime into a deferred community of gains ('Zugewinngemeinschaft'). Should one apply the new German regime to them, or should the regime be frozen in the state that it was in at the time when they left Germany? Would a loss of German nationality by the spouses before the modification of the German law influence the solution? Would the fact that the spouses had abandoned the country of the husband's domicile to take refuge in Denmark have an influence on the solution?

Reply

There are no decisions of the courts on this question. In principle the question can be answered in the affirmative. Modifications in the permanence of the connecting factor have been argued in cases of change or loss of nationality or of refugees ('conflits d'annexion'), see Tidsskrift for Retsvidenskab *1959, s. 45, 188, 394 and 1960 s. 59.*

II INFLUENCE OF THE INTENT ('VOLONTÉ') OF THE SPOUSES ON THE CONNECTING FACTOR. – MARRIAGE CONTRACTS

A Influence of the intent of the spouses at the time of marriage

1 *Can the spouses, by making an antenuptial contract, subject their matrimonial regime to a law other than that of the husband's domicile at the time of marriage?*

The law of March 18, 1925 on the legal effects of marriage provides in article 53, paragraph 2, that an antenuptial contract entered into by a husband who has no domicile in Denmark, if valid under his national law, is equally valid when the husband takes up residence in Denmark 'so long as it is not contrary to the present law'. The writers draw from this text the principle that the antenuptial contract, with regard to its contents, is governed by the law of the husband's domicile following the marriage (see Allan Philip, *op. cit.*, p. 41; Borum and Meyer, No 46, according to which *this rule means that the contract should always be judged in accordance with the Danish law as to both form and contents, as well as in its effects, when the husband was domiciled in Denmark at the time of making of the contract. The same principle applies if he resided abroad at that time and entered into the contract abroad. If the contract is valid in accordance with Danish law, it is of no importance if it is not valid in the place where it was made, and, inversely, it is of little import for it to be valid there if it does not fulfil the requirements of Danish law).*
In the case of *Fischer v. Fischer* (Committee of the Supreme Court, *U.f.R.* 1948.1120, *Clunet* 1954, p. 498, note Philip) it was decided that an antenuptial contract which was in compliance with the rules according to the law of the Australian domicile of a Dane who had married a Danish woman should be recognized as valid in Denmark, even though the formal requirements for the validity of a contract in Denmark had not been met at all.

Reply

There are no definite answers to the question neither in doctrine nor by decisions of the courts.

2 *If the antenuptial contract is not submitted to the law of the husband's domicile after the marriage, but is subject to another law, will this contract be recognized in Denmark if the spouses have neither established their domicile nor taken up residence in Denmark?*

A German domiciled in France marries a French woman and by antenuptial contract subjects the matrimonial regime to the separate property system of the German law. Is the antenuptial agreement void, and are the spouses consequently subject to the statutory community regime of France (law of the husband's domicile after the marriage)? May one take into account the fact that the law of the French domicile of the husband would permit the adoption of the German law? May one take into account the fact that the contractual regime of separate property ('séparation des biens') is likewise known in the internal law of France?

Reply

If the marriage contract is valid in France, it may be recognized in Denmark – based on the principle of being valid under the law of the husband's domicile at the time of the marriage as well as at the time of the marriage contract, although this solution involves the application of the renvoi principle to a certain extent.

B Influence of the intent of the spouses during the marriage

To what extent may the spouses during the marriage subject themselves to a law other than that of the husband's domicile at the time of the marriage?

Spouses who are subject to the law of New York come and establish their domicile in Denmark. May they adopt a matrimonial regime, either statutory or contractual, which is subject to the Danish law?
The same spouses come and settle in Germany, where they adopt a German regime in conformity with the German law of their new domicile. Will this new regime be recognized in Denmark?

Reply

Post-nuptial marriage contracts of this kind have been drawn up and recorded with the registrar of nuptial contracts. The validity of such contracts has not been contested in court.
Yes, if valid in Germany.

C Particular problems of marriage contracts

1 Capacity to enter into a marriage contract

What is the law applicable to the capacity to enter into a marriage contract?

Article 53, first paragraph, second sentence of the law of March 18th, 1952 on the legal effects of marriage as set forth in the law of November 11, 1931 provides that 'the capacity of the wife to enter into an antenuptial contract is governed by the laws of the State of her domicile' (Philip, *op cit.*, p. 41; Borum and Meyer, *op. cit.*, No 47).

Reply

No objection.

2 Form of the marriage contract

The result of the decision in *Fischer v. Fischer,* cited above, handed down on September 7th, 1948, appears to be that the formal requirements for the validity of an antenuptial contract are subject to the law governing the contents of the contract, *i.e.* to the law of the husband's domicile at the time of the marriage (see also Borum and Meyer, *op. cit.*, No 46).

Reply

To the explanation should be added: (i.e. . . . . .) *and the conclusion of the contract.*

III EFFECTS OF THE MATRIMONIAL REGIME WITH RESPECT TO THIRD PERSONS

Is the matrimonial regime, either statutory or contractual, which is properly subject to a foreign law in accordance with the conflicts rule of Denmark, effective as against third persons, or are particular formalities such as publication or notations in a public register in Denmark necessary to achieve this effect?

Article 53, paragraph 2, second sentence, of the law of March 18th, 1925 provides that the effectiveness of an antenuptial contract as against a third person is contingent on its being recorded in the registrar of antenuptial contracts, which recording should be done within a month after the acquisition by the husband of his domicile in Denmark. If the recording has taken place later, it is effective in this respect only from the date of recording. But what if the regime in question is a statutory regime which is subject under the rules to a foreign law?

Reply

No objection to the explanation of the contents of article 53. Doctrine holds that the principles of a foreign statutory system should be recorded to be applied to third parties.

Egypte

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

L'article 12 du Code civil précise qu'est applicable aux effets du mariage, y compris les effets patrimoniaux, la loi nationale du mari au moment du mariage. Toutefois la loi égyptienne est applicable si l'un des époux est Egyptien (Linand de Bellefonds, *Jurisclasseur de droit comparé,* Vo Egypte; Cour de cassation 26 juin 1963, *Recueil des Arrêts de la Cour* 14e Année, 2e partie, p. 913, *Clunet* 1968.111 et Cassation 19 mars 1966, *Recueil* 15e Année, p. 371 faisant application de la loi française à deux Français domiciliés en Egypte).

2 Correctif du renvoi

Le rattachement défini plus haut peut-il être modifié par l'effet du renvoi?

Il semble que l'on doive s'en tenir aux dispositions internes de la loi désignée par la règle de conflit car le mécanisme du renvoi est rejeté en général par l'article 27 du Code civil égyptien.

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer la loi interne applicable si la loi nationale est celle d'un système non unifié, territorialement plurilégislatif (U.S.A., Canada, Yougoslavie)?

Selon l'article 26 du Code civil égyptien il convient de consulter d'abord le droit interlocal de cet Etat. Mais s'il n'existe pas de règles interlocales du fait que le mécanisme du renvoi est rejeté, la jurisprudence a décidé qu'il convenait de faire application du droit applicable dans la capitale de l'Etat fédéral (Cour de cassation 1er mai 1958, *Recueil* 9e Année, tome II, No 48 cité par Linand de Bellefonds préc.)

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a La loi applicable est-elle compétente pour régir l'ensemble des biens des époux où qu'ils soient situés?

Il semble qu'il faille répondre par l'affirmative, la règle de confit impliquant le système de l'unité.

b *Comment l'unité du régime est-elle assurée lorsque, à l'étranger, certains biens matrimoniaux sont liquidés sur la base d'un système différent de celui qui est applicable selon le système égyptien?*

Un Français est marié à une Egyptienne. Suivant la règle de conflit, la règle égyptienne s'applique et les époux sont donc séparés de biens. Toutefois certains biens matrimoniaux sont liquidés en France sur la base de la communauté alors qu'ils sont considérés comme propres à l'un des époux par le système égyptien en raison de la séparation de biens. L'époux frustré peut-il demander en Egypte un prélèvement compensatoire?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a Le rattachement à la loi applicable est-il permanent ou peut-il subir des modifications?

La règle de conflit égyptienne semble assurer au rattachement un caractère permanent: c'est la loi nationale du mari au moment du mariage qui est prise en considération selon la règle principale. Il ne semble donc pas que la loi applicable change si le mari par la suite change de nationalité.

b *Si les deux époux sont étrangers et que par la suite l'un d'eux devienne Egyptien, cela influe-t-il sur le rattachement initial et la loi égyptienne devient-elle alors applicable?*

c *Si le rattachement à la loi désignée au moment du mariage est permanent accepte-t-on que les modifications éventuelles du droit interne de cette loi puissent affecter en Egypte le régime matrimonial des époux?*

Exemple: des époux de nationalité albanaise étaient soumis au droit albanais établissant les séparations de biens. Ces époux sont venus s'installer en Egypte.
En 1965 la loi albanaise a transformé la séparation de biens en communauté d'acquêts. Cette transformation du régime est-elle applicable aux époux?

d *Dans l'affirmative, la solution subsiste-t-elle au cas où le mari*
- *a changé de nationalité,*
- *a acquis la nationalité égyptienne,*
- *est devenu apatride,*
- *a pris en Egypte la qualité de réfugié?*

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi autre que celle prévue par le Code civil égyptien?*

Il semble que l'on doive répondre par la négative, l'article 12 du Code civil étant applicable aux effets patrimoniaux du mariage, qu'il s'agisse du régime légal ou conventionnel. (Voir expressément en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation 26 juin 1963 précité.)

2 *Si le rattachement est impératif et que les époux aient soumis leur régime matrimonial à une loi autre que celle qui est désignée par l'article 12 du Code civil, la sanction est-elle la nullité du contrat de mariage ou peut-on atténuer cette sanction par le recours au principe d'équivalence des résultats?*

Exemple: un Français se marie en Angleterre avec une Anglaise et adopte le régime de séparation de biens du droit anglais. Normalement la loi applicable est la loi francaise du mari. Le contrat sera-t-il considéré comme nul et les époux considérés comme mariés sous le régime légal français de la communauté alors que le régime de séparation de biens du droit anglais correspond au régime conventionnel de séparation de biens du droit français?

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

1 *Si le mari acquiert une nouvelle nationalité, les époux peuvent-ils par accord de volonté se soumettre à la loi de la nouvelle nationalité du mari?*

Selon le système égyptien il ne semble pas que l'on puisse

répondre par l'affirmative à cette question puisque le changement de nationalité n'a pas d'influence sur le rattachement.

2 *Qu'en est-il toutefois si les époux ont acquis la nationalité égyptienne ou se sont réfugiés en Egypte?*

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Cette loi est-elle la loi applicable au régime matrimonial ou la loi personnelle de chacune des parties? On doit pencher pour la deuxième solution (v. Ezzdine Abdallah, *Droit international privé,* 1964, II, 288).

2 Forme du contrat de mariage

Existe-t-il une règle spécifique à la forme des conventions matrimoniales?

Il semble qu'en la matière on doit appliquer le droit commun tel qu'il résulte de l'article 20 du Code civil: la forme est soumise à la loi du lieu de rédaction de l'acte, à la loi du fond, à la loi du domicile ou à la loi nationale commune aux deux parties (en ce sens Ezzedine Abdallah, *op. cit. loc. cit.)*.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial légal ou conventionnel régulièrement soumis à une loi étrangère d'après l'article 12 du Code civil a-t-il effet de plein droit à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet une publicité ou un enregistrement à effectuer en Egypte?

La question prend surtout de l'importance lorsque les époux sont domiciliés en Egypte. Il ne semble pas qu'il existe de règles spécifiques à cet effet.

Espagne

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article 1325 du Code civil espagnol *si le mariage est contracté en pays étranger entre un Espagnol et une étrangère ou entre un étranger et une Espagnole et que les contractants n'ont fait aucune déclaration ou stipulation relativement à leurs biens, on considérera, quand le mari sera Espagnol, que le mariage est sous le régime de la société d'acquêts et, quand l'épouse sera Espagnole, sous le régime de droit commun dans le pays du mari, le tout sans préjudice de ce qui est établi dans ce Code relativement aux biens immeubles (traduction française dans Les législations de droit international privé,* Oslo 1971, p., 150).

Cette règle donne compétence à la loi nationale du mari en cas de mariage célébré à l'étranger.
Il semble que la règle doive être généralisée: le Tribunal suprême, chambre civile, dans sa décision du 30 janvier 1962 relative au mariage en Espagne entre un Italien et une Espagnole a admis implicitement la compétence de la loi nationale du mari (le droit espagnol a été appliqué en l'espèce parce que les parties n'avaient pas réussi à établir la teneur du droit italien normalement applicable). Voir en faveur d'une confirmation par cet arrêt de la compétence de la loi nationale du mari, Garcia, note sous l'arrêt à la *Revista Española de Derecho Internacional* 1964.106, Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado,* II, p. 290; sur la compétence de la loi nationale du mari, v. également, Tribunal suprême 14 décembre 1967, *Revista Española de Derecho Internacional* 1967.686, *Clunet* 1973.760. En doctrine voir Lasala Samper, «El regimen matrimonial de bienens», *Derecho Internacional Privado y Interregional,* Barcelona 1954; Trias de Bes, *Répertoire Lapradelle-Niboyet, t.* VI, Vo Droit international, Espagne, p. 254, No 108; Vincente Luis Simo Santoja, «Capacidad y regimes matrimoniales de extrangeros», *Derecho Comparado y Conflictual,* Madrid, 1970, p. 190 et s.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi nationale du mari peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?

La question de l'application du renvoi est discutée en doctrine espagnole et la jurisprudence ne semble pas avoir pris clairement position (v. Carrillo Salcedo, *Derecho Internacional Privado,* p. 203 et s.). Trias de Bes (*op. cit.* No 110) penchait pour l'application du renvoi.

3 Défaillance du rattachement

Comment sont déterminées les dispositions internes applicables lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, Brésil, etc.)?

S'agissant d'apprécier en Espagne le régime matrimonial d'époux américains, comment, en droit positif, déterminera-t-on s'il convient d'appliquer une séparation de biens (telle qu'elle existe par exemple à New York ou en Virginie) ou une communauté (telle qu'elle existe par exemple en Californie ou au Texas)?
Le for espagnol se réfèrera-t-il aux tendances générales des règles de conflit en vigueur aux Etats-Unis? Dans ce cas admettra-t-on que lesdites règles américaines puissent donner compétence à la loi française, italienne ou espagnole du domicile des époux? Le for espagnol procédera-t-il à une recherche de l'Etat américain avec lequel le mari présente les liens les plus étroits?
Il faut rappeler que selon la pratique espagnole, il appartient aux parties d'établir le contenu de la loi applicable étrangère, si cette preuve n'est pas apportée on appliquera au régime matrimonial la loi espagnole (en ce sens expressément Tribunal suprême 30 juin 1962 préc.).

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi nationale du mari s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

La référence faite par l'article 1325 au droit espagnol de la situation des immeubles laisse planer quelques doutes sur le point de savoir si le système espagnol suit entière-

ment le principe de l'unité du régime ou au contraire admet une certaine scission. Trias de Bes, *op. cit.*, No 110, admettait que cette référence ne visait que le problème des droits réels et non pas les relations entre époux qui restent soumises à la loi nationale du mari. V. dans le même sens, Vincente Luis Simo Santoja, *op. cit.*, p. 199 se référant à une décision du Tribunal suprême du 28 janvier 1896.

b *Comment le principe de l'unité est-il sanctionné lorsque certains biens des époux sont en fait liquidés à l'étranger d'après une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit espagnole?*

Un Espagnol épouse une Anglaise en Angleterre et les époux y sont considérés comme séparés de biens en vertu de la loi du domicile du mari. Par la suite on doit liquider le régime matrimonial en Espagne conformément à la loi espagnole, c'est-à-dire la société d'acquêts. Mais en Angleterre, des biens communs ont été liquidés sur la base de la séparation au profit d'un seul époux. Pourra-t-on en Espagne rétablir l'équilibre par l'exercice d'un prélèvement compensatoire?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a - *Le rattachement du régime matrimonial légal à la loi nationale du mari a-t-il un caractère permanent ou varie-t-il en fonction de cette loi nationale?*

La question est discutée en doctrine. Dans l'ensemble les auteurs estiment que l'on doit se référer à la loi nationale du mari au moment du mariage et ne pas tenir compte du changement ultérieur de nationalité (Vincente Luis Simo Santoja, *op cit.*, p. 200 et s.; *adde* Trias de Bes, *op. cit.*, No 109 qui se réfère aux lois des Partidas établissant la doctrine de l'immutabilité du régime dans le cas de changement de statut personnel dans les relations interrégionales). Les auteurs se réfèrent également pour soutenir la thèse de la permanence du rattachement à l'article 13 du dahir qui était auparavant applicable au Maroc espagnol et qui précisait que le changement de nationalité postérieur de l'un des époux ne change rien au régime des biens (*cf* Pena Bernaldo de Quiros, «El regimen economico della sociedad conjugale», Derecho Internacional Privado, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1957, p. 607). Garcia, dans sa note précitée sous Tribunal suprême 24 mai 1962, estime que l'arrêt confirme le système.

b *Si la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Espagne le régime matrimonial des époux?*

Un certain nombre de législations ont modifié leurs dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant un régime à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts ou de communauté d'augments (U.R.S.S., démocraties populaires, Allemagne, Israël), les dispositions nouvelles étant déclarées applicables aux époux mariés antérieurement. La règle de conflit espagnole semble impliquer que la transformation du régime des époux par la loi applicable sera reconnue en Espagne.

c *Si la réponse est affirmative, que se passe-t-il lorsque le mari a changé de nationalité avant la modification de la loi interne applicable?*

On se demande si dans ce cas on doit pétrifier le régime dans la teneur qu'il avait au moment du changement de nationalité du mari ou s'il convient au contraire de faire application des nouvelles dispositions de l'ancienne loi nationale.

d *Quelle solution doit-on adopter lorsque les époux ont acquis en Espagne la qualité de réfugiés avant la modification de la loi nationale étrangère applicable?*

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue par la règle de conflit espagnole, c'est-à-dire la loi nationale du mari?*

La question semble assez controversée en doctrine à raison de termes employés dans l'article 1325 du Code civil espagnol. L'autonomie de la volonté des époux dans le choix de la loi applicable est contestée par Aguilar Navarro, *Derecho Civil Internacional* 1960, p. 232, Trias de Bes, *op. cit.*, No 107 (v. aussi Miaja de la Muela, *op. cit.* II, p. 291, Garcia note précitée et Vincente Luis Simo Santoja, *op cit.*, p. 198).

2 *Si le rattachement à la loi nationale du mari a un caractère impératif, un contrat de mariage soumis à une loi différente est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Français et une Anglaise établissent un contrat de mariage soumis au droit anglais et dans lequel ils adoptent le régime de la séparation de biens. Ce contrat de mariage sera-t-il totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront soumis au régime légal français de la communauté d'acquêts, ou bien peut-on tenir compte du fait que la loi interne française, loi nationale du mari, connaît également un régime conventionnel de séparation de biens?

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

La question vise surtout le cas où le mari ayant changé de nationalité les époux désirent adopter le régime conforme à la loi de leur nouvelle nationalité. En effet, le domicile des époux n'étant pas pris en considération en droit espagnol, on imagine mal que celui-ci admette que les époux puissent changer de régime conformément à la loi de leur nouveau domicile.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Il semble qu'il faille appliquer la loi nationale de chacun des époux.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Selon Trias de Bes la question dépend de la loi du lieu

de rédaction en vertu de la règle *locus regit actum (Répertoire* préc. *eod. vo,* No 110).

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère, a-t-il effet de plein droit en Espagne à l'égard des tiers ou exige-t-on que des formalités particulières telles qu'une publicité ou un enregistrement, soient effectuées en Espagne?

Etats-Unis

Preliminary Remarks of the United States Government:

The communication from the Secretary-General dated February 12, 1974, states that this Questionnaire is concerned with 'the positive rules of conflict of laws of each Member State' and requests a report from each State on 'the undisputed state of its own positive law' on the subject. In the United States the law governing matrimonial property and the choice of law with reference to it are both matters of state law (with few constitutional limitations); there is no federal internal law.
Generally speaking, the statutory matrimonial property system is one of separate property, with eight States having a community property system. Within each of these two categories there are variations of detail which make for inter-State conflicts problems. For some States, especially with reference to the husband's power over community assets and the wife's right to have a separate domicile, there are new and unresolved questions as a result of U.S. Supreme Court decisions Reed v. Reed, *404 U.S. 71, 92 S.Ct. 251, 30 L. Ed. 2d 225 (1971); and* Frontiero v. Richardson, *411 U.S. 677, 93 S.Ct. 1764, 36 L. Ed 2d 583 (1973) wherein a* de jure *sex discrimination was declared unconstitutional. There is also pending the possibility of a constitutional amendment* (Equal Rights Amendment) *which would remove all* de jure *sex discriminations.*
Primarily, it should be noted that the term 'regime' – as applied to matrimonial property interests – is not commonly used in the United States, and is not understood in this context with the meaning and connotation that attach to it in continental legal thought. Accordingly, in these comments, the word 'system' is preferred because to some Americans it has a more flexible and a less pervasive significance.
Another matter of general import in connection with the statutory system of matrimonial property rights is its interlocked relationship with the laws of succession. In a separate property system, the surviving spouse is likely to have not only a right of intestate inheritance but also a statutory right to a minimum fraction or stated amount of the other's estate. In States with a community system, the surviving spouse may not be included among those who are entitled to a forced portion, and may not even be an intestate heir in the separate property estate of the other spouse, on the assumption of being adequately provided for by rights in the community property.
In the light of these observations, this Report must be limited to (a) *general statements concerning the law of the United States, whether in legislation or judicial decisions, and* (b) *the law concerning matrimonial property without constant reference to the law of successions (see Ques. Part Two, III.C.1).*
The subjects of 'dower' and 'curtesy' are spousal survivorship rights in the separate property of the deceased spouse and are not unrelated to the principal topic. However, as a practical matter, the issue does not often arise and therefore they are considered only in replies to questions in which they are specifically mentioned.
Another preliminary observation is that this draft does not contain many case references because these are more than amply provided in the general texts and in the Reporter's Notes of the Restatement, Conflict of Laws 2d *(1971).*
Courts in the United States generally apply to international conflits cases the same treatment that they give to conflicts cases between the American States (see Rest, 2d, *sec. 10). Whether the courts should treat international cases differently has been questioned (see Ehrenzweig,* Private International Law, *Vol. 1 (General Part) pp. 19–22).*

I PROPRIETARY RIGHTS OF THE HUSBAND AND WIFE WHO HAVE MARRIED WITHOUT A CONTRACT. – THE STATUTORY MARITAL PROPERTY REGIME ('RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL')

A Connecting factors

1 Principle

What law is applicable to the statutory marital property regime or other system of proprietary rights prescribed by law?

With regard to immovables, or real property, it is quite generally agreed that the law of the place where the immovables are located governs. As Leflar remarks, in *American Conflicts Law* (1968), p. 563: 'The point is so elementary that it is seldom raised in the cases' [see *Henderson v. Trousdale* 10 La. Ann. 548 (1855); Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws* (Fourth Edition, by Scoles, 1964), p. 245; Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1962), p. 649; *2 Restatement of Confl. of Laws 2nd,* §§ 233 and 234].
With regard to movables, reference is generally made to the law of the husband's domicile at the time of marriage, which normally becomes the law of the matrimonial domicile [Leflar, *op. cit.,* p. 564; Goodrich, *op. cit.,* pp. 248–249; Ehrenzweig, p. 648; H. Marsh *Marital Property in Conflict of Laws* (1952), p. 184].
It does not appear that the 'Law of intended domicile', which was favored by Story (*Conflict of Laws,* 3rd edition, 1846, § 193 ff.) has been accepted in positive law [see *McIntyre v. Chappell,* 4 Tex. 187 (1849); Marsh, *op. cit.,* pp. 184–189].
It is necessary to make the observation that certain jurisdictions have rejected the applicability of the law of the matrimonial domicile. Thus, in Louisiana, all movables or immovables situated in that State which have been acquired by the parties after their marriage are subject to the community property regime which is in force in Louisiana, even if the spouses are not domiciled there (Civil Code, article 2400).

The Restatement, Second, Conflict of Laws states, in Section 257 as follows:

Effect of Marriage on Existing Interests in Movables.
Whether as a result of the marriage one spouse acquires an interest in the movables then owned by the other spouse is determined by the local law of the State which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the spouses and the movables under the principles stated in § 6. This State will usually be that

where the other spouse was domiciled at the time of the marriage.

Finally, in a rather recent decision the courts of the State of New York have found New York law to be applicable with regard to spouses domiciled in New York, not as the law of the matrimonial domicile but under a theory of 'governmental interest' *[Matter of Crichton,* 20 N.Y. 2d 124, 228 N.E. 2d 799 (1967)].

Reply

Generally speaking, the statements in the Droz Commentary appear to be correct, as well as the references to Leflar, Goodrich, Ehrenzweig, Marsh and Restatement, (in general, see also de Funiak and Vaughn, Principles of Community Property *(2 ed. 1971) pp. 212–232, and references in nota 16, p. 217) to the effect that rights and interests in real property (immovables) are governed by the* lex situs, *and movables by the law of the husband's domicile at the time of the marriage (which usually becomes the matrimonial domicile). However, it must be explained that the continental concept of a structured matrimonial property regime is not in the same way a part of American legal thinking. In the first place, the juridical act of marriage does not generally have any effect as to existing property rights and interests. Secondly, the property acquired after marriage is generally classified (separate or community) in accorandce with facts at the time of its acquisition and this causes different results depending on the location of immovables and changes of domicile with reference to movables.*
In this context, the reference to the husband's domicile at the time of the marriage really has no practical application; neither does a reference to the matrimonial domicile or the intended matrimonial domicile have any practical effect in the classification of property owned before the marriage. As to property acquired during the marriage, the classification is likely to depend upon the domicile of the spouse who acquires the property.
The general rule of lex situs *for immovables may not be as absolute as is sometimes stated because modifications and exceptions have been experienced. See Cavers, Contemporary Conflicts Law in American Perspective,* Recueil des Cours, *1970 vol. III, 77, 1198, and references there cited.*
A qualification of the Droz Commentary needs to be made concerning the quotation from Rest. sec. *257, because 'comment* a' *indicates that no American State gives one spouse any interest in movables owned by the other spouse at the time of the marriage. The rule might come into play for a spouse who had previously had a foreign domicile with a universal community regime, but its actual application by an American court is very doubtful except in the rare exceptional case.*
Also, a qualification of the Droz Commentary on the law of Louisiana should indicate that while the Louisiana Civil Code articles 2400–2401 do apply the community classification to all acquisitions in Louisiana regardless of domicile elsewhere, there is Louisiana Civil Code article 2329 which permits couples newly arrived in Louisiana to make a matrimonial property agreement within one year after 'settling' in the State.

2 Correction through renvoi

Can the use of the law of the matrimonial domicile or the lex situs *as the connecting factor be modified through the technique of renvoi?*

If the law applicable to the matrimonial regime is found, in a given case, to be Italian or Belgian law by reason of the husband's domicile at the time of marriage or by reason of the location of the immovables, and there is need to determine in the United States the marital property rights of the spouses, will reference be made to the rules of internal Italian or Belgian law, or will the possibility of renvoi to the national law of the husband, as dictated by the Italian or Belgian conflicts rules, be accepted?
The technique of renvoi seems to have found little favor in American court decisions. In a question involving successions with regard to real property, renvoi was employed by the court in the case of *Schneider's Estate,* 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S.2d 652 (Surr. Ct. 1950), affd on rearg. 198 Misc. 1017 100 N.Y.S.2d 37 (Surr. Ct. 1950). With regard to the matrimonial regime, a certain tendency on the part of the New York Court of Appeals to accept the technique of renvoi has been detected [*Wyatt v. Fulrath,* 16 N.Y.2d 169, 211 N.E.2d 637, 264 N.Y.S.2d 233 (1965); see Peter Herzog, 'Régime matrimonial et renvoi dans deux récentes décisions de la Cour suprême de New York', *Revue critique de droit international privé* 1968, p. 697 ff.]
The *Restatement, Second, Conflict of Laws,* Section 8, accepts renvoi only in exceptional cases.

Reply

Again the Droz Commentary correctly reflects the general situation in the United States which disfavors the use of renvoi. The Schneider Estate *case of 1951 is cited as an illustration of the actual use of renvoi, but it does not involve any matrimonial property issue; neither does the somewhat anomolous case of* Univ. of Chicago v. Dater, *227 Mich. 658, 270 N.W. 175 (1936). See additional references in Reporter's Note,* Rest. (2d) *Sec. 8.). Sometimes it may be possible to achieve the same result of applying the* lex fori *through the use of reclassification or a different characterization of the issue. The 'governmental interest' approach can likewise have an appropriate case decided by* lex fori *(often the matrimonial domicile) in what some people would call a more direct and more forthright manner. See* Matter of Crichton, *20 N.Y. 2d 124, 228 N.E. 2d 799 (1967);* Wyatt v. Fulrath, *16 N.Y. 2d 169, 211 N.E. 2d 637 (1965); and discussion in Cavers, pp. 200–210. See also* Rest. (2d) *sec. 222, comment* e; *and Introductory Note to sec. 223.*

3 Lack of a connecting factor

How is the applicable internal law determined when the matrimonial domicile is located in a State having a system of personal law (Lebanon, Iran, etc.)?

The technique of renvoi may be used to solve this question, since the legal systems in States which have two or more systems of law of personal application generally make reference to the national law of the spouses or of the husband. It appears that the language of the *Restatement, Second, Conflict of Laws,* Section 8, subsection 3, permits in this hypothetical situation application of the foreign rule of conflict of laws: *When the State of the forum has no substantial relationship to the particular issue or the parties and the courts of all interested States would concur in selecting the local law rule applicable to this issue, the forum will usually apply this rule.*

Reply

This appears to be not applicable in United States, nor does the Droz Commentary regarding Rest. (2d) *sec. 8 (3) seem to support the suggestion of renvoi in this situation. Questions pertaining to movables would be decided in accordance with the dispositive rules of the*

domicile (as determined by the forum) and for immovables it would be the lex situs *without reference to a personal law or the use of renvoi.*

B Character of the connecting factor

1 Unity or scission

a *To what extent should the movable or immovable nature of the property or its location be taken into account?*

In the American system, as has been pointed out, the governing principle is scission; movables are subject to the law of the matrimonial domicile, and immovables are subject to the law of the State where the property is located.
Nevertheless, unity to a certain extent is achieved with respect to movables, in that they are made subject to the law of the matrimonial domicile regardless of their location [see Goodrich, p. 248; Leflar, p. 564; Ehrenzweig, *Private International Law,* Vol. II, p. 205; Marsh, *op. cit.,* p. 184 and p. 192, including references contained in footnote 40. It should be observed, however, that the decision in *Locke v. McPherson,* 163 Mo. 493, 63 S.W. 726 (1901) can be interpreted as having made reference to the law of the place where the movables were located].

Reply

The observations and references in the Droz Commentary appear to be correct as a general statement but hardly a complete one. There is no problem about immovables being governed by the lex situs; *however, as to movables, at least this qualification needs to be mentioned: while the articulated rule 'law of the domicile at the time the movables are acquired' has been, and will continue to be, the generally accepted connecting factor for movables, the ultimate and controlling* power *is at the* situs *(sometimes with diverse determinations as to intangibles), and the* lex situs *may be applied to protect local creditors or other local interests. Power over tangibles is greater than power over intangibles, and this can make a difference in the application of the* lex situs. *Another possibility is that, for the purpose of tracing the classification or nature of the property, the* forum (situs) *might look to the* lex domicili *at the time of its acquisition.*

b *In so far as the principle of unity of the matrimonial regime with respect to movables is accepted, how is it enforced when certain property of the spouses is in fact liquidated or awarded abroad in accordance with a law different from that which is designated by the conflict of laws rule which would be applicable in the United Sates?*

The matrimonial regime of an Italian man who has been married and domiciled either in Texas or in California is to be liquidated. The law of Texas or California is normally applicable to the movables, and the spouses are considered as having been married under a community property regime. Now, in Italy certain movables which should fall within the community are awarded in full to one of the spouses, on the basis of the Italian system of separate property. How can the spouse who has suffered a disadvantage as a result of application of the Italian rules redress the balance in Texas or California?

Reply

An American court might well draw an analogy from what has been done in the administration of estates whereby the amount or fraction due to a particular claimant is calculated on the basis of both local and foreign assets and then paid out of local assets to the extent that local assets are available. Thus, if the administration of an insolvent estate, or a succession which is inadequate to satisfy all claims, is being carried out in two different States, each court should compute all the claims and all the assets wherever located in order to give each claimant a pro rata *of the total, for payment out of locally controlled assets to the extent of such assets. See* In re Hanreddy's Estate, *1976 Wis. 570, 186 N.W. 744 (1922);* In re Hirsch, *146 Ohio St. 393, 66* N.E. 2d 636 (1946); Rest. (2d) *sec. 350 and references in Reporter's Note; Leflar, p. 513; Stumberg, p. 417; Goodrich (Scoles ed.), p. 373; Marsh, pp. 244–246. See also 124 A.L.R. 1281, 1288 (1940); 106 A.L.R. 893 (1937); 33 A.L.R. 801 (1926).*

2 Permanence or mutability of the connecting factor

a *Does a change in the matrimonial domicile bring about* ipso jure *a change in the law which is applicable to the marital property regime?*

It is well known that the American system accepts quite generally the principle of mutability of the connecting factor; the rights of the husband and wife with respect to movables acquired after the marriage are determined by the law of the domicile of the parties at the time of their acquisition (Goodrich, p. 249 ff.; Leflar, p. 565; Marsh, p. 212). The rights which have been acquired with respect to movables are not modified by a subsequent change of domicile or by displacement of the movable from one State to another.
The rules set forth above are re-affirmed in the *Restatement, Second, Conflict of Laws,* Section 258, subsection 2, and Section 259.

Reply

The statements and references in the Droz Commentary are correct. The principle of immutability is not accepted anywhere in the United States. Generally, the applicable law for movables acquired after marriage is that of the matrimonial domicile at the time of acquisition; however, this is subject to modification if the spouses have separate domiciles. In the United States it is not so much a concept of 'regime' as it is the classification (separate or community) of each item of property at the time of its acquisition. The doctrine of replacement of previously vested property interest preserves the original classification in the same property or in other property acquired with its proceeds after removal to the new domicile (see Neuner, Marital Property and the Conflict of Laws, 5 La. L. Rev. 167, 174 (1943).

b *If the law which is applicable to the proprietary rights of the spouses undergoes a change in its domestic provisions and the new provisions are declared applicable to spouses who were previously married, will this change affect the respective proprietary rights of the spouses in the United States?*

It is a known fact that a certain number of legal systems have modified their rules of domestic law which are concerned with the proprietary rights of husbands and wives. Thus it is that the Union of Soviet Socialist Republics and the popular democracies, for example, as well as Germany and Israel, have replaced their systems of marital property based on separate property with regimes of community property. The system of muta-

bility employed in the United States eliminates many difficulties, since the property rights of the spouses with regard to movables are subject to the law of their new domicile. If movables have been acquired by either one spouse or the other under governance of a regime of separate property in force in the country of their domicile and then the husband and wife settle in the United States before modification of the internal rules in their former domicile, will application be made of the former rules or the new rules of the foreign legal system? While the spouses are domiciled in Israel, the husband purchases a rather valuable painting. The spouses transfer their domicile in 1960 to the United States. The proprietary rights of the spouses with respect to the painting remain vested in accordance with Israeli law, that is to say, a system of separate property. However, in 1974 Israeli law changes and a system of a community of acquisitions is introduced, which applies to spouses who were previously married. Henceforth, should the painting, which was acquired under the rules of Israeli law be deemed to fall within a community, or should it be deemed to remain the separate property of the husband?

Reply

The question asserts the retroactivity of the new law of State X on the marital property interests of spouses in that State. With the general American aversion to retroactivity of substantive (as distinguished from procedural) laws, and the total absence of the immutability principle, an American court would probably reject any change in the property interests of the spouses. If the parties became domiciled in the United States, the marital property interests which came into existence at the time of the acquisition of this property are preserved and remain vested. If the spouses continued to be domiciled in the original State, the respective property interests would continue to be governed by the law of that State (including retroactivity) although they and their property might presently be located in United States. Cf. Rest. (2d) *secs. 259, 247, and references in Reporter's Notes; Leflar, pp. 567–569; Marsh, pp. 212 ff; Goodrich (Scoles ed.) pp. 249–252; Ehrenzweig,* Private International Law, *vol. II, pp. 207–208.*

II INFLUENCE OF THE INTENT OF THE SPOUSES ON THE CONNECTING FACTOR. – THE MARITAL PROPERTY AGREEMENT

A Influence of the intent of the spouses at the time of marriage

Can the spouses by entering into an antenuptial agreement subject their marital property regime to a law other than the law of the matrimonial domicile, with regard to movables, or the lex situs, *for immovables?*

It seems to be quite generally accepted in the United States that recognition will be given to the autonomy of the parties and that effect will be given to an antenuptial contract. The determination as to the property to which the contract extends is a question of interpretation of the agreement between the spouses. If the contract so provides, it will continue to govern the respective proprietary rights of the spouses, even if they change their domicile [Goodrich, p. 252 ff.; Leflar, p. 571 ff.; Marsh, *op. cit.*, p. 218 ff.; *DeCouche v. Savetier,* 3 Johns. Ch. 190 (N.Y. Ch. 1817), subjecting property acquired in New York, the new domicile of the spouses, to the custom of Paris, which had been chosen by the spouses].

A question, however, can be raised as to the extent to which an antenuptial contract providing, for example, for a separate property regime, will be recognised when the spouses transfer their domicile into a State (such as California, Louisiana or Texas) which prescribes a regime of community property. In particular, it can be asked what effect article 2400 of the Civil Code of Louisiana has on an antenuptial contract providing for a regime of separate property, since Louisiana imposes a regime of community property with respect to property which is situated in Louisiana, even if the spouses are not domiciled there.

Reply

The statement and references in the Droz Commentary are correct that an antenuptial agreement will generally be given effect in all American States. However, there may conceivably be issues of the forum's public policy (or governmental interests) which can produce a change in result. See Ehrenzweig, Treatise, *pp. 388–389. It should also be noted that local recordation requirements may be of a mandatory nature, especially regarding immovables.*
The question about Louisiana, posed in the Droz Commentary, refers to La. Civil Code art. 2400 which classifies as community all property situated in Louisiana regardless of domicile, and presumably regardless of an antenuptial contract made elsewhere. However, as pointed out in the answer to Ques. I.A.1; La. Civil Code art. 2329 allows one year for couples newly arrived in Louisiana to make a property agreement which would be effective in Louisiana.

B Influence of the intent of the spouses during the marriage

Is it possible for the spouses to change the law applicable to the marital property regime during the course of the marriage?

The system of mutability appears to leave to the spouses their full freedom to act in conformity with the law of their new domicile. Thus, if a husband and wife who are originally subject to the law of the State of New York transfer their domicile to Germany, it will be recognised that they may adopt a marital property agreement conforming with German law, as provided in the second paragraph of article 15, EGBGB.
The court decisions in the State of New York appear to have gone even further, since they have permitted spouses, who are subject to Spanish law by reason of their domicile, to enter into a valid contract affecting their respective proprietary rights, even though Spanish law stands on the principle of immutability of marital property agreements and holds such postnuptial agreements to be void [see: *Wyatt v. Fulrath,* cited above, which decision seems to be influenced by the new 'center of gravity' approach; Erhenzweig, *Private International Law,* Vol. II, p. 207; Leflar, p. 572; Herzog, *op. cit., Revue critique de droit international privé,* 1968.607].

Reply

As pointed out in the Droz Commentary, the system of mutability seems to leave full freedom to the spouses. As already indicated, the concept of a 'regime' does not have the same significance in the United States as on the Continent. When spouses continue in the same domicile they are generally not able by contract to change their marital property relationship, whether it be statutory or by antenuptial agreement. This does not preclude different interests in property acquired in another juris-

diction or in case of the spouses' removal to a new domicile. Of course, changes also occur in the event of separation and divorce.
Inspite of the foregoing general statements, a change in the marital property relationship of the spouses can be effected by the creation of a trust and possibly by other legal devices.

C Particular problems of marital property agreements

1 Capacity to enter into a marital property agreement

What law is applicable to capacity to enter into a marital property agreement?

The question is whether capacity is determined by reference to the law of the domicile of each party at the time of contracting or by reference to the 'proper law of the contract'. The latter solution would appear to be the one which would be followed in the United States (see Marsh, *op. cit.*, p. 143, and the references set forth in footnote 38).

Reply

This question would be like the capacity to make any contract, with emphasis on the place of the most significant relationship as the proper law of the contract, with reference to the places mentioned in Rest. (2d) *secs. 6, 188, and especially to the party's domicile or the intended matrimonial domicile.*

2 Form of the marital property agreement

What law is applicable to the form of the marital property agreement?

It appears that, as in English law, there is a choice to be made between application of the *lex loci contractus* and the law which is applicable to the contract itself (see *Restatement, Second, Conflict of Laws,* Section 199).

Reply

There is a range of possibilities for the formality of this contract as for any other contract (Rest. (2d) *sec. 199), and comparison might be made with the choice of law rules for the form of wills. However, in some respects, the antenuptial property agreement carries a certain special importance and solemnity, and often requires witnesses and recordation.*

III EFFECTS OF THE MARITAL PROPERTY REGIME WITH RESPECT TO THIRD PERSONS

Is a marital property regime, either statutory or contractual, which is subject under the rules to foreign law, automatically effective against third persons; or must particular formalities be complied with in order to achieve this effect?

Reply

There is no basic regime effective against third persons because the classification of each item of property is determined by the law of the domicile at the time of its acquisition. With reference to immovables, there should be recordation in the public records at the situs *in order to be effective against third persons.*

Finlande

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article 14, alinéa 2 de la loi du 5 décembre 1929 réglant certains rapports de droit familial *les effets du mariage sur les biens des époux sont régis . . . par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.* (v. implicitement Helsingfors Hovrätt 21 octobre 1964, *Sv. Jur.* 1966.368, commentaire Josef Fischer.

Réponse

Selon l'article 14, alinéa 2 de la loi du 5 décembre 1929 réglant certains rapports de droit familial de caractère international les effets du mariage sur les biens des époux sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. Toutefois, certaines modifications de cette règle sont prévues à l'article 16 (effet du régime matrimonial à l'égard des tiers et dons entre les époux).

2 Correctif du renvoi

La règle ci-dessus mentionnée peut-elle être modifiée par l'effet du mécanisme du renvoi?

S'agissant d'un mariage entre un Suisse et une Finlandaise domiciliés en Finlande, la loi nationale suisse du mari renvoie à la loi finlandaise ou tierce du domicile. Ce renvoi sera-t-il accepté?

Réponse

Oui, selon l'article 53 de la loi du 5 décembre 1929: si la loi d'un certain Etat, qui serait applicable parce qu'elle est la loi nationale de l'intéressé, se réfère à une autre loi, c'est celle-ci qui sera appliquée.

3 Défaillance du rattachement

Comment le droit interne applicable est-il déterminé lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique non unifié, territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, etc)?

Fait-on application dans ce cas de la théorie du renvoi? Se réfère-t-on subsidiairement à la loi du domicile ou de la résidence habituelle du mari? Essaie-t-on de déterminer la loi avec laquelle le mari a les liens les plus étroits? Autre solution?

Réponse

On applique le principe de renvoi (article 52: Si, dans un Etat dont la loi, conformément à ce qui est stipulé ci-dessus, doit être observée, différentes lois sont en vigueur dans ses différentes parties, la question de savoir quelle est la loi à appliquer, doit être décidée d'après le système judiciaire dudit Etat.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi déterminée par l'article 14, alinéa 2, s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il semble bien qu'il résulte de la règle de conflit finlandaise que l'on applique le système de l'unité et que l'on ne tienne pas compte de la situation des biens ni de leur nature mobilière ou immobilière.

Réponse

Oui, on applique le système de l'unité.

b *Comment ce principe de l'unité est-il assuré lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger sur la base d'une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit finlandaise?*

Un couple domicilié en Finlande est soumis à la loi belge, loi nationale du mari, donc à la communauté légale. Un immeuble acquis pendant le mariage en Angleterre et faisant partie de la communauté est liquidé en Angleterre sur la base du régime de séparation de biens et attribué à un seul époux. Pour assurer le principe de l'unité, rétablira-t-on l'équilibre en Finlande par un prélèvement compensatoire?

Réponse

Le problème n'as pas été réglé par des dispositions spécifiques dans la législation et il n'a même pas été évoqué dans la pratique judiciaire. C'est pourquoi il n'est pas possible de donner une réponse exacte à cette question. Toutefois, selon les principes généraux d'interprétation qui dominent actuellement en Finlande, il n'est pas exclu qu'un tribunal finlandais puisse accorder une compensation à la partie qui, à la suite de la liquidation antérieure, obtiendrait autrement moins de biens qu'elle n'en aurait le droit selon la loi applicable au régime matrimonial.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement à la loi nationale du mari est-il permanent ou peut-il subir des modifications?*

Il semble résulter de la règle de conflit finlandaise que le rattachement est permanent, en effet l'article 14, alinéa 2 se réfère à la loi nationale du mari *au moment de la célébration du mariage.*
Il ne semble donc pas que le changement de nationalité du mari entraîne de plein droit une modification de la loi applicable au régime matrimonial légal.

Réponse

Le rattachement est, en principe, permanent. La loi applicable au régime matrimonial légal peut cependant être modifiée en raison du principe de renvoi de l'article 53 (par exemple selon la loi nationale du mari). Le changement peut avoir également lieu lorsque les raisons pratiques exigent une accommodation de la loi applicable au régime matrimonial et de la loi applicable à la succession.
(V. la décision du 21 octobre 1964 de la Cour d'Appel de Helsinki: pour éviter le conflit entre la loi successorale et la loi applicable au régime matrimonial, on a appliqué la loi finlandaise des régimes matrimoniaux bien que le mari fût un citoyen allemand lors de la conclusion du mariage, puisque peu après leur mariage, les époux se sont installés d'une façon permanente en Finlande et sont devenus citoyens finlandais.)

b *Si la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Finlande le régime matrimonial des époux?*

Des époux étaient soumis à la loi allemande ou à la loi roumaine. Après le mariage les lois allemande et roumaine ont modifié le régime légal, même à l'égard d'époux mariés antérieurement, (institution de la communauté différée des augments en droit allemand, création de la communauté d'acquêts en Roumanie). Ces changements seront-ils reconnus en Finlande?

Réponse

Oui, les changements sont reconnus en Finlande.

c *Si la réponse est affirmative qu'en est-il lorsque le mari a perdu sa nationalité avant la modification de la loi étrangère? Le régime est-il pétrifié dans sa teneur ancienne ou au contraire fera-t-on application des disposition nouvelles de l'ancienne loi nationale?*

Réponse

Cette question n'a pas été prévue par des dispositions spécifiques dans la législation finlandaise. Cependant il a été considéré dans certaines décisions de la Cour suprême datant des années 1920 et 1930 que le régime est pétrifié dans sa teneur ancienne (V. Cour suprême 1937.II.141). Il semble, pourtant, que ces décisions ne peuvent plus être considérées comme des précédents faisant autorité. Actuellement, cette question pourrait être résolue de la manière suivante: les dispositions nouvelles de l'ancienne loi nationale seraient appliquées si la nationalité du mari a changé après le contrat de mariage. Si, par contre le mari n'a pas de nationalité, la loi finlandaise est applicable également lorsqu'il n'a perdu sa nationalité qu'après la conclusion du mariage (V. Cour suprême 1955.II.42).

d *Qu'en est-il si les époux ou l'un d'eux ont acquis en Finlande la qualité de réfugié?*

Réponse

Quant aux réfugiés, des dispositions spéciales ne sont pas en vigueur.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi autre que la loi nationale du mari?*

L'article 17 de la loi du 5 décembre 1929 admet expressément que lorsque les effets du mariage sur les biens des époux seraient autrement régis par la loi d'un Etat étranger, les fiancés ont le droit de stipuler par contrat de mariage que ces effets seront régis par la loi finlandaise.
La volonté des époux peut donc influer, mais uniquement dans le sens d'une soumission à la loi finlandaise. Il semble en résulter qu'en dehors du cadre limité de l'exception, les époux ne peuvent pas adopter par contrat de mariage une loi autre que la loi nationale du mari. C'est ainsi qu'un Finlandais marié à une Française et domicilié en Finlande ne peut semble-t-il adopter par contrat de mariage la loi française. Il en irait de même si un mari italien et une femme française adoptent un régime soumis au droit français.

Réponse

Dans le cas où les effets du mariage seraient autrement

régis par la loi étrangère, les fiancés peuvent par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à la loi finlandaise (art. 17: Lorsque les effets du mariage sur les biens des époux seraient autrement régis par la loi d'un Etat étranger, les fiancés ont le droit de stipuler par contrat de mariage que ces effets seront régis par la loi finlandaise). *Selon l'article 17, ce n'est pas nécessaire que les fiancés ou l'un d'entre eux soient domiciliés en Finlande ou ne possèdent aucun autre lien de rattachement à la Finlande.*

2 *Un contrat de mariage soumis à une loi différente de celle désignée par la règle de conflit finlandaise est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Italien marié à une Française adopte en France un régime de communauté d'acquêts soumis au droit français. Le contrat sera-t-il considéré comme totalement inefficace et les époux soumis au régime légal italien de la séparation de biens alors que par contrat de mariage soumis au droit italien, les époux auraient également pu adopter un régime de communauté d'acquêts?

Réponse

Le problème n'a pas été résolu par des dispositions spécifiques ou par une pratique judiciaire permanente. On peut cependant supposer que les tribunaux en Finlande attacheraient de l'importance au fait que la loi applicable au régime matrimonial reconnaît un tel contrat de mariage comme valable. Si cela n'est pas le cas, le contrat n'est guère valable en Finlande.

B Influence de la volonté des époux après le mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Il semble que le droit finlandais exclue une telle possibilité. L'exception prévue à l'article 17 vise uniquement les *fiancés*. La possibilité pour un couple étranger d'adopter le droit finlandais n'existe qu'au moment du mariage. Si des étrangers deviennent par la suite Finlandais, il ne semble pas possible qu'ils puissent se soumettre à la loi de leur nouvelle nationalité.

Réponse

Non. La possibilité prévue à l'article 17 n'existe pas qu'au moment du mariage (fiancés).

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Selon l'article 15 de la loi du 5 décembre 1929, *la capacité d'un fiancé ou d'un époux de conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale.*
Il n'est donc pas fait application à cette question de la loi applicable au régime matrimonial.

Réponse

La capacité d'un fiancé ou d'un époux de conclure un contrat de mariage est déterminée par la loi nationale des contractants (art. 15).

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme d'un contrat de mariage?

Réponse

S'il n'est pas prévu autrement dans la loi nationale de l'intéressé, le contrat de mariage sera réputé valable quant à la forme s'il a été conclu et légalisé selon la loi nationale de chacun des contractants ou bien selon la loi de l'Etat où il a été conclu (art. 15, alinéa 2).

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère a-t-il effet de plein droit en Finlande à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

L'article 16 de la loi du 5 décembre 1929 contient une disposition expresse à ce sujet: si un époux dont les rapports avec l'autre conjoint sont déterminés par une loi étrangère désire se réserver le droit de se prévaloir en Finlande, contre un tiers, de ladite loi ou d'un contrat de mariage, il doit en informer le tribunal du lieu où il a son domicile, ou bien, s'il n'est pas domicilié en Finlande, le tribunal de première instance de Helsinki. Cette règle est également applicable aux contrats de mariage conclus à l'étranger par des citoyens finlandais ou des contractants dont l'un est Finlandais et l'autre étranger.
Cette règle a été consacrée en jurisprudence finlandaise: un Allemand se marie en 1921 et s'établit immédiatement après en Finlande. En 1926, il est naturalisé finlandais avec sa femme. Il acquiert en Finlande toute sa fortune mais il n'avait pas fait enregistrer en Finlande que le droit allemand gouvernait le régime matrimonial. Vis-à-vis des tiers il a été décidé que s'appliquerait le droit finlandais (*Helsingfors Hovrätt* 21.10. 1964 et l'article de Josef Fischer *Sv. Jur.* 1966, p. 368).

Réponse

Si un époux, dont les rapports avec l'autre conjoint sont déterminés par une loi étrangère, désire se réserver le droit de se prévaloir en Finlande, contre un tiers, de ladite loi ou d'un contrat de mariage, il doit en informer le tribunal du lieu où il a son domicile, ou bien, s'il n'est pas domicilié en Finlande, le tribunal de première instance de Helsinki. Cette règle est applicable aussi aux contrats qui sont conclus à l'étranger par les citoyens finlandais ou des contractants dont l'un est Finlandais et l'autre étranger(art. 16, alinéa 1 et 2).

France

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Le droit positif français suit le système dit de l'autonomie de la volonté: le régime matrimonial légal est soumis à la loi expressément ou présomptivement choisie par les parties (pour s'en tenir aux décisions les plus récentes: Cassation civ. 22 avril 1958, *D.* 1958.460; 23 décembre 1958 et 27 janvier 1959, *Clunet* 1959.

1146; Civ. 30 décembre 1959, *Revue critique de dr. int. privé* 1961.326; 7 novembre 1961, même *Revue* 1962. 681; Civil 15 décembre 1965, *Clunet* 1967.398; Civ. 31 janvier 1968, *Gazette du Palais* 1968.I.245,*Recueil général des lois* 1968.493, note Droz, *Revue critique* 1968.680, note Ponsard; Civ. 27 janvier 1969, *D.* 1969. 294, *Revue critique* 1969.710, note Derruppé, *Clunet* 1969.644, note Ponsard; *J. C. P.* 1970.II.16407, note Jacques Foyer, *Journal des Notaires* 1970.86; Droz, *Répertoire Dalloz de droit international,* Vo Régimes matrimoniaux, No 5 et s.; Wiederkehr, «Les conflits de lois en matière de régime matrimonial», *Dalloz* 1967; Batiffol et Lagarde, *Droit international privé,* 5e éd., t. II, No 618 et s.).
En matière de régime légal, les époux n'exprimant pas en général de volonté expresse, leur volonté implicite est alors déterminée à l'aide d'indices tels que l'établissement du domicile matrimonial, la localisation des intérêts du ménage, la fixation du centre de leurs intérêts pécuniaires (v. Droz, *Répertoire* préc. *eod. vo,* No 20 et s. et les nombreuses références jurisprudentielles; Batiffol et Lagarde, *op. cit.,* No 620). L'indice du domicile matrimonial et de la localisation des intérêts du ménage doit être considéré comme prépondérant; il est en tout cas préféré à celui tiré de la nationalité du mari ou de la nationalité commune des époux. La Cour de cassation s'est référée à la loi du domicile même dans le cas où deux époux de nationalité commune avaient contracté mariage dans leur pays d'origine mais avaient établi en France leur domicile matrimonial (Cassation civ. 30 décembre 1959, 7 novembre 1961 et 31 janvier 1968 préc.).

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi choisie par les parties peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?

Après une longue période d'hésitation (v. l'historique dans Droz, *Répertoire Dalloz* préc., Vo Régimes matrimoniaux, No 94 à 117), la Cour de cassation a rejeté le renvoi en matière de régime matrimonial légal (arrêt *Lardans* 27 janvier 1969, préc. et *Gouthertz,* Cassation civ. 1er février 1972, *Journal des Notaires* 1973.693; *Revue critique* 1972.644, note Wiederkehr; *Répertoire Defrenois* 1972.1033; note Ph. Malaurie; *J. C. P.* 1972.II. 17096, Concl. Gégout; sur l'ensemble du problème v. Droz, «Le rejet du renvoi en matière de loi applicable au régime matrimonial légal», *Journal des Notaires* 1970, p. 65 «Rejet du renvoi et tendance à la recherche de la proper law en matière de loi applicable au régime matrimonial», *Journal des Notaires* 1973, p. 681 et s.).

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer la loi interne applicable lorsque la loi compétente pour régir le régime matrimonial est celle d'un système territorialement plurilégislatif ou celle d'un système juridique interpersonnel?

Dans le système français, il convient de rechercher quelle est la loi interne applicable que les époux ont entendu adopter. Dans le cas d'un système territorialement plurilégislatif, on tiendra compte des règles de l'unité territoriale déterminée par la fixation du domicile matrimonial, la localisation des intérêts du ménage, etc. Dans le cas d'un système interpersonnel , on tentera de déterminer le droit confessionnel auquel les époux auraient pu volontairement se soumettre (pour la soumission d'époux de confession israélite au droit rabbinique applicable en Tunisie ou en Egypte, v. par ex. Cour d'appel d'Alger 24 novembre 1884, *Journal de Robe* 1885.149; Tribunal de Tunis 14 novembre 1889, *Clunet* 1890.298; 25 mars 1914, *Journal des Tribunaux de Tunisie* 1914.366; Cour d'appel de Paris 15 mai 1959, *Clunet* 1960.478).

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi choisie par les parties est-elle compétente pour régir l'ensemble des biens des époux?*

Le système français est connu pour suivre le principe de l'unité de la loi applicable au régime matrimonial, principe qui est la conséquence directe du rattachement du régime à la loi choisie par les époux au jour du mariage (v. Droz, *Répertoire Dalloz de droit international,* Vo Régimes matrimoniaux, No 74 et s.).
Batiffol et Lagarde (*op. cit.,* No 616) écrivent que *l'unicité de la réglementation pour un même patrimoine s'impose;* un certain nombre de décisions ont d'ailleurs fondé le rejet du renvoi de la loi du domicile à la loi réelle de la situation des immeubles sur le principe de l'unité (Tribunal Seine 24 août 1877 sous Cassation 4 avril 1881, *S.* 1833.1.65, Tribunal civil de Millau 18 juillet 1903, *Revue critique* 1908.200, Tribunal civil de Versailles 15 mai 1924, *Revue critique* 1925.240; Tribunal civil de la Seine 17 janvier 1924, *Revue critique* 1925.226; Tribunal de Meaux 4 mai 1928, *Clunet* 1928. 1223).

b *Comment la sanction de ce principe est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit française?*

Les époux sont considérés comme mariés sous le régime de la communauté du droit français. Un immeuble acquis pendant le mariage et faisant partie de cette communauté est liquidé en Angleterre ou aux Etats-Unis au seul profit d'un des époux considéré comme séparé de biens. Opérera-t-on en France un prélèvement compensatoire sur les biens français pour rétablir l'équilibre?
On ne trouve pas en jurisprudence française d'exemple probant sur l'exercice d'un droit de prélèvement compensatoire de nature à assurer la sanction du principe de l'unité (sur les difficultés pratiques provenant de l'indivisibilité du régime, v. Droz, *Répertoire* préc. *eod. vo,* No 245 et s.; sur l'absence de prélèvement compensatoire dans la pratique v. Droz, note sous Cassation civ. 1er février 1972, Rougeron, *Revue critique* 1973. 320 et s.; pour une confusion entre prélèvement compensatoire tiré du régime matrimonial et prélèvement successoral v. jugement du tribunal de Lyon, 7 octobre 1971, *Clunet* 1972.597, note Ponsard).

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement à la loi choisie par les époux au moment du mariage peut-il subir une modification, dans certaines circonstances?*

En droit français la loi compétente est déterminée par la volonté des époux au jour du mariage. Si des circonstances postérieures au mariage sont parfois retenues, c'est uniquement pour éclairer l'intention des époux au jour du mariage. Lorsque la loi applicable est déterminée, le changement ultérieur de nationalité ou de domicile des époux n'influe pas sur le rattachement initial (Droz, *Répertoire Dalloz de droit international,* Vo Régimes matrimoniaux, No 79 et s.; Amiens 20 octobre 1960, *Revue critique* 1961.326; Paris 2 juillet 1954, *Revue critique* 1954.810, note Batiffol; Aix 22 mars 1955, *Revue critique* 1956.274; Fort-de-France 21 juin

1962, *Revue critique* 1963.724, note Droz; Paris 3 février 1968, *Clunet* 1968.738, note B.G., *Revue critique* 1968.467, note Patarin; Cassation civile 1er décembre 1969, *Journal des Notaires* 1970.586, note Droz, *Clunet* 1970.306, note Ponsard; Civ. 1er février 1972, *Goutherz, préc.).*

b *Si la loi étrangère normalement applicable change dans ses dispositions internes et que des modifications soient applicables aux époux mariés antérieurement, doit-on tenir compte en France de cette modification?*

La jurisprudence française estime que lorsque une loi étrangère est applicable au régime matrimonial, on doit tenir compte de ses dispositions transitoires aussi bien que de ses dispositions de fond. En conséquence on a admis que des époux soumis à l'origine aux lois polonaise ou soviétique qui établissaient le régime de la séparation de biens ont vu leur régime matrimonial transformé en communauté d'acquêts par l'effet de la loi applicable (Paris 2 juillet 1954 et Aix 22 mars 1955 préc.).

c *Si l'on répond par l'affirmative à la question précédente, qu'en est-il lorsque le mari ou les époux ont pris la qualité de réfugiés en France ou ont perdu leur nationalité d'origine avant la modification intervenue dans la loi applicable?*

Une série de décisions ont admis que les époux réfugiés en France n'étaient plus soumis au droit transitoire étranger et que le régime matrimonial était pétrifié dans sa teneur ancienne (Fort-de-France 21 juin 1962 préc., Tribunal Seine 18 avril 1966, Paris 3 février 1968, préc.). La Cour de cassation a consacré ce système mais uniquement dans un cas où le réfugié avait la qualité de réfugié statutaire au sens de la Convention de Genève du 28 janvier 1951 dont l'article 12, alinéa 2 prévoit le respect des droits précédemment acquis par le réfugié (Cassation civ. ler décembre 1969, préc.).
En principe, en droit français, la nationalité des époux n'intervenant pas directement dans la détermination de la loi applicable, le changement de nationalité ne peut influer ni sur le rattachement ni sur l'application du droit transitoire étranger (v. note Droz sous Fort-de-France 21 juin 1962, *Revue critique* 1963.724).
De même le changement de domicile qui n'influe pas sur le rattachement initial ne doit pas influer sur l'application du droit transitoire étranger. Toutefois on peut relever en doctrine et en jurisprudence françaises un certain flottement à cet égard (v. Andréa Giardina, «Les lois étrangères rétroactives en matière de mariage et de régimes matrimoniaux», *Revue critique* 1972.401 et Droz, «Tendance à la recherche de la proper law en matière de loi applicable au régime matrimonial», *Journal des Notaires* 1973, particulièrement p. 687 et s.).

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

Les époux peuvent-ils par contrat de mariage choisir librement la loi applicable à leur régime matrimonial?

Le principe de l'autonomie de la volonté déjà admis en matière de régime légal joue pleinement en matière de régime conventionnel (Droz, *Répertoire Dalloz de droit international,* Vo Régimes matrimoniaux, No 67 et s.; Batiffol et Lagarde, *op. cit.,* No 622).

Si dans leur contrat de mariage, les époux ne désignent pas la loi applicable on recherchera celle-ci à l'aide d'indices pour le régime légal. Si le contrat de mariage a été reçu par un officier public sans aucune référence à une loi déterminée, il est préférable de se référer à la *lex magistratus* (v. Droz, *Répertoire* préc. *eod. vo,* No 68 se référant à la pratique notariale).

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux peuvent-ils au cours du mariage par accord de volonté changer la loi applicable à leur régime matrimonial?

En droit positif français, la permanence du rattachement a un caractère impératif et un changement ultérieur de volonté des époux n'a pas d'influence sur le rattachement initial. Ainsi que l'explique Batiffol (note à la *Revue critique* 1954.157), en matière de régime matrimonial légal ou même conventionnel aucun conflit mobile ne peut naître puisque la circonstance de rattachement, la volonté des époux contemporaine de l'union, est dans notre système actuel fixé *ne varietur.* Une série de décisions a refusé de donner effet à des accords de volonté d'époux qui, considérés comme soumis à la loi française, désiraient modifier leur régime matrimonial conformément à une autre loi (Paris 22 juin 1953 et 6 mars 1954, *Revue critique* 1954.788; Paris 28 juin 1937, *Clunet* 1938.537 et Requête 5 mai 1938, *Revue critique* 1938.659; Tribunal civil Metz 18 février 1954, *Revue critique* 1954.788; v. Droz., *Répertoire Dalloz de droit international,* Vo Régimes matrimoniaux, No 85 et s.). Certes ces décisions se fondent directement sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et ne se réfèrent pas expressément au caractère permanent et impératif du rattachement initial, mais cela ne change rien au raisonnement puisqu'il est établi en jurisprudence que la question de l'immutabilité du régime est soumise à la loi applicable au régime matrimonial lui-même. Une atténuation au principe semble avoir été envisagée dans une réponse ministérielle (No 7240, *JO* du 21 décembre 1967, débats Sénat, p. 2512, *Revue critique* 1968.169, *Journal des Notaires* 1968.601).
Cette réponse laissait entendre que des époux mariés sous un régime conventionnel soumis à la *loi belge* pourraient changer de régime en application des dispositions de la *loi française* du 13 juillet 1965 vu leur nationalité française ou même la fixation de leur domicile matrimonial en France. Cette réponse qui faisait appel à une notion «d'ordre public familial» a été fortement critiquée en doctrine (Droz, *Journal des Notaires* 1968, p. 601, Deruppé, *Revue critique* 1968.69). Le tribunal de Dijon dans une décision du 18 novembre 1969 a admis que des époux mariés sous la loi allemande, devenus Français et domiciliés en France, pouvaient adopter le régime légal français de la communauté réduite aux acquêts (*Revue critique* 1972, p. 448, note critique Droz, *Répertoire Defrenois* 1971.I.1251, note Malaurie). Mais un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 7 mars 1973 vient de déclarer que *la notion d'ordre public familial français ne saurait en l'absence d'une manifestation de volonté non équivoque du législateur être valablement invoquée comme circonstance de rattachement à la loi du for pour justifier l'application directe, immédiate et obligatoire des dispositions françaises relatives à la mutabilité contrôlée du régime matrimonial indépendamment de la loi régissant normalement celui-ci (Revue critique* 1973.524, note Ponsard).

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Le droit positif français semble fermement établi dans le sens de l'application distributive de la loi de capacité générale, c'est-à-dire la loi nationale de chacun des époux. Cela résulte des arrêts *Patino* (15 mai 1963, *Clunet* 1963.996, note Malaurie, *J. C. P.* 1963.II.13366, note Motulsky, *Revue critique* 1964.506, note P. Lagarde) et *Chelly* (Cassation première Chambre civile 16 juillet 1971, *Revue critique* 1972.612, note Droz, *Clunet* 1972.287, note Lehmann).
Il convient de remarquer que la nullité du contrat de mariage pour incapacité de l'un des époux a pour effet de soumettre les époux au régime légal de la loi à laquelle le contrat de mariage avait été soumis (solution expresse de l'arrêt *Patino* du 15 mai 1963 préc.). Il en résulte que des époux incapables de passer un contrat de mariage sont néanmoins capables de choisir la loi applicable au régime matrimonial (v. Droz, «Observations sur la règle *habilis ad nuptias* en droit international privé», *Revue critique* 1972, p. 616 et s.).

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Il n'existe pas de règle de conflit spécifique à la forme du contrat de mariage. Les époux ont le choix entre la loi du lieu de rédaction, la loi nationale ou la loi applicable au fond et cela même si la loi choisie les dispense de l'authenticité qu'exigerait une autre de ces lois (Wiederkehr, *op cit.*, No 202; Droz, *Répertoire Dalloz* préc., Vo Régimes matrimoniaux, No 154 et s.).

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère selon la règle de conflit française, est-il opposable aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Il n'existe en droit français aucune règle prescrivant une publicité ou un enregistrement de régime matrimonial légal soumis à une loi étrangère. Un tel régime est opposable aux tiers dont l'attention doit être attirée par la célébration du mariage à l'étranger, la nationalité étrangère des époux, la localisation à l'étranger de leur domicile, etc. (Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, No 629; Droz, *Répertoire* préc. *eod. vo.*, No 157 et s.).
Pour ce qui concerne le régime conventionnel la publicité prévue aux articles 75 et 76 du Code civil qui prescrivent aux époux de déclarer à l'officier de l'état civil s'il a été fait un contrat de mariage et, dans l'affirmative, de présenter à celui-ci un certificat du notaire qui a reçu le contrat, n'est applicable qu'au cas où le mariage est célébré en France, mais s'étend dans cette hypothèse, même au cas où le contrat a été conclu à l'étranger (Batiffol et Lagarde, *op. cit. loc. cit.)*. Lorsque le mariage est célébré à l'étranger, le contrat de mariage est opposable aux tiers bien que la publicité n'ait pu avoir lieu (Rennes 4 mars 1880, *Clunet* 1881.153; Batiffol et Lagarde, Droz, *op cit. loc. cit.;* Wiederkehr, *op. cit.*, No 204). Toutefois des époux commerçants, même mariés à l'étranger doivent publier leur contrat de mariage au greffe du tribunal de commerce du ressort où ils s'établissent.
S'agissant du changement de régime matrimonial d'époux français domiciliés à l'étranger, le tribunal de la Seine accordant l'exequatur à un contrat de mariage étranger passé en la forme authentique et modifiant un contrat de mariage antérieur tend à obliger le Consul de France à mentionner l'existence de ce nouveau contrat sur le registre d'état civil (Trib. Seine 25 janvier 1976, *Revue critique* 1967.563, note Batiffol; *Recueil général des lois* 1968.203, obs. Droz). Un tel palliatif ne peut avoir que des effets limités car seuls peuvent être transcrits sur les registres consulaires de l'état civil les actes intéressant les Français, ce qui exclut tous les contrats de mariage et modifications de contrat de mariage intéressant des étrangers (Droz, *Répertoire* préc. *eod. vo.*, No 163 et s.). Batiffol et Lagarde estiment toutefois que, dans certains cas, les tiers pourraient opposer la défense *d'ignorance excusable de la loi étrangère (op. cit.* No 629, p. 294).

Grèce

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article 15 du Code civil, les rapports patrimoniaux entre époux sont régis par la loi nationale du mari à la date de la célébration du mariage.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi nationale du mari peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?

La réponse doit être négative, en effet l'article 32 du Code civil déclare que les règles de droit international privé de l'Etat étranger ne sont pas comprises dans la loi étrangère applicable.

3 Défaillance du rattachement

La règle grecque prescrivant d'une part l'application de la loi nationale du mari et d'autre part rejetant le renvoi, comment sont déterminées les dispositions internes applicables lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique complexe territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, Brésil, etc)?

S'agissant d'apprécier en Grèce le régime matrimonial d'époux américains, comment, en droit positif, détermine-t-on s'il convient d'appliquer une séparation de biens (telle qu'elle existe par exemple dans les Etats de New York ou de Virginie) ou une communauté (telle qu'elle existe par exemple dans les Etats de Californie ou du Texas)?
Le for grec se référera-t-il aux tendances générales des règles de conflit en vigueur aux Etats-Unis? Dans ce cas admettra-t-on que lesdites règles puissent donner compétence à la loi (française, italienne ou grecque) du domicile des époux nonobstant l'article 32 du Code civil? Le for grec procédera-t-il à une recherche de l'Etat américain avec lequel le mari présente les liens les plus étroits? Le for grec appliquera-t-il la loi du premier

domicile matrimonial des époux à titre de règle grecque subsidiaire, ou encore la loi du for?

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi nationale du mari s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Le droit grec est connu pour admettre le système de l'unité de la loi applicable au régime matrimonial. On ne doit pas faire de distinction sur la nature mobilière ou immobilière des biens ni se préoccuper de leur situation.

b *Comment le principe de l'unité est-il sanctionné lorsque certains biens des époux sont en fait liquidés à l'étranger d'après une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit grecque?*

Un Grec épouse une Française en France et les époux y sont considérés comme communs en biens selon la loi française. Par la suite le mari décède en Grèce où l'on doit liquider le régime matrimonial conformément à sa loi nationale, c'est-à-dire la séparation de biens du Code civil hellénique. Si certains biens propres au mari sont liquidés en France sur la base de la communauté, comment pourra-t-on en Grèce rétablir l'équilibre?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime matrimonial légal à la loi nationale du mari a-t-il un caractère permanent ou varie-t-il en fonction de cette loi nationale?*

En droit grec la règle est claire: on ne doit tenir compte que de la loi nationale qu'avait le mari au moment de la célébration du mariage. Le changement ultérieur de nationalité n'influe pas de plein droit sur le rattachement initial.

b *Si la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Grèce le régime matrimonial des époux?*

Un grand nombre de législations ont modifié leurs dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant un régime à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts ou de communauté d'augments (U.R.S.S. et démocraties populaires, Allemagne, Israël, etc.), les dispositions nouvelles étant déclarées applicables aux époux mariés antérieurement. La règle de conflit grecque semble impliquer que la transformation du régime d'époux roumains ou allemands par les lois roumaines ou allemandes, sera reconnu en Grèce.

c *Si la réponse est affirmative, que se passe-t-il lorsque le mari a changé de nationalité avant la modification de la loi interne applicable?*

On peut hésiter entre la pétrification du régime dans la teneur qu'il avait au moment du changement de nationalité ou au contraire l'application des nouvelles dispositions de l'ancienne loi nationale. La réponse variera selon que l'on estime que les règles transitoires de l'ancienne loi nationale continuent à s'appliquer même lorsque le mari a changé de nationalité.

d *Quelle solution doit-on adopter lorsque les époux ont acquis en Grèce la qualité de réfugiés avant la modification de la loi nationale étrangère applicable?*

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue par l'article 15 du Code civil, c'est-à-dire la loi nationale du mari?*

Il ne semble pas, vu les termes très nets du Code civil, que l'on puisse faire jouer en l'espèce l'autonomie de la volonté.

2 *Si le rattachement a bien un caractère impératif, un contrat de mariage soumis à une loi autre que la loi nationale du mari est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Français et une Anglaise établissent un contrat de mariage soumis au droit anglais et dans lequel ils adoptent le régime de la séparation de biens. Ce contrat de mariage sera-t-il totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront soumis au régime légal français de la communauté d'acquêts, ou bien peut-on tenir compte du fait que la loi interne française, loi nationale du mari, connaît également un régime conventionnel de séparation de biens?

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Il semble que les époux ne puissent en aucune manière modifier la loi applicable au régime matrimonial, même à la suite d'un changement de nationalité du mari (en ce sens Francescakis, Valticos et Evrigenis, *Jurisclasseur de droit comparé,* Vo Grèce, 1er fascicule, No 205).

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Cette question est-elle soumise distributivement à la loi personnelle de chacun des époux ou au contraire à la loi applicable au régime matrimonial c'est-à-dire la loi nationale du mari?

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

La loi applicable à la forme du contrat de mariage relève des règles générales sur la forme des actes juridiques (Francescakis, Valticos et Evrigenis, *op. cit.* No 206). En conséquence le contrat de mariage est valable quant à la forme s'il est en accord soit avec la loi qui en régit le fond (loi nationale du mari au jour du mariage) soit avec la loi du lieu où il est accompli, soit avec la loi nationale commune des contractants au jour de la rédaction de l'acte.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulière-

ment soumis à une loi étrangère, a-t-il effet de plein droit en Grèce à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

On se demande notamment si le fait que les époux soient domiciliés en Grèce influe sur la réponse à donner à la question.

Irlande

I THE EFFECT OF MARRIAGE ON THE PROPRIETARY RIGHTS OF HUSBAND AND WIFE MARRIED WITHOUT AN ANTENUPTIAL CONTRACT. – THE STATUTORY MARITAL PROPERTY REGIME ('RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL')

A Connecting factors

1 Principles

What law is applicable to the marital property regime or system prescribed by law?

With respect to movables, it is generally held, under the common law system, that the proprietary rights of spouses who have not expressly entered into an antenuptial contract are subject to the law of the matrimonial domicile, *i.e.* the law of the husband's domicile at the time of marriage (*Sawer v. Schute* [1792] 1, Anstr. 63; *Re Martin* [1900] P. 211; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws,* 8th ed. 1968, p. 638; Cheshire, *Private International Law,* 8th ed. 1970, p. 562; Graveson, *The Conflict of Laws,* 6th ed. 1969, p. 376; Morris, *The Conflict of Laws,* 1971, p. 391).
There is a difference of opinion as to whether the law of the husband's domicile at the time of marriage must be selected or, on the other hand, the law of the intended matrimonial domicile may in certain cases be applied. (See, in particular, Cheshire, *op. cit.,* p. 563, who criticises the South-African case, *Frankel's Estate v. The Master* [1950] 1 S.A. 220 (A.D.); his view is that the law of the intended matrimonial domicile should govern if the parties in fact acquire a fresh domicile within a reasonable time after the marriage).
With respect to immovables, or land, it appears that, in the absence of an antenuptial contract, the *lex situs* should govern. Legal writers cite to this effect the case of *Welch v. Tennent* [1891] A.C. 639 (see Morris, p. 394; Graveson, p. 376; compare *Callwood v. Callwood* [1960] A.C. 659; 1960, 2 All E.R. 1).
It should be noted that English cases have held that, even when the husband and wife had not entered into an express marriage contract, they could be deemed to have been married under an implied marriage contract if the law of the matrimonial domicile (as is the case in French law) established detailed rules governing reciprocal property rights during the marriage and, in particular, instituted a 'régime' of community property.
In this case the rules of law of the matrimonial domicile, which are viewed as having been adopted by implied contract, govern all movables (*de Nicols v. Curlier* [1900] A.C. 21), as well as immovables situated in England (*Re de Nicols* [1900] 2 Ch. 410). Would the courts of Ireland take a similar view?

2 Correction through renvoi

May the applicability of the law of the matrimonial domicile or the lex situs, *respectively, be altered through use of the technique of renvoi?*

With regard to immovables situated abroad, Dicey and Morris are of the opinion that an English court, if called upon to determine the effect of a marriage on the mutual rights of husband and wife to such immovables, should attempt to decide the matter as the foreign court would decide it, following the conflict of laws rules of the *lex situs* (p. 525). Taking an example (p. 528, No 11), they take the view that if H, domiciled in England, marries W, domiciled in France, with no marriage settlement, and H after his marriage purchases French land, the rights (if any) of W in respect of the land purchased by H will be, according to the law of France, governed by the domestic law of England. On the death of H, W will have no right to 'community' in the French land.
A question can be raised as to the extent to which the technique of renvoi, as it occurs in the English conflict of laws (the 'foreign court theory') is likewise accepted in Irish law and, if so, whether it can be utilised with regard to movables (in their treatments of the subjects of property rights of husband and wife and renvoi, respectively, the legal writers consulted did not reach this question).
If a court in Ireland has to rule on the statutory marital property regime of a Frenchman who was domiciled in Italy at the time of his marriage with an Italian woman, should the court apply the internal law of Italy (regime of separate property) as the matrimonial domicile, or should it apply French law (community of acquisitions) as the national law of the husband, to which an Italian judge would make reference?

3 Lack of a connecting factor

How is the applicable internal law determined, when the matrimonial domicile is located in a State having a system of personal law?

Let us suppose that French or Irish spouses were domiciled in Lebanon at the time of marriage. There was no unified Lebanese law which was directly applicable to their respective proprietary rights. Will the technique of renvoi be employed, under which the marital property rights of the spouses will be subject to the national law of the husband, by virtue of the Lebanese conflict of laws rule? Will there rather be an attempt to subject such rights directly to the Irish or French law, by virtue of an extended concept of 'domicile of origin'? Will there be another solution?

B Character of the connecting factor

1 Unity or scission

a *Does the Irish approach to conflict of laws follow the principle of unity of law applicable to proprietary rights of husband and wife, or is a distinction made according to the nature of the property of the spouses and according to its location?*

It appears that the traditional distinction between movables and immovables is employed in the common law; movables are subject to the law of the matrimonial domicile, while immovables (*Welch v. Tennent* cited above; *Callwood v. Callwood* [1960] A.C. 659) are subject to the law of the place where they are located (including the conflict of laws rules of the *lex situs* in the case of immovables situated abroad).
However, in the absence of an express marriage contract, the case being one in which the spouses are considered to have been married under an implied contract, it is settled that the law of the matrimonial domicile governs not only movables but likewise the immovables (*Re de Nicols* [1900] 2 Ch. 410).

It is clearly settled that: 'The domiciliary law applies to moveable estate whatever its situation' (Anton, *Private International Law: A Treatise from the standpoint of Scots law*, 1967, p. 460; Lord Meadowbank, *obiter* in *Royal Bank of Scotland v. Assignees of Scott, Smith, Stein & Co*, January 20, 1813, F.C.; Lord Eldon in *Selkrig v. Davies* [1814] 2 Dow 230). Do similar principles apply in Ireland?

b *In so far as the principle of unity is accepted, how is it enforced when certain property of the spouses is in fact liquidated abroad in accordance with a law different from that which is designated by the conflict of laws rules of Ireland?*

A Swedish man domiciled in Ireland marries an Irish woman there. The spouses are then viewed as owning each their own separate property by virtue of the law of Ireland, the marital domicile. Following the death of the husband, movables located in Sweden are awarded in accordance with the law of Sweden, as the country of which the husband is a national, *i.e.*, on the basis of a marital community. Property which would be considered as being the husband's separate property under Irish law is awarded to the wife as community property. How can the balance be restored in Ireland for the benefit of the husband's heirs?

2 Permanence or mutability of the connecting factor

a *Does selection of the law of the matrimonial domicile as the law applicable to the statutory marital property regime or other system prescribed by law have a permanent character, or does the selection vary with changes in that domicile?*

The question of whether the reference to the law of the first matrimonial domicile with regard to movables is permanent, seems to be a subject of controversy in British law, and the question raised here relates to the current state of Irish law on the same point; Dicey and Morris write as follows (Rule 112, p. 640): *Where there is no marriage contract or settlement, and where there is a subsequent change of domicile, the rights of husband and wife to each other's movables both* inter vivos *and in respect of succession, are governed by the law of the new domicile, except in so far as vested rights have been acquired under the law of the former domicile* (to the same effect, see Graveson, *op. cit.*, p. 377). Morris (p. 393) thinks that the question is presently open in English law. Cheshire (p. 567) expresses a preference for the principle of permanence of the first marital domicile as the connecting factor.
Authors favourable to mutability of the connecting factor find support in *Lashley v. Hog* (1804) 4 Paton 581. But Goldberg (*The Assignment of Property on Marriage*, 19 I.C.L.Q. [1970] 580) is of the opinion, with Cheshire (pp. 566–567) that the matter does not involve questions with regard to marital property rights, but only questions of succession.
English court decisions (*de Nicols v. Curlier* [1900] A.C. 21; *Re Parson* [1926] I D.L.R. 1160; *Beaudoin v. Trudel* [1937] 1 D.L.R. 216) have accepted the proposition that the law which is applicable at the time of the marriage continues to have its effects, in spite of the change in the spouses' domicile. But the writers point out that in these cases the justices reasoned on the basis of an implied contract, which explains the permanence of the connecting factor (see Goldberg, *op. cit. loc. cit.*, p. 578, for whom in the absence of an express contract there always exists an implied contract, a conclusion which leads him to posit a general principle of permanence of the connecting factor).

b *If the law applicable to the proprietary rights of the spouses undergoes a change in its domestic provisions and the new provisions are declared applicable to spouses who were previously married, will this change affect the respective proprietary rights of the spouses in Ireland?*

It is a known fact that a great number of legal systems have modified their rules of domestic law which are concerned with the proprietary rights of husbands and wives. Thus, the Union of Soviet Socialist Republics and the popular democracies have transformed their regimes of separate property into communities of acquisitions, the Federal Republic of Germany has transformed its community of administration ('Verwaltungsgemeinschaft') into a regime of separate property, then again transforming this regime into a deferred community of gains ('Zugewinngemeinschaft'), and recently Israel has changed the traditional Hebrew law and created a regime of community of acquisitions.
If the courts of Ireland must inquire into the pecuniary relations between spouses who are subject to one of those legal systems, will the rules which were in force at the time of the marriage be applied, or will the modifications imposed by the foreign law be taken into account?
In particular, what is the situation when the husband and wife have changed their matrimonial domicile before the modification of the law which was applicable to their respective rights at the time of the marriage?
Spouses who were originally subject to a regime of separate property under Rumanian law or to a regime of community of administration under German law have transferred their domicile into another country, such as France or Ireland, before the effective date of the new Rumanian or German law. If the principle of mutability is followed, in accordance with the views of Dicey and Morris, they will be subject to the law of the new domicile, and the new Rumanian laws will have to be taken into account only in so far as property acquired before the change of domicile is involved. But what is the effect on that property? Will the rights of the spouses with respect to it, which are subject to the law of the prior domicile, be affected by the change in its law?
If the principle of permanence of the connecting factor is followed, for example, under a theory of implied contract, will the applicable foreign law be deemed to have been frozen in the state that it was in at the time when the spouses changed their domicile, or will effect be given to the intervening changes which have occurred in that law?
It will be noted that Dicey and Morris based their argument in favour of the system of mutability, in particular, on the disadvantages of subjecting refugees to the governance of the new laws put into effect by the countries from which they have fled (p. 641).

II INFLUENCE OF INTENT ON THE CONNECTING FACTOR. – THE MARRIAGE CONTRACT

A Influence of the intent of the spouses at the time of marriage

1 *Can the spouses by entering into an antenuptial contract subject their marital property regime to a law other than that which is considered to be applicable under the Irish conflict rules in the absence of a contract,* i.e. *a law other than the law of the matrimonial domicile with regard to movables and the* lex situs *with regard to real estate?*

It seems to be quite generally accepted in the common law system that the husband and wife enjoy a certain measure of freedom in this respect. Dicey and Morris (Rule 110, p. 629) state the rule as follows: *where there is a marriage contract or settlement, the terms of the contract or settlement govern the rights of husband and wife in respect of all movables within its terms which are then possessed or are afterwards acquired.* (See equally Cheshire, p. 570).
The law applicable to the marriage contract is the 'proper law' of the contract, which is, in the absence of reason to the contrary, the law of the matrimonial domicile. But the husband and wife may expressly or by implication subject their marriage settlement to a law other than that of the matrimonial domicile (Dicey and Morris, Rule 110, sub-rule 2, p. 635; Morris, p. 393; Graveson, p. 374, for emphasis on the free will of the parties see *Re Hernando* [1884] 27 Ch. D. 284; for Scotland see: Anton, p. 451; *Earl of Stair v. Head* [1844] 6 D. 904; *Montgomery v. Zarifi* [1918] S.C. (H.L.) 128).

2 *Can an antenuptial contract which is subject to a foreign law affect movables situated in Ireland?*

It is generally accepted in the common law systems that the marriage settlement which is subject to a foreign law can have effects with regard to movables situated within the common law country if the 'proper law' of the contract so allows (for example, French law) (Morris, p. 394; Graveson, p. 376; *Re de Nicols* [1900] 2 Ch. 410, applying, under a theory of implied contract, French law to immovables situated in England; for Scotland, see Anton, p. 461).

B Influence of the intent of the spouses during the marriage

Do the spouses enjoy the possibility of changing the law applicable to the marital property regime during the course of the marriage?

A husband and wife who are subject to the law of their Irish matrimonial domicile decide on grounds of expediency to enter into a marital property argeement which is subjected to another law. Will the effects of this contract be recognised in Ireland?
Spouses whose marriage property regime is subject to Dutch law, as the law of their first matrimonial domicile, subsequently move to Germany and enter into a marital property agreement which is subject to German law under the option offered by the second paragraph of article 15 of the EGBGB. Will the effects of this marital property agreement be recognised in Ireland, even though Dutch law appears to preclude such a result?
The system of mutability would lead to recognition of the contract which is based on the law of the new domicile.

C Particular problems of marriage contracts

1 Capacity to enter into a marriage contract

What law is applicable to the capacity to enter into a marriage contract?

It seems that this is a disputed question in English law. The court cases appear to indicate a preference for the law of the domicile of each spouse at the time of marriage, *i.e.*, the personal law of each spouse (*Re Cooke's Trusts* [1887] 56 L.T. 737; *Viditz v. O'Hagan* [1900] 2 Ch. 87 (C.A.); and, for Scotland, *Cooper v. Cooper* [1888] 13 App. Cas. 88).
This system is accepted by Graveson (p. 372), at least in so far as movables are involved, by Goldberg (*op. cit. loc. cit.*, p. 569) and, in Scotland, by Anton (p. 448 ff.).
The 'proper law of the contract' seems, on the other hand, to be preferred and recommended by Dicey and Morris (p. 632), Morris (p. 399) and Cheshire (pp. 571–572).
What is the state of Irish law on this point?

2 Form of the marriage contract

What law is applicable to the form of the marriage contract?

It seems to be generally accepted in the common law systems that it is possible to choose for the form of the marriage contract either the law of the place where it is drawn up (*Guépratte v. Young* [1851] 4 De G. and Sm. 217; in Scotland, see *Countess of Seafield v. Earl of Seafield,* February 8, 1814 F.C.), or the 'proper law of the contract' (*Van Grutten v. Digby* (1862) 21 Beav. 561; *Viditz v. O'Hagan* [1899] 2 Ch. 569; *Re Bankes* [1902] 2 Ch. 333).
The English authors favour both possibilities (Morris, p. 397; Graveson, p. 372; Dicey and Morris, p. 632); for Scotland, Anton (p. 448) is of the same opinion, although no clear authority exists supporting the application of the 'proper law'.

III EFFECTS OF THE MARITAL PROPERTY REGIME WITH RESPECT TO THIRD PERSONS

Is a marital property regime which is subject under the rules to a foreign law, whether it has its source in a marriage contract or not, automatically effective against third persons; or must certain formalities be complied with in order to achieve this effect?

The proprietary rights of a husband and wife are subject to Dutch law, which provides for a regime of universal community property. The husband has a bank account in Ireland. On the death of the husband, personal creditors of the husband and personal creditors of the wife garnish the bank account. Will the personal creditors of the wife establish their rights as against the husband's creditors when, according to the applicable Dutch law, the wife has a community property interest in the Irish bank account?

Israël

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article 15 de la loi du 24 juillet 1973 qui a dû entrer en vigueur le premier janvier 1974, les relations pécuniaires entre époux sont régies par la loi de leur domicile au moment de la célébration du mariage.
Si les époux au moment du mariage sont domiciliés dans des pays différents, donne-t-on compétence à la loi du

domicile qu'avait le mari au moment du mariage ou, plutôt, à la loi du premier domicile commun des époux?

Réponse

Section 15 of the Spouses (Property Relations) Law, 1973 (hereafter referred to as 'section 15') provides that property relations between spouses shall be governed by the law of their domicile at the time of the solemnisation of the marriage.
If the spouses at the time of the marriage do not share a common domicile, then the law of the intended matrimonial domicile would presumably prevail.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi du domicile peut-il être modifié à la suite du mécanisme du renvoi?

Si les époux étaient domiciliés au moment du mariage dans un pays qui donne compétence à la loi nationale des époux ou à loi du mari, comme l'Italie, fera-t-on application néanmoins des dispositions internes du droit italien ou acceptera-t-on le renvoi à la loi nationale israélienne ou tierce?

Réponse

The Israeli attitude to renvoi, as reflected in the Succession Law, 1965, is to accept a reference back to Israeli Law, but otherwise to reject renvoi, and this would presumably apply to matrimonial property matters also.

3 Défaillance du rattachement

Si le domicile des époux est situé dans un système interpersonnel comment déterminer la loi applicable aux époux?

La question peut être résolue par le mécanisme du renvoi. Si le mécanisme est rejeté quelle est la solution préconisée?

Réponse

If the reference is to an interpersonal system, the law applicable may possibly be determined, exceptionally, by resort to renvoi.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *Distingue-t-on entre biens mobiliers et immobiliers en leur appliquant des lois différentes ou au contraire soumet-on l'ensemble des biens à la même loi?*

Il semble que l'article 15 de la loi du 24 juillet 1973 suppose que le système israélien repose sur le principe de l'unité.

Réponse

With regard to the law applicable to matrimonial property relations, no distinction is made between movables and immovables.

b *Si le système de l'unité est suivi comment assure-t-on la sanction de la règle dans le cas où certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente?*

Des époux sont soumis en raison de leur premier domicile matrimonial au régime légal d'un pays connaissant la communauté universelle (Pays-Bas, Portugal). Les époux émigrent en Israël où le régime matrimonial doit être liquidé. Or, une partie des biens sont liquidés selon le principe de la séparation absolue des biens dans un pays tiers (Italie, Royaume-Uni). Comment rétablir l'équilibre et assurer en Israël l'effet de la communauté universelle prescrite par la loi normalement applicable au régime des biens?

Réponse

If certain assets forming part of the matrimonial property are situated in a country where the system of separation of goods applies, then deference would most probably be paid to the lex situs, *despite the domiciliary law decreeing* community of goods.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Une modification dans la circonstance de rattachement, le domicile matrimonial, entraîne-t-elle de plein droit une mutation de la loi applicable au régime matrimonial?*

Il semble que le système israélien suive le principe de la permanence du rattachement puisque compétence est donnée à la loi du domicile des époux au moment du mariage. Si les époux déplacent ultérieurement leur domicile, cette circonstance n'affecte pas de plein droit le rattachement initial.
Toutefois selon l'article 15 de la loi du 24 juillet 1973, la volonté des époux peut provoquer une mutation du régime. En effet ceux-ci ont la possibilité de modifier le régime matrimonial en conformité avec la loi du domicile qu'ils possèdent au moment de l'accord.

Réponse

A change of matrimonial domicile does not automatically involve a change of the law applicable to the matrimonial property regime. This can be brought about by the parties by written agreement, in conformity with the law of their domicile at the time of concluding the agreement.

b *Si la loi applicable change dans ses dispositions internes et que ces modifications s'étendent aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Israël le régime matrimonial des époux?*

Les époux sont soumis à la loi roumaine en raison de leur domicile en Roumanie au moment du mariage. La loi roumaine a transformé le régime de séparation de biens en régime de communauté d'acquêts. Les époux seront-ils considérés comme soumis au nouveau régime roumain?

Réponse

The general principle of Israeli conflict of laws, derived from case law, is that the effect of a legal act is determined by the applicable law as it stands at the time of the act, subsequent changes in that law not being taken into account.
Subsequent changes in the applicable law would therefore not affect the matrimonial property regime.

c *Dans l'affirmative, le fait que les époux aient acquis en Israël un domicile avant les modifications de la loi interne applicable influe-t-il sur le système?*

On verra que les époux ont la possibilité par accord de volonté de se soumettre au droit israélien de leur nouveau domicile, mais la question de la détermination du régime peut se poser au moment de la dissolution du mariage par le décès d'un des époux, c'est-à-dire à un moment ou aucun accord de volonté ne peut plus intervenir.

Réponse

Not applicable.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre leur régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue à l'article 15 de la loi du 24 juillet 1973, c'est-à-dire celle de leur domicile au moment du mariage?*

Réponse

Section 15 provides, as a basic conflicts rule, that matrimonial property relations are to be governed by the law of the domicile of the spouses at the time of marriage. Their property relations may subsequently be altered in accordance with the law of their prevailing domicile, but the marriage contract itself cannot, it would appear, effect such alteration.

2 *Si le rattachement prévu par la loi a un caractère impératif, le contrat de mariage soumis à une loi autre que celle du domicile sera-t-il considéré comme nul ou pourra-t-on faire jouer le principe de l'équivalence des résultats?*

Des époux de nationalité italienne, tous deux domiciliés en France, concluent un contrat de mariage soumis à la loi italienne et adoptent expressément le régime de la séparation de biens. Normalement les relations entre époux devraient être régies par la loi française. Considère-t-on le contrat comme nul et soumet-on les époux au régime légal français de la communauté d'acquêts ou peut-on admettre l'effet du contrat de séparation de biens puisqu'il correspond à un régime conventionnel connu par le droit du domicile?

Réponse

If the domiciliary law permits the parties to submit by agreement to a regime other than the one normally provided for by that law, this would presumably be recognised under Israeli law.

B Influence de la volonté des époux après le mariage

Les époux peuvent-ils au cours du mariage se soumettre à une autre loi que celle de leur premier domicile matrimonial?

L'article 15 de la loi du 24 juillet 1973 permet une modification limitée du rattachement: les époux ont seulement le droit de se soumettre à la loi de leur nouveau domicile, ils ne pourraient pas semble-t-il se soumettre à la loi de leur nouvelle nationalité si elle ne correspond pas à un nouveau domicile.

Réponse

Section 15 provides that the parties can by agreement alter their property relations in accordance with the law of their domicile at the time of making the agreement. A change in nationality of the parties, not involving a change in their domicile, would therefore not enable them to alter the legal system to which their property relations are subject.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de conclure un contrat de mariage?

Fait-on application de la loi applicable au régime matrimonial ou au contraire fait-on application distributivement de la loi personnelle de chacun des époux?

Réponse

A person's capacity to carry out a legal act is regulated by the law of his domicile (section 77 of the Legal Capacity and Guardianship Law, 1962). The capacity to marry is governed by the law of the domicile of each of the spouses prior to the marriage.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme des conventions matrimoniales?

Réponse

The formal validity of matrimonial agreements is determined by the law of the place of celebration of the marriage.

III EFFET DU RÉGIME DES BIENS À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial légal ou conventionnel régulièrement soumis à une loi étrangère en vertu de la règle de conflit israélienne a-t-il effet de plein droit à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet une publicité ou un enregistrement à effectuer en Israël?

On se demande notamment si le fait que les époux soient domiciliés en Israël influe sur la question.

Réponse

The conflicts rule of section 15 speaks only of property relations between spouses, *without reference to third parties.*
Where the spouses are domiciled in Israel, the provisions of the 1973 Statute, qua lex fori, *would apply. These generally relate to relations between the spouses* inter se, *without reference to third parties.*
Reference should, however, be made to section 11, which enables the court to order an appropriate entry to be made on a register in which the property rights of one of the spouses is registered in order to safeguard those rights as against the other spouse. Such registration would be effective as against third parties also.

Italie

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon la règle de l'article 19 du Code civil italien, les rapports patrimoniaux entre époux sont réglés par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

Réponse

Aux termes de l'article 19 des dispositions préliminaires

au Code civil, les rapports patrimoniaux entre les époux sont réglés par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi nationale du mari peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?

La réponse doit être négative. En effet l'article 30 du Code civil italien prohibe le mécanisme du renvoi et prescrit que *quand une loi étrangère doit être appliquée les dispositions mêmes de la loi étrangère s'appliquent sans tenir compte du renvoi par celle-ci à une autre loi.*

Réponse

Le rattachement à la loi nationale du mari ne peut être modifié par effet du double renvoi, exclu par la loi italienne (article 30, dispositions préliminaires).

3 Défaillance du rattachement

La règle italienne prescrivant d'une part l'application de la loi nationale du mari et d'autre part rejetant le renvoi, comment sont déterminées les dispositions internes applicables lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique complexe territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, Brésil, etc.)?

S'agissant d'apprécier en Italie le régime matrimonial d'époux américains comment, en droit positif, déterminera-t-on s'il convient d'appliquer une séparation de biens (telle qu'elle existe par exemple à New York ou en Virginie) ou une communauté (telle qu'elle existe par exemple en Californie ou au Texas)? Le for italien se réfèrera-t-il aux tendances générales des règles de conflit en vigueur aux Etats-Unis? Dans ce cas admettra-t-on que lesdites règles américaines puissent donner compétence à la loi française ou italienne du domicile des époux? Le for italien procédera-t-il à une recherche de l'Etat américain avec lequel le mari présente les liens les plus étroits? Le for italien appliquera-t-il la loi du domicile des époux après le mariage à titre de règle subsidiaire, ou la loi du for?

Réponse

L'hypothèse de manque de rattachement (loi du renvoi) ne semble pas pouvoir se vérifier, même dans le cas de renvoi à un système complexe (plurilégislatif). La législation italienne opère son propre renvoi en faveur d'une autre législation, comme par exemple la législation fédérale USA et celle-ci sera appliquée si elle contient des dispositions sur le régime des biens des époux: si ces dispositions manquaient dans le système fédéral alors le renvoi sera référé aux dispositions de l'Etat fédéré auquel les époux ou l'époux appartiennent. Les dispositions de conflit en vigueur dans les Etats étrangers ne pourront être utilisées dans la législation italienne puisqu'il s'agit de double renvoi exclu par l'article 30, dispositions préliminaires au Code civil. Tout autre critère subsidiaire est exclu.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi nationale du mari s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Le droit italien est connu pour admettre le système de l'unité de la loi applicable au régime matrimonial. On ne doit pas faire de distinction selon la nature mobilière ou immobilière des biens ni se préoccuper de leur situation.

Réponse

Le régime patrimonial dans le mariage est considéré unitairement et on ne fait pas de distinction selon la nature mobilière ou immobilière des biens mêmes, ni selon le lieu où ceux-ci se trouvent.

b *Comment le principe de l'unité est-il sanctionné lorsque certains biens des époux sont en fait liquidés à l'étranger d'après une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit italienne?*

Pour prendre un exemple extrêmement fréquent, un Italien épouse en France une Française et les époux y sont considérés comme communs en biens selon la loi française. Par la suite le mari décède en Italie où l'on doit liquider le régime matrimonial conformément à sa loi nationale, c'est-à-dire la séparation de biens italienne. Mais en France des biens propres au mari sont liquidés sur la base de la communauté. Pourra-t-on en Italie rétablir l'équilibre par l'exercice d'un prélèvement compensatoire?

Réponse

Le principe de l'unité de la réglementation des biens conjugaux semble inspiré par la nécessité de la certitude du droit de façon qu'on puisse toujours exactement établir quelle est la disposition applicable au régime patrimonial dans le mariage. Dans l'exemple cité, il n'apparaît pas la possibilité d'application d'une loi différente de celle, italienne, se référant à la succession du mari, tandis qu'en France on applique la loi française qui applique la communauté des biens. Même si cette application obtient des résultats inégaux, elle ne semble pas susceptible de modification en vue d'obtenir dans tous les cas la certitude sur la législation applicable.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime matrimonial légal à la loi nationale du mari a-t-il un caractère permanent ou varie-t-il en fonction de cette loi nationale?*

En droit italien la règle est claire: on ne doit tenir compte que de la loi nationale qu'avait le mari au moment du mariage. Le changement ultérieure de nationalité n'influe pas *de plano* sur le rattachement initial.

Réponse

Pour la législation italienne un éventuel changement de nationalité du mari n'influe pas sur la loi applicable aux rapports examinés, donc le rattachement a un caractère permanent puisqu'il se rapporte à la loi nationale du mari au moment du mariage.

b *Si la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes, et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Italie le régime matrimonial des époux?*

Un grand nombre de législations ont modifié leurs dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant un régime à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts ou de communauté d'augments (U.R.S.S., Pologne, Roumanie, Hongrie, Tchécoslovaquie, et autres démocraties populaires, Allemagne, Israël, etc.), les dispositions nouvelles étant déclarées applicables aux époux mariés antérieurement. La règle de conflit italienne semble impliquer que la transformation du régime d'époux roumains ou allemands par les lois roumaine ou allemande sera reconnu en

Italie (v. Ubertazzi, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel d.i.p.*, Milan 1951, p. 140 et s.).

Réponse

Il ne semble pas possible, en Italie, de changer le régime patrimonial relatif à la loi des époux ou du mari en vigueur au moment du mariage, même en cas de changement de la loi nationale de l'époux et même si sa législation nationale déclare la nouvelle loi applicable même au mariage célébré antérieurement. Cette opinion est justifiée d'une part par la nécessité d'exclure un ultérieur renvoi, et d'autre part par la nécessité d'assurer certitude juridique aux rapports patrimoniaux dans le mariage, même là où interviennent les variations citées aux dispositions évoquées par le renvoi.

c *Si la réponse est affirmative, que se passe-t-il lorsque le mari a changé de nationalité avant la modification de la loi interne applicable?*

Le régime est-il pétrifié dans sa teneur ancienne ou au contraire fera-t-on application des nouvelles dispositions de l'ancienne loi nationale?

Réponse

Réponse antérieure négative.

d *Quelle solution doit-on adopter lorsque les époux ont acquis en Italie la qualité de réfugiés avant la modification de la loi nationale étrangère applicable?*

Réponse

Hypothèse exclue pour la législation italienne puisque pour l'article 19, dispositions préliminaires au Code civil, le renvoi est toujours effectué à la loi nationale.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue par l'article 12 du Code civil c'est-à-dire la loi nationale du mari?*

Il ne semble pas, vu les termes du Code civil italien, que l'on puisse faire jouer en l'espèce l'autonomie de la volonté.

Réponse

La disposition de l'article 19 dispositions préliminaires au Code civil qui établit l'applicabilité aux rapports patrimoniaux seulement de la loi nationale du mari, apparaît comme une disposition indérogeable puisqu'elle est rattachée à des principes d'ordre public et de certitude des conventions matrimoniales. Il faut cependant tenir compte de l'autonomie de volonté reconnue aux époux contractants par l'article 159 du Code civil. De la disposition de l'article 161 du Code civil on déduit que les époux contractants ne peuvent, en matière de conventions matrimoniales, se référer de façon générique à une législation à laquelle ils ne soient pas soumis; ceci implique, à travers l'interprétation a contrariis, *que les époux contractants peuvent introduire une ou plusieurs dispositions spécifiques d'une législation non rattachée, comme manifestation de l'autonomie conventionnelle qui trouverait en ce cas seulement la limite des dispositions d'ordre public.*

2 *Si le rattachement a bien un caractère impératif, un contrat de mariage soumis à une loi autre que la loi nationale du mari est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Français et une Anglaise établissent un contrat de mariage soumis au droit anglais et dans lequel ils adoptent le régime de la séparation de biens. Ce contrat de mariage sera-t-il totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront soumis au régime légal français de la communauté d'acquêts, ou bien peut-on tenir compte du fait que la loi interne française, loi nationale du mari, connaît également un régime conventionnel de la séparation de biens?

Réponse

Le rattachement, s'il est considéré en tant que disposition d'ordre public et donc indérogeable, ne peut être négligé même si le régime conventionnel choisi par les époux mène aux mêmes résultats pratiques.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Le Code civil italien, article 19, alinéa 2, permet aux époux qui ont changé de nationalité d'adopter des conventions basées sur leur nouvelle loi nationale commune. La portée de l'exception semble très limitée. Le changement de nationalité du mari ne suffit pas, il faut que les deux époux aient une loi nationale commune. C'est ainsi que si un Italien acquiert la nationalité allemande, il ne pourra pas aux yeux du droit italien adopter un régime soumis à la loi allemande, si la femme reste italienne ou non allemande. Il faut en outre que la loi de la nouvelle nationalité commune permette aux époux de modifier le rattachement.

Réponse

Les époux ne peuvent pas modifier la loi applicable aux termes de l'article 19, dispositions préliminaires au Code civil sauf en cas de changement de nationalité et aux conditions prévues par l'article 19, alinéa 2 du Code civil.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Il semble que l'on doive appliquer l'article 17, alinéa 1 du Code civil italien qui donne compétence à la loi nationale de chacun des époux.

Réponse

Selon l'article 17 des dispositions préliminaires au Code civil la capacité des époux est établie par les lois nationales des époux.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Il semble que l'on doive appliquer le droit commun de l'article 26 du Code civil qui donne compétence à loi du lieu où les conventions sont stipulées, à la *lex causae* (en la matière loi nationale du mari au moment de la

célébration du mariage) et enfin à la loi nationale commune des parties au moment de la conclusion du contrat.

Réponse

A la forme des contrats de mariage est applicable l'article 26 des dispositions préliminaires au Code civil.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère, a-t-il effet de plein droit en Italie à l'égard des tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Un Français marié à une Italienne est soumis au régime légal ou à un régime conventionnel du droit français. Pour être opposable aux tiers en Italie, le régime des époux doit-il faire l'objet, en Italie, d'une publication, d'un enregistrement ou d'une autre formalité analogue? Fait-on une différence selon que les époux sont ou ne sont pas domiciliés en Italie?

Réponse

Aucune forme de publication n'est prévue pour rendre opposable aux tiers le régime patrimonial dans le mariage; une forme de publication pourrait dériver des registres d'état civil qui révèlent la nationalité des époux dont on pourrait déduire le régime légal du patrimoine des époux. Si le régime conventionnel choisi par les époux a pour objet des biens immeubles, le lien correspondant pourrait résulter des registres immobiliers. La possession ou la non-possession du domicile en Italie ne comporte aucune différence.

Japon

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article 15 de la loi du 21 juin 1898 sur l'application des lois, le régime matrimonial des époux est déterminé par les lois de l'Etat auquel le mari appartient lors du mariage.
Lorsqu'un étranger se marie avec une femme japonaise, chef de famille, et lorsqu'il est adopté par un Japonais pour devenir le mari de sa fille, le régime matrimonial est déterminé par la loi du Japon (traduction française dans Makarov, *Recueil* de textes concernant le droit international privé, Vo Japon).
On se demande si cette dernière disposition est toujours en vigueur et, dans l'affirmative, si elle est d'application fréquente.

Réponse

The matrimonial regime is governed by the law of nationality of the husband at the time of marriage. The provision stated in the second paragraph was deleted in 1947, and it does not exist at present.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi nationale du mari peut-il être corrigé par le mécanisme du renvoi?

Selon l'article 29 de la loi précitée *lorsque la loi nationale d'une personne est déclarée applicable et si, d'après le droit de son pays, les lois du Japon doivent lui être appliquées, on applique ces dernières.*
Le mécanisme du renvoi au premier degré est donc accepté: un couple danois ou suisse domicilié au Japon au moment et après le mariage doit donc être soumis aux lois japonaises par renvoi au premier degré des règles de conflit danoises ou suisses.
Par contre, si le même couple danois avait établi son domicile matrimonial en Belgique au moment du mariage, on ne tiendra pas compte au Japon, pour apprécier leur régime matrimonial, du renvoi effectué au second degré par la loi danoise à la loi belge. Les époux seront considérés comme soumis à la loi danoise.

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer la loi interne applicable lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique complexe, territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, Brésil, etc.)?

Aux termes de l'article 27, alinéa 3 de la loi du 21 juin 1898, *pour celui qui appartient à un Etat dans lequel s'appliquent des lois différentes suivant les localités, on applique les lois de la localité à laquelle il appartient.*
Cette disposition semble impliquer que le for japonais doive rechercher quelle est l'unité territoriale avec laquelle le mari a les liens les plus étroits. Il serait intéressant de connaître les critères généralement retenus pour déterminer ce lien. Pour le cas où il est impossible de déterminer l'unité territoriale à laquelle appartient le mari, peut-on faire application du principe posé à l'article 27, alinéa 2 selon lequel pour celui qui n'a pas de nationalité, la loi de son domicile est considérée comme sa loi nationale?

Réponse

As for the application of article 27, paragraph 3 of the applicable internal law is determined, in case of non-unified system, by the rules in force in that system, and, failing any such rules, by the closest connexion to the person. The paragraph 2 of article 27 is not applicable to this question.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable est-elle compétente pour régir l'ensemble des biens des époux?*

Il semble que le système japonais adopte le principe de l'unité: la loi du mari est applicable à l'ensemble des biens des époux où qu'ils soient situés et sans que l'on tienne compte de leur nature mobilière ou immobilière.

b *Comment la sanction du principe de l'unité est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit japonaise?*

Certains biens des époux sont partagés à l'étranger sur la base d'une séparation de biens alors que les époux sont considérés au Japon comme mariés sous un régime de communauté. Comment opérera-t-on au Japon pour rétablir l'équilibre et assurer le respect de la règle de conflit japonaise?

Réponse

The Japanese court applies the substantive law determined by the conflict rule of Japan, with the result that 'partage' (separation) made by other substantive law is not recognized.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement au régime matrimonial légal à la loi nationale du mari a-t-il un caractère permanent ou varie-t-il en fonction de cette loi nationale?*

La règle de conflit japonaise donne compétence aux lois de l'Etat auquel le mari appartenait lors du mariage. Il en résulte que le changement de nationalité du mari n'influe pas sur le rattachement initial.

b *Si la loi étrangère applicable au régime des biens modifie celui-ci, doit-on tenir compte au Japon de cette modification?*

Un couple allemand établi au Japon est soumis aux lois allemandes. La loi allemande a transformé le régime matrimonial en créant la communauté différée des augments, et le nouveau régime est applicable aux époux mariés antérieurement. Cette modification sera-t-elle reconnue au Japon?

Réponse

In this case the law in force is applicable.

c *Si l'on répond par l'affirmative, qu'en est-il lorsque le mari a changé de nationalité ou a pris la qualité de réfugié au Japon avant la modification intervenue dans la loi applicable?*

Un couple de nationalité roumaine était soumis au moment du mariage au régime de la séparation de biens existant en Roumanie. Le mari roumain devient Français avant l'introduction en Roumanie du Code de la famille qui a transformé le régime de séparation de biens en régime de communauté d'acquêts. Les époux sont aujourd'hui domiciliés au Japon. Aux termes de l'article 15 de la loi du 21 juin 1898 ils sont toujours considérés comme soumis aux lois roumaines. Mais s'agit-il des lois roumaines dans leur teneur actuelle (communauté d'acquêts) ou des lois roumaines dans la teneur qu'elles avaient lorsque le mari a changé de nationalité (séparation de biens)?

Réponse

According to article 15, matrimonial property regime is governed by the law of nationality of the husband at the time of marriage. When the governing law has been revised after the marriage, the applicable law is the law in force, but it is determined by the law itself whether the law applies retrospectively or not.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi autre que celle qui est déterminée par les règles de conflit japonaises?*

Il ne semble pas que le système japonais laisse une part quelconque à l'autonomie de la volonté en la matière. On n'admettra pas semble-t-il qu'un Italien qui se marie en France avec une Française puisse soumettre par contrat de mariage son régime matrimonial à la loi française. Seule la loi italienne du mari est applicable en l'espèce.

2 *Si le rattachement est impératif la sanction d'une telle règle est-elle l'inefficacité absolue du contrat de mariage ou peut-on faire jouer le principe d'équivalence des résultats?*

Un Français qui se marie avec une Anglaise soumet son contrat de mariage à la loi anglaise et adopte le régime de la séparation de biens. Si le contrat est complètement inefficace, on soumettra les époux au régime légal français, donc à la communauté d'acquêts. Ne peut-on faire valoir le fait que le droit français connaît également un régime conventionnel de séparation de biens analogue à celui du droit anglais?

Réponse

A principle of the same result is not recognized in Japan.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

1 *Si le mari acquiert une nouvelle nationalité les époux peuvent-ils par accord de volonté se soumettre à la loi de la nouvelle nationalité du mari?*

Il ne semble pas que l'on puisse répondre par l'affirmative puisque selon le système japonais le changement de nationalité n'a pas d'influence sur le rattachement initial.

2 *Qu'en est-il toutefois lorsque les époux acquièrent la nationalité japonaise ou se réfugient au Japon, estime-t-on qu'ils puissent se soumettre volontairement à la loi japonaise?*

Réponse

It is impossible to submit to Japanese law.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Il semble qu'il faille faire distributivement application de la loi nationale de chacun des époux et non pas de la loi applicable au régime matrimonial.

Réponse

As the capacity of marriage property agreement is determined by the rules of capacity in general, the law of nationality of each spouse is applied respectively.

2 Forme du contrat de mariage

Existe-t-il une règle spécifique à la forme du contrat de mariage?

Il ne semble pas qu'une telle règle existe, la forme du contrat de mariage sera soumise au droit commun prévu par l'article 8 de la loi du 21 juin 1898: sera compétente la loi du lieu de rédaction ou la loi applicable au fond c'est-à-dire la loi applicable au régime matrimonial lui-même.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère selon la règle de conflit japonaise, est-il opposable aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

On se demande notamment si le fait que les époux soient domiciliés au Japon influe sur la question.

Réponse

The property relation of the spouses governed by legal property regime of foreign States can be set up against third persons. The property relation by matrimonial contract can not be set up against their successors in title or third persons unless it has been registered within one year (article 757 of the Civil Code). Where there is no registration, their property relation is deemed to be subject to legal property regime of the law of nationality of the husband at the time of their marriage.

Luxembourg

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Il semble que le droit positif luxembourgeois attribue un caractère contractuel au régime des biens des époux et se réfère à leur intention présumée pour la détermination de la loi qui est applicable (v. A. Huss, *Jurisclasseur de droit comparé,* Luxembourg, 2e fascicule, 1965, No 232). Ce système est analogue au système français et la jurisprudence marque une préférence pour l'application de la loi du premier domicile conjugal (Cour supérieure de Justice 24 janvier 1919, *Berg c. Hildgen,* inédit cité par Huss préc.; Cour 7 avril 1932, *M. c. G., Pasicrisie luxembourgeoise* XIII, 82; Cour 4 février 1948; *Sopil c. Rosenthal, Pasicrisie* XIV, 359; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 22 novembre 1961, *Luja c. Lammers, Pasicrisie* XVIII, 471).

Réponse

Pas d'observations.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi choisie par les parties peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?

Selon Huss (préc. No 212), la jurisprudence luxembourgeoise a toujours passé comme étant favorable au renvoi.
On se demande toutefois, compte tenu du système luxembourgeois fondé sur l'autonomie de la volonté, si en matière de régime matrimonial le renvoi doit être accepté. La jurisprudence française a récemment rejeté le renvoi en se fondant notamment sur le caractère contractuel de l'institution (arrêt Lardans, Cassation civ. 27 janvier 1968, *D.* 1969.294, *Revue critique* 1969.710, note Derruppé, *Clunet* 1969.644, note Ponsard, *J. C. P.* 1970.II.16407, note J. Foyer, *Journal des Notaires,* 1970.86; et *Gouthertz,* Cassation civ. 1er février 1972, *Journal des Notaires* 1973.693, *Revue critique* 1972.644, note Wiederkehr, *Répertoire Defrenois* 1972.1033, note Malaurie, *J. C. P.* 1972.II. 17096, concl. Gégout). Sur l'ensemble du problème v. G. Droz, «Le rejet du renvoi en matière de loi applicable au régime matrimonial légal». *Journal des Notaires* 1970, p. 65 et 1973, p. 681 et s.).
On peut noter qu'un certain nombre de décisions des tribunaux français qui avaient en fait refusé d'appliquer le mécanisme du renvoi étaient fondées sur le principe de l'indivisibilité de la loi applicable au régime matrimonial (Tribunal Seine 24 août 1877, sous Cass. 4 avril 1881, *S.* 1883.I.65; Tribunal civ. de Millau 18 juillet 1903, *Revue critique* 1908.200; Tribunal civil Versailles 15 mai 1924, *Revue critique* 1925.240; Tribunal civ. Seine 17 janvier 1924, *Revue critique* 1925.226; Tribunal de Meaux 4 mai 1928, *Clunet* 1928.1223, toutes ces décisions refusant de tenir compte du renvoi partiel opéré par la loi du domicile à la loi française de situation des immeubles appartenant aux époux). On se demande si cette considération peut également influer sur la position luxembourgeoise.

Réponse

En principe, la jurisprudence admet le renvoi sans restrictions. En matière de loi applicable au régime matrimonial, il n'existe toutefois aucune décision.

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer la loi interne applicable lorsque la loi compétente pour régir le régime matrimonial est celle d'un système territorialement plurilégislatif ou celle d'un système juridique interpersonnel?

Vu le système luxembourgeois, il semble que l'on doive rechercher quel est le système juridique auquel les époux ont entendu se référer. Dans le cas d'un système territorialement plurilégislatif, on devrait tenir compte des règles de l'unité territoriale déterminées par la fixation du domicile matrimonial. Dans le cas d'un système interpersonnel, on devrait tenter de déterminer si les époux ont voulu se soumettre à un droit confessionnel en vigueur dans le pays étranger ou au contraire s'ils ont voulu rester soumis à leur loi nationale.

Réponse

C'est une question d'interprétation de la volonté des époux.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi choisie par les parties est-elle compétente pour régir l'ensemble des biens des époux?*

Il semble que le droit luxembourgeois suive le principe de l'unité de loi applicable au régime matrimonial, principe qui est la conséquence directe du rattachement du régime à la loi choisie par les époux au jour du mariage (pour une solution identique en droit français, v. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé,* t. II, No 616; Droz, *Répertoire Dalloz de droit international,* Vo Régimes matrimoniaux, No 74 et s.).

Réponse

Pas d'observations.

b *Comment la sanction du principe de l'unité est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés*

à l'étranger selon une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit luxembourgeoise?

Des époux sont considérés comme mariés sous le régime de la communauté du droit luxembourgeois. Un immeuble acquis pendant le mariage et faisant partie de cette communauté est liquidé en Angleterre ou aux Etats-Unis au seul profit d'un des époux considérés comme séparés de biens. Comment rétablir l'équilibre au Luxembourg?
Il ne semble pas qu'il existe en jurisprudence luxembourgeoise, comme d'ailleurs en jurisprudence française, d'exemples probants de l'exercice d'un droit de prélèvement compensatoire sur les biens locaux pour rétablir l'équilibre ainsi rompu (sur les difficultés pratiques provenant de l'indivisibilité du régime, v. Droz, *Répertoire Dalloz* préc. *eod. vo* No 245, sur l'absence de prélèvement compensatoire en pratique française, v. Droz, note sous Cassation, chambre civile, 1er février 1972, Rougeron, *Revue critique*, 1973.320; pour une confusion entre prélèvement compensatoire tiré du régime matrimonial et prélèvement successoral voir, en jurisprudence française, le jugement du tribunal de Lyon 7 octobre 1971, *Clunet* 1972.597, note Ponsard).

Réponse

Le droit de détraction n'est prévu qu'en matière successorale et il n'existe pas de décision l'étendant au domaine des régimes matrimoniaux. S'agissant d'un texte d'exception, une application extensive serait d'ailleurs difficilement justifiable.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement à la loi choisie par les époux au moment du mariage peut-il subir une modification dans certaines circonstances?*

En droit luxembourgeois, la loi compétente est déterminée par la volonté des époux au jour du mariage. Il en résulte logiquement que le changement ultérieur de nationalité ou de domicile des époux n'influe pas sur le rattachement initial (pour le droit français v. les développements de Droz, *Répertoire Dalloz* préc., Vo Régimes matrimoniaux, No 79).
La Cour supérieure de Justice a récemment confirmé ce point de vue par son arrêt du 22 avril 1970 *(Markovitz c. Tasnady* inédit mais commenté par A. Huss, *Clunet* 1971, p. 144)
Des époux hongrois mariés en 1953 en Hongrie s'étant réfugiés en 1956 au Luxembourg, la Cour supérieure a estimé qu'ils restaient soumis à la loi hongroise.

Réponse

Il ne semble pas que le changement des circonstances soit susceptible d'entraîner automatiquement une modification de la loi applicable, celle-ci étant déterminée par la volonté exprimée ou supposée des époux au moment du mariage.

b Si la loi étrangère normalement applicable change dans ses dispositions internes et que des modifications soient applicables aux époux mariés antérieurement, doit-on tenir compte au Luxembourg de ces modifications?

Dans son arrêt précité du 22 avril 1970, la Cour supérieure de Justice a décidé que les époux ont un droit acquis au régime matrimonial qui, au moment de leur mariage dans leur pays d'origine, était en vigueur conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Et cette solution avait été également adoptée en jurisprudence française (Cassation chambre civile 1er décembre 1969, *Journal des Notaires* 1970.586, note Ponsard). Dans l'espèce citée, les époux ont été considérés comme mariés sous le régime de la communauté d'acquêts prévu par la loi hongroise No IV de 1952.
On se demande quelle serait la solution suivie par le droit positif luxembourgeois lorsque des époux soumis à la loi du premier domicile se sont établis au Luxembourg sans prendre la qualité de réfugiés avant que la loi étrangère ait modifié son droit interne: des époux soumis au droit allemand en raison de leur domicile matrimonial se sont installés au Luxembourg en 1955, avant que le droit allemand n'ait instauré le système de la communauté différée des augments. On doit aujourd'hui liquider le régime matrimonial au Luxembourg. Doit-on faire application du nouveau régime légal allemand ou doit-on pétrifier le régime matrimonial dans la teneur qu'il avait au moment où les époux ont quitté l'Allemagne? Quelle serait la solution pour le cas où les époux auraient acquis la nationalité luxembourgeoise avant la modification du droit allemand? Sur ces questions voir en doctrine Andrea Giardina («Les lois étrangères rétroactives en matière de mariages et de régimes matrimoniaux», *Revue critique* 1972.401) et Droz («Tendance à la recherche de la «proper law» en matière de loi applicable au régime matrimonial», *Journal des Notaires* 1973, p. 687 et s.).

Réponse

En dehors de la décision citée, il n'y a pas de jurisprudence au Luxembourg. Il semble que la loi nationale applicable doive régir le régime matrimonial avec toutes les modifications qu'elle peut subir dans le temps, le choix des époux étant supposé fait de façon générale en faveur d'une législation, même pour le futur. Il est vrai que cette solution se concilie difficilement avec le principe de permanence et le respect de la volonté des époux qui pourraient avoir expressément opté pour une loi déterminée en considération de son contenu à l'époque de leur mariage.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

Les époux peuvent-ils par contrat de mariage choisir librement la loi applicable au régime matrimonial?

Le principe de l'autonomie de la volonté étant admis en matière de régime légal doit pouvoir jouer pleinement en matière de régime conventionnel.
Lorsque les époux ne précisent pas dans leur contrat de mariage à quelle loi celui-ci est soumis, il semble que la recherche de leur volonté sur ce point devrait se faire à l'aide des indices retenus pour la détermination du régime légal. Toutefois si le contrat de mariage a été reçu par un officier public sans aucune référence à une loi déterminée, on se demande si la présomption ne joue pas en faveur de la *lex magistratus* (v. en ce sens Droz, *Répertoire Dalloz* préc., *eod. vo.*, No 68).

Réponse

Rien à ajouter.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux peuvent-ils au cours du mariage changer par

accord de volonté la loi applicable à leur régime matrimonial?

Il semble qu'en droit luxembourgeois la permanence du rattachement à la loi choisie par les époux au jour du mariage ait un caractère impératif et qu'un changement ultérieur de la volonté des époux ne puisse pas avoir d'influence sur le rattachement initial.
On notera en jurisprudence française un certain flottement à cet égard. Le tribunal de Dijon, dans une décision du 18 novembre 1969 a admis que les époux mariés sous la loi allemande, devenus Français et domiciliés en France, pouvaient adopter le régime légal français de la communauté réduite aux acquêts *(Revue critique* 1972.448, note critique Droz, *Répertoire Defrenois* 1971.I.1251, note Malaurie). Mais tout récemment un arrêt de la Cour d'appel de Colmar est venu déclarer que *la notion d'ordre public familial français ne saurait en l'absence d'une manifestation de volonté non équivoque du législateur être valablement invoquée comme circonstance de rattachement à la loi du for pour justifier l'application directe, immédiate et obligatoire des dispositions françaises relatives à la mutabilité contrôlée du régime matrimonial indépendamment de la loi régissant normalement celui-ci* (Colmar 7 mars 1973, *Revue critique* 1973.524, note Ponsard)

Réponse

Depuis l'introduction par la loi du 12 décembre 1972 du principe de la mutabilité des régimes matrimoniaux, la permanence de rattachement à la loi choisie ne devrait plus avoir un caractère impératif. Lorsque la loi de rattachement a été déterminée par une manifestation de volonté expresse des époux, éventuellement par une clause du contrat de mariage, cette clause devrait pouvoir être modifiée par un nouvel accord des époux, si du moins la loi de rattachement auquel obéit le contrat de mariage permet la modification des clauses du contrat.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

On se demande si cette question est soumise à la loi de capacité générale c'est-à-dire à la loi nationale de chacun des époux comme en droit français selon les arrêts *Patino* (15 mai 1963, *Clunet* 1963.996, note Malaurie, *J. C. P.* 1963.II.13366, note Motulsky, *Revue critique* 1964.506, note P. Lagarde) et *Chelly* (Cassation civ. 16 juillet 1971, *Revue critique* 1972.612, note Droz, *Clunet* 1972.287, note Lehmann).

Réponse

La capacité de passer un contrat de mariage est soumise à la loi nationale de chacun des intéressés.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Il semble que l'on fasse application de manière très générale au Luxembourg de la règle *locus regit actum* (Huss, *Jurisclasseur de droit comparé,* Vo Luxembourg, No 216). On se demande toutefois s'il est possible de faire application de la loi applicable au fond au contrat de mariage particulièrement dans le cas où cette loi n'exige pas les mêmes formalités que la loi du lieu de rédaction.

Réponse

La forme du contrat est régie par la loi du lieu où il est rédigé. Il semble difficile d'admettre la rédaction dans les formes prévues par la loi applicable au fond, du moins lorsque ces formes ne sont pas admises dans le pays de rédaction. Par contre, rien ne devrait s'opposer à l'admission de formalités supplémentaires qui pourraient s'insérer dans la forme admise dans le pays de rédaction.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère selon la règle de conflit luxembourgeoise est-il opposable aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Il semble n'exister en droit luxembourgeois aucune règle prescrivant une publicité ou un enregistrement du régime matrimonial légal soumis à une loi étrangère. Un tel régime semble être de plein droit opposable aux tiers (pour le droit français, v. Batiffol et Lagarde, t. II, No 629).
Pour ce qui concerne le régime conventionnel, la publicité prévue par le Code civil qui prescrit aux époux de déclarer à l'officier de l'état civil s'il a été fait un contrat de mariage et, dans l'affirmative, de présenter un certificat du notaire qui a reçu le contrat, ne semble applicable qu'au cas où le mariage est célébré au Luxembourg. On se demande, dans cette hypothèse, si cette obligation s'étend même au cas où le contrat a été conclu à l'étranger (pour l'affirmative en droit français, v. Batiffol et Lagarde, t. II, No 629). Lorsque le mariage est célébré à l'étranger, il ne semble pas que l'on puisse parvenir à une publicité sur les registres publics de Luxembourg. Il faut noter toutefois que des époux commerçants installés au Luxembourg, même mariés à l'étranger, doivent publier et inscrire leur contrat de mariage au registre du commerce.

Réponse

L'obligation de faire mention du régime matrimonial existe, que le contrat ait été passé au Luxembourg ou à l'étranger, pourvu que le mariage soit célébré devant un officier de l'état civil luxembourgeois. Lorsque le mariage est célébré à l'étranger, il n'existe aucune obligation de publicité, sauf évidemment l'application des règles relatives au registre de commerce.

Norvège

Preliminary remarks of the Norwegian Government:

Before answering the questionnaire, we feel the necessity of expressing that Norwegian legislation does not contain any rules concerning the conflict of laws in matrimonial property matters. Furthermore jurisprudence in the field is very scarce and the international legal problem connected to matrimonial property matters have not been given much attention in Norwegian legal theory. As a result it is difficult, if not to say impossible, to give precise answers to all the questions in the questionnaire. This is of course regrettable, but on the other hand the lack of statutory law and jurisprudence facilitates Norwegian cooperation as regards international

legislation concerning the conflict of laws in matrimonial property matters.

I MARITAL PROPERTY REGIME OF SPOUSES MARRIED WITHOUT AN ANTENUPTIAL CONTRACT. – THE STATUTORY MARITAL PROPERTY REGIME ('RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL')

A Connecting factors

1 Principles

What law is applicable to the statutory marital property regime?

It appears that Norwegian positive law refers this question to the law of the country in which the spouses establish their first matrimonial domicile. Citations to supporting decisions are as follows: Oslo-Byrëtt, December 14th 1949, *R.G.* 1950.395, applying the law of the Norwegian domicile to a German who was married to a Norwegian woman in Norway; Mandal Skifterett, January 12th 1950, *R.G.* 1950.474, applying the law of the American domicile to a Norwegian man who married in the United States in 1908 and who only returned to Norway in 1946; Froctating Lagmannrett, April 15th 1959, *R.G.* 1959.675, applying the law of New Jersey to a Norwegian man who married a woman of Norwegian origin who had become a naturalised American, the spouses having established their domicile in New Jersey where they bought their house; reference can also be made to the judgment of the Supreme Court on May 11th 1963, *R.t.* 1963.578, subjecting a Norwegian man who married a Swedish woman in Argentina to Argentine law, the spouses having lived in Argentina for three years before returning to Norway.

Reply

It is quite correct that Norwegian law refers the question to the law of the country in which the spouses establish their first matrimonial domicile. However, this rule is based on jurisprudence and not on legislation.

2 Correction through renvoi

May be use of the law of the domicile as a connecting factor be altered through the technique of renvoi?

Let us suppose that a Norwegian husband and wife have established their matrimonial domicile in a country which looks to the national law of the spouses in respect of this question, for example: Italy; will they be subjected to internal Italian law or, through the use of renvoi, will they be subjected to Norwegian law?

Reply

In legal theory it has been claimed that we do accept renvoi. However, the Ministry of Justice has presumed the opposite solution.

3 Lack of a connecting factor

How will the applicable internal law be determined, if the matrimonial domicile of the spouses following the marriage was situated in a State having a system of personal laws (Lebanon, Iran, etc.)?

When the spouses in question do not have the nationality of the country where their matrimonial domicile was located, it is possible to resolve this problem by employing the technique of renvoi, since systems of personal law generally look to the national law of the spouses or of the husband. But if the Norwegian system rejects the technique of renvoi, how will the applicable law be determined? Will there be an attempt to determine which religious system is most suitable to govern the pecuniary relations between the spouses, will a subsidiary reference be made under Norwegian law to the national law of the spouses or of the husband, or will Norwegian law be applied as the law of the forum?

Reply

No definitive answer can be given to this question.

B Character of the connecting factor

1 Unity or scission

a *Does the applicable law extend to the entirety of the property of the spouses or must one take into account its nature, as being movable or immovable, and where it is located?*

It appears that the decisions in respect of the marital property regime have found that the law of the domicile was applicable to the entirety of the goods of the spouses. Thus, the Norwegian system would follow the principle of unity.

Reply

The Norwegian system would follow the principle of unity.

b *How can the means for enforcement ('sanction') of such a principle be ensured, when certain property of the spouses is liquidated abroad in accordance with a law which is different from the law of the first domicile of the spouses?*

It is necessary to wind up in Norway the marital property regime of a Belgian couple domiciled in Norway who are subject to the regime of separate property of the State of New York, because it was their domicile following the marriage. In Belgium, application is made of Belgian national law and certain separate property of one of the spouses is liquidated on the basis of the statutory community property regime provided by Belgian law. How can the spouse who has suffered a disadvantage by application of the Belgian rules redress the balance?

Reply

No definite answer can be given to this question. However, the courts might take into account the liquidation abroad when deciding on the distribution of goods between the spouses in Norway.

2 Permanence or mutability of the connecting factor

a *Will a change in the connecting factor, the matrimonial domicile, bring about* ipso iure *a change in the applicable law?*

It appears that the Norwegian system has adopted the principle of permanence of the connecting factor, which is the law of the first matrimonial domicile. The decisions cited above apply the law of the first matrimonial domicile without giving any effect to the fact that the spouses could have subsequently transferred their domicile to Norway.

Reply

It is quite correct that the Norwegian system has adopted the principle of permanence of the connecting fac-

tor, which is the law of the first matrimonial domicile. However, this principle has been criticized in legal theory and might not be accepted by courts as a principle without exception.

b *If the internal dispositions of the applicable law change and the new provisions are applicable to spouses married previously, will this change affect the marital property regime of the spouses in Norway?*

It is known that numerous legal systems have modified their internal legislation relating to marital property regimes and that these modifications extend even to spouses who were married previously (Germany, Union of Soviet Socialist Republics and the popular democracies).

Reply

Probably yes.

c *If the reply is in the affirmative, is the permanence of the connecting factor (the law of the first matrimonial domicile) so cogent that the new provisions should be applied, even if the spouses have previously transferred their matrimonial domicile to Norway?*

A German couple domiciled in Germany later come and settle in Norway. At the time of the marriage the German system of the community of administration ('Verwaltungsgemeinschaft') was applicable to them. However, since their arrival in Norway the German law has transformed their regime into a deferred community of gains ('Zugewinngemeinschaft'). Should one apply the new German regime to them or should the regime be frozen in the state that it was in at the time when they left Germany? Would a loss of German nationality by the spouses before the modification of the German law influence the solution? Would the fact that the spouses had abandoned the country of the husband's domicile to take refuge in Norway have an influence on the solution?

Reply

Probably yes.

II INFLUENCE OF THE INTENT ('VOLONTÉ') OF THE SPOUSES ON THE CONNECTING FACTOR. – MARRIAGE CONTRACTS

A Influence of the intent of the spouses at the time of marriage

1 *Can the spouses by making an antenuptial contract subject their marital property regime to a law other than that of the husband's domicile at the time of the marriage?*

A Norwegian man and a French woman subject their marital property regime by antenuptial contract to French law and adopt a contractual regime of French law, but they establish their first matrimonial domicile in Norway; will their marital property regime be considered to be subject to French law or, on the contrary, will Norwegian law be applied?

Reply

In the example mentioned, Norwegian law would be applied.

2 *If the use of the first matrimonial domicile as the connecting factor has an imperative character, will an antenuptial contract subjecting the regime of the spouses to another law be considered completely ineffective, or will it be possible to bring the principle of equivalence of results into play?*

A Norwegian man and a French woman who marry subject their marital property regime by antenuptial contract to Norwegian law, but the spouses establish their matrimonial domicile outside of Norway. Will the choice of Norwegian law be deemed to be inoperative? May the fact that a contractual regime which is analogous to the one chosen by the spouses is known in the internal law of the domiciliary country be taken into account?

Reply

Yes, the contract would probably be considered completely ineffective.

3 *May the fact that, in the country in which the spouses establish their matrimonial domicile, the autonomy of the spouses is recognised and they are permitted to choose their applicable law, be taken into account?*

The spouses choose a regime which is subject to Norwegian law but establish their first marital domicile in France. French law recognises that the spouses have freedom to choose the law which will be applicable to their marital property regime – under Nordic law, will the spouses be subject to the French statutory regime, or will the antenuptial contract be taken into account? This problem has a certain kinship with the renvoi problem.

Reply

No decisive answer can be given to this question. However, the Norwegian courts would probably accept such contract.

B Influence of the intent of the spouses during the marriage

To what extent may the spouses during the marriage subject themselves to a law other than that of their first matrimonial domicile?

Spouse who are subject to the law of New York come and establish their domicile in Norway. May they adopt a marital property regime, either statutory or contractual, which is subject to Norwegian law?
The same spouses come and settle in Germany where they adopt a German regime in conformity with the German law of their new domicile (article 15, EGBGB). Will this new regime be recognised in Norway?

Reply

The answer to this question is analogous to the one given to question 3 above.

C Particular problems of marriage contracts

1 Capacity to enter into a marriage contract

What law is applicable to the capacity to enter into a marriage contract?

Will the personal law of each spouse be applied, or is the law which is applicable to the regime itself to be applied?

Reply

The personal law of each spouse would be applied, that is to say the law of the country where the spouse in

question is domiciled when entering into a marriage contract.

2 Form of the marriage contract

What law is applicable to the form of the marriage contract?

Reply

Depending on the circumstances Norwegian courts would apply either the law of the spouses, first domicile, or the law of their domicile when entering into the contract, possibly even lex loci contractus.

III EFFECTS OF THE MARITAL PROPERTY REGIME WITH RESPECT TO THIRD PERSONS

Is the marital property regime, either statutory or contractual, which is properly subject to a foreign law in accordance with the conflicts rule of Norway, effective as against third persons, or are particular formalities such as publication or notations in a public register in Norway necessary to achieve this effect?

A question of particular interest is whether the fact that spouses have their domicile in Norway will have an influence on the question.

Reply

As a general rule the marital property regime would not be effective against third persons without registration. However, the spouses' heirs would have to respect the marital property regime even if it is not registered.

Pays-Bas

Remarque préliminaire du Gouvernement néerlandais:

Observations générales: L'état présent du droit international privé néerlandais en matière de régimes matrimoniaux est très incertain. Il paraît déplacé, en considération surtout de la phrase figurant dans la lettre circulaire ON No 5 selon laquelle les Organes nationaux pourraient utilement limiter leur réponses aux constatations des règles de droit positif bien établies ou généralement observées, *de chercher des réponses à toutes les questions formulées.*

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Comme le note van der Ploeg («Les régimes matrimoniaux et le droit successoral dans le droit international privé néerlandais» in les *Régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé,* Bruxelles 1963, p. 987) *jusqu'il y a peu, on admettait sans discussion qu'à défaut de contrat de mariage, la loi qui était la loi nationale du mari à l'époque du mariage déterminait le droit applicable aux biens des époux.*

La solution semble aujourd'hui être remise en question tant en doctrine qu'en jurisprudence.

L'arrêt du *Hoge Raad* du 6 janvier 1911 (W. 9125) a soumis au droit allemand le régime matrimonial d'époux allemands alors qu'il s'agissait d'immeubles situés aux Pays-Bas. On en tirait la conséquence de l'application de la loi nationale commune des époux au régime matrimonial.

L'arrêt du 17 mai 1929 (*N.J.* 1929, 1279) a soumis au droit allemand, toujours à propos d'immeubles situés aux Pays-Bas, le régime matrimonial d'époux dont le mari était Allemand et la femme Néerlandaise mais devenue Allemande par mariage. On en tirait l'application de la loi nationale du mari au cas où les époux étaient de nationalités différentes (encore qu'on pût contester que l'arrêt en question s'appliquait au cas où la femme ne prenait pas la nationalité du mari, v. van der Ploeg préc. p. 991).

Le droit positif a plusieurs fois confirmé l'application de la loi nationale lorsque les époux ont une nationalité commune. On peut citer en ce sens comme jurisprudence récente, RB Amsterdam 29 janvier 1970, *N.J.* 1970.188 (solution implicite), Amsterdam 12 novembre 1970, (fichier *Asser Institut* No 6339) qui refuse d'appliquer la communauté universelle néerlandaise à un couple d'Italiens mariés en Allemagne, domiciliés et divorcés aux Pays-Bas (encore qu'une allusion soit faite au premier domicile matrimonial situé en Allemagne).

Lorsque les époux sont de nationalités différentes des auteurs comme Kollewijn (*W.P.N.R.* 4737) et van der Ploeg (*op. cit.*, p 993 *Prae-Advies* voor de *Jaarlijkse Algemene Vergadering van de Koninklijke Broederschap der Notarissen in Nederland,* 1969, p. 66) préconisent l'application de la loi du domicile des époux au moment du mariage. Par contre Dubbink (*Prae-Advies, op. cit.* p. 18) reste en faveur de la loi nationale du mari et approuve la nouvelle rédaction de l'article 4 de la loi Benelux qui a supprimé l'assouplissement en faveur de la loi du domicile.

Le droit positif actuel semble s'éloigner de l'application de la loi nationale du mari. En faveur de cette loi on trouve une décision du RB Haarlem du 8 novembre 1955 (*N.J.* 1956. 274 précisant qu'*en cas de différence de nationalité entre les époux, les régimes matrimoniaux y compris les règles concernant les donations réciproques sont soumis à la loi nationale du mari et si celuici est apatride à la loi du domicile du mari.* Par contre de nombreuses décisions récentes ont appliqué la loi néerlandaise et ordonné la liquidation de la communauté universelle sans se préoccuper du droit national du mari étranger, droit national qui pouvait cependant mener à une séparation de biens. Pour s'en tenir aux décisions les plus récentes, on citera:

RB Utrecht 14 octobre 1970 (fichier *Asser Institut* No 6302), Américain marié à une Néerlandaise, domicile et divorce aux Pays-Bas: la liquidation de la communauté universelle est ordonnée sans autre explication;

Utrecht 28 octobre 1970 (fichier *Asser Institut* No 6307) qui ordonne, après divorce, la liquidation de la communauté universelle entre un Tunisien et une Néerlandaise (alors qu'il est bien connu que le droit tunisien inspiré du droit musulman institue la séparation de biens absolue entre les époux);

RB Breda 10 novembre 1970 (fichier *Asser Institut* No 6614) ordonnant la liquidation de la communauté entre un Italien et une Néerlandaise après divorce (alors qu'il est notoire que le droit italien institue la séparation de biens);

Amsterdam 10 décembre 1970 (fichier *Asser Institut* No 6345) appliquant le droit néerlandais à un Allemand marié à une Néerlandaise car le premier domicile matrimonial avait été établi aux Pays-Bas;

RB Amsterdam 1er avril 1971 (fichier *Asser Institut* No 6590) se fondant sur le premier domicile matrimonial aux Pays-Bas pour appliquer la loi néerlandaise à un Italien marié à une Néerlandaise;
RB Utrecht 2 février 1972 (fichier *Asser Institut* No 7600) faisant application du droit néerlandais à un Français marié à une Néerlandaise en se fondant sur la nationalité de la femme corroborée par le lieu de célébration du mariage;
RB Utrecht 9 février 1972 (fichier *Asser Institut* No 7593) appliquant le droit néerlandais à un Marocain marié à une Néerlandaise en se fondant sur le lieu du mariage et le domicile néerlandais.
RB Amsterdam 24 février 1972 (fichier *Asser Institut* No 7040) appliquant le droit néerlandais à un couple d'Italiens dont la femme avait également la nationalité néerlandaise. Le tribunal s'est fondé sur le fait que la nationalité néerlandaise était la nationalité effective de la femme et que le domicile était situé aux Pays-Bas.
On n'a pu trouver trace en jurisprudence de décisions qui confirmeraient la réciproque à savoir qu'on est prêt aux Pays-Bas à appliquer la loi étrangère du premier domicile ou du domicile d'époux de nationalités différentes.
Les divers motifs utilisés par les décisions laissent à l'interprète l'impression que le droit néerlandais est parfois appliqué comme droit du for compétent pour s'appliquer au divorce. Parfois aussi il semble que les juges se décident non pas sur la base d'un rattachement bien défini mais sur l'impression qu'en l'espèce le «centre de gravité» du rapport juridique a son siège aux Pays-Bas (des décisions mentionnent le fait que des enfants sont nés et ont été élevés aux Pays-Bas, que des biens sont situés aux Pays-Bas, etc...). La décision de RB Utrecht 9 novembre 1960 (*N.J.* 1961, 503) est bien révélatrice de cet état d'esprit. Il y est dit qu'il y a lieu de déterminer *d'après les éléments de la cause quel système juridique entre le plus en ligne de compte pour régler le statut matrimonial.* Voilà qui est très proche de la recherche, dans chaque cas, d'une «proper law» du régime matrimonial.

Réponse

Principe: En cas de nationalité commune des époux, leur régime matrimonial sera déterminé par la loi de cette nationalité commune. Il faut remarquer cependant qu'en cette matière – tout comme dans d'autres domaines du droit international privé néerlandais – une tendance se fait jour de prendre également d'autres lois en considération, lorsque le lien effectif de l'intéressé avec son pays national est si ténu, qu'on n'y saurait attacher un effet réel.
Dans les cas où les époux ont des nationalités différentes, une règle est difficile à dégager. Le Tribunal d'Amsterdam, auquel une quantité non négligeable de tels cas est soumise, a fait montre d'une tendance à attribuer une certaine importance à la loi du premier domicile conjugal.
La règle selon laquelle, dans les cas précités, la loi nationale du mari devrait s'appliquer, est suivie de façon sporadique dans la jurisprudence; plus fréquemment cependant dans la pratique notariale.
La volonté des parties, expresse ou présumée, ne joue aucun rôle dans ce domaine.

2 Correctif du renvoi

Les rattachements admis par la règle de conflit néerlandaise peuvent-ils être corrigés par le mécanisme du renvoi?

S'agissant d'apprécier aux Pays-Bas le régime matrimonial d'un couple danois marié et domicilié aux Pays-Bas, acceptera-t-on le renvoi de la loi nationale danoise à la loi néerlandaise du premier domicile matrimonial? On considère généralement que le droit international privé néerlandais rejette le mécanisme du renvoi (van der Ploeg préc. p. 984) mais des auteurs comme Dubbink, se fondant sur le projet Benelux ou la Convention de La Haye sur le renvoi, estiment que le mécanisme doit être adopté (Kosters-Dubbink, p. 289 et van der Ploeg préc. p. 985 Dubbink, *Prae-Advies, op cit.*, p. 27).
Il faut noter que dans le cas d'un Danois ayant épousé une Néerlandaise aux Pays-Bas et vivant dans ce pays la jurisprudence précédemment citée mène à l'application de la loi néerlandaise, non pas en raison du mécanisme du renvoi, mais en raison du domicile ou du centre de gravité néerlandais.

Réponse

Aucune décision judiciaire néerlandaise réservant au procédé du renvoi un rôle dans le domaine du régime matrimonial n'est connue; mais, en dehors de ce domaine, le renvoi a parfois été appliqué.

3 Défaillance du rattachement

Lorsque compétence est donnée à la loi nationale des époux et que l'Etat ainsi désigné est un système territorialement plurilégislatif, comment déterminer la loi interne applicable?

Si le droit national est un système plurilégislatif qui comporte des règles interrégionales de conflit, comme par exemple le droit espagnol en matière de régime matrimonial, il semble naturel de faire application desdites règles pour déterminer si l'on doit soumettre les époux au régime catalan de la séparation de biens ou castillan de la communauté d'acquêts.
Mais qu'en est-il lorsque le système étranger ne connaît pas de telles règles (par ex. le système américain)? Devra-t-on rechercher l'Etat américain avec lequel les époux ont les liens les plus étroits et se référer en vertu d'une règle subsidiaire néerlandaise à la loi de leur premier domicile matrimonial?
Quelle est la solution lorsque les époux, par exemple Américains, ont établi leur premier domicile matrimonial hors des Etats-Unis, par exemple en France ou aux Pays-Bas?
Si l'on ne peut se servir du mécanisme du renvoi, fait-on usage d'une règle subsidiaire néerlandaise donnant compétence à la loi du domicile?
Les auteurs qui traitent du problème (par ex. van der Ploeg, *Prae-Advies, op. cit.*, p. 50 et s.) ne donnent pas d'indication de droit positif.
On notera que la décision RB Utrecht 14 octobre 1970 précitée, a esquivé le problème: elle a fait application de la loi du domicile néerlandais bien que le mari soit Américain, mais les époux étaient de nationalités différentes.

Réponse

S'il existe, dans le droit du pays dont la loi est applicable, une règle distributive de compétence législative interne, celle-ci est suivie dans la mesure du possible. Dans les cas où aucune règle de cette nature n'existe, ou lorsque le point de rattachement requis ne conduit pas à l'application d'un des Etats (provinces) fédérés, on fait application de la loi de l'Etat (province) avec lequel le propositus *a les liens les plus étroits. Aucune règle n'existe pour résoudre le conflit soulevé par une situation où les deux époux ont des liens prépondérants avec des Etats différents.*

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable au régime matrimonial s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il semble que le rattachement ait, en droit international privé néerlandais, un caractère unitaire et que la loi applicable s'étende à l'ensemble des biens des époux où qu'ils soient situés. Les arrêts du *Hoge Raad* de 1911 et de 1929 avaient justement trait à des immeubles situés aux Pays-Bas et l'on a fait application de la loi nationale étrangère.

Réponse

En principe le droit néerlandais se fonde sur le principe unitaire.

b *Comment la sanction du principe de l'unité est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit néerlandaise?*

Des époux sont soumis à la communauté universelle du droit néerlandais mais en Angleterre ou aux Etats-Unis on procède à une liquidation locale sur la base de la séparation de biens et certains biens, considérés comme communs par le droit néerlandais, sont attribués au profit exclusif d'un seul des époux. Comment pourra-t-on rétablir l'équilibre aux Pays-Bas au profit de l'époux lésé? Kisch estime que dans un tel cas il faut renoncer à vouloir appliquer à ces biens la communauté néerlandaise (*Een en ander over internationaal Huwelijksvermogensrecht* (1952), p. 24). Dubbink propose d'étendre au régime matrimonial la solution prévue par l'article 10 de la loi Benelux en matière de succession. Van der Ploeg est contre ce système (*Prae-Advies op cit.*, p. 56). Les auteurs ne relèvent aucune décision en droit positif.

Réponse

Les Pays-Bas ne disposent pas de moyens pour faire respecter cette unité, lorsque des biens appartenant à la communauté se trouvent à l'étranger. Toute décision judiciaire sur ce point fait défaut.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime des biens à la loi applicable a-t-il un caractère permanent?*

La doctrine traditionnelle qui soumet le régime matrimonial à la loi nationale commune des époux ou à la loi nationale du mari semblait suivre le système de la permanence puisqu'elle se référait à la loi nationale au moment du mariage (v. par ex. Kollewijn, *W.P.N.R.* 4737 et les réf. données par van der Ploeg *op. cit.*, p. 1004, v. aussi Dubbink, *Prae-Advies op cit.*, p. 23 qui n'admet de mutabilité que par contrat de mariage et van der Ploeg, *Prae-Advies, op. cit.*, p. 75).
On se demande toutefois, en présence de la jurisprudence récente faisant application du droit néerlandais en se basant sur le domicile, le lieu de célébration du mariage, la nationalité de la femme et autres éléments si, dans le cas d'époux de nationalités différentes, le droit néerlandais n'est pas enclin à adopter un système basé sur la mutabilité de la loi applicable. Cela serait le cas si on estimait que cette jurisprudence fait application non pas de la loi du premier domicile matrimonial néerlandais mais purement et simplement de la loi du domicile actuel aux Pays-Bas dès qu'un certain nombre d'éléments corroboratifs font de ce domicile un centre de gravité. Si tel était le cas se poserait alors la question du sort des biens acquis par les époux sous l'empire d'un domicile antérieur: admettra-t-on, comme dans le système américain, que les droits acquis sous l'empire de la loi d'un précédent domicile ne sont pas affectés par le transfert du domicile aux Pays-Bas?

Réponse

Le droit néerlandais adhère au principe de l'immutabilité. Aucune tendance à s'éloigner de ce principe ne s'est fait jour.

b *Si le rattachement du régime a un caractère permanent et que la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes, acceptera-t-on que ce changement affecte aux Pays-Bas le régime matrimonial des époux?*

Un grand nombre de législations ont modifié leurs dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant un régime à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts ou d'augments (U.R.S.S. et démocraties populaires, Allemagne, Israël). Les dispositions nouvelles de ces lois étant déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, en fera-t-on application aux Pays-Bas?
Un jugement RB Amsterdam du 12 décembre 1950 (*N.J.* 1951, 391) a admis aux Pays-Bas l'effet de la transformation du régime de séparation de biens polonais en régime de communauté d'acquêts par le nouveau Code de la famille polonais.

Réponse

Les seuls cas décidés par la jurisprudence néerlandaise ont déterminé la loi applicable par la voie d'un rattachement à la loi nationale. Dans ces cas, on s'est toujours référé à la loi nationale telle qu'elle a été modifiée, bien entendu à l'inclusion des règles de droit transitoire. Si les époux ont changé de nationalité, que ce soit avant ou après la modification de la loi, ils restent néanmoins soumis à la loi ainsi amendée.

c *Le fait que les époux aient changé de nationalité avant la modification de la loi interne applicable peut-il influer sur la solution?*

Des époux polonais ou roumains, aujourd'hui domiciliés aux Pays-Bas, avaient perdu leur nationalité d'origine et acquis la nationalité française ou néerlandaise avant la modification de la loi applicable à leur régime matrimonial. Admettra-t-on que ces époux, aujourd'hui Français ou Néerlandais, soient néanmoins soumis aux nouvelles règles polonaises ou roumaines ou au contraire procédera-t-on à une pétrification du régime dans sa teneur ancienne?
Dubbink (*Prae-Advies, op cit.*, p. 31) ne voit pas pourquoi il serait plus difficile d'appliquer la loi étrangère dans sa teneur nouvelle que dans sa teneur ancienne. L'auteur est donc partisan de suivre l'évolution de l'ancienne loi nationale du naturalisé par contre van der Ploeg (*Prae-Advies, op. cit.*, p. 77) est d'un avis opposé.

Réponse

Voir supra *sous* b.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage sou-*

mettre le régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue par la règle de conflit néerlandaise?

Selon la doctrine dominante aux Pays-Bas, la loi qui régit le régime matrimonial légal à défaut de contrat de mariage détermine également la validité et les effets du contrat de mariage (Kosters-Dubbink, p. 618, van der Ploeg *op. cit.*, p. 996 et les réf., note 2). Si donc les époux étaient soumis au droit italien en raison de leur nationalité commune, ils ne pourront pas adopter un contrat de mariage soumis par exemple à la loi néerlandaise de leur domicile matrimonial.
Pour ce qui concerne les époux néerlandais, une distinction doit être opérée. L'article 198 B.W. dispose que les conventions matrimoniales ne peuvent pas stipuler en termes généraux que les obligations en découlant seront réglées selon des lois étrangères. Mais la jurisprudence estime qu'il s'agit là d'une condition de forme (*Hoge Raad* 14 janvier 1926, *N.J.* 292; RB Middelburg 26 juin 1957, *N.J.* 637; Kosters-Dubbink, p. 442 et les réf., note 26).
Il s'ensuit que cette disposition n'est pas applicable aux conventions matrimoniales conclues par des Néerlandais à l'étranger (van der Ploeg, *op. cit.*, p. 1000). Les Néerlandais qui passent un contrat de mariage à l'étranger peuvent donc soumettre leurs relations patrimoniales à la loi étrangère et adopter un contrat soumis à la loi étrangère (van der Ploeg, *op. cit.*, p. 1000 et les réf., note 2).

Réponse

La règle de conflit néerlandaise est de nature impérative.

2 *Lorsque le rattachement a un caractère impératif, le contrat de mariage soumis à une loi autre que la loi désignée par la règle de conflit néerlandaise est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Deux Italiens passent en France un contrat de mariage soumis à la loi française et adoptent le régime de la communauté d'acquêts. Les époux s'installent par la suite aux Pays-Bas où le régime doit être liquidé. Selon la loi nationale commune italienne les époux ne pouvaient pas se soumettre à la loi française. Le contrat sera-t-il considéré comme totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront alors soumis au régime légal italien de la séparation de biens, ou bien peut-on tenir compte du fait que le droit interne italien connaît, comme le droit français, un régime conventionnel de communauté d'acquêts?

Réponse

Bien que le cas exposé ne se soit pas présenté, il est permis de supposer que la question posée dans le questionnaire recevrait une réponse affirmative aux Pays-Bas.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Il semble que, sur ce point, il faille s'en tenir à la loi applicable au régime matrimonial. Si cette loi permet aux époux de s'évader de son empire dans certaines conditions, cela sera reconnu aux Pays-Bas (c'est ainsi que le droit allemand, article 1409 BGB permet aux époux de passer pendant le mariage un contrat soumis à la loi du domicile au moment du contrat).
Lorsque les époux ont changé de nationalité au cours du mariage, la question se pose de savoir s'ils peuvent passer des conventions matrimoniales conformes à la loi de leur nouvelle nationalité ou au contraire s'ils restent soumis aux règles de la loi de leur ancienne nationalité. La question est discutée par van der Ploeg (*op cit.*, p. 997) sans référence à des solutions de droit positif.

Réponse

Les tribunaux néerlandais approuvent, dans la pratique, des contrats par lesquels les époux choisissent, au cours du mariage, un autre régime matrimonial, à condition que la loi applicable au régime matrimonial admette une telle modification postérieure au mariage, et qu'il existe un motif raisonnable pour cette modification.
En cas de changement de nationalité au cours du mariage, la loi de la nouvelle nationalité est susceptible de s'appliquer à la question de savoir si les époux peuvent modifier leur régime matrimonial par un contrat; cette solution se déduit des dispositions de la Convention sur les effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux de 1905, et du Projet de loi uniforme Benelux.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Selon la doctrine dominante la capacité de conclure un contrat de mariage au moment du mariage est déterminée par la loi nationale de chacun des époux (van der Ploeg, p. 998 et les réf., note 1).

Réponse

La capacité de conclure un contrat de mariage que ce soit avant ou après le mariage est régie par leur «loi personnelle» au moment de contracter.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Selon van der Ploeg (*op. cit.* p. 999) les conventions matrimoniales sont valables quant à la forme si elles satisfont à la *lex loci actus* ou à la *lex causae*. En effet l'article 10 A.B. qui fonde la compétence de la *lex loci actus* a, selon la jurisprudence du *Hoge Raad* (27 juin 1958, *N.J.* 393) un caractère facultatif en ce sens que la règle ne s'oppose pas à ce que les parties s'en tiennent quant à la forme, à la loi qui régit le fond de l'acte.

Réponse

Les conventions matrimoniales sont valables quant à la forme si elles satisfont aux exigences de la lex loci actus *ou de la* lex causae.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère, est-il opposable de plein droit aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières à effectuer aux Pays-Bas?

Selon l'article 207 B.W. les stipulations des conventions matrimoniales ne peuvent être opposées aux tiers de bonne foi à moins qu'elles n'aient été transcrites dans le registre public des régimes matrimoniaux du greffe

du tribunal dans le ressort duquel le mariage a été célébré ou si le mariage a été conclu à l'étranger dans le ressort duquel l'acte de mariage a été transcrit. Ceci vise les mariages entre Néerlandais ou entre Néerlandais et étrangers.
En ce qui concerne les mariages célébrés aux Pays-Bas et dont les effets patrimoniaux sont soumis à une loi étrangère, van der Ploeg estime que cette loi étrangère est de plein droit opposable aux tiers sans publication (*op. cit.*, p. 1001 et 1002). Contrairement à Kosters, il estime en outre qu'il serait illogique que les époux qui ont, par contrat de mariage, dérogé au régime légal étranger soient obligés de publier cette dérogation.
En ce qui concerne les mariages conclus à l'étranger, entre Néerlandais et entre Néerlandais et étrangers, van der Ploeg estime toujours, contrairement à Kosters, que la nécessité d'une publication ne joue que si c'est la loi néerlandaise qui est applicable à la convention matrimoniale. Dans le cas où un régime étranger joue à défaut de convention matrimoniale, les époux peuvent aux Pays-Bas, opposer ce régime aux tiers sans publication (van der Ploeg, *op. cit.*, p. 1003).
Il semble qu'il n'existe de jurisprudence nette qu'en ce qui concerne les mariages conclus à l'étranger entre étrangers: le *Hoge Raad,* dans son arrêt du 8 janvier 1915 (*N.J.* 356; v. aussi Bois-le-Duc 21 avril 1914, *W.* 9762 et RB La Haye 31 décembre 1929, *N.J.* 1930, 333) a estimé que dans cette hypothèse l'article 207 B.W. n'avait pas à s'appliquer.

Réponse

Il faut présumer qu'aux Pays-Bas le régime matrimonial légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère, est de plein droit opposable aux tiers, et cela même s'il s'agit d'un mariage célébré aux Pays-Bas, ou du mariage d'un Néerlandais conclu à l'étranger. A cet égard, toute jurisprudence sur ce point fait défaut.

Portugal

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Au Portugal la solution est des plus nettes en raison des dispositions expresses de l'article 53 du Code civil entré en vigueur le premier juin 1967 (texte français à la *Revue critique de dr. int. privé,* 1968, p. 369 et s.).
Le Code établit une hiérarchie des rattachements: *sont applicables en premier lieu la loi nationale commune des époux, à défaut de nationalité commune, la loi de la résidence habituelle commune à la date du mariage et enfin, à défaut, la loi personnelle du mari à la même date.*

2 Correctif du renvoi

Les rattachements définis par l'article 53 du Code civil peuvent-ils être corrigés par le mécanisme du renvoi?

Les articles 17 et 18 du Code civil portugais acceptent le renvoi sous certaines conditions.
L'article 17, alinéas premier et 3, accepte le renvoi au second degré: *si la loi portugaise donne compétence à la loi nationale étrangère des époux et que cette loi donne compétence à la loi du domicile ou de la situation des biens, cette dernière loi sera appliquée si la législation en question se considère compétente pour régler le cas.*
Exemple: s'agissant d'époux danois domiciliés en Angleterre au moment du mariage, le droit portugais acceptera le renvoi de la loi danoise à la loi anglaise du domicile puisque cette dernière accepte sa compétence en l'espèce. De même si le droit portugais donne compétence à la loi nationale d'époux anglais, il acceptera le renvoi de la loi anglaise à la loi américaine de la situation des biens immobiliers. Par contre le renvoi ne sera pas accepté si les biens immobiliers sont situés en Italie puisque le droit italien en l'espèce refuse sa compétence.
Le même raisonnement peut être suivi s'il s'agit d'un Italien marié à une Française, le ménage résidant habituellement en Allemagne. Le droit allemand de la résidence habituelle commune renvoie à la loi nationale du mari, le système italien acceptant cette compétence, il sera fait application de la loi interne italienne.
L'article 18 accepte de manière générale le renvoi au premier degré à la loi portugaise. C'est ainsi qu'un couple danois établi au Portugal au moment du mariage sera soumis à la loi interne portugaise par renvoi de la loi nationale danoise à la loi portugaise du domicile.

3 Défaillance du rattachement

a *Si compétence est donnée à la loi nationale des époux ou du mari et que l'Etat ainsi désigné soit un système territorialement plurilégislatif, comment déterminer la loi interne applicable?*

L'article 20, alinéas 1 et 2, du Code civil règle le problème en donnant compétence tout d'abord aux règles interlocales ou au droit international privé du système plurilégislatif. A défaut, il doit être fait application, à titre subsidiaire, de la loi de la résidence habituelle des époux ou du mari selon le cas.

b *Comment déterminer la loi interne applicable lorsque compétence est donnée à la loi de la résidence habituelle commune et que celle-ci est située dans un système interpersonnel?*

Selon l'article 20, alinéa 3, du Code civil: *si la législation compétente constitue un ordre juridique territorialement unitaire et dans lequel sont en vigueur des systèmes différents de règles pour des catégories différentes de personnes, on observera toujours ce qui est établi par cette législation quant aux conflits de systèmes.*
Dans le cas d'un ménage franco-libanais domicilié au Liban, on appliquera la règle de conflit interpersonnelle libanaise si c'est le mari qui est Libanais. Mais que se passe-t-il si le mari n'est pas Libanais? On peut faire jouer le mécanisme du renvoi. Si le mari est Italien, les règles libanaises donnent compétence à la loi nationale italienne, celle-ci acceptant cette compétence, on en fera application. Mais que se passe-t-il si le mari est Français ou Danois et que les lois nationales danoise ou française refusent leur compétence? Le mécanisme du renvoi ne peut jouer et, dans cette hypothèse, le Code ne prévoit pas de solution.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable au régime matrimonial s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

En principe le rattachement semble avoir un caractère unitaire. La loi nationale commune des époux ou la loi

de la résidence habituelle s'applique à l'ensemble des biens des époux. Toutefois, une certaine scission du rattachement peut être admise à l'égard de biens immobiliers provoquée par le jeu du mécanisme du renvoi. S'agissant de deux époux anglais, la règle de conflit portugaise donne compétence à la loi nationale des époux. On appliquera donc la loi anglaise aux biens mobiliers puisque celle-ci accepte sa compétence. Par contre s'agissant d'un immeuble situé au Texas, on tiendra compte du renvoi de la loi anglaise à la loi texanne. Les biens des époux seront donc considérés comme soumis à deux lois différentes.

b *Si la règle de conflit portugaise conduit à l'application d'une loi unique, comment la sanction du principe est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de celle qui est désignée par les règles portugaises?*

Des époux sont soumis à la communauté universelle du droit néerlandais mais à l'étranger, en Angleterre ou en Italie, des biens des époux sont liquidés sur la base d'une séparation. Pourra-t-on rétablir l'équilibre au Portugal par le moyen d'un prélèvement compensatoire?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime des biens à la loi applicable a-t-il un caractère permanent?*

L'article 53 du Code civil se réfère à la loi nationale ou à la résidence habituelle au moment de la célébration du mariage. En principe donc le rattachement à la loi ainsi désignée a un caractère permanent.

b *Cette permanence a-t-elle pour effet de soumettre les époux aux modifications éventuelles du droit interne désigné au moment du mariage?*

Supposons que les époux étaient soumis à la loi roumaine qui organisait un régime de séparation de biens: par la suite la loi roumaine a introduit un système de communauté d'acquêts applicable aux époux mariés antérieurement, admettra-t-on que cette modification influe au Portugal sur le régime des biens des époux et le régime sera-t-il pétrifié dans la teneur qu'il avait au moment du mariage?

c *Si la réponse est affirmative, existe-t-il néanmoins des limites à l'application du droit transitoire étranger?*

Supposons que les époux soumis à la loi roumaine en raison de leur nationalité changent de nationalité et adoptent la nationalité portugaise ou une nationalité tierce, admettra-t-on qu'ils restent néanmoins soumis aux modifications de la loi intervenue après leur changement de nationalité?
Si les époux sont soumis à la loi allemande à raison de leur résidence habituelle commune, admettra-t-on qu'ils soient soumis aux modifications qu'a subi cette loi bien qu'ils aient transféré leur résidence habituelle commune dans un autre Etat?

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi autre que celle qui est prévue par l'article 53 du Code civil?*

En principe, la volonté des époux ne peut semble-t-il influer sur le rattachement. L'article 53 du Code civil soumet impérativement à la loi nationale commune ou à la loi de la résidence habituelle commune tant le régime conventionnel que le régime légal.
Toutefois une importante exception est apportée par l'article 53, alinéa 3 aux termes duquel *si la loi applicable est une loi étrangère et que l'un des deux époux ait sa résidence habituelle en territoire portugais, il pourra être stipulé un des régimes admis par le Code portugais.*

2 *Lorsque le régime conventionnel est impérativement soumis à une loi donnée mais que les époux soumettent leur contrat de mariage à une autre loi, la sanction est-elle la nullité du contrat ou peut-on faire jouer le principe de l'équivalence des résultats?*

Exemple: deux époux italiens domiciliés en France adoptent un régime matrimonial conventionnel du droit français. En l'espèce la soumission au droit italien est impérative. Le contrat de mariage est-il nul, la sanction étant alors la soumission au régime légal de la loi applicable (en l'espèce séparation de biens italienne) ou peut-on atténuer cette sanction par le principe d'équivalence et admettre la validité du régime conventionnel s'il correspond à un régime qu'aurait pu adopter les époux dans le cadre de la loi normalement applicable (par ex. communauté réduite aux acquêts admise par le droit italien) ?

B Influence de la volonté des époux après le mariage

Les époux peuvent-ils, après le mariage, par un accord de volonté modifier le rattachement initial?

Selon l'article 54, alinéa premier, du Code civil *il est permis aux époux de modifier le régime des biens, légal ou conventionnel, s'ils y sont autorisés par la loi compétente aux termes de l'article 52.*
L'article 52 vise non pas le régime des biens mais les rapports entre époux; aux termes de cette disposition, les époux sont soumis à leur loi nationale commune, à défaut à la loi de leur résidence habituelle commune et enfin à défaut à la loi personnelle du mari. Le texte ne précisant pas qu'il s'agit de la loi applicable au moment de la célébration du mariage, il semble que l'on doive tenir compte de la loi nationale ou de la résidence habituelle *actuelle.*
La référence de l'article 54 à l'article 52 semble donc signifier que si des époux soumis à leur loi nationale commune changent de nationalité, ou que des époux soumis à la loi de leur résidence habituelle commune changent de résidence, ils pourront modifier le régime de leurs biens si la loi de la nouvelle nationalité ou de la nouvelle résidence le permet. Un tel système semble avoir pour conséquence que la volonté des époux puisse avoir le pouvoir de modifier dans certains cas le rattachement lui-même. Un ménage germano-portugais est domicilié au Portugal au moment du mariage: aux yeux du droit portugais les époux soumis à l'origine au droit portugais pourront valablement se soumettre au droit allemand et transformer leur régime en conséquence s'ils transfèrent leur résidence habituelle commune en Allemagne. Désormais, et pour l'avenir, ils seront soumis au droit allemand et cela même si par la suite ils reviennent à nouveau s'établir au Portugal.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

A quelle loi est soumise la capacité de conclure un contrat de mariage ou une convention matrimoniale après le mariage?

Il semble qu'il faille faire application distributivement de la loi personnelle de chacun des époux, c'est-à-dire de leur loi nationale.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Il semble qu'il faille faire application en l'espèce de l'article 36 du Code civil aux termes duquel la forme de la déclaration de volonté est régie par la loi applicable à la substance de l'acte. Il est également permis d'observer la loi en vigueur au lieu de rédaction de l'acte mais il y est fait exception si la loi régissant la substance de l'acte exige sous peine de nullité ou d'inefficacité l'observation d'une forme déterminée même si l'acte a été passé à l'étranger. Si donc en vertu de la règle de conflit le contrat de mariage est soumis quant au fond à la loi d'un pays qui exige l'observation des formes solennelles (par exemple un acte notarié), le contrat de mariage sous seing privé rédigé dans un pays tiers qui ignore une telle forme sera nul ou inefficace.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, régulièrement soumis à une loi étrangère en raison de la nationalité du mari, a-t-il effet de plein droit à l'égard des tiers au Portugal ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Il semble que de manière très générale le régime des biens, légal ou conventionnel, résultant des règles de conflit portugaises est opposable aux tiers même si la loi applicable est une loi étrangère. Le Code ne mentionne pas l'obligation de publicité ou d'enregistrement au Portugal du régime légal ou conventionnel soumis à une loi étrangère. La seule disposition spécifiquement protectrice des intérêts des tiers est celle de l'article 54, alinéa 2 qui prévoit en cas de modification du régime des biens conformément à la loi applicable aux rapports entre époux qu'en aucun cas la nouvelle convention matrimoniale n'aura d'effet rétroactif au préjudice des tiers. On peut toutefois se demander si la disposition de l'article 1711 du Code civil prescrivant en droit interne que le contrat de mariage n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistré, s'applique également à un contrat de mariage conclu à l'étranger.

Royaume-Uni

I THE EFFECT OF MARRIAGE ON THE PROPRIETARY RIGHTS OF HUSBAND AND WIFE MARRIED WITHOUT AN ANTENUPTIAL CONTRACT. – THE STATUTORY MARITAL PROPERTY REGIME ('RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL')

A Connecting factors

1 Principles

What law is applicable to the marital property regime or system prescribed by law?

With respect to movables, it is generally held that the proprietary rights of spouses who have not expressly entered into an antenuptial contract are subject to the law of the matrimonial domicile, *i.e.* the law of the husband's domicile at the time of marriage (*Sawer v. Schute* [1792] 1, Anstr. 63; *Re Martin* [1900] p. 211; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* 8th ed. 1968, p. 638; Cheshire, *Private International Law,* 8th ed. 1970, p. 562; Graveson, *The Conflict of Laws,* 6th ed. 1969, p. 376; Morris, *The Conflict of Laws,* 1971, p. 391).

The rule seems to be the same in Scotland (see Anton, *Private International Law, A Treatise from the Standpoint of Scots Law,* 1967, p. 455 ff.).

There is a difference of opinion as to whether the law of the husband's domicile at the time of marriage must be selected or, on the other hand, the law of the intended matrimonial domicile may in certain cases be applied. (See, in particular, Cheshire, *op. cit.,* p. 563, who criticises the South-African case, *Frankel's Estate v. The Master* [1950] 1 S.A. 220 (A.D.); his view is that the law of the intended matrimonial domicile should govern if the parties in fact acquire a fresh domicile within a reasonable time after the marriage).

With respect to immovables, or land, it appears that, in the absence of an antenuptial contract, the *lex situs* should govern. Legal writers cite to this effect the case of *Welch v. Tennent* [1891] A.C. 639 (see Morris, p. 394; Graveson, p. 376; compare *Callwood v. Callwood* [1960] A.C. 659; 1960, 2 All E.R. 1). In Scotland, according to Anton (p. 464), the *Married Women's Property (Scotland) Act* (1920) would govern, with the result that Scots law would apply to immovables which are located there, extended even to the powers of administration of a wife over her separate property located in Scotland.

It should be noted that English cases have held that, even when the husband and wife had not entered into an express marriage contract, they could be deemed to have been married under an implied marriage contract if the law of the matrimonial domicile (as is the case in French law) established detailed rules governing reciprocal property rights during the marriage and, in particular, instituted a 'régime' of community property. In this case the rules of law of the matrimonial domicile, which are viewed as having been adopted by implied contract, govern all movables (*de Nicols v. Curlier* [1900] A.C. 21), as well as immovables situated in England (*Re de Nicols* [1900] 2 Ch. 410).

The suggestion has recently been advanced that analysis of the English system should lead to the result that the spouses are inevitably subject to a marriage contract, whether it be express, implied or presumed (G. D. Goldberg, *The Assignment of Property on Marriage,* 19 I.C.L.Q. (1970) 557). Anton has some kinship with this point of view, in that he draws a distinction based on whether or not an immutable matrimonial 'régime' has been established at the time of marriage (p. 447). In the case in which an immutable matrimonial 'régime' has been so created, he makes no substantial distinction between the case in which the 'régime' resulted from an express contract and that in which it resulted from a contract implied 'by operation of the law'.

Reply

Neither the law of England and Wales nor that of Scotland at present establishes in terms a statutory matrimonial property regime. Nor are there in English law any statutory rules expressly providing what choice of law rules are applicable to marital property regimes. In Scots law the Married Women's Property (Scotland) Acts 1881 *and* 1920, *which abolished the customary rights of a husband in his wife's estate, is confined, in the case of movables, to situations where the husband*

had at the time of the marriage his domicile in Scotland. It is generally accepted, however, in the common laws both of England and Wales and of Scotland that the effect of marriage on the movable property of spouses depends, in the absence of a marriage contract, on the law of the 'matrimonial domicile'. This 'matrimonial domicile' has usually been taken to be the husband's domicile at the time of the marriage which, until the Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 *came into effect, became on marriage the domicile of the wife. The* 1973 Act *requires a wife's domicile to be ascertained independently. It remains to be seen what effect the* 1973 Act *will have upon the law. Prior to it there was some support for the view that, where the circumstances warranted the inference of a mutual intention that the law of a country other than the domicile of the husband should apply, effect would be given to the parties' intentions (*Re Egerton's Will Trusts, *(1956) Ch. 593;* Corbet v. Waddell *(1879) 7 R. 200 at p. 208).*
In relation to immovable property there is an absence of direct authority in England, though it is generally accepted that the lex situs *governs. In Scotland, section 1 of the* Married Woman's Property (Scotland) Act 1920, *which provides that a married woman is to have the same powers of disposal of her estates as if she were unmarried, is expressly declared to extend, not only to the case where the husband is domiciled in Scotland, but, notwithstanding that he is domiciled elsewhere, to the heritable (or immovable) property in Scotland of his wife (section 7). There is judicial authority for the further proposition that, in the absence of an express marriage contract, the rights conferred by marriage on a wife's immovable property abroad are governed by the* lex situs: Welch v. Tennent *(1891) 18 R (H.L.) 72, (1891) A.C. 639;* Black v. Black's Trustees *1950 S.L.T. (Notes) 32.*

2 Correction through renvoi

May the applicability of the law of the matrimonial domicile or the lex situs, respectively, be altered through use of the technique of renvoi?

With regard to immovables situated abroad, Dicey and Morris are of the opinion that an English court, if called upon to determine the effect of a marriage on the mutual rights of husband and wife to such immovables, should attempt do decide the matter as the foreign court would decide it, following the conflict of laws rules of the *lex situs* (p. 525). Taking an example (p. 528, No 11), they take the view that if H, domiciled in England, marries W, domiciled in France, with no marriage settlement, and H after his marriage purchases French land, the rights (if any) of W in respect of the land purchased by H will be, according to the law of France, governed by the domestic law of England. On the death of H, W will have no right to 'community' in the French land.
A question can be raised as to the extent to which the technique of renvoi, as it occurs in the English conflict of laws (the 'foreign court theory'), can be utilised with regard to movables (in their treatments of the subjects of property rights of husband and wife and renvoi, respectively, the legal writers consulted did not reach this question).
If a court in England or Scotland has to rule on the statutory marital property regime of a Frenchman who was domiciled in Italy at the time of his marriage with an Italian woman, should the court apply the internal law of Italy (regime of separate property) as the matrimonial domicile, or should it apply French law (community of acquisitions) as the national law of the husband, to which an Italian judge would make reference?

Reply

Immovables. With regard to immovables situated abroad, there is no doubt that the doctrine of renvoi will be applied so that an English court will seek to decide the matter as the foreign court would decide it. The lex situs *would itself decide whether reference should be made to the domestic law or the private international law of the law referred to. No authority is directly in point, but* Re Ross *(1930) 1 Ch. 277 supports the proposition. The position is believed to be the same in Scots law.*
Movables. There is less certainty as to the position with regard to movables, but as the doctrine has been applied when reference has been made to the lex domicilii, *it is thought to be applicable in this situation as well.*
The question is asked as to the English court's approach to a problem where a Frenchman was domiciled in Italy at the time of his marriage to an Italian woman. Should the court apply the internal law of Italy (regime of separate property) as the law of the matrimonial domicile, or should it apply French law (community of acquisitions) as the national law of the husband, to which an Italian judge would make reference? It is thought that the English court would apply French law, at least in relation to movables. It would look to the law of the situs, *including its rules of private international law, for the appropriate rule in relation to immovables.*

3 Lack of a connecting factor

How is the applicable internal law determined, when the matrimonial domicile is located in a State having a system of personal law?

Let us suppose that French or English spouses were domiciled in Lebanon at the time of marriage. There was no unified Lebanese law which was directly applicable to their respective proprietary rights. Will the technique of renvoi be employed, under which the marital property rights of the spouses will be subject to the national law of the husband, by virtue of the Lebanese conflict of laws rule? Will there rather be an attempt to subject such rights directly to the English or French law, by virtue of an extended concept of 'domicile of origin'? Will there be another solution?

Reply

It is thought that the 'total renvoi' doctrine would be employed. If spouses of United Kingdom citizenship were domiciled in the Lebanon at the time of their marriage, it would be for Lebanese law to determine what further reference should be made to other systems of law, including systems of personal law, to determine the effects of marriage on the parties' movable property.

B Character of the connecting factor

1 Unity or scission

a *Does the British system of conflict of laws follow the principle of unity of law applicable to proprietary rights of husband and wife or is a distinction made according to the nature of the property of the spouses and according to its location?*

It appears that the traditional distinction between movables and immovables is employed: movables are subject to the law of the matrimonial domicile, while immo-

vables (*Welch v. Tennent* cited above; *Callwood v. Callwood* [1960] A.C. 659) are subject to the law of the place where they are located (including the conflict of laws rules of the *lex situs,* in the case of immovables situated abroad).
However, in the absence of an express marriage contract, the case being one in which the spouses are considered to have been married under an implied contract, it is settled that the law of the matrimonial domicile governs not only movables but likewise the real property located in Great Britain (*Re de Nicols* [1900] 2 Ch. 410).
It is clearly settled that: 'The domiciliary law applies to moveable estate whatever its situation' (Anton *op. cit.,* p. 460; *Lord Meadowbank, obiter* in *Royal Bank of Scotland v. Assignees of Scott, Smith, Stein & Co,* January 20, 1813, F.C.; Lord Eldon in *Selkrig v. Davies* [1814] 2 Dow 230).

Reply

English and Scots law distinguish between movables, which are governed by the lex domicilii, *and immovables which are governed by the* lex situs. *The location of movables is not relevant, but the location of immovables is.*

b *In so far as the principle of unity is accepted, how is it enforced when certain property of the spouses is in fact liquidated abroad in accordance with a law different from that which is designated by the conflict of laws rules of the United Kingdom?*

A Swedish man domiciled in England marries an English woman there. The spouses are then viewed as owning each their own separate property by virtue of the law of England, the marital domicile. Following the death of the husband or a divorce, movables located in Sweden are awarded in accordance with the law of Sweden, as the country of which the husband is a national, *i.e.,* on the basis of a marital community. Property which would be considered as being the husband's separate property under English law is awarded to the wife as community property. How can the balance be restored in England for the benefit of the husband and his heirs?

Reply

No problem would arise on divorce in view of the wide discretionary powers of the United Kingdom courts to adjust the property rights of spouses following divorce: Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, *sections 2–8;* Succession (Scotland) Act 1964, *section 26. In relation to death, there is authority only in cases of testate succession. There the courts of England and Wales and of Scotland are prepared to put a legatee to his election between the provisions of the will and legal rights inconsistent with those provisions. The applicable law in matters of election is the law of the testator's domicile at the date of his death (*Dicey and Morris on the Conflict of Laws *(9th ed., 1973), p. 610; Anton,* Private International Law *(1967), p. 528).*

2 Permanence or mutability of the connecting factor

a *Does selection of the law of the matrimonial domicile as the law applicable to the statutory marital property regime or other system prescribed by law have a permanent character, or does the selection vary with changes in that domicile?*

The question of whether the reference to the law of the first matrimonial domicile with regard to movables is permanent, seems to be a subject of controversy in British law. Dicey and Morris write as follows (Rule 112, p. 640): *Where there is no marriage contract or settlement, and where there is a subsequent change of domicile, the rights of husband and wife to each other's movables both* inter vivos *and in respect of succession, are governed by the law of the new domicile, except in so far as vested rights have been acquired under the law of the former domicile* (to the same effect, see Graveson, *op. cit.,* p. 377). Morris (p. 393) thinks that the question is presently open in English law. Cheshire (p. 567) expresses a preference for the principle of permanence of the first marital domicile as the connecting factor.
Authors favourable to mutability of the connecting factor find support in *Lashley v. Hog* (1804) 4 Paton 581. But Goldberg (*op. cit.,* 19 I.C.L.Q. [1970] 580) is of the opinion, with Cheshire (pp. 566–567) that the matter does not involve questions with regard to marital property rights, but only questions of succession.
English court decisions (*de Nicols v. Curlier* [1900] A.C. 21; *Re Parson* [1926] 1 D.L.R. 1160; *Beaudoin v. Trudel* [1937] 1 D.L.R. 216) have accepted the proposition that the law which is applicable at the time of the marriage continues to have its effects, in spite of the change in the spouses' domicile. But the writers point out that in these cases the justices reasoned on the basis of an implied contract, which explains the permanence of the connecting factor (see Goldberg, *op. cit. loc. cit.,* p. 578, for whom in the absence of an express contract there always exists an implied contract, a conclusion which leads him to posit a general principle of permanence of the connecting factor).
Anton (p. 458), who draws a distinction according to whether an *immutable regime* has or has not been established by express contract or *by operation of the law,* takes the view in the latter case that *questions of property between spouses are determined by the law of the husband's current domicile, whether or not that was his domicile at the time of the marriage.* He concludes that this principle has received implicit statutory recognition in Scotland, stating as follows: *The Married Women's Property (Scotland) Act 1920 after excluding from its operation provisions in antenuptial contracts of marriage, declares that the Act shall apply* where the husband is domiciled in Scotland. *It does not refer to any possible qualifications to this rule in view of antecedent domiciles.* (See Anton, p. 459; also *Kennedy v. Bell* [1864] 2 M. 587.)

Reply

The answer to this question depends upon the nature of the regime established on marriage. A contrast was drawn in De Nicols v. Curlier *(1900) A.C. 21 between the situation under Scots law where on marriage a wife, in the absence of a marriage contract, acquired merely* hope of a certain distribution upon the husband's death, *in which case the rights of the parties varied with changes in the domicile of the husband, and that under French law where in the absence of a marriage contract the wife acquired by force of law* not only an implied but an actual binding partnership relation fixed by law on the persons of the spouses, the binding nature of which . . . no act of either of the parties contracting marriage can effect or qualify *(per Lord Halsbury at p. 29). The effect is that it is left to the law of the original matrimonial domicile to determine whether a property regime was established on marriage, whether or not that regime is immutable, and whether property subsequently received is included:* Re Mengel's Will Trusts *(1962) Ch. 791.*

b *If the law applicable to the proprietary rights of the spouses undergoes a change in its domestic provisions*

and the new provisions are declared applicable to spouses who were previously married, will this change affect the respective proprietary rights of the spouses in the United Kingdom?

It is a known fact that a great number of legal systems have modified their rules of domestic law which are concerned with the proprietary rights of husbands and wives. Thus, the Union of Soviet Socialist Republics and the popular democracies have transformed their regimes of separate property into communities of acquisitions, the Federal Republic of Germany has transformed its community of administration ('Verwaltungsgemeinschaft') into a regime of separate property, then again transforming this regime into a deferred community of gains ('Zugewinngemeinschaft'), and recently Israel has changed the traditional Hebrew law and created a regime of community of acquisitions.

If the courts of Great Britain must inquire into the pecuniary relations between spouses who are subject to one of those legal systems, will the rules which were in force at the time of the marriage be applied, or will the modifications imposed by the foreign law be taken into account?

In particular, what is the situation when the husband and wife have changed their matrimonial domicile before the modification of the law which was applicable to their respective rights at the time of the marriage?

Spouses who were originally subject to a regime of separate property under Rumanian law or to a regime of community of administration under German law have transferred their domicile into another country, such as France or England, before the effective date of the new Rumanian or German law. If the principle of mutability is followed, in accordance with the views of Dicey and Morris, they will be subject to the law of the new domicile, and the new Rumanian laws will have to be taken into account only in so far as property acquired before the change of domicile is involved. But what is the effect on that property? Will the rights of the spouses with respect to it, which are subject to the law of the prior domicile, be affected by the change in its law?

If the principle of permanence of the connecting factor is followed, for example, under a theory of implied contract, will the applicable foreign law be deemed to have been frozen in the state that it was in at the time when the spouses changed domicile, or will effect be given to the intervening changes which have occurred in that law?

It will be noted that Dicey and Morris based their argument in favour of the system of mutability, in particular, on the disadvantages of subjecting refugees to the governance of the new laws put into effect by the countries from which they have fled (p. 641).

Reply

As long as the rights of the spouses are subject to a particular law an English or Scottish court would, it is thought, apply that law as it exists from time to time and so give effect to any changes in the particular law.

II INFLUENCE OF INTENT ON THE CONNECTING FACTOR. – THE MARRIAGE CONTRACT

A Influence of the intent of the spouses at the time of marriage

1 *Can the spouses by entering into an antenuptial contract subject their marital property regime to a law other than that which is considered to be applicable under the English conflict rules in the absence of a contract,* i.e. *a law other than the law of the matrimonial domicile with regard to movables and the* lex situs *with regard to real estate?*

It seems to be quite generally accepted in the British system that the husband and wife enjoy a certain measure of freedom in this respect. Dicey and Morris (Rule 110, p. 629) state the rule as follows: *where there is a marriage contract or settlement, the terms of the contract or settlement govern the rights of husband and wife in respect of all movables within its terms which are then possessed or are afterwards acquired.* (See equally Cheshire, p. 570.)

The law applicable to the marriage contract is the 'proper law' of the contract, which is, in the absence of reason to the contrary, the law of the matrimonial domicile. But the husband and wife may expressly or by implication subject their marriage settlement to a law other than that of the matrimonial domicile (Dicey and Morris, Rule 110, sub-rule 2, p. 635; Morris, p. 393; Graveson, p. 374, for emphasis on the free will of the parties see *Re Hernando* [1884] 27 Ch. D. 284; for Scotland see: Anton, p. 451; *Earl of Stair v. Head* [1844] 6 D. 904; *Montgomery v. Zarifi* [1918] S.C. (H.L.) 128).

Reply

English and Scots law both give the parties considerable autonomy, and their contract or settlement will govern their movable property then possessed or subsequently acquired and, so far as the lex situs *permits, immovable property. This autonomy enables them to select the legal system governing the marriage contract, its 'proper law'. If there is an express choice of law in the marriage contract it will be upheld and it is not known whether the English or Scottish courts would refuse to give effect to an express choice of law on the ground that the selected law had no genuine connection with the parties or the transaction.*

*If there is no express choice of law in the marriage contract, the proper law will normally be held to be the law of the matrimonial domicile, but the facts of the particular case may show an implied agreement that the proper law is to be some other law, for instance where the settled property belonged to the wife or her family and her domicile before the marriage was different from that of the husband (*Van Grutten v. Digby *(1862) 31 Beav. 561).*

Furthermore, the parties are normally regarded as having intended that the law governing their relationship shall be that law as it exists from time to time (Re Helbert Wagg *(1956) Ch. 323, 341). So, if during the existence of the contract (*i.e., *during the marriage) the law undergoes a change, this will bind the parties.*

2 *Can an antenuptial contract which is subject to a foreign law effect movables situated in the United Kingdom?*

It is generally accepted that the marriage settlement which is subject to a foreign law can have effects with regard to movables situated within the United Kingdom if the 'proper law' of the contract so allows (for example, French law) (Morris, p. 394; Graveson, p. 376; *Re de Nicols* [1900] 2 Ch. 410, applying, under a theory of implied contract, French law to immovables situated in England; for Scotland, see Anton p. 461).

Reply

It is clear from De Nicols v. Curlier *(1900) A.C. 21 that an antenuptial contract subject to a foreign law can affect movables situated in England or Scotland.* Re De

Nicols (No 2) *(1900) 2 Ch. 410 makes it clear that this applies to immovables as well.*

B Influence of the intent of the spouses during the marriage

Do the spouses enjoy the possibility of changing the law applicable to the marital property regime during the course of the marriage?

A husband and wife who are subject to the law of their English matrimonial domicile decide on grounds of expediency to enter into a marital property agreement which is subjected to another law. Will the effects of this contract be recognised in England?
Spouses whose marriage property regime is subject to Dutch law, as the law of their first matrimonial domicile, subsequently move to Germany and enter into a marital property agreement which is subject to German law under the option offered by the second paragraph of article 15 of the EGBGB. Will the effects of this marital property agreement be recognised in England, even though Dutch law appears to preclude such a result?
The system of mutability would lead to recognition of the contract which is based on the law of the new domicile.

Reply

The question whether or not spouses who have entered into an express marriage contract may subsequently vary the law governing it is thought to depend upon the original governing law. There is no authority, either in England or in Scotland, relating to the ability of the spouses to alter the proper law of an antenuptial contract of marriage. It is thought, however, that this question may depend upon the revocability of the contract. On this point there may be a distinction between the intrinsic revocability of the deed and the capacity of the parties to revoke it, the former question being referred to the proper law of the contract and the latter to the law of the parties' domiciles (see Part Two, III, A.1, below). Where no express contract has been entered into before marriage, the question whether the spouses may vary the applicable law is thought to depend upon whether or not a former marital property regime has been established on marriage and whether, under the law establishing it, the regime is regarded as being immutable. If an immutable regime has been established, it is thought that the law applicable to it determines whether and to what extent it may be varied. Thus, if Dutch law precludes the contracting out of its system of community by post-nuptial contract, it is thought that – subject to any relevant rules of public policy – this bar would be accepted by English and Scottish courts even where the parties subsequently move to Germany and enter into an agreement valid under German law.
Where no immutable regime has been established the law of the parties' current 'matrimonial domicile' would be applied.

C Particular problems of marriage contracts

1 Capacity to enter into a marriage contract

What law is applicable to the capacity to enter into a marriage contract?

It seems that this is a disputed question in English law. The court cases appear to indicate a preference for the law of the domicile of each spouse at the time of marriage, *i.e.*, the personal law of each spouse (*Re Cooke's Trusts* [1887] 56 L.T. 737; *Viditz v. O'Hagan* [1900] 2 Ch. 87 (C.A.); and, for Scotland, *Cooper v. Cooper* [1888] 13 App. Cas. 88).
This system is accepted by Graveson (p. 372), at least in so far as movables are involved, by Goldberg (*op. cit. loc. cit.*, p. 569) and, in Scotland, by Anton (p. 448 ff.). The 'proper law of the contract' seems, on the other hand, to be preferred and recommended by Dicey and Morris (p. 632), Morris (p. 399) and Cheshire (pp. 571–572).

Reply

The weight of judicial authority at present favours the application of the law of the domicile of each spouse at the time of the marriage: Re Cooke's Trusts *(1887) 56 L.T. 737;* Viditz v. O'Hagan *(1900) 2 Ch. 87 and, for Scotland,* Cooper v. Cooper's Trustees *(1888) 15 R. (H.L.) 21. Textbook writers, on the other hand, favour the application of the proper law of the contract, at least if ascertained objectively (*Dicey and Morris, *9th ed., p. 632; Morris,* The Conflict of Laws *(1971), p. 399; and Cheshire,* Private International Law *(8th ed., 1970, ed. Cheshire and North), pp. 571–572).*

2 Form of the marriage contract

What law is applicable to the form of the marriage contract?

It seems to be generally accepted that it is possible to choose for the form of the marriage contract either the law of the place where it is drawn up (*Guépratte v. Young* [1851] 4 De G. and Sm. 217; in Scotland, see *Countess of Seafield v. Earl of Seafield,* February 8, 1814 F.C.), or the 'proper law of the contract' (*van Grutten v. Digby* (1862) 31 Beav. 561; *Viditz v. O'Hagan* [1899] 2 Ch. 569; *Re Bankes* [1902] 2 Ch. 333). The English authors favour both possibilities (Morris, p. 397; Graveson, p. 372; Dicey and Morris, p. 632); for Scotland, Anton (p. 448) is of the same opinion, although no clear authority exists supporting the application of the 'proper law'.

Reply

In English law a marriage contract will be held formally valid if it complies with either the lex loci contractus *or its proper law (see* Guépratte v. Young *(1851) 4 De G. and Sm. 217, concerning a mercantile contract and* Van Grutten v. Digby *(1862) 31 Beav. 561, respectively). Essential validity is governed by the proper law (*Re Bankes *(1902) 2 Ch. 333). The law of Scotland is to the same effect.*

III EFFECTS OF THE MARITAL PROPERTY REGIME WITH RESPECT TO THIRD PERSONS

Is a marital property regime which is subject under the rules to a foreign law, whether it has its source in a marriage contract or not, automatically effective against third persons; or must certain formalities be complied with in order to achieve this effect?

The proprietary rights of a husband and wife are subject to Dutch law, which provides for a regime of universal community property. The husband has a bank account in England. On the death of the husband, personal creditors of the husband and personal creditors of the wife garnish the bank account. Will the personal creditors of the wife establish their rights as against the husband's creditors when, according to the applicable Dutch law, the wife has a community property interest in the English bank account?

Reply

In English law a marital property regime which was subject under the rules to a foreign law would be effective against third persons, subject only to compliance with any formalities referable to the nature and situs *of the assets themselves. On the dissolution of the regime by the death of one of the spouses, it would be necessary to comply with formalities in force by English law in order to obtain the right to administer assets situated in England.*
In Scots law a marital property regime, including one established under a foreign system of law, is regarded as being automatically effective in relation to third parties subject, in the case of immovable property in Scotland, to the registration of the trustees' title to it. On the dissolution of the community, the right to administer its assets would be regarded (subject to possible qualification in the case of immovables) as a matter for the law governing the regime. If, however, the assets were in fact held not in the names of trustees but in the name of one of the spouses, and the community was dissolved by reason of the death of that spouse, it would be necessary for the surviving spouse to claim those assets from the deceased's executors, who themselves would have to obtain the judicial confirmation of their right to administer the deceased's estate.

Suède

Remarques préliminaires du Gouvernement suédois:

Il est répondu ainsi qu'il suit aux questions relatives au droit international privé suédois en matière d'effets juridiques du mariage sur le plan économique. Cependant, plusieurs de ces questions ne peuvent faire l'objet d'une réponse catégorique. En admettant que les problèmes mentionnés par le questionnaire se soient posés pour l'application de la loi en Suède, ils semblent avoir été résolus par voie d'accords amiables intervenus entre les parties concernées. La jurisprudence ne fait apparaître qu'un petit nombre de conflits de la nature dont il s'agit.
Il convient de mentionner que le Rapport sur le droit international du mariage et des successions *déposé en 1969 par le Comité suédois du droit de la famille (Enquêtes publiques de l'Etat suédois 1969:60) énonce une proposition de loi sur les effets juridiques du mariage, laquelle n'a pas encore fait l'objet d'un examen au sein du Ministère de la Justice et dont il est prévu qu'elle sera examinée lorsque les experts du droit de la famille, qui y travaillent actuellement, auront proposé de nouvelles dispositions législatives en cette matière pour le droit interne suédois, ce qui ne se produira probablement pas avant 1975. Voici brièvement en quoi consiste la proposition de loi dudit Comité en ce qui concerne les relations juridiques entre époux.*
Cette proposition apporte des innovations radicales au droit actuellement en vigueur.
Elle détermine la loi régissant le régime matrimonial dès la célébration du mariage. Au départ, le Comité propose le maintien du principe de la nationalité si, lors de leur mariage, les époux sont citoyens d'un seul et même Etat. Par contre, s'ils sont de nationalités différentes, il propose que leur régime matrimonial soit réputé régi par la loi de l'Etat dans lequel ils sont domiciliés lors de la célébration de leur mariage. Il propose également que le régime matrimonial des époux qui, lors de cette célébration, établissent leur domicile dans un Etat nordique, soit, indépendamment de leur nationalité, régi par la loi de cet Etat. Lorsque, selon ce qui précède, la loi d'un Etat étranger régira ce régime matrimonial, il est proposé que si elle renvoie à une autre loi nationale, c'est cette dernière qui s'appliquera. De plus, les époux devront pouvoir, par contrat de mariage, convenir de l'application de la loi de l'Etat avec lequel il existe un élément de rattachement, en raison de la nationalité ou du domicile de l'un ou de l'autre des époux.
Selon l'avis de ce Comité, une modification du régime matrimonial devrait être possible au cours du mariage. Pour ce qui est des époux dont le régime est régi par la loi d'un Etat extra-nordique, il propose que si, ayant établi leur domicile en Suède, ils acquièrent la nationalité suédoise, leur régime matrimonial soit par la suite régi par la loi suédoise. Par contre, en cas de changement de domicile à l'intérieur de la Zone nordique même s'il y a un changement de statut, il propose l'application du principe du domicile lorsque le régime matrimonial sera régi par une loi nordique. Par ailleurs, il propose que, si les époux établissent leur domicile dans un Etat autre que celui dont la loi régit leur régime matrimonial et en acquièrent la nationalité, il soit jugé de leur changement de statut conformément aux conceptions en vigueur dans leur nouvelle patrie. Les époux devront pouvoir, par contrat de mariage, convenir d'un changement de leur statut dans des cas autres que ceux précédemment mentionnés ou décider qu'un tel changement ne pourra avoir lieu dans les cas où la réglementation proposée en entraînerait un.
En ce qui concerne les formes du contrat de mariage et la capacité d'en conclure un, le Comité s'inspire de l'idée qu'il convient, dans la mesure du possible, de reconnaître la validité des actes juridiques passés conformément aux dispositions d'une loi avec laquelle les parties avaient alors un élément de rattachement; aussi accepte-t-il, en ces matières, l'application de diverses lois. Par ailleurs, pour ce qui est du régime matrimonial des époux, le Comité propose l'application de la loi suédoise même si ce régime est régi par la loi étrangère. Notamment, les tiers devront pouvoir invoquer la loi suédoise en ce qui concerne la validité d'un acte juridique émanant de l'un des époux ou la responsabilité de ses dettes, lorsque ledit époux présente un élément de rattachement étroit à la Suède. Par contre, l'enregistrement de l'applicabilité d'une loi étrangère n'est pas exigé pour pouvoir être invoquée par un tiers. Le Comité ayant également traité le droit international des successions, il convient de signaler qu'il a proposé que l'époux survivant puisse faire apprécier ses droits successoraux en application de la loi régissant le régime matrimonial des époux.

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon l'article premier, No 2, de la loi du premier juin 1912 réglant certaines questions de droit international sur les effets juridiques du mariage, en l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. (Cette loi reprend en substance les règles de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905).

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi nationale du mari peut-il être modifié par le mécanisme du renvoi?

Il semble que le droit positif suédois rejette la doctrine du renvoi (Cour suprême, chambres réunies 1939, *Nytt Juridiskt Arkiv*, p. 96; v. H. Eek, *The Swedish Conflict of Laws* 1965, p. 176).

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

3 Défaillance du rattachement

La règle suédoise prescrivant d'une part l'application de la loi nationale du mari et d'autre part rejetant le renvoi, comment sont déterminées les dispositions internes applicables lorsque la loi nationale du mari est celle d'un système juridique complexe territorialement plurilégislatif (Etats-Unis, Canada, Brésil)?

La loi du 8 juillet 1904 sur le mariage, la tutelle et l'adoption prescrit dans son chapitre 7, dispositions spéciales, article premier, que *dans le cas où conformément aux dispositions ci-dessus il doit être fait application de la loi d'un Etat étranger, si des lois différentes régissent diverses régions de cet Etat, la question de savoir laquelle de ces lois sera applicable devra être jugée d'après ce qui est prescrit à ce sujet dans ledit Etat.*
A défaut de ces prescriptions, celui qui est domicilié dans son pays est soumis à la loi de son domicile. Celui qui n'est pas domicilié dans son pays est soumis à la loi de son dernier domicile dans son pays et, s'il n'y a jamais été domicilié, à la loi de la capitale. (traduction française dans Makarov, *Recueil de textes concernant le droit international privé*, Vo Suède).
On se demande si ce système peut être étendu à la recherche de la loi interne applicable au régime matrimonial dans le cadre de la loi du premier juin 1912. Dans la négative quelle est la solution?

Réponse

Aucune décision jurisprudentielle ne permet de répondre à cette question, mais il y a lieu de supposer qu'en cas de conflit découlant d'une pluralité de systèmes législatifs, l'application de la Loi de 1912 se fonderait sur les principes énoncés par la Loi de 1904, dont la disposition citée présente depuis le 1er janvier 1974 la nouvelle teneur suivante:
S'il doit être fait application de la loi d'un Etat étranger en raison de ce qu'une personne en possède la nationalité et si, dans cet Etat, il existe plusieurs systèmes de lois en vigueur, celui applicable sera déterminé conformément à ce qui est prescrit à ce sujet dans ledit Etat. A défaut de telles prescriptions, il sera fait application du système de lois auquel cette personne se rattache le plus directement.
Il est prévu que les nouvelles dispositions de droit international privé relatives aux effets juridiques du mariage et destinées à remplacer la loi de 1912 seront insérées dans la loi régissant la célébration et la dissolution du mariage. La règle citée plus haut s'appliquera donc également aux dispositions régissant les effets juridiques du mariage.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi nationale du mari s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Le texte précité de l'article premier, No 2, de la loi du premier juin 1912 vise les biens des époux «tant immeubles que meubles». Le système de l'unité est donc suivi en Suède.

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

b *Comment le principe de l'unité est-il sanctionné lorsque certains biens des époux sont en fait liquidés à l'étranger d'après une loi différente de celle qui est désignée par la règle de conflit suédoise?*

Un Suédois épouse en Angleterre une Anglaise et les époux y sont considérés comme séparés de biens en vertu de la loi du domicile du mari. Par la suite on doit liquider en Suède le régime matrimonial conformément à la loi suédoise du mari, c'est-à-dire sur la base de la société conjugale. Mais en Angleterre des biens considérés comme communs sont liquidés sur la base de la séparation. Comment pourra-t-on en Suède rétablir l'équilibre?

Réponse

La loi ne règle pas de façon générale le problème qui se pose lorsqu'une liquidation concomitante du régime matrimonial s'opère ou est susceptible de s'opérer à l'étranger. L'article 9 du chapitre II de la Loi du 5 mars 1937 sur les situations juridiques internationales en matière de successions précise qu'en cas de liquidation du régime matrimonial, de liquidation ou de partage successoral effectué en Suède il devra être tenu compte de ce qui, dans une opération correspondante effectuée à l'étranger, aura été attribué aux créanciers, à l'époux survivant, aux héritiers et aux légataires.
La proposition de loi mentionnée plus haut touchant les effets juridiques du mariage sur le plan économique n'énonce non plus aucune disposition concernant la liquidation du régime matrimonial. Le Comité a jugé qu'une réglementation complète à cet égard mènerait trop loin. Selon lui, une liquidation intervenant en Suède devrait en principe tenir également compte des avoirs situés à l'étranger même si, dans la liquidation, il faut prendre en considération ce qui est pratiquement réalisable. Si, alors qu'une liquidation a eu lieu à l'étranger, il doit s'en opérer une autre en Suède, il convient selon le Comité, que le conjoint n'ayant pas obtenu dans la première ce qui aurait dû lui revenir en application des règles suédoises de choix de la loi obtienne une compensation dans le cadre de la liquidation qui doit s'opérer en Suède.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime matrimonial légal à la loi nationale du mari a-t-il un caractère permanent ou varie-t-il en fonction de cette loi nationale?*

Sur ce point la loi du premier juin 1912, article premier, No 2, 2e phrase, contient une disposition expresse: *le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens.*

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

b *Si la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles soient déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Suède le régime matrimonial des époux?*

Sur ce point le droit positif suédois semble assez clair: un arrêt de la Cour suprême du 19 mars 1968, *Koerfer c. Koerfer N.J.A.* 1968, p. 126 a trait à la matière: deux époux de nationalité allemande contractèrent mariage en Allemagne en 1926 puis émigrèrent en Suède en 1939 et acquirent la nationalité suédoise en 1950. En 1963, ils divorcent et se pose la question de leur régime matrimonial. Les époux étaient bien soumis à la loi allemande. En 1926, le Code civil allemand instaurait la communauté d'administration. Mais à la suite de la loi d'égalité du premier juillet 1958, le Code civil allemand a introduit la communauté différée des augments, applicable aux époux mariés antérieurement. La question posée à la Cour était de savoir s'il convenait d'appliquer le régime allemand dans sa teneur ancienne ou si l'on devait tenir compte de la communauté différée des augments bien que les époux aient perdu la nationalité allemande avant l'introduction de la loi allemande modificatrice. C'est cette dernière solution qui a été adoptée (v. également sur cet arrêt la note H. Eek, *Clunet* 1971, p. 664 et s.).
On s'interroge sur le point de savoir si la solution donnée par la Cour reste valable même dans le cas où les époux ayant fui leur pays d'origine acquièrent en Suède la qualité de réfugiés: des époux roumains ou hongrois réfugiés en Suède avant la transformation du régime légal de séparation roumain ou hongrois en communauté d'acquêts par le Code de la famille socialiste sont-ils soumis aux règles nouvelles bien qu'ils aient acquis la qualité de réfugiés en Suède ou dans un pays tiers?

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet du compte-rendu NJA *1968 p. 126. Il existe quelques cas de jurisprudence concernant des réfugiés, par exemple* NJA *1949 p. 82 au sujet d'époux esthoniens qui, dans cette affaire, ont été assimilés à des apatrides, le Tribunal ayant constaté qu'ils étaient arrivés en Suède en tant que réfugiés politiques, qu'ils n'avaient pas bénéficié de la protection de leur pays d'origine, qu'ils n'avaient pas l'intention de retourner en Union Soviétique et que, dans ce cas, la loi suédoise leur était applicable.*
Cette affaire ne nous renseigne pas sur la manière dont seraient jugées des affaires dans lesquelles les époux ne seraient pas des réfugiés politiques et ne se trouveraient pas à l'égard de l'Etat étranger dans une situation aussi nettement conflictuelle que c'était le cas pour les époux esthoniens.
Le Comité du droit de la famille a porté son attention sur ce problème. Sa proposition de loi prévoit la possibilité d'un changement de statut (cf. introduction).

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue par la règle de conflit suédoise, c'est-à-dire la loi nationale du mari?*

La loi du premier juin 1912, article premier No 5, dispose que *la validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage ... la même loi décide si, et dans quelle mesure, les époux ont la liberté de se référer à une autre loi; lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage.*
Il résulte de cette règle que si le mari est Italien le contrat de mariage ne peut être soumis à une loi autre que la loi italienne puisque le droit italien n'admet pas l'autonomie de la volonté.
Par contre si le mari est Français, le contrat pourra être soumis à une autre loi que la loi française puisque le droit français admet en la matière l'autonomie de la volonté.

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

2 *Lorsque le rattachement a un caractère impératif, un contrat de mariage soumis à une loi autre que la loi nationale du mari est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Un Italien se marie en France avec une Française et adopte le régime de communauté d'acquêts du droit français. Le contrat de mariage est-il totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront soumis au régime légal italien, c'est-à-dire la séparation de biens, ou bien peut-on tenir compte du fait que la loi interne italienne connaît également un régime conventionnel de communauté d'acquêts?

Réponse

Il n'existe aucune décision jurisprudentielle susceptible d'éclairer ce problème.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

La loi du premier juin 1912, article premier, No 4 déclare que la loi nationale des époux décide s'ils peuvent au cours du mariage soit faire un contrat de mariage, soit réaliser ou modifier leur convention matrimoniale. Par ailleurs le No 5 *in fine* prévoit que *la validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis ... s'il a été conclu au cours du mariage par la loi nationale des époux au moment du contrat.*
Ces règles semblent signifier que si les époux changent de nationalité, ils pourront se soumettre à la loi de leur nouvelle nationalité si celle-ci le permet.
Par contre, il ne semble pas qu'aux yeux du droit suédois le changement de domicile des époux leur permette de se soumettre à la loi de leur nouveau domicile même si cette loi le permet.

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Selon la loi du premier juin 1912, article premier, No 3, *la capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale au moment de la célébration du mariage.*

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Selon la loi du premier juin 1912, article premier, No 6, *le contrat de mariage est valable quant à la forme s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore, s'il a été conclu au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux.* Lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux, exige comme condition de validité que le contrat, même s'il est conclu en pays étranger ait une forme déterminée, ses dispositions doivent être observées.
Il résulte de cette règle que si la loi nationale applicable exige, comme la loi belge que le contrat de mariage soit fait dans une forme solennelle (acte notarié) cette prescription devra être observée à peine de nullité.

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère a-t-il effet de plein droit en Suède à l'égard des tiers ou exige-t-on des formalités particulières?

L'article 2 de la loi du premier juin 1912 décide que *la loi étrangère qui ... sera applicable au régime des biens des époux, ne doit pas être opposable aux tiers dans le Royaume à moins que notification n'ait été faite par écrit au tribunal chargé de recevoir les conventions matrimoniales des époux que la loi étrangère doit être appliquée à l'égard de ces biens.*
Lorsque le régime matrimonial, légal ou conventionnel, n'est pas opposable aux tiers, on fait application de la loi du for suédois (en ce sens v. H. Eek, *The Swedish Conflict of Laws,* 1965, p. 150).

Réponse

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

Suisse

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

La question semble faire l'objet de controverses en doctrine et les auteurs présentent le droit positif en faisant de multiples distinctions.

Il faut en tout premier lieu noter que l'on doit distinguer entre le régime *interne,* c'est-à-dire le régime applicable dans les relations entre époux eux-mêmes et le régime *externe,* ou régime applicable à l'égard des tiers. Il ne sera question ici que du régime interne, le régime externe faisant l'objet d'une question particulière (v. sous III).

Régime matrimonial des étrangers:

– Etrangers ayant leur premier domicile en Suisse et l'y conservant. Dans ce cas le régime matrimonial est soumis à tous égards à la loi suisse, c'est-à-dire au Code civil, seul l'article 19 LRDC pouvant s'appliquer en l'espèce. (Pierre Lalive, *Le régime matrimonial des étrangers en Suisse,* Mémoire publié par la Faculté de droit de Genève, Vol. XVI, 1963, p. 78; Franck Vischer, *Internationales Privatrecht,* in *Schweizerisches Privatrecht* 1969, t.I, p. 610).

– Etrangers ayant eu leur premier domicile matrimonial à l'étranger et venant s'établir en Suisse.
La solution fait l'objet d'une controverse en doctrine à raison de la clause d'analogie figurant dans l'article 32 LRDC. Faut-il appliquer par analogie l'article 19, alinéa premier, relatif aux Suisses établis en Suisse hors de leur canton d'origine ou l'article 31 relatif aux rapports de droit civil des Suisses à l'étranger. Si l'on suit la première solution (avec Meili, Gautschi et Schnitzer, v. réf. dans Lalive préc. p. 88), il faut se référer à la loi du premier domicile matrimonial.
Si l'on suit la deuxième solution (avec Mutzener, de Stauffer, Gmür, Lemp, Lalive, *op. cit.,* p. 88 et Vischer, *op. cit.,* p. 610–611), il convient de se référer à la loi du dernier domicile que les époux avaient eu avant de s'installer en Suisse, loi qui n'est pas nécessairement celle du premier domicile matrimonial.

– Etrangers domiciliés à l'étranger
Si l'on doit apprécier en Suisse le régime matrimonial, Vischer estime que l'on doit se référer à la loi du domicile actuel des époux (*op. cit.* p. 613) alors que Schnitzer pense que l'on doit donner compétence à la loi nationale (*Internationales Privatrecht,* t.I, p. 435).

Régime matrimonial des Suisses ayant leur domicile à l'étranger:

En vertu de la règle figurant à l'article 31 LRDC est applicable le droit suisse sauf si le droit du domicile prétend s'appliquer. Par pays du domicile, il faut entendre le pays du domicile actuel des époux (Vischer *op. cit.,* p. 612).

Réponse

Dans le système suisse, il faut distinguer quatre groupes de couples: les Suisses en Suisse, les Suisses à l'étranger, les étrangers en Suisse, les étrangers à l'étranger. Avec l'expression «à l'étranger» ou «en Suisse», on veut dire «avec domicile conjugal à l'étranger», respectivement «avec domicile conjugal en Suisse». Le domicile conjugal est le lieu où les époux résident avec l'intention commune de s'y établir. La notion de «domicile conjugal» se qualifie donc d'après les règles suisses sur le domicile.
Le droit international privé suisse distingue encore entre le régime (matrimonial) «interne» et «externe», c'est-à-dire le régime dans ses relations entre les époux eux-mêmes ou dans ses relations avec des tiers. La distinction se fait selon les personnes intéressées dans une affaire déterminée. Presque toutes les questions d'ordre interne (p. ex. le droit d'administration du mari sur les biens matrimoniaux) peuvent dépendre, à condition que les droits d'un tiers soient touchés, du régime externe.
Sont en principe applicables au régime interne et externe des quatre groupes de personnes les lois suivantes:

a *Suisses domiciliés en Suisse*

Il n'y aucun conflit de lois. Le droit suisse s'applique. Le lieu de la conclusion du mariage ne joue aucun rôle.

b *Suisses domiciliés à l'étranger*

En vertu de l'article 31, alinéa 1 de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC), *le régime matrimonial des citoyens suisses, qui ont élu leur premier domicile à l'étranger, est soumis au droit suisse pour autant que le droit étranger ne s'applique pas.*

c *Etrangers domiciliés en Suisse*

Le régime matrimonial des étrangers qui ont élu leur premier domicile en Suisse est soumis au droit suisse. Cela vaut pour le régime interne (art. 19, al. 1 LRDC) *et le régime externe (art. 19, al. 2* LRDC).

d *Etrangers domiciliés à l'étranger*

La LRDC *ne contient pas de règle sur ce sujet; selon la pratique et la doctrine, on peut dire qu'en principe le droit suisse ne s'applique pas au régime matrimonial des étrangers qui ont leur premier domicile à l'étranger. Il ne s'applique même pas lorsque seule l'épouse est domiciliée en Suisse, lorsque les époux exercent une industrie en Suisse, ou lorsqu'il s'agit d'immeubles situés en Suisse. D'après la doctrine dominante, le régime est soumis à la loi du domicile (contra Schnitzer,* Handbuch des IPR, *1957, I 435, qui défend l'application de la loi nationale).*

2 Correctif du renvoi

Le rattachement à la loi du domicile peut-il être modifié à la suite du mécanisme du renvoi?

Il semble que le mécanisme du renvoi soit très largement accepté (v. Charles Rathgeb, «La loi applicable aux Suisses à l'étranger en vertu de l'article 28 LRDC», *Festschrift Hans Lewald,* 1953, spéc. p. 370 et s. et notes 37–40).
En effet dans le cas des étrangers qui ont eu leur domicile matrimonial à l'étranger puis qui se sont établis en Suisse, on doit consulter la loi du dernier domicile non suisse compte tenu de ses règles de conflit (Lalive *op. cit.*, p. 90 et s., dans le même sens Vischer p. 610 et Rathgeb, p. 370; l'arrêt Uribarren, Trib. fédéral 27 novembre 1918, ATF 44.II.453, *Journal des Tribunaux* 1919.I.93, *Semaine judiciaire* 1919, p. 81, admet le renvoi du droit français du domicile des époux à la loi espagnole tacitement choisie par les parties selon la règle de conflit française).
Pour la détermination du régime d'étrangers domiciliés à l'étranger, Vischer estime que l'on doit également consulter la loi du domicile actuel compte tenu de ses règles de conflit et accepter éventuellement un renvoi au second degré à la *lex patriae* ou à la loi tacitement choisie par les parties (*op. cit.*, p. 613).
Enfin, dans le cas d'un étranger dont le premier domicile matrimonial était situé en Suisse et qui transporte son domicile à l'étranger on se rapportera au système du nouveau domicile compte tenu d'un renvoi éventuel à la loi suisse du premier domicile matrimonial ou à une autre loi, par exemple, loi nationale (Vischer *op. cit.*, p. 610).

Réponse

Le problème ne se pose évidemment que lorsque la règle de conflit suisse ne renvoie pas à la loi suisse, c'est-à-dire dans les cas suivants:

a *Suisses domiciliés à l'étranger*

La doctrine semble accepter le renvoi. Selon Stauffer (Praxis zum NAG *1973, N. 3 ad art. 31) et Lemp* (Berner Kommentar *II/1, 1963,* Vorbemerkungen zum 6. Titel, *N. 49), on applique même un autre droit que celui du domicile lorsque la règle de conflit du domicile y renvoie, par exemple en qualité de loi choisie par les époux. De même le renvoi à la loi suisse en qualité de loi nationale est accepté.*

b *Etrangers domiciliés à l'étranger*

Les auteurs inclinent à admettre le renvoi aussi dans le cas d'étrangers domiciliés à l'étranger. Vischer (in: Schweizerisches Privatrecht, *1969, p. 613) veut l'admettre pour tous les cas. Lalive (Le régime matrimonial des étrangers en Suisse, in:* Mémoire publié par la Faculté de droit de Genève, *No 16, 1963, p. 76) et Lemp* (op cit., Vorbemerkungen zum 6. Titel, *N. 88) admettent au moins le renvoi au droit suisse.*

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer le droit interne applicable si le domicile matrimonial des époux est situé dans un système interpersonnel (Liban, Iran, etc.)?

On peut, pour résoudre cette question, faire usage du mécanisme du renvoi, les systèmes juridiques interpersonnels donnant généralement compétence à la loi nationale des époux ou du mari.

Réponse

On ne trouve ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine suisses une réponse déterminante à cette question. Pour les Suisses domiciliés dans un tel Etat, on dira facilement que l'Etat du domicile ne s'en préoccupe pas et qu'on applique, en conséquence, le droit suisse (art. 31, al. 1 LRDC). *Reste à signaler que les questions concernant l'Iran sont partiellement réglées par un traité (voir dans la troisième partie de cette réponse).*

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable s'étend-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il semble que la règle suisse conduise au système de l'unité de la loi applicable au régime matrimonial. En tout cas la scission provoquée par l'article 28, No 1 de la LRDC en matière successorale qui soumet à la loi suisse les immeubles des Suisses décédés domiciliés à l'étranger n'est pas applicable en matière de rapports pécuniaires entre époux. Mais la scission pourrait provenir du renvoi de la loi étrangère du domicile à la loi de situation d'un immeuble (v. Rathgeb, *op. cit.*, p. 370 et les références, note 38).

Réponse

Le rattachement a un caractère unitaire. La scission provoquée par l'article 28 LRDC *en ce qui concerne les immeubles en Suisse n'est pas maintenue dans l'article 31* LRDC. *On semble hésiter même à accepter un renvoi à la loi suisse comme loi de la situation d'un immeuble (voir les considérations dans:* Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC), *fasc. 33, 1966–1967, No 61).*

b *Comment la sanction du principe de l'unité est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de la loi du domicile?*

On doit liquider en Suisse le régime matrimonial d'époux

soumis à la communauté légale du droit français à raison de l'établissement de leur domicile matrimonial en France avant leur installation en Suisse. En Grèce certains biens des époux sont liquidés sur la base de la séparation de biens du droit grec, le mari étant grec. Comment l'époux lésé par l'application des règles grecques pourra-t-il rétablir l'équilibre en Suisse?

Réponse

Le droit suisse ne connaît aucune possibilité pour un époux de rétablir l'équilibre troublé par une liquidation partielle du régime dans un autre Etat et selon une autre loi. Est réservée, bien sûr, l'atteinte à l'ordre public.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Une modification de la circonstance de rattachement, le domicile matrimonial, entraîne-t-elle de plein droit le changement de la loi applicable?*

Le système suisse est partagé entre permanence et mutabilité de la loi applicable au régime matrimonial. La permanence du rattachement est posée en principe dans le cas des Suisses domiciliés en Suisse puisque l'article 31, alinéa 2 de la LRDC prévoit que le régime matrimonial n'est pas modifié par le transfert du domicile conjugal à l'étranger, pourvu que le droit étranger ne s'oppose pas à son maintien. La dernière hypothèse sera réalisée lorsque les époux établiront leur domicile dans un pays qui admet la mutabilité totale du régime, par exemple pour ce qui concerne les meubles, aux Etats-Unis.
La permanence est également assurée dans le cas des époux suisses qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse. Ils continuent à être soumis en ce qui concerne leurs rapports entre eux au régime qui leur était applicable à l'étranger (art. 31, al. 3 LRDC). On peut toutefois se demander si cette permanence subsiste lorsque le droit étranger applicable estime qu'il n'a désormais plus à s'appliquer.
S'agissant du régime matrimonial des étrangers établis à l'étranger, le système suisse semble impliquer une certaine mutabilité. En effet d'après la doctrine il convient de se référer à la loi du domicile actuel des époux et non pas à la loi de leur premier domicile matrimonial. Si les époux sont domiciliés tout d'abord en France et qu'à ce moment on ait besoin de déterminer le régime matrimonial, on fera application de la loi française. Si le couple déplace ensuite son domicile à New York et que l'on doive de nouveau déterminer le régime, on fera application de la loi américaine du nouveau domicile qui prétend justement s'appliquer au régime.

Réponse

1 *En ce qui concerne le régime* interne, *il faut distinguer les situations suivantes:*

aa) *Les époux avaient leur premier domicile en Suisse; ils s'établissent à l'étranger.*
S'il s'agit d'un couple suisse, l'article 31, alinéa 2 LRDC *est applicable. Le régime reste donc soumis au droit suisse, pourvu que le droit étranger ne s'oppose pas à son maintien. Le couple est dans la même situation que s'il n'avait jamais eu un domicile en Suisse.*
Un couple étranger avec premier domicile en Suisse s'établissant à l'étranger n'est plus soumis au droit suisse. Ce sera comme pour le couple avec premier domicile à l'étranger, le droit du nouveau domicile qui décidera.

bb) *Les époux avaient leur premier domicile à l'étranger; ils s'établissent en Suisse.*
Les époux restent, dans leurs relations internes, soumis au droit qui leur était applicable au premier domicile (pour les Suisses: art. 31, al. 3 LRDC*). La permanence est donc garantie dans la mesure où on appliquait, avant l'établissement en Suisse, la loi du premier domicile eu égard au renvoi.*

cc) *Les époux avaient leur premier domicile dans l'Etat étranger A; ils s'établissent dans l'Etat étranger B.*
Pour les couples suisses, le droit international privé du nouveau domicile décidera sur la question de savoir s'ils sont, dès lors, soumis au droit suisse ou à une loi étrangère, (art. 31, al. 1 LRDC*). Pour les couples étrangers, la* LRDC *ne contient pas de règle. La pratique et la doctrine semblent être favorables à l'application par analogie de l'article 31, alinéa 1* LRCD*; ce seront donc les règles de conflit du nouveau domicile qui seront compétentes.*

dd) *Les époux avaient leur premier domicile en Suisse; puis ils ont été domiciliés dans un ou plusieurs Etats étrangers (A); finalement, ils s'établissent dans l'Etat étranger B.*
La solution est évidente. Il s'agit d'une combinaison des situations aa) *et* cc)*. La mutabilité fera règle.*

ee) *Les époux avaient leur premier domicile dans l'Etat A; puis (peut-être après plusieurs changements de domicile) ils s'établissent en Suisse; finalement, ils prennent domicile dans l'Etat B.*
Il s'agit d'une combinaison des situations bb) *et* aa)*.*

ff) *Les époux avaient leur premier domicile dans l'Etat A ou en Suisse; ils sont domiciliés (peut-être après plusieurs changements de domicile) dans l'Etat B; ils s'établissent finalement en Suisse.*
Lorsqu'il s'agit d'un couple suisse, la réponse est simple: c'est l'article 31, alinéa 3 LRDC *qui fait règle; les époux sont soumis au régime qui leur était applicable dans l'Etat B.*
S'il s'agit d'époux étrangers, la solution dépend de la question de l'application, par analogie, de l'article 19, alinéa 1 LRDC *ou bien de l'article 31, alinéa 3* LRDC*. Une partie des auteurs suit la première méthode; ils veulent appliquer la loi du premier domicile. Il s'agit par exemple de Meili, Carl Wieland, Gautschi et Schnitzer* (op. cit., *p. 437). La doctrine plus récente et dominante aujourd'hui suit la deuxième méthode et conclut à l'application de la loi de l'Etat B (Lemp,* op. cit., Vorbemerkungen zum 6. *Titel, N. 77; Schmid,* Das eheliche Güterrecht der Ausländer in der Schweiz, *thèse 1962, p. 61; Lalive,* op. cit., *p. 87 ss.; Vischer,* op. cit., *p. 610 ss.; Stauffer,* Rev. Jur. Bern. 106, *p. 105 ff.; Stauffer,* PRAXIS ZUM NAG, *1974, N. 6 ad art. 19/20; voir aussi* JAAC 38, *1974, No 30). La deuxième solution garantit la permanence du régime interne.*

2 *Pour le régime externe le droit suisse suit le système de la mutabilité. Les époux s'établissant en Suisse sont donc automatiquement soumis au droit suisse en ce qui concerne leur régime externe. Dans le cas contraire, le droit suisse laisse à la loi du nouveau domicile le soin de déterminer les dispositions applicables (voir ci-dessous III).*

b *Si la loi étrangère à laquelle sont soumis les époux au regard du droit suisse change dans ses dispositions internes et que les dispositions nouvelles s'appliquent aux époux mariés antérieurement, ce changement affecte-t-il en Suisse le régime matrimonial des époux?*

Des époux allemands, mariés, domiciliés en Allemagne en 1938, établissent en Suisse leur domicile matrimonial en 1950. Leur régime matrimonial doit être liquidé aujourd'hui. Les époux sont soumis à la loi allemande de leur dernier domicile suisse, loi qui prétend justement s'appliquer au régime. Or la loi allemande interne a

subi diverses modifications, la communauté d'administration ayant été transformée en séparation de biens puis à la suite de la loi d'égalité entre l'homme et la femme, en communauté d'administration. Estimera-t-on que les époux sont désormais soumis au nouveau droit allemand?

Réponse

Si la loi étrangère applicable au régime interne d'époux domiciliés en Suisse est modifiée, seules les règles transitoires de la loi de modification décident de la rétroactivité des nouvelles dispositions. La nouvelle loi étrangère est appliquée de la même façon que par les autorités de l'Etat qui a modifié sa loi.

c *Le fait que les époux aient établi en Suisse leur domicile matrimonial avant la transformation du droit étranger applicable peut-il influer sur la solution?*

Réponse

Ce n'est pas le cas.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi autre que celle du premier domicile matrimonial?*

Il semble que la règle de conflit suisse implique dans son principe que le contrat de mariage doive être soumis à la loi applicable au régime légal, c'est-à-dire la loi du premier domicile matrimonial.
On se demande toutefois ce qu'il en est des époux suisses dont le premier domicile conjugal est à l'étranger. On sait qu'ils sont soumis à la loi suisse pour autant que le droit étranger ne leur est pas applicable. Ces époux peuvent-ils, aux yeux du droit suisse, adopter un régime matrimonial suisse, même si le droit étranger prétend s'appliquer à leurs relations?

Réponse

Les époux dont le régime matrimonial, en application des principes énoncés ci-dessus, est régi par la loi suisse, n'ont aucune possibilité de choisir une autre loi. Pour les autres époux, c'est-à-dire pour ceux dont le régime matrimonial est régi par une loi étrangère, c'est cette dernière qui décide de la possibilité de faire un contrat de mariage soumis à une autre loi.
Les époux suisses domiciliés à l'étranger ne peuvent choisir la loi suisse que dans la mesure où la loi étrangère ne s'oppose pas à un tel choix.

2 *Si le rattachement à la loi applicable au régime légal a un caractère impératif, le contrat sera-t-il considéré comme inopérant ou pourra-t-on faire jouer le principe de l'équivalence s'il correspond à un régime conventionnel admis par la loi normalement applicable?*

On trouve une réponse très nette en jurisprudence suisse dans le cas où des époux suisses domiciliés en Suisse au moment du mariage, donc soumis à la loi suisse, ont passé un contrat de mariage soumis à une loi étrangère. L'arrêt du Tribunal fédéral du 10 juillet 1969 (ATF 95.II.216, *Journal des tribunaux* 1970, I, 276) concerne des époux suisses qui avaient établi leur domicile matrimonial en Suisse mais qui auparavant avaient adopté devant un notaire français un contrat de mariage de séparation de biens avec constitution de société d'acquêts soumis au droit français. La soumission du contrat à la loi française n'a pas constitué une cause de nullité du contrat qui aurait eu pour effet, vraisemblablement, de soumettre les époux au régime légal suisse. Le tribunal a estimé qu'en l'espèce les époux étaient réputés avoir choisi par contrat de mariage le régime matrimonial suisse dont le régime étranger se rapproche le plus. La séparation de biens du droit français combinée avec une société d'acquêts fut donc convertie en séparation de biens du droit suisse combinée avec une communauté d'acquêts.
Cette jurisprudence devrait pouvoir trouver effet dans d'autres hypothèses: des époux italiens dont le premier domicile matrimonial est situé en France établissent un contrat de mariage de communauté d'acquêts soumis au droit français. Par la suite les époux installent leur domicile en Italie puis finalement ils fixent leur domicile en Suisse. La règle de conflit suisse, telle qu'interprétée par Lalive et Vischer, conduit à donner application au droit italien lequel se déclare compétent à raison de la nationalité italienne du mari. Le contrat de mariage soumis au droit français est donc irrégulier au regard du droit italien. Plutôt que de déclarer ce contrat nul, et soumettre les époux au régime légal italien de séparation de biens, on devrait pouvoir considérer que le régime conventionnel français de communauté d'acquêts est analogue au régime conventionnel italien de communauté d'acquêts que les époux auraient pu choisir.

Réponse

Si les époux soumis au droit suisse ont choisi un régime d'un droit étranger, ils ne sont pas automatiquement soumis au régime légal suisse, mais au régime suisse se rapprochant le plus du régime choisi. C'est la décision du Tribunal fédéral 10 juillet 1969 (ATF 95 II 217);
Quando le parti, . . . , hanno convenuto un regime di beni del diritto estero, dev'essere considerato come stipulato il regime dei beni del diritto svizzero al quale il regime straniero si avvicina maggiormente. Nel caso in cui il regime estero non presenti alcuna analogia con uno dei regimi del dirritto svizzero, la convenzione è nulla.
Le contrat n'est donc nul que lorsque le régime étranger choisi par les époux ne présente aucune analogie avec un des régimes du droit suisse.
Dans la situation décrite au Commentaire, le juge suisse estimera probablement que les époux sont soumis au même régime qui leur était applicable en Italie. Ce sera donc la jurisprudence et la doctrine italiennes et non suisses qui devront être consultées à ce sujet.

B Influence de la volonté des époux après le mariage

Dans quelle mesure les époux peuvent-ils, au cours du mariage, se soumettre à une loi autre que celle de leur premier domicile matrimonial?

Le système suisse admet une certaine mutabilité volontaire de la loi applicable au régime matrimonial.
En effet il est permis que des époux étrangers ou suisses domiciliés à l'étranger qui établissent en Suisse leur domicile matrimonial, peuvent, bien qu'ils soient normalement soumis à une loi étrangère, adopter un régime matrimonial soumis à la loi suisse (article 31, al. 3 LRDC combiné avec l'article 20; Lalive, *op cit.*, p. 104; Vischer, *op. cit.*, p. 612; Schnitzer, *op. cit.*, p. 435).
La question qui se pose est de déterminer l'effet dans le temps de la soumission au droit suisse. L'article 20, alinéa 2 LRDC prévoit que la déclaration d'option de

législation suisse *rétroagit à l'époque où le régime matrimonial a commencé à produire ses effets.* Peut-on appliquer cette règle dans l'ordre international? Des époux étaient normalement soumis au régime légal de la communauté universelle du droit néerlandais. Au moment de leur installation en Suisse, ils adoptent le régime conventionnel suisse de la séparation de biens. Un tel régime doit-il rétroagir au jour du mariage? On se demande comment y parvenir dans la pratique sans léser gravement les intérêts de la femme qui, jusqu'alors, n'a jamais pu agir en son nom propre. Ne doit-on pas au contraire prévoir une liquidation de la communauté universelle au jour du nouveau contrat de mariage pour considérer ensuite les relations pécuniaires des époux sous l'angle de la séparation de biens? La doctrine suisse (Vischer préc. p. 212) penche pour l'effet rétroactif, mais sans donner d'explications.
Quant aux Suisses qui transfèrent leur domicile matrimonial à l'étranger, on sait que le régime suisse est maintenu sauf si le droit étranger ne s'oppose pas à son maintien. Peut-on admettre que des Suisses qui s'établissent à l'étranger puissent choisir un régime matrimonial conforme à la loi de leur nouveau domicile étranger, bien que le droit étranger ne s'oppose pas, en principe, au maintien du droit suisse, mais qu'il leur permette simplement de se soumettre au droit de leur nouveau domicile: des époux suisses installent leur domicile matrimonial en Allemagne, peuvent-ils faire usage de la faculté prévue à l'article 15, alinéa 2 EGBGB leur permettant, sans les y obliger, de se soumettre à la loi allemande?

Réponse

Les époux domiciliés en Suisse, dont le régime interne est soumis à une loi étrangère, peuvent se soumettre à la loi suisse moyennant une déclaration commune approuvée par l'autorité suisse compétente (art. 20, al. 1 LRDC*). Pour les époux suisses, l'article 20* LRDC *est, dans son entité, expressément réservé* (art. 31, al. 3 LRDC), *l'alinéa 2 (rétroactivité) est donc applicable. Il n'existe pas de raison de ne pas appliquer la même règle aux étrangers. Il est vrai qu'il s'agit – par exemple dans la situation décrite dans le questionnaire – d'une règle pouvant provoquer des dangers surtout pour la femme, mais ce danger, elle ne le provoque pas seulement dans l'ordre international, elle le provoquait déjà dans l'ordre intercantonal, étant donné que les régimes cantonaux différaient beaucoup avant l'entrée en vigueur du* CCS. *Du reste, la déclaration doit être approuvée par l'autorité compétente qui devrait protéger les intérêts de la femme. Enfin, la possibilité de conclure un contrat de mariage en droit suisse se rapprochant du régime étranger permet des solutions appropriées.*
En ce qui concerne les Suisses s'établissant à l'étranger et se soumettant, de par leur volonté, à un régime du droit étranger, ils semblent être, dès lors, dans l'optique de la loi étrangère, soumis au droit étranger; le droit étranger s'opposerait à l'application de la loi suisse; on pourrait donc estimer que, par le jeu de l'article 31, alinéa 2 LRDC, *la loi suisse serait écartée. Stauffer* (op. cit., *N. 9 ad art. 31) semble admettre cette possibilité.*

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Fait-on application de la loi personnelle de chacun des époux ou de la loi applicable au régime lui-même?

Réponse

C'est la loi personnelle des parties qui décide de cette capacité. Les étrangers sont donc soumis à la loi nationale (art. 34 LRDC *et art. 10, al. 2 de la loi de 1891 sur la capacité civile), les Suisses domiciliés en Suisse à la loi suisse et les Suisses domiciliés à l'étranger au droit suisse dans la mesure où la loi du domicile ne s'applique pas (art. 28* LRDC*).*

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme des conventions matrimoniales?

Il ne semble pas qu'il existe en droit suisse des règles de conflit spécifiques à la forme des conventions matrimoniales.

Réponse

La forme du contrat est soumise à la loi applicable au régime des époux. Lorsque la loi suisse est applicable au régime, la forme du lieu de la conclusion est suffisante pour autant qu'il s'agisse d'une forme authentique.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère d'après la règle de conflit suisse, est-il opposable aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières telles que publications ou mentions dans un registre public effectuées en Suisse?

Le droit suisse est bien connu pour faire une distinction entre le régime interne, applicable entre les époux et le régime externe applicable à l'égard des tiers.
Pour ce qui concerne le régime légal régulièrement soumis à une loi étrangère, les époux étrangers ou suisses, soumis à une loi étrangère, qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse, voient leur situation vis-à-vis des tiers réglée par l'article 19, alinéa 2 de la LRDC selon lequel *dans leurs rapports avec les tiers, les époux sont soumis à la législation du lieu de leur domicile; cette législation fera seule règle en particulier quant aux droits de la femme vis-à-vis des créanciers du mari en cas de faillite de ce dernier ou de saisie pratiquée contre lui.*
Il résulte de cette disposition que les époux, régulièrement soumis à une loi étrangère dans leurs rapports réciproques, sont néanmoins soumis à la loi suisse dès qu'ils installent en Suisse leur domicile matrimonial (Lalive, *op. cit.*, p. 81 et s.).
Par contre pour ce qui concerne les étrangers dont le domicile matrimonial est situé à l'étranger, le régime externe opposable aux tiers en Suisse ne serait pas le régime légal suisse mais le régime étranger (Vischer, *op. cit.*, p. 613, ATF 55, 1929, p. 231, qui cependant laisse ouverte la question de savoir si on doit alors appliquer la loi du dernier domicile commun ou celle du domicile du mari).
Les contrats de mariage conclus à l'étranger ne peuvent être opposables en Suisse lorsque les époux y établissent leur domicile qu'après avoir fait l'objet d'une inscription sur le registre des régimes matrimoniaux. Il faut en outre que le contrat de mariage passé en conformité de la loi étrangère ne soit pas contraire aux dispositions du Code civil relatives aux régimes matrimoniaux (article 39 de l'Ordonnance sur le registre des régimes

matrimoniaux du 27 septembre 1910 applicable aux Suisses et, par analogie, aux étrangers; Lalive, *op cit.*, p. 102 et s.).
Par contre il ne semble pas possible que des époux régulièrement soumis à un régime matrimonial légal étranger puissent inscrire au registre des régimes matrimoniaux ledit régime légal afin de le rendre opposable aux tiers.
La distinction entre régime interne et régime externe a provoqué maintes critiques en doctrine (v. Lalive, *op. cit.* et Herman Schwenn, Communication, *ILA Report 44th Conference,* The Hague, 1970, p. 809).

Réponse

Tous les époux domiciliés en Suisse sont soumis, à l'égard des tiers, au droit suisse. Dans la plupart des cas, ce seront les règles suisses sur l'union des biens, même pour des époux dont le régime interne est soumis à un droit étranger. Font exception les cas suivants:
Les époux:
– avaient, avant leur établissement en Suisse, conclu un contrat de mariage selon le droit étranger et étaient donc soumis à un régime de droit étranger; ils ont, une fois domiciliés en Suisse, annoncé ce régime étranger au registre suisse des régimes matrimoniaux; le régime est estimé compatible avec le Code civil suisse et donc inscrit dans le registre; les époux sont, dès lors, soumis, à l'égard des tiers, aux règles suisses applicables au régime inscrit.
– avaient été, avant leur établissement en Suisse, soumis à un régime étranger; ont conclu, alors qu'ils étaient déjà domiciliés en Suisse, un contrat de mariage soumis au droit étranger et ils ont procédé de la façon décrite ci-dessus.
– ont conclu, après l'établissement en Suisse, un contrat de mariage du droit suisse et ils l'ont fait inscrire au registre (v. IIème partie, III A 1).
– étaient soumis, à leur dernier domicile étranger, à un régime extraordinaire légal ou judiciaire et ce régime a été inscrit au registre après l'établissement en Suisse: s'appliqueront les règles sur le régime correspondant du droit suisse.
– déjà domiciliés en Suisse, remplissent une des conditions d'un régime extraordinaire du droit suisse ou d'un droit étranger applicable à leur régime interne; le régime est – dans le cas de la modification judiciaire après décision du juge – inscrit au registre; le régime externe est donc soumis aux règles correspondantes du droit suisse (v. IIème partie, III A 2).
Un régime légal du droit étranger ne peut être inscrit au registre; il est donc inopposable aux tiers.
Lorsque les époux ont leur domicile à l'étranger, le droit suisse n'est pas applicable à leur régime externe. Le régime interne aura donc effet à l'égard des tiers selon les dispositions étrangères. Cela vaut même pour les affaires conclues en Suisse.
Les contrats de mariage d'époux étrangers domiciliés à l'étranger ne peuvent être inscrits au registre suisse, ceux d'époux suisses le peuvent dans la mesure où ils sont compatibles avec le CCS. *De toute façon, l'inscription au registre suisse n'est pas une condition de l'efficacité envers les tiers.*
Les difficultés qui sont provoquées par un changement de domicile sont résolues de la façon suivante:
Lorsque les époux s'établissent en Suisse, les créanciers peuvent invoquer, d'après une partie de la doctrine (Vischer, op. cit., *p. 616; Schmid,* op. cit., *p. 50 ss.), l'article 21* LRDC:
Les droits acquis par des tiers à un domicile conjugal, par des actes juridiques particuliers, ne sont nullement modifiés par un changement de domicile des époux.
D'autres auteurs estiment que l'article 188 du Code civil est applicable même dans l'ordre international (Lemp, op. cit., Vorbemerkungen zum 6. Titel, N. 72; *Lalive,* op cit., *p. 87;* Stauffer, Praxis zum NAG, *ad art. 21*):
Les liquidations entre époux et les changements de régime matrimonial ne peuvent soustraire à l'action des créanciers d'un conjoint ou de la communauté les biens sur lesquels ils pouvaient exercer leurs droits.
*Selon Lemp (*op. cit., Vorbemerkungen zum 6. Titel, *N. 88), cette règle s'appliquerait aussi dans le cas d'époux étrangers domiciliés à l'étranger, ceci tout au moins s'ils avaient effectué un changement de domicile de la Suisse à l'étranger.*

Tchécoslovaquie

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Selon la loi sur le droit international privé de procédure civile du 4 décembre 1963, il semble que les rapports personnels et pécuniaires entre époux soient soumis à leur loi nationale commune. S'ils sont de nationalités différentes, il est fait application de la loi du for tchécoslovaque (v. Bystrický «La codification tchécoslovaque en droit international privé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* 1968, t. 123, p. 483).

Réponse

D'après le paragraphe 21 alinéa 1 de la loi No 97/1963 Recueil des lois, sur le droit international privé et de procédure (dans la suite seulement «la loi») les rapports pécuniaires entre époux sont régis par le droit de l'Etat dont les époux sont ressortissants. Si les époux sont ressortissants de différents Etats ces rapports sont régis par le droit tchécoslovaque. La loi use de la même circonstance de rattachement non seulement pour les rapports pécuniaires mais aussi pour les rapports personnels des époux.

2 Correctif du renvoi

La règle précédente peut-elle être corrigée par le mécanisme du renvoi?

L'article 35 de la loi précitée admet qu'en cas d'applicabilité aux termes de la présente loi d'une législation dont les dispositions renvoient à la loi tchécoslovaque ou au second degré au droit d'un autre Etat, un tel renvoi peut être accepté *si cela correspond à un règlement raisonnable et équitable du rapport concerné.*

Réponse

D'après le paragraphe 35 de la loi on peut accepter le renvoi et le renvoi au second degré, si cela correspond à un règlement raisonnable et équitable du rapport concerné. Dans le cas concret il serait nécessaire d'examiner si cette condition pour l'acceptation du renvoi et du renvoi au second degré est remplie. On peut penser que cette condition ne serait pas remplie au cas où à la suite du renvoi ou du renvoi au second degré plusieurs ordres juridiques seraient appliqués pour le régime matrimonial (scission du statut).

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer la loi interne applicable si les époux ont la nationalité d'un pays territorialement plurilégislatif (Yougoslavie, Etats-Unis, Canada, U.R.S.S.)?

Il semble que l'on devrait pouvoir utiliser le mécanisme du renvoi prévu à l'article 35 de la loi précitée. On consultera les règles interlocales ou de droit international privé du pays considéré pour déterminer la législation interne applicable.

Réponse

S'il faut appliquer le droit d'un Etat qui a plusieurs territoires avec des droits différents, ce sont les règles d'un tel Etat (les règles de conflit de son droit interlocal privé) qui décident de l'application du droit de tel ou tel territoire (§ 34 de la loi). Si un tel Etat n'a pas de droit interlocal privé unique, il faut sans doute appliquer les règles de conflit de droit interlocal privé du territoire avec lequel le cas en cause est le plus étroitement lié, par exemple à raison de la résidence des époux.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi nationale commune des époux ou à défaut la loi du for tchécoslovaque s'étend-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il semble que le système tchécoslovaque ait adopté le principe de l'unité. Toutefois par le mécanisme du renvoi une certaine scission du régime des biens pourrait être admise: si deux époux soumis à la loi A possèdent un immeuble en Tchécoslovaquie et que la loi A renvoie à la loi du lieu de situation des biens, si l'on accepte le renvoi à la *lex rei sitae* deux lois seront applicables à des masses de biens différentes.

Réponse

La réponse est affirmative. Quant à la question de scission à la suite de mécanisme du renvoi, on se réfère à la réponse à la question I A 2. Dans un tel cas on peut s'attendre à ce que le renvoi ne soit pas accepté.

b *Comment l'unité du régime est-elle assurée lorsque, à l'étranger, certains biens des époux sont liquidés sur la base d'une loi interne différente de celle qui est désignée par la règle de conflit tchécoslovaque?*

Réponse

Dans un tel cas, s'il échappe au pouvoir des organes de l'Etat tchécoslovaque, on ne peut pas assurer l'unité du régime.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Une modification des circonstances de rattachement entraîne-t-elle de plein droit une modification du rattachement?*

Deux époux ont la nationalité du pays A au moment du mariage, ils sont donc soumis à la loi du pays A mais l'un des époux change de nationalité et acquiert par exemple la nationalité tchécoslovaque. La loi du for devriendra-t-elle alors automatiquement applicable du fait qu'ils sont de nationalités différentes? Il semble qu'il faille répondre par l'affirmative: le système tchécoslovaque admet la mutabilité du rattachement et l'on doit tenir compte des différents statuts existant à l'époque où les actes sont faits (en ce sens Bystrický, *op. cit.* p. 483).

Réponse

La réponse est affirmative. La loi use de circonstances de rattachement qui peuvent changer au cours du mariage et peuvent mener aux conflits mobiles. En décidant la question concrète, il faut désigner le droit applicable sur la base de ces circonstances de rattachement d'après leur état au moment où le fait relevant a eu lieu et non d'après leur état au moment de la décision ou du commencement de la procédure.

b *Mais si la circonstance de rattachement ne change pas mais que la loi applicable au régime des biens modifie celui-ci, devra-t-on tenir compte de cette modification en Tchécoslovaquie ou au contraire admettra-t-on une pétrification du régime à l'époque du mariage?*

Les époux sont soumis à la loi roumaine mais ils sont domiciliés en Tchécoslovaquie. Au moment du mariage, la loi roumaine instituait une séparation de biens, puis elle a transformé cette séparation en communauté d'acquêts. Estime-t-on que les époux sont désormais soumis au régime roumain? Il semble que la logique du système tchécoslovaque veuille que l'on tienne compte d'une telle modification.

Réponse

Cette question appartient à la compétence du droit applicable. Ce sont ses règles qui régiront le changement de la réglementation du régime des biens des époux.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre leur régime matrimonial à une loi autre que celle qui est désignée par la règle de conflit tchécoslovaque?*

Il ne semble pas que la volonté des époux puisse modifier le rattachement lui-même. Selon Bystrický (*op. cit.* p. 183) le régime conventionnel des biens est soumis à la loi de la nationalité commune des époux ou à défaut à la loi du for tchécoslovaque.

Réponse

La réponse dépend pleinement du point de vue du droit applicable désigné par la règle de conflit tchécoslovaque. Si le droit applicable donne une telle possibilité aux époux, la réponse est affirmative.

2 *La sanction de la règle précédente est-elle la nullité du contrat de mariage irrégulier ou peut-on faire jouer le principe de l'équivalence des résultats?*

Un couple d'Italiens mariés en France adoptent en France un régime de communauté d'acquêts soumis au droit français. Le contrat sera-t-il considéré comme totalement inefficace et les époux soumis au régime légal italien de la séparation de biens, alors que par contrat de mariage soumis au droit italien les époux auraient pu également adopter un régime de communauté d'acquêts?

Réponse

Même ici la réponse dépend du point de vue du droit applicable choisi d'après la règle de conflit. Dans l'exemple mentionné dans le commentaire la question de la validité du contrat dépendra du droit italien.

3 *En cas de régime conventionnel les modifications de circonstances de rattachement entraînent-elles une modification du régime des biens?*

Les époux avaient la nationalité dù pays A, ils ont adopté un contrat de mariage prévu par la loi du pays A, puis l'un des époux change de nationalité. Selon Bystrický, *op. cit.* p. 483, le régime conventionnel conclu sous la législation du pays A reste en vigueur, bien que s'agissant d'un régime légal les époux auraient été soumis à la loi du for tchécoslovaque.

Réponse

La réponse est négative. Le régime conventionnel des biens des époux est régi par le droit qui était applicable pour les rapports pécuniaires des époux au moment où le contrat a été conclu (§ 21, al. 2 de la loi). Dans ce cas la circonstance de rattachement a un caractère permanent.

B Influence de la volonté des époux après le mariage

Les époux peuvent-ils après le mariage modifier le rattachement initial?

Il semble que si les époux changent de nationalité, ils pourront se soumettre à la loi de leur nouvelle nationalité. S'ils deviennent de nationalités différentes, ils pourront adopter un nouveau régime conventionnel sur la base de la loi tchécoslovaque du for.

Réponse

Par le changement de la nationalité des époux ou d'un des époux la circonstance de rattachement initial est modifiée. Il s'agit d'une autre question si ce changement dans le cas concret ne représente pas une activité in fraudem legis. *Naturellement même après la conclusion du mariage les époux peuvent conclure un contrat réglant leur régime de biens si le droit applicable pour les rapports pécuniaires entre époux au moment de la conclusion du contrat leur permet de le conclure.*

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Si un époux a la nationalité du pays A et l'autre la nationalité du pays B, applique-t-on distributivement la loi nationale des époux à la capacité de conclure le contrat de mariage ou applique-t-on la loi du for tchécoslovaque compétente pour régir quant au fond le régime conventionnel?

Réponse

On applique le droit désigné par la règle de conflit pour la capacité de passer les actes juridiques, c'est-à-dire le paragraphe 3 de la loi, d'après lequel cette capacité est régie par le droit de l'Etat dont la personne est ressortissante (al. 1). Si l'étranger conclut un acte juridique en Tchécoslovaquie, il suffit qu'il soit capable de passer un tel acte d'après le droit tchécoslovaque (al. 2). Pour chacun des époux on applique le droit de l'Etat dont il est ressortissant; en cas de conclusion du contrat en Tchécoslovaquie sa capacité d'après le droit tchécoslovaque est suffisante.

2 Forme du contrat de mariage

Existe-t-il une règle de conflit spéciale quant à la forme des conventions matrimoniales?

Il ne semble pas qu'il existe de règle de conflit propre à la forme des conventions matrimoniales. Selon le droit commun, c'est la loi applicable au fond qui régit la forme des conventions mais le principe *locus regit forman actus* est subsidiairement admis (Bystrický, *op. cit.* p. 463).

Réponse

Non. On applique la règle de conflit générale concernant la forme d'acte juridique (§ 4 de la loi). La forme du contrat est régie par le même droit comme le contrat même; mais il suffit que l'on satisfasse à la forme du lieu où la volonté a été déclarée, sauf lorsque le droit qui régit le contrat exige la forme écrite de l'acte comme condition de sa validité.

III EFFET DU RÉGIME DES BIENS À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial légal ou conventionnel régulièrement soumis à une loi étrangère selon la règle de conflit tchécoslovaque est-il opposable aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Lorsque les époux sont régulièrement soumis à un régime légal ou conventionnel étranger, il ne semble pas que l'on exige en Tchécoslovaquie une publication ou une mention dans un registre.

Réponse

La réponse dépend du point de vue du droit applicable selon la règle de conflit.

Turquie

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Il semble qu'en droit international privé turc la loi applicable au régime matrimonial légal soit la loi nationale commune des parties et, à défaut de nationalité commune, la loi de leur domicile (Tuğrul Ansay *American Turkish Private International Law*, p. 50, se référant à Berki, *Türk Hukukunda Kanun İhtilaflar* 1962, p. 93). Mais en doctrine la loi nationale du mari a aussi été préconisée (v. Seviğ et Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku* 1962, p. 493 cité par Berki *op. cit.*, p. 50, note 299).

Réponse

1 *Les époux étrangers qui séjournent en Turquie:*

a *Si les époux étrangers ont la nationalité commune, c'est la loi nationale commune qui est applicable.*

b *A défaut de nationalité commune, c'est la loi de leur domicile qui est applicable.*

c *Si l'un des époux a la nationalité turque, c'est la loi turque qui est applicable.*

2 *Les époux turcs qui séjournent dans un pays étranger: Si l'un des époux seulement a la nationalité turque, c'est la loi turque qui est régulièrement compétente.*

2 Correctif du renvoi

Les rattachements admis par la règle de conflit turque peuvent-ils être corrigés par le mécanisme du renvoi?

S'il s'agit d'apprécier en Turquie le régime matrimonial d'un couple danois acceptera-t-on le renvoi de la loi nationale danoise à la loi turque du domicile? Il semble qu'en Turquie le mécanisme du renvoi ait été accepté notamment en matière de succession (v. Ansay préc. p. 57) et en matière de statut personnel (*op. cit.* p. 64, note 378).

3 Défaillance du rattachement

a *Lorsque compétence est donnée à la loi nationale des époux et que l'Etat ainsi désigné est un système territorialement plurilégislatif, comment déterminer la loi interne applicable?*

Quelle «loi interne» appliquer au régime matrimonial d'un couple de nationalité américaine, alors que le droit interne des Etats américains diffère considérablement en cette matière?
On peut faire application du mécanisme du renvoi et accepter la compétence de la loi du domicile ou de la loi de situation des immeubles conformément aux règles de conflit du système plurilégislatif.
Si la loi du domicile est située dans un pays tiers, comme l'Italie ou la Grèce, qui n'acceptent pas cette compétence, fera-t-on application de la loi du domicile à titre de règle subsidiaire turque?

b *Comment déterminer la loi interne applicable lorsque compétence est donnée à la loi du domicile commun et que celle-ci est située dans un système interpersonnel?*

Il s'agit d'apprécier en Turquie le régime matrimonial d'un Grec marié à une Française dont le domicile était situé au Liban. Si l'on fait application du mécanisme du renvoi, il semble que l'on puisse accepter la compétence de la loi française du mari désignée par la règle de conflit libanaise.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

a *La loi applicable au régime matrimonial s'applique-t-elle à l'ensemble des biens des époux?*

Il semble que le rattachement ait un caractère unitaire et que la loi nationale commune ou la loi du domicile commun s'applique à l'ensemble des biens des époux où qu'ils soient situés. On se demande toutefois si une certaine scission du rattachement peut être admise à l'égard de biens immobiliers situés en Turquie dans la mesure où la règle étrangère compétente renverrait à la loi de la situation des biens.

b *Lorsque la règle de conflit turque conduit à l'application d'une loi unique, comment la sanction du principe est-elle assurée lorsque certains biens des époux sont liquidés à l'étranger selon une loi différente de celle qui est désignée par les règles turques?*

Les époux sont soumis à la communauté universelle du droit néerlandais mais, à l'étranger, certains biens des époux sont liquidés sur la base d'une séparation à raison de la règle de conflit étrangère. Certains biens considérés comme communs sont attribués au profit exclusif d'un seul des époux. Si le régime doit être liquidé en Turquie, en raison notamment du domicile des époux, comment pourra-t-on établir l'équilibre au profit de l'époux lésé?

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Le rattachement du régime des biens à la loi applicable a-t-il un caractère permanent?*

Lorsque la règle de conflit donne compétence à la loi nationale des époux, s'agit-il de la loi nationale au jour du mariage ou cette loi varie-t-elle en fonction de la nationalité des époux?
De même lorsque compétence est donnée à la loi du domicile commun, s'agit-il du premier domicile commun établi après le mariage ou au contraire du domicile actuel des époux?

b *Si le rattachement du régime a un caractère permanent et ne varie pas avec la nationalité ou le domicile des époux, et que la loi applicable au régime change dans ses dispositions internes, acceptera-t-on que ce changement affecte en Turquie le régime matrimonial des époux?*

Un grand nombre de législations ont modifié leurs dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, notamment en remplaçant un régime à tendance séparatiste par un régime de communauté d'acquêts ou d'augments (U.R.S.S. démocraties populaires, Allemagne, Israël, etc.). Les dispositions nouvelles de ces lois étant déclarées applicables aux époux mariés antérieurement, en fera-t-on application en Turquie?

c *Si la réponse est affirmative, que se passe-t-il lorsque le mari ou les époux ont changé de nationalité ou de domicile avant la modification de la loi interne applicable?*

Des époux allemands ont installé en Turquie leur domicile en 1955, avant la transformation du régime légal en communauté différée des augments. Les époux seront-ils soumis à la loi allemande dans sa teneur ancienne ou fera-t-on application des règles actuelles du BGB?
Quelle solution doit-on adopter lorsque les époux ont perdu la nationalité allemande avant l'intervention de la nouvelle loi allemande?

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi différente de celle qui est prévue par la règle de conflit turque c'est-à-dire à la loi nationale commune des époux ou la loi de leur domicile commun?*

Il semble que ce soit la loi nationale commune des parties, ou à défaut la loi de leur domicile commun, qui soit applicable à la validité essentielle du contrat de mariage (v. Ansay, *op. cit.*, p. 50, note 297).

2 *Si le rattachement a un caractère impératif, le contrat de mariage soumis à une loi autre que la loi nationale des époux ou la loi du domicile commun est-il totalement inefficace ou peut-on faire jouer à son égard le principe de l'équivalence des résultats?*

Deux Turcs établissent en France un contrat de mariage soumis au droit français et adoptent le régime de la communauté. Ce contrat de mariage sera-t-il totalement inefficace, ce qui implique que les époux seront soumis au régime légal turc de la séparation de biens, ou bien peut-on tenir compte du fait que la loi interne turque,

comme la loi française, connaît également un régime conventionnel de communauté?

Réponse

i) *Etrangers séjournant en Turquie:*

Si les époux étrangers ont la nationalité commune, c'est la loi nationale commune qui est applicable; à défaut de nationalité commune, il faut appliquer la loi de leur domicile. Dans le cas où il n'est pas possible de déterminer leur domicile, on applique la loi turque.
Si l'un des époux a la nationalité turque, c'est la loi turque qui est applicable.

ii) *Turcs séjournant dans un pays étranger:*

Si les époux ont la nationalité turque, c'est la loi turque qui est compétente.
Si seulement l'un des époux a la nationalité turque, c'est la loi turque qui est applicable en règle; mais il existe une seule exception pour cette règle: si l'un des époux a la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel le ménage est domicilié, c'est la loi du domicile qui est applicable.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Des époux de nationalité française ou italienne s'installent en Turquie. Ont-ils la possibilité de passer un contrat de mariage soumis au droit turc? Cette possibilité ne leur est-elle offerte que si la loi normalement applicable le leur permet?

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Il semble que la capacité de chaque partie de passer un contrat de mariage est soumise à sa propre loi nationale (Ansay, *op. cit.*, p. 50, note 297, citant Berki, *op. cit.*, p. 93).

Réponse

Loi applicable pour la détermination de la capacité de contracter le contrat de mariage.
La capacité de contracter le contrat de mariage des époux étrangers séjournant en Turquie est déterminée par leur loi nationale respective; celle des époux de nationalité turque séjournant dans un pays étranger est déterminée par la loi turque.
Selon les articles 171 et 172 de notre Code civil, le contrat de mariage peut être passé avant ou après la célébration du mariage; les parties sont tenues d'adopter dans leur contrat l'un des régimes prévus par la loi. Le contrat conclu pendant le mariage ne peut porter atteinte aux droits que les tiers avaient sur les biens des époux.
Les personnes capables de discernement peuvent seules conclure, modifier ou révoquer un contrat de mariage. Le mineur et interdit doivent être autorisés par leur représentant légal.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Il semble que la loi applicable à la forme du contrat de mariage relève de la *lex loci actus* (Ansay préc., p. 50).

Réponse

Quant à sa forme, le contrat de mariage obéit à la loi du pays dans lequel il a été passé conformément à la règle générale locus regit actum.
Selon l'article 173 de notre Code civil, le contrat de mariage sera reçu en la forme authentique et signé tant des parties que de leur représentant légal; ces règles s'appliquent aux modifications et à la révocation du contrat. Les conventions matrimoniales passées pendant le mariage sont soumises en outre à l'approbation du juge. Elles deviennent opposables aux tiers en conformité des dispositions relatives au registre des régimes matrimoniaux.

III EFFET DU RÉGIME MATRIMONIAL À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère, a-t-il effet de plein droit en Turquie à l'égard des tiers ou exige-t-on des formalités particulières?

On se demande notamment si le fait que les époux soient domiciliés en Turquie influe sur la réponse à donner à la question.

Réponse

a *Selon les articles 174 et 177 de notre Code civil, les époux sont soumis de plein droit au régime de la séparation des biens dès que les créanciers de l'un d'eux subissent une perte dans sa faillite. La séparation de biens est prononcée par le juge, si elle est demandée par le créancier qui a subi une perte dans la saisie faite contre l'un des époux.*

b *Pour le registre des régimes matrimoniaux il faut appliquer la* lex fori.

Yougoslavie

I RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE. – RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

A Circonstance de rattachement

1 Principe

Quelle est la loi applicable au régime matrimonial légal?

Dans l'étude récente de N. Katičić («Le droit international privé de la Yougoslavie dans le domaine des rapports familiaux et successoraux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* vol. 131, 1970, III, p. 395 et s.), il est noté qu'en matière d'effets du mariage *on ne trouve aucune règle en droit yougoslave. C'est une lacune et il faudra se prévaloir des règles générales et des principes (op.cit.* p. 437, No 54).
Selon l'auteur il est certain qu'en général sera appliquée la loi nationale commune des époux. *Cela est confirmé par la doctrine et la jurisprudence qui se basent sur l'analogie des lois réglant des autres questions de l'état des personnes et qui toutes appliquent ladite loi (op.cit.loc. cit.).*
Toutefois, les opinions sont partagées au sujet de la loi applicable lorsque les époux n'ont pas une nationalité

commune (*op.cit.*, p. 438, No 56). Il semble que la loi nationale du mari soit rejetée comme discriminatoire. Certains préconisent l'application de la loi du for (Blagojević. *Droit international privé*, Belgrade, 1950, p. 296 qui est partisan de cette solution même au cas où les époux ont une nationalité commune). Katičić estime qu'on peut s'attendre aujourd'hui à l'application subsidiaire de la loi yougoslave même si un époux seulement est Yougoslave. Par contre les immeubles devraient être soumis à la loi de la situation pour les effets du mariage (en ce sens Eisner, *Droit international privé*, Zagreb, t. I, 1953, p. 299 et 304). Les dispositions du «projet préliminaire» sur le droit international privé élaboré par l'Institut de droit international de Zagreb soumettent le régime matrimonial légal à la loi nationale commune, à défaut à la loi du domicile commun ou de la résidence habituelle commune et enfin à la loi du for.

Réponse

There are no statutory rules in the present Yugoslav law concerning this question. However, the Draft of the Law on Private International Law 1974)[1], *submitted to the legislator, has provided for the subsidiary application of following laws to the statutory matrimonial property regime:*

a *the law of the State of which both spouses are nationals;*

b *if this is not the case (if they have no common nationality), the law of their common domicile;*

c *if they are not both domiciled in the same State, the law of their common habitual residence;*

d *if they have no common habitual residence, Yugoslav law.*

2 Correctif du renvoi

La règle de conflit yougoslave admet-elle en matière de régime matrimonial le mécanisme du renvoi?

Selon Katičić (*op. cit.* p. 424, No 32), le renvoi n'est pas prévu explicitement dans la loi sur le mariage. L'auteur admet cependant que le mécanisme, prévu dans les lois sur les successions, devrait s'appliquer par analogie au droit de la famille. Le «projet préliminaire» semble admettre le mécanisme du renvoi tant au premier qu'au second degré (Katičić préc. p. 429, No 37).

Réponse

No renvoi is provided for this case.

3 Défaillance du rattachement

Comment déterminer la loi interne applicable si des époux ont la nationalité d'un pays territorialement pluri-législatif (Etats-Unis, Canada, etc.)?

Il semble que l'on devrait consulter les règles de droit interlocales ou de droit international privé du pays considéré pour déterminer la législation interne applicable et, le cas échéant, faire application du mécanisme du renvoi.

Réponse

If the parties have the nationality of the State which has several legislatively independent units, the statutory rules of that State, or the practice of their courts of law, will be applied.

B Caractère du rattachement

1 Unité ou scission

La loi nationale commune des époux ou à défaut la loi du for yougoslave s'étend-elle à l'ensemble des biens des époux?

Sur ce point la solution est équivoque, des auteurs comme Katičić (préc. p. 439) et Eisner (préc. p. 299 et 304) semblent estimer que l'on doive soumettre les immeubles à la loi du lieu de leur situation. Les dispositions du «projet préliminaire» sur les effets du mariage ne font pas une telle distinction et semblent admettre le principe de l'unité.

Réponse

The principle of unity is adopted.

2 Permanence ou mutabilité du rattachement

a *Une modification des circonstances de rattachement entraîne-t-elle de plein droit une modification du rattachement?*

Deux époux ont la nationalité du pays A au moment du mariage, ils sont donc soumis à la loi du pays A mais l'un des époux change de nationalité et acquiert par exemple la nationalité yougoslave. La loi du for deviendra-t-elle alors automatiquement applicable du fait qu'ils sont de nationalités différentes?
Le «projet préliminaire» dans ses dispositions sur les effets du mariage préconise l'application de la loi étrangère dans la teneur au moment où un contrat de mariage est passé. Rien n'est précisé sur le conflit mobile en matière de régime légal. Peut-on déduire que le système yougoslave s'oriente vers la mutabilité du rattachement, la loi applicable variant avec la nationalité ou le cas échéant le domicile des époux?

Réponse

The answer is positive, but only in cases of the statutory property regime. The connecting factor in case of the contractual regime is permanent (the time of contracting is relevant).

b *Si la circonstance de rattachement ne change pas mais que la loi interne applicable au régime des biens soit modifiée, devra-t-on tenir compte de cette modification en Yougoslavie ou au contraire admettra-t-on une pétrification du régime à l'époque du mariage?*

[1] Translation of the relevant articles of the Draft:

Effects of Marriage

Article 39

(1) The law applicable to personal and statutory proprietary rights of spouses is the law of the State of which they are nationals.
(2) If the spouses are not nationals of the same State, the applicable law is the law of the State where they are domiciled.
(3) If the spouses are not domiciled in the same State, the applicable law is the law of the State where they have habitual residence.
(4) If the spouses have not their habitual residence in the same State, the applicable law is the law of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia.

Article 40

(1) The law applicable to contractual proprietary rights of spouses is the law which would have been applicable to their personal and statutory rights at the time of contracting.
(2) If the law applicable according to the sec. (1) of this Article grants to the parties the right to choose the law applicable to their matrimonial property contract, the law chosen by the parties is applicable.

Article 41

(1) If the marriage is invalidated or dissolved, the law applicable to personal and statutory proprietary rights is the law designated in Article 39.
(2) In cases stated in sec. (1) of this Article, the law applicable to contractual proprietary rights of spouses is the law designated in Article 40.

Dans la plupart des systèmes juridiques des démocraties populaires le régime matrimonial légal de communauté d'acquêts a remplacé les anciens régimes, généralement de tendance séparatiste. Dans un certain nombre de systèmes (Roumanie, Hongrie, Albanie), le nouveau régime a été déclaré applicable aux unions antérieurement contractées. Reconnaîtra-t-on en Yougoslavie à l'égard d'époux domiciliés en Yougoslavie mais soumis à la loi étrangère les modifications provoquées par celle-ci?

Réponse

The modification of the internal law applicable to the statutory matrimonial regime has to be taken into account, if that law so provides.

II INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LE RATTACHEMENT. – CONTRAT DE MARIAGE

A Influence de la volonté des époux au moment du mariage

1 *Les époux peuvent-ils par contrat de mariage soumettre le régime matrimonial à une loi autre que celle qui est désignée par la règle de conflit yougoslave?*

Selon les dispositions du «projet préliminaire», il semble que les époux aient le droit de choisir le droit applicable si la loi compétente le leur accorde.
Selon ce système, si les époux, en vertu de leur nationalité ou éventuellement de leur domicile, sont soumis au droit français qui reconnaît l'autonomie de la volonté, ils pourront choisir la loi applicable à leurs relations matrimoniales et ce choix serait reconnu en Yougoslavie. Par contre, si la loi compétente d'après les règles de conflit yougoslaves ne leur accorde pas un tel choix, ils sont impérativement soumis aux règles internes de la loi applicable.

Réponse

If the law applicable according to article 39 and article 40 (l) of the Draft provides, the parties can choose the law to be applied to their contractual matrimonial property regime.

2 *Lorsque les époux ont soumis leur régime matrimonial à une loi non reconnue par la règle de conflit yougoslave, considérera-t-on le contrat de mariage comme nul ou pourra-t-on faire jouer le principe de l'équivalence des résultats?*

Un couple d'Italiens mariés en France adopte en France un régime de communauté d'acquêts soumis au droit français bien que le droit italien ne leur permette pas de s'évader de la loi italienne. Le contrat sera-t-il considéré comme totalement inefficace, ce qui implique que les époux soient alors soumis au régime légal italien de la séparation de biens, alors que par contrat de mariage soumis au droit italien les époux auraient pu également adopter un régime de communauté d'acquêts?

Réponse

No definite answer could be given, because there were no such cases in Yugoslav courts. However, there is a strong probability that the principle of equivalence of the results would be decisive for a sophisticated court.

B Influence de la volonté des époux au cours du mariage

Les époux ont-ils la possibilité de modifier au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial?

Réponse

The spouses enjoy always the possibility of changing their choice of law with regard to the contractual matrimonial regime, if the law applicable according to article 39 and article 40 (l) of the Draft at the time of contracting (entering into a new contract) so provides.

C Problèmes propres au contrat de mariage

1 Capacité de passer un contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la capacité de passer un contrat de mariage?

Selon Katičić (*op.cit.*, p. 439), «les questions de capacité seront toujours réglées par la loi nationale».

Réponse

The law applicable to the capacity to enter into a contract is usually the national law of the person entering into a contract. This is, however, not entirely without doubt as far as matrimonial property contracts are concerned. It could be argued that the law applicable to the contractual matrimonial property regime is applicable to the capacity of parties too.

2 Forme du contrat de mariage

Quelle est la loi applicable à la forme du contrat de mariage?

Selon Katičić (*op.cit.*, p. 439) «la forme du contrat de mariage doit être soumise à la loi du lieu de rédaction de l'acte» (dans le même sens Eisner *op.cit.*, p. 304).

Réponse

The law of the place of contracting and the law applicable to the essential validity of the contract are alternatively applicable.

III EFFET DU RÉGIME DES BIENS À L'ÉGARD DES TIERS

Le régime matrimonial, légal ou conventionnel, régulièrement soumis à une loi étrangère est-il opposable de plein droit aux tiers ou exige-t-on à cet effet des formalités particulières?

Réponse

No formalities are required for effects of the regime towards third persons.

Deuxième partie: Domaine de la loi applicable au régime matrimonial

Questionnaire commenté

I PRINCIPE

Quel est, dans ses grandes lignes, le domaine de la loi applicable au régime matrimonial déterminé par les réponses à la première partie du questionnaire?

Une vue générale du droit comparé fait ressortir que la loi applicable au régime matrimonial régit, en tout cas, les questions suivantes:

– composition active et passive du patrimoine des époux: la loi applicable décidera notamment de l'existence d'une communauté ou d'une séparation, du caractère propre ou commun de certains biens, des droits de propriété ou de créance qu'un époux peut tirer du régime des biens matrimoniaux;

– pouvoirs respectifs des époux quant à la question des biens propres ou communs: la loi applicable décidera par exemple dans quelle mesure le mari assure seul l'administration et la gestion d'une communauté, s'il a qualité pour gérer ou non les biens propres de sa femme, si l'un des époux doit obtenir l'autorisation de l'autre pour disposer d'un bien commun ou propre, etc.

II RELATIONS PATRIMONIALES ENTRE ÉPOUX DONT LA SOUMISSION À LA LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL PEUT ÊTRE CONTROVERSÉE

Un certain nombre d'institutions juridiques qui intéressent les relations patrimoniales entre époux se situent à la frontière du régime matrimonial et on peut se demander si elles sont soumises à la loi applicable à celui-ci ou à une autre loi.
Le problème intéresse tant les systèmes juridiques qui connaissent l'institution décrite que ceux qui l'ignorent mais doivent, dans les relations internationales, en qualifier la nature.

Qu'en est-il, aux yeux de votre système juridique, des institutions suivantes:

1 *Capacité de la femme mariée?*

Un certain nombre de législations connaissent encore le principe de l'incapacité de la femme mariée. Quel que soit le régime matrimonial légal ou conventionnel, celle-ci est incapable d'agir sans autorisation du mari même en ce qui concerne ses biens propres.

Cette question dépend-elle de la loi applicable au régime ou d'une autre loi?

2 *Hypothèque légale des époux?*

Un certain nombre de législations accordent à la femme mariée, ou à chacun des époux, une hypothèque légale, parfois occulte, sur les biens de l'autre dans un but de protection contre une mauvaise gestion des biens communs.

Part Two: Scope of the law applicable to the marital property regime

Questionnaire with Commentary

I THE PRINCIPLE

What is, in its broad outline, the scope of the law applicable to the marital property regime as determined by the answers to the first part of the questionnaire?

A general view of comparative law indicates that the law applicable to the marital property regime governs, in each case, the following questions–

– the composition of the estates of the spouses, including both assets and debts; the applicable law will determine, in particular, whether there is a community or a regime of separate property, whether certain goods are characterised as separate or community property, and the property rights or claims that a spouse may derive from the regime of marital property;

– the respective powers of the spouses with regard to administration of the separate and community property; the applicable law will determine, for example, the extent to which the husband enjoys the sole administration and management of a community, whether or not he has authority to manage the separate property of his wife, and whether one of the spouses must obtain the authorisation of the other to dispose of community or separate property, etc.

II PROPERTY RELATIONS BETWEEN SPOUSES WHICH ARE ARGUABLY NOT SUBJECT TO THE LAW THAT IS APPLICABLE TO THE MARITAL PROPERTY REGIME

A certain number of legal institutions which have to do with the property relations between spouses are situated on the borderline of the marital property regime, and the question can be raised as to whether they are subject to the law applicable to it or to another law.
The problem is of interest with respect to legal systems in which the type of institution described is known, as well as with respect to those in which it is not known, but where its nature must be characterised in international relations.

What is the situation, in the view taken by your legal system, with regard to the following institutions:

1 *Capacity of the married woman?*

A certain number of legal systems still recognise the principle of lack of capacity of the married woman. Whether the marital property regime is statutory or contractual, she has no capacity to act without the authorisation of her husband, even in matters which concern her separate property.
Does this question depend on the law which is applicable to the marital property regime, or on another law?

2 *The statutory lien ('hypothèque légale') of the spouses?*

A certain number of legal systems grant to the married woman, or to each of the spouses, a statutory lien, which is at times a secret lien, on the property of the other spouse, with a view to protection against mismanagement of the community property.

Le droit de jouissance d'une telle hypothèque légale dépend-il de la loi du régime matrimonial ou d'une autre loi?

3 *Biens réservés?*

Un certain nombre de législations prévoient que, quel que soit le régime matrimonial, la femme a la pleine propriété et la libre disposition des biens qu'elle a acquis dans l'exercice de sa profession.

Cette institution dépend-elle de la loi applicable au régime matrimonial ou d'une autre loi?

4 *Contrats entre époux?*

Un certain nombre de législations, dans un but de protection des biens de la femme, prohibent les contrats entre époux, notamment les ventes, sociétés et donations entre époux.
Ces prohibitions dépendent-elles de la loi du régime matrimonial ou d'une autre loi?

5 *Incapacité velléienne?*

Un certain nombre de législations, sans nécessairement prohiber les contrats entre époux, interdisent à la femme de se porter caution de son mari.
Cette matière dépend-elle de la loi du régime ou d'une autre loi?

6 *Représentation d'un époux par l'autre. – Mandat domestique?*

Un certain nombre de législations prévoient que lorsque la femme ou l'un des époux contracte pour les besoins du ménage, le mari ou l'autre époux est engagé.

Ce «mandat domestique» est-il rattaché à la loi applicable au régime matrimonial ou à une autre loi?

7 *Obligations alimentaires entre époux?*

Au plan conventionnel le problème de la loi applicable aux obligations alimentaires entre époux a été traité par la Conférence de La Haye indépendamment de la loi applicable au régime matrimonial (v. la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973).
Qu'en est-il en droit commun?

8 Autre question intéressant les relations patrimoniales entre époux et qui ne sont pas soumises à la loi applicable au régime matrimonial?

L'énumération précédente ne saurait être exhaustive et il serait particulièrement intéressant de connaître si certaines dispositions internes de votre système juridique s'appliquent directement à des relations patrimoniales entre époux quelle que soit la teneur de la loi étrangère normalement applicable au régime matrimonial.

III DISSOLUTION ET LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

A Modification du régime matrimonial

1 *Modification du régime matrimonial par accord entre les époux*

Does the right to enjoy such a statutory lien depend on the law of the marital property regime, or on another law?

3 *Reserved property ('biens réserves')?*

A certain number of legal systems make provision, regardless of the marital property regime, for the wife to have full ownership rights and power to dispose freely of the property that she has acquired in the exercise of her profession.
Does this institution depend on the law which is applicable to the marital property regime, or on another law?

4 *Contracts between spouses?*

A certain number of legal systems, with a view to protection of the property of the wife, prohibit contracts between spouses, in particular, those providing for sales, business associations and gifts between spouses.
Do these prohibitions depend on the law of the marital property regime, or on another law?

5 *Lack of capacity to guarantee obligation of the husband?*

A certain number of legal systems, without necessarily prohibiting contracts between spouses, forbid the guarantee by the wife of obligations of the husband.
Does this matter depend on the law of the marital property regime or on another law?

6 *Representation of one spouse by the other. – Domestic agency of necessity ('mandat domestique')?*

A certain number of legal systems make provision that when the wife or one of the spouses contracts for the necessaries of the family, the husband or the other spouse is bound.
Is this domestic 'agency of necessity' connected with the law which is applicable to the marital property regime, or to another law?

7 *Maintenance obligations between spouses?*

On the treaty level the problem of the law applicable to maintenance obligations between spouses has been dealt with by the Hague Conference independently of the law which is applicable to the marital property regime (see the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations of October 2, 1973).
What is the situation with regard to this matter in non-treaty law?

8 *Any other question concerned with property relationships between spouses which are not subject to the law applicable to the marital property regime?*

The foregoing enumeration is not exhaustive, and it would be particularly interesting to know whether certain internal dispositions of your legal system apply directly to property relationships between spouses, regardless of the content of the foreign law which is normally applicable to the marital property regime.

III DISSOLUTION AND LIQUIDATION OF THE MARITAL PROPERTY REGIME

A Modification of the marital property regime

1 *Modification of the marital property regime by agreement between the spouses*

Le problème diffère de celui précédemment examiné dans la première partie du questionnaire, et qui était relatif à la permanence ou à la mutabilité du rattachement. Il s'agit ici de savoir si les époux peuvent, par accord de volonté, changer de régime et modifier leurs relations pécuniaires tout en restant dans le cadre de la loi applicable à celui-ci.

Cette question dépend-elle de la loi applicable au régime matrimonial, ou d'une autre loi (comme la loi personnelle des époux dans la mesure où on pourrait estimer que l'interdiction de changer de régime répond à un but protecteur des intérêts des époux) ?

2 *Modification autoritaire du régime matrimonial*

Un certain nombre de législations permettent ou imposent au juge de prononcer une séparation de biens entre époux, mariés sous un autre régime, lorsque certaines conditions sont réunies, par exemple en cas de séparation judiciaire des époux, en cas de faillite de l'un d'eux ou si l'un des époux met en danger le patrimoine commun.
La possibilité d'agir dépend-elle de la loi applicable au régime matrimonial ou d'une autre loi (comme par exemple la loi du for) ?

B Dissolution du régime matrimonial du vivant des époux

1 Dissolution du mariage. – Divorce. – Annulation *ex tunc*

Quelle est la loi compétente pour déterminer si le régime matrimonial doit être dissous du vivant des époux?

La question semble logiquement échapper à la loi applicable au régime matrimonial. En effet l'existence d'un régime matrimonial étant liée à l'existence d'un mariage, si le for considère que le mariage est dissous, il devrait en tirer la conséquence que le régime matrimonial doit être dissous même si la loi applicable au régime ignore la cause de dissolution du mariage.

2 Nullité du mariage *ex nunc*

A quelle loi sont soumis les effets patrimoniaux d'un mariage déclaré nul?

La notion de régime matrimonial implique l'existence d'un mariage. Si le mariage est déclaré nul *ab initio* quelle en sera la conséquence au plan des relations patrimoniales du couple?

C Dissolution du régime matrimonial en raison de la mort d'un des époux

1 Régime matrimonial et succession

Quel est le domaine de la loi applicable à la succession par rapport à celui de la loi applicable au régime matrimonial?

Il semble que les droits accordés au conjoint survivant en tant qu'héritier *ab intestat* ou réservataire se rangent naturellement dans le domaine de la loi successorale.

a *Qu'en est-il de l'institution spécifique aux successions*

This problem differs from the one which was previously examined in the first part of the questionnaire, which concerned the permanence or mutability of the connecting factor. Here it is a matter of knowing whether the spouses can, by voluntary agreement, change the regime and modify their pecuniary relationship, while still remaining within the framework of the law applicable to that regime.
Does this question depend on the law applicable to the marital property regime, or does it depend on another law (such as the personal law of the spouses, to the extent that the prohibition against changing the regime could be viewed as being responsive to the objective of protecting the interests of the spouses) ?

2 *Modification of the marital property regime by an authority*

A certain number of legal systems permit or require the judge to order separation of property rights as between spouses married under another regime, when certain conditions are met, for example: in the case of a legal separation of the spouses, in case of bankruptcy of one of them, or in the event that one of the spouses puts the community estate in danger.
Does the possibility of taking such action depend on the law applicable to the marital property regime, or on another law (such as, for example, the law of the forum) ?

B Dissolution of the marital property regime while the spouses are living

1 Dissolution of the marriage. – Divorce. – Annulment *ex tunc*

Which law governs the determination as to whether the marital property regime should be dissolved while the spouses are living?

Logically, the question seems to elude the law applicable to the marital property regime. Indeed, since the existence of a marital property regime is linked to the existence of a marriage, if the forum considers the marriage to be dissolved, it should draw from that fact the consequence that the marital property regime should be dissolved, even if the ground for dissolution of the marriage is not known in the law applicable to the regime.

2 Nullity of the marriage *ex nunc*

What law governs the effects on property of a marriage which has been declared void?

The concept of a marital property regime implies the existence of a marriage. If the marriage is declared void *ab initio,* what will be the results on the scheme of property relationship between the couple?

C Dissolution of the marital property regime by reason of the death of one of the spouses

1 The marital property regime and succession

What is the scope of the law applicable to succession in relation to the scope of the law applicable to the marital property regime?

It appears that the rights granted to the surviving spouse as an heir by intestacy or by forced heirship take their place naturally in the category of the law of succession.

a *What about the institution, which is particular to*

entre époux du droit d'usufruit du conjoint survivant connu dans plusieurs législations?

Les systèmes (par exemple français ou belge) qui connaissent cette institution la rangent généralement dans le domaine de la loi successorale.

b *Qu'en est-il d'institutions également spécifiques aux relations entre époux telles que les douaires, préciputs et autres portions de biens attribués par préférence et hors part successorale au conjoint survivant?*

Dans les pays qui connaissent de telles institutions (par exemple Etats-Unis), elles sont généralement soumises à la loi successorale et non à la loi du régime matrimonial.

c *A quelle loi soumettre des institutions qui utilisent le mécanisme successoral pour donner effet au régime matrimonial?*

Le régime matrimonial légal allemand de la communauté différée des augments prévoit en cas de dissolution du mariage du vivant des époux une péréquation mathématique des augments. Par contre, en cas de dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, la péréquation mathématique est remplacée par une péréquation forfaitaire constituée par l'attribution au conjoint survivant du quart de la succession du conjoint décédé. L'attribution du quart de la succession est-il soumis à la loi du régime matrimonial ou à la loi successorale? Qu'en est-il par exemple si le régime matrimonial est soumis à la loi allemande mais que la succession soit soumise à une autre loi qui ne prévoit pas l'attribution d'un tel quart qui s'ajoute aux droits successoraux normaux du conjoint survivant?

d *Les avantages matrimoniaux sont-ils soumis à la loi du régime?*

Certaines législations admettent que les époux peuvent, dans le contrat de mariage, prévoir des «avantages matrimoniaux» comme une répartition inégale ou totale de la communauté à l'un des époux ou au survivant. De tels avantages matrimoniaux dépendent-ils de la loi applicable au régime matrimonial ou sont-ils considérés comme des libéralités? La question prend de l'intérêt lorsque la succession est soumise à une loi connaissant la réserve héréditaire et que l'avantage matrimonial excède la quotité disponible.

2 Régime de l'indivision

A quelle loi est soumis le régime de l'indivision qui peut résulter de la dissolution du régime matrimonial?

Lorsque le mariage est dissous par la mort de l'un des époux, certaines législations prévoient que l'indivision provenant de la communauté pourra être continuée pendant un certain temps et sous certaines conditions entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint décédé. Cette possibilité de maintien de l'indivision ou de «communauté continuée» (notamment connue dans les Etats nordiques) dépend-elle de la loi applicable au régime matrimonial ou de la loi de la situation effective des biens, à laquelle est généralement soumis le régime de la propriété?

successions between spouses, of the right of use and enjoyment ('usufruit') by the surviving spouse, an institution occurring in several legal systems?

The systems (for example, the French and Belgian systems) which recognise this institution generally classify it as being in the field of the law of succession.

b *What about the institutions which are equally particular to relations between spouses, such as dower, curtesy, the widow's allowance, 'préciputs' and other portions of the property which are attributed by priority to the surviving spouse and do not go into the make-up of that spouse's share of the succession?*

In the countries where such institutions are known (for example, the United States), they are generally subject to the law of succession, and not to the law of the marital property regime.

c *What law should govern institutions that utilise the technique of succession to give effect to the marital property regime?*

The statutory marital property regime in Germany, which is a deferred community of gains ('Zugewinngemeinschaft') provides, in the case of dissolution of the marriage while the spouses are living, for a mathematical equalization of the gains. On the other hand, in the case of dissolution of the marriage by the death of one of the spouses, the mathematical equalization is replaced by an equalization in a liquidated amount, consisting of an award to the surviving spouse of one fourth of the estate of the deceased spouse. Is the award of one fourth of the estate governed by the law of the marital property regime or the law of succession? What is the situation, for example, if the marital property regime is governed by the German law but the succession is governed by another law, which does not provide for a similar award of one fourth, in addition to the normal rights of the surviving spouse with respect to the succession?

d *Are matrimonial advantages subject to the law governing the regime?*

Certain systems of law permit the spouses, in the marriage contract, to provide for 'matrimonial advantages', such as an unequal partition, or an award of the entire community to one of the spouses or to the survivor. Do such matrimonial advantages depend on the law applicable to the marital property regime, or are they considered as being gifts? The question takes on interest when the succession is governed by a law which provides for forced heirship and the matrimonial advantage exceeds the portion over which the deceased spouse had a power of disposition.

2 Regime of undivided ownership ('indivision')

What law governs the regime of co-ownership or tenancy in common which may result from the dissolution of the marital property regime?

When the marriage is dissolved by the death of one of the spouses, certain legal systems provide that the undivided community estate may continue in that form during a certain period of time and under certain conditions, as between the surviving spouse and the heirs of the deceased spouse. Does this possibility of maintaining the undivided community or the 'continued community' (known, in particular, in the Nordic States) depend on the law applicable to the marital property regime, or does it depend on the law of the place where the goods are located, which generally governs the property relationships?

3 *Difficultés provoquées par la liquidation simultanée du régime matrimonial et de la succession*

Dans un très grand nombre de cas pratiques, le régime matrimonial est dissous par la mort de l'un des conjoints et à la liquidation du régime se superpose la liquidation de la succession du défunt. Il arrive fréquemment que la loi applicable au régime matrimonial diffère de la loi applicable à la succession. Cette disparité provoque-t-elle dans la pratique des difficultés? Procède-t-on au partage global des biens des époux ou doit-on effectuer successivement les opérations de liquidation du régime matrimonial puis de la succession?

3 *Difficulties brought about by the simultaneous liquidation of the marital property regime and the estate of the deceased spouse*

In a very great number of cases arising in practice, the marital property regime is dissolved by the death of one of the spouses, and the administration of the estate of the deceased spouse is superimposed on the winding up of the marital property regime. It frequently happens that the law applicable to the marital property regime is different from the law applicable to the succession. Does this disparity bring about difficulties in practice? Is the process one of overall or global division of the goods of the spouses, or should the operation of winding up of the marital property regime and then settlement of the estate of the deceased be carried out successively?

Réponses des Gouvernements – Replies of the Governments

Allemagne

Ad question II

1 La capacité de contracter est régie par l'article 14 EGBGB comme effet personnel du mariage.

2 L' «hypothèque légale» dépend, elle aussi, du statut de l'article 14 EGBGB relatif aux effets du mariage.

3 Dans la mesure où une législation prévoit que la femme a la pleine propriété de certains objets quel que soit le régime matrimonial, il y a lieu d'appliquer l'article 14 EGBGB, c'est-à-dire le statut relatif aux effets du mariage.

4–7 Ici est applicable le statut de l'article 14 EGBGB relatif aux effets du mariage.

Ad question III

Sub A

1 Cette question relève du droit applicable au régime matrimonial en vertu de l'article 15 EGBGB.

2 Cette question dépend de l'article 15 EGBGB.

Sub B

1 En principe c'est le statut des régimes matrimoniaux qui est applicable en matière de dissolution du régime matrimonial (article 15 EGBGB). Des problèmes pouvant surgir éventuellement pourront être résolus par la voie de l'assimilation.

2 En cas de mariage nuls ou annulables (attaquables) le statut de mariage de l'article 13 EGBGB n'est pas seulement compétent en matière d'annulation et de dissolution du mariage, mais aussi en matière d'effets du mariage, notamment en ce qui concerne les effets patrimoniaux et le changement de la situation juridique de la femme.

Sub C

1 *a* Ici il s'agit d'une institution qui dépend du droit successoral.

b Cette question relève du droit successoral.

c La péréquation des augments est essentiellement soumise au statut des régimes matrimoniaux. Il n'y a pas de difficultés si le droit successoral est régi par la loi allemande en vertu de l'article 24 EGBGB. Toutefois, des difficultés pourraient surgir si, conjointement à notre loi applicable au régime matrimonial, un droit successoral étranger était applicable, c'est-à-dire si des époux allemands ont acquis une nationalité étrangère après la célébration de leur mariage. L'article 1371 du Code civil allemand est étroitement lié à l'article 1931 du Code civil allemand et suppose l'application du droit successoral allemand.
Le conjoint survivant du légateur étranger n'est pas héritier au sens de l'article 1371, alinéas 1 et 2 du Code civil allemand. En vertu des articles 1373 à 1381 du Code civil allemand le conjoint survivant a droit à la péréquation conjointement avec son droit successoral. La solution de tels cas de conflits de lois est très discutée en doctrine.

d Dans l'optique de la législation allemande il y aurait lieu d'appliquer le statut des régimes matrimoniaux.

2 C'est le statut des régimes matrimoniaux qui fait foi.

3 Des difficultés peuvent être provoquées dans ce domaine. Ces problèmes pourraient être résolus en ne procédant pas à un partage global des biens des époux mais à une liquidation successive de la communauté des biens et de la communauté d'héritiers.

Belgique

Ad question I

C'est la loi applicable au régime matrimonial qui règle *l'étendue de la communauté,* lorsque celle-ci est le régime légal des époux mariés sans contrat; c'est également la loi qui s'applique au régime matrimonial qui régit les questions relatives à:
– la preuve du caractère propre ou commun des biens des époux;
– les droits à récompense contre la communauté ou au profit de celle-ci;
– les pouvoirs respectifs des époux sur les biens propres et communs;
– la composition du passif commun et la possibilité pour chacun des époux d'engager la communauté par ses actes;
– les modes de dissolution du régime de communauté et la possibilité pour la femme de renoncer à celle-ci;
– les opérations à suivre pour *la liquidation* et le partage des biens communs (exercice des reprises et récompenses, payement du passif, partage de l'actif).

Ad question II

1 Selon De Vos (Le problème des conflits de lois, t. I, p. 113), l'incapacité de la femme mariée se rattache au

régime des relations personnelles entre les époux et non à celui de la capacité civile des personnes ni au régime de leurs biens apportés en mariage, c'est-à-dire à leur régime matrimonial.
«Considérant l'incapacité juridique de la femme mariée comme dépendant du régime des relations personnelles entre les époux», De Vos se prononce «pour la compétence de la loi appelée à régir ces relations c'est-à-dire de *la loi personnelle des époux,* laquelle, en cas de différence entre leurs nationalités, sera celle du mari».
S'il s'agissait d'une institution dépendant du régime matrimonial, il faudrait s'en référer à la loi déterminant ce régime et qui ne sera pas toujours celle régissant les relations personnelles entre les époux (Voir également dans le même sens, Graulich, *Principes de Droit international privé,* p. 115).
D'après la Fédération des Notaires, la capacité de la femme mariée doit être rattachée à la *loi nationale de l'épouse sauf s'il y a dérogation par le contrat de mariage.*
Selon Rigaux (*op. cit.* p. 52), plusieurs jugements belges *ont reconnu les effets du régime matrimonial étranger* sur la capacité civile de la femme mariée.
Dans deux cas, l'application de la loi nationale du mari a permis à l'épouse belge de jouir d'une capacité plus étendue que celle reconnue par sa loi nationale.
Cependant, on ne peut pas en déduire que l'épouse pleinement capable selon sa loi nationale, pourrait être privée de cette capacité par l'effet d'un régime matrimonial étranger.

2 Il semble qu'il y ait lieu de distinguer entre *l'existence de l'hypothèque qui dépend de la loi du régime,* et *son exercice,* qui *dépend de la loi du lieu de situation des biens* (*lex rei sitae*). Selon Vander Elst et Polakiewicz (*op. cit.* p. 124), si la publicité est régie par la loi de situation des immeubles, la naissance du droit à l'hypothèque légale devrait être déterminée par le statut personnel de l'épouse. On peut également considérer que c'est la loi du régime qui doit être appliquée quand l'hypothèque a pour but la protection des droits reconnus à l'épouse par le contrat de mariage (art. 68 loi hypothécaire). Par contre, la loi qui régit les effets du mariage quant aux personnes sera appliquée au cas où l'hypothèque est prise au cours du mariage pour d'autres causes de recours.
Aucune jurisprudence n'existe en Belgique sur cette question.

3 Suivant une opinion généralement adoptée, il y aurait lieu à *application de la loi du régime matrimonial.*
C'est ainsi qu'une femme étrangère mariée sous le régime matrimonial belge devrait jouir en Belgique des dispositions de la loi de 1932 sur les biens réservés.
Toutefois, d'après Rigaux, la constitution d'un tel patrimoine, indépendamment du régime matrimonial, et les pouvoirs conférés à l'épouse sur ces biens, *relèvent de sa propre loi nationale* quoi que puisse décider la loi du mari (*op cit.* p. 53).
De Vos pense également que si l'épouse garde sa nationalité, distincte de celle de son mari, et si sa loi nationale consacre l'institution des biens réservés alors que la loi de l'époux ne prévoit pas semblable protection, il échet de faire prévaloir en la matière la loi nationale de la femme sur celle de son mari (*op. cit.* p. 479).

4 La question est controversée, en doctrine et en jurisprudence. De Vos écrit (*op cit.* p. 120) que la matière relève de la *compétence de la loi nationale des époux,* quels que soient leur résidence et leur domicile, quelle que soit la situation des biens qui sont l'objet de leurs tractations.
De Vos ajoute une réserve pour le cas où la femme a conservé sa propre nationalité après son mariage: la loi personnelle de la femme aura qualité pour intervenir si elle est donatrice. La solution serait la même s'il était question non d'une donation mais d'une vente entre époux. Il ne paraît pas possible, de toute façon, de rattacher au régime des biens entre époux la prohibition de certains contrats entre eux ou les règles particulières à certains contrats entre époux.
Si ces règles particulières sont rattachées aux effets du mariage quant aux personnes, elles seront soumises à la loi personnelle des époux, conformément aux principes généraux.
On peut également concevoir l'application cumulative de la loi nationale des deux époux pour savoir s'ils peuvent passer valablement tel ou tel contrat.
La *lex rei sitae* par ailleurs pourrait intervenir éventuellement *pour permettre le transfert de biens immeubles.*

5 Cette prohibition est inconnue en droit belge. D'après l'article 1431 du Code civil, la femme qui s'oblige solidairement avec son mari, n'est réputée s'être obligée que comme caution. On ne peut pas semble-t-il faire dépendre cette incapacité de la loi du régime, mais plutôt de *la loi qui détermine la capacité de contracter.*
Si l'incapacité de l'épouse de se porter caution est une incapacité de jouissance spéciale se rattachant à une institution particulière, elle est régie par la même loi que l'institution juridique qu'elle concerne.
Voir Vander Elst (Conflit de Lois, *Rép. prat. droit belge,* No 20). Egalement De Vos (*op cit.* No 51): *l'incapacité de jouissance sera régie par le statut de l'institution juridique à laquelle elle se rattache.*
Si l'incapacité velléienne repose sur une idée de protection, elle pourrait être rattachée à la loi nationale.

6 Cette question pourrait être rattachée à celle de la capacité que possède l'épouse d'engager par ses actes les biens de la communauté et ceux du mari, question qui ne peut être résolue que par la loi du régime matrimonial.
La solution serait différente si l'on admettait l'existence d'un pouvoir propre de l'épouse d'agir et de prendre des engagements pour les besoins du ménage. Il n'y aurait plus alors mandat donné par le mari. De Vos en conclut que la règle qui permet à la femme de contracter seule avec les tiers «revêt un caractère plutôt territorial». Elle devrait dès lors recevoir son application quelle que soit la loi nationale de la femme et même quelle que soit la loi présidant au régime des relations entre époux (*op. cit.* p. 116).

7 L'obligation alimentaire en général a été rattachée successivement aux lois de police et de sûreté et au statut personnel (Voir Vander Elst, Conflit de lois, compl. *Rép. prat. droit belge,* Nos 66–68).
Selon une «théorie nouvelle», il faudrait abandonner tout rattachement propre de l'obligation alimentaire et y substituer le système du «rattachement accessoire» qui consiste à faire régir l'obligation alimentaire par la même loi que l'institution ou le rapport juridique dont elle découle (*ibid* No 69).
Pour la pension alimentaire entre époux, la loi applicable serait celle qui régit les effets du mariage. Pourrait également être compétente la loi qui règle les droits et devoirs des époux, ce qui conduirait sans doute à l'application de la loi nationale commune ou de la loi nationale du mari.
On constate toutefois en pratique, suivant des décisions récentes (notamment Bruxelles 22 février 1954, *Pasicrisie* 1955. II. 118) que c'est très souvent la «lex fori» qui est appliquée. On considère en effet que

les dispositions de la loi belge en la matière sont d'ordre international public, dans la mesure où elles prescrivent un minimum auquel a droit tout époux se trouvant en Belgique.

8 Il convient de signaler qu'il existe en droit belge un mode particulier d'exécution de l'obligation alimentaire entre époux, la délégation de sommes. Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles (2 décembre 1969, *Pasicrisie,* 1970. II. 55) suivant lequel l'autorisation accordée par le juge de paix, en vertu de l'article 218 C.C., à un époux de percevoir une partie du salaire de son conjoint ne peut sortir aucun effet en dehors du territoire belge à l'égard de l'époux débiteur étranger dont la législation nationale ne connaît pas cette institution juridique.

Ad question III

Sub A

1 Selon Vander Elst et Polakiewicz, la solution qui semble l'emporter est celle du rattachement à la *loi qui s'applique au régime matrimonial lui-même;* «cette loi déterminera d'abord s'il existe une faculté de modifier le régime, ainsi que l'étendue de cette faculté, et les conditions de fond auxquelles les modifications sont soumises».
On trouve la même opinion chez De Vos (*op. cit.* No 447) et chez Rigaux (Les régimes matrimoniaux en droit international privé, p. 45).
Quand les époux n'ont pas fait de contrat, il appartient à la loi nationale du mari de les autoriser à modifier leur régime matrimonial au cours du mariage.
Quand les époux ont fait un contrat, la faculté de modifier le régime conventionnel serait, suivant l'opinion dominante en Belgique, également soumise à la loi du régime. Mais dans ce cas la loi du contrat (choisie par les époux eux-mêmes) pourrait s'appliquer.
Des difficultés subsistent toutefois en cas de changement de nationalité des époux au cours du mariage. Il se pourrait que la nouvelle loi nationale soit compétente pour décider si le régime ancien peut être conventionnellement modifié. (Cf. Vander Elst *op. cit.,* No 48). Certains auteurs estiment que si les deux époux acquièrent, au cours du mariage, une nouvelle et même nationalité, la possibilité de modifier le régime de leurs biens est régie par leur nouvelle loi nationale (Voir à ce sujet Bruxelles, 24 mai 1954, *Rép. prat. droit belge* 1955.107).

2 Les tribunaux belges ont appliqué la *loi du régime en ce qui concerne les causes* pour lesquelles la séparation de biens peut être obtenue (Civ. Bruxelles 9 avril 1971, *Pasicrisie* 1971.III.106). Quant à *la procédure* elle *relève de la lex fori.* (Gand, 21 février 1951, *Pasicrisie* 1951. II.60), (Civ. Charleroi, 28 juin 1958, *Rev. prat. Not.* 1959.373). Une distinction doit en effet être faite entre d'une part les causes pour lesquelles la séparation de biens peut être demandée ainsi que les effets du jugement prononcé et d'autre part la procédure à suivre (y compris la publicité qui doit être donnée à la demande).
Selon Rigaux (*op. cit.* p. 46) «la compétence reconnue à la loi du régime ne fait pas obstacle à l'application d'autres règles générales de droit international privé, notamment de la *lex fori* à la procédure de l'action en séparation de biens». De Vos précise, à propos des articles 1444 et 1445 du Code civil, qui subordonnent l'effet du jugement de séparation de biens à la publicité qu'on lui donne et à son exécution rapide, que «la loi du for est ici souveraine».

Sub B

1 Dans le cas de divorce comme dans le cas de nullité du mariage, c'est la *loi du for* qui *s'applique au principe de la dissolution du régime* (Gand, 21 février 1951, *Pasicrisie* 1951.II.60).
Selon De Vos (*op. cit.,* p. 483) les causes de dissolution de la communauté sont impérativement fixées par la loi du contrat. Ce seront, outre le décès de l'un des époux et l'annulation du mariage, le divorce, la séparation de biens judiciaire, ainsi que, dans les législations qui l'admettent, le changement conventionnel de régime matrimonial.
Il y a donc des causes de dissolution du régime matrimonial et en particulier de la communauté qui n'affectent pas le mariage lui-même (séparation de biens, changement de régime matrimonial) alors que toutes les *causes de dissolution du mariage entraînent nécessairement la dissolution du régime* (par exemple la séparation de corps provoque la séparation de biens). Or, selon De Vos (*op. cit.* p. 137), la possibilité de la dissolution du mariage, ainsi que les causes de la dissolution, dépendent toutes de la loi compétente pour régir les effets du mariage car ce sont les effets du mariage plus exactement la manière dont les époux s'acquittent des obligations que le mariage engendre qui sont «à la base de ces modes de rupture de l'union conjugale». Cet auteur se demande alors s'il ne faut pas, dans ces conditions, faire prévaloir s'agissant des causes de dissolution du mariage la loi applicable aux relations personnelles entre les époux.

2 Selon Rigaux *(Droit international privé,* p. 360), il appartient à la *loi appliquée à la validité du mariage* (loi nationale de chacun des époux en ce qui concerne les conditions de fond, loi du lieu de célébration pour la forme extrinsèque) de déterminer les sanctions des empêchements qu'elle édicte. Il cite un arrêt de la Cour de Bruxelles (31 janvier 1961, *Pasicrisie* 1962.II.137) d'après lequel c'est la loi nationale des époux qui décide si la sanction du mariage contraire à la loi est l'annulation ou la déclaration d'inexistence.
En cas de mariage putatif (annulé *ex nunc*) les conventions matrimoniales s'exécutent jusqu'au jour du jugement prononçant l'annulation. La loi compétente pour décider de la validité du mariage est également celle qui s'appliquera aux effets du mariage annulé. Si cette loi reconnaît l'existence d'un mariage putatif, on pourrait admettre que les conventions matrimoniales ou le régime matrimonial ont été exécutés jusqu'à l'annulation du mariage.
Si, par exemple, la nullité du mariage est édictée par la loi nationale des époux, cette loi déterminera les conditions et les effets d'un mariage putatif notamment dans les relations matrimoniales entre époux.

Sub C

1 *Les droits du conjoint survivant dans la succession* du de cujus *relèvent* certainement *du droit successoral* (cf. Dechamps «Régimes matrimoniaux et successions en droit international privé», p. 69: les droits du conjoint survivant sont régis par la loi qui gouverne la dévolution héréditaire et qui forme le statut successoral; De Vos, *op. cit.* No 274/275). *La solution est différente quand il s'agit des droits de l'époux dans le partage de la communauté* dissoute par le décès.

a L'usufruit attribué au conjoint survivant se rattache au droit successoral *ab intestat.* On ne peut pas le rattacher au régime des biens entre époux. Il est en effet admis que *ce droit d'usufruit possède les caractères d'un droit de succession.*

b *En principe,* il y a lieu de se référer à la *loi applicable à la succession* mais il faut préciser si ces droits sont conférés à l'époux survivant par la loi ou par une convention entre époux.
S'il s'agit de gains de survie légaux, le caractère successoral prédomine, comme dans le cas de l'usufruit légal; si ces avantages ont fait l'objet de stipulations dans le contrat de mariage (avantages matrimoniaux), ils seront logiquement soumis à la loi applicable au régime matrimonial au même titre que les conventions matrimoniales en général.

c Le problème posé par l'exemple cité (communauté différée et péréquation des augments) ne se pose pas en Belgique où un tel système n'est pas prévu par la loi. Il semble que *l'application de la loi successorale* serait la meilleure solution.

d En droit belge, les avantages matrimoniaux sont considérés comme des «conventions de mariage et entre associés» (articles 1516 et 1526 du Code civil) autrement dit, ce ne sont point des libéralités. Il faudra donc les faire dépendre de la *loi applicable au régime matrimonial,* plutôt que de la loi applicable aux donations entre époux.
Le caractère onéreux des avantages matrimoniaux exclut qu'ils puissent, en droit interne belge, être considérés comme portant atteinte à la réserve des héritiers. Le seul effet des avantages en question est de modifier les règles de partage des biens communs en attribuant à l'un des époux (généralement le survivant) une part autre que la moitié. Il ne sera pas tenu compte de cette répartition inégale pour le calcul de la quotité disponible.
La qualification ainsi donnée aux avantages matrimoniaux n'a cependant qu'une valeur relative, puisque, dans certains cas, le Code civil les assimile à des libéralités, en particulier lorsque l'époux bénéficiaire se trouve en présence d'enfants d'un premier mariage de l'autre époux, ou encore lorsqu'un divorce est autorisé aux torts de l'époux bénéficiaire.
Ces solutions paraissent propres au droit des régimes matrimoniaux (en ce qui concerne l'article 1527: hypothèse de l'existence d'enfants d'un précédent mariage) ou à celui du divorce (perte des avantages matrimoniaux par l'époux contre lequel le divorce a été admis).
Sur ce dernier point, voir Rigaux (Régimes matrimoniaux et successions en droit international privé, p. 54): «Ce qu'on appelle «sanctions pécuniaires» du divorce se rattache plutôt aux effets du divorce qu'à la loi du régime: de telles sanctions sont liées à la cause du divorce, elles supposent que le divorce soit lui-même conçu comme la sanction de la faute commise par le conjoint contre qui il est admis». Le même auteur conclut que toutes ces sanctions sont extérieures à l'organisation du régime matrimonial et que rien ne justifie que la loi du régime y soit appliquée.
En dehors de cette exception, on admettra que les avantages matrimoniaux sont soumis à la loi du régime et non pas à la loi applicable aux libéralités.

2 D'après la Fédération des Notaires, le régime de l'indivision qui peut résulter de la dissolution du régime matrimonial est soumis à la *lex rei sitae* en ce qui concerne les biens immeubles, et à la loi du domicile en ce qui concerne les biens meubles.
Il importe toutefois de ne pas confondre l'indivision qui se crée après la dissolution de la communauté et la communauté continuée. Le principe, écrit J. Renauld (Droit patrimonial de la famille, I, No 121) est que la dissolution du régime substitue à un ensemble organisé une masse indivise qui sera soumise au régime de l'indivision de droit commun. Le même auteur écrit encore que le décès de l'un des époux entraîne nécessairement dissolution de la communauté. La continuation de la communauté (par le conjoint survivant et les héritiers du défunt) que connaît encore le droit allemand et qui était admise en droit coutumier est exclue par l'article 1442 du Code civil. «Après le décès du prémourant, il ne subsiste plus jusqu'au partage ... qu'une indivision .... soumise au droit commun» (Renauld, *op cit.,* No 1018).
Les règles applicables à l'indivision post-communautaire (les obligations incombant au conjoint survivant, les droits de la veuve) paraissent se rattacher au droit matrimonial. C'est *la loi applicable au régime matrimonial* qui *paraît compétente pour décider de la possibilité de continuer la communauté ou de l'ouverture d'un état d'indivision.* Les règles applicables à celles-ci pourraient cependant dépendre du régime des biens en général (loi applicable au statut réel).

3 Le régime matrimonial se liquide en premier lieu, la succession ensuite.
Dans la pratique, le partage global ne suscite toutefois pas de difficultés insolubles.
Cependant, s'il fallait soumettre à des lois différentes le partage de la communauté et celui de la succession, il semble bien que théoriquement les opérations devraient être distinguées et effectuées séparément.
L'application successive de la loi gouvernant les régimes matrimoniaux et de la loi successorale pourrait évidemment présenter des inconvénients, notamment dans les situations telles que celle qui résulte du régime matrimonial de droit allemand.

Canada

Ad question I

Généralement, il en est de même au Canada.

Ad question II

1 Jusqu'en 1964, la femme mariée au Québec était incapable d'agir, sauf à l'égard de ses biens réservés, sans autorisation maritale. L'article 177 du Code civil qui sanctionnait cette incapacité a d'abord été modifié par la *Loi sur la capacité de la femme mariée* (L.Q. 1964, ch. 66) puis par la *Loi sur la réforme des régimes matrimoniaux* (L.Q. 1969, ch. 77). Il se lit maintenant comme suit: *La capacité juridique de chacun des époux n'est pas diminuée par le mariage; seuls leurs pouvoirs peuvent être limités par le régime matrimonial.*
Par ailleurs, on considère généralement que l'incapacité de la femme mariée relève du statut personnel et dépend par conséquent de la loi du domicile et non de la loi applicable au régime (Castel. (1962) *22 R. du B.* 233, Lafleur, *Conflict of Laws* (1898) p. 70).
Dans les provinces de common law, cette question dépendrait de la loi applicable à l'acte considéré, par exemple 'the proper law of the contract' ou la *lex rei sitae,* s'il s'agit d'un immeuble (Castel, *Private International Law.* 1960, p. 109; *Landreau v. Lachapelle,* (1937) O.R. 444).

2 Suivant Johnson et Castel (préc.), l'hypothèque légale de la femme mariée relèverait de la loi du domicile matrimonial, donc de la loi du régime, car l'hypothèque a pour but de garantir les obligations patrimoniales du mari envers sa femme, qui ont été créées par le

régime matrimonial. L'hypothèque légale de la femme a été abolie au Québec lors de la réforme des régimes matrimoniaux en 1970.
Dans les provinces de common law, cette hypothèque serait régie par la *lex situs*.

3 Au Québec, les produits du travail personnel de la femme mariée sous le régime de la communauté de biens (régime conventionnel depuis 1970) lui sont réservés. Ils constituent une catégorie particulière de biens, distincte des biens communs et des biens propres. S'agissant d'une question reliée à la composition des patrimoines, il convient de la soumettre à la loi du régime matrimonial (Castel, (1962) *22 R. du B.* 276).

4, 5 et 6 Au Québec, il est généralement admis que ces questions sont soumises à la loi personnelle en vertu de l'article 6 du Code civil. Il s'agit d'effets du mariage relatifs à la personne des époux (Castel, (1962) *22 R. du B.* 276).
Dans les provinces de common law, ces questions semblent relever de la loi du contrat, ou de la *lex situs* s'il s'agit d'immeubles.

7 Le droit aux aliments relève au Canada de la loi du tribunal saisi, et non de la loi applicable au régime matrimonial. Lorsqu'il a compétence, le tribunal applique sa propre loi.

Ad question III

Sub A

1 Comme indiqué précédemment *(supra*, p. 27), il semble que cette question relève de la loi personnelle des époux et non de la loi du régime.

2 Suivant Castel (préc.), la séparation de biens judiciaire (art. 1440 et suivants du Code civil) ou celle qui résulte de la séparation de corps (art. 208 C.c.), dépend de la loi du régime matrimonial. Cette loi déterminera les causes et les effets de la séparation de biens. Par ailleurs, la *lex fori* régit la procédure, les mesures de publicité et les mesures d'exécution. Quant à Johnson (préc.), il semble rattacher la séparation de biens à la *lex fori.*

Sub B

1 En effet, il semble qu'il appartienne au for de dire quel sera l'effet de la dissolution du mariage sur le régime matrimonial. Cela fait, il devrait cependant s'en remettre à la loi du régime pour déterminer les droits respectifs des époux.

2 Au Québec, la nullité du mariage entraîne celle des conventions matrimoniales, sauf le cas du mariage putatif. Les intérêts pécuniaires des époux ne seront pas réglés sur la base de leur régime matrimonial mais plutôt sur la base d'une société de fait (Azard & Bisson, *Droit civil québécois,* t. I, p. 118). Par ailleurs, lorsque le mariage a été contracté de bonne foi, il produit tous ses effets civils (articles 163 et 164 C.c.). Seront donc applicables les règles du régime matrimonial relatives à sa liquidation *(Stephens v. Falchi* (1938) S.C.R. 354).
Dans les provinces de common law, la nullité du mariage entraîne également la nullité des conventions matrimoniales. Le contrat de mariage tombe faute de considération (Payne, (1969) *3 Ottawa L. Rev. 373,* p. 412). Cependant, le tribunal peut, dans l'intérêt des enfants ou des ex-époux *make such orders as it deems proper with regard to the application of property comprised in any antenuptial or post-nuptial settlement . . . (The Queen's Bench Act,* R.S.S. 1965, ch. 73, s. 34; le même pouvoir existe dans les autres provinces, sauf en Ontario où il est limité au cas du divorce et seulement dans l'intérêt des enfants).

Sub C

1 Au Québec, les droits accordés au conjoint survivant, en tant qu'héritier *ab intestat,* relèvent de la loi successorale. Quant aux avantages qui lui échoient par son contrat de mariage ou par la loi (préciput conventionnel, douaire, usufruit légal, et autres), en tant que conjoint survivant, ils relèveraient tantôt de la loi du régime, tantôt d'une autre loi. Ainsi, le préciput conventionnel, et les conventions stipulant que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, relèveraient de la loi du régime. Le Code civil qualifie ces institutions de simples conventions de mariage (articles 1402 et 1411 C.c.). Quant aux douaires, maintenant abolis au Québec, l'ancien article 1442 du Code civil disposait que le douaire légal, ainsi que le douaire conventionnel portant sur des immeubles, constituaient un droit réel soumis à la *lex rei sitae.* Johnson (préc.) rattache cette institution à la loi du régime, alors que Castel souhaite qu'elle soit régie par la loi successorale. Quant au droit d'usufruit du conjoint survivant (art. 1426), Castel le rattache à la loi du régime.
Suivant Cantlie (préc.), le douaire légal du Québec est un droit de succession affectant les immeubles, et dépend par conséquent de la *lex situs.* Il ne peut affecter les immeubles du mari situés au Manitoba. Quant au douaire conventionnel, et autres avantages matrimoniaux résultant du contrat de mariage, ils seraient régis, semble-t-il, par la loi du contrat, sauf si ces conventions portent atteinte à l'ordre public du for *(In Re Jutras Estate,* (préc.).

Danemark

Ad question I

No objection.

Ad question II

1 In principle on the applicable law, but such provisions may be set aside due to binding Danish statutes, if the spouses are domiciled in Denmark.

2 In principle dependant on the law of the marital property regime, but such rights in Danish law will probably prevail with respect to spouses domiciled in Denmark, even if they are unknown in the applicable law.

3 Same as above.

4 On the applicable law, which may be superseded by binding Danish law in this respect, if the spouses are domiciled here.

5 In principle on the applicable law, although Danish third parties in good faith may be able to have such provisions set aside.

6 Danish law will probably prevail, if the spouses are domiciled here.

7 Danish law will probably be applied, if one of the

spouses is domiciled or perhaps even resident in Denmark.

8 There are no such provisions in Danish law. It should be borne in mind that nor are there any court decisions on the questions raised under Nos 1–7 above.

Ad question III

Sub A

1 The answer to the question depends on the law of the domicile of the spouses at the time of the conclusion of the agreement, even if the husband was domiciled in another country at the time of the marriage. Danish doctrine holds that if the new agreement is only supplementary to the original property regime the latter will still be governing the regime with the reservation that it is in accordance with binding Danish statutes and complies with the provisions of form of Danish law. If on the other hand the property regime is originally determined by Danish law, and the spouses conclude an agreement after having established a new domicile abroad the agreement must be concluded in accordance with that law.

2 Danish law on separation of property rights will be applied in Denmark, if the plaintiff or the defendant or both are domiciled in Denmark, even if foreign law is applicable with respect to the property regime. Effectuation of a decision, *i.e.* actual liquidation of common property is contingent on both spouses or the defendant being domiciled in Denmark. The Minister of Justice will, however, be able to refer an action for liquidation to a Danish court, if the case shows a special affiliation to Denmark.

Sub B

1 Liquidation of common property in Denmark is contingent on a request from at least one of the parties. Whether the Danish courts are competent will be decided as mentioned under A 2 and will depend on whether the dissolution of the marriage is recognized in Denmark.

2 If the Danish courts are competent (see A 2) the property relationship may be dissolved at the request of one of the parties.

Sub C

1 The law applicable tot succession depends on the domicile of the decased at the time of his death.

a There are no such legal institutions in Danish law.

b Law of succession. There are no statutes nor court decisions on this point apart from the Nordic Conventions.

c The law of succession will probably prevail.

d The scope of the contracted matrimonial advantages will be restricted by the Danish law of succession.

2 Law of succession.

3 There are no known difficulties. The estates of each spouse will usually be settled at the same time, but it may be necessary to dissolve the marital property regime in order to determine the amount of the estate of the deceased.

Etats-Unis

Ad question I

Again there is the problem of the concept of 'regime' with its built-in incidents which is not part of American law. As a general proposition, there is no 'law applicable to the marital property regime' as distinguished from the law governing the classification (separate or community) of each item of property. Thus there are always at least two patrimonies, the husband's separate property and the wife's separate property; in 8 States, there is also a third partrimony called the community. A couple always domiciled in one of these States may be said to have a permanent 'community regime' but this is not a correct statement; it would be more accurate to say that certain items of property (and liabilities) constitute a community patrimony governed by the local (domicile) laws of community property which do not apply to the separate patrimony of each spouse.
Once an original acquisition is classified, it generally remains in that category after removal to another State or after exchange for something else; the property or its replacement is 'traced' back to its original classification.

Ad question II

1 The general rules of capacity are likely to be applied (see Leflar, pp. 354, 355, 571—573; Goodrich (Scoles ed.) pp. 208–209, 295–296). There is evidence to support the validity of transactions by married women where this can be supported by any law which has some relevance (see Ehrenzweig, *Treatise,* pp. 477–478).

2 The existence of a statutory lien in favor of the wife is the counterbalance of security for the husband's power to deal with or to dispose of assets in which he has a present or future proprietary interest. If the husband has no such power, there is no basis for any security. Accordingly, as a general rule there are no statutory liens unless dower and curtesy might be so considered. As an exception, in the community property system of Louisiana there is provision for a legal mortgage and privilege but it is for the protection of the wife's separate property. See Louisiana Civil Code, arts. 2376–2379, 2390, 3252, 3319, 3349; insofar as these articles protect 'dowry' and 'dotal property of the wife' it should be noted that the constitution of dowry in an antenuptial property agreement is pratically unused and mostly unknown in Louisiana at the present time.

3 Generally, the earnings of the wife are classified by the law of her domicile. In community property States, the wife's earnings go into the community, along with the husband's earnings. With reference to 'unearned income' derived from movables (*e.g.* interest on money) there is no problem about applying the law of the domicile; however, unearned income from immovables (*e.g.* rent) where the domicile is in a community State and the immovable in a separate property State (or vice versa) presents a problem of characterization as to whether *lex situs* or *lex domicilii* will apply. Both views have been expressed but there is a leaning in favor of treating the rent or interest as movables with classification by the law of the domicile. See Marsh, pp. 169–170, 193; Goodrich (Scoles ed.) pp. 247, 249; de Funiak & Vaughn, *Principles of Community Property,* pp. 160–163 (2 ed. 1971).

4 As a matter of interspousal relationships, this question would be governed by the law of the matrimonial domicile, which generally permits such contracts. How-

ever, in order to protect creditors the forum may interpose a local prohibition of public policy, especially in the case of gifts. *Cf.* Louisiana Civil Code art. 2446 (limitation on sales between spouses), arts. 1743–1754 (gifts). Contracts involving interests in land would most likely be decided in accordance with the law of the *situs*.

5 This would follow the general center of gravity rule as to capacity (see *Rest. (2d)* secs. 6, 188, 198 comment *a*; and *cf. Auten v. Auten,* 308 N.Y. 155, 124 N.E. 2d 99 (1954), with the law of the matrimonial domicile as an important factor to be considered, and with the occasional exception of a public policy prohibition or the use of *lex situs* where immovable property interests are involved.

6 This issue would be determined in accordance with 'the most significant relationship' and the rules in *Rest. (2d)* secs. 6, 187–188, 291–292, with the additional policy consideration of the interest of the family for which the objective is the validity and enforceability of the contract.

7 This question would generally be governed by the law of the (matrimonial) domicile (normally the forum) with the special governmental interest of the forum to avoid the public burden of an indigent person. Insofar as constitutional 'full faith and credit' is concerned, it should be noted that the alimony judgment of a sister State (and *a fortiori,* of a foreign country) is not entitled to recognition as to future payments, but only as to past-due and accrued installments. See Leflar, p. 552 and cases cited.

8 There is no conflicts rule 'normally applicable to the marital property regime' because there is no concept of 'regime' and its incidents – see discussion in part two, question I.

Ad question III

Sub A

1 See above and in particular the answer to question II, B in part one.

2 A judicial separation from bed and board, or a so-called divorce from bed and board would generally be governed by the law of the domicile and may be accompanied by a separation of interspousal property interests although the marital status as such continues; in cases of an amicable property settlement, the substantive provisions of the agreement would normally be incorporated by the court into its decree. Such a judicial separation would probably not *ipso jure* cut off the claims to dower and curtesy, certainly not as to property owned at the time of the separation although it is doubtful whether such claims could affect property acquired after the separation decree. In some community property States, there can be a judicial separation of property while the spouses continue living together (see Louisiana Civil Code arts. 2425 ff., and de Funiak, *Community Property* (2 ed. 1971) pp. 323–324, 514–519). In any case, the judgment may include provision for alimony payments by one spouse to the other.

Sub B

1 The statement in the Droz Commentary would appear to be correct, that if the forum decides the marriage has been terminated it must also consider the marital property interests as dissolved. However, in the United States, there is a different approach with different problems of jurisdiction and full faith and credit. In the case of a bilateral divorce, with both parties before the court, there is jurisdiction to order disposition or distribution of movable property and local immovables; as to immovables located elsewhere, the court may order one party to execute a conveyance and this order will be accepted by a court at the *situs*. In the case of an *ex parte* divorce with no personal jurisdiction over the defendant or his/her property, the court has no jurisdiction to affect the defendant's property interests even though there is recognized jurisdiction to change marital status. In any event, it is conceivable that interests in land may continue unchanged (at least in re 3rd persons), until the completion of certain appropriate documents and their recordation at the *situs*.

2 Normally, the annulment which declares a marriage void *ab initio* restores the parties to *status quo ante* as if no marriage had taken place. While this is always true as to legal status of the two parties, there may be civil effects as to property interests especially if one or both parties were in good faith (*cf.* La. Civil Code arts. 117–118). This question is likely to be determined by *lex situs* for immovables and either *lex domicilii* or *lex fori* (if both parties in court) for movables. Most of the American cases which involve annulment are concerned with the issue of jurisdiction to annul (see *Rest.* (2d) sec. 76). On other issues concerning incidents of anulled marriages, an American court is likely to treat them by analogy to divorce insofar as appropriate.

Sub C

1 The right of a surviving spouse as an heir by intestacy or by forced heirship is part of the law of successions, governed by *lex domicilii* of the decedent at the time of death for movables and *lex situs* for immovables.

a In the common law States which have a separate property system, there are the survivorship rights of dower and curtesy which affect only immovable property and would be governed by *lex situs*. Many States also have provision for a 'widow's allowance'. A right of usufruct exists in Louisiana as a part of the law of successions: Louisiana Civil Code article 916 provides that where there is issue of the marriage the surviving spouse is entitled to a usufruct of the share of the community which the children inherit; this occurs only if the decedent has not made testamentary disposition of his share of the community, and terminates upon remarriage of the survivor (see also de Funiak, 2 ed pp. 462–463).

b Where such rights exist they are usually matters of succession law – see replies to preceding questions, and Atkinson, *Handbook of the Law of Wills* (2 ed. 1953) pp. 62–63, 107–134. Some States also give the surviving spouse a priority right of 'homestead'. An unusual provision is contained in Louisiana Civil Code article 2382 for the situation where one spouse dies rich leaving the survivor in necessitous circumstances who is then entitled to the so-called 'marital portion'. This varies in amount from one-fourth in full ownership if there are no children, to one-fourth in usufruct only if there are three or less children, and a child's share in usufruct if there are more than three children.

c Not applicable in the United States. According to the succession laws, immovable property is governed by *lex situs* and movables by law of the domicile without regard to marital property questions.

d Not applicable in the United States.

2 The co-ownership possibility upon dissolution of the

marital property relationship is likely to arise where the property in question was community before the dissolution, acquired in a community State but located in a separate property State at the time of the dissolution. In this kind of situation, the original nature of the property (community) in the first State is continued into the second State *(Rest. (2d)* sec. 259); but since the community characterization as such does not exist in the second State, courts have used what may have been considered the local equivalent by classifying the property as 'tenancy in common' as a sort of undivided co-ownership. Actually, there are many differences between community property and tenancy in common (see Ehrenzweig, *Private International Law,* vol. 2, p. 209; Marsh, pp. 58–67, 239 ff.)
In Louisiana, when the community is dissolved by the death of one spouse who has not disposed by will of his share of the community, and there is issue of the marriage, the surviving spouse has a usufruct (see answer to question III.C 1 (*a*) above), while the children have the naked ownership. Analytically, these two property interests are different elements of ownership, and although the community property is kept together as one whole, there is really no co-ownership strictly speaking.

3 Again, the concept of a 'regime' is not significant so that there is no occasion for what the question asks about 'simultaneous liquidation.' The classification of property owned by the spouses at the termination of their marriage by death of one spouse is not a matter of 'regime' but of domicile, and time and place of each acquisition. The estate of the deceased spouse is administered as a matter of succession law.
Problems do exist, especially where the spouses have changed their domicile from a separate property State to a community property State, or vice versa. For example, if a couple lived in New York where the husband accumulated a large fortune as his separate property and later they settled in Louisiana where the husband died intestate: under Louisiana law, the wife is generally not an intestate heir, so she would get nothing. Looking at the whole story: if the couple had remained in New York, the wife would have been provided for by the statutory share of the husband's estate; likewise, if they had lived all the time in Louisiana, the husband's acquisitions would have been community with one-half belonging to the wife. The difficulty results from the chronological analysis and characterization which could be obviated by treating both questions (classification of the property and intestate inheritance) together and governed entirely by the law of either New York or Louisiana. Conversely, if the move had been in the other direction, the widow might be unduly benefited (at expense of other heirs) if she received half of the community plus inheritance and survivorship rights. (See Leflar, p. 567 ff,; Marsh, p. 244 ff,; Ehrenzweig, *Private International Law,* vol. 2, p. 209; see also cases and notes in Reese and Rosenberg, *Cases on Conflict of Laws,* 6 ed. 1971, pp. 932–944; Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws,* p. 326.) However, the courts have not done this, and the actual solutions are likely to be legislative. For example, California has introduced 'quasi-community property' – by statute in California Civil Code, sec. 4803 – whereby property which was separate by the appropriate law at the time of its acquisition is dealt with in a California succession administration as if it were community (see de Funiak (2d ed.) pp. 153, 231–232).

Finlande

Ad question I

1 Composition active et passive du patrimoine des époux.

2 Pouvoirs respectifs des époux quant à la question des biens propres ou communs.

3 Dissolution et liquidation du régime matrimonial du vivant des époux et en raison de la mort d'un des époux.

Ad question II

Selon les principes d'interprétation actuellement dominants en Finlande, il n'est pas possible de déterminer par des règles strictes les frontières des qualifications juridiques en droit international privé finlandais de sorte que ces règles puissent être prises en considération sans exceptions dans tous les cas ayant un caractère international. C'est pourquoi les prises de position présentées ci-après ne sont que des principes généraux que l'on peut considérer seulement comme des points de départ pour l'interprétation. Ces principes souffrent des modifications, surtout quand leur application mènerait en toute évidence à un résultat immodéré et peu approprié. A cause de cela spécialement, la frontière entre la loi applicable au régime matrimonial et le domaine de la loi des successions est très difficile à déterminer.

1 La capacité juridique de l'épouse est déterminée par sa loi nationale pourvu que cela ne soit pas contraire selon la loi applicable au régime matrimonial. D'autre part, il est bien évident, que les dispositions de la loi applicable au régime matrimonial qui connaissent le système de l'incapacité seraient contre l'ordre public en Finlande.

2 Loi du régime matrimonial.

3 Loi du régime matrimonial.

4 Loi du régime matrimonial.

5 Loi applicable aux obligations.

6 Loi du régime matrimonial.

7 La loi nationale des époux.

8 Les dons entre époux: un contrat de mariage par lequel un bien quelconque a été transféré sans compensation à l'un ou l'autre conjoint ne peut cependant être invoqué, en dehors de la faillite, que contre celui qui est prouvé en avoir eu connaissance, et en cas de faillite un contrat de cette nature est nul. *A tout autre égard les dispositions de la loi finlandaise seront appliquées aux dons entre époux* (art. 16, alinéa 1).

Ad question III

Sub A

1 La question est réglée par la loi applicable au régime matrimonial.

2 Loi du régime matrimonial.

Sub B

1 Le régime matrimonial est considéré comme dissous

si la dissolution du mariage du vivant des époux est reconnue selon la législation finlandaise.

2 Si le mariage est déclaré nul *ab initio,* cela n'a aucun effet au plan des relations patrimoniales du couple. Les effets patrimoniaux d'un mariage déclaré nul *ex nunc* sont déterminés par la loi applicable au régime matrimonial.

Sub C

1 En principe, les droits accordés au conjoint survivant en tant qu'héritier *ab intestat* ou réservataire sont déterminés par la loi successorale.

a Le droit d'usufruit est déterminé par la loi applicable aux successions.

b Loi successorale.

c En principe, la loi successorale est applicable dans ce cas. Cependant si, dans un cas particulier, le résultat est immodéré, une dérogation de cette règle générale peut avoir lieu. Par exemple, lorsqu'il s'agit d'époux qui, lors de la conclusion du mariage, étaient des ressortissants de la République fédérale d'Allemagne mais qui ensuite avaient obtenu la nationalité finlandaise et que leur mariage a été dissous à cause du décès de l'un des époux, le conjoint décédé ayant des héritiers directs, on pourrait, en interprétant la loi finlandaise internationale privée, probablement considérer que le droit du conjoint survivant sous le régime de la communauté différée des augments conforme à la législation de la République fédérale d'Allemagne appartienne au régime matrimonial. Si l'on ne procédait ainsi, le conjoint survivant n'aurait plus aucun droit sur la fortune du défunt.

d En principe, oui.

2 Le régime de l'indivision dépend de la loi sucessorale.

3 La liquidation simultanée du régime matrimonial et de la succession a provoqué des difficultés dans plusieurs cas en pratique en Finlande. En général, on applique le principe de la liquidation successive, mais à cause des différences entre la loi applicable au régime matrimonial et celle applicable aux successions on peut modifier cette règle principale dans certains cas et même appliquer le principe du partage global.

Israël

Ad question I

The Israeli law on matrimonial property covers the following matters: formalities regulating agreements between spouses as to their property relations; statutory arrangement for balancing or resources in the absence of an express agreement – lack of effect of such arrangement during marriage; rights of spouses arising on termination of marriage, procedure for realisation of such rights, measures to protect such rights.

Ad question II

1 A married woman has full legal capacity in all respects, in accordance with the Women's Equal Rights Law, 1951.

2 No such hypothecation exists under Israeli law.

3 There is no such legislative provision in Israel.

4 Generally speaking, no prohibitions on contracting between spouses exist under Israeli law. Chapter One of the Spouses (Property Relations) Law, 1973, dealing with arrangements by agreement between spouses, contains no restrictions as to the content of such agreements.

5 There is no restriction on a married woman resorting to her husband's guarantee.

6 This matter does not relate to matrimonial property, but rather to the field of contractual capacity and agency.

7 Maintenance obligations between spouses do not belong to the field of matrimonial property and are regulated by separate legislation, *i.e.* the Family Law Amendment (Maintenance) Law, 1959.

8 Section 17 of the Spouses (Property Relations) Law, 1973 contains a saving clause which preserves the rights of a woman under her 'ketubah', the marriage settlement under Jewish religious law. This would apply, at any rate, to all Jewish women who are Israeli citizens or domiciliaries.
Mention should also be made of the spouses right of pre-emption in respect of his or her share of joint property used for agricultural or commercial purposes or of a joint apartment, which is also preserved by the same section. This would apparently apply to all such immovable property situated in Israel.

Ad question III

Sub A

1 Section 15 permits modification of property relations between spouses by agreement within the framework of the domiciliary law.

2 Israeli law does not provide for such judicial powers.

Sub B

1 The effect of divorce or nullity on the marriage settlement is also a matter to be determined by the domiciliary law, within the framework of the conflicts rule of section 15.

2 The same applies where a marriage is declared void *ab initio.*

Sub C

1 Under Israeli law, balancing of resources between spouses on the death of one of them is governed by the specific enactment relating to matrimonial property, whereas the relationship between the rights of the surviving spouse and that of the other heirs is a matter for the general law of succession. Under Israeli law, which in this matter follows Jewish religious law, the wife is entitled on the death of her husband to her marriage portion, known as 'ketubah', which is deducted from what she is entitled to under her husband's estate. This matter is regulated by the general Succession Law. From this it would appear that such matters as jointures and marriage portions would be classified as belonging to the realm of succession, under the general rule that the question of classification of an issue for the purposes of conflicts rules is a matter for the *lex fori.*
However Israeli case law also considers that in carrying out this process, the *lex fori* should take a broad view

of the foreign rule concerned. Hence each institution belonging to a foreign system would be considered on its merits before being classified as a matter of matrimonial property relations or of succession.

2 No such provision exists under Israel law, but the matter would appear to be one concerning the matrimonial property regime rather than a general matter of succession.

3 The Succession Law 1965 was amended by the Spouses (Property Relations) Law 1973 so as to harmonise its provisions with the mechanism of the 'balancing of resources' arrangement which under the latter enactment takes effect, *inter alia,* on the death of one of the spouses.

Italie

Ad question I

Le régime de la séparation des biens permet que chacun des époux maintienne inaltéré son propre patrimoine mobilier ou immobilier duquel il conserve la pleine disponibilité et la libre administration sans nécessité d'aucune autorisation de la part de l'autre conjoint pour les actes d'administration extraordinaire ou de disposition des biens.

Ad question II

1 Le mari ne peut accorder aucune autorisation puisque la loi habilite la femme mariée à l'accomplissement de tout acte juridique; la seule exception est constituée par l'hypothèse de la femme mineure, émancipée de droit par le mariage, qui est soumise à la curatelle du mari pour les actes d'administration extraordinaire et de disposition des propres biens.

2 La législation italienne prévoit par une disposition indérogeable: la constitution d'hypothèque légale sur les biens du mari, en garantie de la restitution des biens dotaux (article 2817 n. 3 du Code civil); cette hypothèque peut être constituée seulement sur les biens du mari bénéficiaire de la dot et est rattachée seulement au régime patrimonial particulier qui s'appelle «régime dotal». L'hypothèque est soumise aux habituelles formes de publication dérivant de l'inscription aux registres immobiliers publics. L'hypothèque légale est prévue seulement par le régime dotal.

3 La législation italienne ne prévoit pas une situation juridique particulière pour les biens acquis par la femme dans l'exercice d'une profession. Ceux-ci peuvent être indifféremment soumis au régime légal (séparation des biens) ou constitués en dot, en communauté ou en patrimoine familial, ou être considérés biens paraphernaux. La volonté des parties est libre dans le choix du régime considéré le plus adéquat. Ces dispositions dépendent de la législation appliquée au régime matrimonial.

4 La législation italienne ne prévoit aucune limitation se référant aux contrats entre époux. La donation entre époux est interdite par l'article 781 du Code civil, à l'exception des cadeaux d'usage. La limitation ne dépend pas du régime matrimonial mais d'une autre loi.

5 La législation italienne ne prévoit aucune limitation pour la femme mariée de se porter caution en matière civile ou pénale, en faveur de son mari.

6 La législation italienne ne prévoit aucun cas de «mandat domestique» considéré en soi. Dans les régimes conventionnels du patrimoine familial, de la communauté des biens et de la dot, sont prévus des devoirs d'administration en principe en faveur du mari.

7 L'obligation alimentaire est réglée par les articles 433–448 du Code civil; ces dispositions établissent l'obligation, pour le conjoint, de fournir la prestation alimentaire à l'autre conjoint, si les conditions de loi (état de besoin du titulaire du droit, conditions économiques de l'obligé), subsistent, et en tant que premier obligé par rapport aux autres.

Ad question III

Sub A

1 La législation italienne s'inspire du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (article 162 du Code civil); celles-ci peuvent être changées seulement avant le mariage avec les précautions établies par l'article 163 du Code civil, pour la tutelle des parties et pour la garantie des tiers. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales semble être inspiré par des principes d'ordre public (affection conjugale ou sujétion de personnalité), donc même si le régime patrimonial rattaché est différent de celui italien, il n'apparaît pas possible de changer les conventions mêmes.

2 La législation italienne prévoit des modifications au régime conventionnel dans les cas suivants:

a séparation de corps des époux, ce qui provoque, en général, la perte du droit d'administration des biens bloqués au préjudice du conjoint en faute;

b négligence dans l'administration des biens bloqués (dotaux – communauté – patrimoine familial) quand l'administration est dévolue à l'autre conjoint ou à un administrateur judiciaire;

c faillite du conjoint-administrateur des biens bloqués, avec passage de l'administration à l'autre conjoint ou à un administrateur judiciaire. La possibilité d'agir en jugement est rattachée à la loi du for.

Sub B

1 La loi compétente est la loi régulatrice du mariage, c'est-à-dire la législation italienne ou étrangère dans les cas de rattachement. Cependant puisque la législation italienne n'admet le divorce qu'en certains cas déterminés le juge italien ne pourra pas connaître des questions sur le mariage réglé par une législation étrangère; si un jugement émis sur la base d'une législation étrangère concède le divorce, ce jugement pourra être rendu exécutif en Italie à travers la procédure d'exequatur.

2 Puisque le régime patrimonial du mariage est réglé par la législation qui règle le mariage, une déclaration de nullité du mariage comporte aussi l'inefficacité de régime patrimonial; tout devra être ramené à la situation existant avant le mariage, en préservant les droits des tiers, éventuellement acquis.

Sub C

1 A la succession pour cause de décès s'applique la loi personnelle du défunt (article 23 des dispositions préliminaires au Code civil); ceci est une disposition spéciale en matière de successions pour cause de décès et prévaut sur toute autre disposition. Il peut donc ne pas

y avoir de coïncidence entre la loi régulatrice du mariage et celle de la succession, par exemple par acquis de nationalité nouvelle après le mariage.

a Dans le domaine de la succession *ab intestat* le conjoint survivant a droit, si des enfants légitimes ou légitimés et naturels y concourent, à l'usufruit d'une quote-part d'héritage, qui est de 1/2 s'il concourt avec un seul enfant, et de 1/3 dans d'autres cas (article 581 du Code civil). Dans le domaine de la succession nécessaire (réserve de loi en faveur de certaines catégories de conjoints) il revient au conjoint survivant une quote-part de l'héritage en usufruit, quiconque y concoure; les taux en rapport avec les différentes hypothèses de concours, sont réglés par les articles 543–546 du Code civil.
Le conjoint contre lequel a été prononcé le jugement de séparation de corps est exclu aussi bien de la succession *ab intestat* que de la succession nécessaire (article 585 du Code civil).

b Le droit italien ne connaît pas ces institutions.

c La matière de succession à cause de décès est réglée par la loi personnelle du défunt au moment du décès. Cette loi seule sera applicable pour la législation italienne, même si cette loi sera en contraste avec d'autres lois régulatrices des rapports entre époux.

d On peut trouver un cas d' «avantages matrimoniaux» dans l'article 219 du Code civil, qui autorise les époux, dans le régime conventionnel de la communauté des bénéfices et des acquêts, à stipuler une participation inégale aux bénéfices; cet avantage d'un conjoint n'est pas considéré comme un acte de libéralité et donc soustrait à la défense de donation entre époux (article 781 du Code civil), et par conséquent n'est pas soumis à l'action de réduction en cas d'atteinte de la légitime.

2 Pour la législation italienne, une continuité du régime de la communauté des bénéfices entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint décédé, n'est pas prévue (article 225 du Code civil).

3 Pour la législation italienne les dispositions en matière de succession pour cause de décès prévalent.

Japon

Ad question I

The matters listed up in the questionnaire are included in the scope of application of matrimonial property regime. These are not exhaustive, but cover the most parts of the scope of application.

Ad question II

The matters 1, and 4 to 7 are governed by the law applicable to marriage, 2 by the law applicable to the matrimonial property regime and, in some cases, the law of the place where the property is located (*lex situs*), and 3 by the law applicable to the matrimonial property regime.

Ad question III

Sub A

1 and 2 This question is subject to the law applicable to the matrimonial property regime.

Sub B

1 and 2 There is no provision, but the prevailing opinion is that the question is governed by the law applicable to the matrimonial property regime.

Sub C

1 The questions in *a* and *b* are subject to the law applicable to succession. As to the question in *c* and *d*, there is no precedent and it would be difficult to make a general rule.

2 There is neither provision nor precedent.

3 Under Japanese rules of conflict of laws, the applicable law to matrimonial regime is the same as that to succession where the husband died prior to his wife's death without changing his nationality after their marriage. In the other cases, the difficulties mentioned in the commentary will arise.

Luxembourg

Ad question I

1 Les indications données semblent correspondre à la pratique luxembourgeoise.
Toutefois, depuis l'introduction par la loi du 12 décembre 1972 d'un régime matrimonial primaire, de caractère impératif, devant se superposer au régime matrimonial, soit légal, soit conventionnel, on peut se demander si les questions relevant de ce régime primaire ne relèvent pas de la loi régissant les effets du mariage. Il s'agit notamment des pouvoirs des époux sur les revenus de leur travail et les fruits de leurs propres, ainsi que du mandat domestique donnant pouvoir légal à chaque époux de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants avec engagement solidaire de l'autre époux. En effet, l'article 226 nouveau du Code civil dispose que ces dispositions sont applicables par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux.

Ad question II

1 La capacité de la femme mariée est régie par sa loi nationale. C'est ce qui a été décidé à propos de la capacité d'ester en justice (Cour J. 8 juillet 1957, Koethnig-Cannas/M.P. *Pasicrisie luxembourgeoise,* t. 17, p. 184).

2 L'hypothèque légale n'est pas régie par la loi applicable au régime matrimonial, mais par celle régissant le mariage (Cour 28 janvier 1948, *Rosenthal c. Sotil. Pas.* 14.358). Lorsque l'hypothèque légale doit frapper des immeubles situés au Luxembourg, son existence doit s'apprécier cumulativement d'après la loi régissant le mariage et celle de la situation des immeubles (Cour 30 janvier 1952, *Siverio c. Delli-Zotti, Pas.* 15.272).

3 Biens réservés.
Quoique l'institution soit inconnue au Luxembourg, il semble qu'elle doive être régie par la loi des effets du mariage, comme correspondant à ce qui chez nous constitue le régime matrimonial primaire.

4 La réglementation des contrats entre époux ne semble pas devoir être régie par la loi du régime matrimonial, mais plutôt par celle régissant le mariage.

En matière de société – et il convient de signaler que la loi luxembourgeoise admet la constitution d'une société à responsabilité limitée entre les deux seuls époux – il faudra même admettre que la validité du contrat obéit à la loi régissant la société.

5 L'incapacité velléienne n'existe pas en droit luxembourgeois et un problème de droit international privé ne s'est encore jamais posé. S'agissant d'une question de capacité, elle pourrait être soumise à la loi du statut personnel.

6 Le mandat domestique semble devoir être rattaché à la loi applicable au mariage, alors que d'après la loi luxembourgeoise il constitue un effet nécessaire du mariage qui ne saurait être écarté par la volonté des parties.

7 Les obligations alimentaires entre époux ressortissent de la loi applicable au mariage.

Ad question III

Sub A

1 S'agissant de la modification d'un contrat, on pourrait logiquement penser à rattacher la faculté de changer le régime matrimonial à la loi régissant le régime initial lui-même. Un rattachement à la loi du statut personnel pourrait également se justifier. En l'absence d'une jurisprudence à cet égard et de l'expérience réduite en ce domaine, la faculté de changer de régime matrimonial n'étant admise que depuis la loi du 12 décembre 1972, il est difficile de prévoir la solution qui sera retenue.

2 Il semble que la possibilité d'imposer à une des parties une modification du régime initial doive être régie par la loi du régime matrimonial, sauf intervention de l'ordre public.

Sub B

1 La loi du mariage

2 Il semble que les effets patrimoniaux du mariage déclaré nul doivent être régis par la loi en vertu de laquelle le mariage a été annulé. Il n'existe pas de jurisprudence sur la question.

Sub C

1 Réponse exacte.

a Le droit d'usufruit du conjoint survivant sera rangé également au Luxembourg dans le domaine de la loi successorale.

b Ces institutions sont inconnues au Luxembourg; il est en conséquence difficile de se prononcer sur leur rattachement, qui devrait être fonction de leur qualification d'après la loi qui les prévoit.

c La question ne s'est pas encore posée et une réponse valable ne peut être donnée.

d Les avantages matrimoniaux sont expressément soustraits aux règles successorales, par conséquent ils devraient obéir à la loi applicable au régime matrimonial.

2 Le problème ne s'est pas encore posé; probablement: rattachement à la loi du régime matrimonial.

3 Pas d'indications.

Norvège

Ad question I

What is stated in Section one is quite correct in regard to Norwegian law. As regards the respective powers of the spouses to administer the separate and community property no definitive answer can be given.

Ad question II

1 In principle the capacity of the married woman would be decided by the law in the country where she is domiciled at the moment of the legal act. However, the Norwegian courts would probably not accept ('ordre public') foreign law laying down the principle of lack of capacity for the married woman.

2 No definitive answer can be given to this question. However, in principle the law of the marital property regime should be applied. However, the rights would probably not be protected against the other spouse's creditors.

3 The law applicable would probably be that of the marital property regime.

4 No answer.

5 No answer.

6 No answer.

7 The Norwegian courts would as a general rule apply the law of the country where the spouses had their last marital domicile.

Ad question III

Sub A

1 The question probably does depend on the law applicable to the marital property regime.

2 No answer.

Sub B

1 No answer.

2 No answer.

Sub C

1 The law of succession should be applied.

a Norwegian law would probably regard this as a question of succession.

b Also this question would be governed by the law of succession.

c No answer.

d No answer.

2 Norwegian law would probably regard this as a question of succession.

3 According to Norwegian law the process is one of overall or global division of the goods of the spouses.

Pays-Bas

Ad question I

Aux Pays-Bas les matières indiquées à l'alinéa premier font partie du régime matrimonial; il en est de même, parmi les cas indiqués sous le second alinéa, pour la question de savoir si le mari est chargé de l'administration des biens communs. Il existe par contre des doutes quant à la qualification des matières mentionnées dans les trois dernières lignes.

Ad question II

1 La capacité de la femme mariée n'est pas, en droit néerlandais, soumise à la loi qui régit le régime matrimonial, mais à sa loi personnelle.

2 Le droit néerlandais ne connaît pas l'hypothèque légale de l'un des époux sur les biens de l'autre. La validité d'une telle hypothèque, lorsqu'elle a pour objet un immeuble sis aux Pays-Bas, ne sera pas appréciée d'après la loi régissant le régime matrimonial, mais selon la *lex rei sitae,* en l'espèce selon le droit néerlandais. Celui-ci n'attachera pas à une telle hypothèque, dépourvue de publicité, les effets d'un droit réel valable.

3 Une règle bien établie n'a pu être constatée.

4 Selon un arrêt de la Cour de cassation datant de 1929, cette matière appartient au domaine des régimes matrimoniaux.

5 Une règle bien établie n'a pu être constatée.

6 La question ne fait pas partie du régime matrimonial; elle est soumise au statut du mariage; les droits des tiers seront, selon toute probabilité, protégés.

7 La question ne fait pas, en général, partie du régime matrimonial.

8 Une règle bien établie n'a pu être constatée.

Ad question III

Sub A

1 En principe la question est soumise à la *lex causae,* à savoir à la loi du régime matrimonial. Il n'est pas exclu, cependant, que la loi personnelle des époux influe sur les solutions à donner aux cas concrets.

2 Une règle bien établie n'a pu être constatée.

Sub B

1 Il est impossible de donner une réponse générale à cette question. Le tribunal saisi de la dissolution du lien conjugal estimera probablement, que toute communauté qui pourrait exister à ce moment doit être dissolue selon la loi qui la régit.

1 et 2 Nullité du mariage *ex tunc* ou *ex nunc:* une règle bien établie n'a pu être constatée.

Sub C

1 En ce qui concerne le droit néerlandais, le bien-fondé des observations figurant dans l'exposé qui accompagne cette question est affirmé.

a En principe: droit des successions.

b En principe: droit des successions.

c On peut supposer, d'après la jurisprudence, que cette matière est qualifiée en droit néerlandais comme appartenant au régime matrimonial.

d Une règle bien établie n'a pu être constatée.

2 Une règle bien établie n'a pu être constatée.

3 Les difficultés signalées sont réelles. On cherche des solutions par le procédé de «l'assimilation». Pour ce qui est de la distribution des biens, on commencera, tout au moins du point de vue intellectuel, par la dissolution de la communauté, avant de déterminer les droits à la succession.

Royaume-Uni

Ad question I

The English and Scottish courts will be guided by the *lex causae* as to the general scope of the law applicable to the marital property regime.

Ad question II

1 By the internal laws of England and Wales and of Scotland, a married woman has the same capacity as she would have if unmarried. *The Married Woman's Property (Scotland) Act 1920,* which extended full capacity to married women, purported to do so only when the husband was domiciled in Scotland. Otherwise, the appropriate choice of law rules of the laws of England and Scotland in respect of the capacity of married women are uncertain. *The Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973,* while providing that a wife's domicile is to be ascertained separately, makes no special provision relating to her capacity. It is possible that different rules apply to commercial contracts and contracts of non-commercial nature, the former being governed either by the *lex loci contractus* or the proper law and the latter by the *lex domicilii.* Within both classes, different rules may apply with respect to capacity to alienate immovable property.

2 In English municipal law there is no 'statutory lien' as such, but the general law recognises that a person may in some circumstances have rights in the property of another; of particular importance as between spouses is the doctrine of the 'trust'. Under the *Matrimonial Homes Act 1967* a spouse is, so long as the marriage subsists, given rights (terminable by the court in its discretion) of occupation in the matrimonial home. New legislation relating to the matrimonial home is currently in preparation. Scots law, like English law, has no 'statutory liens'.
In both English and Scottish law the existence and extent of such a right is likely to be referred to the *lex situs,* where the lien is in respect of immovables, and otherwise to the law governing the matrimonial regime.

3 The laws of England and of Scotland accept the doctrine of separation of property; provisions for reserved property are thus unnecessary. There is no authority as to the effect of foreign rules relating to reserved property.

4 Neither Scots nor English law prohibits nor regulates in any special way contracts between spouses, though

it may be less easy as between spouses to infer the intention to create a binding contractual obligation (see *Balfour v. Balfour* (1919) 2 K.B. 571). In neither system are gifts between spouses prohibited. In Scotland, the validity and revocability of gifts between spouses are regarded as questions of matrimonial property law.

5 Under English law and Scots law a wife may lawfully guarantee the obligations of her husband. Her capacity to do so would be referred to the general principles of the law relating to capacity to contract.

6 The right of a deserted wife to pledge her husband's credit for necessaries, the so-called 'agency of necessity', was abolished in English law by the *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970,* section 41. An analogous Scottish right remains. There is no authority in either country as to the principles which determine when a foreign law is to be applied.
The different presumption, arising from cohabitation, that a member of the family has authority to purchase reasonable provisions for the household, subsists in both systems, but arises from the general law of agency and is thought to be governed by the rules appropriate to agency relationships.

7 In England and Wales claims for maintenance and in Scotland claims for aliment may be made either in a separate action or in the course of proceedings for divorce, judicial separation or (in England and Wales only) nullity. In both cases questions of applicable law are subordinated to questions of jurisdiction in the sense that, if the court has jurisdiction in the action for maintenance or aliment in the principal proceedings for divorce, judicial separation or nullity, it will apply to the claim for maintenance or aliment the principles of its own law. In doing so it exercises a wide discretion and would have regard to, but would not consider itself bound by, the position of the spouses under antenuptial contracts of marriage (whether or not governed by foreign law) or under foreign matrimonial property regimes. Indeed, the courts have the power in England and Wales in actions of divorce, judicial separation or nullity of marriage and in Scotland in actions of divorce only to vary settlements made in contemplation of or during the marriage.

8 There are a number of questions relating to property relationships between spouses which are nonetheless referred exclusively to English or Scottish domestic law as the *lex fori.*

(i) Under section 17 of the *Married Women's Property Act 1882* an English court has power to make such order as it thinks fit when any question arises between husband and wife during the marriage or within three years of a divorce, as to the title to or possession of property. This has been interpreted in a restrictive manner by the House of Lords in *Pettit v. Pettit* (1970) A.C. 777 to mean that a court may only make a declaration as to existing interests in property and may not alter them. It was held in *Re Bettinson's Question* (1956) Ch. 67 that the court has power under this section to make an order affecting property in England in such a way as to protect a spouse domiciled abroad and subject to a system of community property (in this case that of California).

(ii) Where property is held on trusts arising from a settlement, the English courts are empowered by the *Variation of Trusts Act 1958* to approve of any arrangement varying or revoking all or any of the trusts. A similar power was conferred upon the Court of Session in Scotland by the *Trusts (Scotland) Act 1961.* The English court has placed a wide construction upon its powers under the *1958 Act,* being prepared to vary a marriage settlement governed by foreign law. See *Re Ker's Settlement* (1963) Ch. 553; *Re Paget's Settlement* (1965) 1 All E.R. 58. It is doubtful whether the Court of Session would exercise a similar power.

(iii) The Scottish and English courts may, in an appropriate case, exercise their powers to convert a domestic settlement into a settlement governed by a foreign law. This they will do by ordering the transfer of the funds to the trustees of a foreign settlement (*Re Seale's Marriage Settlement* (1961) Ch. 574; *Baroness Lloyd and Another, Petitioners,* 1962 S.C. 37), and, where appropriate, by appointing foreign trustees to administer the settlement (*Re Seale* (supra); *Re Windeatt* (1969) 1 W.L.R. 692; *Coats' Trustees, Petitioners,* 1925 S.C. 104).

(iv) Power is given to the English court on the granting of a decree of divorce, nullity or separation, and to the Scottish court on the granting of a decree of divorce to vary any antenuptial or postnuptial settlement. The English court has exercised this jurisdiction to vary a settlement comprising property situated abroad which is governed by foreign law and the trustees of which reside abroad (*Nunneley v. Nunneley* (1980) 15 P.D. 186), but no such power will be exercised where the order would be wholly ineffective (*Tallack v. Tallack* (1927) P. 211; *Wyler v. Lyons* (1963) P. 274). It is not clear whether the Scottish court would adopt the same practice.

Ad question III

Sub A

1 There is an absence of authority on this point, but it is thought that the choice of law rules applicable to revocation would be applied by analogy to modification. In relation to revocation it has been held in Scotland in the case of *Sawrey-Cookson v. Sawrey-Cookson's Trustees* (1905) 8 F. 157 that a distinction must be drawn between the capacity of the parties to revoke a marriage contract – a matter for the law of their domicile for the time being – and the intrinsic revocability of the contract – a matter for the law governing the contract. The same rule is thought to apply to regimes established by law: *Shand Harvey v. Bennet Clark* 1910, 1 S.L.T. (Sh. Ct.) 133.

2 There is no authority on this point in English or Scots law.

Sub B

1 It is assumed that this question relates to divorce and the annulment of voidable marriages (which is taken as the equivalent in England and Wales and Scotland of annulment *ex nunc*). On principle and by analogy with the choice of law rule applicable to the voluntary termination of the matrimonial property regime, the law governing the regime should determine whether it has been dissolved. This appears to follow from the Scottish decisions in *Montgomery v. Zarifi* 1918 S.C. (H.L.) 128 and *Drummond v. Bell Irving* 1930 S.C. 704. It is thought that the English courts would come to a similar conclusion. The courts, however, in the exercise of the powers referred to in this Part at II.8 above, may be in a position to vary or revoke marriage settlements independently of the law under which they are otherwise governed.

2 It is assumed that this question relates to the annulment of marriages void *ab initio* (which is taken as the equivalent in England and Wales and Scotland of annulment *ex tunc*). Whether the marriage is void *ab initio* or voidable the effects of a decree of nullity on the property rights of the parties are similar. It is thought that similar choice of law rules would be applied.

Sub C

1 English law and Scots law (to answer this question very generally) refer questions of succession to movables to the law of the deceased's last domicile and questions of succession to immovables to the *lex situs*.

a English and Scots law no longer have any equivalent to the 'usufruit' of French and Belgian law, but would classify such a right as one of succession.

b The courts in England and Scotland tend to classify such rights of succession and so governed by the general principles stated above.

c and *d* There is no authority on these questions.

2 There is no authority on this matter.

3 Difficulties do arise in practise and it is hoped that the proposed Convention will help to resolve them.

Suède

Ad question I

Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

Ad question II

1 La loi de 1912 ne touche pas ce problème, au sujet duquel il n'existe pas de jurisprudence connue. Si la loi applicable énonce des dispositions de cette teneur, il semble qu'elles doivent être écartées en considération de l'ordre public international suédois.

2 Cette question n'a fait l'objet d'aucune décision jurisprudentielle. Cependant le droit dont il s'agit semble dépendre de la loi applicable aux relations économiques entre les époux.

3 Même réponse que ci-dessus.

4 Aucune disposition légale ne touche ces problèmes qui n'ont pas non plus fait l'objet de décisions jurisprudentielles. En ce qui concerne la validité entre les époux, il semble qu'en principe la loi régissant leur régime matrimonial en décide. Cependant si ses dispositions en matière de capacité juridique de l'épouse s'écartent trop du droit suédois, il semble qu'elles puissent être écartées au nom de l'ordre public international suédois.

5 Aucune disposition légale ne touche ce problème qui n'a pas fait non plus l'objet d'une décision jurisprudentielle. Il semble qu'en principe la loi applicable au régime matrimonial en décide. Cependant une disposition de cet ordre énoncée par la loi applicable semble ne pouvoir être invoquée contre un tiers de bonne foi.

6 Cette question n'est pas réglementée sur le plan du droit international privé. Cependant la proposition émanant du Comité du droit de la famille énonce une disposition sur la responsabilité de l'époux en raison des dettes contractées par son conjoint pour les besoins du ménage. Aux termes de cette proposition, la loi suédoise pourra être invoquée par les tiers si les époux ont leur domicile en Suède et quel que soit leur régime matrimonial.

7 La question de l'obligation alimentaire mutuelle entre époux est régie par les dispositions de l'article premier de la loi de 1912, selon laquelle elle sera appréciée selon la loi du propre pays des époux. Si au cours de leur mariage, ils en viennent à appartenir à des Etats différents, il sera fait application de la loi de l'Etat auquel tous deux auront appartenu en dernier lieu. En fait cet article a été également appliqué aux situations découlant d'un divorce. Aucune disposition légale ne prévoit le cas où les époux n'ont jamais appartenu à un même Etat.

8 Le droit interne suédois n'énonce aucune disposition touchant des questions autres que celles mentionnées ci-dessus.

Ad question III

Sub A

1 Cette question est jugée selon la loi applicable au régime matrimonial des époux.

2 La question de la compétence des tribunaux suédois à connaître d'une action en séparation de biens est réglée dans les relations internordiques mais par ailleurs il n'existe aucune disposition en cette matière. La doctrine s'y est peu intéressée. Dans ses travaux législatifs préparatoires, le Comité du droit de la famille est parti de ce que l'action en séparation de biens pouvait être intentée en Suède, du moins lorsque les époux ayant adopté un régime matrimonial étranger sont de nationalité suédoise ou sont domiciliés en Suède et que le besoin de séparation de biens est réputé exister et si par ailleurs la loi étrangère régissant leur régime prévoit une forme quelconque de communauté des biens. En ce qui concerne les motifs matériels de la séparation des biens, il semble que selon l'opinion courante ils doivent être appréciés selon la loi régissant le régime matrimonial des époux.

Sub B

1 La solution indiquée semble correspondre aux conceptions suédoises.

2 Cette question n'a pas fait l'objet de décision jurisprudentielle.

Sub C

1 *a* Aucune objection à formuler au sujet de l'exposé.

b En matière de situations extra-nordiques de droit international privé, aucune disposition légale ne régit cette question, qui ne semble pas avoir fait l'objet d'une décision jurisprudentielle. Cependant, il convient de mentionner que, dans le cadre de la réglementation internordique, un avantage prévu par la loi suédoise et consistant notamment à se faire remettre le mobilier indispensable (article 12 du chapitre XIII du Code du mariage) est considéré comme se rattachant au droit successoral de même qu'un autre avantage existant dans d'autres pays nordiques et consistant à demeurer en possession de la communauté. L'avantage prévu par l'article 12 du Code du mariage implique que s'il y a liquidation du régime matrimonial par suite du décès de l'un des époux et si les biens échéant alors au conjoint survivant sont de faible importance, ce dernier pourra

prélever notamment le mobilier indispensable sur les biens matrimoniaux des époux, même s'il devait en résulter une réduction de la part échéant aux héritiers. Outre les biens susceptibles de lui appartenir en propre, l'époux survivant peut toujours prélever une portion des «biens matrimoniaux» correspondant à une valeur indexée, actuellement fixée à 35.000 couronnes suédoises.

c Il ne semble exister aucune décision jurisprudentielle. Il est cependant prévu en Suède que de telles situations peuvent se présenter lorsque différentes lois sont applicables au régime matrimonial et aux droits successoraux du conjoint survivant, entraînant parfois que ce dernier peut se trouver notablement plus désavantagé que s'il avait été fait application des dispositions légales d'un seul et même Etat en matière de mariage et de succession. Le Comité du droit de la famille a tenu compte de ce problème dans sa proposition de loi, laquelle prévoit, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, la possibilité pour le conjoint survivant de faire estimer ses droits successoraux en application de la loi régissant son régime matrimonial.

d Cette question ne semble pas avoir fait l'objet d'une décision jurisprudentielle ni d'un débat doctrinal approfondi. Si elle se pose, la question d'un pacte sur succession future ou d'une donation pour cause de mort sera examinée en application de la loi de l'Etat dont le *de cujus* possédait la nationalité lors de la passation de cet acte juridique (article 7 du chapitre Ier de la Loi du 5 mars 1937 sur les situations juridiques internationales en matière de successions).

2 Cette question ne semble pas avoir fait l'objet d'une décision jurisprudentielle. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, il a été considéré, lors de l'élaboration de la Convention internordique du 19 novembre 1934 sur les successions, les testaments et les liquidations de successions que le droit pour le conjoint survivant de se maintenir en possession de la communauté se rattachait au droit successoral. Pour les relations internordiques cette question a été réglée par ladite Convention.

3 Ainsi qu'il a été dit précédemment, des problèmes peuvent se poser en ce qui concerne les droits de l'époux survivant sur la succession de son conjoint prédécédé, en raison de la pluralité des lois applicables à leur régime matrimonial et à la succession. Il ne semble exister aucune décision jurisprudentielle en cette matière. La jurisprudence ne fournit non plus aucune directive pour résoudre de tels conflits de lois. Toutefois, il semble possible de supposer qu'un partage doive intervenir entre les conjoints conformément aux dispositions de la loi applicable à leur régime matrimonial et qu'ensuite seulement il soit fait application des dispositions légales en matière de succession.

Suisse

Ad question I

Les considérations de droit comparé faites dans le questionnaire sont justes aussi pour le droit suisse. Une exception importante doit être signalée déjà maintenant: la liquidation du régime matrimonial en cas de divorce n'est, en principe, pas soumise à la loi applicable au régime matrimonial (v. sous Ad question III B).

Ad question II

1 L'influence du mariage sur la capacité de la femme est soumise, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 88 II 2) et la doctrine dominante, à la loi applicable à la capacité, c'est-à-dire:
– à la loi suisse pour les Suissesses domiciliées en Suisse;
– à la loi nationale pour les étrangères quel que soit leur domicile (art. 34 LRDC et art. 10, al. 2 de la loi de 1891 sur la capacité civile);
– à la loi suisse ou bien à une loi étrangère pour les Suissesses domiciliées à l'étranger, suivant la position prise par la législation de leur domicile (art. 28 LRDC).
La solution adoptée par le Tribunal fédéral est critiquée par exemple par Vischer (*op. cit.*, p. 608); selon lui, l'influence du mariage sur la capacité de la femme est plutôt une question relative aux effets personnels du mariage.

2 La Suisse, dans son droit interne, ne connaît pas cette hypothèque légale. Mais il existe un droit de la femme à demander des garanties pour ses apports (art. 205, al. 2 CCS). D'une façon unanime, la doctrine estime que ces garanties sont soumises à la loi applicable au régime matrimonial. Il est clair que des institutions correspondantes du droit étranger dépendront de la même loi.

3 Une large partie de la doctrine estime que les dispositions suisses sur les biens réservés sont d'ordre public et donc applicables au régime interne de tous les couples domiciliés en Suisse (cf. Lemp, *Vorbemerkungen zum 6. Titel*, N. 65 et 78). Les auteurs veulent appliquer, par analogie, la disposition de droit intertemporel, c'est-à-dire l'article 9, alinéa 1, titre final du CCS. Cela a comme conséquence que, par l'établissement en Suisse, tous les biens destinés exclusivement à l'usage personnel des époux et tous les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie prennent la qualité de biens réservés; de même le produit du travail de la femme effectué après l'établissement en Suisse tombe, sans égard au régime interne, dans ses biens réservés.

4 La Suisse, dans son droit interne, connaît des restrictions à la possibilité de conclure des contrats entre époux relatifs aux apports de la femme ou aux biens de la communauté: ils ne sont valables que s'ils sont approuvés par l'autorité tutélaire (art. 177, al. 2 CCS). La même règle s'applique aux obligations de la femme envers des tiers dans l'intérêt du mari (art. 177, al. 3 CCS).
En cas de conflits de lois en ce domaine, les règles de rattachement sont encore contestées. Lemp (*Vorbemerkungen zum 5. Titel*, N. 30 ss) estime que la loi applicable est celle applicable à la capacité de la femme (voir ci-dessus II 1) mais que les règles de l'article 177 CCS s'appliquent en vertu de l'ordre public à tous les contrats conclus entre époux et aux obligations assumées par une femme domiciliée en Suisse. Le Tribunal fédéral (ATF 88 II 2) suit Lemp dans son opinion sur la loi applicable en principe, mais déclare, en changeant sa propre jurisprudence, que la disposition de l'article 177, alinéa 3 CCS n'est pas d'ordre public. Cette décision, faisant également règle tout naturellement pour le cas de l'article 177, alinéa 2 CCS, est critiquée par les auteurs estimant que l'influence du mariage sur la capacité de la femme devrait être soumise à la loi applicable aux effets du mariage (voir ci-dessus II 1).

5 Cette incapacité, connue aussi en droit interne suisse (art. 494 CO), se range, comme les restrictions énoncées sous le point 4, dans la loi applicable à la capacité; les mêmes critiques pourraient être faites.

6 Le mandat domestique et la représentation d'un époux par l'autre sont soumis à la loi applicable aux

effets personnels du mariage, c'est-à-dire à la loi suisse pour les couples domiciliés en Suisse et à la loi du domicile pour les Suisses à l'étranger à moins que celle-ci ne veuille s'appliquer (art. 2 et 28 LRDC).

7 Les obligations alimentaires entre époux dépendent de la loi applicable aux effets personnels du mariage.

8 Ne dépendent pas de la loi applicable au régime, mais de celle applicable aux effets personnels du mariage:
– le droit de la femme d'exercer une profession ou une industrie (art. 167 CCS)
– la prescription faite aux créanciers d'opérer leurs paiements entre les mains de la femme (art. 171 CCS)
– les restrictions à l'exécution forcée entre époux (art. 173 ss CCS).

Ad question III

Sub A

1 Il appartient, en principe, au droit applicable au régime matrimonial de décider si les époux peuvent, oui ou non, modifier leur régime par un nouvel accord. Des époux domiciliés en Suisse dont le régime interne est soumis à une loi étrangère, pourront donc conclure un nouveau contrat de mariage en vertu du droit étranger, pour autant qu'il permette de tels contrats.
De plus, tous les époux domiciliés en Suisse et soumis à un régime interne étranger peuvent conclure, pendant leur mariage, un contrat matrimonial en vertu du droit suisse. Cette possibilité, qui n'est pas prévue expressément par la loi, est évidente; si, par le mécanisme des articles 20 et 31, alinéa 3 LRDC, les époux peuvent se soumettre au droit suisse, ils ont aussi la possibilité de choisir, par contrat de mariage, un régime conventionnel suisse. Certains auteurs motivent aussi cette possibilité par l'application analogue de l'article 9, alinéa 1, Titre final du CCS (disposition intertemporelle).

2 La modification autoritaire du régime matrimonial dépend, en principe, de la loi applicable au régime. Mais on peut constater une certaine intervention de la loi du for. Le résultat est le suivant:

a La modification du régime d'époux soumis dans leur régime externe et interne au droit suisse dépend du droit suisse.

b Lorsqu'il s'agit d'époux soumis entièrement à un droit étranger, ce droit étranger peut ordonner la modification autoritaire du régime. La modification aura, en Suisse, effet envers les tiers. Au moment de l'établissement du couple en Suisse, cet effet prend fin jusqu'à l'inscription éventuelle de la modification autoritaire au registre.

c Si les époux sont domiciliés en Suisse (donc régime externe suisse), mais soumis à un régime interne étranger, la modification autoritaire doit être prononcée lorsque, selon cette loi étrangère, ses conditions sont remplies. Elle prendra effet à l'égard des tiers dès l'inscription au registre.

d Si, dans le cas *c*, seules les conditions du droit suisse d'une séparation judiciaire sont remplies, le juge suisse prononce celle-ci même avec effet interne. La doctrine fonde cette règle, soit par une intervention exceptionnelle du régime externe dans le régime interne, soit par l'ordre public, soit par l'application analogue de l'article 9, alinéa 1 du Titre final du CCS.

e La doctrine n'est pas unanime dans la réponse à la question de savoir si le juge suisse peut, sur demande d'un créancier, ordonner la séparation des biens du droit suisse concernant un couple soumis à des régimes internes et externes étrangers. Le Tribunal fédéral (ATF 55 II 230) n'admet pas cette possibilité, même pas avec seul effet pour les biens situés en Suisse. Le Tribunal fédéral estime donc que l'art. 185 CCS n'est pas d'ordre public. Cette solution est critiquée par Guhl (*Rev. Jur. Bern. 66,* p. 392) et Lemp (*op. cit., Vorbemerkungen zum 6. Titel.* N. 88), mais acceptée sans critique par Vischer (*op. cit.,* p. 615).

f Les considérations faites ci-dessus sont valables, par analogie, pour la modification légale du régime, par exemple pour la séparation des biens légale de l'article 182 CCS.

Sub B

1 Bien sûr, la question de savoir si le régime doit être dissous n'est pas soumise à la loi applicable au régime, mais à la loi même applicable à la dissolution du mariage. Mais le droit suisse va encore plus loin. Une jurisprudence constante du Tribunal fédéral estime que la dissolution du régime est une simple conséquence du divorce; elle dépend donc de la loi applicable à celui-ci. Cette loi est, pour les divorces prononcés en Suisse, toujours la loi suisse (art. 7*g* et 7*h* LRDC. En conséquence, l'art. 154, al. 1 CCS est applicable à toutes les liquidations de régimes matrimoniaux provoquées par un divorce prononcé en Suisse. Dans de tels cas, les époux reprennent donc leur patrimoine personnel respectif, quel que fût leur régime matrimonial (suisse ou étranger). Deux questions restent soumises à la loi applicable au régime interne:
– Le juge suisse applique cette loi à la répartition d'un éventuel bénéfice.
– Il l'applique à toute la liquidation lorsque le régime étranger était celui de la séparation (ATF 40 II 309).

2 On doit se demander dans quelle mesure les règles applicables en cas de divorce régissent la dissolution du régime en cas de déclaration de nullité. Si l'on considère que la loi suisse est applicable à la dissolution après divorce en tant que loi du for, la même chose doit valoir pour la déclaration de nullité. Si, au contraire, on estime que la loi suisse était applicable en vertu de la loi régissant le divorce lui-même, on doit appliquer la loi nationale en cas de nullité; d'après les règles de conflit suisses, c'est celle-ci qui régit la déclaration de nullité (Schnitzer, *op. cit.,* p. 364; Vischer, *op. cit.,* p. 593). Lorsque, finalement, on pense qu'il n'y a pas d'analogie avec la situation après un divorce, on appliquera probablement la loi du régime.
En doctrine suisse, on ne trouve guère de réponse. La plupart des auteurs ne répondent pas du tout, les autres d'une façon sommaire. Schnitzer (*op. cit.,* p. 368) considère qu'il faut appliquer, dans tous les cas de déclarations de nullité prononcées en Suisse, la disposition de l'article 134, alinéa 2 CCS renvoyant aux règles précitées sur la liquidation en cas de divorce. Il n'en donne pas d'explications. Vaucher (*Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge Band 86,* 1967, II p. 576) estime que les effets de la déclaration de nullité sont régis par la même loi qui les aurait régis, si le mariage avait été déclaré valable. Mais il donne cet avis sans se référer spécialement à la dissolution du régime.
Il nous semble le plus raisonnable de procéder par analogie au divorce et de soumettre la dissolution du régime à la loi sur laquelle se fonde la nullité du mariage. Selon les droits internes différents, les déclarations de nullité sont de caractère très divers. Nous pensons donc qu'il

faut chercher la solution des problèmes financiers dans le système identique à celui qui a annulé le mariage.

Sub C

1 Les droits accordés au conjoint survivant en tant qu'héritier *ab intestat* et réservataire se rangent dans le domaine de la loi successorale.

a Le droit d'usufruit du conjoint survivant est connu du droit matériel suisse; il fait partie des droits successoraux du conjoint survivant. Le juge suisse qualifiera cette institution comme faisant partie du droit de succession.

b Ne connaissant ni doctrine ni jurisprudence suisses concernant cette question, nous estimons préférable de renoncer à y répondre.

c La péréquation forfaitaire remplaçant la péréquation mathématique, en cas de liquidation après le décès d'un époux, a comme celle-ci pour but essentiel de liquider le régime matrimonial, mais d'une façon plus rationnelle. Cela ne change rien au fait qu'il s'agit d'une institution du régime matrimonial qui dépend de la loi applicable à celui-ci. Au droit sur le quart de la fortune s'ajouteront les droits découlant de la loi applicable à la succession.

d Les avantages matrimoniaux font, en principe, partie du régime matrimonial. Les dispositions du droit interne suisse y relatives se trouvent dans les chapitres du CCS consacrés à l'union des biens et à la communauté des biens (art. 214, al. 3 et 226, al. 1) Tout de même, il faut se demander comment on peut résoudre le problème décrit *supra* p. 88, sous C, 1 *d*): le conflit entre les avantages matrimoniaux accordés par la loi applicable au régime, d'une part, et les réserves héréditaires se fondant sur une autre loi applicable à la succession de l'autre.
Un problème semblable se pose déjà en droit interne suisse. Les époux essaient parfois de défavoriser leurs héritiers réservataires par une répartition inégale des biens communs, favorable à l'époux survivant. Il se pose donc la question de la relation entre les dispositions précitées relatives aux avantages matrimoniaux et les dispositions sur les réserves héréditaires. La loi n'y répond expressément que dans le cas où les époux vivent sous la communauté de biens: l'article 226, alinéa 2 CCS réserve aux descendants un quart des biens communs. En ce qui concerne les autres héritiers et tous les héritiers d'un couple ayant vécu sous le régime de l'union des biens, la doctrine est partagée en deux groupes: les uns veulent permettre aux héritiers d'agir en réduction contre l'époux survivant, les autres – y compris le Tribunal fédéral (ATF 82 II 477 ss) sont d'un avis contraire.
A plus forte raison, la solution de ce problème est-elle encore plus difficile à trouver s'il s'agit d'un cas international. On estime peut-être facilement que le quart des biens communs prévu à l'article 226, alinéa 2 CCS doit toujours être respecté lorsque la loi successorale suisse s'applique. On aura beaucoup plus de peine à admettre que les héritiers, réservataires selon le droit suisse applicable à la succession, pourraient agir en réduction contre tout époux survivant favorisé par des avantages matrimoniaux qui lui sont accordés conformément à la loi applicable au régime matrimonial. Dans certains cas choquants, il faudra probablement appliquer le mécanisme de l'adaptation.

2 Le droit interne suisse connaît une telle communauté prolongée entre le conjoint survivant et les enfants issus du mariage. Elle est réglée dans le titre sixième du CCS sur les régimes matrimoniaux. Nous pensons qu'il faut appliquer la loi désignée par les règles de conflit relatives au régime matrimonial, du moins dans les cas où, comme en droit interne suisse, les droits successoraux ne sont que suspendus par cette communauté et où chacun des participants peut sortir de la communauté de son gré, pour autant qu'il soit majeur.

3 En Suisse, les opérations concernant ces deux liquidations s'effectuent successivement. Il est impossible de faire un «partage global». On liquide donc le régime matrimonial d'après sa loi propre, avant de partager la succession selon les règles de conflit successorales.
Il n'existe pas de mécanisme spécial servant à raccommoder un éventuel déséquilibre provoqué par la disparité des deux lois applicables. Dans la pratique, elle ne semble pas avoir donné lieu à des décisions judiciaires. On propose généralement, en doctrine, l'application du mécanisme d'adaptation.
Au cours des travaux en vue d'une nouvelle codification du d.i.p. suisse, une tendance s'est fait sentir, selon laquelle il faudrait assurer l'harmonie entre les règles de conflit en matière de régime matrimonial et celles en matière successorale par un rattachement parallèle.

Tchécoslovaquie

Ad question I

Dans le domaine de cette loi on peut attribuer les questions mentionnées dans le commentaire à cette question avec telle exception que la qualité du mari de gérer les biens propres de sa femme et aussi le pouvoir d'un des époux de représenter l'autre époux dans les affaires de vie quotidienne seraient classées d'après les opinions de la doctrine tchécoslovaque comme questions de rapports personnels entre époux (la circonstance de rattachement dans le droit tchécoslovaque est la même).

Ad question II

1 Cette question est réglée par la règle de conflit relative à la capacité de passer les actes juridiques. Elle devrait être régie par la loi nationale de la femme. Mais la clause d'ordre public peut entrer en jeu.

2 Cette question dépend de la loi applicable pour le régime matrimonial.

3 Cette question devrait être réglée par la loi applicable au régime matrimonial, il s'agit ici de définir quels biens se trouvent ou ne se trouvent pas dans la copropriété des époux ou peuvent être administrés en commun.

4 La prohibition de certains contrats entre époux concernant les transferts de propriété peut être classée comme question de rapports pécuniaires entre époux.

5 Il s'agit de question de la capacité de passer les actes juridiques qui dépend de la loi nationale de la femme.

6 Cette question appartient au domaine des rapports personnels entre époux. La circonstance de rattachement dans le droit tchécoslovaque est la même.

7 Cette question appartient au domaine des rapports personnels entre époux.

8 Dans le droit tchécoslovaque, il n'existe pas dans le domaine du régime matrimonial de règles de droit civil directement applicables sans égard au droit étranger normalement applicable. On ne mentionne pas dans ce contexte les dispositions de droit des changes.

Ad question III

Sub A

1 Cette question dépend de la loi applicable au régime matrimonial.

2 La possibilité d'une telle modification dépend de la loi applicable au régime matrimonial.

Sub B

1 Il faut appliquer le droit applicable au régime matrimonial. En cas de divergences avec le droit applicable à la dissolution du mariage la question d'adaptation se présente.

2 On ne peut pas accepter une telle solution d'après laquelle ces effets seraient régis par la même loi qui régit la nullité du mariage. Une telle loi peut différer selon qu'un des époux n'était pas capable de conclure le mariage d'après sa loi nationale ou qu'il s'agit d'une nullité en raison d'un vice de forme qui peut être régi par une autre loi. La seule possibilité reste d'accepter l'application du droit qui régirait les rapports pécuniaires entre époux si le mariage était valable.

Sub C

1 On peut être d'accord avec la constatation mentionnée dans le commentaire à cette question que les droits accordés au conjoint survivant en tant qu'héritier se rangent naturellement dans le domaine de la loi applicable à la succession.

a D'après notre opinion cette institution doit être rangée dans le domaine du régime matrimonial.

b Nous pensons que même de telles institutions doivent être rangées dans le domaine du régime matrimonial.

c D'après notre opinion, il faut appliquer pour de telles institutions le droit applicable au régime matrimonial. En cas de divergences intolérables entre ce droit et le droit applicable à la succession, il faudrait surmonter ces divergences par la voie d'adaptation.

d D'après notre opinion oui. Pour les divergences éventuelles entre le droit applicable au régime matrimonial et le droit applicable à la succession voir la réponse à la question précédente.

2 D'après notre opinion, il faut en principe appliquer le droit applicable au régime matrimonial. En cas de divergences avec le droit de la situation de la chose il faudrait donner préférence à celui-ci.

3 Il est possible de procéder à la liquidation du régime matrimonial et de la succession dans le cadre d'une procédure, en pratique de la procédure concernant la succession, mais il faut appliquer pour chaque liquidation la loi applicable d'après la règle de conflit respective. En cas de divergences intolérables entre le droit applicable au régime matrimonial et le droit applicable à la succession il faut procéder par la voie d'adaptation.

Yougoslavie

Ad question I

The scope of the applicable law is in its broad outline the same as mentioned in the commentary of the questionnaire. Some powers of the husband, *e.g.* the power of sole administration and management of a community, authority to manage the separate property of his wife, would be probably regarded as contrary to the principle of equality of husband and wife, and consequently contrary to Yugoslav public policy ('ordre public').

Ad question II

1 Incapacity of a married woman is considered as being contrary to Yugoslav public policy ('ordre public').

2 The statutory lien ('hypothèque légale') would probably be considered either as a part of the matrimonial property regime, or as a part of the law of succession, depending on the facts of the case.

3 This institution depends on the law applicable to the matrimonial property regime.

4 These prohibitions depend on the law applicable to the matrimonial property regime, unless they are contrary to Yugoslav public policy ('ordre public').

5 The same as under 4 above.

6 The law applicable to the matrimonial property regime would probably be applied, but one could also argue for the applicability of the law of the place of contracting of such a contract, because of the protection of *bona fide* seller.

7 The law applicable to the matrimonial property regime (statutory) would be applied.

Ad question III

Sub A

1 The law applicable to the contractual matrimonial property regime would be applied.

2 The law applicable to the matrimonial property regime would be applied.

Sub B

1 The same as under A, 2.

2 The same as under A, 2.

Sub C

1 *a* It is in the field of the law of succession.

b The same as under *a*) above.

c No answer can be given.

d The same as under *c*) above.

2 The law applicable to succession would be applied.

3 The operations of winding up of the matrimonial property regime and then settlement of the estate of the deceased person should be carried out (*i.e.* successively).

Troisième partie: Traités internationaux

Questionnaire

1 *Votre Pays a-t-il conclu des traités internationaux, bilatéraux ou multilatéraux contenant des dispositions relatives aux conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux?*

Dans l'affirmative, une référence de la publication des traités dans le *Recueil des Traités* de la SDN ou de l'ONU serait souhaitée. Il serait également précieux de connaître, le cas échéant, les projets de traités en la matière.

2 *Dans quelle mesure les traités conclus par votre Pays en cette matière s'écartent-ils des règles du droit commun telles qu'elles résultent des réponses aux deux premières parties du questionnaire?*

A défaut d'une reproduction des textes, un aperçu des solutions conventionnelles différentes du droit commun serait vivement apprécié.

Part Three: International Treaties

Questionnaire

1 *Has your Country entered into any international treaties, bilateral or multilateral, which contain provisions relating to conflicts of laws in matters involving marital property regimes?*

In case of an affirmative answer, a reference to the publication of such treaties in the treaty series of the League of Nations or of the United Nations is desired. It would likewise be valuable to know about proposed treaties in this field, if any such exist.

2 *To what extent do the treaties entered into by your Country in this field set aside rules of non-treaty law, as reflected in the answers to the first two parts of the questionnaire?*

In the absence of a copy of the texts of the treaties, a summary of those solutions under treaty law which are different from non-treaty law would be greatly appreciated.

Réponses des Gouvernements – Replies of the Governments

Allemagne

1 En République fédérale d'Allemagne c'est uniquement la Convention de La Haye concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage du 17 juillet 1905 (*Reichsgesetzblatt* 1912, p. 453) qui est en vigueur dans ce domaine. Il n'y a pas de projets d'accords bilatéraux ou multilatéraux contenant des dispositions relatives aux conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux.

2 Le contenu de la Convention de La Haye est supposé être connu.

Autriche

Dans ce contexte, il convient d'attirer l'attention sur les articles 25 et 26 du Traité du 11 décembre 1963, Bulletin des lois fédérales No 79/1974, entre la République d'Autriche et la République populaire de Pologne sur les relations réciproques en matière civile et en matière de documents, qui est entré en vigueur le 20 février 1974.

Ces deux articles sont libellés comme suit:

Article 25

Rapports juridiques personnels et régime matrimonial légal entre les époux

(1) Les rapports juridiques personnels et le régime matrimonial légal entre des époux qui ressortissent tous les deux au même Etat contractant seront jugés selon le droit de cet Etat contractant.

(2) Si l'un des époux est ressortissant de l'un des Etats contractants et l'autre époux de l'autre Etat contractant, le droit de l'Etat contractant sera appliqué dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle ou, si les deux époux ne l'ont pas dans le même Etat contractant, dans lequel ils ont eu leur dernière résidence.

Article 26

Contrats sur le régime matrimonial légal des biens

(1) L'admissibilité de la nature et du contenu ainsi que des effets des contrats sur le régime matrimonial légal des biens sera jugée selon le droit de l'Etat contractant auquel les époux ressortissent au moment de la conclusion du contrat.

(2) Si l'un des époux ressort à l'un et l'autre à l'autre des Etats contractants, la nature et le contenu d'un contrat sur le régime matrimonial légal des biens sont admissibles s'ils correspondent au droit de l'un ou de l'autre des Etats contractants au moment de la conclusion du contrat. Les effets découlant du contrat sur le régime matrimonial légal des biens doivent être jugés selon le droit de l'Etat contractant sur lequel les époux se sont fondés au moment de la conclusion du contrat.

(3) Un contrat sur le régime matrimonial légal des biens est valable quant à la forme si celle-ci correspond au droit d'un des Etats contractants ou au droit du lieu d'établissement.

Belgique

La Belgique n'est pas liée par des conventions bilatérales ou multilatérales contenant des dispositions en la matière.

Canada

Le Canada n'est partie à aucun traité en la matière.

Danemark

The problems are regulated in the Nordic countries by the Treaty of 1931 with Finland, Iceland, Norway and Sweden on private international law concerning marriage, adoption and custody of minors (articles 3–6).

Etats-Unis

There does not appear to be any treaty to which the United States is a party that contains provisions dealing specifically with matrimonial property interests.

Finlande

1 Oui:

– Convention on Marriage, Adoption and Guardianship of 6 February 1931 (126 LNTS 121, 141–149);
– Convention on the Choice of Law of Succession of 7 November 1934 (164 LNTS 243, 279–291).

Israël

1 Israel is not a party to any such treaty.

2 Not applicable.

Italie

1 Il ne ressort pas que l'Italie fasse partie d'accords internationaux, aussi bien bilatéraux que multilatéraux, qui règlent la matière examinée.

Japon

There are no bilateral or multilateral convention on matrimonial property regime to which Japan is a Contracting State.

Luxembourg

Le Luxembourg n'est pas partie à des traités concernant la matière.

Norvège

1 Yes: the Nordic treaty concerning succession.

Pays-Bas

1 Les Pays-Bas sont Parties à la Convention sur les effets du mariage du 17 juillet 1905. Les Pays-Bas n'adhèrent pas à d'autres règles conventionnelles dans ce domaine. Les Pays-Bas sont toutefois parties à plusieurs conventions sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères; ces dernières pourront exercer une certaine influence dans ce domaine, bien entendu dans la mesure où les questions relatives aux régimes matrimoniaux n'y sont pas exclues.

2 Voir la réponse précédente.

Royaume-Uni

There are no treaties entered into by the United Kingdom which contain provisions relating to conflicts of laws in matters involving marital property regimes.

Suède

1 Cette question est traitée par la Convention conclue le 6 février 1931 par la Suède avec le Danemark, la Finlande, l'Islande et la Norvège et énonçant des dispositions de droit international privé notamment sur le mariage, l'adoption et la tutelle.

2 Les dispositions de cette Convention internordique s'écartent sur deux points essentiels des principes énoncés par la loi de 1912, en ce qu'elles appliquent le principe du domicile, qu'abandonnant le principe de l'immutabilité elles autorisent un changement de statut. Les effets juridiques entre les personnes possédant la nationalité d'un des Etats contractants et qui la possédaient lors de la célébration du mariage, seront, en ce qui concerne le régime matrimonial des époux, jugés en application des dispositions de la loi en vigueur dans celui des Etats où, lors de la célébration de leur mariage, les époux ont établi leur domicile. Si par la suite l'un et l'autre ont établi leur domicile dans un autre de ces Etats, c'est la loi de celui-ci qui sera applicable, à moins que ne se pose la question des effets d'un acte juridique passé auparavant.
Pour les cas où les dispositions de la Convention en matière de régimes matrimoniaux sont applicables, celle-ci prescrit que les contrats de mariage conclus entre ceux possédant la nationalité d'un des Etats contractants et qui la possédaient lors de la conclusion du contrat de mariage et qui alors ont établi leur domicile dans un de ces Etats seront considérés comme valables quant à la forme dans chacun des Etats contractants, non seulement s'ils ont été conclus conformément aux dispositions de la loi applicable en vertu de la convention au régime matrimonial des époux mais aussi s'ils satisfont aux conditions de forme imposées dans l'Etat dont les parties contractantes ou l'une d'elles possédaient la nationalité.

Suisse

1 Un seul traité contenant des dispositions relatives aux conflits de lois en matière de régime matrimonial est en vigueur: la Convention d'établissement entre la Confédération suisse et l'Empire de Perse, du 25 avril 1934 (RS 11.643). Elle contient les dispositions suivantes:

Article 8, alinéa 3

Dans les matières relatives au droit des personnes, de famille et de succession, les ressortissants de chacune des hautes parties contractantes sur le territoire de l'autre partie resteront soumis aux prescriptions de leurs lois nationales. Il ne pourra être dérogé à l'application de ces lois par l'autre partie contractante qu'à titre exception-

nel et pour autant qu'une telle dérogation y est généralement pratiquée à l'égard de tout autre Etat étranger.

Article 8, alinéa 4

Les hautes parties contractantes sont d'accord que le droit des personnes, de famille et de succession, c'est-à-dire le statut personnel, comprend les matières suivantes: le mariage, le régime des biens entre époux, le divorce, la séparation de corps, la dot, la paternité, la filiation, l'adoption, la capacité juridique, la majorité, la tutelle et la curatelle, l'interdiction, le droit de succession testamentaire ou ab intestat, *les liquidations et les partages de successions ou de patrimoines, et en général toutes les questions relatives au droit de famille, y compris toutes les questions concernant l'état des personnes.*

2 La solution conventionnelle diffère du droit commun en ce qui suit:

a Les ressortissants d'Iran avec premier domicile conjugal en Suisse sont soumis au droit iranien en dépit de l'article 19, alinéa 1 LRDC.

b Les ressortissants iraniens avec dernier domicile dans un Etat tiers s'établissant en Suisse ne sont pas soumis aux règles qui s'appliqueraient dans cet Etat tiers, mais au droit iranien.

c Reste la question de savoir si les effets envers des tiers sont soumis au droit iranien ou s'il s'agit d'une exception visée par la deuxième phrase de l'article 8, alinéa 3 du Traité. La question ne s'est pas posée jusqu'à maintenant.
En ce qui concerne les Suisses domiciliés en Iran, l'article 8 n'est pas contraire au système du droit international privé suisse (article 31 LRDC).

Tchécoslovaquie

1 La Tchécoslovaquie a conclu des traités bilatéraux sur les rapports judiciaires avec la Hongrie, la Pologne, la Roumanie et la Yougoslavie qui contiennent aussi les règles de conflit pour les rapports personnels et pécuniaires entre époux.

2 Au cas où chacun des époux est ressortissant d'un autre Etat contractant, leurs rapports personnels et pécuniaires sont régis par la loi de leur résidence. D'après le Traité avec la Roumanie, si dans ce cas chacun des époux a sa résidence dans un autre Etat, il faut appliquer le droit de l'Etat contractant dans lequel les époux avaient leur dernière résidence commune.

Yougoslavie

1 International Treaties

(1) Treaty with Czechoslovakia Concerning Civil, Procedural and Criminal Matters (January 20, 1964) – Article 24

Successively applicable:

a *the law of the common nationality of the spouses;*
b *if one spouse is a national of one of the Contracting Parties and the other is not – the law of the last common nationality;*
c *the law of the Contracting Party on the territory of which the spouses have or have had their last common domicile.*

(2) Treaty with German Democratic Republic on Civil, Family and Criminal Matters (May 20, 1966) – Article 32

Successively applicable:

a *the law of the common nationality of the spouses;*
b *if one of the spouses is a national of one of the Contracting Parties and the other is not – the law of the Contracting Party on the territory of which they have or have had their common domicile.*

(3) Treaty with Hungary on Legal Aid (March 7, 1968) – Article 27
The same as in the Treaty with Czechoslovakia.

(4) Treaty with Poland on Legal Aid in Civil and Criminal Matters (February 6, 1960)

Successively applicable:

a *the law of the common nationality of the spouses;*
b *if one spouse is a national of one, and the other a national of the other Contracting Party, the law of the Contracting Party on the territory of which they have or have had their last home.*

(5) Treaty with Rumania on Legal Aid (October 18, 1960) – Article 23

Successively applicable:

a *the law of the common nationality of the spouses;*
b *if the spouses are nationals of different Contracting Parties – the law of the Contracting Party of which they have had the last common nationality;*
c *if not, the law of the Contracting Party where they have their marital home;*
d *if not, the law of the Contracting Party where they have had their last marital home.*

(6) Treaty with France

Convention entre le Gouvernement de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République française relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille (18 mai 1971).

Article 5

Les effets du mariage tant personnels que patrimoniaux, sans préjudice des dispositions de l'article 6 de la présente Convention, sont régis par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune, sinon par la loi de la Partie contractante sur le territoire de laquelle est situé leur domicile ou à défaut leur dernier domicile commun.

Article 6

Le régime matrimonial légal est déterminé par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune au moment du mariage ou par la loi de la Partie contractante sur le territoire de laquelle était situé leur premier domicile commun.

Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Enseignements et conclusions tirés de l'étude comparative

RAPPORT ÉTABLI PAR GEORGES A. L. DROZ

Document préliminaire No 3 de décembre 1974

L'établissement de questionnaires commentés sur le droit international privé des régimes matrimoniaux et les réponses qui ont été données par certains Gouvernements permettent de tirer des enseignements et suggèrent un certain nombre de conclusions.

Section première – Enseignements tirés de l'étude comparative

I MULTIPLICITÉ ET PROFONDEUR DES DIFFÉRENCES ENTRE LES SYSTÈMES JURIDIQUES

L'étude a révélé de manière claire que la matière des régimes matrimoniaux est celle où l'échantillonnage des solutions est le plus large tant en ce qui concerne les circonstances de rattachements que les caractères, unitaires ou scissionnistes, permanents ou muables du rattachement lui-même.

A Circonstances de rattachement

Les systèmes juridiques de la Conférence se divisent tout d'abord, comme en matière de succession, en systèmes unitaires ou scissionnistes.

a Unité du rattachement

Les systèmes unitaires sont les plus nombreux mais se partagent à leur tour en ce qui concerne les circonstances de rattachement choisies.

1 Loi nationale: l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Egypte, l'Espagne, la Finlande, la Grèce, l'Italie, le Japon, la Suède suivent le rattachement à la loi nationale du mari. Ce rattachement paraît, à certains, discriminatoire dans la mesure où les époux sont de nationalités différentes (v. par ex. commentaire Yougoslavie et réponse Allemagne).
Le rattachement à la loi nationale soulève le problème classique de la détermination de la loi matérielle applicable lorsque référence est faite à un système territorialement plurilégislatif.

Le mécanisme du renvoi n'étant pas toujours admis ou ne pouvant jouer faute de règle fédérale de conflit, d'autres solutions sont recherchées: détermination de l'unité territoriale avec laquelle les époux ont les liens les plus étroits, recherche d'une solution subsidiaire, application de la loi de la capitale ou de la loi du domicile commun.

2 Loi du domicile: le Brésil, le Danemark, Israël, la Norvège, Québec, la Suisse donnent en principe compétence à la loi du domicile matrimonial. Des difficultés peuvent évidemment se présenter lorsque les époux se

Matrimonial Property Matters in Private International Law – Lessons and Conclusions drawn from the Comparative Study

REPORT DRAWN UP BY GEORGES A. L. DROZ

Preliminary Document No 3 of December 1974

The drawing up of questionnaires with commentaries on the private international law of matrimonial property matters, and the replies given by certain Governments, make it possible to draw some lessons and suggest a certain number of conclusions.

Part I – Lessons drawn from the comparative study

I DIVERSITY AND DEPTH OF THE DIFFERENCES BETWEEN THE LEGAL SYSTEMS

The study has clearly disclosed that the essence of matrimonial property regimes is to be found where the pattern of solutions is broadest, both as regards the connecting circumstances or factors and in the character of the connecting factor itself, whether it be one of unity or scission, and whether permanent or mutable.

A Connecting Factors

The legal systems of the Conference are first of all divided, as in the case of succession, into unity and scission systems.

a Unity of the connecting factor

The systems based on unity are more numerous, but are in turn divided as regards the circumstances selected for the connecting factor.

1 National law: Germany, Austria, Belgium, Egypt, Spain, Finland, Greece, Italy, Japan and Sweden follow the connecting factor of the husband's national law. Some hold the view that this connecting factor appears to be discriminatory where the spouses have different nationalities (see for example the Yugoslav comment and the German reply).
The connecting factor of the national law raises the classic problem of determination of the substantive law applicable when reference is made to a system having two or more territorial units in which different laws apply.
Since the technique of renvoi is not always permitted or cannot come into play for lack of a federal conflicts rule, other solutions are sought: *e.g.*, determination of the territorial unit with which the spouses have the closest ties, or recourse to a subsidiary solution: application of the law of the capital or of the common domicile.

2 Law of the domicile: Brazil, Denmark, Israel, Norway, Quebec and Switzerland hold the law of the matrimonial domicile to govern in principle. Difficulties may obviously arise when the spouses are married during a

marient en période d'instabilité à un moment où leur domicile matrimonial n'a qu'une signification relative (étudiants, travailleurs ou cadres migrants). Le rattachement du domicile est également confronté à la défaillance du rattachement lorsque ce domicile est fixé dans des pays à système interpersonnel. Le problème peut être réglé soit par le renvoi, soit par une solution subsidiaire, mais la jurisprudence est quasiment inexistante.

3 Volonté présumée des époux: le système est suivi de manière générale par la France et le Luxembourg. Il convient de déterminer cette volonté présumée par des indices. Vu l'importance donnée en jurisprudence à l'indice du domicile, on retombe en fait dans la plupart des cas dans la catégorie précédente.
Il est admis en Angleterre et en Ecosse que dans certains cas les époux peuvent être considérés comme mariés sous un contrat implicite si la loi du domicile matrimonial organise les relations pécuniaires des époux et prétend s'appliquer sur les biens mobiliers et immobiliers situés en Angleterre. Dans cette mesure le droit du Royaume-Uni marque une tendance pour le système de l'unité.
On remarquera toutefois qu'en droit anglais le domicile matrimonial étant déterminé par le domicile qu'avait le mari au moment du mariage, on retombe dans la discrimination aperçue à propos de la loi nationale du mari. Par ailleurs ce rattachement, vu le système anglais du «domicile of origin» peut aboutir en fait à un rattachement analogue à celui de la loi nationale du mari.

4 Systèmes pluralistes: un certain nombre de systèmes soumettent en principe les époux à leur loi nationale commune mais lorsque les époux sont de nationalités différentes, adoptent une solution subsidiaire: en Tchécoslovaquie et semble-t-il en Yougoslavie lorsque les époux n'ont pas de loi nationale commune, ils sont soumis à la loi du for. En Turquie, au Portugal ainsi que dans la Convention franco – yougoslave sur le droit des personnes, à défaut de nationalité commune on donne compétence à la loi du domicile matrimonial ou de la résidence habituelle commune.
Le système néerlandais s'il continue bien à soumettre les époux à la loi nationale commune, se montre très hésitant lorsque les époux n'ont pas la même nationalité. Malgré la jurisprudence de la Cour de cassation et les avis d'une doctrine longtemps dominante, la jurisprudence des cours et tribunaux a tendance à soumettre les époux à la loi néerlandaise sans que l'on puisse déterminer clairement si référence est faite à la loi du for, ou à la loi du domicile.

b Scission des rattachements

En Argentine, en Australie, aux Etats-Unis, en Irlande, dans les provinces anglaises du Canada et au Royaume-Uni on admet qu'une scission soit opérée entre le régime des meubles et celui des immeubles. Les immeubles sont soumis à la loi réelle, les meubles sont soumis à la loi du domicile matrimonial.

Par domicile matrimonial dans les systèmes anglo-américains on entend le domicile du mari au moment du mariage, ce qui, aux yeux de certains, peut entraîner la discrimination notée plus haut. Toutefois au Canada on a tendance à tenir compte de la loi du pays où les époux fixent effectivement leur domicile matrimonial dans la mesure où, au jour du mariage, leur intention était claire.

Il faut noter, pour le système britannique, que cette scission est écartée lorsque le droit du pays du domicile

period of instability when their matrimonial domicile is of only relative significance (*e.g.* students, migrant supervisory personnel, workers). The connecting factor of the domicile is also lacking when this domicile has been taken up in countries having multiple systems of personal law. The problem can be settled, either by renvoi or by a subsidiary solution, but case law is very scarce.

3 The spouses' presumed intent: this system is generally followed by France and Luxemburg. It is advisable to determine this intent by the relevant factual indicators. In view of the importance attached to domicile as an indicator in the case law, most cases fall in fact back into the previous category.
In England and Scotland it is in certain cases permitted for spouses to be considered to have been married under an implied contract if the law of the matrimonial domicile sets up the spouses' pecuniary relations and purports to apply to the movable and immovable goods situated in England. To that extent the law of the United Kingdom shows a tendency towards the unity system.
It will, however, be observed that, as the matrimonial domicile under English law is determined by the husband's domicile at the time of marriage, this leads again to the discrimination noted with regard to the husband's national law. Again, in view of the English system of the *domicile of origin*, this connecting factor, as a matter of fact, frequently results in a connection which is analogous to that of the husband's national law.

4 Multiple systems: certain systems subject the spouses in principle to their common national law, but adopt a subsidiary solution when the spouses are of different nationality: in Czechoslovakia and apparently in Yugoslavia the spouses, when they have no common national law, are subject to the law of the forum. Failing a common nationality, Turkey, Portugal and the Franco-Yugoslav Convention on personal law declare the law of the matrimonial domicile or of the common habitual residence to be applicable.

Although the Netherlands system continues to submit the spouses to the common national law, it appears to be very hesitant when the spouses do not have the same nationality. In spite of the case law of the Supreme Court and the views which over a long period have held sway in academic circles, the case law of the lower courts shows a tendency to submit the spouses to Netherlands law, without it being possible to determine clearly whether reference is made to the law of the forum or to the domiciliary law.

b Scission of the connecting factors

In Argentina, Australia, the United States, Ireland, in the English provinces of Canada, and in the United Kingdom scission is allowed to operate as between the regime of movables and that of immovables. It is agreed that immovables are subject to the law where the property is located, and that movables come under the law of the matrimonial domicile.
Matrimonial domicile under the Anglo-American system is understood to be the husband's domicile at the time of marriage which, in the view of some, may involve the discrimination noted above. In Canada, however, the tendency exists to take account of the law of the country where the spouses effectively take up their matrimonial residence, to the extent that their intention was clear on the day of marriage.
So far as the British system is concerned, it should be noted that this scission is set aside when the law of the

matrimonial prétend s'appliquer aux immeubles situés en Angleterre.

B Correctif au rattachement. – Le renvoi

Les divergences entre les règles de conflit entraînent évidemment des conflits positifs et négatifs de systèmes. Les conflits négatifs (par ex. lorsque le pays de la nationalité donne compétence à la loi du domicile et que le pays du domicile donne compétence à la loi nationale) ne sont pas réglés partout de la même manière.
Le mécanisme du renvoi est rejeté de manière générale par les systèmes brésilien, danois, égyptien, grec, italien, norvégien et suédois.
Le mécanisme du renvoi accepté en d'autres matières est rejeté en droit français pour ce qui concerne le régime matrimonial du fait que la matière est soumise à l'autonomie de la volonté.
D'autres systèmes acceptent le mécanisme du renvoi, mais seulement au premier degré (Espagne, Japon).
Les systèmes allemand, belge, luxembourgeois, portugais, tchèque admettent le renvoi au second ou au troisième degré.
Le système du Royaume-Uni suit le mécanisme de la «Foreign Court Theory». Quoique la jurisprudence ne révèle aucun exemple du mécanisme du renvoi en matière de régime matrimonial, la réponse anglaise admet que s'il devait jouer le renvoi opérerait selon le système anglais traditionnel.
Enfin le droit positif est très incertain en ce qui concerne l'acceptation du renvoi en Argentine, en Autriche, en Australie, au Canada, aux Etats-Unis et en Yougoslavie.

C Régime matrimonial conventionnel. – Contrat de mariage

Les systèmes juridiques des Etats membres de la Conférence divergent également en ce qui concerne la possibilité pour les époux de soumettre, par contrat de mariage, le régime matrimonial à une loi différente de la loi désignée pour le régime légal.

1 Autonomie totale: les systèmes français et luxembourgeois, par hypothèse, accordent aux époux une autonomie totale de la volonté. Mais il en est de même sur le plan du régime contractuel par les systèmes anglo-américains (Australie, Canada, Etats-Unis, Irlande, Royaume-Uni).

2 Autonomie limitée: en Allemagne, en Finlande, en Espagne, le régime matrimonial conventionnel est en principe soumis à la loi applicable au régime légal mais les parties jouissent néanmoins d'une autonomie limitée (choix de la loi du domicile de l'un des époux, choix de la loi nationale de l'un des époux).

3 Autonomie dérivée: d'autres systèmes (Convention de La Haye de 1902, Suède, Suisse), par un mécanisme proche du renvoi permettent aux époux de choisir la loi applicable à leur contrat de mariage si la loi normalement applicable au régime légal le permet.

4 Rejet de toute autonomie: enfin des systèmes tels que le Danemark, l'Egypte, l'Italie, le Japon, la Norvège, la Turquie, la Tchécoslovaquie refusent toute autonomie de la volonté et soumettent impérativement le régime conventionnel à la loi applicable au régime légal.

5 Sanction du caractère impératif du rattachement: toutes les fois que le rattachement a un caractère impératif se pose la question de la sanction du rejet de l'autonomie de la volonté. Sur la question de savoir si

country of the matrimonial domicile purports to be applicable to property situated in England.

B Correction of the connecting factor. – Renvoi

The differences between the conflict rules obviously involve positive and negative conflicts between systems. The negative conflicts (for example, when the country of nationality declares the law of domicile to be applicable and the country of domicile declares the national law to be applicable) are not settled everywhere in the same manner.
The technique of renvoi is generally rejected by the Brazilian, Danish, Egyptian, Greek, Italian, Norwegian and Swedish systems.
The technique of renvoi, which is accepted in other matters, is rejected under French law insofar as marital property regimes are concerned, because the matter is subject to the autonomy of the parties.
Other systems accept the technique of renvoi, but only in the first degree (Spain and Japan).
The German, Belgian, Luxemburg, Portuguese and Czech systems allow renvoi in the second and third degrees.

The system of the United Kingdom follows the technique of the 'Foreign Court Theory'. Although case law does not disclose any example of the technique of renvoi in marital property matters, the English reply accepts that, if it were to come into play, renvoi would operate according to the traditional English system.
The positive law, finally, is very uncertain as to acceptance of renvoi in Argentina, Austria, Australia, Canada, the United States and Yugoslavia.

C Conventional marital property regimes. – Marriage contracts

The legal systems of the Member States of the Conference also diverge as regards the possibility for the spouses to subject the marital property regime or system by way of a marriage contract to a law different from the one designated for the statutory regime.

1 Total autonomy: the systems of France and Luxemburg by their nature grant the spouses total autonomy of the will. But in the field of the contractual regime they are similar to the Anglo-American systems (Australia, Canada, United States, Ireland, United Kingdom).

2 Limited autonomy: in Germany, Finland, and Spain the contractual marital property regime is in principle subject to the law applicable to the statutory regime, but the parties nevertheless enjoy limited autonomy (choice of the domiciliary law of one spouse or choice of the national law of either spouse).

3 Derived autonomy: other systems (*e.g.* Hague Convention of 1902, Sweden, Switzerland) allow the spouses by a technique approaching renvoi to select the law applicable to their marriage contract if the law normally applicable to the statutory regime so permits.

4 Rejection of any autonomy: finally, there are systems, such as the ones obtaining in Denmark, Egypt, Italy, Japan, Norway, Turkey and Czechoslovakia, which refuse any autonomy of the will and subject the contractual regime mandatorily to the law applicable to the statutory regime.

5 Sanction attached to the mandatory nature of the connecting factor: whenever employment of a connecting factor is mandatory, a question arises as to how the elimination of autonomy of the parties will be enforced.

l'on ne devrait pas faire jouer la règle de l'équivalence, les réponses des Gouvernements se sont montrées assez favorables: au lieu d'annuler purement et simplement le contrat de mariage et de soumettre les époux au régime légal, on pourra tenir compte du fait que la loi applicable au régime légal connaît un régime conventionnel du type de celui expressément adopté par les époux et soumis à une autre loi. La solution a été expressément admise par le Tribunal fédéral suisse.

6 Problèmes propres au contrat de mariage: l'étude comparative rélève que les systèmes juridiques de la Conférence se rejoignent de manière générale sur deux points: celui de la capacité de passer un contrat de mariage et celui de la forme du contrat de mariage. L'ensemble des systèmes soumet la capacité de passer un contrat de mariage à la loi personnelle des époux au moment du mariage. Quant à la forme du contrat de mariage, elle est en général soumise aux règles du droit commun (validité selon la loi du lieu de rédaction, la *lex causae,* etc.). Seul un pays, le Portugal, impose le respect des formes solennelles de la loi applicable au fond.

D Permanence ou mutabilité de la loi applicable au régime matrimonial

L'étude rélève que la question de savoir si la loi applicable au régime matrimonial doit changer lorsque les circonstances de rattachement retenues changent, revêt un intérêt pratique considérable. C'est l'une des matières où l'on a relevé le plus de jurisprudence.

a Permanence du rattachement

Un grand nombre de systèmes juridiques pose le principe que le rattachement défini au jour du mariage présente un caractère permanent. Est applicable la loi nationale du mari au jour du mariage (Allemagne, Belgique, Egypte, Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Japon, Suède, Yougoslavie) ou la loi du premier domicile matrimonial (Brésil, Québec, Danemark, Israël, Norvège) ou encore la loi choisie au jour du mariage (France, Luxembourg).
Cette permanence du rattachement a entraîné des difficultés importantes dans le cas de réfugiés ou de personnes ayant rompu tout lien avec le pays à la loi duquel ils étaient soumis, notamment lorsque cette loi applicable a changé dans ses dispositions internes. On a ainsi pétrifié la loi applicable dans ses dispositions anciennes (jurisprudence française en matière de réfugiés), on a accepté d'appliquer la loi nouvelle (certains arrêts français, Belgique, Pays-Bas, Québec, Suède). Les difficultés ont conduit le système allemand à trancher expressément en faveur de la mutabilité totale du rattachement pour le cas des réfugiés (loi allemande du 4 août 1969).

b Mutabilité automatique

Un certain nombre de systèmes admettent que le changement de circonstances de rattachement entraîne un changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial: changement de nationalité (Tchécoslovaquie) ou changement de domicile en matière mobilière (Argentine, Etats-Unis, Australie, Provinces de *Common Law* du Canada). Au Royaume-Uni il semble que l'on suive en matière de mutabilité les principes de la loi du premier domicile matrimonial. Si cette loi prétend s'appliquer de manière permanente, on en tiendra

On the question as to whether the rule of equivalence should not be brought into play, the replies given by the Governments turned out to be fairly favourable: instead of simple rescission of the marriage contract and subjection of the spouses to the statutory regime, it is possible to take into account the fact that the law applicable to the statutory regime knows a contractual regime similar to the one expressly adopted by the spouses which is subject to another law. This solution has been expressly allowed by the Swiss Federal Tribunal.

6 Particular problems of marital property agreements: the comparative study discloses that the legal systems of the Conference meet generally on two points: capacity to enter into a marriage contract and form of the marriage contract. The systems as a whole subject capacity to enter into a marriage contract to the spouses' personal law at the time of marriage. As regards the form of the marriage contract, it is generally subject to the ordinary rules of private international law (validity according to the law of the place where it was drawn up or the *lex causae,* etc.). One country only, Portugal, requires that the solemn forms of the law applicable to the substance of the matter be observed.

D Permanence or mutability of the law applicable to the marital property regime

The study discloses that the question of whether the law applicable to the marital property regime should change when the facts relevant to the connecting factor change, is of considerable practical interest. This is one of the matters which has given rise to the greatest number of cases.

a Permanence of the connecting factor

A great number of legal systems follow the principle that the connecting factor as determined on the day of marriage has a permanent character. The applicable law is the husband's national law on the day of marriage (Germany, Belgium, Egypt, Spain, Finland, Greece, Italy, Japan, Sweden, Yugoslavia) or the law of the first matrimonial domicile (Brazil, Quebec, Denmark, Israel, Norway), or even the law chosen on the day of marriage (France, Luxemburg).
This permanence of the connecting factor has led to considerable difficulties in the case of refugees or persons having broken all links with the country to the law of which they were subject, particularly when this applicable law has changed in its internal provisions. Thus the applicable law has been frozen in its former provisions (*e.g.,* the French case law in regard to refugees), but in some cases application of the new rules has been accepted (*e.g.,* certain French judgments and in Belgium, the Netherlands, Quebec, and Sweden). The difficulties have led the German system to come down expressly in favour of total mutability of the connecting factor in the case of refugees (German law of 4 August 1969).

b Automatic mutability

Certain systems allow the change of circumstances in respect of the connecting factor to lead to an automatic change in the law applicable to the marital property regime: change of nationality (Czechoslovakia), or change of domicile with respect to movables (Argentina, United States, Australia and the Common Law Provinces of Canada). As to mutability, the United Kingdom seems to follow the principles accepted in the law of the first matrimonial domicile. If this law purports to apply permanently, it will be taken into account in England; other-

compte en Angleterre sinon on soumettra les époux à la loi du nouveau domicile.
Le système de la mutabilité automatique incite à respecter les droits acquis sous l'empire d'une circonstance de rattachement antérieure. C'est ainsi que les biens acquis sous l'empire d'un domicile restent soumis à la loi de ce domicile, les biens acquis sous l'empire d'un nouveau domicile étant soumis à la loi de celui-ci. Comme la mutabilité joue automatiquement et de plein droit et que, dans la plupart des cas, les époux n'ont donc pas l'occasion de liquider leur régime antérieur, il s'ensuit que les époux qui changent plusieurs fois de domicile accumulent un certain nombre de régimes matrimoniaux qui conservent leur efficacité à l'égard d'un certain nombre de biens (et de dettes) déterminés. Cela peut entraîner et entraîne des difficultés importantes dans l'administration du patrimoine des époux pendant le mariage, et soulève surtout lors de la dissolution du mariage des problèmes de preuves souvent inextricables.

c Systèmes mixtes

Un certain nombre de systèmes atténuent la permanence ou la mutabilité en tenant compte de la volonté des époux.

1 Atténuation de la permanence du rattachement: en Allemagne, au Brésil, en Italie, en Suisse, au Portugal, en Espagne et, semble-t-il, aux Pays-Bas il est admis que lorsque les époux changent de nationalité ou de domicile, ils puissent, selon la circonstance de rattachement qui prévaut, se conformer à la loi de leur nouvelle nationalité ou de leur nouveau domicile. Tant qu'ils n'ont pas manifesté une telle volonté ils restent soumis aux systèmes antérieurs.

2 Atténuation de la mutabilité: en Australie, au Canada, aux Etats-Unis, en Irlande, au Royaume-Uni on tend à admettre que l'effet d'un contrat de mariage n'est pas affecté par un changement ultérieur de domicile. Les époux restent cette fois soumis au système qu'ils ont choisi dans le cadre de l'autonomie de la volonté.

E Effet du régime matrimonial à l'égard des tiers

Il résulte de l'étude comparative que l'information et la protection des tiers à l'encontre des régimes matrimoniaux soumis à des lois étrangères ne sont réalisées que de manière très imparfaite.
Un certain nombre de systèmes qui organisent une publicité dans l'ordre interne ne prévoient pas de formalités spécifiques à l'ordre international (Belgique, France, etc.).
D'autres systèmes juridiques organisent, par le moyen d'un enregistrement, une certaine publicité des contrats de mariage soumis à une loi étrangère (Allemagne, Suisse, Autriche, Pays nordiques, etc.). Mais dans certains pays la publicité n'est effectuée que si les époux y fixent leur domicile. Enfin il est à remarquer surtout que si l'on se préoccupe d'organiser la publicité des contrats de mariage soumis à une loi étrangère, on s'occupe beaucoup moins de faire connaître que les époux sont soumis à un régime légal étranger.

A un défaut d'information et de protection des tiers que l'on rencontre assez généralement, s'oppose un excès de protection lorsque l'on pose que les époux ne peuvent jamais opposer aux tiers un régime matrimonial légal soumis à une loi étrangère (régime externe opposé au régime interne en droit suisse).

wise the spouses will be subject to the law of the new domicile.
The system of automatic mutability encourages the observance of rights which became vested under a prior connecting factor. Thus, goods acquired during the existence of one domicile remain subject to the law of that domicile, goods acquired under a new domicile being subject to the law of the latter. As mutability comes into play automatically and without further consideration, and the spouses have therefore no occasion in most cases to liquidate their previous regime, it follows that spouses changing their domicile several times accumulate a certain number of marital property regimes which retain their effectiveness with regard to certain determined goods (and debts). This may and does lead to considerable difficulties in the administration of the spouses' estates during marriage, and often raises inextricable problems as regards evidence, especially at the dissolution of the marriage.

c Mixed systems

Certain systems mitigate the permanence or mutability by taking account of the spouses' intent.

1 Attenuation of the permanence of the connecting factor: in Germany, Brazil, Italy, Switzerland, Portugal and Spain, and apparently in the Netherlands, the spouses when they change their nationality or domicile are allowed, according to the prevailing connecting factor, to submit themselves to the law of their new nationality or of their new domicile. So long as they have not given expression to such an intent, they remain subject to the previous systems.

2 Attenuation of the mutability: in Australia, Canada, the United States, Ireland and the United Kingdom the tendency is to hold that the effects of a marriage contract are not affected by a later change of domicile. The spouses remain subject to the system they chose within the framework of the autonomy of the parties.

E Effects of the marital property regime with respect to third persons

It follows from the comparative study that the dissemination of information and the protection of third persons with respect to marital property regimes subject to foreign laws are carried out in a far from perfect manner. Certain systems which arrange for publicity internally do not provide for specific formalities on the international level (Belgium, France etc.).

Other systems arrange, by way of registration, for a certain amount of publicity in respect of marriage contracts subject to a foreign law (Germany, Switzerland, Austria, the Nordic countries, etc.). In certain countries, however, publicity is only ensured if the spouses take up their domicile within their territory. In conclusion, it should be observed above all that, while forethought has been given to making arrangements for giving publicity to marriage contracts which are subject to a foreign law, much less has been done to make it known that spouses are subject to a foreign statutory regime.
In contrast to the lack of information and protection of third persons which is found to exist fairly generally, an excess of protection is involved when it is set forth that spouses can never invoke against third persons a statutory marital property regime subject to a foreign law ('external' regime, as opposed to 'internal' regime under Swiss law).

F Domaine de la loi applicable au régime matrimonial

En ce qui concerne le domaine de la loi applicable au régime matrimonial, pour lequel le questionnaire n'a pas présenté de commentaires individualisés, les réponses déjà parvenues font preuve d'une convergence sinon totale du moins digne de remarque. Aucune des réponses ne met en doute la composition du noyau qui constitue le champ d'application de base de la loi applicable au régime matrimonial: composition active ou passive du patrimoine des époux, pouvoirs respectifs des époux quant à la gestion des biens propres ou communs. Pour ce qui concerne les institutions dont la soumission à la loi applicable au régime matrimonial peut être controversée, la distribution entre questions tombant dans le domaine d'application de la loi personnelle des époux ou de la loi des effets personnels du mariage d'une part et de la loi du régime d'autre part, est faite de manière assez identique. Les questions de capacité de la femme mariée, de contrat entre époux, sont généralement soumises à la loi personnelle alors que d'autres questions comme l'hypothèque légale des époux ou les biens réservés sont au contraire soumises à la loi du régime s'agissant d'institutions qui naissent de l'existence de régimes matrimoniaux particuliers à tendance communautaire.

Pour ce qui est de la modification et de la dissolution du régime matrimonial les réponses convergent également dans l'ensemble. L'application de la loi du régime n'est guère contestée mais on admet que dès que le mariage est considéré comme dissous aux yeux du for (par exemple en cas de divorce) le régime doit, quelle que soit la loi qui lui est applicable, être dissous.

C'est dans la distinction entre domaine du régime matrimonial et domaine de la succession que certaines divergences apparaissent. Des pays qui connaissent les institutions telles que l'usufruit du conjoint survivant, le douaire ou le préciput, ont tendance à les classer dans le domaine de la loi successorale. D'autres pays en font au contraire une question de régime matrimonial. On notera que le mécanisme du régime matrimonial peut être complètement bloqué du fait que la succession est soumise à une loi différente à raison de l'interpénétration des mécanismes (droit allemand).

En ce qui concerne le statut de l'indivision, entre l'époux survivant et les autres héritiers, une divergence de vue apparaît puisque les uns soumettent le droit au maintien de l'indivision à la loi réelle, d'autres à la loi successorale, d'autres enfin à la loi du régime matrimonial.

II IMPORTANCE DU RÔLE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX

Le tableau qui vient d'être dressé n'incite guère à l'optimisme car l'on est en présence d'une véritable atomisation des solutions au sein des 28 Etats de la Conférence. Ceux qui se rejoignent sur la circonstance de rattachement se séparent sur le renvoi ou la permanence du rattachement. Ceux qui se rejoignent sur le caractère du rattachement, divergent quant aux circonstances retenues. Cependant la confrontation des systèmes permet de mettre en lumière un élément qui pourrait revêtir une grande importance: l'influence de la volonté des époux.

F Scope of the law applicable to the marital property regime

As regards the scope of the law applicable to the marital property regime, for which the questionnaire did not present specific comments, the replies already available give evidence of a convergence which, if not total, is at least worth noting. Not a single reply casts doubt on the core which constitutes the basic field of application of the law applicable to the marital property regime: the composition of the spouses' estates, including both assets and debts, and the respective powers of the spouses with regard to administration of the separate and community property. As regards the institutions which are arguably not subject to the law that is applicable to the marital property regime, the classification as between questions falling within the scope of application of the spouses' personal law or the law of the personal effects of the marriage, on the one hand, and the law of the regime, on the other hand, has been carried out in a fairly identical manner. The questions of capacity of the married woman and of contracts between spouses are generally subject to the personal law, whereas other questions, such as statutory lien of the spouses or reserved property, are on the contrary subject to the law of the regime, since they are concerned with institutions originating from the existence of particular marital property regimes with a community tendency.

As regards modification and dissolution of the marital property regime, here, too, the replies converge on the whole. Application of the law of the regime is not questioned to any great extent, but it is admitted that, as soon as the marriage is considered dissolved in the view of the forum (for example, in case of divorce), the regime, whichever law is applicable to it, must be dissolved.

It is in the distinction between the scope of the marital property systems and the scope of succession that certain differences come to the fore. Countries which know institutions such as 'usufruit' of the surviving spouse, dower, 'préciput', or the prior right, tend to classify them as being in the field of the law of succession. Other countries, on the contrary, consider these as being questions concerned with the marital property regime. It should be noted that the mechanism of the marital property regime can be completely blocked by reason of the fact that the succession is subject to a different law because of the interpenetration of the mechanisms (as in German law).

As regards the regime of undivided ownership between the surviving spouse and other heirs, there seems to be a difference of opinion, since some systems subject the right to maintain the undivided ownership to the law of the place where the property is located, others to the law of succession, and others again to the law of the marital property regime.

II IMPORTANCE OF THE ROLE OF THE SPOUSES' INTENT

The picture just drawn does not encourage too much optimism, because we are faced with a real atomisation of solutions among the 28 States of the Conference. Those which agree on the choice of the connecting factor diverge on renvoi or permanence of the connecting factor. Those which agree on the nature of the connection take divergent views as to the connecting factor. All the same, the contracts among systems make it possible to cast light on an element which could be of great importance: the influence of the spouses' intent.

1 Lorsque la volonté des époux est exprimée par un accord exprès au moment du mariage, la liberté de choisir la loi applicable est accueillie plus favorablement que lorsqu'il s'agit du régime légal. Les systèmes anglo-américains rejoignent le camp franco-luxembourgeois pour une liberté totale. En outre dans nombre d'autres systèmes, on donne aux époux une liberté limitée d'adapter leurs relations pécuniaires à leur situation juridique (domicile, résidence, nationalité de l'autre époux).

2 L'intervention expresse de la volonté des époux présente alors un intérêt supplémentaire: les époux pourront assurer avec plus de sûreté la reconnaissance internationale du régime choisi. Cet élément de prévisibilité qui intervient dès le moment du mariage est d'un intérêt pratique évident.

3 L'intervention de la volonté des époux présente en outre l'avantage de corriger les excès d'une scission systématique: il n'est pas dit que les époux désirent être soumis à autant de régimes que de pays où ils ont des biens et ils trouveront naturel qu'ayant pris soin de définir leurs relations pécuniaires les règles adoptées régissent l'ensemble de leurs biens. Or, on a vu que dans les systèmes anglo-américains le contrat de mariage permettait de soumettre les immeubles locaux au régime prévu par une loi étrangère choisie par les époux.

4 De la même manière, l'intervention de la volonté des époux au cours du mariage corrigera les excès de la permanence ou de la mutabilité du rattachement: un certain nombre de systèmes qui tendent à la permanence permettent avec raison aux époux d'ajuster leurs relations pécuniaires aux conditions nouvelles de leur vie (changement de domicile, réfugiés). D'autres systèmes qui suivent la mutabilité admettent que s'il existe un contrat mariage les époux échapperont aux règles de la mutabilité automatique et resteront soumis en principe à la loi qu'ils avaient volontairement choisie, quitte à ce qu'ils puissent plus tard, par un nouvel accord de volonté, s'entendre pour choisir une loi nouvelle mieux adaptée à leurs relations.

5 Il faut noter aussi que le choix exprès d'une loi applicable portant naturellement sur les règles matérielles de cette loi, le recours au renvoi doit être exclu.

6 Il en résulte enfin que le choix exprès d'une loi matérielle élimine par avance toutes les difficultés qui peuvent résulter d'une défaillance du facteur de rattachement dans les relations avec les systèmes juridiques complexes.

7 A l'égard des tiers, l'intervention de la volonté des époux présente l'avantage de leur faciliter la connaissance des relations pécuniaires de leur cocontractant. D'une part un certain nombre de pays procèdent à l'information des tiers par des mesures de publicité des contrats de mariage alors que tel n'est pas toujours le cas en matière de régime légal. D'autre part, il est beaucoup plus facile aux époux de faire valoir leur contrat de mariage, même soumis à une loi étrangère, en présentant l'instrument aux tiers afin que ceux-ci contractent en connaissance de cause.

8 Pour ce qui est du domaine de la loi du régime, le choix des époux n'a pas d'influence directe. Il appartiendra toujours au système juridique intéressé de préciser ce qu'il classe dans le domaine de la loi applicable

1 When the spouses' intent is set forth in an explicit agreement at the time of marriage, the freedom to select the applicable law finds greater favour than when it is a question of the statutory regime. The Anglo-American systems are in agreement with the Franco-Luxemburg camp where complete freedom is concerned. In addition, in a number of other systems the spouses are given limited freedom to adapt their pecuniary relations to their legal situation (domicile, residence or nationality of either spouse).

2 The express intervention of the spouses' intent then presents additional interest; the spouses can with greather certainty ensure the international recognition of the regime selected. This element of foreseeability, which comes into play right from the time of marriage, is of obvious practical interest.

3 The intervention of the spouses' intent has the additional advantage of correcting the excesses of systematic scission; the spouses cannot be said to wish that they be subject to as many regimes as there are countries in which they have property; they will therefore find it natural that, having taken care to determine their pecuniary relations, the rules adopted should govern their property as a whole. Now, we have seen that under the Anglo-American systems the spouses are permitted by marriage contract to subject local immovables to a regime of their selection provided for by a foreign law.

4 Intervention of .the spouses' intent will similarly correct the excesses of permanence or mutability of the connecting factor: certain systems which incline towards permanence rightly allow the spouses to adjust their pecuniary relations to the new conditions of their life (*e.g.*, change of domicile, refugees). Other systems which adhere to mutability allow that the spouses, when a marriage contract exists, to escape the automatic mutability rules and remain in principle subject to the law they have selected voluntarily, even though they may later, through a new accord, agree to select a new law which may suit their relations better.

5 It should also be noted that the explicit choice of the applicable law, which naturally bears on the substantive rules of this law, excludes recourse to renvoi.

6 Finally, it follows that the explicit choice of a substantive law eliminates in advance all difficulties which may result from the lack of a connecting factor in relations with complex legal systems.

7 In regard to third persons, intervention by the spouses' intent has the advantage that it will facilitate knowledge by such third persons of the pecuniary relations of the parties with whom they contract. On the one hand, certain countries proceed to inform third persons by giving publicity to marriage contracts, while this is not always the case in regard to the statutory regime. On the other hand, it is much easier for the spouses to bring out their marriage contract, even when subject to a foreign law, by presenting the instrument to third persons, so that these may enter into a contract with full knowledge of the situation.

8 As regards the scope of the law of the regime, the spouses' choice has no direct influence. It will always fall to the legal system concerned to specify what it considers to come within the scope of the law applic-

au régime matrimonial, même conventionnel. Cependant l'intervention de la volonté des époux durant le mariage en permettant l'adaptation des relations pécuniaires du ménage à une situation nouvelle, facilitera la concordance souhaitable entre loi du régime matrimonial et loi successorale, ce qui permet ainsi d'éviter d'immenses difficultés. En permettant à des époux de se soumettre expressément à la loi de leur nouvelle nationalité, dans les pays qui rattachent à la loi nationale, on fera coïncider la loi du régime avec la loi nationale du *de cujus*. Même conséquence dans les pays qui rattachent au domicile lorsqu'on permet aux époux d'adopter la loi de leur nouveau domicile. Si l'un des époux meurt en cet endroit, loi du régime et loi successorale seront confondues.

III TRAITÉS INTERNATIONAUX

Les traités contenant des dispositions en matière de régime matrimonial sont peu nombreux.

A Traités multilatéraux

a Convention de La Haye du 17 juillet 1905 sur les effets du mariage

Cette Convention rattache à la loi nationale du mari et suit le système de l'unité. La permanence du rattachement est admise en principe mais les époux qui changent de nationalité peuvent se soumettre à la loi de leur nouvelle nationalité.

b Convention nordique du 6 février 1931

Cette Convention qui énonce des dispositions de droit international privé en matière de mariage, d'adoption et de tutelle consacre un article aux effets patrimoniaux du mariage.
Le régime matrimonial est soumis à la loi du domicile. La Convention adopte le principe de l'unité. Par ailleurs la mutabilité de la loi applicable est acceptée: lorsque les époux transfèrent leur domicile dans un autre Etat contractant c'est la loi de celui-ci qui devient applicable sous réserve des effets des actes juridiques passés antérieurement.

B Conventions bilatérales

a Convention franco-yougoslave relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de famille du 18 mai 1971

Dans son article 6 cette Convention prescrit que le régime matrimonial légal est déterminé par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune au moment du mariage ou par la loi de la partie contractante sur le territoire de laquelle était situé leur premier domicile commun.

b Convention franco-polonaise relative à la loi applicable à la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille du 5 avril 1967

Le système des articles 5 et 6 de cette Convention est assez compliqué: est applicable au régime matrimonial légal la loi du domicile commun des époux. Si les époux n'ont pas de domicile commun devient alors applicable la loi nationale commune et si les époux n'ont pas de nationalité commune la loi du dernier domicile commun. Un tel système implique donc une certaine mutabilité de

able to the marital property regime, even if it is based upon contract. Even so, the intervention of the spouses' intentions during the marriage, while enabling the couples pecuniary relations to be adapted to a new situation, will facilitate the desirable harmony between the law of the marital property regime and the law of succession, thus making it possible to avoid immense difficulties. By allowing spouses to be explicitly subject to the law of their new nationalities in countries having nationality as the connecting factor, the law of the regime will be made to coincide with the national law of the *de cujus*. The same result will be reached in countries having domicile as the connecting factor, when the spouses are allowed to adopt the law of the new domicile. If one of the spouses dies in the latter place, the law of the regime and the law of succession will be merged.

III INTERNATIONAL TREATIES

Few treaties contain provisions in regard to the marital property regime.

A *Multilateral Treaties*

a Hague Convention of 17 July 1905 on the effects of marriage

This Convention follows the husband's national law and adopts the system of unity. Permanence of the connecting factor is in principle allowed, but spouses changing their nationality may subject themselves to the law of their new nationality.

b Nordic Convention of 6 February 1931

This Convention, which sets forth provisions of private international law in regard to marriage, adoption and guardianship, devotes an article to the effects of marriage on property rights.
The material property regime is subject to the domiciliary law. The Convention adopts the unity principle. In other respects mutability of the applicable law is accepted: when the spouses transfer their domicile to another Contracting State, the law of that State becomes applicable, subject to the continuing effectiveness of legal transactions previously entered into.

B Bilateral Conventions

a Franco-Yugoslav Convention of 18 May 1971 relating to the applicable law and to jurisdiction in matters of personal status and family law

In its article 6 this Convention lays down that the statutory marital property regime is determined by the spouses' national law, when they have this nationality in common at the time of marriage, or by the law of that Contracting State, in the territory of which their first common domicile was situated.

b Franco-Polish Convention of 5 April 1967 relating to the applicable law, jurisdiction and *exequatur*, in matters of personal status and family law

The system of articles 5 and 6 of this Convention is fairly complicated: the law applicable to the statutory marital property regime is the law of the spouses' common domicile. If the spouses have no common domicile, then the national law they have in common becomes applicable and, if the spouses have no common nationality, then the law of the last common domicile will

la loi applicable (si les deux époux polonais sont domiciliés en France c'est la loi française qui est applicable, si l'un des époux retourne en Pologne, c'est la loi nationale commune polonaise qui devient alors applicable), sans pour autant que les droits acquis soient expressément réservés. En ce qui concerne le contrat de mariage, il est soumis à la loi choisie par les parties et à défaut à la loi du lieu de conclusion du contrat.

c Tchécoslovaquie

La Tchécoslovaquie a conclu des traités bilatéraux avec la Yougoslavie, la Pologne, la Hongrie et la Roumanie. Lorsque chacun des époux est ressortissant d'un autre Etat contractant, le régime matrimonial est régi par la loi de leur résidence commune. Et s'ils sont de nationalité commune on applique la loi de cette nationalité.

d Autriche

L'Autriche et la Pologne sont liées par la Convention du 11 décembre 1963 sur les relations réciproques en matière civile. Selon les articles 25 et 26 de ce Traité est applicable au régime matrimonial légal la loi nationale commune des époux. Si chacun des époux a la nationalité d'un Etat contractant on applique la loi de la résidence habituelle commune ou à défaut de la dernière résidence commune. Le contrat de mariage est soumis à la loi nationale commune et, à défaut, peut être soumis à la loi d'une des nationalités des époux. Toutefois, les effets du contrat sont appréciés selon la loi de la résidence habituelle commune.

Section II – Conclusions

Au plan des relations privées internationales la matière des régimes matrimoniaux est celle où règne le plus grand des chaos et il semble que seul un effort concerté puisse réduire les divergences entre les systèmes et améliorer la situation des justiciables.

§ 1 ÉLÉMENTS D'UNE SOLUTION GÉNÉRALE

Cet effort pourrait, dans sa plus grande dimension, tenter d'unifier les règles de rattachement tout en donnant au mécanisme une grande souplesse grâce à la reconnaissance généralisée de l'autonomie de la volonté exprimée des époux.

I CRITÈRES DE RATTACHEMENT OBJECTIFS EN L'ABSENCE DE VOLONTÉ EXPRIMÉE DES ÉPOUX

A L'expérience montre qu'aujourd'hui le mariage n'est plus «une affaire de familles». Les époux, en se mariant, ne s'interrogent pas sur leurs relations pécuniaires, tant dans les relations internes que dans les relations internationales. Cela est dû au fait que lors du mariage les époux, essentiellement préoccupés de leurs relations personnelles, ne possèdent pas suffisamment de biens pour avoir leur attention attirée sur leurs relations pécuniaires. (En revanche dans les pays développés le nombe applicable. Such a system implies therefore a certain mutability of the applicable law (if two Polish spouses are domiciled in France, French law is applicable; if one of the spouses returns to Poland, then Polish national law, which they have in common, becomes applicable), without, however, vested rights being expressly preserved. As regards the marriage contract, this is subject to the law selected by the parties and, in the absence of such law, to the place where the contract was entered into.

c Czechoslovakia

Czechoslovakia has concluded bilateral treaties with Yugoslavia, Poland, Hungary and Rumania. When the spouses are nationals of different Contracting States, the marital property regime is governed by the law of their common residence. If they have a common nationality, the law of that nationality applies.

d Austria

Austria and Poland are linked by the Convention of 11 December 1963 on reciprocal relations in civil matters. According to articles 25 and 26 of this Treaty, the national law which the spouses have in common, is applicable to the statutory marital property regime. If the spouses have different nationalities being those of the two Contracting States, the law of the common habitual residence applies or, in its absence, the law of the last common residence. The marriage contract is subject to the national law they have in common and, in the absence of a common nationality, may be made subject to the law of either spouse's nationality. However, the effects of the contract are determined according to the law of the common habitual residence.

Part II – Conclusions

In the field of private international relations the greatest chaos is found to exist where marital property regimes are concerned, and it seems therefore that only a concerted effort can reduce the divergences between the systems and improve the position of all persons to whom they apply.

§ 1 ELEMENTS OF A GENERAL SOLUTION

Seen in its widest dimension, such an effort could be directed towards unification of the rules governing connecting factors while at the same time the mechanism could be given great flexibility by means of a wider recognition given to the autonomy of the spouses' expressed intent.

I OBJECTIVE CRITERIA FOR THE CONNECTING FACTOR IN THE ABSENCE OF THE SPOUSES' EXPRESSED INTENT

A Experience shows that nowadays marriage is no longer an 'affaire de familles'. When getting married, the spouses do not question each other on their pecuniary relations, either domestic or international. This is due to the fact that the spouses, who are essentially engrossed in their personal relations, do not possess sufficient property to make it worth while having their attention drawn to their pecuniary relations. (On the other hand, the number of couples in the developed countries who,

bre de couples qui au cours du mariage acquièrent un certain patrimoine est sensiblement plus élevé qu'à l'époque des premières conférences de La Haye.) Il est vain, dans ces conditions, de tenter de rechercher dans chaque cas une volonté tacite qui n'existe pas, et il vaut mieux définir de manière objective les rattachements auxquels ils devraient être soumis. Les rattachements choisis doivent pouvoir être immédiatement utilisés dans la pratique. Ils doivent apporter clarté, sûreté et précision. Aussi, tout système menant dans chaque cas à la recherche d'un centre de gravité ou d'une «most significant relationship», présenterait les mêmes inconvénients qu'un critère fondé sur une prétendue volonté tacite. Les époux et les tiers qui contractent avec eux ont besoin d'une prévisibilité du rapport juridique. Or, les problèmes de régime matrimonial ne sont pas ponctuels, ils peuvent être soulevés à plusieurs reprises au cours du mariage et il ne faudrait pas que des fors appelés à trancher successivement un problème de relations pécuniaires entre époux puissent dans le même cas d'espèce arriver à des conclusions différentes tout en partant du même principe de base.

Trois rattachements semblent correspondre aux critères exigés, la nationalité commune des époux, le domicile matrimonial, la situation des immeubles.

D'autres critères objectifs comme le lieu de célébration du mariage, la *lex fori,* n'assurent pas que le rapport juridique – les relations pécuniaires entre époux – ait un lien raisonnable avec la loi applicable. Quant aux rattachements fondés sur la localisation des biens du ménage, indice parfois utilisé en jurisprudence française pour justifier de la volonté tacite des époux, quoique objectifs, ils rencontrent les mêmes inconvénients que le rattachement fondé sur le centre de gravité du rapport juridique. En effet, si les biens des époux sont localisés dans deux pays ou s'ils sont déplacés d'un pays à l'autre, il faudra se livrer à une recherche concrète, souvent judiciaire, ce qui risque de nuire à la prévisibilité requise.

On remarquera que le rattachement à la loi réelle en matière immobilière ne présente pas cet inconvénient, toutefois il en présente un autre: la référence à la loi réelle en matière immobilière généralise le système de la scission. Or, on peut se demander si, dans le cadre d'un effort concerté, on ne devrait pas tenter d'arriver à une certaine unité de la loi applicable au régime.

En effet, s'il semble artificiel de rechercher une volonté tacite le plus souvent inexistante, il paraît indiqué de prendre en considération, une absence, beaucoup plus certaine, de volonté des époux. L'expérience montre qu'au bout d'un certain temps de vie commune les époux, du fait qu'ils sont amenés à contracter, à acquérir ou à vendre, finissent toujours par prendre conscience d'être soumis à un certain régime juridique en ce qui concerne leurs relations pécuniaires. Qu'ils aient raison ou tort sur la loi qui leur est applicable, on doit constater une réalité psychologique: ils ne s'attendent pas à ce que l'équilibre de leurs relations dans la gestion des biens du ménage ou dans leur droit de propriété soit remis en cause du seul fait qu'un bien même immobilier, a été acquis à l'étranger. La différence avec le cas où les époux expriment une volonté particulière à cet égard est évidente. Notons enfin qu'une reconnaissance généralisée de la compétence de la loi réelle en matière immobilière pourrait inciter à des fraudes: un époux commun en biens pourrait acheter à l'aide des biens communs un immeuble dans un pays séparatiste, l'immeuble lui deviendrait propre. Certes, une telle fraude pourrait être

during marriage, acquire certain property, is considerably higher than it was at the time of the first Hague conferences.) In these circumstances, it would be a vain exercise to try and search in each case for an implied intent which does not exist, and it is better to determine objectively the connecting factors to which the spouses should be subject. The connecting factors selected should be susceptible of being used immediately in practice. They must bring clarity, security and precision. Any system leading in each case to the search for a centre of gravity or a 'most significant relationship' would present the same drawbacks as would a criterion based on a would-be tacit intent. The spouses, and the third persons entering into contracts with them, have a need for foreseeability in the legal relationship. Now, the problems concerned with marital property regimes do not just occur once, but may be raised repeatedly during marriage; and courts called upon to settle successively problems concerned with the pecuniary relations between spouses should not in specific cases be allowed to arrive at different conclusions, while starting from the same basic principle.

Three connecting factors seem to meet the criteria called for: the spouses' common nationality, the matrimonial domicile and the locations of the immovables. Other objective criteria, such as the place where the marriage was celebrated or the *lex fori,* do not ensure that the legal relationship, *i.e.* the pecuniary relations between spouses, has a reasonable link with the applicable law. As regards the connecting factors based on the location of the couple's property, an indicator which is sometimes used in French case law to justify findings as to the implied intent of the spouses, these will, although objective, be faced with the same drawbacks as the connecting factor based on the centre of gravity of the legal relationship. If the spouses' properties are in actual fact located in two countries, or if they have been moved from one country to another, a factual inquiry, often judicial in nature, will have to be embarked upon, which may harm the requisite foreseeability.

It will be observed that having as the connecting factor the law of the place where the property is located does not present this drawback in regard to immovables; but there is another drawback, which is the fact that reference to such a connecting factor generalises the scission system. Now, it may be asked whether, within the framework of a concerted effort, an attempt should not be made to arrive at a certain unity of the law applicable to the regime.

If it seems indeed artificial to search for implied intent which, for the most part, does not exist, it seems clearly desirable to take into consideration a much more definite absence of intent on the part of the spouses. Experience shows that after a certain time of life in common, the spouses, owing to the fact that they get into the habit of entering into contracts, either of purchase or of sale, in the end always become aware of being subject to a certain legal regime where their pecuniary relations are concerned. Whether they are right or wrong with regard to the law applicable to them, a psychological reality has to be stated: they do not expect the balance of their relations in the management of their marital property or in their ownership rights to be called into question for the sole reason that a piece of property, even immovable property, was acquired abroad. The difference with the case in which the spouses express a particular intent in this respect is obvious. Let us finally note that a generalised recognition of the applicability of the law where the property is located could, in regard to immovables, encourage fraud; a spouse married under a community regime could, by using

combattue mais elle implique un procès complexe, et il vaut mieux prévenir que réprimer de tels abus.

B C'est pourquoi, s'inspirant d'un certain nombre de systèmes, on pourrait retenir des rattachements limités mais hiérarchisés, rattachements les plus fréquemment utilisés en droit comparé: application de la loi nationale commune dans les cas où ce rattachement peut fonctionner sans difficulté, application de la loi du domicile matrimonial (ou de la loi de la résidence habituelle commune) dans tous les autres cas. Bien entendu conformément au système généralement suivi à La Haye référence devrait être faite aux dispositions internes de la loi désignée, le renvoi devant être exclu dans un cadre conventionnel.

a Loi nationale commune

Ce rattachement présente les avantages de la prévisibilité de la continuité et de la précision. En outre il a le mérite de correspondre souvent aux sentiments des époux. [1]
Mais un tel rattachement à la loi nationale commune devrait être assorti de limites précises.

1 Il faudrait tout d'abord que les époux aient uniquement la nationalité commune d'un Etat déterminé. Leur rattachement serait en effet affaibli dans le cas où l'un des époux aurait plusieurs nationalités.

2 Mais surtout, on devrait imposer la condition que les époux aient une nationalité commune dès avant le mariage. Il s'agirait donc du cas où deux Italiens, deux Français, deux Espagnols, deux Danois se marient ensemble.
On ne devrait pas tenir compte du cas où des fiancés de nationalités différentes acquièrent une nationalité commune par le fait du mariage. En effet, ce qui compte est de distinguer «mariages entre nationaux» pour lesquels le rattachement à une loi nationale conserve une signification bien réelle et «mariages entre étrangers». Dans le second cas, le jeu des règles abstraites sur la nationalité qui feraient perdre à la femme sa nationalité d'origine et lui feraient acquérir de plein droit la nationalité de son mari ne doit pas constituer une présomption irréfragable que psychologiquement la femme désire s'intégrer au système juridique du mari et le suivre en tout point. L'expérience montre, en effet, que bien des époux en se mariant ne s'interrogent pas sur ces problèmes.
Bien souvent, le jeu des lois sur la nationalité fait qu'en se mariant l'un des époux devient bipatride, conservant sa nationalité d'origine tout en acquérant celle de son conjoint. Dans ce cas *a fortiori* leur rattachement à la nationalité commune perd de son intérêt.

On verra toutefois que les époux, s'ils le désirent, peuvent manifester leur volonté expresse en faveur de la loi nationale.

[1] Un sondage informel réalisé auprès de couples de nationalité étrangère vivant à La Haye, a permis d'établir que dans l'immense majorité des cas les ménages interrogés croyaient instinctivement être soumis, à leur loi d'origine. En tout cas, fussent-ils originaires de systèmes anglo-américains, ils n'imaginaient pas pouvoir être soumis à la communauté universelle néerlandaise du pays de leur domicile comme le voudraient cependant les règles de conflit de leur pays d'origine.

community property, purchase real estate in a country where separate property is the rule; in such a case, the real estate would belong to him. To be sure, a fraud of this kind could be fought, but it implies a complex lawsuit; and it is better to prevent than to repress such abuses.

B Drawing on a certain number of systems, it would therefore be possible to select limited, but hierarchical connecting factors, in particular those which are most frequently used in comparative law: application of the common national law in cases where this connecting factor can function without difficulty, and application of the law of the matrimonial domicile (or the law of the common habitual residence) in all other cases. Of course, according to the system generally followed at The Hague, reference should be made to the internal provisions of the designated law, it being necessary to exclude renvoi from within the framework of a treaty.

a The common national law

This connecting factor has the advantages of foreseeability, continuity and precision. In addition, it has the advantage that it often reflects the sentiments of the spouses. [1]
However, use of such a connecting factor, the spouses' common national law, should be accompanied by precise limits.

1 First of all, the spouses must have solely the common nationality of one particular State. The connection would as a matter of fact be weakened in the event of one of the spouses having several nationalities.

2 Above all, however, it would be necessary to impose the condition that the spouses had a common nationality prior to the marriage. This would, therefore, be concerned with the case when two Italians, two Frenchmen, two Spaniards or two Danes marry each other. No account should be taken of the case in which fiancés of different nationalities have acquired a common nationality through marriage. What counts in fact is that 'marriages between nationals', in respect of which the connecting factor with the national law retains very real significance should be distinguished from 'marriages between persons of different nationalities'. In the second case the operation of abstract nationality rules, resulting in the wife losing her original nationality and automatically acquiring her husband's nationality should not create an imbuttable presumption that the woman wishes to integrate herself into the husband's legal system and adopt it in every respect. Experience shows, in fact, that many spouses when getting married do not think about these problems.
Quite often the operation of the laws on nationality results in one of the spouses becoming bi-national on marriage, retaining his or her nationality while, at the same time, acquiring that of his or her spouse. In that case, *a fortiori,* their connection with the common nationality diminishes in importance.
It will nevertheless be seen that spouses; if they so wish, may manifest their explicit intent in favour of the national law.

[1] An informal poll taken among couples of foreign nationality living in The Hague has made it possible to establish that in the very great majority of cases the couples questioned believed instinctively that they were subject to the laws of their places of origin. In many event, if their countries of origin had Anglo-American systems, they did not imagine it to be possible that they could be subject to the universal community of the country of their domicile, the Netherlands, as would nevertheless follow from the conflict rules of their country of origin.

3 Enfin, si les époux ont la nationalité d'un Etat comprenant plusieurs systèmes de droit en matière de régime matrimonial, il faut convenir que la référence à la nationalité commune provoque des difficultés. Demander au juge du for de rechercher dans chaque cas l'unité territoriale avec laquelle les époux ont les liens les plus étroits serait, dans le contexte, une mauvaise solution. Manqueraient la clarté, la précision et la prévisibilité requises ainsi qu'une continuité dans la solution, chaque for saisi du problème pouvant arriver à des résultats différents. C'est pourquoi l'on devrait dans ces cas se référer immédiatement au critère subsidiaire du domicile matrimonial. La solution pourrait toutefois être aménagée d'une manière qui tienne compte de la psychologie des époux. On conçoit que la référence à la loi nationale commune ne veuille rien dire pour des systèmes tels que les systèmes américain ou canadien où coexistent, selon les unités territoriales, des régimes de communauté étendue, des régimes de séparation absolue et des régimes de communauté réduite. Par contre, le système anglais comme le système écossais admettant le principe de la séparation des biens, une référence à la nationalité britannique pouvait avoir un sens puisqu'il existe en quelque sorte une loi «britannique» fondée sur le système de la séparation des biens. Il en irait de même pour la Yougoslavie: bien que les Républiques Fédérées soient autonomes, le système de communauté d'acquêts semble généralisé, et l'on peut donc «découvrir» une base commune aux lois yougoslaves: une «loi» yougoslave sur les régimes matrimoniaux. C'est pourquoi il devrait appartenir à chacun des Etats contractants à système plurilégislatif de faire une déclaration précisant qu'en cette matière il entend être considéré comme système unitaire ou comme système plurilégislatif.

b Loi du domicile matrimonial

La loi du domicile matrimonial s'appliquerait dès que le rattachement à la loi nationale commune ne pourrait pas être mis en oeuvre dans les conditions étudiées plus haut.
Par loi du domicile matrimonial il convient d'entendre la loi du pays où les époux installent effectivement leur domicile matrimonial. Une référence impérative à la loi du domicile du mari au moment du mariage ferait en effet retomber dans une discrimination qu'on a entendu éliminer en rejetant la compétence de la loi nationale du mari en cas de nationalités différentes.

Certes, la référence à la loi du domicile matrimonial effectif soulèvera d'inévitables difficultés lorsque le mariage a lieu en période d'instabilité des époux, par exemple, s'ils achèvent leurs études dans un pays où ils n'ont pas l'intention de s'installer définitivement, ou encore si en raison de leur métier ils sont appelés à aller vivre successivement dans différents pays. C'est cette relative insécurité du facteur de rattachement qui incite d'ailleurs à préférer la nationalité commune lorsqu'elle existe. Mais la faiblesse relative du critère ne doit pas entraîner sa condamnation. En fait, ce rattachement est suivi sans difficulté insurmontable par un certain nombre de systèmes juridiques. Il est bien entendu inévitable de laisser au juge, dans certains cas limités, une part d'appréciation.
Le rattachement au domicile matrimonial rencontre une difficulté particulière dans les relations avec les systèmes interpersonnels où le droit de famille est régi par la loi des communautés confessionnelles reconnue sur le territoire.
Il serait vain dans ce cas de rechercher, par l'analyse d'une prétendue volonté tacite, un système confessionnel

3 Finally, if the spouses have the nationality of a State which, in regard to the marital property regime, is comprised of several legal systems, it stands to reason that reference to the common nationality may lead to difficulties. To ask the judge of the forum to seek in each case the territorial unit with which the spouses have the closest links would in the context be a bad solution. The requisite clarity, precision and foreseeability, as well as continuity in the solution, would be lacking, since each forum to which the problem had been referred could arrive at a different solution. For this reason, reference should be made forthwith in these cases to the subsidiary criterion of the matrimonial domicile. The solution could, however, be arranged in a manner which takes account of the spouses' psychology. It is conceivable that reference to the common national law is meaningless for systems, such as the American and Canadian systems, where regimes of extensive community, regimes of absolute separation and regimes of limited community coexist, divided among the territorial units. On the other hand, in the English, as in the Scottish system, both of which accept the principle of seperation of property interests, reference to British nationality might make sense, since there exists, as it were, a 'British' law based on the system of separate property. The same could apply to Yugoslavia: although the Federated Republics are autonomous, the system of a community of acquisitions seems to be general; and a common basis to Yugoslav laws can therefore be 'discovered': a Yugoslav 'law' on marital property regimes. For this reason, it should fall to each of the Contracting States with a multi-legal system to make a declaration specifying that in this matter it wishes to be considered as having a unified system or a multi-legal system.

b Law of the matrimonial domicile

The law of the matrimonial domicile would apply as soon as the connection to the common national law could not be brought into play in the conditions studied above.
The law of the matrimonial domicile must be taken to be the law of the country where the spouses in actual fact establish their matrimonial domicile. A mandatory reference to the husband's domiciliary law at the time of marriage would in fact result in a return to a form of discrimination which was intended to be eliminated through rejection of the governance of the husband's national law in case of different nationalities.
To be sure, reference to the law of the effective matrimonial domicile will raise unavoidable difficulties when the marriage takes place in a period of instability for the spouses, for example, if they complete their studies in a country where they do not intend to establish themselves permanently, or again if they are destined to live in different countries in succession on account of their professions. It is this relative insecurity of the connecting factor which is, moreover, an incentive for preferring common nationality when it exists. But this relative weakness of the criterion should not lead to its condemnation. This connecting factor is in fact adhered to without insurmountable difficulties by a number of legal systems. It is, of course, inevitable that in certain limited cases some discretion will be left to the courts.
The connection with the matrimonial domicile is faced with a particular difficulty in relations with multiple systems of personal law, where family law is governed by the laws of religious communities, which are recognized within the territory.
In this case, one would search in vain, through analysis arriving at a presumed tacit intent, for a religious system

auquel les époux désirent se rattacher. Psychologiquement, au contraire, ou aurait tendance à estimer que dans le cas où les époux sont originaires de systèmes juridiques à tradition profondément différente, il existe chez eux une absence de volonté de s'intégrer à l'un des systèmes confessionnels du pays de leur domicile. Il faut alors trouver un rattachement subsidiaire. Comme celui-ci par hypothèse ne peut être la nationalité commune des époux, on songe à la nationalité du mari. Malgré ses défauts, et notamment la discrimination qu'il entraîne entre la loi du mari et celle de la femme, un tel rattachement dans le contexte étroit dont il s'agit ne serait pas irréaliste, au moins au plan du droit. En effet, tous les systèmes interpersonnels connaissent des règles nationales de conflit qui donnent compétence en fait à la loi du mari.

Certes, une telle référence n'aura pas de signification dans le cas où la loi nationale du mari sera celle d'un système territorialement plurilégislatif comme le Canada ou les Etats-Unis. Dans ce cas, les deux rattachements principalement retenus faisant défaut, on pourrait songer à donner compétence à la loi du for. Il ne s'agirait là que d'un pis-aller car dans une telle hypothèse les époux prendront rapidement conscience des difficultés considérables qui s'élèvent dans la détermination de leurs relations pécuniaires et ils auront alors tendance, s'ils sont bien informés, à recourir au remède de l'autonomie de la volonté.

with which the spouses wish to be connected. Psychologically, on the other hand, one would be inclined to think that, in cases where the spouses had their origins in legal systems of profoundly different traditions, the intent to integrate themselves into one of the religious systems of their domiciliary country would be lacking. A subsidiary connecting factor would then have to be found. Since this by hypothesis cannot be the spouses' common nationality, the husband's nationality comes to mind. In spite of its defects, particularly the discrimination it involves between the law of the husband and that of the wife, such a connecting factor, in the narrow context which is involved here, would not be unrealistic, at least in the realm of law. Indeed, all systems of multiple personal laws have national conflict rules which in fact declare the husband's law to be applicable.

To be sure, such a reference will have no significance when the husband's national law comes within a territorially multi-legal system, such as those of Canada and the United States. Since in this case the two connecting factors which were principally considered fail to lead to a solution, it might be possible to declare the law of the forum applicable. This would only be a make shift solution, because, on such an assumption, the spouses will rapidly become aware of the considerable difficulties arising in determining their pecuniary relations; and, if they are well informed, they will have recourse to the remedy of autonomy of the will.

II VOLONTÉ EXPRIMÉE DES ÉPOUX AU MOMENT DU MARIAGE

La construction qui vient d'être édifiée devrait en effet pouvoir être modifiée par la volonté expresse des époux au moment du mariage.

A En effet, le rattachement retenu, loi nationale commune ou loi du domicile matrimonial, ne devrait pas avoir un caractère obligatoire. On devrait admettre que les époux puissent, dans le cadre d'options limitées, faire prévaloir leurs points de vue. Après tout, au moment du mariage, le problème des relations pécuniaires entre époux intéresse au premier chef les époux eux-mêmes. Des personnes, libres et maîtresses de leurs droits, qui peuvent passer avec des tiers tout contrat en les soumettant à des lois étrangères, ne devraient pas être frappées d'une sorte d'incapacité d'agir pour organiser selon telle ou telle loi leurs propres relations pécuniaires. Toutefois, afin qu'une telle autonomie de la volonté puisse être acceptée par des systèmes qui, en principe, donnent au rattachement un caractère impératif, il conviendrait de limiter les options offertes aux époux à des cas où un lien raisonnable existe entre la loi choisie et les relations pécuniaires entre époux.

C'est ainsi que des époux de nationalité commune devraient, au moment du mariage, pouvoir choisir la loi du domicile de l'un d'eux ou encore la loi du pays où ils comptent installer leur domicile matrimonial. En effet, il se peut que des biens importants soient localisés dans le pays du domicile qu'avait l'un des époux au moment du mariage et il n'est pas excessif de leur permettre de se soumettre à la loi de ce pays pour des raisons pratiques et pour des besoins de relations avec les tiers. La réflexion vaut encore plus pour le cas où les époux désirent s'intégrer juridiquement au pays où ils installent leur domicile matrimonial et où ils vont exercer leur

II THE EXPRESS INTENT OF THE SPOUSES AT THE TIME OF MARRIAGE

The structure which has just been erected should indeed be subject to modification through an expression of their intention made by the spouses at the time of marriage.

A Indeed, the connecting factors considered, the common national law and the law of the matrimonial domicile, need not be compulsory. The spouses should be allowed, within a framework of limited options open to them, to let their points of view prevail. After all, at the time of marriage the problem of the pecuniary relations between spouses is, in the first place, of interest to the spouses themselves. People who are free and masters of their rights and who may enter into any contracts with third persons and submit them to foreign laws, should not be struck by a kind of incapacity to act in such a fashion as to arrange their own pecuniary relations according to whatever law they may desire. However, in order to make such autonomy of the will acceptable to systems which give the connecting factor in principle a mandatory character, it would be advisable to limit the options open to spouses to cases where a reasonable link exists between the chosen law and the pecuniary relations between the spouses.

Thus, spouses of common nationality should be able at the moment of marriage to choose the domiciliary law of either of them, or again the law of the country where they intend to set up their matrimonial domicile. It is indeed possible that considerable property may be located in the country where one of the spouses had his domicile at the time of marriage, and it is not excessive to allow the spouses to subject themselves to the laws of that country for practical reasons and for the purpose of relations with third persons. The restriction is of even greater importance when the spouses wish to integrate themselves legally into the

profession, acquérir des biens et centraliser leurs intérêts pécuniaires.

Lorsque les époux ont une nationalité différente, sont bipatrides etc., ils devraient pouvoir refuser l'application de la loi du domicile matrimonial et préférer l'application de la loi ou d'une des lois nationales de l'un d'eux ou encore du domicile qu'avait l'un d'eux au moment du mariage. En effet, pour les mêmes raisons pratiques ils peuvent trouver avantage à être soumis à une loi, loi du pays d'origine, loi du domicile où l'un d'eux possède ou risque de posséder plus tard par voie de succession des biens importants.

Dans tous les cas cités on peut présumer qu'un lien raisonnable existe entre la loi choisie et les relations pécuniaires entre époux.

B La question de la soumission du régime à la loi réelle en ce qui concerne les immeubles pourrait faire plus de difficultés. On peut toutefois admettre que des époux, d'un commun accord (ce qui évite le risque de fraude signalé plus haut), puissent soumettre des immeubles qu'ils possèdent à l'étranger à la loi locale et cela bien que leur loi nationale commune ou la loi de leur domicile matrimonial soit différente. Ils peuvent avoir de bonnes raisons d'agir ainsi. On peut par exemple supposer que l'un des conjoints possède des immeubles importants dans un certain pays et que pour ces immeubles les époux désirent être soumis au régime localement le plus suivi, par exemple la séparation des biens. Ainsi les immeubles et leurs revenus resteront propres, l'application de la loi locale facilitant les choses dans les relations avec les tiers. Mais les mêmes époux peuvent, pour ce qui concerne leurs autres biens, leurs économies, les fruits de leur travail, vouloir être soumis au régime traditionnel du pays de leur nationalité ou de leur domicile, par exemple la communauté.

Même si l'on hésite à accepter une scission automatique et de plein droit, on ne voit pas pourquoi l'on devrait interdire aux époux de créer volontairement un système scissionniste. Il convient de remarquer que dans beaucoup de systèmes rien n'interdit aux époux dans le cadre d'une loi matérielle unique d'assortir une séparation d'une communauté, ou de faire échapper à la communauté un certain nombre de biens. La seule différence dans l'hypothèse présentée est que les époux au lieu de construire leur contrat dans le cadre d'une loi unique soumettent différentes parties de leur patrimoine à des lois différentes, ce qui peut présenter un avantage évident dans les relations avec les tiers.

Cette extension de l'autonomie de la volonté mérite en tout cas d'être discutée.

C Par «volonté exprimée en matière de régime matrimonial» nous entendons non seulement un accord de volonté constituant un véritable contrat de mariage, mais aussi un accord de volonté portant simplement sur le régime légal de la loi choisie. Ainsi des époux normalement soumis à la communauté universelle du droit néerlandais pourraient se borner à adopter «le régime légal italien» de leur domicile, c'est-à-dire en fait la séparation des biens du droit italien.
La distinction effectuée entre volonté exprimée et volonté tacite soulève le problème de la preuve de la volonté exprimée. Pour faciliter la preuve de la volonté exprimée des époux, on peut penser qu'il serait raisonnable de poser une règle matérielle minimum: l'exigence d'un

country where they establish their matrimonial domicile and where they will exercise their professions, acquire property and centre their pecuniary interests.
When the spouses are of different nationality, or are bi-national, etc., they should be able to refuse application of the law of the matrimonial domicile and to prefer application of the national law of one or both of them, or again of the law of the domicile either of them had at the time of marriage. Indeed, for the same practical reasons they may find it useful to be subject to one law, the law of the country of origin or the law of the domicile where one of them possesses or has a chance of later possessing considerable property through succession.
In all cases discussed above a reasonable link may be presumed to exist between the law selected and the pecuniary relations between the spouses.

B The question of subjecting the regime to the *lex situs,* insofar as immovables are concerned, could create more difficulties. Spouses should, however, be allowed to arrange in common agreement (which avoids the risk of fraud referred to above) for property they possess abroad to be subject to the local law, for the very reason that their common national law or the law of their matrimonial domicile is different. They may have good reasons for acting in such a manner. It may, for example, be supposed that one of the spouses possesses considerable real property in a certain country and that in respect of this property the spouses wish to be subject to the regime which is most frequently employed locally, for example, a separate property regime. Thus, the property and the income therefrom will remain separate, and application of the local law will facilitate matters in relations with third persons. However, the same spouses may, insofar as their other property, their savings and the fruits of their labour are concerned, wish to be subject to the traditional regime of the country of their nationality or their domicile, for example, a community property regime.
Even if one hesitates to accept scission automatically and without further consideration, it cannot be seen why spouses should be prohibited from creating a scission system voluntarily. It may appropriately be observed that many systems do not in any way prohibit the spouses, within the framework of one single, substantive, law, from creating a limited community within a separate property regime, or from excluding certain property from a community regime. The only difference in the assumption put forward here is that the spouses, instead of constructing their contract within the framework of one single law, subject different parts of their property to different laws, which may be of obvious advantage in their relations with third persons.
In any case, this extension of the autonomy of the will merits discussion.

C By 'expressed intent in regard to the marital property regime' we understand not only a voluntary agreement establishing a genuine marriage contract, but also a voluntary agreement which simply refers to the statutory regime of the law chosen. Thus, spouses normally subject to the universal community of Netherlands law could limit themselves to adopting 'the Italian statutory regime' of their domicile, *i.e.* in actual fact, the separate property regime of Italian law.
The distinction made between express intent and implied intent raises the problem of proof of express intent. In order to facilitate proof of the spouses' express intent, it might be thought reasonable if a minimum substantive rule were laid down: a requirement of a

écrit, quitte à ce que chacune des lois applicables à la forme selon les règles générales de conflit précise les conditions particulières à la validité de cet écrit (présence de témoins, intervention d'un officier public etc.).

On ne devrait pas exclure par ailleurs l'idée d'unifier à cette occasion les règles de conflits en matière de forme à l'instar de la Convention forme des testaments.

written document, even if each of the laws which are applicable to the form, according to the general conflict rules, specifies the particular conditions for validity of this document (presence of witnesses, intervention by a public official, etc.).
Furthermore, the idea of unifying at this juncture the conflict rules in regard to form, in the manner of the Convention on the form of wills, should not be excluded.

III PERMANENCE OU MUTABILITÉ DU RATTACHEMENT. – INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX AU COURS DU MARIAGE

Le problème de la permanence ou de la mutabilité du rattachement ne peut être laissé en l'état. Il convient d'atténuer les difficultés provoquées par l'un ou l'autre des systèmes.

A On peut employer deux techniques: ou bien poser le principe de la permanence du rattachement mais permettre immédiatement aux époux de modifier ce rattachement par accord de volonté exprès, ou bien admettre le principe de la mutabilité tout en permettant aux époux de se maintenir, par accord de volonté exprès, sous la loi antérieurement applicable.

Le deuxième procédé, celui de la mutabilité atténuée, présente un certain nombre d'inconvénients d'ordre pratique. Si les époux ne manifestent pas de volonté, on retombe dans les difficultés provoquées par le nécessaire respect des droits acquis, la multiplicité de masses soumises à des régimes différents, la complexité des preuves au moment de la liquidation du régime. En outre lorsque les circonstances de rattachement ont changé si les époux ne manifestent l'intention de rester soumis à la loi antérieure qu'après un certain temps, se posera la question de savoir si cette déclaration rétroagira ou si on devra admettre qu'une solution de la continuité est intervenue dans la loi applicable au régime.
Le premier procédé, permanence atténuée du rattachement, évite ces inconvénients dans la mesure où, lorsque les époux ne manifestent pas de volonté, la loi applicable à leurs relations pécuniaires ne changera pas. Soulignons au passage que l'expérience montre que les époux originaires de pays qui admettent la mutabilité automatique n'imaginent pas en général être automatiquement soumis à la loi de leur nouveau domicile. [1]

B Que l'on suive l'un ou l'autre des systèmes, il faut de toute façon donner effet à la volonté exprimée des époux.
Il convient, comme au moment du mariage, de limiter le choix des lois possibles afin d'éviter des rattachements arbitraires.
Dans le cas d'un système de permanence atténuée, les époux devraient pouvoir choisir la loi de leur nouveau domicile matrimonial, celle de leur nouvelle nationalité. Si au moment du mariage ils n'ont pas fait de choix et se sont trouvés soumis impérativement soit à la loi nationale commune soit à la loi du domicile matrimonial, ils devraient pouvoir, ayant pris conscience des besoins

[1] C'est ainsi qu'aucun des couples américains interrogés à La Haye n'imaginaient qu'ils puissent être soumis à la communauté universelle néerlandaise en raison de leur installation aux Pays-Bas. Il est vrai que les personnes interrogées étaient, par le fait de leur profession, appelées à résider aux Pays-Bas pour un temps limité, trois ans, cinq ans, etc. Ce fait influe sans doute sur l'attitude psychologique des époux. L'exemple révèle une difficulté supplémentaire d'un système basé sur la mutabilité du domicile matrimonial: à quel moment y a-t-il vraiment un changement de domicile matrimonial propre à déterminer un changement de loi applicable?

III PERMANENCE OR MUTABILITY OF THE CONNECTING FACTOR. – INFLUENCE OF THE INTENT OF THE SPOUSES DURING MARRIAGE

The problem of permanence or mutability of the connecting factor cannot be left in suspense. It is desirable that the difficulties caused by either system be alleviated.

A Two techniques may be used: either the principle of permanence of the connecting factor can be accepted, but the spouses may be allowed to change this connecting factor forthwith by explicit voluntary agreement, or the principle of mutability may be accepted, with the spouses being permitted to remain subject to the law which was previously applicable, by explicit voluntary agreement.
The second procedure, that of attenuating the mutability, presents a certain number of practical drawbacks. If the spouses do not manifest their intent, it leads to a return of the difficulties caused by the necessary respect for vested rights, a multiplicity of assets subject to different regimes and complexity of the evidence when the regime is liquidated. In addition, if, on a change of the connecting factor, the spouses manifest the intention of remaining subject to the previous law only after a certain lapse of time, the question will arise whether this declaration will be retroactive or whether a break in the continuity of the law applicable to the regime will be considered to have occurred.
The first procedure, that of attenuating the permanence of the connecting factor, avoids these drawbacks to the extent that, when the spouses manifest no intent, the law applicable to their pecuniary relations will not change. Let us emphasize in passing that experience shows that spouses originating from countries which allow automatic mutability, do not imagine themselves to be automatically subject to the laws of their new domiciles. [1]

B Whatever system is followed, it is clearly necessary that effect be given to the expressed intent of the spouses.

As was true at the time of marriage, it is desirable to limit the choice of possible laws, so as to avoid arbitrary connecting factors.
In the case of a system of attenuated permanence, the spouses should be able to select the law of their new matrimonial domicile or that of their new nationality. If they made no choice at the time of marriage and found themselves to be mandatorily subject either to the common national law or to the law of their matrimonial domicile, they should be able, having become aware

[1] Thus, none of the American couples questioned in The Hague imagined that they could be subject to the Netherlands universal community because of their establishment in the Netherlands. The people questioned were admittedly, in view of their professions, destined to reside in the Netherlands for limited periods of time, perhaps three to five years. This circumstance no doubt influences the spouses' psychological attitudes. The example reveals a further difficulty in a system based on mutability of the matrimonial domicile: at what point in time is there a true change in the matrimonial domicile, such that a determination of a change in the applicable law can be based on it?

de leurs relations pécuniaires, se soumettre ultérieurement par accord exprès à l'une des lois précédemment ou nouvellement offertes.
Dans le système d'une mutabilité atténuée les époux devraient pouvoir maintenir l'application de la loi ancienne et même, si cela correspond à leurs intérêts, choisir expressément une loi qu'ils auraient pu choisir au moment du mariage, par exemple la loi nationale de l'un d'eux.
Enfin, dans la mesure où l'on aurait admis en principe que les époux peuvent, au moment du mariage, soumettre leurs immeubles ou certains de leurs immeubles à la loi réelle, une telle possibilité devrait être conservée au cours du mariage.

IV AMÉNAGEMENT DU SYSTÈME EN FONCTION DES BESOINS DE LA PRATIQUE

Il ne suffit pas de construire un système, il est nécessaire qu'il puisse fonctionner aisément dans la pratique.

A *Relations entre époux*

Le système présenté ne peut fonctionner de façon satisfaisante que dans la mesure où les époux en auront connaissance. Il est essentiel que les époux sachent que s'ils concluent un contrat de mariage dans les limites déterminées plus haut, ce contrat sera reconnu dans tous les Etats contractants. Cette assurance de reconnaissance incitera les époux préoccupés de leurs relations pécuniaires à exprimer leur volonté afin d'éliminer toute incertitude.
Il est nécessaire aussi que les époux sachent à quelle loi ils seront soumis tant qu'ils ne manifestent pas de volonté ainsi que les possibilités qui leur seront offertes au cours du mariage. C'est pourquoi on peut se demander si, dans le cadre d'un effort concerté, on ne devrait pas tenter de prévoir, sinon d'organiser, une information des époux dans le cercle des Etats contractants. L'un des moyens les plus simples serait d'informer les époux qui se marient dans un Etat contractant dans le cadre des formalités d'état civil qui entourent nécessairement un mariage. La coopération en matière d'état civil a donné de bons résultats dans le cadre d'organisation telle que la Commission internationale de l'état civil. Sans aller si loin, on pourrait demander aux Etats contractants de prévoir que les personnes qui entament les formalités de célébration d'un mariage se voient remettre une fiche de renseignement indiquant de manière claire et précise les diverses possibilités, et d'exiger que cette fiche soit remise visée par les deux époux à l'autorité chargée de célébrer le mariage afin de s'assurer que l'un et l'autre ont pu en pendre connaissance. Bien entendu une telle formalité supplétive devrait être assimilée à celles qui existent déjà dans beaucoup de législations telle que la remise d'un certificat médical prénuptial, d'un certificat de position militaire, de nationalité, etc., formalités qui n'engagent en rien la validité du mariage.

Au cours du mariage les époux préoccupés par leurs relations pécuniaires pourraient être assez facilement renseignés par les hommes de loi puisque ceux-ci disposeraient d'un corps de règles faciles à mettre en oeuvre.

B *Relations avec les tiers*

Il semble aussi que dans le cadre d'une convention un effort pourrait être utilement tenté afin de faciliter l'information des tiers appelés à contracter avec des époux

of what their pecuniary relations require, to become subject later, by explicit agreement, to one of the laws previously or newly open to them.
Under the system of attenuated mutability, the spouses should be able to continue to apply the old law, and even, if this corresponds with their interests, to select expressly a law they could have chosen at the time of marriage: for example, the national law of either of them.

Finally, to the extent that the spouses would in principle have been able, at the time of marriage, to submit their immovables, or some of them, to the law of the place where the property is located, such a possibility should be allowed to continue during marriage.

IV ADAPTATION OF THE SYSTEM TO MEET THE NEEDS OF PRACTICE

It is not enough to build a system; it must also function readily in practice.

A Relations between spouses

The system put forward can only work satisfactorily to the extent that the spouses are acquainted with it. It is of vital importance that the spouses know, if they enter into a marriage contract within the limits laid down above, that this contract will be recognised in all the Contracting States. This assurance of recognition will encourage spouses concerned with their pecuniary relationship to express their intent so as to eliminate any uncertainty.

The spouses should also know to what law they will be subject, insofar as they do not manifest an intent, as well as the possibilities open to them during marriage. For this reason one might wonder whether, within the framework of a concerted effort, an attempt should not be made to provide, better even to arrange, that, within the ambit of the Contracting States, spouses be properly informed. One of the simplest ways would be to give this information to spouses who are getting married in a Contracting State, within the framework of the formalities of registration which necessarily surround a marriage. Cooperation in matters regarding civil status has led to good results within the framework of an organisation such as the 'Commission internationale de l'état civil' (CIEC). Without there being a need to go quite so far, the Contracting States could be asked to provide that persons initiating the formalities for celebration of a marriage be given an explanatory form indicating the various possibilities clearly and precisely, and to require that this form be returned duly signed by both spouses to the authorities in charge of the consecration of the marriage, so as to ensure that both have been able to acquaint themselves with its contents. Such a complementary formality would, of course, have to be assimilated with those already in existence in many laws, such as an antenuptial medical certificate, a certificate of military status, a certificate of nationality, etc., formalities which do not in any way effect the validity of the marriage.
During marriage, spouses concerned with their pecuniary relationship could easily be informed by lawyers, since counsel would have a body of rules at their disposal which could easily be brought into play.

B Relations with third persons

It also seems that an effort could usefully be made within the framework of a Convention to facilitate the dissemination of such information to third persons who

soumis à des lois étrangères. Un système qui voudrait ignorer complètement la loi étrangère et imposer la loi locale dans les relations avec les tiers ruinerait s'il était généralisé le progrès réalisé dans les relations entre époux.

D'autre part, si l'on doit informer les tiers, il convient de les informer tant du régime contractuel que du régime légal soumis à une loi étrangère.

C'est pourquoi les mesures de publicité que connaissent aujourd'hui la plupart des Etats contractants risquent de paraître insuffisantes.
On pourrait donc songer à organiser, d'une manière ou d'une autre, registres matrimoniaux, mention sur les pièces d'état civil, etc., une publicité du régime matrimonial. Les modalités d'un tel système de publicité pourraient faire l'objet d'utiles discussions.

have the occasion to enter into contracts with spouses subject to foreign laws. A system which would permit complete disregard of the foreign law, imposing the local law in relations with third persons, if it became general, would ruin the progress achieved in relations between spouses.
On the other hand, if third persons are to be informed, it would be appropriate to inform them of both the contractual and the statutory regimes subject to foreign laws.
For this reason the publicity measures which are at present in force in most Contracting States may well appear insufficient.
One might, therefore, envision the possibility of arranging, in one manner or another, for publicity to be given to the marital property regime: for example, through matrimonial property registers, notation on documents evidencing civil status, etc. The form of such a publicity system could be the subject of useful discussions.

§ 2 – ÉLÉMENTS D'UNE SOLUTION PARTIELLE

Si la tentative esquissée dans sa plus grande dimension paraissait trop hardie il serait possible d'améliorer partiellement la situation des justiciables en s'en tenant à la reconnaissance mutuelle de la volonté exprimée des époux intervenant dans le cadre précédemment fixé.

Les règles de conflit de droit commun en matière de régime légal ne seraient pas touchées, mais l'on poserait que, quelles que soient ces règles, les époux pourront toujours soumettre leurs relations pécuniaires à une loi choisie dans un cadre limité (et dont les effets seraient reconnus dans tous les Etats contractants). Pour ce qui concerne la permanence ou la mutabilité du rattachement, on devrait admettre, pour le système qui suit la permanence, que les époux puissent modifier la loi applicable dans les limites raisonnables précédemment esquissées. Pour ceux qui suivent la mutabilité du rattachement on devrait admettre que les époux ont toujours le droit d'assurer la continuité de la loi du régime par accord exprès de volonté. Les époux devraient être informés des possibilités ainsi offertes et les tiers protégés par une publicité adéquate.
Un tel système aurait certes beaucoup moins de portée qu'une solution générale car la pratique constate que les époux, dans la majorité des cas, ne passent pas de contrat de mariage. Toutefois, l'assurance d'une reconnaissance générale de leur accord exprès pourrait inciter les époux à utiliser le mécanisme proposé.
Soulignons que cette solution partielle devrait, de toute façon, bénéficier aux époux mariés antérieurement à l'entrée en vigueur d'un système conventionnel et pour lequel les nouvelles règles de conflit en matière de régime légal ne seraient point rétroactives.
Enfin, on peut imaginer un mécanisme conventionnel qui, par un jeu de facultés ou de réserves à l'instar du système employé dans la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger, permettrait aux Etats qui le désirent d'adopter une solution générale et à d'autres de s'en tenir simplement à la solution partielle relative à la reconnaissance de la volonté exprimée.

§ 2 – ELEMENTS OF A PARTIAL SOLUTION

Should the attempt sketched in its widest dimension appear to be too bold, it would be possible to improve in part the situation of those affected by the law by holding on to the mutual recognition that the spouses' expressed intent intervenes within the framework previously laid down.
The basic conflict rules in regard to the statutory regime would not be affected, but the principle would be stated that, whatever the rules, the spouses may always subject their pecuniary relationship to a law selected within a limited range of possibilities (the effects of which would be recognised in all Contracting States). As regards the permanence or mutability of the connecting factor, in the case of permanence the spouses should be allowed to modify the applicable law within the reasonable limits sketched above. As regards those systems adhering to the mutability of the connecting factor, the spouses should always be allowed the right to ensure the continuity of the law of the regime by explicit voluntary agreement. The spouses should be informed of the possibilities thus offered, and third persons should be protected by adequate publicity.
To be sure, such a system would have much less effect than a general solution, because in practice it is established that in most cases the spouses do not enter into a marriage contract. However, the assurance that their explicit agreement would be generally recognised might encourage spouses to use the suggested technique.
Let us emphasize that this partial solution should in any case benefit such spouses as were married before the entry into force of a system created by treaty, if its new conflict rules on the statutory regime were not retroactive.
Finally, a treaty mechanism may be imagined which, by the interplay of options and reservations, in the manner of the system used in the Convention on the Taking of Evidence Abroad, would allow the States which so desire to adopt a general solution, and others simply to abide by the partial solution in regard to recognition of the expressed intent.

Conclusions provisoirement adoptées par la Commission spéciale de février-mars 1975

Document préliminaire No 4 de mars 1975

COMPOSITION DE LA COMMISSION SPÉCIALE[1]

Président:

M. *A. Philip,* professeur, avocat, Copenhague.

Vice-Président:

M. *G. Beitzke,* professeur à l'Université de Bonn.

Rapporteur:

M. *A. E. von Overbeck,* professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, recteur de l'Université de Fribourg.

Membres:

M. *A. Balbaa,* ancien président de la Cour de cassation, avocat, Le Caire.
M. *L. Battaglini,* conseiller à la Cour de cassation, Rome.
M. *J. Dainow,* Professor, Director of the Institute of Civil Law Studies at Louisiana State University Law School.
M. *C. W. Dubbink,* vice-président de la Cour de cassation des Pays-Bas.
M. *A. Duchek,* Sektionsrat, Federal Ministry of Justice, Vienna.
M. *M. Franchini-Netto,* professeur, ministre pour les affaires commerciales près l'Ambassade du Brésil, La Haye.
M. *M. D. Freeman,* Lecturer in Law, Faculty of Laws, University College, London.
M. *F. Grégoire,* juge au Tribunal de grande instance de Paris.
M. *R. Hayes,* Assistant Secretary, Department of Justice, Dublin.
M. *R. Heiderscheid,* président honoraire du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.
M. *C. L. Hermes,* Minister, Attorney-General's Department, Australian High Commission, London.
M. *M. Holub,* Chief of the Legislative Department of the Ministry of Justice, Prague.
M. *A. Huss,* procureur général d'Etat honoraire, Luxembourg.
M. *H. Jokela,* Professor of Helsinki University.
M. *A. Leal,* Chairman, Ontario Law Reform Commission, Toronto.
M. *Z. Matić,* Professor at the Faculty of Law of the University of Zagreb.
Mlle *E. Perez Vera,* professeur de droit international à la Faculté de droit de Grenade.
M. *P. Stiénon,* conseiller juridique adjoint, Ministère de la Justice, Bruxelles.
Mme *A. M. Tengström,* Legal Adviser to the Ministry of Justice, Stockholm.
M. *M. Yoshino,* Public Prosecutor, Head of the Third Division of the Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo.

Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé:

M. *J. C. Schultsz,* président de la Commission d'Etat, professeur à l'Université Erasme de Rotterdam.

Observateur:

Union internationale du Notariat latin

Mme *A. H. M. de Jong,* notaire.

Secrétariat:

M. *M. H. van Hoogstraten,* secrétaire général.
M. *G. A. L. Droz,* secrétaire général adjoint.
M. *M. L. Pelichet,* premier secrétaire au Bureau Permanent.
M. *C. A. Dyer,* secrétaire au Bureau Permanent.

[1] La Commission spéciale a siégé du 24 février au premier mars 1975.

Commission spéciale – Composition

Conclusions provisoirement adoptées par la Commission spéciale de février-mars 1975

Document préliminaire No 4 de mars 1975

1 La Commission spéciale a été convaincue de l'utilité d'élaborer une Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

2 Les règles de la Convention doivent avoir un caractère universel et ne pas être basées sur la réciprocité.

3 La Commission est d'avis de fonder ses délibérations sur l'égalité de l'homme et de la femme.

4 Le principe du renvoi n'est pas admis dans la Convention.

5 Au moment du mariage, les époux sont libres de soumettre expressément leur régime matrimonial aux dispositions internes de l'une des lois suivantes:

a loi du pays de la nationalité commune ou d'une des nationalités communes des époux avant le mariage;

b loi du pays de la nationalité ou d'une des nationalités d'un des époux avant le mariage;

c loi du pays dans lequel les époux avaient leur résidence habituelle avant le mariage;

d loi du pays de la résidence habituelle d'un des époux avant le mariage;

e loi du pays où les époux entendent fixer et fixent effectivement tous deux leur résidence habituelle après le mariage.

6 Il n'est pas loisible aux époux de choisir plusieurs lois pour régir simultanément leur régime matrimonial.

7 Les époux n'ont pas la faculté de choisir comme telle la loi du pays de la situation de certains biens.

8 Lorsque les époux n'ont pas choisi expressément la loi applicable, c'est la loi du pays où les époux ont tous deux leur résidence habituelle immédiatement après le mariage qui régit leur régime matrimonial.

9 Nonobstant la conclusion précédente, la Commission réserve sa position dans la situation où deux époux de même nationalité commune s'établissent au début de leur mariage dans un certain pays avec l'intention toutefois de revenir plus tard dans le pays de leur nationalité.

10 Si les époux n'ont pas de résidence habituelle dans le même pays à la suite du mariage, c'est la loi du pays de leur nationalité commune qui s'applique.

Conclusions provisionally adopted by the Special Commission of February-March 1975

Preliminary Document No 4 of March 1975

1 The Commission was convinced that it would be useful to prepare a Convention on the law applicable to matrimonial property regimes.

2 The rules of the Convention should be of a universal nature, and not be based on reciprocity.

3 The Commission agreed to base its deliberations on the principle of equality of the husband and wife.

4 The principle of renvoi should not be applied under the Convention.

5 At the time of marriage, the spouses should be free expressly to choose the internal law of any one of the following systems to apply to their matrimonial property regime –

a the law of any country of which both spouses have the nationality immediately before the marriage;

b the law of any country of which either spouse has the nationality immediately before the marriage;

c the law of the country in which both spouses were habitually resident immediately before the marriage;

d the law of the country in which either spouse was habitually resident immediately before the marriage;

e the law of the country where both spouses intend to establish and actually establish habitual residence immediately after the marriage.

6 It should not be open to the spouses to choose more than one system of law to be applied at the same time to their matrimonial property regime.

7 It should not be open to the spouses to choose the law of the *situs*, as such, to apply to any property.

8 When the spouses have not expressly chosen the law to be applied to their matrimonial property regime, the applicable law should be the law of the country in which both spouses establish habitual residence immediately after their marriage.

9 Notwithstanding the principle established in Conclusion No 8, above, the Commission reserves its position in respect of the situation in which two spouses of the same nationality settle in a certain country at the beginning of their marriage, with the intention however of returning later to the country of their common nationality.

10 If the spouses do not establish habitual residence in the same country after their marriage, the law of their common nationality should apply.

11 La Convention ne doit pas prévoir de solution dans le cas où les époux n'ont ni nationalité commune, ni résidence habituelle dans le même pays après le mariage, d'une part en raison de la rareté des cas, d'autre part pour éviter d'adopter une règle qui porterait atteinte à l'égalité entre époux.

12 Au cours du mariage les époux ont toujours la faculté de déclarer conjointement une autre loi applicable à leur régime légal ou conventionnel et de choisir l'une des lois suivantes:

a loi du pays de la nationalité commune ou d'une des nationalités communes des époux à l'époque du choix;

b loi du pays de la nationalité ou d'une des nationalités d'un des époux au moment du choix;

c loi du pays dans lequel les époux ont leur résidence habituelle au moment du choix;

d loi du pays de la résidence habituelle d'un des époux au moment du choix.

13 Lorsque les époux ont expressément choisi la loi applicable à leur régime matrimonial ou passé un contrat de mariage dans le cadre de la loi objectivement applicable, cette loi reste applicable tant qu'ils ne choisissent pas une nouvelle loi applicable, quels que soient les changements intervenus dans leur nationalité ou leur résidence habituelle.

14 Lorsque les époux n'ont pas expressément choisi la loi applicable ou passé un contrat de mariage, et que la loi applicable à leur régime matrimonial est celle du pays dans lequel ils ont leur résidence habituelle, cette loi reste applicable quelles que soient les modifications intervenues dans leur résidence habituelle.

15 Toutefois, la loi du pays où ils établissent tous deux une nouvelle résidence habituelle s'applique à leur régime dans les cas suivants:

a déclaration conjointe des époux soumettant leur régime à la loi de leur nouvelle résidence habituelle; cette déclaration peut être faite pour l'avenir seulement ou avec effet rétroactif;

b les époux ont ou acquièrent volontairement tous deux la nationalité du pays de leur nouvelle résidence habituelle, sauf s'ils déclarent conjointement vouloir maintenir l'application de l'ancienne loi;

c lorsque les époux ont résidé pendant [ ] ans dans ledit pays, sauf s'ils déclarent conjointement vouloir maintenir l'application de l'ancienne loi.

16 Lorsque les époux n'ont pas expressément choisi la loi applicable ni passé un contrat de mariage, que la loi applicable à leur régime est celle de leur nationalité commune et que les époux acquièrent volontairement une nouvelle nationalité commune, la loi du pays de leur nouvelle nationalité s'applique, sauf s'ils déclarent conjointement vouloir maintenir l'application de l'ancienne loi.

17 Lorsque le contenu de la loi applicable change, ce sont les dispositions de droit transitoire de cette loi qui règlent les conséquences de ce changement. La Commission n'a pas prévu d'exclure l'effet rétroactif du

11 The Convention should not provide a solution for the case in which the spouses neither establish habitual residence in the same country after their marriage nor have common nationality, in part because of the relative infrequency of such cases, and also to avoid the adoption of a rule which might offend the principle of equality of the husband and wife.

12 During the marriage, the spouses should be able at any time jointly to change the law applicable to their statutory or contractual regime and to elect in favour of any one of the following systems of law:

a the law of any country of which both spouses have the nationality at the time of election;

b the law of any country of which either spouse has the nationality at the time of election;

c the law of the country in which both spouses are habitually resident at the time of election;

d the law of the country in which either spouse is habitually resident at the time of election.

13 When the spouses have expressly chosen the law applicable to their regime or when they have entered into a marriage contract under the law which would be applicable in the absence of an express choice, the relevant law should remain applicable until the spouses choose a new applicable law, nothwithstanding any changes which may occur in the nationality or habitual residence of either spouse.

14 When the spouses have neither expressly chosen the law applicable to their regime nor entered into a marriage contract, and the applicable law is the law of the country where both spouses have established habitual residence, then the latter law should remain applicable regardless of any change which may occur in the habitual residence of either spouse.

15 Nevertheless, the law of the country where both spouses establish a new habitual residence should apply in the following cases:

a when the spouses have made a joint declaration subjecting their regime to the law of their new habitual residence; such declaration may be made with or without retroactive effect;

b when both spouses have or voluntarily acquire the nationality of their new habitual residence, except when the spouses make a joint declaration that they wish to retain the prior applicable law;

c when the spouses have resided for a period of [ ] years in the country where they have their new habitual residence, except when the spouses make a joint declaration that they wish to retain the prior applicable law.

16 When the spouses have not expressly chosen the law applicable to their regime or entered into a marriage contract, and the law applicable to their regime is the law of their common nationality and both spouses voluntarily acquire a new common nationality, then the law of the new nationality should apply, except when the spouses make a joint declaration that they wish to retain the prior applicable law.

17 Where the content of the applicable law has changed, the provisions of that law governing the transitory effects of such a change should apply. The Commission has not provided for the exclusion of retro-

changement du contenu de la loi applicable. Toutefois, dans certains cas, l'exception d'ordre public pourrait être invoquée à l'encontre d'un tel effet.

18 La loi applicable au régime matrimonial légal ou conventionnel s'étend à l'ensemble des biens des époux où qu'ils soient situés, sous réserve de règles spéciales prévues par la *lex situs* pour certains types de propriété.

19 Dans les relations entre époux un changement de la loi applicable n'affecte pas les droits acquis sous l'empire de lois précédemment applicables, sauf volonté contraire.

20 La Convention contiendra une disposition précisant que chaque Etat contractant est libre de déterminer à quelles conditions les tiers peuvent se prévaloir d'une loi autre que celle régissant le régime matrimonial des époux.

21 Aucun changement quant à la loi applicable ne peut affecter les droits acquis par les tiers sous l'empire d'une loi précédemment applicable.

22 La Convention contiendra une disposition limitant son champ d'application en excluant:

a les obligations alimentaires entre époux;

b les droits successoraux du conjoint survivant;

c la capacité des époux de conclure un contrat de mariage.

23 La Convention disposera que le contrat de mariage est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme soit de la loi du contrat *(lex causae)*, soit de la loi du lieu de rédaction de l'acte *(lex loci actus)*. Il sera en outre précisé que les contrats de mariage aussi bien que les simples déclarations portant sur le choix de la loi applicable ou le maintien de celle-ci doivent au minimum être passés en la forme écrite et être datés et signés par les deux époux.

24 Quant aux vices du consentement, la Convention contiendra une disposition semblable à l'article 2, alinéa 3, de la Convention – Loi applicable Vente de 1955 qui se lirait ainsi: *Les conditions relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi.*

25 La Convention contiendra la clause traditionnelle relative à l'ordre public.

26 La Convention ne contiendra aucune disposition relative au mandat domestique dans les relations entre époux, ni aux effets patrimoniaux d'un mariage annulé.

27 La Convention ne contiendra pas des dispositions relatives à la compétence judiciaire internationale en matière de régimes matrimoniaux.

28 Lors de sa deuxième réunion la Commission discutera de l'information des époux sur la loi applicable, question qui n'a pu être abordée par les Experts.

active effects of changes in the content of the applicable law. However, in certain cases such effects could be set aside by applying the public policy clause.

18 The law which is applicable to the statutory or contractual regime should extend to all of the property of the spouses, wherever situated, except for application of special rules of the *lex situs* to certain kinds of property.

19 In the relationship between the spouses, a change in the applicable law should not affect rights which have vested under the rules of legal systems which were formerly applicable, unless the spouses indicate a contrary intent.

20 The Convention should contain a provision to the effect that each Contracting State is free to determine the conditions under which a third person may avail himself of a law other than that which governs the matrimonial property regime of the spouses.

21 A change of applicable law should not affect the rights of third persons which have vested under the rules of a legal system which was formerly applicable.

22 The Convention should contain a provision limiting its field of application, to exclude:

a maintenance obligations between spouses;

b succession rights of a surviving spouse; and

c the capacity of the spouses to enter into a marriage contract.

23 The Convention should provide that a marriage contract is valid as to its from if it meets the formal requirements either of the law of the contract *(lex causae)* or of the law of the place where the contract was concluded *(lex loci actus)*. It should further provide that marriage contracts, as well as declarations concerning the choice of the applicable law or its continuation in effect, must at a minimum be made in writing, be dated, and be signed by both spouses.

24 In respect of defects of consent, the Convention should contain a provision similar to the third paragraph of article 2 of the Convention of 15 June 1955 on the Law Applicable to International Sales of Goods, which reads as follows: *Conditions affecting the consent of the parties to the law declared applicable shall be determined by such law.* (unofficial translation)

25 The Convention should contain the traditional clause relating to public policy.

26 The Convention should not contain any provision with respect to agency of necessity, in respect of the relationship between the spouses, nor should it contain a provision with respect to the effects on property relationships of an annulled marriage.

27 The Convention should not contain any provision with respect to international jurisdiction in matters involving matrimonial property.

28 At its second meeting, the Commission will discuss the question of informing spouses in regard to the applicable law, a matter which the Experts did not tackle.

Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale et Rapport de M. Alfred E. von Overbeck

Document préliminaire No 5 d'août 1975

COMPOSITION DE LA COMMISSION SPÉCIALE[1]

Président:

M. *A. Philip*, professeur, avocat, Copenhague.

Vice-Président:

M. *G. Beitzke*, professeur à l'Université de Bonn.

Rapporteur:

M. *A. E. von Overbeck*, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, recteur de l'Université de Fribourg.

Membres:

M. *A. Balbaa**, ancien président de la Cour de cassation, avocat, Le Caire.
M. *L. Battaglini**, conseiller à la Cour de cassation, Rome.
M. *J. Dainow*, Professor, Director of the Institute of Civil Law Studies at Louisiana State University Law School.
M. *C. W. Dubbink**, vice-président de la Cour de cassation des Pays-Bas.
M. *A. Duchek*, Sektionsrat, Federal Ministry of Justice, Vienna.
M. *M. Franchini-Netto*, professeur, ministre pour les affaires commerciales près l'Ambassade du Brésil, La Haye.
M. *M. D. Freeman*, Lecturer in Law, Faculty of Laws, University College, London.
M. *F. Grégoire*, juge au Tribunal de grande instance de Paris.
M. *R. Hayes**, Assistant Secretary, Department of Justice, Dublin.
M. *R. Heiderscheid**, président honoraire du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.
M. *C. L. Hermes*, Minister, Attorney-General's Department, Australian High Commission, London.
M. *M. Holub*, Chief of the Legislative Department of the Ministry of Justice, Prague.
M. *A. Huss*, procureur général d'Etat honoraire, Luxembourg.
M. *H. Jokela*, Professor of Helsinki University.
M. *A. Leal*, Chairman, Ontario Law Reform Commission, Toronto.
M. *S. K. Martens*, avocat à la Cour de cassation des Pays-Bas.
M. *Z. Matić*, Professor at the Faculty of Law of the University of Zagreb.
Mlle *E. Perez Vera**, professeur de droit international à la Faculté de droit de Grenade.
M. *P. Stiénon*, conseiller juridique adjoint, Ministère de la Justice, Bruxelles.
Mme *A. M. Tengström*, Legal Adviser to the Ministry of Justice, Stockholm.
M. *M. Yoshino**, Public Prosecutor, Head of the Third Division of the Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo.

Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé:

M. *J. C. Schultsz*, président de la Commission d'Etat, professeur à l'Université Erasme de Rotterdam.

Observateur:

Union internationale du Notariat latin
Mme *A. H. M. de Jong*, notaire.

Secrétariat:

M. *M. H. van Hoogstraten*, secrétaire général.
M. *G. A. L. Droz*, secrétaire général adjoint.
M. *M. L. Pelichet*, premier secrétaire au Bureau Permanent.
M. *C. A. Dyer*, secrétaire au Bureau Permanent.
Mlle *C. Pointon*, Barrister.
M. *R. de Quenaudon*, diplomé d'études supérieures de droit privé de la Faculté de droit de Strasbourg.

[1] La Commission spéciale a siégé du 24 février au premier mars 1975 et du 9 au 16 juin 1975.
* N'a assisté qu'à la première réunion.

Commission spéciale – Composition

Avant-projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

Adopté par la Commission spéciale le 16 juin 1975

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux.
Elle ne s'applique pas notamment:

a aux obligations alimentaires entre époux;

b aux droits successoraux du conjoint survivant;

c à la capacité de conclure un contrat de mariage.

Article 2

La loi déterminée par la Convention s'applique indépendamment de toute condition de réciprocité, même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant.

Article 3

Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux au moment du mariage.

Toutefois les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

a la loi d'un Etat dont l'un des époux avait la nationalité avant le mariage;

b la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux avait sa résidence habituelle avant le mariage;

c 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;

d pour les immeubles, la loi de l'Etat de leur situation.

Article 4

Si les époux n'ont pas, au moment du mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils ont tous deux leur résidence habituelle immédiatement après le mariage.
Toutefois, si les époux ont avant le mariage la nationalité du même Etat ou si un époux acquiert volontairement lors du mariage la nationalité de son conjoint, la loi interne de l'Etat de leur nationalité commune s'applique si cet Etat a fait la déclaration prévue à l'article 21. Cette disposition ne s'applique pas:

a si les époux ont plus d'une seule nationalité commune, ou

b s'ils conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où l'un et l'autre résidaient habituellement depuis [...] ans au moins.

Si, immédiatement après le mariage, les deux époux n'ont pas leur résidence habituelle sur le territoire du même Etat, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat dont ils ont tous deux la nationalité.

Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

Adopted by the Special Commission on June 16th, 1975

Article 1

This Convention shall determine the law applicable to matrimonial property regimes.
The Convention shall not apply, in particular, to –

a maintenance obligations between spouses;

b succession rights of a surviving spouse;

c capacity to enter into a marriage contract.

Article 2

The law determined by this Convention shall apply irrespective of any requirement of reciprocity, and whether or not it is the law of a Contracting State.

Article 3

A matrimonial property regime shall be governed by the internal law designated by the spouses at the time of marriage.
However, the spouses may only designate one of the following laws –

a the law of any State of which either spouse was a national immediately before marriage;

b the law of the State in which either spouse was habitually resident immediately before marriage;

c the law of the State where both spouses have decided to establish habitual residence, if they actually establish habitual residence there immediately after marriage;

d with respect to immovables, the law of the State where the immovables are situated.

Article 4

If the spouses have not, at the time of marriage, designated the applicable law, their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State where both spouses establish habitual residence immediately after marriage.
However, if the spouses have a common nationality immediately before marriage, or if one spouse on marriage voluntarily acquires the nationality of the other, then the internal law of the State of their common nationality shall apply if that State has made the declaration provided for in Article 21. This provision shall not apply –

a if the spouses have more than one common nationality, or

b if the spouses retain their habitual residence in the State where they have both habitually resided for a period of not less than [...] years immediately preceding marriage.

If the spouses have not established their habitual residence in the same State immediately after marriage, their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State of their common nationality.

Article 5

Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable.
Toutefois les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

a la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation;

b la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation;

c pour les immeubles, la loi de l'Etat de leur situation.

Article 6

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable, sous réserve des articles 7, 8 et 9, aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et nonobstant tout changement de leur nationalité ou de leur résidence habituelle.

Article 7

Dans le cas où la loi nationale commune des époux s'applique en vertu de l'article 4, alinéa 2, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable lorsque l'un et l'autre acquièrent volontairement la nationalité de cet Etat. Il en va de même lorsqu'un des époux possède déjà la nationalité dudit Etat et que son conjoint l'acquiert volontairement.

Article 8

Dans le cas où la loi nationale commune des époux s'applique en vertu de l'article 4, alinéa 3, le changement de leur nationalité entraîne l'application des dispositions internes de leur nouvelle loi nationale commune, à moins que l'un d'eux ne conserve l'ancienne nationalité commune.

Lorsque les deux époux établissent leur résidence habituelle dans un même Etat, la loi interne de cet Etat devient applicable.

Article 9

Dans le cas où la loi de la résidence habituelle des époux s'applique à défaut de désignation de la loi compétente et que les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle des deux époux devient applicable:

a lorsque les époux possèdent tous deux la nationalité de cet Etat au moment où ils s'y établissent, ou

b lorsqu'un époux possède déjà la nationalité de cet Etat et que son conjoint l'acquiert volontairement, ou

c lorsque les époux acquièrent tous deux volontairement la nationalité de cet Etat, ou

d lorsque les deux époux ont résidé au moins [...] années sur le territoire de cet Etat.

Article 10

Dans les cas visés aux articles 7, 8 et 9, chacun des époux a la faculté d'opter pour le maintien de la loi précédemment applicable, en notifiant à son conjoint, dans un délai raisonnable, une déclaration à cet effet. Cette déclaration doit faire l'objet d'un écrit daté et signé.

Article 11

Sous réserve des dipositions des articles 3, alinéa 2, lettre *d* et 5, alinéa 2, lettre *c*, l'application de la loi désignée par les époux ne peut être limitée à une partie de leurs biens.

Article 5

During marriage the spouses may provide that the matrimonial property regime shall be governed by an internal law other than that previously applicable.
However, the spouses may only designate one of the following laws –

a the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

b the law of the State in which either spouse is habitually resident at the time of designation;

c with respect to immovables, the law of the State where the immovables are situated.

Article 6

The law applicable under this Convention shall apply, subject to the provisions of Articles 7, 8 and 9, so long as the spouses have not designated a different applicable law, notwithstanding any change of their nationality or habitual residence.

Article 7

Where the common national law of the spouses applies pursuant to the second paragraph of Article 4, the internal law of the State in which they are both habitually resident shall become applicable when both spouses voluntarily acquire the nationality of that State. The same rule applies when one spouse already has the nationality of that State, and the other spouse voluntarily acquires it.

Article 8

Where the common national law of the spouses applies pursuant to the third paragraph of Article 4, if both spouses subsequently acquire a new common nationality, the internal law of the State of this nationality shall become applicable, unless one of them retains the previous common nationality.
If both spouses establish habitual residence in the same State, the internal law of that State shall become applicable.

Article 9

Where the law of the habitual residence of the spouses is the applicable law, but not by virtue of a designation by the spouses, and in the absence of a marriage contract, the internal law of the State of a new habitual residence of both spouses shall become applicable –

a if the spouses are both nationals of that State at the time when they acquire habitual residence there;

b if one spouse already has the nationality of that State and the other spouse voluntarily acquires it;

c if both spouses voluntarily acquire the nationality of that State; or

d if both spouses have resided at least [...] years in that State.

Article 10

In the cases referred to in Articles 7, 8 and 9, either of the spouses may elect to retain the prior applicable law by a declaration notifying the other spouse of such election within a reasonable period of time. This declaration must be in writing, dated and signed.

Article 11

Except as provided in *d* of the second paragraph of Article 3 and in *c* of the second paragraph of Article 5, the application of the law designated by the spouses may not be limited to a part of their property.

Article 12

Le changement de loi applicable n'a d'effet que pour l'avenir et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.
Toutefois les époux peuvent, à tout moment et dans les formes prévues à l'article 15, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi, sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dipositions des articles 3, alinéa 2, lettre *d* et 5, alinéa 2, lettre *c*. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Article 13

La loi de chaque Etat peut déterminer à quelles conditions les époux sont admis à se prévaloir, à l'égard des tiers, d'un régime matrimonial soumis à la loi interne d'un autre Etat.

Article 14

Les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi.

Article 15

Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond, soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne du lieu où le contrat a été passé.

La désignation de la loi applicable par les époux doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.
Lorsque la loi applicable en vertu de l'alinéa premier prescrit une forme particulière pour le contrat de mariage, cette forme doit être observée pour la désignation de la loi à laquelle sera soumis le régime matrimonial. A défaut de telles règles, cette désignation doit faire l'objet d'un écrit daté, signé par les deux époux.

Article 16

L'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 17

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi nationale d'un tel Etat est entendue comme visant le système désigné par les règles en vigueur dans cet Etat.
A défaut de telles règles, on entend par Etat dont un époux a la nationalité, au sens des articles 3, alinéa 2, lettre *a*, et 5, alinéa 2, lettre *a*, l'unité territoriale où cet époux a eu en dernier lieu sa résidence habituelle; de même, pour l'application de l'article 4, alinéa 3, on entend par Etat dont les époux ont tous deux la nationalité, l'unité territoriale où l'un et l'autre ont eu, en dernier lieu, une résidence habituelle.

Article 18

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la résidence habituelle dans un tel Etat est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat.

Article 12

A change of applicable law shall have effect only for the future and therefore property owned by the spouses before the change shall not be subject to the new applicable law.

However, the spouses shall have the option at any time, employing the form prescribed in Article 15, to subject the whole of their property to the new law, without prejudice, in respect of immovables, to the provisions of *d* in the second paragraph of Article 3 and *c* in the second paragraph of Article 5. The exercise of this option shall not adversely affect the rights of third persons.

Article 13

The law of each State may determine, with respect to the rights of third persons, the conditions, if any, under which spouses may rely on the provisions of a matrimonial property regime governed by the internal law of another State.

Article 14

Any requirements relating to the consent of the spouses to the law designated as applicable shall be determined by that law.

Article 15

The marriage contract shall be valid as to form if it complies either with the internal law applicable to the matrimonial property regime, or with the internal law of the place where it was made.
The designation of the applicable law by the spouses must be by express stipulation, or it must arise by necessary implication from the provisions of a marriage contract.
Where the law applicable pursuant to the first paragraph of this Article prescribes a particular form for marriage contracts, this form must be observed in designating the law which shall govern the matrimonial property regime. If no such form is prescribed, the designation must be in writing, dated and signed by both spouses.

Article 16

The application of the law determined by this Convention may be refused only if it is manifestly incompatible with public policy ('ordre public').

Article 17

For the purposes of this Convention, where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes, any reference to the national law of such a State shall be construed as referring to the system designated by its rules.

In the absence of such rules, a reference to the State of which a spouse is a national shall be construed, for the purposes of *a* in the second paragraph of Article 3 and *a* in the second paragraph of Article 5, as referring to the territorial unit where that spouse had his or her last habitual residence; and, for the purposes of the third paragraph of Article 4, a reference to the State of the common nationality of the spouses shall be construed as referring to the last territorial unit, if any, where they have both habitually resided.

Article 18

For the purposes of this Convention, where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes, any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring to habitual residence in a territorial unit of that State.

Article 19

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ses unités territoriales lorsque les époux ont tous deux la nationalité de cet Etat.

Article 20

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de régimes matrimoniaux, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit désigné par les règles en vigueur dans cet Etat.

A défaut de telles règles, la loi interne de l'Etat dont les époux ont tous deux la nationalité s'applique dans le cas prévu à l'article 4, alinéa premier, et la loi interne de l'Etat dans lequel ils avaient tous deux leur résidence habituelle reste applicable dans le cas prévu à l'article 9, lettre *d.*

Article 21

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire, aux fins de l'application de l'article 4, alinéa 2, une déclaration spécifiant que sa loi interne sera applicable dans les conditions prévues par cette disposition.

Article 19

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes shall not be bound to apply the Convention to conflicts of law concerned solely with its territorial units, when both spouses are nationals of that State.

Article 20

For the purposes of this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the matrimonial property regimes of different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the system designated by its rules.

In the absence of such rules, the internal law of the State of which both spouses are nationals shall apply under the circumstances referred to in the first paragraph of Article 4, and the internal law of the State in which they both previously had their habitual residence shall continue to apply under the circumstances referred to in Article 9 *d.*

Article 21

Any State may, not later than the moment of ratification, acceptance, approval or accession, with a view to the application of the second paragraph of Article 4, make a declaration specifying that its internal law shall apply under the circumstances referred to in that paragraph.

VŒU ADOPTÉ PAR LA COMMISSION SPÉCIALE

(à insérer dans l'Acte final de la Treizième session, partie C)

Enfin, la Conférence a émis les vœux suivants:
(...)
Que les Etats Parties à la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux recherchent des moyens appropriés afin que leurs nationaux qui ont l'intention de s'établir à l'étranger, ainsi que toute personne qui vient s'établir sur leur territoire, soient rendus attentifs au fait que leur régime matrimonial risque d'être soumis, en vertu des dispositions de la Convention, soit immédiatement soit après un établissement prolongé, à une loi autre que celle qui le régissait antérieurement; que ces Etats appellent l'attention des époux sur la faculté qui leur est ouverte par la Convention de choisir, dans certaines limites et d'un commun accord, la loi applicable à leur régime matrimonial, ainsi que sur la faculté ouverte à chacune des parties d'opter pour le maintien de la loi antérieure.

WISH ADOPTED BY THE SPECIAL COMMISSION

(to be inserted in the Final Act of the Thirteenth Session, Part C)

Finally, the Conference expresses the following wishes –
(...)
That the States Party to the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes seek appropriate means in order that their citizens who intend to establish themselves in a foreign country, as well as all persons who come to settle on their territory, be made aware of the possibility that their matrimonial property regime may be governed, by virtue of the provisions of the Convention, either immediately or after a prolonged stay, by a law other than that which has previously governed it; and that these States call the attention of spouses to the options which are open to them under the Convention to choose within certain limits and in common agreement, the law applicable to their matrimonial property regime, and also to the possibility given to each party to elect to retain the prior applicable law.

Rapport de la Commission spéciale établi par M. Alfred E. von Overbeck

Introduction

SECTION A CARACTÈRE DE LA MATIÈRE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

§ 1 Le droit matériel

1 Les systèmes de droit interne en matière de régimes matrimoniaux divergent largement[1]. Pour le régime légal, entre les extrêmes de la séparation des biens, expressément prévue par la loi ou découlant implicitement de son silence, d'une part, et la communauté classique, d'autre part, se placent toute une série de formules intermédiaires. Puis, les législations divergent sur l'admissibilité même du contrat de mariage, sur le moment où celui-ci peut être fait et sur une foule de détails. Le mouvement législatif, assez important, fait apparaître certains traits communs, et notamment la suppression de l'inégalité entre époux, mais une uniformisation ou au moins un rapprochement des droits internes paraissent encore bien lointains.

§ 2 Les règles de conflit

2 Les divergences des systèmes de droit international privé ne sont pas moins considérables. L'on trouve non seulement les oppositions classiques entre principes de la nationalité et du domicile, entre autonomie des parties et rattachement objectif, entre unité du régime et scission avec application, aux immeubles, de la loi de leur situation, mais aussi, dans beaucoup de pays, une incertitude considérable. Les membres de la Commission spéciale disposaient, sur les systèmes des Etats membres, d'une documentation particulièrement précieuse, le *Questionnaire commenté sur les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, établi par M. G. A. L. Droz, Secrétaire général adjoint de la Conférence, et les réponses des Gouvernements à son sujet[2]. La méthode, nouvelle, suivie à cette occasion, a permis, non seulement de recueillir plus de réponses que d'habitude, mais surtout d'obtenir des renseignements substantiels groupés selon un plan uniforme.

3 La difficulté de la matière est encore accrue du fait que les conflits mobiles et, partant, le problème de la permanence ou de la mutabilité de la loi applicable, interviennent souvent, puisque l'on a affaire à un rapport de droit durable. Enfin, la modification de la loi interne applicable

[1] Voir, pour le régime légal: J. Patarin et I. Zajtay, «Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines», 2e éd., *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, XXXIV, Paris, 1974.
[2] Régimes matrimoniaux, *Documents préliminaires Nos 1 et 2*, février et octobre 1974.

Report of the Special Commission by Alfred E. von Overbeck

(TRANSLATION OF THE PERMANENT BUREAU)

Introduction

SECTION A NATURE OF THE SUBJECT OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

§ 1 The substantive law

1 Systems of domestic law relating to matrimonial property regimes differ greatly[1]. For the statutory regime, between, on the one hand, the extremes of separate property, expressly provided for by the law, or following by implication from its silence, and, on the other, the traditional system of community, a whole series of intermediate formulas are to be found. Secondly, the various bodies of laws differ on the question of the very permissibility of the marriage contract, on the time when it may be made, and on a mass of detail. The legislative trend, which is rather significant, indicates certain common features, in particular elimination of inequality of the spouses, but unification, or even harmonisation of the domestic laws still appears very far off.

§ 2 The conflict of laws rules

2 The differences in the systems of private international law are no less considerable. One finds not only the classical opposition between the nationality and the domicile principles, between autonomy of the parties and the objective connecting factor, between unity of regime and scission, with the application to immovable property of the law of the place where such property is situate, but also, in many countries, a considerable degree of uncertainty. The members of the Special Commission had at their disposal a particularly valuable documentation of the systems of the Member States, the *Questionnaire with Commentary on the Conflict of Laws in Matrimonial Property Matters*, prepared by Mr G. A. L. Droz, Deputy Secretary-General of the Conference, together with the replies of the Governments thereto[2]. This method, which was new to the Conference, followed on this occasion allowed not only collection of the usual responses, but in particular the obtaining of extensive information grouped according to a uniform scheme.

3 Since one is dealing with a lasting legal relationship, the difficulty of the subject is further intensified owing to the fact that changes in the circumstances determining the connecting factor, and, consequently, the problem of permanence or mutability of the applicable law, often inter-

[1] See, for the statutory regime, J. Patarin and I. Zajtay, 'Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines', 2nd ed., *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, XXXIV, Paris, 1974. (Note by the Permanent Bureau: with respect to the use of the 'regimes' in this context in English, see No 45, below.)
[2] Matrimonial Property, *Preliminary Documents Nos 1 and 2*, February and October 1974.

selon un rattachement permanent pose des problèmes lorsqu'elle se produit à un moment où les époux avaient en fait perdu tout lien avec cette loi. Faut-il alors, conformément aux principes généraux, appliquer la loi dans sa nouvelle teneur ou au contraire la «pétrifier» (au moment du mariage ou à celui où les époux ont coupé les liens avec cette loi), ou encore l'abandonner complètement?

4 L'on rencontre encore dans nombre de systèmes des rattachements à la loi nationale du mari. Bien qu'il puisse, dans un cas concret, être favorable à la femme aussi bien qu'au mari, pareil système ne correspond plus aux idées actuelles sur l'égalité de l'homme et de la femme.

vene. Finally, modification of the domestic law applicable according to a permanent connecting factor poses problems when it occurs at a time when the spouses have in fact lost all connection with that law. Is it then necessary, in conformity with general principles, to apply the law in its new tenor or, on the contrary, should it be 'frozen' (at the time of the marriage or at the time when the spouses severed the connections with that law), or even completely abandoned?

4 The connecting factor of the national law of the husband is still encountered in a number of systems. Although it may, in a concrete case, be advantageous to the wife, as well as to the husband, such a system no longer corresponds to current ideas as to the equality of the husband and wife.

SECTION B DE L'IMPORTANCE PRATIQUE D'UNE RÉGLEMENTATION

5 Le caractère peu satisfaisant de beaucoup de systèmes de droit international privé en la matière, et leurs divergences, constituent déjà des motifs pour chercher à unifier la matière. Les déplacements de plus en plus fréquents de personnes et de familles d'un Etat à l'autre, et la possibilité pour des couches plus larges de la population d'accéder à la propriété, immobilière notamment, font augmenter le nombre de cas où le régime matrimonial pose des problèmes sur le plan international. Si les espèces jugées ne sont pas extrêmement nombreuses, il ne faut pas perdre de vue que beaucoup plus de cas sont réglés extrajudiciairement. L'incertitude des règles actuelles cause beaucoup de difficultés lorsque des époux veulent, par exemple, acquérir un immeuble à l'étranger ou lorsqu'ils désirent s'assurer que leurs conventions matrimoniales seront efficaces dans tous les pays où elles doivent l'être.

SECTION B THE PRACTICAL IMPORTANCE OF REGULATION

5 The rather unsatisfactory character of many systems of Private International Law in this matter, and the differences between them, constitute sufficient reasons for seeking to unify the subject-matter. The increasingly frequent movement of persons and families from one State to another, and the opportunity for a larger segment of the population to acquire property, particularly immovable property, have augmented the number of cases in which matrimonial property regimes pose problems at the international level. If the judicially decided cases are not particularly numerous, one should not overlook that many more cases are settled out of court. Uncertainty as to the actual rules creates many difficulties when the spouses wish, for example, to acquire a foreign immovable, or when they wish to assure themselves that their matrimonial arrangements will be effective in all the countries where such arrangements must have effect.

SECTION C CONVENTIONS EXISTANT EN LA MATIÈRE

§ 1 Conventions multilatérales

6 La *Convention de La Haye 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, est encore en vigueur entre l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal et la Roumanie, alors que la Belgique, la France et la Suède l'ont dénoncée[1]. Cette Convention est devenue peu satisfaisante même pour les Etats attachés au principe de la nationalité, puisque dans certains cas, elle donne la préférence à la loi nationale du mari. Elle ne règle pas le cas d'époux ayant des lois nationales différentes, et des modifications sur ce point et sur d'autres proposées par la Sixième session de la Conférence (1928) n'ont jamais été adoptées.[2]

7 Le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède sont liés par la *Convention contenant certaines dispositions de droit international privé sur le mariage, l'adoption et la tutelle*, du 6 février 1931[3]. Un de ces Etats a également cité, comme intéressant la matière des régimes matrimoniaux, la *Convention relative à l'héritage et à la liquidation des successions*, du 19 novembre 1934, en vigueur entre les mêmes Etats[4].

[1] A. N. Makarov, *Recueil de textes concernant le droit international privé*, tome II, 2e éd., 1960, No 248, p. 591.
[2] Voir à ce sujet, *Documents relatifs à la Huitième session*, 1956, p. 200.
[3] Makarov, *op. cit.*, No 231, p. 551.
[4] Makarov, *op.cit.*, No 294, p. 687.

SECTION C EXISTING CONVENTIONS ON THE SUBJECT

§ 1 Multilateral Conventions

6 The *Hague Convention on the Conflict of Laws Relating to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of the Spouses in their Personal Relationship and on the Property of the Spouses*, signed at The Hague on July 17th 1905, is still in force between Germany, Italy, the Netherlands, Poland, Portugal and Rumania, whereas Belgium, France and Sweden have denounced it[1]. This Convention has become rather unsatisfactory even for States adhering to the nationality principle, since in certain cases it gives preference to the national law of the husband. It does not regulate the case where spouses have different national laws, and modifications on this point and on others proposed by the Sixth Session of the Conference (1928) have never been adopted[2].

7 Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden are linked by the *Convention containing certain provisions of Private International Law on Marriage, Adoption and Guardianship*, of February 6th, 1931[3]. One of these States also cited the *Convention relating to Inheritance and the Winding-up of Estates of Deceased Persons*, of November 19th, 1934, in force between these same States, as interesting matrimonial property regimes[4].

[1] A. N. Makarov, *Recueil de textes concernant le droit international privé*, Vol. 2, 2nd ed., 1960, No 248, p. 591.
[2] See on this subject, *Documents relatifs à la Huitième session*, 1956, p. 200.
[3] Makarov, *op. cit.*, No 231, p. 551.
[4] Makarov, *op. cit.*, No 294, p. 687.

Les Conventions mentionnées sont les seuls instruments multilatéraux en vigueur dans les Etats membres de la Conférence de La Haye.

§ 2 Traités bilatéraux

8 En plus des Conventions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, dont certaines s'appliquent en matière de régime matrimonial, nous pouvons relever les traités bilatéraux suivants intéressant des Etats membres:

Autriche–Pologne, du 11 décembre 1963;
France–Pologne, du 13 février 1969;
France–Yougoslavie, du 18 mai 1971;
Suisse–Iran, du 25 avril 1934;
Tchécoslovaquie–Yougoslavie, du 20 janvier 1964;
Tchécoslovaquie–Hongrie, du 2 novembre 1961;
Tchécoslovaquie–Pologne, du 4 août 1961;
Tchécoslovaquie–Roumanie, du 25 octobre 1956;
Yougoslavie–République démocratique allemande, du 20 mai 1966;
Yougoslavie–Hongrie, du 17 mars 1968;
Yougoslavie–Pologne, du 6 février 1960;
Yougoslavie–Roumanie, du 18 octobre 1960.

Le plus souvent, les traités intéressant les pays de l'Europe de l'Est consacrent comme rattachement principal la nationalité commune, comme rattachement subsidiaire le domicile commun. Cependant, le Traité franco-polonais place en premier lieu le domicile commun[1].

SECTION D LES TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

§ 1 Les Décisions des Onzième et Douzième sessions

9 Au cours de la Onzième session, il fut accessoirement question de régimes matrimoniaux, à propos de la discussion générale sur les successions. La question de la loi applicable aux régimes matrimoniaux fut retenue dans l'Acte final C, en second lieu, sous lettre *e*[2].

10 Une discussion un peu plus nourrie eut lieu à la Douzième session. Quelques Délégués eurent des hésitations à inscrire cette matière à l'ordre du jour, notamment parce qu'elle est étroitement liée aux successions et difficile à en délimiter. Un grand nombre de Délégués furent cependant favorables à une convention sur la matière ou la considérèrent même comme prioritaire. Aussi la question fut-elle inscrite à l'Acte final, cette fois-ci en première priorité[3].

§ 2 Les travaux de la Commission spéciale

11 La Commission spéciale se réunit la première fois du 24 février au premier mars 1975. Elle disposait, en plus du Questionnaire commenté et des réponses déjà mentionnés, d'un rapport de synthèse établi par M. G. A. L. Droz, intitulé *Les régimes matrimoniaux en droit international privé, enseignements et conclusions tirés de l'étude comparative*, ce document contenait déjà l'inventaire des questions à résoudre et esquissait la solution de nombre d'entre elles[4].

La Commission spéciale procéda selon un *Schéma directeur des travaux*, soumis par son Président[5]. Au cours de dix séances, elle fut en mesure de se mettre d'accord sur les

[1] Pour plus de détails, voir *Document préliminaire No 3*, Section première, III.
[2] *Actes et documents de la Onzième session*, 1968, tome I, «Matières diverses», p. 96 et s., Acte final, p. 47.
[3] *Actes et documents de la Douzième session*, 1972, tome I, «Matières diverses», p. 92 et s., Acte final, p. 50, C, en premier lieu, lettre *b*.
[4] Régimes matrimoniaux, *Document préliminaire No 3* de décembre 1974.
[5] Commission spéciale, *Document de travail No 1*, du 24 février 1975.

The above-mentioned Conventions are the only multilateral instruments in force among the Member States of the Hague Conference.

§ 2 Bilateral Treaties

8 In addition to the Conventions on recognition and enforcement of judgments, some of which apply in relation to matrimonial property regimes, we can call attention to the following bilateral treaties affecting the Member States:

Austria-Poland, of December 11th, 1963;
France-Poland, of February 13th, 1969;
France-Yugoslavia, of May 18th, 1971;
Switzerland-Iran, of April 25th, 1934;
Czechoslovakia-Yugoslavia, of January 20th, 1964;
Czechoslovakia-Hungary, of November 2nd, 1961;
Czechoslovakia-Poland, of August 4th, 1961;
Czechoslovakia-Rumania, of October 25th, 1956;
Yugoslavia-German Democratic Republic, of May 20th, 1966;
Yugoslavia-Hungary, of March 17th, 1968;
Yugoslavia-Poland, of February 6th, 1960;
Yugoslavia-Rumania, of October 18th, 1960.

The Treaties involving the East European countries almost invariably establish the common nationality as the principal connecting factor, with the common domicile as the subsidiary connecting factor. The Franco-Polish Treaty, however, gives priority to the common domicile[1].

SECTION D THE WORK OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

§ 1 The Decisions of the Eleventh and Twelfth Sessions

9 During the Eleventh Session matrimonial property regimes were considered incidentally in relation to the general discussion on estates of deceased persons. The question of the law applicable to matrimonial property regimes was listed in the Final Act, Part C, in second place, under letter *e*[2].

10 A somewhat more substantial discussion took place during the Twelfth Session. Some Delegates had doubts as to whether the matter should be included in the agenda, principally because it is closely linked to matters of succession and because it is difficult to draw the dividing line. A considerable number of Delegates, however, either were agreeable to a convention in this field, or would even consider it as having priority. Accordingly, the question was included in the Final Act, this time in first place[3].

§ 2 The work of the Special Commission

11 The Special Commission held its first Working Session from February 24th to March 1st, 1975. It had at its disposal, in addition to the Questionnaire with Commentary and the replies of the Governments already mentioned, an analytical report prepared by Mr G. A. L. Droz, entitled *Matrimonial Property Matters in Private International Law, Lessons and Conclusions Drawn from the Comparative Study*; this document embodied the questions to be settled and outlined a solution to a number of them[4].
The Special Commission proceeded according to a *Working Scheme for the Discussions*, presented by its Chairman[5]. In the course of ten meetings it was able to reach agreement

[1] For further details, see *Prel. Doc. No 3*, First Section, III.
[2] *Actes et documents de la Onzième session*, 1968, Vol. I, Miscellaneous Matters, p. 96 *et seq.*, Final Act, p. 47.
[3] *Actes et documents de la Douzième session*, 1972, Vol. I, Miscellaneous Matters, p. 92 *et seq.*, Final Act, p. 50, C, 1, letter *b*.
[4] Matrimonial Property, *Prel. Doc. No 3* of December 1974.
[5] Special Commission, *Working Document No 1*, of February 24th, 1975.

principales règles à insérer dans une convention. Celles-ci se concrétisèrent en 28 points dans les *Conclusions provisoirement adoptées par la Commission spéciale de février-mars 1975*[1].

12 Au cours de la seconde réunion, du 9 au 16 juin 1975, la Commission spéciale tint onze séances plénières. Un Comité de rédaction et des Comités *ad hoc* s'occupant, l'un des Etats à système juridique non unifié, l'autre de l'information, se réunirent à de nombreuses reprises. Dans sa dernière séance, la Commission adopta l'avant-projet et un voeu sur l'information[2].

Le présent Rapport décrira dans un premier chapitre, les principes directeurs de l'avant-projet, sa structure, ainsi que les questions qu'il n'a pas réglées. Un second chapitre sera consacré à un commentaire par articles ou groupes d'articles.

Chapitre premier: Observations générales sur l'avant-projet de la Commission spéciale

SECTION A NATURE ET CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

§ 1 La limitation aux conflits de lois

13 La Commission s'est rapidement accordée pour limiter ses travaux à une convention sur la loi applicable, à l'exclusion des questions de compétence ou de reconnaissance et d'exécution des jugements. Cela correspondait d'ailleurs à la décision figurant à l'Acte final de la Douzième session. Ajoutons, d'une part, qu'un accord sur la compétence serait sans doute difficile à atteindre, et, d'autre part, que l'on peut se demander si des règles de compétence internationale spécifiques en matière de régime matrimonial ont leur raison d'être.

14 L'effet de la Convention cesse lorsqu'elle a abouti à la désignation d'une loi interne. En particulier elle ne s'applique pas à la question de savoir si, comment et dans quelle mesure, sous l'empire d'une même loi, le régime peut être modifié par la volonté des parties ou du législateur.

15 En revanche, l'avant-projet devait aménager le «contrat de choix» que comporte la désignation de la loi applicable par les époux. Il a de plus instauré un système d'option par un seul époux à l'article 10 et une déclaration conjointe de «rétroactivité» à l'article 12. Dans la mesure du possible, des procédés ressortissant à la technique des conflits de lois ont été utilisés (par exemple article 14), mais dans quelques cas, des règles d'ordre matériel ont été nécessaires. (Voir par exemple les règles de forme de l'article 10, deuxième phrase, et de l'article 15, ainsi que la disposition en faveur des tiers de l'article 12, alinéa 2, deuxième phrase.)

§ 2 Caractère universel des règles conventionnelles

16 Les règles de conflits de lois de la Convention devront régir tous les cas se présentant dans les Etats contractants, ce qui est exprimé par l'article 2 de l'avant-projet. La plupart des Conventions de La Haye en matière de loi applicable élaborées depuis 1951 consacrent ce système.

[1] *Document préliminaire No 4* de mars 1975 (avec un complément, *Document de travail No 4*, du premier mars 1975, comportant une solution alternative présentée par le Président et fondée sur la nationalité comme point de départ du rattachement objectif); cité par la suite: «Conclusions provisoires, No ...».
[2] Voir le voeu, *infra*, No 53.

on the principal rules to be inserted in a convention. These were set down in 28 points in the *Conclusions Provisionally Adopted by the Special Commission of February-March 1975*[1].

12 During the second Working Session, from June 9th to 16th, 1975, the Special Commission held eleven plenary sessions. A Drafting Committee and the *ad hoc* Committees, one of these being concerned with States having non-unified legal systems, the other with dissemination of information relating to matrimonial property regimes, held numerous meetings. In its last session the Commission adopted the Preliminary Draft and a wish concerning the dissemination of information.[2]

The present Report will describe, in Chapter One, the controlling principles of the Preliminary Draft, and its structure, as well as the questions it does not regulate. A second chapter will be devoted to a commentary by article, or by group of articles.

Chapter One: General observations on the Preliminary Draft of the Special Commission

SECTION A NATURE AND SCOPE OF THE CONVENTION

§ 1 The limitation to conflict of laws

13 The Commission quickly agreed to limit its work to a convention on the applicable law, to the exclusion of questions of jurisdiction or of recognition and enforcement of judgments. That corresponded, moreover, to the decision appearing in the Final Act of the Twelfth Session. It may be added, on the one hand, that an agreement on jurisdiction would without doubt be difficult to attain, and, on the other, that one may question whether specific rules of international jurisdiction in relation to matrimonial property regimes are justified.

14 The effect of the Convention ceases when it has led to the designation of an internal law. In particular, it does not apply to the question of whether, how and to what extent, within the framework of one legal system, the regime may be modified at the will of the parties or through legislation.

15 On the other hand, the Preliminary Draft ought to regulate the 'contract of choice' resulting from the designation by the spouses of the applicable law. Further, it has established a system of options, to be made by a single spouse under article 10, and by a joint declaration of 'retroactivity' under article 12. As far as possible, techniques belonging to the conflict of laws have been used *(e.g.*, article 14), but in a few cases rules of a substantive order have been necessary. (For example, the rules as to form of article 10, second sentence, and of article 15, as well as the provision in favour of third parties of article 12 (2), second sentence.)

§ 2 The universal character of the Convention's rules

16 The conflict of laws rules of the Convention will have to cover all cases arising in the Contracting States, this principle being expressed in article 2 of the Preliminary Draft. For the most part, in relation to the applicable law, the Hague Conventions drawn up since 1951 have established this system.

[1] *Prel. Doc. No 4*, of March 1975 (with a supplement, *Working Document No 4* of March 1st, 1975, including an alternative solution put forward by the Chairman and based on nationality as the starting point for the objective connecting factor); hereafter cited as: 'Provisional Conclusions, No ...'.
[2] See the wish, *infra*, No 53.

§ 3 Caractère international des espèces réglées

17 Certaines Conventions de La Haye se limitent expressément 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, dans l'avant-projet, du système de rattachement prévu. Il faut convenir toutefois que, dans certains cas (rattachements à la nationalité et surtout à la résidence habituelle d'un seul époux avant le mariage, article 3), l'on se contente d'un élément d'extranéité assez faible et qui peut se situer entièrement dans le passé[3].

§ 4 Délimitation du champ d'application de la Convention

18 La délimitation exacte du champ d'application *ratione materiae* de la Convention est particulièrement délicate. Etant donné que le domaine du régime matrimonial, et sa délimitation par rapport à d'autres domaines du droit, et notamment par rapport au droit successoral, diffèrent selon les Etats, il faut se résigner à ce qu'il y ait une «zone grise» qui sera tantôt considérée comme soumise à la Convention, tantôt comme lui échappant. Aussi l'article premier se borne-t-il à donner une liste non exhaustive des matières exclues, sans fixer leurs limites par rapport aux régimes matrimoniaux.

SECTION B LE SYSTÈME DE RATTACHEMENT

§ 1 La primauté du rattachement subjectif

19 Tout en écartant une liberté complète des époux dans le choix de la loi applicable, la Commission spéciale a été unanime à accepter un système de rattachement basé en premier lieu sur une option des parties entre plusieurs lois possibles, et subsidiairement seulement sur des critères objectifs. Il est vrai que la doctrine récente est favorable à une extension de l'autonomie de la volonté en matière de régime matrimonial – comme d'ailleurs en matière de successions – et que nombre de pays permettent déjà aux époux de choisir la loi applicable. Il convient néanmoins de relever que la solution choisie par la Commission spéciale présente pour un grand nombre d'Etats une innovation considérable.

20 A l'appui de cette large reconnaissance de l'autonomie des parties, l'on peut tout d'abord 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. Cette solution constitue la meilleure possibilité de concilier le principe du domicile et celui de la nationalité. Plus particulièrement en matière de régime matrimonial, ce système est le plus apte à assurer la certitude sur la loi applicable et son respect dans tous les Etats contractants. On relèvera enfin que l'on donne ainsi aux époux une possibilité de mettre en accord le régime matrimonial et le droit successoral[4].

[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] Nous verrons que le caractère international présente quelques problèmes dans les rapports avec les Etats à systèmes non unifiés, *infra*, Nos 147–148.
[4] Sur ce dernier point, voir *infra*, No 61.

§ 3 The international character of the cases covered

17 Certain Hague Conventions are expressly limited to cases of 'an international character'[1] or exclude purely domestic cases[2]. Such a distinction was of a delicate nature in relation to matrimonial property regimes, principally 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 in the Preliminary Draft by implication from the system of connecting factors as conceived. One must allow, nevertheless, that in certain cases (connecting factors of nationality and, above all, the habitual residence of a single spouse before the marriage: article 3), a rather weak foreign element, which may be situated entirely in the past, was taken for granted[3].

§ 4 Delimitation of the scope of the Convention

18 The exact delimitation of the scope *ratione materiae* of the Convention is a particularly delicate task. Since the scope of the matrimonial property regime and its delimitation in relation to other spheres of law, and particularly in relation to the law of succession, differ with the States concerned, one must grant that there should be a 'grey zone' which will be considered at one time to be subject to the Convention, and at other times to be outside of it. Thus, article 1 simply gives a non-exhaustive list of excluded matters, without fixing their limits in relation to matrimonial property regimes.

SECTION B THE SYSTEM OF CONNECTING FACTORS

§ 1 Priority of the subjective connecting factor

19 While denying complete freedom to the spouses in the choice of the applicable law, the Special Commission was unanimous in accepting a system of connecting factors based, in the first place, on the parties' option between many possible laws and, only subsidiarily, on objective criteria. It is true that recent doctrine is favourable to an extension of party autonomy in relation to matrimonial property regimes – as indeed in matters of succession – and that a number of countries already permit the spouses to choose the applicable law. It is appropriate, nevertheless, to call attention to the fact that the solution chosen by the Special Commission presents, for a great number of States, a considerable innovation.

20 As an argument in favour of this extensive recognition of party autonomy, one may invoke above all 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. This solution constitutes the best possibility for reconciling the principle of domicile with that of nationality. More particularly, 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 is observed, lastly, that one thus gives to the spouses a possibility of bringing together the matrimonial property regime and the law governing the succession.[4]

[1] *Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods*, of June 15th, 1955, article 1, paragraph 1.
[2] *Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions*, of November 15th, 1965, article 2 *b*.
[3] We shall see that the international character presents some problems in connection with States having non-unified systems, *infra*, Nos 147–148.
[4] On this last point, see *infra*, No 61.

§ 2 L'unité du régime matrimonial et l'exception en faveur de la lex rei sitae

21 La Commission spéciale a estimé qu'en principe, l'ensemble du régime matrimonial devait être soumis à une seule et même loi. Elle a tempéré ce principe, admis de façon absolue lors de sa première réunion, en admettant que les époux soumettent un immeuble, au point de vue du régime matrimonial, à la loi de sa situation (articles 3, alinéa 2, lettre *d*; 5, alinéa 2, lettre *c*; 11)[1].

22 Cette possibilité peut s'appuyer sur de solides arguments. Les époux peuvent avoir intérêt à déroger, pour un immeuble, au régime matrimonial applicable à leurs autres biens. L'application de la loi locale facilitera les relations avec les tiers. On se souviendra aussi que les pays de *common law* sont très attachés à l'application de la *lex situs* aux immeubles. La possibilité de choisir celle-ci devrait faciliter leur adhésion. Il est d'autre part utile de permettre aux époux, propriétaires d'un immeuble dans un Etat non contractant et appliquant le principe de la *lex rei sitae*, de désigner, avec effet pour tous les Etats contractants, la loi qui sera de toute façon la seule efficace au lieu de situation.

§ 3 L'égalité des époux

23 La Commission spéciale a d'emblée rejeté tout rattachement qui établirait une entorse à l'égalité entre homme et femme. Cela a conduit au rejet de tout rattachement basé, par exemple, sur la nationalité du seul mari. De plus, l'on ne tient pas compte, dans plusieurs dispositions, d'une nationalité acquise par un époux – dans la pratique par la femme – du seul fait du mariage et sans son accord (articles 4, alinéa 2; 7; 9 lettres *b* et *c*).

Le principe de l'égalité de l'homme et de la femme, qui figurait déjà au No 3 des Conclusions provisoires, pourrait éventuellement être inscrit au préambule de la Convention.

§ 4 Les principes de la nationalité et du domicile (résidence habituelle)

a Le problème

24 Il était inévitable que la Commission spéciale fût confrontée à un certain moment à l'opposition entre principes de la nationalité et du domicile, qui continue à départager les Etats membres de la Conférence. Ajoutons tout de suite que l'idée de domicile est exprimée, selon une tradition constante de la Conférence de La Haye, par la notion autonome de «résidence habituelle».
En l'espèce, l'opposition nationalité-domicile perdait déjà beaucoup de son acuité du moment que l'on admettait en premier lieu le choix de la loi applicable par les époux, et en second lieu seulement une détermination objective pour laquelle il fallait donner préférence à un des deux principes.

b Le rattachement subjectif

25 Sur le plan de l'autonomie, rien n'empêchait de permettre aux époux de choisir entre leur loi nationale et la

[1] Voir les motifs pour prendre en considération la *lex rei sitae* figurant au *Document préliminaire No 3*, Section 2, II; mais au contraire, les *Conclusions provisoires*, No 7.

§ 2 The unity of the matrimonial property regime and the exception in favour of the lex rei sitae

21 The Special Commission considered that, in principle, the whole of the matrimonial property regime ought to be subject to one and the same law. It has mitigated this principle, accepted in its absolute form at its first session, by allowing the spouses to submit immovable property, for the purpose of the matrimonial property regime, to the law of the place where it is situate (article 3, para. 2, letter *d*; article 5, para. 2, letter *c*; article 11)[1].

22 This possibility can rest on solid argument. It may be in the interests of the spouses to derogate, in the case of immovable property, from the matrimonial property regime applicable to their other property. The application of the local law will facilitate relations with third parties. Also, one will recall that the Common Law countries are very attached to the application of the *lex situs* to immovable property. The possibility to choose that law ought to facilitate their acceptance. On the other hand, it is useful to permit the spouses, owners of immovable property in a non-Contracting State applying the principle of the *lex rei sitae*, to designate, with effect for all the Contracting States, the law that will in any event be the only effective law at the place where the property is situate.

§ 3 Equality of the spouses

23 The Special Commission rejected from the outset all connecting factors that would impose a strain on the principle of equality between the husband and wife. This led to the rejection of all connecting factors based, for example, on the nationality of the husband only. Moreover, in many of the provisions a nationality acquired by a spouse – in practice by the wife – by the mere fact of marriage and without her agreement, is not taken into account (article 4, para. 2; article 7; article 9 *b* and *c*).
The principle of equality of husband and wife, which appeared in No 3 of the Provisional Conclusions, might eventually be included in the Preamble to the Convention.

§ 4 The principles of nationality and domicile (habitual residence)

a The problem

24 It was inevitable that the Special Commission would at some point be confronted with the opposition between the principles of nationality and domicile, which continues to divide the Member States of the Conference. We add immediately that the concept of domicile is expressed, in accordance with a traditional practice of the Hague Conference, by the autonomous notion of 'habitual residence'.
In this instance, the nationality-domicile controversy had already lost much of its edge, since the choice by the parties of the applicable law was accepted as having priority, while the objective determination for which it was necessary to give preference to one of the two principles, only occupied a secondary position.

b The subjective connecting factor

25 Within the sphere of autonomy, there was no obstacle to permitting the spouses to choose between their national

[1] See the reasons for taking into consideration the *lex rei sitae* that appear in *Prel. Doc. No 3*, Section 2, II; but see to the contrary, the *Provisional Conclusions*, No 7.

loi de leur résidence habituelle, et de désigner ainsi eux-mêmes la loi à laquelle ils se sentent le plus attachés, ou, dans une vue peut-être plus réaliste, qui correspond le mieux à leurs besoins[1].

26 La nationalité et la résidence habituelle s'imposent surtout lorsqu'elles représentent un élément commun aux deux époux (nationalité d'un même Etat, résidence habituelle dans le même Etat). Mais la Commission spéciale a également permis le choix de la loi nationale ou de la loi de la résidence habituelle d'un seul époux (articles 3 et 5).

c Le rattachement objectif

27 Pour la détermination objective de la loi applicable, à défaut de choix par les époux, la nationalité commune et la résidence habituelle commune (ou plus exactement la résidence habituelle des deux époux dans le même Etat) ont également été retenues sans discussion comme les rattachements les plus appropriés. L'on admit aussi sans difficulté qu'à défaut d'un de ces rattachements, l'autre pouvait être appliqué à titre subsidiaire.

28 Mais les opinions devaient inévitablement diverger lorsqu'il s'agissait de décider lequel des deux rattachements – nationalité commune ou résidence habituelle des deux époux – devait être prévu à titre principal, et lequel à titre subsidiaire. Dans sa première réunion, la Commission spéciale a pris comme point de départ la résidence habituelle, tout en réservant le cas où deux époux de même nationalité s'établiraient dans un certain pays au début de leur mariage avec l'intention de revenir ultérieurement au pays de leur nationalité[2]. Il apparut cependant vers la fin de la session que les Experts étaient divisés à peu près par moitié en faveur de cette solution ou, au contraire, en faveur de la nationalité commune comme point de départ. Cela conduisit à soumettre aux Gouvernements, avec les Conclusions provisoires, un document complémentaire esquissant une solution partant de la nationalité commune des époux comme point de rattachement objectif primaire[3].

29 Au début de la deuxième réunion, plutôt que de se prononcer pour l'une des solutions, à une faible majorité, la Commission spéciale rechercha un compromis. Elle se rallia à la solution qui figure maintenant à l'article 4. En principe, la résidence habituelle des deux époux est le point de rattachement primaire. Toutefois, un Etat contractant a la faculté de faire une déclaration soumettant des époux ayant sa nationalité à leur loi nationale commune. La loi nationale commune est d'ailleurs applicable, même sans déclaration, à défaut de résidence habituelle des époux dans le même Etat immédiatement après le mariage.

30 Le système de la déclaration peut donner l'impression, à première vue, d'apporter une entorse regrettable à l'uniformité des solutions que devrait consacrer une convention[4]. Toutefois, à y regarder de plus près, l'on constate que les époux seront soumis dans tous les Etats à la même loi, si bien que le traitement uniforme d'une espèce concrète est sauvegardé. Il est vrai, en revanche, que la solution ne sera pas la même si les époux sont ressortis-

[1] Une option analogue en matière de droit de successions, que l'on rencontre occasionnellement en droit positif, jouit d'une certaine faveur dans la doctrine de ces dernières années. Voir notamment la résolution prise en 1967 par l'Institut de Droit international, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 52e volume, session de Nice, 1967, tome II, p. 558.
[2] *Conclusions provisoires*, Nos 8–10.
[3] *Document de travail No 4*, du premier mars 1975.
[4] Voir pour un système du même ordre, les articles 4, alinéa 2 et 13 de la *Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption*, du 15 novembre 1965.

law and the law of the habitual residence, and thus to designate the law to which they feel the most attached, or realistically, perhaps, which best corresponds to their needs[1].

26 The connecting factors of nationality and habitual residence appear particularly compelling when they represent an element common to both spouses (nationality of the same State, habitual residence in the same State). But the Special Commission has also allowed the choice of the national law or of the habitual residence of a single spouse (articles 3 and 5).

c The objective connecting factor

27 For the objective determination of the applicable law, in the absence of a choice by the spouses, the common nationality and the common habitual residence (or more precisely the habitual residence of both spouses in the same State) have likewise been retained without discussion as the most appropriate connecting factors. It was also accepted without difficulty that in the absence of one of these connecting factors, the other could be applied as being a subsidiary connecting factor.

28 But opinions inevitably became divergent when it was a question of deciding which of the two connecting factors – common nationality or habitual residence of both spouses – ought to be referred to as being the principal connecting factor, and which one as the subsidiary. At its first session, the Special Commission had taken habitual residence as a starting point, while reserving the situation in which two spouses of the same nationality settle in a country at the beginning of their marriage with the intention of returning later to the country of their nationality[2]. It appeared, however, towards the end of the session, that the Experts were divided more or less equally between that solution and, conversely, a solution having the common nationality as the starting point. This led to submitting to the Governments, together with the Provisional Conclusions, a supplementary document outlining a solution based on the common nationality of the spouses as being the primary objective connecting factor[3].

29 At the start of the second session, rather than adopting the course of pronouncing for one of the solutions, and obtaining a weak majority, the Special Commission searched for a compromise. It agreed upon the solution that now appears as article 4. In principle, the habitual residence of both spouses is the primary connecting factor. However, a Contracting State is afforded the faculty to make a declaration submitting spouses possessing its nationality to their common national law. The common national law is, moreover, applicable even without a declaration where the spouses do not have their habitual residence in the same State immediately after the marriage.

30 The system of declarations may, at first sight, give the impression of producing a regrettable break in the uniformity of solution that a Convention ought to affirm[4]. However, on closer inspection, one finds that the spouses will be subject to the same law in all States, with the result that uniform treatment in a concrete case is preserved. It is true, on the other hand, that the solution will not be the same where the spouses are nationals of a State adhering to the

[1] An analogous option in relation to the law of succession, which one meets occasionally in positive law, has enjoyed some favour in recent doctrine. See in particular the resolution adopted in 1967 by the *Institut de Droit international*, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 52nd Vol., Nice Session, 1967, Vol. II, p. 558.
[2] *Provisional Conclusions*, Nos 8–10.
[3] *Working Document No 4*, of March 1st, 1975.
[4] See for a system of the same order, article 4, para. 2, and article 13 of the *Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions*, of November 15th, 1965.

sants d'un Etat adhérant au principe de la nationalité ou, au contraire, d'un Etat où domine le principe du domicile. Mais pareille distinction peut se défendre par de bons arguments et les deux catégories d'Etats tireront de la Convention l'avantage que le système qui a leur faveur, là où il s'applique, sera respecté également dans les Etats partisans du principe opposé. Il convient de souligner enfin que la déclaration – comme tout le système de rattachement objectif – ne déploiera d'effets qu'à défaut de choix de la loi applicable par les époux au moment du mariage. Puis les époux conservent après le mariage, à tout moment, la possibilité de soumettre leur régime matrimonial à une autre loi (article 5).

§ 5 Caractère non exhaustif du système de rattachement

31 A quelle loi le régime matrimonial est-il soumis dans les cas où les époux n'ont pas fait de choix et n'ont ni nationalité commune, ni résidence habituelle dans le même pays après le mariage? Pour fixer un rattachement objectif dans ces cas, il eût fallu faire appel ou à des éléments propres à un seul des époux, par exemple la nationalité du mari, ou encore à des notions telles que la nationalité effective. La première solution eût été contraire à l'égalité de l'homme et de la femme, la deuxième très incertaine. Aussi la Commission spéciale a-t-elle préféré ne pas prévoir un système de rattachement objectif exhaustif, mais laisser au juge le soin de déterminer, compte tenu de toutes les circonstances, la loi applicable au régime matrimonial dans ces espèces à vrai dire exceptionnelles.

§ 6 La protection des tiers

32 En ouvrant largement l'éventail des lois pouvant être choisies, la Commission spéciale créait du même coup un besoin accru de protection des tiers. Ceux-ci risquaient en effet d'être surpris par le fait qu'un époux avec lequel ils traitaient soit soumis à un régime matrimonial auquel ils ne pouvaient guère s'attendre (par exemple, celui prévu par la loi du pays où l'un des époux avait sa résidence habituelle avant le mariage). A une faible majorité, la Commission a décidé d'abandonner la solution de ce problème au droit commun sans aucune précision (*Conclusions provisoires*, No 20, *avant-projet*, article 13). On peut se demander s'il ne serait pas préférable de donner une solution à ce problème, quitte, au besoin, à refermer quelque peu l'éventail.

SECTION C LA PERMANENCE OU LA MUTABILITÉ DU RATTACHEMENT ET SES CONSÉQUENCES (LE CONFLIT MOBILE)

§ 1 Le problème

33 Les systèmes de droit international privé se divisent sur le point de savoir si un rattachement pris au moment du mariage détermine une fois pour toutes la loi applicable au régime matrimonial, ou si au contraire, celle-ci peut être remplacée par une autre loi dans certaines circonstances[1]. Ces différences reflètent plus ou moins fidèlement les

[1] Permanence, mutabilité ou système mixte, voir *Document préliminaire No 3*, Section première, I, D.

nationality principle or, conversely, belong to a State where the domicile principle prevails. But such a distinction may be justified on sound arguments, and both categories of States will take from the Convention the benefit that the system which they favour, in the case where it applies, will be equally respected in the States that are supporters of the opposite principle. It is appropriate to emphasize, finally, that the declaration – as with the whole system of objective connecting factors – will only have effect in the absence of a choice of the applicable law by the spouses at the time of marriage; in any case, the spouses retain after marriage, at all times, the possibility of subjecting the matrimonial property regime to another law (article 5).

§ 5 The non-exhaustive character of the system of connecting factors

31 To which law is the matrimonial property regime subject in the case where the spouses have not made a choice and have neither common nationality nor habitual residence in the same country after the marriage? To fix an objective connecting factor in this case, it would have been necessary to employ either some elements attaching to only one of the spouses, for example, the nationality of the husband, or to employ a notion such as effective nationality. The first solution would have been contrary to the equality of husband and wife, and the second very uncertain. That is why the Special Commission preferred not to provide an exhaustive system of objective connecting factors, but to leave to the court the task of determining, taking all circumstances into account, the law applicable to the matrimonial property regime in these very exceptional situations.

§ 6 The protection of third parties

32 In considerably widening the spectrum of laws which may be chosen, the Special Commission created at the same time greater need for protection of third parties. Indeed, such persons run the risk of being surprised by the fact that a spouse with whom they deal is subject to a matrimonial property regime which they could hardly expect (for example, that referred to by the law of the country where one of the spouses had his or her habitual residence before the marriage). By a small majority, the Commission decided to leave the resolution of this problem to the non-treaty law, without any more specific provisions (*Provisional Conclusions*, No 20; *Preliminary Draft*, article 13). One may question whether it would not be preferable to provide a solution to this problem, narrowing, if necessary, the breadth of the spectrum.

SECTION C PERMANENCE OR MUTABILITY OF THE CONNECTING FACTOR AND THE CONSEQUENCES (CHANGES IN THE CIRCUMSTANCES IN RESPECT OF THE CONNECTING FACTOR: 'LE CONFLIT MOBILE')

§ 1 The problem

33 Private international law systems divide on the question whether a connecting factor taken at the time of marriage determines once and for all the law applicable to the matrimonial property regime, or whether, on the contrary, that law may be replaced by another in certain circumstances.[1] These contrasting views reflect more or less

[1] Permanence, mutability or mixed system, see *Prel. Doc. No 3*, First Section I, D.

divergences des droits internes sur le degré de permanence du régime matrimonial.

34 La permanence a l'avantage de créer un régime stable, elle peut conduire cependant à ce que des époux soient régis par une loi avec laquelle ils n'ont plus aucune attache. La mutabilité au contraire soumet le régime matrimonial des époux à une loi avec laquelle ils ont effectivement des liens, par exemple parce qu'elle est la loi du milieu dans lequel ils vivent (résidence habituelle). Mais, surtout lorsque l'on retient un rattachement tel que la résidence habituelle qui peut se modifier à bref délai et fréquemment, la mutabilité entraîne une instabilité qui peut être préjudiciable aux époux. Des complications considérables peuvent en résulter lorsqu'il s'agit de considérer la situation rétrospectivement à l'occasion de la liquidation du régime. Le changement de loi applicable peut enfin mettre en péril les droits des tiers. Aussi, les Experts convinrent-ils qu'un moyen terme devait être trouvé.

35 La Commission spéciale se rendit bien compte qu'une mutabilité, même limitée, pouvait avoir pour effets, dans certains cas, de permettre un changement de régime au moyen du choix d'une nouvelle loi, alors que toute modification était impossible en restant dans le cadre de la même loi interne. Elle a cependant estimé que, le choix d'une nouvelle loi supposant nécessairement la présence d'éléments internationaux, ce résultat était acceptable.

§ 2 Le principe de permanence et ses exceptions

36 Les Experts choisirent comme point de départ le principe de la permanence qui est exprimé par l'article 6.

37 Ce principe est cependant assorti d'importantes exceptions:

a Tout d'abord, les époux ont en tout temps la possibilité de choisir une nouvelle loi interne (article 5), peu importe que la loi alors applicable ait été déterminée objectivement ou résulte d'un choix antérieur.

b D'autre part, la loi déterminée objectivement est remplacée par une autre loi dans un certain nombre d'hypothèses fixées par les articles 7 à 9.

38 On remarquera qu'un changement indépendant de la volonté des parties n'est prévu que si, de son côté, la loi applicable à ce moment a été déterminée objectivement. Les Experts ont en effet estimé qu'à partir du moment où les époux avaient manifesté leurs intentions en choisissant une loi, celle-ci devait continuer à s'appliquer, quels que soient les changements de nationalité et de résidence habituelle, jusqu'à ce qu'intervienne un nouveau choix par les époux. Pour la question de la permanence aussi, l'avant-projet s'en remet en premier lieu à la volonté des époux. On rapprochera d'ailleurs de cette solution la règle de l'article 10 qui permet à un seul conjoint de s'opposer au changement de la loi objectivement applicable.

§ 3 La permanence en cas de contrat de mariage sans choix de la loi applicable

39 La Commission spéciale a encore envisagé, outre le cas où les époux ont choisi la loi applicable, une autre hypothèse où la mutabilité «automatique», même limitée, devait être exclue. C'est celle où les époux ont fait, dans le cadre de la loi objectivement compétente, un contrat de mariage. Cette hypothèse se réalisera surtout dans des cas purement internes au moment du mariage et qui ne deviennent internationaux que par un changement ultérieur de nationalité ou de résidence habituelle. En passant, un

accurately the differences between domestic laws on the degree of permanence of the matrimonial property regime.

34 Permanence has the advantage of establishing a stable regime, but it may lead, however, to the spouses being governed by a law with which they no longer have any connection. Conversely, mutability submits the matrimonial property regime of the spouses to a law with which they are effectively connected, for example because it is the law of the social environment in which they live (habitual residence). But, particularly when a connecting factor such as habitual residence which may be changed after a short period of time and frequently, is retained, mutability brings on instability which may be prejudicial, to the spouses. Considerable complications may result when it is necessary to consider the situation retrospectively in connection with the winding-up of the regime. Finally, the shifting of the applicable law may put in peril the rights of third parties. Accordingly, the Experts agreed that a middle path had to be found.

35 The Special Commission realised fully that a principle of mutability, even when limited, could have the effect, in certain cases, of allowing a change of regime by means of a new law, whereas modification was impossible if one remained within the scope of the same domestic law. The Special Commission nevertheless considered that, the choice of a new law necessarily presupposing the presence of international elements, this result was acceptable.

§ 2 The principle of permanence and its exceptions

36 The Experts chose as the starting point the principle of permanence that is expressed in article 6.

37 However, this principle is accompanied by important exceptions–

a In the first place, the spouses have at all times the possibility of choosing a new internal law (article 5), and it is of no consequence whether the law then applicable has been objectively determined or results from a previous choice.

b On the other hand, the law objectively determined is replaced by another law in certain circumstances specified by articles 7 to 9.

38 It will be observed that a change of the applicable law independent of the will of the spouses is only provided for if, for its part, the law applicable at that time has been determined objectively. The Experts were of the opinion, in effect, that from the time when the spouses manifested their intention by choosing a law, that law ought to continue to apply, whatever changes of nationality and habitual residence there might be, until a new choice by the spouses intervened. To this solution may be linked, moreover, the rule of article 10, which allows a single spouse to object to a change of the law objectively applicable.

§ 3 The principle of permanence in the event of a marriage contract without a choice of applicable law

39 The Special Commission envisaged, in addition to the case where the spouses have chosen the applicable law, yet another situation where 'automatic' mutability, even if limited, ought to be excluded. This is the case where the spouses have made a marriage contract within the framework of the law objectively applicable. This situation will occur above all in cases that are purely domestic at the time of the marriage and which only become international due to a subsequent change of nationality or of habitual resi-

contrat de mariage, les époux ont montré qu'ils ont conscience du fait même qu'il existe un régime matrimonial (ce qui autrement ne va pas de soi!), ils ont en quelque sorte confirmé l'application de la loi objectivement compétente. Aussi convient-il de maintenir l'application de cette loi, et du contrat dont elle est le fondement, jusqu'à nouveau choix par les parties.

Dans certaines espèces, il pourra être difficile de savoir s'il y a eu choix de la loi applicable ou seulement contrat de mariage dans le cadre de la loi objectivement compétente. Les deux cas étant traités de la même façon, au point de vue de la permanence, la question pourra rester ouverte.

40 Le No 13 des *Conclusions provisoires* traitait déjà les contrats de mariage, à ce point de vue, comme une désignation de la loi applicable. La deuxième réunion a confirmé ce principe à l'unanimité. Il n'est cependant repris dans l'avant-projet qu'à l'article 9 par le passage «et que les époux n'ont pas fait de contrat de mariage». En fait, il devrait s'appliquer également dans les hypothèses des articles 7 et 8, car il se justifie tout aussi bien lorsque la loi objectivement applicable est, comme dans ces dispositions, la loi nationale[1].

§ 4 Les effets du changement de loi applicable

41 La grande majorité des Experts ont été d'avis qu'il n'était pas possible d'admettre qu'en cas de mutabilité, la nouvelle loi s'appliquât rétroactivement au régime matrimonial à partir du mariage. Certes, un tel système est concevable. Beaucoup d'époux de condition modeste ne se posent guère de questions quant au régime matrimonial sous lequel ils vivent. Celui-ci ne devient actuel qu'au moment de sa dissolution par le divorce ou la mort, et l'application de la dernière loi pour le tout ne paraît alors pas inéquitable. Il n'en est pas moins vrai que le passage automatique et rétroactif, par exemple d'une communauté à une séparation, ou inversement, est théoriquement difficile à justifier et pourrait, dans des cas d'époux plus fortunés, conduire à des résultats contestables. Pour de tels cas, le système choisi paraît le bon. Il conviendra aussi aux cas simples mentionnés plus haut. Les lois antérieures n'y joueront le plus souvent pas de rôle et l'on aboutira, pratiquement, à l'application de la dernière loi.

42 Selon l'avant-projet (article 12), un changement de la loi applicable n'a en principe d'effets que pour l'avenir. Le patrimoine qu'avaient les époux à ce moment reste soumis à la loi antérieurement applicable. Selon une image qui a été utilisée, les époux traînent donc derrière eux un train comportant autant de wagons qu'il y a eu de lois successivement applicables à leur régime matrimonial. Il est évident que ce système peut provoquer des complications et des difficultés de preuve considérables lors de la liquidation du régime. Aussi les époux ont-ils la possibilité de soumettre tous leurs biens à la nouvelle loi, ce qui a comme corollaire la nécessité de prévoir qu'une telle faculté ne saurait porter atteinte aux droits des tiers.

[1] Voir la modification proposée, *infra*, No 93.

dence. By entering into a marriage contract, the spouses have indicated their awareness of the existence of a matrimonial property regime (which otherwise does not go without saying!); they have in a way confirmed the application of the objectively applicable law. It is therefore fitting to maintain the application of that law, and of the contract of which it is the foundation, until a new choice is made by the parties.
In certain situations, it may be difficult to know whether there has been a choice of the applicable law, or only a marriage contract made within the framework of the objectively applicable law. Both cases being treated in the same way, from the point of view of permanence, the question may remain open.

40 No 13 of the *Provisional Conclusions* had dealt already, from this point of view, with marriage contracts as being a designation of the applicable law. The second session unanimously confirmed this principle. It is not, however, taken up again in the Preliminary Draft until article 9, with the statement 'and in the absence of a marriage contract'. In fact, the principle should equally apply in the situations contemplated by articles 7 and 8, for its application is justified as well when the objectively applicable law is, as in these provisions, the national law.[1]

§ 4 The effects of a change of applicable law

41 The great majority of the Experts were of the opinion that it was not possible to accept the proposition that in a case where mutability operated, the new law would apply to the matrimonial property regime retroactively, so as to operate from the time of marriage onwards. Certainly, such a system is conceivable. Many spouses, being of modest fortune, seldom pose questions regarding the matrimonial property regimes under which they live. The regime only becomes a matter of current interest at the time of dissolution by divorce or death, and the application to the whole of it of the last applicable law then appears not to be inequitable. It is nonetheless true that the automatic and retroactive conversion, for example, of a regime of community to a regime of separate property, or the converse, is theoretically difficult to justify and is capable, in the case of spouses of substance, of leading to questionable results. For such cases, the system chosen appears to be the best. It also suits the simple cases mentioned above. The previously applicable laws will in most cases not play a role and the system will result, in practice, in the application of the last applicable law.

42 According to the Preliminary Draft (article 12), a change of applicable law only has consequences for the future. The property that the spouses had at the time of the change remains subject to the law previously applicable. According to a metaphor that has been employed, the spouses, as a consequence, drag behind them a train comprising as many carriages as there were laws successively applicable to their matrimonial property relations. It is clear that, when the regime is liquidated, this system may provoke considerable complications and difficulties of proof. This is the reason why the spouses have the possibility to submit all their property to the new law, which possibility has as its corollary the necessity to provide against interference with the rights of third parties.

[1] See the proposed modification, *infra*, No 93.

SECTION D STRUCTURE DE LA CONVENTION ET TERMINOLOGIE

§ 1 La structure de l'avant-projet

43 Les articles 1 et 2 définissent le champ d'application de la Convention et son caractère universel.
Les articles 3 et 4 fixent les rattachements subjectifs et objectifs applicables au moment du mariage, tandis que l'article 5 a trait au choix ultérieur d'une loi applicable. Les articles 6 à 10 ont trait au changement de loi applicable dont l'article 12 définit les effets. Les articles 11, 14 et 15 précisent, à divers égards, comment la loi applicable est choisie par les parties[1].
L'article 13 abandonne à chaque Etat le soin de régler les droits des tiers, tandis que l'article 16 contient la clause habituelle d'ordre public.
Les articles 17 à 20 précisent les rattachements de la Convention dans le cas d'Etats à systèmes juridiques non unifiés. L'article 21 enfin est une clause finale ayant trait à la déclaration prévue par l'article 4, alinéa 2.

§ 2 De quelques questions de terminologie

44 Le Comité de rédaction a travaillé simultanément en anglais et en français. Cela a certes rendu sa tâche plus difficile, mais a permis de s'arrêter à des formules susceptibles d'être rendues de façon satisfaisante dans les deux langues. Il convient d'expliquer ici quelques-uns des termes utilisés[2]:

45 *a* Le terme le plus approprié pour rendre en anglais la notion de «régimes matrimoniaux» n'a pas fait l'unanimité des Experts anglophones. Plusieurs d'entre eux préféraient à «*Matrimonial Property Regimes*», retenu dans l'avant-projet, l'expression «Matrimonial Property Matters».

46 *b* Certains Experts ont reproché au terme «*époux*» («spouses») d'être impropre pour les cas où l'on vise un rattachement existant avant le mariage ou un contrat passé entre fiancés. La majorité n'a cependant pas partagé ces scrupules. Par «époux», il faut donc aussi entendre les futurs époux.

47 *c* Les termes «*leurs biens*» («their property») figurant aux articles 11 et 12 ne sont pas entièrement satisfaisants. Il ne s'agit en effet pas seulement des actifs, mais également des passifs existant avant le changement. L'on a songé, en anglais, à «property interests» ou «property rights», pour en rester en fin de compte à «property», et en français à «patrimoine», qui semble cependant comporter l'idée d'un ensemble, si bien que l'on ne pourrait pas parler d'une partie du patrimoine.

48 *d* Afin d'éviter des confusions, l'avant-projet parle de «*loi déterminée*» («law determined»), lorsqu'il vise une loi objectivement applicable en vertu de dispositions de l'avant-projet et au contraire de «*loi désignée*» («designated law») lorsque la loi a été choisie par les parties.

49 *e* Enfin, à l'instar des Conventions antérieures, l'avant-projet parle de «*loi interne*» pour exprimer que le renvoi est exclu. Afin d'éviter des répétitions fastidieuses, le mot «interne» a été omis là où on se référait simplement à une loi déjà applicable en vertu d'une autre disposition (par exemple à l'article 9, première ligne). Abstraction faite des clauses relatives aux Etats non unifiés, seul l'article 13 se réfère d'ailleurs au droit international privé.

[1] On peut hésiter si l'ordre des articles 11–16 est le plus logique possible; le Rapporteur préférerait placer l'article 11 après l'article 13.
[2] Selon un usage bien établi, l'avant-projet ne définit pas la «résidence habituelle». (Voir aussi *supra*, No 24, et, par exemple, le Rapport de M. Verwilghen, *Actes et documents de la Douzième session*, 1972, tome IV, «Obligations alimentaires», p. 441, No 137).

SECTION D STRUCTURE OF THE CONVENTION AND TERMINOLOGY

§ 1 The structure of the Preliminary Draft

42 Articles 1 and 2 define the scope of the Convention and its universal character.
Articles 3 and 4 establish the subjective and objective connecting factors applicable at the time of the marriage, whereas article 5 deals with a subsequent choice of an applicable law. Articles 6 to 10 deal with a change of applicable law, for which article 12 defines the effects. Articles 11, 14 and 15 specify, in various respects, how the applicable law is chosen by the parties.[1]
Article 13 leaves to each State the responsibility for the regulation of the rights of third parties, while article 16 contains the customary public policy clause.
Articles 17 to 20 specify the Convention's connecting factors in the case of States that have non-unified legal systems. Article 21, lastly, is a final clause relating to the declaration referred to in article 4, second paragraph.

§ 2 Some questions of terminology

44 The Drafting Committee worked simultaneously in English and French. That certainly rendered its task more difficult, but it permitted the adoption of formulas susceptible of being satisfactorily rendered in both languages. At this point it is appropriate to explain some of the terms employed.[2]

45 *a* The most suitable term for rendering into English the notion of 'régimes matrimoniaux' did not receive the unanimous accord of the English-speaking Experts. Several of them had preferred the expression 'Matrimonial Property Matters' to the term '*Matrimonial Property Regimes*', which has been retained in the Preliminary Draft.

46 *b* Certain Experts objected to the term '*spouses*' ('époux') as being unsuitable to the cases where a connecting factor existing before the marriage or a contract entered into between fiancés was contemplated. The majority, however, did not share these scruples. By 'spouses' one must, therefore, also understand the future spouses.

47 *c* The term '*their property*' ('leurs biens') appearing in articles 11 and 12 is not entirely satisfactory. It includes, in effect, not only the assets but equally liabilities existing before the change of applicable law. The terms which came to mind, in English, were 'property interests' and 'property rights', with the Commission settling finally on the term 'property'; and in French the term 'patrimoine' came to mind, which seemed, however, to convey the idea of an entirety, so that one could not speak of a part of it.

48 *d* In order to avoid confusion, the Preliminary Draft speaks of '*law determined*' ('loi déterminée') when a law objectively applicable by virtue of provisions of the Preliminary Draft is intended, and, conversely, of '*designated law*' ('loi désignée') when the law has been chosen by the parties.

49 *e* Finally, after the manner of preceding Conventions, the Preliminary Draft speaks of '*internal law*' to indicate that renvoi is 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 9, first line). In addition, apart from clauses relating to non-unified States, only article 13 refers to private international law.

[1] One may doubt whether the order of articles 11 to 16 is the most logical that is possible; the Rapporteur would prefer to place article 11 after article 13.
[2] In accordance with well-established practice, the Preliminary Draft does not define 'habitual residence'. (See however *supra*, No 24, and, for example, the Report of Mr Verwilghen, *Actes et documents de la Douzième session*, 1972, Vol. IV, Maintenance Obligations, p. 441, No 137.)

§ 1 L'information des époux

50 Le No 28 des *Conclusions provisoires* remettait à la deuxième réunion la question de l'information des époux sur la loi applicable. Un Comité *ad hoc* fut chargé de faire des propositions sur cette question. Il soumit tout d'abord au plenum une proposition d'article rédigée comme suit:

Les Etats contractants s'engagent à prendre toutes mesures appropriées pour donner la publicité la plus large aux dispositions de la présente Convention en faveur des personnes concernées, notamment lors du mariage des époux, de leur immigration ou de leur naturalisation

51 Personne ne contesta qu'une telle information des époux, lors des circonstances signalées et encore à d'autres occasions, par exemple lors de l'émigration, était en soi hautement souhaitable. Cette information devrait porter tant sur les possibilités de choix que sur les solutions objectives et les changements de la loi applicable prévus par la Convention.
En revanche, presque tous les Experts étaient très sceptiques sur les possibilités concrètes d'obtenir un résultat dans ce domaine. La seule voie qui parut praticable à certains était celle passant par les officiers d'état civil. L'on envisagea aussi comme possible une information informelle par la voie d'associations professionnelles internationales ou nationales intéressées. L'Observateur de l'Union internationale du Notariat latin promit le concours de son organisation. Certains Experts firent valoir que non seulement une disposition s'adressant aux Gouvernements serait inutile, mais qu'elle serait de nature à entraver sérieusement la ratification de la Convention, les autorités compétentes ne sachant pas comment assurer cette publicité ou redoutant les complications administratives qui pouvaient en résulter.

52 L'on tomba d'accord que si l'idée était maintenue, elle ne devrait pas prendre la forme d'une disposition conventionnelle, mais celle d'un simple voeu à insérer dans l'Acte final de la Treizième session. Même sous cette forme atténuée, l'idée rencontra encore des oppositions. L'on fit notamment valoir qu'une information réduite aux seules dispositions de la Convention serait incompréhensible à beaucoup de justiciables, à qui il faudrait commencer par expliquer ce qu'étaient un régime matrimonial et les conflits de lois y relatifs.

53 La Commission maintint cependant le principe du voeu par cinq voix contre quatre et une abstention. Celui-ci fut finalement rédigé comme suit:

Enfin, la Conférence a émis les voeux suivants:
(...)
que les Etats Parties à la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux recherchent des moyens appropriés afin que leurs nationaux qui ont l'intention de s'établir à l'étranger, ainsi que toute personne qui vient s'établir sur leur territoire, soient rendus attentifs au fait que leur régime matrimonial risque d'être soumis, en vertu des dispositions de la Convention, soit immédiatement soit après un établissement prolongé, à une loi autre que celle qui le régissait antérieurement; que ces Etats appellent l'attention des époux sur la faculté qui leur est ouverte par la Convention de choisir, dans certaines limites et d'un commun accord, la loi applicable à leur régime matrimonial ainsi que sur la faculté ouverte à chacune des parties d'opter pour le maintien de la loi antérieure.

§ 1 Informing the spouses

50 No 28 of the *Provisional Conclusions* deferred to the second session the question of informing the spouses as to the applicable law. An *ad hoc* Committee was charged with preparing proposals on this question. It promptly submitted to the plenary session a proposed article, drafted as follows–

The Contracting States agree to take all appropriate measures to give the greatest amount of publicity as possible to the provisions of this Convention in favour of the persons concerned, particularly at the time of the spouses' marriage, their immigration or their naturalisation.

51 Nobody disputed that the provision of such information, in the circumstances indicated and on yet other occasions, for example, at emigration, was highly desirable. This information provided should deal with the possibilities of the choice of law, as well as the objective solutions and the changes of applicable law as provided for by the Convention.
On the other hand, nearly all of the Experts were very sceptical as to the concrete possibilities of achieving results in this field. The only path that appeared practicable for some of them was that which went by way of the Registrars of the various civil registers. Also envisaged as possible was the informal furnishing of information through interested international or national professional associations. The Observer for the 'Union internationale du Notariat latin' promised the cooperation of her organisation. Certain Experts contended not only that a provision addressing itself to Governments would be unavailing, but that it would be capable of seriously impeding ratification of the Convention, the competent authorities not knowing how to ensure the giving of publicity, or fearing the administrative complications which would result.

52 It was agreed that if the idea was to be maintained, it should take the form not of a provision in the Convention, but rather of a simple wish to be inserted in the Final Act of the Thirteenth Session. Even in this attenuated form the idea still encountered opposition. It was observed that information limited to the provisions of the Convention would be incomprehensible to many of the persons legally affected, to whom it would be necessary to explain what was meant by a matrimonial property regime and the conflict of laws relative thereto.

53 Nevertheless, the Commission maintained the principle of expressing its wish by five votes to four, with one abstention. The Wish was finally drafted as follows–

Finally, the Conference expresses the following wishes–
(...)
That the States Party to the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes seek appropriate means in order that their citizens who intend to establish themselves in a foreign country, as well as all persons who come to settle on their territory, be made aware of the possibility that their matrimonial property regime may be governed, by virtue of the provisions of the Convention, either immediately or after a prolonged stay, by a law other than that which has previously governed it; and that these States call the attention of spouses to the options which are open to them under the Convention to choose within certain limits and in common agreement, the law applicable to their matrimonial property regime, and also to the possibility given to each party to elect to retain the prior applicable law.

§ 2 Les conflits dans le temps autres que le conflit mobile

a Le conflit transitoire de droit étranger

54 Le No 17 des *Conclusions provisoires* énonçait que, lorsque le contenu de la loi applicable changeait, les dispositions du droit transitoire de cette loi même devaient en régler les conséquences. La Commission spéciale n'a pas jugé nécessaire d'inscrire dans le texte ce principe généralement admis en droit international privé.

b Le conflit transitoire de droit international privé

55 L'avant-projet ne contient pas de règle sur ce point, mais le texte définitif devra sans doute définir avec précision à quels époux la Convention s'applique. Il semble que le rattachement objectif ne pourra viser que des époux mariés après l'entrée en vigueur de la Convention. Et encore ce principe restrictif pourrait-il se limiter aux Etats dont les époux ont envisagé le système de droit international privé. En revanche, rien ne devrait s'opposer à ce que les époux choisissent un nouveau régime pour un mariage contracté avant l'entrée en vigueur de la Convention. Celle-ci pourrait enfin permettre de reconnaître dans les Etats contractants une désignation de la loi applicable déjà faite mais dépourvue d'effets selon le droit commun jusqu'alors applicable.

§ 3 Conventions régionales ou bilatérales sur la même matière

56 Sans prendre de décision formelle, la Commission spéciale a été favorable à une disposition faisant prévaloir de telles conventions entre Etats contractants ou avec des Etats tiers[1].

§ 4 Clauses finales

57 Il n'appartenait pas à la Commission spéciale d'élaborer de telles clauses, cela d'autant moins qu'une Commission spéciale, chargée de cette matière, doit se réunir avant la Treizième session. Cependant, l'article 21, relatif aux déclarations faites en application de l'article 4, alinéa 2 devra figurer dans les clauses finales. Signalons aussi que la Commission spéciale est favorable à une convention ouverte, à laquelle tous les Etats peuvent devenir parties sans conditions. Cela correspond d'ailleurs au caractère universel et à l'application sans condition de réciprocité des règles conventionnelles (article 2).

58 Les dispositions sur les Etats non unifiés des articles 17 à 20 ne constituent pas des clauses finales, puisqu'elles sont nécessaires pour l'application même de la Convention lorsque des personnes ressortissantes d'Etats non unifiés ou y ayant leur résidence habituelle sont en cause.
Les clauses finales devront cependant contenir des dispositions permettant par exemple à un Etat non unifié de devenir partie pour certaines des unités qui le composent seulement[2].

[1] Voir dans ce sens, l'article 19 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, du 2 octobre 1973.
[2] Voir dans ce sens, l'article 23 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, du 2 octobre 1973.

§ 2 Temporal conflicts other than those brought about by a change in circumstances of the connecting factor ('conflit mobile')

a Transitional conflicts of foreign law

54 No 17 of the *Provisional Conclusions* provided that, where the content of the applicable law has changed, the transitional legal provisions of that law ought to govern the effects of such change. The Special Commission did not consider it necessary to include in the text this principle generally accepted in private international law.

b Transitional conflicts of private international law

55 The Preliminary Draft does not contain a rule on this point, but the definitive text will undoubtedly have to define with precision the spouses to which the Convention will be applicable. It appears that the objective connecting factor can only apply to spouses married after the entry into force of the Convention. And yet this restrictive principle would be limited to the States of which the spouses had envisaged the system of private international law. On the other hand, nothing ought to prevent the spouses from choosing a new regime for a marriage contracted before the entry into force of the Convention. This could in fact permit the recognition in the Contracting States of a designation of the applicable law already made, but deprived of effect according to the ordinary rules of law.

§ 3 Regional or bilateral Conventions on the same subject

56 Without taking a formal decision, the Special Commission was in favour of a provision granting priority to such conventions between Contracting States or with third States.[1]

§ 4 Final Clauses

57 It was not the task of the Special Commission to elaborate such clauses, all the more so since a Working Party, charged with this matter, should meet before the Thirteenth Session. Nevertheless, article 21, relating to declarations made in application of article 4, second paragraph, will have to appear in the final clauses. We note, however, that the Special Commission is in favour of an open Convention to which all States may become Parties without condition. This corresponds, moreover, to the universal character and to the application without condition of reciprocity of the Convention's rules (article 2).

58 The provisions of articles 17 to 20 on non-unified States do not constitute final clauses, since they are necessary for the application itself of the Convention when persons who are nationals of non-unified States or have their habitual residence in such States are involved. The final clauses will, however, have to contain provisions allowing, for example, a non-unified State to become a Party for some of the units that compose it.[2]

[1] See in this sense, article 19 of the *Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, of October 2nd, 1973.
[2] See in this sense, article 23 of the *Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, of October 2nd, 1973.

Chapitre II: Commentaire de l'avant-projet

SECTION A ARTICLE PREMIER: LE CHAMP D'APPLICATION RATIONE MATERIAE

§ 1 Observations générales

59 Nous avons déjà signalé que les structures très différentes des régimes matrimoniaux dans les diverses législations allaient inévitablement entraîner certaines difficultés de qualification que la Convention ne saurait résoudre.

L'article premier énonce à titre exemplatif trois questions non couvertes par l'avant-projet, sans d'ailleurs en indiquer la délimitation par rapport aux régimes matrimoniaux. Mais il existe nombre d'autres domaines qui, quant à leur noyau, n'entrent pas dans le domaine de la Convention, mais dont la frange peut empiéter sur le domaine du régime matrimonial.

§ 2 Les matières exclues par les lettres a *à* c

a Les obligations alimentaires entre époux

60 La Commission spéciale ne s'est pas dissimulé que le régime matrimonial pouvait avoir des répercussions sur l'obligation alimentaire. Celle-ci pourrait par exemple être remplie au moyen d'un montant global attribué par un contrat de mariage. Mais la disposition signifie en tout cas que la loi applicable aux obligations alimentaires prime et qu'un époux ne saurait se soustraire à celle-ci au moyen d'un contrat de mariage.

b Les droits successoraux du conjoint survivant

61 L'exclusion du droit de succession était certes nécessaire. Il n'en reste pas moins que les questions de liquidation du régime matrimonial et les questions successorales se posent souvent en même temps. L'application d'une loi différente aux unes et aux autres conduit non seulement à des difficultés de délimitation, mais peut encore entraîner des résultats inéquitables. Aussi la doctrine a-t-elle fréquemment postulé *de lege ferenda* des systèmes de rattachement conduisant à soumettre le régime matrimonial et la succession à une même loi[1].

Il convient de souligner qu'à cet égard, l'avant-projet apporte un progrès décisif, du moins pour les époux qui font usage de la possibilité de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Ils pourront en effet désigner la loi dont on peut prévoir qu'elle sera applicable à leur succession.

62 Il n'en reste pas moins vrai que, dans de nombreuses espèces le juge devra départager les domaines respectifs de la loi du régime matrimonial et de la loi successorale. Là encore, étant donné la variété des droits internes, il était impossible d'en dire plus dans la Convention. L'idée qu'appartient au régime matrimonial un droit qui revient à un époux, quel que soit le mode de dissolution du mariage, tandis que serait de caractère successoral un droit qui appartient à un époux seulement en cas de décès de l'autre époux et non par exemple en cas de divorce, peut donner une première indication, qui ne couvre cependant pas tous les cas. Certains systèmes qualifient de matrimonial des

[1] Voir par exemple, la proposition du Conseil allemand de droit international privé, de soumettre la succession d'une personne mariée à la loi applicable aux effets du mariage (W. Lauterbach, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, 1969, p. 1, article A).

Chapter II: Commentary on the Preliminary Draft

SECTION A ARTICLE ONE: THE SCOPE OF APPLICATION RATIONE MATERIAE

§ 1 General observations

59 We have already pointed out that the very different ways of structuring of the matrimonial property regimes in the various legal systems were going to bring about certain difficulties of characterization which the Convention would not be able to resolve.
Article 1 lays down, by way of example, three matters not covered by the Preliminary Draft, without moreover indicating its delimitation as opposed to matrimonial property regimes. Certainly a number of other areas of law exist which, in essence, do not come within the scope of the Convention, but the fringes of which may encroach on the sphere of the matrimonial property regime.

§ 2 Matters excluded by letters a *to* c

a Maintenance obligations between spouses

60 The Special Commission did not ignore the fact that matrimonial property regimes could have repercussions on maintenance obligations. These obligations might, for example, be fulfilled by means of a lump sum payment provided for in a marriage contract. However, the provision signifies that in all cases the law applicable to maintenance obligations takes priority, and that a spouse could not escape from this law by means of a marriage contract.

b Succession rights of a surviving spouse

61 The exclusion of the law of succession was undoubtedly necessary. It is nonetheless true that questions of the winding-up of the matrimonial property regime and questions of succession often arise at the same time. The application to one set of questions of a law different from that applied to the other questions not only leads to difficulties of delimitation, but may also bring about inequitable results. Therefore, legal writers have frequently postulated *de lege ferenda* systems of connecting factors leading to submission of the matrimonial property regime and the succession to the same law[1].
It is appropriate to emphasize that in this respect the Preliminary Draft definitively improves the situation, at least for the spouses who make use of the possibility to choose the law applicable to their matrimonial property regime. They will, in effect, be able to designate the law which may be foreseen to be applicable to their succession.

62 It nonetheless remains true that, in numerous instances, the court will have to decide between the respective spheres of the law of the matrimonial property regime and the law of the succession. There again, given the variety of internal laws, it was not possible to say more in the Convention. The idea that a right which accrues to a spouse whatever may be the manner of dissolution of the marriage, belongs to the matrimonial property regime, whereas a right that belongs to a spouse only in the case of the death of the other spouse and not, for example, in the case of divorce, should be part of the succession, may provide a first guideline, which for all that does not cover all the

[1] See, for example, the proposal of the German Private International Law Committee: *viz.*, to submit the succession of a married person to the law applicable to the effects of marriage (W. Lauterbach, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, 1969, p. 1, article A).

institutions, telles que le maintien de l'indivision, qui ne peuvent se produire qu'au décès d'un époux. Mentionnons encore comme texte législatif récent, donnant lieu à des controverses particulièrement vives sur la qualification, l'article 1371 introduit en 1958 dans le BGB allemand. Cette disposition prévoit qu'en cas de dissolution du mariage par la mort d'un époux, au lieu d'une répartition de la plus-value, la part successorale du conjoint survivant est augmentée d'un quart[1].

c La capacité de conclure un contrat de mariage

63 Il était sans doute sage de ne pas surcharger la Convention en essayant de régler la capacité de conclure un contrat de mariage. Pratiquement, des problèmes se posent surtout à propos de la restriction de la capacité de la femme mariée par certaines législations. Cette question est soumise tantôt à la loi régissant la capacité générale, tantôt à celle applicable aux effets personnels du mariage. La loi du régime peut cependant avoir son influence et les juridictions de *Common Law* soumettent en principe, pour les immeubles, la capacité à la *lex rei sitae*[2].

§ 3 Autres problèmes de délimitation

a Le domaine de la *lex rei sitae* immobilière

64 Il est peu douteux que la *lex rei sitae* l'emportera sur la loi du régime lorsqu'il s'agit de droits réels immobiliers, encore que l'on puisse parfois hésiter sur la qualification d'un droit comme réel. Ainsi, par exemple, il est certain que des tiers pourront se prévaloir de la foi publique du registre foncier à l'encontre d'époux dont le régime matrimonial n'est pas conforme aux inscriptions du registre.

65 Le No 18 des *Conclusions provisoires* réservait les règles spéciales prévues par la *lex situs* pour certains types de propriété. La Commission spéciale est arrivée à la conclusion que pour les dispositions de droit réel, une telle mention était inutile. D'autre part, elle a considéré que l'on ne savait pas bien ce qui entrait dans ces règles spéciales – l'on a cité les fidéi-commis et les domaines agricoles – et que de les mentionner risquait d'encourager la pratique à soustraire indûment certaines questions à la loi du régime.

b Les effets patrimoniaux d'un mariage annulé

66 La Commission spéciale a discuté de cette question au cours de ses deux réunions, mais a préféré ne pas la régler.

c Les donations et sociétés entre époux

67 La Commission spéciale a décidé de ne rien dire des donations entre époux qui peuvent aussi bien, selon les systèmes, être liées au régime matrimonial ou au contraire séparées de lui. De même, contre l'opinion de deux Experts, les sociétés entre époux n'ont pas été mentionnées, mais l'avis a été exprimé qu'elles ne devraient pas empiéter sur le domaine du régime matrimonial.

[1] La doctrine allemande est partagée sur la qualification de cette disposition, voir les différentes opinions chez F. Gamillscheg, *Internationales Privatrecht*, Vol. II («Sonderausgabe aus Staudingers Kommentar») 10/11e éd., 1973, Nos 330 et s., *ad* article 15 EGBGB; voir *ibid*, Nos 294 et s., *ad* article 15 EGBGB, d'autres exemples de délimitation entre régime matrimonial et droit successoral.
[2] Voir Gamillscheg, *op.cit.*, No 135, *ad* article 14, Nos 132 et s., Nos 177, 232, *ad* article 15.

cases. Some legal systems characterize as matrimonial by nature some institutions which can only arise at the death of a spouse, as *e.g.* the maintaining of undivided ownership. We mention here, as a recent legislative text causing some particularly lively controversies on the question of characterization, article 1371, which was introduced into the German Civil Code in 1958. This article provides that in the event of dissolution of the marriage by the death of a spouse, instead of a share in the increase in value of the assets, the interest of the surviving spouse in the succession is increased by a quarter share[1].

c Capacity to enter into a marriage contract

63 It was certainly wise not to overburden the Convention by attempting to regulate capacity to enter into a marriage contract. In practice, such problems mainly arise with regard to the restriction imposed by certain laws on the capacity of the married woman. This question is sometimes brought under the law governing capacity in general, sometimes under the law applicable to the personal effects of the marriage. The law of the regime may, however, have an influence. The common law jurisdictions submit capacity in the case of immovable property, in principle, to the *lex rei sitae*[2].

§ 3 Other problems of delimitation

a The scope of the *lex rei sitae* for immovables

64 There is little doubt that the *lex rei sitae* will prevail over the law of the regime when *in rem* rights in immovables are concerned, although one might sometimes hesitate over the characterization of a right as being *in rem*. Thus, it is certain, for example, that third parties will be able to rely upon the conclusive authority of a public land register as against a spouse whose matrimonial property regime does not conform to the entries in the register.

65 No 18 of the *Provisional Conclusions* made an exception for application of special rules of the *lex situs* to certain kinds of property. The Special Commission came to the conclusion that with respect to provisions concerning rights *in rem* such a statement was unnecessary. Otherwise, it thought that what went into these special rules was not well known – mention had been made of the *fidei commissum* and of agricultural lands – and that to refer to them might possibly encourage the practice of removing unnecessarily certain questions out from under the law of the regime.

b The effects of an annulled marriage on property

66 The Special Commission discussed this question during both of its sessions, but preferred not to regulate it.

c Gifts and partnerships between spouses

67 The Special Commission decided to say nothing about gifts between spouses, which may, according to the legal system, either be connected to the matrimonial property regime or, conversely, be separated from it. Likewise, but against the opinion of two Experts, partnerships between spouses have not been mentioned in the Preliminary Draft; the opinion was expressed, however, that they should not encroach upon the sphere of the matrimonial property regime.

[1] German doctrine is divided on the characterization of this provision; see the different opinions put forward by F. Gamillscheg, *Internationales Privatrecht, Band II Sonderausgabe aus Staudingers Kommentar*, 10th/11th ed., 1973, No 330 *et seq.*, *ad* art. 15 EGBGB; see, *ibid.*, Nos 294 *et seq.*, *ad* art. 15 EGBGB, for other examples of delimitation between matrimonial property regimes and the law of succession.
[2] See Gamillscheg, *op. cit.*, No 135, *ad* art. 14, No 132 *et seq.*, Nos 177, 232, *ad* art. 15.

d Le «régime primaire»

68 Il importe de souligner que toutes les questions d'ordre patrimonial entre époux n'entrent pas dans le domaine de la loi applicable au régime matrimonial. Il en est ainsi en particulier de ce que la doctrine française appelle, depuis la loi du 13 juillet 1965, le «régime primaire» fixé aux articles 214 à 226 du Code civil français. Les dispositions sur la participation des époux aux charges du ménage, le logement familial, les pouvoirs de représentation affectant le crédit public, etc. ont dans certains pays un caractère d'ordre public, ou, selon l'optique doctrinale dans laquelle on se place, de loi d'application immédiate. En tout cas, elles semblent devoir régir tous les époux intégrés dans une certaine société, peu importe la loi que ceux-ci ont pu choisir pour leur régime matrimonial[1].

La manière dont ces questions sont réglées diffère selon les systèmes et il a paru impossible de les définir et de les délimiter par rapport au régime matrimonial[2]. Une telle mention eût aussi comporté le danger de conduire à une extension exagérée du domaine de ces règles au détriment du régime matrimonial.

SECTION B ARTICLE 2 : APPLICATION GÉNÉRALE DES RÈGLES CONVENTIONNELLES

69 L'article 2 consacre le caractère «universaliste» de la Convention, il est repris de l'article 3 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, du 2 octobre 1973[3]. La même idée était déjà exprimée, de façon assez ambiguë, par l'article 7 de la *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, du 15 juin 1955, et de façon plus explicite à l'article 6 de la *Convention sur les conflits de lois en matière de formes des dispositions testamentaires*, du 5 octobre 1961. On pourrait se demander s'il ne conviendrait pas d'éliminer les termes un peu trop techniques de «condition de réciprocité», pour exprimer directement l'idée que les règles conventionnelles remplacent dans tous les cas les règles de conflit particulières en la matière.

SECTION C LE RATTACHEMENT SUBJECTIF (ARTICLES 3 ET 5)

§ 1 Observations générales

a Les dispositions distinctes sur le choix au moment du mariage et ultérieurement

70 L'on constatera que, sauf en ce qui concerne la lettre *c* du deuxième alinéa de l'article 3, les articles 3 et 5 prévoient les mêmes rattachements, le premier au moment du mariage, le second à un moment ultérieur. On aurait pu songer à réunir les deux hypothèses dans un seul article. Il a cependant paru plus clair de les distinguer dans l'avant-projet. D'ailleurs, une référence aux points de rattachement définis «au moment du choix» n'aurait pas été tout à fait précise dans l'hypothèse où les époux désignent la loi applicable au moment du mariage. En effet, par «désignation au moment du mariage», il faut entendre un choix qui est fait à l'occasion du mariage et prend effet au jour de celui-ci, mais qui peut avoir lieu quelques semaines plus tôt ou plus tard. Selon l'article 3, tel qu'il est rédigé

[1] Voir sur le régime primaire, Patarin et Zajtay, *op.cit.*, p. 39, 441.
[2] Voir déjà *Conclusions provisoires*, No 26, sur le mandat domestique.
[3] Voir le Commentaire de cette disposition dans le Rapport de M. Verwilghen, *Actes et documents de la Douzième session*, 1972, tome IV, «Obligations alimentaires», Nos 134 et s., p. 439.

d The 'basic regime' ('régime primaire')

68 It is important to emphasize that not all questions concerning property relationships between spouses come within the scope of the law applicable to the matrimonial property regime. This is so, in particular, with what French legal writers, since passage of the Law of July 13th, 1965, call the 'basic regime', established by articles 214–226 of the French Civil Code. Provisions relating to the contributions of the spouses to the housekeeping, the matrimonial home, powers to act as agent on which the public relies, etc., have in certain countries a public policy character or, according to the doctrinal view which one adopts, the nature of a law of direct application. In every case, it appears that these laws must govern all spouses integrated into a given society, whatever the law that they have chosen for their matrimonial property regime.[1]
The ways in which these questions are dealt with differ according to the legal system, and it appeared impossible to define or to delimit them as against the matrimonial property regime.[2] Such an attempt would also have created a danger of bringing about an exaggerated extension of the scope of such rules, to the detriment of the matrimonial property regime.

SECTION B ARTICLE 2: THE GENERAL APPLICATION OF THE CONVENTION'S RULES

69 Article 2 establishes the 'universal' character of the Convention. It is taken from article 3 of the *Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, of October 2nd, 1973.[3] The same idea had already been expressed, in a rather ambiguous manner, by article 7 of the *Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods*, of June 15th, 1955, and in a more explicit manner by article 6 of the *Convention on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*, of October 5th, 1961. One wonders if it would not be better to remove the somewhat too technical term 'condition of reciprocity', in order to express the idea directly that the Convention's rules replace in every case the particular conflict rules on the matter.

SECTION C THE SUBJECTIVE CONNECTING FACTOR (ARTICLES 3 AND 5)

§ 1 General observations

a The separate provisions as to choice of law at the time of marriage or subsequently

70 It will be observed that, except for letter *c* of the second paragraph of article 3, both article 3 and article 5 list the same connecting factors, the former for the time of the marriage, the latter for a subsequent point in time. Bringing both situations together in a single article could have been considered. However, it appeared less confusing to distinguish them in the Preliminary Draft. Besides, a reference to points of connection defined 'at the time of the choice' would not have been quite precise in the situation where the spouses have designated the applicable law at the time of marriage. As it is, by 'designation at the time of marriage', it is necessary to understand a choice made on the occasion of the marriage which took effect from that day, but which may have been made some weeks earlier or later.

[1] See, on the 'régime primaire', Patarin and Zajtay, *op. cit.*, pp. 39, 441.
[2] See also *Provisional Conclusions*, No 26, on agency of necessity.
[3] See the commentary on this provision in the Report of Mr Verwilghen, *Actes et documents de la Douzième session*, 1972, Vol. IV, Maintenance Obligations, No 134 *et seq.*, p. 439.

maintenant, les époux peuvent, à l'intérieur de cette période, désigner la loi de tout Etat dont ils étaient nationaux ou dans lequel ils avaient leur résidence habituelle avant le mariage, même si ce dernier met fin à cette nationalité ou à cette résidence habituelle.

b Nationalité ou résidence habituelle d'un époux ou des deux

71 Les articles 3 et 5 permettent aux époux de nationalités différentes, ou qui ont plusieurs nationalités, de soumettre leur régime matrimonial à chacune des lois ainsi désignées. De même, ils peuvent choisir la résidence habituelle que chacun avait avant le mariage ou celle qu'ils auront ensuite. Si, après le mariage, ils ont des résidences habituelles dans des Etats différents, ils peuvent rendre applicable la loi de chacun de ces Etats.

72 Parmi toutes les lois pouvant être choisies, celle de la nationalité commune des époux, et celle de l'Etat dans lequel ils ont tous deux leur résidence habituelle, s'imposent avec bien plus de conviction que, par exemple, la loi d'un Etat dont un des époux conserve la nationalité, alors qu'il y a une loi nationale commune, ou encore la loi de la résidence habituelle, peut-être de brève durée, d'un époux avant la mariage. Toutefois, la Commission spéciale presque unanime a écarté des propositions visant à ne prévoir la nationalité d'un époux ou la résidence habituelle individuelle que subsidiairement, à défaut de rattachement commun aux époux. On alléguait notamment qu'il pouvait y avoir plus de raison de soumettre le régime matrimonial à la loi nationale qu'un des époux possédait déjà avant le mariage, et qui s'était appliquée antérieurement à ses biens, plutôt qu'à une loi nationale commune acquise par un époux involontairement par le seul fait du mariage.

73 En revanche, les *Conclusions provisoires* (Nos 5 et 12) et les premières rédactions de l'avant-projet exprimaient l'idée d'une certaine prépondérance des rattachements communs aux deux époux en énonçant séparément et en premier lieu la possibilité de choisir la loi nationale commune ou la loi de la résidence habituelle dans le même Etat. Cette rédaction était en soi illogique, puisqu'en se référant à toutes les nationalités et à la résidence habituelle de chaque époux, l'on visait aussi la loi nationale commune et la loi de la résidence habituelle des deux époux. Après avoir été maintenue par une majorité assez faible, au début de la seconde réunion, de la Commission spéciale, cette formule a finalement été abandonnée, sur proposition du Comité de rédaction, en raison des complications qu'elle entraînait notamment pour la mise au point des clauses relatives aux Etats non unifiés.

§ 2 Les divers rattachements retenus

a Articles 3 et 5, alinéa 2, lettre *a*: La nationalité

74 Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, toutes les lois nationales des époux sont sur le même pied, peu importe qu'on puisse les considérer comme «effectives» ou non. Il suffit qu'un époux ait la nationalité selon le droit d'un Etat donné, pour que la loi de cet Etat puisse être choisie.
Au moment du mariage, toute nationalité antérieure à celui-ci peut être choisie, peu importe qu'elle subsiste ou non après le mariage. Au contraire, dans l'hypothèse d'un choix ultérieur, un des époux doit effectivement être ressortissant de l'Etat dont la loi est choisie.

According to article 3, as it is now drafted, the spouses may, within that period, designate the law of any State of which they were nationals or in which they had their habitual residence before the marriage, even if the marriage brings to an end that nationality or that habitual residence.

b Nationality or habitual residence of one spouse or of both

71 Articles 3 and 5 permit spouses of different nationalities, or who have more than one nationality, to submit their matrimonial property regimes to any of the laws thus designated. Similarly, they may choose the habitual residence that either had before the marriage, or that which they will have afterwards. If, following the marriage, they have their habitual residences in different States, they may render applicable the law of either of those States.

72 Of all the laws that may be chosen, that of the spouses' common nationality and that of the State in which both of them have their habitual residences, carry more conviction than, for example, the law of a State of which one of the spouses retains the nationality, while at the same time there is a common national law, or yet the law of the habitual residence, perhaps of a short duration, of a spouse before the marriage. However, the Special Commission rejected, almost unanimously, proposals aiming at providing only subsidiarily, in the absence of a connecting factor common to the spouses, for the nationality of a spouse or the individual habitual residence. It was contended, in particular, that there might be more reason to submit the matrimonial regime to the law of the nationality already possessed by one of the spouses before the marriage, and which previously applied to that spouse's property, rather than to a common national law where the nationality is acquired by a spouse against his or her will, by the fact only of the marriage.

73 On the other hand, the *Provisional Conclusions* (Nos 5 and 12) and the first versions of the Preliminary Draft expressed the idea of a certain preponderance of connecting factors common to both spouses, by setting out separately and first by the possibility to choose the common national law or the law of the habitual residence in the same State. This drafting was itself illogical, since by referring to all the nationalities and to the habitual residence of each spouse, the text covered also the common national law and the law of the habitual residence of both spouses. Having been supported by a rather weak majority at the start of the second session of the Special Commission, that formula was finally rejected, on the recommendation of the Drafting Committee, by reason of the complications it brought about, particularly in connection with the drafting of the clauses relating to non-unified States.

§ 2 The various connecting factors selected

a Second paragraph, letter *a*, of articles 3 and 5: Nationality

74 As we have already observed, the laws of all nationalities of the spouses are on the same footing, whether they can be considered as being 'effective', or not. It is sufficient for a spouse to have the nationality of a given State according to its law, in order that the law of that State may be chosen.
At the time of marriage, any previous nationality may be chosen, irrespective of whether it subsists after the marriage. But, in the case of a subsequent choice, one of the spouses must have in effect the nationality of the State, the law of which was chosen.

b Articles 3 et 5, alinéa 2, lettre *b*: La résidence habituelle

75 Chacune des deux lois peut être choisie en vertu de ce critère, lorsque les époux n'avaient pas de résidence habituelle dans le même Etat avant le mariage. De même, au cours du mariage, une nouvelle possibilité de choix s'ouvre chaque fois qu'un époux acquiert une résidence habituelle dans un nouveau pays.

c Article 3, alinéa 2, lettre *c*: La résidence habituelle prévue des deux époux

76 Ce rattachement n'est donné qu'au moment du mariage. Il convient que des époux qui projettent de s'établir dans un pays donné, puissent, même avant d'avoir réalisé cette intention, choisir la loi de ce pays. La Commission spéciale n'a pas jugé indiqué d'étendre cette possibilité à des déplacements de la résidence habituelle prévus en cours de mariage. En pareil cas, le choix pourra intervenir dès que la nouvelle résidence aura été établie. La Commission spéciale a même pensé qu'une désignation intervenant immédiatement avant le déplacement de la résidence habituelle serait couverte par l'article 5, alinéa 2, lettre *b*.

77 Comme chaque fois que l'on se fonde dans une Convention de La Haye sur la résidence habituelle de deux personnes, il n'y a pas besoin que celle-ci soit «commune» en ce sens qu'elle serait fixée en un même lieu. Il suffit que les deux époux aient leur résidence habituelle dans un même Etat (ou, dans le cas des Etats non unifiés, dans la même unité territoriale, voir article 18).

78 Mais que se passe-t-il lorsque la condition de l'article 3, alinéa 2, lettre *c*, que les époux établissent immédiatement après le mariage la résidence habituelle dans l'Etat dont la loi a été choisie, ne se réalise pas? – En pareil cas, le choix ne déploiera pas d'effets et la loi applicable sera déterminée en vertu de critères objectifs.

d Article 3, alinéa 2, lettre *d*, article 5, alinéa 2, lettre *c*: La loi de la situation d'un immeuble

79 Nous avons déjà exposé pourquoi la Commission spéciale avait estimé opportun de déroger en matière immobilière au principe de l'unité du régime[1].

La possibilité de choisir la *lex rei sitae* existe tant au moment où un immeuble est acquis qu'à tout moment ultérieur. Le régime spécial ne vaut que pour un immeuble déterminé. L'on ne saurait donc, par exemple, soumettre tous les immeubles à la loi de la situation de l'un d'eux, ou encore décider une fois pour toutes que tous les immeubles, même ceux qui seraient acquis à l'avenir, seront soumis à la loi de leur situation. Peut-être serait-il plus clair de formuler la lettre *c*: «Pour chaque immeuble, la loi de l'Etat de sa situation».

80 A partir du moment où la *lex rei sitae* a été désignée pour le régime matrimonial relatif à un immeuble, cette loi reste en vigueur jusqu'à ce que les époux fassent un nouveau choix. Ni le choix d'une nouvelle loi pour le régime matrimonial général, ni une déclaration de rétroactivité (article 12, alinéa 2) n'y changent quoi que ce soit. A plus forte raison, lorsque les parties n'ont désigné que la loi applicable

[1] *Supra*, No 22.

b Second paragraph, letter *b*, of articles 3 and 5: Habitual residence

75 Two laws may be chosen by virtue of this criterion, when the spouses do not have habitual residence in the same State before marriage. Similarly, during the marriage, a new possibility for choice is open each time that a spouse acquires an habitual residence in a new country.

c Article 3, second paragraph, letter *c*: The intended habitual residence of both spouses

76 This connecting factor is only given at the time of marriage. It is fitting that spouses who intend to settle in a given country should be able, even before having carried that intention into effect, to choose the law of that country. The Special Commission did not find that this possibility should be extended to changes of habitual residence contemplated during the marriage. In such a case, the choice will be possible as soon as the new habitual residence is established. The Special Commission also thought that a designation intervening immediately before the change of habitual residence would be covered by article 5, second paragraph, letter *b*.

77 As is the case each time that the habitual residence of two persons is taken as a criterion in a Hague Convention, so in this case there is no necessity that this should be 'common', in the sense that it should be fixed in one and the same place. It is sufficient that both spouses have their habitual residence in the same State (or, in the case of non-unified States, in the same territorial unit: see article 18).

78 What is the result when the condition of article 3, second paragraph, letter *c*, that the spouses establish immediately after the marriage habitual residence in the State the law of which has been chosen, is not fulfilled? In such a case, the choice will not be effective and the applicable law will be determined by reference to objective criteria.

d Article 3, second paragraph, letter *d*, and article 5, second paragraph, letter *c*: The *lex situs* of an immovable

79 We have already set out why the Special Commission considered it opportune to depart, with regard to immovable property, from the principle of unity of the regime.[1]

The possibility to choose the *lex rei sitae* exists at the time when an immovable is acquired, as well as at all subsequent times. The special regime is only possible for an identified immovable. Accordingly, one could not, for example, submit the whole of the immovable property to the law of the place where one immovable is situated, or what is more, decide once and for all that immovables, even those immovables that might be acquired in the future, would be subject to the law of the place where they are situated. Perhaps it would be clearer to formulate letter *c*: 'For each immovable, the law of the State where the immovable is situated'.

80 From the time when the *lex rei sitae* is designated for the matrimonial property regime relative to an immovable, that law remains operative until the spouses make a new choice. Neither the choice of a new law for the general matrimonial property regime nor a declaration of retroactivity (article 12, second paragraph) can effect any change whatsoever. *A fortiori*, when the parties have only desig-

[1] *Supra*, No 22.

aux immeubles et sont pour le reste soumis à la loi objectivement compétente, un changement de celle-ci en application des articles 7 à 9 est sans influence sur le régime auquel sont soumis les immeubles.

SECTION D ARTICLE 4: LE RATTACHEMENT OBJECTIF

§ 1 Observations générales

81 Nous avons déjà exposé dans ses grandes lignes la solution de compromis entre principes de la nationalité et du domicile retenue à l'article 4[1]. Il convient, une fois de plus, de rappeler que l'article 4, dans son ensemble, ne s'applique qu'à défaut de désignation de la loi applicable par les époux.

§ 2 Alinéa premier: La loi de la résidence habituelle des deux époux

82 L'alinéa premier de l'article 4 pose le principe de départ: l'application de la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle des deux époux immédiatement après le mariage.
Les mots «immédiatement après le mariage» ne signifient pas que les époux devront prendre résidence habituelle le lendemain du mariage. Mais ils devront le faire dans un délai relativement court. L'application de la disposition peut donner lieu à des doutes dans le cas d'époux qui continueraient pendant une longue période après le mariage à voyager constamment et à n'avoir en fait aucune résidence habituelle. Peut-être convient-il à ce propos de rappeler que les règles générales des conventions ne sauraient résoudre de façon satisfaisante des cas tout à fait exceptionnels et que toute disposition peut être réduite à l'absurde au moyen de cas d'école judicieusement choisis.
Il est certain, en revanche, que l'alinéa premier ne pourra plus s'appliquer, et que la solution subsidiaire de l'alinéa 3 interviendra dès le moment où les époux ont après le mariage établi des résidences habituelles dans des Etats différents.

§ 3 Alinéa 2 (et article 21): La loi nationale commune applicable en vertu d'une déclaration de l'Etat

a Les conditions d'application de la disposition

83 Lorsque cet alinéa s'applique, la loi de la résidence habituelle est écartée au profit de la loi nationale commune. La loi d'un Etat qui aura fait la déclaration prévue par l'article 21 sera appliquée, dans tous les Etats contractants, à des époux ayant sa nationalité. L'effet de la déclaration est soumis à des conditions positives et négatives.

84 La condition positive est que les deux époux aient la nationalité de l'Etat en question. Mais si l'un des époux – en règle générale la femme – n'a acquis cette nationalité que par le mariage, cela ne suffit pas. Il faut encore que cette acquisition soit volontaire, par exemple qu'elle résulte d'une requête au moment du mariage, telle qu'elle est prévue par le droit français.

85 D'autre part, la déclaration n'a pas d'effets si l'une des deux conditions négatives suivantes est remplie:

[1] *Supra*, Nos 29–30.

nated the law applicable to immovables and are, as to the rest of their property, subject to the objectively applicable law, a change of this law by the application of articles 7 to 9 is without influence on the regime to which the immovables are subject.

SECTION D ARTICLE 4: THE OBJECTIVE CONNECTING FACTOR

§ 1 General observations

81 We have already set out in broad lines the compromise solution between the principles of nationality and domicile set forth in article 4.[1] It is appropriate, once more, to recall that article 4, in its entirety, only applies in the absence of a designation by the spouses of the applicable law.

§ 2 First paragraph: The law of the habitual residence of both spouses

82 The first paragraph of article 4 states the basic principle: application of the internal law of the State where both spouses establish habitual residence immediately after marriage.
The phrase 'immediately after marriage' does not mean that the spouses will have to take up habitual residence the day after the marriage. However, they will have to do so within a relatively short time. Application of the provision may give rise to some doubts in the case of spouses who continue, during a long period of time after the marriage, to travel constantly and do not in fact have any habitual residence. Perhaps it is appropriate in this connection to recall that general rules of Conventions are not capable of resolving in a satisfactory manner truly exceptional cases, and that every provision may be reduced to absurdity by means of a carefully selected academic example.
It is certain, on the other hand, that the first paragraph can no longer apply, and that the secondary solution of the third paragraph will intervene, from the time that the spouses have after marriage established habitual residences in different States.

§ 3 The second paragraph (and article 21): The common national law applicable by virtue of a declaration by a State

a The conditions for application of the provision

83 When this paragraph applies, the law of the habitual residence is set aside in favour of the common national law. The law of a State that has made the declaration provided for in article 21 will apply, in all the Contracting States, to spouses having the nationality of that State. The effect of the declaration is subject to positive and negative conditions.

84 The positive condition is that both spouses possess the nationality of the State in question. But, if one of the spouses – as a general rule the wife – has acquired that nationality only by virtue of the marriage, this does not suffice. It is necessary, moreover, that the acquisition be voluntary, for example, that it result from a request made at the time of marriage, as is provided for by French law.

85 On the other hand, the declaration is of no effect if one of the following two negative conditions is fulfilled:

[1] *Supra*, Nos 29–30.

a Les époux ont plus d'une nationalité commune, peu importe ici comment cette nationalité a été acquise. Pourquoi, lorsque le lien de la nationalité commune rattache les époux à plusieurs Etats, donnerait-on effet à la déclaration de l'un de ces Etats?
Il eût d'ailleurs été difficile de rédiger une règle pour ce cas. Celle-ci aurait dû soit avoir recours à la notion peu praticable de nationalité effective, soit faire prévaloir le point de vue de l'Etat qui aurait fait la déclaration.

86 *b* Les deux époux continuent, après le mariage, à résider habituellement dans l'Etat où ils résidaient depuis un certain nombre d'années. La Commission spéciale a pensé qu'un Etat ne devait pas pouvoir imposer l'application de sa loi à des personnes déjà fortement intégrées dans un autre Etat par leur résidence habituelle et qui restent dans ledit Etat après le mariage. C'est ce qui a motivé la disposition de la lettre *b*. Elle pose une double exigence: les époux doivent avoir résidé habituellement, durant un nombre d'années à fixer, dans l'Etat en question, et y maintenir leur résidence habituelle après le mariage.

On peut se demander si l'on ne devrait pas, comme dans le cas de l'article 9, lettre *d*, se référer, pour le point de départ du délai, à la résidence simple[1]. Il faut, semble-t-il, ajouter la précision qu'aucun époux ne doit avoir eu de résidence habituelle dans un autre Etat au cours du délai, mais que les interruptions occasionnelles sont sans importance.
La Commission spéciale n'a pas fixé le délai. L'opinion dominante était en faveur d'une durée plutôt longue, et les considérations faites à propos de l'article 9, lettre *d*, semblent également devoir valoir ici[2].

b Problèmes connexes

87 La disposition de l'article 4, alinéa 2, tient aussi compte, du moins dans une certaine mesure, d'une situation que la Commission spéciale avait réservée au No 9 des *Conclusions provisoires:* celle où deux époux de même nationalité s'établiraient dans un autre pays avec l'intention de revenir au bout d'un temps déterminé dans le pays de leur nationalité. Il est vrai que ce cas pourrait intéresser même des Etats ne voulant pas faire la déclaration relative à l'application de la loi nationale commune, voire des Etats acquis au principe du domicile. On a notamment cité l'exemple de deux Américains qui iraient immédiatement après leur mariage faire à l'étranger des études d'une durée déterminée. La Commission spéciale a cependant renoncé à une disposition spéciale relative à ces cas. Elle a notamment considéré qu'il était peu indiqué de fonder une règle sur une intention de retour, élément dont la preuve est difficile et qui peut ne pas se réaliser.

88 Un Expert a encore soulevé la question de savoir si les Etats contractants ne devaient pas avoir la possibilité d'appliquer également la loi nationale à des époux tous deux ressortissants d'un Etat non contractant attaché au principe de la nationalité. La Commission spéciale a constaté que pareille solution porterait atteinte au traitement uniforme du régime matrimonial, qui ne serait plus soumis à la même loi dans tous les Etats contractants[3]. L'Expert en question se déclara d'accord de limiter en tout

[1] Voir *infra*, No 106.
[2] Voir *infra*, No 104.
[3] Pareille dérogation serait possible sur la base d'un traité bilatéral l'emportant sur la Convention de La Haye.

a The spouses have more than one common nationality, without regard here as to how that nationality has been acquired. Why, when ties of common nationality connect the spouses to several States, should one give effect to a declaration of one of those States?
It would, besides, have been difficult to draft a rule for this case. Such a rule would either have had to make use of the not very practicable notion of effective nationality, or it would have had to give priority to the point of view of the State which made the declaration.

86 *b* Both spouses continue, after marriage, to reside habitually in the State where they had resided for a certain number of years. The Special Commission was of the opinion that a State should not be able to impose the application of its law on persons who are already strongly integrated in another State by reason of their habitual residence, and who remain in such State after marriage. This was the reason for the provision in letter *b*. It lays down a two-fold requirement: the spouses must have habitually resided, for a number of years yet to be specified, in the State in question, and they must have maintained their habitual residence there after marriage.
One may wonder whether one should not, as in the case of article 9, letter *d*, refer, for the point in time at which the period starts, to simple residence.[1] It is necessary, it seems, to add the qualification that neither spouse should have had habitual residence in another State during the period, but that occasional interruptions are of no importance.
The Special Commission has not fixed the period. The predominant opinion was in favour of a rather long period, and the considerations expressed in regard to article 9, letter *d*, seem equally to apply here.[2]

b Related problems

87 The provision of article 4, second paragraph, also takes account, at least to a certain extent, of a situation which the Special Commission had reserved at No 9 of the *Provisional Conclusions:* the situation where two spouses of the same nationality settle in another country with the intention to return, upon the expiration of a fixed time, to the country of their nationality. It is true that this type of situation could interest even States not willing to make the declaration relating to the application of the common national law, or even States devoted to the domicile principle. The example was cited, in particular, of two Americans who, immediately after their marriage, go to study abroad for a fixed period of time. The Special Commission, however, dropped a special provision relating to such cases. It considered, in particular, that it was not very desirable to base a rule on the intention to return, an element the proof of which is difficult and which may not be realised.

88 One Expert raised, moreover, the question whether the Contracting States ought not to have the possibility to apply the national law likewise to spouses, both of whom are nationals of a non-Contracting State attached to the nationality principle. The Special Commission observed that such a solution would violate the principle of uniform treatment of the matrimonial property regime, which would no longer be subject to the same law in all the Contracting States.[3] The Expert in question declared himself in agree-

[1] See, *infra*, No 106.
[2] See, *infra*, No 104.
[3] Such deviation should be possible on the basis of a bilateral treaty prevailing over the Hague Convention.

cas une disposition éventuelle au cas où les deux époux auraient leur résidence habituelle dans l'Etat contractant qui désire appliquer la loi nationale.
La Commission spéciale n'a pas voulu prendre position définitivement sur ce point et a estimé qu'il appartiendrait à la séance plénière de le faire, si la proposition y était reprise.

§ 4 Alinéa 3: L'application subsidiaire de la loi nationale commune

89 L'alinéa 3 contient le rattachement objectif subsidiaire pour le cas où, faute de résidence habituelle dans un même Etat après le mariage, l'alinéa premier ne peut pas s'appliquer. Le recours à la loi nationale commune s'imposait ici. La disposition de l'alinéa 3 est sans objet lorsque la loi nationale est déjà applicable selon la disposition «plus forte» de l'alinéa 2.

Ainsi que nous l'avons déjà exposé, le système de rattachement objectif n'est pas exhaustif, il y a des cas pour lesquels la Convention ne fournit pas de réponse au juge[1]. On sera en présence d'un premier cas de ce genre si les deux époux ont plus d'une loi nationale commune. Le juge décidera ici compte tenu de toutes les circonstances. Il donnera, par exemple, priorité à une nationalité volontairement acquise par les deux époux sur une autre qui aurait été attribuée à un époux par le seul effet du mariage. A plus forte raison, la Convention ne fixe-t-elle pas la loi applicable au régime d'époux n'ayant aucune nationalité commune.

§ 5 La loi objectivement compétente en cas de révocation de la désignation d'une loi applicable

90 Ce problème n'a pas été discuté par la Commission spéciale. Il paraît plutôt théorique: on voit mal des époux renoncer à l'application d'une loi antérieurement désignée sans la remplacer par une autre, en se fiant simplement à la loi objectivement compétente. Dans son état actuel, l'avant-projet ne donne pas de réponse. Les dispositions de l'article 4 ont été conçues dans l'optique d'un rattachement objectif au moment du mariage seulement. Nous serions tentés de penser que seul un nouveau choix de la loi applicable, et non une simple révocation de la désignation, est admissible.

SECTION E LA PERMANENCE DU RATTACHEMENT ET SES LIMITES (ARTICLES 6 A 10, ET 12)

§ 1 Article 6: Le principe et l'exception générale

91 L'article 6 statue le principe de la permanence du rattachement, les changements de nationalité ou de résidence habituelle des époux étant sans influence, et rappelle l'exception la plus importante: en vertu de l'article 5, les époux sont en tout temps libres de soumettre leur régime matrimonial à une autre loi.
Lorsque la loi applicable a été désignée par les époux, le principe de la permanence ne connaît pas d'autre exception qu'un nouveau choix des époux. Cela vaut pour la loi désignée de façon générale en application de l'article 3, alinéa 2, lettres *a* à *c*, ou de l'article 5, alinéa 2, lettres *a* et *b*,

[1] *Supra*, No 31.

ment with limiting in any event a possible provision to the case where both spouses have their habitual residence in the Contracting State which wishes to apply the national law. The Special Commission did not wish to adopt a definitive position on this point, being of the opinion that it should fall to the Plenary Session to do so, if the proposal was again put forward.

§ 4 The third paragraph: Subsidiary application of the common national law

89 The third paragraph contains the subsidiary objective connecting factor for the case where, for lack of habitual residence in the same State after marriage, the first paragraph is not applicable. Recourse to the common national law was necessary here. The provision of the third paragraph is without purpose when the national law is already applicable according to the 'stronger' provision of the second paragraph.
As we have already explained, the system of objective connecting factors is not exhaustive, there being cases for which the Convention furnishes the court with no answers.[1] One case of this type will be encountered when both spouses have more than one common national law. The court will here decide by taking all the circumstances into account. For example, priority will be given to a nationality voluntarily acquired by both spouses, over another nationality that was attributed to one of the spouses solely as a consequence of the marriage. *A fortiori*, the Convention does not fix the law applicable to the regime of spouses having no common nationality.

§ 5 The objectively applicable law in the event of revocation of the designation of an applicable law

90 This problem was not discussed by the Special Commission. It appears rather theoretical: one cannot readily conceive of spouses renouncing the application of a law previously designated without replacing it by another, rather than simply relying on the objectively applicable law. In its present state, the Preliminary Draft does not supply an answer. The provisions of article 4 have been conceived in the light of an objective connecting factor at the time of the marriage only. We should be tempted to think that only a new choice of the applicable law, and not a simple revocation of its designation, is permissible.

SECTION E PERMANENCE OF THE CONNECTING FACTOR AND ITS LIMITS (ARTICLES 6 TO 10, AND 12)

§ 1 Article 6: The principle and the general exception

91 Article 6 states the principle of permanence of the connecting factor, changes of nationality or of habitual residence being without effect, and recalls the most important exception: by virtue of article 5, the spouses are free at all times to submit their matrimonial property regime to another law.
When the applicable law has been designated by the spouses, the principle of permanence knows no exception other than that of a new choice by the spouses. This is so with regard to the law designated generally pursuant to article 3, second paragraph, letters *a* to *c*, or pursuant to

[1] *Supra*, No 31.

mais aussi pour la loi spécialement désignée pour le régime matrimonial relatif à un immeuble, en application de l'article 3, alinéa 2, lettre *d*, ou de l'article 5, alinéa 2, lettre *c*. Enfin, il en est de même chaque fois que les époux ont passé un contrat de mariage dans le cadre de la loi objectivement applicable[1]. En revanche, la loi objectivement compétente peut encore changer dans les cas des articles 7 à 9, réservés à l'article 6 et expliqués ci-dessous.

§ 2 Les cas de changement de la loi objectivement applicable prévus aux articles 7 à 9

a Le champ d'application des articles 7 à 9

92 Les articles 7, 8 et 9 règlent le conflit mobile en cas de rattachement objectif, ils définissent de façon exhaustive les cas où une loi objectivement applicable est remplacée par une autre loi, en raison de circonstances objectives, telles qu'un changement de nationalité ou de résidence habituelle.

93 Pour les motifs déjà exposés, la Commission spéciale entendait limiter une telle «mutabilité automatique» aux cas où les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage selon la loi qui les régissait objectivement[2]. Sur ce deuxième point, le texte ne reflète pas entièrement, de l'avis du Rapporteur, l'opinion de la Commission, puisque seul l'article 9 mentionne comme condition du changement l'absence de contrat de mariage. Dans cette optique, le texte devrait être modifié, soit en reprenant dans les articles 7 et 8 le membre de phrase «et que les époux n'ont pas fait de contrat de mariage» figurant à l'article 9, soit en biffant cette condition dans l'article 9 et en la faisant figurer de façon générale soit dans l'article 6, soit dans l'article 10. Une autre formule consisterait à remplacer les articles 6 et 10 par le texte suivant (le passage cité serait alors biffé à l'article 9):

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.
Toutefois, une nouvelle loi devient applicable dans les cas visés aux articles 7, 8 et 9, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage conformément à la loi à laquelle le régime matrimonial est soumis à défaut de désignation.
Dans les mêmes cas, chacun des époux a la faculté d'opter pour le maintien de la loi précédemment applicable, en notifiant à son conjoint, dans un délai raisonnable, une déclaration à cet effet. Cette déclaration doit faire l'objet d'un écrit daté et signé.

b Article 7: Le remplacement de la loi nationale compétente en vertu d'une déclaration de l'Etat de nationalité

94 Le rattachement à la loi nationale commune des époux sur la base de la déclaration d'un Etat (article 4, alinéa 2) perd de sa pertinence à mesure que les époux s'intègrent plus fortement dans un autre pays. Rappelons que la déclaration même est sans effets si les deux époux ont eu leur résidence habituelle pendant un temps relativement long avant le mariage dans un autre Etat et s'ils l'y conservent (article 4, alinéa 2, lettre *b*).

[1] *Supra*, No 39; *infra*, No 93.
[2] *Supra*, Nos 38–40.

article 5, second paragraph, letters *a* and *b*, as well as for the law specially designated for the matrimonial property regime concerning an immovable, pursuant to article 3, second paragraph, letter *d*, or article 5, second paragraph, letter *c*. Lastly, it is the same each time that the spouses have entered into a marriage contract within the scope of the objectively applicable law[1]. On the other hand, the objectively applicable law may yet change in the cases of articles 7 to 9, referred to in article 6 and explained hereafter.

§ 2 The cases of change of the objectively applicable law provided for in articles 7 to 9

a The scope of articles 7 to 9

92 Articles 7, 8 and 9 regulate the 'conflit mobile' when there is an objective connecting factor, defining exhaustively the cases where an objectively applicable law is replaced by another law, by reason of objective facts, such as a change of nationality or of habitual residence.

93 For the reasons already given, the Special Commission had intended to limit such 'automatic mutability' to cases where the spouses have neither designated the applicable law nor made a marriage contract according to the law that objectively governs[2]. On this second point, the text does not entirely reflect, in the opinion of the Rapporteur, the views of the Commission, since only article 9 mentions as a condition of change the absence of a marriage contract. Viewed from this angle, the text ought to be modified, either by including in articles 7 and 8 the part of the sentence 'and in the absence of a marriage contract' appearing in article 9, or by deleting that condition in article 9 and inserting it as a general rule either in article 6 or in article 10. Another formula would consist of replacing articles 6 and 10 by the following text (the quoted passage would then be deleted from article 9):

The law applicable by virtue of the provisions of the Convention remains applicable so long as the spouses have not designated a different applicable law, notwithstanding any change of their nationality or habitual residence.
However, a new law becomes applicable in the cases referred to in Articles 7, 8 and 9, if the spouses have neither designated the applicable law nor made a marriage contract in conformity with the law to which the matrimonial property regime is subject in the absence of designation.
In those cases referred to, either spouse may elect to retain the prior applicable law by a declaration notifying the other spouse of such election within a reasonable period of time. This declaration must be in writing, dated and signed.

b Article 7: Replacement of the national law which is applicable by virtue of a declaration by the State of the nationality

94 The connecting factor of the common national law of the spouses on the basis of a State's declaration (article 4, second paragraph) loses its relevance as the spouses increasingly integrate into another country. We recall that the declaration itself is without effect if both spouses have had their habitual residence in another State for a relatively long period before the marriage and maintain it there (article 4, second paragraph, letter *b*).

[1] *Supra*, No 39; *infra*, No 93.
[2] *Supra*, Nos 38–40.

Toutefois, la Commission spéciale n'a pas voulu affaiblir la place faite ici à la loi nationale en prévoyant que celle-ci serait remplacée par la loi de la résidence habituelle au bout d'un certain nombre d'années après le mariage (voir au contraire, lorsque la loi de la résidence habituelle est objectivement compétente, l'article 9, lettre *d*). Elle a prévu que la loi de l'Etat de la résidence habituelle deviendrait applicable si les deux époux acquéraient également la nationalité dudit Etat. Le critère pour le changement de la loi applicable est donc encore d'abord la nationalité et l'on voulait qu'il reflétât un attachement des époux à cette nouvelle nationalité, puisque l'on exige que les deux époux, ou celui qui ne la possédait pas encore, l'aient acquis volontairement. Cependant, le critère de la résidence habituelle intervient aussi, puisque seule l'acquisition de la nationalité de l'Etat de la résidence habituelle, et non pas l'acquisition de n'importe quelle nationalité, déclenche le changement. Précisons encore que, du moment que cette double condition de la résidence habituelle des époux et de la nouvelle nationalité est acquise, il est sans importance qu'ils aient ou non conservé l'ancienne nationalité commune. La Commission spéciale a considéré notamment à ce propos qu'il est impossible de renoncer à certaines nationalités.

95 Le changement de loi en application de l'article 7 ne peut se produire qu'une seule fois. Cela même si l'Etat de la nouvelle nationalité et de la résidence habituelle est aussi un Etat ayant fait la déclaration de l'article 4, alinéa 2, et si les époux n'ont plus d'autre nationalité. En effet, l'article 4, alinéa 2 ne détermine que la loi applicable au moment du mariage. Après un changement de loi applicable en vertu de l'article 7, les époux sont soumis à la loi de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle. Celle-ci pourra éventuellement être remplacée par une autre loi en application de l'article 9.

c Article 8: Le remplacement de la loi nationale commune subsidiairement compétente

96 L'application de la loi nationale n'est prévue par l'article 4, alinéa 3, qu'à titre de solution subsidiaire pour le cas, sortant tout de même déjà un peu du cours normal des choses, où les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat. Le maintien de la loi primitivement compétente s'impose ici avec moins de force et le changement peut être soumis à des conditions moins rigoureuses.
Il faut admettre que seul l'article 7 s'applique, si la loi nationale est compétente en vertu de l'article 4, alinéa 2, même si en soi, faute de résidence habituelle, les conditions d'application de l'article 4, alinéa 3, étaient aussi remplies.

97 L'alinéa premier prévoit tout d'abord que la loi nationale commune primitivement applicable sera remplacée par une nouvelle loi nationale commune, cela cependant seulement si aucun des époux ne garde l'ancienne nationalité. En revanche, il n'est pas exigé ici que l'acquisition de la nouvelle nationalité soit volontaire.
Il convient d'ajouter que l'hypothèse visée par l'article 8, alinéa premier, est un peu un cas d'école: l'on voit assez mal comment les deux époux pourraient acquérir une nouvelle nationalité sans avoir de résidence habituelle dans un même Etat. En effet, l'acquisition d'une nationalité suppose normalement une résidence plus ou moins prolongée sur le territoire de l'Etat en question. Aussi la Commission spéciale s'est-elle demandée si cet alinéa était bien nécessaire.

98 L'alinéa 2, au contraire, vise un cas beaucoup plus probable: celui où les époux, qui avaient été soumis à la loi nationale immédiatement après le mariage, établissent

However, the Special Commission did not wish to weaken the place given here to the national law by providing that it should be replaced by the law of the habitual residence following a certain number of years after the marriage. (See, on the contrary, when the law of the habitual residence is objectively applicable, article 9, letter *d*.) The Commission provided that the law of the State of the habitual residence should become applicable if both spouses acquire likewise the nationality of that State. The criterion for the change of the applicable law is accordingly again, above all, the nationality, and the intention was that it reflect an attachment of the spouses to that new nationality, since the requirement was made that both spouses, or the one who did not yet possess it, should have acquired it voluntarily. Nevertheless, the criterion of habitual residence also intervenes, since only the acquisition of the nationality of the State of the habitual residence, and not the acquisition of any nationality whatsoever, triggers the change. We point out again that, from the time when this two-fold condition of the spouses' habitual residence and the new nationality is satisfied, it is irrelevant whether they have or have not retained the prior common nationality. The Special Commission paid particular attention in this connection to the impossibility of renouncing certain nationalities.

95 The change of law pursuant to article 7 may occur only once. This is so even if the State of the new nationality and the habitual residence is also a State having made the declaration of article 4, second paragraph, and even if the spouses have no other nationality. In effect, article 4, second paragraph, only determines the applicable law at the time of marriage. Following a change of applicable law by virtue of article 7, the spouses are subject to the law of the State where they both have their habitual residence. This may possibly be replaced by another law in application of article 9.

c Article 8: Replacement of the common national law, when it is applicable subsidiarily

96 Application of the national law is provided for in article 4, third paragraph, only as a subsidiary solution to the case, departing from the normal course of affairs, where the spouses do not have their habitual residence in the same State. Maintaining the originally applicable law here suggests itself with less force, and the change may be subject to less rigorous conditions.
One must admit that only article 7 governs, if the national law is applicable by virtue of article 4, second paragraph, even if in fact, in the absence of habitual residence, the conditions of application of article 4, third paragraph, were also fulfilled.

97 The first paragraph provides, first of all, that the originally applicable common national law will be replaced by a new common national law, this however only if neither of the spouses retain the former nationality. On the other hand, it is not required here that the acquisition of the new nationality be voluntary.
It is appropriate to add that the situation contemplated by article 8, first paragraph, is somewhat academic: it is difficult to conceive how both spouses would be able to acquire a new nationality without having habitual residence in the same State. Indeed, the acquisition of a nationality normally presupposes a residence more or less prolonged on the territory of the State in question. Indeed, the Special Commission asked itself whether that paragraph was really necessary.

98 The second paragraph, on the contrary, aims at a much more probable case: that where the spouses, who had been subject to the national law immediately after the

ultérieurement leur résidence habituelle dans un même Etat. La Commission spéciale a été d'avis qu'en pareil cas, le rattachement subsidiaire pouvait cesser d'être applicable et que l'on retombait en somme dans la solution de principe prévue à l'article 4, alinéa premier.

99 Théoriquement, un changement de loi applicable en vertu de l'alinéa premier pourrait avoir lieu plusieurs fois de suite. En revanche, dès le moment où la loi de la résidence habituelle s'appliquera en vertu de l'alinéa 2, des changements ultérieurs ne pourraient être fondés que sur l'article 9.

d Article 9: Le remplacement de la loi de la résidence habituelle

100 L'article 9 sera appelé à s'appliquer beaucoup plus fréquemment que les articles 7 et 8. D'une part, il a trait au rattachement objectif primaire de l'article 4, alinéa premier, d'autre part, il pourra aussi avoir effet lorsque, dans les cas des articles 7 et 8, alinéa 2, l'on est ramené à la résidence habituelle dans le même Etat. C'est aussi la raison pour laquelle il n'a pas été possible ici de se référer à l'article 4, alinéa premier, et qu'il a fallu préciser: «s'applique à défaut de désignation...».

Enfin, pour des mêmes époux, le changement de loi applicable en vertu de l'article 9 peut intervenir plusieurs fois au cours de la vie mariée. Etant donné les conditions exigées, cette hypothèse ne devrait pas se réaliser très souvent.

101 L'article 9 prévoit alternativement deux conditions pour que la loi de l'Etat où les deux époux ont leur nouvelle résidence habituelle devienne applicable[1]: ou bien ils ont ou acquièrent la nationalité de cet Etat (c'est la formule très ramassée qu'utilisait le No 15, lettre *b*, des *Conclusions provisoires*, l'article 9 la développe aux lettres *a* à *c*), ou ils y ont résidé un certain nombre d'années (lettre *d*).

102 Selon la lettre *a*, la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle devient immédiatement applicable si les deux époux ont aussi la nationalité de cet Etat. Le retour dans la patrie commune a paru assez fort pour justifier un changement. Souvent, la situation redeviendra en quelque sorte interne, dans d'autres espèces, il se pourra qu'en raison d'autres nationalités des époux, elle garde un caractère international. Cela est d'autant plus vrai que dans cette hypothèse, il n'est pas exigé que la nationalité commune ait été acquise volontairement[2].

103 La solution des cas visés aux lettres *b* et *c* rappelle le principe de l'article 7: en acquérant volontairement la nationalité de l'Etat de leur résidence habituelle, les époux manifestent leur intégration dans cet Etat.

104 La lettre *d* est fondée sur l'idée qu'une longue résidence habituelle dans un autre pays peut justifier un changement de loi applicable, même si les époux n'acquièrent pas la nationalité dudit Etat, ce pourquoi ils peuvent avoir de bonnes raisons. Les opinions étaient très partagées sur la durée de ce délai. Les partisans de la permanence préconisaient un délai relativement long, de l'ordre de dix ans, alors que certains Experts, favorables à la mutabilité, se fussent contentés de trois à cinq ans. Aussi la Commission

[1] Voir *supra*, Nos 39, 91 et 93 sur la limitation de cette disposition aux cas où il n'y a ni désignation de la loi applicable, ni contrat de mariage selon la loi objectivement compétente.
[2] L'application de cette disposition peut prêter à certaines hésitations dans le cas de ressortissants d'Etats non unifiés, voir *infra*, No 145.

marriage, later establish their habitual residence in the same State. The Special Commission was of the opinion that, in such a case, the subsidiary connecting factor could cease to be applicable and that one would fall back, in short, on the principal solution referred to in article 4, first paragraph.

99 Theoretically, a change of applicable law by virtue of the first paragraph could take place several times in succession. On the other hand, from the time when the law of the habitual residence applies by virtue of the second paragraph, subsequent changes can only be founded on article 9.

d Article 9: Replacement of the law of the habitual residence

100 Article 9 will have occasion to be applied much more frequently than articles 7 and 8. On the one hand, it deals with the primary objective connecting factor of article 4, first paragraph, and on the other, it may also have effect when, in the cases of article 7 and article 8, second paragraph, one is brought back to habitual residence in the same State. It is also the reason why it has not been possible to refer here to article 4, first paragraph, and why it has been necessary to specify: 'is the applicable law, but not by virtue of a designation ...'.
Lastly, for the same spouses, the change of applicable law by virtue of article 9 may occur several times in the course of their married life. Given the conditions required for change, this situation ought not to occur very often.

101 Article 9 refers alternatively to two conditions in order that the law of the State where both spouses have their new habitual residence should be applicable[1]: either they have or acquire the nationality of that State (this is the very condensed formula adopted in No 15, letter *b*, of the *Provisional Conclusions:* article 9 develops it in letters *a* to *c*), or they have resided there for a certain number of years (letter *d*).

102 According to letter *a*, the law of the State of the new habitual residence becomes applicable immediately if both spouses also have the nationality of that State. The return to the common native land appeared sufficiently cogent to justify a change. Often, the situation will again become, in some sort, internal; in other circumstances it may be that by virtue of other nationalities of the spouses the situation retains an international character. This is all the more true since, in this situation, it is not required that the common nationality have been voluntarily acquired[2].

103 The solution to the cases referred to in letters *b* and *c* recalls the principle of article 7: by voluntarily acquiring the nationality of the State of their habitual residence, the spouses manifest their integration into that State.

104 Letter *d* is based on the idea that a long habitual residence in another country may justify a change of applicable law, even if the spouses do not acquire the nationality of such State, for which they may have had good reasons. Opinions were very divided on the length of this period. The supporters of permanence advocated a relatively long period, of the order of ten years, whereas certain Experts, favourable to mutability, would have been satisfied with three to five years. For this reason, the Special

[1] See *supra*, Nos 39, 91 and 93 as to the limitation of that provision to cases where there is neither a choice of the applicable law, nor a marriage contract according to the objectively applicable law.
[2] The application of that provision may give rise to certain doubts in the case of nationals of non-unified States, see *infra*, No 145.

spéciale a-t-elle préféré ne pas fixer de chiffre, mais soumettre au contraire le problème aux Gouvernements en vue d'une décision à prendre à la Treizième session.

La fixation d'un délai a inévitablement quelque chose d'arbitraire, la véritable intégration qui justifierait un changement de loi applicable étant essentiellement variable selon les espèces. Mais il convient de rappeler que le problème perd de son importance si l'on considère que les époux ont toujours la possibilité de manifester par un choix de la loi applicable leur degré d'intégration à une société donnée.

105 Des suggestions ont encore été avancées pour préciser un peu cette disposition, par exemple en prévoyant un délai relativement bref, mais en exceptant du changement les cas où un époux se serait rendu dans un autre pays sur la base d'un contrat de travail de durée limitée. L'on a aussi songé à un système de déclaration permettant aux Etats de préciser le délai selon leurs préférences. Aucune de ces solutions n'a cependant semblé praticable.

106 L'article 9, lettre *d*, table sur la résidence simple en ce qui concerne le point de départ du délai. Au contraire, dans le cas de l'article 4, alinéa 2, l'on se réfère pour cette question aussi à la résidence habituelle[1]. La solution de l'article 9 paraît préférable: il est plus facile de déterminer le moment auquel une résidence a commencé, sans avoir à rechercher à partir de quel moment elle est devenue habituelle. Il n'y aura pas lieu de déduire de la durée des voyages à l'étranger, en revanche, il ne doit pas y avoir eu entretemps de résidence habituelle dans un Etat tiers.

§ 3 Article 10: L'option pour le maintien de l'ancienne loi

a L'origine de la disposition

107 Pour comprendre l'article 10, il convient de revenir un instant aux Nos 15 et 16 des *Conclusions provisoires* qui prévoyaient des déclarations conjointes conduisant à l'application d'une nouvelle loi ou au maintien de l'ancienne loi. Elles étaient qualifiées, au No 23, de «simples déclarations». Les *Conclusions provisoires* ne précisaient pas en quoi ces déclarations se distinguaient d'un choix de la loi applicable. La différence est particulièrement difficile à percevoir dans le cas de la déclaration positive prévue au No 15, lettre *a*. La loi ainsi maintenue ou rendue applicable l'était-elle à titre objectif ou à titre de loi désignée?

108 Dans sa deuxième réunion, la Commission spéciale a immédiatement abandonné la déclaration positive du No 15, lettre *a*. Sur les déclarations négatives, s'opposant au changement, du No 15, lettres *b* et *c* et du No 16, les opinions ont été plus divisées. Après s'être demandé s'il convenait de traiter différemment le cas d'époux retournant dans le pays de leur commune nationalité et celui d'époux acquérant ultérieurement la nationalité du pays de leur résidence habituelle, la Commission spéciale a répondu par la négative.

[1] Voir *supra*, No 86.

Commission preferred not to fix the number of years, but, on the contrary, to submit the problem to the Governments with a view to a decision to be taken at the Thirteenth Session.

The fixing of a term of years inevitably has something arbitrary about it, the true integration that should justify a change of applicable law being essentially variable according to the circumstances. But it is appropriate to recall that the problem loses something of its importance when one considers that the spouses always have the possibility, by a choice of the applicable law, to manifest their degree of integration into a given society.

105 Some suggestions have been advanced, moreover, with a view to stating this provision more precisely; for example, by providing for a relatively brief period, but excluding from the change cases where a spouse has gone to another country on the basis of a fixed term employment contract. A system of declaration was also considered, permitting States to specify the period according to their preferences. However, none of these solutions appeared practicable.

106 Article 9, letter *d*, relies on simple residence insofar as the commencement of the period is concerned. Conversely, in the case of article 4, second paragraph, habitual residence is also referred to for this question[1]. The solution of article 9 would appear to be preferable: it is easier to determine the point in time at which a residence has commenced, without having to search for the time when it became habitual. It will not be necessary to deduct foreign travels from the period, but, on the other hand, there must not have been intervals of habitual residence in any third State.

§ 3 Article 10: The option to maintain the former law

a Origin of the provision

107 In order to understand article 10, it is appropriate to return for a moment to Nos 15 and 16 of the *Provisional Conclusions*, which referred to declarations leading to the application of a new law or to the maintenance of the former law. They were referred to in No 23 as 'declarations'. The *Provisional Conclusions* did not specify in what way these declarations were distinguishable from a choice of the applicable law. The difference is particularly difficult to perceive in the case of the positive declaration referred to in No 15, letter *a*. Was the law maintained or rendered applicable in this manner an objectively applicable law or a designated law?

108 In its second session, the Special Commission promptly dropped the positive declaration of No 15, letter *a*. As to the negative declarations, opposing change, provided for in No 15, letters *b* and *c*, and No 16, the opinions have been more divided. After inquiring whether it was appropriate to treat differently the case of spouses returning to the country of their common nationality from that of spouses subsequently acquiring the nationality of the country of their habitual residence, the Special Commission answered in the negative.

[1] See *supra*, No 86.

b La déclaration unilatérale

109 La Commission spéciale a abandonné l'idée d'une déclaration conjointe, puisque l'article 5 donne de toute façon la possibilité de désigner la loi applicable. Elle a alors discuté d'un système d'options pour le maintien de la loi précédemment applicable (ou système du «veto» au changement). Certains Membres estimaient qu'il était équitable de permettre à un époux d'empêcher, par une déclaration unilatérale, un changement qui pourrait lui être préjudiciable. D'autres Experts étaient au contraire d'avis que si une disposition de la Convention prévoyait un changement de loi applicable, il ne devait pas appartenir à un seul époux de mettre cette règle en échec.
Les Experts étaient divisés par moitiés sur l'opportunité de cette option, dans les cas prévus par le No 15, lettre *b*, des *Conclusions provisoires* (époux qui ont ou acquièrent volontairement la nationalité du pays de la nouvelle résidence habituelle). Ils ont ensuite, par une majorité des deux tiers, admis le système de l'option dans l'hypothèse du No 15, lettre *c* des *Conclusions provisoires* (résidence pendant plusieurs années dans le pays de la nouvelle résidence habituelle). Après ce résultat, les Experts ont reconnu qu'il était peu judicieux de prévoir une solution différente dans ces deux cas, et ils se sont ralliés à la solution du «veto» pour l'un et l'autre. Puis ils l'ont sans discussion étendue aux hypothèses figurant maintenant aux articles 7 et 8.

c La forme de la déclaration

110 La déclaration de l'article 10 étant décisive pour le maintien ou le changement de la loi applicable, il fallait imposer, dans l'intérêt de la sécurité juridique, certaines conditions de forme. Les Experts ont songé un moment à rendre applicables les règles de forme valables pour la désignation de la loi applicable (article 15), mais ils se sont ensuite rendu compte que cela n'était pas possible, puisque ici, il s'agit d'une déclaration unilatérale. On pourrait ajouter que, une telle déclaration étant généralement inconnue dans les droits internes, ceux-ci n'en fixeront pas non plus la forme. Aussi a-t-on exigé que l'époux voulant maintenir l'ancienne loi notifie dans un délai raisonnable une déclaration à cet effet à son conjoint, et que cette déclaration fasse l'objet d'un écrit daté et signé. L'époux devra donc établir une pièce écrite et la faire parvenir à son conjoint.
En utilisant le verbe «notifier», l'on a voulu exprimer primitivement qu'il devait s'agir non pas d'une déclaration orale, mais d'une déclaration écrite. Pour éviter toute contestation, cette dernière condition a par la suite encore été spécifiée. La Commission spéciale n'a pas entendu exiger une notification au sens technique, par exemple par ministère d'huissier. Le choix du procédé le plus efficace et le plus sûr au point de vue de la preuve ultérieure est laissé à la prudence de l'époux qui fait la déclaration.

d Le délai raisonnable

111 Il eût été trop rigoureux de prescrire une déclaration au moment même où se produit la circonstance pouvant amener un changement automatique de la loi applicable, ou d'exiger que cette déclaration soit nécessairement faite d'avance. Cette option doit certes être liée, par exemple, au changement de nationalité, mais elle peut intervenir avant ou après celui-ci, dans un délai dont le juge appréciera le caractère raisonnable. Au cas où la déclaration intervient après la circonstance entraînant le changement de la loi applicable, elle aura un effet rétroactif et l'ancien régime sera censé n'avoir jamais cessé d'être applicable.

Cela pourra évidemment, dans des hypothèses exceptionnelles, entraîner des difficultés si entretemps les époux, ou

b The unilateral declaration

109 The Special Commission abandoned the idea of a joint declaration, since article 5 gives in any event the possibility to designate the applicable law. It then discussed a system of options for the maintenance of the previously applicable law (or system of 'veto' to the change). Certain Members considered that it was equitable to permit a spouse to prevent, by a unilateral declaration, a change that would be prejudicial to that spouse. In opposition, other Experts were of the opinion that if a provision of the Convention called for a change of applicable law, it should not belong to one spouse to set this rule aside.
The Experts were equally divided on the advisability of this option, in the cases referred to in No 15, letter *b*, of the *Provisional Conclusions* (spouses who have or voluntarily acquire the nationality of the country of the new habitual residence). They afterwards, by a two-thirds majority, accepted the system of the option in the situation of No 15, letter *c*, of the *Provisional Conclusions* (residence for several years in the country of the new habitual residence). Following that result, the Experts recognized that it was injudicious to provide a different solution in these two cases, and they concurred on the solution of the 'veto' for both cases. Then, without discussion, they extended this solution to the situations appearing now as articles 7 and 8.

c Form of the declaration

110 The declaration of article 10 being decisive for the maintenance or change of the applicable law, it was necessary to impose, in the interests of legal certainty, certain conditions as to form. The Experts briefly contemplated rendering applicable the rules of form valid for the designation of the applicable law (article 15), but they then realised that that was not possible since what is involved here is a unilateral declaration. One should add that, such a declaration being obviously unknown in the domestic laws, such laws will not fix their form. This is why spouses wishing to maintain the former law have been required to notify the other spouse, within a reasonable period, by a declaration to that effect, and that such declaration be in writing, dated and signed. The spouse will, accordingly, have to draw up a written document and deliver it to the other one.
Utilisation of the verb 'to notify', was intended to indicate that, not an oral, but a written declaration was involved. In order to avoid all dispute, that last condition has subsequently been still further specified. The Special Commission did not mean to require service of notice in a technical sense, for example, by a judicial officer. The choice of the most effective procedure and the safest from the point of view of subsequent proof is left to the discretion of the spouse who makes the declaration.

d The reasonable period

111 It would have been unduly rigorous to stipulate a declaration at the very moment when the circumstance bringing on the automatic change of the applicable law occurs, or to require that the declaration necessarily be made in advance. The exercise of this option should certainly be tied, for example, to a change of nationality, but it may take place before or after that change, within a period the reasonableness of which the court shall determine. In the case where the declaration is made after the circumstance bringing about the change of applicable law, it will have a retroactive effect and the former regime will be considered as having never ceased to be applicable. This may evidently, in some exceptional situations, occasion difficulties if, in the meanwhile, the spouses, or one of them,

l'un d'eux, ont déjà passé des actes juridiques sur la base du nouveau régime. La Commission spéciale a estimé que les principes généraux du droit et la prudence du juge viendraient à bout de tels problèmes.

§ 4 Article 12: Les effets du changement de la loi applicable

a Le principe

112 Les solutions retenues par la Commission spéciale ont été exposées dans la partie générale[1].
Il s'est avéré que les termes «effet rétroactif» (*Conclusions provisoires*, No 15, lettre *a*) et «droit acquis» (*Conclusions provisoires*, Nos 19 et 21) étaient compris de manière très différente et qu'il valait mieux les éviter.
Le principe que la nouvelle loi n'a d'effets qu'à partir du moment où elle est applicable, a dès lors été exprimé à la première phrase de façon peut-être un peu pléonastique, mais qui devrait être claire [2].

b L'extension de la nouvelle loi aux biens acquis antérieurement

113 La deuxième phrase de l'article permet aux époux de rendre applicable la nouvelle loi à l'ensemble de leurs biens. La disposition part de l'idée que les époux prendront alors les dispositions nécessaires relativement aux biens acquis antérieurement ou se rendront au moins compte que le régime applicable à ceux-ci se modifiera. La Commission spéciale n'a pas voulu retenir certaines suggestions visant à obliger les époux, non pas évidemment à liquider leurs biens anciens en les vendant aux enchères, mais à mettre leurs affaires en ordre pour les adapter au nouveau régime. Il serait évidemment fort souhaitable qu'ils le fassent.

c La forme de la déclaration des époux

114 La portée de la déclaration des époux se rapproche de celle d'une désignation de la loi applicable, aussi a-t-il paru expédient de rendre applicables en l'espèce les dispositions sur la forme de l'article 15.

d La protection des tiers

115 La dernière phrase enfin garantit les tiers contre les conséquences préjudiciables d'une application à tous les biens de la nouvelle loi. Ainsi que l'indiquent encore plus clairement les mots «adversely affect» du texte anglais, il s'agit seulement de sauvegarder les intérêts des tiers, mais non de stabiliser toutes les relations entre ceux-ci et les époux. Contre une voix isolée, la Commission spéciale a admis que les époux ne pouvaient pas se prévaloir à l'encontre des tiers d'un régime ancien qui leur serait plus favorable que le nouveau.

116 Relevons enfin que le texte très large de l'article 13 pourrait être interprété comme se rapportant aux effets à l'égard de tiers d'une déclaration au sens de l'article 12. L'intention de la Commission spéciale a été de faire prévaloir l'article 12, dernière phrase. Un régime moins favorable pour les tiers que pourrait prévoir le droit commun réservé par l'article 13 ne saurait donc mettre en échec la protection voulue par l'article 12.

[1] *Supra*, Nos 41–42.
[2] Voir sur la terminologie, la remarque sur «les biens» figurant *supra*, No 47.

have already entered into legal transactions on the basis of the new regime. The Special Commission considered that the general principles of law and the discretion of the court should find a solution to such problems.

§ 4 Article 12: Effects of the change of the applicable law

a The principle

112 The solutions adopted by the Special Commission have been explained in the general part of this Report[1].
It transpired that the terms 'retroactive effect' *(Provisional Conclusions*, No 15, letter *a*) and 'vested rights' *(Provisional Conclusions*, Nos 19 and 21) were understood in very different ways and that it would be better to avoid them.
The principle that the new law has effects only from the time when it becomes applicable has consequently been expressed in the first sentence in a manner perhaps a little pleonastic, but which should, nevertheless, be clear [2].

b The extension of the new law to property previously acquired

113 The second sentence of the article permits the spouses to render the new law applicable to the whole of their property. This clause starts from the idea that the spouses will then take the necessary provisions relative to the previously-acquired property, or will at least realize that the regime applicable to them will change. The Special Commission did not wish to adopt certain suggestions intended to oblige the spouses, not of course to liquidate their previously-acquired property, as by selling at auction, but to put their affairs in order so as to adapt them to the new regime. It is obviously to be desired that they do so.

c The form of the spouses' declaration

114 As the effect of the spouses' declaration approximates that of a designation of the applicable law, it appeared suitable, therefore, in the circumstances, to render applicable the provisions as to form of article 15.

d The protection of third parties

115 The last sentence, finally, protects third parties from the prejudicial consequences of an application of the new law to the whole of the property. As the words 'adversely affect' in the English text indicate even more clearly, it is simply a matter of safeguarding the interests of third parties, not of stabilising all relations between them and the spouses. Against one isolated vote, the Special Commission accepted that the spouses would not be able to take advantage, as against third parties, of a former regime which would be more favourable to them than the new.

116 We note, finally, that the very open text of article 13 could be interpreted as referring to consequences for third parties of a declaration in the sense of article 12. The intention of the Special Commission was to give overriding effect to the last sentence of article 12. A regime less favourable for third parties, which might be provided for by the general law reserved by article 13, cannot, accordingly, set aside the protection sought in article 12.

[1] *Supra*, Nos 41–42.
[2] See, on terminology, the comment on 'the property' appearing *supra*, No 47.

SECTION F ARTICLE 13 : LA PROTECTION DES TIERS SELON LE DROIT COMMUN

§ 1 La solution de l'article 13

a Le problème

117 A l'instar des *Conclusions provisoires*, No 20, l'article 13 abandonne au droit commun de chaque Etat le soin de déterminer les effets à l'égard de tiers d'un régime matrimonial soumis à une autre loi que sa loi interne.

Cette disposition vise un problème important: il s'agit de la sécurité des transactions dans un milieu donné. A quelles conditions un tiers doit-il être protégé contre les surprises désagréables qui peuvent résulter pour lui du fait que des époux sont soumis à une loi, et partant à un régime matrimonial, auxquels il n'avait pas de motif de s'attendre? – Cette situation peut se produire lorsque des époux passent des contrats en dehors du pays où ils vivent. Sous le régime de la Convention, étant donné les nombreuses possibilités de choix et la permanence de principe du rattachement, il arrivera également souvent que le régime matrimonial soit soumis à une loi étrangère au pays où les époux ont le centre de leurs intérêts juridiques.

Le problème semble se poser essentiellement en matière de contrats. Le tiers se fie alors aux apparences pour conclure qu'un certain régime est applicable, ce qui n'est pas le cas, en matière délictuelle, par exemple.
La question est réglée de façon assez diverse selon les pays. Toutefois, des dispositions telles que l'article 16 de la loi finlandaise du 5 décembre 1929, qui prévoit expressément que pour qu'une loi étrangère puisse être invoquée en Finlande, elle doit être communiquée au tribunal du lieu du domicile, sont exceptionnelles.
Dans la discussion, beaucoup d'Experts semblent être partis de l'idée que l'on peut appliquer à l'opposabilité d'une loi étrangère, les conditions requises pour qu'un contrat de mariage fait selon la loi interne puisse être invoqué. Il n'est pas certain toutefois que les deux cas puissent toujours être traités de la même façon.
Précisons encore qu'à dessein, l'on parle de «la loi», et non pas de «la loi interne» au début de l'article. En effet, il peut s'agir ici, soit de règles de droit interne, soit de règles de droit international privé.

b Questions laissées ouvertes

118 L'article 13 laisse non seulement ouverte la question de savoir quelles dispositions d'une loi matérielle seraient le cas échéant applicables, mais surtout celle de savoir à quelle loi matérielle les dispositions protectrices doivent être empruntées dans une espèce concrète. A supposer que des époux franco-anglais, qui ont choisi la loi anglaise, et qui ont leur résidence habituelle en Allemagne, passent un contrat en Italie avec un tiers qui y est domicilié, le juge saisi – en France, par exemple (article 15 CCfr) – sera assez embarrassé de savoir quelle loi appliquer. Sera-ce la loi applicable au régime matrimonial ou la loi de la résidence habituelle des époux, ou encore la loi de la résidence habituelle du tiers, qui s'est fié à celle-ci, ou enfin la *lex fori*?

Les Experts ont discuté des solutions plus précises mentionnées ci-dessous, sans cependant parvenir à des résultats tout à fait convaincants. Ils ont tout d'abord rejeté par toutes les voix contre deux l'idée d'exclure totalement le problème du champ d'application de la Convention, en le mentionnant à l'article premier. Ils ont ensuite, par neuf voix contre sept, accepté la solution actuelle. Plusieurs

SECTION F ARTICLE 13 : PROTECTION OF THIRD PARTIES ACCORDING TO THE GENERAL RULES OF LAW ('DROIT COMMUN')

§ 1 The solution of article 13

a The problem

117 Following the example of No 20 of the *Provisional Conclusions*, article 13 leaves to the general law of each State the task of determining the consequences in respect of third parties of a matrimonial property regime governed by a law other than the internal law of that State.
This provision is directed at an important problem: it concerns the security of transaction in a given legal environment. On what conditions ought a third party to be protected from disagreeable surprises which may result for him from the fact that the spouses are subject to a law, and hence to a matrimonial property regime, which he had no reasons to expect? That situation may occur when spouses enter into contracts outside the country where they live. Under the regime of the Convention, given the numerous possibilities of choice and the principle of permanence of the connecting factor, it will equally often occur that the matrimonial property regime is subject to a law foreign to the country where the spouses have the centre of their legal interests.
The problem presents itself essentially in relation to contracts. There, the third party trusts to appearances to conclude that a certain regime is applicable, which is not the case, for example, in matters of tort.
The question is resolved in rather diverse ways according to the country concerned. However, provisions such as article 16 of the Finnish Law of December 5th, 1929, which expressly provides that, in order that a foreign law may be invoked in Finland, it must be communicated to the tribunal of the place of the domicile, are exceptional.
In the discussion, many Experts seem to have started from the idea that one may apply to the question, whether a foreign law may be relied upon, the conditions required in order that a contract made according to the internal law may be relied upon. It is not certain, however, that the two cases may always be treated in the same way.
Let us make it clear, moreover, that the text speaks intentionally of 'the law', and not of 'the internal law' at the beginning of the article. Indeed, we may be concerned here either with the rules of domestic law, or with the rules of private international law.

b Questions left open

118 Article 13 leaves open not only the question of knowing which provisions of a substantive law should be applicable, should the case arise, but above all that of knowing which substantive law the protective provisions should be taken from in a concrete case. Suppose that Franco-English spouses, who have chosen English law, and who have their habitual residence in Germany, enter into a contract in Italy with a third party who is domiciled there; the court seized of the case – in France, for example (article 15, French Civil Code) – will be rather perplexed to know which law to apply. Will it be the law applicable to the matrimonial property regime, or the law of the spouses' habitual residence, or yet the law of the habitual residence of the third party, upon which he himself relied, or, lastly, the *lex fori*?
The Experts discussed the more precise solutions mentioned below, without, however, arriving at wholly convincing results. At once, they rejected almost unanimously, with only two votes against, the idea of totally excluding the problem from the scope of the Convention by so stating in the first article. They then, by nine votes to seven, accepted the present solution. Whereupon, several Experts contended

Experts firent alors valoir que cela revenait en fait à exclure le problème et présentèrent une demande de reconsidération qui fut admise. Cependant, la Commission spéciale rejeta une fois de plus, cette fois par dix voix contre cinq, l'idée de «régler» le problème par une exclusion à l'article premier.

§ 2 Solutions plus précises à envisager

119 La Commission spéciale a essayé de cerner le problème de diverses façons. Elle ne s'est pas arrêtée longtemps à une solution consistant à désigner une loi interne dont les dispositions auraient régi les rapports entre les époux et les tiers de bonne foi, c'est-à-dire ceux qui ne connaissent pas ou qui ne sont pas censés connaître le régime matrimonial en vigueur entre époux. On a suggéré à cet effet la loi de la résidence habituelle des époux, ou plus exactement la loi de la résidence habituelle de l'époux débiteur.

120 En revanche, la Commission spéciale s'est arrêtée plus longtemps à une tentative de déterminer dans la Convention même des critères répartissant entre Etats la compétence d'appliquer leur droit – interne ou international privé – à la protection des tiers dans certains cas. L'on envisagea notamment les possibilités suivantes:

a La loi de l'Etat où les deux époux ont leur résidence habituelle. Cette solution se fondait sur l'idée que c'était là le centre des intérêts personnels des époux.

b La loi de l'Etat où le tiers a sa résidence habituelle. L'accent serait alors mis sur la protection des tiers qui doivent pouvoir se fier à la loi du milieu où ils vivent.

c La loi du lieu où le contrat est passé, c'est-à-dire celle du milieu juridique où il prend naissance.

d La loi qui, selon la Convention, régit le régime matrimonial. Cette solution a l'avantage d'appliquer, à la protection des tiers, la même loi interne qu'au régime matrimonial lui-même.

121 Aucune de ces solutions ne donnait pleinement satisfaction. La loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux convient lorsque le contrat est passé dans ce pays, même avec un tiers habitant à l'étranger. Mais si de leur côté, les époux se rendent dans le pays du tiers, la loi de celui-ci paraît plus appropriée. La *lex loci actus* est, comme on le sait, difficile à déterminer dans certains cas, et dans d'autres purement fortuite. Enfin, dans le système de la Convention, le régime matrimonial peut être soumis à une loi fixée par un rattachement assez faible et que le juge dans le pays du tiers n'appliquera pas volontiers.

122 En fin de compte, il s'agit d'assurer la sécurité juridique dans un milieu donné et aucune des réponses ci-dessus n'y correspond tout à fait. Pour cerner cette idée de plus près, il faudrait avoir recours à des dispositions nuancées, un peu à l'instar de ce que l'article 3 de la «Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels», du 15 juin 1955, a fait pour déterminer la loi applicable.

123 Une autre solution, qui n'a pas été explorée par la Commission spéciale, mais qui apporterait au moins un minimum de sécurité, serait d'exiger des Etats qu'ils définissent quels liens l'espèce doit avoir avec leur système juridique pour que les dispositions protectrices de celui-ci s'appliquent. Ainsi, un Etat pourrait statuer, par exemple,

that this solution resulted in excluding the problem and put forward a request for reconsideration, which was admitted. Nevertheless, the Special Commission rejected once again, this time by ten votes to five, the idea of 'regulating' the problem by way of an exclusion in article 1.

§ 2 More precise solutions for consideration

119 The Special Commission attempted to overcome the problem in various ways. It did not dwell on a solution consisting of designating an internal law, the provisions of which should govern the relations between the spouses and third parties acting in good faith, viz. those who do not know or who are not deemed to know the matrimonial property regime in force between the spouses. Suggested, for this purpose, was the law of the spouses' habitual residence, or, more precisely, the law of the habitual residence of the debtor spouse.

120 On the other hand, the Special Commission gave more time to a proposal to determine, in the Convention itself, criteria dividing between States the competence to apply their law – domestic or private international – to the protection of third parties in certain cases. In particular, the following possibilities were considered:

a The law of the State where both parties have their habitual residence. This solution rested on the idea that it was there that the centre of the spouses' personal interests lay.

b The law of the State where the third party has his habitual residence. The emphasis would then be put on the protection of third parties, who ought to be able to rely on the law of the legal environment where they live.

c The law of the place where the contract is entered into, in other words, that of the legal environment where it comes into existence.

d The law which, according to the Convention, governs the matrimonial property regime. This solution has the advantage of applying, to the protection of third parties, the same domestic law as is applied to the matrimonial property regime itself.

121 None of these solutions gave full satisfaction. The law of the State of the spouses' habitual residence is appropriate when the contract is made in that country, even with a third party living abroad. But if, for their part, the spouses go to the country of the third party, that law seems more appropriate. The *lex loci actus* is, as one knows, difficult to determine in certain cases, and in others, purely fortuitous. Finally, in the system of the Convention, the matrimonial property regime may be subject to a law fixed by a rather weak connecting factor, which the court in the country of the third party will not willingly apply.

122 After all, this is a matter of ensuring legal certainty in a given legal environment and none of the above answers to the problem fully meets the case. To define this idea more precisely, it would be necessary to have recourse to subtle provisions, somewhat in the manner of article 3 of the 'Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods', of June 15th, 1955, in order to determine the applicable law.

123 Another solution, which was not explored by the Special Commission, but which would at least bring a minimum of security, would be to insist that States define those connections that the case ought to have with their legal system in order that the protective provisions of their law apply. Thus, a State would be able to lay down, for

que sa loi s'applique dans tous les cas où soit le débiteur, soit le tiers, a sa résidence habituelle sur son territoire.

Etant donné que la question présente une importance pratique indéniable, il serait fort souhaitable que la Treizième session puisse arriver au moins à une solution un peu plus précise que celle de l'article 13.

example, that its law applies in all cases where either the debtor, or the third party, has habitual residence on its territory.

As the question presents an undeniable practical importance, it is very desirable that the Thirteenth Session arrive at a solution at least a little more precise than that of article 13.

SECTION G LES MODALITÉS DE LA DÉSIGNATION DE LA LOI APPLICABLE ET LA FORME

§ 1 Article 11: Le choix d'une seule loi pour l'ensemble des biens

124 Cette disposition consacre, en rappelant l'exception admise pour les immeubles, l'unité de la loi applicable également lorsqu'elle est désignée par les parties. L'unité va de soi lorsque la loi applicable est déterminée par un rattachement objectif[1]. Il a paru inadmissible de permettre aux époux de constituer, pour leur régime matrimonial, une sorte de puzzle de différentes lois. On sait que, même pour les contrats, la possibilité de tels choix partiels est contestée. En matière de régime matrimonial, cela pourrait conduire à satisfaire des intérêts peu dignes de protection et en tout cas à provoquer des complications considérables. Il convient d'ajouter, à la suite de remarques faites au sein de la Commission, que l'article 11 ne restreint évidemment en rien les possibilités de faire, si la loi interne applicable le permet, un contrat de mariage pour une partie des biens seulement.

125 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 était convenue dans un contrat 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.

126 La possibilité de soumettre chaque immeuble à sa *lex rei sitae* reste donc la seule hypothèse où plusieurs lois peuvent régir simultanément le régime matrimonial des époux. La Commission spéciale a admis qu'il y avait alors une véritable scission, chaque régime étant tout à fait indépendant de l'autre. Il en résulte que l'on ne saurait, dans la liquidation d'un des régimes, procéder à des compensations ou des prélèvements en fonction de la liquidation de l'autre régime.

§ 2 Article 14: Les conditions relativement au consentement des époux

127 L'article 14 reprend purement et simplement l'article 2, alinéa 3 de la *Convention sur la loi applicable aux ventes*

[1] Tout renvoi étant exclu, on ne pourrait pas tenir compte de ce que la loi applicable, même s'il s'agissait de la loi d'un Etat non contractant, se réfère à la *lex rei sitae* pour les immeubles.

SECTION G MANNER OF DESIGNATION OF THE APPLICABLE LAW AND QUESTIONS OF FORM

§ 1 Article 11: Choice of a single law for the whole of the property

124 Provided the exception allowed for immovables is kept in mind, this provision establishes the unity of the applicable law, also when it is designated by the parties. Unity goes without saying when the applicable law is determined by an objective connecting factor.[1] It was regarded as unacceptable to permit the spouses to constitute, for their matrimonial property regime, a sort of puzzle of different laws. It is known that, even for contracts, the possibility of making such partial choices is contested. In relation to the matrimonial property regime, this might tend to serve interests little deserving of protection and, in any event, would provoke considerable complications. It is appropriate to add, following certain remarks made within the Commission, that article 11 in no way limits, of course, the possibility to make a marriage contract, if the internal applicable law so permits, for a part of the property only.

125 What will happen if, contrary to the provisions of article 11, spouses designate the applicable law only for a part of their property, or designate two or more laws applicable to different parts of the 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 intended. It would be possible, for example, it may seem, to consider that the designation of the law applicable to the greatest part of the property should be extended to all the property. If a partial designation of the applicable law was agreed on in a marriage contract, that might be upheld within the limits of the objectively competent law, even if the parties' choice was considered to be void.

126 Accordingly, the possibility to submit each immovable to its *lex rei sitae* remains the only hypothesis under which several laws may simultaneously govern the spouses' matrimonial property regime. The Special Commission accepted that in such a situation there would be a veritable scission, each regime being completely independent of the other. The result is that one could not, in the winding-up of one of the regimes, proceed to make settlements or advance deductions in connection with the winding-up of the other regime.

§ 2 Article 14: Conditions relating to the spouses' consent

127 Article 14 repeats purely and simply article 2, third paragraph, of the *Convention on the Law Applicable to*

[1] All renvoi being excluded, one could not take account of the fact that the applicable law, even if it was the law of a non-Contracting State, referred to the *lex rei sitae* for immovables.

à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955[1]. Cette solution, consistant à appliquer au consentement sur le choix de la loi applicable cette loi même, a encouru le reproche du cercle vicieux, mais elle a néanmoins été largement admise. Rappelons simplement qu'elle a l'avantage sur le recours à la *lex fori*, fréquent en droit international privé particulier, de conduire à la même solution quel que soit le juge saisi. La solution a récemment été reprise à l'article 2, alinéa premier, deuxième phrase, de l'avant-projet de Convention de la CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles.

International Sales of Goods, of June 15th, 1955.[1] This solution, consisting of applying to consent as to the choice of the applicable law that very law, has incurred the reproach of the vicious circle, but it has, nevertheless, been generally admitted. Let us note simply that it has the advantage over recourse to the *lex fori*, frequent in the private international law of individual States, of leading to the same solution regardless of where the matter is brought to court. The solution has recently been taken up in article 2, first paragraph, second sentence, of the Preliminary Draft of the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations.

§ 3 Article 15: La forme et la désignation expresse de la loi applicable

a Remarques générales

128 L'article 15 groupe plusieurs questions connexes, mais néanmoins distinctes. L'alinéa premier a trait à la forme de tous les contrats de mariage, peu importe qu'ils contiennent ou non une désignation de la loi applicable.
Les deux autres alinéas au contraire s'occupent de la désignation de la loi applicable. L'alinéa 2 apporte des précisions sur la manière dont la volonté des époux de désigner une loi doit être exprimée. L'alinéa 3 enfin a trait à la forme de la désignation de la loi applicable. Il semblerait préférable de renverser l'ordre des alinéas 2 et 3, afin de rapprocher les deux dispositions ayant trait à la forme au sens étroit, ou encore de faire de l'alinéa 2 un article séparé.

b Alinéa premier: La loi applicable à la forme du contrat de mariage

129 La nécessité d'une certaine rigueur de forme en matière de contrat de mariage a été soulignée au sein de la Commission spéciale. L'on s'est notamment rendu compte qu'il était très important d'écarter les doutes possibles au sujet de la date de l'acte.
Pour la forme du contrat de mariage, la loi applicable au régime et la *lex loci actus* ont été déclarées alternativement compétentes. La Commission spéciale a en revanche écarté des propositions visant à permettre aussi le recours à la loi nationale commune ou à la loi de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle, même si ces lois ne sont pas «*lex causae*». L'observation des formes prévues par l'une des deux lois compétentes suffira entièrement. La Commission spéciale n'a pas retenu l'idée que, par exemple, les formes de publicité du pays de la résidence habituelle devraient en plus être observées, pour que le contrat de mariage y déploie des effets.

130 Il a encore été précisé que les règles générales en matière de représentation s'appliquaient à la question de savoir si les époux devaient ou non passer l'acte personnellement. Le cas de notaires ou de consuls agissant selon la loi de l'Etat dont ils dépendent, mais en dehors de son territoire, a également été évoqué. La Commission spéciale n'a pas estimé utile de le régler. De tels actes semblent devoir être valables si la loi de l'Etat dont dépend l'officier est soit la loi du régime, soit la loi locale[2].

[1] Voir pour les motifs, le rapport de M. Julliot de la Morandière, *Documents relatifs à la Septième session*, 1951, p. 24; *cf.* aussi *Actes de la Septième session*, 1951, p. 361.
[2] Voir sur une question analogue en matière de forme des testaments, le rapport de M. H. Batiffol, *Actes et Documents de la Neuvième session*, 1960, tome III, p. 166.

§ 3 Article 15: Questions of form and the express designation of the applicable law

a General remarks

128 Article 15 groups together several related but nevertheless distinct questions. The first paragraph deals with the form for all marriage contracts, irrespective of whether or not they contain a designation of the applicable law.
The other two paragraphs, on the contrary, are concerned with the designation of the applicable law. The second paragraph specifies the way in which the spouses' intention to designate a law must be expressed. The third paragraph, lastly, deals with the form of the designation of the applicable law. It would seem preferable to reverse the order of the second and third paragraphs, so as to draw together the two provisions relating to form in a strict sense, or else to make the second paragraph a separate article.

b The first paragraph: The law applicable to the form of the marriage contract

129 The necessity of a certain strictness of form in matters of marriage contracts was emphasised in the Special Commission. It was considered especially important to remove doubts concerning the date of the document.
For the form of the marriage contract, the law applicable to the regime, and the *lex loci actus* have been declared alternatively applicable. The Special Commission, on the other hand, rejected proposals aiming to permit in addition recourse to the common national law or to the law of the State in which both spouses have their habitual residence, even if those laws are not '*lex causae*'. Observance of the formalities of either of the two applicable laws will suffice entirely. The Special Commission did not accept the idea that, for example, the forms of publicity of the country of habitual residence should in addition be observed, in order that the marriage contract take effect there.

130 It has, moreover, been made clear that the general rules relating to agency apply to the question whether or not the spouses must act in person in drawing up the document. The case of notaries or of consuls, acting according to the law of the State to which they are subject, but outside its territory, has likewise been raised. The Special Commission did not consider it useful to regulate this situation. It seems that such documents ought to be valid if the law of the State to which the official belongs is either the law of the regime or the local law.[2]

[1] See, for the reasons, the Report of Mr Julliot de la Morandière, *Documents relatifs à la Septième session*, 1951, p. 24; *cf.* also, *Actes de la Septième session*, 1951, p. 361.
[2] See as to an analogous question relating to the form of wills, the Report of Mr H. Batiffol, *Actes et Documents de la Neuvième session*, 1960, Vol. III, p. 166.

c Alinéa 3: La forme de la désignation de la loi applicable

131 Les *Conclusions provisoires* ne réglaient pas expressément cette question, le No 23 ne portait que sur les contrats de mariage, pour lesquels il prescrivait un minimum de forme, également requis pour les «simples déclarations» dont il a été question plus haut[1].
La Commission spéciale a décidé au cours de sa seconde réunion d'exiger, pour la désignation de la loi applicable, l'utilisation de la forme du contrat de mariage, lorsque la loi applicable en prévoit une. Il pourra donc y avoir des contrats de mariage d'un caractère un peu spécial, puisqu'ils se borneront à désigner une loi applicable. Pour les cas où la loi compétente ne connaît pas de règles sur la forme du contrat de mariage – par exemple parce qu'elle exclut toute possibilité de déroger au régime légal – la désignation de la loi applicable devra être faite en la forme écrite simple précisée par la dernière phrase.

Ajoutons que si, par exemple, la loi applicable au régime connaît le contrat de mariage, mais non la *lex loci actus*, les époux seront libres de suivre cette dernière et donc de faire un contrat en la forme écrite simple.

d Le caractère exprès ou indubitable du choix de la loi applicable

132 Cette règle dépasse le domaine de la forme au sens étroit, puisqu'elle pose une condition relative à la déclaration de volonté des époux. La formule retenue s'inspire de l'article 2, alinéa 2 de la Convention précitée sur la vente. La Commission spéciale, dans sa première réunion, n'avait pensé qu'à une désignation expresse. Cette condition figure dans les Nos 5, 8, 13, 14 et 16 des *Conclusions provisoires*, elle devait sans doute aussi valoir pour le No 12.

Les Experts se sont ensuite rendu compte qu'il était trop rigoureux d'exiger que le contrat de mariage se réfère en toutes lettres à une loi donnée, alors qu'il se peut fort bien que tout le contexte, par exemple des références à des articles d'un code civil que l'on peut identifier sans doute possible, indique clairement la volonté des parties. Aussi, pour des motifs très semblables à ceux déjà énoncés par L. Julliot de la Morandière, en 1931[2], les Experts se sont-ils contentés de ce que la désignation «résulte indiscutablement...», à condition qu'on puisse la trouver dans un contrat de mariage.
En revanche, la stipulation doit être expresse si, à défaut d'une forme du contrat de mariage prévue par la loi applicable, les parties ont fait un écrit daté et signé au sens de la dernière phrase de l'alinéa. Un tel écrit ayant pour seul objet la désignation d'une loi applicable sera d'ailleurs naturellement exprès.

SECTION H ARTICLE 16: LA CLAUSE D'ORDRE PUBLIC

133 La Commission spéciale a repris la formule traditionnelle des Conventions de La Haye.

[1] *Supra*, No 107.
[2] Voir *Documents relatifs à la Septième session*, 1951, p. 24.

c The third paragraph: Form of the designation of the applicable law

131 The *Provisional Conclusions* did not expressly regulate this question, No 23 dealing only with marriage contracts, for which it laid down a minimum of formal requirements, required likewise for the 'declarations' already mentioned.[1]

The Special Commission decided during the second session to require, for the designation of the applicable law, utilisation of the form prescribed for the marriage contract, when the applicable law prescribes a form. It is possible, accordingly, to have marriage contracts of a somewhat special character, as they will be confined to designating an applicable law. For the cases where the applicable law does not contain rules as to the form of marriage contracts – for example, because it excludes all possibility to derogate from the statutory regime – the designation of the applicable law will have to be made in the simple written form specified in the last sentence.
Let us add that if, for example, the law applicable to the regime has provision for marriage contracts, but the *lex loci actus* does not, the spouses will be free to follow the latter and, accordingly, to make a contract in the simple written form.

d The explicit or unambiguous character of the choice of the applicable law

132 This rule goes beyond the realm of form in the narrow sense, since it sets a requirement having to do with the declaration of intent of the spouses. The formulation employed draws its inspiration from article 2, second paragraph, of the Convention on Sales, mentioned above. The Special Commission at its first meeting had given thought only to an express designation. This condition appears in Nos 5, 8, 13, 14 and 16 of the *Provisional Conclusions*, and it undoubtedly also holds true for No 12.
The Experts later realised that it was too rigorous to require that the marriage contract refer *expressis verbis* to a given law, when it may well be that the whole context, for example, of references to articles of a Civil Code which may be identified beyond doubt, indicates the intention of the parties. Therefore, for reasons very similar to those formerly enunciated by L. Julliot de la Morandière in 1931[2], the Experts were content that the designation 'arise by necessary implication...', but only from a marriage contract.

On the other hand, the stipulation must be explicit if, lacking the formalities of a marriage contract provided by the applicable law, the parties have executed a signed and dated document as contemplated in the last sentence of the paragraph. As it is, such a written document, having for its sole object the designation of an applicable law, will normally be explicit.

SECTION H ARTICLE 16: THE 'PUBLIC POLICY' CLAUSE

133 The Special Commission retained the traditional formula of the Hague Conventions.

[1] *Supra*, No 107.
[2] See *Documents relatifs à la Septième session*, 1951, p. 24.

SECTION I RÈGLES RELATIVES AUX ETATS A SYSTÈME JURIDIQUE NON UNIFIÉ (ARTICLES 17 A 20)

§ 1 Observations générales

134 Les clauses relatives aux Etats à système non unifié figurent déjà dans quelques Conventions de La Haye. Un Comité *ad hoc*, les fonctionnaires du Bureau Permanent ainsi que la Commission elle-même et le Comité de rédaction ont déployé de grands efforts pour rédiger des dispositions appropriées à la matière en discussion. De l'avis d'Experts en provenance de pays non unifiés, un progrès substantiel a été réalisé.
Les articles 17, 18 et 19 ont trait à des Etats dont les unités territoriales ont des systèmes de droit différents, tandis que l'article 20 vise les Etats où des lois particulières s'appliquent aux différents groupes de la population.

135 A l'exception de l'article 19, ces dispositions devront aussi être appliquées dans les Etats unifiés, puisqu'elles précisent de quelle façon la nationalité d'un Etat composé ou la résidence habituelle sur son territoire devront être comprises pour les besoins de la Convention.

136 A l'instar de Conventions antérieures[1], l'avant-projet se réfère en premier lieu, lorsqu'il s'agit de choisir entre plusieurs lois en vigueur dans un Etat, à la loi désignée par les règles de conflit interlocales ou interpersonnelles dudit Etat (article 17, alinéa premier, article 20, alinéa premier). Rappelons que, par de telles règles, il faut entendre non seulement des dispositions de droit «fédéral», mais également des règles communes aux unités composantes. En revanche, le renvoi subsidiaire au «système avec lequel les intéressés ont les liens les plus étroits» – que certains seraient tentés de qualifier de «no rule» – a été abandonné en faveur de règles plus précises. Ces règles subsidiaires s'appliquent «à défaut de telles règles» (c'est-à-dire de règles interlocales ou interpersonnelles), ce qui signifie, soit que ces règles n'existent pas, soit que, dans un cas concret, elles ne conduisent pas à une solution.

137 Ici encore, l'on n'a pas voulu établir un système absolument exhaustif. Ainsi, à l'article 17, alinéa 2, la nationalité d'un Etat composé n'a été définie qu'en vue de l'application de quelques dispositions déterminées, alors que des problèmes peuvent aussi surgir dans d'autres cas.[2]

§ 2 Article 17: Loi nationale d'un Etat comprenant plusieurs systèmes de droit territoriaux

a La règle principale du premier alinéa et la portée de la règle subsidiaire

138 La règle principale de l'alinéa premier, la référence aux règles de conflits du système concerné, a été admise sans difficulté. Il a au contraire fallu de longues discussions en plenum et en Comité de rédaction pour arriver à préciser la solution subsidiaire du second alinéa. Celui-ci donne deux solutions différentes, suivant qu'il s'agit du choix de la loi nationale d'un époux au sens des articles 3 et 5, ou, au contraire, du rattachement objectif de l'article 4, alinéa 3.

[1] Par exemple, *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, du 2 octobre 1973, article 16.
[2] Voir notamment sur l'article 9, lettre *a*, *infra*, No 145.

SECTION I RULES RELATING TO STATES HAVING A NON-UNIFIED LEGAL SYSTEM (ARTICLES 17 TO 20)

§ 1 General observations

134 Clauses relating to States having a non-unified system have already appeared in some Hague Conventions. An *ad hoc* Committee, the officers of the Permanent Bureau, as well as the Commission itself and the Drafting Committee, expended great efforts to draft provisions appropriate to the matter under discussion. With advice from Experts of non-unified countries, substantial progress has been achieved.
Articles 17, 18 and 19 deal with States in which the territorial units have different systems of law, whereas article 20 covers States where particular laws apply to different segments of the population.

135 With the exception of article 19, these provisions must also be applied in the unified States, since they specify the way in which nationality of a composite State or habitual residence on its territory will have to be understood for the purposes of the Convention.

136 Following the manner of earlier Conventions[1], the Preliminary Draft refers primarily, when the matter concerns the choice between several laws in force in a State, to the law designated by the rules of conflict of inter-regional or interpersonal laws of that State (article 1, first paragraph, article 20, first paragraph). We recall that, by such rules, are meant not only provisions of 'federal' law, but equally rules common to the constituent territorial units. On the other hand, the subsidiary renvoi to a 'system with which the interests are most closely connected' – which some persons would be tempted to call 'no rule' – has been abandoned in favour of more precise rules. These subsidiary rules apply 'in the absence of such rules' (*viz.*, of inter-regional or interpersonal rules), which means, either that these rules do not exist, or that, in a concrete case, they do not lead to a solution.

137 Here again, the Commission did not wish to establish a fully exhaustive system. Thus, in article 17, second paragraph, nationality of a composite State has only been defined for the purpose of application of certain defined provisions, whereas problems may also arise in other cases.[2]

§ 2 Article 17: National law of a State having several territorial systems of law

a The principal rule of the first paragraph and the effect of the subsidiary rule

138 The principal rule of the first paragraph, *viz.* reference to the conflict rules of the system concerned, was accepted without difficulty. On the contrary, long discussions were necessary in the plenary session and in the Drafting Committee to succeed in specifying the subsidiary solution of the second paragraph. This furnishes two different solutions, according to whether the choice of a spouse's national law within the meaning of articles 3 and 5, or, conversely, the objective connecting factor of article 4, third paragraph, is involved.

[1] For example, *Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, of October 2nd, 1973, article 16.
[2] See, in particular, as to article 9, letter *a*, *infra*, No 145.

b La solution de l'alinéa 2 en cas de désignation de la loi nationale

139 Les Experts ont été presque unanimes à souhaiter une règle donnant effet à la désignation de la loi d'un Etat non unifié. Par six voix contre cinq, ils ont décidé que cette règle s'appliquerait tant au choix fait au moment du mariage (article 3) qu'à un choix ultérieur (article 5). Ils ont identifié la loi nationale comme la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'époux ayant cette nationalité a eu en dernier lieu sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat de nationalité. Peu importe quelles étaient les autres résidences habituelles qu'il a pu avoir entre le moment où il a quitté cet Etat et le moment du mariage, ou du choix ultérieur de la loi applicable.

140 L'application de la règle de l'alinéa 2 ne pose pas de problèmes, si un seul des époux a la nationalité d'un Etat composé. Ainsi, si un Américain ayant eu en Floride sa dernière résidence habituelle épouse une Française, le choix de la «loi américaine» signifie le choix de la loi de Floride.

Des difficultés peuvent au contraire surgir, lorsque les deux époux sont Américains, le mari ayant eu sa dernière résidence habituelle aux Etats-Unis, à New York, et la femme au Texas. Si les époux désignent «la loi nationale de la femme», cela signifiera la loi du Texas. Mais quel est dans cette hypothèse le sens d'un choix «de la loi américaine», ou «de la loi nationale», sans autre précision? L'alinéa 2 ne donne pas de réponse. De l'avis du Rapporteur, ce problème devrait être résolu dans le texte final.

141 La difficulté qui vient d'être signalée soulève une autre question: celle de savoir quelle portée il faut attribuer à la désignation, non pas de la loi de l'Etat composé dans son ensemble, mais de la loi d'une de ses parties composantes. Dans l'exemple donné, il y aurait de bonnes raisons d'admettre que les époux puissent se référer expressément à la loi de New York ou à celle du Texas, et c'est peut-être dans ce sens que certains Experts ont compris la disposition.
Toujours est-il que tant le texte de l'article 17, alinéa 2, que les documents qui ont conduit à son élaboration[1], ne s'occupent que de la définition du terme «loi nationale» et n'envisagent pas le cas où la loi d'une unité composante serait choisie. Toutefois, à un moment de la discussion, le Président posa la question de savoir si la loi de toute unité dans laquelle un époux aurait eu sa résidence habituelle à un moment quelconque pouvait être choisie. A cette question, la réponse négative fut unanime.

142 Le Rapporteur pense néanmoins que la question de la désignation directe de la loi d'une unité composante devrait encore être examinée de plus près. Il est indéniable qu'un époux peut avoir des liens bien plus étroits avec une autre unité que celle dans laquelle il avait sa dernière résidence habituelle avant de partir pour l'étranger. Mais comment définir ces liens? – Le principe de l'autonomie semblerait plutôt conduire à permettre le choix de la loi de n'importe quelle unité composante de l'Etat non unifié, donc dans le cas des Etats-Unis de la loi de chacun des cinquante «States».
Il est vrai que l'on pourrait objecter que les ressortissants

[1] *Document de travail No 7*, du 11 juin 1975 et *Document de travail No 10*, du 13 juin 1975.

b The solution of the second paragraph in case of designation of the national law

139 The Experts were almost unanimous in desiring a rule giving effect to the designation of the law of a non-unified State. They decided, by six votes to five, that this rule should apply to a choice made at the time of marriage (article 3), as well as to a subsequent choice (article 5). They have identified the national law as the law of the territorial unit in which the spouse having that nationality has had his last habitual residence on the territory of the State of the nationality. Other habitual residences that the spouse may have had between the time when he or she left that State and the time of marriage, or of the subsequent choice of the applicable law, are of no concern.

140 Application of the rule of the second paragraph does not pose problems where only one of the spouses has the nationality of a composite State. Thus, if an American having his last habitual residence in Florida marries a French woman, the choice of 'American law' signifies the choice of the law of Florida.
Difficulties may, however, arise when both spouses are American, the husband having his last habitual residence within the United States in New York, and the wife in Texas. If the spouses designate 'the national law of the wife', that will signify the law of Texas. But what, in this situation, is the meaning of a choice, without more, of 'the American law', or of 'the national law'? The second paragraph does not provide an answer. This problem, in the opinion of the Rapporteur, should be resolved in the final text.

141 The difficulty that has just been indicated raises another question: that of knowing what effect to attribute to the designation, not of the law of the composite State in its entirety, but of the law of one of its constituent parts. In the example given, there would be ample justification for accepting that the spouses may refer expressly to the law of New York or to that of Texas, and it is perhaps in this sense that some Experts have understood the provision.

The fact remains that the text of article 17, second paragraph, as well as the documents that have led to its elaboration[1], is only concerned with the definition of the term 'national law' and does not envisage the case where the law of a constituent unit might be chosen. However, at one point in the discussion, the Chairman posed the question whether the law of any unit in which a spouse might have had his or her habitual residence at some time could be chosen. To this question, the reply in the negative was unanimous.

142 The Rapporteur thinks, nevertheless, that the question of the direct designation of the law of a constituent unit ought still to be more closely examined. It is undeniable that a spouse may have much closer connections with a unit other than in which he had his last habitual residence before going abroad. But how to define such connections? The principle of autonomy would appear on the whole to lead to permitting the choice of the law of any constituent unit of the non-unified State whatsoever, hence, in the case of the United States, of the law of any of the fifty 'States'.

Certainly, one could object to the fact that the nationals of

[1] *Working Document No 7*, of June 11th, 1975, and *Working Document No 10*, of June 13th, 1975.

d'Etats composés auraient ainsi beaucoup plus de possibilités de choix que ceux d'Etats unifiés. Cette objection est un peu théorique, car dans les exemples connus d'Etats composés, il n'existe en fait que deux ou trois types de régimes dans lesquels l'on peut ranger les législations de toutes les unités. D'ailleurs le choix de la loi de n'importe quelle unité ne serait ouvert qu'à défaut de règles de conflits internes – à moins que l'on veuille faire passer l'autonomie avant ces règles, ce qui est aussi concevable. La sécurité juridique y gagnerait, car même si des règles de conflits internes existent, il ne sera pas toujours facile pour les époux de découvrir avec certitude l'unité à laquelle ces règles renvoient.

143 Signalons enfin qu'un Expert a suggéré la possibilité pour un Etat composé de faire une déclaration aux termes de laquelle les régimes matrimoniaux sont identiques dans toutes ces unités composantes.

c La règle de l'alinéa 2 sur la loi nationale commune objectivement applicable

144 En vue du rattachement objectif subsidiaire à la nationalité commune des époux selon l'article 4, alinéa 3, il était nécessaire de se référer à une seule unité territoriale. Sur ce point, la Commission spéciale a ratifié une solution, peut-être un peu arbitraire, proposée par le Comité de rédaction. On appliquera en effet la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'un et l'autre époux ont eu en dernier lieu une résidence habituelle dans l'Etat dont ils sont nationaux. Comme toujours, il n'est pas nécessaire qu'ils aient eu cette résidence habituelle dans un même lieu; ici il n'est même pas exigé qu'ils l'aient eu en même temps. Ainsi, dans l'exemple du New Yorkais épousant une Texanne, le droit californien sera applicable si le fiancé avait étudié à Los Angeles de 1960 à 1963 et la fiancée à San Francisco de 1968 à 1970, pourvu que les deux n'aient pas eu ensuite une résidence habituelle dans un même autre «State» américain.

145 A défaut de résidence habituelle dans une même unité territoriale, l'article 17, alinéa 2, nous donne plus de solution pour le rattachement objectif. Il en est de même lorsque la nationalité d'un Etat composé est en jeu dans une autre disposition de l'avant-projet que les articles 3, 4 ou 5. La question peut notamment se poser dans le cadre de l'article 9. Dans le cas d'un Etat composé, cette disposition ne jouera bien sûr que si la nouvelle résidence habituelle est établie dans une même unité composante (*cf.* article 18). Mais qu'en est-il de la condition de nationalité prévue à la lettre *a*? Nous pensons qu'ici la nationalité doit être comprise dans le sens ordinaire de la nationalité de l'Etat composé considéré comme un tout. Dans le cas d'Américains, il importe donc peu si, par exemple, selon des critères analogues à ceux de l'article 17, alinéa 2, ils peuvent être rattachés au même «State» ou non, pourvu qu'ils soient citoyens américains. La solution contraire reviendrait à privilégier, par rapport à deux Américains d'origine, les époux qui n'acquièrent qu'ultérieurement une nationalité américaine. Cette dernière se rapporterait nécessairement au même «State» (cas de la lettre *c*, la situation serait analogue pour la lettre *b*)

§ 3 Article 18: Résidence habituelle dans un Etat territorialement composé

146 A la différence du précédent, ce cas ne présentait guère de difficultés. La résidence habituelle comportant un élément local, il est facile de se référer directement au

composite States would thus have many more possibilities of choice than would the nationals of unified States. Such an objection is somewhat academic, for in the known examples of composite States there only exist two or three types of regimes into which one may class the laws of each unit. Besides, the choice of the law of any unit whatsoever should be available only in the absence of rules of internal conflicts – unless it is wished to place autonomy before these rules, which is also conceivable. Legal certainty would gain in the process, for even if rules of internal conflicts do exist, it will not always be easy for the spouses to discover with certainty to which unit those rules refer.

143 Let us point out, lastly, that an Expert has suggested the possibility for a composite State to make a declaration in accordance with which the matrimonial property regimes are identical in all of its constituent units.

c The rule of the second paragraph on the objectively applicable common national law

144 In the light of the subsidiary objective connecting factor of the spouses' common nationality, according to article 4, third paragraph, it was necessary to refer to a territorial unit. On this point, the Special Commission has, perhaps somewhat arbitrarily, indorsed a solution proposed by the Drafting Committee. In effect, the law to be applied will be that of the last territorial unit in the State of which they are nationals, in which both of the spouses habitually resided. As ever, it is not necessary that they have had that habitual residence in the same place; here is not even required that they have had it at the same time. Thus, in the example of a New Yorker marrying a Texan, California law will be applicable if the fiancé had studied in Los Angeles from 1960 to 1963 and the fiancée in San Francisco from 1968 to 1970, provided that they have not both afterwards had habitual residence in the same other American 'State'.

145 In the absence of habitual residence in the same territorial unit, article 17, second paragraph, gives us again the solution of the objective connecting factor. The same applies even when nationality of a composite State is brought into the picture by a provision of the Preliminary Draft other than articles 3, 4 or 5. The question may certainly arise within the scope of article 9. In the case of a composite State, that provision will, of course, only apply if the new habitual residence is established in the same territorial unit (*cf.* article 18). But what of the condition as to nationality referred to in letter *a*? We think that here nationality ought to be understood in the ordinary sense of nationality of the composite State considered as a whole. In the case of Americans, it consequently matters little if, for example, according to criteria analogous to those of article 17, second paragraph, they may be connected to the same 'State' or not, provided that they are American citizens. The contrary solution could amount to conferring a privilege, by comparison with two native-born Americans, upon spouses who only subsequently acquire American citizenship. The latter should necessarily relate to a same 'State' (in the case of letter *c*, the situation would be analogous to letter *b*).

§ 3 Article 18: Habitual residence in a territorially composite State

146 In contrast to the above, this case did not present many difficulties. Habitual residence connoting a local element, it is simple to refer directly to the internal law of

droit interne de l'unité composante où réside la personne intéressée[1]. La conséquence la plus importante de cette règle est que si chaque époux a sa résidence habituelle dans une autre unité composante du même Etat, ils n'ont pas, au sens de la Convention, leur résidence habituelle dans le même Etat.

§ 4 Article 19: Conflits de lois internes

147 Cette disposition est inspirée de l'article 17 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, du 2 octobre 1973. L'on y a ajouté la restriction que les époux doivent avoir tous deux la nationalité de l'Etat intéressé.
Le Comité *ad hoc* était arrivé à la conclusion que lorsque des époux déplaçaient leur résidence habituelle à l'intérieur d'un Etat composé, la situation était interne pour cet Etat, qui appliquerait ses propres règles, tandis qu'elle était internationale aux yeux des autres Etats. Elle pourrait de nouveau devenir internationale également pour l'Etat composé au moment où les époux se seraient déplacés hors de ses fontières.
La Commission spéciale a au contraire estimé que lorsque la situation gardait un élément international, par exemple en raison de la nationalité d'un des époux, l'Etat composé devait être tenu d'observer également les règles conventionnelles, qu'en revanche, lorsque les deux époux étaient ses ressortissants, il pouvait appliquer ses règles internes.

148 L'article 19 ne s'adresse qu'aux Etats composés, mais quelle doit en pareil cas être l'attitude des Etats tiers? – Dans la mesure où la situation est vraiment devenue purement interne, il semble qu'ils devraient se rallier aux solutions de l'Etat qui est en même temps celui de la résidence habituelle et de la nationalité, mais la Commission spéciale n'a pas examiné ce cas de plus près.
Peut-être conviendrait-il de limiter l'application de l'article 19 au cas où les époux ont uniquement la nationalité de l'Etat composé. Le texte actuel couvre aussi les cas où les époux ou l'un d'eux ont encore une autre nationalité, et même celui où ils ont une autre nationalité commune. Il permet à l'Etat composé de considérer ces cas comme internes, or ils sont bien internationaux au sens de la Convention.

§ 5 Article 20: Etats à systèmes de droit personnels

149 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, où chaque communauté religieuse a son propre droit. Ici encore, la référence aux règles de conflit internes a paru s'imposer en premier lieu (alinéa premier).

150 Au deuxième alinéa, l'on a envisagé 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 conduisent à un choix entre les 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 devenir compétente en application de l'article 9, lettre *d*.

[1] Voir dans ce même sens, la *Convention sur la forme des testaments*, du 5 octobre 1961, article premier, lettre *d*.

the unit in which the party resides[1]. The most important consequence of this rule is that, if each of the spouses has habitual residence in a different constituent unit of the same State, they have not, within the meaning of the Convention, their habitual residence in the same State.

§ 4 Article 19: Conflict of internal laws

147 This provision was inspired by article 17 of the *Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, of October 2nd, 1973. To that was added the restriction that the spouses must both have the nationality of the State concerned.
The *ad hoc* Committee had arrived at the conclusion that when spouses transferred their habitual residence within a composite State, the situation was internal for that State, which should apply its own rules, whereas it was international in the eyes of other States. It would likewise again become international for the composite State at the time when the spouses moved outside its frontiers.

The Special Commission, on the contrary, considered that when the situation retained an international element, for example, by reason of the nationality of one of the spouses, the composite State ought also to be obliged to observe the Convention rules, but that, on the other hand, when both spouses were its nationals, it might apply its internal rules.

148 Article 19 is addressed only to composite States, but what, in such a situation, ought to be the attitude of third States? To the extent that the situation has truly become purely internal, it seems that they ought to support the solutions of the State which is at the same time that of the habitual residence and the nationality, but the Special Commission did not examine this case more closely.
Perhaps it would be advisable to limit the application of article 19 to the case where the spouses have only the nationality of the composite State. The present text covers also the case where the spouses, or one of them, have yet another nationality, and even that where they have another common nationality. It allows the composite State to regard these cases as internal, although they are truly international in the meaning of the Convention.

§ 5 Article 20: States having personal law systems

149 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 Middle-East, where each religious community has its own law. Here again, the reference to internal conflict rules appeared to assert its priority (first paragraph).

150 The second paragraph envisaged the case where the spouses' habitual residence is in a State having an interpersonal system, without the internal rules of that State leading to a choice between different laws in force. 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 become applicable pursuant to article 9, letter *d*.

[1] See, in this same sense, the *Convention on the Form of Wills*, of October 5th, 1961, article 1, letter *d*.

151 L'article 20 ne règle pas non plus tous les cas. Si les époux n'ont pas de nationalité commune, il n'y aura pas de solution. De même, le juge d'un Etat contractant, qui doit appliquer la loi nationale de deux époux ayant la nationalité d'un même Etat à systèmes de droit personnels, mais appartenant à des catégories de personnes différentes, ne trouvera pas – à défaut bien sûr de règles internes dudit Etat – de réponse dans la Convention.

151 Article 20 does not, however, regulate all the cases. If the spouses do not have a common nationality, there will be no solution. Likewise, the court of a Contracting State, which must apply the national law of two spouses who have the nationality of the same State, that State having a personal law system, but who belong to different categories of persons, will not find – in the absence, of course, of internal rules of the latter State – an answer in the Convention.

Table du Rapport*

	Nos
Introduction	1– 12
SECTION A CARACTÈRE DE LA MATIÈRE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	1– 4
§ 1 Le droit matériel	1
§ 2 Les règles de conflit	2– 4
SECTION B DE L'IMPORTANCE PRATIQUE D'UNE RÉGLEMENTATION	5
SECTION C CONVENTIONS EXISTANT EN LA MATIÈRE	6– 8
§ 1 Conventions multilatérales	6– 7
§ 2 Traités bilatéraux	8
SECTION D LES TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	9– 12
§ 1 Les Décisions des Onzième et Douzième sessions	9– 10
§ 2 Les travaux de la Commission spéciale	11– 12
Chapitre premier: Observations générales sur l'avant-projet de la Commission spéciale	13– 58
SECTION A NATURE ET CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION	13– 18
§ 1 La limitation aux conflits de lois	13– 15
§ 2 Caractère universel des règles conventionnelles	16
§ 3 Caractère international des espèces réglées	17
§ 4 Délimitation du champ d'application de la Convention	18
SECTION B LE SYSTÈME DE RATTACHEMENT	19– 32
§ 1 La primauté du rattachement subjectif	19– 20
§ 2 L'unité du régime matrimonial et l'exception en faveur de la lex rei sitae	21– 22

* Cette table se rapporte aux numéros des paragraphes du rapport et non aux pages.

Table of the Report*

	Nos
Introduction	1– 12
SECTION A NATURE OF THE SUBJECT OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW	1– 4
§ 1 The substantive law	1
§ 2 The conflict of laws rules	2– 4
SECTION B THE PRACTICAL IMPORTANCE OF REGULATION	5
SECTION C EXISTING CONVENTIONS ON THE SUBJECT	6– 8
§ 1 Multilateral Conventions	6– 7
§ 2 Bilateral Treaties	8
SECTION D THE WORK OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW	9– 12
§ 1 The Decisions of the Eleventh and Twelfth Sessions	9– 10
§ 2 The work of the Special Commission	11– 12
Chapter One: General observations on the Preliminary Draft of the Special Commission	13– 58
SECTION A NATURE AND SCOPE OF THE CONVENTION	13– 18
§ 1 The limitation to conflicts of laws	13– 15
§ 2 The universal character of the Convention's rules	16
§ 3 The international character of the cases covered	17
§ 4 Delimitation of the scope of the Convention	18
SECTION B THE SYSTEM OF CONNECTING FACTORS	19– 32
§ 1 Priority of the subjective connecting factor	19– 20
§ 2 The unity of the matrimonial property regime and the exception in favour of the lex rei sitae	21– 22

* This table refers to paragraph numbers of the Report, not to page numbers.

§ 3 L'égalité des époux 23

§ 4 Les principes de la nationalité et du domicile (résidence habituelle) 24– 30

a Le problème 24

b Le rattachement subjectif 25– 26

c Le rattachement objectif 27– 30

§ 5 Caractère non exhaustif du système de rattachement 31

§ 6 La protection des tiers 32

SECTION C LA PERMANENCE OU LA MUTABILITÉ DU RATTACHEMENT ET SES CONSÉQUENCES (LE CONFLIT MOBILE) 33– 42

§ 1 Le problème 33– 35

§ 2 Le principe de permanence et ses exceptions 36– 38

§ 3 La permanence en cas de contrat de mariage sans choix de la loi applicable 39– 40

§ 4 Les effets du changement de loi applicable 41– 42

SECTION D STRUCTURE DE LA CONVENTION ET TERMINOLOGIE 43– 49

§ 1 La structure de l'avant-projet 43

§ 2 De quelques questions de terminologie 44– 49

SECTION E QUESTIONS NON RÉGLÉES DANS L'AVANT-PROJET 50– 58

§ 1 L'information des époux 50– 53

§ 2 Les conflits dans le temps autres que le conflit mobile 54– 55

a Le conflit transitoire de droit étranger 54

b Le conflit transitoire de droit international privé 55

§ 3 Conventions régionales ou bilatérales sur la même matière 56

§ 4 Clauses finales 57– 58

Chapitre II: Commentaire de l'avant-projet 59–151

SECTION A ARTICLE PREMIER: LE CHAMP D'APPLICATION RATIONE MATERIAE 59– 68

§ 1 Observations générales 59

§ 2 Les matières exclues par les lettres a *à* c 60– 63

a Les obligations alimentaires entre époux 60

b Les droits successoraux du conjoint survivant 61– 62

c La capacité de conclure un contrat de mariage 63

§ 3 Autres problèmes de délimitation 64– 68

a Le domaine de la *lex rei sitae* immobilière 64– 65

b Les effets patrimoniaux d'un mariage annulé 66

c Les donations et sociétés entre époux 67

d Le «régime primaire» 68

SECTION B ARTICLE 2: APPLICATION GÉNÉRALE DES RÈGLES CONVENTIONNELLES 69

§ 3 Equality of the spouses 23

§ 4 The principles of nationality and domicile (habitual residence) 24– 30

a The problem 24

b The subjective connecting factor 25– 26

c The objective connecting factor 27– 30

§ 5 The non-exhaustive character of the system of connecting factors 31

§ 6 The protection of third parties 32

SECTION C PERMANENCE OR MUTABILITY OF THE CONNECTING FACTOR AND THE CONSEQUENCES (CHANGES IN THE CIRCUMSTANCES IN RESPECT OF THE CONNECTING FACTOR: 'LE CONFLIT MOBILE') 33– 42

§ 1 The problem 33– 35

§ 2 The principle of permanence and its exceptions 36– 38

§ 3 The principle of permanence in the event of a marriage contract without a choice of applicable law 39– 40

§ 4 The effects of a change of applicable law 41– 42

SECTION D STRUCTURE OF THE CONVENTION AND TERMINOLOGY 43– 49

§ 1 The structure of the Preliminary Draft 43

§ 2 Some questions of terminology 44– 49

SECTION E QUESTIONS NOT REGULATED IN THE PRELIMINARY DRAFT 50– 58

§ 1 Informing the spouses 50– 53

§ 2 Temporal conflicts other than those brought about by a change in circumstances of the connecting factor ('conflit mobile') 54– 55

a Transitional conflicts of foreign law 54

b Transitional conflicts of private international law 55

§ 3 Regional or bilateral Conventions on the same subject 56

§ 4 Final Clauses 57– 58

Chapter II: Commentary on the Preliminary Draft 59–151

SECTION A ARTICLE ONE: THE SCOPE OF APPLICATION RATIONE MATERIAE 59– 68

§ 1 General observations 59

§ 2 Matters excluded by letters a *to* c 60– 63

a Maintenance obligations between spouses 60

b Succession rights of a surviving spouse 61– 62

c Capacity to enter into a marriage contract 63

§ 3 Other problems of delimitation 64– 68

a The scope of the *lex rei sitae* for immovables 64– 65

b The effects of an annulled marriage on property 66

c Gifts and partnerships between spouses 67

d The 'basic regime' ('régime primaire') 68

SECTION B ARTICLE 2: THE GENERAL APPLICATION OF THE CONVENTION'S RULES 69

SECTION C LE RATTACHEMENT SUBJECTIF (ARTICLES 3 ET 5) 70– 80
§ 1 Observations générales 70– 73
a Les dispositions distinctes sur le choix au moment du mariage et ultérieurement 70
b Nationalité ou résidence habituelle d'un époux ou des deux 71– 73
§ 2 Les divers rattachements retenus 74– 80
a Articles 3 et 5, alinéa 2, lettre *a*: La nationalité 74
b Articles 3 et 5, alinéa 2, lettre *b:* La résidence habituelle 75
c Article 3, alinéa 2, lettre *c*: La résidence habituelle prévue des deux époux 76– 78
d Article 3, alinéa 2, lettre *d*, article 5, alinéa 2, lettre *c*: La loi de la situation d'un immeuble 79– 80

SECTION D ARTICLE 4: LE RATTACHEMENT OBJECTIF 81– 90
§ 1 Observations générales 81
§ 2 Alinéa premier: La loi de la résidence habituelle des deux époux 82
§ 3 Alinéa 2 (et article 21): La loi nationale commune applicable en vertu d'une déclaration de l'Etat 83– 88
a Les conditions d'application de la disposition 83– 86
b Problèmes connexes 87– 88
§ 4 Alinéa 3: L'application subsidiaire de la loi nationale commune 89
§ 5 La loi objectivement compétente en cas de révocation de la désignation d'une loi applicable 90

SECTION E LA PERMANENCE DU RATTACHEMENT ET SES LIMITES (ARTICLES 6 A 10, ET 12) 91–116
§ 1 Article 6: Le principe et l'exception générale 91
§ 2 Les cas de changement de la loi objectivement applicable prévus aux articles 7 à 9 92–106
a Le champ d'application des articles 7 à 9 92– 93
b Article 7: Le remplacement de la loi nationale compétente en vertu d'une déclaration de l'Etat de nationalité 94– 95
c Article 8: Le remplacement de la loi nationale commune subsidiairement compétente 96– 99
d Article 9: Le remplacement de la loi de la résidence habituelle 100–106
§ 3 Article 10: L'option pour le maintien de l'ancienne loi 107–111
a L'origine de la disposition 107–108
b La déclaration unilatérale 109
c La forme de la déclaration 110
d Le délai raisonnable 111
§ 4 Article 12: Les effets du changement de la loi applicable 112–116
a Le principe 112
b L'extension de la nouvelle loi aux biens acquis antérieurement 113
c La forme de la déclaration des époux 114

SECTION C THE SUBJECTIVE CONNECTING FACTOR (ARTICLES 3 AND 5) 70– 80
§ 1 General observations 70– 73
a The separate provisions as to choice of law at the time of marriage or subsequently 70
b Nationality or habitual residence of one spouse or both 71– 73
§ 2 The various connecting factors selected 74– 80
a Second paragraph, letter *a* of articles 3 and 5: Nationality 74
b Second paragraph, letter *b* of articles 3 and 5: Habitual residence 75
c Article 3, second paragraph, letter *c*: The intended habitual residence of both spouses 76– 78
d Article 3, second paragraph, letter *d*, and article 5, second paragraph, letter *c*: The *lex situs* of an immovable 79– 80

SECTION D ARTICLE 4: THE OBJECTIVE CONNECTING FACTOR 81– 90
§ 1 General observations 81
§ 2 The first paragraph: The law of the habitual residence of both spouses 82
§ 3 The second paragraph (and article 21): The common national law applicable by virtue of a declaration by a State 83– 88
a The conditions for application of the provision 83– 86
b Related problems 87– 88
§ 4 The third paragraph: Subsidiary application of the common national law 89
§ 5 The objectively applicable law in the event of revocation of the designation of an applicable law 90

SECTION E PERMANENCE OF THE CONNECTING FACTOR AND ITS LIMITS (ARTICLES 6 TO 10, AND 12) 91–116
§ 1 Article 6: The principle and the general exception 91
§ 2 The cases of change of the objectively applicable law provided for in articles 7 to 9 92–106
a The scope of articles 7 to 9 92– 93
b Article 7: Replacement of the national law which is applicable by virtue of a declaration by the State of the nationality 94– 95
c Article 8: Replacement of the common national law when it is applicable subsidiarily 96– 99
d Article 9: Replacement of the law of the habitual residence 100–106
§ 3 Article 10: The option to maintain the former law 107–111
a Origin of the provision 107–108
b The unilateral declaration 109
c Form of the declaration 110
d The reasonable period 111
§ 4 Article 12: Effects of the change of the applicable law 112–116
a The principle 112
b The extension of the new law to property previously acquired 113
c The form of the spouses' declaration 114

d La protection des tiers 115–116

SECTION F ARTICLE 13: LA PROTECTION DES TIERS SELON LE DROIT COMMUN 117–123

§ 1 La solution de l'article 13 117–118
a Le problème 117
b Questions laissées ouvertes 118
§ 2 Solutions plus précises à envisager 119–123

SECTION G LES MODALITÉS DE LA DÉSIGNATION DE LA LOI APPLICABLE ET LA FORME 124–132

§ 1 Article 11: Le choix d'une seule loi pour l'ensemble des biens 124–126
§ 2 Article 14: Les conditions relativement au consentement des époux 127
§ 3 Article 15: La forme et la désignation expresse de la loi applicable 128–132
a Remarques générales 128
b Alinéa premier: La loi applicable à la forme du contrat de mariage 129–130
c Alinéa 3: La forme de la désignation de la loi applicable 131
d Le caractère exprès ou indubitable du choix de la loi applicable 132

SECTION H ARTICLE 16: LA CLAUSE D'ORDRE PUBLIC 133

SECTION I RÈGLES RELATIVES AUX ETATS A SYSTÈME JURIDIQUE NON UNIFIÉ (ARTICLES 17 A 20) 134–151
§ 1 Observations générales 134–137
§ 2 Article 17: Loi nationale d'un Etat comprenant plusieurs systèmes de droit territoriaux 138–145
a La règle principale du premier alinéa et la portée de la règle subsidiaire 138
b La solution de l'alinéa 2 en cas de désignation de la loi nationale 139–143
c La règle de l'alinéa 2 sur la loi nationale commune objectivement applicable 144–145
§ 3 Article 18: Résidence habituelle dans un Etat territorialement composé 146
§ 4 Article 19: Conflits de lois internes 147–148
§ 5 Article 20: Etats à systèmes de droit personnels 149–151

d The protection of third parties 115–116

SECTION F ARTICLE 13: PROTECTION OF THIRD PARTIES ACCORDING TO THE GENERAL RULES OF LAW ('DROIT COMMUN') 117–123

§ 1 The solution of article 13 117–118
a The problem 117
b Questions left open 118
§ 2 More precise solutions for consideration 119–123

SECTION G MANNER OF DESIGNATION OF THE APPLICABLE LAW AND QUESTIONS OF FORM 124–132

§ 1 Article 11: Choice of a single law for the whole of the property 124–126
§ 2 Article 14: Conditions relating to the spouses' consent 127
§ 3 Article 15: Questions of form and the express designation of the applicable law 128–132
a General remarks 128
b The first paragraph: The law applicable to the form of the marriage contract 129–130
c The third paragraph: Form of the designation of the applicable law 131
d The explicit or unambiguous character of the choice of the applicable law 132

SECTION H ARTICLE 16: THE 'PUBLIC POLICY' CLAUSE 133

SECTION I RULES RELATING TO STATES HAVING A NON-UNIFIED LEGAL SYSTEM (ARTICLES 17 TO 20) 134–151
§ 1 General observations 134–137
§ 2 Article 17: National law of a State having several territorial systems of law 138–145
a The principal rule of the first paragraph and the effect of the subsidiary rule 138
b The solution of the second paragraph in case of designation of the national law 139–143
c The rule of the second paragraph on the objectively applicable common national law 144–145
§ 3 Article 18: Habitual residence in a territorially composite State 146
§ 4 Article 19: Conflict of internal laws 147–148
§ 5 Article 20: States having personal law systems 149–151

Observations des Gouvernements sur l'Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 16 juin 1975 et sur le Rapport de M. Alfred E. von Overbeck

Document préliminaire No 6 d'août 1976

Allemagne

1 On se félicite en principe qu'il soit envisagé de donner la possibilité aux époux de désigner eux-mêmes, dans certaines limites, au moment du mariage la loi applicable à leur régime matrimonial. Toutefois, certaines réserves sont à émettre au sujet de l'article 3, alinéa 2, lettre *c* qui soumet cette désignation de la loi applicable par les époux à la condition qu'ils établissent leur résidence habituelle dans un Etat donné «immédiatement après le mariage». Il est, en effet, possible que des obstacles pratiques s'opposent à un déplacement de la résidence habituelle «immédiatement après le mariage» et dans certains cas on ne pourra certainement pas prévoir en toute certitude si la résidence envisagée dans un Etat donné sera une «résidence habituelle». Etant donné qu'une période d'incertitude, quant à l'efficacité de la désignation de la loi applicable, ne paraît pas justifiable dans l'intérêt de la sécurité juridique, il conviendrait d'examiner s'il ne serait pas opportun du supprimer la partie de la phrase stipulant cette condition; sinon, le mot «immédiatement» devrait être supprimé.

2 Le règlement prévu dans l'avant-projet pour les cas où les époux n'ont pas désigné eux-mêmes la loi applicable (article 4, articles 7 à 9) paraît, en effet, logique en soi, mais son application pratique pourrait néanmoins s'avérer trop difficile du fait des nombreuses exceptions et contre-exceptions qui ont été retenues.
Le rattachement primaire à la «résidence habituelle» ne paraît pas opportun en matière de régime matrimonial. Le terme «résidence habituelle» n'a pas été spécifié dans les Conventions de La Haye de droit international privé conclues jusqu'ici.
En République fédérale d'Allemagne les interprétations données par la jurisprudence et la doctrine diffèrent. Une majorité exige que le centre des intérêts personnels d'un individu soit situé dans un Etat donné pendant une période assez longue; selon l'avis des partisans du principe opposé, tout séjour d'une certaine durée et régularité est suffisant pour établir une résidence habituelle; l'intention d'une personne de ne rester dans un Etat donné que pendant une période limitée et de s'établir dans un autre Etat par la suite ou bien de revenir ultérieurement au pays de sa nationalité n'exclut pas la possibilité de se baser sur la supposition d'une «résidence habituelle». Un terme qui implique si peu de stabilité et de permanence et offre tant de latitude d'interprétation ne convient pas comme point de rattachement primaire pour un rapport juridique durable comme l'est le régime matrimonial. A cela s'ajoute la difficulté déjà signalée au chapitre premier qui est due au fait que les époux n'établissent pas dans tous les cas une résidence habituelle «immédiatement après le mariage» et que l'on ne pourra pas dire à l'avance si la résidence qu'ils auront sera une «résidence habituelle». Or la question relative aux régime matrimonial auquel les époux seront soumis ne doit pas rester en suspens au moment et après le mariage. Dans l'intérêt des époux et des rapports juridiques cela serait inadmissible. La nationalité commune des époux s'impose comme un point de rattachement plus durable et plus facile à déterminer. Il semble donc nécessaire d'étudier à nouveau la question de savoir si la nationalité commune des conjoints ne pourrait pas être prévue à l'article 4 comme point de rattachement primaire – à condition que les époux aient eu avant le mariage la nationalité du même Etat ou que l'un des époux ait acquis volontairement lors du mariage la nationalité de son conjoint – et que la résidence habituelle commune des époux après le mariage ne devrait être invoquée comme point de rattachement subsidiaire qu'au cas où le rattachement à la nationalité commune ne serait pas applicable. Pour éviter l'insécurité des rapports juridiques signalée, un rattachement subsidiaire devrait, dans toute la mesure du possible, être conçu de telle manière qu'il n'y ait pas, au moment du mariage, de doute sur la loi applicable au régime matrimonial.

3 L'abandon du principe de la permanence du régime matrimonial ne prête pas à des réserves de principe. Mais on ne peut pas attendre que, dans chaque cas particulier, les époux souhaitent toujours que le changement de leur résidence habituelle ou de leur nationalité soit suivi d'un changement de la loi applicable à leur régime matrimonial. Surtout en cas de déplacement de leur résidence ils ne se rendront souvent même pas compte que du fait de l'établissement d'une (nouvelle) résidence habituelle dans un Etat donné ils seront soumis à un nouveau régime matrimonial, et ils ne pourront donc pas faire usage de la faculté qui leur est ouverte par l'article 10 de l'avant-projet d'opter dans un certain délai limité pour le maintien de la loi précédemment applicable. S'il appert par la suite que les époux vivent ou ont vécu – du fait du passage «automatique» – sous un autre régime matrimonial que celui qu'ils avaient supposé – il en résulterait des surprises désagréables pour toutes les personnes concernées et une confusion considérable dans le domaine de leurs biens. Ce danger ne pourrait pas être écarté efficacement en faisant appel au système d'information recommandé (Rapport Nos 50 à 53). En outre, il serait incompatible avec les principes de la sécurité juridique si après un changement de résidence il pouvait y avoir des doutes sur la question de savoir si la loi de l'Etat de résidence antérieure est applicable.
Pour ces motifs de fortes réserves existent au sujet d'un changement automatique du régime matrimonial prévu en cas de changement de la résidence habituelle ou de la nationalité jugé inacceptable par les représentants de la pratique judiciaire et notarielle qui ont émis leurs opinions à cet égard. Ces réserves existent bien que la réglementation de l'avant-projet semble s'inspirer de la loi allemande relative au régime matrimonial des réfugiés et expulsés du 4 août 1969. Cette réglementation tient compte de la situation particulière des personnes visées (rupture totale forcée ou voulue de tout lien avec l'ordre juridique valable jusqu'alors, accompagné, dans la plupart des cas, d'un abandon d'une partie essentielle des biens) et elle était justifiée étant donné les possibilités d'information particulières offertes à ces personnes. L'application d'un telle réglementation à un cercle illimité de personnes et son extension à toutes catégories d'espèces aurait néanmoins pour conséquence une confusion inadmissible et une complication considérable de la situation du régime matrimonial. Ce danger pourrait être écarté et la réglementation de l'avant-projet pourrait être simplifiée sensiblement si le passage «automatique» à un autre régime (articles 7 à 9) était tout à fait exclu

et si les époux avaient uniquement la possibilité de soumettre leur régime matrimonial à une nouvelle loi par un contrat de mariage ou la désignation de la loi applicable; après un changement de la nationalité leur régime matrimonial serait soumis à la nouvelle loi nationale et après un déplacement de la résidence à la loi de la nouvelle résidence habituelle commune (éventuellement après un séjour dont la durée minimum serait à fixer). Si la possibilité d'un changement automatique de la loi applicable était exclue, cette solution présenterait, en outre, un avantage dans la mesure où la nécessité d'un contrat de mariage ou d'une désignation de la loi désormais applicable pourrait inciter les époux à adapter en même temps leur situation successorale, par une disposition à cause de mort, à la nouvelle loi applicable.

4 A l'article 12, alinéa 1, de l'avant-projet la deuxième partie de la phrase devrait être supprimée. La question de savoir si les biens existant au moment du changement du régime matrimonial seront soumis ou non à la nouvelle loi applicable et de quelle façon il y aura lieu de liquider le régime antérieur devrait relever de la loi matérielle des Etats intéressés.

5 Selon l'avis unanime des Ministres de la Justice des Laender en République fédérale d'Allemagne, l'avant-projet est trop compliqué et dépasse de loin – notamment dans les points retenus ci-dessus – les mesures nécessaires dans l'intérêt des époux et justifiables dans l'intérêt de la sécurité juridique. On se permet, toutefois, d'exprimer l'espoir qu'une refonte fondamentale de l'avant-projet aboutira à l'établissement des conditions nécessaires susceptibles de permettre une participation de la République fédérale d'Allemagne à la Convention envisagée.

Canada

Remarque préliminaire. L'objet de la Convention relevant au Canada de la compétence législative des provinces, l'avant-projet a été transmis aux autorités provinciales pour commentaires. Comme, à date, seules certaines provinces nous ont fait parvenir leurs commentaires, les observations qui suivent doivent être considérées comme fragmentaires et essentiellement préliminaires.

1 *Observations générales*

On est généralement d'accord avec les grandes lignes de l'avant-projet, notamment en ce qui concerne le caractère universel des règles conventionnelles, le principe de l'autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux, de même que le principe de l'égalité des époux. On est aussi d'accord avec la délimitation proposée du champ d'application *ratione materiae* de la Convention. Par ailleurs, et pour des raisons évidentes, on est favorable à l'adoption de règles particulières relatives aux Etats à système juridique non unifié, comme il est proposé aux articles 17 à 20 de l'avant-projet. Comme le fait remarquer le Rapporteur, il convient toutefois de distinguer ces dispositions des clauses finales qui seront élaborées lors de la Treizième session et qui devront contenir, entre autres, la clause fédérale habituelle permettant à un Etat comme le Canada de devenir Partie à la Convention pour une ou plusieurs de ses unités territoriales seulement.

2 *Le caractère international des espèces réglées*

L'avant-projet vise essentiellement les espèces à caractère international. Pourtant, certaines de ses dispositions semblent également applicables aux cas purement internes. Sauf erreur, c'est le cas des articles 3 et 5 relatifs au choix du droit applicable. Or ici, il est permis de se demander s'il est vraiment souhaitable ou nécessaire, sous prétexte que nous sommes en présence d'un «rapport durable», d'obliger les Etats contractants à restreindre l'autonomie des parties dans les affaires purement, et en tout temps, internes. Il se peut en effet que dans le droit de certains de ces Etats, les époux jouissent à l'heure actuelle, encore une fois même dans les cas purement internes, d'une liberté complète dans le choix du droit applicable.

3 *Les immeubles et le choix de la* lex rei sitae

Deux remarques à ce sujet. La première concerne l'observation du Rapporteur, au paragraphe 79 du Rapport, à l'effet que la possibilité de choisir la *lex rei sitae* ne vaut que pour un immeuble déterminé et que les époux ne sauraient «décider une fois pour toutes que tous les immeubles, même ceux qui seraient acquis à l'avenir, seront soumis à la loi de leur situation». Nous ne pensons pas que cette interprétation soit correcte. Les articles 3 et 5 relatifs au choix de la *lex rei sitae* ne contiennent aucune pareille restriction. Sur le principe même, nous ne voyons pas, par ailleurs, pourquoi il en serait ainsi. Outre que cette proposition ne paraît pas particulièrement bien fondée en théorie, elle nous semble en tout cas inacceptable du point de vue pratique.
Notre deuxième remarque concerne la rédaction des articles 3 et 5 et le choix de la *lex rei sitae.* Le texte de ces articles ne paraît pas reproduire fidèlement l'intention de la Commission spéciale qui a été d'accorder aux époux la *possibilité,* et non *l'obligation,* de soumettre leurs immeubles à la loi de leur situation respective. Ne pourrait-on pas interpréter le deuxième alinéa de ces articles comme signifiant que les époux ne peuvent désigner pour les immeubles que la loi de l'Etat de leur situation? Pour éviter toute ambiguïté à cet égard, il conviendrait peut-être de remplacer la lettre *d* du deuxième alinéa stipulant que les époux ont en outre la faculté de soumettre les immeubles à la loi de leur situation.

4 *Le rattachement objectif de l'article 4: nationalité et résidence habituelle*

Inutile de souligner que dans un pays d'immigration, comme le nôtre, à système juridique non unifié par surcroît, le rattachement à la nationalité, même à titre subsidiaire, ne va pas de soi. Aussi nous hésitons à nous rallier à la solution élaborée par la Commission spéciale, d'autant plus qu'en pratique elle pourrait, semble-t-il, conduire le plus souvent à faire jouer, entre Etats contractants, le rattachement à la nationalité plutôt que le rattachement à la résidence habituelle. Il semble en effet, à s'en tenir aux seuls Etats membres de la Conférence, qu'une majorité d'entre eux seront amenés à faire la déclaration de l'article 21. Quant aux conditions négatives de l'article 4, alinéa 2, elles sont telles qu'elles ne permettent d'écarter le rattachement à la loi nationale, pourtant subsidiaire en principe, que dans des cas extrêmes. On aurait pu, nous semble-t-il, prévoir le retour au rattachement primaire dans de plus nombreux cas, par exemple, pour la lettre *a,* dès que l'un des époux a plus d'une nationalité, ou pour la lettre *b,* lorsque les époux résidaient habituellement, lors du mariage, dans le pays de leur première résidence habituelle, sans exigence de durée.
L'article 4 ne prévoit pas à quelle loi le régime matrimonial doit être soumis, objectivement, à défaut de nationalité commune et de résidence habituelle commune après

Observations des Gouvernements

le mariage. Il est expliqué, au Rapport, que la Commission spéciale a préféré laisser au juge le soin de déterminer, compte tenu de toutes les circonstances, la loi applicable dans ces cas particuliers. Pourquoi ne pas le dire expressément dans la Convention au moyen d'une disposition spéciale stipulant que pareils cas seront régis par la loi de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, ils présentent les liens les plus étroits?

5 *Le principe de la permanence et ses exceptions*

Sans pouvoir encore, à ce stade, nous prononcer en faveur ou contre le système proposé par la Commission spéciale pour régir les cas de mutabilité automatique, nous partageons l'avis du Rapporteur sur la nécessité de préciser aux articles 7 et 8, comme c'est déjà le cas à l'article 9, que le changement n'a lieu qu'en l'absence de contrat de mariage. Cela pourrait éventuellement, comme le suggère le Rapporteur, justifier un remaniement des articles 6 à 10.

Danemark

General observations

From a Danish point of view the compromise between the principles of nationality and domicile (habitual residence) seems fully acceptable as well as the renunciation of the principle of permanence. It is to be welcomed as very important, that these rather complicated and probably still more frequently arising problems find a solution by a convention, which may be acceded to by a great number of States. To this end the present preliminary draft Convention is deemed to be a proper basis.

Comments on the Preliminary Draft

On this occasion attention is only to be drawn to some major problems:

Article 2

In order to solve the relations between the draft Convention and other (regional or bilateral) conventions on the same subject, the Ministry of Justice can support a provision as proposed in paragraph 56 of the Explanatory Report (Prel. Doc. No 5) granting priority to such other conventions between Contracting States or with third States, *cf.* article 19 of the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations of October 2nd, 1973.

Articles 7–8 as compared with article 9

Articles 7–8 ought to be modified so as to make clear – as it has already been made in article 9 – that these rules only apply 'in the absence of a marriage contract', *cf.* the Explanatory Report, paragraphs 40 and 93.

Article 10

This option for one of the spouses to deviate from the general rules of the Convention by a unilateral declaration to maintain the former law cannot be supported by the Ministry of Justice. Furthermore, the requirements that article 10 is intended to cover, may in the opinion of the Ministry by and large be covered by article 12.

Article 15

Taking into account the existing Danish legal provisions as well as considerations concerning a law reform on the legislation on the matrimonial property regime, the Ministry of Justice must attach considerable importance to the insertion of a provision permitting the State, in which both spouses have their habitual residence at the time of entering into the marriage contract, to prescribe that before entering into the contract the spouses shall be informed of the effects of the contract and that it shall be registered.
Furthermore; clarification is needed as to the terminology of article 15 as compared with articles 3, 5 and 9. While articles 3, 9 and 15 employ the terminology 'designation' (etc.), article 5 uses the word 'provide'.
Finally the Ministry of Justice can support the proposal put forward in Section 2 of paragraph 128 of the Explanatory Report.

Espagne

I – L'avant-projet de Convention sur la «loi applicable aux régimes matrimoniaux» représente un nouveau pas sur la voie souhaitable qui mène à l'unification du droit privé. C'est pourquoi il a l'appui sincère du Gouvernement espagnol.
Comme il s'agit d'une Convention qui aspire à obtenir le consensus le plus large possible, on doit éviter d'imposer des solutions impératives sur des points éminemment polémiques qui rendraient celle-ci inacceptable pour un grand nombre de pays, ce qui constituerait un obstacle pour sa ratification ou pour son acceptation ultérieure. Il est préférable d'obtenir l'acquiescement général pour une série de solutions de problèmes déterminés plutôt que de voir repousser la Convention parce qu'on a voulu, suivant des critères maximalistes, résoudre tous les aspects conflictifs qui se présentent dans cette matière en établissant des critères et des solutions qui pourraient être inacceptables pour un certain nombre d'Etats.

II – Si notre jugement de valeur sur l'avant-projet est évidemment positif, nous ne pouvons laisser de formuler certaines observations sur quelques points concrets en raison précisément des considérations que nous venons d'exposer dans le paragraphe précédent.

A On précise dans *l'article premier* de l'avant projet le domaine d'application de la loi dans un sens positif: les régimes matrimoniaux et dans un sens négatif, en énumérant *ad exemplum* quelques-unes des matières exclues de son domaine.
M. von Overbeck dans son brillant Rapport (Doc. prél. No 5, *supra* p. 142, No 18), nous parle de l'impossibilité de procéder à une délimitation rigoureuse de la matière. C'est pourquoi il faut se résigner à l'existence d'une «zone grise» qui sera considérée parfois comme soumise à la Convention et à d'autres moments comme étrangère à sa compétence.
Nous ne pouvons ignorer la connexion étroite qui existe entre les droits successoraux du conjoint survivant et le régime économico-matrimonial reconnu dans toutes les législations. C'est pourquoi établir une séparation rigoureuse entre les deux institutions peut mener dans de nombreux cas à des situations injustes, *produit de l'incohérence provoquée par la structure même de la norme de conflit.*
Si l'on tient compte du fait que les droits à l'héritage du conjoint survivant apparaîtront fréquemment inclus dans cette «zone grise», il pourrait être préférable de ne pas les exclure expressément du domaine d'application de la loi *rationae materiae,* en respectant la liberté du juge pour départager dans chaque cas concret les compéten-

ces respectives de la loi matrimoniale et de la loi successorale. Le système d'exclusion exposé, outre qu'il rend difficile l'action judiciaire, paralysée d'un point de vue technique par la recherche d'une solution matérielle équitable, semble donner l'impression, une fausse impression, d'apporter la solution d'une série de questions qui n'ont pas été examinées en profondeur.
Plus encore, si nous maintenions l'exclusion exprimée, nous obligerions le juge du cas à utiliser le jeu des «qualifications» en mettant dans le domaine d'application de la loi des institutions expressément exclues, pour rendre une sentence équitable, ce qui rendrait inopérantes ces exclusions et introduirait en outre une incertitude absolue sur ce que serait le domaine d'application de la loi dans chaque cas concret et devant chaque juridiction.
Nous comprenons et nous partageons en grande partie les critères qui ont déterminé la rédaction de ce deuxième paragraphe, mais honnêtement, nous croyons que nous devons exposer les problèmes pratiques que peut provoquer leur application.

B Le rôle qu'on reconnaît à la volonté des époux pour la réglementation de leur régime matrimonial soit par contrat de mariage, soit par la simple détermination de la loi intérieure applicable, nous semble, en principe, rigoureusement acceptable en ce qui concerne les éléments subjectifs de rattachement consacrés dans les articles 3, 5 et 11 de l'avant-projet.
Au contraire, la détermination objective de la loi applicable, à défaut de choix par les époux, se fait par une série de règles complexes qui, loin d'apporter de la clarté, de la sécurité et de la précision, paraissent difficilement utilisables dans la pratique.
En ce qui concerne la détermination du régime initial du mariage par l'intermédiaire d'un élément objectif de rattachement – *article 4* – l'adoption comme premier critère de la résidence habituelle des époux immédiatement après le mariage, pose la question de déterminer quelles seront les conditions limites pour qualifier d'habituelle cette résidence et laisse en même temps sans réponse le problème de la loi applicable quand les époux n'auront pas leur résidence habituelle après leur mariage sur le territoire d'un même Etat et n'auront pas non plus une nationalité commune.
Les exceptions à la déclaration éventuelle de chaque Etat contractant sur l'application de la loi interne de l'Etat dont les deux époux ont la nationalité contribuent à rendre le système encore plus complexe.
L'exception considérée dans le paragraphe *b*) apparaît discutable étant donné que le principe qu'il consacre est ignoré à l'article 7 quand on établit les critères pour remplacer la loi objectivement applicable en vertu de ce paragraphe.
M. von Overbeck au No 81 de son Rapport (v. *supra* p. 156) expose qu'«il convient une fois de plus de souligner que l'article 4 dans son ensemble, s'applique seulement à défaut de désignation par les époux de la loi compétente». Par cette affirmation, il semble essayer de dissiper les objections que cet article pourrait susciter en nous rappelant son caractère purement subsidiaire. Mais il est prouvé par la statistique que la plupart des époux ne font pas de contrats matrimoniaux et ne désignent pas davantage la loi intérieure applicable. C'est pourquoi l'article 4 aura une application beaucoup plus large et plus croissante que l'article 3 de l'avant-projet pour déterminer la loi applicable initialement et les articles 7, 8 et 9 qui règlent les conflits transitoires auront aussi une application supérieure aux articles 5 et 6 qui règlent le rattachement subjectif pour ces conflits transitoires.
Nous sommes pleinement conscients de la crise doctrinale et pratique du critère de la nationalité comme premier élément de rattachement et comme élément général largement dépassé par le critère de la résidence habituelle permanente. Et nous sommes en faveur de la résidence habituelle et permanente comme élément de rattachement primordial dans une vaste gamme de matières, parce que nous considérons que c'est ce qu'il y a de plus naturel et de plus approprié aux exigences de la propre situation ou de la relation juridique.
Mais s'agissant du régime matrimonial, nous estimons, en raison de sa permanence, de son unité essentielle et parce qu'il concerne non seulement les contractants mais une multiplicité indéterminée de tiers qui sont en relation avec eux dans le domaine patrimonial, qu'en accord avec la stabilité et la permanence du régime lui-même, on devrait adopter comme élément objectif de rattachement celui qui aura une stabilité et une permanence identiques, conditions qui se trouvent dans la nationalité et font défaut dans la résidence habituelle.
Nous n'essayons pas de défendre la priorité du vieux principe de la nationalité, mais d'appliquer à chaque situation juridique l'élément de rattachement le plus approprié à sa nature particulière. C'est pourquoi il faut se passer, dans le cas précis, de schémas conceptuels rigides qui, s'ils sont utiles et indispensables pour l'étude de la matière, apparaissent débordés dans la pratique par la réalité vitale. Rappelons le principe fondamental que le droit est pour la vie et non la vie pour le droit.
Rappelons d'autre part, qu'à côté des mouvements migratoires transcontinentaux classiques qui impliquent normalement l'insertion de la famille émigrante dans une nouvelle communauté où elle s'enracine, il se produit aujourd'hui le phénomène des mouvements migratoires de transferts de travailleurs à l'intérieur de l'Europe des pays les moins développés à ceux qui ont le plus grand développement économique. Ces mouvements sont régis uniquement par des lois économiques et n'impliquent pas une rupture du travailleur et de sa famille avec leur pays d'origine. Ils constituent un simple phénomène accidentel, malgré leur durée plus ou moins longue déterminée par les lois de l'offre de travail et se terminent impérativement quand le travailleur et sa famille ne peuvent surmonter la nostalgie de leur pays d'origine, ou quand une récession économique oblige l'Etat de la résidence habituelle à résilier les contrats de travail des travailleurs étrangers au bénéfice des travailleurs nationaux.
Pour toutes ces raisons, il nous semble préférable que dans les cas de rattachement objectif initial prévus à l'article 4 de l'avant-projet, on soumette le régime du mariage en premier lieu à la loi interne du pays dont les deux époux ont la nationalité et, si cet élément ne se trouve pas, à celle de leur premier domicile habituel après le mariage.
Le problème revêt une gravité encore plus grande quand on établit les critères objectifs de rattachement en matière de conflit mobile dans le second paragraphe de l'article 8 et dans le paragraphe *d*) de l'article 9, car, dans ces cas, la mutation du régime matrimonial se produit sans la connaissance et sans le consentement implicite ou explicite des époux intéressés qui, à la suite d'un fait circonstanciel, subissent un changement de la loi intérieure applicable à leur régime matrimonial dont ils n'arrivent pas à avoir conscience. C'est pourquoi ils continuent à agir dans la pratique, tant dans le domaine intérieur que dans l'extérieur vis-à-vis des tiers, comme si cette mutation n'avait pas eu lieu, avec tous les énormes préjudices que cette situation comporte pour la sécurité juridique.
Pensons au mariage d'Espagnols soumis d'abord à notre loi interne puis, pour des raisons de travail, transférant leur résidence en Allemagne où ils restent dix ans. Dans la pratique, les économies du ménage sont transférées en Espagne pour leur investissement dans des

biens généralement immeubles. Au bout de ce temps, soit pour des raisons de chômage, soit parce que leur terre les rappelle, ils reviennent en Espagne. Suivant l'avant-projet, le régime de ces époux, initial ou modifié, sera celui de la séparation des biens avec une égalité des acquêts, alors que tout leur patrimoine se trouve en Espagne où règne un système légal subsidiaire radicalement différent. On, peut se demander dans quelle mesure, dans la pratique, ce régime matrimonial déterminé comme compétent par l'avant-projet sera en vigueur.
Par conséquent, pour toutes les raisons exposées, il serait peut-être préférable de remplacer le système de l'avant-projet par une des solutions suivantes: *a*) Un changement fondamental dans la hiérarchie établie actuellement, établissant à l'article 4 comme premier élément objectif de rattachement la nationalité commune des époux quand le mariage a eu lieu et, à défaut, la loi de l'Etat où les époux fixent leur résidence habituelle immédiatement après leur mariage; *b*) Conserver la rédaction actuelle de l'article 4 en supprimant l'exception à ce qui est disposé dans son paragraphe 2 contenu dans le paragraphe *b*) et supprimer le second paragraphe de l'article 8 et le paragraphe *d*) de l'article 9.
Pour faciliter la ratification effective ou l'adhésion postérieure à la Convention, de nombreux pays européens qui consacrent le critère de la nationalité, nous considérons indispensable de procéder à une révision à fond et à une étude exhaustive des répercussions pratiques que les deux systèmes peuvent produire.

C La faculté d'option accordée à n'importe lequel des époux à l'article 10 de l'avant-projet pose un problème fondamental: peut-on admettre cette option unilatérale quand intervient un nouvel élément objectif de rattachement ayant une virtualité légale suffisante pour modifier la loi interne applicable au régime matrimonial? Quelle valeur peut avoir cette déclaration de volonté qui s'adresse exclusivement à l'autre époux mais sans aucune publicité vis-à-vis de l'organisation juridique de l'Etat et vis-à-vis des tiers pour paralyser les effets du précepte légal qui impose le changement?
Quand le conflit mobile obéit à l'apparition d'un nouvel élément objectif de rattachement comme la nouvelle nationalité acquise volontairement par les deux époux, cette nationalité, en tant qu'acte librement voulu, doit avoir des effets qui ne peuvent rester limités au domaine du droit public, mais qui s'étendent aussi au domaine du droit privé tout entier. L'acquisition de la nouvelle nationalité par une action libre des époux implique non seulement l'acceptation ou l'acquisition voulue d'une nouvelle dépendance politique mais nécessairement la soumission volontaire à la législation de cet Etat, sans réserves ni limitations.
Au contraire, dans les cas d'un conflit mobile produit par le changement de la résidence habituelle des époux, fait qui dans notre législation n'implique en général aucune modification de la loi applicable aux relations ou aux situations juridiques durables ou permanentes déjà constituées, le changement de la loi matérielle compétente se produira sans la connaissance des intéressés, ni simultanée ni postérieure, raison pour laquelle cette déclaration de leur volonté pourra difficilement se produire.
En premier lieu, il semble étrange de reconnaître une efficacité à la volonté unilatérale d'un des époux pour paralyser les effets de la loi et de refuser qu'une déclaration conjointe et exprimant un accord des deux époux ait une valeur identique.
Il convient de ne pas oublier que, dans certains cas, la reconnaissance de l'efficacité de la volonté unilatérale peut donner lieu à des coactions ou au moins à des pressions dans le ménage.
Mais il paraît essentiellement discutable que cette déclaration de volonté puisse empêcher une mutation automatique de la loi applicable au régime matrimonial établie impérativement dans l'avant-projet comme conséquence dans la plupart des cas du changement de nationalité des époux produit par leur volonté, changement qui implique leur soumission voulue et recherchée à une nouvelle législation. On peut opter ou non pour une nouvelle nationalité, mais si on l'obtient c'est avec toutes ses conséquences, sans possibilité de limiter ses effets ou d'éluder l'application de certains secteurs de la législation du nouvel Etat.

D Le problème posé à l'*article 10* nous situe nécessairement devant le problème de la *publicité* que l'avant-projet renvoie à un voeu situé hors de son texte. Il n'est pas compréhensible que la déclaration de volonté formulée par écrit par un des époux et adressée exclusivement à l'autre conjoint, dont n'ont connaissance ni l'Etat de la nouvelle nationalité ni aucun de ses organes pour l'application et le fonctionnement du droit, ni la communauté en général ni, plus précisément, les tiers intéressés, puisse paralyser les effets automatiques prévus dans les articles 7, 8 et 9 de l'avant-projet. Maintenir dans ses termes actuels la rédaction suppose qu'on consacre l'insécurité juridique et même la possibilité de frauder la loi et les tiers.
L'Etat dont les époux acquièrent volontairement la nationalité, la nouvelle communauté où ils entrent et les tiers qui concluent des contrats avec eux manquent de moyens pous savoir si une déclaration par écrit d'un des époux optant pour le maintien de la loi précédente a agi ou non dans les cas de mutation automatique des articles 7, 8 et 9 de l'avant-projet. Cette faculté d'option de l'exercice effectif duquel seul l'autre époux aura connaissance empêche de déterminer avec certitude, chaque fois que les conditions pour le changement objectif automatique se trouvent réunies, si la mutation se produit ou non. C'est pourquoi à partir de ce moment on ne sait plus quelle est la loi applicable.
Le régime économico-matrimonial avec ses répercussions patrimoniales sur la légitimation ou les facultés dispositives de chacun des époux pour disposer des biens ou pour les soumettre à l'action de créanciers constitue une situation juridique dont la connaissance exacte intéresse fondamentalement les tiers qui concluent des contrats avec eux, tant en ce qui concerne le régime initial du mariage que dans ce qui est relatif à ses modifications ultérieures éventuelles.
L'avant-projet, en établissant le changement automatique de la loi interne applicable au régime matrimonial du fait de l'apparition de nouveaux éléments objectifs de rattachement et en admettant la paralysation de ses effets par la simple déclaration contraire d'un des époux adressée à l'autre époux empêche les tiers de connaître quel est le régime matrimonial en vigueur de la personne avec laquelle ils passent un contrat.
La défense élémentaire de la sécurité juridique, la garantie des intérêts et des droits des tiers et même la protection des époux eux-mêmes exigent qu'on puisse déterminer à tout moment, facilement et sans risque d'erreur, quelle est la loi interne applicable au régime économique d'époux déterminés, en suivant un système simple de publicité, facilement accessible à tous ceux qui auront intérêt à le connaître.
Ce moyen pourrait consister dans l'inscription obligatoire, sur la feuille du registre de l'état civil correspondant au mariage, de la loi interne applicable à son régime économique et, le cas échéant, de ses modifications ultérieures, mention qui serait reportée nécessairement sur tous les certificats, actes ou extraits expédiés à propos de ce mariage et serait notée dans le

livret de famille ou dans un document analogue en vigueur dans l'Etat respectif.
C'est seulement en utilisant un système de publicité approprié que nous doterons d'une efficacité réelle le principe de la protection des droits des tiers que consacre l'avant-projet dans ses articles 12 et 13.

E A l'*article 12,* on considère la possibilité que les biens existants au moment du changement de la loi applicable continuent à être soumis au régime matrimonial précédent sans préjudice que les époux puissent, dans n'importe laquelle des formes prévues à l'article 15, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi.
En dehors du problème de publicité que cette décision exige, pour la gouverne et la garantie des tiers, on pose ici la question qui, à ce qu'il nous semble, demande une étude en profondeur préalable sur l'intérêt qu'il y a ou non de liquider le régime économico-matrimonial précédent ou de le conserver gelé mais jamais vivant et en laissant toujours saufs les droits des tiers.
N'oublions pas que le régime matrimonial modifié représentait une série de règles sur l'imputation des dettes et établissait un système concret de responsabilités patrimoniales vis-à-vis des créanciers, règles et système qu'on ne peut altérer au préjudice de ceux-ci.

F L'*article 15* de l'avant-projet aborde la question de la forme qui est importante.
Suivant le précédent d'autres Conventions élaborées par la Conférence de La Haye elle-même, on admet que la forme tant pour les contrats de mariage proprement dits que pour le document où les époux se bornent à déterminer la loi interne applicable à leur mariage pourra être ou celle qu'établit la loi interne qui est compétente ou bien la loi du lieu de la signature du contrat.
Il faut reconnaître que dans le monde juridique, il existe deux notions indépendantes sur la forme: dans le monde du droit romain, qui coïncide presque exactement avec l'aire du notariat latin, il existe la forme solennelle, la forme publique, le document autorisé par le notaire qui fait pleinement foi tant en ce qui concerne l'existence du document lui-même que la véracité de son contenu.
Au contraire, dans le monde anglo-saxon, on ignore la forme publique ou solennelle et toute contestation du document oblige à qui défend sa validité à le soumettre à un système de preuve judiciaire qui permettra d'émettre une sentence sur sa valeur.
L'internationalisation de la relation détermine nécessairement la circulation du document au-delà des frontières du pays où il a été rédigé et signé. De nombreuses législations nationales exigent que les conventions matrimoniales, au moins dans des cas déterminés, soient établies par un document public, forme qu'on considère comme la plus appropriée pour une relation aussi complexe que permanente qui détermine le régime de disposition des biens.
Il ne s'agit pas d'imposer dans la Convention un des deux systèmes de forme, ce qui serait absolument impossible et vouerait l'avant-projet à l'échec, mais nous croyons qu'en utilisant le principe de l'équivalence on peut arriver à un rapprochement des deux systèmes en établissant dans l'avant-projet que tant les conventions matrimoniales que la simple désignation par les époux de la loi interne applicable à leur régime économico-matrimonial devront se trouver dans un document authentifié conforme aux règles en vigueur dans la législation applicable à ce régime ou conforme à la loi du lieu de sa passation.
Nous croyons que par cette formule nous éliminons ce qu'on appelle dans les pays de droit romain le document privé avec toute l'incertitude qu'il comporte quant à son acceptation effective par ceux qui l'ont signé et, en même temps, nous renvoyons à la législation interne de chacun des Etats contractants la détermination de ce qu'on entend par document authentifié qui, pour les pays de notariat latin, sera un document notarial, et pour l'aire du droit anglo-saxon un document privé signé devant un «Notary Public» qui garantit l'exactitude de la date et de l'identité des signataires.
De cette façon, nous établissons un niveau minimum de garanties pour des documents de circulation internationale ayant de profondes répercussions vis-à-vis des tiers sans forcer d'autre part aucun des éventuels Etats contractants à accepter un système formel qu'ils ignorent (monde anglo-saxon) ou qui est en profond désaccord avec leurs principes juridiques traditionnels en cette matière.

Finlande

The principles adopted in the Preliminary Draft can be generally supported by the Ministry of Justice because they express modern and also for Finland relevant trends of social development. Consequently, the Preliminary Draft forms in the opinion of the Ministry of Justice a suitable basis for further preparation during the XIIIth Session of the Hague Conference.
However, the Ministry of Justice wishes to submit the following comments on certain details of the Preliminary Draft.
The Preliminary Draft is constructed on a rather satisfactory compromise between the principles of nationality and domicile (habitual residence). However, as Finnish law and traditions have rather heavily relied on the nationality principle, the Ministry of Justice appreciates the possibility of declaration granted in article 21. To take advantage of this possibility has been preliminarily considered in Finland.
No position has been taken in the Preliminary Draft regarding its relation to regional or bilateral conventions on the same subject. In the opinion of the Ministry of Justice it is important that rules should be included in the Preliminary Draft to the effect that it were possible for Contracting States to conclude necessary agreements even in the future especially with third States. The rules could be formulated, as in the Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations, as follows: *This Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.*
In the opinion of the Ministry of Justice it seems desirable that the transitional conflicts rules of the Convention should be drafted so that the Convention could be applied also to marriages which were celebrated before the Convention entered into force. Furthermore, the validity of earlier marriage contracts should be safeguarded in the change of the applicable law so that the mere change of the applicable law would not invalidate such an earlier contract.
When comparing the French and English versions of the Preliminary Draft the Ministry of Justice has found certain differences and possible inconsequences in articles 3, 4, 5, 9, 10, 12 and 15.

Irlande

Ireland supports the attempt to establish a Convention on this subject, whilst fully appreciating the formidable difficulties involved in obtaining international agreement in an area where historically the approaches of different countries have been difficult to harmonize. The draft Convention constitutes a sound basis for general agreement, although in a number of areas further analysis is required.

The position given to habitual residence as both a subjective and objective connecting factor is supported on the basis that, as a general rule, it will yield a result most likely to be consistent with the reasonable expectations of the spouses. It is considered that the nationality principle is adequately protected by articles 3, 4 and 21. A lacune arises in article 4 with respect to cases where spouses not of common nationality fail to establish a habitual residence in the same State. This is referred to by Professor von Overbeck in para. 31 of his Report (Prel. Doc. No 5), where he states that the Special Commission considered it better to leave to the court the task of determining the applicable law, taking all circumstances into account. It is suggested that a somewhat more specific criterion (or criteria) might be spelt out either to resolve the question definitively or else as a guide to the court in the exercise of its discretion. For example the law of the place of celebration might be selected (if the spouses had a real connexion with the law of that place before the marriage), or the law of the first habitual residence of the spouses. The latter would appear to be consistent with the reasonable expectations of the spouses at the time of the marriage. The fact that the spouses do not in the event establish their habitual residence in the same State might be attributable to a number of causes, *e.g.*, illness of one of the spouses, financial stringency or marital breakdown, and the problem should not be perceived as being of minimal dimensions, although it is likely that the common nationality factor will greatly diminish its potential scope.

With regard to article 10, it is considered that the article would more appropriately be deleted and its effect incorporated into articles 7, 8 and 9, expressed in a form that would simply make it clear that the change in each article would not be effective if either spouse did not consent to the change taking place. (Moreover, as the article reads, it might be interpreted as allowing one spouse to be governed by a different regime from that of the other.)

With regard to article 16, recent legislation enacted in Ireland prohibits the sale, mortgage or any other disposition of the family house by one spouse without the consent of the other. (Provision is made for the court to dispense with the requirement of consent where the spouse whose consent is required unreasonably withholds it.) The policy of protecting an economically dependent spouse from the effect of the 'free' exercise of property rights by the other spouse would be likely to be considered so basic that article 16 could be called into operation in respect of the sale by a foreign spouse of a family home in Ireland over the head of the other spouse, whatever regime might apply to the spouses (whether by choice or otherwise).

It is not considered that the protection of third parties should be resolved by this Convention. In general, this is a matter that may be dealt with by the internal law; in fact, the law relating to fraud, unjust enrichment and notice (actual and constructive) is sufficiently flexible in many countries to catch most abuses and 'hard cases' that would be likely to arise in relation to third parties. (It should, moreover, be borne in mind that third parties might in certain circumstances *benefit* from the Convention.) Nevertheless Ireland would have no objection to a provision protecting *bona fide* purchasers for *full* value without notice. Indeed, these are the only direct purchases from a spouse who are protected in the recently enacted legislation on the matrimonial home (referred to *ante*).

Japon

1 *Scope of application of the Convention*

It is not clear from article 1 whether this Convention applies to such regime that one of the spouses may demand the distribution of property from the other when they have made an agreement of divorce (article 768 of the Civil Code of Japan).

2 *Applicable law and its alterations*

The articles on the applicable law and its alteration in this Convention are generally acceptable.

As regards article 4, paragraph 2, it may be one of possible solutions that Contracting States which adopt the nationality system may make reservation to apply the law of common nationality of the spouses, where such a State becomes the forum.

It is not necessarily clear in article 13 what kind of contacts or relations are required so that each State may determine the conditions under which spouses may rely on the provisions of matrimonial property regime governed by the internal law of another State.

Norvège

I The Norwegian Government is of the opinion that an international convention in this field could be useful. On the whole, it finds the Preliminary Draft acceptable as a basis for the deliberations at the Thirteenth Session of the Conference.

II The Norwegian Government has, however, some objections to the Draft as it has been prepared by the Special Commission and would like to propose the following amendments:

1 It may be questioned whether the State of which one spouse only is a national should be sufficient as connecting factor to justify the faculty given in *articles 3 and 5* of the Draft to designate the law of that State as the applicable law. An exception from this rule should be considered for a case like the one mentioned under article 4, paragraph 2 (*b*), where both spouses for a certain time-period have resided in another State and have decided to retain, and do actually retain, their habitual residence there when married. Cp. also article 3, paragraph 2 (*c*).

The provisions of *article 3, paragraph 2 (c)* could be made more easy to apply, partly by not requiring evidence of actually established residence by *both* spouses, partly by softening the requirement of establishment of the new residence 'immediately' after entering into marriage (honeymoon, preparations for emigration, moving, etc.). As regards the present requirement of actually established residence by both spou-

ses, one should compare the provision with the similar provision in article 5 (*b*), where the corresponding requirement is residence established by either one of the spouses.
The following text is proposed for article 3, paragraph 2 (*c*):

(c) the law of the State where both spouses have decided to establish habitual residence, provided that at least one of them [*actually*] *establishes habitual residence there* shortly following *marriage.*

2 *The main rule* in paragraph 1 of *article 4* on common residence as connecting factor should be made easier to apply and less subjected to the exceptions under paragraph 2. These exceptions should at least not apply in cases where one spouse only on marriage acquires the nationality of the other, even if the acquisition may be voluntary. In such cases the law of nationality should only apply if designated in accordance with article 5, or applicable pursuant to article 7.
Paragraph 3 should be harmonized with the conditions of paragraph 2 and furthermore indicate as a secondary connection any coinciding habitual residence for a certain time-period preceding marriage (cp. articles 8, para. 2, and 9, littera (*d*)).
The following text is proposed for consideration:

1 If the spouses have not, at the time of entering into *marriage, designated the applicable law* in accordance with article 3, *their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State where both spouses establish habitual residence* following marriage, *or* of the State where they both have decided to establish their habitual residence and actually do so within a reasonable time after the marriage.

2 However, where the spouses have a common nationality immediately before marriage, then *the internal law . . . . . article 21. This provision shall not apply:*

(a) if the spouses have more than one common nationality, or
(b) if the spouses retain their habitual residence in the State where they have both [habitually] resided for a period of not less than one *year immediately preceding* marriage.

3 If the spouses have not established their habitual residence in the same State in accordance with paragraph 1 of this article, *their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State of their common* single *nationality* immediately before marriage, or failing such / common single / nationality, by the internal law of the State where they have both / habitually / resided for a period of not less than one year immediately preceding marriage.

If the Conference will nevertheless decide that common nationality voluntarily acquired on marriage should be relevant in paragraph 2, an alternative is to redraft *subparagraph* (*b*) of that paragraph as follows:

(b) if the spouses retain, or both establish, in accordance with paragraph 1 of this article, *their habitual residence in the State where* at least one of them *has* [*habitually*] *resided for a period of not less than one year immediately preceding marriage.*

Paragraph 3 should then also be redrafted correspondingly.

3 The Norwegian Government is of the opinion that the length of the time-periods mentioned in article 4, paragraph 2 (*b*) and article 9 (*d*) should be rather short and in no case longer than one year.
As von Overbeck points out in his Report (paragraph 106), article 4, paragraph 2 (*b*) refers to 'habitual residence' for the commencement of the time-period, while article 9 refers to 'residence'. The Norwegian Government agrees with von Overbeck that the solution of article 9 is preferable, as it may be difficult to ascertain the exact time when a residence becomes habitual.

4 In *article 9* the enumeration under (*a*) – (*c*) might be simplified as follows:

(a) if the spouses are both nationals . . . residence there, or whenever they both have acquired the nationality of that State; or
(b) same as present (d).

5 The Norwegian Government would prefer the deletion of *article 10,* according to which a spouse unilaterally can 'veto' a change of applicable law in accordance with articles 7 to 9. One might, however, consider retaining the provision in part by limiting the scope to property owned by the spouses before the change; cp. the commentary below to article 12. If so, a corresponding exception should be inserted in article 11.

6 In *article 12* the main rule should be that a change of the applicable law shall have effect for existing as well as future property. Either spouse should, however, be given the option to declare otherwise in respect of property owned before the change; cp. commentary *supra* to article 10. Furthermore, one should consider to make an exception for the case where a change of the applicable law has been decided by the spouses' designation, and to provide that such change shall not apply to existing property in so far as the rights of third persons may be adversely affected.

7 *Article 13* leaves to the law of each State to determine the consequences in respect of third parties of a matrimonial property regime governed by a law other than the internal law of that State. The Norwegian Government realizes that it may prove difficult to reach an agreement on provisions directly regulating the status of third parties. One could, however, consider the solution put forward in paragraph 123 of the Report by von Overbeck.

8 It should be made clear in the texts of *articles 14 and 15* that they are subject to article 13.

9 In *article 15* the following should be added as a *new paragraph* (cp. the present paragraph 3):

Where a marriage contract has been made in accordance with the form of the internal law of the place where it was made, the State whose law is applicable to the matrimonial property regime shall be free to prescribe that the contract be witnessed, recorded, registered or published, if such requirements are prescribed for marriage contracts by that law.

10 The Norwegian Government supports the inclusion of a provision granting priority to regional and bilateral conventions on the same subject-matter (*cf.* paragraph 56 in von Overbeck's Report). Such a provision is necessary for us on account of the Convention of 6th February 1931 between the Nordic States on Marriage, Adoption Guardianship.

Pays-Bas

Observations générales

L'avant-projet rédigé par la Commission spéciale a été reçu favorablement par l'Organe national néerlandais, notamment en ce qui concerne l'option fondamentale contenue dans son article 3, paragraphe premier, (l'autonomie de la volonté): Les observations qui suivent et qui se restreignent aux aspects les plus importants soulevés par l'étude de l'avant projet, s'insèrent dès lors dans le cadre dressé par celui-ci.

Articles 3 et 5

Il échet de faire ressortir clairement que les époux peuvent simultanément désigner une des lois personnelles mentionnées dans ces articles *et* la loi de la situation pour chaque immeuble.

Article 4

L'Organe national des Pays-Bas n'est pas en faveur de l'idée, avancée par un Expert (comp. No 88 du Rapport) selon laquelle les Etats contractants devraient disposer de la faculté d'appliquer la loi nationale à des ressortissants d'un Etat non contractant attaché au principe de la nationalité, tout en reconnaissant que ce dernier Etat, en tant qu'Etat non contractant, sera privé de la faculté de faire la déclaration visée à l'article 21. Ici, l'unité entre les Etats contractants doit primer; ce système agira d'ailleurs comme stimulant, pour les Etats désireux de voir leur loi nationale respectée à l'étranger, à adhérer à la Convention.

Articles 6 à 10

Il semble que le principe de l'immutabilité exprimé par l'article 6 a été sensiblement vidé de sa substance par les articles 7 à 9. On hésite beaucoup à introduire une telle réglementation à la fois fort détaillée et difficile à appliquer par les justiciables et leurs conseils, étant donné que la Convention permet aux époux de changer à tout moment la loi qui régira leurs relations patrimoniales moyennant une déclaration commune. Le projet serait considérablement simplifié si l'on pouvait s'entendre sur une suppression des articles 7 à 9, et en conséquence, de l'article 10. Il est reconnu que, selon toute vraisemblance, lesdits articles sont dûs à un esprit de compromis, mais on se demande si le résultat de ce compromis ne risque de rendre la Convention inacceptable à tels Etats qui désirent avant tout que la Conférence crée un système clair et simple, voire même d'avoir pour conséquence que ceux-ci ne verraient aucun progrès dans la Convention projetée par rapport à la situation actuelle où, faute de règles codifiées, les tribunaux prennent souvent des décisions *ad hoc*. Il est à craindre que les cas nombreux de mutation automatique du régime matrimonial créés par les articles 7 à 9 ne cessent de causer des surprises aux époux intéressés ou à leurs ayants droit. Si l'on maintenait un article sur les rapports avec les tiers (comp. nos observations sur l'article 13), la situation créée exigerait même du tiers une perspicacité de deuxième degré: il ne devrait pas seulement se rendre compte que le régime matrimonial d'un époux avec lequel il désirerait contracter pourrait être différent de ce qu'il considère être la règle normale, mais encore très différent de ce que les époux eux-mêmes pourraient penser.
On notera d'ailleurs que les époux, lorsqu'ils ne voudront plus faire régir leurs relations patrimoniales par une loi propre à une situation antérieure, peuvent opter pour l'une des lois indiquées à l'article 5.

Le système préconisé aura comme avantage additionnel qu'il permettra de faire tomber l'article 10 de l'avant-projet. La notification formelle adressée par un époux à son conjoint fait penser à une opposition entre les intérêts respectifs des deux époux et est imprégnée d'un élément conflictuel, appartenant au domaine du litige. Le but primordial, par contre, à poursuivre par la Convention, c'est de résoudre des questions épineuses propres au domaine des régimes matrimoniaux afin de rendre plus simple et plus transparent le cadre juridique dans lequel les époux pourront organiser leur vie en commun, surtout lorsqu'ils vivent en toute harmonie.

Article 13

Cet article 13 a trait aux relations patrimoniales entre époux et tierces personnes.
Tout d'abord on s'est posé la question, au sein de l'Organe national, s'il est vraiment nécessaire d'avoir une réglementation de cet aspect de la matière. Dans la jurisprudence néerlandaise, très peu d'espèces se sont présentées.
Les difficultés à craindre, lors d'une tentative de rédaction sont, par contre, multiples. Un certain nombre de cas hypothétiques, qui pourraient être schématisés selon l'annexe à la présente réponse, ont été examinés; on a notamment recherché des solutions conçues dans la forme d'une règle de conflits, ou même dans une règle matérielle de droit international privé. Lors de cet examen on a cru pouvoir déduire du texte actuel de l'article 13 que celui-ci impose en principe aux relations avec les tiers la loi régissant les relations entre les époux – sauf pour autant que l'un des Etats ait posé des conditions à l'empire de la *lex causae*. L'avant-projet est d'ailleurs tacite sur le point de savoir quel est l'Etat dont les conditions doivent être prises en considération: l'Etat du juge par exemple, celui de la résidence habituelle du tiers ou des époux, ou bien celui du lieu où le tiers a contracté *(inter presentes)* avec le (ou les) époux.
En outre, la règle principale à la base de l'article 13, à savoir que, sous réserve de certaines conditions à énoncer éventuellement par les Etats contractants, la loi régissant les relations entre les époux doit également déterminer leurs relations avec les tiers, comporte un élément prêtant le flanc à la critique en ce qu'elle met le tiers, sur le plan de la sécurité du droit, dans une position inférieure à celle des époux. Ceux-ci auront plus de moyens pour connaître la loi qui régit leurs relations patrimoniales que le tiers qui n'a qu'un contrat incidentel et isolé avec le couple, ou avec un seul époux.
Bien sûr, la loi devenue applicable en vertu du principe peut dans certains cas donner au tiers une protection plus grande (par exemple parce que, à sa surprise agréable, il trouvera que l'autre époux est également débiteur, malgré que le tiers n'aura traité qu'avec un seul époux, schéma No I, A, (3)), mais l'inverse est tout aussi possible (schéma No II, B), et il n'en reste pas moins que les surprises sont réservées au tiers et non pas aux époux qui doivent être censés connaître leur régime matrimonial.
Une solution plus équilibrée – à rechercher en précisant les «conditions» permises par l'article 13 – ne saurait qu'être assez compliquée; notamment la détermination des cas auxquels s'appliqueraient ces conditions serait, pour le moins, peu simple, surtout si l'on voulait régler la question de savoir dans quelle mesure les tribunaux des Etats autres que celui qui aura énoncé ces conditions en dussent tenir compte. Toute autre solution qui consisterait à trouver une règle de conflit autonome pour désigner la loi applicable aux relations entre les

époux et le tiers avec lequel ils auraient contracté – les obligations résultant d'un acte illicite paraissant dépourvu de l'élément déterminant qui serait la surprise de l'une ou de l'autre partie – sera très difficile à dégager, à tel point qu'il semble peu probable que la Conférence en session plénière en arrive à établir une solution satisfaisante.
Il doit être ajouté à ce qui précède que l'article 13 dans sa rédaction actuelle donne déjà lieu à des questions fort difficiles. Le texte dit: «la loi ... peut déterminer ....». Doit-on considérer que ce terme englobe non pas seulement des règles écrites (tel qu'il semble découler du verbe «déterminer»), mais également, en suivant une interprétation plus large, la jurisprudence, ou même la doctrine nationale? Et même s'il ne s'agissait que des règles écrites, viserait-on des règles spécialement promulguées en exécution de l'article 13, ou suffirait-il qu'un Etat connaisse déjà dans sa législation existante des règles énonçant les conditions en question? Si cette dernière possibilité était exclue, tout Etat ratifiant la Convention serait obligé de faire un travail législatif dont la délicatesse a déjà été soulignée dans les alinéas précédents, et qui pourrait retarder et parfois même empêcher la ratification elle-même.

Article 15

Comme l'indique le Rapporteur (comp. No 128), l'article réunit quelques prescriptions disparates qui pourraient avantageusement être regroupées. Quant au *deuxième alinéa* («la désignation de la loi applicable par les époux doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage»), il échet d'abord de faire remarquer que l'alinéa en question a été interprété par l'Organe national néerlandais comme se référant non pas à des contrats de mariage proprement dits mais seulement à la simple désignation de la loi applicable au régime matrimonial fait par les époux d'un commun accord. [1])
Il ne s'agit pas tellement d'une disposition indiquant la loi déterminant la forme que doit revêtir un tel choix, mais plutôt des conditions indispensables à l'existence même d'un choix susceptible d'être pris en considération.
L'alinéa permet, on l'aura constaté, un choix qui «(résulte) indubitablement ....» etc. Or, il semble bien que la désignation de la loi applicable faite par les parties devrait toujours être *expresse* lorsqu'elle est faite en dehors de tout contrat de mariage et ne pourrait *résulter* que si elle s'insère dans le cadre d'un tel contrat. Dans ce dernier contexte, on peut se demander si la désignation de la loi applicable pourra être déduite non seulement d'un contrat de mariage proprement dit, mais également d'un autre contrat entre les époux, notamment d'un contrat de bail ou d'un autre contrat ayant pour objet un immeuble. Etant donné que les articles 3, alinéa 2 sous *d*) et 5, alinéa 2 sous *c*) admettent un choix partiel de la loi applicable, la réponse en sens plus large semble s'imposer. C'est pourquoi l'Organe national néerlandais préférait une solution dans le dernier sens à insérer dans le texte.
Les mêmes raisons qui ont amené l'insertion – dans le *dernier alinéa* – d'une règle matérielle constituant des exigences minima pour ce qui concerne la simple désignation de la loi applicable paraissent finalement tout aussi bien valables pour le contrat de mariage proprement dit.
La Convention projetée ayant un caractère universel, dépourvu de réciprocité, des systèmes de droit qui admettent des contrats de mariages oraux peuvent devenir applicables; il sera très difficile pour les juges des Etats contractants de tenir compte de tels contrats oraux surtout au vu de l'impossibilité quasiment totale de faire prouver leur existence. Autrement dit, il est proposé d'instituer sur le plan international des conditions de forme minima tant pour le choix de la loi applicable que pour le contrat de mariage, conditions qui seraient applicables indépendamment de la loi qui régirait la forme de ces contrats.

ANNEXE

Quelques cas d'incertitude dans les relations avec les tiers

I Situation du tiers vis-à-vis du régime matrimonial

A Régime Existant: Communauté — Régime présumé par Tiers: Séparation

1 le tiers vendeur se voit opposer en cas d'insolvabilité de l'acheteur des réclamations des créanciers de l'époux non contractant;

2 le tiers acheteur se voit opposer un refus de l'époux non contractant à collaborer à la livraison;

3 le tiers ayant présumé, lors de la conclusion d'un contrat, ne pouvoir faire valoir ses droits que contre l'époux avec lequel il a traité, est inconscient du fait qu'il pourra saisir les biens qui selon les apparences n'appartiennent qu'à l'autre époux.

B Régime Existant: Séparation — Régime présumé par Tiers: Communauté

– le tiers créancier se heurte à l'insolvabilité de l'époux contractant; l'autre époux n'est pas lié, ses biens ne peuvent pas être saisis.

II Situation des époux vis-à-vis du tiers

A Régime Existant: Communauté — Régime présumé par Tiers: Séparation

– l'époux non contractant cherche à obtenir du tiers la livraison d'un bien vendu.

B Régime Existant: Séparation — Régime présumé par Tiers: Communauté

– l'époux contractant cherche à obtenir la livraison d'un bien vendu par le tiers mais voit s'opposer une livraison effectuée par le tiers à l'époux non contractant.

Note: Evidemment il y a des cas non mentionnés, ainsi que des situations plus nuancées où les relations entre les époux ne sont à qualifier ni de communauté totale ni de séparation, mais les problèmes à craindre sont largement analogues.

[1]) Bien qu'en effet tout choix d'une loi applicable ait un but similaire à celui du contrat de mariage, c'est-à-dire celui de déterminer les règles qui régiront les relations pécuniaires entre les époux, la distinction à faire entre un tel choix et le contrat de mariage proprement dit est évidente: après avoir désigné la loi applicable, les parties peuvent encore, soit dans le même acte, soit ultérieurement, tout en restant dans le cadre de cette loi, prendre des dispositions spéciales moyennant la conclusion d'un contrat de mariage. Quoi qu'il en soit, l'Organe national néerlandais a cru comprendre que le texte de l'avant-projet ne considère pas la simple désignation de la loi applicable comme étant un contrat de mariage.

Portugal

Note du Bureau Permanent: les observations portugaises sont constituées par le rapport interne du Procureur général de la République au Ministre de la Justice.

Article premier

L'article premier, comme de raison, définit l'objet de la Convention.
La locution «loi applicable aux régimes matrimoniaux» n'est pas certainement la meilleure; la doctrine portugaise et même la rédaction législative, comme, par exemple, l'article 52 du Code civil, lui ont préféré «rapports patrimoniaux entre les conjoints». Mais puisqu'on soustrait à la réglementation de la Convention des matières telles que celles qui concernent les obligations alimentaires et les droits successoraux du survivant, qui appartiennent sûrement au domaine de ces rapports, peut-être que la locution portugaise, par son ampleur, mérite une plus grande censure que l'expression adoptée dans l'avant-projet, contre laquelle, en substance, on ne soulève aucun obstacle.
Vu l'importance de la matière la concernant, la restriction ambitieuse des trois alinéas semble réduire considérablement l'impact de la Convention sur les lois nationales. Peut-être que l'unification du droit continue à être le but vers lequel les peuples marchent avec décision, mais par des étapes très courtes.

Article 2

La norme de l'article 2, si on la lit séparée du contexte de la Convention, est choquante.
Non seulement elle écarte le principe classique de la réciprocité, mais elle va jusqu'au point de faire appliquer, sans aucune restriction, la loi d'un Etat non contractant.
Remarquons, cependant, qu'aux termes de l'article 16 «l'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public», ce qui réduit assez l'étendue de l'article 2, peut-être dangereux.
Il suffit de penser que, par son application, on peut soumettre la réglementation d'importants intérêts des ressortissants d'un pays déterminé, à la loi d'un Etat dont les conceptions peuvent choquer la généralité des systèmes juridiques.
Cette considération est bien définie à l'article 22 du Code civil portugais: *les règles de la loi étrangère indiquées par la norme des conflits ne s'appliquent pas lorsque cette application entraîne l'offense de l'ordre public international de l'Etat portugais.*

Article 3

L'article 3 consacre le principe mitigé de l'autonomie de la volonté des parties.
On croit entièrement valide la formulation même, parce que les lois que les époux peuvent choisir se relient, plus ou moins directement, avec des éléments dignes d'attention de la relation juridique (nationalité, résidence, situation des immeubles).

Article 4

L'article 4 contient une règle supplétive raisonnable. Certes on pouvait en choisir d'autres, comme, par exemple, la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel les époux avaient leur résidence habituelle au moment du mariage ou immédiatement avant le mariage.
Mais si un homme et une femme contractent mariage et immédiatement après fixent leur résidence sur le territoire d'un Etat déterminé, ils sont présumés vouloir soumettre leur régime matrimonial à la loi interne de cet Etat.
La règle du deuxième alinéa est également appropriée: dans le cas où l'Etat le déclare, aux termes de l'article 21 de la Convention, si les époux n'ont pas désigné la loi applicable et qu'ils ont tous deux la même nationalité, ou si l'un d'eux acquiert volontairement, lors du mariage, la nationalité de l'autre, alors c'est la loi de l'Etat de la nationalité commune qui est applicable.
Cela correspond, d'ailleurs, au principe général de notre système juridique (article 52 du Code civil), en raison de quoi on peut présumer que l'Etat portugais fera ladite déclaration.
Les restrictions à cette disposition s'expliquent par elles-mêmes; elles contemplent le cas où les conjoints ont plus d'une seule nationalité commune et celui où ils conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où l'un et l'autre résidaient habituellement depuis (. . .) ans. Il est raisonnable d'accepter que dans ce dernier cas les liens de la nationalité sont assez relâchés pour ne pas imposer l'application de la loi nationale.

Article 5

L'article 5 donne aux conjoints la possibilité de choisir, au cours du mariage, une autre loi régulatrice de leur régime matrimonial.
Etant donné qu'on accepte, dans ce domaine, le principe de l'autonomie de la volonté des parties, la disposition est logique.
Il fallait, cependant, empêcher les cas de fraude. La Convention ne s'y réfère pas expressément. Mais l'ensemble des lois qui peuvent être désignées – celle de la nationalité d'un des conjoints, lors de la déclaration; celle de l'Etat sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle, aussi à ce moment-là; et celle de la situation des immeubles – est assez étroit pour écarter les hypothèses plus courantes, particulièrement le simple changement de résidence.

Article 6

L'article 6 est une règle de sécurité des rapports juridiques parfaitement justifiable.

Article 7

L'article 7 relève de la présupposition de la norme supplétive: la volonté présumée des conjoints à défaut de désignation de la loi applicable.
Et l'on comprend son contenu: si la loi nationale est applicable – contre celle de l'Etat de la résidence habituelle immédiatement après le mariage – du fait que les deux conjoints ont la même nationalité, il est nécessaire que cette priorité doive disparaître dès que l'un et l'autre acquièrent volontairement la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel ils résident habituellement.

Article 8

La compréhension intégrale de l'article 8 en réclame la lecture de la collection complète des rapports des sessions que nous ne possédons pas.
En effet, on comprend parfaitement les règles incluses aux deux alinéas, mais la restriction faite au premier en reste obscure.
Effectivement, si immédiatement après le mariage, les deux époux n'ont pas leur résidence habituelle sur le territoire du même Etat, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat dont ils ont tous deux la nationalité – on accepte que «le changement de leur nationalité entraîne l'application des dispositions internes de leur nouvelle loi nationale commune»; et que

«lorsque les deux époux établissent leur résidence habituelle dans un même Etat, la loi interne de cet Etat devient applicable».
Nous ne comprenons pas la raison de l'écartement de l'application du premier alinéa dans le cas où «l'un d'eux conserve l'ancienne nationalité commune».

Article 9

L'article 9 rehausse la préférence accordée par la Convention à la loi de l'Etat de la résidence habituelle. Et ainsi, dans le cas où cette loi est applicable à défaut de désignation par les époux et que ceux-ci établissent leur résidence habituelle dans un autre Etat, c'est la loi de ce dernier qui devient applicable pourvu que se vérifient les conditions de l'un des quatre alinéas.
D'ailleurs la disposition semble équilibrée, même par l'appel constant à des facteurs positifs, tels que l'acquisition de la même nationalité par les deux conjoints et la stabilisation d'une résidence commune.

Article 10

La raison de l'article 10 est évidente.
Emettons une hypothèse: A et B n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial. Ils ont établi leur résidence, après le mariage, au Portugal, Etat dont A est ressortissant, B étant allemand.
Aux termes du premier alinéa de l'article 4, ils deviennent les deux soumis à la loi portugaise.
Plus tard, A et B vont en France, où ils fixent leur résidence habituelle.
En obéissance à la disposition de l'alinéa *d*) de l'article 9, la loi française devient compétente pour régler leur régime matrimonial. Mais cela peut ne pas convenir à l'un des conjoints. Et ainsi l'article 10 lui donne la faculté de déclarer, par un écrit daté et signé, qu'il opte pour le maintien de la loi précédemment applicable.

Article 11

Le sens unitaire dans lequel on doit apprécier les rapports juridiques établis par le régime matrimonial impose la règle de l'article 11 de la Convention.
La réserve semble parfaitement justifiée, parce que les immeubles peuvent se localiser dans différents Etats.

Article 12

Le premier alinéa de l'article 12 consacre le principe de la non-rétroactivité en matière de régime de biens. Il en est de même pour le Code civil portugais – article 54, No 2 – qui veille aussi à la protection des tiers, aussi bien que la Convention dans la dernière phrase du deuxième alinéa.
Est significative la restriction qu'on ne trouve pas dans notre droit interne, concernant les biens immeubles, à l'égard desquels se maintient l'applicabilité de la loi de l'Etat de leur situation.

Article 13

L'article 13 est une norme de sécurité qui renforce la protection des tiers, consacrée, comme on a déjà vu, à l'article antérieur.

Article 14

Contrairement à notre droit interne, la Convention opte pour la loi déclarée applicable par les conjoints pour apprécier les conditions relatives au consentement des époux.
On ne connaît pas les raisons qui ont amené les spécialistes à se décider dans ce sens.
On se demande s'il ne serait pas plus raisonnable de déclarer compétente en la matière la loi applicable au moment de la déclaration. Mais on accepte que c'est un pur problème de choix.

Article 15

On accepte parfaitement la disjonctive du premier alinéa. Il en va de même, en raison de l'importance de cette matière, pour les précautions incluses aux deuxième et troisième alinéas.

Article 16

On n'a rien à dire sur la règle incluse à cet article, qui adopte une rédaction déjà consacrée dans d'autres Conventions ratifiées par le Portugal.

Articles 17 à 20

Les articles 17, 18, 19 et 20 prévoient l'existence de systèmes juridiques plurilégislatifs et résolvent les difficultés qui en résultent par des dispositions sensiblement identiques à celles qui sont adoptées par notre droit interne (confrontation de l'article 20 du Code civil).

Article 21

Comme on l'a déjà écrit, à propos de l'article 4, l'Etat portugais est présumé de faire la déclaration à laquelle se rapporte cet article.
En effet, il est absolument raisonnable de penser que le Portugal prendra cette attitude, étant donné que notre système juridique donne l'avantage, en matière de rapports entre les deux conjoints, à la loi nationale commune et que la Convention, bien qu'optant pour la loi de l'Etat sur le territoire duquel ils fixent leur résidence habituelle après le mariage, permet que ces rapports soient réglés par la loi nationale commune dans le cas où l'Etat dont ils sont ressortissants ainsi le déclare.
D'ailleurs, dans un pays avec un fort mouvement migratoire, cette attitude contribuera à renforcer les liens qui unissent à la Patrie d'origine les ressortissants mariés qui résident à l'étranger.

En raison de l'exposé, on conclut:

L'avant-projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux est un document valable et un point de départ possible pour l'élaboration d'une future Convention sur la matière que le Portugal pourrait signer.

Royaume-Uni

General

1 In general the United Kingdom Government is in agreement with the purpose and principles of the proposed Convention, subject to the comments made below.

Article 1

2 The United Kingdom Government is concerned that the ambit of the Convention, as expressed in the first sentence of article 1, would appear to permit internal rules relating to the contractual incapacity of a spouse imposed by a foreign matrimonial regime to be invoked against third parties in other Member States when they could not reasonably be expected to be aware of the existence of such rules.

3 It is suggested that apart from article 13, the Convention should in article 1 be restricted to the law applicable to the property rights of spouses *inter se*.

Article 2

4 The United Kingdom Government, while approving the principle embodied in article 2, suggests that greater clarity might be achieved by replacing article 2 by the following text which is based on article 11 of the Hague Convention on the Law relating to Products Liability –

The application of the Convention shall be independent of any requirement of reciprocity. The Convention shall be applied even if the applicable law is not that of a Contracting State.

Article 3

5 The United Kingdom Government, accepting as it does the principle of autonomy embodied in article 3, doubts the necessity or desirability of restricting the parties' choice to a single law for the whole of their property, even allowing for the exception of the *lex situs* in relation to immovables.

6 It is thought that such a restriction would be open to the following objections –

a it would be importing into the Convention a rule which would affect substantive rules of English and Scots law;

b in practice parties would not be deterred from designating different laws for different parts of their property; and it would be undesirable to exclude the application of the Convention in such cases.

It is felt that the removal of the restriction to a single law in article 3 is unlikely to lead to spouses constituting a 'puzzle of different laws' for their matrimonial property regime. Motives of self-interest would be a powerful factor in restraining them from making bizarre contracts.

7 In any event, it is suggested that article 3 should be redrafted so as to make clear that the spouses may designate for movables one of the laws specified in (*a*), (*b*) or (*c*) of article 3, and that in respect of immovables they may designate either the law already designated for movables or the *lex situs*.

8 The United Kingdom Government is unable to accept the interpretation placed on article 3 (*d*) in paragraph 79 of the Explanatory Report. The United Kingdom Government is of the view that article 3 (*d*) would enable the spouses to decide that their immovables, even those that might be acquired in the future, should be governed by the *lex situs*.

Article 4

9 The United Kingdom Government suggests that, in the absence of a designation of the applicable law, the immovable property of the spouses should be governed by the *lex situs*.

10 It is noted that article 4 as presently framed is not exhaustive; it does not, for instance, cover the case where the spouses have not designated the applicable law and have neither habitual residence in the same country after the marriage nor a common nationality. The United Kingdom Government would in principle prefer article 4 to cover all relevant cases.

11 On the present text of article 4, the United Kingdom Government supports the proposal contained in paragraphs 86 and 106 of the Explanatory Report that, as in the case of article 9 (*d*), article 4 (*b*) should refer to simple residence insofar as the commencement of the period is concerned.

12 It is suggested that the residential period to be specified in article 4 (*b*) should be 3 years.

Article 5

13 The United Kingdom Government is concerned that the Convention, while purporting to deal only with choice of law rules, is in effect establishing rules of substantive law. Accordingly, the United Kingdom Government expresses reservations as to the principle of mutability embodied in article 4. Such a principle would disturb rules of Scots substantive law by enabling the spouses to derogate freely from the provisions of immutable regimes. In Scots law, a marriage contract is intended to effect a permanent regulation of the interests of the spouses; it affects, not only the spouses, but a number of other people as well; and it is regarded as being immutable during the subsistence of the marriage. Against this background it is felt that it would be undesirable to confer upon spouses the freedom to change the law governing a matrimonial regime when that regime is regarded as immutable by the law of the country under which it was constituted.

14 Further, the principle of mutability would give rise to considerable complexity. Under the rules proposed in the Convention the spouses would (employing the metaphor adopted in paragraph 42 of the Explanatory Report) drag behind them a train comprising as many carriages as there were laws applicable to their matrimonial relations. It is thought that such a principle would give rise to considerable difficulties especially in the context of the law of succession.

15 It is suggested that if the principle of mutability of matrimonial regimes is to find a place in the Convention, it should be subject to certain safeguards which should operate through choice of law rules and that the question whether a marriage contract is mutable or immutable should be determined by the proper law of the contract.

16 The comments made at paragraphs 5–7 above in relation to article 3 are, *mutatis mutandis*, applicable to article 5.

Article 8

17 It is thought that the words 'unless one of them retains the previous common nationality' are unnecessary in view of article 10 and should be omitted.

Article 9

18 It is suggested that the residential period to be specified in (*d*) should be 5 years.

Article 10

19 It is suggested that the word 'statement' should be substituted for 'declaration' in article 10 to eliminate the technical implications of the word 'declaration' in English and Scots law.

Article 11

20 It is suggested that the spouses should be able to make an effective choice of the applicable law for a part of their property; the other part, in respect of which no choice is made, should be governed by article 4. The reasons for this view are similar to those stated in paragraph 6 above.

Article 12

21 It is suggested that article 12 should be replaced by a provision on the following lines –

On a change of the applicable law, the whole property of the spouses should be subject to the new applicable law. In applying the new law regard should be paid to the acquired rights of spouses and third parties under the previous regime.

It is thought that such a provision would accord more closely with the normal expectations of the spouses and third parties; and it would mitigate the difficulties referred to in paragraph 14 above.

Wish adopted by the Special Commission

22 The United Kingdom Government, while accepting in principle the desirability of the suggested measures for the dissemination of information on the part of Member States, stresses that there are practical difficulties as to the extent to which those measures can be implemented in the immigration and marriage procedures obtaining in the United Kingdom.

Drafting amendments

23 The United Kingdom Delegate has been instructed to raise some drafting amendments to the Convention at the Thirteenth Session of the Hague Conference.

Suède

Whereas it is quite clear that an international convention governing this field would serve an essential purpose, it is also obvious that it will be very difficult to adapt the content of such a Convention to the laws and requirements of various States. The admirable work done by the Special Commission, its President and Rapporteur, reflects the problems involved, and the present Draft is somewhat complicated and difficult to grasp. At this stage of the preparatory work, the Swedish Government wishes to make the following comments.

The purpose of the Convention is to regulate 'the law applicable to matrimonial property regimes'. But this concept is ambiguous. The enumeration in article 1 of fields outside the Convention's scope of application is not exhaustive and the scope of these exceptions is far from clear. The aim of the Convention is to solve conflicts of law within a certain area. The Swedish Government considers that this area should be more clearly defined.

Important issues relating to the status of third persons have not been dealt with. What for example would be the rights of a third party should a State not issue special provisions in this respect according to article 13? There is reason to believe that the possible disruption of the timetable resultant from a thorough study of this problem might nevertheless be justified in the light of the importance attaching to a satisfactory solution. Even though it may not be possible to draft the Convention so that it can directly regulate the status of third persons, the Swedish Government considers that article 13 should nonetheless be made more precise. The solution put forward in paragraph 123 of the Report would seem to be worth further consideration.

The basic principles for the choice of applicable law are acceptable from the Swedish point of view. The Swedish Government advocates that the period specified in article 9 (*d*) for residence in a State should be made longer than the period for habitual residence stated in article 4, paragraph 2 (*b*).

In the view of the Swedish Government, the draft Convention reflects a too cautious attitude as regards changes of applicable law. The fact that spouses have entered into a marriage contract concerning a certain issue coming under the applicable law should not prevent an automatic change of law, unless the contract can be presumed to imply that by virtue of it the spouses have designated a certain property regime which excludes the legal property regime according to the applicable law. Moreover, the provisions in article 10 seriously undermine the basic regime of the Convention relating to the change of law. Therefore, the question arises as to whether it is advisable to allow one spouse alone to prevent a change from one applicable law to another. If it is considered necessary to include a provision according to which a previously applicable law can be retained, this should only be permissible if both spouses so wish.

As already pointed out, the scope of the Convention is not sufficiently well defined. One consequence of this ambiguity is that it is not clear what types of marriage contracts are intended to be regulated by the Convention. For example, under Swedish law gifts from one spouse to the other have in some cases to be arranged by a marriage contract.

The question as to the form of marriage contracts is of greatest significance when such contracts also affect the rights of third persons. However, this problem would be adequately solved if each State were permitted under article 13 to apply its internal law *e.g.* by requiring that both a marriage contract and a designation of applicable law by the spouses must be registered in order to be valid with respect to third persons. As regards the internal relationship between spouses, on the other hand, the possibility should be considered of giving the Convention more liberal approach along the lines of the Convention relating to the form of testamentary dispositions.

Finally, the Swedish Government is of the opinion that a provision of the type mentioned in paragraph 56 of the Report relating to regional or bilateral conventions on the same subject should be included in the Convention. A reservation of this kind is necessary in view of the 1931 Convention on this subject between the Nordic States (see paragraph 7 of the Report).

Tchécoslovaquie

The Government of the Czechoslovak Socialist Republic presents the following comments on articles 4 and 13 of the draft Convention –

Article 4

In the second paragraph the first ecxeption marked as letter *(a)* (. . . if the spouses have more than one common nationality . . . .) should be deleted. It means that the declaration provided for in article 21 should be of no effect only if the second negative condition would be fulfilled. The Ministry shares the Rapporteur's view that it is not very practicable to acquire notion of effective nationality in the case when the spouses have more than one common nationality. On the other hand we see no reason why not to give priority to the point of view of the State which made the declaration.

In the second paragraph in the second exception marked as letter (*b*) we would be inclined to favour a rather long period of habitual residence, at least ten years.

Article 13

This provision should be redrafted in order to make clear that the aim of this provision is not only protection of spouses but mainly protection of third persons.

Treizième session

Actes

Procès-verbaux et Documents de travail de la Première commission

Composition de la Première commission

PRÉSIDENT

M. *A. Philip,* avocat, professeur.

VICE-PRÉSIDENT

M. *G. Beitzke,* professeur à la Faculté de droit de l'Université de Bonn.

RAPPORTEUR

M. *A. E. von Overbeck,* professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg.

MEMBRES

République fédérale d'Allemagne

M. *W. Holtgrave,* Ministerialrat au Ministère fédéral de la Justice.
M. *H. J. Mendel,* Legationsrat 1. Kl. au Ministère des Affaires étrangères.

Argentine

Mme *M. Argúas,* avocat, ancien ministre à la Cour suprême de Justice de la République Argentine, ancien professeur de droit international privé à la Faculté de droit de Buenos Aires.

Australie

M. *P. E. Nygh,* Professor, Dean of the Faculty of Law, Macquarie University, Sydney.

Autriche

M. *A. Duchek,* Director, Federal Ministry of Justice.

Belgique

M. *P. G. Stiénon,* chef de section au Ministère de la Justice.

Brésil

M. *H. Valladão,* professeur des Universités fédérale et pontificale catholique de Rio de Janeiro.
M. *L. C. Feldman,* Second Secretary, Embassy of Brazil, The Hague.

Canada

M. *H. A. Leal,* Q.C., Chairman, Ontario Law Reform Commission.
M. *P. A. Crépeau,* président de l'Office de revision du Code civil.

Danemark

M. *O. Due,* Deputy Permanent Secretary of State, Ministry of Justice.

République Arabe d'Egypte

M. *M. S. Lotfy,* président du Tribunal de grande instance du Caire.

Espagne

Mlle *E. Perez Vera,* professeur agrégé de droit international à l'Université autonome de Madrid.

Etats-Unis d'Amérique

M. *R. D. Kearney,* Ambassador, Office of the Legal Adviser, Department of State.
M. *P. W. Amram,* Attorney-at-Law, Washington, D.C.
M. *A. T. von Mehren,* Professor, Harvard Law School.
M. *W. L. M. Reese,* Director, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia Law School, New York.

Finlande

M. *H. Jokela,* Professor at the University of Helsinki.

France

M. *Y. Loussouarn,* professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, conseiller d'Etat.
M. *B. Goldman,* président de l'Université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris.
M. *F. Grégoire,* vice-président au Tribunal de grande instance à Paris.

Grèce

M. *P. Francescakis,* professeur à l'Université de Thessalonique.
M. *D. Evrigenis,* professeur à l'Université de Thessalonique.

Irlande

M. *R. Hayes,* Head, Law Reform Division, Department of Justice.

Israël

M. *U. Yadin,* Deputy Attorney-General.

Italie

M. *R. de Nova,* professeur de droit international à l'Université de Pavie.

Japon

M. *H. Chikusa,* Counsellor, Minister's Secretariat, Ministry of Justice.
M. *S. Minami,* Judge of the Fukuoka District Court.

Luxembourg

M. *A. Huss,* procureur général d'Etat honoraire.

Norvège

M. *J. Skåre,* Head of Section, Royal Ministry of Justice.

Pays-Bas

M. *S. Martens,* conseiller à la Cour de cassation des Pays-Bas.

Portugal

M. *J. d. D. Pinheiro Farinha,* procureur général de la République, ancien ministre de la Justice.
Mme *I. M. de Magalhães Collaço,* professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lisbonne.

Royaume-Uni

M. *A. E. Anton,* Member of the Scottish Law Commission.
M. *M. D. A. Freeman,* Lecturer in Laws, University College London, Barrister, Gray's Inn.

Suède

M. *J. E. C. Forsström,* Legal Adviser to the Ministry of Justice.

Suisse

M. *W. Baechler,* chef de section à la Division fédérale de la Justice.

Tchécoslovaquie

M. *Z. Kučera,* professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université Charles, Prague.
M. *M. Holub,* Doctor of Law, Head of Civil Legislative Department of the Ministry of Justice.

Yougoslavie

M. *Z. Matić,* Professor at the Faculty of Law, University of Zagreb.
M. *D. Uzelac,* Counsellor at the Ministry of Foreign Affairs.

OBSERVATEUR

Venezuela

M. *G. Parra-Aranguren,* Professor at the Universidad Central de Venezuela (Caracas) and at the Universidad Catolica Andres Bello (Caracas).

Union internationale du Notariat latin

Mme *A. H. M. de Jong,* notaire, Haarlem.

SECRÉTARIAT

Secrétaire général

M. *M. H. van Hoogstraten,* secrétaire général de la Conférence.

Secrétaire général adjoint

M. *G. A. L. Droz.*

Secrétaires au Bureau Permanent de la Conférence

M. *M. L. Pelichet,* premier secrétaire.
M. *C. A. Dyer.*

Secrétaires rédacteurs

M. *B. Dejemeppe,* avocat, Bruxelles.
M. *B. M. Dutoit,* professeur à la Faculté de droit, directeur de l'Institut de droit comparé, Lausanne.
M. *H. P. Glenn,* Associate Professor of Law, McGill University, Montreal.
M. *J. A. Wade,* Research Officer, T .M. C. Asser Institute for International Law, The Hague.

Liste des Procès-verbaux et des Documents de travail[1]

Les Procès-verbaux et Documents de travail sont rangés dans l'ordre chronologique (date de la séance pour les premiers, de la distribution pour les seconds).

Page

Procès-verbal No 1 – séance du 4 octobre 1976 197

Documents de travail Nos 1 à 8 – propositions diverses (distribués le 5 octobre 1976) 198

Procès-verbal No 2 – séance du 5 octobre 1976 199

Documents de travail Nos 9 à 13 – propositions diverses (distribués le 6 octobre 1976) 204

Procès-verbal No 3 – séance du 6 octobre 1976 205

Documents de travail Nos 14 et 15 – propositions diverses (distribués le 7 octobre 1976) 211

Procès-verbal No 4 – séance du 7 octobre 1976 211

Documents de travail Nos 16 et 17 – propositions diverses (distribués le 8 octobre 1976) 217

Procès-verbal No 5 – séance du 8 octobre 1976 218

Documents de travail Nos 18 à 25 – propositions diverses (distribués le 9 octobre 1976) 225

Procès-verbal No 6 – séance du 9 octobre 1976 226

Documents de travail Nos 26 et 27 – propositions diverses (distribués le 11 octobre 1976) 232

Procès-verbal No 7 – séance du 11 octobre 1976 233

Documents de travail Nos 28 à 33 – propositions diverses (distribués le 12 octobre 1976) 240

Procès-verbal No 8 – séance du 12 octobre 1976 241

Documents de travail Nos 34 à 39 – propositions diverses (distribués le 13 octobre 1976) 248

Procès-verbal No 9 – séance du 13 octobre 1976 249

Page

Documents de travail Nos 40 et 41 – propositions diverses (distribués le 14 octobre 1976) 256

Procès-verbal No 10 – séance du 14 octobre 1976 256

Document de travail No 42 – proposition de la délégation danoise (distribué le 15 octobre 1976) 263

Document de travail No 43 – texte établi par le Comité de rédaction (distribué le 16 octobre 1976) 264

Documents de travail Nos 44 à 54 – propositions diverses (distribués le 18 octobre 1976) 267

Procès-verbal No 11 – séance du 18 octobre 1976 (matin) 269

Procès-verbal No 12 – séance du 18 octobre 1976 (après-midi) 276

Documents de travail Nos 55 et 56 – textes établis par le Comité de rédaction (distribués le 19 octobre 1976) 285

Procès-verbal No 13 – séance du 19 octobre 1976 287

Document de travail No 57 – proposition des délégations autrichienne, belge et norvégienne (distribué le 20 octobre 1976) 290

Document de travail No 58 – texte établi par le Comité sur les Clauses finales (distribué le 20 octobre 1976) 291

Documents de travail Nos 59 à 65 – propositions diverses (distribués le 20 octobre 1976) 293

Procès-verbal No 14 – séance du 20 octobre 1976 (matin) 293

Procès-verbal No 15 – séance du 20 octobre 1976 (après-midi) 297

[1] Les tables des matières et par articles se trouvent à la fin du présent tome.

Procès-verbal No 1

Séance du lundi 4 octobre 1976

La séance est ouverte à 15 h. 05 sous la présidence de M. Schultsz, Président de la Treizième session.

Le Président soulève une question technique à savoir: peut-on ou non fumer dans la salle? Il suggère de passer au vote. Le résultat est mitigé.

M. Goldman (France) suggère que la question de fumer soit résolue en fonction de la solidarité que les fumeurs et les non-fumeurs éprouveront les uns pour les autres.

Cette suggestion est approuvée par applaudissements.

Le Président propose à l'assemblée d'élire M. Philip (Danemark) en qualité de Président de la Commission et M. Beitzke (Allemagne) en qualité de Vice-président de cette même Commission.

Ces propositions sont approuvées à l'unanimité,

et M. Philip (Danemark) occupe le siège présidentiel.

The Chairman expressed his gratitude to the Delegates for his election and the hope and determination that they would all achieve a good result at the end of the forthcoming discussions.

His proposal that Mr von Overbeck (Switzerland) be elected as Rapporteur was accepted by acclamation of the Delegates,

and the Rapporteur took his place.

The Chairman then outlined the procedure to be followed:
– there would be a brief introduction by the Rapporteur to the text that previously had been drafted by the Special Commission;
– on the following day, the Commission would commence its work with a general discussion of the principles upon which that text had been based, to be followed by a brief exposure of the views thereon by the Delegates;
– then they would move to an article by article discussion.
The Chairman handed the floor to the Rapporteur.

Le Rapporteur décrit les grands traits de l'avant-projet de Convention qui, souligne-t-il en guise d'introduction, ne concerne que le droit applicable aux régimes matrimoniaux et non les problèmes de compétence judiciaire, de reconnaissance ou d'exécution des jugements. Ces dernières questions sont en effet le plus généralement réglées par le jeu d'autres matières comme le divorce. Il insiste ensuite sur trois aspects qu'il considère comme fondamentaux à cet avant-projet: les systèmes de rattachement choisis, subjectif ou objectif, et le problème de la permanence ou de la mutabilité du régime applicable.
– Rattachement subjectif:
L'avant-projet prévoit aux articles 3 et 5 le choix des époux quant à la loi applicable à leur régime matrimonial. Ce choix peut être exercé au moment du mariage ou après celui-ci. En ce sens l'avant-projet se rallie au principe général applicable à la matière contractuelle, à savoir l'autonomie de la volonté. Le Rapporteur souligne alors qu'il existe un large accord gouvernemental pour l'adoption d'un tel principe.
– Rattachement objectif:
Ce type de rattachement est nécessité par la constatation générale que la plupart des époux ne manifestent pas de volonté quant à leur régime matrimonial. A défaut de choix, quel principe adopter? Il existe à ce niveau une controverse de principes, habituelle aux matières traitées dans le cadre de la Conférence: faut-il rattacher à la nationalité ou au domicile (domicile doit s'entendre dans le cadre de cette conférence au sens de résidence habituelle)?
La solution de la Commission spéciale est la suivante: si les époux n'ont pas, au moment du mariage, désigné la loi applicable, le régime matrimonial sera soumis à la loi interne de l'Etat de leur résidence habituelle commune immédiatement après le mariage. Toutefois, la Commission spéciale a prévu un système d'ordre subsidiaire aux articles 4, alinéas 2 et 21. Aux termes de cette combinaison d'articles, il devient possible aux Etats de faire une déclaration expresse en faveur de l'application de la loi nationale au lieu de celle de la résidence habituelle.
Y a-t-il ici rupture de cohérence se demande le Rapporteur?
Sa réponse est nettement négative pour deux raisons. Au niveau des Etats, ceux qui auront adhéré à la Convention devront bien entendu respecter le choix fait en faveur de la nationalité; au niveau des époux, il existe une possibilité de choix leur permettant de changer de loi afin de trouver celle la mieux appropriée à leur situation particulière. Certaines critiques ont été faites contre cette partie du projet; elles seront bien entendu discutées au cours des séances de la Commission.
– Permanence ou mutabilité du régime applicable:
Dans le cadre du rattachement subjectif, le régime choisi reste applicable jusqu'à nouvelle modification, cette idée ne doit pas soulever de problèmes. Dans le cadre du rattachement objectif, il est précisé aux articles 6 à 9 les changements possibles. Une restriction au caractère bilatéral de ceux-ci est prévue à l'article 10 aux termes duquel un époux peut par déclaration unilatérale changer de système.
L'article 12 de l'avant-projet stipule que tout changement de loi applicable n'aura d'effet que pour l'avenir; en conséquence, les biens appartenant aux époux avant ce changement ne seront pas soumis à la loi désormais applicable.
Les délégations, pense le Rapporteur, auront ici certainement quelques objections à formuler.
Le Rapporteur s'interroge, pour terminer, sur les problèmes relatifs aux tiers. Il souligne le principe général de protection adopté par les articles 12 et 13. La loi applicable aux rapports entre époux est aussi, implicitement, applicable aux rapports entre les époux et les tiers.

La séance est levée à 15 h. 30.

Documents de travail Nos 1 à 8

Distribués le 5 octobre 1976

No 1 – Proposition de la délégation allemande

Article 3, alinéa 2, lettre c

Les mots suivants seront supprimés:

à la condition qu'ils l'y établissent immédiatement après le mariage.

No 2 – Proposition de la délégation allemande

L'article 4 sera remplacé par le texte suivant:

Si les époux n'ont pas, au moment du mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat de leur nationalité commune, dans le cas où les époux ont avant le mariage la nationalité du même Etat ou dans le cas où un époux acquiert volontairement lors du mariage la nationalité de son conjoint. Cette disposition ne s'applique pas, si les époux ont plus d'une seule nationalité commune.
En cas de défaut de nationalité commune ou d'inapplicabilité de la loi nationale commune le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont tous deux leur résidence habituelle après le mariage.

No 3 – Proposition de la délégation allemande

L'article 12, alinéa premier, sera réduit à la phrase suivante:

Le changement de loi applicable n'a d'effet que pour l'avenir.

No 4 – Proposition de la délégation allemande

L'article 15 sera remplacé par le texte suivant:

Lorsque la loi applicable en vertu de l'article 14 prescrit une forme particulière pour le contrat de mariage, cette forme doit être observée pour la désignation de la loi à laquelle sera soumis le régime matrimonial. A défaut de telles règles, cette désignation doit faire l'objet d'un écrit daté, signé par les deux époux.
La désignation de la loi applicable par les époux doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

No 5 – Proposal of the Netherlands delegation

The Netherlands propose that the subject-matter of article 13 of the Draft be included in the list of the second paragraph of article 1.
Thus the problem of third party protection would be excluded from the Convention. Consequently, article 13 should be deleted.

No 6 – Proposition de la délégation française

Rédiger comme suit l'article 3 c):

c la loi [interne]* de l'Etat sur le territoire duquel les époux établiront leur première résidence habituelle;

* *Si le mot entre crochets était retenu, on devrait l'insérer également sous les lettres* a, b et c. *On pourrait éviter cette répétition en ajoutant, à l'alinéa 2, le mot* internes *après le mot* lois. *Cette rédaction paraît préférable.*

No 7 – Proposition de la délégation française

a *Rédiger comme suit l'article 4, alinéa premier:*

Si les époux n'ont pas, au moment du mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils *établissent tous deux leur première résidence habituelle après le mariage.*

b *Rédiger comme suit l'article 4, dernier alinéa:*

Si, après le mariage, les deux époux n'établissent pas leur première résidence habituelle sur le territoire du même Etat, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat dont ils ont tous deux la nationalité. Cette disposition ne s'applique pas si les époux ont plus d'une nationalité commune.

No 8 – Proposal of the Norwegian delegation

Article 3, paragraph 2(a) *should read:*

the law of any State of which either spouse was a national immediately before marriage, provided, however, that both spouses have not habitually resided in another State for a period of not less than one year immediately preceding marriage and retain their habitual residence in this State;

Article 3, paragraph 2(c) *should read:*

the law of the State where both spouses have decided to establish habitual residence, *provided that at least one of them* [actually] establishes habitual residence there *shortly following* marriage;

Article 4 should read:

1 If the spouses have not, at the time of *entering into* marriage, designated the applicable law *in accordance with Article 3,* their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State where both spouses establish habitual residence *following marriage,* or *of the State where they both have decided to establish their habitual residence and actually do so within a reasonable time after the marriage.*

2 However, where the spouses have a common nationally immediately before *marriage, then* the internal law . . . . . Article 21. This provision shall not apply:

a if the spouses have more than one common nationality, or

b if the spouses retain their habitual residence in the State where they have both [habitually] resided for a period of not less than one year immediately preceding marriage.

3 If the spouses have not established their habitual residence in the same State in accordance with paragraph 1 of this Article, their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State of their common *single* nationality *immediately*

before marriage, or failing such [common single] nationality, by the internal law of the State where they have both [habitually] resided for a period of not less than one year immediately preceding marriage.

Article 5, paragraph 2(a) should read:

the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation, provided, however, that both spouses have not habitually resided in another State for a period of not less than one year immediately preceding marriage and retain their habitual residence in this State;

Procès-verbal No 2

Séance du mardi 5 octobre 1976

The meeting was opened at 10.05 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman reminded the Delegates that smoking was to be kept to the minimum necessary, and explained the working of the microphones. He informed the Delegates that, for the current week, the meetings had been fixed for the mornings and would be held in the Japanese room. Arrangements for Saturday were pending. He drew attention to the procedure whereby proposals were to be in writing and submitted to the Secretariat. He considered that it would be useful if the existing proposals were to be extracted from the Observations of Governments (Preliminary Document No 6). These could then be put together to form one comprehensive Working Document. In regard to federal clauses, it would be necessary for each Commission to elaborate such clauses, but the intention was to co-ordinate them so as to reduce differences. Accordingly, a Committee has been set up, consisting of Mr T. B. Smith (Canada) as Chairman, and the Deputy Chairmen of each Commission as the other members. Referring to the previous days proposals regarding the order of work for the present meeting, he pointed out there was no compulsion upon the Delegates to express their views, but the occasion was available to them. Following the general discussion they would then move on to an article by article discussion. He opened the general discussion to the floor.

M. Valladão (Brésil) félicite la Commission spéciale et tout particulièrement son Rapporteur, pour deux raisons majeures. D'abord la Commission a décidé d'en finir avec le principe de la réciprocité, principe qu'il a d'ailleurs lui-même combattu dès 1962 et qui n'existe pas en Amérique latine.

Ensuite pour avoir écarté la loi du mari, loi nationale ou loi domiciliaire, en tant que loi interne du régime applicable, au profit de la loi du domicile commun, à l'instar d'une suggestion faite par lui depuis 1936 dans ses livres et avec M. Batiffol (France), comme rapporteur dans le cadre des résolutions de l'Institut de droit international.

Il formule ensuite le regret que le Rapporteur ait oublié de mentionner les conventions latino-américaines parmi celles existant en la matière: le Traité de Lima (1879), le Traité de Montevideo (1889 et 1940), ratifié par l'Argentine et 5 Etats et le Code Bustamante de 1928 ratifié par le Brésil et 15 autres Etats, qui avait déjà prévu le principe de l'autonomie de la volonté comme régime primaire et la loi du premier domicile conjugal à titre subsidiaire.

L'économie générale de l'avant-projet présenté suscite, à son point de vue, les réflexions suivantes. Le projet a été une tentative de fusion, d'harmonisation des principes d'autonomie, du choix d'une loi nationale, et du choix de la loi de la résidence habituelle commune immédiatement après le mariage. A cet égard, il se demande ce qu'il faut entendre par loi d'une résidence habituelle commune *immédiatement* après le mariage. A son avis, en effet, se pose le problème de la lune de miel qui peut être plus ou moins prolongée et qui pourrait dans ces conditions transformer le régime qu'on aura pu croire applicable.

Il se demande aussi pourquoi le principe de l'autonomie de la volonté a été adopté avec tant de restrictions. Au Brésil existe le principe de l'autonomie de la volonté et les époux peuvent choisir la loi qu'ils désirent sans aucune limitation de choix.

Il est d'avis qu'à l'article 3 lettre *d* il ne faudrait pas prévoir une exception pour les immeubles car cela risque de provoquer une incohérence dans le cadre des rattachements subjectif ou objectif.

Il regrette ensuite qu'en plusieurs endroits l'avant-projet de Convention établisse des règles de droit matériel et ne se contente pas de désigner une loi applicable. A son avis il n'appartient pas à cette Convention de régler par des dispositions matérielles les changements possibles comme cela est prévu aux articles 5 à 9. Elle doit s'en tenir aux règles de conflit de lois en la matière. Il se prononce également contre la disposition de divers articles qui risquent de provoquer une multiplicité de régimes distincts pour un seul ménage et de conduire par là à une confusion ou à une nouvelle incohérence.

En ce qui concerne les droits des tiers tels qu'ils sont prévus à l'article 13, il se prononce pour un règlement plus explicite de ceux-ci.

Revenant alors au choix de la loi applicable et plus particulièrement à l'article 4, dernier alinéa, il suggère que la loi applicable au cas où deux époux n'ont pas immédiatement après le mariage leur résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, soit celle du lieu de célébration.

C'est, à son avis, la solution la plus naturelle, et c'est, ajoute-t-il, la solution préconisée par l'Institut de droit international. La règle de l'article 10, commentée par le

Rapporteur au numéro 15 du Rapport, lui paraît confuse. Il faudrait en tous les cas indiquer les renvois corrects.
En conclusion il souligne les aspects suivants: le résultat du travail de la Commission spéciale, traduit dans cet avant-projet, lui paraît trop compliqué; celui-ci ne s'est hélas pas limité aux conflits de lois, et risque de conduire au même sort que celui qui a été réservé à la Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, à savoir, la non-ratification générale de celle-ci.
Il termine en disant que la loi du premier domicile commun des époux peut être considérée en quelque sorte comme une application de la loi d'autonomie, car les époux choisissent délibérément le lieu de leur société conjugale.

M. Beitzke (Allemagne) souligne les aspects suivants:
Il regrette au nom du Gouvernement allemand le principe de la non-application de la loi nationale commune comme rattachement primaire au profit de la loi de la première résidence commune après le mariage. Il s'agit là d'un compromis semblable à celui fait lors de l'élaboration de la Convention de 1955 sur les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, avec les conséquences que l'on sait.
A propos du rattachement objectif, il fait part de son inquiétude quant à la relation établie entre le changement de domicile et le changement de loi applicable. A son avis il faut éviter autant que possible les surprises inhérentes au changement de domicile. C'est le cas, par exemple, d'un certain nombre de travailleurs allemands dans les sociétés internationales qui sont amenées à se mouvoir de la même façon qu'un grand nombre de travailleurs migrants venus des régions méditerranéennes qui seraient fort étonnés d'apprendre que le régime matrimonial n'est plus celui de leur patrie alors qu'ils n'avaient nullement l'intention de le voir modifier.
Il fait part aussi des conséquences fâcheuses que pourrait produire la combinaison des articles 4 et 21 de l'avant-projet, où la loi nationale commune paraît trop peu respectée. Ainsi, un résultat insupportable pourrait être obtenu là où un Etat a effectué la déclaration prévue à l'article 21 lorsqu'un autre n'a pas ratifié la Convention et est également adhérent du principe de la nationalité.

Mr Nygh (Australia) had hesitations about the present draft Convention, but confined himself at this early stage to indicating two fundamental problems.
In theory, the Australian courts respect matrimonial property regimes established by the law of the nationality applying immediately upon or after the marriage. In practice, that position had been abandoned by the Australian courts. As a result of the research that had been undertaken in preparation for the present Convention, it was apparent that in only one case had such foreign law been referred to, and that was a case concerning a marriage that had been celebrated in Paris, which, accordingly, was regarded as subject to the French law of community of property, but the counsel and judge had agreed to ignore the reference to foreign law because of the difficulties that would have arisen had the matter been pursued further. He emphasized that lawyers generally have no knowledge or interest in foreign property laws. It was acknowledged that the system of separate property that applied in Australia was in theory more advantageous to the husband.
However, as a matter of practice lawyers were prepared to concede that advantage rather than become embroiled in foreign systems. As a result, if it was desired that foreign systems be taken into account, then the instrument imposing such an obligation must be easy to understand, easy to apply, and make provision for property situate in Australia of parties domiciled in Australia to be governed, in many cases, by Australian law. Consequently, he expressed his disagreement with the approach that had been advocated by the Deputy Chairman. There would be opposition to the application of German law to such property simply because parties were possessed of that nationality.
He pointed out that Australia was a federation consisting of six States. According to certain constitutional interpretations, matrimonial property questions would fall within the exclusive competence of the States. Therefore it would be necessary to draft a federal clause, but he emphasized that such clause must be effective throughout the federation and not be limited to its adoption by individual States.

M. Goldman (France) félicite le Rapporteur du travail accompli pour réaliser le texte de cet avant-projet qui représente, selon lui, une des seules voies de conciliation réalisables entre les principes de résidence et de nationalité. Cela dit, il formule une triple observation.
L'application de l'article 21 permet à un Etat de modifier le rattachement objectif, modification que chacun devra respecter par la suite. Ce système est encore le seul qui permet d'espérer une conciliation entre les deux types de principes en présence.
Il se déclare d'accord pour le système d'autonomie de la volonté, mais s'interroge quant aux limitations de choix de la loi nationale applicable prévue à l'article 3. A cet égard un effort de conciliation devra être également effectué. Enfin l'article 3 *c*) appelle un certain nombre d'observations de fond comme de forme, et il faudrait le revoir.
Il se déclare moins favorable aux dispositions prises en matière de permanence ou plutôt de mutabilité des régimes matrimoniaux. A l'instar du représentant du Brésil il pense que ce problème appartient au droit interne de chaque pays. Dès lors il se demande quelle sera, en définitive, l'opportunité de telles dispositions. Il termine en formulant quelques remarques d'ordre plutôt particulier:
– à l'article 9 *d*) il se demande ce qu'il faudra entendre par durée de résidence habituelle sur le territoire d'un Etat; à son avis il faudrait préciser ce qu'on entendra par cette «durée» qui devra, en tous cas, être «substantielle»;
– l'article 12, quant à lui, soulèvera d'énormes difficultés pratiques en n'attribuant au changement de régime matrimonial qu'un effet dans l'avenir;
– enfin il s'étonne de la disposition insérée sous l'article 10, qui permet un véritable droit de veto d'un époux sur l'autre. Une formulation positive serait préférable disant que les époux doivent ensemble s'accorder à cet égard.

Mr Martens (Netherlands) informed the Commission that his Government had two major objections to the present draft Convention.
Agreement on the problem of third party protection would be impossible of attainment, and should be included in paragraph 2 of article 1, so that it was deleted from the scope of the Convention.
The automatic change in the applicable law provided for by articles 7 to 10 should be deleted. The only change that should be permitted was that consequent upon the designation by the spouses of a new applicable law.

M. Stiénon (Belgique) fait part des réactions favorables, sur un plan général, des milieux judiciaires belges auxquels l'avant-projet de Convention a été soumis. Il formule ensuite quelques réserves générales.
A son avis, l'avant-projet stipule trop de possibilités de changement de loi applicable.

Au sujet de l'article 10, il se rallie à l'observation de M. Goldman (France).
Les droits des tiers méritent, quant à eux, une réflexion plus approfondie. Dans l'état actuel de l'avant-projet, il se pourrait que les tiers se trouvent, à de nombreuses reprises, surpris par l'apparition d'un régime totalement inattendu d'eux. Il s'agirait d'étudier dès lors les conditions *d'opposabilité* du régime applicable à l'égard de ces tiers. Une information de ceux-ci paraît indispensable et devrait être réglée dans le cadre de cette Convention.

Mlle Perez Vera (Espagne) transmet à l'assemblée l'opinion favorable du Gouvernement espagnol quant à l'avant-projet présenté par le Rapporteur. Cependant, elle précise sa préférence pour un rattachement à la loi nationale commune plutôt qu'à celle de la résidence habituelle, à l'instar de la délégation allemande. La Convention aura un caractère universaliste et, dans ces conditions, il s'agit de réfléchir très sérieusement quant au choix définitif qui sera effectué entre celui de la nationalité et celui de la résidence commune.

Mr Duchek (Austria) informed the Delegates that his Government was in favour of the draft Convention; it constituted an acceptable compromise between certain strict concepts, namely, nationality, domicile, autonomy of the parties, the problem of mutability or immutability of the applicable law. He pointed out, however, that, although the Draft struck a fair balance between the conflicting concepts, perhaps the price of compromise might prove to be too high for practising lawyers.

Mr Hayes (Ireland) drew attention to the fact that domicile was no longer of great importance in the Conventions. One was concerned with the principles of residence and nationality. Addressing himself to matters of more particular significance, he went on to make four points. Where the parties resided in a particular country then that law should be applicable, on the ground that the law of the place where the parties had a real connection should apply. He was not maintaining a position of opposition to the nationality principle, simply pointing out that the adoption of a residence connecting factor was the more practical alternative.
The principle of autonomy of the parties was acceptable, but there should be limits imposed on the parties' freedom frequently to change the applicable law. He agreed with Mr Goldman (France) that there might be dangers with article 12 as drafted. He pointed out a recent change in Irish domestic law, whereby a spouse could not sell the matrimonial home without the consent of the other. This was in line with a move away from the concept of separation of property and towards that of community of property, in regard to the matrimonial home. The provision contained in article 16 was to be welcomed in order to avoid, for example, the type of situation that had arisen in a recent Irish case where an Irish woman married to a German had the matrimonial home sold over her head. He stated that there would be no objection in Ireland to the, for example, French concept of community of property in regard to the matrimonial home.
The problem of third parties was not one to invoke too much concern. It was felt that in such a case one could adopt a *caveat emptor* type of approach. The responsibility for protection should fall upon the third party.
The period of, or necessary for, habitual residence was a matter for further discussion. In short, the draft Convention was acceptable.

Le Secrétaire général adjoint signale à l'assemblée que les amendements doivent être présentés par écrit et parvenir le plus rapidement possible au secrétariat de la Conférence, si possible dans l'après-midi même, afin qu'ils puissent être dactylographiés et remis à la séance du lendemain.

Mme Collaço (Portugal) se déclare favorable à l'esprit de compromis adopté par l'avant-projet.
C'est dans cet esprit que son Gouvernement accepte la priorité concédée au rattachement subjectif, quoique d'après la loi portugaise actuelle, l'autonomie de la volonté ne joue qu'un rôle subsidiaire dans la détermination de la loi applicable au régime matrimonial. La disposition de l'article 3 lettre *c* soulève cependant des problèmes sur lesquels on devrait revenir. En ce qui concerne le rattachement objectif, elle estime, comme les Délégués de l'Allemagne et de l'Espagne, que la solution proposée par l'avant-projet ne représente pas un compromis équitable entre la loi nationale et la loi du domicile; à cet effet, l'article 4 devra être révisé. Finalement, le système de mutabilité automatique proposé dans les articles 7 à 9 lui semble soulever trop de problèmes et, à ce titre, être difficilement acceptable.

M. Lotfy (Egypte) fait part également de ses réserves quant aux changements automatiques de régime en fonction du changement de résidence habituelle commune. A l'article 3 *b*), il se demande si la loi applicable aux immeubles est l'objet d'un choix personnel des parties ou l'effet d'une obligation.

The Chairman, there being no further observations of a general nature, invited the Delegates to move to a discussion of the articles, beginning with article 1. He called upon the Rapporteur to open the discussion.

Le Rapporteur émet tout d'abord le voeu que les Délégués reprennent en document de travail les propositions de texte figurant dans les observations écrites des Gouvernements (Document préliminaire No 6). Il s'agit là d'une question technique que, pour des raisons de rationalité administrative, il ne faut pas perdre de vue. Il entame alors quelques observations concernant l'article premier de l'avant-projet. Il rappelle que la Convention se borne à régler le problème de la loi applicable tout en posant quelques règles de droit matériel. Il signale que le sens de l'expression «régimes matrimoniaux» n'est pas univoque: il existe même une assez large diversité de signification suivant les Etats. Toutefois il a paru inopportun à la Commission de préciser davantage ce terme dans la mesure où un consensus pouvait être obtenu sur une signification générale. La formulation anglaise a, de son côté, suscité de nombreux problèmes à cet égard. Toutefois l'expression «*Matrimonial Property Regimes*» a réuni sur le plan pratique la majorité des suffrages. L'article 1 suscitera des observations et il faudra attendre la discussion générale pour en apprécier la portée.
Il fait ensuite une réflexion concernant les droits des tiers, rappelant que la Convention concerne aussi bien les relations entre époux que celles entre époux et tiers. Une proposition néerlandaise (Document de travail No 5) vise à restreindre l'application de la Convention aux relations entre époux et d'en exclure ainsi celles concernant les relations entre ceux-ci et les tiers. Toutefois il croit encore prématuré d'en parler à ce stade. On se référera à ce sujet à la discussion qui suivra. A sa connaissance il existe peu de jurisprudence sur cette question; une solution pourrait éventuellement être envisagée qui serait celle, formulée par la délégation irlandaise, de faire confiance aux tiers, considérés à même de prendre leurs précautions pour éviter toute mauvaise surprise en traitant avec les époux.

The Chairman outlined the procedure for the discussions that were to follow:
– the general scope of paragraph 1;
– the presently drafted exceptions to paragraph 2;
– further exceptions that might be added on the proposal of any Delegate;
– a preliminary discussion of the problem relating to third parties.
He informed the Delegates that a decision thereon would be deferred, the possibility being reserved of returning to the subject in order to add such extra exceptions if it was desired.

M. Beitzke (Allemagne) s'interroge sur les exclusions cataloguées sous l'article 1, alinéa 2, qui suscitent, à prime abord, un problème de qualification. Il craint que les autorités judiciaires de chaque Etat ne soient amenées à proposer une qualification de type national et particularisée à leur Etat, différente de celles que l'on pourra trouver dans d'autres. Il se demande s'il ne faudrait pas plutôt prévoir un *type de qualification propre à la Convention.* On aurait alors une interprétation internationale uniforme de celle-ci, de laquelle ne pourraient se départir les qualifications nationales. Pour ce faire, il ne suggère pas de modifications de texte mais souhaite que l'on se mette ensemble d'accord sur l'interprétation à donner à celui-ci en insérant, par exemple, le type de qualification souhaité dans le rapport explicatif lui-même.

M. Goldman (France) souhaite, pour sa part, que l'interprétation de la Convention soit aussi uniforme que possible. Cependant, il souligne que dans le cadre d'un rapport, il devient extrêmement délicat de traiter des méthodes d'interprétation de la Convention, ce genre de problèmes devant plutôt faire l'objet d'ouvrages distincts.

M. Valladão (Brésil) suggère de définir dans un préambule à la Convention les termes qui y sont utilisés.

Le Président rappelle que tous les amendements doivent être écrits pour être pris en considération par l'assemblée.

M. Lotfy (Egypte) déclare qu'il est très difficile de concevoir une définition des termes de la Convention, définition qui serait inscrite dans celle-ci.

Le Secrétaire général adjoint signale, d'un point de vue historique, que ni la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants ni la Convention générale sur la loi applicable aux obligations alimentaires n'ont pu définir les termes qu'elles utilisaient.

Mme Collaço (Portugal) manifeste son approbation sur la réflexion du Secrétaire général adjoint et propose, quant à elle, une modification à l'article 1, alinéa 2 *a)* qui devrait être rédigé comme suit: «aux obligations alimentaires découlant du mariage». Cette formule étant déjà consacrée dans la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la délimitation du champ des deux Conventions serait rendue plus aisée.

Le Rapporteur déclare qu'il est désormais acquis que les conventions internationales s'interprètent de façon uniforme. De toute façon, souligne-t-il, on ne pourra jamais éviter certaines divergences au plan national.

M. Goldman (France) demande si l'article 1, alinéa 2 *b)* qui a trait aux droits successoraux du conjoint survivant est ici une allusion à des institutions du type de la fameuse «quarte du conjoint pauvre».
Il y est répondu affirmativement.

The Chairman, there being no further comments to paragraph 1, considered that it could be regarded as provisionally accepted by the Commission, and the discussion proceeded to paragraph 2 of article 1.

M. Lotfy (Egypte) se demande pourquoi l'avant-projet de Convention a limité l'article 1, alinéa 2 *b)* aux droits successoraux du conjoint survivant. A son avis, il faudrait étendre cette disposition à tous ceux que concernent ces droits successoraux.

Mlle Perez Vera (Espagne) estime que le problème de la qualification de cet article premier est évident. Dans la mesure où les juges nationaux auront de toute manière à connaître de l'interprétation qu'il faudra lui apporter, et dans la mesure où, dans tous les cas, des divergences de vues apparaîtront, elle se demande si la solution la plus sage ne consisterait pas à abandonner purement et simplement l'alinéa 2 de cet article premier.

Mr Nygh (Australia) wished to make two points in regard to Australian law which might prove to be relevant.
In regard to article 1, paragraph 2 *(b)* – under Australian law on the death of a party to a marriage, the survivor or a child could apply to the Court for adjustment of the will if insufficient provision had been made by the testator for that surviving spouse or child.
Under the Family Law Act 1975, as was also the case under the Matrimonial Causes Act 1959, the court has been given the power on the petition for divorce or nullity to adjust the property rights of the spouses so as to make adequate provision for maintenance. For example, the court may order the transfer of the matrimonial home to the wife where she has been granted custody of the children, in order that she may make a home for them. Further, as the court is charged with doing what is just and equitable as between the spouses, it must consider the conduct of the spouses during the marriage. Thus, in one case where the husband had cruelly assaulted the wife, the court granted her compensation by way of an order for property adjustment. The problem that presented itself was whether such power was consistent with the Convention. For example, section 79 of the 1975 Act went further than the Convention. Mr Nygh stated that if such power was inconsistent with the Convention then he would have to propose an amendment to the draft Convention in order to protect that power.

The Rapporteur, invited to reply to Mr Nygh by the Chairman, considered that the power to make property adjustment orders was consistent with the Convention, and, further, that the power to order sufficient provision out of the estate of the testator was a question of succession and not matrimonial property and, accordingly, was not inconsistent with article 1, although he conceded, as other Delegates had already pointed out, that the matter raised difficult questions of characterization.

M. Beitzke (Allemagne) estime que si, effectivement, la qualification appartient au juge national, elle devra toutefois être conduite dans un sens international; c'est pourquoi il suggère qu'on mentionne, malgré tout, le type de qualification souhaitée dans le rapport explicatif. Il signale également les difficultés pratiques auxquelles conduiront l'interprétation de l'expression «droits successoraux du conjoint survivant»: en effet dans le cadre de

la liquidation du régime matrimonial le juge ne sera jamais libéré de qualifier et devra ainsi choisir à chaque fois la catégorie à laquelle se rattache telle ou telle institution.

Mr Leal (Canada) expressed his opposition to the deletion of paragraph 2*(b)* of article 1. It was clearly recognised that the distinction must be drawn clearly between matrimonial property regimes and succession. That being so, why should it not be inserted in the draft Convention and, further, inserted immediately. However, he admitted that would not resolve the problem of characterization but, as had already been pointed out by the Deputy Chairman, that problem already existed. Mr Leal considered that the proper approach was for one to apply the Convention in order to establish property rights, upon which the laws of succession would operate.

The Chairman stated that the rules allowed him to accept an oral proposal if it was readily comprehensible to the Delegates. He asked if anyone was prepared to propose the deletion of paragraph 2 (*b*) of article 1.

Mlle Perez Vera (Espagne) reprend son argument précédent et rappelle que l'article 1, alinéa 2, ne résout rien; dès lors elle propose une nouvelle fois de le supprimer.

M. Valladão (Brésil) déclare que si l'on trouve convenable de supprimer l'article 1, alinéa 2, il faudrait alors supprimer également l'article 1, alinéa 1.

Le Président décide de passer au vote à main levée.

Vote

La proposition est rejetée par 19 voix contre 2 et une abstention.

M. Valladão (Brésil) fait part à l'assemblée de la contradiction possible qui peut exister entre l'article 1 *c)* et l'article 14 de l'avant-projet de Convention. En effet, la Convention ne s'applique pas à la capacité de conclure un contrat de mariage, alors que les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi.

Le Rapporteur souligne la distinction classique entre la capacité et le consentement; la capacité à passer un contrat de mariage est exclue du champ d'application de cette Convention; l'article 14, lui, vise le consentement qui peut être atteint par le dol, l'erreur, ou encore la violence. Ces questions, elles, sont réglées par le jeu de la Convention.

M. Stiénon (Belgique) partage le doute du Représentant du Brésil et demande au Rapporteur de bien signaler qu'il s'agit là de deux questions différentes.

M. Beitzke (Allemagne) pense qu'il ne faut pas ignorer l'éventuelle difficulté pouvant naître également de l'application conjointe des articles 1 *c)*, 14 et 15 de l'avant-projet de Convention; ce dernier article vise la forme du contrat de mariage, celle-ci devant correspondre à la loi interne applicable au régime matrimonial ou à la loi interne du lieu où le contrat de mariage est passé.

The Chairman solicited further remarks on article 1, paragraph 2.

Mr Amram (United States) expressed himself uncertain as to the exact coverage of the Draft, in particular in regard to creditors of immovable property, and pledgees of corporate securities registered in a single name, matters which he considered to be of great practical importance. In the case of article 13, he asked whether it was wise to retain uncertainty in the case of the matters he had just mentioned. He referred to the use of the word 'may' appearing in that article, which left it, as a matter of discretion, to the judges of a particular country whether to apply the law of a foreign country in such cases. Drawing upon his own experience, he considered that it would be unwise and would certainly raise difficulties. However, he expressed himself ready to defer the matter until the discussion on article 13 itself.

The Chairman assured him that, if the matter were to be postponed, the possibility of returning to article 1 would be reserved.

Mr Holub (Czechoslovakia) pointed out that, under Czechoslovakian law, certain rights of surviving spouses had no connection with succession and accrued independently therefrom; for example, matters pertaining to copyright, insurance claims, certain labour law rights and claims, social insurance, etc. He expressed the view that the draft Convention should not cover these matters and requested the Rapporteur to mention this limitation in his Report.

The Rapporteur agreed.

The Chairman replied that this was a question of characterization, to be left to the discretion of the States whether to apply the Convention thereto, for there was no question of compulsion.

M. Goldman (France) s'inquiète de l'observation du Président concernant le problème des qualifications. Comment déterminer, en effet, l'étendue de la catégorie «droits successoraux du conjoint survivant»? Ainsi, en France, pourrait se poser la question des droits d'auteur qui sont dévolus en cas de décès d'un époux au conjoint survivant. Cette question fait-elle ou non partie des régimes matrimoniaux? La réponse est négative.

Le Président rappelle les propos du Rapporteur concernant les «zones grises» de la Convention. On n'enlèvera pas, en effet, aux Etats, une certaine liberté de déterminer l'étendue de la catégorie de rattachement discutée ici.

M. Goldman (France) propose deux exemples pour illustrer la diversité du problème.
D'une part, en France, il ne fait pas de doute que l'attribution de la rémunération d'un fonctionnaire public décédé accidentellement pendant une année au conjoint survivant n'appartient pas aux régimes matrimoniaux; d'autre part, il en va de même en ce qui concerne l'allocation due au conjoint survivant à la suite d'une convention d'assurance signée par le prédécédé.

M. Beitzke (Allemagne) souligne combien cette discussion montre la complexité du problème et souligne l'intérêt d'un éclaircissement à ce sujet dans le Rapport. En effet, il va de soi que les droits d'auteur, l'allocation résultant de l'assurance ou celle de la sécurité sociale n'appartiennent pas aux régimes matrimoniaux.

Le Président déclare que, si le principe d'une augmentation de l'énumération prévue à l'article 1 était adopté, chaque pays pourrait toujours augmenter la liste proposée, et ce, de façon indéfinie.

M. Beitzke (Allemagne) souhaite l'inclusion dans le Rapport des observations faites à l'assemblée.

M. Lotfy (Egypte) se demande à nouveau pourquoi limiter l'article 1 *b*) aux droits successoraux du conjoint survivant et pas aux autres personnes.

Mr Leal (Canada) expressed himself to be troubled by the recent discussion. In his view, the most valid distinction was that between rights accruing upon death, and recognized accordingly, and those dependent, in the sense of time, upon death. He referred to the example of Mr Beitzke of insurance capital money being paid out upon death. His own feeling was that that was a matter of contract and not of succession, for the obligation matured upon a predetermined event. One must be conscious of the distinction between present rights leading to benefits falling in upon death and rights and consequent benefits accruing upon death: *e.g.*, in the case of a trust *inter vivos*, the benefits falling in upon the death of the settlor could not be regarded as succession rights.

Le Rapporteur dit que la discussion présente et les problèmes soulevés par elle donnent sérieusement à réfléchir. Toutefois, il lui paraît difficile d'insérer autant de particularités sous cet article 1. Dans la plupart des cas, il s'agit de questions pratiques d'application du droit: il va de soi que l'allocation due en vertu d'un contrat d'assurance n'appartient pas au domaine des successions, mais le problème du «rapport successoral», qui pourrait se poser à cette occasion, lui appartient de toute évidence. Fixer des critères plus précis ne paraît pas possible. Il appartiendra dès lors à l'art du juge de régler cas par cas la grande majorité des problèmes qui pourraient être soulevés à ce sujet.

The Chairman, noting that the time had run out, reminded the Delegates that the next point, to be discussed on the following day would be whether any addition should be included in the list of exclusions of paragraph 2 of article 1, to be followed by a discussion on the problem of third parties, whereupon the Commission would proceed to the following articles.

The meeting was closed at 13.05 p.m.

Documents de travail Nos 9 à 13

Distribués le 6 octobre 1976

No 9 – Proposal of the United States delegation

Add to article 1, paragraph 1, a new (d)

d the rights of *bona fide* creditors or purchasers for value and without notice.

No 10 – Proposition de la délégation française

Rédiger comme suit l'article 1 b) :

b aux droits d'un des époux qui ne naissent ou ne deviennent exigibles que par l'effet du décès de l'autre, sauf si ces droits découlent du contrat de mariage;

No 11 – Proposal of the Danish delegation

Insert a new article corresponding to article 19 of the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

Article X

This Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

Insérer un nouvel article correspondant à l'article 19 de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

Article X

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

No 12 – Proposal of the Netherlands delegation

Delete articles 7, 8, 9 and 10.

No 13 – Proposal of the United Kingdom delegation

Delete article 2 and replace it by the following text which is based on article 11 of the Hague Convention on Products Liability:

The application of this Convention shall be independent of any requirement of reciprocity. This Convention shall be applied even if the applicable law is not that of a Convention country.

Procès-verbal No 3

Séance du mercredi 6 octobre 1976

The meeting was opened at 10 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman handed the floor to the Secretary-General.

The Secretary-General, for the benefit of those who had not previously attended, informed the Delegates that the function of the Secretariat was to produce summary records of the proceedings. That obligation fell upon the 'Secrétaires rédacteurs'. In order to allow them to carry out that task, it was essential that they not be hindered by the approach of Delegates before they had prepared the P.V.'s. In the interests of efficiency it was desirable not to seek to instruct them as to the impending preparation. If errors or misconceptions were found in the P.V.'s, the correct procedure was to submit to the Secretariat a revised version, which would then be distributed.

The Chairman requested the Delegates to resume their discussions on the articles. Recalling the proceedings of the previous day, he pointed out that the prospective vote had been whether to retain article 1, paragraph 2 (*b*). Referring to Working Document No 10, the proposal of France, he felt that, as it proposed an alternative to article 1, paragraph 2 (*b*), it would be in order if he allowed its introduction for discussion, and he invited Mr Goldman to introduce it.

M. Goldman (France) présente une proposition française (Doc. trav. No 10) visant à modifier l'article 1, alinéa 2 *b*) de l'avant-projet. Aux termes de cette modification l'exclusion de la Convention s'étend aux «droits d'un des époux qui ne naissent ou ne deviennent exigibles que par l'effet du décès de l'autre, sauf si ces droits découlent du contrat de mariage». L'objectif est d'écarter du champ d'application de la Convention non seulement les droits successoraux du conjoint survivant mais tous les autres droits d'un des époux qui ne naissent ou ne deviennent exigibles que par l'effet du décès de l'autre. Reprenant ses exemples, il rappelle que le droit au capital dû en vertu d'une assurance ou par le jeu de la sécurité sociale, et qui ne devient exigible que par l'effet du décès, n'appartient assurément pas à la matière des régimes matrimoniaux. Les autres droits issus d'autres causes que le décès devraient appartenir à ces régimes matrimoniaux. Pour éclairer sa pensée, il s'en réfère à un exemple scandinave: la «communauté continuée» après le décès d'un époux. Dans la Convention Nordique du 19 avril 1934 relative aux successions, cette institution relève du droit des successions. Pourquoi? Parce que cette institution est subordonnée de manière stricte au décès de l'un des époux et ne joue pas lorsque le mariage est dissous par le divorce. C'est précisément cette orientation qui est suggérée par la modification proposée par la délégation française. Cette modification, poursuit-il, fait l'objet d'une réserve: «sauf si ces droits découlent du contrat de mariage». En effet, il est d'avis que certaines dispositions que les époux peuvent prendre dans leur contrat de mariage relèvent de la qualification «régimes matrimoniaux». C'est le cas en France et en Belgique de la «clause d'abandon de communauté à l'époux survivant», institution qui ne saurait appartenir au droit successoral. En conclusion, l'orateur ne prétend nullement *qualifier positivement* l'étendue du champ d'application de la Convention, mais désire se limiter à une généralisation de la formule de l'exclusion prévue.

Le Rapporteur manifeste son inquiétude quant à la diversité des législations nationales, et des solutions que celles-ci proposent lors de la dissolution du régime matrimonial par le divorce ou le décès. La proposition de M. Goldman lui paraît dans ces conditions peu éclairante et suggère que d'autres Délégués fournissent à l'assemblée des exemples concrets.

Mr Leal (Canada) expressed his gratitude to Mr Goldman and the French delegation for their attempt to resolve the problem that had arisen the previous day, of the correct characterization of matters that could be matrimonial property regimes or succession. He conceded that the proposal was superficially attractive but expressed his doubts following a more careful examination. He took up again the example of proceeds payable upon the maturity of a life assurance policy. Under Canadian law, that would be dealt with under matrimonial property regimes and not succession. This followed from the recent introduction in Quebec of regulations instituting the concept of 'deferred sharing', and would result from legislation pending in Ontario which would introduce the concept of 'deferred community of property'. In the preparation of the move away from separation to community, this example had been dealt with in depth. Nor was it an academic problem, for one would be dealing with unexceptional estates comprising personal chattels, the matrimonial home, and a life insurance policy which would fall in upon the death. Thus, the matter was of very practical importance. As he understood the French proposal, such situations would be taken out of the sphere of matrimonial property regimes, and thus out of the scope of the Convention, and would fall to be covered by the laws of succession.

Mr Due (Denmark) raised another example of difficulties that, he felt, would arise from the French proposal. Following the report of a committee in Denmark, it was anticipated that there would exist different matrimonial property regimes, namely, separation of property upon a separation or divorce between the spouses, and, community of property upon the death of one of the spouses. However, he withdrew his intervention on his own understanding that the last words of the French proposal would solve the problem that he had envisaged.

M. Beitzke (Allemagne) se déclare surpris par la proposition française. A son avis le texte proposé n'est pas des plus logiques:
– en effet, il ne voit pas pourquoi l'exception finale doit être mentionnée, car, si «des droits découlent du contrat de mariage», ils ne découleront évidemment pas du décès;
– s'il existe un régime légal pour régler le sort des biens des époux, il est également certain que sa liquidation, *occasionnée* par le décès, appartiendra au régime matrimonial, et non au droit successoral.
Il fait alors une allusion au régime légal allemand qui

est celui de la participation aux acquêts. En cas de décès, deux voies sont ouvertes au conjoint survivant: soit un calcul précis de la participation en question, soit une somme forfaitaire permettant d'augmenter le patrimoine qui lui revient dans une proportion de 1/4. Il existe une différence fondamentale entre la liquidation pour dissolution du mariage par divorce et par décès. Mais la question reste posée de savoir quelle catégorie juridique va subsumer les institutions concernées: régime matrimonial ou droit successoral? Sur un point, il se montre d'accord avec M. Goldman: celui de ne pas qualifier positivement le champ d'application de la Convention. C'est la raison pour laquelle on a utilisé à l'article 1 l'adverbe «notamment». A cet égard, il laisse ouvertes d'autres possibilités que celles inscrites dans l'alinéa 2. Il lui semble désormais inutile de chercher à définir plus avant le champ d'application de cette Convention, car on risque, à chaque étape, de la compliquer. Il suggère en conclusion de ne pas donner suite à la proposition française.

Mme Collaço (Portugal) se demande si la proposition française n'aboutit pas à élargir outre mesure la formule utilisée dans le texte de l'avant-projet. A son avis, l'institution d'héritier, inscrite dans le contrat de mariage, devrait, si l'on s'en tenait au texte proposé par la délégation française, appartenir désormais au champ d'application de la Convention. Il lui semble, cependant, que ce genre d'institution n'a pas été conçue comme étant partie intégrante du droit des régimes matrimoniaux, mais bien du droit successoral et qu'il doit rester en dehors du domaine d'application de la Convention.

Mr Hayes (Ireland) congratulated Mr Goldman on the proposal which had been submitted for consideration. In his view, it was perfect. Not only was it short, a very desirable virtue, but, if one read it carefully, one could see that the Convention would not apply to rights of the spouses arising *solely* on the death of the other. Thus, the fact of death was the *causa causans* of the right. However, he felt that there was a small difficulty with the clause, which read, in his own translation, 'except those rights arising from the marriage contract': under Irish law the marriage itself was a contract. The French text was capable of being translated in two ways: the contract of marriage, or, the marriage contract. Further, the words 'marriage contract' could mean either a pre-marital contract or a post-marital contract. He requested clarification of this possible ambiguity. He pointed out that, under Irish law, there were a number of matters that properly related to the death of a party, but which were not subsumed under the law of succession:
– certain causes of action survive or arise on the death of a party. For example, in the case of fatal injuries, the wife and dependents have a right of action to recover damages upon the death of a husband. Clearly this was not a matter of succession, but arose *sui generis* from statute. He noted also that under English law, there existed an action to recover damages for loss of expectation of life. Such a concept had not been accepted into Irish law;
– as a result of rent control legislation, the wife has the right to remain in possession of protected habitation, and to become a statutory tenant upon the death of the spouse. As with survival of actions, this was not succession, but arose *sui generis;*
– the law allowed a person to insure his own life for the benefit of the surviving spouse.
Again, it was clear that the benefits accruing did not form part of the deceased's estate, and thus were safe from creditors, for the right arose from the contract of insurance, not from the law of succession. Admittedly, such benefits used to be taxable for death duty purposes, but that did not effect the principle.

Le Président souhaite pouvoir terminer la discussion à cet endroit et, à cet effet, donne la parole à M. Goldman pour répondre aux objections qui ont été formulées.

M. Goldman (France) souligne tout d'abord que M. Hayes a parfaitement compris le texte français. La proposition présentée vise uniquement le cas où le décès est la condition indispensable de la naissance ou de l'exigibilité d'un droit;
Il répond alors au Délégué irlandais que l'amendement proposé fait en sorte que la Convention ne s'appliquera que là où le décès est la condition même de l'existence du droit ou de son exigibilité. Il est vrai que les qualifications peuvent varier de pays à pays. Lorsque le droit au capital en vertu d'une assurance-vie est écarté de la qualification «régime matrimonial», cela ne veut pas dire pour autant qu'à ce droit c'est la qualification successorale qu'il faut appliquer. Il rappelle alors que son texte ne vise aucune qualification positive, mais tend seulement à préciser l'exclusion de certains droits.
Faisant ensuite allusion au droit allemand, plus particulièrement à la liquidation de la communauté des augments (participation aux acquêts), et à la différence qui existe entre une liquidation après décès ou après divorce, il est d'avis que l'allocation d'une somme forfaitaire devrait appartenir au droit successoral, l'autre appartenant aux régimes matrimoniaux. Enfin, il partage le doute de Mme Collaço quant à la qualification qu'il convient d'appliquer à l'institution d'héritier en droit portugais. Effectivement, il subsiste un problème quant au choix de la qualification adéquate.
Il fait, pour terminer, une brève remarque terminologique: l'expression française «contrat de mariage», vise la convention distincte par laquelle les époux déterminent le régime de leurs biens, et non pas le mariage lui-même. Pour le bon fonctionnement de la Conférence, il souhaite plutôt d'ajourner la question de savoir si oui ou non sa proposition est approuvée.

Le Président estime préférable que l'assemblée prenne une décision, afin que l'on puisse ensuite passer à l'examen des autres articles.

Mr Leal (Canada) requested an English translation of the French text contained in Working Document No 10.

The Chairman conveyed that request to the translator, who complied with the following: '*b* to the rights of one of the spouses, which only arise or become exigible upon the death of the other spouse, except where these rights arise from the marriage contract'.

Mr Leal (Canada) accepting the Chairman's correction that there existed only one text, that in the French language, plus an English translation thereof, pointed out that the word 'only' appearing in that English translation was misplaced.

Mr Hayes (Ireland) informed the Delegates that correct usage required 'arise only', and this was accepted.

Mr Due (Denmark), returning to his earlier intervention, pointed out that the approach adopted by the Danish committee was that the matrimonial property regime, in the normal case, would be that of community, which would have no real meaning until the dissolution of the marriage either by death or by divorce or separation. However, where the regime was amended by a marriage

contract, which provided for separation of property and specified nothing further, then the regime would be construed as one of separation of property to arise only upon dissolution by divorce or separation. There would be no effect upon dissolution by death, and, as a result of the French proposal, the matter would fall outside the scope of the Convention.

M. Beitzke (Allemagne) déclare que M. Goldman a méconnu le sens de l'intervention faite au début de la réunion. Il rappelle que, si le texte devait avoir une cohérence logique, la dernière exception n'a plus aucun intérêt.

Mr Skåre (Norway) expressed himself to be troubled by the French proposal. The right of a surviving spouse to take over property may arise by operation of law, as in the case of the system of community of property. However, the spouses might choose to have a separate community system, the determining event being the death of one of the spouses. Thus, from the time of contract to the death a system of separation would operate, becoming a system of community upon the death. In such a case the marriage contract amounted to a will. What was the justification for distinguishing between will-marriage contracts and other marriage contracts? There was uncertainty as to the exact scope of the French proposal. For himself, he would prefer the original text, despite its area of uncertainty.

M. Goldman (France) précise que la dernière ligne de la modification de texte proposée répond à l'observation de M. Skåre.

M. Lotfy (Egypte) déclare préférer la solution du texte initial, car, à son avis, les droits successoraux ne peuvent découler du contrat de mariage.

Mr De Nova (Italy) expressed himself to be against the French proposal on the reasoning that it was impossible to clarify the matter. Further, the expression adopted in article 1, 'in particular', rendered the article of little normative value.

The Chairman proposed that the Commission move to a vote on the French proposal.

Vote

In favour of accepting the proposal contained in Working Document No 10, the votes were: 3 in favour, 17 against with 3 abstentions, and the proposal was rejected.

As there were no proposals for additions to the exclusive list of article 1, paragraph 2, with the exception of the standing problem of third parties, the Chairman proposed that the Delegates move to a discussion of that matter. He invited brief preliminary discussions to delimit the difficulties, assuring the Delegates that the final decision would be deferred to the discussions on article 13, reserving the possibility to return to article 1 in order to modify that article should it prove to be the wish of the Commission.

Mr Martens (Netherlands) proposed, as an amendment to article 1, the proposition contained in Working Document No 5. He explained that it was necessary to begin from the basis of article 13, by which article he thus understood that the law governing the relationship between the spouses also applied to the relations between the parties and third parties *unless* a State created special provisions that ordained otherwise. Accordingly, it would be essential to make provisions as was provided for in article 13, in order to protect third parties from surprise. Thus there was a dilemma: either the present text of article 13 in the draft Convention was to be left untouched, but then the States would be forced to make provisions if they wished to ratify the Convention, or the Commission tried to design such provisions itself. His Government felt, however, that the problem of third party protection was not ready for international legislation. It therefore preferred that the Convention should be restricted to the internal relationship between the spouses, thereby leaving to the States the question of the protection of third parties. He noted further that this would also make it possible to restrict cases of automatic mutability.

The Chairman invited Mr Amram to introduce the proposition of the United States, Working Document No 9.

Mr Amram (United States) had only one point to make. In his view, article 13 as drafted, appeared to be a perfect illustration of Ehrenzweig's 'non-rule'. He drew particular attention to the word 'may' employed in article 13, whereby each State had the privilege of stating the conditions upon which the rights of third parties would be regulated. The converse was equally true. The article made no prescription about how, or when, such conditions were to be made. Nor did it treat of the possible ambit of such conditions. It was conceivable that such conditions might be imposed by legislation, or result from judicial activity. The article offered no help to the practising lawyer or the judge as to what the rights of third parties, or the spouses' obligations, might be. He noted that this matter had previously twice been voted upon (see Preliminary Document No 5, von Overbeck Report, paragraph 118). He understood that the object of article 13 was to protect third parties from secret and undisclosed matters. In this sense article 13 would prove to be deficient, for the conditions imposed by a particular State might be either facultative or mandatory. If the former, the protection might be entirely absent. Accordingly, he was strongly inclined to agree with Mr Martens, unless it was possible to stipulate the conditions.

Mr Freeman (United Kingdom) expressed his support for the viewpoints of Mr Martens and Mr Amram. It was evident that it was necessary to discuss both article 1 and article 13 together. He drew attention to one particular problem that was apparent from the text of article 1, paragraph 2(*c*). His Government was concerned that the expressed ambit of the Convention appeared to permit municipal rules governing capacity, imposed by a foreign law system, to be invoked against the third party, in cases where that third party could not reasonably be expected to be aware of that foreign law. He advocated that the Convention be restricted to the relationships between the spouses *inter se*.

Mr Nygh (Australia) indicated briefly his preference for the adoption of the view of the United Kingdom representative, either by approving the proposal of the Netherlands or by amending article 1. He reserved one matter: should the proposal of the Netherlands be accepted, namely, the deletion of article 13, then the problem of mutability would be reserved for future discussion.

The Chairman requested interventions in favour of including third party relationships.

M. Stiénon (Belgique) ne voit pas d'objection à l'inclusion, sous l'article 1 de l'avant-projet, de la proposition

néerlandaise concernant les rapports au tiers. Cependant, il ne saisit pas la relation causale que le Délégué néerlandais aperçoit entre l'inclusion à l'article 1 d'une part, et la suppression de l'article 13 d'autre part. Cet article 13, en effet, permet aux Etats de prévoir une opposabilité aux tiers mais ne règle pas le problème de la loi applicable. Si l'on supprime l'article 13, naîtra un doute quant à la possibilité pour les Etats de légiférer à cet endroit pour précisément envisager la protection des tiers.

Le Président précise qu'à son avis, si l'on décide d'écarter les tiers à l'article 1, l'article 13, dans sa rédaction actuelle, n'a plus aucun objet. Il passe alors la parole au Délégué néerlandais.

Mr Martens (Netherlands), replying to Mr Stiénon expressed the view that, if from the *Actes et documents* it was clear that the Netherlands proposal was the same as that previously discussed by the Special Commission, that relationships to third parties would be excluded from article 13, or their exclusion would be included in article 1, then no real fear existed of judicial misinterpretation.

Mme Collaço (Portugal) se demande comment résoudre à l'avenir les conflits de lois relatifs aux rapports avec les tiers dans la mesure où ils sont définitivement exclus de la Convention. Dans ce domaine, on retomberait dans un système de règles de conflits extra-conventionnelles qui risque, en pratique, de diminuer sensiblement l'effet de la Convention discutée aujourd'hui.

Mr Martens (Netherlands), replying to Mrs Collaço, stated that his proposal was essentially the same as that of the United Kingdom, in effect to include in article 1 the words *inter se*.

M. Baechler (Suisse) estime à cet endroit prématuré de continuer la discussion, et se prononce pour l'inclusion de la proposition néerlandaise sous l'article 1.

M. Grégoire (France) est d'avis que la proposition néerlandaise créera bien des difficultés. En effet, si la Convention vise les rapports entre époux, à l'exclusion des rapports aux tiers, le risque sera grand de se trouver devant deux droits parallèles pour l'examen d'un cas concret. Tel serait sans doute la situation dans laquelle se trouverait un juge français.
Si la Convention ne mentionne aucune disposition concernant les tiers, il serait alors possible à la Cour de cassation de dire pour droit que celle-ci s'applique également aux rapports entre époux et tiers. Il est évident que si la Convention commence par dire le contraire, la Cour de cassation ne pourrait que s'incliner.
Si l'article 13 devait être supprimé, il faudrait, dans ces conditions, éviter toute allusion aux tiers dans les exclusions prévues à l'article 1. Ainsi une porte resterait ouverte pour rendre la Convention éventuellement applicable aux rapports avec les tiers.

Le Rapporteur voudrait ramener la discussion à un niveau plus concret. Il se demande, en pratique, comment expliquer aux particuliers que des droits différents seront applicables aux époux d'une part, et aux rapports entre époux et tiers, d'autre part. A son avis, il ne faut avoir aucun préjugé à l'égard de ces tiers et surtout pas les exclure: il en est qui savent le droit applicable, d'autres qui ne le connaissent pas, d'autres qui y sont indifférents ou d'autres encore qui trouveront avantage à l'application de la loi déclarée applicable par la Convention. Si les rapports avec les tiers sont délibérément exclus, ceux-ci se trouveront dans une grande incertitude, comme l'a souligné la Déléguée portugaise, car il faudra trouver de nouvelles règles de conflits extra-conventionnelles, qu'on ne saurait imposer à personne. Il souhaite en conclusion le maintien de l'article 13, mais vraisemblablement dans une rédaction plus satisfaisante, qui sera discutée en temps utile.

The Chairman recommended that they accept the Rapporteur's advice to continue the discussions on the presumption that the Convention would include the protection of third parties, and to reconsider the matter at a later stage. Accordingly, they could pass to an examination of article 2. He considered that the proposal of the United Kingdom contained in Working Document No 13 raised only a matter of drafting, and could be referred to the Drafting Committee for its consideration.

M. Goldman (France) signale que l'exclusion de la condition de réciprocité, stipulée à l'article 2 de l'avant-projet de Convention, se trouve en contradiction avec une disposition de la Constitution française. Il n'entend pas dire par là que le Gouvernement français s'oppose à l'exclusion de la condition de réciprocité, mais souhaite une rédaction mieux adaptée aux besoins juridiques de son pays. Il suggère alors que le texte de l'article 2 se rapproche de la formulation suivante «la loi déterminée par la Convention s'applique même si elle n'est pas celle d'un Etat contractant». Pareille rédaction n'ajoute en fait rien de très neuf au texte actuel; elle veut simplement dire que désormais la règle de conflit internationale remplacera la règle de conflit nationale en cette matière.

Le Rapporteur fait part à l'assemblée des difficultés éprouvées à maintes reprises par les rédacteurs des Conventions de La Haye auparavant. Il se dit prêt à chercher encore une rédaction meilleure du texte proposé.

Le Secrétaire général adjoint déclare que depuis la Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, toutes les Conventions de La Haye ont utilisé la même formulation. Si l'on devait décider de changer la formule habituelle il faudrait ne rien changer au fond et modifier dans le même sens les autres Conventions qui seront élaborées par la Treizième session.

Le Président propose de laisser au Comité de rédaction le soin de rédiger un autre texte.

Mlle Perez Vera (Espagne) déclare que le caractère universaliste de la Convention a toutes les sympathies du Gouvernement espagnol, mais il faudrait revoir la formulation de l'article 4.

Mr Due (Denmark) wondered whether it was appropriate to raise the question of the relationships between the present draft Convention and other international instruments. He introduced Working Document No 11, the proposal of Denmark, based on article 19 of the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

The Chairman, in the absence of further comments on article 2, considered that article 2 could be accepted subject to drafting. He requested the Rapporteur to introduce article 3.

Le Rapporteur souligne que le choix de la loi applicable (rattachement subjectif) est prévu aux articles 3 et 5 de la Convention, et que l'on peut discuter ces deux articles en même temps. Dans l'ensemble, il observe un accord gouvernemental assez généralisé pour l'adoption du principe de l'autonomie de la volonté. Peut-être un

problème surgira-t-il à l'article 3, alinéa 2 *c*), qui permet aux époux de choisir la loi de l'Etat sur le territoire duquel ils *vont* fixer leur résidence habituelle. A l'article 3, alinéa 2*d*), il constate un certain malentendu quant au champ d'application de cette disposition. D'une part, la Commission spéciale y voit une possibilité *spécifique* de choix pour l'ensemble des immeubles; d'autre part, les Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada font observer que cette disposition permet une sorte de panachage dans la mesure où il est possible de lier *chaque immeuble* à la loi de sa situation. Le Gouvernement de Grande-Bretagne souhaite même que les parties puissent choisir plusieurs lois différentes pour régir les différentes parties de leur patrimoine, sans limiter cette possibilité aux immeubles. Ce principe n'est en général pas reçu dans les Etats continentaux d'Europe. Quant à la permanence ou à la mutabilité du régime, il rappelle que le choix de la loi applicable entraîne l'application indéfinie de celle-ci jusqu'au choix d'une nouvelle loi par les époux.
Il termine en évoquant un problème qui n'est mentionné ni dans le Rapport ni dans la Convention, à savoir la portée de l'article 12: s'applique-t-il à la fois au rattachement objectif et au rattachement subjectif? A son avis les deux opinions peuvent se défendre et il conviendra de les discuter en séance.

The Chairman recommended the following procedure:
– general discussion on the principle, contained in article 3 of party autonomy;
– a discussion of Working Documents Nos 1, 6, 8.

Mr Leal (Canada) pointed out that, in order to have a basis for discussion, it was necessary to establish the text. Referring to paragraph 2, he indicated that the word 'only' could appear in one of three places. He understood the paragraph to mean, 'However, the spouses may designate only one of the following laws'. If that was so, 'only' should be understood to refer to any one of *(a)*, *(b)*, or *(c)*. Subparagraph *(b)* stood aside from the others.

Mr Nygh (Australia) admitted to a fundamental difficulty. In his view everything hinged on the question of third parties. If, at a later stage, it was decided to exclude this question, then it would be appropriate for him to support the widest possible degree of autonomy. Conversely, it would be necessary to impose strict limits on autonomy.

The Chairman replied that the intention of article 13 was precisely to fill up the gap just indicated.

Mr Martens (Netherlands) raised two questions on the construction of article 3:
– 'at the time of marriage' (paragraph 1). He thought that the provision should be construed broadly so as to include the time before a marriage, but, he noted, the Rapporteur has extended the provision to encompass time after the marriage. In such a case, surely article 5 would come into operation.
– 'the law of any State of which the spouse was a national immediately before marriage' (paragraph 2 *(a)*). Referring to the Report of the Rapporteur, paragraph 74, he asked if the provision was so broad that any previous nationality might be chosen. If that were the case, he would advocate an amendment to exclude such a possibility.

Le Rapporteur est d'avis que l'article 3, alinéa 1 ne vise pas le moment précis du mariage, mais englobe une courte période avant et après celui-ci. Il rappelle qu'au moment du mariage, toute nationalité antérieure à celui-ci peut être choisie, peu importe qu'elle subsiste ou non après le mariage. Au contraire, dans l'hypothèse d'un choix ultérieur, un des époux doit effectivement être ressortissant de l'Etat dont la loi est choisie.

Mr Martens (Netherlands) asked the Rapporteur whether he also meant that it was possible to choose the law of any State of which a spouse had been a national.

The Rapporteur replied that it was sufficient that the nationality existed until the time of the marriage, *e.g.*, where the wife lost her nationality upon the marriage it was possible to choose that national law.

Mr Amram (United States) expressed the view that the vote of the United States would depend upon the ultimate decision taken on the rights of third parties. He had in mind an example of a New York bank accepting securities in the name of the husband, a foreign national residing in New York, married to a wife of the same foreign nationality and so resident. He was concerned that the rights of the bank as pledgee of securities might be affected by a choice of the spouses of a foreign law. Thus, an understanding as to the rights of, for example, a pledgee bank, was necessary to permit a vote on article 3.

The Chairman expressed the view that the intention of the Special Commission, as contained in article 13, was to solve that problem by giving the right to New York to provide for the protection of such a bank.

Mr Reese (United States) opined that article 13 dealt only with the case where the spouses had changed the applicable law. The Chairman replied that the article applied to all cases where foreign law could be invoked against a third party, where upon Mr Reese withdrew his intervention.

M. Stiénon (Belgique) souligne l'ambiguïté possible de la disposition prévue à l'article 3, alinéa 2 *a*): «la loi d'un Etat dont l'un des époux avait la nationalité avant le mariage». En effet, il se demande ce qu'il faut entendre par «nationalité avant le mariage». Il suppose qu'il s'agit de la nationalité existant au moment du mariage.

Le Rapporteur répond au Délégué belge que l'idée des Rédacteurs a bien été de permettre le choix de la loi nationale existant au moment du mariage, et non pas toute loi antérieure dont un des époux aurait eu autrefois la nationalité.

M. Goldman (France) fait part à l'assemblée de son inquiétude quant à la durée dans le temps du «moment du mariage» autorisé à l'article 3, alinéa 1.
A son avis, admettre l'idée d'un «certain temps» lui paraît assez dangereux. A quel instant considérera-t-on, dans cette hypothèse, que l'on passe de l'adoption d'une loi nationale au changement de régime applicable. A son avis une fois le mariage célébré, il faudrait que le rattachement objectif s'impose immédiatement. Cela éviterait toute confusion à l'avenir, entre époux et à l'égard des tiers.

Le Président pense que le moment n'est pas de s'occuper de détails de rédaction, mais de se décider sur l'adoption ou non du principe de l'autonomie de la volonté.

Mme Collaço (Portugal) met l'accent sur la frontière existant entre l'article 3 et l'article 5 de l'avant-projet

de Convention. Il faudrait, à son avis, interpréter l'article 3, alinéa 2 *a*) dans le sens suivant: la désignation de la loi appelée à régir le régime matrimonial doit être faite au plus tard à la célébration du mariage. A l'intention du Délégué néerlandais, elle signale qu'en ce qui concerne l'article 3, alinéa 2 *a*), seule devra être prise en compte la nationalité que l'un des époux possédait au moment du mariage (et non à un autre moment antérieur à celui-ci, comme par exemple celui du contrat de mariage). Elle se demande si la rédaction actuelle du texte traduit exactement ces solutions.

M. Grégoire (France) présente l'avis du Comité de rédaction d'après lequel la célébration du mariage constitue le moment fatidique au-delà duquel il n'est plus possible de choisir la loi régissant le régime matrimonial conformément à l'article 3.

Le Président déclare qu'il faudrait décider du maintien ou de la modification de l'article discuté.

Mr Freeman (United Kingdom), returning to the more general problem contained in article 3, stated that the United Kingdom agreed with the comments previously made by Mr Nygh. Assuming for the moment that article 13 would fall out, he would accept fully the principle of autonomy and, indeed, would seriously doubt the desirability of imposing one law for the duration of the marriage, with the exception of the *lex situs*. In the first place, that was not English or Scots domestic law. Secondly, it was doubtful whether such an approach would prevent the spouses from designating different laws for different parts of their property. Finally, he was disinclined to accept the suggestion of the Rapporteur that the majority of spouses would constitute a puzzle of different laws. The provision of adequate legal advice would militate against such a situation.

The Chairman directed the Delegates to move on to the constituent elements of article 3. Raising as a first question the interpretation of 'at the time of marriage' (paragraph 1), he reminded Delegates of the two views that had been advanced:
– that it indicated a band of time around the marriage, the time following to be reasonably brief;
– that it meant that time was to stop at the moment of celebration, after which article 5 would become operative.

Le Rapporteur rappelle l'intention de la Commission spéciale de considérer le *moment du mariage* avec une certaine flexibilité. Selon lui l'interprétation du Professeur Goldman devrait conduire au même rattachement que ceux prévus à l'article 5. Après le mariage, il ne reste plus que la loi nationale ou celle de la résidence dans l'éventail des choix se présentant aux époux. Il reconnaît le caractère parfois un peu faible de certains rattachements de fond, comme celui de l'article 3, alinéa 2 *b*). Enfin, quant au *moment* du mariage, deux solutions lui paraissent pouvoir être défendues: le choix peut être effectué soit avant le mariage, soit peu après.

Mr Skåre (Norway) indicated a preference for a flexible solution. With regard to subparagraph *(c)* in particular, there might be questions of form that could only be fulfilled in the State of the habitual residence. Further, many spouses would only consider the matter of a marriage contract after they had chosen a place of habitual residence.

The Chairman considered that that matter was solved by article 5.

Mr Leal (Canada) expanded on the ambiguity of 'at the time of marriage' (paragraph 1). If it contemplated a period of time following the marriage so as to allow the spouses time to consider the marriage contract, then it might well be reasonable. As the ambiguity was clear it was essential to remove it.

M. Beitzke (Allemagne) déclare que la question posée revient ici à savoir si la loi applicable choisie agit ou non avec un *effet rétroactif*. Si l'on n'admet pas ce dernier effet, le moment du mariage doit être *le dernier moment précédant sa célébration*. Il est, de son côté partisan d'un choix rendu encore possible après le mariage, pendant un court délai.

M. Baechler (Suisse) propose que l'on fixe à trois mois le délai postérieur au mariage pendant lequel les époux peuvent encore choisir la loi applicable à leur régime matrimonial.

M. Goldman (France) réagit à l'idée de laisser passer un certain temps après le mariage avant de choisir le régime applicable. A son avis, c'est là une période qui peut être très active au plan des biens des époux. Il faudrait considérer qu'à défaut de choix préalable au mariage, le régime légal prévu par le rattachement objectif s'applique. Il attire l'attention des Délégués sur le caractère surprenant de la solution telle qu'elle est présentée dans l'avant-projet; il y a un moment où il faut choisir, et ce moment doit nécessairement précéder celui du mariage, ou à tout le moins, être concomitant à celui-ci.

Le Président déclare que le choix est toujours possible par le jeu de l'article 5. Le seul problème subsistant est celui de la loi à choisir: la loi nationale ou celle de la résidence.

M. Goldman (France) rappelle qu'il faut éviter à tout prix la confusion d'une période d'attente. Si l'article 5 n'a, quant à lui, pas d'effet rétroactif, alors le choix des époux dans le cadre de cet article aura le même effet qu'un changement de régime.

Le Président souhaite que l'on passe à présent au vote. Il s'agit de choisir entre une règle flexible, et une règle fixe (le moment précis du mariage constitue la limite du choix).

Vote

Se prononcent en faveur d'une règle fixe: 18 voix; contre une règle fixe: 3 voix; abstention: 1.
La proposition est adoptée.

La séance est levée à 13 h.

Documents de travail Nos 14 et 15

Distribués le 7 octobre 1976

No 14 – Proposition de la délégation égyptienne

L'article 3 sera remplacé par le texte suivant:

Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux *au moment de la célébration du mariage.*

Toutefois les époux ne peuvent désigner que l'une des lois *internes* suivantes:

a la loi d'un Etat dont l'un des époux *a* la nationalité *au moment de la célébration du mariage;*

b la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux *a* sa résidence habituelle *au moment de la célébration du mariage;*

c la loi l'Etat sur le territoire duquel les époux ont décidé de fixer leur résidence habituelle, à la condition qu'ils l'y établissent [dans un délai raisonnable] après la célébration du mariage.

Néanmoins les époux peuvent désigner, pour les immeubles, la loi de leur situation.

No 15 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 3 (d)

This article should be amended to read with respect to immovables, either the law already designated or the law of the State where the immovables are situated.

Procès-verbal No 4

Séance du jeudi 7 octobre 1976

The meeting was opened at 10 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman resumed the discussions on article 3, reminding the Delegates of the vote taken the previous day. Turning to Working Document No 8, he asked Mr Skåre to introduce the proposal of Norway.

Mr Skåre (Norway) accepted that the spouses should have a relatively wide freedom to choose the law to apply, including the national law, but he considered that the freedom to select the national law went too far when that law was not that of the common nationality. He was concerned with the situation where the spouses had habitually resided for a period of time in one State, then they were married, and continued to reside in that State. In his view, where the parties had different nationalities in such case, there should be no freedom to choose either of those national laws. Such was the intention contained in Working Document No 8. He added that it would be necessary to harmonise the period which had been selected for the proposed new article 3, paragraph 2(*a*) with that to be selected for article 4, paragraph 2(*b*).

The Chairman summarized the proposal of Norway as follows: the spouses may designate the laws of any State of which both parties were nationals before the marriage, or of either State, but in the latter case they would be subject to the restriction as to habitual residence. Mr Skåre agreeing with that analysis, the Chairman drew attention to the proposal of Egypt, Working Document No 14, and asked Mr Lotfy to introduce it, which he did.

Mr Duchek (Austria) thought that it was desirable to avoid formulae which would lead to legal uncertainty. Regarding the actual operation of the phenomenon of autonomy, it must be conceded that the choice of another law was a rare event. Where that happened, the parties would choose invariably a law that was connected to the parties because of special interests. There would virtually never be a choice of a law having no connection with the property or the spouses. To all intents and purposes, one could leave aside hypothetical problems, such as those invoking the concept of *fraus legis*. If it was desired to combine autonomy with objective criteria, this would prove acceptable. However, such combination would have to be with objective criteria, which could be clearly proven at some later time when it was necessary to wind up the regime. Accordingly, he had serious doubts about the Norwegian proposal, for it introduced a time limit which was capable of leading to later uncertainty.

Mr Leal (Canada) expressed his immediate approval of

the habitual residence principle. In the context of the present discussion, he contemplated three difficulties:
– it was necessary to subscribe to a formula acceptable to the majority of countries assembled. Any formula chosen must properly accommodate both the nationality and the residence principle;
– it was a mistake to assume that most cases would concern first marriages, devoid of assets. Later marriages, with an accumulation of assets, were no longer a rare event. Accordingly, it would not be so unusual for the parties to have property connected with a jurisdiction other than that where they at present were habitually resident;
– he accepted the observation of Mr Duchek that the case where the parties desired to choose a totally unconnected law would hardly ever arise. Caprice would be the exception, real interests the usual situation.
Accordingly, he wished to register a reservation as to the proposal of Norway, inclining towards retention of the text of the draft Convention.

The Chairman sought to elicit support for the proposal of Norway.

Mr Skåre (Norway), in the absence of support, was prepared to withdraw his proposal without a formal vote.

The Chairman accepted the withdrawal, and then moved the discussion to article 3, paragraph 2 (*c*). As amendments had been proposed in Working Documents Nos 1, 6, 8 and 14, he suggested that the four delegations introduce their prospective proposals in chronological order.

M. Beitzke (Allemagne) présente la proposition de la délégation allemande visant à modifier l'article 3, alinéa 2 *c*) de l'avant-projet de Convention (Doc. trav. No 1). Les mots «à la condition qu'ils l'y établissent immédiatement après le mariage» devraient être supprimés. Justifiant sa proposition, il renvoie au développement du professeur Valladão lors de sa réunion de l'assemblée du mardi 5 octobre dernier. A son avis, en supprimant une demi phrase, comme proposé par la délégation allemande, le rattachement prévu deviendrait bien subjectif, mais quand même il resterait possible.

M. Goldman (France) présente, à son tour, la proposition française (Doc. trav. No 6) visant à voir rédigée la disposition de l'article 3, alinéa 2 *c*) comme suit «la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel les époux établiront leur première résidence habituelle». Il justifie cette proposition de la manière suivante:
Tout d'abord, il convient de chercher à unifier le plus possible la rédaction des articles contenus dans l'avant-projet. Dans l'état actuel de celui-ci, certains articles font mention de l'expression *loi interne,* tandis que d'autres se limitent à mentionner la «loi d'un Etat». En ajoutant le qualificatif «interne» partout où il manque, on comble ainsi une lacune, et on évite une confusion future toujours possible.
Il partage la préoccupation du Délégué allemand qui se demande ce qu'il faudrait entendre par la résidence qu'on établit *immédiatement* après le mariage. L'interprétation de cet adverbe risque d'être extrêmement controversée: aussi suggère-t-il également qu'on supprime cette partie de l'actuelle disposition. Mais, plus fondamentalement, il se demande ce qu'il faut entendre par l'expression «les époux *ont décidé* de fixer leur résidence habituelle». Cette décision fait-elle l'objet d'un acte particulier? Il ne lui semble pas convenable d'abandonner le choix d'une loi applicable à la seule décision de fixer une résidence habituelle, alors que l'on ne sait pas si cette résidence sera effectivement fixée dans un Etat particulier. Dès lors, il propose à l'assemblée une solution plus radicale, permettant aux époux de choisir la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils *établiront réellement* leur première résidence habituelle.

Le Président demande au Délégué français si la première partie de sa proposition peut être directement laissée aux bons soins du Comité de rédaction. La réponse est affirmative.

Le Rapporteur interroge M. Goldman sur la solution à laquelle sa modification conduit dans le cas de deux époux qui s'établissent d'abord dans un pays, puis déménagent et fixent leur résidence habituelle dans un autre.

M. Goldman (France) répond au Rapporteur que la solution serait la même que celle fournie dans le cadre de la rédaction actuelle. La nature du problème n'est en aucun cas changée. Là où il n'y a pas de rattachement subjectif, c'est la solution du rattachement objectif qui doit trouver à s'appliquer.

Le Rapporteur pense que l'emploi d'un mode futur conduira à une incertitude pareille à celle que l'on peut trouver dans la rédaction actuelle.

M. Goldman (France) lui répond que le futur du verbe «s'établir» signifie pour lui quelque chose de certain. On ne peut pas honnêtement croire que les époux n'auront pas de résidence habituelle quelque part. On légifère pour un public aussi large que possible, et non pour des «milliardaires errants», gens qui constitueront toujours une exception. L'emploi du futur implique un terme. La «décision des époux» est, elle, beaucoup trop imprécise pour être inscrite dans cette Convention.

Le Rapporteur répond qu'on peut connaître la décision en question parce que le choix aura été exprimé.

M. Goldman (France) ne partage pas cet avis. Il déclare que certains époux peuvent, dans l'état actuel de la rédaction, choisir une loi d'un pays étranger, sans avoir réellement l'intention de s'y établir, et sans, au demeurant, s'y établir jamais. C'est là une interprétation qui ne semble pas en désaccord avec le texte proposé, et dont il faudrait éviter en pratique la réalisation.

Le Président pense, quant à lui, qu'il s'agit d'une question de rédaction. Il estime qu'il faut s'interroger sur le sens du délai qui doit être imparti pour le choix de la première résidence.

M. Goldman (France) redit que, dans sa proposition, il s'agit de la *première résidence.* Il ne pose pas une question de délai ou une condition de «temps maximum». Il suffit que la résidence qu'on fixe soit effectivement la première, situation qui finira bien par se réaliser quelque temps après le mariage.

Mr Skåre (Norway) explained that the proposal of Norway offered a compromise solution to two problems:
– it was felt that the requirement of 'immediately' (paragraph 2 (c)) was capable of being too strictly interpreted judicially. As the intention was otherwise, it could be expressed more clearly by the formula 'shortly following';
– there arose situations where only one of the spouses was able to establish habitual residence in the intended country, *e.g.,* where the husband went abroad to do his military service immediately after the marriage. The proposal could cater for such situations.

M. Lotfy (Egypte) présente la proposition de la délégation égyptienne (Doc. trav. No 14) tendant à modifier l'article 3, alinéa 2 *c*) de l'avant-projet de Convention dans le sens suivant: «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 dans un délai raisonnable après la célébration du mariage». Cette proposition contient deux éléments; un élément intentionnel (une décision) et un élément matériel (l'établissement dans un délai raisonnable). A son avis, c'est au juge qu'il conviendra d'apprécier la durée du délai raisonnable.

The Chairman pointed out that it was necessary to choose between two alternatives from the four amendments:
– the French proposal, which set no time limit but rested upon the first common habitual residence, and the other proposals which did set time limits, albeit not strictly specified;
– the Norwegian proposal, that it sufficed where one spouse settled in the intended country, and the German proposal, which attached no importance to the fact of settlement, but stressed the subjective factor of the choice having been made.

M. Goldman (France) rappelle que la délégation française n'entend pas se référer à une *décision* des époux, prise à un moment donné, mais dont l'exécution reste aléatoire. L'article 3, alinéa 1 stipule le principe de l'autonomie de la volonté; dans l'alinéa 2, il s'agit de fixer les limites placées à cette autonomie. Dans le cas présent, on ne discute que *l'élément de fait qui peut valider le choix*. Il demande que cet élément de fait soit cerné de manière plus stricte.

M. Beitzke (Allemagne) pense que la décision de l'établissement d'une résidence dans un pays déterminé peut être insérée dans le contrat de mariage.
A son avis, il faut une règle qui permette d'englober également la situation où l'établissement de la résidence habituelle ne peut pas se réaliser pour des raisons généralement accidentelles.
Ce serait l'exemple de deux Allemands se mariant en Allemagne et ayant décidé de fixer leur résidence habituelle aux Etats-Unis, puis, à la suite d'un accident de l'avion qui devrait conduire l'un d'eux en Amérique, ne peuvent voir se réaliser cette intention.

The Chairman considered that, as the German proposal was the furthest removed from the text of the draft Convention, it was appropriate to begin with that proposal.

M. Goldman (France) déclare que la proposition allemande, revient, en définitive, à supprimer toute limitation de l'autonomie de la volonté. En effet, les époux peuvent alors décider le choix de la loi de n'importe quel pays pour régir leur régime matrimonial, sans jamais mettre ce choix en pratique.

Mr Holub (Czechoslovakia) also drew attention to the fact that the inclusion of the phenomenon of autonomy was a compromise. In his view, one should proceed carefully and adopt a restrictive view. Further, one must take into account the fact that the rule as drafted catered for the majority of cases, *i.e.*, the usual situation where the first habitual residence would be that of the husband. The emphasis that had already been placed on ease of later proof was also of considerable importance. His inclination was in favour of the deletion of paragraph (*c*), and reliance upon the objective connecting factors provided for in article 4.

The Chairman, noting that that suggestion was even further removed from the proposal of Germany, asked whether there was any support for the deletion of article 3, paragraph 2 (*c*). As no support was forthcoming, Mr Holub acceded to the request to withdraw his suggestion.

Mr Martens (Netherlands) requested elucidation of the German proposal: was it necessary for the parties expressly to state their intention to establish habitual residence in the country the law of which had been chosen to apply?

M. Beitzke (Allemagne) dit que l'insertion dans un contrat de mariage ne constitue pas la condition expresse de l'application de l'article 3, alinéa 2 *c*), mais est un des moyens d'indiquer l'intention des époux à cet égard. Il ajoute que seuls des faits *imprévus* empêchant l'établissement de la résidence peuvent être retenus pour permettre à l'article 3, alinéa 2 *c*) de s'appliquer. La fraude ne devrait pas s'y trouver en quelque sorte légalisée.

Mr Duchek (Austria) considered it essential actually to consider the cases in which the rule would operate fairly. He was of the opinion that the rule was only justifiable in those cases where the spouses, at the moment of designating a particular law in the marriage contract, had the intention to establish the common habitual residence following the marriage, and that intended establishment was prevented by the death of one of the spouses shortly after the marriage. In such a case, application of the spouses' intention was acceptable. It was otherwise in the situation where the parties choose the law of, and intended to establish themselves in, country X, but, changing their mind, established themselves in Y. The application of the law of X was not acceptable. He conceded that, in those cases where the rules could be seen to be justifiable, the disadvantages of such a flexible rule might not be too high, but he was disinclined to accept the proposal.

Mr Hayes (Ireland) noted two difficulties in regard to the German proposal:
– Referring to Mr Beitzke's example of two Germans who marry and intend to live in the United States, but do not, he felt that the most difficult matter related to proof. For example, how would one deal with the situation where intention was not expressed in the marriage contract, or, where the wife gives evidence that they thought that they intended to live, or that they thought that they would live in State X but it transpired that they were to be sent to State Y.
– How does the court actually establish the intention of the parties? Consequently, he could not vote for the proposal of the German delegation.

The Chairman, Mr Beitzke not withdrawing his proposal, moved to a vote on Working Document No 1.

Vote

The proposal was rejected by a vote of 24 against, 1 in favour and 1 abstention.

The discussion turned to the proposal of Norway, Working Document No 8.

Le Rapporteur reprend une partie de la proposition norvégienne concernant l'article 3, alinéa 2 *c*) (Doc. trav. No 8), et demande à l'assemblée de bien vouloir décider si l'on se limite à la résidence habituelle *d'un seul époux* ou si l'on souhaite conserver la résidence commune habituelle des conjoints. Le reste de la proposition norvégienne sera discuté plus tard.

Mr Amram (United States) desired to test the proposal with a hypothetical example, namely, where a German employee was instructed to go to the United States after his marriage, accompanied by his wife, and the departure was postponed for six months upon fresh instructions to remain in Germany. One might then have a situation where the parties had habitually resided in the United States for twenty-five years, but due to the delay in establishment, they would not fall within the proposal.

The Chairman reminded Mr Amram that they were discussing the question whether one or both of the spouses must establish habitual residence in the chosen country. Mr Amram asked for his intervention to be held over and taken as spoken at a later stage.

M. Goldman (France) fait part de la réaction favorable de la délégation française à cet aspect de la proposition da la délégation norvégienne. A son avis, le fait qu' *un seul des époux* s'établisse dans un Etat déterminé montre une réalité suffisante d'intégration dans cet Etat, justifiant le choix efficace de cette loi. Il songe ainsi aux employés d'entreprises qui doivent partir à l'étranger pour des temps limités, en laissant leur famille souvent derrière eux. Cette situation serait alors couverte par l'article 3, alinéa 2 *c*) modifié dans le sens de la proposition norvégienne.

Mr Leal (Canada) supported the Norwegian proposal. He reminded the Delegates that the situation was not unusual where one of the spouses was faced with the necessity of being separated from the other shortly after the marriage. In fact, the pending absence was often the fact that crystallised the decision to marry. He expressed some concern over the situation where parties had separate habitual residences, but considered that it was not a problem of such frequency that they should be too concerned.

Mr Duchek (Austria) was prepared to accept the proposal that the habitual residence need be established only by one spouse. He could not support the proposal of Norway as drafted because it contained two requirements:
– the intention to reside habitually; and
– one of the spouses so establishes the habitual residence.

The Chairman reminded him that the matter was not under discussion. In the absence of further comments, he proposed that a vote be taken on the proposal of Norway contained in Working Document No 8.

Mme Collaço (Portugal) signale qu'elle ne comprend pas le sens du vote demandé. A son avis, la proposition norvégienne contient deux éléments, l'un intentionnel, l'autre matériel (la résidence d'un seul époux). Il lui paraît difficile de voter pour ce dernier aspect uniquement, et demande si cela peut avoir un sens. Pour elle, l'élément intentionnel est constitué par une décision *commune,* et l'on ne saurait se décider pour le deuxième élément sans avoir au préalable pris une décision pour le premier.

Le Président lui répond que la proposition norvégienne, à cet endroit, concerne l'amendement de l'article 3, alinéa 2 *c*) dans le sens suivant: remplacer l'obligation *de deux époux* par la même obligation pesant sur *un seul* de ceux-ci.

Le Rapporteur dit qu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, il y a toujours à la base un élément subjectif, le choix des parties. La question qui subsiste dans cet aliéna est de savoir si l'on requiert une intention ou un établissement réel. Pour l'instant, il s'agit de se décider sur l'élément *objectif,* à savoir un établissement par un ou par deux époux.
Après on discutera encore, souligne-t-il, d'autres questions qui pourraient se poser comme celle du délai de cet établissement (immédiatement, délai raisonnable, ...).

M. Goldman (France) déclare que si la proposition norvégienne devait être adoptée sur ce point il y aurait lieu de modifier également la proposition française dans sa rédaction et de remplacer le pluriel des époux par le singulier.

The Chairman moved to the actual vote on the proposal of Norway, Working Document No 8.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Austria, Canada, Denmark, Finland, France, Italy, Luxemburg, Netherlands, Norway, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States, Yugoslavia), 4 against (Australia, Belgium, Egypt, Japan), and 5 abstentions (Brazil, Czechoslovakia, Germany, Ireland, Portugal).

He recommended moving on to a discussion of the French proposal not expressly to mention in article 3, paragraph 2 (*c*) the intention or the decision of the parties.

Mr Leal (Canada) supported the proposal without reservation. He considered that the text of the draft Convention made it clear that it was irrelevant whether the spouses decided or intended, because paragraph *(c)* could only become operative if habitual residence was actually established. He conceded that the matter was not free of difficulty, for one was in the realm of *animus et factum.* But such difficulties could be set aside, for if the spouses intended to establish habitual residence in State X, then the fact that they did so is sufficient. Why was it necessary to deal with both elements? There was a danger of driving a wedge between intention and fact.

Le Rapporteur reprend la proposition française et rappelle qu'elle pose deux genres de problèmes, une question de *décision* des époux, et un problème de *délai.* La question est de savoir s'il faut, oui ou non, renoncer à la fois à la *décision,* telle qu'elle est inscrite dans la rédaction actuelle de l'article 3, alinéa 2 *c*), et au *délai* de l'établissement?
L'idée de la Commission spéciale était de permettre aux époux de faire un choix, par exemple dans un contrat de mariage; s'ils ne concrétisent pas le choix décidé, celui-ci ne peut avoir d'effet, et l'on se retrouve dans la situation du rattachement objectif.
La proposition française ne change donc, en pratique, rien d'essentiel à la rédaction actuelle.

M. Baechler (Suisse) déclare que la proposition française lui paraît logique. Pour la compréhension du texte, il trouve plus opportun d'ajouter: «envisagent de s'établir».

M. Goldman (France) précise que l'emploi de l'expression «envisager de» ne change rien à l'expression utilisée dans le texte actuel «décider de». Il attire l'attention de l'assemblée sur le résultat d'une éventuelle adoption de la proposition suisse: elle revient à supprimer tout effet à la proposition française.

Mr Amram (United States) recalling his earlier intervention, was satisfied that the proposal would fully cover that situation. However, he sought further assurance: on the circumstances there specified, would it be quite clear that during the first six months spent in Germany, a habitual residence would not be established in Germany, for otherwise, that would be the first habitual residence and the designation of the United States would be invalid.

The Chairman pointed out that that question went to the following point, whether a time limit was necessary for the establishment of habitual residence. There being no further interventions, he proposed a vote on the French proposal.

Vote

This proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Ireland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, United States), 5 against (Australia, Egypt, Japan, Switzerland, United Kingdom), and 4 abstentions (Brazil, Czechoslovakia, Germany, Yugoslavia).

Turning to the final point that was left in regard to paragraph (*c*), the matter of a time limit, he noted that from the existing proposals one could extract three real variations. The proposals were:
– the French proposal, which made no reference to a time-limit;
– the Norwegian proposal, which suggested 'shortly following';
– the proposal of Egypt, which adopted the phrase 'reasonable delay';
– the text of the draft Convention, which specified 'immediately after marriage'.
The Delegates of Norway and Egypt accepting that their proposals could be combined for this purpose, one was left with three variations. Considering the French proposal to be the furthest removed, he proposed that it should be dealt with first.

Mr Martens (Netherlands) queried whether the expression 'first habitual residence' meant the first habitual residence following the marriage.

M. Goldman (France) intervient pour dire que la proposition qu'il a présentée devrait se lire comme suit: «la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel un des époux établira sa première résidence habituelle».

M. Schockweiler (Luxembourg) se demande si la proposition française n'est pas, finalement, restrictive. Il s'interroge aussi sur l'effet *dans le temps* de la résidence d'un époux. A ce sujet, il demande des précisions au Délégué français.

M. Goldman (France) rappelle que, dans l'esprit de la proposition française, il ne s'agit que de la résidence de l'époux après le mariage. Le choix d'une loi applicable n'est pas surbordonné au fait qu'un époux avait sa résidence dans l'Etat de cette loi avant le mariage. Le texte envisagé vise uniquement la résidence *après* le mariage. A l'intention de M. Amram, il répond que la notion de résidence habituelle constitue une question de fond qu'il est extrêmement hasardeux de préciser. Chaque Etat a, en effet, une certaine idée du contenu de ce concept. Cette notion n'a, à son avis, pas supprimé les difficultés d'interprétation provoquées par le choix du mot «domicile». La pratique enseigne que, s'il était impossible de définir de manière univoque l'expression «domicile», l'usage de l'expression «résidence habituelle» n'a pas pu apporter de solution satisfaisante. A cet égard, l'évolution n'a pas été celle qui avait été envisagée lors des sessions antérieures de la Conférence de La Haye.

Le Rapporteur illustre la proposition française par un exemple. Un Allemand, résidant en Allemagne, épouse une Française, résidant en France. Il choisissent l'application de la loi belge à leur régime matrimonial, mais ne modifient pas leur résidence. Si, à un moment donné, le mari s'établit en Belgique, de manière indépendante, le choix de la loi belge devient efficace. Il en va de même de la femme qui s'établit individuellement en Belgique. Mais si le mari s'établit d'abord dans un pays tiers puis s'installe et réside en Belgique, ou si la femme suit de son côté un même genre d'itinéraire, le choix ne peut être rendu efficace; à ce moment, le rattachement objectif entre en jeu.

Mr Amram (United States) accepted that no answer could be given on this matter. In his view, the decision on the point was not so critical, for the worst that could happen would be that a court adjudge the choice to be invalid, whereupon article 4 would become operative. As his example was insoluble within the limits of the Convention, he felt that the matter could be left to the lawyers and judges to resolve.

Mr Leal (Canada) wished to record that he could not associate himself entirely with the earlier comments on domicile. Habitual residence had proved itself of value and had made a number of significant gains.

The Chairman proposed that the Commission vote on the French proposal.

M. Stiénon (Belgique) demande si l'on va bien voter sur le texte suivant: «la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira sa résidence après le mariage» ou «la loi de la résidence de l'un des époux après le mariage». Il y est répondu affirmativement.

The Chairman moved to the vote on the proposal of France.

Vote

This proposal was adopted by a vote of 14 in favour (Austria, Belgium, Brazil, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Portugal, Spain, Sweden, United States), 2 against (Japan, United Kingdom) and 8 abstentions (Australia, Czechoslovakia, Egypt, Luxemburg, Netherlands, Norway, Switzerland, Yugoslavia).

The text of article 3, paragraph 2 (*c*) being established, the Chairman asked if there were any further points for discussion.

Mr Hayes (Ireland) drew attention to the number of times the word 'immediately' appeared in the English text when the word *'immédiatement'* did not appear in the French text.

The Chairman agreed to refer the matter to the Drafting Committee. He observed that the Commission was seized of two amendments to article 3, paragraph 2 (*d*), Working Documents Nos 14 and 15. He opined that both were concerned with matters of drafting.

Mr Freeman (United Kingdom) stated that the proposal of the United Kingdom, Working Document No 15, went somewhat further. From the text of article 3

of the draft Convention it was not clear to the United Kingdom Government whether the parties could designate one law for all immovables or whether more than one *lex situs* could be stipulated for different parts of immovable property. He added that Working Document No 15 should read 'it should be amended to read: with respect to immovables'.
He requested clarification whether article 3 as drafted embraced the proposal. Further, he pointed out that in his view the Rapporteur's discussion of the matter in his Report (see Preliminary Document No 5, paragraph 79) did not appear to be reflected in the article as drafted.

Le Rapporteur reconnaît, avec le Délégué de la Grande-Bretagne, que le texte de l'avant-projet peut être compris dans différents sens. L'intention de la Commission spéciale était bien de permettre aux époux de soumettre chacun de leurs immeubles à sa loi locale.

M. Lotfy (Egypte) signale que, dans la proposition qu'il a présentée, les époux peuvent choisir deux lois: d'une part, la loi désignée à l'article 3, alinéa 2 *a)*, *b)* ou *c)*; d'autre part, pour les immeubles, la loi de l'Etat de leur situation.

Mr Hayes (Ireland) pointed out that article 3 as drafted did not make it clear whether sub-paragraphs *(a)*, *(b)* and *(c)* were conjunctive or disjunctive with *(d)*. He considered that they were in fact conjunctive.

M. Beitzke (Allemagne) croit qu'il n'est pas logique de suivre la solution française. D'autre part, il demande à l'assemblée s'il ne faudrait pas permettre également un choix des époux se portant uniquement sur la loi applicable aux immeubles, le régime de leurs biens étant pour le surplus soumis à la loi désignée en vertu du rattachement objectif.

Le Président pense que telle devrait être sans doute l'intention des auteurs de la Convention.

Le Rapporteur estime que l'intervention allemande fait apparaître un élément nouveau dont il faudrait tenir compte à l'avenir. L'hypothèse envisagée n'est peut-être pas fréquente, mais elle ne devrait pas être pour autant abandonnée.

M. De Nova (Italie) signale que l'éventail proposé à l'article 3 de l'avant-projet devrait être éclairci. Il faut indiquer clairement qu'il existe un choix de la loi *a)*, *b)*, ou *c)*, et un autre, éventuellement, pour les immeubles.

The Chairman replied that the intention was that the spouses could choose from *(a)* or *(b)* or *(c)*, but could not combine them. Having chosen from *(a)* or *(b)* or *(c)*, they could choose *(d)*. Further, *(d)* could be combined with article 4. The point that arose for decision was, where the parties owned no or little immovable property was it possible for them to submit future immovables to a *lex situs*, or could such decision be made only at the time of or after acquisition.

Mr Freeman (United Kingdom) pointed out that, in his view, paragraph 79 of the Report suggested that the parties could not apply the *lex situs* prospectively, and article 3, paragraph 2 *(d)*, did not cover that situation. He proposed that the parties should be permitted to apply the *lex situs* prospectively. However if that was accepted, it would be necessary to permit multiple stipulations in regard to the *lex situs*. If there was designation at the time when no property had been acquired, it might transpire that later acquisitions of immovables were situated in various countries, which would be out of step with the indication in article 3, paragraph 2 *(d)*, that the parties could designate only one *lex situs*.

The Chairman replied that it was clear from the work of the Special Commission that the parties could stipulate various *leges situs*. The discussion should move on to consider whether it was possible to designate prospectively that the *lex situs* was to govern.

Mlle Perez Vera (Espagne) attire l'attention de la Conférence sur certains résultats du choix d'une loi autonome applicable aux immeubles. Que se passerait-il, en effet, dans l'hypothèse où une personne mariée sous le régime légal de la communauté, achète un immeuble dans un Etat où la loi locale (*lex rei sitae* applicable en l'espèce) prévoit un régime de séparation:
Cet immeuble lui resterait acquis. Il y a là une possibilité de fraude, et la délégation espagnole voudrait qu'on l'éclaire sur les moyens de prévenir cette difficulté.

M. Beitzke (Allemagne) lui répond que le problème de la prévention de ce genre de cas appartient au droit matériel applicable en l'espèce, et ne peut relever de règles de droit international privé.

Mlle Perez Vera (Espagne) reprend son exemple et signale que le genre d'abus qu'elle a évoqué ne relève pas uniquement du droit interne.

M. Goldman (France) intervient à deux niveaux. Tout d'abord, il déclare que la délégation française n'est pas extrêmement enthousiaste quant à l'adoption d'un régime légal distinct pour les meubles et les immeubles. Il rappelle toutefois qu'elle n'a pas reçu instruction de son Gouvernement de refuser pareil projet, s'il devait rallier l'adhésion de la majorité des participants. Mais, à partir du moment où l'on accepte le principe de la *lex rei sitae*, il faut aller jusqu'au bout de sa logique: ainsi chaque immeuble se trouvant sur un Etat distinct doit pouvoir être soumis à la loi de cet Etat, et les époux doivent pouvoir prévoir pareils rattachements dans le *présent* et le *futur*.
Sur un plan technique il suffirait sans doute de mettre un «s» au mot «*State*», repris dans la version anglaise du texte.
A l'intention de Mlle Perez Vera, il confirme l'affirmation du Délégué allemand disant que le problème posé doit trouver sa solution dans le cadre du droit matériel. En l'espèce, la loi applicable au régime de communauté prévoit certainement une *récompense* si l'achat du bien devenu propre dans le chef de l'époux commun en biens a été effectué avec les deniers provenant du patrimoine commun.

Mr Hayes (Ireland) considered that it was no longer true to say that the Common Law jurisdictions were wedded to the distinction between movable and immovable property. In the context of matrimonial property regimes the distinction need no longer be maintained.

Mr Nygh (Australia) wished it to be recorded that in Australia also in the context of matrimonial property regimes, immovables were governed by the *lex situs*, and it was preferred that that should continue.

The Chairman moved on to a vote on the question whether the parties could stipulate for the prospective application of the *lex situs*.

Vote

This was accepted by a vote of 11 in favour (Australia,

Canada, Czechoslovakia, France, Germany, Italy, Netherlands, Portugal, Sweden, United Kingdom, United States), 3 against (Denmark, Luxemburg, Switzerland) and 10 abstentions (Austria, Belgium, Brazil, Egypt, Finland, Ireland, Japan, Norway, Spain, Yugoslavia)

Mr Freeman (United Kingdom) queried whether it was necessary to redraft the article or not.

The Chairman replied that the matter would be referred to the Drafting Committee. He raised the query of Mr Beitzke whether it was possible, to combine article 3, paragraph 2 (*d*), with article 4. Could article 3, paragraph 2 (*d*), be chosen in a situation where article 4 applied to the rest of the property? He opined that article 11 appeared to cover that situation. In the absence of any objections, it could be accepted that that was possible.

Mr Freeman (United Kingdom) pointed out that, naturally, the converse was not true.

M. Beitzke (Allemagne) déclare que l'article 11 ne peut résoudre la question soulevée, car il n'y a, dans cette hypothèse, pas de véritable choix, sauf précisément pour les immeubles.

Le Président précise que c'est là l'objet de l'actuelle discussion.

Mr Leal (Canada) queried whether it was possible for someone to elect to have, for example, article 3, paragraph 2 (*a*), applying to movables, and article 3, paragraph 2 (*d*), to immovables in Ontario while article 3, paragraph 2 (*a*), governed other immovables in another State.

The Chairman replied in the affirmative. He announced his intention to request the following Delegates: The Rapporteur, Mr Grégoire, Mr Leal, Mr Nygh and Mr Duchek, to sit on the Drafting Committee. Those Delegates agreed.

M. Stiénon (Belgique) se demande quel sort réserver à la proposition égyptienne dont on n'a pas encore discuté l'ensemble des éléments.

Le Président répond au Délégué belge que la proposition égyptienne a été discutée tout à l'heure, et qu'elle ne posait plus à présent de problème de contenu. En ce qui concerne les problèmes rédactionnels, il avait été décidé de confier ceux-ci au Comité de rédaction.

Le Rapporteur rappelle, quant à lui, que le choix de la loi applicable, effectué par les époux, doit être fait ainsi qu'il a été décidé, *au plus tard* au moment du mariage. Il ne croit pas que la proposition égyptienne voulait dire autre chose. En ce sens-là, cette proposition ne devrait plus faire l'objet de nouvelle discussion.

Le Président déclare terminée la discussion concernant l'article 3 de l'avant-projet de la Convention, et demande que l'on discute l'article 5 qui ne devrait plus poser de problèmes, dans la mesure où il est lié à l'article 3. Il demande au Délégué norvégien si sa proposition à ce sujet est effectivement retirée.

Mr Skåre (Norway) agreed to the withdrawal of the proposed article 5, paragraph 2 (*a*), contained in Working Document No 8.

Le Président fait part à l'assemblée qu'il attend ses observations concernant l'article 5, et signale qu'il est bien évident que l'aspect rédactionnel de cet article sera revu conformément à ce qui a été décidé à ce niveau pour l'article 3.

Mr Amram (United States) considered that his former hypothetical case was covered by article 5, for upon arrival, the parties could designate the application of the present habitual residence.

The Chairman considered that articles 3 and 5 could be regarded as adopted. He requested the Drafting Committee to make arrangements for a meeting.

La séance est levée à 13 h.

Documents de travail Nos 16 et 17

Distribués le 8 octobre 1976

No 16 – Proposition de la délégation espagnole

I Rédiger comme suit l'article 4:

1 Si les époux n'ont pas, au moment du mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi de leur nationalité commune.

2 Toutefois, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent tous deux leur première résidence habituelle après le mariage lorsque cet Etat a fait la déclaration prévue à l'article 21.

3 Si les époux n'ont pas de nationalité commune (ou ont plus d'une nationalité commune), leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent tous deux leur première résidence habituelle après le mariage.

II Rédiger comme suit l'article 21:

Tout Etat pourra au plus tard . . ., faire aux fins de l'application de l'article 4, alinéa 2, une déclaration spécifiant que sa loi interne sera applicable aux époux qui

établissent sur son territoire leur première résidence habituelle après le mariage.

No 17 – Proposal of the Canadian and Irish delegations

Article 4, paragraph 3 to be replaced by the following text:

If the spouses have not established their habitual residence in the same State after marriage, their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State of their common nationality, failing which the regime shall be governed by the law of the State with which, taking all circumstances into account, it is most closely connected.

Rédiger comme suit l'article 4, alinéa 3:

Si, après le mariage, les deux époux n'établissent pas leur première résidence habituelle sur le territoire du même Etat, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat dont ils ont tous deux la nationalité, et à défaut, par la loi de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

Procès-verbal No 5

Séance du vendredi 8 octobre 1976

The meeting was opened at 10.05 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck.

The Chairman resumed the discussion of article 4, and drew attention to the existence of three proposed amendments, contained in Working Documents Nos 2, 7 and 8. He requested the Rapporteur to introduce article 4, whereupon they would move to a discussion of the amendments.

Le Rapporteur présente les grands traits de l'article 4 de l'avant-projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Le principe de base du rattachement objectif est constitué par la résidence habituelle des époux immédiatement après le mariage. A défaut de résidence commune sur le territoire d'un même Etat, l'alinéa 3 de l'article 4 soumet le régime matrimonial à la loi interne de l'Etat dont les époux ont la nationalité. Une solution de compromis a été envisagée à l'alinéa 2 de cet article: la loi interne de l'Etat dont les époux ont la même nationalité peut primer la loi de la résidence, lorsque l'Etat en question a fait la déclaration prévue à l'article 21 de l'avant-projet. Il est apparu à la lecture des observations des Etats membres de la Conférence, ainsi qu'à l'examen des Documents de travail publiés depuis le début de la Conférence, qu'un consensus était difficile à réaliser, en présence d'un certain nombre d'opinions assez divergentes. C'est là l'objet de la discussion actuelle.
Ainsi l'Allemagne souhaite-t-elle un renversement de la priorité accordée à la loi de la résidence en faveur de la loi nationale; l'Espagne, quant à elle, voudrait accentuer encore plus le poids de l'influence de la loi nationale à l'alinéa 2 de l'article 4. Parmi les pays que l'on trouve encore en faveur de l'alinéa 2, figurent la Finlande et le Portugal. Par contre, une proposition norvégienne (Doc. trav. No 8) prend le contre-pied des observations espagnoles et vise à y diminuer la portée du principe de l'application de la loi nationale. De son côté, une proposition canadienne va encore plus loin, estimant les concessions actuellement faites à la nationalité trop considérables. Enfin, et cela ne paraît pas négligeable aux yeux du Rapporteur, il faut constater que la Convention n'a pas un caractère exhaustif et qu'elle ne règle pas toutes les éventualités qui pourraient voir le jour. Ainsi, à l'alinéa final de l'article 4, si les parties n'ont ni résidence ni nationalité communes, aucune règle n'est prévue; il appartiendra aux juristes, et plus spécialement aux juges, de choisir la loi la plus appropriée aux cas d'espèce qui leur seront soumis.
Le Canada se réfère de manière subsidiaire, à l'application de la loi de l'Etat où les époux se seront le mieux intégrés. Pareille suggestion ne semble pas, aux yeux du Rapporteur, exempte de risques: on peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une sorte de *no rule* qui, dans la pratique, n'apporte aucun élément nouveau. Il rappelle, en conclusion, qu'il ne faut pas s'attacher à la création d'une Convention dont les règles seraient considérées comme exhaustives. Elle doit laisser une place au pouvoir créateur de ceux qui connaîtront des cas d'espèce.

The Chairman repeated that it was necessary to discuss the amendments, namely the proposal of France, Working Document No 7, and that of Norway, Working Document No 8, which modified details of the system conceived by the Special Commission, and the proposal of Germany, Working Document No 2, which went to the root of the matter and proposed changing the basic starting point from habitual residence to nationality. As that was the more fundamental, it was desirable to begin there. Before asking the German Delegate to introduce that proposal, the Chairman pointed out that the proposal of the Special Commission represented a compromise worked out between the advocates of nationality and habitual residence, in a spirit of good-will and compromise. It was a precarious balance and if it was overturned it would be necessary to begin again from scratch. Indeed, it might prove to be impossible to find another compromise.

M. Beitzke (Allemagne) souligne que la délégation allemande accorde une importance primordiale à la loi nationale des époux comme facteur de rattachement primaire: elle voit là un rattachement stable et permanent, que ne procurerait pas la résidence habituelle. A son avis, les formules utilisées dans le cadre de l'avant-projet de Convention ne sont pas satisfaisantes; et de rappeler l'exemple rapporté lors de la séance du 5 octobre dernier, où il disait qu'un résultat insupportable pourrait être obtenu là où un Etat a effectué la déclaration prévue à l'article 21, lorsqu'un autre n'a pas ratifié la Convention et est également adhérent du principe de la nationalité. La préférence de la délégation allemande pour le choix de la loi nationale pourrait s'accompagner d'une nuance: cette loi nationale contiendrait à la fois les dispositions de droit international privé et les dispositions matérielles,

en sorte que, par application des premières, le renvoi à la loi interne du domicile puisse être envisagé.
Pour l'instant, la délégation allemande ne propose pas de formulation précise. D'autre part, le Délégué allemand se déclare favorable au texte envisagé dans l'article 4 de l'avant-projet pour le cas où les époux ne sont pas de même nationalité. Enfin, il précise que la position allemande en faveur de la loi nationale n'est pas sujette à de futures concessions. C'est là un principe de rattachement sur lequel la fermeté sera de rigueur.

M. Schockweiler (Luxembourg) déclare que, traditionnellement, le Luxembourg est attaché à la loi nationale commune comme facteur de rattachement en matière de régime matrimonial. C'est pourquoi sa délégation appuie l'intervention allemande.
Il cite alors l'exemple des travailleurs migrants, venus de la région méditerranéenne dans les pays du nord de l'Europe, et des étudiants, à l'égard desquels le rattachement à la première résidence commune ne paraît pas suffisamment stable en regard de la permanence de la loi nationale. Dans la mesure où ces gens sont appelés à se mouvoir, il faut considérer une sorte de présomption de choix en faveur de la loi nationale commune.

Mr Freeman (United Kingdom) indicated his preliminary opposition to the proposal of Germany and the Luxemburg support thereof. There were four points in favour of the present scheme:
– it was more likely that the spouses would have a common habitual residence than a common nationality;
– a problem that confronted the common law countries was that nationality was apt to embrace more than one system of law. Thus, it would be necessary to provide for sub-rules to localise the rule that would be applicable in fact;
– any property that the spouses were likely to acquire would, in all probability, be situated in the country of the habitual residence, where that was different from the nationality;
– in the case of a country of immigration, spouses who wished their property to be subject to the law of their nationality could make a choice under article 3. In fact, that was the situation when spouses were most likely to be alerted to the need to consult a lawyer.

Mr De Nova (Italy) expressed his agreement with the proposal of Germany. He was not so impressed by the objections raised by Mr Freeman. The matter under discussion rested on a basis of principle. The article contemplated a situation that was the more normal one, namely, where the spouses did not in fact designate an applicable law.
Accordingly, the point of view of the spouses was not so important, nor was the actual location of the property. The object was to agree upon the choice of a starting-point, not to find a final solution. As nationality was accepted in matters of status in the conflict rules of so many countries, it was better to adopt the starting-point of nationality than the somewhat hazy concept of habitual residence, which was proving itself to be so resistant to definition. The basis of any formula should be that of stability, with an option for the spouses to choose another law to govern.

Mr Nygh (Australia), though not wishing to weary Mr De Nova with statistics, pointed out that Australia had a quarter of a million inhabitants possessed of a foreign nationality.
If one extended the concept of foreign nationality to include those of Commonwealth countries, then the figure rose to three quarters of a million.

Mr Schockweiler had expressed the view that habitual residence constituted an unstable factor. It was necessary to take into account the distinction between two types of migration:
– European migration, which could be unstable, in the sense that it was temporary, the parties having no intention of severing their links with the State of the nationality;
– continental migration, which was stable, for it endured, in the majority of cases, for life. Although it was true that his Government had experienced difficulty in persuading such migrants to give up their foreign nationality in favour of Australian nationality, it must be remembered that the foreign nationality could not be changed within the first five years of immigration.
The principal issue under discussion was the exact scope of the Convention. Was it to be a universal Convention? If so, then it was necessary to accept the compromise contained in article 4 as drafted. If not, then a basic change in the system that had been accepted by the Special Commission, even with concessions, meant that the Australian Government would be faced with considerable difficulties. Ratification could not be assured.

Mr Matić (Yugoslavia) explained his support for the German proposal. There existed a number of cases where the parties went to live abroad, perhaps married there, and remained in that foreign country, but retained their links with the country of nationality. That was manifested in the continuance of the customary manner of adjusting their affairs.
The number might not be great but is was of importance. When one looked to the Convention as a whole, which established the autonomy of the parties as a basic principle, it was not unreasonable to concede the principle of nationality in the context of the objective connecting factor.

Mr Martens (Netherlands) outlined the position of his Government. As Mr De Nova had pointed out, the adoption of nationality raised a question of principle, and he sympathised with that viewpoint. However, the case law of the Netherlands was tending towards the adoption of the principle of habitual residence. His Government did not regard the compromise expressed in article 4 to be unsatisfactory, and it did not desire to endanger that compromise. Accordingly, he would abstain in the subsequent vote.

Mr Leal (Canada) explained that the view of his Government was to approach this sensitive area in a spirit of compromise. It would hesitate to accept the responsibility for a firm stand on its part obliging another State not to ratify. But what it was prepared to concede, it asked for itself.
The matter raised profound practical implications. Mr Nygh had already indicated the basic distinction that must be drawn when speaking of migration, in fact if not in law. He reminded Mr De Nova that of the two and a half million people living in Toronto, there was a considerable Italian population. Any shift towards nationality as a basic principle was bound to have far-reaching effects for the Canadian courts. The proper discharge of Canadian international obligations would be rendered more difficult.
The Rapporteur had stated the Canadian position most strongly, when he had pointed out that the Canadian Government wished to restrict the principle of nationality even further than had been done, because of those difficulties.
He emphasised that a hard line was not being adopted. His Government's approach was one of compromise, for

it wished for the widest possible ratification. But as with Australia, should such a basic shift be made, he could not be sanguine as to the eventual consequence.

Mr Jokela (Finland) expressed his sympathy with the proposal of Germany, for under Finnish law the principle of nationality remained the main connecting factor in personal matters. But his Government feared that acceptance of nationality as the primary objective connecting factor would raise a serious obstacle to ratification of the Convention. That was regarded as the primary objective. Furthermore, the faculty for a declaration to be made under article 21 was a satisfactory safeguard. Consequently, he could not vote for the proposal of the German delegation.

Mr Duchek (Austria) reiterated that it was necessary to arrive at a solution that was capable of insuring a considerable degree of legal certainty. In most cases it would be many years after the marriage that the regime would be wound up. Consequently, the need was for rules that were not too difficult to apply in order to attain the most satisfactory and equitable solution. As nationality could not be changed too frequently, it was the more appropriate for that purpose. However, the necessity for a compromise was obvious. He would support a compromise if it could be shown that such compromise was capable of working satisfactorily in practice. He was not in a position to state whether such a compromise had been achieved by article 4 as drafted, because one question remained open, mutability, and that was crucial. As Mr Beitzke had emphasised, habitual residence was capable of frequent change. Upon the winding-up of the regime, that fact could lead to major practical difficulties. Consequently, a compromise with habitual residence could only be acceptable if mutability was restricted, and it was not clear that it had been sufficiently restricted. Referring to article 9 (*d*), he considered that if the period to be chosen was a short one then it would be unacceptable. But if the period was, say ten years, then it would not be unreasonable to regard the State of such long residence as the State of the nationality in fact, even if in law the parties had retained their foreign nationality.

Mr Skåre (Norway) endorsed the views of Mr Leal. Norway utilised the concept of habitual residence. It was accepted that, where the party retained his nationality after establishing a new habitual residence, that retention was to be respected, but matrimonial property regimes posed a practical problem and winding-up was done most satisfactorily where the assets were situated, and that was usually the place of the habitual residence. He expressed his intention to vote against the German proposal.
He agreed with Mr Duchek that the question under discussion must be seen in a broader context. Raising the matter of bilateral treaties, and whether they should have precedence over the Convention, he referred to the support of the Norwegian Government for the inclusion of a provision in the Convention granting priority to regional and bilateral Conventions on the same subject-matter (see Preliminary Document No 6, Observations, Norway, paragraph 10). He adverted also to the problem of mutability. Conceding that article 12, paragraph 1, could cause difficulties, especially when there was more than one change of the applicable law, he suggested that the adoption of the view that such new law should govern the entire property would be a useful step towards a compromise with the advocates of the nationality principle.

M. Goldman (France) se rallie aux dernières interventions et déclare que l'on pourrait trouver un arrangement si l'on pouvait modifier l'article 12 de l'avant-projet concernant l'effet dans le temps de la loi applicable. Il souligne la nécessité de trouver un compromis, non pas seulement sur cet article 4, mais dans le cadre plus général de toute la Convention.
A l'intention de M. De Nova, il signale que, dans le cas de travailleurs migrants italiens ou portugais qui viendraient s'installer en France puis retourneraient dans leur pays d'origine, l'article 9 *a*) de l'avant-projet donne une solution satisfaisante: s'ils ont conservé leur loi nationale, ils retomberont sous le coup de celle-ci une fois établis à nouveau dans leur pays. Toutefois, il faudrait modifier l'article 12 pour rendre compte globalement de cette situation. En conclusion la délégation française ne peut se rallier à la proposition allemande.

Mr Forsström (Sweden) explained that, as with Germany, Sweden had for many years followed the nationality principle. Now there was a growing tendency in favour of domicile, although nationality remained valid. His Ministry of Justice saw clearly the need for a compromise, and considered article 4, paragraph 2, to be a satisfactory one. He would vote against the German proposal.

Mme Collaço (Portugal) déclare que le Portugal a déjà exprimé ses observations sur ce point au cours des séances précédentes. Ce pays se déclare favorable au rattachement à la résidence si les époux ne sont pas de même nationalité, mais dans le cas contraire, le problème se pose différemment.
Son examen mérite une approche globale du travail fait à La Haye. A cet égard, elle souligne le fait que la Conférence actuelle ne reproduit plus la liste des pays européens qui en étaient Membres au début du XXe siècle. Elle est devenue transcontinentale, et sa tâche est devenue plus difficile, dans la mesure où il faut concilier à présent des points de vue venus d'horizons bien plus divergents qu'auparavant.
Son but, cependant, reste toujours celui d'obtenir une unification des règles de conflits aussi large que possible. En 1955, la Convention pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile a tenté d'établir un compromis entre les deux orientations représentées à la Conférence, mais elle n'est toujours pas entrée en vigueur.
C'est aussi un compromis entre la loi nationale et la loi de la résidence qui est à la base de la Convention sur l'administration internationale des successions, issue de la Douzième session. D'autre part, la Convention du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs, aussi bien que la Convention sur les obligations alimentaires, ont déterminé l'application de la loi de la résidence. Mais dans ces deux cas, le choix de la résidence se justifiait par des raisons particulières: efficacité des mesures de protection des mineurs, nécessité de prendre en considération le milieu d'insertion du créancier d'aliments. Le cas des régimes matrimoniaux lui paraît différent. Il lui semble que la délégation allemande a fait retentir, à juste titre, une sonnette d'alarme.
On ne peut s'orienter vers l'application généralisée de la loi de la résidence sans peser les conséquences de ce fait pour la Conférence. Si les pays partisans de la loi nationale ne sont pas en mesure de ratifier la Convention, celle-ci ne saurait changer grand chose en pratique, même si les pays partisans de la loi de la résidence se décidaient à la ratifier: l'unification du droit des conflits de lois aura échoué. La Déléguée portugaise fait donc appel à un effort de réflexion nouveau sur le compromis à réaliser qui éviterait le blocage de certaines délégations, et elle souligne qu'à son avis, ce compromis doit porter sur l'ensemble de la Convention.

M. Lotfy (Egypte) déclare que sa délégation est favorable au choix de la loi nationale comme critère de rattachement. Celui-ci lui paraît le mieux à même d'assurer la sécurité juridique.

Mr Holub (Czechoslovakia) stated that he would support the German proposal. He did not desire to repeat those matters already elaborated; he merely wished to observe that article 5, adopted on the previous day, covered not only the connecting factors of article 3 but also the objective connecting factors of article 4. It was possible for spouses caught by the provisions of article 4 to change the law that governed their regime.
Accepting the necessity for compromise, he advocated adoption of the starting-point of the common nationality, and the development of concessions.

Mr Chikusa (Japan) supported article 4 as drafted. Japan also utilised nationality as the only connecting factor in matrimonial property regimes. Thus, acceptance of the draft Convention would involve a great change in its system, but it desired strongly that private international law in the matter be unified. In principle, he had great sympathy with the advocates of the German proposal, but he would not support it.

Mlle Perez Vera (Espagne) signale qu'aux yeux des autorités espagnoles, le choix de la loi nationale commune constitue déjà un compromis: en Espagne, c'est la loi nationale de l'époux qui prime lorsque ceux-ci n'ont pas de loi nationale commune.
Le pas en avant que l'on semble vouloir faire pour adopter le principe de la loi de la résidence lui paraît dangereux pour les «pays de loi nationale». En 1955, une Convention a été signée pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, au terme de laquelle c'est la loi nationale qui s'est trouvée en retrait. Il ne faut pas oublier que la Convention aura un caractère universaliste, ce qui pourra conduire, dans certains cas, à des résultats pour le moins fâcheux. Ainsi, si «les Etats de loi nationale» s'obligent à adopter un principe de résidence et qu'ils restent les seuls à ratifier la Convention, les «Etats de résidence» tireront de cette Convention tous les avantages (les autres pays ayant adhéré à *leur* principe de la résidence) sans en supporter la moindre concession, puisqu'elle ne sera pas en vigueur sur leur territoire. Dans ces conditions, elle rappelle les observations faites par la Déléguée portugaise et demande que le débat de fond soit prolongé avant de prendre un engagement. Elle conclut en soulignant la position du Gouvernement espagnol, ferme partisan du principe de l'application de la loi nationale.

Mr Amram (United States) considered that the compromise contained in the draft Convention was to be welcomed, for it would extricate the courts in the United States from great difficulties. It was a country of immigration and a great percentage of the immigrants who arrived came with little wealth. Their assets would be acquired after the date of entry and during the first five years, before they were allowed to acquire United States nationality. A first step would be acquisition of a matrimonial home, almost certainly on a mortgage.
Acceptance of the German proposal would oblige the court to apply foreign law to such American real estate, and that suggested a policy that would not be acceptable. Due to the difficulties posed for the American administration of real estate, he would have to vote for the article as drafted, unless the suggestion of Mrs Collaço bore fruit. He added that there was no American law of matrimonial property regimes, only those of the individual States, which took one back to habitual residence.

M. Beitzke (Allemagne) souligne que le Gouvernement allemand est conscient de la nécessité de parvenir à un compromis. Il complète quant à lui la proposition formulée au début de la séance concernant l'article 4: au lieu du système du renvoi on pourrait recourir à une application de l'article 21 dans un sens inverse, par lequel les Etats seraient à même de choisir expressément la loi de la résidence au lieu de l'application automatique de la loi nationale. C'est un simple renversement des priorités qui est ainsi proposé. Sans doute, souligne-t-il pour terminer, la Convention rendra-t-elle ainsi un meilleur service à l'unification du droit international privé.

The Chairman informed the Delegates that if a satisfactory result was to be achieved, any decision taken required a substantial majority. He calculated that, if the vote was taken, the result would be close, and having to work from a bare majority would be unsatisfactory. He proposed an indicative vote on the proposal of Germany. A close result either way would indicate the reality of the desirability for a compromise. As the proposal was acceptable to the German delegation, the Delegates proceded to a vote.

Vote

The proposal was indicatively rejected by a vote of 12 against (Australia, Belgium, Brazil, Canada, Denmark, France, Ireland, Japan, Norway, Sweden, United Kingdom, United States), 6 in favour (Czechoslovakia, Egypt, Germany, Italy, Luxemburg, Spain), and 5 abstentions (Austria, Finland, Netherlands, Portugal, Switzerland).

M. Goldman (France) prévient la Commission que le vote négatif de la France, vote de toute manière à titre indicatif, ne signifie pas qu'elle se refuse à toute solution de compromis à l'avenir. La discussion dira si oui ou non la France pourra faire la concession décidée.

M. Baechler (Suisse) déclare que, si la délégation suisse a choisi de s'abstenir, c'est parce qu'il lui paraît primordial de connaître la durée de la résidence habituelle des époux dans un pays, durée qui doit être longue, afin de constituer le signe tangible d'un enracinement réel dans ce milieu de vie.

Mme Collaço (Portugal) souligne quant à elle, que le Portugal, comme la France, est prêt à continuer la discussion de la proposition allemande. Le vote négatif de sa délégation n'emporte pas de refus généralisé sur la suite du débat.

The Chairman reiterated that, including the five abstentions, the vote was indeed close. He moved to a discussion of the other amendments to article 4, those proposed by France (Working Document No 7) and by Norway (Working Document No 8). He requested the French delegation, when introducing its proposal, to bear in mind the vote just taken and also the amendments consequential upon the decisions of the previous day, and thus to indicate the matters on which it desired discussion.

M. Goldman (France) présente la proposition française de modification de l'article 4 de l'avant-projet de Convention (Doc trav. No 7). Aux termes de celle-ci, l'article 4, alinéa 1 doit se lire comme suit: «Si les époux n'ont pas, au moment du mariage, désigner la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent tous deux leur première résidence habituelle après le mariage». L'objet de cette modification paraît au Délégué français tout à fait conforme à l'ensemble des dernières interventions

entendues. Il convenait, en effet, de faire supprimer le mot «immédiatement» de la rédaction actuelle. Ce mot a d'ailleurs été supprimé de l'article 3 lors de la séance de la Commission du 7 octobre dernier.
La proposition française vise également à modifier l'article 4 dernier alinéa comme suit: «Si, après le mariage, les époux n'établissent pas leur première résidence habituelle sur le territoire du même Etat, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat dont ils ont tous deux la nationalité. Cette disposition ne s'applique pas si les époux ont plus d'une nationalité commune». Justifiant cette modification, il déclare que le premier alinéa est tout à fait conforme à l'orientation actuelle de l'article 4, et que l'alinéa 2, lui, se trouve dorénavant en harmonie avec l'actuel article 4, alinéa 2, de l'avant-projet, car l'effet de la combinaison des articles 4 et 21 ne peut être applicable à ceux qui ont plus d'une nationalité commune. Il se demande si ce critère subsidiaire peut également être appliqué au cas de deux époux qui ont deux nationalités communes: à son avis, la réponse est négative, mais il convient de la discuter.

Le Rapporteur se déclare convaincu par la proposition française qui apparaît dans la ligne des décisions du 7 octobre dernier. En effet l'article 3 *c*) doit se lire comme suit: «la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira sa première résidence habituelle après le mariage».
Il pense que c'est la même notion qu'il faut envisager dans le cadre du rattachement objectif envisagé ici.

Mlle Perez Vera (Espagne) a l'impression qu'un vote indicatif a été pris pour évaluer l'avenir d'un compromis. Il lui paraît que l'on discute à l'heure actuelle des propositions contenues dans les Documents de travail Nos 7 et 8 alors que le sort de la proposition allemande n'a pas été réglé. Il y a là, à son avis, un risque de considérer comme acquises des décisions qui n'ont pas encore pu être prises. Dans ce même ordre d'idées, elle reprend alors la proposition allemande visant à accorder la première place à la loi nationale, avant la loi de la résidence, celle-ci pouvant être rendue prioritaire par le jeu d'une déclaration conforme à l'article 21.

Le Président répond à la Déléguée espagnole que si elle désire que l'on discute une nouvelle proposition, elle se doit de *rédiger* un amendement. En effet, rappelle-t-il, les propositions écrites sont prises en considération.

M. Goldman (France) précise que quelle que soit la décision quant à l'éventuelle proposition allemande ou espagnole, la proposition française garde toute son importance, puisqu'elle vise à remplacer le mot «immédiatement», par l'établissement effectif d'une résidence. Il n'y a là, ajoute-t-il, aucune contradiction possible avec le choix qui sera fait plus tard entre la loi nationale ou celle de la résidence.

Le Président demande à M. Goldman et à l'ensemble de la Commission réunie si la proposition française peut être confiée au Comité de rédaction pour harmonisation des textes. Ceci est accepté.
Il passe ensuite la parole au Délégué norvégien, afin de discuter la suite de sa proposition contenue dans le Document de travail No 8.

Mr Skåre (Norway), introduced the proposal of Norway contained in Working Document No 8, article 4, paragraph 1. He explained that the first two matters underlined were only matters of drafting. He added that the use of the expression 'following marriage' and 'within a reasonable time' had been inspired, as was the French proposal, by the need to avoid an expression such as 'immediately', which was capable of a too strict interpretation.

The Chairman asked if it was necessary to move to a discussion of paragraph 1, as the matters involved only drafting.

Mr Martens (Netherlands) queried whether paragraph 1 did not raise a material addition to the text.

The Chairman replied that, as he understood the intervention of Mr Skåre, the Norwegian position was that paragraph 1 followed the same lines as those of article 3, paragraph 2 (*c*), agreed upon the previous day, and was to be drafted accordingly. Mr Skåre agreeing to that analysis, the discussion moved to Working Document No 8, paragraph 2 of article 4.

Mr Skåre (Norway) explained that the proposal deleted the expression 'or if one spouse on marriage voluntarily acquires the nationality of the other' from article 4 paragraph 2, because there were difficulties as to the meaning of that alternative. He considered that, if one spouse acquired the nationality of the other before the marriage, then the main rule applied, whereas if the nationality was acquired after the marriage, the rule would not apply at all. Thus the article as drafted appeared to be based on the presumption that the acquisition would occur on the day of celebration. Possibly that would accommodate the situation where one spouse filed for acquisition of nationality on that day, but what of the potential problem where the certificate of nationality was dated at a later stage?

The Chairman agreed with Mr Skåre that it was necessary to keep in mind during the discussion that one was dealing with a compromise, the balance of which should be retained.

Mr De Nova (Italy) regarded the Norwegian proposal as a further restriction on the application of the national law in the field of matrimonial property regimes. He regarded the situation where the common nationality came into existence shortly after the marriage to be worth treating along the same lines as the situation where the spouses had a common nationality at the time when they married. To remove the possibility of the national law applying in the former situation would certainly upset the balance of the compromise.

Mr Martens (Netherlands), referring to the phrase 'on marriage' employed in article 4, paragraph 2, explained a Dutch case, which concerned a Dutch national who in Rhodesia married a Bantu woman. Application for nationality was made five months after the celebration of the marriage, and granted.
The Supreme Court, considering the rule of Dutch law that where two Dutch nationals marry then Dutch law governs the matrimonial property regime, held that the rule also applied when the husband is a Dutchman and the wife acquires Dutch nationality shortly after the marriage.
The Court further held that five months was to be considered as 'a short time'.
He therefore asked the Drafting Committee to reconsider the words 'on marriage' in the second paragraph of article 4, especially in order to see whether a somewhat broader term should not be used.

M. Beitzke (Allemagne) rejoint l'opinion de M. Martens. Il confirme l'idée selon laquelle de nombreux Etats

ne prévoient de changement de nationalité *par mariage* qu'après un certain délai. Il doit être exceptionnel que le mariage emporte *ipso facto* changement de nationalité.

M. Goldman (France) souligne, dans le même ordre d'idées, que de nombreuses lois prévoient un changement de nationalité au terme d'une double opération: le mariage et une déclaration de volonté. Le mariage ne constitue presque jamais à lui seul la condition, unique du changement de nationalité. Dans ces conditions, il faut permettre l'instauration d'un délai qui permette d'acquérir cette nouvelle nationalité.

Mr Skåre (Norway), replying to the Chairman, did not insist on a vote on the proposal of Norway, and indicated that it could be withdrawn, but he reserved his position on that, for the matter of the time period was involved, which had not been solved. He accepted the Chairman's assurance that that matter would be referred to the Drafting Committee for consideration.

M. Baechler (Suisse) souligne que la Suisse connaît une troisième forme d'acquisition de nationalité. Le droit suisse permet, en effet, à la femme suisse de perdre sa nationalité par mariage lorsque la loi nationale de son mari lui fait acquérir automatiquement cette nouvelle nationalité: si la femme n'exprime pas d'opinion contraire, elle acquerra la nationalité de son mari. Il demande si ce cas doit être ou non considéré comme inclus dans la disposition de l'article 4, alinéa 2, de l'avant-projet de Convention: l'acquisition «par silence» doit-elle être considérée comme une acquisition «volontaire», au terme de cette disposition?

Le Président répond par la négative.

M. Baechler (Suisse) constate qu'en pratique, l'officier de l'état civil suisse demande toujours à la femme, lors de la célébration du mariage, si elle entend conserver la nationalité suisse. Dans cette mesure, on peut considérer que l'acquisition d'une nouvelle nationalité est volontaire puisqu'il y aura eu un choix effectué par l'intéressée.

Le Président pense que ce n'est pas à cette Convention de décider de cette question.

Le Rapporteur entend généraliser la question du Délégué suisse. A son avis, si une personne acquiert une nationalité étrangère *en vertu de la loi uniquement*, cette acquisition n'est pas volontaire au sens de la Convention. Ainsi en est-il du cas cité par M. Baechler: la femme suisse ne prend pas l'initiative d'acquérir une nationalité étrangère, elle l'acquiert en vertu de la loi nationale de son mari.
La Commission spéciale a envisagé les cas d'acquisition volontaire de nationalité, et non ceux d'acquisition en vertu d'une application plus ou moins automatique d'une loi.

Mme Collaço (Portugal) cite un exemple tiré de la législation portugaise.
Une femme étrangère acquiert, par mariage, la nationalité portugaise de son mari sauf déclaration contraire expresse. Elle se demande pourquoi écarter l'application de la Convention dans ce cas, car la femme étrangère aurait pu s'opposer volontairement à l'application de cette nouvelle nationalité. Il y a ici, à son avis, un type également volontaire d'acquisition de nationalité.

Le Rapporteur répond à la Déléguée portugaise que l'exemple cité constitue effectivement une sorte d'acquisition volontaire «à l'envers» de nationalité par un non-refus de nationalité. Il souhaite demander sur ce point l'avis de la Commission spéciale.

Mr Hayes (Ireland), in contemplation of those cases where one of the parties did not expressly indicate that he or she wished to acquire the nationality of the other, where the law prescribed automatic acquisition in the absence of express objection, wondered whether deletion of the word 'voluntarily', would not solve such problems.

The Chairman replied that no proposal had been submitted to the effect that an involuntary acquisition should also be covered by article 4, paragraph 2.

Mr Hayes (Ireland) rejoined by requesting elucidation of the meaning of the word 'voluntarily'.

M. Beitzke (Allemagne) se demande pourquoi ne pas ouvrir dans la Convention tous les cas de nationalité commune par le fait du mariage. On élargirait ainsi le compromis: la loi nationale commune sortirait également ses effets, lorsqu'une nationalité a été acquise par mariage. Il propose dès lors que l'on supprime l'exigence du caractère *volontaire* de l'acquisition de cette nationalité.

Mlle Perez Vera (Espagne) annonce à l'auditoire que la proposition écrite demandée par le Président est en voie d'achèvement et pourra être discutée le lendemain.

M. Goldman (France) déclare que la proposition espagnole n'a de toute façon aucun effet sur la discussion actuelle et que celle-ci peut donc se prolonger.

Mr Skåre (Norway) introduced paragraph 3 of article 4, Working Document No 8. He pointed out that, again, underlining amendments, the desire was to render paragraph 3 more comprehensive than had been done in article 4, paragraph 3, as drafted. The phrase 'common single' raised only a question of drafting, but 'habitually' raised a substantive matter, the period of time, for it might prove difficult to establish the moment of commencement of habitual residence, and it might be thought sufficient merely to stipulate residence. The same question arose in paragraph 2 (*b*) of the proposal.

The Chairman explained that three points arose for discussion:
– the situation where the spouses had one common single nationality;
– to fill in the present rule with a subsidiary rule, a matter previously indicated by the Rapporteur, and partially filled by Norway;
– the length of time applicable to habitual residence. He pointed out that it was not necessary for that to be the same as in article 4, paragraph 2.
He turned to a discussion of the question raised by the Norwegian and French proposals that article 4, paragraph 3, should apply only in the case of a common single nationality and not where the parties possessed more than one common nationality.

Le Rapporteur déclare que la Commission spéciale a longuement réfléchi au cas de la multiplicité des nationalités communes, sans juger bon de le régler. Il faudrait, avant tout, éviter d'interdire au juge d'interpréter le dernier alinéa de l'article 4 comme lui interdisant de choisir une de ces nationalités communes. Il serait souhaitable qu'il choisisse celle qu'il considère comme étant la plus appropriée au cas d'espèce, et il se pourrait que cette nationalité coïncide avec une nationalité commune.

Le Président demande à la Commission d'exprimer son point de vue sur les avis émis jusqu'à présent.

M. Goldman fait remarquer qu'il existe des distorsions de texte concernant l'article 4, alinéa 2 *a*)
En principe, l'article 21 ne peut s'appliquer si les époux ont plus d'une seule nationalité commune. L'intention française a été exprimée en considérant comme acquis le principe de l'article 4, alinéa 2 *a*).

Le Rapporteur déclare que l'effet de l'article 4, alinéa 2 *a*) sera d'éviter au juge de se trouver en présence de lois nationales communes qui, par application de l'article 21, lui apparaîtraient toutes deux comme *impérativement* applicables. C'est là une situation qui deviendrait insoluble.

M. Goldman (France) n'insiste pas sur ce point.

Le Président estime logique l'attribution de l'effet de l'article 21 à une seule nationalité commune: que pourrait-on faire en pratique s'il en était autrement? Il demande aux participants s'ils ont des objections.

M. De Nova (Italie) pense que l'on pourrait pencher en faveur de la nationalité effective, mais il n'insiste pas sur cette suggestion.

The Chairman considered, in the absence of any opposition, that the French and Norwegian proposals could be regarded as carried. As time was needed to consider Working Document No 16 the discussion could move to the problem of the time period, raised in the proposal of Norway.

M. Stiénon (Belgique) constate que la discussion présente tend à régler des cas de plus en plus hypothétiques (époux n'ayant pas de résidence commune, époux n'étant pas de nationalité commune, ou époux de plus d'une nationalité commune). Il observe que, par cette façon de faire, le champ des situations non réglées par la Convention est réduit de manière sensible. Il indique que la Belgique se ralliera à ce type de règlement.

Mr Duchek (Austria) observed that is was unusual at the time of the marriage for the spouses to contemplate the future possibility of the winding-up of the regime, which was the situation contemplated in the discussion. Thus, it was only in the rare case that the spouses took steps to evidence their habitual residence in a country during an earlier period of time. That being so, how were they later to prove that the habitual residence had subsisted during a prescribed period of time? In the light of such difficulties, he favoured a subsidiary rule, which gave more discretion to the judges, enabling them realistically to regard objective factors that indicated such habitual residence. He would vote against the proposal.

Mr Leal (Canada), adding to the remarks of Mr Duchek, felt that, given the lacuna in the provision, rather than fill up the gap with an arbitrary rule having little relevance to the situation *ex post facto*, a better alternative would be to provide the discretion, based on all the circumstances available, necessary to solve the problem.

The Chairman requested Mr Leal to submit a proposal of Canada to that effect, which was agreed. Accordingly, a decision on the Norwegian proposal was deferred until the appearance of such Canadian amendment.

M. Beitzke (Allemagne) déclare que la délégation allemande voudrait se réserver la possibilité de revoir la situation pour, éventuellement, présenter une nouvelle proposition. Il se pourrait que la proposition espagnole ne lui paraisse pas, à l'examen, satisfaisante.

Mr Martens (Netherlands) wished to make three remarks on article 4 as drafted:
– in regard to paragraph 2, his understanding was that the paragraph was intended as an exception to both paragraphs 1 and 3. Where the conditions of both those paragraphs were fulfilled the law of the common nationality would be deemed to apply by virtue of paragraph 2. The consequence thereof became apparent in the situation where there was a change. For example, where, in a case of concurrence of both paragraphs, the spouses established habitual residence in the same State, the difference became obvious. If paragraph 3 applied, the law of their habitual residence would have become applicable by virtue of article 8; but, as he understood the matter, if paragraph 2 applied, the common national law would remain applicable. If his understanding of article 4, paragraph 2, was correct, he suggested that the paragraph be made into a separate article, to be placed after article 4;
– in regard to article 4, paragraph 2 (*b*), he understood the provision to lay down a two-fold requirement:
(*i*) the spouses must have been habitually resident for a period of years immediately preceding the marriage in the State in question: and,
(*ii*) they must have maintained their habitual residence in that State after the marriage.
As to the first question, he pointed out that the words 'immediately preceding marriage' were only to be found in the English text and were lacking from the French text. As to the second condition, the words 'after marriage', which clearly indicated a required continuity, he took from the Report of Mr von Overbeck, but which were lacking from the text. He requested that the Drafting Committee consider those two points;
– in regard to the construction placed by Mr von Overbeck (see Preliminary Document No 5, paragraph 82), on the phrase 'immediately after the marriage', he considered that in the situation where the spouses have no habitual residence following a marriage, there was no doubt that article 4, paragraph 3, and not paragraph 1, applied. He requested that the meeting take up a clear position on that question.

M. Goldman (France) se demande si la troisième observation de M. Martens a encore un objet, dans la mesure où le mot «immédiatement» a disparu du texte initial.

Le Rapporteur confirme que le mot «immédiatement» devrait disparaître.
Si les époux n'ont pas eu le temps d'établir une résidence commune (non-réalisation accidentelle), il faut envisager l'application d'une loi nationale commune; s'ils ont eu le temps d'établir pareille résidence, c'est la loi de cette résidence qui devrait s'appliquer.

The Chairman considered that the problem should be reserved.

Mr Amram (United States) recalling his example of the previous day, which suggested that the designation might be invalid, queried whether, in the light of article 4 first line, such an invalid designation fell within the word 'not'.

The Chairman considered that to be a problem for the Drafting Committee.

Mr Martens (Netherlands) opined that the Norwegian proposal with the qualification dealt with that matter in its proposed article 4, paragraph 1: 'in accordance with article 3'.

Le Rapporteur propose au Comité de rédaction de se réunir le 11 octobre.

Mr Hayes (Ireland), referring to Preliminary Document No 6, Observations, Ireland, paragraph 2, agreed to file an amendment.

The Chairman asked Mr Hayes and Mr Leal to work together on their proposal, which was agreed.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Documents de travail Nos 18 à 25

Distribués le 9 octobre 1976

No 18 – Proposition de la délégation allemande

1 L'article 4, alinéa 2 sera formulé comme suit:

Toutefois, si les époux ont avant le mariage la nationalité du même Etat ou *si un époux acquiert lors du mariage la nationalité de son conjoint sans préserver sa nationalité antérieure,* la loi interne de l'Etat de leur nationalité commune s'applique, si cet Etat a fait la déclaration prévue à l'article 21. *En outre, dans les pays ayant fait cette déclaration, la loi nationale des époux s'applique aux ressortissants des Etats qui ne font pas partie de la Convention et dont les règles de conflits prévoient l'application de la loi de leur nationalité commune.*

2 L'article 21 sera remplacé par le texte suivant:

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'approbation ou de l'adhésion faire, aux fins de l'article 4, alinéa 2, une déclaration spécifiant que *la loi de la nationalité commune des époux* sera applicable dans les conditions prévues par cette disposition.

No 19 – Proposition de la délégation danoise

Amendement de la proposition espagnole (Doc. trav. No 16)
Ajouter à l'alinéa I, 2 in fine *le membre de phrase suivant:*

. . . ou que cet Etat n'a pas ratifié la Convention mais qu'il appliquerait selon son droit international privé la loi interne de la résidence habituelle ou du domicile.

No 20 – Proposition de la délégation néerlandaise

L'article 15 sera remplacé par le texte suivant:

Article 15 A

L'accord entre les époux désignant la loi applicable au régime matrimonial doit faire l'objet d'une stipulation expresse. Il peut aussi résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ou d'un autre contrat entre les époux à condition que ce contrat réponde aux exigences minima de l'article suivant.

Article 15 B

L'accord désignant la loi applicable et le contrat de mariage sont valables s'ils répondent quant à la forme, soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne du lieu où l'accord a été conclu ou le contrat passé. En tout cas l'accord désignant la loi applicable et le contrat de mariage doivent faire l'objet d'un écrit daté, signé par les deux époux.

Article 15 to be replaced by the following text:

Article 15 A

The agreement of the spouse as to the designation of the law applicable to their matrimonial property regime must be by express stipulation.
It may also arise by necessary implication from the provisions of a marriage contract or another contract between the spouses which meets the minimum requirements of the following article.

Article 15 B

The agreement as to the designation of the applicable law and the marriage contract shall be valid as to form if they comply either with the internal law applicable to the matrimonial property regime, or with the internal law of the place where the agreement was made or the contract entered into.

No 21 – Proposition du Rapporteur

modifiant la proposition allemande (Doc. trav. No 18)
Article 4, alinéa 2, deuxième phrase:

. . . .En outre, la loi nationale s'applique au régime matrimonial d'époux qui ont comme seule loi nationale commune celle d'un Etat non contractant dont les règles de conflits prévoient l'application de la loi de la nationalité commune, et qui établissent leur première résidence habituelle dans un Etat ayant fait cette déclaration.

No 22 – Proposition du Rapporteur

Article 4, alinéa 1 bis

Toutefois, le régime matrimonial d'époux qui ont comme seule nationalité commune celle d'un Etat non contractant, et qui établissent leur première résidence habituelle dans un autre Etat non contractant, est soumis à cette loi nationale commune, si celle-ci est applicable selon le droit international privé desdits Etats.

No 23 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 4 (b)

Insert '3 years'.

Article 9 (d)

Insert '3 years'.

No 24 – Proposition conjointe des délégations autrichienne, belge, française, néerlandaise et portugaise

Le délai prévu à l'article 4, alinéa 2, b) sera de 5 ans

No 25 – Replaced by Working Document No 27

Procès-verbal No 6

Séance du samedi 9 octobre 1976

The meeting was opened at 10.00 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman, resuming the discussion of article 4, proposed that they begin with paragraph 2. He noted both the submission of the proposal of Spain, Working Document No 16, which was linked with an amendment to article 21, and the proposal of Germany, Working Document No 18, which proposed an amendment to article 4, paragraph 2, as drafted. Before discussing the latter, it would be necessary for the Commission to express its view on the desire to change the basis of the draft Convention. Accordingly, he requested Miss Perez Vera to introduce the Spanish proposal.

Mlle Perez Vera (Espagne) souligne que le Document de travail No 16 de la délégation espagnole constitue une tentative de prouver qu'il y a d'autres compromis possibles que celui qui est prévu à l'avant-projet. Cette proposition tend à changer le sens du compromis fondamental tel qu'il figure à l'avant-projet.
En effet, c'est la nationalité commune des époux qui serait prise en considération comme rattachement premier, étant entendu que par le procédé de la déclaration prévue à l'alinéa 2, chaque Etat contractant pourrait soumettre à sa loi interne le régime matrimonial des époux ayant fixé sur son territoire leur première résidence habituelle. En réalité cette proposition présuppose un sacrifice tant du côté des pays attachés à la nationalité que pour ceux qui préfèrent la résidence habituelle. Quant à l'alinéa 3 de la proposition espagnole, il reprend les termes de l'avant-projet. La Déléguée espagnole souligne que le système de l'avant-projet implique que les pays attachés au principe de la nationalité ratifient la Convention pour pouvoir faire ensuite la déclaration prévue à l'article 21, alors que les pays attachés à la résidence habituelle conserveraient une liberté totale. Or cette lacune est précisément comblée par la proposition espagnole. Quant à la proposition relative à l'article 21, elle constitue une conséquence logique du nouveau système.

The Chairman remarked that the Spanish proposal went as far, or even further, towards habitual residence than did the draft Convention. He recommended discussion of paragraph 2 of the proposal, with the proposed amendment to article 21, for there lay the essence of the proposal to accommodate those States adhering to the concept of habitual residence.

M. Beitzke (Allemagne) considère que la proposition espagnole est fort intéressante et présente notamment l'avantage de mettre au premier plan le principe de la nationalité commune des époux. Toutefois, il convient encore de réfléchir sur les conséquences de cette proposition à propos de la mutabilité du régime matrimonial (article 7 et suivants).
Le Délégué allemand considère que le chiffre 1 de la proposition espagnole est plus important que ne le pense le Président.
En ce qui concerne le chiffre 2 de la proposition espagnole, le Délégué allemand fait remarquer que l'exception au principe du rattachement à la nationalité commune, tel qu'il est introduit par la déclaration, va plus loin que le système de l'avant-projet. Aussi le Gouvernement allemand aurait-il de la peine à accepter pareille solution. Celle-ci ne va pas en tout cas dans le sens de la proposition faite hier par le Délégué allemand qui suggérait de recourir au système du renvoi, c'est-à-dire que les Etats rattachant le régime matrimonial à la résidence habituelle des époux auraient pu faire une réserve pour leurs propres nationaux, mais non pas pour toutes les personnes résidant sur leur territoire.
En définitive, remarque le Délégué allemand, avec la proposition espagnole on aboutit à un système dans lequel en fait chaque pays conserve ses propres solutions, ce qui est à l'opposé de tout compromis.

Le Président remarque que si la proposition espagnole était acceptée, il conviendrait de mettre sur pied un Comité de rédaction destiné à recevoir les articles 7 à 10 de l'avant-projet.

Mr von Mehren (United States) queried the approach of the Convention under article 2 towards a third State. What was the effect of article 4? If article 4 was classed in terms of nationality, presumably a third State would not have the benefit of article 21, or, if it did, would not utilise it. Would article 4 apply where a third State had a principle different from habitual residence?

The Chairman referred Mr von Mehren to Working Document No 18, expressing the expectation of a further amendment to Working Document No 16, which would

be designed to alleviate the situation where nationality was the basis of the article.

Mr von Mehren (United States) rejoined that, consequently, the scheme of the Convention would be that article 4 would apply only to the applicable law of adhering States, for some other scheme would be designed to accommodate third States.

The Chairman considered that article 21 would have effect also to third States which applied nationality as a conflict rule.

Le Rapporteur propose aux Délégués de se borner pour l'instant aux cas des personnes résidant dans un Etat contractant et de réserver pour une discussion future la situation des personnes résidant dans des Etats non contractants.

Mr Due (Denmark) regarded the proposal to invert the scheme as being fair and equitable. He requested Miss Perez Vera to elaborate upon a difference apparent upon a comparison of paragraph 1 of the Spanish proposal, which referred only to the common nationality, with paragraph 2 of article 4 as drafted, which provided for a common nationality immediately before marriage, or the voluntary acquisition of the nationality of the other spouse on the marriage.

The Chairman remarked that Miss Perez Vera had reserved that matter.

Mr Leal (Canada) considered that the Spanish proposal would be acceptable to his Government, which would make the declaration provided for. It would mean that Spaniards habitually resident in Canada would be governed by Canadian law in the matter of matrimonial property regimes, as would Canadians habitually resident in Spain. However, as Miss Perez Vera had pointed out, the proposal would not cover Spaniards who emigrated to Canada at some substantial period after their marriage in order to make a new life. He wondered how the Drafting Committee would accommodate that matter.

The Chairman replied that the Drafting Committee could reverse the order of articles 7 to 10 so as to accommodate the acquisition of new property. First it was necessary to take up a position on article 4.

Mlle Perez Vera (Espagne) se déclare presque effrayée de l'accueil favorable que sa proposition a reçu chez les Délégués représentant des pays attachés à la résidence habituelle. La Déléguée espagnole insiste sur la nécessité pour les Délégués de considérer si la voie nouvelle ainsi proposée est plus acceptable que la voie de l'avant-projet. Si tel n'était pas le cas, il conviendrait alors de reprendre les travaux sur la base de la version originaire. La Déléguée espagnole voudrait connaître la position des Délégués sur ce point et suggère qu'un vote indicatif soit pris à cet effet.

Le Président se déclare d'accord avec la suggestion espagnole mais considère indispensable qu'une discussion se développe pour clarifier les implications de la proposition espagnole.

M. Grégoire (France) apporte doublement son soutien à la proposition espagnole. La France est prête à accepter le compromis ainsi proposé car pour elle l'avant-projet comme la proposition espagnole arrivent au même résultat pour les citoyens français. La seule chose importante réside dans la nécessité de trouver le meilleur compromis possible pouvant recevoir le plus grand nombre d'adhésions. Le Délégué français se déclare en faveur d'un vote indicatif.

Mr Hayes (Ireland) regarded the Spanish proposal as acceptable. It solved the difficulty of the matrimonial home, a matter which, it was felt, was not adequately provided for by the draft Convention. It obviated the necessity to resort to the *ordre public* provision where the national law did not give protection for the matrimonial home.

Mr von Mehren (United States) was not entirely satisfied that the Spanish proposal was in fact acceptable to the United States, Ireland or Canada. That depended upon whether article 4 was very important or not at all important.
Of significance was the basis upon which article 4 rested, and that depended upon the questions of mutability and the effect on third States. For example, if the Spanish proposal was accepted, but mutability was disallowed, then great importance would be attached to article 4. But if with article 4 one merely began with either nationality or habitual residence as a starting point, and allowed declarations to be made under article 21, then the Spanish proposal was clearly acceptable. He failed to see how one could take an indicative vote on the proposal without a proper understanding of that matter.

The Chairman replied that the Commission was faced with a matter of procedure, with the attendant risk of non-acceptance of later parts of the draft Convention. It was possible to take an indicative vote on mutability, but that would not be binding at a later stage. He foresaw a further difficulty, namely, the ability or otherwise of States to change their minds in regard to nationality or habitual residence, for the problem was that the lines between them would be frozen.

Mr Skåre (Norway) supported the proposal of Spain. He was optimistic that a solution would be found to the problem of non-adhering States.
Upon comparing the Spanish proposal with article 4 as drafted, he noted one important query that was still open, namely, the number of years to be indicated in paragraph 2 (*b*). Working Document No 8 had already indicated a relatively short period of one year to be utilised in article 4, paragraph 2 (*b*).
If that was not accepted, and replaced by a much longer period, he considered that ratification of the draft Convention would prove difficult. As an alternative, the Spanish proposal was more favourable.

Mr Leal (Canada) recorded his desire to reserve his position in regard to the suggested reversal in the order of articles 7 to 10.

Mr Nygh (Australia) noted his *prima facie* approval of the Spanish proposal, but endorsed the view of Mr von Mehren that everything would depend on what was to follow.
If an indicative vote was to be taken, he explained that he would abstain, for it was for the adherents of the nationality principle to decide whether they desired the doctrinal victory contained in the Spanish proposal or the practical advantage embodied in the article as drafted.

Mr Holub (Czechoslovakia) expressed his agreement with the view presented by Mr Beitzke. As a concession

to habitual residence the Spanish proposal went further than article 4 as drafted, and, consequently, was less acceptable to the adherents of the nationality principle. Acceptance of the proposal, as Mr Leal had already indicated, meant that, in practice, each State would apply its own conflict rules. In that case, where was the necessity of a Convention?

Mme Collaço (Portugal) situe la proposition espagnole parmi les compromis possibles. En effet, deux intérêts s'opposent: d'une part, il est primordial pour les pays attachés à la loi nationale de pouvoir appliquer leur loi à leurs propres nationaux à l'étranger; d'autre part, pour les pays partisans de la résidence habituelle, il est essentiel qu'ils puissent appliquer leur droit à tous leurs résidents, qu'ils soient nationaux ou non. Bien que le sens du compromis proposé dépende en grande partie de la solution donnée au problème de la mutabilité du régime matrimonial, la Déléguée portugaise souligne que la proposition espagnole est finalement plus favorable aux pays attachés à la résidence habituelle qu'aux Etats ayant opté pour la nationalité. En effet, les pays attachés à la loi nationale ne pourraient plus appliquer leur propre loi à leurs ressortissants dans des pays ayant fait la déclaration de l'article 21.

Le Rapporteur relève que lorsque le Délégué tchécoslovaque prétend que la proposition espagnole aboutit à ce que chaque Etat applique son propre système, cela n'est pas tout à fait exact, car si la proposition espagnole était acceptée, tous les Etats membres appliqueraient le même système de règles de conflit, celui de la résidence habituelle ou de la nationalité. Ainsi donc un même ménage serait soumis partout à la même loi.

M. De Nova (Italie) se déclare inquiet devant la situation actuelle. En effet, les partisans du rattachement à la loi nationale ne sont satisfaits ni par l'avant-projet ni par la proposition espagnole. Dans le cadre d'un vote indicatif, le Délégué italien serait donc obligé de s'abstenir, à moins qu'une proposition nouvelle ne soit faite.

The Chairman indicated that the discussion should draw to a close, and then proceed to a vote.

Mr Duchek (Austria) opined that the problem facing the nationality States was to evaluate the possible gain or loss accompanying the Spanish proposal. That matter depended on how many domicile States would ratify. If the number was large, the nationality States would profit more from article 4 as drafted. If a greater number of nationality States ratified, then the fears expressed by Mr Holub would prove to be theoretical, and the proposal of Denmark, Working Document No 11 would prove to be of greater interest.

M. Beitzke (Allemagne) demande à la Déléguée espagnole si elle est disposée à retirer sa proposition avant le vote.

Mlle Perez Vera (Espagne) considère qu'il serait difficile de procéder de la sorte, étant donné l'accueil qui a été réservé à sa proposition.

Mr Martens (Netherlands) indicated that his position was the same as that of the French delegation.

The Chairman emphasized that the impending indicative vote did not preclude modification of the proposal, a number of which modifications had been indicated by Miss Perez Vera. Also, there was the proposal of Denmark, Working Document No 19.

Vote

On an indicative vote, the proposal of Spain, Working Document No 16, was adopted by a vote of 7 in favour (Finland, France, Ireland, Netherlands, Norway, Portugal, Spain), 6 against (Czechoslovakia, Egypt, Germany, Sweden, United States, Yugoslavia), and 9 abstentions (Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Italy, Japan, Switzerland, United Kingdom).

Mlle Perez Vera (Espagne) retire sa proposition à la lumière du vote qui vient d'avoir lieu et qui n'a pas dégagé de vraie majorité.

The Chairman, the proposal not being adopted by any other Delegate, suggested that they proceed with article 4 as drafted, and turn to a discussion of paragraph 3, which raised the problem of filling the gaps. The proposal of Norway, Working Document No 8, article 4, paragraph 3 last three lines, related to the matter and accommodated some of the issues not covered by article 4 as drafted, but it did not, for example, cover the case where the spouses did not habitually reside for one year. A joint Irish and Canadian proposal, Working Document No 17, had also been submitted.

Mr Hayes (Ireland) introduced Working Document No 17. He expressed the view that it covered the situation referred to by the Rapporteur in his Report (see Preliminary Document No 5, paragraph 31). He noted that a similar provision was contained in the Convention on the Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions, of 5 October 1961, article 1, paragraph 2.

Mr Leal (Canada) observed that Mr Hayes' intervention of the previous day had been based upon opposition to an open-ended judicial discretion. Their common view was that the court should be given power to act in accordance with stated guidelines. They had turned also to the Convention concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons, article 36, for this broad criterion of 'most closely connected'. However, they were not wedded to that phraseology.

The Chairman enquired of Mr Skåre whether he wished to maintain the proposal of Norway.

Mr Skåre (Norway), before answering that question, requested elucidation whether the judicial discretion implied in Working Document No 17 was always a matter for the judge; or was it possible for the State to legislate as to the factors to be taken into consideration in determining 'closest connection'?

The Chairman replied, in his personal capacity, that there would be no power to legislate so as to restrict the discretion as suggested.

Le Secrétaire général adjoint remarque que le rattachement à la loi de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, le mariage présente les liens les plus étroits s'adresse au juge et doit lui permettre d'apprécier tous les faits de l'espèce. Il n'est pas possible d'aller plus loin dans le cadre de la Convention car en réalité il s'agit déjà d'un cas extrême. Les dispositions de ce type figurant déjà dans les Conventions de La Haye ont du reste été interprétées en ce sens.

Le Rapporteur partage le point de vue du Secrétaire général adjoint tout en relevant un autre point: il avait été décidé la veille que, lorsque les époux ont plusieurs

nationalités communes, la règle prévue à l'alinéa 3 de l'article 4 ne s'appliquerait pas. Or, dans la présente proposition (Doc. trav. No 18) rien n'est dit de cette situation. Le Rapporteur se demande si une adjonction est nécessaire dans ce sens que l'on préciserait dans le texte «si les époux n'ont pas de nationalité commune ou s'ils ont plusieurs nationalités», ou bien si le texte peut être maintenu en l'état.

The Chairman considered that the proceedings of the previous day made it clear that they were concerned with a single common nationality.

Mr Skåre (Norway) indicated that a compromise solution might be found by adding further stipulations to the provision in order to channel the judicial discretion, such as, for example, in a case of more than one common nationality, directions on how to choose between them.

The Chairman replied that no amendments had been submitted to that effect.

Mr De Nova (Italy) expressed his satisfaction with the joint Irish and Canadian proposal, for he considered that it elegantly closed the gap with its device of judicial discretion. Further, it might be pendantic to elaborate upon 'all circumstances'.

M. Beachler (Suisse) se demande ce qu'il faut entendre par «nationalité commune» au sens de l'alinéa 3 de l'article 4. S'agit-il d'une nationalité effective acquise dès avant le mariage ou même acquise volontairement après le mariage?

Le Président remarque que la veille une décision a été prise selon laquelle l'article 4, alinéa 3 ne s'applique que s'il n'y a *qu'une seule* nationalité commune. En revanche aucune décision n'a été prise sur le point de savoir s'il doit s'agir d'une nationalité acquise avant le mariage ou même volontairement après.

M. Baechler (Suisse) voudrait savoir si l'on peut parler de nationalité commune au sens de l'article 4, alinéa 3, lorsqu'un époux a deux nationalités et que l'autre époux partage l'une de ces deux nationalités.

Le Président répond par l'affirmative. C'est seulement s'il existe deux nationalités communes que la règle de l'alinéa 3 de l'article 4 ne s'applique pas.

M. Beachler (Suisse) se demande si lorsque l'acquisition par un époux de la nationalité de l'autre conjoint n'est pas volontaire, on a affaire ou non à une nationalité commune.

Le Président remarque que le système est actuellement le suivant: si les époux ont une résidence habituelle commune, la loi de cette résidence s'applique. Sinon, l'alinéa 3 de l'article 4 intervient dans l'hypothèse où les époux ont une seule nationalité commune peu importe qu'elle existât avant le mariage ou qu'elle soit acquise au moment du mariage, et pourvu que cette acquisition soit volontaire.

Mr Skåre (Norway) withdrew the proposal of Norway.

Mr Hayes (Ireland) explained that the formula 'taking all circumstances into account' had worked satisfactorily in Ireland. The judicial discretion did not exist in the abstract. It was necessary that evidence be led, and upon that evidence he could come to a conclusion.

M. Beitzke (Allemagne) se déclare fort satisfait du retrait de la proposition norvégienne, car il donne sa préférence à la proposition irlando-canadienne (Doc. trav. No 17). Se référant à l'intervention du Délégué suisse, M. Beitzke pense que ce dernier a en vue le cas d'une Suissesse épousant un Italien et qui devient double nationale. Dans un tel cas, est-ce que la nationalité commune italienne des époux sera retenue? Non, si ceux-ci ont une résidence habituelle commune. Si en revanche les époux n'ont pas de résidence habituelle commune et que l'époux par hypothèse vit en Suisse et l'épouse en Italie, le Délégué allemand considère qu'il ne reste plus comme rattachement que la nationalité commune italienne. L'admission d'un tel rattachement devrait constituer une concession possible.

M. Baechler (Suisse) maintient qu'il s'agit même dans cette hypothèse d'un rattachement artificiel.

M. Beitzke (Allemagne) rétorque que la Suissesse n'avait qu'à s'abstenir d'épouser l'Italien!

Le Président souligne que le projet prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable.

Mr von Mehren (United States) agreed that the joint Irish and Canadian proposal appeared to be useful, but noted that it omitted the qualification 'internal' employed in article 4 as drafted. Where the law applicable was that of the common nationality, that being a State which would refer to the law of the habitual residence, he felt that the reference ought to be made.

Mr Hayes (Ireland) considered the difference to be apparent and not real. In Ireland no distinction was made between the internal and private international law of a State. If one desired strict accuracy, the correct term would be 'municipal'.

The Chairman stated that the purpose of employing the term 'internal' was to exclude any possibility of renvoi.

Vote

The Commission moved to a vote on the joint Irish and Canadian proposal, Working Document No 17, which was adopted by a vote of 21 in favour and 1 abstention.

The Chairman turned to Working Document No 8 and article 4, paragraph 2. Referring to the discussion of the previous day on the meaning of 'voluntarily', he asked if it was acceptable that the Portuguese position, whereby nationality was acquired only where the spouse was expressly asked and replied in the affirmative, be adopted.

Mme Collaço (Portugal) répond qu'elle avait cru comprendre hier que le Rapporteur était d'accord avec l'interprétation proposée.

Le Rapporteur déclare partager l'interprétation selon laquelle il y a acquisition volontaire de la nationalité, soit à la suite d'une option positive en ce sens, soit en raison d'une renonciation de l'épouse à l'opposition à une telle acquisition. En revanche, l'acquisition ne saurait être considérée comme volontaire si elle résulte du seul fait du mariage.

M. Beitzke (Allemagne) considère qu'il n'y a pas eu jusqu'à ce jour de vote définitif sur ce point. Aussi, dans le Document de travail No 18, a-t-il tenté de présenter une formule un peu différente: «sans préserver sa nationalité antérieure». Ce faisant le Délégué alle-

mand a élargi le champ d'application de la loi nationale commune des époux, en ce sens qu'elle englobe aussi l'hypothèse où l'épouse a acquis la nationalité de son mari à la suite du mariage mais en perdant concomitamment sa nationalité antérieure.

The Chairman pointed out that Working Document No 18 went further than the discussion of the previous day, in that it contemplated an involuntary acquisition. Was it voluntary where a spouse was given the opportunity to refuse and, in default of refusal, nationality was acquired?

Mr Skåre (Norway), in view of the fact that the word 'voluntarily' was capable of misunderstanding, recommended that it should be replaced. He would restrict the provision to those cases where nationality was acquired at the express wish of the spouse.

The Chairman pointed out that that was the substance of the Portuguese system.

Mme Collaço (Portugal) remarque que, selon le système portugais, il n'est pas possible à l'épouse de demander positivement l'acquisition de la nationalité portugaise, puisque cette acquisition intervient automatiquement si l'épouse ne l'a pas expressément refusée.

Le Président demande à la Déléguée portugaise si la déclaration de refus d'acquisition doit être faite au moment du mariage.

Mme Collaço (Portugal) répond que la déclaration doit avoir lieu avant le mariage. Il n'est pas demandé expressément à l'épouse étrangère, si elle entend faire usage de la possibilité de refuser l'acquisition de la nationalité portugaise.

The Chairman proposed a vote on the matter.

Vote

It was accepted by a vote of 9 in favour (Canada, Czechoslovakia, France, Ireland, Italy, Netherlands, Portugal, Sweden, United Kingdom), 7 against (Australia, Denmark, Egypt, Finland, Germany, Norway, Switzerland), and 6 abstentions (Austria, Belgium, Japan, Spain, United States, Yugoslavia), that the expression 'voluntarily' should embrace the position under Portuguese law.

The Chairman pointed out that the proposal of Germany, Working Document No 18, included the situation where the acquisition was involuntarily, combined with the loss of the previous nationality.

Vote

A vote on the adoption of the German proposal was evenly divided by a vote of 8 in favour (Austria, Finland, Germany, Italy, Norway, Portugal, Spain, Yugoslavia), 8 against (Canada, Denmark, France, Ireland, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States), and 6 abstentions (Australia, Belgium, Czechoslovakia, Egypt, Japan, Netherlands).

In accordance with article 18 of the Rules of Procedure for Plenary Meetings, the Chairman informed the Delegates that another vote would have to be taken.

M. Stiénon (Belgique) déclare s'être abstenu lors du vote, faute de comprendre la proposition allemande.

M. Beitzke (Allemagne) souligne que son intention est d'élargir la possibilité d'appliquer la loi nationale commune lorsqu'un des époux acquiert *ex lege* la nationalité de l'autre, tout en perdant du même coup sa nationalité antérieure.

Le Président en déduit que, selon la proposition allemande, si un époux acquiert volontairement la nationalité de son conjoint, mais réserve positivement sa nationalité antérieure, la règle de la nationalité commune ne devrait pas s'appliquer.

M. Beitzke (Allemagne) répond que, dans son optique, si un époux a deux nationalités, la nationalité commune ne constitue pas le rattachement décisif et que, dans ces conditions, le rattachement à la résidence habituelle apparaît plus fondé.

Le Président remarque que la Commission a déjà décidé que l'acquisition de la nationalité doit être volontaire. Donc la proposition allemande doit couvrir tous les cas d'acquisition volontaire. Il n'est plus possible d'ajouter d'autres hypothèses. Aussi bien l'amendement allemand doit-il être limité aux cas d'acquisition involontaire de la nationalité de l'autre conjoint avec perte concomitante de la nationalité du pays d'origine.

Le Rapporteur ne partage pas entièrement les vues du Président. En effet, l'amendement allemand présente une version de l'alinéa 2 de l'article 4 dans laquelle on ne s'occupe plus du caractère volontaire ou non de l'acquisition de la nationalité. Aussi bien un amendement est-il encore possible.

Le Président fait remarquer que le Délégué allemand a précisé, en présentant son projet, qu'il s'agissait d'une addition au texte déjà adopté. Or l'interprétation du Rapporteur conduit à faire du projet allemand une proposition de système entièrement différent qu'il faut prendre comme telle.

Le Secrétaire général adjoint fait observer que, si l'on adopte l'interprétation donnée de la proposition allemande par le Rapporteur, il convient d'attirer l'attention des Délégués sur les raisons pour lesquelles la Commission spéciale s'est arrêtée à l'acquisition volontaire de la nationalité de l'autre conjoint: on a été sensible au problème de preuve. L'acquisition volontaire d'une nationalité est relativement aisée à démontrer car elle se fonde sur des actes positifs (décision de naturalisation, déclaration d'option, etc. . . .).
La preuve de l'acquisition *ex lege* d'une nationalité étrangère est infiniment plus difficile à rapporter. Il faudra faire la preuve – négative – qu'aucune répudiation préalable n'a été effectuée, ou encore démontrer la concordance de conditions requises dans deux lois sur la nationalité, la perte de la nationalité antérieure étant souvent le motif de l'acquisition automatique de la nouvelle nationalité.

Le Rapporteur remarque qu'il ne s'agit pas seulement d'une question de procédure mais aussi de fond, car la nationalité commune peut être considérée comme un rattachement plus substantiel lorqu'un époux a manifesté expressément sa volonté d'acquérir la nationalité de l'autre. Le Rapporteur voit un certain avantage dans la proposition allemande, qui se réfère à un critère objectif («sans préserver sa nationalité antérieure») mais qui, dans certains cas, peut être arbitraire, selon le contenu substantiel de la loi en question sur la nationalité.

Le Président demande aux Délégués de ne pas prolonger le débat sur cette question et de passer au vote sur la proposition allemande relative à l'article 4, alinéa 2.

Vote

Par 3 voix (Allemagne, Norvège, Yougoslavie), contre 16 (Belgique, Canada, Danemark, Egypte, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Irlande, Japon, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie) et 3 abstentions (Australie, Autriche, Italie) la proposition allemande, telle qu'elle figure dans la première partie du Document de travail No 18, est rejetée.

M. De Nova (Italie) explique qu'il s'est abstenu dans le vote en raison de l'incertitude où il se trouve quant au caractère de la proposition allemande. S'agit-il simplement d'une ajoute au système déjà existant ou de la proposition d'un système totalement nouveau? Dans le premier cas, le Délégué italien est en faveur de la proposition allemande, dans le deuxième cas, il la rejette. Le Délégué italien se demande si après ce vote il est possible de reprendre la proposition allemande sous forme d'une ajoute à l'article 4 de l'avant-projet.

Le Président répond qu'il est possible d'envisager la proposition allemande comme restreinte au seul cas où un des époux acquiert involontairement la nationalité de l'autre au moment du mariage mais perd concomitamment sa nationalité d'origine.

M. De Nova (Italie) propose oralement un texte en ce sens.

The Chairman proposed a vote on the proposal of Italy for involuntary acquisition of nationality in the case of automatic loss of the former nationality.

Vote

The proposal was rejected by a vote of 11 against (Australia, Belgium, Canada, Denmark, Finland, Ireland, Norway, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States), 8 in favour (Austria, Czechoslovakia, France, Germany, Italy, Portugal, Spain, Yugoslavia), and 3 abstentions (Egypt, Japan, Netherlands).

The Chairman turned to the two remaining matters in Working Document No 8, article 4, paragraph 2 (*b*):
- the period necessary for residence;
- the meaning of 'habitually'.

He suggested that the Commission continue to discuss the draft Convention in sequence, returning to fill in the gaps relating to the length of period.

Mr Skåre (Norway) pointed out that one was concerned with the question of time-limits. A problem with stipulating habitual residence could be the difficulty of establishing the commencement of such residence. Accordingly, it might be better merely to specify residence, as was done in article 9 (*d*) as drafted.

M. Beitzke (Allemagne) intervient sur un point d'ordre. En effet bien que la proposition norvégienne (Doc. trav. No 8) soit antérieure à la sienne (Doc. trav. No 18) le Délégué allemand fait remarquer que sa proposition conduit à omettre totalement la lettre *b* figurant à l'alinéa 2 de l'article 4. Ainsi donc sa proposition va-t-elle plus loin que la proposition norvégienne et il conviendrait de la discuter avant.

Le Président répond au Délégué allemand qu'il n'avait pas compris sa proposition en ce sens. Il convient donc de lire la proposition allemande comme signifiant une reprise de l'alinéa 2 de l'article 4 de l'avant-projet jusqu'aux deux points, avec maintien de la lettre *a* mais suppression de la lettre *b*. A quoi il convient encore d'ajouter la dernière phrase figurant au chiffre 1 du Document de travail No 18.

M. Lotfy (Egypte) remarque que tout l'avant-projet est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté. S'agissant du choix d'un rattachement objectif, M. Lotfy ne voit pas d'inconvénient à retenir la loi nationale des époux. Le Délégué égyptien considère qu'il n'est pas pertinent de prétendre que la loi de la résidence habituelle réalise une meilleure protection des époux, car le principe de l'autonomie de la volonté joue déjà ce rôle. Le Délégué égyptien se déclare donc en faveur de la proposition allemande.

Mr Due (Denmark) stated that one of the principal reasons, if not the principal reason, that the Danish Government had considered the draft Convention to be a fair compromise, was precisely the matter of article 4, paragraph 2 (*b*), as drafted. It was felt that where both spouses before the marriage had become totally integrated into the country of the habitual residence, then it was not necessary for nationality to enter the picture. Acceptance of a proposal to delete *b* would not be acceptable.

Mr Skåre (Norway) agreed with the viewpoint of Mr Due. His Government had accepted the draft Convention for discussion in reliance upon *b*. Article 4 of the draft Convention was regarded as an essential part. It was admitted that the parties were free to exercise their choice under the terms of article 3, but in the majority of cases spouses dit not reflect upon the possibility of choosing a law. It was assumed that article 4 would be operative in the majority of cases.

Mr Duchek (Austria) expressed himself always to be hesitant about the applicability of rules containing short periods that, after a considerable lapse of time, had to be proved.
The possibility of the inclusion of a short period had inclined him towards agreement with the view propounded by Mr Beitzke. However, the interventions of Mr Due and Mr Skåre had dispelled his fears, for they clearly had contemplated those cases where the spouses had become totally integrated.

Mr Martens (Netherlands) did not share the optimism of Mr Duchek. He confessed to finding himself in a difficult position, for it was very material for the Netherlands to know what period of time would emerge. Ignorance of that matter rendered it very difficult for him to vote. If the period prescribed was sufficiently long, he would vote against deletion. But if it was short, he would vote in favour of deletion.

Mr Holub (Czechoslovakia) found himself in the same position as Mr Martens. If the period of habitual residence was, say, ten years, then he was in favour of article 4, paragraph 2 (*b*), but not if it was, say, three years.

Mlle Perez Vera (Espagne) se déclare en faveur de la proposition allemande, car elle contient une solution qui est vivement souhaitée par le Gouvernement espagnol. De plus, la Déléguée espagnole appuie la proposition allemande par conviction, car elle a le grand avantage d'assurer la sécurité juridique. En ce qui concerne la nécessité d'une certaine durée de la résidence dans un

pays donné, la Déléguée espagnole fait remarquer que pour les travailleurs émigrants il n'est pas possible de considérer une durée de résidence comme preuve objective de l'intégration dans un certain pays.
Se référant ensuite à l'article 7 de l'avant-projet, Mlle Perez Vera fait remarquer que, dans le cadre de cette disposition, la loi nationale commune des époux continue de leur rester applicable même en cas de changement de résidence habituelle. En comparant cette disposition avec l'article 4, alinéa 2 de l'avant-projet, la Déléguée espagnole se demande pourquoi on a donné à la résidence habituelle un poids spécifique différent dans l'un et l'autre article, puisque l'article 4, alinéa 2 se réfère à une résidence habituelle *avant* le mariage et l'article 7 à une résidence habituelle acquise *après* le mariage.

Le Président répond que l'article 9 *d)* règle la question soulevée par la Déléguée espagnole.

Mlle Perez Vera (Espagne) n'est pas de cet avis car c'est à l'article 7 et non pas à l'article 9 que l'on fait référence à l'alinéa 2 de l'article 4. En d'autres termes, Mlle Perez Vera se demande pourquoi, étant donné que si deux époux espagnols mariés en Espagne peuvent conserver l'application de leur loi nationale même s'ils transfèrent leur résidence dans un autre pays postérieurement au mariage, il ne serait pas possible d'accepter la même solution lorsque les époux ont résidé dans le même pays *avant* le mariage. Or, précisément l'article 4, alinéa 2 *b)*, dans la version de l'avant-projet, rend impossible une déclaration en faveur de la nationalité commune des futurs époux dès l'instant qu'ils ont résidé habituellement durant une certaine durée avant leur mariage dans l'Etat de leur résidence habituelle après le mariage.

Le Président répond à la Déléguée espagnole qu'il serait très heureux de la voir proposer un amendement dans le sens proposé.

Mlle Perez Vera (Espagne) répond que sa proposition consiste purement et simplement à biffer la lettre *b* de l'alinéa 2 de l'article 4.

Le Président craint de voir le compromis de l'avant-projet mis en cause par une telle proposition.

M. De Nova (Italie) souligne que la lettre *b* de l'alinéa 2 de l'article 4 de l'avant-projet constitue la clé de voûte de tout le système. En effet, la lettre *b* réduit la concession faite à la loi nationale. Or, tant que la durée de la résidence habituelle nécessaire pour faire échec à la loi nationale n'est pas connue, il est très difficile pour le Délégué italien de se prononcer.

Mr Duchek (Austria) considered that the discussions had revealed the necessity for the domicile countries to specify the time-limits that they envisaged.

The Chairman replied that no proposals, except that of Norway, had been submitted on the matter. Therefore, he proposed the submission of such amendments by Monday morning, and that the submissions should treat of all such gaps in the draft Convention. He considered that a discussion in the round was required, for some Delegates regarded the periods to be included in those gaps as interdependent. He reminded the Delegates further that the balance remained precarious and a compromise solution on the matter was essential to the completion of the Convention.

Mr Martens (Netherlands) queried whether it would suffice if the proposals were to deal only with article 4, paragraph 2 *(b)*.

The Chairman replied that it was at the discretion of each Delegate so to confine any proposal.

Mr De Nova (Italy) considered that the discussion could be restricted to the present time-limit, for, as the occasion arose, future discussions could be related to it.

The meeting was closed at 1.05 p.m.

Documents de travail Nos 26 et 27

Distribués le 11 octobre 1976

No 26 – Joint Proposal of the Australian, Canadian and United States delegations

Revise article 4 as follows:

Paragraph 1: Substitute the words 'within six months' *for* 'immediately'.

Paragraph 2: Revise sub (b) *to read as follows:*

b if the spouses, having both resided in one State for a period of not less than [3] years immediately preceding marriage and both being habitually resident in that State upon marriage, retain their habitual residence in that State and are legally entitled to remain indefinitely on its territory.

Paragraph 3: Substitute the words 'within six months' *for* 'immediately'.

Revise article 7, second sentence, as follows:

The same rule applies where either one spouse already has the nationality of that State and the other spouse

voluntarily acquires that nationality or both spouses are legally entitled to remain permanently on the territory of the State of their habitual residence.

No 27 – Proposal of the Norwegian delegation

(This document replaces Doc. trav. No 25)

Article 4, paragraph 2(b) *should read:*

b if the spouses retain, *or both establish, in accordance with paragraph 1 of this article,* their habitual residence in that State where *at least one of them has* [habitually] resided for a period of not less than one year immediately preceding marriage.

Procès-verbal No 7

Séance du lundi 11 octobre 1976

The meeting was opened at 10.05 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman resumed the discussion of article 4, noting the submission of Working Documents Nos 8, 18, 21, 22, 23, 24, 26 and 27 (which replaced Working Document No 25).
Turning to Working Document No 8, the Proposal of Norway, he drew attention to article 4, paragraph 2(*b*), and the possible deletion of 'habitually', referred to on the previous day. He asked if the suggestion of Mr Skåre that that term could be deleted was acceptable.

M. Goldman (France) déclare qu'il n'est pas sûr que la suppression du qualificatif «habituelle» soit acceptée par l'ensemble des Délégués: cette suppression n'a pas encore été discutée, et, y passer outre pourrait laisser croire le contraire. A son avis, il convient de discuter d'abord de la *durée* de la résidence habituelle, puis de voir si l'on conserve le qualificatif «habituelle» ou non, ainsi qu'il est mentionné dans la proposition norvégienne.

Le Président souligne que la nouvelle proposition norvégienne a une incidence sur l'interprétation de la résidence «habituelle». Dans l'attente du texte effectif, il aurait souhaité discuter les autres aspects de cette proposition.

M. Goldman (France) dit préférer attendre la nouvelle proposition norvégienne et réserver l'ensemble de la discussion à ce moment.

Le Président annonce l'impression prochaine du Document de travail No 27 contenant ce texte, et se rallie à l'intervention du Professeur Goldman: la discussion attendra.

Mr von Mehren (United States) understood the proposal of Norway to mean, that, although habitual residence would have to exist at the time of the marriage, and continue after the marriage, one should begin the computation in terms of residence, not habitual residence. If that was so, the repercussion would be that Australia, Canada and the United States would probably support the proposal, for the imposition of a longer period of time would be more acceptable if it was not necessary to go back to the precise moment of establishment of habitual residence.

M. Valladão (Brésil) présente à l'assemblée l'Observateur du Venezuela, M. Parra-Aranguren, arrivé le matin. Il souligne, par cette présence, l'intérêt croissant des pays latino-américains pour les travaux de la Conférence de La Haye.
Passant au fond du débat, il indique que le choix des conférences de La Haye en faveur de la *résidence habituelle,* est comme marqué d'un péché originel: depuis une vingtaine d'années, on a préféré la résidence habituelle au domicile, et ce dans quasi toutes les matières, alors qu'il en est certaines qui ne paraissent pas pouvoir être adaptées à ce facteur de rattachement. Ainsi en est-il des régimes matrimoniaux. Il estime que la notion de domicile exprime un *choix* personnel des époux, alors que la résidence habituelle consiste en une sorte de situation objectivée moyennant un certain délai. Dans ces conditions, il préfère le rattachement au domicile qui semble mieux s'accorder avec la volonté des parties. En conclusion, il déclare souhaiter la formule traditionnelle utilisée en Amérique latine, plus spécialement au Brésil: le rattachement du régime matrimonial au premier domicile matrimonial.

M. De Nova (Italie) s'interroge sur le délai de la résidence habituelle, contenu dans la proposition norvégienne, dans la perspective ouverte par le Professeur von Mehren. A son avis, si telle interprétation était acceptée, il faudrait prévoir deux délais successifs: le premier pour la résidence, le second, pour la résidence habituelle, laquelle marquera l'intégration de la famille dans le milieu de vie. Tout ceci devrait impliquer un délai global plus long que si l'on envisageait uniquement la résidence habituelle pour la fixation du délai conventionnel.

The Chairman, noting Working Documents Nos 26 and 27, considered the new proposal of Norway to go further than the draft Convention. Accordingly, the discussions should start there. Depending on their outcome, they could return to a discussion on the length of the period.

Mr Skåre (Norway), introducing the proposal, explained that the motivation was two-fold:

– the amendments that he had proposed earlier had been unsuccessful;
– he inclined to the view that there would be no majority for the stipulation of a short period in article 4, paragraph 2(*b*). The new element was that it would be sufficient for one spouse to have had his or her habitual residence in the State prior to the marriage, provided that both spouses so established themselves at the time of the marriage. The period stipulated of one year was not a conclusive standpoint and was open to discussion.

The Chairman considered that, upon a comparison of the Norwegian proposal and the article as drafted, the difference of principle which emerged was that, in the former, the declaration would not apply if one of the spouses resided before marriage in the State where both spouses were to establish habitual residence, whereas article 4 as drafted required the residence of both parties before the marriage in order to exclude the declaration.

Le Rapporteur illustre la proposition norvégienne par l'exemple suivant. Supposons un Italien établi en Norvège depuis un certain temps; il épouse, toujours en Norvège, une Italienne qui ne résidait pas dans ce pays et y demeurent établis. La loi norvégienne s'appliquera à leur régime matrimonial. La différence de cette solution avec celle de l'avant-projet est double:
– la nécessité de résidence est limitée à un seul époux au lieu de deux auparavant;
– un élément de fait: l'établissement dans le pays dont on n'a pas la nationalité.
A son avis, la durée de cet établissement devrait être plus longue, car on ne peut concevoir de genre de rattachement que moyennant une intégration sérieuse dans le nouveau milieu de vie.

M. Beitzke (Allemagne) souligne le danger et la faiblesse de la proposition norvégienne: l'existence de la résidence d'un seul époux ne constitue pas un élément de stabilité pour le futur. Or, précise-t-il, il faut s'interroger sur l'avenir de la situation conjugale, en rapport avec la proposition conjointe des Etats-Unis, de l'Australie et du Canada (Doc. trav. No 26) qui tentent d'apporter une solution à cet égard. Il préfère, en conclusion, le Document de travail No 26 au No 27.

M. Goldman (France) remarque que l'on a subdivisé les propositions contenues dans les Documents de travail Nos 27 et 26 en trois questions:
– la résidence antérieure de l'un des époux;
– la résidence habituelle;
– la durée de cette résidence.
De l'avis de la délégation française, il faudrait procéder différemment sur un plan méthodologique. Sa délégation n'est pas hostile au principe de la résidence d'un seul époux, mais ce principe ne pourra être discuté valablement qu'après qu'il ait été répondu aux deuxième (résidence habituelle) et troisième (durée substantielle de cette résidence) questions. Tant que ces deux derniers points ne seront pas résolus, il s'abstiendra.

The Chairman understood the feeling of the Commission as being in favour of a discussion of the time period. Being reassured of that, he drew attention to the three periods that had been proposed:
– one year, Working Document No 8;
– three years, Working Documents Nos 26 and 23;
– five years, Working Document No 24.

Mr De Nova (Italy) pointed out that it was no longer clear whether the residence under consideration was to be habitual residence or residence *simpliciter*. For instance, Working Document No 26, on article 4, paragraph 2 (*b*), referred at the beginning to mere residence and afterwards to habitual residence. In his opinion, this point should be clarified first.

The Chairman replied that it was necessary to establish a working procedure and, to that end, the discussion was directed only to the period.

Mr De Nova (Italy) rejoined that it was not possible for him to discuss periods of time *per se,* without knowing whether the period related to residence or habitual residence. Accepting the Chairman's suggestion that the discussion should be upon a hypothesis, he stated that the only hypothesis possible was based upon habitual residence, and in that event he considered five years to be the minimum period acceptable.

Mr Martens (Netherlands) considered that the Commission fully appreciated the importance of the provision under discussion for, as Mr De Nova had correctly said, it was the *clé de voûte* of the compromise between the adherants of the domicile doctrine and the partisans of the nationality concept. Nevertheless, he wished to ask the former to realise that the provision under discussion, from a nationalistic point of view, constituted a weighty concession. Having agreed that the main objective factor would be domicile, instead of nationality, on condition that they could stipulate that their own nationals be treated according to their principles – that is, governed by their national law – they had further conceded that that stipulation would not apply to those nationals who had become integrated into another country. From their point of view, that was an important concession because it boiled down, in substance, to subscribing to the domicile doctrine. He did not regard it as surprising, accordingly, that various Governments adhering to the principle of nationality wished to retract.
As he had previously indicated, his Government, although an adherent of nationality, was prepared to accept that *clé de voûte,* provided it had the right dimensions. A period of five years was considered to be the absolute minimum. Indeed, in the majority of cases, it was felt that five years was too short a period to warrant the assumption of integration. However, although many nationality laws, including his own, stipulated a minimum period of five years before naturalisation, it was prepared, in order to save the compromise, to accept that period in the context under discussion. He hoped, however, that the domicile countries would appreciate, should they insist on yet shorter periods, that the *clé de voûte* would be regarded as too weak to balance the compromise, which would then collapse.

M. Stiénon (Belgique) appuie vivement la délégation néerlandaise lorsqu'elle déclare que le délai prévu à l'article 4, alinéa 2 *b*) de l'avant-projet de Convention doit être d'au moins 5 ans. En effet, dit-il, cette disposition constitue une *exception* au principe général de la *loi nationale.*
Si l'on veut que cette exception s'applique dans la réalité des choses de façon correcte, il faut la décrire avec précision. Un délai de 5 années lui paraît le délai minimum pour assurer l'intégration du couple dans un pays, et y justifier le rattachement de leur régime matrimonial à la loi de la résidence.

Mr von Mehren (United States) considered that, in terms of the perspective of those countries approaching the problem from the point of view of domicile, a period of five years was long. Having regard to the basic

objective of the provision, surely the question to be answered was whether one could really say that the *ménage* was integrated into the society in which it was residing. The stipulation of a three year period of habitual residence of both the parties at the time of the marriage and the continuation of such habitual residence after the marriage constituted a clear indication of the parties' integration into the community. He added that it had been felt necessary to qualify the requirement of habitual residence by a condition of legal entitlement to remain indefinitely on the territory of the State. In the light of that objective element, plus a substantial period of habitual residence continuing after the marriage, the basic test of the Convention, namely, integration, could be seen to be satisfied and would be acceptable to the Common Law domicile countries.

The Chairman proposed the postponement of any discussion of such legal entitlement qualification until a stand had been taken on the length of the period.

Mlle Perez Vera (Espagne) fait remarquer que la délégation espagnole appuie à son tour la proposition autrichienne, française, belge, néerlandaise et portugaise de porter le délai de l'article 4, alinéa 2 *b*) à 5 ans. Elle souligne que telle est aussi la solution adoptée dans la Convention sur l'administration internationale des successions.

Mr Hayes (Ireland) drew attention to the fact that the time necessary for a person to become integrated into a country depended upon the individual person. It was clear, for example, that integration could be made more difficult by the existence of language problems. He was inclined to favour a long period, but could regard three years as acceptable. He emphasised that periods of residence had never been a constituent element of domicile, which had never concerned itself with length of residence but with the *animus revertendi.*

The Chairman asked Mr Skåre whether he was prepared to withdraw his proposal, Working Document No 8, and Mr Skåre signified his assent. Proposing the vote, the Chairman requested adherents of a period of five years to respond in the affirmative, and those in favour of three years to reply in the negative, thus indicating the view of the Commission.

Mr Leal (Canada), raising a point of order, queried whether, if a period of five years was accepted on a vote, it was possible for that period of five years to be reopened for discussion.

The Chairman replied that it was possible, subject to the Commission voting in favour of reopening with a two-thirds majority.

Vote

The Commission moved to a vote on the period of time that was to be required, and adopted a period of five years by a vote of 13 in favour (Austria, Belgium, Finland, France, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland), 6 against (Australia, Canada, Denmark, Norway, United Kingdom, United States), and 4 abstentions (Brazil, Egypt, Germany, Yugoslavia).

The Chairman suggested that the discussion should begin with whether the period of residence before the marriage should be residence *simpliciter* or habitual residence.

Mr Leal (Canada) clarified the fact that the thrust of the joint Australian, Canadian and United States proposal, Working Document No 26, was the same as the proposal of Norway, Working Document No 27.

Mr Due (Denmark), for the reasons already put forward by Mr Leal, Mr Skåre and the Rapporteur in his Report (see Preliminary Document No 5, paragraph 86), explained that he would favour deletion of the requirement of 'habitual' residence. He reiterated the difficulties that could arise where it was necessary to ascertain whether the residence had been habitual at a previous time. Referring to similar problems in the case of article 9, he pointed out that there the Special Commission had chosen to delete such qualification.

M. Goldman (France) craint que cette discussion ne soit sous-tendue par des différences de conceptualisation mal comprises, entre les pays de Common Law et ceux de droit civil. Il souligne que, pour les pays de Common Law, le mot *résidence* correspond largement à l'expression *résidence habituelle* dans les systèmes de droit civil. La délégation française insiste beaucoup pour le maintien de l'expression complète résidence habituelle, pour plusieurs raisons:
– Tout d'abord, l'expression résidence habituelle appartient depuis de nombreuses années au vocabulaire usuel de la Conférence de La Haye, et est utilisée dans les Conventions faites à La Haye depuis plus de 20 ans. Il convient de respecter l'uniformité de cette terminologie.
– Il ne faut pas se méprendre sur le sens des mots *résidence* et *résidence habituelle* en France: lorsqu'on parle d'une résidence de 5 années consécutives, on semble vouloir dire que cette résidence doit être *continue* (avec exclusion de tout déplacement), alors que lorsqu'on parle de résidence habituelle, on se contente d'indiquer la permanence d'une habitation, l'intention des résidents, mais on n'exige pas que cette résidence soit continuelle. Il y a donc tout intérêt à conserver l'expression résidence habituelle. A l'intention de M. Due, il signale que, sur un plan judiciaire, il paraît plus difficile de prouver la résidence (dans sa continuité) que la résidence habituelle, aspect qui ne crée généralement pas de difficultés. Ce serait, en conclusion, rendre service aux Délégués des pays de Common Law que de choisir l'expression résidence habituelle.

Mr Duchek (Austria) indicated his agreement with the views propounded by Mr Goldman. He preferred habitual residence, because of the attendant enormous problems of proof and the extra difficulties that would occur if residence were introduced into the legislation.

Mr De Nova (Italy) also endorsed the views of Mr Goldman. He considered habitual residence to be more stabilized than residence. For example, it was possible for a person to be resident in two separate places during a period of one year, but he felt that only one could be characterized as habitual. Further, he would also look more favourably upon a longer period.

Le Rapporteur précise, à cet endroit, que le sens de la *résidence* discutée ici, n'est pas le même que celui entendu à l'article 9 *b*) de l'avant-projet. Ces deux résidences ne peuvent être mises sur le même pied.

Mr Leal (Canada) presented an illustration to the Commission on the difficulties that were facing the domicile countries. He took the case of an Italian male national who emigrated to Ontario in search of employment and a new life. Having resided in Ontario for five years, he marries and thereafter habitually resides there with his

wife. After a further two years, marital difficulties arise. It was at that moment that it was necessary to test whether article 4, paragraph 2 (*b*) would apply to negative a declaration made by Italy under article 21. He asked the Delegates to imagine that the husband was in the witness box, with the following questions being put to him by the Attorney:
Q. – You have been here for five years prior to your marriage?
A. – Yes.
Q – You intended to make Canada your home?
A – Yes.
Q – If you had known that after two years you would lose your job, would you have intended to go home?
A – Yes.
He considered that, in such a normal situation, the declaration would not be negatived. Yet it was clear, *ex post facto,* that the immigrant had made and had intended to make his home in Ontario.

Mr von Mehren (United States) admitted to finding himself in difficulties, for he had been advised differently by Mr Goldman and Mr De Nova. Mr Goldman had said that habitual residence was a less demanding test than residence, whereas Mr De Nova considered residence to be less demanding. In his view, the Common Law countries would interpret the language of the Convention as requiring a more permanent character than simple residence, but they would not regard residence as insisting upon an uninterrupted presence. If the Convention stipulated a period of five years, that would be regarded as something of an unusual nature. In the context of the requirement of integration, the stipulation of five years' habitual residence of both spouses was very demanding and went further than the basic approach of article 4 as drafted.

The Chairman informed the Delegates that there were three matters pending discussion;
– whether the requirement of habitual residence should relate to one or both spouses;
– the retention or deletion of paragraph 2 (*b*);
– the renvoi problems raised by the proposal of the Rapporteur, Working Document No 21, and that of Germany, Working Document No 18.

Mr De Nova (Italy) pointed out that the history of the Conference showed that the term 'habitual residence' was always meant to express *un rattachement plus fort* than mere residence.

Le Secrétaire général adjoint souhaite que la Commission n'abandonne pas l'usage d'expressions traditionellement employées dans les Conventions de La Haye et qui n'ont jusqu'à présent aucune difficulté pratique. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter le Recueil de jurisprudence offert aux Délégués «Les Nouvelles Conventions de La Haye, leur application par les juges nationaux», publié par l'Institut Asser. Dans ces conditions, il convient de ne pas changer la terminologie actuelle sans motif grave.

The Chairman added that he had no recollection of any Convention cast in terms only of residence. It was necessary to choose between the two terms.

Mr Leal (Canada) raised a point of order. In his understanding, it was not the wish of the Common Law jurisdictions to delete the term 'habitually' where the period referred to time after the marriage.

The Chairman replied that no such proposal had been submitted. The discussion rested upon a requirement of habitual residence during the period preceding the marriage.

The Commission moved to a vote on the deletion of 'habitually' in the text of article 4, paragraph 2 (*b*), in accordance with the proposal of Norway, Working Document No 27, and the joint Australian, Canadian and United States proposal, Working Document No 26.

Vote

The Delegates voted against deletion by a vote of 15 against (Austria, Belgium, Egypt, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Switzerland, Yugoslavia), 7 in favour (Australia, Canada, Denmark, Norway, Sweden, United Kingdom, United States), and one abstention (Brazil), and 'habitually' remained in the text.

The Chairman proposed a further vote on the requirement that the period prior to the marriage should relate only to one spouse or to both.

Vote

On a vote in favour of limiting the requirement of habitual residence to only one spouse, in accordance with the proposal of Norway, the Delegates voted against the limitation by a vote of 16 against (Austria, Belgium, Egypt, Finland, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, Yugoslavia), 5 in favour (Australia, Canada, Denmark, Norway, United States), and 2 abstentions (Brazil, France).

Finally the Commission moved to a vote on the deletion of article 4, paragraph 2 (*b*), proposed by the German delegation.

Vote

This proposal was rejected by a vote of 16 against (Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Ireland, Japan, Netherlands, Norway, Portugal, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States), 5 in favour (Egypt, Germany, Italy, Luxemburg, Spain), and 2 abstentions (Brazil, Yugoslavia).

The Chairman indicated that the discussion on paragraph 2 (*b*), article 4, was concluded.
Two additional documents arose for consideration in connection with paragraph 2 of article 4, that of the German delegation, Working Document No 18, and that of the Rapporteur, Working Document No 21. The Chairman pointed out that if Working Document No 21 was accepted, it would be necessary to look to Working Document No 22.
It was agreed that the two Working Documents were not identical, but the German delegation was prepared for the discussion to proceed with Working Document No 21.

Le Rapporteur introduit la proposition inscrite au Document de travail No 21, visant à modifier la proposition allemande contenue au Document de travail No 18.
Cette proposition vise à étendre le champ d'application de la proposition allemande dans ce sens-ci: la loi nationale s'appliquerait également au régime matrimonial d'époux qui ont comme seule loi nationale commune celle d'un Etat non contractant dont les règles de conflit prévoient l'application de la loi nationale commune, et qui établissent leur première résidence habituelle dans un Etat ayant fait cette déclaration.
Ce faisant, le traitement des époux est uniformisé sur

l'ensemble des Etats qui ont adhéré à la Convention de La Haye. Il illustre cette situation par l'exemple suivant. Supposons trois Etats: l'Espagne, qui a ratifié la Convention et fait la déclaration prévue à l'article 21; le Danemark qui a ratifié également la Convention, mais sans faire la déclaration prévue à l'article 21; enfin, l'Italie qui n'a pas ratifié cette Convention.
Supposons alors deux époux italiens qui ont leur première résidence soit au Danemark, soit en Espagne. Rappelons que l'Italie est un «pays de loi nationale», comme l'Espagne, et que le Danemark est un pays qui applique la loi de la résidence au régime matrimonial. La proposition du Professeur Beitzke vise à soumettre de tels époux à la loi italienne en Espagne mais emporte la conséquence qu'ils sont soumis à la loi danoise au Danemark, car ce pays n'a pas fait la déclaration prévue à l'article 21. La nouvelle proposition prévoit une solution uniformisée: ces deux époux verront leur régime matrimonial soumis en Espagne *ou* au Danemark à leur loi nationale.
En définitive, la proposition du Rapporteur vise à unifier les solutions dans les «Etats de loi nationale» non contractants et les «Etats de résidence» contractants.

M. Beitzke (Allemagne) déclare que la proposition du Rapporteur semble plus restreinte que la sienne, et qu'il désire en conséquence maintenir cette dernière indépendante.

Le Rapporteur déclare qu'en effet, l'optique des deux propositions est un peu différente. Ainsi, dans son exemple, si les époux italiens devaient habiter l'Espagne après avoir résidé au Danemark, le juge espagnol appliquerait à leur régime matrimonial la loi italienne. Toutefois il rappelle que sa proposition vise à donner une solution uniforme dans tous les pays, sans exception, alors que la proposition allemande n'est pas exempte de lacunes.

Mr von Mehren (United States) indicated that his understanding of the proposals was that each brought in the conflict rules of the jurisdiction contemplated. That was a sound approach, but it should be extended. In regard to States that did not have the opportunity to make a declaration under article 21, such a State of the common nationality might be a State that employed the principle of habitual residence or domicile, and this would produce the situation that some adhering States would regulate matters of regimes by reference to the common nationality, whereas other States would regulate by reference to the habitual residence or domicile. He did not consider such a situation to be desirable, for the basis of the Convention was regulation by the most concerned jurisdiction, and that jurisdiction should prevail.

The Chairman replied that that matter was covered by the proposal of the Rapporteur, Working Document No 22, which would become a subject for discussion.

M. De Nova (Italie) soulève le problème du *renvoi* contenu dans la proposition allemande de modification de l'article 4 de l'avant-projet de Convention. Il se demande comment concilier ce renvoi avec la caractère universaliste de la Convention.

Le Président rappelle que la Convention doit en principe s'appliquer sans condition de réciprocité indépendamment de la question du renvoi.

M. Goldman (France) fait remarquer que l'observation du Professeur De Nova lui paraît pertinente. En effet, la mise en oeuvre des Conventions de La Haye n'apporte jamais autre chose que des règles conventionnelles uniformes de droit international privé; cela ne constitue pas encore un droit international privé tout à fait commun.
Si la proposition allemande concernant le renvoi était adoptée, il subsisterait un problème de réciprocité quelle que soit la rédaction de l'article 2 de l'avant-projet.

Mr Hayes (Ireland) queried whether the term non-Contracting State as employed in Working Document No 21, was confined to States that could be Contracting States, or did it extend to non-Contracting States, in the sense of States not Members of the Conference.

The Chairman replied that the term Contracting States was not confined to Member States of the Conference, because the Convention would be open for ratification by all States.

Le Secrétaire général indique que la Commission adoptera peut-être une terminologie plus adaptée pour éviter les problèmes suscités par la combinaison des questions du renvoi et de l'absence de réciprocité.
Il conviendra que la Convention soit ouverte à tous les Etats, même ceux qui ne sont pas Membres de la Conférence.

Mr Duchek (Austria) requested elucidation on whether the admissibility of renvoi meant that the law of nationality is only applicable in so far as the conflict of law rules of the third State subject matrimonial property to the law of the nationality. For example, in the case of immovables, the conflict of law rules of the third State might refer to the *lex situs,* whereas movables are governed by the law of the nationality.

The Chairman replied that there were many such problems, which the Commission would not be able to solve. Thus, some States applied the nationality of one spouse, the husband. What of the situation where the nationality of the other spouse was the same, thus producing a common nationality?

Le Rapporteur est d'avis qu'il faut s'en tenir aux espèces où, *in concreto,* la loi nationale commune et la loi de la résidence habituelle des époux conduisent à l'application de la loi nationale, peu importe qu'elles y parviennent par un rattachement à l'un des époux ou aux deux. D'autre part, étant donné qu'il est assez exceptionnel qu'un Etat applique la *lex rei sitae* pour les immeubles et la loi nationale pour le reste du régime matrimonial, ce cas ne devrait pas, selon le Rapporteur, être réglé spécialement.

Mr Duchek (Austria) added that his intention had only been to ask whether it was intended to apply the law of the nationality in so far as the law of the State of the nationality required it.

Mr Due (Denmark) stated that the Danish delegation could support the proposal of the Rapporteur, for it went in the same direction as the proposal of Denmark, Working Document No 19, to amend the proposal of Spain, Working Document No 16. It was of importance that the proposal of the Rapporteur preserved the uniformity of the law to govern matrimonial regimes in all countries.

Mlle Perez Vera (Espagne) se rallie à la proposition du Rapporteur. Elle souligne que cette solution s'harmonise avec le caractère universaliste de l'avant-projet de

Convention. Si sa préférence se porte sur la solution du Rapporteur, plutôt qu'à la solution allemande, c'est parce que, même si la Convention n'aboutit à cet endroit qu'à une application mineure de la loi nationale, elle doit néanmoins tendre en tout cas à l'obtention de solutions uniformes.

Mr Freeman (United Kingdom) expressed his concern at the prospect of the introduction of renvoi. He considered that any such introduction involved a law of diminishing returns. It was necessary to remember that there was no one concept of renvoi and that differences would emerge depending on the country in which the matter came up for decision. He would counsel against such introduction.

The Chairman pointed out that it was not the intention of the Commission that renvoi would be applied, for the proposal of the Rapporteur made it quite clear which law would apply. If it were otherwise, he could indorse that concern.

Le Rapporteur fait remarquer qu'il n'est pas question d'introduire dans la Convention les différentes théories du renvoi. Le principe est celui du traitement uniforme des époux, dans l'ensemble des pays contractants. Lors de l'élaboration de la Convention sur le renvoi (Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile), la plupart des participants se sont montrés d'accord sur les principes envisagés, mais les Etats ne l'ont pas ratifiée par la suite.
Il convient de ne pas transplanter les difficultés rencontrées dans ce texte dans la discussion de l'actuel avant-projet. Toutefois, si l'on considérait que de sérieux problèmes devaient être sous-jacents à l'adoption de sa proposition, il se dit prêt à ne pas insister. En définitive, il se déclare en faveur d'une solution plus simple si elle apparaissait nécessaire.

M. Beitzke (Allemagne) indique que sa proposition tend à une plus grande justice à l'égard des parties intéressées. Ainsi, ce serait commettre une injustice, que de soumettre des époux de même nationalité et appartenant à un pays de «loi nationale» à la loi de leur résidence. Ces époux sont et veulent être soumis à leur loi nationale: il faut respecter cette situation et ce désir.

The Chairman proposed that, first, the Commission should decide whether it wanted the principle contained in the proposal of the Rapporteur, which resulted in full uniformity, or that contained in the proposal of Germany, which did not result in such uniformity but did mean that there would be more application of the law of the nationality.

Vote

On a vote in favour of either Working Document No 18 or Working Document No 21, the Delegates expressed their preference for the latter by a vote of 16 in favour (Australia, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Norway, Spain, Sweden, Switzerland, United States), and 5 abstentions (Austria, Egypt, Japan, Portugal, United Kingdom).

Proceeding to a vote on Working Document No 21, the Delegates accepted the proposal of the Rapporteur by a vote of 15 in favour (Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, United States), 2 against (Austria, United Kingdom), and 4 abstentions (Australia, Belgium, Egypt, Japan).

M. Beitzke (Allemagne) pense que la méthode utilisée pour le vote est incorrecte. Sa proposition a une portée plus étendue que celle du Rapporteur: il ne fallait pas les opposer l'une à l'autre pour demander aux Délégués laquelle préférer. S'il faut considérer sa proposition comme rejetée, il se propose d'en introduire une autre basée sur le même principe.

Le Président donne lecture de l'article 15 du Règlement, aux termes duquel il est permis de ne voter qu'une fois, en présence de deux propositions lorqu'elles ont des orientations opposées. L'adoption de l'une entraîne le rejet de l'autre.

Le Rapporteur présente la proposition contenue dans le Document de travail No 22. Elle vise la situation de deux époux qui, au moment du mariage se situent en dehors de la sphère juridique définie par la Convention (loi nationale – loi de la résidence). L'intérêt de la proposition (qui pourrait devenir l'article 4, alinéa 1 bis) est de nuancer le système existant en y intégrant le régime de gens qui n'ont pas, à prime abord, d'attaches avec lui.
Si l'on crée une Convention trop «impérialiste», on se trouve confronté avec l'obligation d'y inclure des possibilités de réserves. Cela est de nature à réduire sensiblement l'effet de la Convention, car les Etats qui ratifient font immanquablement usage de ces réserves. Tel fut le cas de la Convention de 1964 portant loi uniforme sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels.
Le Rapporteur souligne que cette proposition ne touche pas au principe de la déclaration prévue à l'article 21.

Mr Skåre (Norway) requested further explanation of the Rapporteur's example, which had taken as the starting point that Italy and Portugal would be non-Contracting States. If one were to add Norway, what then would be the result. In other words, what was the meaning of 'desdits Etats'.

The Rapporteur replied that the single common nationality would apply where the spouses established their habitual residence in Portugal, a State of the nationality, but not where they established habitual residence in Norway, a State of the habitual residence.

M. Goldman (France) souligne que la proposition débattue lui paraît embarrassante car elle conduit à la coexistence de deux systèmes de conflits de lois. Ainsi, se trouverait-on en présence d'une situation juridique très complexe devant le cas suivant: deux époux de nationalité commune A (pays non contractants et de «loi nationale») s'installent et résident dans l'Etat B (non contractant et partisan du principe de la loi nationale), puis s'installent dans l'Etat C, qui, lui a ratifié la Convention. Le régime applicable sera celui de la loi nationale commune. Si ces époux s'installaient à présent dans l'Etat D, partisan de la loi de la résidence et non contractant, quelle solution envisager? Le système envisagé paraît trop complexe aux yeux de la délégation française qui votera contre la proposition en question.

Mr Duchek (Austria) indicated his intention to vote against any possibility of renvoi, for otherwise the draft would become even more complicated than it was. He hoped for solutions that would render the compromise more simple. However, he feared that the real complications would emerge when the discussion turned to a

consideration of the mutability problem, for the qualifications would arise again.

Mr De Nova (Italy) considered that, as they were bound by article 2 as drafted, he was in favour of any solution that furthered the nationality principle, and Working Document No 22 was such a solution.

M. Baechler (Suisse) appuie la proposition du Rapporteur, car elle correspond le mieux à l'orientation d'unification des règles de droit international privé, poursuivie par les Conventions de La Haye.

Le Rapporteur se déclare conscient des complications nouvelles mais souligne qu'elles sont de nature à résoudre un plus grand nombre de cas et, par conséquent, à diminuer les hypothèses incertaines.
A l'intention du Professeur Goldman, il fait observer que la rédaction du texte de sa proposition doit vraisemblablement être adaptée, chose qui pourrait être confiée au Comité de rédaction. Enfin, il indique que cette proposition ne saurait compliquer le système de mutabilité prévue; au contraire, elle ne saurait que le simplifier.

M. Stiénon (Belgique) estime que le projet devient trop complexe; on ne peut envisager la modification de l'article 4 sans considérer les articles 7 à 9. Si la proposition du Document de travail No 22 devrait être adoptée, elle conduirait à des solutions inextricables en rapport à l'actuelle rédaction des articles 7 et 9.

Le Président partage le point de vue du Délégué belge et propose que l'on demande au Comité de rédaction de chercher une formule d'harmonisation entre les dispositions envisagées.

Mr Hayes (Ireland) expressed his agreement with the Chairman's proposal to simplify. A difficulty was that he was not sure exactly what was meant by renvoi. Was it single renvoi or double renvoi? He had spoken on this subject at the Eleventh Session. The proposal of the Rapporteur was clear, but such a provision might result in the creation of a lawyers' paradise.

The Chairman suggested that they come to a decision on Working Document No 22.

Vote

On a vote, the proposal of the Rapporteur was adopted by a vote of 5 in favour (Finland, Germany, Italy, Spain, United States), 4 against (Australia, Austria, Canada, United Kingdom) and 11 abstentions (Belgium, Denmark, Egypt, France, Ireland, Japan, Luxemburg, Netherlands, Norway, Portugal, Sweden).

Le Rapporteur prend acte de l'adoption à une faible majorité de sa proposition et déclare qu'il conviendra de voir plus tard si cet amendement aura oui ou non encore sa place. On l'examinera en temps opportun.

The Chairman drew attention to Working Document No 26, containing the proposals relating to article 4, paragraphs 1 and 3. As the problems referred to had already been settled, he considered that it was not necessary for the Commission to discuss them further, unless it was the wish of the Commission to vote in favour of reopening the matter.

Mr Leal (Canada) requested that his recollection of such decisions be refreshed.

The Chairman replied that the matter of 'immediately' had already been decided.

M. Goldman (France) précise que, dans son esprit, le délai de résidence devrait être supprimé. L'application de la loi de la résidence au régime matrimonial n'est plus fonction que de la première résidence après le mariage.

Mr von Mehren (United States) accepted that the proposal in Working Document No 26 was moot and should be withdrawn. Mr Nygh and Mr Leal concurred.

The Chairman returned to Working Document No 18, with its proposal to redraft article 21. He accepted that a review of that matter was proper, but suggested that it should be referred to the Drafting Committee.

M. Beitzke (Allemagne) signale que le texte de la deuxième proposition contenue au Document de travail No 18 sera révisé; de même sera réexaminé le problème de la mutabilité du régime matrimonial dans une nouvelle proposition.

Le Président demande aux Délégués si d'autres propositions n'ont pas encore été discutées concernant l'article 4 de l'avant-projet de Convention.

Mr von Mehren (United States) pointed out that in article 4, paragraph 3, there remained the same underlying problem as was raised by Working Documents Nos 21 and 22, namely, whether the internal rules of the State in question should be taken into account.

The Chairman replied that the national law would only apply where no common habitual residence had been established, and that the problem could not arise.

Mr von Mehren (United States) rejoined by referring to the situation where the spouses had not established an habitual residence in the same State after marriage. The regime would be governed by the law of the nationality. He gave the example of an English couple who married in France, and did not establish their habitual residence in the same State. Their matrimonial property regime would be governed by that common nationality, which meant a reference to the United Kingdom, which would not regulate the matter by reference to nationality, but by some other law, such as the *lex situs*. If in the future the spouses were to establish a common habitual residence, then English law would refer to that. The question raised was that of mutability. He asked whether he was correct in his understanding that the matter would be governed by articles 7 to 10, to which question the Chairman replied in the affirmative.

M. Baechler (Suisse) indique que deux propositions (canadienne et irlandaise) devraient encore être discutées (Document de travail No 17).

Le Président lui répond que cette question a déjà été réglée par l'article 3, tel qu'il a été modifié au cours des débats. Il demande aux Délégues si d'autres questions sont encore à débattre. Dans la négative, le débat concernant l'article 4 est provisoirement terminé.

La séance est levée à 13 h.

Documents de travail Nos 28 à 33

Distribués le 12 octobre 1976

No 28 – Proposition de la délégation danoise

Rédiger l'article 6 comme suit:

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.
Toutefois, une nouvelle loi devient applicable dans les cas visés aux articles 7, 8 et 9, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage conformément à la loi à laquelle le régime matrimonial est soumis à défaut de désignation.

Commentaire: La proposition reproduit littéralement les deux premiers alinéas de la formule proposée au No 93 du Rapport.

Revise article 6 as follows:

The law applicable by virtue of the provisions of the Convention remains applicable so long as the spouses have not designated a different applicable law, notwithstanding any change of their nationality or habitual residence.
However, a new law becomes applicable in the cases referred to in Articles 7, 8 and 9, if the spouses have neither designated the applicable law nor made a marriage contract in conformity with the law to which the matrimonial property regime is subject in the absence of designation.

Commentary: The proposal reproduces litterally the two first paragraphs of the formula proposed in No 93 of the Report.

No 29 – Proposal of the Australian, Canadian and United States delegations

Article 7

Revise article 7, second sentence by adding the following clause:

where both spouses are habitually resident in that State and are legally entitled to reside there permanently or where both spouses have had their habitual residence in that State for a period of five years.

No 30 – Proposal of the Australian and United States delegations

Article 10

Delete article 10

No 31 – Proposal of the United States delegation

Article 8

Revise the last paragraph of article 8 to read as follows:

If both spouses establish habitual residence in the same State, the law of that State, including its choice of law rules, shall become applicable.

Article 9

Revise article 9 as follows:

Where the law of the habitual residence of the spouses is the applicable law by operation of Article 4, the law, including the choice of law rules, of the State of a new habitual residence of both spouses shall become applicable.

No 32 – Proposition de la délégation française

Observation: Cette proposition se fait uniquement pour le cas où la proposition néerlandaise (Doc. trav. No 12) ne serait pas adoptée.

Article 9, alinéa premier

Dans le cas où la loi de la résidence habituelle des époux s'applique *en vertu de l'article 4, alinéa premier,* la loi interne de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle des deux époux devient applicable.

Article 9 bis (nouveau)

Les dispositions des articles 7, 8 et 9 ne s'appliquent pas lorsque les époux ont fait un contrat de mariage.

No 33 – Proposition du Rapporteur

Article 7, ajouter in fine:

.. volontairement ou si les époux ont résidé dans cet Etat pendant plus de dix ans.

Documents de travail Nos 28 à 33

Procès-verbal No 8

Séance du mardi 12 octobre 1976

The meeting was opened at 10.00 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman informed the Commission that it would meet again on Wednesday and Thursday mornings, and twice on the following Monday. On Friday, the Drafting Committee would meet to draft those matters already agreed upon, also to make a start with the drafting of the federal clauses, which would need to be adjusted to the changes made in the rest of the draft Convention. He suggested that Mr Beitzke take part as liaison officer for the federal clauses. The Drafting Committee would also meet at 2 p.m. that afternoon. Turning to the agenda for the day, he proposed that they begin discussing articles 6–9, starting with article 6, but leaving aside the exceptions to the principle of immutability.
In the absence of interventions, the main principle of immutability could be regarded as adopted, subject to drafting. In regard to those exceptions, a number of proposals had been submitted:
– the proposal of the Netherlands, Working Document No 12, to delete all the exceptions;
– the proposals relating to the individual rules specified in articles 7, 8 and 9.
The Commission could proceed to a discussion of the proposal to delete the exceptions, which was the most logical to be considered first, or it could begin with a discussion of the content of the rules and then decide whether they should be deleted, which alternative approach was, in his view, preferable.

Mr De Nova (Italy) recommended that a general and brief introduction to articles 7–10 be made either by the Rapporteur or by the Chairman, and that then the Commission should proceed to a discussion of the deletion.

M. Goldman (France) fait part au Président qu'il lui paraît peu utile de présenter longuement les articles 7, 8 et 9 de l'avant-projet de Convention. Le principe général en question est celui de la *mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial par l'effet du changement du rattachement objectif* (nationalité – résidence). A son avis, il convient de se décider sur l'adoption ou le rejet de pareil principe. C'est pourquoi, il propose de discuter immédiatement la proposition néerlandaise (Doc. trav. No 12) visant à supprimer radicalement les articles 7 à 9.

Mr Martens (Netherlands) indicated his concurrence with the views of the Italian and French delegations.

The Chairman accepted that they should begin with a discussion of the proposal for deletion, and asked the Netherlands delegation to introduce the matter.

Mr Martens (Netherlands) summarised the conditions on which proposed amendment was based:
– as with many others, his Government felt that the regulation of the cases of automatic change of the applicable law, provided for in articles 7, 8, 9 and 10, was far too complicated, and, on the evidence of the proceedings in regard to article 4 of the previous day, he felt that if those articles were retained they would become even more complicated;
– he was not at all convinced that those automatic changes would prevent disagreeable surprises occurring to the spouses or their heirs; on the contrary it was felt that such surprises would be the result of such automatic changes. With regard to disagreeable surprises occurring to third parties, he wished only to say that either the Conference could succéed in discovering fair and adequate means to protect ignorant third parties, in which case it was not necessary to retain the automatic change of the applicable law in order to preserve such parties from unpleasant surprises, or the Convention could concern itself only with the relationship between the spouses *inter se,* in which case there would be no further need to concern itself with third parties;
– he did not at all like (to put it mildly) the veto of article 10;
– the chaotic consequences of article 12, especially in cases where some form of community of property was automatically changed into a regime of separation, was to be dreaded;
– the question had to be asked, why tolerate all those difficulties, when article 5 entitled the spouses to change the applicable law whenever they thought fit?
All the foregoing objections would be met if it was provided that the applicable law could only be changed by the mutual consent of the spouses. In such a case, there would be no surprises for the spouses or their heirs; nor would there be any reason to provide for a veto, nor any reason to fear chaotic consequences, for the spouses, when changing the applicable law, would, almost certainly, at the same time deal with the consequences of that change. Finally, the system would be clear and uncomplicated.
He ended by reminding the Delegates of the old saying: *simplex via sigillum.*

Mr Leal (Canada) accepted the decision on procedure. He merely wished to point out to Mr Martens that the domicile countries had made his task somewhat easier by the amendments suggested in their proposals, namely, Working Documents Nos 26, 29, 30 and 31. He stated firmly that the proposal to delete articles 7-10, although clear and simple, could not be accepted, for it was totally unsatisfactory.

Mr Nygh (Australia) agreed that the virtue of simplicity was very striking. However, there were two ways in which that term could be understood; namely, simplicity in the comprehension of the law, or simplicity in the operation of the municipal legal system. As he had previously pointed out, persons resident in Australia, wherever they had come from, were treated as though their property fell under the Australian system, and the Convention would be satisfactory only if that situation was allowed to continue. He conceded that the proposal was useful in the case of temporary immigrants, in that the normal expectations of such persons would be maintained, but in order to accommodate the position of the permanent immigrant the principle of mutability, how-

ever complicated, must be allowed. A simple intra-European Convention would not be sufficient.
He added, finally, that he could fully support the proposal of the Netherlands in so far as it related to the deletion of article 10.

M. Beitzke (Allemagne) fait observer que la délégation allemande se rallie à la proposition néerlandaise. Il rappelle les observations du Gouvernement allemand contenues dans le Document préliminaire No 6: le changement automatique de la loi applicable en fonction de la modification du facteur de rattachement objectif est une source de trop grande difficulté. Le Gouvernement allemand ne paraît pas disposer à adhérer à une Convention comprenant pareil principe.

M. Goldman (France) annonce que, pour sa part également, la délégation française est favorable à la proposition néerlandaise.
A son avis, le problème de la mutabilité du régime suscite deux types de questions:
– l'application dans le temps du nouveau régime: c'est là un problème pour lequel les réponses apportées seront toujours très imparfaites;
– la protection des tiers: là aussi, il estime le problème sans solution satisfaisante; en conséquence, il lui paraît inutile de faire naître des problèmes là où aucune réponse convenable ne peut être donnée.
A l'attention du Professeur Nygh, il signale que la suppression des articles 7 à 9 ne signifie pas la prohibition de toute mutabilité des régimes matrimoniaux. En effet, il est toujours possible aux époux de modifier le sort réservé à leurs biens de manière volontaire, par exemple lorsqu'ils s'intègrent dans un nouveau milieu de vie. Enfin, il attire l'attention sur le fait que la Convention ne doit pas servir les intérêts particuliers de certains Etats; elle n'est faite sur mesure pour aucun d'entre eux. Elle constitue un compromis, et la délégation française comprend parfaitement que le système adopté par la majorité des Délégués puisse être différent du système adopté en vertu des règles de droit international privé françaises.

The Chairman clarified the procedure to be adopted. It was necessary to take a decision on the proposal to delete articles 7–10. If that proposal was accepted, then, naturally, article 10 would fall out. If the Commission decided to retain the exceptions, it was not precluded from returning to the consideration of the deletion of article 10.

Mr Freeman (United Kingdom) wished to speak against the proposal of the Netherlands. In addition to the points already made, he raised an extra reason against deletion, which arose from the character and nature of the laws of succession. As an example, he supposed a situation of French spouses married in France, and domiciled there, whose property would be subject to the French law of community of property. The husband died domiciled and intestate in England. French law would decide the extent of the common property at the death, but English law would decide the quantum of property passing to the wife by virtue of the intestacy. In such a situation, it was possible that the wife would receive more than if either French or English law applied. One was faced with this very distinct and not unimaginable problem.

Mme de Jong (Notariat latin) déclare que le Notariat latin souhaite vivement l'adoption de la proposition néerlandaise visant à supprimer les articles 7 à 9. Elle invoque deux raisons. Tout d'abord, le maintien de ces dispositions contribuerait à accroître la complexité des solutions adoptées par une Convention qui devrait rester simple: dans cette mesure, il faudrait éviter la création d'un «purgatoire» pour notaires. Ensuite, et c'est la raison principale, trop de complexité aboutit à rendre incertaines les solutions pratiques: les particuliers qui consultent les notaires ne souhaitent pas cette incertitude.

Mr Due (Denmark) considered that, although the amendments to article 4 had been agreed, they had not been drafted, with the result that it was difficult to understand the exact content of the proposal of the Netherlands. For example, what was the exact relationship between article 4, paragraphs 1 and 3, and the proposal of the Netherlands? Article 4, paragraph 1, meant that the law of the first common habitual residence would apply. Accordingly, it reduced the importance of paragraph 3. However, if the original property regime of the spouses was determined by paragraph 3, that is, in a case where they had not established a common habitual residence after the marriage and they were nationals of a State that had not made the declaration provided for by article 21, one was relying on the emergency exit of article 4, paragraph 3. Yet, if the parties later established a common habitual residence, the effect of the proposal of the Netherlands would be that the emergency exit of paragraph 3 would apply in perpetuity.

The Chairman agreed that it was clear that, should paragraph 3 apply and articles 7–10 be deleted, then it would apply indefinitely. However, as Mr Martens had just interjected, the parties were free to change that law.

Le Rapporteur souligne tout d'abord la modification intervenue dans l'article 4, à la suite des décisions de la veille; il a simplement été ajouté une hypothèse en faveur de la loi nationale, aux termes de laquelle les solutions apportées dans les Etats de *loi nationale* non contractants, et les Etats *de résidence* contractants sont uniformisées.
En ce qui concerne les problèmes de mutabilité ou de permanence, il signale 3 éléments:
– tout d'abord, dans le cadre de l'autonomie de la volonté, la loi *choisie* reste applicable jusqu'à nouveau choix par les parties intéressées;
– il n'y a pas de changement automatique de loi applicable lorsque la loi nationale est rendue objectivement applicable par la combinaison des articles 4 et 21, et que les parties ont choisi dans ce cadre un régime conventionnel;
– il reste alors le rattachement objectif et le problème de sa mutabilité. Le Rapporteur insiste sur les cas assez nombreux en jurisprudence où le rattachement du régime matrimonial à la loi de la première résidence après le mariage suscite des difficultés. De nombreux époux vivent, en effet, sans la conscience que la loi peut régler le sort de leurs biens. Dans la réalité des choses le problème se pose le plus souvent après un divorce ou un décès; il convient d'éviter dans ces cas-là les mauvaises surprises que pourrait constituer le rattachement à une loi vis-à-vis de laquelle les époux n'ont plus aucun lien. C'est pourquoi, il faut prévoir un certain nombre de cas où le régime originaire subira une modification; toutefois il convient de régler de manière précise les cas où cette mutabilité opérera.
En conclusion, il est d'avis, que, si la simplification radicale peut être séduisante, elle reste néanmoins dangereuse. La Convention constitue un compromis, et il faut éviter, dans cette optique, de capituler sans autre forme de procès devant les partisans de l'immutabilité. Il

entrevoit, quant à lui, la possibilité de simplifier les articles 7 à 9 afin d'aboutir à la détermination d'une ou deux situations de mutabilité automatique.

The Chairman, although pointing out that he could not take part in the discussion, indicated that he subscribed to that explanation. If the articles were deleted, the very roots of the compromise would have been touched, and that might spell the end of the Convention.

Mr von Mehren (United States) agreed that articles 7–9 involved great complications, but a simplistic solution imposed without regard to the reality of the situation was dangerous. They were dealing with those cases which involved parties who were not accustomed to seek legal advice. If the parties had dealt with such matters at the beginning of their marriage, then they fell outside the provisions under discussion.
He considered that the worst possible solution to those unadvised cases was that of the proposal of the Netherlands. An insistence on immutability could make no sense in the case where death followed 45 years after marriage, in a new country.
Of the various ways available for the simplification of the articles, he could suggest the deletion of article 12, thereby allowing for the retroactive effect of the change of the applicable law under articles 7–9.
As Mr Freeman had already observed, it was important to recognise the clear relationship between immutability and succession. One could easily arrive at an unjust situation where an accumulation of rights deriving from matrimonial property regimes would give an extensive protection to the spouse, when the right of succession had been predicated on a law based on the concept of separation of property. One should seek to avoid such an incompatibility.

Mr Skåre (Norway) supported the comments made by the Delegates of the Common Law countries. He could not accept as a sufficient solution that the spouses had the privilege to change the applicable law. Most spouses did not consider such matters. Nor was that merely a question of information, for the provision of adequate information was a very difficult matter.

Mr Duchek (Austria) said that he could not see the relevance of the connection between immutability and the conflict laws of succession drawn by Mr Freeman and Mr von Mehren, for it always depended on the law of the forum which laws were applicable upon death.

Mr Hayes (Ireland) pointed out that the criticism raised as to succession had already been dealt with by the French Delegate, whose views had not been adopted, with the result that the problem would persist. As he remembered the history of the Commission, a start had been made with the principle of immutability, which had been modified to allow for modification by the spouses, and then further modified by acceptance of automatic mutability. If one could not accept the possibility of changing by agreement of the spouses the applicable law, then the basis of the Convention would be weakened. He expressed his support for the arguments presented by Mr Martens and Mr Goldman.

M. Goldman (France) reprend deux arguments invoqués qui lui paraissent importants.
Tout d'abord, la liaison effectuée entre la loi applicable à la succession et celle applicable au régime matrimonial (interventions des Délégués des Etats-Unis et de Grande-Bretagne). A son avis, la seule manière de résoudre efficacement le conflit possible serait d'unifier les règles de conflit conçernant les successions et celles conçernant les régimes matrimoniaux. Mais comment envisager une pareille solution? On pourrait également, sur un plan pratique, demander aux époux de désigner une loi applicable à leur régime matrimonial qui soit conforme à la loi successorale: ce serait une solution concrète.
De toute manière, les inconvénients de la disparité des règles de conflits de lois conçernant les successions et les régimes matrimoniaux subsisteront dans la majorité des hypothèses.
Il rappelle ensuite l'argument du Rapporteur, selon lequel l'inadéquation de la première loi applicable au régime matrimonial de deux époux par rapport à celle qui devrait s'appliquer lors de la liquidation de ce régime devrait conduire à sa mutabilité plus ou moins automatique en faveur d'une loi subséquente.
Le Délégué français estime que le problème pourrait être à cet endroit mieux posé. Et de citer le cas de réfugiés polonais en France, dont les régimes matrimoniaux originaires sont maintenus en vertu de l'article 12 de la Convention de Genève qui réserve les droits acquis. Ce qui surprenait ces époux, ce n'était pas l'application de la loi française au lieu de la loi polonaise, mutation qu'ils n'envisageaient pas, mais bien la différence de régime entre les lois polonaises applicables dans le temps, l'ancienne loi prévoyant la séparation, la nouvelle la communauté d'acquêts.
En conclusion, il fait remarquer que c'est la différence de *régime* qui importe et non le changement de loi applicable. Dans cette mesure, l'argument du Rapporteur ne lui paraît plus aussi pertinent.

M. Baechler (Suisse) se dit favorable au texte actuel des articles 7 à 9 de l'avant-projet. Aux yeux du Délégué suisse, l'application immuable de la loi du premier domicile commun conduit à des solutions absurdes.
Il faut adopter, souligne-t-il, des solutions adéquates, justes, et c'est là le sens même de l'uniformisation des règles de droit international privé.

M. Stiénon (Belgique) demande au Rapporteur la solution préconisée dans le cas suivant. Deux époux de nationalité différente établissent un contrat de mariage, par lequel ils adoptent le régime de la séparation de biens pure et simple, régime matrimonial bien connu et légal dans de nombreux pays. Dans ce contrat, ils ne choisissent pas de loi applicable. La question est la suivante: pareil régime est-il oui ou non soumis à l'application des articles 7 à 9, après un changement de nationalité ou de résidence? A son avis, l'article 15, alinéa 2, de l'avant-projet de Convention ne lui paraît pas prévoir cette hypothèse de manière claire.

Le Rapporteur indique que la réponse à cette question découle de l'article 6 tel qu'il est rédigé au No 93 du Rapport, et repris au Document de travail No 28 par la délégation danoise. Aux termes de cet article, une nouvelle loi ne devient applicable dans les cas visés aux articles 7, 8 et 9, que si les époux n'ont ni désigné de loi applicable ni *fait de contrat de mariage* conformément à la loi à laquelle le régime matrimonial est soumis à défaut de désignation. Dans ces conditions, il faut considérer que le régime conventionnel choisi subsistera, intégré dans l'Etat de sa création.

M. Stiénon (Belgique) demande si l'on peut tirer une règle générale à partir de cette réponse, selon laquelle, l'immutabilité du régime conventionnel n'indiquant pas expressément de loi applicable est garantie jusqu'à nouveau choix.

Le Président répond par l'affirmative.

Mlle Perez Vera (Espagne) indique que l'Espagne se rallie à la proposition néerlandaise. Cette proposition est de nature à éviter toute surprise aux époux.

Mr von Mehren (United States) considered that there was general agreement with the need to protect the spouses from disagreeable surprises. It was not clear to him whether that could be achieved by the expedient of deleting articles 7–9. One was dealing with a range of situations, including the problems of the countries of immigration.
Where the spouses took legal advice, then no further problem arose. However, most did not do so and they, or on their death, their heirs, would be surprised by the application of a law with which they had no further connection.
Having accepted the possibility of mutability in the case of the marriage contract, then it appeared to follow that one should seek to substitute the most reasonable solution in place of the parties' intention, where they had failed to act for themselves. The logic and necessity of making that substitution at the moment of marriage continued into the situation where the spouses had integrated themselves into a new community. The arguments accepted for mutability in the case of the express agreement of the parties were carried over to those situations where the law might make a choice for the parties in the absence of their own choice.

Mr Leal (Canada) wished to return to a point that had not been fully explained. He stated unequivocally that it was not a matter of parochialism or self-satisfaction which motivated the Common Law countries to retain the principle of automatic mutability. One was concerned simply with the matter of good administration of legal order. The problems that were subsumed under the provisions of articles 7–9 did not arise only upon the death of one of the spouses or the dissolution of the marriage, but also related to the transfer of property *inter vivos*. Nor was that simply a matter of third parties.
Thus, where a person became integrated, on any reasonable view of the matter, into a community, then for the purposes of administration of the law of that country, it was not unreasonable for that law to replace the former law.

The Chairman, on his appreciation of the matter, considered that if the Delegates were to proceed immediately to a vote, the result would be very close. He emphasised that the importance of achieving a result was not that of obtaining a 'victory' by the adherents of one view or the other, but of the ultimate success of the Convention. He reminded the Delegates that the reason why example of mutability appeared in the draft Convention was the reflection of the compromise reached between domicile and nationality. If one was drawing up a pure nationality Convention, then there would be no, or few, examples of mutability. On the other hand, in the case of a pure domicile Convention, then there would be pure mutability, for that would accord with the philosophy of that concept.
With a recommandation to discuss the matter in a spirit of compromise, he adjourned the meeting for a short time.
The Commission resuming, the Chairman proposed an indicative vote to which Mr Martens agreed, reserving the right to ask for a final decision on the Netherlands' proposal at a later stage of the proceedings. The Chairman added that it was necessary to remember that the compromise reached in the case of article 4 was based on the understanding of several States that the principle of mutability would be retained.

Vote

The proposal of the Netherlands delegation Working Document No 12, in favour of deletion of articles 7–9 (article 10 being reserved) was rejected by a vote of 12 against (Australia, Belgium, Canada, Czechoslovakia, Denmark, Japan, Norway, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States, Yugoslavia), 7 in favour (Egypt, France, Germany, Ireland, Italy, Netherlands, Spain) and 3 abstentions (Austria, Finland, Luxemburg).

The Chairman added that it might be desirable to limit the cases of mutability further than had been done in the draft Convention. Turning to a discussion of the exceptions to the principle of mutability, the Chairman drew attention to the proposals contained in Working Documents Nos 28 (the proposal of Denmark) and 32 (the proposal of France). He explained that articles 7–9 would only apply when the applicable law was based on the objective connecting factors, in the situation where there was no marriage contract, or there was a contract which did not specify a choice of law.

M. Stiénon (Belgique) souligne que les questions posées par les propositions contenues dans les Documents de travail Nos 32 (article 9) et 28 (article 6, alinéa 2) ne lui paraissent pas uniquement des problèmes de rédaction, mais plutôt des problèmes touchant au fond.

Le Rapporteur précise que l'article 15 de l'avant-projet ne s'applique qu'à la forme des contrats de mariage. L'article 9, quant à lui, ne détermine pas la loi applicable aux contrats de mariage: il se borne à désigner une loi applicable à défaut de désignation d'une loi compétente et d'un contrat de mariage. Il indique que le dernier membre de phrase de l'article 6, alinéa 2 (Document de travail No 28): «ni fait de contrat de mariage conformément à la loi à laquelle le régime matrimonial est soumis à défaut de désignation», s'adresse précisément aux époux qui ont fait un contrat de mariage sans y désigner une loi applicable, mais en étant bien convaincus qu'une loi doit s'appliquer, fût-ce implicitement aux yeux du juriste.

Le Président souligne que si le contrat de mariage n'était pas valable l'application de la Convention entraînerait la mise en jeu du rattachement objectif.

M. Beitzke (Allemagne) se demande comment comprendre l'article 6, alinéa 1 (Document de travail No 28): «La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.» Que se passe-t-il, en effet, lorsque deux époux mariés d'abord sans contrat, adoptent par la suite un régime conventionnel sans désigner de loi applicable?
Il lui semble qu'il existe ici un cas de lacune qu'il faut combler.

Le Président répond au Délégué allemand que le problème ne lui paraît pas tranché par la Convention dans sa rédaction actuelle.

M. Beitzke (Allemagne) déclare qu'il reste également un autre problème sans solution: le cas des époux qui ont annulé un contrat de mariage, sans établir un nouveau contrat ni désigner une nouvelle loi applicable.

Le Rapporteur fait observer que cette hypothèse lui paraît théorique: on ne peut imaginer raisonnablement que deux époux renoncent volontairement à une loi choisie par eux, sans indiquer par la suite une autre loi applicable à leur situation se contentant de laisser trancher la question par une éventuelle autorité judiciaire. Toutefois, si cet *actus contrarius* devait se réaliser sans indication de nouveau choix, il conviendrait d'y apporter la solution du rattachement objectif, en vertu de l'article 6.

Le Président fait observer que l'annulation volontaire d'un contrat de mariage sans désignation de droit applicable par la suite, conduit à la mise en jeu de l'article 6 et à l'application d'une sorte de rattachement subjectif, dans sa source en tout cas.

Mme de Jong (Notariat latin) se demande comment comprendre l'article 6, alinéa 2, tel qu'il est rédigé dans le Document de travail No 28. Constitue-t-il une limitation de la liberté du contrat de mariage par rapport à l'article 3 où il est possible aux époux de désigner la loi de l'Etat dont l'un de ceux-ci avait la nationalité avant le mariage.

Le Secrétaire général adjoint rappelle qu'en vertu de l'article 15, alinéa 2, la désignation de la loi applicable par les époux doit faire l'objet d'une stipulation *expresse* ou résulter *indubitablement* des dispositions d'un contrat de mariage. Dans la pratique, il est extrêmement rare que le contrat de mariage ne mentionne pas de rattachements implicites mais indubitables à un droit applicable (désignation d'un article du Code civil concerné par exemple).
Il ajoute qu'à son avis l'article 6, alinéa 2 ne peut toucher qu'au fond du contrat: il convient ainsi de vérifier si le contrat est valable conformément au principe du rattachement objectif. Le problème de la forme est réglé dans d'autres dispositions qu'il n'y a pas lieu de débattre pour l'instant.

The Chairman pointed out that Working Documents Nos 28 and 32 were not intended to change the substance of the Draft, and accordingly could be referred to the Drafting Committee, whose task would be to integrate them with the articles as drafted. He sought, and found, acceptance of the understanding that the exceptions to article 6 would only apply where there was neither a contract specifying the applicable law nor a contract regulating the substance of the property regime.
He pointed out that a problem resulted from the decision of the previous day to include in article 4, paragraph 1, provision for the application of the national law in place of that of the habitual residence. The same problems of mutability arose as with article 4, paragraph 2. It was agreed that the discussions and any future decisions would be without prejudice to the submission of any proposal and discussion of that matter.
The discussion turned to article 7 and the joint Australian, Canadian and United States proposals contained in Working Documents Nos 26 and 29.

Mr von Mehren (United States) explained that the proposal in Working Document No 29 incorporated and superseded the earlier Working Document No 26, which was withdrawn. The basic thrust of the proposal was to include extra cases within the mutability of the earlier regime. The first class of case was that where the spouses have habitually resided in the State for a period of five years, thus evidencing a degree of integration sufficient to bring about the operation of the mutability principle. That was in accordance with the basic philosophy of the Convention. A second class of case dealt with the not uncommon situation of the person who was present on the territory, and having satisfied certain basic requirements, who became entitled to a permanent residence permit. Where the spouses have permanently resided in the State and taken steps to acquire such permanent residence entitlement, then, again, that indicated a sufficient degree of integration.

The Chairman queried whether the proposal replaced Working Document No 29 or was in addition to the last two lines of Working Document No 26.

Mr von Mehren (United States) replied that it was in addition, adding that the last two lines of article 7 as drafted were to be joined to the text of Working Document No 29 by the addition of the word 'or'.

Le Secrétaire général adjoint souligne le fait que la proposition conjointe des délégations américaine, australienne et canadienne (Document de travail No 29) vise dans sa seconde partie l'instauration d'un délai de résidence. Il rapproche cette proposition du texte de l'article 9 *d)* de l'avant-projet qui prévoit lui aussi un délai de résidence. La philosophie de l'introduction de ces deux délais lui paraît semblable: lier l'application d'une loi à l'intégration effective des époux dans un milieu de vie déterminé. Peu importe, à ce niveau, que le facteur de rattachement soit d'une part la nationalité (article 7) ou la résidence (article 9).
Sur le plan technique, l'on discute d'un délai qu'il conviendrait d'uniformiser: le Secrétaire général adjoint suggère que l'on décide dans un seul vote la durée de ce délai, pour les deux articles.

Mr Due (Denmark) regarded the proposal to switch over from nationality to habitual residence following a period of five years as acceptable. In regard to the expression 'are legally entitled to reside permanently', although it was understandable from the point of view of those States, certain difficulties were created, for it introduced a public law concept and might, in Denmark, lead to discrimination between different classes of nationals, for example, between EEC and Nordic State nationals and others. The latter did not have any such entitlement, short of the acquisition of nationality.

Mr Leal (Canada) accepted the force of that argument, and conceded that it might be better if the proposing delegations were to split the proposal, so as to deal with the first qualification separately.

Mr Nygh (Australia) explained that they had been perturbed by the fact that article 7 appeared to make provision for the application of the common nationality, but not for mutability. The intention of the proposal was to embrace both the permanent immigrant, and the best way to establish objectively that character was by looking at the visa obtained, and also the temporary resident, the guest worker or the visiting businessman.

Mr De Nova (Italy) pointed out that article 7 would be significantly changed by acceptance of Working Document No 29. He considered the second part of the proposal to be acceptable, for it was limited by the stipulation of a time period, which indicated the fact of integration. He was not certain, that the first part of the proposal was as objective as the second, and presented the example of the refugee who sought political asylum, and was granted a permanent visa. The result would be the immediate change of the matrimonial property regime.

M. Beitzke (Allemagne) indique que la délégation allemande comprend parfaitement le sens de la proposition conjointe de l'Australie, du Canada, et des Etats-Unis: ce sont des pays d'immigration. Ainsi, il lui paraît admissible que des ressortissants allemands puissent voir leur régime matrimonial soumis à la loi américaine après un certain délai de résidence aux Etats-Unis.
Il souligne que, dans le cadre des pays de la CEE, la conséquence du changement de résidence (changement de la loi applicable au régime matrimonial) deviendrait insupportable: ce sont des pays de migration, où les travailleurs migrants ne réunissent pas les conditions suffisantes de stabilité nécessaire à la mutation de leur régime matrimonial. Il ajoute que cette proposition contient en réalité deux orientations différentes. La première (titre administratif prouvant la résidence) lui paraît totalement inacceptable, car elle ne constitue pas la preuve de la permanence nécessaire au changement de régime, la seconde (une résidence effective d'un certain nombre d'années) peut être acceptable dans certains cas à discuter.

Mr Duchek (Austria) considered that acceptance of such a proposal would influence too much the compromise reached in regard to article 4. Further, he was horrified that mutability could come into play after such a short period of time as five years.

The Chairman added that it had been his intention to propose that the period of time be left aside until it could be harmonised with article 9 (*d*).

Mr Martens (Netherlands) raised a technical query. As articles 4 and 7 were drafted, the latter did not imply any change of residence. Was he to understand the joint proposal to mean that parties whose regimes were governed by article 4 would invoke mutability by a change of habitual residence?

The Chairman replied that the first part of article 7 would apply, for example, to Spanish nationals habitually resident in Denmark, where Spain had made the declaration provided for under article 21. Spanish law would apply until the acquisition of Danish nationality. Under the terms of the proposal, if the spouses remained in Denmark for a certain period, then Danish law would apply automatically without the necessity of Danish nationality being acquired.

Mr Hayes (Ireland) queried the meaning of the concept of legal entitlement. He pointed out that there could be no such entitlement to reside where the parties did not conduct themselves according to the standards of the State of residence. He asked whether the qualification could not be reconsidered and the discussion confined to habitual residence *simpliciter*. He added that his original reaction to the proposal had been that the qualification referred to the phenomenon of illegal immigrants. The Commission should avoid reference to problems that were concerned with public law.

The Chairman drew attention to the submission of Working Document No 33, the proposal of the Rapporteur, and which stipulated a period of ten years in place of the five years provided for in Working Document No 29.

Le Rapporteur présente sa proposition (Doc. trav. No 33) destinée à modifier l'article 7, *in fine* de l'avant-projet en y insérant une résidence d'une durée de dix ans.
A son avis, on ne peut attacher un effet juridique qu'à une résidence d'une certaine durée: la liaison de celle-ci à une décision administrative (par exemple, par la police des étrangers) lui apparaît dangereuse car elle manque d'uniformité, les dispositions administratives différant largement de pays à pays.
D'autre part, dans le sens d'un compromis propre à susciter l'adhésion du plus grand nombre, il convient d'introduire un délai d'une longueur raisonnable, telle celle de dix ans. Quant au type de résidence, il déclare ne pas avoir ajouté le qualificatif «habituelle» afin de respecter l'actuel article 9 *d*) de l'avant-projet. Mais sur ce point, une autre variante peut être adoptée, si les partisans de la «résidence habituelle» le souhaitent.

Mlle Perez Vera (Espagne) déclare que les propositions figurant aux Documents de travail Nos 29 et 33 paraissent ne pas pouvoir être acceptées par la délégation espagnole. Déjà le compromis de l'article 4 lui semblait à peine acceptable. Jusqu'à cet endroit de la discussion, on a lié le principe de la mutabilité au changement du même facteur de rattachement, étant entendu qu'un changement de nationalité entraînait un changement de régime basé sur la loi nationale, et qu'un changement de résidence pouvait entraîner un changement de régime basé sur la loi de la résidence. La discussion présente tente à instaurer un régime totalement hybride, par lequel un régime matrimonial basé sur le principe de la nationalité, peut être modifié par un changement de résidence.
Cette possibilité de passage d'un facteur de rattachement à l'autre paraît inacceptable à la Déléguée espagnole.

The Chairman proposed a vote on the first part of the joint Australian, Canadian and United States proposal, Working Document No 29, the qualification of legal entitlement, to be followed by a vote on the period applicable in the second part of the proposal, bearing in mind the requirement of article 9 (*d*), and finally, a vote on the substance on the second part of the proposal and the proposal of the Rapporteur, Working Document No 33.

Mr Leal (Canada) reminded the Chairman of the proposal of the United States, Working Document No 31, to delete (*a*) and (*b*) of article 9, which, if accepted would leave nothing with which to refer the second part of the proposal in Working Document No 29.

M. Goldman (France) demande si l'on peut considérer que le mot «habituelle» est intégré à l'article 7 de l'avant-projet dans les nouvelles propositions (Doc. trav. Nos 33 et 29); ce qualificatif devrait également se trouver à côté du mot «résidence» dans l'article 9 *d*) de l'avant-projet.
La réponse sera affirmative.

The Chairman agreeing with the opinions of Mr Goldman, moved to a vote.

Vote

The first part of the joint proposal, Working Document No 29, was rejected by a vote of 17 against (Austria, Belgium, Czechoslovakia, Denmark, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Norway, Spain, Sweden, Switzerland, Yugoslavia), 2 in favour (Australia, United States), and 3 abstentions (Canada, Egypt, United Kingdom).

Mr Leal (Canada) explained his abstention. During the discussion it had become clear that a new ingredient that of police regulation, had been injected, and that had not been the situation which had been within his contemplation.

The Chairman proposed a vote on the length of the period that was to be stipulated. Working Document No 20, the proposal of the United Kingdom, which had stipulated a period of three years, was withdrawn by Mr Freeman. The other periods proposed were five years, Working Document No 29, and ten years, Working Document No 33.

Mr Holub (Czechoslovakia) pointed out that articles 7 and 9 were not identical as to substance. As Miss Perez Vera had already said, when speaking of mutability in the context of article 7, one was contemplating a change of circumstances in the connecting factor, but in the context of article 9 the change operated under the same connecting factors. He suggested a discussion of the difference and corresponding decisions, to be taken.

M. Goldman (France) souligne le caractère très rationnel de l'argument proposé par la Déléguée espagnole, stigmatisant le danger du passage d'un facteur de rattachement à un autre. Si la divergence des facteurs de rattachement des articles 7 et 9 de l'avant-projet est réelle, il faut, en pratique, constater que la portée d'une pareille différence est limitée. En conséquence, il se déclare favorable au vote de l'assemblée sur un délai pour les articles 7 et 9, ou sur un délai séparé pour les deux articles.

Le Secrétaire général adjoint indique que le fait de l'adoption d'un délai doit être dissocié de l'adoption ou du rejet des articles le concernant. Il souligne qu'à cet endroit, les Délégués devraient se prononcer sur la durée d'un délai; il sera décidé plus tard si les articles 7 et 9 sont adoptés quant au fond.

Le Président déclare que l'on peut se limiter à voter pour le seul article 7.

M. Stiénon (Belgique) fait observer qu'il faut d'abord se mettre d'accord sur le principe du changement de loi applicable en vertu d'un changement du facteur de rattachement initial. La réponse à cette question devrait conditionner celle pour laquelle un vote est demandé.

Le Président répond au Délégué belge qu'il convient de se prononcer sur une proposition qui a été faite, et qu'on s'y limitera.

Vote

Il est procédé au vote en opposant les Documents de travail Nos 33 et 29.
Les résultats sont les suivants:
– 10 voix en faveur d'un délai de 10 ans (Autriche, Finlande, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Yougoslavie);
– 7 voix en faveur d'un délai de 5 ans (Autriche, Canada, Etats-Unis, Japon, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni);
– 5 abstentions (Allemagne, Belgique, Danemark, Egypte, Espagne).
La proposition du Document de travail No 33 fixant le délai de l'article 7 à 10 ans est adoptée.

Mr Martens (Netherlands) queried whether the period of habitual residence stipulated was a period following the marriage or did it include a period preceding the marriage.

Le Rapporteur répond à la question de savoir à quel moment se situe le point de départ du délai de 10 ans. A son avis le délai court après le mariage.

The Chairman requested the three delegations to clarify the position.

Mr Leal (Canada), after consultation, explained that they had regarded the period of five years as being a period following the marriage. In the light of the decision to stipulate ten years, which was unacceptable, there was no choice but to qualify the period as being a total period of ten years, part of which could precede the marriage.

Mr von Mehren (United States) requested a vote on both interpretations but, the Chairman replying that that was impossible, he concurred in the view expressed by Mr Leal.

M. Goldman (France) déclare que l'interprétation du Délégué américain conduit à une situation absurde: comment peut-on imaginer une résidence d'une durée totale de 10 ans de *deux époux* et dont le délai prendrait court avant le mariage? Cela est juridiquement inconcevable.

Mr Hayes (Ireland) posed the question, how can one be a spouse before the marriage?

M. Huss (Luxembourg) déclare qu'à son avis, il faudrait préciser la durée du délai comme prenant court après le mariage.

The Chairman suggested that they move to a vote on Working Documents Nos 29 and 33. Under the terms of the first, a change in the applicable law would occur when both spouses had resided in the State for a total period of ten years. According to the second, such change would occur only when such period of residence had persisted for ten years following the celebration of the marriage.

Mr De Nova (Italy) stated that he could well agree with the interpretation of Mr Huss but have some difficulty in grasping the full import of the debate.

The Chairman explained that article 7 could come into operation in those cases where article 4, paragraph 2, applied. Thus, where the common national law of the parties applied by virtue of article 4, paragraph 2, and the parties established a common habitual residence in another State, acceptance of Working Document No 29 would permit automatic change in the applicable law following a period of ten years' habitual residence, whereas acceptance of Working Document No 33 would qualify that period of ten years as being habitual residence following the marriage.

Votes

Working Document No 29 was rejected by a vote of 13 against (Belgium, Czechoslovakia, Finland, France, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland, Yugoslavia), 5 in favour (Australia, Canada, Norway, United Kingdom, United States) and 4 abstentions (Austria, Denmark, Egypt, Germany).
Working Document No 33 was accepted by a vote of 14 in favour (Australia, Canada, Denmark, Finland, France, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Norway, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States), 6 against (Austria, Czechoslovakia, Egypt, Germany, Spain, Yugoslavia), and 2 abstentions (Belgium, Netherlands).

Mr Forsström (Sweden) queried the word 'voluntarily' employed in the proposal of the Rapporteur.

Le Rapporteur observe qu'il existe des Etats qui octroient effectivement leur nationalité à des personnes qui y résident pendant un certain temps; l'article 7 vise une acquisition *volontaire* de la nationalité, et non pas une nationalité octroyée par l'effet de la loi.

M. Baechler (Suisse) indique qu'il a lui-même acquis une nationalité par le simple prolongement de la résidence: il est devenu Italien par le fait de la résidence de ses parents pendant plus de 10 ans en Italie.

Le Rapporteur cite également l'exemple de l'Allemagne, où les professeurs étrangers enseignant dans les universités allemandes acquéraient automatiquement la nationalité allemande.

The Chairman stated that article 7 could be regarded as adopted, as amended.

The meeting was closed at 1.05 p.m.

Documents de travail Nos 34 à 39

Distribués le 13 octobre 1976

No 34 – Proposal of the Danish delegation

Article 13

The law applicable to the matrimonial property regime pursuant to the preceding Articles shall apply also to the relations between the spouses and third persons.
However, a Contracting State may, at any time, prescribe that foreign law shall not be applicable in that country in the relations between spouses and third persons who are all habitual residents of that country, unless specified requirements of publicity or registration have been fulfilled there.

Article 13

La loi applicable au régime matrimonial en vertu des articles précédents s'applique aussi dans les relations des époux avec des tiers.
Toutefois, un Etat contractant peut à tout temps prescrire que la loi étrangère ne sera pas appliquée dans ce pays aux relations entre des époux et des tiers qui ont tous leur résidence habituelle sur son territoire, à moins que des conditions spécifiques de publicité ou d'enregistrement y aient été remplies.

No 35 – Proposal of the Danish delegation

The Danish delegation proposes that the rule in article 7 shall apply also to cases where the common national law of the spouses applies pursuant to article 4, paragraph 1 bis.

La délégation danoise propose que la règle de l'article 7 s'applique aussi dans les cas où la loi nationale commune des époux s'applique en vertu de l'article 4, alinéa 1 bis.

No 36 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 11

Delete article 11.

No 37 – Proposal of the Norwegian delegation

Article 12 should read:

The change of applicable law according to Articles 7, 8 and 9 shall have effect for all the assets owned by the spouses. However, the spouses have the option at any time, employing the form prescribed in Article 15, to retain the prior applicable law [to the assets owned by the spouses prior to the change of law according to Articles 7, 8 and 9], and either of the spouses may elect the prior applicable law by a notification to the other spouse provided it is done in writing and within a time-limit to be established by national law.

No 38 – Proposition de la délégation allemande

L'article 10, deuxième phrase, sera libellé comme suit:

Cette déclaration doit faire l'objet d'un écrit signé et doit être déposée chez une autorité publique du pays dans lequel les époux ont établi leur nouvelle résidence habituelle.

No 39 – Proposal of the United States delegation

Article 13

Revise to read as follows:

The law of each State shall determine, with respect to the rights of third persons, whether a spouse may rely on the provisions of a matrimonial property regime not governed by the internal law of that State.

Documents de travail Nos 34 à 39

Procès-verbal No 9

Séance du mercredi 13 octobre 1976

The meeting was opened at 10.00 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman moved the discussion to article 8.

Mr von Mehren (United States), introducing the proposal of the United States, Working Document No 31, explained that where there was a change of the applicable law, one ought to include the conflict rules of that State, for otherwise one would reach a result that would not be achieved by the court charged with the adjudication. For example, where both spouses established their habitual residence in a State, then the court might wish to apply the law of the nationality via its choice of law rules, and that possibility ought to be left open.

The Chairman interjected that the proposal must be read as referring only to non-Contracting States, for otherwise the rule contained in article 8 as drafted must apply. Mr von Mehren signifying his assent, the Chairman observed that the proposal went much further than had the decisions of the Commission in regard to article 4.

Mr von Mehren (United States) replied that where the spouses established their habitual residence in State X, a non-Contracting State, and one of the spouses died habitually resident there, with assets located in that State, it would be unfortunate if a law was to be applied to the assets located elsewhere that was not the law that the State of X would have applied.

The Chairman asked for further support for the proposal of the United States. None being forthcoming, Mr von Mehren agreed to withdraw the proposal.

Mr Martens (Netherlands) raised a point of language. Article 8, paragraph 2 of the French text utilised the word 'Lorsque' whereas 'If'appeared in the English text. The same difference appeared in article 9. He considered that 'Lorsque' not only imposed a condition but also suggested a time-limit, and suggested that, accordingly, the English text be harmonized so as to indicate that factor. It was agreed that the matter would be referred to the Drafting Committee.

Mr Leal (Canada) pointed out that the Drafting Committee, during its work on the previous day, had noted the discrepancy and had adopted the term 'Where'.

Le Rapporteur indique que l'article 8 contient des solutions différentes au regard de celles des articles 7 et 9 que l'on peut rapprocher.
L'article 8, alinéa 1, envisage le cas du changement de nationalité des époux sans égard à leur résidence; il se fait que la plupart des Etats subordonnent l'acquisition de leur nationalité à une résidence d'une certaine durée sur leurs territoires: l'hypothèse présente s'appliquera en conséquence d'une manière sporadique.
L'article 8, alinéa 2, envisage la liaison du changement de loi applicable au régime matrimonial au changement de résidence; cette hypothèse sera vraisemblablement plus fréquente.
Il signale, pour terminer, que l'article 8 et l'article 4, alinéa 3, devraient être harmonisés avec l'accord de la Commission, le Comité de rédaction pourrait se charger de ce travail.

Mr Freeman (United Kingdom), in reply, noted the use by the Rapporteur of the word 'voluntary', which did not appear in article 8. He queried whether that was a drafting matter or one of substance. Further, the suggestion of the Rapporteur that article 8, paragraph 1, envisaged an unlikely situation did not accord with the position under English law. The nationality of the other spouse could be acquired independently of any fact of residence. In addition, English law knew the phenomenon hereby five years' Crown Service was rewarded by the acquisition of nationality. Finally, he queried the necessity of the phrase 'unless one of them obtains the previous common nationality'.

The Rapporteur accepted the force of Mr Freeman's arguments and agreed that the Drafting Committee would attempt to streamline article 8.

M. Beitzke (Allemagne) apprécie la version de l'article 8, alinéa 2, et suggère qu'on le mette en conformité avec le système de l'article 7 qui a été modifié *in fine* (résidence habituelle d'une durée de 10 ans) lors de la séance du mardi 12 octobre.

Le Président rappelle qu'ici la règle *subsidiaire* de l'application de la loi nationale se trouve substituée par la règle *principale* de l'application de la loi de la résidence. Il souligne qu'il appartient au Comité de rédaction d'assurer une harmonie de textes.

Mlle Perez Vera (Espagne) souligne la différence entre les articles 4 et 7 de l'avant-projet, tels qu'ils sont maintenant rédigés. En effet, la place accordée au principe de la nationalité dans le premier s'est presque effacée dans le second après les décisions prises par la Commission hier. Elle illustre son propos par l'exemple suivant: deux époux ressortissants d'un même Etat appliquant le principe de la loi nationale au régime matrimonial, s'installent et résident *pendant 10 ans* dans un autre Etat.
Cet Etat va-t-il appliquer au régime matrimonial de ces époux la loi de la résidence, c'est-à-dire la sienne, ou bien va-t-il appliquer la loi nationale des époux, comme son système et celui de l'Etat d'origine de ceux-ci le prescrivent? Il est pour le moins curieux que cet Etat, s'il est contractant, soit ainsi contraint d'appliquer à ces époux leur loi domiciliaire. Elle observe que l'Etat partisan de l'application de la loi nationale au régime matrimonial, mais non contractant, respecterait l'application de cette loi nationale au régime des biens de ces époux. Dans ce cas, la Convention aboutirait à une solution en définitive moins favorable pour les Etats contractants de loi nationale.
Elle demande au Président si son interprétation est conforme au texte de l'actuel avant-projet.

Le Président répond que la situation décrite par la Déléguée espagnole constitue une hypothèse qui n'a pas été discutée. Le problème lui paraît réel; il suggère qu'un

texte soit présenté, pour rendre compte de ce problème et le résoudre dans un sens plus harmonieux.

Le Rapporteur fait observer que le texte de l'actuel article 7 (modifié le 12 octobre 1976 et stipulant un changement de loi applicable au régime matrimonial après une résidence d'une durée de 10 ans dans un Etat, au profit de la loi de cet Etat) lui paraît clair. L'idée à la base de cette modification était qu'une résidence d'une durée de 10 ans constituait un signe suffisant d'intégration dans le nouveau milieu de vie, pour justifier l'application de la loi locale au détriment de la loi nationale. Il ajoute que l'on peut concevoir une formule différente qui respecte l'hypothèse envisagée par la Déléguée espagnole, car, effectivement, la situation décrite par elle devrait être réglée dans un sens favorable à l'application de la loi nationale des époux. A ce sujet, le Comité de rédaction s'efforcera de trouver la formulation la plus adéquate.

Mr Due (Denmark) agreed with the distinction drawn by the Chairman, that one was dealing with a situation different from that pertaining to article 7. The law of the common nationality was applicable to the spouses, not by virtue of the interest of the State of the common nationality, but because, in the case in question, no declaration had been made under article 21. The only reason why the law of the common nationality applied was that there was no other connecting factor. However, when the spouses have established a common habitual residence in another State, another connecting factor comes into existence. Consequently, he could support application of the common habitual residence from that moment on.

The Rapporteur replied that article 8 was logical within the terms of the draft Convention, where habitual residence had to be established immediately after the marriage, but, with the change to first habitual residence, one was concerned with cases that under the draft Convention would have fallen under article 4, paragraph 3.

Mr Holub (Czechoslovakia) drew attention to Working Document No 17, which had been adopted previously. The result of its adoption was to provide for situations where neither the law of the habitual residence nor that of the common nationality governed. He queried whether article 8, paragraph 2, also covered such situations.

The Chairman agreed that the amendments to article 4, paragraph 3, reacted upon article 8, which would have to be harmonised to accommodate those cases where not only the law of the common nationality applied, but also other laws.

Le Rapporteur estime qu'il y aura lieu de tenir compte de la position du Président, ainsi que de celle du Délégué tchécoslovaque.

Mr De Nova (Italy) indicated his hope that article 8, paragraph 2, would be amended.

Mr Leal (Canada), for the purposes of clarification, explained that article 8 was limited to the situations expressly covered by article 4, paragraph 3, where, in the absence of common habitual residence, the regime was subjected to the common national law. In article 8, paragraph 2, the connecting factor of habitual residence returned and displaced the applicable common national law. He disagreed that article 8 had any application to article 4, paragraph 3, where neither the common national law nor habitual residence applied. He conceded that a lacuna might exist.

The Chairman replied that the question under discussion was, should the principle of article 8, that the habitual residence should apply where there was an habitual residence, be extended at all cases raised by article 4, paragraph 3, or he confined to those cases that had been considered?

Mr von Mehren (United States) thought that it was clear that article 8 extended to all cases raised by article 4, paragraph 3.

The Chairman replied that no amendments had been proposed to that effect, but he recommended that the matter should be referred to the Drafting Committee for consideration.

Article 8 was adopted, subject to drafting.

The Chairman drew attention to the proposal of Denmark, Working Document No 35, explaining that, by the adoption of Working Document No 22 the Commission had agreed that the national law should apply in those cases where non-Contracting States would apply the national law, the spouses being nationals of one State and habitually resident in another. The consequence was that article 7 should apply in conformity with article 4, where there was one Contracting State and one non-Contracting State.

Mlle Perez Vera (Espagne) rappelle son intervention précédente. Supposons, dit-elle, deux époux dont la loi nationale s'applique à leur régime matrimonial en vertu de l'article 4, alinéa 2 de l'avant-projet de Convention. Ils résident depuis plus de dix ans dans un pays tiers: en vertu de l'article 7, un Etat contractant devrait respecter le changement de loi applicable en faveur de celle de la résidence dans ce pays tiers. Cela lui semble une situation peu enviable pour des Etats contractants partisans de la loi nationale.
A la question de savoir si elle entend proposer un nouveau texte, elle suggère de demander au Comité de rédaction de prendre les mesures nécessaires pour que pareille situation ne se produise point.

The Chairman considered that articles 7 and 8 had been adopted.
Turning to article 9, he proposed that, before moving to a discussion of the substance, the Commission should fill in the requirement of the time period. He noted that two decisions had been made in regard to time periods
– in regard to article 4, 5 years;
– in regard to article 7, 10 years.
It was agreed that Working Document No 23, specifying the period of 3 years, had already been withdrawn.
He indicated his preparedness to accept oral proposals in regard to the time-limit to be specified for article 9.

Mr Freeman proposed a period of 5 years, and **Mr De Nova** proposed a 10-year period.

Mr Martens (Netherlands) stated, on the understanding that the period related to the period of habitual residence, his support for the proposal of Mr De Nova.

Le Secrétaire général adjoint propose un argument technique concernant la durée du délai de résidence au terme duquel la loi applicable initialement au régime matrimonial est modifiée automatiquement en faveur de la loi domiciliaire.
Le problème ici posé intéresse certainement un grand nombre de cadres travaillant plus spécialement dans des entreprises internationales, et susceptibles d'être mutés d'un poste à l'autre dans des pays différents.

Le contrat-type de ces cadres porte en général sur une durée de 3 ans, renouvelable. Il se fait que, dans la plupart des cas, ce délai étant renouvelé au moins une fois, la durée moyenne de résidence est de 6 ans. Dans ces conditions, l'adoption d'un délai court (par exemple 5 ans) risque de conduire à la conséquence suivante: au bout de 5 ans les époux seront soumis à une loi nouvelle qui leur sera applicable pendant 5 ans dans le pays de leur nouvelle résidence puis la loi de cette résidence s'appliquera à un moment où ils s'apprêteront à s'installer ailleurs! Bref ils vont cumuler une série de régimes légaux le plus souvent différents. On comprendra que soumettre les biens des époux à une telle succession de lois applicables ne peut constituer une solution satisfaisante. Il est donc souhaitable d'adopter un délai assez long.

M. Baechler (Suisse) se dit lui aussi favorable à l'insertion d'un *long délai* de résidence, indiquant la disparition de l'*animus revertendi.*

Mr Leal (Canada) drew attention to Working Document No 31, the proposal of the United States, which appeared to specify a period of nil years.

Mr von Mehren (United States) replied that the intention was to maintain provisions (*a*)–(*d*) of article 9.

The Chairman pointed out that the proposal of France, Working Document No 32, was also to be understood in that way.

Mr Hayes (Ireland) stated his support for the proposal of Mr De Nova. He considered it illogical to specify different periods of time for articles 7 and 9. The position was different in the case of article 4, for one was there concerned with the retention of habitual residence.

Mr De Nova (Italy) explained that he had proposed a period of ten years because, in principle, he looked with disfavour on mutability, and he considered it necessary to require a substantial tie with the community in which the spouses were residing.

M. Stiénon (Belgique) déclare que la délégation belge n'a pas encore une opinion très arrêtée sur la durée du délai. Il cite alors l'exemple suivant: deux époux belges résident d'abord en Belgique, puis s'expatrient au Canada et y acquièrent la nationalité de ce pays après un bref délai de séjour. Ils n'ont pas fait de contrat de mariage. A ce moment, la loi applicable à leur régime matrimonial ne sera plus la loi belge mais bien la loi canadienne. Il demande si le voeu des auteurs de la Convention a bien été de permettre un changement automatique de loi applicable, au terme d'un délai plus court que celui prévu pour la durée de résidence minimum.

Le Président répond par l'affirmative: le délai de résidence ne s'applique qu'à ceux qui gardent leur nationalité d'origine et qui par là n'ont pas manifesté de manière expresse qu'ils sont partis sans esprit de retour.

Mr Leal (Canada) pointed out that under Canadian law the period was 3 years and not 5 years. He agreed with the observations of the Chairman and Mr Hayes that the period chosen ought to be the same for both articles, but that did not mean that the period need be 10 years. He had voted previously for a period of 5 years, and he would do so again.

The Chairman moved to a vote.

Vote

By a vote of 14 in favour (Austria, Czechoslovakia, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Yugoslavia), 6 against (Australia, Canada, Italy, Norway, United Kingdom, United States) and 4 abstentions (Belgium, Brazil, Denmark, Egypt), the Commission adopted a period of 10 years.

Turning to the Working Documents concerning the substance of article 9, namely, Working Document No 31, the proposal of the United States, and Working Document No 32, the proposal of France, the Chairman asked Mr von Mehren to confirm his understanding that the only point of substance in the proposal of the United States concerned the matter of renvoi.

Mr von Mehren (United States) agreed and reiterated his views regarding the anomaly that would be produced if renvoi was not permitted.

The Chairman queried rhetorically whether the proposal contemplated all connecting factors known to any Contracting or non-Contracting State.

Mr von Mehren (United States) withdrew Working Document No 31.

The Chairman observed that Working Document No 32 was cast more narrowly than article 9 as drafted, for the article prescribed mutability not only when the law was applicable by virtue of article 4, but also when it was applicable by virtue of articles 7 and 8. Mr Grégoire agreed that it was a matter of drafting.

Mr Martens (Netherlands) raised a query as to the text of article 9, paragraph (*d*). He considered that the provision under (*d*) appeared to be ambiguous. He took it to mean that the law of the new habitual residence would become applicable after a certain period of time, but the text might also be read that the law of the new habitual residence would become applicable immediately, on condition that the spouses, during an early period of their life, had already been habitually resident in that country for a certain period of time. He considered that the latter construction was not what the Special Commission had had in mind. If the meeting agreed that the ambiguity rendered the Draft an uncertain reflection of the Special Commission's intention, the matter could be left to the Drafting Committee.

The Chairman agreed that the matter should be referred to the Drafting Committee for clarification.

Article 9 was regarded as adopted.

Turning to article 10, he brought up Working Document No 30, proposal of the Australian and United States delegations, which proposed deletion.

Le Rapporteur présente l'article 10 de l'avant-projet de Convention, permettant à chacun des époux, dans le cadre de la mutabilité automatique des articles 7 à 9, d'opter pour le maintien de la loi précédemment applicable, en notifiant à son conjoint dans un délai raisonnable, une déclaration à cet effet.
Au plan du fond, il observe que ce texte a rencontré peu de sympathie en raison du pouvoir donné à un époux sur l'autre, permettant de paralyser d'une manière *unilatérale* le changement automatique de la loi applicable.

Le Secrétaire général adjoint indique que la disposition de l'article 10 de l'avant-projet de Convention a été inspirée par l'article 10 de la récente loi italienne sur les régimes matrimoniaux. Cette loi prévoit un nouveau régime (communauté des acquêts) applicable aux époux mariés avant son entrée en vigueur à partir de septembre 1977, avec faculté pour un époux de s'opposer au changement automatique à intervenir à cette date.

Mr De Nova (Italy) considered that, if one was not in favour of automatic mutability, then any device to prevent it was to be welcomed. It was desirable that, where there was a change in the circumstances of the connecting factor, one spouse could elect against the change. He was in favour of the retention of article 10.

Mr Leal (Canada) stated his support for retention. He pointed out that recent Canadian law had raised the status of the spouses to one of equality. Where a change in the applicable law occurred, and automatic mutability would impose that change contrary to the wishes of one spouse, that spouse ought to be able to protect the rights existing under the prior law.

M. Lotfy (Egypte) déclare que, si pour la simplicité du texte, on souhaite supprimer l'article 10, il faudrait d'abord supprimer dans cette optique, les articles 7 à 9. Mais, si l'on garde ces 3 articles, alors autant conserver également l'article 10.

M. Beitzke (Allemagne) signale que la loi allemande sur les régimes matrimoniaux entrée en vigueur en 1958 prévoit elle aussi la possibilité pour un époux de refuser par décision unilatérale le changement automatique de régime matrimonial. Au plan du fond, la délégation allemande n'est pas défavorable au principe de l'article 10.
Sur le terrain des formalités, il estime que l'actuelle rédaction de l'article 10 n'est pas satisfaisante. En effet, le problème du maintien d'une loi précédemment applicable concerne au premier chef une question de preuve à l'égard des tiers. Ceux-ci seront d'ailleurs dans la plupart des cas des héritiers. A leur intention, une simple déclaration écrite n'est pas suffisante: elle peut disparaître. Or, l'on sait que ce type de problème se pose généralement dans des situations de crises, situations pour lesquelles il faudrait prévoir un mécanisme formel présentant de meilleures garanties.

Le Président répond qu'il faut d'abord se mettre d'accord sur le principe de l'article 10 avant de discuter les questions de forme.

M. Beitzke (Allemagne) ajoute qu'à cet endroit, il y a plus qu'une alternative entre le maintien ou le rejet de l'article 10: un compromis est toujours possible.

Mr Duchek (Austria) conceded that the rule contained in article 10 might be of practical importance where the spouses no longer lived in harmony. Where the relationship was harmonious, the spouses had the possibility to conclude a marriage contract retaining the prior applicable law.
He requested the Italian and German delegations to provide some indication of the quantum of such unilateral opposition, so that the Commission could decide whether the problem was theoretical or practical.

Mr De Nova (Italy) replied that he had no such statistics.

M. Beitzke (Allemagne) ne dispose pas de statistiques allemandes sur cette question, et demande à son collègue M. Holtgrave de bien vouloir éclairer l'assemblée sur ce problème.

Mr Holtgrave (Germany) confirmed that no figures were available, adding that it was usual in such cases for these to be notarial confirmation.

Mr Due (Denmark) returned to the example provided by Mr Leal. He understood the concern that had been expressed, but considered that the fears were accommodated by the terms of article 12, whereby the property already acquired remained under the prior applicable law in the absence of a new marriage contract. He stated that the Danish Government would support the proposal to delete article 10.

Mr Nygh (Australia) outlined his objection to article 10: it appeared to introduce an unnecessary complication and, further, to give to a spouse an invidious facility in the event of a marital dispute.
It was clear, following the intervention of Mr Duchek, that the retention of article 10 would provide only for a rare situation. It was important to remember that a change in the applicable law would only come about when the spouses acted jointly to evidence their integration into the community. The election to retain the prior applicable law would occur at a time of marital dispute.
He queried what was to be understood by 'a reasonable period of time', and he thought it not unimaginable that the court of the prior applicable law would adopt a liberal approach to such matters, whereas the court of the new law would take a strict view. One was presented with a fertile source of litigation and disunity.

Mr Hayes (Ireland) pointed out that, as article 9 was drafted, it could create a situation where one spouse elected to retain a law which did not provide protection for the other, in order to interfere with the rights of the other spouse in the new habitual residence. Mr Leal had presented the situation from the opposite point of view, emphasising the possibility of election as a means to protect rights. He could support that view of the matter, which could be accommodated in the drafting.
As to the frequency of its use, he pointed out that the doctrine of election was now to be found in Irish succession law.
In regard to the query of Mr Nygh, he added that, under Irish law, the declaration must be in writing.

The Chairman explained that article 10 could only be understood when read together with article 12. The importance of article 10 was that, where an automatic change took place, it related, by virtue of article 12, only to the future property acquired by the spouses, and in the event of a declaration, even such future acquired property would remain governed by the prior applicable law.
The intervention of Mr Hayes raised a different aspect, which related to the situation where, by virtue of the applicable law, the other spouse had a protected interest. The result of an automatic change would be that the protection could be preserved by an article 10 declaration, although article 10 had a wider scope.

Mr Holub (Czechoslovakia) agreed in principle with deletion, for the privilege attached to only one of the spouses. Further, he considered that the possibility of automatic mutability provided by articles 7 – 9 also gave to the spouse a possibility. Secondly, every internal law contained protective measures for the benefit of the

wife, which made such a provision in the Convention unnecessary.
He queried whether it was clear that article 5 covered not only article 3 and 4 cases, but also the possibility of a change of the applicable law under articles 7–9. If it was clear, then article 10 was unnecessary. If not, it would be necessary to cover those cases where both spouses wished to change the applicable law.

The Chairman replied that article 5 applied to all cases, including those, where a change of law occurred under the terms of articles 7–9.

M. Huss (Luxembourg) se déclare en faveur du maintien de l'article 10 qui assure la cohérence du système après le maintien des articles 7, 8 et 9. Il considère cet article comme un signal d'alarme destiné à enrayer la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial. Il constitue également, souligne-t-il, une sorte de remède 'homéopathique' à la complexité du système adopté.

Mr Skåre (Norway) indicated that his Government supported the proposal to delete. It had been found, following a change of Norwegian law, that the privilege of election had been used infrequently. Further, under articles 7–9 substantial connection was required, and it was proper that the new law should apply. Taking up the example of the immigrant, advanced by Australia, Canada and other countries which had argued for mutability and the application of the law of the habitual residence, he observed that the discussion had not considered the situation where, for example, nationals of a nationality country emigrated to another nationality country, neither of which desired the principle of mutability. In the light of that situation, he proposed the introduction of the possibility of those countries entering a reservation.

The Chairman replied that the Commission should avoid a too extended system of reservations and, in the absence of any written submissions, a discussion on such a possibility would have to be postponed.

Mme de Jong (Notariat latin) souhaite éclairer la Commission d'un avis de praticien. Lorsque l'entente entre époux est troublée, il n'y a pas nécessairement divorce peu après: il existe un certain nombre de cas où ces conjoints attendent, séparés de fait, sans régler leur situation d'un point de vue légal. Pendant cette période qui peut être longue, précédant un éventuel divorce, de nombreuses choses peuvent se passer (acquisitions ou ventes immobilières par un époux, héritages etc. . . .). Si le régime matrimonial peut être modifié de façon automatique, il vaut mieux permettre à l'un des époux de s'opposer à cette mutation si elle lui est défavorable. En effet, le passage d'un régime de séparation à un régime de communauté par cette voie-là pourrait lui réserver de très mauvaises surprises. Dans ces conditions opter pour le maintien de la loi ancienne le mettrait à l'abri de mésaventures.

M. Beitzke (Allemagne) souligne que le maintien de l'article 10, qui a l'avantage de permettre la conservation de l'ancien régime matrimonial, peut supprimer la nécessité de faire un contrat de mariage. C'est là une raison supplémentaire à la faveur de la délégation allemande. Il fait ensuite observer les éventuels rapports entre l'article 10 et les articles 13 et 14.
Il pense que l'article 14, qui précise que les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi, ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre de la déclaration unilatérale prévue à l'article 10. D'autre part, il lui paraît que l'article 10 n'a non plus pas de lien avec l'article 13: de toute manière c'est à la loi nationale de prévoir d'éventuelles conditions spéciales à la mise en jeu efficace de l'article 10.

Le Président met la question du rejet ou de l'adoption de l'article 10 (Doc. trav. No 30) au vote.

Vote

– en favour de sa suppression: 9 voix (Australie, Belgique, Danemark, Etats-Unis, Finlande, France, Norvège, Suède, Tchécoslovaquie);
– en faveur de son maintien: 10 voix (Allemagne, Canada, Egypte, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Portugal, Royaume-Uni, Suisse);
– abstentions: 4 voix (Autriche, Espagne, Pays-Bas, Yougoslavie).
La proposition des délégations américaine et australienne est rejetée, l'article 10 est maintenu.

M. Beitzke (Allemagne) présente alors l'amendement de la délégation allemande à l'article 10 (Doc. trav. No 38). Aux termes de celui-ci, la déclaration de maintien de la loi précédemment applicable doit faire l'objet d'un écrit signé et doit être déposé auprès d'une autorité publique du pays dans lequel les époux ont établi leur nouvelle résidence habituelle. Il s'agit-là, à son avis, d'une mesure destinée à *protéger* principalement les *membres de la famille* des époux. Il indique que la délégation allemande est prête à nuancer le genre de formalités nécessaires; on pourrait prévoir une notification spéciale à l'autre conjoint plutôt qu'un dépôt auprès d'une autorité publique. L'essentiel, ici, est d'assurer la connaissance, la preuve de ladite déclaration.

The Chairman explained that article 10 contained a rule of substance, which had been retained by Working Document No 38, yet extended by a further rule of substantive law, namely, deposition with a public authority in the country concerned. As the normal practice of the Convention was to specify a conflict rule that the internal law of the State would control such matters, would not that be sufficient on this occasion?

M. Beitzke (Allemagne) répond que l'on ne peut renvoyer la solution de ce problème à la loi interne de la résidence des époux. Il subsiste toujours un problème de droit international privé, car on se trouve en présence de deux lois, l'ancienne et la nouvelle, et il faut savoir à quelles conditions la première est préférée à la seconde. Dès lors, il convient d'insérer les conditions du maintien de la loi applicable dans le texte même de la Convention.

Le Président est d'avis que l'obligation d'un écrit daté et signé suffit. Pour le surplus on se référera à la loi de la résidence habituelle.

M. Beitzke (Allemagne) répond que, pour la protection de l'autre époux, il convient de se mettre d'accord sur une règle *formelle précise.*

Le Rapporteur rappelle que l'article 10 constitue une règle matérielle de droit international privé.
Il ajoute une triple observation:
– Tout d'abord, on ne pourrait pas renvoyer le problème de la formalité de la déclaration à la loi de la résidence, car il s'agit d'une disposition à caractère *sui generis,* propre à la Convention, et qui est inconnue de la plupart des lois internes. D'où la nécessité de réglementer dans la Convention ce problème.

– Le problème essentiel qui subsiste est celui de la preuve; il se pourrait qu'un écrit daté et signé ne soit pas suffisant (il est facile de le faire disparaître, à l'instar d'un testament olographe).
Une notification constituerait sans doute une condition supplémentaire adéquate.
– L'article 10 est une disposition dont l'ensemble des Délégués se plaisent à rappeler l'application exceptionnelle. A cela s'ajoute qu'elle a été adoptée à une minime majorité (1 voix). Dès lors, ne convient-il pas d'éviter d'alourdir encore cette disposition d'un appareil formel très élaboré?

The Chairman requested brevity of discussion on the point as there were other substantive matters awaiting discussion and the time left to the Commission was short.

Mr Martens (Netherlands) agreed wholeheartedly with the view propounded by the Rapporteur and stated that he was against inclusion. If the proposal were to be adopted, he recommended deletion of *'nouvelle'*. He made two further points:
– Article 10 did no more than to give to each of the spouses a certain power, but it did not spell out the consequences of using that power. One might of course, say that these consequences were self evident, *viz,* that upon election by one of the spouses the formerly applicable law remained applicable. But whereas the election could be made within a reasonable time after the change in the connecting factor, he suggested that the text should make it clear whether or not the election had retroactive effect. He recommended that the matter should be taken into account by the Drafting Committee.
– It was, moreover, not specified at what moment the 'reasonable time' began to run. He suggested that it should be when the other spouse knew or should have known the fact that under articles 7, 8 or 9 the change of the applicable law had been brought about. He pointed out that, for instance in the case of article 9(*b*), that fact for a time might remain hidden for the other spouse.

M. Huss (Luxembourg) appuie la proposition allemande sous réserve des trois observations suivantes:
– La date certaine: ce concept lui paraît revêtir une signification très précise dans le cadre du Code Napoléon; il se demande si c'est à ce sens-là que les auteurs de la Convention veulent référer en utilisant cette expression.
– Le dépôt auprès d'une autorité publique; la description de cette formalité lui paraît vague (s'agit-il de l'officier de l'état civil?). A son avis, il serait souhaitable d'imposer la mention de cette déclaration en marge du registre de cet officier de l'état civil.
– Le délai raisonnable: la Convention ne précise pas le point de départ du délai. S'agit-il du jour du changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial; ou du jour de la déclaration de maintien de l'ancienne loi? C'est là une question à laquelle il convient d'apporter une réponse uniforme.

Mr Freeman (United Kingdom) stated that his Government could accept article 10 but could not accept Working Document No 38, for it would result in administrative difficulties of magnitude. Further, 'declaration' might be a term of art, and it was considered preferable to replace it with a different formula, for example, 'a written statement'.
In addition, 'reasonable period of time' should be made more precise and his personal preference was for a very short period of time, *e.g.*, one month. In reply to the Chairman, he stated that the period of one month would run from the date of the instrument.

Mr Matić (Yugoslavia) considered that, in principle, one should require more than was specified in article 10 as drafted, but that the German proposal went too far. Rather than a requirement of deposition with a public authority, witnessing by such authority would be preferable.

M. Stiénon (Belgique) indique que, dans les pays de droit civil, et en tout cas en Belgique, la *date certaine* ne peut être conférée que par un acte authentique, ou par la formalité de l'enregistrement. En dehors de ces moyens, on ne peut parler de date certaine. On ne saurait, au demeurant, contrôler autrement la certitude de la date de ladite déclaration. Il se demande si cette question peut recevoir une réponse satisfaisante dans le cadre de la Convention.

Le Président lui répond que dans les pays de *Common Law,* on ne connaît ni l'institution de la *date certaine* ni celle de l'officier de l'état civil. A son avis, il n'est pas possible de régler plus en détails la question de la formalité de la déclaration de l'article 10.

M. Beitzke (Allemagne) est d'avis que la Convention pourrait exiger une signature certifiée par un notaire. L'écrit aurait alors une date certaine.
Quant à la notification de cette déclaration, il se demande s'il ne faut pas concevoir un moyen particulier (autre que la voie postale), par exemple, l'intervention d'un *huissier.* La preuve de la notification par le biais d'un officier public deviendrait irréfutable.

The Chairman pointed out that there were no written amendments to that effect. He suggested that the German proposal should be modified so as to specify that, first, the signature and date were to be witnessed by a notary, and, secondly, that the instrument of notification should be made more formal than was stipulated in article 10 as drafted. For example, there could be a minimum requirement of notification by registered letter. He felt that the matter could be left to the Drafting Committee.

Mr Hayes (Ireland) pointed out that the office of *notaire* did not exist in Ireland, and that stipulations as to registered post had created difficulties. He agreed that the matter could be left to the Drafting Committee, but suggested that the article should provide for the registration of the declaration, the implementation of the provision being left to the individual legal systems.

Mr Leal (Canada) queried whether the Commission could not accept, as Mr Matić had suggested, that the requirements of signature and dating should be certified.

The Chairman was assured by the Commission that that suggestion was acceptable.

It was accepted by an informal show of hands that the stipulated notification should be by formal means.
The suggestion of Mr Hayes that the stipulation be cast in terms of registration was accepted.
Upon an informal vote, by 14 to 5, 'reasonable period of time' was retained.

Mr Duchek (Austria) queried in what country registration should take place.

Le Rapporteur intervient pour regretter ne pas pouvoir tenir compte dans le texte de la Convention des particularités formelles inhérentes à chaque législation. Dans l'état actuel de la discussion, le Comité de rédaction ne peut que prendre acte du désir des Délégués de voir la

signature *légalisée* par une autorité publique. Si d'autres délégations souhaitent de nouvelles formalités, il conviendrait qu'elles établissent une proposition écrite.

Mme de Jong (Notariat latin) revient sur la question du délai prévu à l'article 10.
Elle demande s'il s'agit du délai pour effectuer la déclaration de maintien de l'ancienne loi, ou s'il s'agit du délai courant à partir de la déclaration, et dans lequel la notification doit être faite à l'autre conjoint.

Le Président répond que le point de départ du délai est la déclaration d'un conjoint, et non le changement de loi applicable.

Mr Holub (Czechoslovakia) queried whether his understanding was correct that no article 10 declaration could be made after a change of the applicable law by virtue of articles 7–9.

The Chairman replied that the declaration could only be made before or at the time of the change.

Mr von Mehren (United States) wondered whether that was appropriate in a case where the spouse did not know that a change had occurred, which knowledge might only accrue following the change.

Mr Martens (Netherlands) stated that he had understood the article as meaning that a declaration could be made following the change, so as to undo such change retroactively.

The Chairman replied that it was a question of interpretation, and on his understanding, if a change had already occurred then it was too late to prevent that change.

M. De Nova (Italie) déclare qu'il comprend le délai de l'article 10 comme étant celui dans lequel un époux doit décider du maintien d'une ancienne loi après sa modification automatique. Cette déclaration aurait précisément pour conséquence de bloquer, après coup et avec effet rétroactif, le caractère automatique de cette mutabilité.

The Chairman repeated that he considered the words of article 10 as drafted to be clear, and that the reasonable period of time was intended to run from the date of the change of the applicable law.

M. Beitzke (Allemagne) est d'avis que le point de départ du délai raisonnable est constitué par le changement de loi applicable. Cette interprétation est conforme à celle du Rapporteur (Rapport explicatif, No 111).
Devant la confusion des interventions actuelles, il indique vouloir présenter le lendemain un amendement écrit, de concert avec le Délégué néerlandais.

Mr Martens (Netherlands) reiterated the substance of his previous intervention, the Chairman replying that the matter was not really a question of drafting.

Mr Leal (Canada) explained that in the English text the words 'within a reasonable period of time' properly qualified only the notification and not the election. He suggested adoption of the following change – the insertion into article 10 of 'within a reasonable period of time' after 'elect'. He reassured Mr Martens that that amendment would accommodate the two matters that he had raised earlier.

M. De Nova (Italie) appuie la suggestion du Délégué canadien, le doyen Leal.

Mr Holub (Czechoslovakia) considered that there was unanimity on avoidance of a situation where, within a short period of time, three applicable laws might govern the regime, namely – a prior applicable law, the new law, and the prior applicable law by virtue of an election. If that was so, then the Drafting Committee could ensure the proper expression of the Commission's intention. However, as articles 7 – 9 contemplated exact moments in time, he was not convinced that the proposal of Mr Leal would be sufficient.

The Chairman moved to a vote on the amendment of article 10 by the inclusion of 'within a reasonable period of time' after 'elect' (in the French text: '*dans un délai raisonnable*' after '*d'opter*'.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Austria, Canada, Denmark, Egypt, Finland, Germany, Ireland, Italy, Japan, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Switzerland, United States), 4 against (Australia, Czechoslovakia, France, United Kingdom), and 1 abstention (Belgium).

The meeting was closed at 1.05 p.m.

Documents de travail Nos 40 et 41

Distribués le 14 octobre 1976

No 40 – Proposition de la délégation luxembourgeoise

Ajouter au texte du projet un article 11 bis de la teneur suivante:

Article 11 bis

Ne peut fonder de résidence habituelle dans un Etat [contractant] la présence sur le territoire de cet Etat d'une personne qui y séjourne [, exclusivement ou principalement,] en raison du fait qu'elle y exerce une activité [ou une fonction] au service d'un autre Etat [ou] d'une organisation internationale étatique [ou] [comme appartenant à une formation militaire y stationnée, qui dépend d'un autre Etat].

No 41 – Proposal of the United Kingdom delegation

Delete article 12 and replace it by:

On a change of the applicable law, the whole property of the spouses should be subject to the new applicable law. In applying the new applicable law regard should be paid to the vested rights of the spouses and third parties under the previous regime.

Procès-verbal No 10

Séance du jeudi 14 octobre 1976

The meeting was opened at 10.00 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman moved the discussion to article 11, noting that one proposal that of the United Kingdom, Working Document No 36, had been submitted, proposing deletion of the article.

Le Rapporteur présente l'article 11 de l'avant-projet de Convention. Le principe général inscrit dans cet article est le suivant: la désignation de la loi applicable doit s'étendre à l'ensemble des biens des époux, sous réserve du choix de la ou des lois applicables pour les immeubles. A cet égard, il souligne que l'actuel article 11 doit être réécrit pour s'harmoniser avec les modifications adoptées par la Commission à l'article 3: les époux peuvent choisir pour chaque immeuble la loi de l'Etat de leur situation, et disposer par contrat de mariage pour les immeubles présents et futurs.
Il indique que le dépeçage ainsi conçu doit se limiter à la possibilité de choix de lois différentes pour les immeubles: c'est là un compromis entre les pays de Common law et ceux de droit civil, ces derniers étant traditionnellement partisans du principe de l'unité du régime matrimonial.

Mr Freeman (United Kingdom) explained that this Government was in favour of deletion on the grounds that
– article 11 was inconsistent with both English and Scottish domestic law;
– article 11 imported a rule of substantive law;
– it would prove to be impractical, or even impossible, to sanction a breach of article 11;
– experience would show that spouses would attempt to do what they were not allowed to do under the article as drafted. In such a case, it would be regrettable if the intentions of the spouses should not be upheld.
His Government held the view that the spouses should be allowed so to designate for separate parts of their property and, accordingly, that article 11 should be deleted.

Mr Forsström (Sweden) pointed out that it was necessary to look also to articles 3 and 5, which gave the spouses the freedom to choose different laws. Consequently, in a case involving two spouses of different nationalities who were habitually resident in a third State, there existed a choice among three different laws. If the spouses were to change their nationality, then the spectrum of choice would become even wider. Should article 11 be deleted, and the spouses made use of their freedom of choice, the result would be the application of several

laws to the regime property, which could lead to total confusion in certain cases.
He noted also a contradiction between articles 11 and 12. If article 12 was interpreted so as to include designation of the law by the spouses, then where the spouses, subject already to one applicable law, designated a new law, the result of article 12 being that the new law applied to the newly acquired property, different laws would be applicable to different parts of the property regime, which result was prohibited by virtue of article 11. There were a number of solutions to that problem: first, the deletion of article 11, which he did not regard as acceptable; second, an amendment to article 12 to express the intention of the Special Commission more clearly.

The Chairman agreed that article 12 was intended to apply only to automatic change of the applicable law, and that the intention was not adequately expressed.

M. De Nova (Italie) fait observer qu'à son avis, l'article 11 ne constitue pas une disposition de droit international privé matériel, mais consiste bien en une règle de conflit de lois: on y dit que l'on peut choisir *une seule loi*, sous réserve d'une exception.

M. Beitzke (Allemagne) manifeste son accord avec le Délégué suédois. Il est aussi d'avis que l'article 11 est mal placé dans le texte actuel de l'avant-projet: il conviendrait de le situer sous l'article 3. C'est là une question qui peut être résolue par le Comité de rédaction.

M. Loussouarn (France) indique que la délégation française appuie le maintien de l'article 11 dans sa rédaction actuelle, quitte à le transporter sur le plan formel sous une autre disposition de la Convention. Si cet article devait disparaître, le risque serait grand de voir apparaître une «atomisation» du régime matrimonial. Les Délégués ont déjà pratiqué une concession pour le choix de la loi applicable aux immeubles, en raison du pouvoir attractif de la loi de leur situation, mais, en ce qui concerne les meubles, on ne saurait imaginer une raison valable au morcellement du régime.

Mr Leal (Canada) queried whether, from the draft of article 11, it was clear that the expression 'law designated by the spouses' included the case of a marriage contract not expressly designating the applicable law where that applicable law arose by implication from the terms of the marriage contract, to which the Chairman replied that that interpretation followed from the terms of article 15, second paragraph.

M. Stiénon (Belgique) se rallie à l'avis de la délégation française. A son avis, le dépeçage en faveur d'une ou plusieurs lois pour les immeubles constitue déjà une concession importante. S'il fallait développer d'autres concessions en ce domaine, et plus spécialement pour les meubles, la Convention ne lui paraît pas pouvoir être reçue en Belgique.

Mr Nygh (Australia) expressed his support for the proposal of the United Kingdom. His Government approved as great an area of autonomy as was possible and was in favour of allowing the spouses to split their property as they considered appropriate. He wished it to be clearly understood that this vote in favour of deletion of article 11 was a vote in favour of the spouses being permitted to split the regime property.

The Chairman moved to a vote on the proposal to delete article 11.

Vote

By a vote of 19 against (Austria, Belgium, Canada, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Norway, Spain, Sweden, Switzerland, United States), and 2 in favour (Australia, United Kingdom), the Delegates voted to retain article 11.

The discussion turned to article 12 and to the proposal of Germany, Working Document No 37.

Le Rapporteur présente l'article 12 de l'avant-projet de Convention qui précise les conséquences de la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial. Il fait observer que là où la loi ordinairement applicable en fonction d'un rattachement objectif a été modifiée par la volonté des parties, en vertu de l'article 5 par exemple, les époux sont supposés vouloir faire régir l'ensemble de leurs biens par cette nouvelle loi applicable. Au contraire, dans le régime objectif, l'article 12, alinéa premier veut éviter aux époux de se trouver surpris par un régime instauré par une loi applicable en vertu d'un nouveau facteur de rattachement.
Si l'accumulation de différentes lois applicables dans le temps (système dit des «wagons») peut conduire à des complications, le Comité de rédaction a néanmoins considéré qu'il présentait le moins d'inconvénients. L'autre solution également possible consiste à soumettre le régime des biens des époux dans son ensemble à la dernière loi applicable. Ces deux manières de voir peuvent être défendues par des arguments souvent aussi solides les uns que les autres; on admettra également qu'elles peuvent conduire l'une et l'autre à des réponses absurdes en prenant en considération des exemples bien choisis. Il appartiendra à la Commission de se décider sur ce point.
Développant l'article 12, alinéa 2, il indique que les époux ont toujours la possibilité de soumettre leur régime à la nouvelle loi applicable. C'est là une nuance intéressante à l'alinéa 1.
Enfin, il souligne que la question des droits des tiers, envisagée dans la dernière phrase de l'article, devrait être étudiée en liaison avec l'article 13 intégralement consacré à ce problème.

M. Beitzke (Allemagne) présente la proposition de la délégation allemande (Doc. trav. No 3) tendant à réduire l'article 12, alinéa 1 à 1a disposition suivante: «le changement de loi applicable n'a d'effet que pour l'avenir». Il observe que la solution dite des «wagons» ne constitue pas, à son avis, une règle de droit international privé. Il estime qu'il appartient uniquement à la nouvelle loi applicable de prévoir le sort des biens des époux acquis sous le coup d'autres lois applicables; il ne convient pas qu'une règle de droit international privé le dise. Il illustre son propos par un exemple américain: l'Etat de Californie avait introduit un système légal de communauté soumettant l'ensemble des biens des époux à ce régime, quand bien même ils auraient été acquis par ces époux avant l'application de la loi californienne (cette loi a été depuis déclarée anticonstitutionnelle). Autrement dit, des conjoints mariés sous un régime de séparation d'un autre Etat et ayant acquis des biens sous ce régime-là voyaient ces biens passer automatiquement sous un régime communautaire. Le Délégué allemand estime que cette loi, en dépit de ses avatars, contenait une vision correcte et cohérente du problème juridique posé, en attirant à elle l'ensemble des biens des époux.
Revenant à l'avant-projet de Convention, il pense qu'à partir du moment où l'on s'accorde sur le principe de la mutabilité de la loi applicable, on ne peut restreindre la

portée de cette nouvelle loi. Cette question appartient au *droit interne*. Dans ces conditions, le sort des biens acquis autrefois par des époux sous un autre régime applicable doit être réglé par la nouvelle loi. Tel est le sens de la proposition allemande, dont il concède que le texte n'est pas tout à fait clair.

Le Président estime que la proposition allemande et la proposition norvégienne sont étroitement liées. Les différences sont plutôt des questions de forme que de fond.

Le Rapporteur explique sa façon de comprendre la proposition allemande. Aux termes de celle-ci, la nouvelle loi devrait décider elle-même si l'on maintient ou non l'ancien régime. Cela revient à considérer dans le nouveau droit applicable à la fois des règles de droit international privé et des règles de droit matériel. Cette proposition introduirait ainsi le problème du renvoi.

Mr Skåre (Norway), introducing Working Document No 37, explained that his Government considered article 12 as drafted to be unworkable and capable of producing unjust results. He took as an example a case where the spouses had assets A B C before the change of the applicable law, and following that change assets D E F; should assets A B C be regarded as substituted for by D E F? He regarded the only meaningful interpretation of article 12 to be that of substitution. However, such interpretation raised the problem of the tracing of assets, for example, where a bank account comprised monies derived in part from the proceeds of the sale of shares at an earlier time and the balance of current salary. A further problem arose when the acquired property was subsequently diminished: should a proportionate reduction be applied to the share in the former property? These were practical and substantial problems. Accordingly, it was suggested that they begin with a new starting point, that of a total change for all past and future property. However, he conceded that such a practical solution could cause injustice. Therefore, it was necessary to find reasonable safeguards in order to protect one of the spouses. His inclination was to leave the matter of protection to the judicial discretion in the case where application of the main rule would produce an unjust or inequitable result. His feeling was that such a solution would not be acceptable to the majority of the Delegates. In consequence, the proposal of Norway contained two limitations, namely:
– An option for the spouses to maintain the prior law. He wondered whether that constituted a meaningful limitation to the main rule. It would depend upon the matrimonial property regime operating in any individual country.
– The privilege of veto by one of the spouses.
He added that the possibility was open to regard both the option and the veto as applying to all or part of the regime property.

The Chairman noted the submission of Working Document No 41, the proposal of the United Kingdom, which he considered to be in substance the same as the proposal of Norway.

Mr Freeman (United Kingdom) agreed, and added that, in his view, the proposed article 12 was more simple than article 12 as drafted, and it was more likely to conform with the spouses' expectations, and also the expectations of third parties.

The Chairman proposed that, as the Commission was faced with three documents that in principle were opposed to the rule of article 12 as adopted, they should decide whether it desired to retain the principle of article 12 or to adopt a new approach.

Mr Leal (Canada) underlined the importance of the problem of tracing highlighted by Mr Skåre.
However, he did not consider that the proposal of Norway alleviated the problems. They could be avoided by the adaption of the unified system but not by the device of merely reversing the rule. He was inclined to support article 12 as drafted, for it ran parallel to the protection principle embodied in article 10.

Le Secrétaire général adjoint illustre le problème théorique par l'exemple suivant.
Supposons deux époux français résidant en France, et mariés sans contrat de mariage, donc soumis au régime légal, qui est celui de la communauté. Le mari achète seul un immeuble. Les époux se déplacent, s'installent en Grèce, y résident 10 ans: le régime grec de la séparation légale s'impose à ce moment.
En vertu de l'article 12 (rédaction actuelle) l'immeuble acheté en France est un immeuble commun. Si le régime grec devait s'appliquer rétroactivement, on considérerait que cet immeuble appartient «en propre» au mari pour avoir été acheté seul par celui-ci. Lorsque, sur le plan technique, l'on passe d'un régime de communauté à un régime de séparation, le droit de propriété risque de changer complètement avec des conséquences fâcheuses que n'élimineraient pas toujours les systèmes de compensation ou de récompense prévus dans le nouveau régime. Le Secrétaire général adjoint met ainsi l'accent sur les nombreuses difficultés que comporterait l'absorption de l'ensemble des anciens régimes par le nouveau, sans vouloir insister sur le fait que les systèmes de communauté ou de séparation varient encore de pays à pays pour y prendre des configurations à chaque fois particulières.

Mme de Jong (Notariat latin) observe que la solution proposée par la délégation norvégienne n'apparaît plus pratique que pour le cas où, par le jeu de la nouvelle loi applicable, un régime de communauté remplace un régime de séparation. Par contre, lorsqu'un régime de séparation succède à un régime de communauté, les difficultés pratiques seront nombreuses car les gens ayant vécu en communauté ne songent pas à établir une administration séparée de leurs biens.

Mr Martens (Netherlands) addressed himself to both the Norwegian and the German amendments to article 12. He considered article 12 to be the core of the questions relating to automatic mutability. It was the effects of such automatic change of the applicable law that those who had militated against the concept most dreaded. He reminded the Commission that when he had defended the Netherlands proposal (see Working Document No 5) to delete automatic mutability (see *P.V.* No 3) the fear of its chaotic consequences had been one of his arguments, an argument which he did not consider had been satisfactorily met by any of those who supported automatic mutability. He understood (from an excellent book review by the Deputy Chairman which appeared in 1976, *Rabels Zeitschrift)* that the United States experience had shown that one could live with the system contained in article 12, albeit, as Mr Beitzke had expressed it, not without certain difficulties and controversies.
However, the Norwegian delegation had entered the arena and asked the Commission to go even further and reverse the system, that is, to make retroactivity the rule, but only as to the assets owned by the spouses. What was the position regarding liabilities, both towards third parties and also liabilities *inter se?* The Norwegian text

was silent on those rather crucial questions, to which article 12 as drafted, perhaps rather clumsily, at least provided an answer. He referred specifically to the words of the text 'and therefore' as explained in the Report of the Rapporteur (see Preliminary Document No 5, paragraph 112). Besides that technical criticism, he was inclined to hold that the proposed rule violated fundamental principles of Netherlands law, because it would, or at least in some cases could, include a loss of property rights without compensation. He conceded that the proposal of Norway did provide the spouses with the option to retain the prior applicable law for assets owned prior to the automatic change of the applicable law, but confessed that it did not change his views, for when, as an argument against automatic mutability, he had pointed out that the spouses were free by virtue of article 5 to change the applicable law whenever they thought fit and particularly when a change of habitual residence occurred, it was retorted that the majority of spouses did not address their minds to questions of matrimonial property and, consequently, would fail to make proper arrangements. He considered that, if such an argument held water on that earlier occasion, it applied in the present discussions. Therefore, the result would be that in the great majority of cases retroactivity would be the rule.
The Netherlands would vote against such a rule.
Further it would vote against the German proposal to delete the second sentence of the first paragraph of article 12. Although that sentence could be drafted more precisely, it did take care of the liability aspect of the problem which, as he had already indicated, was at least as important as the matter of assets.
He did not consider that the Commission should abstain from including a provision in the Convention concerning the effect of the automatic change, leaving the matter to the new law, which probably would have no provision for such matters, particularly if that new law started from the point of view of immutability.

Mr Nygh (Australia) opined that whichever solution was adopted it would prove to be unsatisfactory. He feared that article 12 could operate to render the principle of mutability largely nugatory, for the reasons put forward by Mr Skåre, in particular that the spouse would have a continuation of assets, not a change of assets. The result was that the article 12 regime would tend to continue into the new assets. He granted that the opposing arguments were very understandable. He would have regarded article 12 as drafted more favourably had a shorter period than 10 years been adopted for mutability. As a result of that adoption, the spouses would be immersed even deeper into the new community than he had previously anticipated would be the case, and, consequently, he tended to favour the proposal of Norway.
He suggested a compromise approach: the change of the applicable law should be limited to assets located in the new State.
In regard to the proposal of Germany, he adopted without reservation the remarks of Mr Martens.
Although the proposal of the United Kingdom had been described as a simple formula, he confessed that, although it might be phrased simply, he did not fully understand it. For example, did it restate the essence of article 12, or was it the proposal of Norway in a different guise?

The Chairman cautioned against the improper use of the term 'retroactivity'. It had been employed several times, but in a sense that was different from its use by Mr Beitzke. It was not the intention that there would be a retroactive effect in regard to what had already occurred, merely that what had been a regime of separation could become a regime of community, and vice versa.

M. Valladão (Brésil) fait observer que les articles 5 à 11 de l'avant-projet de Convention constituent des règles de droit matériel et non des règles de droit international privé. Quant à l'article 12, il considère qu'il concerne le droit intertemporel; les problèmes qu'il pose (rétroactivité, etc. ...) sont réglés par les droits matériels applicables en vertu de la Convention.

Mr Skåre (Norway) explained that the proposal of Norway had made no mention of third parties because it had been assumed that the general rule applicable to third parties was to be found in article 13.

Mr Forsström (Sweden) was not persuaded by the arguments in favour in article 12. He considered that better solutions were to be found in the proposals of the United Kingdom and of Norway. One should use every possibility to simplify the Convention and that possibility had presented itself. It was also desirable to adopt a solution which would apply only one law to the matrimonial property regime at any particular moment. He agreed with the Chairman's remarks that use of the term 'retroactivity' could be misleading.

Le Rapporteur insiste sur les différences entre les propositions anglaise, norvégienne, et allemande.
Les propositions anglaise et norvégienne visent à rendre la nouvelle loi applicable à l'ensemble des biens des époux, et se substituent par là aux anciennes lois applicables; la première, sous réserve des droits acquis par les tiers, la seconde sous la réserve de la possibilité pour les époux de conserver l'ancienne loi pour certains biens. La proposition allemande revient à dire que la nouvelle loi applicable décidera du sort des biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement. A son avis, si certaines législations règlent les questions de droit transitoire, elles ne peuvent pas toujours transporter les solutions de droit interne dans le droit des conflits, comme semble le supposer la délégation allemande. De là le danger de cette proposition.
Il suggère alors à l'assemblée de se décider comme suit: il lui semble préférable de voter d'abord sur les propositions anglaise et norvégienne, étant les plus éloignées du système actuel de l'avant-projet; il conviendra alors de voter sur la proposition allemande. Il lui semble que la combinaison de ces deux votes pourra alors être opposée à l'avant-projet: l'on saura quel système adopter.

The Chairman could see the logic of those remarks but considered that the procedure to be followed should be the expression of a choice between retaining the system of article 12 or adopting a new system, (conceding that the proposal of Germany fell between article 12 and the extreme of the other two proposals), and, if it was agreed to change the system, to proceed to a choice between the proposals of Norway and of the United Kingdom.

M. Loussouarn (France) indique que la proposition allemande telle qu'elle a été développée par le professeur Beitzke est toute différente de celle inscrite au Document de travail No 3. La délégation allemande étant de la même opinion, il demande que l'on se décide sur la proposition telle qu'elle vient d'être libellée et non plus sur l'ancien projet.

M. Beitzke (Allemagne) répond au Secrétaire général adjoint, et à l'exemple des deux époux dont le régime

légal était d'abord celui de la communauté puis est devenu celui de la séparation par le jeu de la modification de la loi applicable. Il pense qu'il appartient à l'ancien régime de décider le sort des biens acquis pendant son application et au nouveau de décider lesquels seront soumis à celui-ci. Il ajoute que les problèmes de changements de loi applicable lui paraissent difficilement pouvoir être résolus en un seul article comme on semble vouloir le faire dans la Convention. A ce sujet, il indique qu'en Allemagne il en a fallu plusieurs dizaines, voire plus d'une centaine (codifications concernant la Prusse, la Hesse et la Bavière).

Mr De Nova (Italy) raised a point of clarification. Working Document No 41 referred to 'a change of the applicable law', whereas Working Document No 37 specified 'change of applicable law according to articles 7, 8 and 9'. He considered the latter formulation to be correct, and the Chairman agreed.

M. Loussouarn (France) présente les observations suivantes. Le système de l'actuel avant-projet ne lui paraît pas satisfaisant. L'adoption du système de la mutabilité de la loi applicable emporte l'obligation de la coexistence de deux régimes matrimoniaux différents. Une question capitale à cet égard est celle de la subrogation réelle: à quelle loi faudra-t-il soumettre cette subrogation? Il n'aperçoit pas que la Convention apporte une solution. Au demeurant, poursuit-il, comment ventiler correctement les champs d'application des ancien et nouveau régimes?
La proposition nouvelle, visant à étendre la nouvelle loi applicable à l'ensemble des biens des époux, fait apparaître la question de savoir où commence l'application immédiate de cette loi, et où commence la rétroactivité. Sur ce point, l'exemple du Secrétaire général adjoint lui semble bien choisi. En effet, lorsque les époux passent du régime de la communauté à celui de la séparation, on peut se demander comment va s'articuler cette combinaison: ou bien, les époux liquident leur ancien régime et partagent leurs biens, ou bien, ils ne procèdent pas à cette liquidation et ils vivent sous un régime d'*indivision*.
Le Délégué français estime inique que le nouveau régime puisse inférer, du seul fait que le mari a acheté seul un bien immeuble sous un régime de communauté, que ce bien soit un propre.

Mr Leal (Canada) expressed the opinion that the adherents of retention of article 12 had not paid sufficient regard to paragraph 2. The proposal of Norway however, had been discussed in a unitary way, for the option of the spouses was an integral part of one paragraph.
Further, he considered that article 12 as drafted had certain advantages:
– it would provide no surprises for the spouses;
– it provided, as Mr Beitzke had pointed out, for the 'due process clause' in regard to retrospective legislation;
– it provided support for the more general proposition of most legal systems that rights should not be changed without allowing the possessors of such rights to reflect upon the matter.
A very real disadvantage related to the problems of substitution and the tracing of assets.
He was not convinced that the Drafting Committee could improve upon the present somewhat elliptical phrase 'property owned by the spouses'. He concluded that the adoption of article 12 would provide a better answer than adoption of the proposal of Norway.
In regard to the proposal of the United Kingdom he shared Mr Nygh's difficulties in understanding the extent of its departure from article 12, in particular where it provided that a change would have effect for all property subject to rights vested under the former law. That appeared to be the same as the formula adopted for article 12, but less elegantly expressed.
He was prepared to accept article 12 subject to minor drafting amendments.

Mr von Mehren (United States) recognised the advantages of both article 12 as drafted and the proposed substitutions. He queried whether the range of problems was too complicated for any simple proposition. He was attracted to the views put forward by Mr Beitzke, as interpreted, whereby the matter of dealing with the rights in the property of the spouses would be remitted to the law, including the choice of law rules, of the new State. He thought that it would be better to leave such complex questions to the law of that State, which would probably have a wider-ranging set of solutions than could be accommodated in an article of the Convention.

The Chairman proposed a vote on retention of the principle of article 12, or an alternative solution whereby the prior acquired property would be submitted to the new law, whether that be the substantive law or the choice of law rules of the new State, or yet another law, such as the law of liquidation suggested by Mr Loussouarn.

M. Loussouarn (France) estime que préalablement au vote, la question de savoir si on conserve ou non le texte actuel de l'avant-projet est conditionnée par le contenu de ce qui sera mis à sa place.

Le Président répond qu'on ne peut savoir la portée exacte des propositions anglaise et norvégienne: on peut en effet les interpréter dans le sens de l'avant-projet, ou dans un sens opposé. Dans ces conditions, il n'y aurait pas d'inconvénient à voter sur l'avant-projet.

Mr Freeman (United Kingdom) withdrew the proposal of the United Kingdom, adding that if article 12 was to be changed, he would cast his support behind the proposal of Norway.

The Chairman explained that there remained three proposals:
– to retain article 12;
– the proposal of Norway to reverse the principle of article 12;
– an intermediate proposal to apply the new law, leaving it to that law to deal with the assets.

Votes

Proceeding to a vote, the proposal of Norway was rejected by a vote of 14 against (Austria, Canada, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, United States), 5 in favour (Australia, Norway, Sweden, Switzerland, United Kingdom), and 2 abstentions (Belgium, Spain).

The Delegates then voted against the intermediate solution proposed by Mr von Mehren by a vote of 11 against (Canada, Czechoslovakia, Denmark, Finland, France, Ireland, Italy, Japan, Netherlands, Spain, Switzerland), 7 in favour (Australia, Germany, Luxemburg, Norway, Sweden, United Kingdom, United States), and 3 abstentions (Austria, Belgium, Egypt).

It was understood that article 12 applied only to cases of automatic change of the applicable law.

M. Huss (Luxembourg) souligne que la dernière phrase de l'article 12 est incomplète. Elle devrait être lue com-

me suit: «l'exercice de cette faculté *ne nuit ni ne profite* aux tiers». Il convient d'être clair sur le sort réservé à ces tiers, et la Convention lui paraît confuse sur ce point.

Le Président répond qu'il agrée cette opinion, et qu'elle sera transmise au Comité de rédaction. De toute manière, elle sera reprise lors de l'étude de l'article 13.

Mr Holub (Czechoslovakia) returned to the question why article 12 did not cover article 5 cases. He understood that it was unnecessary when the marriage contract chose the new applicable law, but what of the situation when the conditions of article 15 were not fulfilled? Would it be necessary to have a legal presumption in such a case? Further, it was possible for the intention of the spouses not to be comprehensively expressed by utilisation of the option provided by article 12, second paragraph.

The Chairman replied that the principle of the Convention as it was drafted and amended was that where the spouses made an agreement under article 5, by virtue of article 11 that agreement must cover the entirety of the spouses' property, with the result that article 12 would not become operative. In the case where the agreement related to part only of the spouses' property, was he to understand Mr Holub as suggesting that a legal presumption should be included to the effect that the agreement would relate to all the regime property?

Le Rapporteur fait remarquer que l'observation du Délégué tchécoslovaque lui paraît judicieuse. En effet, si les époux se bornent à désigner une loi applicable en vertu de l'article 5, on peut se demander si l'article 12 doit s'appliquer dans ses alinéas 1 (les biens appartenant aux époux avant ce changement ne sont pas soumis à la nouvelle loi) et 2 (qui permet aux époux de décréter que la nouvelle loi s'appliquera également au régime antérieur, et plus spécialement à sa liquidation).
Le Rapporteur souligne que l'article 3 et l'article 5 concernent des désignations volontaires de loi applicable. On pourrait cependant se risquer à l'interprétation suivante: si les époux se limitent à la seule désignation d'une loi applicable, l'article 12 vient à s'appliquer; s'ils désirent que cette nouvelle loi s'applique à l'ensemble de leurs biens (article 12 alinéa 2), il faut qu'ils le disent explicitement.

Le Président interpelle le Délégué tchécoslovaque pour lui demander s'il compte soumettre sa question au vote.

Mr Holub (Czechoslovakia) explained that this desire had been to prevent the type of situation which had been outlined by the Deputy Secretary-General.

The Chairman replied, that if a decision was taken along those lines, it would involve a change of the principle contained in article 11, for the spouses would be permitted to make a contract governing only part of the regime property. In reply to the Rapporteur's interjection that a question of time-limits was involved, he reiterated that the effect would be that the spouses could decide that the new law would apply to only part of the property.

M. Beitzke (Allemagne) fait observer qu'il est logique de laisser l'article 12 s'appliquer dans le cas où le changement de la loi applicable a été la conséquence de la désignation des époux dans le cadre de l'article 5.

Mr Leal (Canada) suggested that they either proceed to a vote or agree to leave the matter to the Drafting Committee, in which case he suggested that article 12 could be amended so that it began: 'A change of applicable law in accordance with articles 7, 8 and 9 shall have effect only for the future'.

The Chairman replied that the vote would have to be upon either that suggested draft, which reflected article 12 as drafted, or upon an alternative amendment, namely, 'applicable law in accordance with articles 5, 7, 8 and 9'.

Mme de Jong (Notariat latin) se pose la question suivante: deux époux néerlandais mariés sous le régime légal (communauté de biens) résident dans un premier temps aux Pays-Bas. Ils y achètent un immeuble. S'expatriant au Canada, ils y acquièrent quelque temps après la nationalité canadienne. La loi de ce pays prévoit un régime de séparation comme étant le régime légal. Quel sort sera-t-il fait à l'immeuble, acheté en Hollande?

M. Loussouarn (France) indique que, pour sa part, l'article 12 devrait entrer en application aussi bien par le jeu de l'article 5 que des articles 7, 8 et 9. D'un autre côté, on pourrait réserver le changement objectif de loi applicable à l'article 12, alinéa 2. En définitive, la question la plus urgente consiste à savoir si la liquidation du régime antérieur est nécessaire. Sur un plan de fond, il est d'avis que, au plus restreint est le dépeçage au mieux cela vaudra.

Le Président souligne que l'intention des auteurs de l'avant-projet de Convention n'a pas été d'autoriser un dépeçage à l'article 5, ce que précisément demande le Délégué tchécoslovaque. Si cette proposition est acceptée, il faudrait alors l'indiquer à l'article 12.

Le Rapporteur fait observer que le problème posé par le Délégué tchécoslovaque est nouveau: par souci d'objectivité, il fait remarquer que cette hypothèse n'avait pas encore été imaginée lors des travaux préliminaires. Dans ces conditions, il s'agit de se décider pour l'une ou l'autre interprétation, ni l'une ni l'autre ne s'excluant *a priori* à partir du texte actuellement rédigé.

Mr Martens (Netherlands) pointed out that the Special Commission had probably always considered the case of article 5 to involve those parties who went to a lawyer or to a notary. These advisers, when advising upon a change of law, including the change from a community to a separation regime, would undoubtedly recommend the winding-up of the community and thus the problems which article 12 was designed to regulate would already have been catered for. But as Mr Holub and Mrs de Jong had just pointed out, it was conceivable that the parties might merely make a written statement to change the applicable law and, accordingly, he would support the proposal.

The Chairman explained that there were two proposals:
– that the spouses who make an agreement under article 5 must make it in regard to all the regime property, with the result that article 12 would not become operative;
– that the spouses may under article 5, as an exception to article 11, make a contract relating to their future property only, with the result that a reference to article 5 would need to be included in article 12.

Vote

Moving to a vote on the second proposal, the Delegates, by a vote of 10 against (Austria, Belgium, Canada,

France, Germany, Ireland, Italy, Luxemburg, Spain, Sweden), 8 in favour (Australia, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, Netherlands, Switzerland, United Kingdom) and 2 abstentions (Japan, United States) rejected such an exception to article 11.

The rule remained that under article 5 the spouses could make the contract only for the entirety of the regime property.
In regard to the proposal of Luxemburg, Working Document No 40, proposing the addition of a second paragraph to article 11, it was agreed that the matter should be postponed. The discussion turned to article 13, which was the subject of three proposals, the proposal of the Netherlands, Working Document No 5, the proposal of Denmark, Working Document No 34, and the proposal of the United States, Working Document No 39.

Le Rapporteur commente brièvement l'article 13 et les propositions concernant sa modification.
L'article 13 prévoit que la loi de chaque Etat peut déterminer à quelles conditions les époux sont admis à se prévaloir, à l'égard des tiers, d'un régime matrimonial soumis à la loi interne d'un autre Etat. A son avis, une autre solution aurait pu être retenue, consistant à introduire une pure règle de conflit sur ce point, et non pas une règle dont certains diront qu'elle a un caractère hybride. On pourrait également imaginer comme la proposition de la délégation danoise, que la loi applicable au régime matrimonial s'applique également dans les relations des époux avec les tiers. Il souligne que cette proposition est elle-même accompagnée d'une nuance importante visant à écarter l'application d'une loi étrangère. Enfin, ajoute-t-il, l'on pourrait également rédiger autrement l'actuel article 13, en sorte que les Etats qui adhéreront à la Convention ne soient pas contraints de prévoir dans le droit interne des dispositions nouvelles pour mettre en oeuvre la Convention.

Mr Martens (Netherlands) stated that he had already introduced the proposal of the Netherlands (see P.V. No 3).

Mr Due (Denmark) introducing Working Document No 34, regarded article 13 as the most crucial of those remaining for discussion. He shared the desire of the Rapporteur that the Commission arrive at a more precise solution (see Preliminary Document No 5, paragraph 123).
He could not agree with the proposal of the Netherlands to exclude entirely the relationships between the spouses and third parties. If that was adopted, the importance of the Convention would be severely reduced and would attract far less interest. He pointed out that the spouses' relationships *inter se* were of importance at the dissolution of the regime, but that when a problem arose during the marriage it usually involved a third party, and then the third party relationship would often be more important than the internal relationships. Furthermore, he thought that it would be an unnecessary complication if the Convention should lead to the situation where different laws would be applicable to each relationship. The best solution would be the application of the same law to both. Accordingly, it was proposed that the law that was applicable to the internal relationship by virtue of the Convention should as a general rule also be extended to the external relationship.
He conceded that such a rule could be unfair to third parties in certain cases, in particular, that it might come as a surprise to the third party that a foreign law was applicable and not the law of the habitual residence and the place where the contract was entered into. It was felt that in those cases where both the spouses and also the third party were resident in the same State, in other words, where the third party would have every reason to believe that the property regime of the spouses would be governed by the law of the common residence, that State of the common residence could prescribe that certain requirements of publicity or registration should be fulfilled as a condition for the invocation of a foreign law against a third party acting in good faith.
He was aware that there might be other cases where the same reasoning would apply, and he was open to discussion on that point.

Mr von Mehren (United States) drew attention to the fact that Working Document No 9, the proposal of the United States, was also of relevance to the discussion. Introducing Working Document No 39, he stated that its purpose was not to oppose the solution propounded by Mr Martens, for he reiterated that he considered it unsound in principle to attempt regulation of the complex matter of invocation of a foreign law by the spouses against a third party. It was clear that the spouses were bound in relation to the third party by the property regime, and, consequently, the Convention had application in cases involving third parties. The question was whether the third party could prevail in those cases where a direct application of the Convention regime would lead to an opposite result. The difficulty with the problem was that the considerations respecting the rights of third parties were not the same as those respecting the spouses. Accordingly, the Convention ought not to extend to such cases. The proposal that had been submitted in regard to article 13 could deal with those cases where it was justifiable to regulate the third party relationship. Also, it had attempted to remove some of the ambiguities contained in article 12 as drafted, for example, 'may determine'. Turning to the proposal of Denmark, Working Document No 34, he queried what was meant by the 'law applicable to the matrimonial property regime pursuant to the proceeding articles'. Did that mean the rules governing the property regime or the rules of the State in regard to the rights of third parties?

Mr Martens (Netherlands) took it that the first paragraph of the Danish proposal must be understood thus that relations between the spouses and third parties with regard to matrimonial property in principle are governed by the relevant provisions of the internal law which – pursuant to the previous articles of the Convention – applies to the matrimonial property regime of the spouses. He considered that that paragraph, thus understood, expressed more clearly the intention of the Special Commission than did article 13 as drafted.
As to paragraph 2, he firstly remarked that, if he had correctly understood what had been said to the introduction thereof, that paragraph should be construed thus that exceptions to the rule laid down in paragraph 1 did not necessarily have to be provided for in statutory law especially enacted to that purpose, but might also be taken from the law as it existed prior to the Convention, whether statutory or other. In regard to that paragraph, he further raised a number of queries:
– Paragraph 2 only covered the situation where the spouses and also the third party were habitually resident in one and the same State; consequently, both the situation where the third party had his habitual residence in a different State and that of spouses falling under article 4, paragraph 3, were left open; was he to understand that in those situations the main rule should apply and that, consequently, there would be no third party protection?
– What would be the consequence of non-compliance with the specified requirements of publicity or registra-

tion? Would the sanction be that the spouses would be treated in that State as nationals, and, if so, would that afford sufficient protection for third parties? He was inclined to think that the latter question should be answered in the negative. To illustrate that opinion he supposed a case where, in regard to debts incurred by one spouse the third party anticipated, on the basis of a community regime being the legal regime in the State of the common habitual residence of the parties, that he would be able to recover against the other spouse; he supposed further that the spouses could not invoke the regime of separation applicable pursuant to the Convention having not complied with the regulations on publicity or registration of the State of the common habitual residence of the parties. To his mind it seemed clear, that in such a case the supposed rule would insufficiently protect the third party, because that rule would not create a right for the third party to recover against property of the other spouse who was not his debtor; to create such a right would obviously call for positive provisions.
– What would be the effect of non-compliance with the specified requirements of publicity or registration in other Contracting States? Would they be bound by the sanctions as provided for in the internal law of the State enacting those requirements?

Mr Due (Denmark) replied that, first, the rules that would govern the relationship between the spouses and third parties were those of a matrimonial property regime character. Secondly, the meaning of paragraph 2 was that, in the State of the common residence of all three parties, the spouses could not invoke a foreign law against a third party if they had not fulfilled the requirements of that State in regard to publicity or registration. If the third party had not acted in good faith, that matter was to be left to regulation by the State. He did not consider that other Contracting States should attach importance to that. The basic principle was that where all the parties so resided, then the third party could sue the spouses in the State of residence. That was the safeguard for the third party.

The Chairman added that it might be preferable to read 'the internal law of that State shall be applicable' in place of 'foreign law shall not be applicable'.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Document de travail No 42

Distribué le 15 octobre 1976

No 42 – Proposal of the Danish delegation

(Correction to Doc. trav. No 34)

Read the first paragraph of the proposed article 13 as follows:

The effects of the matrimonial property regime on a legal relationship between a spouse and a third person shall be governed by the law that, pursuant to the preceding articles, applies to the matrimonial property regime.

Commentary: The correction which only concerns a matter of drafting intends to clarify the text pursuant to a question posed by the delegation of the Netherlands.

(Correction au Doc. trav. No 34)

Lire le premier alinéa de l'article 13 proposé, comme suit:

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu des articles précédents.

Commentaire: La correction de nature purement rédactionnelle est destinée à clarifier le texte à la suite d'une question posée par la délégation néerlandaise.

Document de travail No 43

Distribué le 16 octobre 1976

Texte établi par le Comité de rédaction

AVANT-PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux.
Elle ne s'applique pas notamment:

a aux obligations alimentaires entre époux;

b aux droits successoraux du conjoint survivant;

c à la capacité de conclure un contrat de mariage.

Article 2 – Variante A (Avant-projet)

La loi déterminée par la Convention s'applique indépendamment de toute condition de réciprocité, même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant.

Variante B

La loi déterminée par la Convention s'applique, même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant.

Variante C

La Convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un Etat contractant.

Article 3

Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage. Cette loi s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

a la loi d'un Etat dont l'un des époux avait la nationalité au moment de cette désignation;

b la loi d'un Etat sur le territoire duquel l'un des époux avait sa résidence habituelle au moment de cette désignation;

c la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne leurs immeubles, présents ou futurs, ou certains d'entre eux, la loi de l'Etat de leur situation.

Text drawn up by the Drafting Committee

PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

Article 1

This Convention shall determine the law applicable to matrimonial property regimes.
The Convention shall not apply, in particular, to:

a maintenance obligations between spouses;

b succession rights of a surviving spouse;

c capacity to enter into a marriage contract.

Article 2 – Variation A (Preliminary Draft)

The law determined by this Convention shall apply irrespective of any requirement of reciprocity, and whether or not it is the law of a Contracting State.

Variation B

The law determined by this Convention shall apply whether or not it is the law of a Contracting State.

Variation C

This Convention shall be applied even if the nationality or the habitual residence of the spouses or the law to be applied by virtue of the following Articles is not that of a Contracting State.

Article 3

The matrimonial property regime shall be governed by the internal law designated by the spouses before marriage and the law so designated shall apply to the whole of their property.
The spouses may designate only one of the following laws:

a the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

b the law of any State in which either spouse is habitually resident at the time of designation;

c the law of the first State where one of the spouses establishes a new habitual residence after marriage.

Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, may designate with respect to their immovable property, in whole or in part, present or future, the law of the State where the immovable property is situated.

Article 4

Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.

Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux:

1 lorsque la déclaration prévue par l'article 21 a été faite par cet Etat et leur est applicable selon l'alinéa 2 de cet article;

2 lorsque cet Etat n'est pas Partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage:

a dans un Etat qui n'est pas Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale commune, ou

b dans un Etat ayant fait la déclaration prévue par l'article 21;

3 lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même Etat leur première résidence habituelle après le mariage.

A défaut de nationalité commune des époux et de résidence habituelle sur le territoire du même Etat, leur régime matrimonial est soumis à la loi de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

Article 5

Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable. Cette loi s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

a la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation;

b la loi d'un Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ou par l'article 3, alinéas premier et 2, ils peuvent désigner, en ce qui concerne leurs immeubles, présents ou futurs, ou certains d'entre eux, la loi de l'Etat de leur situation.

Article 6 (remplace les articles 6, 7, 8 et 9 de l'avant-projet)

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.
Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de la loi originairement déterminée par l'article 4:

a à partir du moment où les époux ont la nationalité commune de cet Etat, ou

b lorsque les époux y ont résidé habituellement durant au moins dix ans après le mariage [et si cet Etat est un

Article 4

If the spouses, before marriage, have not designated the applicable law, their matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State in which both spouses establish their first habitual residence after marriage.
Nonetheless, in the following cases, the matrimonial property regime shall be governed by the internal law of the State of the common nationality of the spouses:

1 where the declaration provided for in Article 21 has been made by that State and applies to them in accordance with the provisions of paragraph 2 of Article 21;

2 where that State is not a Party to the Convention and according to the rules of private international law of that State its internal law is applicable, and the spouses establish their first habitual residence after marriage:

a in a State which is not a Party to the Convention and whose rules of private international law also provide for the application of the law of their common nationality, or

b in a State which has made the declaration provided for in Article 21;

3 where the spouses do not establish their first habitual residence after marriage in the same State.

In the absence of a common nationality of the spouses and in the absence of their habitual residence in the same State, their matrimonial property regime shall be governed by the law of the State with which, taking all circumstances into account, it is most closely connected.

Article 5

During marriage the spouses may provide that their matrimonial property regime shall be governed by an internal law other than that previously applicable and the law so designated shall apply to the whole of their property.
The spouses may designate only one of the following laws:

a the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

b the law of any State in which either spouse is habitually resident at the time of designation.

Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, or under paragraphs 1 and 2 of Article 3, may designate with respect to their immovable property, in whole or in part, present or future, the law of the State where the immovable property is situated.

Article 6 (replacing Articles 6, 7, 8 and 9)

The law applicable under this Convention shall continue to apply so long as the spouses have not designated a different applicable law and notwithstanding any change of their nationality or habitual residence.
Nonetheless, if the spouses have neither designated the applicable law nor concluded a marriage contract, the internal law of the State in which they both have their habitual residence shall become applicable, in place of the law originally determined by Article 4:

a from the moment the spouses have the common nationality of that State, or

b where the spouses have resided there habitually for a period of not less than 10 years after the marriage

Etat contractant n'ayant pas fait la déclaration prévue par l'article 21, ou un Etat non Partie à la présente Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de sa loi interne].

Article 10

Dans un délai raisonnable à compter du moment où survient l'une des circonstances prévues à l'article 6, alinéa 2, chacun des époux peut opter pour le maintien de la loi précédemment applicable, en notifiant à cet effet à son conjoint une déclaration écrite, datée et signée.

[La date et la signature de la notification doivent être authentifiées.]

(N.B. Le Comité de rédaction n'ayant pas trouvé de formule plus précise prie les délégations de faire des propositions écrites.)

Article 11

Supprimé, voir articles 3 et 5, alinéa premier.

Article 12

Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 6 n'a d'effet que pour l'avenir et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.
Toutefois, les époux peuvent, à tout moment et dans les formes prévues à l'article 15, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi, sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dispositions de l'article 3, alinéa 3 et de l'article 5, alinéa 3. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Article N

Aux fins de la Convention, une nationalité n'est considérée comme nationalité commune des époux que dans les cas suivants:

1 les deux époux avaient cette nationalité avant le mariage;

2 un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement, soit par une déclaration à cet effet, soit en ne faisant pas usage du droit qu'il avait de s'opposer à cette acquisition;

3 les deux époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage.

Sauf dans les cas visés [par les anciens articles 7 et 9], les dispositions se référant à la nationalité commune ne sont pas applicables lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune.

Article 21

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne selon l'article 4, alinéa 2, chiffre premier.
Cette déclaration n'aura pas d'effet pour des époux qui conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où l'un et l'autre résidaient habituellement depuis cinq ans au moins avant le mariage [, si cet Etat est un Etat contractant n'ayant pas fait la déclaration prévue par l'alinéa premier du présent article, ou un Etat non-Partie à la présente Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de sa propre loi interne].

[and if that State is a Contracting State which has not made the declaration provided for in Article 21 or is a State which is not a Party to this Convention and whose rules of private international law require the application of its internal law].

Article 10

Either of the spouses, by notice to the other spouse in writing, dated, signed and given within a reasonable time of the happening of the event contemplated in Article 6, may elect to retain the prior applicable law.

[The validity of the date and signature of the notice must be certified.]

(N.B. The Drafting Committee not having been able to establish a more precise Draft, invites Delegates to submit other written proposals.)

Article 11

Eliminated. See Articles 3 and 5, paragraph 1.

Article 12

A change of applicable law pursuant to Article 6 shall have effect only for the future and therefore property owned by the spouses before the change shall not be subject to the new applicable law.
However, the spouses shall have the option at any time, employing the form prescribed in Article 15, to subject the whole of their property to the new law, without prejudice, in respect of immovables, to the provisions of the third paragraph of Article 3 and the third paragraph of Article 5. The exercise of this option shall not adversely affect the rights of third persons.

Article N

For the purposes of this Convention, a nationality shall be considered the common nationality of the spouses only in the following circumstances:

1 where both spouses had that nationality before marriage;

2 where one spouse voluntarily has acquired the nationality of the other at the time of marriage or later, either by a declaration to that effect or by not exercising a right to decline the acquisition of the new nationality;

3 where both spouses have acquired voluntarily that nationality after marriage.

Except in the cases referred to [in previous Articles 7 and 9], the provisions referring to the common nationality of the spouses are not applicable where the spouses have more than one common nationality.

Article 21

Any State may, not later than the moment of ratification, acceptance, approval or accession, make a declaration requiring the application of its internal law according to sub-paragraph 1 of paragraph 2 of Article 4.
This declaration shall not apply to spouses who both retain their habitual residence in the State in which both habitually resided for a period of not less than five years preceding their marriage [, if that State is a Contracting State which has not made the declaration provided for in the first paragraph of the present Article, or is a State which is not a Party to this Convention and whose rules of private international law require the application of its internal law].

Documents de travail Nos 44 à 54

Distribués le 18 octobre 1976

No 44 – Proposition de la délégation espagnole

Amendement à la proposition danoise (Doc. trav. No 34)

Rédiger le paragraphe 2 de l'article 13 comme suit:

Toutefois, un Etat contractant peut à tout temps prescrire que la loi étrangère ne sera pas appliquée aux relations entre des époux et des tiers, à moins que des conditions spécifiques de publicité ou d'enregistrement y aient été remplies,

a si toutes les parties ont leur résidence habituelle sur son territoire;

b s'il s'agit de rapports relatifs aux biens immeubles ou aux fonds de commerce placés sur son territoire quelle que soit la résidence habituelle des parties.

No 45 – Proposal of the Finnish delegation

Article 13

The first paragraph as in the Danish proposal (Doc. trav. No 42).

Read the second paragraph of article 13 as follows:

Nonetheless, a Contracting State may [at any time] prescribe that spouses who are habitual residents in that State may not rely there on a foreign law, with respect to the rights of third persons, unless specified requirements of publicity or registration have been fulfilled there.

No 46 – Proposition du Rapporteur

Article 13

Alinéa 1

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu des articles précédents.

Alinéa 2

Toutefois, un Etat contractant peut en tout temps prescrire que la loi étrangère ne sera appliquée aux relations entre un époux et un tiers qui ont tous deux leur résidence habituelle sur son territoire, que si:

a des conditions spécifiques de publicité ou d'enregistrement ont été remplies; ou

b le rapport juridique entre cet époux et le tiers a pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

No 47 – Proposition du Rapporteur

(Voir No 55 du Rapport, voir l'incidence de l'article 4, alinéa 2 du Doc. trav. No 43 sur cette solution)

Article T

La Convention s'applique dans chaque Etat contractant à tous les régimes matrimoniaux dès sont entrée en vigueur pour cet Etat.

[Une déclaration au sens de l'article 21 n'a pas d'effet pour des époux qui ont résidé habituellement, pendant au moins cinq ans avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat qui a fait la déclaration, sur le territoire d'un Etat contractant n'ayant pas fait de telle déclaration, ou d'un Etat non-Partie à la présente Convention dont le droit international privé prescrit l'application de sa propre loi interne.]

Tout Etat contractant pourra, au plus tard au moment de la ratification ou de l'adhésion, se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à des époux qui se sont mariés avant son entrée en vigueur pour cet Etat [aussi longtemps que ceux-ci n'ont pas désigné la loi interne applicable à leur régime matrimonial.]

No 48 – Proposition du Rapporteur

Article 13 (principe adopté le 18 octobre 1976, sous réserve de rédaction)

Alinéa 1

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu des articles précédents.

Alinéa 2

Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée ni par un époux à un tiers ayant sa résidence habituelle sur son territoire, ni par un tiers à un époux ayant sa résidence habituelle sur son territoire, à moins:

a que les conditions spécifiques de publicité ou d'enregistrement de ce droit aient été remplies; ou

b que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Alinéa 3

Le droit de l'Etat où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.

Article 13 (principle adopted the 18th October 1976, and being referred to the Drafting Committee)

Paragraph 1

The effects of the matrimonial regime on the legal relations between a spouse and third parties are governed by the law applicable to the matrimonial regime in accordance with the foregoing Articles.

Paragraph 2

Nonetheless, the law of a Contracting State may provide that the law applicable to the matrimonial regime can be relied upon neither by a spouse against a third party who has his habitual residence in that territory, nor by a

spouse who has his or her habitual residence in that territory, unless

a the specified requirements of publicity and registration of that law have been complied with; or

b the legal relations between that spouse and the third party arose at a time when the third party either knew or should have known of the law applicable to the matrimonial regime.

Paragraph 3

The law of a State where immovable property is situated may provide an analogous rule for the legal relations between a spouse and a third party as regards that immovable property.

No 49 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 16

Delete the word 'manifestly'.

No 50 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 17

Read the second paragraph of article 17 as follows:

In the absence of such rules, a reference to the *law of the* State of which a spouse is a national shall be construed, for the purpose of (*a*) in the second paragraph of Article 3 and (*a*) in the second paragraph of Article 5, as referring to the *law of the* territorial unit where that spouse had his or her last habitual residence; and, for the purposes of the third paragraph of Article 4, a reference to the State of the common nationality of the spouses shall be construed as referring to *the law of the* territorial unit, if any, *where they both last had a habitual residence.*

No 51 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 18

Add:

and any reference to residence in that State shall be construed as referring to residence in a territorial unit of that State.

No 52 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 20

Delete 'legal systems' *and replace by* 'bodies of rules'.

Delete 'designated' *and replace by* 'determined' *(or alternatively* 'specified').

After 'State', *each time it occurs, add* 'or a territorial unit of that State'.

No 53 – Proposal of the Danish delegation

Insert a new article 19 bis:

Contracting States which are or become Parties to a regional Convention relating to matrimonial property regimes shall not be bound to apply the present Convention to conflicts of law concerned solely with States Parties to the regional Convention when both spouses are nationals of such States and habitually resident there.

Insérer un nouvel article 19 bis:

Des Etats contractants qui sont ou seront Parties à une Convention régionale en matière de régimes matrimoniaux, ne sont pas tenus d'appliquer la présente Convention aux conflits de lois intéressant uniquement les Etats Parties à la Convention régionale, lorsque les époux ont tous deux la nationalité de ces Etats et qu'ils y ont leur résidence habituelle.

No 54 – Proposition de la délégation luxembourgeoise

(Suite au N.B. figurant sous article 10, Doc. trav. No 43)

Il est proposé de donner à l'alinéa 2 de l'article 10 la teneur suivante:

Chacun des Etats contractants peut, par disposition interne, prescrire, même à peine de nullité, la forme de la notification prévue à l'alinéa premier. Tant qu'un Etat contractant n'a pas fait usage de cette faculté, la date et la signature *a)* de la déclaration visée à l'alinéa premier, *b)* de l'écrit destiné à prouver la notification de cette déclaration sont authentifiés par le dépôt de cet écrit et d'un double de la déclaration certifié conforme par le conjoint effectué entre les mains d'un notaire qui en certifie la réception en dressant un écrit daté et signé de lui ou bien qui, si son statut légal l'en empêche, procède à la légalisation dans les formes ordinaires. Sous réserve de leur sincérité et de leur régularité, ces différents actes sont opposables aux tiers à partir de la notification à l'autre conjoint.

Commentaire de la proposition luxembourgeoise concernant l'article 10, alinéa 2.

Le premier alinéa de l'article 10 prévoit que, nonobstant la survenance des conditions énumérées à l'article 6, le changement automatique du régime matrimonial peut être exclu par une déclaration unilatérale d'un époux, notifiée à l'autre. Le Comité de rédaction s'est borné à prévoir que la date et la signature de la notification devraient être «authentifiées», *n'ayant pas découvert de formule plus précise. Il en résulte, en tout cas, que la notification, tout comme la déclaration doit, dans la pensée du Comité de rédaction, constituer un acte écrit. Les questions de forme procédurale, sans doute moins ardues et moins nuancées que les questions de fond, ne sauraient être sousestimées alors que les parlements nationaux manifestent une fâcheuse propension à considérer l'excellence des dispositions de forme comme une échelle de la valeur intrinsèque des traités à eux soumis. Ici d'ailleurs il ne s'agit guère d'une question de pure forme mais plutôt d'une question de preuve dont dépendent des effets juridiques décisifs.*
La question serait plus facile à résoudre si chaque Etat contractant voulait édicter des mesures législatives ou réglementaires pour assurer le déroulement d'une procédure adéquate de déclaration et de notification et fixer les conséquences juridiques de la non-observation de ces règles. Cependant la Conférence, forte de certaines expériences, préfère ne pas subordonner l'efficacité des clauses de ses Conventions à des mesures nationales. Comme néanmoins de nombreux Etats préféreront prendre pareille initiative qui donnera de meilleurs résultats et notamment voudront prévoir la forme de la signification par huissier qui excluera toutes les difficultés, il se recommande de prévoir les deux hypothèses. (Si on estimait que l'emploi du terme «notification» *exclut la forme de la signification par huissier, le texte devrait le préciser.)*
Dans la pensée de la Commission, en tout cas de son Comité de rédaction, il faut exiger: 1) *une déclaration*

écrite, datée et signée du conjoint qui prend l'initiative prévue à l'alinéa premier; 2) *un acte de notification écrit et daté qui se rapporte à la déclaration. Il importe donc de bien distinguer tant dans l'argumentation que dans la rédaction, ces deux actes. L'adversaire éventuel et le juge doivent pourtant pouvoir contrôler si la notification* a) *se rapporte à une déclaration comme prévue à l'alinéa premier,* b) *si elle a été réelle et régulière. Il faut, en effet, tenir compte, dans cette matière, du risque de collusion entre des époux se livrant à des machinations frauduleuses ou du moins de l'inaction de l'un d'eux, dont pourrait résulter un préjudice grave et injuste frappant des tiers. On ne peut donc se contenter, pour vérifier l'existence de la notification, soit de l'affirmation unilatérale, soit de la production d'un acte quelconque voire inconsistant mais il faut exiger un acte susceptible au moins d'établir que la notification a eu lieu effectivement et dans des conditions de temps et de circonstances non suspectes. Or, cette preuve doit nécessairement porter sur le contenu de la déclaration: il faut donc pouvoir contrôler la teneur de l'acte notifié par la production d'un double de la déclaration, l'original, s'il est unique, ce qui sera la règle, se trouvant entre les mains de l'autre conjoint. (Au texte proposé, il est toutefois parlé de* «double», *non de* «copie», *pour englober le cas où plusieurs originaux auraient été établis.)*

Afin d'authentifier ces actes, dont la portée vient d'être décrite, le texte proposé envisage le dépôt entre les mains d'un notaire, officier public qui existe partout sous cette dénomination quoique avec des attributions différentes. Aussi, dans cette hypothèse, jouera la différence entre les régimes auxquels les notaires sont soumis suivant les pays. Selon les dispositions qui régissent l'exercice de son ministère et qu'il n'est pas indispensable de spécifier au texte, le notaire pourra soit dresser un acte authentique (notarié) de dépôt auquel la déclaration restera annexée, soit fournir un récépissé comportant la constatation de l'authenticité de la signature ou des signatures et *de la date, soit (allusion particulièrement au* «notary public» *américain) se borner à une simple légalisation de la signature dont la date résultera indirectement. (Il ne faut pas oublier que la déclaration pourra porter la signature du mari et le récépissé constatant la remise à l'autre époux, celle de la femme, ou inversement!)*

La phrase finale est appelée à préciser les effets juridiques de, ces actes qui, en principe, consisteront dans l'opposabilité aux tiers. Il y a lieu de réserver ici la sincérité et la régularité de ces actes pour ne pas laisser entendre que dans le système de la Convention, elles ne pourraient plus être discutées et que la validité subsistera jusqu'à «inscription de faux» *(expression du droit français qui vise une hypothèse rare difficile à imaginer en dehors d'une condamnation pénale pour faux) et serait donc pratiquement irréfragable.*

Pour autant que des clauses de la Convention règlent expressément les effets des régimes matrimoniaux à l'égard des tiers, une mise en concordance ou une référence pourront s'avérer indiquées.

Procès-verbal No 11

Séance du mardi 18 octobre 1976 (matin)

The meeting was opened at 10.05 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman resumed the discussion of article 13. He explained that six proposals had been submitted:
– the proposal of the Netherlands, Working Document No 5, to delete article 13 and to exclude the problem of the external relationship from the Convention;
– the proposal of the United States, Working Document No 9, to exclude certain problems relating to third parties, in particular, the rights of *bona fide* creditors or purchasers for value without notice; which was supplemented by,
– the proposal of the United States, Working Document No 39, proposing that each State should determine the extent to which the spouses might rely on application of a foreign law. In addition, 'may' employed in article 13 as drafted would be replaced by 'shall';
– the proposal of Denmark, Working Document No 34, as corrected by Working Document No 42, being a reply to a query of the Netherlands delegation, and which only concerned a matter of drafting;
– the proposal of Spain, Working Document No 44, proposing an amendment to Working Document No 34, and extending to embrace immovable property and 'fonds de commerce';
– the proposal of Finland, Working Document No 45, proposing a further amendment to Working Document No 42, that spouses might not be permitted to rely on a foreign law unless specified requirements of publicity or registration had been fulfilled.

Le Secrétaire général adjoint intervient pour demander à la délégation néerlandaise des précisions sur l'objectif de sa proposition (Document de travail No 5) visant à éliminer de la Convention le problème de la protection des tiers.
Brossant un rapide tableau des différentes législations en vigueur, il en retient trois types:
– les législations qui appliquent la loi du régime matrimonial aux rapports aux tiers;
– celles qui optent pour une solution intermédiaire: l'application de la loi du régime matrimonial aux tiers, moyennant certaines règles de publicité ou d'enregistrement; au cas où ces dernières dispositions ne seraient pas observées, cette loi ne s'appliquerait pas;
– les systèmes qui n'appliquent pas la loi du régime matrimonial aux relations avec les tiers, comme la Suisse qui prévoit l'application de sa loi interne aux relations entre époux et tiers.
Le Secrétaire général adjoint est d'avis qu'il subsiste une confusion entre l'idée défendue par la délégation néerlandaise et sa réalisation formelle dans la proposition qu'elle a présentée. En effet, on peut résumer le sens de

cette proposition en disant qu'elle tend à conserver la réalité juridique existante des systèmes en présence (et leurs divergences). En effet, les Etats resteraient libres d'utiliser leur propre système de conflit pour soumettre ou non les relations avec les tiers à la loi du régime. Mais si la Convention prévoit une exclusion *formelle* des rapports avec les tiers, il se peut que la jurisprudence estime que l'on ne peut plus appliquer la loi du régime dans les relations externes, ce qui obligerait alors à juger tout un nouveau système. Il demande en conséquence au Délégué néerlandais de lever l'incertitude qui pèse sur la rédaction quelque peu sibylline de sa proposition.

M. Martens (Pays-Bas) confirme l'interprétation du Secrétaire général adjoint: l'objectif de sa proposition est bien de laisser les Etats *libres* de choisir la règle de conflit en la matière.
L'essentiel est d'éviter de les contraindre à utiliser une règle particulière.

Mr Nygh (Australia) repeated his earlier expression of support for the proposal of the Netherlands that the Convention should be confined to the internal relationship (see P.V. No 3). Recalling the amendments that had since been made to the draft Convention, he explained that, as the rights of the spouses were more likely to be governed by a foreign law as a result of the more stringent requirements imposed on automatic change of the applicable law, his conviction that the external relationships should be excluded had been strengthened.
Article 13 remained uncertain in its scope and meaning. He was prepared to accept that its terms could be made to work in unified States that knew the institution of the *Notariat latin,* but in non-unified States, such as Australia, the prospect of setting up a system of registration was not realistic.
Reiterating his approval for the proposal of the Netherlands, he explained that in his understanding of the proposal, the problem of third party protection would not be devoid of regulation, for it was clear that the individual States could continue to regulate the matter. The proposal of the United States, Working Document No 39, would provide an adequate alternative, for it stated more explicitly what he understood to be implicit in Working Document No 5, the proposal of the Netherlands, that it was for each State to make provision for third party protection.
Failing adoption of either proposal, he would prefer article 13 as drafted. In his view, the remaining proposals of Denmark, Spain and Finland imposed respectively increasing restrictions.

M. Loussouarn (France) déclare que, dans le cadre d'une convention qui cherche à mettre en place des règles de conflit uniformes, la proposition néerlandaise (Doc. trav. No 5) laisse planer une équivoque. Il illustre son propos par un exemple. Une femme française commune en biens vend un immeuble sans l'accord de son mari. Pour être valable, cette vente nécessitait cet accord. En droit français, cette opération devrait être frappée de nullité. Ce problème pose deux questions principales: d'une part, celle de l'absence du pouvoir de la femme pour agir, d'autre part celle de la nullité de la vente à l'égard du tiers. Pour le résoudre, il faudra ventiler les domaines d'application du régime matrimonial et du régime contractuel. Comment réaliser cette ventilation?
A son avis, la proposition néerlandaise n'apporte pas de solution satisfaisante.
Dans un ordre d'idées parallèle, il fait l'observation suivante: certains Etats relient la question des rapports entre époux et celle des rapports entre époux et tiers dans le cadre du régime matrimonial, d'autres dissocient ces deux questions. Le problème peut alors devenir celui de savoir dans quel Etat se posera la question des rapports époux-tiers: l'Etat dont la loi régit le régime matrimonial, ou un autre?
Bien souvent, la question se posera dans ce dernier. Si cet Etat inclut dans le régime matrimonial les rapports entre époux et non les rapports entre époux et tiers, comme c'est le cas en Australie, le Délégué français se demande si le domaine du régime matrimonial n'en devient pas trop limité, voire dénaturé.
Dans ces conditions, la proposition danoise (Doc. trav. Nos 34 et 42) lui paraît mieux équilibrée, prévoyant l'application de la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention à la fois aux rapports entre époux et aux rapports entre époux et tiers, sous la reserve de certaines situations dans lesquelles la loi applicable peut être écartée.
Quant à la proposition de la délégation espagnole (Doc. trav. No 44), il s'interroge sur la portée de l'exigence de conditions spécifiques de publicité ou d'enregistrement. A son avis, la condition de publicité ne peut être efficace que si les époux ont une résidence habituelle dans l'Etat de la publicité.

Mr Hayes (Ireland) explained that in Ireland there would be no objection to enforcing a foreign law governing the matrimonial property regime of the spouses in regard to third parties, in so far as property held by both spouses under a regime of community was concerned, for example, where the matrimonial home was expressed or considered to be the joint property of both spouses. In such a case, where one spouse attempted to mortgage or sell the property, that spouse, if he had acted without the agreement of the other, would be prevented from so acting; *nemo dat quod non habet.*
He considered that the problems relating to interests of third parties should not be resolved within the terms of the Convention, for such matters were better left to the individual States who could employ such concepts as fraud, unjust enrichment, and notice, to regulate the matter. In regard to the last concept, he explained, that, under Irish law, the spouse could register the fact of her marriage in the Land Registry or the Registry of Deeds. Thus, when such was registered, the third party would have actual notice, although the absence of registration did not negate the possibility of the third party being bound by constructive notice of the spouse's rights in regard to the matrimonial home owned by the other spouse.
In conclusion, he regarded the proposal of Denmark as being the most acceptable of the proposals.

Mlle Perez Vera (Espagne) présente la proposition de la Délégation espagnole (Doc. trav. No 44).
Elle indique que cette proposition constitue un amendement à la proposition danoise (Doc. trav. Nos 34 et 42) et se situe quant au fond dans son prolongement.
L'essentiel se trouve à l'article 13, alinéa 2 *b*) première partie de la phrase: «s'il s'agit de rapports relatifs aux biens immeubles». A son avis, les rapports relatifs aux immeubles ne devraient pas exiger de condition de résidence. Généralement, les tiers estiment normal que les immeubles soient régis par la loi de l'Etat de leur situation, et il faut éviter de les surprendre par la découverte de l'application d'une autre législation, indépendamment du fait qu'ils ont résidé ou non dans l'Etat en question.
Concrètement, la question intéresse au premier chef l'Etat espagnol: d'une part, nombreux sont les étrangers qui achètent des immeubles sur son territoire, d'autre part nombreux sont les ressortissants espagnols qui résí-

dent plus de 10 ans à l'étranger et achètent des immeubles en Espagne.

Mr Jokela (Finland) endorsed the problems indicated by Mr Due, and explained that under Finnish internal law, all deviations from the rules of the matrimonial property regime had to be registered. He was not opposed to the application of the foreign law to 'foreign' spouses, but he considered that it was necessary to require the application to them of the same rules that governed Finnish spouses. Accordingly, if there were to be exceptions affecting the interests of third parties, such exceptions would have to be registered.
He expanded on the amendments suggested to the proposal of Denmark in Working Document No 42
– where the law applicable by virtue of the Convention was advantageous to the third party, that third party would not be prevented from relying on the foreign law;
– the qualification of habitually resident was restricted to the spouses and did not extend to the third party.

Mr Martens (Netherlands) made the following nine observations:
– He recalled that, when presenting the proposal of the Netherlands contained in Working Document No 5, he had based his argument on the assumption that article 13 as drafted meant that the external relationships of the spouses would be governed in principle by the same law as governed the internal relationships. The Danish proposal contained in Working Documents Nos 34 and 42 advanced that rule.
– He was fully prepared to admit the advantages in favour of a choice of law rule whereby the external relationships of the spouses would be governed by the same law as governed their internal relationships; such a rule would be simple, clear and logical for it was self-evident that in most legal systems provisions as to the internal relationships would be attuned to those relating to the external relationships.
– However, he did not think that such a rule, whatever attractions it might have from a theoretical point of view, would have any great practical value. To that extent, he could not share the opinions expressed by Mr Due, who had heavily underlined the great importance of such a rule both for the actual practice of the courts and, accordingly, for the Convention. He was obliged to disagree with that opinion because there was no case-law at all on that question in the Netherlands, and it had transpired from the preceding discussions that the situation was the same in many other States. It appeared, in practice, that the question which law was to be applied to the external relationships of the spouses only rarely arose.
– Besides the apparent attractiveness of such a rule, it was necessary to remember the existence of the third parties themselves. It was unnecessary to elaborate upon the fact that, by virtue of the rules already adopted by the Commission, the law that in a great many cases would govern the internal relationships would be that of a State other than that in which the spouses were habitually resident. Nor was it necessary to elaborate upon the unpleasant surprises that would occur to the third party as a result.
It sufficed to refer to the Annex to his Government's observations on the draft Convention (see Preliminary Document No 6, Observations, the Netherlands, Annex).
– He granted that the attractiveness of the rule under discussion could induce one to adopt the view that the interests of third parties should not be allowed to interfere. In that case, one would have to advocate that third parties should look to their own interests, and take care to be informed of the law that applied to their relationship with the spouses. He opined that those States advocating such a view should adopt the proposal of Denmark, but abstain from enacting the type of provisions that where specified in paragraph 2 thereof.
– However, it was felt that many States would consider that the chances of disagreeable surprises occurring to third parties would be so many and so severe in their results that some third party protection would be called for. In the event that there was no proposal to include any material third party protection provisions in the Convention, States who were so concerned, might only ratify where they provided for such provisions, which, according to the Deputy Secretary-General, did not exist in the majority of legal systems. Whether such necessity to legislate for protective provisions would augment the willingness of such States to ratify, could be doubted.
– He reminded those States that were concerned about third party protection that, if the proposal of Denmark was adopted, they would then only be providing for a rather limited third party protection, namely, for third party protection that applied only to residents and which could be enforced only in their own courts.
– In addition, it was necessary to realise that, under the provisions of the Danish proposal, there would be several cases in which the courts of a Contracting State would have to apply to the internal relationship also the law applicable to the external relationship; in other words, there would be several cases in which there would be no room for third party protection. That followed because the power to limit the rule of paragraph 1 of the proposal of Denmark was to be given to Contracting States only and, moreover, was limited to the case where both of the spouses, as well as the third party, had their habitual residence in one and the same State. Granted that the proposal of Spain extended those limitations somewhat, the principle remained the same. He conceded that he could not express himself with certainty as to the consequences of that principle, but he feared that it might easily be deduced from the text of the proposal that the courts of Contracting States would always have to apply paragraph 1, unless there was an exception that was operative by virtue of paragraph 2. That would produce the result that, even where a State provided for third party protection for its own residents or with regard to immovable property situated on its territory, it would have to apply the law that, by virtue of the rules of the Convention, applied to the internal relationships, in every case where either one of the spouses or the third party was a non-resident. Moreover, as Mr Due had pointed out, other Contracting States were not under an obligation to apply the third party protection provisions of their partners to the Convention.
– He accepted and could understand the feeling of some Delegates that, if, as the Netherlands had proposed, external relationships were left outside the scope of the Convention, only half of the unifying task would have been achieved. However, being convinced that in actual practice the problems relating to the internal relationships were of far greater importance than those concerning the external relationship, he was not overly impressed by that argument. Furthermore, he felt that it was justifiable to set against it that the alternative solution proposed by the Danish delegation, first, did not in fact create unity, secondly, would in several cases sacrifice the interests of the third party to those of the spouses, and, finally, if the proposal of Denmark was adopted, it might well prove to be an obstacle to ratification. In conclusion, he affirmed that the proposal of the Netherlands was maintained, adding that the sole purpose of the proposal was to leave all Contracting States perfectly free to regulate or to adjudicate upon

questions of third party protection as they thought appropriate.

M. Valladão (Brésil) souligne que la délégation brésilienne est favorable à la proposition danoise. A son avis, une convention s'intéressant à la loi applicable aux régimes matrimoniaux ne peut s'abstenir d'assurer également les droits des tiers. La condition de résidence habituelle inscrite à l'article 13, alinéa 2, de la proposition danoise (et espagnole) ne lui paraît pas essentielle. A son avis, elle pourrait être abandonnée.
Pour le surplus, il observe que la Convention a réglé des questions de fond et de forme mais pas la question de la *capacité*. Il se demande pourquoi celle-ci ne serait pas réglée par la loi applicable au fond.

Mr Kearney (United States) stated that the purpose and motive of the United States proposal was the same as that of the Netherlands. He opined that they would approximate in the result produced.
He disagreed with the interpretation of Mr Nygh that the result of retaining article 13 would be to place upon each State the necessity to legislate in regard to third party protection. The article was intended to leave to the law of each State the determination of the conditions under which spouses might rely on the provisions of a foreign law governing their matrimonial property regime; it did not impose conditions on how such determination should be made. He could agree with him, however, that the stipulation contained in the proposal of Denmark regarding registration would raise problems for federal States. In the case of the United States, faced with the necessity of providing and regulating more than 50 registrations regimes, it would certainly outweigh the benefit of the proposed system. He reiterated that the United States and the Netherlands proposals proceded towards the same object, and that either would be satisfactory.
In reply to the Chairman, he confirmed that the earlier Working Document No 9 was withdrawn.

M. Lotfy (Egypte) estime que la discussion n'est pas mûre pour trouver une solution à la question des rapports entre époux et tiers, dans la mesure où le système adopté pour les rapports entre époux est déjà en lui-même si complexe. La Convention devrait donc se limiter aux rapports internes entre époux et laisser hors de son champ d'application le problème de la protection des tiers.

Mr Duchek (Austria) stated that whether the proposal contained in Working Document No 42 was acceptable depended upon the understanding of the expression 'legal relationship between a spouse and a third person', for he felt that the expression was ambiguous. In the simple case where one of the spouses sold half of the property, three choice of law rules would be involved: that relating to contract, that relating to matrimonial property regimes, and that relating to real rights. It would be difficult to ascertain the lines between those three concepts. In regard to the latter concept, under Austrian law, immovable property was governed by the *lex situs*, as was the case in most countries. It was necessary for property rights to be registered in the Land Registry, with the result that any restriction on the owner's right of disposal was effective on registration against a third party. The habitual residence of the third party, or indeed of the spouses, was irrelevant. He explained that his initial reaction to the proposal of Denmark had been to characterise such matters as that related to property rights, and not as matters that fell under matrimonial property regimes, but the proposal of Spain had led him to doubt whether or not they fell within the scope of the Convention. If they did, he tended against the proposal of Denmark by virtue of the fact that it imposed the restriction of the habitual residence of the third party and of the spouses, and paid no attention to the *lex situs*. In reply to the Chairman's query whether, under Austrian law, registration prevailed against a third party not acting in good faith, *i.e.*, he knew of a non-registered right, he stated that the register did not cover the question of a third party acting in bad faith, which was left to the *lex situs*.

The Chairman pursuing his query, explained that under Danish law there existed a similar system of land registration, which was effective against a third party acting in bad faith. In addition, there was a rule of matrimonial property law that where the spouses shared a common property, the spouse who possessed the legal title to the property in which the other had matrimonial property rights, could not dispose of such property without the consent of the other. That latter interest did not need to be registered, but where the third party did not, or could not know of the marriage, then reliance was placed upon the register. There would be no such reliance where the third party acted in bad faith or was charged with constructive notice of the marriage. The matter devolved upon the register, and was not a question *per se* of immovable property. Accordingly, the rule would also apply even where the immovable property was situated in a country other than the country whose law applied to the matrimonial property regime.

Mr Duchek (Austria) replied that his intention had been to stress that, in regard to registration of interests in immovable property, priority should be given to the *lex situs*. He added that, as all of the discussions had been based on a theoretical problem, there being no caselaw on the matter, it was difficult to formulate rules.

Mr Leal (Canada) drew attention to the danger that preoccupation with the protection of the spouses *inter se* could produce a situation which could prejudice their position by making it difficult for them to obtain credit in a foreign or a new country.

Mr Due (Denmark) stressed his gratitude to the suggested amendments contained in the Finnish and Spanish proposals, which he considered improved the proposal of Denmark. He reminded the Delegates that he had previously conceded that there might be other cases which ought to be covered (see P.V. No 10) and, accordingly, he accepted the Spanish proposal in regard to immovable property, although he considered that a restriction to '*fonds de commerce*' ought perhaps to be left aside.
The proposal of Finland had clarified the main idea of the Danish proposal, paragraph 2, namely, that the spouses ought not to be able to oppose the law applicable to their matrimonial property regime to a claim by a third party unless the stipulated conditions had been fulfilled by the spouses. Responding to the earlier intervention of Mr Duchek, he explained that Working Document No 42 concerned itself with: 'The effects of the matrimonial property regime on a legal relationship between a spouse and a third person', which clarified what sort of rules would be applicable in the type of situation envisaged by Mr Duchek.
Turning to the problem of federal States having no system of registration, he pointed out that paragraph 2 of the Danish proposal did not require such a system, for it also stipulated that other means of publicity could be utilised. He hoped that the alternative would provide a solution for such States.

Le Rapporteur souligne un aspect insuffisamment remarqué dans les propositions danoise (Doc. trav. Nos 32 et 34) et finlandaise (Doc. trav. No 45). La proposition danoise parle de *loi applicable,* que celle-ci soit favorable ou défavorable aux tiers. Par contre, la proposition finlandaise vise l'opposabilité aux tiers d'une loi applicable: cette nuance est judicieuse, dans la mesure où c'est la protection des tiers qui est visée par la Convention; les tiers ne pourront s'opposer que lorsque les conséquences de la loi applicable leur seront *défavorables.*

The Chairman recommended that the delegations which had submitted proposals seek to unify their suggestions, where there were no great differences of substance. . . .

Mr Kearney (United States) informed the Chairman that, following consultation, it had been decided, in the interests of progress, to withdraw Working Document No 39 in favour of Working Document No 5.

Le Rapporteur présente sa proposition de modification de l'article 13 de l'avant-projet de Convention (Doc. trav. No 46).
L'article 13, alinéa 1, a un contenu fort semblable à la proposition danoise (Doc. trav. Nos 34 et 42). Toutefois, il ne vise que le rapport juridique entre *un* époux et *un* tiers. En effet, si les deux époux s'engagent, ils seront tenus ensemble. En réalité, la protection que l'on cherche concerne au premier chef la protection du tiers lorsqu'un seul époux s'est engagé sans l'accord de l'autre (mésentente, séparation . . .) il convient de savoir si l'autre s'est également engagé.
L'article 13, alinéa 2, a une double perspective:
– alinéa 2*a*): les conditions de publicité concernent une hypothèse qui ne peut se présenter que dans les Etats où un système de publicité existe;
– alinéa 2*b*): cette disposition et susceptible de s'appliquer partout.
A ce sujet, il indique que cette disposition participe du principe de la *bonne foi:* le tiers qui connaît leur régime ne veut plus se prévaloir après coup de l'application de celui-ci. Suggérant ensuite les possibilités d'amélioration de sa proposition, il souligne deux points:
– dans la mesure où la Convention s'intéresse à la protection des tiers, il conviendrait d'indiquer que la loi étrangère ne peut être dans certains cas qu'*opposable* plutôt qu'*applicable,* ainsi que le suggère la délégation finlandaise;
– cette disposition pourrait recevoir également une portée générale au cas où aucune condition y mentionnée n'est remplie. A ce moment, la loi de la *résidence du débiteur* pourrait être rendue applicable.

Mr Kearney (United States) raised a point of information. Under the terms of Working Document No 46, paragraph 2(*b*), was the third party required to know that a specific law applied or was it necessary for him to be aware of the contents of that specific law?

The Rapporteur replied that it sufficed where there was knowledge of the existence of the specific law.

Mr Hayes (Ireland) queried whether the proposal of the Rapporteur, Working Document No 46, covered not only the case where one of the spouses and the third party were habitually resident in a State, but also the relationship of the spouse and the third party with regard to property situated in a State other than that of the habitual residence.

The Rapporteur replied that the proposed rule would apply to all property wherever situated.

The Chairman asked whether the Danish delegation was prepared to accept that paragraph 1 and paragraph 2(*a*) of the proposal of the Rapporteur embraced the proposal of Denmark, to which Mr Due signified his acceptance. The Chairman explained that the Commission was now faced with two opposing viewpoints:
1 Working Document No 46, paragraphs 1 and 2(*a*), the proposal of the Rapporteur, which was identical to Working Document No 42, the proposal of Denmark, plus
– Working Document No 46, paragraph 2(*b*); and
– The proposals of Finland, Working Document No 45, and of Spain, Working Document No 44, proposing amendments to Working Document No 42;
2 The proposal of the Netherlands, Working Document No 5, to delete article 13, leaving it to the States to apply the law applicable to the regime by virtue of the Convention or to prescribe such conditions as they saw fit.

M. Beitzke (Allemagne) examine la proposition du Rapporteur (Doc. trav. No 46) et se demande si la condition de résidence d'un époux et d'un tiers sur le territoire d'un Etat contractant n'est pas trop *contraignante.* A son avis, il faudrait également étendre la protection aux tiers qui n'ont pas leur résidence sur ce territoire.

Le Président indique la portée de cette intervention. La Commission est déjà saisie de deux propositions; la première, de la délégation finlandaise, prévoyant la condition de résidence de deux époux et non des tiers; la seconde, du Rapporteur, exigeant la condition de résidence pour *un* époux et *un* tiers. La proposition du Délégué allemand constitue une troisième voie qui ne pourrait être prise en considération que si elle faisait l'objet d'un amendement écrit. Sur ce point le professeur Beitzke répond que l'on pourrait se borner à indiquer une obligation de résidence pour *le seul tiers.*

Le Rapporteur fait observer que la condition de résidence habituelle est plus nécessaire pour l'époux débiteur que pour celle du tiers, car l'on songe ici à protéger le tiers contre l'époux par hypothèse intégré dans l'Etat de sa résidence. Tel est l'esprit de la Convention. Si le tiers ne réside pas dans l'Etat où réside l'époux avec lequel il contracte, il faut espérer que ce tiers prendra les mesures nécessaires pour ne pas se trouver surpris par les conséquences de la loi applicable à cette situation. La Convention ne devrait pas avoir pour objectif de protéger les tiers dans pareille situation «internationale».

M. Loussouarn (France) indique que la proposition du Rapporteur lui paraît une synthèse entre les différentes propositions faites concernant l'article 13 (danoise, finlandaise et néerlandaise). Il se demande si la règle contenue à l'article 13, alinéa 2 ne doit jouer qu'à la condition que l'époux et le tiers aient tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat contractant. A son avis, cette condition de résidence ne lui paraît pas nécessaire. Et de rappeler une affaire française sur la question, l'affaire Lizardi. Un Mexicain âgé de 22 ans acheta auprès d'un joaillier parisien des bijoux pour une somme importante. Aux yeux de la loi mexicaine, cet acheteur était mineur. Toutefois le commerçant français avait cru qu'il était majeur, se référant en cela à la loi française qui prévoyait la majorité à 21 ans. La nullité de contrat fut soulevée, pour absence de capacité conformément à la loi nationale de l'intéressé. Le bijoutier présenta alors le moyen de l'«ignorance excusable de la loi étrangère» disant qu'il ne pouvait connaître la loi mexicaine sur la majorité. Ce moyen fut accueilli par le tri-

bunal, sans qu'aucune condition de résidence du ressortissant mexicain ne fut exigée.
Transportant cet exemple dans le domaine des régimes matrimoniaux le Délégué français estime que chaque Etat devrait se trouver libre d'écarter l'application d'une loi étrangère désignée en vertu de la Convention, sans référence à une quelconque résidence sur son territoire. Il suggère, dans ces conditions, que les mots «qui ont tous deux leur résidence habituelle sur son territoire» soient omis de la proposition du Rapporteur (Doc. trav. No 46, article 13, alinéa 2).

Le Rapporteur répond à M. Loussouarn que sa suggestion fait fi de l'insertion des personnes intéressées dans un ordre juridique déterminé, à l'intérieur duquel la Convention vise à protéger l'une d'entre elles, le tiers. Il indique que le facteur de rattachement à cet Etat devrait être assez *solide,* et non pas *fortuit.*

M. Loussouarn (France) déclare que, si le rattachement à l'Etat en question par le lieu de conclusion du contrat sur son territoire paraît trop faible, une solution de compromis pourrait être trouvée en exigeant la résidence *soit* du tiers, *soit* d'un époux. Cette solution, présentée comme une alternative, serait un compromis mieux praticable que l'actuelle solution du Rapporteur.

M. Baechler (Allemagne) indique que la délégation allemande est favorable à l'observation de la délégation française. Elle demande également que l'on supprime la condition de résidence inscrite dans la proposition du Rapporteur (Doc. trav. No 46, article 13, alinéa 2).

Mr Nygh (Australia) indicated his appreciation of the Rapporteur's attempt to meet the registration problems of federal States, such as Australia, but explained that Working Document No 46 still presented fundamental difficulties:
– As Mr Beitzke, Mr Loussouarn and Mr Baechler had pointed out, it incorporated a restriction into the scope of article 13, namely, the habitual residence of one of the spouses and of the third party;
– The reply of the Rapporteur to Mr Kearney that under paragraph 2 (*b*) it was necessary that the third party knew or should have known of the existence of a foreign law applicable to the matrimonial property regime was an unrealistic requirement in Australia, where lawyers possessed no knowledge of foreign law, or even know of the existence of the concept of regime of community property.
He endorsed the observations of other Delegates that the discussion was proving to be too academic, which he considered to be a fundamental point, in that there was a distinct tendency to define the choice of law rules with great precision, allowing for a minimum number of exceptions. In his experience, the only clearly discernible judicial tendency was the 'homeward-bound' trend, that is the application of the *lex fori.* If one proceeded in opposition to that tendency, the result would be no ratification or ratification in the knowledge that the judges would circumvent the rules prescribed in order to apply the *lex fori.*

Mr Duchek (Austria) stated that the requirement of the Rapporteur's proposal that one spouse and also the third party be habitually resident in the same State went too far and rendered the application of the internal law of that State too restricted.
He repeated his earlier concern in regard to the desirability of a third party being able to rely upon the entries on the Land Register. Any attempt to dilute that principle with requirements relating to the habitual residence of one or both of the spouses or the third party would lead to hesitation on the part of Austria in ratifying the Convention.
In reply to the Chairman, he stated that his preference was the approach advocated by Mr Nygh, but in default of that he would accept the proposal of Spain.

The Rapporteur asked him whether a requirement of habitual residence on the part either of one of the spouses or of the third party would satisfy his problems in regard to immovable property, to which he replied that it would not be sufficient, for he would prefer no reference at all to habitual residence in regard to immovable property.

The Chairman, explaining that paragraph 2 of the proposal of the Rapporteur, if it were to be amended as had been suggested, would read '... between a spouse and a third party where one of them is habitually resident on its territory, only if ...' asked the Finnish delegation whether it insisted on the requirement that one or both of the spouses be habitually resident in that State. Following a short discussion, it was agreed between Mr Jokela and the Chairman that the requirement was that both spouses should be habitually resident in that State, and, further, it was reaffirmed that the third party might rely on the foreign law if it was advantageous to him.

Mlle Perez Vera (Espagne) se déclare prête à appuyer la proposition du Rapporteur, à la condition que l'on y supprime la nécessité de la résidence habituelle sur le territoire de l'Etat contractant. Cette idée rejoint la proposition de la délégation espagnole (Doc. trav. No 44). Elle estime que la matière des immeubles, plus généralement des droits réels, doit rester à l'écart du champ d'application de la Convention. Elle est prête également à retirer la proposition espagnole si l'interprétation de la proposition du Rapporteur rejoint, sur le fond, celle-ci.

Le Rapporteur indique que l'esprit de la Convention est de faire en sorte que les sûretés réelles (hypothèques..) soient garanties par l'immeuble sur lequel elles portent. Si cela ne ressort pas explicitement du texte, on peut l'indiquer dans le Rapport explicatif.
Cette réponse ne donnant pas entièrement satisfaction à la Déléguée espagnole, celle-ci souhaite garder sa proposition en tant qu'elle vise les rapports relatifs aux biens immeubles.

Mr Holub (Czechoslovakia) pointed out that between the spouses and a third party many legal relationships could arise, and that the habitual residence of the spouses or of the third party was not necessarily appropriate in such relationships. Accordingly, he approved of the proposal of the Netherlands to delete article 13 and to include the matter of the external relationship in the list of exclusions to article 1.

The Chairman proposed that the Commission regard the proposal of the Rapporteur as the basic proposal for those Delegates wishing to include external relationships in the Convention, and that the amendments proposed be regarded as amendments to that basic proposal. The opposing basic proposal would be that of the Netherlands.
He replied to Mr De Nova's objection that, if the proposal of the Netherlands was adopted, the decisions relating to the proposal of the Rapporteur would have been rendered redundant, by opining that it would be useful to know the exact extent of the alternative, and that the same reasoning applied to the objection of Mr Duchek that the Netherlands proposal was the most remote and

ought to be voted upon first. He assured Mr Nygh that if both proposals failed, article 13 could be regarded as adopted.

Le Rapporteur est d'avis que la proposition de la délégation néerlandaise ne s'éloigne peut-être pas plus du texte original que les propositions danoise ou finlandaise.

The Chairman moved to a vote on the proposal of Finland, Working Document No 45.

Votes

By a vote of 6 in favour (Belgium, Czechoslovakia, Denmark, Finland, Luxemburg, Sweden), 4 against (Austria, Ireland, Spain, Switzerland), and 12 abstentions (Australia, Canada, Egypt, France, Germany, Greece, Italy, Japan, Netherlands, United Kingdom, United States, Yugoslavia), the proposal of the Rapporteur was modified in accordance with the proposal of Finland.

Proceeding to a vote on the proposal of Spain, Working Document No 44, it was agreed by a vote of 10 in favour (Austria, Czechoslovakia, Denmark, Finland, Germany, Luxemburg, Spain, Sweden, Switzerland, Yugoslavia), 3 against (France, Ireland, Japan), and 8 abstentions (Australia, Belgium, Canada, Egypt, Greece, Italy, Netherlands, United States), that the proposal of the Rapporteur be further modified in accordance with the proposal of Spain.

M. Loussouarn (France) pense que l'article 13 tel qu'il a été voté après proposition du Rapporteur (Doc. trav. No 46) contient une formulation peu adéquate. Il se demande, notamment, ce qu'il faut entendre par: «un Etat contractant peut en tout temps prescrire...». L'Etat serait-il obligé de «prescrire»? A son avis, la jurisprudence devrait pouvoir décider les conséquences attachées à cette disposition, par exemple les conditions de connaissance de la loi applicable par le tiers, tel que cela est prévu à l'article 13, alinéa 2*b*). Cependant, la rédaction actuelle fait-elle apparaître que le pouvoir judiciaire aura effectivement les «mains libres»?

Le Rapporteur indique que la remarque du Délégué français lui paraît pertinente et qu'il convient de modifier la rédaction du texte envisagé en ce sens. En effet, l'idée poursuivie n'est pas d'obliger les Etats à légiférer, par exemple dans la loi d'adhésion, pour mettre en oeuvre ce texte de la Convention. Afin d'être clair, le Comité de rédaction pourra étudier une formule du genre: «le *droit* de chaque Etat contractant ..». Sous le mot «droit» sont bien entendu contenues la jurisprudence et la législation de l'Etat.

The Chairman replied that that proviso would be included within the scope of the Convention.

Votes

The proposal of the Netherlands, Working Document No 5 to delete article 13 and to leave the matter of specified conditions appropriate to the protection of third parties to the individual States, was rejected by a vote of 11 against (Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Japan, Luxemburg, Spain, Sweden, Switzerland), and 10 in favour (Australia, Austria, Belgium, Canada, Czechoslovakia, Egypt, Italy, Netherlands, United States, Yugoslavia).

Moving to a vote on the proposal of the Rapporteur, Working Document No 46, as modified by the first two votes, the proposal was adopted by a vote of 13 in favour (Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Japan, Luxemburg, Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland), 5 against (Australia, Canada, Czechoslovakia, United States, Yugoslavia), and 3 abstentions (Austria, Egypt, Italy).

The Chairman stated that *article 13 could be regarded as adopted.*

In reply to the request of Mr Hayes, the Chairman obtained the agreement of the Rapporteur that, with the cooperation of Mr Leal, a draft of the new article 13 would be prepared as quickly as possible. It was further agreed to refer the objection of Mr Huss to the use of the word 'prescribe' to the Drafting Committee.

Turning to the agenda for the following meeting, the Chairman proposed discussion of the following matters:

– article 14, for which there were no Working Documents;
– article 15, in regard to which Working Documents Nos 4 and 20 had been submitted;
– article 16, for which there was also no Working Document;
– as well as the proposals contained in Working Documents Nos 11, 14 and 47.

The discussion of article 21 and articles 17 to 20, should be postponed until the Commission turned to a consideration of the redrafted articles proposed by the Drafting Committee.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal No 12

Séance du mardi 18 octobre 1976 (après-midi)

The meeting was opened at 3.00 p.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman stated that any Delegates wishing to propose amendments to the wishes which the Commission might express should present their amendments in writing for consideration on the following day. He then directed attention to article 14 of the draft Convention, in relation to which no proposals for amendment had been received, and enquired whether there was any discussion of the article.

M. Beitzke (Allemagne) éprouve quelques difficultés à saisir la cohérence qui existe entre les articles 14 et 15 de l'avant-projet. Faut-il comprendre l'article 14 en ce sens qu'il signifie que la capacité de contracter mariage serait aussi incluse dans cet article? Par ailleurs le contrat de mariage qui est visé à l'article 15 peut englober également le choix d'une loi applicable.

Le Rapporteur répond au Délégué allemand que l'article 14 de l'avant-projet est repris de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Pour répondre aux préoccupations du Délégué allemand, peut-être faudrait-il préciser à l'article 1 de l'avant-projet que la Convention ne s'applique pas à la capacité de conclure un contrat de mariage ni à la capacité de choisir une loi applicable.

The Chairman enquired whether there was any further discussion and in the absence of any discussion declared *article 14 of the draft Convention adopted.* He then turned to the draft article 15, and the proposals contained in Working Documents Nos 4 and 20.

Le Rapporteur souligne que l'article 15 de l'avant-projet présente deux faces:
– d'une part, l'alinéa 1 et l'alinéa 3 ont trait à des questions de forme,
– d'autre part, l'alinéa 2 a trait à la désignation de la loi applicable par les époux.
En ce qui concerne les questions de forme, l'article 15 précise que celles-ci sont soumises à la *lex causae* ou à la *lex loci actus* (alinéa 1). Si une de ces deux lois prévoit une forme particulière pour le contrat de mariage, celle-ci doit être observée. Si tel n'est pas le cas, il suffit que la désignation fasse l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux. Comme l'alinéa 1 se réfère soit à la *lex causae* soit à la *lex loci actus* les époux pourront choisir la moins exigeante de ces deux lois.
Quant à l'alinéa 2 de l'article 15 de l'avant-projet, il précise la façon dont la volonté des époux doit être exprimée. Le choix de la loi applicable doit se faire d'une manière expresse, à moins qu'il n'ait lieu dans le cadre d'un contrat de mariage, auquel cas un choix implicite est admis.

M. Beitzke (Allemagne) remarque que sa proposition figurant dans le Document de travail No 4 se fonde sur la nécessité qu'il y a de dire quelque chose sur la forme en laquelle les époux peuvent choisir la loi applicable, mais qu'en revanche, la Convention doit rester muette sur la forme du contrat de mariage. Le Délégué allemand fait remarquer qu'actuellement le rattachement de la forme à la *lex causae* ou à la *lex loci actus* est contesté dans son pays et qu'il ne voudrait pas voir appliquer ce double rattachement dans la Convention. En outre, la nouvelle loi allemande sur le divorce prévoit la nécessité d'un contrat de mariage passé selon certaines formes sévères pour exclure certaines conséquences du divorce, de telle sorte que le Délégué allemand ne voudrait pas que la Convention en préparation soit un obstacle à l'application de ces nouvelles règles allemandes.

Mr Martens (Netherlands) in explaining the proposition of the Netherlands delegation, stated that in dividing the subject-matter of article 15 of the Draft into two separate divisions, he was only following a suggestion made by the Rapporteur in paragraph 128 of the Report. He stated as well that the Netherlands Government considered the matter dealt with in article 15A of his proposal to be not a mere question of form, but rather to be one of substance. The question of *how* the spouses' intention to designate a particular law must be expressed had been placed at the beginning of these paragraphs because it seemed to him that in the system of the Convention *that* question was of greater importance than that of the requirements as to form. The latter were therefore treated only in article 15B. In this context it might perhaps be asked why in the latter article he had included the *marriage contract,* especially since there was a German proposal (Working Document No 4) which left this out. The answer to that question was that the Netherlands delegation felt that because a designation of the applicable law could be contained in a marriage contract, the question of the validity of the form of the marriage contract could not be left open, as the German delegation had proposed. He added that it was in the opinion of the Netherlands delegation a regrettable consequence of the desire of the German delegation to leave the question of the validity as to form of marriage contracts out of the Convention, that in the German proposal the question of validity as to form of the designation of the applicable law was governed exclusively by the *lex causae.* The Netherlands delegation thought that the draft proposal rightly was more liberal, by validating such designations also if they met the requirements of the *lex loci actus.*
He then turned to article 15A as proposed in Working Document No 20 and drew attention firstly to the distinction made between the agreement of the spouses as to the designation of the applicable law, and marriage contracts. The former could constitute a *part* of a marriage contract but it was quite conceivable that the spouses made no other arrangements than the choice of the applicable law. Inversely the present text of article 15 proved that there might be marriage contracts which neither explicitly nor implicitly contained a choice of the applicable law. He was therefore of the opinion that the two concepts should be distinguished. He felt that the distinction already underlay the text of draft article 15, and in his draft he had tried only to give that distinction greater clarity. As to the rest, he had exactly followed the text of paragraph 2 of article 15. That meant that, although the designation of the applicable law in principle had to be *explicit,* it might be *deduced*

from a marriage contract. The latter exception to the rule he had, however, extended to *other contracts* between the spouses. Why? Because the Netherlands Government thought it possible that a choice of the applicable law according to article 3, paragraph 2, subparagraph (*d*) (that is a *special* choice of the law applicable to some *immovable*) might as well be deduced from a contract which the spouses had entered into with regard to such immovable. He could see no reason why it should not be possible that from the provisions of such a contract a special choice of law with regard to that particular immovable would arise by necessary implication.
As to article 15B, he had started by trying to simplify the text by combining paragraphs 1 and 3 of draft article 15. That had the additional advantage that he could make it very clear that it was considered indispensable to have the same minimum requirements both for a mere agreement as to the applicable law and for a marriage contract. As the text now stood, it provided for the minimum requirements *only* for the former category, and that only if the *lex causae* or the *lex loci actus* did prescribe a particular form for marriage contracts. Buth what if under either of these laws a marriage contract would be valid as to form if made orally? In view of that possibility, the Netherlands delegation wished to have minimum requirements for marriage contracts and it seemed self-evident that there should then be the same minimum requirements for mere choice of law agreements as well.
In response to questions from the Chairman, Mr Martens stated that the minimum requirements to which he had made reference were those contained in the French text of article 15B of Working Document No 20, and they consisted of a written document signed by the two spouses. The English translation of the French text in Working Document No 20 required this further addition. It was, therefore, not the case that the minimum requirements would be simply those of the applicable law or laws.
He further indicated that the first change of substance which his proposal effected in relation to draft article 15 was that of extending the cases in which the choice of the parties arose by necessary implication to contracts between spouses other than the marriage contract.

Le Rapporteur remarque que l'idée selon laquelle un contrat autre qu'un contrat de mariage pourrait contenir un choix de la loi applicable au régime matrimonial conduit à des difficultés. Il est difficile d'exiger qu'un contrat conclu par rapport à un immeuble réponde à la forme désignée par la loi applicable au régime matrimonial.

Mr Martens (Netherlands) stated that his proposal was to the effect that the *designation* of the applicable law must meet the minimum conditions, and not the entire contract concluded by the spouses.

Le Rapporteur pense que la fin de l'article 15 tel qu'il figure au Document de travail No 20 devrait se lire: «à condition que cette désignation réponde aux exigences minima de l'article suivant».

M. Baechler (Suisse) se demande si la proposition néerlandaise aboutit à la conséquence qu'il ne serait pas loisible aux époux de choisir dans un testament conjonctif la loi applicable à leur régime matrimonial. Si tel était le cas la proposition serait restrictive.

The Chairman enquired whether it was correct that the essence of the German proposal was the exclusion of the *lex loci actus,* to which Mr Beitzke replied that this was the case with respect to the contract of marriage, but not necessarily with respect to the choice of the applicable law.

Le Rapporteur souligne que la proposition allemande ne règle plus du tout la forme du contrat de mariage dans la Convention. Il semble au Rapporteur qu'il y aurait là une lacune regrettable sur une question qui n'est guère controversée.

M. Beitzke (Allemagne) répond que la tendance en Allemagne tend à supprimer le rattachement à la *lex loci actus* pour la forme du contrat de mariage.

Le Président remarque que la proposition allemande a deux volets: d'une part, il conviendrait de ne pas régler dans la Convention la forme du contrat de mariage; d'autre part, il conviendrait d'exclure la *lex loci actus* pour le choix de la loi applicable à la forme du contrat de mariage.

M. Beitzke (Allemagne) répond au Président que dans sa proposition il ne parle pas expressément de rattachement à la *lex loci actus* mais qu'il ne l'exclut pas pour autant.

The Chairman then indicated that the following points therefore required discussion:
– the German proposal to exclude any reference to the form of marriage contracts;
– the Netherlands proposal permitting an implicit choice of the applicable law to be derived from a separate contract relating to immovable property;
– the Netherlands proposal establishing certain minimum conditions of form with respect to both the choice of the applicable law and the marriage contract.

Mr Leal (Canada) asked why the Netherlands delegation in paragraph 15A referred to 'the agreement of the spouses as to the designation of the applicable law', whereas in draft article 15 there was reference only to 'the designation of the applicable law by the spouses'. He stated that in Common Law countries the mention of the agreement of the parties implied the fulfilment of certain conditions relating to fair value and consideration, and he therefore preferred the expression employed in draft article 15.

The Chairman indicated that it was probably not the intention of the amendment to introduce such problems, and that the matter could best be referred to the Drafting Committee.

Mr Hayes (Ireland) suggested that the discussion be limited to the French text as there were a number of differences between the English and French texts of the Netherlands proposal.

M. De Nova (Italie) remarque que le contrat de mariage présente un intérêt comme source de désignation de la loi applicable. Si donc l'avant-projet contient une règle sur la loi applicable à la forme, cette règle doit couvrir la désignation de la loi applicable. Le Délégué italien considère que la distinction allemande entre la forme du choix de la loi applicable et la forme du contrat de mariage est quelque peu étrange.

Mlle Perez Vera (Espagne) sur instruction de son Gouvernement appuie la proposition néerlandaise figurant au Document de travail No 20. En outre la Déléguée espagnole remarque qu'à l'article 15 de l'avant-projet on devrait adopter une formule semblable à celle qui a été prévue pour l'article 10, c'est-à-dire que la date et la signature de l'écrit devraient être authentifiées.

Le Président demande aux Délégués s'ils sont d'accord d'harmoniser sur ce point la règle de l'article 15 avec celle de l'article 10. Tel semble bien être le cas.

Le Rapporteur souligne qu'une telle harmonisation ne sera possible que pour autant que l'authentification soit retenue dans l'article 10.

M. Loussouarn (France) considère que l'article 15 actuel est plus satisfaisant que les amendements proposés par l'Allemagne et les Pays-Bas. Il serait regrettable d'aboutir à ce que dans certains cas la forme locale ne soit plus appliquée, car il s'agit là par chance d'une matière où l'accord règne généralement en droit international privé.
Pour faciliter la tâche des notaires il est nécessaire de maintenir le rattachement à la *lex loci actus,* tout en acceptant le rattachement à la *lex causae.* Par ailleurs le Délégué français se demande pourquoi dans l'avant-projet, en matière de forme, on n'a pas fait appel à la loi nationale des parties.

Le Rapporteur fait remarquer qu'en ce qui concerne l'authentification de l'écrit il y a une différence entre l'article 10 et l'article 15. En effet dans l'article 10 il s'agit de la déclaration *d'un* des époux tendant au maintien de la loi précédemment applicable et il est normal que cette déclaration doive être portée à la connaissance de l'autre époux avec un minimum de garantie. En revanche à l'article 15 les époux *sont d'accord* pour choisir une certaine loi comme devant régir leur régime matrimonial. Dans cette deuxième hypothèse, un écrit daté et signé devrait suffire, d'autant que la notion d'authentification n'a guère de sens pour certains pays.

Mlle Perez Vera (Espagne) considère que même si la situation dans les articles 10 et 15 n'est pas exactement la même, la notion de protection des tiers doit intervenir à l'article 15.

Le Rapporteur répond que les tiers sont intéressés à l'existence du contrat de mariage mais non pas à sa date.

Mlle Perez Vera (Espagne) demande si un contrat de mariage daté et signé pourrait ne pas avoir d'effet envers les tiers.

Le Rapporteur répond qu'il peut en aller ainsi dans les conditions de l'article 13. Mais en tout état de cause un tel contrat de mariage n'aurait pas plus d'effet à cause de l'authentification.

Mme de Jong (Notariat latin) insiste sur la nécessité de la sécurité quant à la date du contrat de mariage et cela grâce à l'exigence de l'authentification. A supposer qu'un couple néerlandais vienne s'établir au Canada et qu'ayant d'abord été soumis à la communauté universelle néerlandaise le couple fasse une déclaration en vue de se soumettre au régime de la séparation de biens de l'Etat d'Ontario, et à supposer qu'un des époux reçoive des biens successoraux aux Pays-Bas, puis qu'ensuite le divorce ait lieu au Canada, il serait nécessaire dans ces conditions de connaître la date exacte de la déclaration canadienne tendant à soumettre les époux au régime de séparation de biens, afin de déterminer lequel des deux époux peut disposer de l'immeuble successoral.

Le Président met d'abord aux voix le point de savoir s'il convient d'ajouter à l'article 15 la condition de l'authentification de l'écrit daté et signé par les deux époux.

Vote

Par 10 voix (Australie, Autriche, Canada, France, Irlande, Luxembourg, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Yougoslavie) contre 6 (Allemagne, Belgique, Espagne, Etats-Unis, Pays-Bas, Portugal) et 8 abstentions (Danemark, Egypte, Finlande, Grèce, Italie, Japon, Norvège, Tchécoslovaquie) l'insertion de cette condition supplémentaire à l'article 15 est rejetée.

Le Président met ensuite au vote le Document de travail No 4 de la délégation allemande et demande aux Délégués s'ils acceptent d'exclure de la Convention toute règle relative à la forme du contrat de mariage.

Vote

Par 18 voix (Australie, Belgique, Canada, Danemark, Egypte, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Yougoslavie) contre 2 (Allemagne, Grèce) et 4 abstentions (Autriche, Etats-Unis, Suisse, Tchécoslovaquie) la proposition allemande est rejetée.

Le Président met ensuite aux voix le Document de travail No 20, dans la mesure où il exige que l'accord désignant la loi applicable et le contrat de mariage doivent faire en *tout cas* l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux.

M. Lotfy (Egypte) demande si, lorsque le choix de la loi applicable résulte indubitablement d'un autre contrat, ce dernier doit être daté et signé. Il lui est répondu par l'affirmative.

Le Président procède au vote précité.

Vote

Par 9 voix (Allemagne, Autriche, Canada, Espagne, Etats-Unis, Irlande, Pays-Bas, Portugal, Suisse) contre 8 (Australie, Danemark, Finlande, Luxembourg, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Yougoslavie) et 7 abstentions (Belgique, Egypte, France, Grèce, Italie, Japon, Norvège) l'insertion des mots «en tout cas» est adoptée.

M. Stiénon (Belgique) considère que la proposition néerlandaise est surprenante dans la mesure où elle admet que les époux puissent choisir la loi applicable à leur régime matrimonial par le biais d'un autre contrat que leur contrat de mariage. Pourrait-on admettre par exemple qu'une donation d'immeuble entre époux puisse leur fournir l'occasion de déterminer la loi applicable à leur régime?

Mr Leal (Canada), recalling that the French delegation had stated its preference for the wording of draft article 15, inquired whether it would be possible to vote on the draft article 15 as it stood. He was now required to vote on a series of amendments to the Netherlands proposal, which prevented his voting in favour of draft article 15. The Chairman indicated that the votes which had been taken related not merely to questions of drafting but to the substance of all proposed amendments and that approval of the amendments indicated their approval in substance. There had been only one such amendment thus adopted in substance (relating to minimum requirements) and a further amendment relating to implicit choice flowing from other contracts was also possible.

The Chairman indicated that in his view the Netherlands proposal relating to implicit choice of the applicable law flowing from a separate contract relating to immovable property was not an extreme proposal, since

the Convention provided no definition of a marriage contract and it would be possible to see in such contract something falling within the definition of a marriage contract.

Le Président met aux voix la proposition néerlandaise dans la mesure où elle consacre la possibilité pour les époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial par un autre contrat que le contrat de mariage.

Vote

Par 19 voix (Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Yougoslavie) contre 4 (Australie, Etats-Unis, Pays-Bas, Suisse) et 1 abstention (Egypte) la proposition néerlandaise est rejetée.

M. Baechler (Suisse) pose à nouveau la question de savoir si le choix de la loi applicable au régime matrimonial opéré par les époux dans un testament conjonctif est possible ou non.

Le Rapporteur répond qu'il s'agit là d'une question de qualification. Si le testament conjonctif comprend des dispositions à caractère matrimonial, on pourrait admettre qu'il s'agit aussi partiellement d'un contrat de mariage et dans une telle hypothèse un tel testament conjonctif serait compris dans l'article 15.

M. Beitzke (Allemagne) remarque qu'il résulte du texte de l'article 15 de l'avant-projet que les époux peuvent désigner expressément la loi applicable à leur régime matrimonial dans tout autre contrat. Dans ces conditions, le Délégué allemand marque son accord avec la position du Rapporteur.

Mr Hayes (Ireland) raised a point of drafting on the French text of Working Document No 20, pointing out that the wording referred to a choice resulting *indubitablement* whereas another Convention (the Agency Convention) used the word *nécessairement*. He would prefer the latter word.

M. Stiénon (Belgique) rappelle qu'il conviendrait peut-être de changer l'ordre des paragraphes de l'article 15. Cette question est renvoyée au Comité de rédaction.

Mr Holub (Czechoslovakia) asked the Rapporteur not to mention in his Report the problem of the application of the Convention in a situation involving a reciprocal testament because its solution would not be the same in each Contracting State. Some States would share the Rapporteur's view, whereas others would regard the problem as one of succession, which was excluded from the Convention.

The Chairman, in the absence of any further discussion, declared *article 15 adopted as amended*. He then turned to article 16 and the proposal of the United Kingdom, contained in Working Document No 49, to delete the word 'manifestly'. He recalled the historical use of this expression in the Hague Conventions and queried whether a change of this tradition would now be desirable.

Mr Freeman (United Kingdom) stated that he was aware of the use of this expression in prior Hague Conventions, and also of the desire thereby to reduce the resort to public policy to limit the scope of the Conventions.
He queried, however, whether the tradition should be continued, since in his view the addition of the word 'manifestly' was of no utility and led only to qualification by judges of that which was contrary to public policy as being manifestly so.

The Rapporteur referred to a recent Italian decision to the effect that the operation of Italian *ordre public* was narrower in regard to the Convention than it was in regard to other non-conventional situations.

M. Beitzke (Allemagne) rappelle que la discussion sur le mot «manifestement» revient lors de chaque session de la Conférence de La Haye. Il souligne que ce mot présente une certaine utilité dans la pratique. Il convient donc de le maintenir afin de ne pas donner l'impression d'un changement de doctrine sur ce point.

M. Lotfy (Egypte) remarque que certaines Conventions de La Haye se réfèrent seulement à l'ordre public. Le mot «manifestement» lui paraît ambigu et le Délégué égyptien considère qu'on ne devrait pas l'utiliser.

Le Président répond au Délégué égyptien que les trois ou quatre dernières sessions de la Conférence ont toujours utilisé ce mot.

M. Huss (Luxembourg) souligne que cette expression est parfaitement claire et signifie que le caractère contraire à l'ordre public doit sauter aux yeux du juge. Le Délégué luxembourgeois fait remarquer par ailleurs que ce mot est utilisé aussi par la Commission des droits de l'Homme à Strasbourg.

Mr Leal (Canada) stated that use of the word 'manifestly' enlarged the scope of the Convention and its retention was therefore desirable.

M. Loussouarn (France) abonde dans le sens des préopinants qui se sont prononcés en faveur du maintien du mot «manifestement». Il rappelle, à la lumière de certains évènements qui ont accompagné l'élaboration de la Convention sur les accidents de la circulation, le danger qu'il y a à opérer des innovations en ce domaine.

Le Président met aux voix le point de savoir s'il convient ou non de maintenir le mot «manifestement» à l'article 16 de l'avant-projet.

Vote

Par 21 voix (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Yougoslavie) contre 2 voix (Egypte, Royaume-Uni) et 1 abstention (Portugal) la suppression du mot «manifestement» est rejetée.

Après une suspension de séance, **le Président** passe à la discussion du Document de travail No 11 qui est présenté par la délégation danoise et qui a trait au problème des conflits de conventions.

Mr Due (Denmark) explained that the Danish proposal reproduced article 19 of the Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations and article 15 of the Hague Conventions on the Law Applicable to Traffic Accidents and the Law Applicable to Products Liability. He did not feel that the inclusion of such a clause would operate to destroy the unity of the Convention, since it would not be the case that Governments in the future would deliberately adopt agreements contrary to the terms of the Hague Convention. There was, how-

ever, a Convention relating to matrimonial regimes operative in Scandinavian countries which was largely similar to the present draft Hague Convention, except for the large recognition of the autonomy of the parties which had been adopted in the Hague Convention. The Scandinavian Convention was considerably more simple than the present Hague Convention since the substantive rules of the Member States were very similar. The States Parties to this agreement would like to retain it in view of its simplicity, while at the same time considering possible amendments in relation to the autonomy of the parties. He pointed out that the field of application of the Scandinavian Convention was relatively narrow, applying only if the spouses were both nationals of a Nordic State and were both habitually resident in a Nordic State. Adoption of his proposal was therefore of some importance to the Scandinavian countries, and he could see no major inconvenience caused thereby to the general effectiveness of the Convention.

Mr Kearney (United States) stated that he was somewhat troubled by the proposal from the standpoint of general treaty law, since the proposal was very open-ended. He understood the particular position in which the Scandinavian States found themselves and would not object to a particular clause covering their situation. It was unusual, however, to have such a broad clause in a multilateral agreement, particularly one which referred to the treaty obligations of States which might in the future become Parties to the Hague Convention. The effect of inclusion of such a clause might be to weaken the Convention. He enquired whether it would be possible to work out a form of reservation permitting a State at the time of ratification to specify those of its existing treaty obligations which it did not wish to have affected by the present Convention.

Mr Jokela (Finland) agreed that the clause was an open-ended one, but stated that there were reasons for this. Problems were presented not only by the particular Scandinavian Convention referred to, but also by other European agreements. Finland, for example, had treaty obligations with States not Parties to the Hague Convention who adhered to the nationality principle. Rejection of the Danish proposal would limit Finland's freedom in this regard, and he therefore favoured adoption of the Danish proposal.

M. Loussouarn (France) remarque que le développement du droit conventionnel va conduire nécessairement à des conflits de conventions. Il convient donc d'envisager ce problème. Toutefois, la proposition danoise va trop loin, car elle aboutit à affirmer que la Convention actuellement en discussion est subsidiaire, et ne s'appliquera que dans la mesure où il n'existerait aucune autre convention en la matière. Dans la Convention sur les obligations alimentaires, la situation était différente, car c'est uniquement par rapport à des conventions *spéciales* qu'on n'a pas voulu que la Convention de La Haye sur les obligations alimentaires porte dérogation. Dans la Convention sur les accidents de la circulation ou sur la responsabilité du fait des produits on a toujours réservé les seules conventions ayant trait à des *matières spéciales*. Pour répondre aux préoccupations du Délégué danois, M. Loussouarn considère que même si rien n'est dit dans la Convention il ne devrait pas y avoir de problème, car la Convention nordique est certainement spéciale par rapport à la Convention actuellement en discussion.

M. Beitzke (Allemagne) partage l'avis des Délégués américain et français et considère que l'on ne saurait réserver que les conventions existantes, mais non pas les conventions futures. Pour tenir compte de la situation des pays nordiques, peut-être pourrait-on recourir en cette matière au procédé de la réserve.

M. Baechler (Suisse) attire l'attention des Délégués sur l'article 39 de la Convention sur l'administration internationale des successions qui pourrait peut-être fournir une solution au problème posé.

Mr Hayes (Ireland) stated that the proposal was, in his view, designed to relate only to relations between the Nordic States. In the past this problem had arisen in regard to the Scandinavian States in matters of extradition, where there was a uniform law operative in those States. In this case an exception had been made. If the present proposal could be drafted in this manner, he would be sympathetic to it; difficulties might be created if the proposal went further. He referred to the principle that general rules do not derogate from special ones. He did not feel that it was desirable to deal with the problem by way of a reservation, since the Irish delegation felt generally that reservations should be availed of as little as possible.

Mr Duchek (Austria) drew the distinction between treaties already in force and treaties not yet concluded. He felt that existing treaty obligations could not be affected by the coming into force of the Hague Conventions. Austria presently had bilateral treaty obligations with Poland relating to matrimonial regimes and these obligations could not be influenced by the present Hague Convention. A State should not be able to derogate from the Hague Convention, however, by the conclusion of bilateral agreements in the future.

Mr Forsström (Sweden) said that the Danish proposal might be more acceptable to the Commission if it was stated to be applicable only with respect to international agreements operative only in relation to spouses having the nationality of and residing within one of the Contracting States.

Mr Kearney (United States) questioned whether it was exact to say that bilateral treaties already in existence could not be affected by the coming into force of a Hague Convention, at least in the case where both parties to the existing bilateral agreement subsequently became Parties to the Hague Convention. According to the Geneva Convention on Treaties, the subsequent multilateral agreement might have priority. This was clearly the case where two successive multilateral treaties had been entered into. He felt that it was important that the Convention contain specific provisions dealing with this question.

Mr Due (Denmark) stated that the wording of his proposal had been chosen because such wording had been used in previous Hague Conventions. Since only Delegates from Scandinavian countries had thus far spoken in favour of his proposal, however, he admitted that it might be desirable to formulate a narrower proposition. He therefore withdrew the Danish proposal, reserving the right to submit a further, narrower proposal at a later time.

The Chairman indicated that the draft Convention already contained a provision allowing federal States not to apply the Convention in certain cases and that a similar clause might be adopted with respect to Scandinavian States. He then suspended discussion of the Danish proposal and turned to the proposal of the delegation from Luxemburg contained in Working Document No 40. He drew attention to the fact that it was

not the custom in Hague Conventions to define what was meant by habitual residence.

M. Huss (Luxembourg) souligne que son Document de travail No 40 a pour but d'éviter qu'un protocole additionnel ne soit nécessaire en raison de l'article 9 *in fine* de l'avant-projet qui prévoit un changement de la loi applicable au régime matrimonial des époux, lorsque ceux-ci ont vécu dix ans au moins sur le territoire de l'Etat de leur résidence habituelle. Or, cette solution peut se révéler inadaptée aux fonctionnaires internationaux ou aux militaires. En effet, pense le Délégué luxembourgeois, chez les fonctionnaires internationaux, il existe toujours un *animus revertendi* contrairement à ce qui se passe pour les cadres de l'industrie privée.

Le Secrétaire général adjoint intervient pour assurer la continuité des Conventions de La Haye. Certes, le problème posé par le Délégué luxembourgeois est important mais il apparaît aussi dans d'autres conventions. Si donc une disposition spécifique était adoptée aujourd'hui dans une convention particulière, cela pourrait créer un état d'incertitude par rapport aux autres conventions. Par ailleurs, le problème de la portée juridique de la résidence habituelle des fonctionnaires internationaux est très complexe. Il faut tout d'abord définir leur statut, lequel est très varié. Or, toutes ces situations ne sauraient être cernées dans un seul et unique article. En outre, il faut noter que de plus en plus les fonctionnaires internationaux perdent leur *animus revertendi*. Preuve en soit que dans le Statut des Organisations Coordonnées on a supprimé l'indemnité d'expatriation du fonctionnaire après 10 ans de résidence dans le même pays. Enfin la surprise quant à un changement de régime matrimonial ne saurait toucher des fonctionnaires internationaux qui sont parfaitement à même d'obtenir de leur Organisation toutes les informations nécessaires.

M. De Nova (Italie) souligne que, bien que la résidence habituelle adoptée comme rattachement par la Conférence ne soit pas une notion de fait, tout effort de définition directe ou indirecte, est prématuré. Il ne faut donc pas restreindre une telle notion par une formule trop particulière. La proposition luxembourgeoise ne saurait être acceptée telle quelle et il faut encore attendre que la pratique internationale se développe.

M. Lotfy (Egypte) demande quelle serait la situation d'étudiants venant étudier en Egypte pour une longue période. Le critère de la résidence habituelle est-il ou non réalisé dans leur cas?

Le Président constate qu'à la suite de cette discussion le Délégué luxembourgeois retire sa proposition. Il est alors passé à la discussion du Document de travail No 47 qui a trait à des problèmes de droit intertemporel.

Le Rapporteur souligne que cet article concerne les problèmes de l'application de la Convention dans le temps. Le Rapporteur observe tout d'abord que dans son Rapport il avait proposé que la Convention soit immédiatement applicable en cas de rattachement subjectif et que pour les rattachements objectifs tel ne serait le cas qu'après l'entrée en vigueur de la Convention. Or actuellement la teneur de l'article 4, alinéa 2, tel qu'il figure au Document de travail No 43, vise aussi les ressortissants des Etats non contractants. Dans ces conditions, le Rapporteur pense qu'il serait possible d'adopter le principe de l'application immédiate de la Convention à tous les régimes matrimoniaux quelle que soit la nature subjective ou objective du rattachement.
En effet, les Etats consacrant le rattachement à la nationalité des époux et ayant fait la déclaration de l'article 21, continueront à appliquer leur loi nationale à leurs ressortissants ainsi qu'aux ressortissants des Etats qui appliquent la même règle de rattachement, à condition que ces ressortissants aient leur résidence habituelle sur leur territoire.
Quant aux Etats qui appliquent le rattachement à la résidence habituelle des époux, ils continueront à appliquer un tel rattachement aux époux qui ont la nationalité d'un Etat consacrant le rattachement à la résidence habituelle. On voit ainsi que les cas où il y a un changement dans la loi applicable sont ceux où il y avait déjà un conflit de système antérieur à la Convention. Aussi bien paraît-il possible de poser la règle générale figurant à l'alinéa premier de l'article T.
Par ailleurs, dans le cas des époux espagnols qui habitent depuis longtemps au Danemark c'est actuellement la loi danoise qui s'applique à leur régime matrimonial. On peut dès lors se demander s'il convient d'opérer par la Convention un changement vers la loi nationale.
C'est le sens du crochet figurant à l'alinéa 2 de l'article T. Si une telle solution devait apparaître comme trop dangereuse, le Rapporteur propose en troisième lieu le système de la réserve, ainsi qu'il figure déjà dans la Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. Tel est le sens de l'alinéa 3 de l'article T. L'ajoute entre crochets a trait à la situation où par exemple des époux ayant leur résidence habituelle au Canada y aurait fait un choix valable au Canada mais qui par exemple ne serait pas admis selon le droit allemand. On pourrait alors prévoir que ce choix pourrait être validé ultérieurement par la Convention.

Le Secrétaire général adjoint remarque que les Délégués sont certainement unanimes pour accepter que l'article 5, relatif à l'autonomie de la volonté après le mariage, entre immédiatement en vigueur. Toutefois, la proposition du Rapporteur va plus loin et une discussion est certainement nécessaire sur le point de savoir si la Convention doit entrer en vigueur immédiatement s'agissant des rattachements objectifs.

Le Rapporteur souligne qu'il convient de se demander en outre s'il faut tenir compte des choix qui auraient été faits avant l'entrée en vigueur de la Convention.

Le Président souligne que tous les Délégués sont d'accord pour que la Convention s'applique immédiatement au choix subjectif opéré par les époux après l'entrée en vigueur de la Convention. Quant au choix subjectif opéré par les époux avant l'entrée en vigueur de la Convention, mais conforme à cette dernière, il apparaît au Président que l'accord existe aussi parmi les Délégués pour l'admettre.

M. Beitzke (Allemagne) donne un exemple pour éclaircir la situation. Selon l'article 15 de la loi allemande d'introduction au Code civil, si par exemple deux époux français ayant vécu sous le régime matrimonial légal français deviennent Allemands, ils ont la possibilité de faire un contrat de mariage selon le droit allemand même si la loi française jusqu'ici applicable ne le permettait pas. Dans une telle hypothèse, si la France ratifie la Convention est-ce que ce contrat de mariage conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention serait reconnu lui aussi? Le Délégué allemand répond par l'affirmative.

M. Loussouarn (France) pense qu'aucun problème ne se pose sur le terrain de l'article 5. En revanche, s'agissant des rattachements objectifs, la situation est plus délicate, car une application immédiate de la Convention

à tous ceux qui se seraient mariés avant l'entrée en vigueur de cette dernière, cadre mal avec les principes généraux des conflits de lois dans le temps. En effet, dans l'hypothèse d'un contrat de mariage, on opte en principe pour la survie de la loi originaire. Par ailleurs, dans le système français, on interprète toujours le régime matrimonial légal comme un régime conventionnel tacite, ce qui aboutit aussi à opter pour la survie de la loi originaire. Dans ces conditions, si la Convention allait trop loin, une réserve serait alors indispensable sur ce point.

Le Rapporteur admet certes la possibilité d'une réserve pour les rattachements objectifs, mais il considère que cette dernière serait choquante pour les rattachements subjectifs. Dans l'ensemble, le Rapporteur considère que le système proposé à l'article T pourrait conduire à une application plus uniforme de la Convention.

Le Président remarque que la question du champ d'application d'une réserve éventuelle se pose.

Le Secrétaire général adjoint remarque que les Délégués paraissent d'accord pour admettre que la Convention s'appliquera immédiatement au choix d'une loi applicable opéré par les époux soit avant soit après l'entrée en vigueur de la Convention (article 3 et article 5 de l'avant-projet).
Il serait possible, dans ces conditions, d'admettre le principe selon lequel la Convention ne s'applique immédiatement que dans ces seules hypothèses. En revanche, chaque Etat contractant resterait libre d'appliquer la Convention immédiatement au rattachement objectif, s'agissant de mariages qui ont été célébrés avant l'entrée en vigueur de la Convention. Ainsi, la réserve proposée se transformerait en une faculté laissée aux Etats d'élargir le champ d'application de la Convention dans le temps.

Le Président constate que la proposition du Secrétaire général adjoint constitue un minimum qui devrait être admis par tous.

Le Rapporteur marque son accord avec la proposition du Secrétaire général adjoint.

Le Président remarque que la discussion précédente permet de dégager trois cas:
– le choix d'une loi applicable opéré par les époux *après* l'entrée en vigueur de la Convention est évidemment couvert par elle;
– le choix d'une loi applicable opéré par les époux *avant* l'entrée en vigueur de la Convention et conformément à celle-ci est-il ou non couvert par la Convention?
– les Etats sont-ils libres d'appliquer la Convention immédiatement dans d'autres hypothèses encore et de se fonder sur leurs règles nationales de droit intertemporel?

M. Beitzke (Allemagne) remarque que la Convention doit s'appliquer en tout cas immédiatement au mariage conclu après la ratification de la Convention. Il n'y a aucun doute sur ce point.

Le Président constate que les Délégués sont d'accord sur la solution figurant sous chiffre 1 ci-dessus.

M. Stiénon (Belgique) se demande si un choix de la loi applicable opéré validement par les époux avant l'entrée en vigueur de la Convention pourrait être invalidé par l'entrée en vigueur de cette dernière.

M. Loussouarn (France) se demande inversement si un choix invalide opéré par les époux avant l'entrée en vigueur de la Convention pourrait devenir valable grâce à celle-ci quatre ou cinq ans plus tard.

Le Rapporteur répond au Délégué français que c'est bien l'hypothèse qu'il avait en vue dans le cas canadien précité.

Le Président met aux voix le point de savoir si le choix d'une loi applicable opéré par les époux avant l'entrée en vigueur de la Convention et conformément à celle-ci doit être couvert ou non par la Convention.

Vote

Par 14 voix (Australie, Egypte, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni) contre 8 voix (Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Etats-Unis, Suède, Suisse) cette solution est rejetée.

M. Huss (Luxembourg) demande si les Etats doivent procéder en cette matière par mesure législative ou s'ils peuvent opérer aussi par voie de jugement.

Le Rapporteur répond que pour tenir compte de la possibilité pour les Etats de recourir à la jurisprudence, il conviendrait de dire: «la Convention n'oblige pas les Etats à appliquer les règles de la Convention à des époux mariés avant l'entrée en vigueur de celle-ci».

Le Secrétaire général adjoint remarque que, sur le plan technique, l'intérêt de l'introduction dans la Convention d'une faculté laissée aux Etats est double: d'une part, en cas d'usage d'une telle faculté une publicité est assurée grâce à l'information du dépositaire; d'autre part, un Etat peut adapter ses règles intertemporelles comme il l'entend.

Mr Due (Denmark) stated that it should not be necessary for spouses married prior to the coming into force of the Convention to go to the courts to determine the law applicable to their matrimonial regime. He therefore preferred a solution which would require States to declare on ratification the transitory provisions which they would apply.

The Chairman then enquired whether anyone wished to leave such questions to be determined by the courts.

M. De Nova (Italie) considère que les Etats devraient prendre position au moment de la ratification de la Convention.

Mr Duchek (Austria) stated that he would prefer a provision requiring States to make a declaration relating to transitory provisions. In response to a question by the Chairman he stated that he would prefer that such a declaration receive parliamentary approval.

Le Rapporteur se demande s'il ne conviendrait pas de prévoir un article spécial qui disposerait que l'effet voulu peut être atteint par les Etats soit par une déclaration soit par la jurisprudence.

M. Beitzke (Allemagne) considère qu'il faut adopter une formule vague qui tiendrait compte de la situation constitutionnelle fort différente dans les divers Etats.

Le Président met aux voix le point de savoir s'il convient de laisser les Etats totalement libres d'appliquer la Convention dans d'autres hypothèses soit par la voie d'une déclaration, soit par la voie d'une réforme législative, soit par la voie jurisprudentielle.

Vote

Par 13 voix (Belgique, Canada, Danemark, Egypte, Espagne, France, Grèce, Irlande, Italie, Japon, Pays-Bas, Portugal, Suède) contre 9 (Allemagne, Australie, Autriche, Etats-Unis, Finlande, Luxembourg, Norvège, Royaume-Uni, Suisse) les Délégués rejettent une telle liberté totale.

Le Président met ensuite aux voix le point de savoir s'il convient d'admettre soit la voie d'une adaptation de la législation interne, soit la voie d'une déclaration au moment de la ratification, si un Etat entend faire usage de la faculté qui lui permet d'étendre le champ d'application de la Convention.

Vote

Par 13 voix (Allemagne, Australie, Autriche, Canada, Etats-Unis, Finlande, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse) contre 8 (Belgique, Danemark, Egypte, Espagne, France, Irlande, Italie, Japon) et une abstention (Grèce) cette solution est acceptée.

Mr Due (Denmark) stated that he could not see why a State which had passed legislation could not also make a declaration.

Mr Hayes (Ireland) stated that the authorities would wish both to legislate and to make a declaration.

Le Président met aux voix le point de savoir si une déclaration doit être obligatoirement faite par les Etats s'ils entendent faire usage de la faculté d'étendre le champ d'application de la Convention, peu importe que cette déclaration implique ou non une révision législative dans le pays concerné.

Vote

Par 15 voix (Allemagne, Autriche, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, France, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suède, Suisse), contre 2 (Australie, Royaume-Uni) et 5 abstentions (Belgique, Egypte, Finlande, Grèce, Norvège) cette solution est acceptée.

Il est entendu par ailleurs que la Convention s'applique toujours immédiatement au mariage célébré après l'entrée en vigueur de ladite Convention.

M. Baechler (Suisse) se demande quel devra être le contenu de cette déclaration. En effet, il est difficile de trouver une norme absolue applicable à toutes les hypothèses de conflits intertemporels.

Le Rapporteur répond qu'il serait possible de prévoir dans la déclaration que l'Etat en question laisse aux juges la possibilité d'appliquer la Convention d'une manière plus large.

Le Président constate que les Documents de travail Nos 50, 51 et 52 présentés par la délégation du Royaume-Uni ne concernent que des questions de rédaction.
Quant au Document de travail No 53 proposé par la délégation danoise, il a trait aux conflits de conventions.

The Chairman then stated that two subjects remained on the agenda:
– the proposals of the United Kingdom delegation contained in Working Documents Nos 50, 51 and 52 relating to non-unified States. With the agreement of the Delegate from the United Kingdom, he referred these proposals to the Drafting Committee;
– the Danish proposal contained in Working Document No 53 relating to other treaty obligations. The Chairman then read the Danish proposal aloud and commented that it was modelled on article 19 of the present draft Convention.

Mr Due (Denmark) also indicated that the proposal was based on article 19 of the present Draft. This was the reason why the proposed article was called article 19 *bis*, although it should certainly not be placed between articles 19 and 20. He pointed out that there was some similarity to the situation of federal States since it was generally the case that the substantive laws of the territorial units of federal States did not display great differences. It was also the case that in the Scandinavian countries there was relatively little difference in the substantive law of those jurisdictions, though it was not the case (in response to the question raised by Mr Hayes) that there was a uniform law applicable in the Scandinavian jurisdictions. He pointed out that his proposal contained two limitations which were not found in the previous Danish proposal: the States in question had to be or become Parties to a regional Convention, and both spouses were required to be nationals of such States and habitually resident therein. These conditions were met by the Scandinavian Convention relating to matrimonial regimes.

Mr Duchek (Austria) stated that he was concerned that the proposal referred only to regional Conventions when dealing with treaties already in force. He recalled that his country was bound by bilateral agreements with Poland in matters of matrimonial regimes, and it was not likely that this agreement could be considered to be a regional one. He could not agree, however, to a proposal which would have the effect that Austria could not continue to apply the provisions of this agreement. He therefore preferred that a distinction be drawn between past and future treaty obligations.

The Chairman stated that he understood that the Austrian delegation was in agreement with the Danish proposal but felt that it should be supplemented by a further clause relating to present treaty obligations.

Mr Leal (Canada) stated that it might be advisable to add to the last line of the proposal that it would not be operative where the spouses were nationals of the regional States and also of other States.

The Chairman agreed with this and drew attention to the fact that this would be the case by virtue of the provisions of the Convention relating to nationality.

Mr Freeman (United Kingdom) remarked that the expression 'regional' was very vague and this gave him cause for some hesitation. He raised the following further questions:
– Was it necessary that the spouses be nationals of and habitually resident in the same State, or would it suffice if the spouses were nationals of one State and habitually resident in another? If the latter was the case, some changes in drafting seemed necessary.
– Did the expression 'are or become Parties to a regional Convention' refer to existing Conventions to which one became a party in the future, or to conventions to be concluded in the future?
– As a matter of drafting it appeared advisable to add the expression 'which are' after the word 'States' in line 4 of the English text of the proposal.

Mr De Nova (Italy) enquired whether it would not be possible simply to omit that part of the proposal beginning with 'when both spouses', to the end?

The Chairman agreed that the proposal could be perhaps abbreviated.

Mr Duchek (Austria) raised the point that, though some bilateral agreements could be considered to be regional, this was clearly not the case with respect to many bilateral agreements.

The Chairman stated that there appeared to be general agreement that existing treaty obligations should not be affected by the coming into force of the Convention.

Mr Hayes (Ireland) asked whether the proposal would be operative only with respect to the case in which the States Parties to the regional Convention were also Contracting States in relation to the Hague Convention.

The Chairman indicated that in his view it would suffice that only one State Party to the regional Convention be a Contracting State in relation to the Hague Convention. He then asked whether the proposition of the Danish delegation contained in Working Document No 53 was acceptable in principle.
In the absence of any objections, he declared the proposal adopted.
He then enquired whether there were any objections to the principle that existing multilateral and bilateral treaty obligations should not be affected by the coming into force of the Hague Convention. In the absence of any objections, *he declared this principle to be adopted.*

The meeting was closed at 6.35 p.m.

Documents de travail Nos 55 et 56

Distribués le 19 octobre 1976

No 55 – Texte établi par le Comité de rédaction (suite)

Article premier, alinéa 2, lettre c:

c à la capacité de conclure un contrat de mariage ou de désigner la loi applicable.

Article 4, alinéa 2, No 1:

1 lorsque la déclaration prévue par l'article 21 a été faite par cet Etat et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article;

Article 6, alinéa 2

Toutefois, ... aux lieu et place de la loi *antérieurement applicable:*

a ....

b lorsque les époux y ont résidé habituellement durant au moins 10 ans après le mariage *[à 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 21 ou un Etat non Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale].*

c dès l'établissement de cette résidence, lorsque le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3.

Article N, alinéa 2:

Sauf dans les cas visés par l'article 6, alinéa 2 .... etc.

Article 13

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu des articles précédents.

Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins:

a que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies; ou

No 55 – Text drawn up by the Drafting Committee (continued)

Article 1, paragraph 2, (c):

c capacity to enter into a marriage contract or to designate the applicable law.

Article 4, paragraph 2, No 1:

1 Where the declaration provided for in Article 21 has been made by that State and its application to the spouses is not excluded by the provisions of paragraph 2 of Article 21;

Article 6, paragraph 2:

Nonetheless, ... in place of the law *previously applicable:*

a ....

b where the spouses have resided there habitually for a period of not less than 10 years after the marriage *[unless the law of the State of the common nationality applies by virtue of sub-paragraphs 1 and 2, paragraph 2 of Article 4 and that State is a Contracting State which has made the declaration provided for in Article 21 or is a State which is not a Party to this Convention and whose rules of private international law require the application of the national law].*

c where, from the moment that the spouses become habitually resident in that State, the matrimonial regime is governed by the law of the State of the common nationality solely by virtue of sub-paragraph 3, paragraph 2 of Article 4.

Article N, paragraph 2:

Except in the cases referred to in paragraph 2 of Article 6, ... etc.

Article 13

The effects of the matrimonial regime on the legal relations between a spouse and a third party are governed by the law applicable to the matrimonial regime in accordance with the foregoing Articles.
Nonetheless, the law of a Contracting State may provide that the law applicable to the matrimonial regime cannot be relied upon by a spouse against a third party where either that spouse or the third party has his habitual residence in that territory, unless

a any requirements of publicity or registration specified by that law have been complied with; or

b que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Le droit de l'Etat où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.

[Chaque Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la partie des alinéas 2 et 3 du présent article.]

Article 15

La désignation de la loi applicable par les époux doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

Article 15 bis

Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond, soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne du lieu où le contrat a été passé.

Article 15 ter

La désignation de la loi applicable par stipulation expresse peut revêtir la forme prescrite pour le contrat de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit en tous cas faire l'objet d'un écrit daté, signé par les deux époux.

Article 16

L'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19 bis

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est Partie au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat. Des Etats contractants qui concluent entre eux ou avec d'autres Etats des Conventions régionales en matière de régimes matrimoniaux ne sont pas tenus d'appliquer la présente Convention à des époux n'ayant tous deux que la nationalité d'Etats Parties à la Convention régionale et qui ont leur résidence habituelle sur le territoire de tels Etats.

Article 21, alinéa 2:

.... [à moins que cet Etat ne soit un Etat contractant ayant fait la déclaration prévue par l'alinéa premier du présent article, ou un Etat non Partie à la présente Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale.]

No 56 – Texte établi par le Comité de rédaction (suite)

Article 16 bis

La Convention s'applique, dans chaque Etat contractant, à tous les époux que se marient ou désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet Etat.
Tout Etat contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention à d'autres époux.

b the legal relations between that spouse and the third party arose at a time when the third party either knew or should have known of the law applicable to the matrimonial regime.

The law of a State where immovable property is situated may provide an analogous rule for the legal relations between a spouse and a third party as regards that immovable property.

[Each Contracting State may specify by declaration the scope of paragraphs 2 and 3 of this Article.]

Article 15

The designation of the applicable law by the spouses must be by express stipulation, or it must arise by necessary implication from the provisions of a marriage contract.

Article 15 bis

The marriage contract shall be valid as to form if it complies either with the internal law applicable to the matrimonial property regime, or with the internal law of the place where it was made.

Article 15 ter

The designation of the applicable law by express stipulation must comply with the form prescribed for the marriage contract, either by the internal law designated by the spouses, or by the internal law of the place where it was made. In any event, the designation must be in writing, dated and signed by both spouses.

Article 16

The application of the law determined by this Convention may be refused only if it is manifestly incompatible with public policy ('ordre public').

Article 19 bis

This Convention shall not affect any other international instrument to which a Contracting State is a Party at the time this Convention enters into force for that State.
Contracting States which conclude regional Conventions amongst themselves or with other States relating to matrimonial property regimes shall not be bound to apply this Convention to spouses who have the nationality of States which are Parties to the regional Conventions and no other and are habitually resident in such States.

Article 21, paragraph 2:

.... [unless that State is a Contracting State which has made the declaration provided for in the first paragraph of the present Article, or is a State which is not a Party to this Convention and whose rules of private international law require the application of the national law.]

No 56 – Text drawn up by the Drafting Committee (continued)

Article 16 bis

This Convention applies, in each Contracting State, to all spouses who marry or designate the law applicable to their matrimonial regime after the Convention comes into force for that State.
Each Contracting State may by declaration extend the application of the Convention to other spouses.

Article 19

.... la Convention à des époux n'ayant tous deux que la nationalité de cet Etat et *qui ont leur résidence habituelle son territoire.*

Article 20, alinéa 2, dernière ligne:

.... reste applicable dans le cas prévu à l'article 6, alinéa 2, lettre *b*. A défaut de nationalité commune des époux, l'article 4, alinéa 3 s'applique.

Article 19

A Contracting State .... are nationals of that State *and no other and are habitually resident in that State.*

Article 20, paragraph 2, last line:

.... apply under the circumstances referred to in sub-paragraph (*b*), paragraph 2 of Article 6. In the absence of a common nationality of the spouses, paragraph 3 of Article 4 applies.

Procès-verbal No 13

Séance du mardi 19 octobre 1976

The meeting was opened at 3.05 p.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman introduced the text of the preliminary draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, drawn up by the Drafting Committee, Working Document No 43, which was supplemented by further proposals contained in Working Documents Nos 55 and 56, explaining that it would be necessary to read the documents together.

Le Rapporteur commente brièvement le système de Convention adopté par la Commission au cours de la Treizième session. D'une manière générale, les grandes lignes de l'avant-projet ont été respectées (Document de travail Nos 43 et 55):

a Le champ d'application de la Convention est contenu aux articles 1 et 2.

b Le problème de la loi applicable est réglé par les articles 3, 4 et 5. On signalera que le facteur de rattachement objectif constitué par la résidence habituelle a été maintenu comme primant celui de la nationalité. Toutefois, des aménagements en faveur de l'application de la loi nationale ont été apportés dans un esprit de compromis. On ajoutera que l'article 21 n'a subi que des modifications de forme.

c La solution apportée à la question de la mutabilité de la loi applicable a été quelque peu modifiée, quoique le principe de la mutabilité n'a en définitive pas été mis en question. L'article 6 remplace désormais les articles 6, 7, 8 et 9 de l'avant-projet. Dans le cadre de l'autonomie et de la volonté, les époux sont admis à modifier la loi applicable à leur régime s'ils le désirent. Là où une loi a été rendue applicable en vertu d'un rattachement objectif, la mutabilité peut s'opérer dans les circonstances suivantes: la loi de la résidence habituelle des époux devient applicable, lorsque ceux-ci ont la nationalité commune à cet Etat; ou lorsqu'ils y ont résidé habituellement durant au moins dix ans, et sous la réserve d'un amendement en faveur de l'application de la loi nationale conformément à une proposition espagnole; ou enfin dès l'établissement de cette résidence, lorsque le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 3, chiffre 3. Ces deux derniers aspects ont été récemment modifiés dans le Document de travail No 55.

d L'article 10 a été maintenu, permettant à un époux d'opter unilatéralement pour le maintien d'une loi précédemment applicable lorsque la modification du facteur de rattachement objectif a entraîné un changement de cette loi applicable. Le Rapporteur rappelle que cet article a été adopté à une très faible majorité.

e L'article 12 vise la portée dans le temps du changement de loi applicable au régime matrimonial. La Commission a admis le principe de la succession des lois applicables: le changement de loi applicable n'a d'effet que pour l'avenir et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à cette loi.

f Le Document de travail No 43 a repris également un article N visant à définir l'expression *nationalité commune* au sens de la Convention. Il s'agit d'une définition

d'ensemble s'appliquant notamment aux articles 4 et 6. Une nationalité n'est considérée que comme nationalité commune des époux que dans les cas suivants:
– les époux avaient cette nationalité avant le mariage;
– un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement;
– les deux époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage.
g L'article 15 contient les modalités de désignation de lois applicables. Le Rapporteur signale que cet article a subi de sérieuses transformations: l'article 15, alinéa 2, ancien est devenu l'actuel article 15, l'article 15 ancien est devenu l'article 15 *bis* et l'article 15, alinéa 3, ancien est devenu l'article 15 *ter* actuel.
h Enfin, il observe qu'un article 19 *bis* a été inséré, tendant à régler les conflits avec d'autres conventions. La place de cet article devrait être précisée.

Le Président entame la discussion de l'article 1.

Plusieurs orateurs interviennent pour faire entendre leurs observations.
Tout d'abord, **M. Francescakis** (Grèce) estime qu'une discussion de fond devrait être reprise car cet article ne lui paraît adapté à aucune technique législative (anglaise ou continentale). Il se demande notamment le sort à réserver aux donations entre époux.
A cette objection, **le Rapporteur** indique que la réponse de la Commission, à travers l'article 1, a été plus pragmatique que logique. Pareil procédé avait déjà été adopté en 1955 dans la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Mr Kearney (United States) queried the desirability of using the expression 'in particular' in paragraph 2 of article 1, to which **the Chairman** replied that it had been adopted in order to indicate that the succeeding list of exclusions was not exhaustive.

Mr Freeman (United Kingdom) registered his disapproval of the term 'regimes', which appeared in the first sentence of article 1, for it expressed a term of art which did not exist in English law. He recommended that it should be deleted.

Mr Hayes (Ireland) replied that the expression 'matrimonial property' was not the same as 'matrimonial property regime'. Turning to the query of Mr Kearney, he recommended that the Drafting Committee consider the desirability of replacing the expression 'in particular' with the term *inter alia*.

A la suite d'une discussion dont les principaux protagonistes furent: **MM. Kearney** (Etats-Unis), **Hayes** (Irlande), **Freeman** (Royaume-Uni), **Loussouarn** (France), **Beitzke** (Allemagne), **Leal** (Canada), **Stiénon** (Belgique), **le Secrétaire général adjoint, le Rapporteur** et **le Président,** la Commission décide de ne parler à l'article 1, alinéa 2*c*) *que* de la capacité des époux, et de supprimer le reste de la disposition. Pour le surplus *l'article 1 est adopté.*

Le Président ouvre la discussion sur l'article 2.

Le Rapporteur indique que la Commission a encore à choisir entre trois variantes. Pour sa part, il préfère la variante C, mieux définie, à la variante B, trop brève.

A la suite d'une discussion à laquelle ont pris part **MM. Due** (Danemark), **Loussouarn** (France), **Beitzke** (Allemagne), et **le Président,** la variante A est écartée.

La Commission est appelée à se prononcer sur la variante à choisir (soit B, soit C):

Vote

– en faveur de la variante B: 5 voix (Danemark, Egypte, Etats-Unis, Finlande, Royaume-Uni);
– en faveur de la variante C: 12 voix (Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Espagne, France, Grèce, Irlande, Japon, Luxembourg, Suisse, Yougoslavie);
– abstentions: 2 voix (Pays-Bas, Suède).

La variante C est adoptée.

Le Président introduit alors la discussion sur l'article 3, **MM. Francescakis** (Grèce), **Martens** (Pays-Bas), **Beitzke** (Allemagne), **Hayes** (Irlande), **Leal** (Canada), **Freeman** (Royaume-Uni), **Stiénon** (Belgique), **Lotfy** (Egypte), **Mlle Perez Vera** (Espagne), et **le Rapporteur** prennent part à la discussion. Il est décidé d'apporter des modifications rédactionnelles à cet article et de les confier au Comité de rédaction.

L'article 3 est alors adopté à l'unanimité.

Le Président introduit l'article 4.

Sur le fond **M. Lotfy** (Egypte) déplore le compromis fait par la Commission au détriment de la loi nationale, facteur de rattachement extrêmement stable, ce qui est moins le cas de la résidence habituelle. Au demeurant, aux yeux du Délégué égyptien, le système de l'article 4 est trop complexe. Quelques précisions rédactionnelles sont encore apportées à la suite d'une discussion mettant en présence, principalement, **MM. Freeman** (Royaume-Uni), **Beitzke** (Allemagne), **le Rapporteur** et **le Président.** Le Comité de rédaction s'en chargera.

L'article 4 est adopté après que **M. Lotfy** (Egypte) ait réitéré son opposition au principe de l'article 4.

Le Président ouvra alors la discussion concernant l'article 5.

Cet article verra, lui aussi, quelques modifications rédactionnelles, à la suite des interventions de **MM. Grégoire** (France) et **Francescakis** (Grèce).

L'article 5 est adopté.

Le Président introduit alors l'article 6.

Le Rapporteur indique les principales orientations du nouvel article. Il rappelle tout d'abord que l'article 6, alinéa 1, reprend l'article 6 ancien, et s'applique également après la mise en oeuvre de l'article 5. Cet aspect est de nature à justifier sa place dans la Convention. L'article 6, alinéa 2 *a*) couvre l'ancien article 7 et l'ancien article 8, alinéa 1. L'article 6, alinéa 2 *b*) vise le cas de l'ancien article 9 *b*). Enfin, l'article 6, alinéa 2 *c*) reprend le contenu de l'article 8, alinéa 2, en précisant ce qui était déjà voulu par l'avant-projet: le remplacement de la loi nationale commune par la loi de la résidence habituelle n'intervient que lorsque cette loi nationale commune n'est pas celle d'un Etat qui a fait la déclaration prévue à l'article 21.

Mlle Perez Vera (Espagne) déclare que la délégation espagnole se trouve disposée à retirer l'amendement apporté à l'article 6, alinéa 2 *b*), au cas où aucun pays partisan de l'application de la loi nationale au régime matrimonial n'appuierait sa proposition.

Plusieurs orateurs interviennent alors: **MM. Francescakis** (Grèce), **Loussouarn** (France), **Matić** (Yougoslavie), **Beitzke** (Allemagne), le **Président** et **le Rapporteur.**

La plupart soulignent que la proposition espagnole s'inscrit admirablement dans la logique du système adopté, mais apparaît extrêmement complexe et difficile à appliquer. **Le Rapporteur** estime quant à lui que justice et logique ne vont pas toujours de pair en cette matière. Il ajoute au surplus que ce genre de situation a, en fait, peu de chance de se produire.

Le Président soumet alors la proposition espagnole (article 6, alinéa 2 *b*) au vote.

Vote

– en faveur de la proposition espagnole: 5 voix (Espagne, Finlande, Grèce, Luxembourg, Yougoslavie);
– contre cette proposition: 6 voix (Belgique, Canada, France, Irlande, Royaume-Uni, Suède);
– abstentions: 9 voix (Allemagne, Belgique, Danemark, Egypte, Etats-Unis, Japon, Norvège, Pays-Bas, Suisse).

La proposition est rejetée.

Mr Martens (Netherlands) made three observations:
– He considered that article 6, paragraph 2 (*a*) of Working Document No 43 did not completely embrace the spectrum of situations envisaged as falling under the terms of article 8 of the draft Convention contained in Preliminary Document No 5, which objection was accepted by the Rapporteur.
– He was concerned that article 6, paragraph 2 (*a*), read in conjunction with article 4, paragraph 3, could produce a retroactive effect, where the spouses acquired first a common nationality and at some later time established habitual residence in the State of that common nationality. He understood that it was not the intention of the draft Convention that the internal law of that State should be applicable to the spouses' matrimonial property regime as from the earlier time when the spouses had acquired the common nationality, and he accepted the assurance that this would be made clear in the Report of the Rapporteur to the Convention.
– Following a brief discussion with the Chairman, he withdrew his objection that article 6 did not provide for the case where the 'no rule' of article 4, paragraph 3, was applicable.
Following a submission of views, it was accepted by the Commission that the following matters would be considered by the Drafting Committee:
– following the first use of the expression 'this Convention', the definite article should be adopted;
– 'in place' appearing in article 6, paragraph 2 (see Working Document No 55) should be replaced by 'instead of';
– article 6, paragraph 2 (*a*), should be redrafted to read 'from the time that the spouses acquire the nationality of that State';
– article 6, paragraph 2 (*b*), of Working Document No 55 should be redrafted to read 'where the spouses have had their habitual residence there . . .';
– with a view to improving clarity of meaning, article 6, paragraph 2 (*c*), of the English text should be reconsidered;
– article 6, paragraph 2 (*b*), should be reconsidered with a view to specifying more clearly that the internal law of the State where the spouses established their habitual residence would become applicable both where the spouses acquired the nationality of that State following the establishment of habitual residence, and where, being nationals of that State, they subsequently established their habitual residence in that State.

M. Lotfy (Egypte) rappelle que la délégation égyptienne n'accepte pas le principe de la mutabilité automatique.

Le Président constate ensuite que *l'article 6 est adopté.* Il ouvre alors la discussion sur l'article 10.

Le Rapporteur rappelle l'importance relative de cet article, d'application en définitive exceptionnelle et demande que sa rédaction n'en soit pas alourdie, tout en regrettant que le Comité de rédaction n'ait pu trouver jusqu'ici une rédaction mieux appropriée.

M. Huss (Luxembourg) commente brièvement la proposition luxembourgeoise visant à modifier l'article 10 (Document de travail No 54). Il signale tout d'abord que cette proposition a été destinée plutôt au Comité de rédaction qu'à la Commission elle-même. Ensuite il en dégage les grandes lignes. Tout d'abord, elle tend à éviter la confusion entre les date et signature des déclarations et notification prévues à l'actuel article 10. Ensuite, elle vise à supprimer la confusion quant au sens à apporter au terme «authentification». Enfin, elle permet à chaque Etat de choisir librement les moyens les plus appropriés pour rendre l'opération prévue à cet article régulière. D'une manière générale, le Délégué luxembourgeois insiste plus spécialement sur l'importance de la première phrase de sa proposition. Il ajoute, pour terminer, qu'il accepte que cette proposition soit discutée en Comité de rédaction plutôt qu'en Commission.

Le Rapporteur souligne la complexité de la proposition luxembourgeoise et déclare qu'elle n'apporte pas encore de solution à la question de savoir quelle est la loi applicable à ladite formalité (pays d'envoi, pays de réception?). En tout état de cause, il conviendrait de ne pas apporter à un problème d'importance relative des réponses complexes qui risqueraient de semer plus de trouble que de certitude auprès des pays adhérents.

Mr Duchek (Austria) considered that article 10 of Working Document No 43 could lead to legal uncertainty. The substantive requirement was the giving of notice, by one spouse to the other, of the former's election to retain the prior applicable law. He considered that to be insufficient to cover the cases where the addressee spouse later denied receipt of notice or died and the notice could not be found. He accepted that it had been provided that the notice was to be certified, but this refers only to the document in which one of the spouses declared to maintain the former law. It would be also necessary, however, to establish evidence that the document was notified to the other spouse. It was unlikely that countries, like Austria, which do not have a system of notification, would introduce such a system solely for the cases under discussion. Doubting the advisability of the inclusion of article 10, he proposed a motion to reopen the discussion on that article.
The formalities governing the reconsideration of proposals (see Rules of Procedure Plenary Meetings, article 16) having been explained, **Mr Stiénon,** as second speaker in favour of the motion to reopen, addressed the Commission, emphasising the dangers attendant upon an informal statement in writing.

Le Président soumet au vote la proposition autrichienne visant à remettre en discussion le fond même de l'article 10.

Vote

– en faveur de la proposition autrichienne: 13 voix (Autriche, Belgique, Danemark, Egypte, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Suède);

– contre cette proposition: 6 voix (Allemagne, Canada, Irlande, Royaume-Uni, Suisse, Yougoslavie);
– abstention: 1 voix (Japon).

La proposition est adoptée.

Le Président remet la discussion de l'article 10 au lendemain.

La séance est levée à 18 h.

Document de travail No 57

Distribué le 20 octobre 1976

No 57 – Proposal of the Austrian, Belgian and Norwegian delegations

Delete article 10 (Working Document No 44).
Supprimer l'article 10 (Doc. trav. No 44).

Document de travail No 58

Distribué le 20 octobre 1976

Clauses finales uniformes destinées à compléter toutes les Conventions

(établies par le Comité spécial sur les Clauses finales)

Article A

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou aprouvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article B

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article C

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'approbation, de l'acceptation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit Etat.
Par la suite, toute extension de cette nature sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article D

Tout Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière [de régimes matrimoniaux/mariage/contrats d'intermédiaires] pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas et indiqueront expressément l'unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Article E

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier suivant le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles A et B.

Uniform Final Clauses to be added to the Conventions

(drawn up by the Special Committee on Final Clauses)

Article A

This Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Thirteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article B

Any other State may accede to this Convention.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article C

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention shall extend to all the territories for the international relations of which it is responsible, or to one or more of them. Such a declaration shall take effect on the date of entry into force of the Convention for the State concerned.
At any time thereafter, such extensions shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article D

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law apply [in matters of matrimonial property regime/marriage/agency] may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may modify its declaration by submitting another declaration at any time thereafter.

These declarations shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, and shall state expressly the territorial unit to which the Convention applies.

Article E

This Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Articles A and B.

Ensuite, la Convention entrera en vigueur:

– pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

– pour les territoires auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article C, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article F

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article E, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée ou qui y auront adhéré.
La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.
La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires auxquels s'applique la Convention.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article G

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article B:

1 les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article A;

2 les adhésions visées à l'article B;

3 la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article E;

4 les extensions visées à l'article C;

5 les dénonciations visées à l'article F;

6 les déclarations mentionnées aux articles D et . . .;

7 les réserves prévues aux articles . . . (si nécessaire).

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye le . . . 19. . en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

Thereafter the Convention shall enter into force

– for each State ratifying, accepting, approving or acceding to it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

– for a territory to which the Convention has been extended in conformity with Article C, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that Article.

Article F

This Convention shall remain in force for five years from the date of its entry into force in accordance with the first paragraph of Article E even for States which subsequently have ratified, accepted, approved it or acceded to it.
If there has been no denunciation, it shall be renewed tacitly every five years.
Any denunciation shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, at least six months before the expiry of the five year period. It may be limited to certain of the territories to which the Convention applies.
The denunciation shall have effect only as regards the State which has notified it. The Convention shall remain in force for the other Contracting States.

Article G

The Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands shall notify the States Members of the Conference, and the States which have acceded in accordance with Article B, of the following –

1 the signatures and ratifications, acceptances and approvals referred to in Article A;

2 the accessions referred to in Article B;

3 the date on which this Convention enters into force in accordance with Article E;

4 the extensions referred to in Article C;

5 the denunciations referred to in Article F;

6 the declarations referred to in Article D and . . .;

7 the reservations referred to in Articles .... (if necessary);

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at the Hague, on the ..... day of ..... 19. ., in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through the diplomatic channel to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Thirteenth Session.

Documents de travail Nos 59 à 65

Distribués le 20 octobre 1976

No 59 – Proposition de la délégation grecque

Supprimer tout ce qui concerne la mutabilité automatique, à savoir:

– l'article 6, alinéa 2
– l'article 10
– l'article 12, alinéa premier.

No 60 – Proposal of the United Kingdom delegation

To include in the Convention an article to the following effect:

Contracting States may, from time to time, specify the categories of persons who shall be considered to possess their nationality for the purposes of this Convention.

or, alternatively:

Contracting States may, from time to time, declare that certain categories of persons having their nationality need not be considered to be their nationals for the purposes of this Convention.

No 61 – Proposition de la délégation allemande

Insérer un article 22 avec le texte suivant:

Tout Etat pourra se réserver le droit de ne pas appliquer les articles 6 et 12 de la Convention.

ou alternativement:

Tout Etat pourra se réserver le droit de ne pas appliquer l'article 12 de la Convention.

No 62 – Proposition des délégations allemande, égyptienne, espagnole, française, grecque, italienne, luxembourgeoise

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, se réserver le droit de ne pas appliquer les articles 6 et 12 de la Convention.

No 63 – Proposal of the Australian delegation

Any State may, not later than the moment of ratification, acceptance, approval or accession make a reservation of the right not to give effect to Article 21 of the Convention.

No 64 – Proposal of the United States delegation

Article 19

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes shall not be bound to apply the Convention *in situations when the law of another State is not applicable by virtue of this Convention.*

No 65 – Texte établi par le Comité de rédaction

Préambule

Les Etats signataires de la présente Convention,
Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux régimes matrimoniaux,
Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes:

Preamble

The States signatory to this Convention,
Desiring to establish common provisions concerning the law applicable to matrimonial property regimes,
Have resolved to conclude a Convention for this purpose and have agreed upon the following provisions:

Procès-verbal No 14

Séance du mercredi 20 octobre 1976 (matin)

The meeting was opened at 10 a.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman resumed the discussion of article 10. Referring to the Rules of Procedure for Plenary Meetings, article 8, he proposed a time-limit of one minute for each speaker, who would speak only once. Working Document No 59, the proposal of Greece, having been submitted, he recommended that a discussion on that be postponed.

Une discussion s'ouvre, dont on retiendra principalement les éléments suivants:
M. Beitzke (Allemagne) déclare que si l'article 6 devait être écarté, l'article 10 devrait être lui aussi modifié. Prolongeant cette observation, **M. Huss** (Luxembourg) suggère de joindre les propositions des délégations autrichienne, belge et norvégienne (Doc. trav. No 57) et de la délégation grecque (Doc. trav. No 59). Sur ces entrefaites, **M. Francescakis** (Grèce) déclare que le système de la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial des époux ne lui paraît pas une

solution convenable. Parmi les arguments soulevés, on retiendra surtout le problème de *l'information des époux* quant à ce changement automatique. Celle-ci lui paraît peu réalisable dans la pratique; il qualifie la Convention sur ce point de «législation technocratique».
M. Lotfy (Egypte) se déclare dans les grandes lignes d'accord avec M. Francescakis.

Le Président met alors au vote la proposition grecque de supprimer les articles 6 alinéa 2, 10 et 12 alinéa 1.

Vote

– pour la proposition grecque: 8 voix (Allemagne, Belgique, Egypte, Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg);
– contre la proposition grecque: 12 voix (Australie, Canada, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Japon, Norvège, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie);
– abstentions: 3 voix (Autriche, Pays-Bas, Yougoslavie).

La proposition grecque est rejetée.

Le Président introduit alors la discussion sur l'article 10.

Mr De Nova (Italy) recommended that article 10 should be simplified which could be done by limiting its terms to paragraph 1, leaving it to the Contracting States to guard against fake notices.

Mr Leal (Canada) expressed his support for the views of Mr De Nova and stated firmly that he was against the motion to delete article 10. The purpose of the article was known and had been accepted. The difficulties had appeared with the attempts to draft that purpose satisfactorily.

M. Loussouarn (France) se déclare partisan de la suppression de cet article, pour deux raisons principales.
Tout d'abord cet article lui paraît d'un point de vue procédural inapplicable: l'authentification de la notification n'est pas connue en France et ne signifie rien en droit français. Mais il y a surtout le fait que, si les époux ne sont pas au courant de la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial, on peut se demander comment il sera possible à l'un de faire parvenir à l'autre une déclaration unilatérale par laquelle l'ancien régime est maintenu. Cele paraît peu concevable en fait.

M. Beitzke (Allemagne) se déclare partisan du maintien de l'article 10. A son avis, le problème de l'information des époux peut être résolu en pratique. D'autre part, la procédure utilisée ne lui paraît pas si compliquée que l'indiquent certaines délégations.

Mr Duchek (Austria) shared Mr De Nova's view that it should be left to the individual Contracting States to develop adequate safeguards. However, he feared that the case under discussion would prove to be rare, and it was unlikely that the States would legislate to introduce a system of notification, merely for such a case.

Mr Kearney (United States) considered that article 10 could have adverse effects on marriage, and, also in view of its alleged rarity, he would support the proposal to delete the article.

M. Baechler (Suisse) se déclare partisan de la suppression de l'article 10.

M. Stiénon (Belgique) indique que la délégation belge souhaite également la suppression de cet article. Il ajoute que la procédure utilisée conduit à des solutions à tout le moins inhabituelles en droit belge: si un époux fait usage de cet article, ne devrait-il pas être concédé à l'autre un *droit de recours?*

M. Huss (Luxembourg) signale que sa proposition (Doc. trav. No 54) reste une proposition formelle, du moins quant à la première phrase de celle-ci. Il demande qu'on vote sur ce point.
La Commission est alors appelée à voter sur la proposition luxembourgeoise.

Vote

– en faveur de cette proposition: 8 voix (Allemagne, Canada, Espagne, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Yougoslavie);
– contre cette proposition: 6 voix (Australie, Autriche, France, Norvège, Royaume-Uni, Suède);
– abstentions: 9 voix (Belgique, Danemark, Egypte, Etats-Unis, Finlande, Grèce, Japon, Suisse, Tchécoslovaquie).

La proposition luxembourgeoise est adoptée.

Le Président soumet au vote la proposition autrichienne, belge et norvégienne (Doc. trav. No 57).

Vote

– en faveur de la suppression de l'article 10: 13 voix (Australie, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, France, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie);
– contre la suppression de cet article: 8 voix (Allemagne, Canada, Egypte, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Yougoslavie);
– abstentions: 2 voix (Finlande, Grèce).

L'article 10 est en conséquence supprimé.

Le Président présente à la discussion l'article 12.

Mr De Nova (Italy) pointed out that as article 13, Working Document No 55, contained a general provision relating to the protection of third parties, the last sentence of paragraph 2 of article 12 should be deleted as superfluous.

Following the expression of views, it was agreed by the Commission that the following matters were to be taken into account by the Drafting Committee:
– paragraph 2, second line: 'the form described in Article 15', to be replaced by 'form referred to', or, alternatively, 'any of the forms permitted under article 15';
– paragraph 2, line 4: 'in respect of immovables' to be replaced by 'with respect to immovables', or 'immovable property';
– 'property' should be understood precisely to encompass the complex of rights embraced by the term 'matrimonial property regime';
– due to the possibility of misunderstanding as to whether article 12 covered only automatic mutability or also the principle embodied in articles 3 and 5, it was accepted that 'pursuant to article 6, paragraph 2' would be inserted.
It was agreed that article 12 be adopted, subject to drafting amendments.

The Chairman moved to a discussion of article N, Working Document No 43, as amended by Working Document No 55.

Le Rapporteur commente brièvement l'article N. Il précise que cet article vise à donner une *définition*

synthétique de ce que la Convention entend par nationalité commune, afin d'éviter aux Etats contractants toute confusion. Il ajoute que le Comité de rédaction a tenté de trouver une formulation adéquate pour permettre une certaine extension de la notion d'acquisition *volontaire* d'une nationalité, conformément au débat qui eut lieu sur ce point (notamment, l'intervention de Mme Collaço, Déléguée du Portugal).

De la discussion qui suivit, on retiendra essentiellement ce qui suit:
M. Huss (Luxembourg) demande que la déclaration de l'article N, No 2 soit faite selon la *loi applicable* à cet effet.
M. Loussouarn (France) demande quelques modifications rédactionnelles, notamment le remplacement du verbe «s'opposer» par le verbe «décliner» dans l'article N, No 2.
Le Rapporteur signale que cet alinéa reste malgré tout quelque peu ambigu quant à l'acquisition *volontaire* de la nationalité. On pourrait notamment dire, afin de respecter l'intention de la Commission, à la dernière ligne: «du droit qu'*il connaissait*».
De son côté, **M. Baechler** (Suisse) demande que l'on modifie le chapeau de l'article N qu'il juge trop restrictif.
Le **Rapporteur** lui répond que cet aspect des choses a été voulu, et ne pourra être modifié sans risque de dénaturation de l'article. Au demeurant, il indique que l'exclusion des doubles nationalités s'apprécie au moment du mariage et que cela couvre une bonne partie des raisons de l'intervention du Délégué suisse.
Enfin, **M. Stiénon** (Belgique) demande que l'on modifie le renvoi aux anciens articles 7 et 9 en renvoi à l'article 6, alinéa 2*a*), conformément à la nouvelle numérotation.
Le Rapporteur agrée.

The Chairman, following a discussion involving himself, **Mr Kearney** (United States), **the Rapporteur, Mr Martens** (Netherlands), and **Mr Leal** (Canada), as to the extent of an ambiguity in the text of article N, paragraph 2, obtained the agreement of the Commission, indicated by a show of hands, to reopen discussion of the substance of paragraph 2 in respect of the meaning of 'voluntarily acquired'. After further discussion, in which it was suggested that the problem might be resolved by the use of such expressions as 'a right to decline, where the spouse was aware or should have been aware of such right', or 'knowingly', or by including a definition of 'voluntarily' within the Convention, it was accepted upon a show of hands that paragraph 2 should be redrafted.

It was agreed that article N be adopted, subject to drafting amendments.

Mr Anton (United Kingdom), introducing Working Document No 60, explained that the proposal was based on article 22 of the Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations, concluded 1 June 1970. It was the view of his Government that, if the United Kingdom's nationality laws were not revised before ratification of the draft Convention, the danger would arise that the Convention would be inappropriately applied to persons who in no real sense could be regarded as United Kingdom citizens. He indicated his preference for the first proposal appearing in Working Document No 60.

Le Rapporteur dit préférer la formulation négative de la proposition anglaise (Doc. trav. No 60) ce qui devrait correspondre le mieux à la situation posée au Royaume-Uni par les ressortissants britanniques.

M. Huss (Luxembourg) déclare n'être en faveur d'aucune des deux branches de l'alternative. Pour lui, il s'agit d'une proposition inopportune, car elle laisserait à certains pays la possibilité de modifier le contenu de la Convention.

M. Loussouarn (France) observe que la France n'a pas un intérêt direct à l'adoption d'une telle proposition. Toutefois si certains pays peuvent la considérer comme utile, il lui semble préférable d'adopter la formule No 2, étant la plus restrictive. Il est en effet plus normal d'insérer une disposition permettant *d'exclure* certaines catégories de personnes.

Mr Leal (Canada), replying to the intervention of Mr Huss, stated that where the Contracting State, being a State of the nationality, declared that certain categories of persons were not nationals of that State, that constituted no derogation from the principles of the Convention.

Mr Nygh (Australia) outlined some of the complexities attendant upon the nationality laws of the United Kingdom. He regarded the first proposal as preferable because it invited the United Kingdom to anticipate its proposed revision of its nationality laws.

Mr Anton (United Kingdom), in the light of the interventions that had been made, agreed to withdraw the first proposal. In reply to Mr Kearney's query whether the phraseology of the alternative proposal covered all the requirements of the United Kingdom, he agreed to amend the alternative, third line, which would read 'nationality are not to be considered to be their . . .'.

M. Francescakis (Grèce) cherche à savoir le destinataire de la déclaration d'un Etat, prévue à l'article 21.

Le Rapporteur lui répond qu'il s'agit du Gouvernement des Pays-Bas. De toute manière, les questions de procédure seront toutes réglées dans les clauses finales.

M. Francescakis (Grèce) demande si le Royaume-Uni a fait effectivement usage de la déclaration prévue dans la Convention sur la reconnaissance des divorces.

Le Secrétaire général adjoint précise que la réponse peut être trouvée dans l'ouvrage publié par l'Institut Asser concernant les «Nouvelles Conventions de La Haye, leur application par les juges nationaux». Aux pages 360–361 de ce livre, il n'est pas mentionné de déclaration du Royaume-Uni.

The Chairman moved to a vote on Working Document No 60, alternative proposal.

Vote

The Commission agreed unanimously, but for 3 abstentions, to insert the alternative proposal of Working Document No 60 into the draft Convention.

The discussion turned to article 21.

Le Rapporteur commente brièvement le nouvel article 21. Tout d'abord, il indique que les conditions figurant auparavant sous l'article 4 ont été à présent introduites sous cet article 21. Ceci afin de mieux équilibrer la disposition.
Il ajoute qu'en raison des observations de la délégation espagnole, une nuance a été apportée à l'article original en faveur de l'application de la loi nationale.
En effet, en vertu de l'alinéa 2, la loi de la résidence

s'applique si les époux résidaient l'un et l'autre dans cet Etat depuis 5 ans au moins avant le mariage, *sauf* si cet Etat, contractant ou non, est partisan du principe de l'application de la loi nationale au régime matrimonial. L'idée majeure sous-jacente à cette addition est principalement de tenir compte du droit international privé d'Etats non contractants appliquant le principe de la loi nationale.

Mlle Perez Vera (Espagne) fait observer qu'il serait en effet injuste de mettre sur pied un système de solutions de conflit de lois qui aboutisse à favoriser des pays non contractants au détriment des Etats contractants.

The Chairman moved to a vote on the insertion in article 21 of the words between square brackets, Working Document No 55.

Vote

By a vote of 13 in favour (Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxemburg, Netherlands, Spain, Sweden, Yugoslavia), 6 against (Australia, Canada, Ireland, Japan, United Kingdom, United States), and 4 abstentions (Czechoslovakia, Egypt, Norway, Switzerland), the proposal was adopted, and article 21, paragraph 2 was amended accordingly.

It was agreed that the following matters should be considered by the Drafting Committee:
– paragraph 2, lines 2–3: a term such as 'continuous' or 'continual' should be inserted in order to make it clear that the requirement of five years residence would not be fulfilled by an accumulation of separate periods.
– paragraph 2, line 1: 'to spouses who both retain' to be qualified by the insertion of the expression 'after marriage'.
– paragraph 2, line 2: 'in which both had their habitual residence' to replace 'both habitually resided'.

Mme de Jong (Notariat latin) cherche à comprendre le sens de l'expression «résidence habituelle». S'agit-il d'une résidence effective ou peut-elle être également dépendante de celle des parents si les intéressés sont mineurs? **Le Président** répond que la seule résidence dont il faille tenir compte est la *résidence effective.* Il n'y a pas de définition de cette expression, mais les Conventions de La Haye n'entendent jamais par là une résidence qui pourrait être dépendante sur le plan juridique d'un autre élément, comme l'est le domicile dans certaines législations.

The Chairman stated that *article 21 could be regarded as adopted* subject to drafting, and moved the discussion to article 13, Working Document No 55.

The Delegates agreed that the Report should mention that the provisions made under article 13 are not binding on other States.

Mr Duchek (Austria) explained that the last paragraph of article 13, which appeared between square brackets, had been included in response to the proposal of Austria. He explained that the formula had two advantages: first, the inclusion of the possibility for a declaration could facilitate the ratification by countries, in which all the other provisions of the Convention would be self-executing, because such a declaration could be the legal basis for jurisprudence; secondly, the advantage for other Contracting States would be the information that would be provided by such a declaration regarding the internal law of the declaring State.

Vote

Proceeding to the vote, the Commission agreed by a vote of 18 in favour (Australia, Austria, Canada, Czechoslovakia, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Japan, Norway, Spain, Sweden, Switzerland, United States, Yugoslavia), 1 against (Luxemburg), and 3 abstentions (Egypt, Netherlands, United Kingdom), to include the words contained between square brackets as paragraph 4 of article 13, Working Document No 35.

It was agreed that the following matters would be considered by the Drafting Committee:
– paragraph 3, line 1: 'The law of a State' should read 'The law of a Contracting State'.
– paragraph 1, third line: 'in accordance with the foregoing Articles' should read 'in accordance with the Convention'.

It was agreed that article 13 could be regarded as adopted, subject to drafting amendments.

Article 14 was adopted without discussion.

Subject to the following suggestions for consideration by the Drafting Committee, namely, that in line 2 'must be' should be replaced by 'shall be', and in line 2 'or it must arise' should be replaced by 'or arise', *article 15 was adopted.*

Le Rapporteur signale d'abord qu'à l'article 15*bis* il faut ajouter la phrase suivante: «il (le contrat de mariage) doit en tout cas faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux». Le Rapporteur indique que le Comité de rédaction a préféré scinder l'article 15, alinéas 1 et 3 dans sa forme originaire en deux articles, ceci pour mieux montrer la distinction entre la forme du contrat de mariage et celle de la désignation de la loi applicable. Dans la discussion qui suivit, il ajouta que le Rapport explicatif préciserait plus clairement les cas dans lesquels la règle matérielle subsidiaire s'appliquerait. De toute manière, l'article 15*bis*, comme l'article 15*ter*, ont pour objet d'imposer des conditions minimales de forme à respecter.

Sous réserve de quelques modifications rédactionnelles, *l'article 15*bis *est adopté.*

Le Président introduit la discussion de l'article 15*ter*. Après une brève discussion où interviennent principalement **Mme de Jong** (Notariat latin), **MM. Loussouarn** (France), **Hayes** (Irlande) et **le Rapporteur,** il est convenu d'apporter quelques modifications rédactionnelles. Sous cette réserve, *l'article 15*ter *est adopté.*

Le Président présente alors l'article 16. Celui-ci ne soulève aucun commentaire.
En conséquence, *l'article 16 est adopté.*

Le Président présente ensuite l'article 19*bis*.

Le Rapporteur commente brièvement cet article.
La première partie de celui-ci stipule que la Convention respecte les autres Conventions existantes en la matière, qu'elles soient bilatérales au multilatérales. De plus, le moment à prendre en considération dans le temps est désormais celui où la Convention entre en vigueur dans l'Etat contractant, et non plus celui où elle entre pour la première fois en vigueur après un certain nombre de ratifications.
La seconde partie est destinée à éviter toute contradiction entre cette Convention et des Conventions régionales (Benelux, Pays nordiques, Amérique latine . . .).

L'article 19*bis*, alinéa 2 est très général: il vise les Conventions régionales antérieures à la Convention comme celles qui lui seront postérieures. On observera toutefois le caractère restrictif de la dérogation autorisée: les Etats Parties à des Conventions régionales pourront écarter l'application de la Convention de La Haye moyennant le respect d'une double condition de nationalité et de résidence des époux.

Mr Leal (Canada), replying to Mr De Nova, explained that the expression 'and no other' appearing in the last line of paragraph 2 of article 19*bis* was intended to qualify 'spouses who have the nationality of States', and not 'Conventions'. Upon agreement that the article would be reconsidered by the Drafting Committee, *article 19*bis *was adopted.*

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal No 15

Séance du mercredi 20 octobre 1976 (après-midi)

The meeting was opened at 3 p.m. Mr Philip (Denmark) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman drew the attention of the Commission to Working Document No 56 relating to article 16*bis* and asked whether there was any discussion.

Mr Martens (Netherlands) enquired as to the nature of the declaration provided for in the second paragraph of article 16*bis*.

The Rapporteur stated that the final clauses of the Convention would be completed by a provision providing for the detail as to this declaration.

The Chairman *declared article 16bis adopted* and invited discussion of article 17.

Mr Martens (Netherlands) suggested that article 17 should be completed by the addition of the last line contained in the proposed article 20, paragraph 2, of Working Document No 56.

Le Rapporteur se demande si la référence au dernier paragraphe de l'article 4 est couvert par la référence à l'article 17, alinéa 2.

The Chairman stated that this matter could be dealt with by the Drafting Committee, and he invited discussion of article 18.

Mr Freeman (United Kingdom) confirmed that his proposal in Working Document No 51 was no longer applicable.

Mr Hayes (Ireland) pointed out that the text of article 18 should be formulated in terms of 'habitual residence' instead of in terms of people 'habitually residing'.

The Chairman *declared article 18 adopted* and then invited discussion of article 19, as amended by the proposal of the Drafting Committee contained in Working Document No 56.

The Rapporteur provided a brief explanation of the amendment suggested by the Drafting Committee.

Mr Kearney (United States) explained the proposal of the United States delegation contained in Working Document No 64. He explained that the essential thought behind his proposal was that the operation of the Convention should not depend on complicated variations of the nationality or residence of the parties, but rather on the simple question of whether the law of another State was applicable by virtue of this Convention. Where this was not the case, there should be no possibility of the application of the provisions of the Convention.

Mr Leal (Canada) wondered whether there was that much difference between the proposals contained in Working Documents Nos 64 and 56, though he admitted that the proposal of the United States delegation perhaps dealt more directly with the problem.

Le Rapporteur craint que la proposition américaine figurant dans le Document de travail No 64 ne soit en contradiction avec l'article 18 de l'avant-projet. En effet, selon cette dernière disposition, si les époux ont leur résidence habituelle dans l'Etat du Manitoba, par exemple, c'est cette loi qui doit s'appliquer. Or, selon l'article 19 dans la teneur proposée dans le Document de travail No 64, le Canada pourrait appliquer une loi d'une autre province, par exemple celle du Québec.

Le Président remarque que telle est déjà la situation dans le texte actuel.

Mr Nygh (Australia) stated that he had some sympathy with the United States proposal, although the matter was very complex. The principle was, however, clear that the Convention should not apply to purely domestic disputes within a federal State.

Le Rapporteur remarque que la Commission spéciale a estimé que dès l'instant qu'un époux a une nationalité étrangère, on a affaire à un cas international. Ainsi, si deux époux ont eu une première résidence habituelle dans un Etat fédéral, puis qu'ensuite ils se déplacent dans un autre pays, étant entendu que la loi de leur première résidence habituelle reste applicable, il s'agit là d'un cas international et le Canada par exemple, devrait tenir compte de la Convention.

M. Beitzke (Allemagne) remarque que le changement proposé dans le Document de travail No 56 restreint par trop le champ d'application de l'article 19.

Mr De Nova (Italy) referred to article 13 of the Convention on the Law Applicable to Products Liability and the advantages of a formulation in terms of whether or not a

unified State would have to apply its own internal rules under the Convention.

Mr Nygh (Australia) indicated his concern for the situation in which many immigrants to Australia found themselves, having decided to retain their original nationality and not to acquire Australian nationality, or who on becoming Australian nationals found that their prior nationality was not thereby lost. In these cases, though the problems of their matrimonial regimes were purely domestic, the proposed article 19 would allow for the operation of the Convention. He was, therefore, inclined to support the proposal of the United States delegation.

Mr Leal (Canada) stated that the principle was clear that, where the problem was purely internal to the federal State, the Convention should not be applicable. It was accepted, however, that a foreign connecting factor should bring the Convention into operation. He proposed that the Drafting Committee be given the opportunity to formulate a new version of article 19.

Mr Hayes (Ireland) pointed out that the problem was also of interest to other States which, though not federal in character, possessed territorial units for the purpose of matrimonial law.

After some discussion, it was agreed that interested Delegates would attempt to formulate a new proposal during the coffee break. **The Chairman** then drew attention to article 20.

M. Lotfy (Egypte) se demande si l'on ne pourrait pas trouver un mot autre que le mot «catégorie» figurant à l'article 20.

Mr Leal (Canada) referred to the terminology of article 15 of the Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations.

M. Francescakis (Grèce) propose de dire «groupe de personnes».

Le Président demande aux Délégués de réfléchir encore aux différentes formules possibles. Si aucune expression satisfaisante n'est trouvée, on en restera au texte actuel.

Mr Kearney (United States) suggested that the last line of the first paragraph of article 20 should be changed to read 'designated by the rules in force in that State'.

The Chairman *declared article 20 to be adopted.* He then directed discussion towards Working Document No 62.

Le Secrétaire général adjoint rapproche les Documents de travail Nos 62 et 63, car ils contiennent l'un et l'autre des réserves qui s'opposent. Le Secrétaire général adjoint fait remarquer que si ces deux réserves devaient être admises, le but poursuivi par la Convention serait largement ruiné, car on aboutirait à un manque d'uniformité totale en ce qui concerne le rattachement objectif. Certes, la Convention présenterait encore un certain intérêt dans la mesure où elle admet le principe de l'autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux. Toutefois, il serait navrant qu'à cause de ces deux réserves la Convention ne soit pas largement ratifiée et que ce progrès ne puisse pas être traduit dans les faits.

M. Beitzke (Allemagne) fait remarquer que la proposition conjointe figurant dans le Document de travail No 62 tient au fait que les Etats partisans du rattachement à la loi nationale sont en général contre la mutabilité du régime matrimonial. En outre, la suppression de l'article 10 de l'avant-projet leur cause un problème sérieux. Par ailleurs l'article 12 leur apparaît inacceptable en ce qui concerne les conséquences de la mutabilité. Il s'agit là en effet d'un problème qui ne devrait pas être réglé dans la Convention. Le Délégué allemand considère que dans l'hypothèse où la proposition figurant dans le Document de travail No 62 serait rejetée, il faudrait au moins laisser aux Etats qui le désirent la possibilité de faire une réserve relative à l'article 12. Le Délégué allemand est d'avis que sa proposition faciliterait la ratification de la Convention par certains Etats.

Mr Kearney (United States) stated that the proposal was a very far-reaching one. From the perspective of general treaty law, he wondered, if a State made such a reservation, whether other States would thereby consider that the treaty was no longer binding between themselves and the State having made the reservation, since the reservation was contrary to the objectives of the Convention. He considered both proposals relating to reservations to be, therefore, unacceptable.

Mr Nygh (Australia) agreed with the Delegate of the United States that the proposals relating to reservations were unacceptable. He pointed out that the countries using habitual residence as a connecting factor had made important concessions in a spirit of compromise and that the agreement which had been reached in that spirit should be respected. If the proposal contained in Working Documents Nos 61 and 62 were not accepted by the Commission he would withdraw his proposal contained in Working Document No 63.

Mr Hayes (Ireland) stated that, if either of the types of reservations were retained, there might be little of value left in the Convention. If both types of reservations were to be retained, some States might even make both reservations. It would be better if the States wishing to make such reservations simply refrain from ratifying the Convention.

Mr Martens (Netherlands) stated that he wished to explain his vote. The delegation from the Netherlands had, during the discussion, argued in favour of the rejection of automatic mutability. It might therefore be thought that the Netherlands delegation was sympathetic to the proposal contained in Working Document No 62. Yet, article 6 in its present form represented a compromise in which the States of habitual residence had made important concessions. The adoption of a system of reservations would be contrary to the effectiveness of the Convention, and the Netherlands delegation would therefore abstain in the voting.

M. Loussouarn (France) précise que son pays se trouve dans une situation difficile car d'une part il admet le rattachement au domicile matrimonial, et d'autre part, il est opposé au principe de la mutabilité automatique des régimes matrimoniaux. Ainsi théoriquement son pays pourrait formuler l'une et l'autre des réserves figurant dans les Documents de travail Nos 62 et 63. Toutefois, la proposition figurant au Document de travail No 62 apparaît moins grave au Délégué français que celle du Document de travail No 63. Aussi bien, dans un esprit de conciliation, est-il prêt pour sa part à abandonner la proposition du Document de travail No 62 pour autant que le Document No 63 soit retiré.

Mr Leal (Canada) stated that there were two reasons which justified the withdrawal of the proposals contained in Working Documents Nos 61 and 62:

– the authors of the proposal had perhaps not taken full cognizance of the concessions which had been made by the habitual residence States in arriving at the present formulation;
– if the proposal contained in Working Document No 62 was adopted, it would clearly not be possible for habitual residence States to ratify the Convention, and nationals of States using nationality as a connecting factor would then find themselves in a worse position than would be the case if the Convention was adopted in its present form.

Le Rapporteur remarque, en ce qui concerne la portée du compromis, que le for sera le plus souvent situé dans le pays de la résidence habituelle des époux. Aussi bien la Convention aura-t-elle pour conséquence que dans les pays adoptant le rattachement à la résidence habituelle des époux, c'est la loi nationale des époux qui sera appliquée dans des hypothèses où jusqu'ici elle ne l'aurait jamais été.

The Chairman explained that the existing Draft sought to establish a certain equilibrium in the application of national laws and laws of the habitual residence of the spouses. If the principle of mutability were to be taken out of the Convention, this would create a very strong bias in favour of application of national law, and this was why there was very strong opposition to the proposals contained in Working Documents Nos 61 and 62.

M. Beitzke (Allemagne) considère que le compromis de la Commission spéciale a consisté de la part des Etats partisans du rattachement à la nationalité de concéder le principe de la résidence habituelle. La question de la mutabilité du régime matrimonial n'apparaît pas au Délégué allemand comme constituant le coeur du compromis. Par ailleurs, le Délégué allemand souligne qu'il n'y a pas que les Etats partisans de la résidence habituelle qui ont fait des concessions. Il remarque que la mutabilité automatique du régime matrimonial est dangereuse pour les parties. Il ne s'agit pas ici de compromis entre «loi nationale» et «loi du domicile», mais de sécurité du droit.

M. Francescakis (Grèce) remarque que le lien existant entre les Documents de travail Nos 62 et 63 ne lui était pas apparu immédiatement. Il comprend mieux maintenant que pour les pays adoptant le rattachement à la résidence habituelle la Convention constitue un compromis sérieux. Toutefois, le Délégué grec se rallie aux propos du Délégué allemand et marque son allergie à toute mutabilité automatique du régime matrimonial.

Mr De Nova (Italy) felt that he could support the proposal in Working Document No 62, since the view he had taken during the discussion did not appear in the final version of the Convention. This was particularly so in respect to article 10. Creating a specific possibility of reservations would allow Governments to consider the entire problem.

M. Loussouarn (France) précise que, pour des motifs de conciliation, il votera contre l'inclusion de l'une ou l'autre des deux réserves proposées dans la Convention.

Mr Martens (Netherlands) stated that the reasons which he had previously given now led him to vote against the proposal.

The Chairman then called for a vote on the proposal contained in Working Document No 62.

Vote

The proposal was rejected by a vote of 15 against (Australia, Austria, Brazil, Canada, Denmark, Finland, France, Ireland, Japan, Netherlands, Norway, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States), 6 in favour (Egypt, Germany, Greece, Italy, Luxemburg, Spain), and one abstention (Yugoslavia).

M. Beitzke (Allemagne) observe que puisqu'une réserve sur l'article 6 n'est pas possible, tel devrait pouvoir être au moins le cas pour l'article 12.

M. Loussouarn (France) remarque que même si l'on supprimait l'article 12, la mutabilité automatique du régime matrimonial n'en serait pas affectée pour autant.

M. Beitzke (Allemagne) rétorque que c'est là une question que chaque pays devrait pouvoir résoudre selon ses propres règles de droit international privé.

M. Loussouarn (France) fait observer au Délégué allemand que cela signifie que pour certains pays les effets de la mutabilité automatique seraient beaucoup plus brutaux dans la solution proposée par le Délégué allemand que selon la solution prévue par la Convention à son article 12.

M. Beitzke (Allemagne) réplique que l'article 12 concerne un autre problème qui ne devrait pas être traité dans la Convention et qui du reste est mal réglé.

The Chairman then called for a vote on the proposal contained in the second alternative proposal contained in Working Document No 61.

Vote

The proposal was rejected by a vote of 9 against (Australia, Brazil, Canada, Finland, France, Ireland, Norway, United Kingdom, United States), one in favour (Germany), and 13 abstentions (Austria, Denmark, Egypt, Greece, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Yugoslavia).

Mr Nygh (Australia) withdrew the proposal contained in Working Document No 63.

Mr Kearney (United States), returning to the discussion of article 19 of the draft Convention, proposed that the present text be modified by omitting the word 'solely' in the fourth line and by modifying the last line of the present draft article to read 'units, when both spouses have their habitual residence in that State'.
He explained that this amendment would prevent the operation of the Convention in the case where one spouse was of a foreign nationality.

Mr Nygh (Australia) expressed his support of the proposal of the United States delegation.

In responce to a question by **Mr De Nova** (Italy), **the Chairman** and **Mr Nygh** (Australia) pointed out that the text proposed created no difficulties with respect to immovable property.

Mlle Perez Vera (Espagne) se demande si, lorsqu'on supprime l'exigence de la nationalité commune des époux dans le cadre de l'article 19, cela ne signifie pas que la Convention ne s'appliquerait pas par exemple à des époux étrangers qui ont leur résidence habituelle en Catalogne. Il s'agit là d'une solution quelque peu étonnante.

Le Rapporteur remarque que, par rapport à la difficulté soulevée par la Déléguée espagnole, le Document de travail No 64 fournit une réponse et permettrait l'application de la Convention. Le Rapporteur se demande

s'il ne conviendrait pas de retenir le texte de l'avant-projet.

Mr De Nova (Italy) stated that if one kept the word 'solely' in the article it was not necessary to add the proposal for the final line.

Mr Kearney (United States) agreed with the Italian Delegate.

Le Secrétaire général adjoint éclaire le débat en prenant l'exemple suivant: deux Français ont leur première résidence habituelle en Californie et se voient appliquer de ce fait le droit californien. Deux ans après leur mariage, ils se déplacent dans l'Etat de New-York où la Convention ne s'applique pas, car la première résidence habituelle des époux se trouvait être en Californie. Ce sont donc les règles de conflit inter-américaines qui s'appliquent; ce qui aboutit à soumettre ces époux au régime de séparation de biens de l'Etat de New-York. A supposer que deux ans après, ces époux rentrent en France, lorsqu'il s'agira d'apprécier leur régime matrimonial, la Convention devient applicable, car on a affaire à un cas international. Or, selon la Convention, comme ces époux n'ont pas résidé dix ans à New York, il n'y a pas eu de changement automatique de leur régime matrimonial, ce qui implique que leur premier régime californien subsiste, alors qu'aux Etats-Unis on a estimé que c'est au contraire le régime de séparation de biens de New York qui s'applique.

Le Rapporteur remarque que le Document de travail No 64 sans la condition supplémentaire d'une résidence habituelle des deux époux dans l'Etat fédéral est trop vaste. En effet, si la loi américaine s'applique comme loi de la résidence habituelle des époux et qu'ensuite des Américains aillent s'établir dans un autre pays, la loi américaine serait toujours applicable et le cas devenu international échapperait à la Convention. Or il s'agit là d'une conclusion inacceptable. Le Rapporteur propose de supprimer, dans le Document No 56, les mots «ne que».

After a discussion in which **Mr Leal** (Canada) expressed his support of the United States proposals **the Chairman** outlined the proposals which were before the Commission and called for a vote on Working Document No 64.

Vote

By a vote of 7 in favour (Australia, Canada, Denmark, Italy, Spain, Sweden, United States), one against (Switzerland), and 15 abstentions (Austria, Brazil, Egypt, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Japan, Luxemburg, Netherlands, Norway, Portugal, United Kingdom, Yugoslavia), the Chairman declared the proposal contained in Working Document No 64 adopted.

The Chairman then drew the attention of the Commission to the proposed title of the Convention contained in the draft Convention. In the absence of any discussion of the title of the Convention, *he declared the title of the draft Convention adopted.*
He then drew attention to the preamble in the proposal contained in Working Document No 65. In the absence of any discussion of the proposal, *he declared the preamble therein indicated adopted.*
The Chairman then drew attention to the final clauses of the Convention contained in Working Document No 58.

Le Secrétaire général adjoint signale que le Document de travail No 58 sur les clauses finales contient des textes, qui ont été rédigés par un Comité spécial, pour toutes les Conventions de La Haye. Ce Document de travail correspond du reste aux vœux de la Quatrième commission et les clauses finales sont proposées en bloc. Celles-ci ne posent pas de problèmes spécifiques en ce qui concerne la Convention sur les régimes matrimoniaux. Il conviendra simplement d'adapter l'article G à la Convention. En outre, il importe de préciser la manière dont les Etats pourront notifier leurs déclarations.

Mr Nygh (Australia) asked that the record of the meeting clearly indicate that the Australian Government was not in favour of inclusion of federal clauses such as that contained in article D of Working Document No 58 in the Hague Conventions.

Le Secrétaire général adjoint, se référant au voeu figurant dans l'avant-projet, admet volontiers qu'il ne s'agit là que d'un voeu pieux, mais qui pourrait pourtant permettre à certaines administrations d'agir plus efficacement dans l'information des époux sur les possibilités que leur offre la Convention.

Mr De Nova (Italy) indicated that the last two and one-half lines of the wish would have to be stricken.

Le Secrétaire général adjoint précise qu'il s'agit d'un voeu adopté par la Commission spéciale et qui devrait être inséré dans l'Acte final de la Treizième session, dans sa partie C. Ce n'est donc pas une déclaration commune qui serait insérée dans la Convention elle-même.

The Chairman declared *the wish adopted.*

M. Beitzke (Allemagne), en qualité de Vice-président de la Première commission, tient, à l'issue de ces travaux, à féliciter le Président de la manière dont il les a conduits et de toute son énergie qui a permis d'arriver à chef dans les délais. Il lui exprime en son nom propre et au nom de tous les Délégués, sa plus grande admiration et sa grande reconnaissance.

The Chairman thanked the Delegate from the Federal Republic of Germany for his remarks and expressed his appreciation to Members of the Commission and to Members of the Special Commission for their contribution. This was the third Hague Conference in which he had participated, and he had found in the work of this Commission a great spirit of compromise and co-operation. He considered the results of the work of the Commission to be very satisfactory indeed. The Chairman then expressed his appreciation to the Deputy Secretary-General, who had created an extraordinary basis for the work of the Commission. The work of the Deputy Secretary-General represented an important scientific contribution, not only to the subject of private international law, but also to comparative law generally. He further expressed his appreciation to the Rapporteur for his untiring efforts throughout the work of the Special Commission and this Commission. The Rapporteur had been untiring in explaining and formulating the different proposals, and he had performed very valuable work in the Drafting Committee.
The Chairman also expressed his appreciation to the Members of the Drafting Committee and the Members of the Subcommittees dealing with federal clauses and with the protocol clauses of the Convention. He further expressed his appreciation to the *Secrétaires-rédacteurs* of the Conference for their efforts in preparing the *Procès-verbaux* of the Commission and to the Members of the Permanent Bureau who had worked untiringly in reproducing the work of the Commission. He also expressed his appreciation to the interpreters, who had performed excellent work in translating bad French and bad English into good English and good French.

Séances plénières

Liste des Procès-verbaux et des Documents de travail[1]

Les Procès-verbaux et Documents de travail sont rangés dans l'ordre chronologique (date de la séance pour les premiers, de la distribution pour les seconds).

Page

Document de travail No 1 – Projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (distribué le 20 octobre 1976) 303

Document de travail No 4 – suite du Document de travail No 1 (distribué le 21 octobre 1976) 307

Documents de travail Nos 5 à 8 – propositions diverses (distribués le 21 octobre 1976) 311

Document de travail No 9 – proposition du Comité de rédaction (Voeu) (distribué le 21 octobre 1976) 312

Procès-verbal No 2 – séance du 21 octobre 1976 313

Documents de travail Nos 12, 13 et 15 – propositions diverses (distribués le 22 octobre) 316

Procès-verbal No 3 (Extrait) – séance du 22 octobre 1976 317

[1] Ne sont reproduits ici que les Documents de travail et les Procès-verbaux avant trait au projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Les autres Documents de travail et Procès-verbaux sont publiés dans les autres tomes relatifs à la Treizième session.

Document de travail No 1

Distribué le 20 octobre 1976

Projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux adopté par la Première commission (articles 1 à 14)

CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX

Les Etats signataires de la présente Convention,

Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux régimes matrimoniaux,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes:

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux.
Elle ne s'applique pas notamment:

1 aux obligations alimentaires entre époux;

2 aux droits successoraux du conjoint survivant;

3 à la capacité des époux.

Article 2

La Convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un Etat contractant.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.
Les époux ne peuvent désigner que l'une les lois suivantes:

1 la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation;

2 la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation;

3 la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes adopted by the First Commission (articles 1–14)

CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

The States signatory to this Convention,

Desiring to establish common provisions concerning the law applicable to matrimonial property regimes,

Have resolved to conclude a Convention for this purpose and have agreed upon the following provisions:

CHAPTER I – SCOPE OF CONVENTION

Article 1

This Convention determines the law applicable to matrimonial property regimes.
The Convention does not apply, in particular, to:

a maintenance obligations between spouses;

b succession rights of a surviving spouse;

c the capacity of the spouses.

Article 2

The Convention applies even if the nationality or the habitual residence of the spouses or the law to be applied by virtue of the following Articles is not that of a Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

The matrimonial property regime is governed by the internal law designated by the spouses before marriage.
The spouses may designate only one of the following laws:

a the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

b the law of the State in which either spouse is habitually resident at the time of designation;

c the law of the first State where one of the spouses establishes a new habitual residence after marriage.

The law thus designated applies to the whole of their property.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne leurs immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ils sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qu'ils acquerront par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 4

Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.
Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux:

1 lorsque la déclaration prévue par l'article 21 a été faite par cet Etat et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article;

2 lorsque cet Etat n'est pas Partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage:

a dans un Etat qui n'est pas Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale, ou

b dans un Etat ayant fait la déclaration prévue par l'article 21;

3 lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même Etat leur première résidence habituelle après le mariage.

A défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même Etat et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

Article 5

Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable.
Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

1 la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation;

2 la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.
Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ou par l'article 3, ils peuvent désigner, en ce qui concerne leurs immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ils sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qu'ils acquerront par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 6

La loi compétente en vertu des dispositions de la Conven-

Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, may designate with respect to their immovables, in whole or in part, the law of the place where these immovables are situated. They may also provide that any immovables which they may subsequently acquire shall be governed by the law of the place where such immovables are situated.

Article 4

If the spouses, before marriage, have not designated the applicable law, their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State in which both spouses establish their first habitual residence after marriage.
Nonetheless, in the following cases, the matrimonial property regime is governed by the internal law of the State of the common nationality of the spouses:

1 where the declaration provided for in Article 21 has been made by that State and its application to the spouses is not excluded by the provisions of paragraph 2 of Article 21;

2 where that State is not a Party to the Convention and according to the rules of private international law of that State its internal law is applicable, and the spouses establish their first habitual residence after marriage:

a in a State which is not a Party to the Convention and whose rules of private international law also provide for the application of the law of their nationality, or

b in a State which has made the declaration provided for in Article 21;

3 where the spouses do not establish their first habitual residence after marriage in the same State.

In the absence of a common nationality of the spouses and in the absence of their habitual residence in the same State, their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State with which, taking all circumstances into account, it is most closely connected.

Article 5

During marriage the spouses may provide that their matrimonial property regime shall be governed by an internal law other than that previously applicable.
The spouses may designate only one of the following laws:

a the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

b the law of the State in which either spouse is habitually resident at the time of designation.

The law thus designated applies to the whole of their property.
Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, or under Article 3, may designate with respect to their immovables, in whole or in part, the law of the place where these immovables are situated. They may also provide that any immovables which they may subsequently acquire shall be governed by the law of the place where such immovables are situated.

Article 6

The law applicable under this Convention continues to

tion demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.
Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis:

1 à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet Etat est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou

2 lorsque les époux y ont eu leur résidence habituelle durant au moins dix ans après le mariage, ou

3 à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, lorsque le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3.

Article 7

Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 6, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.
Toutefois, les époux peuvent, à tout moment et dans les formes prévues à l'article 12, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi, sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dispositions de l'article 3, alinéa 4 et de l'article 5, alinéa 4. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Article 8

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la présente Convention.
Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins:

1 que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies, ou

2 que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Le droit de l'Etat contractant où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.

Chaque Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 du présent article.

Article 9

Les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi.

Article 10

La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

apply so long as the spouses have not designated a different applicable law and notwithstanding any change of their nationality or habitual residence.
Nonetheless, if the spouses have neither designated the applicable law nor concluded a marriage contract, the internal law of the State in which they both have their habitual residence shall become applicable, in place of the law previously applicable:

1 from the moment that the spouses establish their habitual residence in that State, if the nationality of that State is their common nationality, or otherwise from the moment they become nationals of that State, or

2 where the spouses have had their habitual residence there for a period of not less than 10 years after the marriage, or

3 from the moment that the spouses establish their habitual residence in that State where the matrimonial regime is governed by the law of the State of the common nationality solely by virtue of sub-paragraph 3, paragraph 2 of Article 4.

Article 7

A change of applicable law pursuant to Article 6, paragraph 2 has effect only for the future and property belonging to the spouses before the change is not subject to the new applicable law.
Nonetheless, the spouses may at any time, employing the forms available under Article 12, to subject the whole of their property to the new law, without prejudice, with respect to immovables, to the provisions of the fourth paragraph of Article 3 and the fourth paragraph of Article 5. The exercise of this option does not adversely affect the rights of third persons.

Article 8

The effects of the matrimonial regime on the legal relations between a spouse and a third party are governed by the law applicable to the matrimonial regime in accordance with the Convention.
Nonetheless, the law of a Contracting State may provide that the law applicable to the matrimonial regime cannot be relied upon by a spouse against a third party where either that spouse or the third party has his habitual residence in that territory, unless

1 any requirements of publicity or registration specified by that law have been complied with, or

2 the legal relations between that spouse and the third party arose at a time when the third party either knew or should have known of the law applicable to the matrimonial regime.

The law of a Contracting State where an immovable is situated may provide an analogous rule for the legal relations between a spouse and a third party as regards that immovable.
Each Contracting State may specify by declaration the scope of paragraphs 2 and 3 of this Article.

Article 9

Any requirements relating to the consent of the spouses to the law designated as applicable shall be determined by that law.

Article 10

The designation of the applicable law shall be by express stipulation, or arise by necessary implication from the provisions of a marriage contract.

Article 11

Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond, soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé. Il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 12

La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour le contrat de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 13

L'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

CHAPITRE III – DISPOSITIONS DIVERSES

Article 14

Aux fins de la Convention, une nationalité n'est considérée comme nationalité commune des époux que dans les cas suivants:

1 les deux époux avaient cette nationalité avant le mariage;

2 un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement, soit par une déclaration prévue à cet effet, soit en ne déclinant pas cette acquisition, alors qu'il savait que ce droit lui était ouvert;

3 les deux époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage.

Sauf dans les cas visés par l'article 6, alinéa 2, chiffre 1, les dispositions se référant à la nationalité commune ne sont pas applicables lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune.

Article 11

The marriage contract is valid as to form if it complies either with the internal law applicable to the matrimonial property regime, or with the internal law of the place where it was made. In any event, the marriage contract shall be in writing, dated and signed by both spouses.

Article 12

The designation of the applicable law by express stipulation shall comply with the form prescribed for the marriage contract, either by the internal law designated by the spouses, or by the internal law of the place where it was made. In any event, the designation shall be in writing, dated and signed by both spouses.

Article 13

The application of the law determined by this Convention may be refused only if it is manifestly incompatible with public policy ('ordre public').

CHAPTER III – MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 14

For the purposes of the Convention, a nationality shall be considered the common nationality of the spouses only in the following circumstances:

1 where both spouses had that nationality before marriage;

2 where one spouse voluntarily has acquired the nationality of the other at the time of marriage or later, either by a declaration to that effect or by not exercising a right known to him or her to decline the acquisition of the new nationality;

3 where both spouses have acquired voluntarily that nationality after marriage.

Except in the cases referred to in sub-paragraph 1 of paragraph 1 of Article 6, the provisions referring to the common nationality of the spouses are not applicable where the spouses have more than one common nationality.

Document de travail No 4

Distribué le 21 octobre 1976

Projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux adopté par la Première commission (articles 15 à 30)

(Suite du Doc. trav. No 1)

Article 15

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi nationale d'un tel Etat est entendue comme visant le système déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.
A défaut de telles règles, on entend par Etat dont un époux a la nationalité, au sens des articles 3, alinéa 2, chiffre premier, et 5, alinéa 2, chiffre premier, l'unité territoriale où cet époux a eu en dernier lieu sa résidence habituelle; de même, pour l'application de l'article 4, alinéa 2, on entend par Etat de la nationalité commune des époux l'unité territoriale où l'un et l'autre ont eu, en dernier lieu, une résidence habituelle.

Article 16

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la résidence habituelle dans un tel Etat est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat.

Article 17

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits entre les lois de ces unités, lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la Convention.

Article 18

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de régimes matrimoniaux, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.
A défaut de telles règles, la loi interne de l'Etat de la nationalité s'applique dans le cas prévu à l'article 4, alinéa premier, et la loi interne de l'Etat dans lequel ils

Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes adopted by the First Commission (articles 15–30)

(Doc. trav. No 1 continued)

Article 15

For the purposes of the Convention, where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes, any reference to the national law of such a State shall be construed as referring to the system determined by the rules in force in that State.
In the absence of such rules, a reference to the State of which a spouse is a national shall be construed, for the purposes of sub-paragraph 1, paragraph 2 of Article 3 and sub-paragraph 1, paragraph 2 of Article 5, as referring to the territorial unit where that spouse had his or her last habitual residence; and, for the purposes of the second paragraph of Article 4, a reference to the State of the common nationality of the spouses shall be construed as referring to the last territorial unit, if any, where they both have had their habitual residence.

Article 16

For the purposes of the Convention, where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes, any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring to habitual residence in a territorial unit of that State.

Article 17

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts between the laws of such units where the law of another State is not applicable by virtue of this Convention.

Article 18

For the purposes of the Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the matrimonial property regimes of different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the system determined by the rules in force in that State.
In the absence of such rules, the internal law of the State of the common nationality of the spouses applies under the circumstances referred to in the first para-

avaient tous deux leur résidence habituelle reste applicable dans le cas prévu à l'article 6, alinéa 2, chiffre 2. A défaut de nationalité commune des époux, l'article 4, alinéa 3, s'applique.

Article 4 bis *(= ancien article 21)*

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne, selon l'article 4, alinéa 2, chiffre premier.
Cette déclaration n'aura pas d'effet pour des époux qui conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où, au moment du mariage, l'un et l'autre avaient leur résidence habituelle depuis cinq ans au moins, sauf si cet Etat est un Etat contractant ayant fait la déclaration prévue par l'alinéa premier du présent article, ou un Etat non Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale.

Article 19

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est Partie au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.
Des Etats contractants qui concluent entre eux ou avec d'autres Etats des Conventions régionales en matière de régimes matrimoniaux ne sont pas tenus d'appliquer la présente Convention à des époux n'ayant tous deux que la nationalité d'Etats Parties à une telle Convention régionale et qui ont leur résidence habituelle sur le territoire de ces Etats.

Article 20

La Convention s'applique, dans chaque Etat contractant, à tous les époux qui se marient ou désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet Etat.
Tout Etat contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention à d'autres époux.

CHAPITRE IV – CLAUSES FINALES

Article 21

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.
Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 22

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 23

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'approbation, de l'acceptation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit Etat.

graph of Article 4, and the internal law of the State in which they both previously had their habitual residence continues to apply under the circumstances referred to in sub-paragraph (*b*), paragraph 2 of Article 6. In the absence of a common nationality of the spouses, paragraph 3 of Article 4 applies.

Article 4 bis *(replacing former Article 21)*

Any State may, not later than the moment of ratification, acceptance, approval or accession, make a declaration requiring the application of its internal law according to sub-paragraph 1 of paragraph 2 of Article 4. This declaration shall not apply to spouses who both retain their habitual residence in the State in which they have both had their habitual residence at the time of marriage for a period of not less than five years, unless that State is a Contracting State which has made the declaration provided for in the first paragraph of this Article, or is a State which is not a Party to the Convention and whose rules of private international law require the application of the national law.

Article 19

The Convention does not affect any other international instrument to which a Contracting State is a Party at the time the Convention enters into force for that State.
Contracting States which conclude regional Conventions amongst themselves or with other States relating to matrimonial property regimes shall not be bound to apply this Convention to spouses who have the nationality only of States which are Parties to such a Convention and who have their habitual residence in those States.

Article 20

The Convention applies, in each Contracting State, to all spouses who marry or designate the law applicable to their matrimonial property regime after the Convention comes into force for that State.
Each Contracting State may by declaration extend the application of the Convention to other spouses.

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

Article 21

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Thirteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article 22

Any other State may accede to the Convention.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article 23

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that the Convention shall extend to all the territories for the international relations of which it is responsible, or to one or more of them. Such a declaration shall take effect on the date of entry into force of the Convention for the State concerned.

Cette déclaration ainsi que toute extension ultérieure seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 24

Tout Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment étendre cette déclaration.
Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas et indiqueront expressément l'unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Article 25

Tout Etat contractant pourra déclarer à tout moment que certaines catégories de personnes qui ont sa nationalité ne devront pas être considérées comme ses ressortissants pour l'application de la Convention.
Cette déclaration doit être notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 26

Aucune réserve à la Convention n'est admise.

Article 27

Tout Etat contractant qui désire faire l'une des déclarations prévues aux articles 4*bis*, 8, alinéa 4 et 20 la notifiera au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.
Toute modification ou retrait d'une déclaration sera notifié de la même manière.

Article 28

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier suivant le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 21 et 22.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

1 pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

2 pour les territoires auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article 23, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 29

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 28, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée ou qui y auront adhéré.
La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.
La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires ou unités territoriales auxquels s'applique la Convention.

Such declaration, as well as any subsequent extension, shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article 24

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that the Convention shall apply to all its territorial units or only to one or more of them, and may extend its declaration at any time thereafter.

These declarations shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, and shall state expressly the territorial unit to which the Convention applies.

Article 25

Contracting States may, from time to time, declare that certain categories of persons having their nationality are not to be considered their nationals for the purposes of the Convention.
Such a declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article 26

No reservation to the Convention shall be permitted.

Article 27

A Contracting State desiring to make one of the declarations envisaged by Article 4 *bis*, the fourth paragraph of Article 8 or Article 20 shall notify such declaration to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.
Notice shall be given in the same manner of any modification or withdrawal of such a declaration.

Article 28

The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Articles 21 and 22.
Thereafter the Convention shall enter into force

(1) for each State ratifying, accepting, approving or acceding to it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

(2) for a territory to which the Convention has been extended in conformity with Article 23, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that Article.

Article 29

The Convention shall remain in force for five years from the date of its entry into force in accordance with the first paragraph of Article 28 even for States which subsequently have ratified, accepted, approved it or acceded to it.
If there has been no denunciation, it shall be renewed tacitly every five years.
Any denunciation shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, at least six months before the expiry of the five year period. It may be limited to certain of the territories or territorial units to which the Convention applies.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée.
La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 30

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 22:

1 les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 21;

2 les adhésions visées à l'article 22;

3 la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 28;

4 les extensions visées à l'article 23;

5 les dénonciations visées à l'article 29;

6 les déclarations mentionnées aux articles 24, 25 et 27.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye le ..... 19.. en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

The denunciation shall have effect only as regards the State which has notified it. The Convention shall remain in force for the other Contracting States.

Article 30

The Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands shall notify the States Members of the Conference, and the States which have acceded in accordance with Article 22, of the following:

1 the signatures and ratifications, acceptance and approvals referred to in Article 21;

2 the accessions referred to in Arcle 22;

3 the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 28;

4 the extensions referred to in Article 23;

5 the denunciations referred to in Article 29;

6 the declarations referred to in Articles 24, 25 and 27.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the .... day of .... 19.., in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through the diplomatic channel to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Thirteenth Session.

Documents de travail Nos 5 à 8

Distribués le 21 octobre 1976

No 5 – Proposal of the United Kingdom delegation

Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes. Drafting changes – General

1 that the Convention should be drafted, in principle in prescriptive language,

2 that 'however' *should be substituted for* 'nonetheless' *whenever the latter word appears.*

No 6 – Amendement au Document de travail No 1 relatif au projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

(Rédaction proposée par le Rapporteur)

Rédiger ainsi l'article 6:

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.
Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis:

1 lorsqu'ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet Etat est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou

2 lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou

3 lorsqu'ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3.

Read article 6 as follows:

The law applicable under the Convention continues to apply so long as the spouses have not designated a different applicable law and notwithstanding any change of their nationality or habitual residence.
Nonetheless, if the spouses have neither designated the applicable law nor concluded a marriage contract, the internal law of the State in which they both have their habitual residence shall become applicable, in place of the law previously applicable:

1 when that habitual residence is established in that State, if the nationality of that State is their common nationality, or otherwise from the moment they become nationals of that State, or

2 when, after the marriage, that habitual residence has endured for a period of not less than ten years, or

3 when that habitual residence is established, in cases when the matrimonial property regime was subject to the law of the State of the common nationality solely by virtue of sub-paragraph 3, paragraph 2 of Article 4.

No 7 – Proposal of the United Kingdom delegation

Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

Minor drafting changes to existing text

Article 3, para. 3: Delete final sentence, and alter existing text of final sentence to read:

... in whole or in part, which may belong to them at present or which they may subsequently acquire, the law of the place where those immovables are or may be situated.

Article 7: Delete the word 'persons' *and substitute* 'parties'.

Article 5: Paragraph 1 should read During marriage the spouses may subject their matrimonial property regime to an internal law other than that previously applicable.
Paragraph 3 should be made consistent with Article 3, para. 3.

Article 8, para. 2: delete 'the law of'.
Para. 3 should be amended to read: In relation to immovable property Contracting States may make analogous provisions.
Para. 4: for 'Each Contracting State' *read* 'Contracting States'.

Delete sub-paragraphs (1), (2) and (3) of article 6 and substitute:

1 When the spouses, not having the common nationality of that State, subsequently acquire common nationality there.

2 When, after the marriage, that habitual residence has endured to a period of not less than X years.

3 When that habitual residence is established, in cases where the matrimonial property regime was subject to the law of the State of the common nationality solely by virtue of sub-paragraph 3, paragraph 2 of Article 4.
Note: Paragraphs 2 and 3 shall make drafting changes only.

Article 11: delete second sentence.

Article 12: delete 'the marriage contract' *and substitute* 'marriage contracts'. *Delete also* 'where it was made' *and substitute* 'where such designation was made'.

Article 14: The reference should be to sub-paragraph 1 of paragraph 2 of article 6.

No 8 – Proposal of the United Kingdom delegation

Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

Article 20

Amend first paragraph to read:

The Convention shall not apply to spouses who marry in a State or in a territorial unit of a State before the Convention comes into force in that State or in that territorial unit or to spouses who, before that date, make a designation of the applicable law.

Document de travail No 9

Distribué le 21 octobre 1976

Proposition du Comité de rédaction relative au projet de Convention sur la loi applicable au régimes matrimoniaux

Voeu:

Enfin, la Conférence a émis le voeu suivant:

Que les Etats Parties à la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux prennent les dispositions 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:

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 du fait que cette loi peut changer dans certains cas;

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.

Proposal by the Drafting Committee relating to the draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

Wish:

Finally, the Conference expresses the following wishes –

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:

a of the possibility open to spouses to designate, within certain limits, and in observance of 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 fact that in the absence of a choice by the spouses a law will be applicable to the matrimonial regime, and of the fact that the law may change in certain cases;

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

Document de travail No 9

Procès-verbal No 2

Séance du jeudi 21 octobre 1976

La séance est ouverte à 16 h. 40 sous la présidence de M. Schultsz, Président de la Treizième session.

Le Président ouvre la séance et propose aux Délégués d'aborder premièrement la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Les articles de cette Convention seront soumis successivement aux Délégués, sans qu'il en soit donné lecture, et, faute d'observation, ils seront considérés comme adoptés. La Convention sera mise au vote en son entier.
Le Président prie les Délégués de ne pas remettre en cause le fond de la Convention.
Il invite M. von Overbeck à introduire la Convention.

M. von Overbeck (Suisse) (Rapporteur de la Commission I), après avoir rappelé que le système de l'avant-projet avait été retenu, s'attache à relever quatre types d'observations:

Le Rattachement

Dans le cadre du rattachement subjectif, la règle de l'autonomie de la volonté a été respectée. Les époux pourront choisir la loi applicable à leur régime matrimonial et ce dans un éventail assez large. Ils devront toutefois opter pour une loi avec laquelle il existe des liens de rattachement, ainsi que le précise l'article 3. Cette loi reste applicable jusqu'à nouveau choix, lequel rend la nouvelle loi applicable à l'ensemble de leurs biens. Cela ne signifie cependant pas que des actes faits selon l'ancienne loi seraient remis en question en application de la nouvelle loi. Le Rapporteur observe que l'option en faveur de l'autonomie de la volonté constitue une nouveauté importante pour un grand nombre d'Etats. C'est là un progrès indéniable dans cette matière, dont il faut se réjouir.
A défaut de choix des époux, c'est un *rattachement objectif* qui décidera de la loi applicable au régime matrimonial des époux. La Commission se devait de compromettre entre les 2 facteurs de rattachement les plus usuels: la loi nationale et la résidence habituelle (domicile). Pour l'essentiel, poursuit le Rapporteur, l'édifice initial a été maintenu: la résidence habituelle constitue le facteur de rattachement primaire. Mais une nuance importante a été apportée en faveur de l'application de la loi nationale. La pierre angulaire du système se trouve sans doute l'article 4, alinéa 2, 1): chaque Etat pourra faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne au lieu de la loi de la résidence. On observera que, cette déclaration une fois faite, elle sera respectée par tous les Etats contractants. L'article 4, alinéa 2, chiffre 2, étend l'application de la loi nationale commune à des époux ressortissants d'un Etat non contractant attaché au principe de nationalité lorsque ces époux résident dans un Etat contractant ou non dont le droit international privé est également favorable à l'application de la loi nationale.

Pour le cas où les époux n'auraient pas de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, leur loi nationale commune sera appliquée au régime matrimonial. Enfin, dans une hypothèse d'application probablement exceptionnelle, lorsque les époux n'ont ni résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat ni nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi de l'Etat avec lequel ils présentent les liens les plus étroits.
Ainsi la Convention rend compte de toutes les situations possibles en cette matière: aucune hypothèse ne peut théoriquement sortir du schéma établi. Cette manière de voir devrait être approuvée car elle n'autorise désormais plus l'application de règles de conflit nationales: les règles conventionnelles les remplacent.

La mutabilité de la loi applicable

Tout d'abord le Rapporteur souligne que la plupart des Etats appliquant le principe de la loi nationale se sont déclarés favorables à un régime d'immutabilité, tandis que ceux qui étaient favorables au principe de la loi domiciliaire penchaient pour la règle de la mutabilité. Pour l'essentiel, le principe de la mutabilité tel qu'il se trouvait à l'avant-projet a été maintenu. D'une part, dans le cadre de la loi d'autonomie, les époux restent autorisés à désigner une nouvelle loi applicable, voire à en désigner une après application d'une première loi en vertu d'un facteur de rattachement objectif. D'autre part, dans le cadre du rattachement objectif, la loi de la résidence habituelle devient applicable s'ils fixent leur résidence habituelle dans l'Etat de leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité. La loi de la résidence remplace la loi de la nationalité lorsque les époux ont eu cette résidence habituelle pendant au moins dix ans dans ledit Etat.
Le Rapporteur signale qu'en vertu de la non-rétroactivité de la nouvelle loi applicable, les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à cette nouvelle loi. La Commission a ainsi maintenu le système dit des «wagons».

La forme

A ce sujet, la Commission a adopté des règles plus claires, distinguant dans les articles 11 et 12 la forme du contrat de mariage et la forme du choix de la loi applicable.

Les rapports avec les tiers

La loi désignée en vertu de la Convention s'appliquera également aux relations des époux avec les tiers sous réserve d'une certaine nuance que l'on trouvera à l'article 8, le droit d'un Etat contractant pouvant prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire à moins que des conditions de publicité aient été remplies, ou que le rapport juridique entre ces époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devrait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Mr Anton (United Kingdom) introduced Working Document No 5, proposal of the United Kingdom. He stated that the use of prescriptive language in drafting the Convention was a tradition of the Conference, and explained the necessity of distinguishing between prescriptive and permissive language in legislative instruments.

Votes

Following a brief discussion, the Delegates moved to a vote on the first alternative contained in Working Document No 5.

The proposal was rejected by 4 votes to 2, with 15 abstentions.

Proceeding to the second proposal contained in Working Document No 5, the vote was divided, 3 votes to 3, with 13 abstentions.
The proposal was withdrawn by the United Kingdom delegation.

Le Président introduit la lecture systématique de la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

Le titre et le préambule sont aussitôt adoptés.

Après lecture de l'article 1, **M. Jenard** (Belgique) estime que la présence de l'adverbe «notamment» est inopportune. **Le Rapporteur** lui répond que l'introduction de cet adverbe vise à éviter une confusion d'interprétation, suivant laquelle seules trois hypothèses seraient exclues expressément du champ d'application de la Convention.

M. Loussouarn (France), prolongeant l'idée du Délégué belge, estime lui aussi la présence de ce mot insolite. Il constitue une incohérence de pensée. Au surplus, la suppression de celui-ci ne saurait entraîner une interprétation restrictive des trois exclusions mentionnées.

Le Président met la proposition belge au vote.

Vote

– en faveur de la suppression du mot «notamment»: 12 voix (Australie, Belgique, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Irlande, Luxembourg, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie);
– contre sa suppression: 6 voix (Allemagne, Autriche, Danemark, Egypte, Espagne, Pays-Bas);
– abstentions: 3 voix (Brésil, Canada, Italie).

La proposition est adoptée.

Moyennant cette modification l'article 1 est adopté.

Le Président introduit alors l'article 2. Aucun commentaire. *L'article 2 est adopté.*

Mr Anton (United Kingdom) introduced Working Document No 7, the proposal of the United Kingdom. He explained that the first proposal contained in that Working Document was designed to bring the subsequent acquisition of immovables within the context of the power of the spouses to designate the applicable law. Following a brief discussion, it was agreed that 'in whole or in part', Working Document No 1, was to be replaced by 'all or some of the', and that the phrase 'or may be', Working Document No 7, should not be inserted in the text of article 3, last paragraph.

Vote

The proposal to amend article 3, last paragraph, to read as one sentence, was rejected by 16 votes to one with 3 abstentions.

The view having been expressed that article 3, last paragraph, should include a reference to immovables which might belong to either of the spouses, it was agreed that article 3 last paragraph, should be referred to the Drafting Committee for their consideration.

Article 3, Working Document No 1, *was adopted* in the drafting to appear in the Final Act.

Article 4, Working Document No 1, *was adopted* in the drafting to appear in the Final Act.

*Article 4*bis, Working Document No 4, *was adopted* in the drafting to appear in the Final Act.

Article 5, Working Document No 1, *was adopted* in the drafting to appear in the Final Act.

Le Président introduit la discussion de l'article 6 figurant dans le Document de travail No 6. Cet article est appelé à devenir l'article 7 dans le texte final.
Sur le plan de la terminologie, **le Rapporteur** signale que de récents changements ont été apportés à l'alinéa 2 de cet article. Toutefois, à la suite d'une observation de la délégation française, il est convenu de revenir à l'ancienne rédaction.

M. Anton (Royaume-Uni) présente alors la proposition de la délégation britannique visant à modifier l'article 6, alinéa 2. Pour l'essentiel, cette proposition tend à accroître le champ d'application de la loi de la résidence au détriment de la loi nationale. Le Rapporteur répond que la Commission a cherché une solution de compromis en dosant l'application de la loi nationale et celle de la loi domiciliaire. Changer l'équilibre trouvé comporterait un certain nombre de risques. D'autre part, il fait observer que toute règle de droit international privé peut conduire à des solutions absurdes à partir d'exemples bien choisis.
De son côté, **Mlle Perez Vera** (Espagne) souligne le caractère peu satisfaisant de la primauté de la loi de la résidence sur la loi nationale pour un grand nombre de travailleurs migrants espagnols qui, après avoir travaillé à l'étranger reviennent s'établir en Espagne. Elle ne voit pas comment les pays partisans du principe de l'application de la loi nationale pourraient encore faire des concessions aux pays partisans de l'application de la loi de la résidence.
M. Loussouarn (France) déclare qu'il convient de maintenir le *statu quo.*

Le Président met la proposition britannique au vote.

Vote

– en faveur de cette proposition: 1 voix (Royaume-Uni;
– contre: 20 voix (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie);
– abstention: 1 voix (Egypte).

La proposition est rejetée.

L'article 6 est adopté.

Le Président met la discussion en continuation à 21 heures, et lève la séance à 18 h. 40.

La séance reprend à 21 h. 10.

Le Président introduit *l'article 7.* Moyennant quelques modifications rédactionnelles, celui-ci *est adopté.*
Il introduit alors *l'article 8* qui *est adopté* dans les mêmes circonstances.
Les articles 9, 10, 11, 12, 13 et 14 sont alors adoptés sous réserve de certaines modifications mineures confiées au Comité de rédaction.
Le Président introduit alors l'article 15.

Le Rapporteur indique que la référence à l'article 4, alinéa 2 vise l'ensemble de cet alinéa, mais qu'en réalité c'est surtout l'article 4, alinéa 2, chiffre 3 qui est visé par là.

M. Huss (Luxembourg) se demande ce qu'il faut entendre par la référence à la loi nationale d'un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales. Il y aurait apparemment une incohérence à utiliser ce genre de terminologie. Cette question est renvoyée au Comité de rédaction. Pour le surplus *l'article 15 est adopté.*

L'article 16 est ensuite adopté sans commentaires.

Le Président introduit alors l'article 17. A la suite d'une observation de **M. Huss** (Luxembourg), **le Rapporteur** indique que la Convention n'entend pas projeter les règles qu'elle introduit dans la sphère des conflits internes. Tel est le sens de cet article qui lui parait s'insérer de manière convenable dans l'économie générale de cette Convention.

M. Yadin (Israël) propose alors que l'on supprime le dernier membre de la phrase *lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la Convention.*
La Commission ne suit pas cette proposition et *l'article 17 est adopté.*

Le Président introduit alors *l'article 18* qui *est adopté* sous réserve de quelques modifications rédactionnelles.

Mr Kopáč (Czechoslovakia) considered that article 19, Working Document No 4, comprised too extensive a restriction on the freedom of States to conclude conventions. As such it was contrary to the traditions of the Hague Conference. Furthermore it constituted a barrier to ratification. He considered that article 19 of the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations was a more acceptable alternative.

In reply, **the Rapporteur** pointed out that article 19 as proposed was narrower in scope than article 19 of the Maintenance Convention. Marriage was an all-embracing concept, whereas matrimonial property regimes related to more specific matters.

The proposal of Czechoslovakia was supported by **Mr Matić** (Yugoslavia) who suggested a solution along the lines of article 18 of the Convention on Recognition of Divorces and Legal Separations.

Mr Philip (Denmark), Chairman of the Commission I, rejoined that the Divorce Convention had as its object the securing of recognition and it permitted the States to recognise more widely than was specified in the Convention. Accordingly, it was not on a par with article 19 as proposed.
A vote was taken on the proposal that article 19 as proposed should be replaced by this text–
The Convention does not affect any international instrument to which a State is or may become a Party and which relates to matrimonial property regimes.

Vote

The proposal was adopted by 16 votes to 2, with 5 abstentions. Article 19, Working Document No 4 was adopted in terms of the proposal of Czechoslovakia.

Mr Yadin (Israel) queried why article 20 proposed a solution which was drafted in opposed terms to that contained in article 15 of the proposed text of the draft Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages, Working Document No 31 (Commission III), to which **Mr Philip** (Denmark), Chairman of Commission I, replied that where a marriage was concluded before the Convention came into force, an existing matrimonial property regime would exist. The Commission had declined to impose retroactive effect on such marriages, preferring to grant the State a power to include such prior marriages.

Articles 20, 21, 22 and 23, Working Document No 4, *were adopted* in the drafting to appear in the Final Act.

Mr Nygh (Australia) wished it to be recorded that the Australian delegation could not support article 24 as proposed.

Article 24, Working Document No 4, *was adopted* in the drafting to appear in the Final Act.

Mr Yadin (Israel) objected to the text of article 25 as proposed, for he considered that it raised the possibility of a State exercising discrimination against the nationals of that State.

Mr Anton (United Kingdom) explained that United Kingdom law did not know of separate categories of nationals, merely one concept of nationality, but within that one concept of nationality there existed various categories of citizenship. It was too difficult to draft a proposal to accommodate those distinctions. He was prepared to accept the recommendation of the Secretary-General that the proposal be cast in terms whereby a Contracting State would declare which categories of persons were to be considered nationals of the State.

M. Francescakis (Grèce) propose de supprimer l'article 25, dont il ne perçoit pas l'utilité. **M. Loussouarn** (France) est quant à lui partisan du *statu quo.*

Le Président met alors la proposition grecque au vote.

Vote

– en faveur de la suppression de l'article 25: 9 voix (Egypte, Espagne, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Luxembourg, Suisse, Tchécoslovaquie);
– contre cette suppression: 6 voix (Australie, Canada, Danemark, Finlande, Pays-Bas, Royaume-Uni);
– abstentions: 8 voix (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Japon, Norvège, Suède, Yougoslavie).

La proposition grecque est adoptée, *l'article 25 est supprimé.*

Le Président présente alors *l'article 26* qui *est adopté* sans commentaire. Il introduit alors l'article 27.

M. Jenard (Belgique) s'interroge sur les déclarations que les Etats contractants sont appelés à faire aux termes des articles 4 *bis,* 8, alinéa 4 et 20. Si les deux premières lui paraissent compréhensibles, il se demande l'effet de celle prévue à l'article 20. D'autant plus qu'aucune sanction ne saurait être imposée à l'Etat qui ne respecterait pas cette disposition.

M. Philip (Danemark), président de la Commission I, répond que cette objection n'est en effet pas négligeable; dans la mesure où l'ordre juridique international n'est pas mieux organisé, aucun Etat ne saurait être sanctionné. Mais l'article 20 a pour objectif de permettre l'application de la Convention de la manière la plus large.
Il est décidé que le Rapport mentionnera ce problème.

L'article 27 est alors adopté.

Les articles 28, 29 et 30 sont également adoptés dans la version figurant à l'Acte final.

Le Rapporteur présente alors une nouvelle rédaction pour l'article 3, alinéa 3 et l'article 5, alinéa 3 (Doc.

trav. No 12). Cet article vise à tenir compte d'une proposition anglaise.

Après une brève discussion, **le Président** soumet cette proposition au vote.

Vote

– en faveur du Document de travail No 12: 11 voix (Allemagne, Canada, Danemark, Finlande, Grèce, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie);
– contre ce Document de travail: 5 voix (Australie, Autriche, Belgique, Egypte, France);
– abstentions: 8 voix (Espagne, Irlande, Israël, Italie, Japon, Norvège, Suède, Yougoslavie).

Le Document de travail No 12 est adopté.

Il est également décidé de faire reviser les articles 3, alinéa 3 et 5, alinéa 3 par le Comité de rédaction.

Mr Anton (United Kingdom) introduced Working Document No 13 and reiterated the views expressed previously on the subject (see, Commission I, P. V. No 14). He was supported by **Mr Nygh** (Australia) who explained that the problem for the United Kingdom stemmed from the 1948 Nationality Act, whereby a distinction was drawn between nationality and citizenship.

Mr Philip (Denmark), Chairman of Commission I, raising a point of order, explained that the Commission had always attempted to accommodate individual problems. The vote had not been an expression of a refusal to accommodate, but merely reflected the unsuitability of the text proposed. He suggested that the matter be suspended so as to allow for more suitable drafting and that it should be adopted in the Plenary Session of the following day.

In reply **the President** ruled that the matter was suspended.

Le Rapporteur présente alors la proposition du Comité de rédaction relative au point final au texte de la Convention (Doc. trav. No 9). Il indique que le texte initial a été quelque peu modifié. Ainsi une distinction a été mieux établie entre les trois aspects sur lesquels la Convention voudrait insister.
D'autre part, il convenait également d'en élargir la portée en demandant aux Etats Parties à la Convention d'informer le «public» et pas uniquement leurs nationaux. Sur ces entrefaites, **M. Beitzke** (Allemagne) souhaite que le voeu s'adresse non seulement aux Etats Parties à la Convention mais à tous les autres Etats afin que la publicité en puisse être la plus large possible.

Le Secrétaire général lui répond que le texte actuel devrait être maintenu car il indique clairement les trois moments importants où des liens se tissent entre des particuliers et l'Etat: le moment où ils viennent y établir leur résidence habituelle et enfin celui où ils le quittent. A ces trois moments, les particuliers ont nécessairement des rapports administratifs avec l'Etat en question.

Il est alors décidé d'adopter le Voeu dans sa rédaction proposée au Document de travail No 9. [1]

[1] Ce Voeu a été inséré dans la partie D, 2 de l'Acte final par décision de la séance plénière prise lors de la séance du 22 octobre 1976 (voir Procès-verbal No 4 de la séance plénière, *in fine*, *Actes et documents de la Treizième session*, tome I).

Le Président déclare alors terminé le débat relatif au projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, sous la réserve des points susmentionnés, ajournés au 22 octobre 1976. Il propose à l'assemblée plénière de procéder à un vote global.

Vote

– pour la Convention: 2 voix (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Yougoslavie);
– contre la Convention: 0 voix;
– abstentions: 2 voix (Egypte, Luxembourg).

La Convention est adoptée.

Le Président lève la séance à 23 h. 25.

Documents de travail Nos 12, 13 et 15

Distribués le 22 octobre 1976

No 12 – Proposition de rédaction émanant du Rapporteur

Projet de Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

Article 3, alinéa 3 et article 5, alinéa 3

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents [ou par l'article 3], ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs [or under Article 3], may designate with respect to all or some of the immovables, the law of the place where these immovables are situated. They may also provide that any immovables which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovables are situated.

No 13 – Proposal of the United Kingdom delegation

Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

Article X

Contracting States shall not treat as its nationals for the purpose of this Convention persons who, though possessing its nationality, are citizens of a State to which this Convention does not apply.

No 15 – Proposition du Comité de rédaction

Article 26 – Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

Article 25 – Convention sur le mariage

Un Etat contractant qui connaît, à la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat, un système complexe d'allégeance nationale peut spécifier à tout moment par déclaration comment une référence à sa loi nationale doit être interprétée aux fins de la Convention.

Article 26 – Draft Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

Article 25 – Draft Convention on Marriage

A Contracting State having at the date of the entry into force of the Convention for that State a complex system of national allegiance may specify from time to time by declaration how a reference to its national law shall be construed for the purposes of the Convention.

Procès-verbal No 3

Séance du vendredi 22 octobre 1976

EXTRAIT: DISCUSSIONS RELATIVES A L'ARTICLE 25 DU PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX [1]

The President then turned to Working Document No 15. He explained the background to this document. At the previous Plenary Meeting a vote had been taken to exclude article 25 from the Convention on Matrimonial Property Regimes. A similar article appeared as article 25 of the Marriage Convention.
The problem was caused by the complicated nature of the laws on British nationality.

Mr Philip (Denmark), Chairman of Commission I, explained that the proposal in Working Document No 15 had been worked out by a special Drafting Committee which had met on the previous night. The Draft was acceptable to the various States interested. It provided that *A Contracting State having at the date of the entry into force of the Convention for that State a complex system of national allegiance may specify from time to time by declaration how a reference to its national law shall be construed for the purposes of the Convention.* He thought this right existed already under general public international law. But it was more acceptable to those concerned to include a special provision in the Convention. The concept of national allegiance was perhaps a bit vague but was nonetheless useful. The French equivalent, although a bit archaic, could be found in French legislation.

Mr Anton (United Kingdom) explained that in the British Commonwealth 'nationality' had a special meaning, reflecting the idea of allegiance to the Queen. Many people owing this allegiance, in different countries around the world, were British nationals but were yet citizens of their own States. Mr Nygh, for example, was an Australian citizen but a British national. Other countries should not have to treat as United Kingdom nationals for the purposes of the Convention persons who were citizens of Commonwealth States.
The problem was not the United Kingdom's problem but was a problem for other States. It would lead to unjust results, and results contrary to the expectations of parties, if the courts in other countries had to apply the Convention as if individuals were nationals of the United

[1] Le début et la fin de ce Procès-verbal sont consacrés aux discussions relatives au projet de Convention sur le célébration et la reconnaissance de la validité des mariages et à la Décision sur l'achèvement des travaux en matière de contrats d'intermédiaires.

Kingdom when such individuals were citizens of Commonwealth countries other than the United Kingdom. The proposal in Working Document No 15 would meet the needs of the situation and met with his approval. The United Kingdom delegation had closely examined the text of the Marriage Convention and had concluded that it was unnecessary to have a provision on the lines of Working Document No 15 in that Convention. He proposed therefore the deletion of article 25 of the Marriage Convention as unnecessary. However such a clause was necessary in relation to the Convention on Matrimonial Property Regimes. He therefore invited the Conference to agree to the insertion of the clause proposed in Working Document No 15 in the Convention on Matrimonial Property Regimes.

Mr Philip (Denmark), Chairman of Commission I, supplemented Mr Anton's explanation on one point. Under the Convention on Matrimonial Property Regimes, cases where people had dual nationality were treated differently from cases where they had only one common nationality. It was therefore desirable to make it clear that an Australian, for example, did not have dual nationality by the mere fact of being an Australian citizen and a British national.

Mr Yadin (Israel) said that he had been the main objector to article 25 of the Convention on Matrimonial Property Regimes. He wished to state that he had no objection to the wording of Working Document No 15.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) pointed out that in article 3 of the Marriage Convention a reference was made to nationality. He thought that it might be useful for that reason to have a declaration from the United Kingdom as to the persons to be treated as its nationals. He therefore wondered whether the provision might not be desirable in the Marriage Convention as well in the Convention on Matrimonial Property Regimes.

Mr Anton (United Kingdom) said that article 3 imposed an obligation to celebrate a marriage where the future spouses met the substantive requirements of the internal law of the State of celebration and one of them had the nationality of that State or habitually resided there. He thought that the State of celebration could be left to decide who were its nationals for the purpose of this article.

M. Huss (Luxembourg) propose de remplacer dans le Document de travail No 15 le mot «interprétée» par «entendue», une notion ou catégorie juridique ne s'interprétant pas à proprement parler.

Finally, it was decided that the proposal in Working Document No 15 would be inserted as article 26 of the Convention on Matrimonial Property Regimes. Article 25 of the Marriage Convention would be deleted.

Acte final

Extrait de l'Acte final de la Treizième session [1]

CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX

Les Etats signataires de la présente Convention,

Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux régimes matrimoniaux,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes:

[1] Texte complet de l'Acte final, voir *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, tome I.

Extract from the Final Act of the Thirteenth Session [1]

CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

The States signatory to this Convention,

Desiring to establish common provisions concerning the law applicable to matrimonial property regimes,

Have resolved to conclude a Convention for this purpose and have agreed upon the following provisions –

[1] For the complete text of the Final Act, see *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, tome I.

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux.
Elle ne s'applique pas:

1 aux obligations alimentaires entre époux;

2 aux droits successoraux du conjoint survivant;

3 à la capacité des époux.

Article 2

La Convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un Etat contractant.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.
Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

1 la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation;

2 la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation;

3 la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.
Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 4

Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.
Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux:

1 lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet Etat et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article;

2 lorsque cet Etat n'est pas Partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage:

a dans un Etat ayant fait la déclaration prévue par l'article 5, ou

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

This Convention determines the law applicable to matrimonial property regimes.
The Convention does not apply to –

1 maintenance obligations between spouses;

2 succession rights of a surviving spouse;

3 the capacity of the spouses.

Article 2

The Convention applies even if the nationality or the habitual residence of the spouses or the law to be applied by virtue of the following Articles is not that of a Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

The matrimonial property regime is governed by the internal law designated by the spouses before marriage. The spouses may designate only one of the following laws –

1 the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

2 the law of the State in which either spouse has his habitual residence at the time of designation;

3 the law of the first State where one of the spouses establishes a new habitual residence after marriage.

The law thus designated applies to the whole of their property.
Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, may designate with respect to all or some of the immovables, the law of the place where these immovables are situated. They may also provide that any immovables which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovables are situated.

Article 4

If the spouses, before marriage, have not designated the applicable law, their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State in which both spouses establish their first habitual residence after marriage.
Nonetheless, in the following cases, the matrimonial property regime is governed by the internal law of the State of the common nationality of the spouses –

1 where the declaration provided for in Article 5 has been made by that State and its application to the spouses is not excluded by the provisions of the second paragraph of that Article;

2 where that State is not a Party to the Convention and according to the rules of private international law of that State its internal law is applicable, and the spouses establish their first habitual residence after marriage –

a in a State which has made the declaration provided for in Article 5, or

b dans un Etat qui n'est pas Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale;

3 lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même Etat leur première résidence habituelle après le mariage.

A défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même Etat et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

Article 5

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne, selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 1.

Cette déclaration n'aura pas d'effet pour des époux qui conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où, au moment du mariage, l'un et l'autre avaient leur résidence habituelle depuis cinq ans au moins, sauf si cet Etat est un Etat contractant ayant fait la déclaration prévue par l'alinéa premier du présent article, ou un Etat non Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale.

Article 6

Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable.
Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

1 la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation;

2 la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.
Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ou par l'article 3, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 7

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.
Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis:

1 à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet Etat est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou

2 lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou

3 à partir du moment où ils y fixent leur résidence

b in a State which is not a Party to the Convention and whose rules of private international law also provide for the application of the law of their nationality;

3 where the spouses do not establish their first habitual residence after marriage in the same State.

If the spouses do not have their habitual residence in the same State, nor have a common nationality, their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State with which, taking all circumstances into account, it is most closely connected.

Article 5

Any State may, not later than the moment of ratification, acceptance, approval or accession, make a declaration requiring the application of its internal law according to sub-paragraph 1 of the second paragraph of Article 4.
This declaration shall not apply to spouses who both retain their habitual residence in the State in which they have both had their habitual residence at the time of marriage for a period of not less than five years, unless that State is a Contracting State which has made the declaration provided for in the first paragraph of this Article, or is a State which is not a Party to the Convention and whose rules of private international law require the application of the national law.

Article 6

During marriage the spouses may subject their matrimonial property regime to an internal law other than that previously applicable.
The spouses may designate only one of the following laws –

1 the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

2 the law of the State in which either spouse has his habitual residence at the time of designation.

The law thus designated applies to the whole of their property.
Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs or under Article 3, may designate with respect to all or some of the immovables, the law of the place where these immovables are situated. They may also provide that any immovables which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovables are situated.

Article 7

The law applicable under the Convention continues to apply so long as the spouses have not designated a different applicable law and notwithstanding any change of their nationality or habitual residence.
Nonetheless, if the spouses have neither designated the applicable law nor concluded a marriage contract, the internal law of the State in which they both have their habitual residence shall become applicable, in place of the law previously applicable –

1 when that habitual residence is established in that State, if the nationality of that State is their common nationality, or otherwise from the moment they become nationals of that State, or

2 when, after the marriage, that habitual residence has endured for a period of not less than ten years, or

3 when that habitual residence is established, in cases

habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3.

Article 8

Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 7, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir, et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.
Toutefois, les époux peuvent, à tout moment et dans les formes prévues à l'article 13, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi, sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dispositions de l'article 3, alinéa 4, et de l'article 6, alinéa 4. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Article 9

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention.
Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins:

1 que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies, ou

2 que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Le droit de l'Etat contractant où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.
Tout Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 du présent article.

Article 10

Les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi.

Article 11

La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

Article 12

Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé. Il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 13

La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

when the matrimonial property regime was subject to the law of the State of the common nationality solely by virtue of sub-paragraph 3 of the second paragraph of Article 4.

Article 8

A change of applicable law pursuant to the second paragraph of Article 7 shall have effect only for the future, and property belonging to the spouses before the change is not subject to the new applicable law.
Nonetheless, the spouses may at any time, employing the forms available under Article 13, subject the whole of their property to the new law, without prejudice, with respect to immovables, to the provisions of the fourth paragraph of Article 3 and the fourth paragraph of Article 6. The exercise of this option shall not adversely affect the rights of third parties.

Article 9

The effects of the matrimonial property regime on the legal relations between a spouse and a third party are governed by the law applicable to the matrimonial property regime in accordance with the Convention.
Nonetheless, the law of a Contracting State may provide that the law applicable to the matrimonial property regime may not be relied upon by a spouse against a third party where either that spouse or the third party has his habitual residence in its territory, unless –

1 any requirements of publicity or registration specified by that law have been complied with, or

2 the legal relations between that spouse and the third party arose at a time when the third party either knew or should have known of the law applicable to the matrimonial property regime.

The law of a Contracting State where an immovable is situated may provide an analogous rule for the legal relations between a spouse and a third party as regards that immovable.
A Contracting State may specify by declaration the scope of the second and third paragraphs of this Article.

Article 10

Any requirements relating to the consent of the spouses to the law designated as applicable shall be determined by that law.

Article 11

The designation of the applicable law shall be by express stipulation, or arise by necessary implication from the provisions of a marriage contract.

Article 12

The marriage contract is valid as to form if it complies either with the internal law applicable to the matrimonial property regime, or with the internal law of the place where it was made. In any event, the marriage contract shall be in writing, dated and signed by both spouses.

Article 13

The designation of the applicable law by express stipulation shall comply with the form prescribed for marriage contracts, either by the internal law designated by the spouses, or by the internal law of the place where it is made. In any event, the designation shall be in writing, dated and signed by both spouses.

Article 14

L'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

CHAPITRE III – DISPOSITIONS DIVERSES

Article 15

Aux fins de la Convention, une nationalité n'est considérée comme nationalité commune des époux que dans les cas suivants:

1 les deux époux avaient cette nationalité avant le mariage;

2 un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement, soit par une déclaration prévue à cet effet, soit en ne déclinant pas cette acquisition alors qu'il savait que ce droit lui était ouvert;

3 les deux époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage.

Sauf dans les cas visés par l'article 7, alinéa 2, chiffre 1, les dispositions se référant à la nationalité commune ne sont pas applicables lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune.

Article 16

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi nationale d'un tel Etat est entendue comme visant le système déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.
A défaut de telles règles, on entend par Etat dont un époux a la nationalité, au sens des articles 3, alinéa 2, chiffre 1, et 6, alinéa 2, chiffre 1, l'unité territoriale où cet époux a eu en dernier lieu sa résidence habituelle; de même, pour l'application de l'article 4, alinéa 2, on entend par Etat de la nationalité commune des époux l'unité territoriale où l'un et l'autre a eu, en dernier lieu, une résidence habituelle.

Article 17

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la résidence habituelle dans un tel Etat est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat.

Article 18

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits entre les lois de ces unités, lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la Convention.

Article 19

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en

Article 14

The application of the law determined by the Convention may be refused only if it is manifestly incompatible with public policy ('ordre public').

CHAPTER III – MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 15

For the purposes of the Convention, a nationality shall be considered the common nationality of the spouses only in the following circumstances –

1 where both spouses had that nationality before marriage;

2 where one spouse voluntarily has acquired the nationality of the other at the time of marriage or later, either by a declaration to that effect or by not exercising a right known to him or her to decline the acquisition of the new nationality;

3 where both spouses voluntarily have acquired that nationality after marriage.

Except in the cases referred to in sub-paragraph 1 of the second paragraph of Article 7, the provisions referring to the common nationality of the spouses are not applicable where the spouses have more than one common nationality.

Article 16

For the purposes of the Convention, where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes, any reference to the national law of such a State shall be construed as referring to the system determined by the rules in force in that State.
In the absence of such rules, a reference to the State of which a spouse is a national shall be construed, for the purposes of sub-paragraph 1 of the second paragraph of Article 3 and sub-paragraph 1 of the second paragraph of Article 6, as referring to the territorial unit where that spouse had his or her last habitual residence; and, for the purposes of the second paragraph of Article 4, a reference to the State of the common nationality of the spouses shall be construed as referring to the last territorial unit, if any, where each has had a habitual residence.

Article 17

For the purposes of the Convention, where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes, any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring to habitual residence in a territorial unit of that State.

Article 18

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts between the laws of such units where the law of no other State is applicable by virtue of the Convention.

Article 19

For the purposes of the Convention, where a State has

matière de régimes matrimoniaux, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.
A défaut de telles règles, la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux s'applique dans le cas prévu à l'article 4, alinéa premier, et la loi interne de l'Etat dans lequel ils avaient tous deux leur résidence habituelle reste applicable dans le cas prévu à l'article 7, alinéa 2, chiffre 2. A défaut de nationalité commune des époux, l'article 4, alinéa 3, s'applique.

Article 20

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Article 21

La Convention ne s'applique, dans chaque Etat contractant, qu'aux époux qui se sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet Etat.
Tout Etat contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention à d'autres époux.

CHAPITRE IV – CLAUSES FINALES

Article 22

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.
Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 23

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 24

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.
Cette déclaration, ainsi que toute extension ultérieure, seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 25

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment étendre cette déclaration.

two or more legal systems applicable to the matrimonial property regimes of different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the system determined by the rules in force in that State.
In the absence of such rules, the internal law of the State of the common nationality of the spouses applies under the circumstances referred to in the first paragraph of Article 4, and the internal law of the State where each has had a habitual residence continues to apply under the circumstances referred to in sub-paragraph 2 of the second paragraph of Article 7. In the absence of a common nationality of the spouses, the third paragraph of Article 4 applies.

Article 20

The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

Article 21

The Convention applies, in each Contracting State, only to spouses who have married or who designate the law applicable to their matrimonial property regime after the Convention enters into force for that State.
A Contracting State may by declaration extend the application of the Convention to other spouses.

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

Article 22

The Convention is open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Thirteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article 23

Any other State may accede to the Convention.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Article 24

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that the Convention shall extend to all the territories for the international relations of which it is responsible, or to one or more of them. Such a declaration shall take effect at the time the Convention enters into force for that State.

Such declaration, as well as any subsequent extension, shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of Netherlands.

Article 25

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law apply to matrimonial property regimes may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that the Convention shall apply to all its territorial units or only to one or more of them, and may extend its declaration at any time thereafter.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas et indiqueront expressément l'unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Article 26

Un Etat contractant qui connaît, à la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat, un système complexe d'allégeance nationale peut spécifier à tout moment, par déclaration, comment une référence à sa loi nationale doit être entendue aux fins de la Convention.

Article 27

Aucune réserve à la Convention n'est admise.

Article 28

Tout Etat contractant qui désire faire l'une des déclarations prévues aux articles 5, 9, alinéa 4, 21 et 26 la notifiera au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Toute modification ou retrait d'une déclaration sera notifié de la même manière.

Article 29

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 22 et 23.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

1 pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

2 pour les territoires auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article 24, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 30

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 29, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée, ou qui y auront adhéré.
La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.
La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires ou unités territoriales auxquels s'applique la Convention.
La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 31

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 23:

1 les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 22;

2 les adhésions visées à l'article 23;

These declarations shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, and shall state expressly the territorial unit to which the Convention applies.

Article 26

A Contracting State having at the date of the entry into force of the Convention for that State a complex system of national allegiance may specify from time to time by declaration how a reference to its national law shall be construed for the purposes of the Convention.

Article 27

No reservation to the Convention shall be permitted.

Article 28

Any Contracting State desiring to make one of the declarations envisaged by Article 5, the fourth paragraph of Article 9, Article 21 or Article 26 shall notify such declaration to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.
Notice shall be given in the same manner of any modification or withdrawal of such a declaration.

Article 29

The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Articles 22 and 23.
Thereafter the Convention shall enter into force –

1 for each State ratifying, accepting, approving or acceding to it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

2 for a territory to which the Convention has been extended in conformity with Article 24, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that Article.

Article 30

The Convention shall remain in force for five years from the date of its entry into force in accordance with the first paragraph of Article 29, even for States which subsequently have ratified, accepted, approved it or acceded to it.
If there has been no denunciation, it shall be renewed tacitly every five years.
Any denunciation shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, at least six months before the expiry of the five year period. It may be limited to certain of the territories or territorial units to which the Convention applies.
The denunciation shall have effect only as regards the State which has notified it. The Convention shall remain in force for the other Contracting States.

Article 31

The Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands shall notify the States Members of the Conference, and the States which have acceded in accordance with Article 23, of the following –

1 the signatures and ratifications, acceptances and approvals referred to in Article 22;

2 the accessions referred to in Article 23;

3 la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 29;

4 les extensions visées à l'article 24;

5 les dénonciations visées à l'article 30;

6 les déclarations mentionnées aux articles 25, 26 et 28.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le ..... 19.., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

3 the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 29;

4 the extensions referred to in Article 24;

5 the denunciations referred to in Article 30;

6 the declarations referred to in Articles 25, 26 and 28.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the .. day of ..... 19.., in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through the diplomatic channel, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Thirteenth Session.

La Conférence a émis le Vœu suivant:

VŒU

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:

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.

The Conference expresses the following Wish –

WISH

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 –

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.

Rapport

Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck

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 relater 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 redites.
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.

Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck

(TRANSLATION OF THE PERMANENT BUREAU)

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 perforce 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 lient des Etats membres de la Conférence de La Haye et règlent, 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 lient beaucoup d'Etats latino-américains.

6 La Treizième session de la Conférence, qui a siégé du 4 au 23 octobre 1976[1], 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 soussigné fut confirmé dans ses fonctions de rapporteur. M. G.A.L. Droz, secrétaire général adjoint, qui avait préparé les travaux par d'importants documents, assuma 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 rédaction[3], 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.

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 (1889 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 1976[1], 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 Committee[3], 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.

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. Signalons d'emblée que le système élaboré par la Commission spéciale a été maintenu dans ses grandes lignes. Le nombre de cas où la loi nationale commune sera applicable a été

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] 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'Egypte, l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique, 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), Nygh (Australie) et Leal (Canada). Le Secrétaire général adjoint de la Conférence et plusieurs des 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.

[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, Luxemburg, 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), Nygh (Australia) and Leal (Canada). The Deputy Secretary-General of the Conference and several *secrétaires-rédacteurs* 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).

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 counterbalanced 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).

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'eut 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-

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

sément 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. Verwilghen 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. Verwilghen on the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations, of October 1, 1973, and the preliminary draft Convention on which it was founded, *Actes et documents de la Douzième session, tome IV 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 accruing to a person on the death of the spouse that do not fall 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 Quebec 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 (*Procès-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 (*Procès-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, pous 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

[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.

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] *Procès-verbaux* Nos 3, 12 and 14, Plenary Session *Procès-verbal* 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 référait 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 '*régimes 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 sizeable 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-

inconvénients 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 matière de contrats de vente, par exemple. La Conférence 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 la loi de chaque Etat dont l'un d'eux a la nationalité, ou sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle, au moment 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 enfin qu'une proposition fut retirée, qui excluait le choix 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, *Procès-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 spéciale[2], 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] *Procès-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. Etant 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 pouvait 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, Doc. trav. No 20.
[5] P.-v. No 12

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 authentification 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, *Procès-verbal* No 12.
[3] *Procès-verbal* No 12.
[4] *Procès-verbal* No 12, Working Document No 20.
[5] *Procès-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 par un conjoint de la nationalité de l'autre, sans choix ou possibilité 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 heurterait 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. Signalons 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 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 faisait 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 was 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 principle of nationality thus remain subject to their common 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] *Procès-verbal* No 6. Article 8, first paragraph, of the Preliminary Draft looked to this criterion.
[2] *Cf. Procès-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

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

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] Working Document No 16, *Procès-verbal* No 6.
[2] *Procès-verbal* No 7.

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

4 *Résumé des cas ou 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 du 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 nationality-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 bij 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 la mutabilité, du rattachement objectif, ou plus exactement 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 relater 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.

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 objectivement 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 objectivement 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] *Procès-verbal* No 10.
[2] *Infra*, No 174.
[3] *Procès-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 pouvait 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

[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.

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] 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 retint 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 dénote 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:

Loi applicable avant le changement	*Nouvelle loi applicable*	
	Avant-projet	Convention
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	*a* —
	b Loi de l'Etat où les deux époux fixent leur résidence habituelle	*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	*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	*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

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, chiffre 3, ne cédera plus qu'à la loi d'un pays dans lequel 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.

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:

Law applicable before the change	*New applicable law*	
	Preliminary Draft	Convention
1 Common national law by declaration of a Contracting State (or, for the Convention, according to article 4, second paragraph, sub-paragraph 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
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	*a* —
	b 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	*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	*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 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 ici 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'avéra 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

[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.

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 permetting 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] *Procès-verbal* No 9.
[2] See *infra*, No 199.
[3] *Procès-verbaux* 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'attache 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 proposition[2] 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.[3]

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.[4] On a aussi estimé que

[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.

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] See *supra* No 73.
[2] Working Document No 41.
[3] Report of the Special Commission, No 112.
[4] Working Document No 37, *Procès-verbal* 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 ayant 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, *Procès-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, souhaitaient, 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 ou 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

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

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 conflicts 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] 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 EPOUX

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 manqueront 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 voeu 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 voeu 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

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 détermine 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.

Article premier – Le champ d'application ratione materiae

1 *Observations générales*

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.

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).

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.

2 *La notion de régimes matrimoniaux*

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 inévi-

[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.

Part two – Article-by-article commentary of the Convention

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

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 1 – The scope of application ratione materiae

1 *General observations*

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 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 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 *The concept of matrimonial property regimes*

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

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.[2] 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.[3]

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.[4]

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

[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.

escape it; 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] 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 *Procès-verbal* 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.

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'intercéder en faveur du mari (incapacité velléienne) 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 règle 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 characterised 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.

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 était convenue dans un contrat 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 *Procès-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 déploiera ses effets dès que l'un au moins des époux aura établi sa résidence habituelle dans le pays de la loi désignée[1]. 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 désignée[2]. La caducité du choix est irrémédiable 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 désignée. 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 condition 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 *Procès-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 seulement[1].

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*.

[1] Séance plénière, P.-v. No 2; Doc. trav. séance plénière Nos 7 et 12.

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] Plenary Session, *Procès-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 objectivement 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 partie[2], 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 hypothèses[3].

[1] P.-v. No 10.
[2] *Supra*, Nos 52–68.
[3] L'avant-projet laissait ce dernier cas ouvert, ce qui comportait le risque de voir un juge recourir aux anciennes règles de conflits particulières.

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 one[2], 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] *Procès-verbal* No 10.
[2] *Supra*, Nos 52–68.
[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 commune.

[1] Voir les divers cas *supra*, Nos 61–63 et l'exemple No 66.
[2] *Supra*, No 149.
[3] *Infra*, No 199.

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] See the various cases *supra*, Nos 61–63, and the example at No 66.
[2] *Supra*, No 149.
[3] *Infra*, No 199.

mune. 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 différents[1]. Mais là aussi, la loi nationale commune n'est applicable que si elle répond aux conditions posées par l'article 15[2].

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 importait 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 *Le principe*

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 retenir, 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.[2]

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 *Procès-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 reviser 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 haut[1], 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 above[1], 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 nationalié 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 donné[2] 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 State[2] 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] *Procès-verbal* 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 contractées 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 6[1].

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 was the 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 connaissaient 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'immeuble litigieux. A supposer donc qu'un litige surgisse 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*, fréquent 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 observé[3], 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 observed[3], 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 indubitablement 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, veuillent 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

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

lack capacity, they must secure the consents or joinders 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 4[2].

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] 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'écarter 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 *Procès-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 *Procès-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 interlocales 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 went 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 *Procès-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 territorialement 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'aucun 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'avant-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 marieront 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 Texanne, 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 interpersonal 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 *Procès-verbal* No 15, specifically the example of Droz, Plenary Session, *Procès-verbal* 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 62–63, 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 connexions 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 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 *Procès-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, *Procès-verbal* No 15.

Table du Rapport

Page

Introduction (Nos 1–8) 329

1 *Plan et objet du présent Rapport* (Nos 1–3) 329

2 *La marche des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé* (Nos 4–8) 329

Première partie – Principes généraux et genèse de la Convention (Nos 9–108) 330

CHAPITRE PREMIER – NATURE, CHAMP D'APPLICATION, STRUCTURE ET TERMINOLOGIE DE LA CONVENTION (Nos 10–30) 331

Section A – Nature et champ d'application de la Convention (Nos 10–22) 331

1 *L'objet de la Convention: la loi applicable aux régimes matrimoniaux* (Nos 10–12) 331

2 *L'unité du régime matrimonial* (No 13) 331

3 *Le caractère international des espèces réglées* (No 14) 331

4 *Le champ d'application de la Convention* (Nos 15–22) 332

a Le caractère universaliste de la Convention (Nos 15–16) 332

b Le champ d'application *ratione materiae* (Nos 17–19) 332

c Autres dispositions relatives au champ d'application (Nos 20–22) 333

Section B – La structure et la terminologie de la Convention (Nos 23–30) 334

1 *La structure de la Convention* (No 23) 334

2 *La terminologie utilisée* (Nos 24–30) 334

a Observations générales (Nos 24–26) 334

b Remarques de détail sur quelques termes (Nos 27–30) 334

CHAPITRE II – LE RATTACHEMENT SUBJECTIF (Nos 31–44) 335

Section A – Le principe de l'autonomie et son étendue (Nos 31–40) 335

1 *Le principe de l'autonomie* (Nos 31–33) 335

Table of the Report

Page

Introduction 329

1 *Plan and object of the present Report* (Nos 1–3) 329

2 *The course of the work of the Hague Conference on Private International Law* (Nos 4–8) 329

Part one – General principles and origin of the Convention (Nos 9–108) 330

CHAPTER I – NATURE, SCOPE OF APPLICATION, STRUCTURE AND TERMINOLOGY OF THE CONVENTION (Nos 10–30) 331

Section A – Nature and scope of the Convention (Nos 10–22) 331

1 *The object of the Convention – the law applicable to matrimonial property regimes* (Nos 10–12) 331

2 *Unity of the matrimonial property regime* (No 13) 331

3 *The international character of the cases covered* (No 14) 331

4 *The scope of the Convention* (Nos 15–22) 332

a The universal character of the Convention (Nos 15–16) 332

b The scope of application *ratione materiae* (Nos 17–19) 332

c Other provisions relating to the scope of application (Nos 20–22) 333

Section B – The structure and terminology of the Convention (Nos 23–30) 334

1 *The structure of the Convention* (No 23) 334

2 *The terminology employed* (Nos 24–30) 334

a General observations (Nos 24–26) 334

b Specific comments on some terms (Nos 27–30) 334

CHAPTER II – THE SUBJECTIVE CONNECTING FACTOR (Nos 31–44) 335

Section A – The principle of autonomy and its reach (Nos 31–40) 335

1 *The principle of autonomy* (Nos 31–33) 335

2 *L'étendue de l'autonomie* (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
b La loi de la future résidence habituelle (Nos 35–37) 336
c L'unité du régime matrimonial (No 38) 337
d Le moment du choix (Nos 39–40) 337
Section B – Les modalités du choix de la loi applicable et les règles de forme (Nos 41–44) 337
CHAPITRE III – LE RATTACHEMENT OBJECTIF (Nos 45–68) 338
1 *Les points de rattachement* (Nos 45–51) 338
a La résidence habituelle des époux dans un même Etat (Nos 46–47) 339
b La nationalité commune (Nos 48–51) 339
2 *Le compromis entre le principe de la nationalité et le principe du domicile (résidence habituelle)* (Nos 52–56) 340
3 *La mise en œuvre du compromis* (Nos 57–60) 341
4 *Résumé des cas où s'appliquent les divers rattachements* (Nos 61–63) 342
a Application de la loi de la résidence habituelle (No 61) 342
b Application de la loi nationale commune (No 62) 342
c Application de la loi avec laquelle le régime présente les liens les plus étroits (No 63) 342
5 *Les conséquences du système choisi* (Nos 64–68) 342
CHAPITRE IV – LA PERMANENCE OU LA MUTABILITÉ DU RATTACHEMENT (LE CONFLIT MOBILE) (Nos 69–96) 344
Section A – Le problème et sa portée (No 69) 344
Section B – La solution lorsque les parties ont désigné la loi applicable au régime matrimonial (Nos 70–72) 344
1 *La permanence du rattachement, sauf nouveau choix des parties* (No 70) 344
2 *Les effets d'un choix en cours de mariage* (Nos 71–72) 344
Section C – Le contrat de mariage dans le cadre de la loi objectivement applicable (No 73) 345
Section D – Le changement de la loi applicable en cas de rattachement objectif (Nos 74–96) 345
1 *L'opposition entre permanence et mutabilité du rattachement* (Nos 74–75) 345
2 *Le passage à la loi de la résidence habituelle des deux époux après un certain délai* (Nos 76–84) 346
3 *Les cas de mutabilité retenus dans l'avant-projet et dans la Convention* (Nos 85–88) 348
4 *La suppression de la disposition permettant à un époux d'opter pour le maintien de l'ancienne loi* (No 89) 349

2 *The reach of autonomy* (Nos 34–40) 336
a The choice of the national law or of the law of the habitual residence of a spouse (No 34) 336
b The law of the future habitual residence (Nos 35–37) 336
c Unity of the matrimonial property regime (No 38) 337
d The moment of choice (Nos 39–40) 337
Section B – The manner of choice of the applicable law and the rules as to form (Nos 41–44) 337
CHAPTER III – THE OBJECTIVE CONNECTING FACTOR (Nos 45–68) 338
1 *The points of connection* (Nos 45–51) 338
a The habitual residence of the spouses in the same State (Nos 46–47) 339
b The common nationality (Nos 48–51) 339
2 *The compromise between the principle of nationality and the principle of domicile (habitual residence)* (Nos 52–56) 340
3 *Putting the compromise to work* (Nos 57–60) 341
4 *Summary of cases where the various connecting factors apply* (Nos 61–63) 342
a Application of the law of the habitual residence (No 61) 342
b Application of the common national law (No 62) 342
c Application of the law with which the regime is the most closely connected (No 63) 342
5 *The consequences of the system chosen* (Nos 64–68) 342
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
Section A – The problem and its scope (No 69) 344
Section B – The solution when the parties have designated the law applicable to the matrimonial property regime (Nos 70–72) 344
1 *Permanence of the connecting factor in the absence of a new choice by the parties* (No 70) 344
2 *Effects of a choice during marriage* (Nos 71–72) 344
Section C – The marriage contract in the context of the objectively applicable law (No 73) 345
Section D – Shifting of the applicable law where the connecting factor is objective (Nos 74–96) 345
1 *The opposition between permanence and mutability of the connecting factor* (Nos 74–75) 345
2 *Transition to the law of the spouses' habitual residence after a certain period* (Nos 75–84) 346
3 *The cases of mutability adopted in the Preliminary Draft and in the Convention* (Nos 85–88) 348
4 *Elimination of the provision permitting a spouse to elect to retain the prior law* (No 89) 349

5 *Les effets du changement de la loi objectivement applicable* (Nos 90–96) 350

CHAPITRE V – LES RAPPORTS AVEC LES TIERS (Nos 97–106) 351

1 *L'application de la loi conventionnelle aux rapports avec les tiers* (Nos 97–101) 351

2 *Les cas où la loi conventionnelle n'est pas applicable aux tiers* (Nos 102–106) 352

CHAPITRE VI – LE VŒU RELATIF A L'INFORMATION DES EPOUX (Nos 107–108) 353

Deuxième partie – Commentaire par articles de la Convention (Nos 109–222) 354

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION (Nos 109–120) 354

Article premier – Le champ d'application ratione materiae (Nos 110–119) 354

1 *Observations générales* (Nos 110–112) 354

2 *La notion de régimes matrimoniaux* (No 113) 354

3 *Les exclusions de l'alinéa 2* (Nos 114–119) 355

a Chiffre premier: les obligations alimentaires entre époux (No 115) 355

b Chiffre 2: les droits successoraux du conjoint survivant (No 116) 355

c Chiffre 3: la capacité des époux (Nos 117–119) 355

Article 2 – Application générale des règles conventionnelles (No 120) 356

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE (Nos 121–194) 357

Articles 3 et 6 – Le rattachement subjectif (Nos 122–139) 357

1 *Observations générales* (Nos 122–126) 357

2 *La délimitation du domaine des articles 3 et 6* (No 127) 358

3 *Les lois internes qui peuvent être désignées de manière générale* (Nos 128–132) 358

a Articles 3 et 6, alinéa 2, chiffre premier: la loi nationale d'un époux (Nos 128–129) 358

b Articles 3 et 6, alinéa 2, chiffre 2: la loi de la résidence habituelle d'un époux au moment de la désignation (No 130) 359

c Article 3, alinéa 2, chiffre 3: la loi de la nouvelle résidence habituelle après le mariage (Nos 131–132) 359

4 *Articles 3 et 6, alinéa 4: le régime spécial des immeubles* (Nos 133–138) 359

5 *Les effets d'une désignation de la loi applicable après le mariage* (No 139) 361

5 *Effects of the shift of the objectively applicable law* (Nos 90–96) 350

CHAPTER V – RELATIONS WITH THIRD PARTIES (Nos 97–106) 351

1 *Application of the Convention's law to relations with third parties* (Nos 97–101) 351

2 *The cases where the Convention's law is not applicable to third parties* (Nos 102–106) 352

CHAPTER VI – THE WISH RELATING TO INFORMING THE SPOUSES (Nos 107–108) 353

Part two – Article-by-article commentary on the Convention (Nos 109–222) 354

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION (Nos 109–120) 354

Article 1 – The scope of application ratione materiae (Nos 110–119) 354

1 *General observations* (Nos 110–112) 354

2 *The concept of matrimonial property regimes* (No 113) 354

3 *The exclusion of the second paragraph* (No 114–119) 355

a Sub-paragraph 1 – maintenance obligations between spouses (No 115) 355

b Sub-paragraph 2 – succession rights of a surviving spouse (No 116) 355

c Sub-paragraph 3 – the capacity of the spouses (Nos 117–119) 355

Article 2 – General application of the Convention's rules (No 120) 356

CHAPTER II – APPLICABLE LAW (Nos 121–194) 357

Articles 3 and 6 – The subjective connexion (Nos 122–139) 357

1 *General observations* Nos 122–126) 357

2 *Delimitation of the scope of articles 3 and 6* (No 127) 358

3 *The internal laws which may be designated in a general manner* (Nos 128–132) 358

a Articles 3 and 6, second paragraphs, sub-paragraphs 1 – the national law of a spouse (Nos 128–129) 358

b Articles 3 and 6, second paragraphs, sub-paragraphs 2 – the law of the habitual residence of a spouse at the time of designation (No 130) 359

c Article 3, second paragraph, sub-paragraph 3 – the law of the new habitual residence after the marriage (Nos 131–132) 359

4 *Articles 3 and 6, fourth paragraphs – the special regime of immovables* (Nos 133–138) 359

5 *The effects of a designation of the applicable law after marriage* (No 139) 361

Articles 4 et 5 – Le rattachement objectif (Nos 140–159) 361

1 *Observations générales* (Nos 140–146) 361

2 *Article 4, alinéa premier: la première résidence habituelle des époux après le mariage* (Nos 147–149) 362

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

a Le principe (Nos 150–152) 362

b La déclaration de l'article 5 (Nos 153–154) 363

c Article 4, alinéa 2, chiffre premier: la nationalité commune d'un Etat qui a fait la déclaration (No 155) 363

d Article 4, alinéa 2, chiffre 2: la nationalité commune d'un Etat non contractant (No 156) 363

e Article 4, alinéa 2, chiffre 3: le rattachement subsidiaire à la nationalité commune (Nos 157–158) 364

f Article 4, alinéa 3: la solution à défaut de résidence habituelle dans le même pays et de nationalité commune (No 159) 364

Article 7 – La permanence du rattachement et ses exceptions (Nos 160–170) 364

1 *Le principe* (No 160) 364

2 *Article 7, alinéa premier: la permanence sauf volonté contraire des époux* (Nos 161–162) 365

3 *Article 7, alinéa 2: les exceptions à la permanence en cas de rattachement objectif* (Nos 163–170) 365

a Inapplicabilité des exceptions lorsque les parties ont fait un contrat de mariage (No 163) 365

b La loi de la résidence habituelle des époux comme nouvelle loi applicable (No 164) 366

c Article 7, alinéa 2, chiffre premier: coïncidence de la résidence habituelle et de la nationalité commune (Nos 165–167) 366

d Chiffre 2: résidence habituelle durant dix ans après le mariage (Nos 168–169) 367

e Chiffre 3: remplacement de la loi de la nationalité commune appliquée à titre subsidiaire (No 170) 367

Article 8 – Les effets du changement de la loi objectivement applicable (Nos 171–174) 367

1 *Le système retenu* (No 171) 367

2 *Article 8, alinéa premier: l'application* ex nunc *de la nouvelle loi* (Nos 172–173) 367

3 *Article 8, alinéa 2: la soumission de l'ensemble des biens à la loi nouvelle* (No 174) 368

Article 9 – Les rapports avec les tiers (Nos 175–184) 368

1 *Article 9, alinéa premier: le principe* (Nos 175–177) 368

Articles 4 and 5 – The objective connexion (Nos 140–159) 361

1 *General observations* (Nos 140–146) 361

2 *Article 4, first paragraph – the spouses' first habitual residence after marriage* (Nos 147–149) 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

a The principle (Nos 150–152) 362

b The article 5 declaration (Nos 153–154) 363

c Article 4, second paragraph, sub-paragraph 1 – common nationality of a State which has made the declaration (No 155) 363

d Article 4, second paragraph, sub-paragraph 2 – common nationality of a non-Contracting State (No 156) 363

e Article 4, second paragraph, sub-paragraph 3 – the subsidiary connexion to the common nationality (Nos 157–158) 364

f Article 4, third paragraph – the solution in the absence of habitual residence in the same State and of common nationality (No 159) 364

Article 7 – Permanence of the connexion and exceptions thereto (Nos 160–170) 364

1 *The principle* (No 160) 364

2 *Article 7, first paragraph – permanence except where the spouses' intention is to the contrary* (Nos 161–162) 365

3 *Article 7, second paragraph – exceptions to permanence in cases of objective connexion* (Nos 163–170) 365

a Inapplicability of the exceptions where the parties have made a marriage contract (No 163) 365

b The law of the spouses' habitual residence as the new applicable law (Nos 164) 366

c Article 7, second paragraph, sub-paragraph 1 – coincidence of the habitual residence and the common nationality (Nos 165–167) 366

d Sub-paragraph 2 – habitual residence for a period of ten years after the marriage (Nos 168–169) 367

e Sub-paragraph 3 – replacement of the law of the common nationality applied on a subsidiary basis (No 170) 367

Article 8 – The effects of the change of the objectively applicable law (Nos 171–174) 367

1 *The system adopted* (No 171) 367

2 *Article 8, first paragraph – application* ex nunc *of the new law* (Nos 172–173) 367

3 *Article 8, second paragraph – subjection of the whole of the property to the new law* (No 174) 368

Article 9 – Relations with third parties (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

a Justification des restrictions à l'application de la loi du régime (No 178) 368

b Les rattachements permettant à un Etat d'imposer des restrictions (No 179) 369

c Les conditions qui peuvent être imposées (Nos 180–182) 369

d L'absence de portée générale des dispositions prises par un Etat (No 183) 369

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

1 *Article 10: les conditions relatives au consentement des époux* (Nos 185–186) 370

2 *Article 11: le caractère exprès ou indubitable du choix de la loi applicable* (No 187) 371

3 *Article 12: la forme du contrat de mariage* (Nos 188–192) 371

a La règle de conflits (No 189) 371

b La règle subsidiaire de droit international privé matériel (Nos 190–192) 371

4 *Article 13: la forme de la désignation de la loi applicable par stipulation expresse* (No 193) 372

Article 14 – La clause d'ordre public (No 194) 372

CHAPITRE III – DISPOSITIONS DIVERSES (Nos 195–218) 372

Article 15 – La nationalité commune au sens de la Convention (Nos 196–202) 373

1 *Le principe* (No 196) 373

2 *Article 15, alinéa premier: la nationalité commune au sens de la Convention* (Nos 197–200) 373

a Chiffre premier: la nationalité des époux avant le mariage (No 197) 373

b Chiffre 2: l'acquisition de la nationalité au moment du mariage (Nos 198–199) 373

c Chiffre 3: l'acquisition d'une nationalité commune après le mariage (No 200) 373

3 *Article 15, alinéa 2: l'exigence d'une nationalité commune unique* (Nos 201–202) 374

Articles 16–19 – Règles relatives aux Etats à système juridique non unifié (Nos 203–215) 374

1 *Observations générales* (Nos 203–205) 374

2 *Article 16: loi nationale d'un Etat comprenant plusieurs systèmes de droits territoriaux* (Nos 206–210) 374

3 *Article 17: résidence habituelle dans un Etat territorialement composé* (No 211) 375

4 *Article 18: conflit à l'intérieur d'un Etat composé* (No 212) 375

5 *Article 19: Etats à système de droits personnels* (Nos 213–215) 376

2 *Article 9, paragraphs 2 and 3 – requirements for reliance upon the law of the regime* (Nos 178–183) 368

a Justification of the restrictions on the application of the law of the regime (No 178) 368

b The connexions which allow a State to impose restrictions (No 179) 369

c The requirements which may be imposed (Nos 180–182) 369

d The lack of general reach of measures taken by a State (No 183) 369

3 *Article 9, fourth paragraph – the declarations of Contracting States* (No 184) 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 – requirements relating to the spouses' consent* (Nos 185–186) 370

2 *Article 11 – the express or implicit nature of the choice of the applicable law* (No 187) 371

3 *Article 12 – the form of the marriage contract* (Nos 188–192) 371

a The conflicts rule (No 189) 371

b The subsidiary rule of substantive private international law (Nos 190–192) 371

4 *Article 13 – the form of the designation of the applicable law by express stipulation* (No 193) 372

Article 14 – The public policy clause (No 194) 372

CHAPTER III – MISCELLANEOUS PROVISIONS (Nos 195–218) 372

Article 15 – Common nationality in the sense of the Convention (Nos 196–202) 373

1 *The principle* (No 196) 373

2 *Article 15, first paragraph – common nationality in the sense of the Convention* (Nos 197–200) 373

c Sub-paragraph 1 – the spouses' nationality before marriage (No 197) 373

b Sub-paragraph 2 – acquisition of the nationality at the time of marriage (Nos 198–199) 373

a Sub-paragraph 3 – acquisition of a common nationality after marriage (No 200) 373

3 *Article 15, second paragraph – the condition of a single common nationality* (Nos 201–202) 374

Articles 16–19 – Rules relating to States having non-unified legal systems (Nos 203–215) 374

1 *General observations* (Nos 203–205) 374

2 *Article 16 – national law of a State having several territorial systems of law* (Nos 206–210) 374

3 *Article 17 – habitual residence in a territorially composite State* (No 211) 375

4 *Article 18 – conflicts within a composite State* (No 212) 375

5 *Article 19 – States having personal law systems* (Nos 213–215) 376

Article 20 – Les conflits de conventions (No 216) 376

Article 21 – Le champ d'application dans le temps de la Convention (Nos 217–218) 376

CHAPITRE IV – LES CLAUSES FINALES (Nos 219–222) 377

1 *Article 23: le caractère ouvert de la Convention* (No 220) 377

2 *Article 26: les systèmes complexes d'allégeance nationale* (No 221) 377

3 *Article 27: l'exclusion de réserves à la Convention* (No 222) 377

Article 20 – Conflicts between conventions (No 216) 376

Article 21 – The scope of application of the Convention in respect of time (Nos 217–218) 376

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES (Nos 219–222) 377

1 *Article 23 – the open character of the Convention* (No 220) 377

2 *Article 26 – complex systems of national allegiance* (No 221) 377

3 *Article 27 – the exclusion of reservations to the Convention* (No 222) 377

Tables

Table par articles

Convention Texte adopté (p. 319–327)	Avant-projet de Convention du 16 juin 1975 (p. 131–135)	Procès-verbaux de la Commission I de la Treizième session (p. 197–300)	Rapport von Overbeck (p. 328–383)
art. 1	art. 1	Pv. 2, 3, 13	Nos 10–22, 110–119
art. 2	art. 2	Pv. 3, 13	Nos 15–16, 120
art. 3	art. 3	Pv. 3, 4, 13	Nos 31–40, 122–139
art. 4	art. 4	Pv. 5, 6, 7, 13	Nos 45–68, 140–159
art. 5	art. 21	Pv. 14	Nos 57–60, 153–154
art. 6	art. 5 et 11	Pv. 4, 10, 13	Nos 71–72, 122–139
art. 7	art. 6, 7, 8 et 9	Pv. 8, 9, 13	Nos 70–96, 160–170
art. 8	art. 12	Pv. 10, 14	Nos 171–174
art. 9	art. 13	Pv. 3, 10, 11, 14	Nos 97–106, 175–184
art. 10	art. 14	Pv. 12, 14	Nos 185–186
art. 11	art. 15, al. 2	Pv. 12, 14	Nos 31–40, 187
art. 12	art. 15, al. 1	Pv. 12, 14	Nos 31–40, 188–192
art. 13	art. 15, al. 3	Pv. 12, 14	Nos 31–40, 193
art. 14	art. 16	Pv. 12, 14	No 194
art. 15	—	Pv. 5, 14	Nos 196–202
art. 16	art. 17	Pv. 15	Nos 206–210
art. 17	art. 18	Pv. 15	No 211
art. 18	art. 19	Pv. 15	No 212
art. 19	art. 20	Pv. 15	Nos 213–215
art. 20	—	Pv. 14	No 216
art. 21	—	Pv. 12, 15	Nos 217–218
art. 22	—	Pv. 15	—
art. 23	—	Pv. 15	No 220
art. 24	—	Pv. 15	—
art. 25	—	Pv. 15	—
art. 26	—	Pv. 14	No 221
art. 27	—	Pv. 15	No 222
art. 28	—	Pv. 15	—
art. 29	—	Pv. 15	—
art. 30	—	Pv. 15	—
art. 31	—	Pv. 15	—
Disposition exclue	art. 10	Pv. 9, 13, 14	No 89
Vœu	*Vœu*	Pv. 15	Nos 107–108

Tables

Table des matières

Page

Avis au lecteur 5

Treizième session – Travaux préliminaires 7

Liste des documents 8

Questionnaire commenté sur les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux et Réponses des Gouvernements 9

Rapport de M. Georges A. L. Droz 111

Conclusions provisoirement adoptées par la Commission spéciale de février-mars 1975 128

Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale de juin 1975 132

Rapport de M. Alfred E. von Overbeck 138

Observations des Gouvernements 179

Treizième session – Actes 193

Procès-verbaux et Documents de travail de la Première commission 194

Composition 194

Liste des Procès-verbaux et des Documents de travail 196

Procès-verbal No 1 197

Documents de travail Nos 1 à 8 198

Procès-verbal No 2 199

Documents de travail Nos 9 à 13 204

Procès-verbal No 3 205

Documents de travail Nos 14 et 15 211

Procès-verbal No 4 211

Documents de travail Nos 16 et 17 217

Procès-verbal No 5 218

Documents de travail Nos 18 à 25 225

Procès-verbal No 6 226

Documents de travail Nos 26 et 27 232

Procès-verbal No 7 233

Documents de travail Nos 28 à 33 240

Procès-verbal No 8 241

Documents de travail Nos 34 à 39 248

Procès-verbal No 9 249

Documents de travail Nos 40 et 41 256

Procès-verbal No 10 256

Document de travail No 42 263

Document de travail No 43 264

Page

Documents de travail Nos 44 à 54 267

Procès-verbal No 11 269

Procès-verbal No 12 276

Documents de travail Nos 55 et 56 285

Procès-verbal No 13 287

Document de travail No 57 290

Document de travail No 58 291

Documents de travail Nos 59 à 65 293

Procès-verbal No 14 293

Procès-verbal No 15 297

Séances plénières 301

Liste des Procès-verbaux et des Documents de travail 302

Document de travail No 1 303

Document de travail No 4 307

Documents de travail Nos 5 à 8 311

Document de travail No 9 312

Procès-verbal No 2 313

Documents de travail Nos 12, 13 et 15 316

Procès-verbal No 3 317

Acte final (Extrait) 319

Rapport de M. Alfred E. von Overbeck 328

Tables 385

Table par articles 386

Table des matières 387

Maquette; Imprimerie Nationale (K. F. Treebus), La Haye, Pays-Bas.
Imprimé sur les presses de l'Iimprimerie Nationale, La Haye, Pays-Bas.
Reliure; «Paardekooper Boekbinders B.V.», Amsterdam, Pays-Bas.

Design; Government Printing and Publishing Office (K. H. Treebus), The Hague, Netherlands.
Printed on the presses of the Government Printing and Publishing Office, The Hague, Netherlands.
Binding; 'Paardekooper Boekbinders B.V.', Amsterdam, Netherlands.

705200v / ISBN 90 12 01592 8