



EUROPE FOR NOTARIES – NOTARIES FOR EUROPE
TRAINING 2015-2017



L'EUROPE POUR LES NOTAIRES – LES NOTAIRES POUR L'EUROPE
FORMATION 2015-2017



**EUROPE FOR NOTARIES
NOTARIES FOR EUROPE**

TRAINING 2015-2017

**L'EUROPE POUR LES NOTAIRES
LES NOTAIRES POUR L'EUROPE**

FORMATION 2015-2017

PARTNERS / PARTENAIRE:



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO



ASSOCIATED PARTNER / PARTENAIRE ASSOCIÉ:



Co-funded by
the European Union

Cofinancé par
l'Union européenne



JUST/2014/JTRA/
AG/EJTR/6823

This publication has been produced with the financial support of the Civil Justice Programme of the European Union. The contents of this publication are the sole responsibility of the CNUE and can in no way be taken to reflect the views of the European Commission.

Cette publication a été réalisée avec le soutien financier du Programme Justice de l'Union européenne. Le contenu de cette publication est de la seule responsabilité du CNUE et ne reflète en aucun cas l'opinion de la Commission européenne.

TABLE OF CONTENTS/TABLES DES MATIÈRES

Project Overview / Aperçu du projet Marc Wilmus	7
Habitual residence Brigitta Lurger	17
Drafting choice of law and choice of court provisions under the EU Succession Regulation Patrick Wautelet	35
Impact of the Succession Regulation on wills and agreements as to succession and succession planning Eve Pötter	57
Les systèmes législatifs non unifiés : le cas espagnol José-María Gómez-Riesco Tabernero de Paz ; Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz	63
Remarques sur le certificat successoral européen Christoph Dorsel	73
Le certificat successoral européen : quelques questions João Gomes de Almeida	97
Le certificat successoral européen : propositions opérationnelles Domenico Damascelli ; Dario Restuccia ; Valentina Crescimanno ; Giovanni Liotta ; Carlo Alberto Marcoz ; Caterina Valia ; Anselmo Barone	115
La liquidation d'une succession transfrontalière Frank Molitor ; Stéphanie Mathis	147
Interplay between the European Succession Regulation and the Regulations on Matrimonial Property Regimes Christian Hertel	167

STEERING COMMITTEE / COMITÉ DE PILOTAGE PROJECT TEAMS / ÉQUIPES DE PROJET

Project Coordinator / coordinateur du projet:

Marc Wilmus (BE)

AT Silvia Weiss
BE Romina Scarpone
CZ Berenika Ullmannová Wünschová
DE Julie Francastel
EE Priidu Pärna; Eve Pötter; Pírgit Laurits
ES Carla Rodríguez-Spiteri Enrich; Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz; José-María Gómez-Riesco Tabernero de Paz
FR Gaëlle Lambert
HR Filip Milak
IT Antonio Cappiello
LU Christoph Müller
NL Lineke Minkjan; Margot Groenhuijsen; Sabine Heijning
PT Jocelyne Mendes
RO Andrada Tănase; Luana Blidar

EIPA Christiane Lamesch

Scientific advisors / conseillers scientifiques:

Prof. Brigitta Lurger (University of Graz, AT)

Prof. Patrick Wautelet (University of Liège, BE)

OVERVIEW OF THE TRAINING PROJECT 'EUROPE FOR NOTARIES – NOTARIES FOR EUROPE' 2015-2017

Organisation of a series of cross-border training seminars co-financed by the European Commission aimed at reinforcing the European dimension in judicial training

Marc Wilmus*

Introduction

In the framework of its European judicial training policy and the 2011 Communication on 'Building trust in EU-wide justice – A new dimension to European judicial training'¹, the European Commission aims at reaching the target of having half of all legal practitioners² in the European Union trained on EU law or on the national law of another Member State by 2020. This objective is equivalent to training on average 5% (70,000) of all practitioners per year.

In order to reach the aforementioned objective, the European Commission set out to support judicial training activities on European law with EU funds for at least 20,000 legal practitioners per year by 2020. In 2013-2014, the European notariat organised its first successful training project, which was also co-funded by the European Commission. The 'Europe for Notaries – Notaries for Europe' 2015-2017 training programme serves as a follow-up to the aforementioned

* Project coordinator and civil law notary in Brussels (Belgium).

1 COM (2011) 551 final.

2 Being approximately 700,000 legal practitioners.

project, since it became clear that further training was required for notaries to become truly acquainted with the new European Succession Regulation³ and its smooth application to their day-to-day practice. The main objective of the current training programme is to organise training activities focusing on legal instruments in family and succession matters, particularly as regards the application of the new Succession Regulation.

The new European legislation in the framework of succession law entails a true paradigm shift in the general application of private international law. As stated by the European Commission, approximately 450,000 cross-border succession cases occur every year in the European Union, which thus required the need for new EU rules facilitating cross-border succession proceedings and ensuring better legal certainty. The European dimension of notarial activities will increase since notarial activity is inextricably bound up with the implementation of European instruments in the sphere of family and succession law.

The need to continue training activities in this sphere is of vital importance in order to guide notaries in their day-to-day work with the correct application of European legal instruments. Taking into account the fact that the new Succession Regulation became fully applicable as from 17 August 2015, this training programme aimed at creating even more practice-oriented training modules for more in-depth training regarding the application of the Regulation as well as a better knowledge of Member States' legal systems. Thus, the continuing training of European notaries in the sphere of family and succession matters will improve the European dimension in notarial training and enhance the effective and coherent application of EU law, the proper functioning of cross-border civil proceedings, and the development of mutual trust.

Project activities

The European Notariat's training project covers a two-year time span, starting from 1 September 2015 and ending on 30 June 2017.

3 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

The project is composed of twelve partners, namely Austria, Belgium, Croatia, the Czech Republic, Estonia, France, Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal and Spain. Cross-border training seminars were organised in eleven Member States in total, with the participation of notaries and candidate-notaries coming from the 22 notariats based on Latin civil law and being a member of the Council of the Notariats of the European Union. This publication, composed of scientific contributions addressing the Succession Regulation from different points of view, will serve as a true tangible result of the training project. It will be presented at the project's closing conference in Rome on 24 February 2017. The methodology and content of the training activities were elaborated by the project's steering committee members in cooperation with academics Brigitta Lurger and Patrick Wautelet operating as scientific advisors.

Approximately 1,200 notaries and candidate-notaries coming from different EU Member States will have participated in the training activities. As stated above, the 2015-2017 training programme serves as a follow-up of the European notariat's first 2013-2014 training programme. Building on the concrete results and the experience gained in this previous project, the current project most notably consists of interactive training, entailing several innovative elements such as specific case studies and model solutions and online training sessions on the basis of video recordings uploaded to the European notariat's training webpage.

A further innovative aspect of the project concerns the introduction of a long-term effect evaluation regarding the first four seminars in addition to the general outcome evaluation following each seminar. The long-term evaluation as well as two assessment units consisting of a panel of participants from different training seminars will evaluate the programme's long-term effect and sustainability as well as the extent to which training participants have assimilated their new knowledge. According to EIPA's⁴ evaluation report, the current format of the training is considered to be appropriate. Further, a considerable transnational impact has been achieved, with each seminar providing training with speakers from different nationalities in at least three languages⁵.

4 The European Institute of Public Administration.

5 Cf. Interim Evaluation Report JUST/2014/JTRA/AG/EJTR/6823 – EIPA December 2016.

Project outputs and conclusions

In order for the objectives of improving the European dimension in notarial training, fostering knowledge of the Member States' legal systems and contributing to the development of mutual trust and to the effective and coherent application of EU law to be reached, the project's training activities – such as presentations, practical and interactive case studies, and online training lessons – served as a means to that end.

Apart from a more in-depth analysis of the new Succession Regulation, the subject matter of matrimonial property regimes has also often been broached during the training seminars, since requests to be trained on this topic had been put forward by participants in the first training project. Both the video recordings as online training lessons as well as the final publication as a scientific overview of the project's content will serve as a true tangible result to this end.

During the general closing conference in Rome on 24 February 2017, the lessons learnt from the seminars will be shared and the progress made following the training activities held in the 2015-2017 time span will be analysed.

Following the successful integration of the European dimension into national training activities and given the awareness-raising concerning the application of European legislation among notaries as legal practitioners through the project's training activities, European citizens and businesses will equally benefit from a better access to justice by receiving thorough advice from the professionals being part of the preventive administration of justice.

The European notariat's partnership with twelve of its member notariats is based on a decentralised but centrally coordinated approach with a clear allocation of tasks and shared responsibility between all project partners. The different national legal training traditions and backgrounds are respected by the organisation of decentralised tailor-made seminars. A coherent central coordination ensured transparency and a smooth course of the training activities.

In conclusion, the 'Europe for Notaries – Notaries for Europe' 2015-2017 training project turned out to be a great success and further unites the European notariat in its diversity.

**VUE D'ENSEMBLE DU PROJET DE FORMATION
« L'EUROPE POUR LES NOTAIRES –
LES NOTAIRES POUR L'EUROPE » 2015-2017**

**L'organisation d'une série de séminaires
de formation transfrontaliers cofinancés
par la Commission européenne visant à renforcer
la dimension européenne de la formation judiciaire**

Marc Wilmus*

Introduction

Dans le cadre de la politique de formation judiciaire européenne et la Communication de 2011 « Susciter la confiance dans une justice européenne – Donner une dimension nouvelle à la formation judiciaire européenne »¹, la Commission européenne vise à atteindre son objectif de parvenir à ce que la moitié des praticiens de droit² de l'Union européenne ait reçu une formation en droit de l'UE ou d'un autre État membre d'ici 2020. Cet objectif équivaut à former en moyenne 5% (70.000) de tous les praticiens par an.

Afin d'atteindre l'objectif susmentionné, la Commission européenne a entrepris de soutenir les activités de formation judiciaire en droit européen avec des fonds européens pour au moins 20.000 praticiens de droit par an d'ici 2020. En 2013-2014, le notariat européen a organisé son premier projet de formation réussi, qui a également reçu un cofinancement de la part de la Commission européenne. Le

* Coordinateur du projet et notaire à Bruxelles (Belgique).

1 COM (2011) 551 final.

2 Environ 700.000 praticiens juridiques.

programme de formation « L'Europe pour les notaires – Les notaires pour l'Europe » 2015-2017 constitue le suivi du projet ci-dessus mentionné, puisqu'il est devenu clair qu'une formation supplémentaire était nécessaire pour que les notaires connaissent pleinement le nouveau règlement européen successions³ et sa bonne application dans leur pratique quotidienne. L'objectif principal du programme de formation actuel est d'organiser des activités de formation qui se concentrent sur les instruments juridiques en matière de famille et de successions, notamment en ce qui concerne l'application du nouveau règlement successions.

La nouvelle législation européenne en matière de droit des successions entraîne un véritable changement de paradigme dans l'application générale du droit international privé. Comme indiqué par la Commission européenne, environ 450.000 successions transfrontalières se produisent tous les ans dans l'Union européenne. C'est pourquoi la création de nouvelles règles européennes, facilitant le règlement des successions transfrontalières et garantissant une meilleure sécurité juridique, était devenue nécessaire. L'activité notariale étant inextricablement liée à l'adoption et la mise en œuvre d'instruments européens dans le domaine du droit de la famille et des successions, la dimension européenne des activités notariales augmentera ainsi.

Continuer les activités de formation dans ce domaine est indispensable pour guider les notaires dans leur travail quotidien en vue d'une bonne application des instruments juridiques européens. Prenant en compte le fait que le nouveau règlement successions est devenu pleinement applicable à partir du 17 août 2015, le programme de formation a créé des modules de formation encore plus axés sur la pratique afin de garantir une formation plus approfondie sur l'application du règlement ainsi qu'une meilleure connaissance des systèmes juridiques des États membres. Ainsi, la formation continue des notaires européens dans le domaine du droit de la famille et en matière successorale améliorera la dimension européenne de la formation notariale, renforcera l'application effective et cohérente

3 Règlement (UE) N° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

du droit de l'Union et assurera le bon fonctionnement des procédures civiles transfrontalières ainsi que le développement de la confiance mutuelle.

Activités du projet

Le projet de formation du notariat européen s'étend sur deux ans, commençant le 1er septembre 2015 et terminant le 30 juin 2017. Le projet est composé de douze partenaires, à savoir l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la République tchèque. Des séminaires de formation transfrontalière ont été organisés dans onze États membres au total. Des notaires et des candidats-notaires des 22 notariats de type latin, membres du Conseil des Notariats de l'Union Européenne, ont participé.

La présente publication, composée de contributions scientifiques abordant le règlement successions de différents points de vue, servira comme résultat concret du projet de formation. Elle sera présentée lors de la conférence de clôture qui se tiendra le 24 février 2017 à Rome. La méthodologie et le contenu des activités de formation ont été élaborés par les membres du comité de pilotage du projet en concertation avec les universitaires Brigitta Lurger et Patrick Wautelet, intervenant en tant que conseillers scientifiques.

Environ 1.200 notaires et candidats-notaires venant de différents États membres de l'Union européenne auront participé aux activités de formation. Comme expliqué ci-dessus, le programme de formation 2015-2017 sert comme suite au premier programme de formation du notariat européen de 2013-2014. S'appuyant sur les résultats concrets et les expériences acquises lors du projet précédent, le projet actuel vise notamment la formation interactive impliquant plusieurs éléments novateurs tels que des cas pratiques précis, des solutions modèles et des séances de formation en ligne sur la base d'enregistrements vidéo chargés sur la page web « formation » du notariat européen.

Un autre aspect innovant du projet concerne l'introduction d'une évaluation des effets à long terme concernant les quatre premiers séminaires ainsi que l'évaluation générale des résultats après chaque séminaire. L'évaluation à long terme ainsi que deux unités d'évaluation consistant en un panel de participants de différents séminaires de formation évalueront l'effet du programme à long terme tout comme sa

durabilité et détermineront ainsi la mesure dans laquelle des participants à la formation ont assimilé leurs nouvelles connaissances. Selon le rapport d'évaluation de l'EIPA⁴, le format actuel de la formation est jugé adéquat. De plus, un impact transnational considérable a été réalisé, chaque séminaire fournissant une formation avec des intervenants de différentes nationalités en au moins trois langues⁵.

Résultats du projet et conclusions

Afin d'atteindre les objectifs d'améliorer la dimension européenne de la formation notariale, de favoriser les connaissances des systèmes juridiques des États membres et de contribuer au développement de la confiance mutuelle et à l'application efficace et cohérente du droit de l'Union européenne, les activités de formation du projet (à savoir les présentations, les cas pratiques interactifs ainsi que les cours de formation en ligne) ont servi à cette fin.

Outre une analyse plus approfondie du nouveau règlement successions, le sujet des régimes matrimoniaux a également été traité pendant plusieurs séminaires afin de répondre aux demandes formulées par des participants du premier projet de formation. Tant les enregistrements vidéo et les cours de formation en ligne que la publication finale en tant que bilan scientifique du contenu du projet constituent des résultats concrets du cycle de formation.

Lors de la conférence de clôture générale à Rome du 24 février, les enseignements tirés des séminaires seront discutés et les progrès accomplis pendant la période 2015-2017 sera analysé.

Suite à l'intégration réussie de la dimension européenne aux activités de formation nationales et la sensibilisation concernant l'application de la législation européenne parmi les notaires en tant que praticiens de droit par les activités de formation du projet, les citoyens et les entreprises européens bénéficieront dans une égale mesure d'un meilleur accès à la justice en recevant des conseils complets de la part des professionnels faisant partie de la justice préventive.

4 L'institut européen d'administration publique.

5 Cf. Le rapport intermédiaire d'évaluation JUST/2014/JTRA/AG/EJTR/6823 – L'EIPA, décembre 2016.

Le partenariat du notariat européen avec douze de ses notariats membres est basé sur une approche décentralisée qui est coordonnée de façon centralisée. Ceci garantit une répartition claire des tâches et une responsabilité partagée entre tous les partenaires du projet. Les différentes traditions et contextes nationaux en matière de formation juridique sont respectés par l'organisation décentralisée de séminaires, tandis qu'une coordination centrale cohérente a assuré la transparence et le bon déroulement des activités de formation.

Pour conclure, le projet de formation 2015-2017 « L'Europe pour les notaires – les notaires pour l'Europe » a été couronné de succès et unit le notariat européen dans sa diversité.

HABITUAL RESIDENCE

Brigitta Lurger*

1. Habitual residence or nationality – where to locate a deceased in private international law?

The traditions of “locating” persons in international jurisdiction and conflict of laws (private international law) in the areas of family law and succession law differ from country to country. Roughly speaking, two approaches can be discerned: linking a person to (1) the state of his or her nationality or to (2) the state of his or her habitual residence. The common law notion of “domicile” is a somewhat intermediate approach that will not be taken into account here. Germany, Austria, and several “Romanic” countries follow the nationality principle, whereas numerous other countries prefer the habitual residence as the key connecting factor in international family and succession law. In the drafting process of the EU Succession Regulation No 650/2012 (Succession Regulation) it was highly disputed whether the one or the other approach would be preferable.

Tying a person or a couple to his or her (common) nationality means applying the law of its/their nationality of state B to his or her family relations and succession matters while this (these) person/s live/s in a different country A, the country of his or her habitual residence. The habitual residence approach (2) takes the opposite view: A person of

* Univ.-Prof. Mag. Dr., LL.M (Harvard), Karl-Franzens-Universität Graz (Austria), Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht.

a foreign nationality B living in a certain country A will be subjected to the same rules of family and succession law as all nationals of country A. The habitual residence approach (2) makes sure that all people living in a certain country will be subjected to or offered the same rules of family and succession law irrespective of their national origin or nationality. It fosters integration into the country of immigration and presumes that the migrants' expectations will be to live by the same rules as all the other inhabitants of country A. The nationality approach (1), on the other hand, presumes that nationals of state B who established their habitual residence in state A will still feel linked more closely to their country of origin B than to country A. They preserve their national identity and feel not completely integrated in their state of residence A. They, therefore, expect to be able to regulate their family and succession relations in accordance with the law of their nationality. Thus, the nationality principle fosters diversity of cultures and traditions within a country.

The trend for international conventions and EU international private law instruments is towards the habitual residence principle which gradually replaces the nationality principle of autonomous national law. But why is which approach preferable over the other?

The choice of habitual residence as the central connecting factor of the Succession Regulation was generally welcomed by academic commentators¹, but criticized by some others². The advantage of the nationality principle is its stability and certainty: The nationality of a person is normally stable and easy to ascertain. This brings clarity into

-
- 1 Dörner, *Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbsverfahrensrecht*, ZEV 2010, pp. 221 (222); Dutta, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanization*, RabelsZ 73 (2009), pp. 547 (562); Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, *Stellungnahme*, RabelsZ 74 (2010), pp. 522 (604 et seq.); Hohloch, Erman (2011), vor Artikel 25, 26 EGBGB, point 3a; Kindler, *From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills*, Liber Amicorum Siehr (2010), pp. 251 (253 et seq.); Kindler, *Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union*, IPRax 2010, pp. 44 (46); Kunz, *Die Europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)*, GPR 2012, pp. 208 (210); Emmerich, *Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO* (2016) pp. 75 et seq.
 - 2 Frantzen, *Europäisches internationales Erbrecht*, FS Jayme (2004), pp. 187 (195); Rauscher, Rauscher, *Einf. EG-ErbVO-E*, point 50 et seq.; Kanzleiter, *Die Reform des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Union*, FS Zimmermann (2010), pp. 165 (173 et seq.); Deutscher Anwaltsverein, *Stellungnahme No 3/2010 vom 10.1.2010*; Geimer, *Gedanken zur europäischen Rechtsentwicklung*, NZ 2012/16, p. 76; Schauer, *Die neue Erbrechts-VO der Europäischen Union – eine Annäherung*, JEV 2012, pp. 78 (84).

the legal situation. The habitual residence of a person is – in the huge majority of cases – also stable and easy to ascertain. However, there are groups in the population where this is not the case (see parts 3 and 6 below). The argument of stability and certainty is, therefore, the strongest argument that strikes in favour of the nationality principle³.

Other arguments brought forward in favour of the nationality principle are not as sound as this latter one. It is to be doubted (or it is at least without any empirical proof) that the majority of people living outside the country of their nationality feel closer attached to their country of origin than to the country of their habitual residence. They could as well feel more attached to the country of their habitual residence. The same applies to these people's expectations as to which law will apply to their succession matters: nationality or habitual residence? Some may feel more the one, others more the other way. The possibility to make a choice under Article 22 of the Succession Regulation between the law of habitual residence and of nationality corresponds to this subjectivity of feelings and expectations: As the expectations differ individually, it would be best for each person to choose for him/herself.

But to offer the possibility to choose is not a solution for the conflict of laws problem as a whole, as the majority of people concerned will not make a conscious choice of the applicable law. The law will have to supply an adequate solution for all those who do not actively choose the law. In particular three strong arguments support the habitual residence principle as the preferable objective connecting factor in (family and) succession law:

i) The “habitual residence” can be defined as the *centre of private and professional interests* of a person. In particular in international succession law under the Succession Regulation, it consists of a “close and stable connection” with the respective state A that is revealed by “an overall assessment of the circumstances” (recital 23 of the Succession Regulation). It can be assumed that this strong connection of permanent residence to state A, in most cases, overrides the importance of the connection the deceased had with his country of origin (nationality B). In the large majority of cases, the deceased will have the centre of his

3 Emmerich, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO (2016), pp. 75 with further references.

social, family, and professional interests in this country A, most of his assets will be located here and most of his heirs will most probably live in the same country. This assumption has two consequences: First, the *legitimate expectation* of the deceased will be that his heirs and his estate will be subjected to the legal rules of the country of habitual residence. The law will fulfil this expectation by applying the habitual residence rule. Second, the *courts* of country A will be the most appropriate, effective, and convenient institutions of conducting the procedure in succession matters because of the presence of most of the assets, heirs, creditors and other relevant legal relations of the deceased in that country.

ii) EU private law (including EU conflict of laws rules and international jurisdiction) builds on the pillar of free movement of persons (Articles 21, 45, 49, 81 of the TFEU). This fundamental freedom fosters personal and economic *integration* in an EU without internal borders. Nationality is no longer as important in an EU legal system that grants certain essential rights, like free movement of persons, to all citizens of the Union on an equal basis. In view of this spirit of integration of the Treaties, EU rules of private international law and international jurisdiction can only rely on the habitual residence as central connecting factor. Reliance on the nationality of a person would seem anachronistic and counter-productive to EU integration policy.

iii) Assuming that the courts of the habitual residence of the deceased are the most appropriate institutions to deal with succession matters [see i) above], the principle of habitual residence in conflict of laws ensures that the courts can apply their own substantive law of succession in the proceedings. The *application of the lex fori*, i.e. the *convergence* of international jurisdiction and applicable law, has many obvious advantages for all parties concerned. The nationality principle, on the other hand, often leads to situations in which the courts conducting the succession proceedings have to apply the foreign law of the nationality of the deceased.

The analysis of the main arguments brought forward in favour of the nationality principle and in favour of the habitual residence principle turns out in favour of the latter. The habitual residence is the more appropriate connecting factor for EU international succession law.

2. *Habitual residence in EU private international law: a uniform notion?*

The “habitual residence” is used as connecting factor in other EU legal instruments, in particular in the law of international jurisdiction and conflict of laws: Prominent examples in the area of family law are the Brussels IIbis Regulation⁴ (divorce and parental responsibility), the Rome III Regulation⁵ (divorce), the Maintenance Regulation and the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations⁶. The landmark decisions of the ECJ for the determination of the habitual residence of children under Brussels IIbis were rendered in the cases *A* and *Mercredi*⁷. In both decisions the court states that the notion of habitual residence has to be construed in the light of the context and the goals of the respective regulation. Recital 23 of the Succession Regulation states as well that the notion of habitual residence has to be interpreted in accordance with the “specific aims of this Regulation”. This means that the mentioned decisions are of relevance for the determination of the habitual residence under the Succession Regulation, but the notion of habitual residence under the Succession Regulation may still differ from the notions used by Brussels IIbis and Rome III along with different contexts and goals pursued by these regulations.

The question whether the notion of habitual residence can or should differ in different areas of law (contracts, family, succession) or in different EU regulations has been discussed by literature. Von Hein, Kropholler and Andrae speak of a uniform core of the notion of habitual residence under the EU regulations, which is accompanied by a different weighing of single factors which allows adaptation to different regulatory contexts⁸. Others propose different methods

4 Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, OJ 2003 L 338/1.

5 Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ 2010 L 343/10.

6 Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, OJ 2009 L 331/17; Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ 2009 L 7/1.

7 ECJ 2.4.2009, C-523/07 – *A*; ECJ 22.10.2010, C-497/10 PPU – *Mercredi*.

8 Münchner Kommentar zum BGB (2015) – von Hein, Article 5 EGBGB, points 133, 137 et seq.; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht (2006), pp. 278 et seq., pp. 285 et seq.; Marianne Andrae, Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR – Kommentar (2010), Article 3 EG-UntVO, point 27.

of differentiation of the notions of habitual residence in different regulations, including Regulations Rome I⁹ and Rome II¹⁰ (law of obligations)¹¹. The authors agree that very different areas of law, like obligations, on the one hand, and family and succession, on the other hand, are clear candidates for a different weighing of factors¹². This means that the connection between the person and a certain state of residence will have to be less strong in the law of contracts or torts, and stronger in the areas of family law and succession.

In the areas of family law and succession, the notion of habitual residence should be interpreted as uniformly as possible. The need to interpret the notion in accordance with the goals of each different regulation does not imply that the outcomes have to be different, as the context and goals of the EU regulations in family and succession law are quite similar¹³. Some authors hold the opposite view and are convinced that the notion of habitual residence in the Succession Regulation will be clearly discernible and different from the notions in other family law regulations¹⁴. It is up to the ECJ to determine which of the two views will prevail. What is already clear today is that the two notions used in the same instrument, in Article 4 (international jurisdiction) and in Article 21 (1) of the Succession Regulation (applicable law), must be construed as uniform notions¹⁵.

9 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ 2008 L 177/6 (version OJ 2009 L 309/87).

10 Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ 2007 L 199/4.

11 Weller, *Der „gewöhnliche Aufenthalt“* (2013), pp. 293, 312; Dietmar Baetge, *Der gewöhnliche Aufenthalt im IPR* (1994), pp. 98 et seq.; Katharina Hilbig-Lugani, *Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im jüngeren EuIPR und EuZVR*, GPR 2014, pp. 8, 15.

12 Kropholler, *Internationales Privatrecht* (2006), pp. 286 et seq.; Hilbig-Lugani, GPR 2014, pp. 8, 14 et seq.

13 Lurger, *Die Verortung natürlicher Personen im europäischen IPR und IZVR: Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, Staatsangehörigkeit*, von Hein/Rühl (eds), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), pp. 202 (228); *Münchener Kommentar zum BGB* (2015) – Dutta, Article 4 EuErbVO, point 4 with further references.

14 Emmerich, *Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO* (2016), pp. 84 et seq. with further references.

15 *Münchener Kommentar zum BGB* (2015) – von Hein, Article 5 EGBGB, point 140; Kränzle, *Heimat als Rechtsbegriff* (2014), p. 173; Thomas Traar, *Rom III-EU-Verordnung zum Kollisionsrecht für Ehescheidungen*, *ÖJZ* 2011, pp. 805, 808.

3. Key criteria for determination of habitual residence under the Regulation

The notion of habitual residence is not defined in the Succession Regulation. However, recitals 23-25 give some guidance for its interpretation. Recital 23 demands an overall assessment of all circumstances of the life of the deceased. Read together with the ECJ decisions in *A and Mercredi*¹⁶ the habitual residence of the Succession Regulation is the centre of the deceased's private and professional interests, including family and social life and the deceased's assets. A "close and stable connection" with the respective state is required (recital 23). Recital 24 – dealing with two "complex" cases of determination of the habitual residence – contains the implication that the first fact to be taken into account is always the objective and pure *duration of the presence* of the deceased in a certain country: For how long has the deceased lived in the country and how many days and hours has he spent there in the past years? If the number of hours spent in one country clearly outweighs the time spent in the other, it has to be checked whether this country is also the centre of most of the deceased's private and professional interests.

Recital 24 describes a case in which the deceased lived (i.e. spent most of his time) for a long time in a certain country only for professional or economic reasons while all his or her social and family life took place in another country (called the "state of origin"). Here, the recital places more weight on the deceased's social and family life than on his or her professional life and actual presence in the other country and states that his habitual residence was still in his country of origin (see case 3 *infra*). In the second "complex" case of recital 24, the deceased's actual presence could be observed to an equal or similar extent in two or more countries. The recital suggests looking at the location of the deceased's assets and to his nationality which might point to one of the states concerned.

The two cases will have to be read together in order to make more sense: In case one the nationality of the deceased and the location of his assets will have to be taken into account as well in order to confirm or refute the hypothesis that the deceased's center of interests still lies in his or her country of origin. Similarly, in case two the

16 ECJ 2.4.2009, C-523/07 – *A*; ECJ 22.10.2010, C-497/10 PPU – *Mercredi*.

location of the deceased's family, social and professional life will be of importance, not only his or her nationality or the location of his or her assets. Recital 25 deals with the case of a deceased who moved his or her habitual residence "fairly recently before his death" while still being more closely connected to his or her state of departure/origin (see case 5 *infra*). This recital seems to imply that his habitual residence has nevertheless already been established in the new country of his residence. This means that relinquishing the apartment in one country and moving into the new apartment in the other country, accompanied by the *intention* to move from one country to another on a permanent basis will lead to a new habitual residence in the sense of the Succession Regulation in the new country already after a very short time. The subjective element of the intention of the deceased is also mentioned in recital 23 which states that the "reasons" for the presence in a certain country have to be taken into account.

To sum up, the determination of the last habitual residence of the deceased necessitates a *multi-aspect analysis* of the situation. The most important aspects or facts that have to be taken into account when determining the habitual residence of a deceased who seems to have lived in two or more countries, according to recitals 23-25 of the Succession Regulation, are the following:

- the actual duration of the deceased's pure objective presence in the country (how many hours/days a year, how many years)
- the location of the deceased's family and social life
- the location of the deceased's assets
- the location of the deceased's professional life or economic activities
- the nationality of the deceased
- the intention of the deceased where accompanied by objective corresponding evidence¹⁷; the reasons for his presence in a certain state.

The first two seem to have the strongest weight in the deliberations.

It has to be noted that in the large majority of succession cases the determination of the habitual residence of a deceased will not yield any problems. Only a comparatively small number of citizens seemingly

17 Emmerich, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO (2016), pp. 107 et seq. (with further references).

live in two or more states. These “hard” or “complex” cases can be assigned to several typical groups:

Case 1 – migratory bird pensioners: nationals of northern countries with an unpleasant climate who spend half the year or more in a southern warmer country without being integrated in this latter country in any way;

Case 2 – commuters living close to state borders: nationals of one country which spread their social, professional and family activities or assets over the two countries here and across a close state border;

Case 3 – commuters for professional reasons: nationals of one country moving to another country mainly for professional reasons, while keeping most of their social and family ties in their country of origin;

Case 4 – stay abroad planned for a limited time and purpose: people living in a country for one or more years for study or professional purposes with a firmly planned return to their country of origin after the stay abroad;

Case 5 – recent migration: very recent move from one country to the other;

Case 6 – nursing cases of elderly persons: nationals of one country (who might be incapable of acting legally and depending on a guardian) move to another country where they have no family or professional interests and no social contacts apart from care persons, because nursery care is less expensive there than in the country of origin;

Case 7 – prisoners: A national and resident from one country is convicted and imprisoned for five years in another country. His or her presence in this other country is against his or her will.

In all those cases the above mentioned aspects will have to be taken into account to ascertain the location of the habitual residence of the respective deceased: How this multi-aspect system might or should work will be illustrated in *part 6* of this contribution.

*4. Exactly one habitual residence:
positive and negative conflicts of jurisdiction*

It is important to note that under the Succession Regulation the deceased may have *only one* habitual residence, even in cases where he or she lived in more than one country in the course of the last years or months of his or her life. This follows from the specific functions of the rules of international jurisdiction and choice of law: The rules of international jurisdiction of Article 4 et seq. of the Succession Regulation want to concentrate the succession procedure in one single EU Member State. The choice of law rules of Article 20 et seq. are intended to lead to the application of one law to (almost) all succession issues. It makes no sense to apply contradictory rules of different legal systems to a certain legal issue.

In hard cases (see the list of 7 hard cases *supra* and part 6 *infra*) the courts in two or more Member States will have to answer the same question: In which of the two or more Member States had the deceased this one habitual residence? They may reach the same or different answers. Different answers may conflict and lead to a positive or negative conflict of jurisdiction. In a positive conflict, both courts in the two countries consider themselves to have jurisdiction arguing that the deceased's habitual residence was located in their respective country. In a negative conflict none of the two courts will assume jurisdiction arguing that the deceased did not have his or her habitual residence in their respective country.

Positive conflicts of jurisdiction are resolved by Article 17 of the Succession Regulation (*lis pendens*): The court seized later (in Member State B) will have to stay its proceedings until the court first seized (in Member State A) has made a determination of its jurisdiction. The second court is bound by the decision on the jurisdiction issue of the first court. Only in cases where the court first seized declines its jurisdiction the second court may resume its proceedings and assume jurisdiction itself. The rule has its model in the respective rules of Regulation Brussels Ibis¹⁸ (Article 29), Regulation Brussels IIbis (Article 19) and the Maintenance Regulation (Article 12). The decisions rendered on these Articles can be also used for the interpretation of Article 17 of the Succession Regulation.

¹⁸ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2012 L 351/1.

The *negative conflict* of jurisdiction – as described above – is not covered by the Succession Regulation or by any other of the mentioned Regulations. Article 10 of the Succession Regulation (subsidiary jurisdiction) and Article 11 of the Succession Regulation (*forum necessitatis*) do not deal with such negative conflicts because the deceased has his or her habitual residence definitely in one of the respective Member States, the question is only in which one of them. A habitual residence in a third country does not exist. The priority rule of Article 17 of the Succession Regulation has to be applied by analogy: The court first seized (in Member State A) has to decide on its jurisdiction. When it denies its own jurisdiction on the ground of deceased's habitual residence in Member State B, the courts of Member State B (seized later) are bound by this decision of the courts of Member State A and can no longer assert their own lack of jurisdiction. They have to recognize the determination of the deceased's residence in Member State B made by the court first seized (in A)¹⁹.

5. Habitual residence and escape clause (Article 21 (2))

According to *Article 21 (2) of the Succession Regulation* (escape clause)²⁰, by way of exception, the law of the state to which “the deceased was manifestly more closely connected“ will have to be applied instead of the law of the habitual residence of the deceased. This rule comes as a surprise due to the description of the habitual residence in recitals 23-25 as a very close and stable connection to a certain state. When among several possible candidates, the residence with the closest ties to the deceased (at the time of his or her death) has to be chosen (while taking into account all possible factors including the nationality): How can another country have manifestly closer connections to the deceased than this country of habitual residence? The mystery of Article 21 (2) of the Succession Regulation has to be solved.

19 This solution is based on ECJ decision, 15.11.2012, C-456/11 – *Gothaer Allgemeine Versicherung*, in which the court confirmed the binding force of the decision of the court first seized (under Regulation Brussels I). The court first seized had denied its jurisdiction on the basis of a *prorogatio fori* (jurisdiction agreement) by the parties. The court later seized had to recognize the validity of that agreement.

20 See the parallel rules in Article 4 (3) and Article 5 Rome I, Article 4 (3), Article 10 (4), Article 11 (4) and Article 12 (2)(c) Rome II.

Recital 25 of the Succession Regulation states that the escape clause of Article 21 (2) of the Succession Regulation must not be used to circumvent the difficulties of determination of the habitual residence of the deceased in complex cases. Indeed, most hard cases – like, for instance, two parallel countries of residence or the very recent migration – can be solved by interpretation of the notion of habitual residence alone, without leaving Article 21 (2) of the Succession Regulation any scope of application (for further explanations see part 6 [cases] *infra*). Commentators agree that the escape clause, therefore, has to be construed very narrowly²¹. For further details see the cases in part 6 below.

6. Cases

Case 1 – migratory bird pensioners

Hanna and *Johan*, a Belgian couple, are both 70. They receive a pension from the Belgium social security system. They have lived in Antwerp for almost their whole lives. They own a 70 square meter apartment in Antwerp. When they retired five years ago, they bought a small house in Spain, where they, since then, spend at least 7 months every year. During the summer months they live in Antwerp. During the time in Spain, they normally do not go back to Belgium, except on rare occasions, like family anniversaries. In Spain, they have few social contacts, all of them restricted to the Dutch and German speaking community of the village in which they live. They do not speak Spanish. The couples' family and close friends live in Belgium. On 1 January 2017, Johan dies in a Spanish hospital from a heart attack. Where was his habitual residence at the time of his death?

Per year, Johan spends more time in Spain than in Belgium. The couple owns some property here and there. Johan's family and social life takes place in Spain and in Belgium, together with his wife, and together with his other family and friends mostly in Belgium. They receive their income from a Belgian institution. The couple is much more integrated

21 Emmerich, *Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO* (2016), pp. 129 et seq.; Schauer, *Deixler-Hübner/Schauer*, Article 21 *EuErbVO*, point 17; Bajons, *Schauer/Scheuba*, point 32; Fischer-Czermak, *Schauer/Scheuba*, point 45; Lagarde, *Bergquist/Damascelli et al.*, Article 21, point 14; Palandt/Thorn, *Kommentar zum BGB* (2016), Article 12 *EuErbVO*, point 2; Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler, *Rechberger/Zöchling-Jud*, p. 33; Süß, *Süß*, § 2, point 39.

in Belgium than in Spain and has the Belgian nationality. The last habitual residence of Johan in the sense of Article 4 and Article 21 (1) of the Succession Regulation is, therefore, in Belgium.

Case 2 – commuters living close to state borders

Matthias, a German national, and his Russian girlfriend *Lana* live in an apartment in the Netherlands, a few minutes across the border from Germany, because rental costs are much lower there than on the German side of the border. He works in Germany, has all his friends and social activities in Germany. On 2 January 2017, *Matthias* dies in a German hospital. Where was his habitual residence at the time of his death?

Matthias merely “lives” in the Netherlands, together with his family, i.e. his girlfriend *Lana*. All other private, social and professional interests of *Matthias* are located in Germany. The centre of his professional and private interests seems to lie in Germany, not in the Netherlands. But *Matthias* has no official residence in Germany. Can there be a habitual residence without an actual “residence” in the sense of bed, kitchen, living room? The answer the ECJ will give is still unknown today. *Emmerich*²² suggests for a similar case to assume a habitual residence in the Netherlands rather than in Germany in a first step (Articles 4 and 21 (1)) of the Succession Regulation) and to apply German law based on the escape clause of Article 21 (2) of the Succession Regulation in a second step. My answer is different: The habitual residence lies in the country of deceased’s centre of interests, which is Germany in our case. This solution also has the advantage of preserving the convergence of forum and law, because the German courts (Article 4 of the Succession Regulation) will be able to apply German law (Article 21 (1) of the Succession Regulation).

Case 3 – commuters for professional reasons

Jan is a Swedish engineer working in an oil production facility in Saudi Arabia. His Swedish wife and their two small children live in Sweden. *Jan* has all his assets, friends and family ties in Sweden. He nevertheless spends most of the year in his Saudi Arabian apartment. On 3 January 2017, *Jan* dies in Saudi Arabia in a work related accident.

22 *Emmerich*, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO (2016), p. 137.

Where was his habitual residence at the time of his death?

Case 3 is the case of recital 24 of the Succession Regulation: Jan lives in Saudi Arabia for only one reason: his work. He has no social contacts outside his work in Saudi Arabia. All his other interests and his nationality point in the opposite direction. Therefore, Jan has his last habitual residence in Sweden.

Case 4 – stay abroad planned for a limited time and purpose

Sarah, a Greek national, moves to the Max-Planck-Institute in Leipzig to write her doctoral thesis there. At the MPI, she works half-time as a research assistant. Her employment contract is for three years. After this time, Sarah plans to leave Germany and to go back to Greece. Sarah has no boyfriend, husband or children. Her parents and other relatives live in Greece. She has friends in Greece and friends in Germany. She returns to Greece only twice a year for about a week. After two and a half years of residence in Germany, on 4 January 2017, Sarah dies in Mexico. Where was her last habitual residence?

Sarah obviously lives in Germany, her presence in Greece is rather limited. She has some friends and her working place in Germany. Her intention is to leave Germany in half a year and to return to Greece where her family and most of her friends live. But how important is that subjective element for the determination of the habitual residence under the Succession Regulation? The reasons of the deceased's presence in a certain country (see recital 23 of the Succession Regulation) have to be taken into account in the multi-aspect analysis (see part 3 supra). His or her intention to establish a habitual residence in a certain country has to be accompanied by corresponding objective circumstances²³. Sarah, therefore, might have her habitual residence in Greece if her family and social ties to Greece are still very strong, she has a room or apartment there, if her assets are located in Greece rather than in Germany.

Case 5 – recent migration

Celeste, an Italian national, gives up his apartment in Palermo and moves to Graz where he rents an apartment and founds an enterprise.

²³ Emmerich, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO (2016), p. 107 et seq. (with further references).

His parents live in Germany, his younger brother in Milano. He is not married and has no girlfriend. He has several friends in Palermo and in other regions of Italy and fewer friends in Vienna and Graz. Celeste's intention is to stay in Graz or at least in Austria for the next couple of years, perhaps forever. On 1 January 2017, he drives up all his belongings from Palermo to Graz in a small truck. On 5 January 2017, he dies in Graz from a stroke. Where was his habitual residence at the time of his death?

Where a person moves from one state to another she normally has her new habitual residence in the reception state from the first day on, provided that she cut most of her ties to the state of origin before the migration. This is for instance the case if you take all your household items and your close family with you and also have your job in the reception state. If Celeste acted that way, leaving no important ties with Italy, like a second residence or his wife and children, he died with his habitual residence already in Graz.

A slightly different solution is presented by recital 25 of the Succession Regulation: It is assumed that the migrant has his or her new habitual residence in the country of reception from the first day of his or her presence onwards, even where he or she keeps essential ties to his or her country of origin. The problem with the closer ties to the old country is resolved by Article 21 (2) of the Succession Regulation (escape clause). This solution does not seem justified because the connections with the country of origin can be taken into account when determining the habitual residence in the first place. A migrant that keeps essential ties to his or her country of origin also keeps his or her habitual residence there²⁴.

If a person dies one day before moving to the new state having cut all his or her ties to the former state of origin and after having established all relevant ties in the new state, this person could even have a new country of habitual residence at that point in time. Or, similar to case 2, if you assume that there can be no habitual residence without having slept in a bed there at least once, the habitual residence is still in the country of origin and the law of the state of reception only applies by force of Article 21 (2) of the Succession Regulation (escape clause)²⁵.

24 Odersky, Geimer/Schütze (Hrsg), Europäische Erbrechtsverordnung (2016), Article 21, point 14.

25 Emmerich, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO (2016), p. 136.

In my view, the solution which considers the country of reception as the new habitual residence country already one day before the actual migration is preferable. The new residence in the country of reception is already the centre of interests of the migrant. This solution preserves the convergence of forum and law, both of the country of reception.

Case 6 – nursing cases of elderly persons

Marie is a 90 year old French national living in a nursing home in Poland. She is care dependent, suffers from strong dementia and has a guardian, her only son Roland. Roland brought his mother to Poland, two years ago, because the costs of care are much lower there than in France. The mental state of Marie was already such that she realized the change of her environment, but not the fact that she was now living in Poland. On 6 January 2017, Marie dies in Poland. Where was her last habitual residence?

In cases 6 and 7 the new residence was established without or against the will of the deceased. Jurisdictions differ with respect to the requirement of legal capacity for the establishment of a new habitual residence: Under German law, for instance, legal capacity is not required for the establishment, whereas under French law and Austrian law, the change of habitual residence is determined by the guardian or the parents of children²⁶. Some authors assume that the new habitual residence (as determined by the guardian) lies in the country of the incapable person's presence and apply the escape clause of Article 21 (2) of the Succession Regulation which leads to the application of the law of the country of origin²⁷. However, a solution based on a thorough multi-aspect analysis of the deceased's habitual residence situation is preferable. Apart from the inexistent subjective element of the case – Marie is incapable of having an intention or a will – many objective criteria can be used to decide whether Marie has actually closer ties to France, her country of origin and nationality, or to Poland. If all her social contacts, family and assets are located in France, not in Poland, Marie keeps her habitual residence in France also during her stay in Poland²⁸.

26 Emmerich, *Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO* (2016), p. 109 with further references.

27 *Münchener Kommentar zum BGB* (2015) – Dutta, Article 21 EuErbVO, point 6 with further references; Schauer, Deixler-Hübner/Schauer, Article 21 EuErbVO, point 18.

28 Emmerich, *Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO* (2016), p. 111.

Case 7 – prisoners

Ron, a Bulgarian national, is involved in a brawl in a Portuguese night club while spending his vacation in Portugal. He is convicted to six years imprisonment for aggravated assault by a Portuguese court. After 5 years in a Portuguese prison, Ron dies on 7 January 2017. Where was his last habitual residence?

The question here is: Can there be a habitual residence not only without, but even against the will of the deceased? Some answer this question in the negative²⁹. This means that generally, there will be no habitual residence in a state in which the deceased is kept against his will. But this subjective element has to be accompanied by corresponding objective ties of the deceased to his country of origin: his nationality, social and family contacts, assets and the like. Ron is most likely to be socially more integrated in Bulgaria than in Portugal and he is a Bulgarian national. Therefore, Ron will have kept his habitual residence in Bulgaria.

29 Emmerich, *Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO* (2016), p. 111.

DRAFTING CHOICE OF LAW AND CHOICE OF COURT PROVISIONS UNDER THE EU SUCCESSION REGULATION

Fifteen questions and some answers

Patrick Wautelet*

As is well known, the EU Succession Regulation¹ provides estate planners and all those with an interest in cross-border succession matters with a potentially powerful tool: under Article 22 of the Regulation, a person indeed has the possibility to select the law applicable to his estate. This possibility has already spawned a vast literature. Practitioners have also issued guidelines and model choice of law provisions illustrating the possibilities offered by the Regulation². In many countries, there is, however, only scant practice regarding choice of law provisions in succession matters. In the following paragraphs, further guidance will be offered to practitioners in order to ensure they are in a position to offer solid advice to clients in cross-border situations. The emphasis will be the possibilities offered by the Regulation to determine the competent court and the applicable law.

* Professor at the Law School University of Liège (Belgium).

1 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012, on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, O.J. 2012 L 201/107 (hereinafter the 'Regulation').

2 See e.g. R. Frimston, Wills: drafting choice of law under EU Succession Regulation: checklist, Practical Law Private Client.

1. Choice of court under the Regulation?

The Succession Regulation includes detailed rules allocating jurisdiction to the courts of Member States in case of dispute. These rules are primarily built on the habitual residence of the deceased: Article 4 grants jurisdiction to the courts of the Member State where the deceased habitually resided before passing away. When the last habitual residence is located in a State (Member State or not) not bound by the Regulation, Article 10 makes it possible to bring disputes before the court of the Member States where the deceased left some assets. When the deceased possessed the nationality of that State, the courts may take jurisdiction over the whole succession. The same applies if the deceased habitually resided in that Member State in a not too distant past. Failing such connection, the jurisdiction of the courts of the State where the assets are located is limited to those assets.

While these rules may in most cases quite easily be applied, they do not make it possible to predict with certainty in each case where disputes will be settled. The habitual residence of the deceased may indeed move or even be difficult to identify. The localisation of the relevant assets may also require extensive investigation. Further, when advice is sought years before the client passes away, it may be impossible to predict where the client's last habitual residence will be located. This uncertainty is to a certain extent reduced given that whatever court is finally entitled to rule on the dispute, all courts of Member States will apply the Regulation and, hence, come up with the same solution. The uniformity achieved thanks to the Regulation is, however, not perfect. A number of mechanisms included in the Regulation leave a certain discretion to courts. This is the case for the escape clause (Article 21 (2)). Further, the Regulation does not prevent the application of bilateral conflict of laws rules in force between a Member State and a third State.

In view of this, one may wonder whether it is possible to lock up the benefit of one court by granting jurisdiction to that court for all disputes arising in relation with the succession. In many fields of law, there is a long standing practice of concluding choice of court agreements. These agreements ensure that parties may easily predict which court will take up a dispute.

The Regulation does not, however, leave much room for such choice of court agreement. It is not incumbent on a future deceased to select the courts which will hear potential disputes in relation to his

succession. The Regulation opens a number of possibilities for parties to decide which court will hear their disputes, but none of these options are available to the testator.

Article 5 indeed makes it possible for the “parties concerned” to grant jurisdiction by agreement to the court of the Member State whose law has been chosen by the deceased. This possibility is, however, only open for those called to benefit from the succession. It may not be directly applied or imposed by the testator. It further requires that the testator has validly chosen the law applicable to his succession under Article 22. Article 5 therefore only provides an additional ground of jurisdiction which may be used by parties called to the succession. It raises intriguing questions, such as the definition of the parties who may benefit from Article 5. In the literature, it has been discussed whether creditors may be considered to be “parties” within the meaning of Article 5. In any case, Article 5 cannot serve as legal basis for a choice of court by the testator. In practice, one may attempt to reach the same result with indirect means. Such substitutes will not, however, allow the testator to benefit from the certainty afforded by a choice of court.

2. The Succession Regulation and arbitration

The Succession Regulation is silent on the possibility to refer succession disputes to arbitration. The Regulation does not exclude arbitration out of its scope, as does the Brussels Ibis Regulation. This cannot be taken to mean that the drafters of the Regulation intended in any way to restrict the possibility to submit disputes to arbitration. Rather, the Regulation’s silence must be understood as a gesture of good neighbourliness towards arbitration as dispute resolution method.

Whether or not litigants may validly refer a dispute to arbitration, depends indeed not on the Regulation, but on the attitude adopted in various States towards arbitration. The threshold for arbitration may be expressed by reference to the commercial nature of the interests at stake or the fact that parties may freely dispose of the rights involved. Whatever the test used, it seems that there is no obstacle of principle which would limit or prohibit recourse to arbitration in succession matters.

The use of arbitration may however, be limited by other considerations. It may be in the first place difficult to obtain the consent of all parties concerned that disputes be exclusively referred

to arbitration. A will drafted by a testator is by essence a unilateral document. It does not record and is not made to record the consent of the beneficiaries. Save in countries such as Germany and Austria, where the legislator has given a legal basis for arbitration decided unilaterally by a testator, the mere fact that a testator has indicated in his will his desire that disputes be arbitrated, will prove insufficient to bind his heirs and other legatees.

Another issue which could prevent or limit the use of arbitration is the question whether arbitrators have the jurisdiction to rule on some crucial succession questions such as that of reserved portion. It may be that in some jurisdictions, the existence of mandatory rules relating to this question prevent the use of arbitration in succession matters³.

The Regulation may further have an impact on the conduct of the arbitration proceedings if the dispute relates to a cross-border succession, the arbitrators could find inspiration in the conflict of laws rules of the Regulation to determine the law applicable to the dispute. While formally not bound by these provisions, an arbitral tribunal could indeed usefully apply those rules as they represent a modern codification of international succession law.

3. Choice of law in general

Article 22 is without any doubt one of the most interesting provisions of the Succession Regulation. By making it possible for a person to select the law applicable to his succession, Article 22 builds on the conflict of laws tradition of a number of countries, where such possibility already existed. For many other Member States, the autonomy recognized to the testator is, however, a strong departure from accepted principles.

The autonomy granted by Article 22 raises a number of questions. In the following paragraphs, an attempt will be made to address some of these issues.

3 See further on arbitration and succession, P. Mankowski, *Erbrechtliche Schiedsgerichte in Fällen mit Auslandsbezug und die EuErbVO*, ZEV 2014, pp. 395-400; W. Jahnel, D. Sykora and N. Glatthard, *Arbitration in matters of succession with special consideration of the Regulation (EU) N° 650/2012*, b-Arbitra, 2015/1, pp. 41-66 and P. Wautelet, *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale*, JCP, ed. Not., 2016/51-52, étude 1350, points 42-47.

It is well known that the possibility to choose the law offered by Article 22 of the Regulation is not limited to EU nationals. Citizens of third States may also make use of this possibility – e.g. a US citizen living in England with a holiday home in France. Likewise, the possibility to choose the law is not limited to those persons having some form of connection with a Member State at death. This would exclude deceased who have lived a significant part of their lives in a third Member State, even though they may possess the nationality of a Member State or own assets located in such a State.

In a similar vein, the Regulation does not limit the possibility to choose the law by requiring that the choice be made in favour of the law of a Member State bound by the Regulation. Article 20 of the Regulation makes it clear that the Regulation applies even if it leads to the application of the law of a third State. Nothing prevents therefore a testator to submit his succession to the law of a State not bound by the Regulation.

Whether or not a choice of law is valid must in the first place be determined taking into account the requirements of the law chosen by the testator. This follows from Article 22 (3), which states that “The substantive validity of the act whereby the choice of law was made shall be governed by the chosen law”.

The Preamble makes it clear that what is intended with this rule is that it is for the law chosen to determine whether the person making the choice “may be considered to have understood and consented to what he was doing” (recital 40). Issues of consent (and lack of consent or possible defects of consent) should therefore be addressed under the law chosen.

4. What needs to be included in a choice of law?

An individual seeking to avail himself of the ability to select the law of his nationality should do so “in a declaration in the form of a disposition of property upon death...” (Article 22). A declaration included in the last will is sufficient.

It is sometimes advised to mention that the law chosen applies not only to the disposition of property and administration of the estate, but also to the substantive validity and admissibility of the last will and testament. Article 24 indeed provides that “A disposition of property

upon death other than an agreement as to succession shall be governed, as regards its admissibility and substantive validity, by the law which, under this Regulation, would have been applicable to the succession of the person who made the disposition if he had died on the day on which the disposition was made”.

It is, however, not necessary to indicate that the law chosen also governs the validity of the will. This follows automatically from Article 24, without there being any need to include language to that effect. Adding a specific provision to that effect may even lead to some confusion. One may indeed wonder why a specific reference is made to the issue of validity, leaving aside other important issues such as that the transfer of the assets to the beneficiaries or the sharing out of the estate.

Article 22 makes it possible to submit one’s succession to the law of one’s nationality. Even though the nationality of the testator plays a central role, it is not necessary to recall or explain in the will why and how the testator acquired this nationality. Any justification of this kind would be strictly superfluous. It might even be dangerous to offer explanations on this issue. The law of nationality is indeed not always easy to navigate. One may therefore include explanations which appear, on a more detailed examination, to be erroneous.

A reference to the nationalities of the person making the choice would, on the other hand, be relevant if the person making a choice possesses more than one nationality. Such a reference would indeed show that the testator was aware of the choice possibilities offered to him under Article 22. This may be done using the following drafting:

“I am a national of France and Germany. I choose the law of France to govern my succession”.

In practice, one often sees in choice of law provisions language making reference to Article 22 of the Regulation, as in the following:

“I am a national of France. I choose the law of France to govern my succession, as allowed by Article 22 of the European Regulation on Successions”.

There is nothing erroneous about this reference. It may help clarify that the testator indeed was aware of the legal consequences of his

choice. A choice of law remains, however fully valid and enforceable without any reference to the legal basis making it possible to choose the law governing the succession.

Likewise, it does not seem necessary to include in a choice of law some indication pertaining to the habitual residence or domicile of the testator. It is sometimes suggested to add language to that effect, as in the following provision:

“I choose the law of [Country A] to govern succession to my assets, rights and obligations as a whole, including any not disposed of by this will. I am a national of [Country A] and reside habitually in [country B] for at least ten years”.

The reference to the testator’s habitual residence is by no means necessary in order for the choice of law to be valid. It does not add much to the choice of law. It could be marginally relevant, in order to show that the testator was duly aware of the fact that the choice made would lead to the application of another law than the law of the country where he resides.

5. Choice of law and testators with multiple nationalities

How does the autonomy recognized by Article 22 play out if the testator possesses more than one nationality? This question had already been raised in some Member States, which recognized the *professio iuris* even before the Regulation came into force. Under Belgian private international law, it was unclear how the provision making it possible for a party to opt for the law of his nationality, should be applied when a person possessed more than one nationality. In particular, it was unclear whether application should be made of the general rules dealing with situations of multiple nationalities. Under these rules, whenever a person possesses another nationality next to Belgian nationality, the latter must prevail. If those rules were applied in a situation in which a person has made a choice of law, this could endanger the choice of law each time the law chosen does not correspond with the law of the prevailing nationality.

Fortunately, the Succession Regulation has taken a clear position on this issue: Article 22 makes it clear that individuals with multiple citizenships can choose the law of any of the countries of which they are nationals. It does not matter that the law chosen is that of a nationality

which was acquired only recently or of a nationality which would not prevail under the rules dealing with multiple nationalities. There is no need to justify why a given nationality is chosen. The choice may not be questioned by an heir or anybody else on account of the fact that the nationality chosen by the testator was not or less effective than another one.

One should also note that the Regulation makes it possible to choose the nationality possessed at the time of death and not only at the time of making the choice. This possibility is, however, to be used with caution. It may indeed not always be easy to predict with accuracy which nationality one will possess when passing away.

6. Choice of law and jurisdictions with multiple succession laws

Article 22 provides that one may choose to govern his succession the law “of the State whose nationality he possesses”. The application of this rule raises a specific concern when the country whose law is selected does not have a unique set of rules governing succession matters. In some countries such as the United States, Canada and Spain, different rules apply to succession depending on the State, province or unit concerned. The laws of Florida are not identical to those of New York.

The Regulation includes a detailed rule dealing with States with multiple succession rules. The main principle laid out in Article 36 is that application should be made of the domestic conflict of laws rules of the relevant State to determine which rules govern a succession. In the absence of such conflict of laws rules, Article 36 provides a number of principles which should help identify the relevant territorial unit.

The application of Article 36 may raise difficult questions when the deceased was a national of a State which not only does not have national succession rules, but also lacks national conflict of laws rules governing succession matters. Although this is still open to debate, it appears to be the case in the United States, which does not have national conflict of laws rules. This would mean that application must be made of the law of the territorial unit which has the “closest connection” with the deceased (Article 36 (2)(b)). This may lead to some uncertainty, in particular when the testator has not lived or resided in the country of his nationality for a long time or has kept a connection with several

territorial units of the country of which he is a national⁴. It has been suggested to include in the choice of law language indicating with which territorial unit the testator is most closely connected, as in the following draft:

“I am a citizen of the United Kingdom, habitually resident and domiciled in and most closely connected with England and in accordance with the provisions of Article 22 and all other Articles of the European Union Succession Regulation (EU) No 650/2012 or any subsequent or amended Regulation. I choose the internal law of England to govern all of my dispositions of property upon death and the whole of my succession”⁵.

Although an indication of this kind may influence the court, no certainty can be given that it will be duly taken into account by the court.

7. Choice of law and multi-jurisdiction estates

The Succession Regulation is built on the principle that a given succession should be governed by one, unique law. This principle applies when the deceased has not chosen the applicable law: his succession will be governed by the law of the State in which he last habitually resided. The Regulation has also been drafted to ensure as far as possible that the courts of one State have jurisdiction to hear disputes relating to a succession. Ideally, those courts will apply their own law.

Many individuals possess assets in various States. In a very common scenario, a person living in State A will also own real estate in State B. In another scenario, the person residing in State A will hold a bank account or a securities account in State B. In exceptional cases, the assets of one person will be scattered among a great number of jurisdictions.

Since the Regulation grants parties the possibility to choose the law, one may wonder whether this choice may be adapted to meet the fact that a person’s assets are split among various countries. In some

4 See further A. Bonomi, *Article 36*, Le droit européen des successions. Commentaire du règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012, A. Bonomi an P. Wautelet (ed.), 2nd ed., Bruylant, 2016, pp. 612-613, §§ 14-16.

5 This draft is taken from Richard Frimston, *The Succession Regulation and existing and future Private International Law issues*, March 2016, New York State Bar Association.

private international law instruments, a possibility is recognized to adapt the choice of law in order to take into account this fact. Under Article 6 of the Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, spouses may designate the law of the place where immovables are located in order to govern these immovables. Such a partial choice may prove useful for example when spouses have adopted specific arrangements with regard to such foreign immovables.

The Succession Regulation does not allow such a partial choice of law. Whenever a choice of law is made by virtue of Article 22, it covers the individual's worldwide assets. For planning purposes, it is therefore not possible to pick and choose. This may be seen as a lack of flexibility. It is, however, the price to be paid in order for the choice of law mechanism to be accepted by the Member States.

It is therefore unnecessary in a choice of law provision to include language indicating that the law chosen covers the whole estate of the testator, as is sometimes suggested. It may, however, be useful to add language showing that the testator was aware of the fact that the choice of law is not limited to those assets specifically disposed of by the will. This may be done by using the following language:

“I choose the law of [State A] to govern succession to my assets, rights and obligations as a whole, including any not disposed of by this will.”

While this is strictly speaking not necessary to ensure that the law chosen will govern the whole estate, it may be a useful addition as it shows that the testator was aware of the breadth of his choice of law.

8. Succession Regulation and 'old' choices of law

The *professio iuris* was not invented by the Succession Regulation. In some Member States it had become customary long before August 2015 to include a choice of law in wills and other dispositions of property upon death. In other Member States, clients were advised to avail themselves of the possibility to choose the law to their succession before the Regulation became fully effective.

The Succession Regulation became fully applicable on 17 August 2015. According to Article 83 (1), it only applies if the death took place on or after 17 August 2015.

If a testator had, prior to August 2015, selected the law applicable in the event of his death, this choice of law provision may remain effective if it complies with certain requirements. Article 83 (2) of the Regulation indeed provides that a choice of law made prior to 17 August 2015 remains valid if it meets either the requirements of Article 22 or if it was valid in application of the conflict of laws rules of the State in which the deceased habitually resided or whose nationality he possessed. This rule is important: it guarantees that old choices of law will continue to be upheld⁶.

It is therefore not necessary to renew or alter choices of law which were made before the Regulation came into application. Care should, however, be taken to verify whether these older choices of law should not be kept if the testator modifies his will after 17 August 2015. Say a Greek national living in Belgium has drafted a will in 2006, with the assistance of a Belgian notary. In accordance with Article 79 of the Code of Private International Law, in force in Belgium since 2004, this person has included a choice for Belgian law in his will. Such a choice was perfectly valid, as Article 79 of the Code allowed a choice to be made for the law of the testator's habitual residence. The choice remains effective after August 2015, as it was valid under the conflict of laws rules of the State where the testator habitually resided. If the testator intends to modify his will, care should, however, be taken to ensure that the old choice of law is preserved. Under the Regulation, this person may indeed no longer choose to have his succession governed by the laws of Belgium. The only available choice is a choice for the law of his nationality. If changes are brought to the will, this could bring about the demise of the choice of law made earlier. Language may be included in the new will or in the codicil to make clear that the testator did not intend to come back on the choice of law made earlier⁷.

6 It is therefore striking, and regrettable, that the twin Regulations adopted in 2016 to deal with the patrimonial relationships between spouses and partners (Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships and Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes) do not include a similar provision protecting choices of law made before the Regulations come into force (which is due in January 2019).

7 See the drafting suggested by S. Berte and V. de Backer, *De dood kent geen grenzen. De Europese Erfrechtverordening in 19 casussen*, Notarieel & Fiscaal Maandblad, 2016, (186), pp. 195-196.

9. Choice of law and renvoi

In commercial practice, it is very common to include a specific provision in the choice of law agreement, to the effect that the rules of private international law are excluded. A typical example will read as follows:

“The present agreement is governed exclusively by the laws of the Netherlands, excluding its conflict of laws provisions”.

This language is only relevant provided the private international law rules of the law chosen include another conflict of laws rule, which would potentially subject the contract to another law than the law chosen, thanks to the mechanism of renvoi.

Against this background, it is easy to understand why the exclusion of private international law rules in succession matters is only marginally relevant. Under Article 34 (2) of the Regulation, no renvoi is indeed accepted when application is made of Article 22. In other words, the fact that a law has been chosen by the deceased excludes the application of the mechanism of renvoi. Whether the law chosen is that of a Member State bound by the Regulation or of another State is not relevant: the exclusion of renvoi applies in all cases.

The exclusion of renvoi could have some significance if a dispute regarding the succession is referred to a court of a State not bound by the Regulation. Such a court is indeed not bound by Article 22. It will apply its own rules of private international law. In this case, however, the relevant question is not so much whether the State whose courts are seized will apply renvoi, but rather whether it will give effect to the choice of law.

10. Choice of law and third countries

The possibility to choose the law applicable to succession matters is not universally recognized. In many countries outside the EU, this possibility is viewed with scepticism, or even considered anathema. This is currently the case in Scotland, whose private international law rules do not recognize the possibility of a *professio iuris*. The same

applied in Croatia, before the Regulation came into force⁸.

While the Regulation remains silent on this issue, recital 40 of the Preamble indicates that the choice of law “should be valid even if the chosen law does not provide for a choice of law in matters of succession”. This clarification is welcome. However, it only binds Member States. This means that there is no guarantee that a choice for the law of a country whose conflict of laws rules do not allow party autonomy in succession matters, will be recognized in other countries than those bound by the Regulation.

The EU Succession Regulation is indeed only in force in 25 Member States. It has no direct effect in third countries, nor in the three Member States not bound by the Regulation (Denmark, Ireland and the United Kingdom).

An intriguing question therefore arises in relation to the enforceability of a choice of law validly made under Article 22 of the Regulation if the question is put to a court not bound by the Regulation.

The answer to this question depends in the first place on the conflict of laws rules in force in the country whose courts are seized. It is not excluded that the mechanism of *renvoi* has a role to play in this respect. If the conflict of laws rules of the third State indeed in principle do not recognize the possibility for individuals to choose the law applicable to the succession, a choice of law made in accordance with Article 22 could nonetheless be recognized if the third State’s conflict of laws rules lead to the application of the law of a Member State and this would lead the court to apply the provisions of the Succession Regulation⁹.

8 P. Sarcevic, *Croatie, Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, M. Verwilghen (dir.), 3rd ed., 2007, Bruylant, 963, § 43.

9 For more details from a UK perspective, see E. B. Crawford and J. M. Carruthers, *Speculation on the Operation of Succession Regulation 650/2012: Tales of the Unexpected*, *Eur. Rev. Private Law*, 2014/6, pp. 847-878. From the perspective of the law of New York, see M. W. Galligan, *U.S. Expatriate Persons and Property Owners, the European Union Succession Regulation and the Choice of New York Law*, *New York State Bar Association*, March 2016, pp. 1-25, in particular at pp. 10-24.

11. Choice of law and multiple wills

In some jurisdictions, it has become common practice to draft multiple wills. Very often, multiple wills are drafted in order to reduce the tax bill which will arise as a consequence of the death¹⁰. Multiple wills have also been used when a person has assets in different countries, whose succession laws are very different. Technically, one could distinguish between drafting a local will, which covers exclusively assets located in one country (so-called ‘separate situs will’), next to a more general will (‘principal will’) from the drafting of a multi-jurisdictions will. One famous case where multiple wills were drafted concerned the estate of the late Luciano Pavarotti, who is reported to have drafted one will dividing his Italian assets and another will concerning his US assets.

Whenever multiple wills are used, care should be taken to ensure a smooth coordination between the wills. There is indeed a risk that provisions of one will could be difficult to reconcile with the provisions of the other. Meticulous drafting should ensure that the two wills are mirror documents. The more complex the documents become, the more opportunity there is for contradiction or incoherence. The risk of accidental revocation of a will on the creation of a subsequent will is one of the most common risks associated with multiple wills.

As far as the choice of law is concerned, it is important to keep the prohibition of partial choice of law in mind when faced with a situation where multiple wills are drafted. When drafting such multiple wills, one should keep in mind that if the deceased has chosen the law applicable to his succession, the two wills will be governed by a single law. As soon as the deceased makes a choice of law, the law chosen applies to the entire estate. It is therefore not possible to make different choices in the two wills, even if the testator possesses more than one nationality.

As a matter of practice, it may be advisable to make a choice of law in one of the wills, and make reference to it in the other will. A German national having assets in England may include a choice for German

¹⁰ See for instance the practice in Ontario to draft two wills to reduce the estate administration taxes which must be paid – e.g. *McLaughlin v McLaughlin et al.* 2014 ONSC 3162 (Ontario Superior Court of Justice, 8 July 2014).

law in his main will, and refer to it in the secondary will dealing only with the assets located in England. The choice of law in the main will could read as follows:

“Choice of Law: I am a citizen of Germany, habitually resident in France and in accordance with the provisions of Article 22 of the European Union Succession Regulation (EU) No 650/2012. I choose the laws of Germany to govern all of my dispositions of property upon death and the whole of my succession, including those assets dealt with under a separate will”.

Is it necessary to repeat the choice of law in the secondary will? This may cause uncertainty as to the precise intentions of parties. The better alternative is to include a recital in the second will, referring to the election made in the parallel will. It may be added that nothing in the second will may be taken to mean that the choice of law included in the first will becomes inoperative.

12. Implicit choice of law

Choosing the law applicable to a succession is not a habit which has gained universal acceptance. In some jurisdictions, the choice of law may be resisted because it is not part of the national tradition. In other jurisdictions, choice of law agreements will not easily be included in wills because this would, under the applicable costs scale, increase the cost of drafting the will. In many cases therefore, a will or other disposition of property upon death will not include a choice of law.

This does not, however, exclude the possibility that Article 22 is applied. Under this provision, a choice may indeed be made “expressly” or “be demonstrated by the terms” of a disposition of property upon death. The Succession Regulation makes it possible to infer from the terms of a will that the deceased intended that his succession be governed by his national law.

As with all other instances of implicit or presumed choice of law, the idea that one can find in the terms of a will sufficient evidence that a person intended to choose a law without saying so expressly is a recipe for endless interrogations. This is especially the case since the Regulation does not include many explanations regarding the minimum threshold which must be met before one may deduce an implicit choice of law. The only clarification may be found in

recital 39 of the Preamble, according to which “[a] choice of law could be regarded as demonstrated by a disposition of property upon death where, for instance, the deceased had referred in his disposition to specific provisions of the law of the State of his nationality or where he had otherwise mentioned that law”.

The Rome I Regulation, which provides uniform conflict of laws rules for contracts is more specific. It states that a choice must be “clearly demonstrated” by the terms of the contract. On the other hand, the same provision also makes it possible to take into account the “circumstances of the case”. This reference has not been included in the Succession Regulation. It may therefore be concluded that the search for the implicit intention of the testator must be strictly confined to those provisions appearing in the will.

In practice, opinions may differ when examining a will. The various elements included in the will may point in the direction of a given national law. Whether this is sufficient to conclude that the person truly intended that his will be governed by that national law, is a matter for interpretation. Imagine that a Dutch national who has been living in Belgium for twenty years, dies in that country. In his will, which has been drawn up with the assistance of a Dutch notary, he expressed the wish that his wife’s daughter should be entitled, in his inheritance, to benefit from the same regime as his own children. This is permitted under Dutch law, which expressly provides that a testator may include a so-called ‘clause of equality’ benefiting the spouse’s children¹¹. It remains to be assessed whether this person, by calling upon the assistance of a professional in the Netherlands and making a reference to a mechanism peculiar to Dutch law, intended to submit his last will to Dutch law.

The uncertainty surrounding the deemed choice of law is an additional incentive to include an express choice of law, whenever this is possible.

13. The ‘unchoice’ of law

Article 22 makes it possible to select the law applicable to one’s succession. As already stressed, such a choice may only be made in

¹¹ Article 4:27 of the Dutch Civil Code.

favour of one's national law. A choice for the law of one's habitual residence is of no value under the Regulation.

In some circumstances, a choice for one's national law may seem undesirable. This will be the case if the person concerned is a national of a country whose law does not leave much room for estate planning or prohibits certain arrangements which the testator would like to adopt.

In that case, it may be useful to make it clear that the person concerned has no intention to make a choice of law. The strategy is therefore not so much to actively choose the applicable law in one's will, but to make sure that the succession will be governed by the law of the person's habitual residence. This may be achieved using the following drafting:

“I have no intention to avail myself of the possibility offered by Article 22 of the EU Succession Regulation to make a choice of law. I understand that in the absence of a choice of law, my succession will be governed by the law of my last habitual residence.”

The same strategy could be applied to avoid the uncertainty surrounding the implicit choice of law. As already underlined, Article 22 makes it possible for a court or a notary to determine that a testator has implicitly chosen a law to govern his succession. This opens the door for an examination which could unravel the provisions of a will. In order to avoid the uncertainty which is inevitably linked with such an inquiry, it is strongly advisable to repudiate the possibility of an implicit choice of law:

“Nothing in the present will may be understood as giving rise to an implicit or deemed choice of law under Article 22 of the EU Succession Regulation.”

This will help make it clear that no choice is being made and that it is the testator's intention that the default law of the habitual residence at the time of death is to apply.

14. Choice of law and non-succession matters

When a person dies, dealing with the succession is only one of the questions which arise. If the deceased was married, one also needs to take into account the matrimonial property relations between the

spouses. Various other instruments may also have been used, such as joint ownership structures and usufructs. The deceased could also have taken out a large life insurance. Many important issues are intertwined with succession law. All these matters will need to be sorted out.

When choosing a law, a testator may be under the impression that the law chosen will govern all these aspects. This would, however, give too much importance to the choice of law. The Regulation does not address all issues linked with the death of an individual. Most notably, the Regulation excludes matrimonial property schemes from its scope. The Regulation also limits itself to transfer of property by succession, excluding life insurance, pension plans, joint ownership and other forms of planning vehicles based on contracts or property rights. Trusts are also excluded from the scope of the Regulation, at least the creation, administration and dissolution of trusts.

As a consequence, all these issues are not governed by the law designated by the Regulation. A choice of law based on Article 22 of the Regulation does not have any influence on these matters.

This should certainly be made clear to the person making the choice. This person should be aware of the fact that the law chosen will only govern those issues which are deemed to be related to the succession. Is it necessary to include a reference in the will to the fact that the testator has been duly informed? This has been suggested¹². Much will depend, however, on the limits of the liability of the professional advising the testator and the practice.

15. Choice of law and liability of estate planners

Notaries are subject to strict professional duties. In many jurisdictions, their liability is a very stringent one. They are required to provide independent advice to their clients and ensure that their clients can make a fully informed decision.

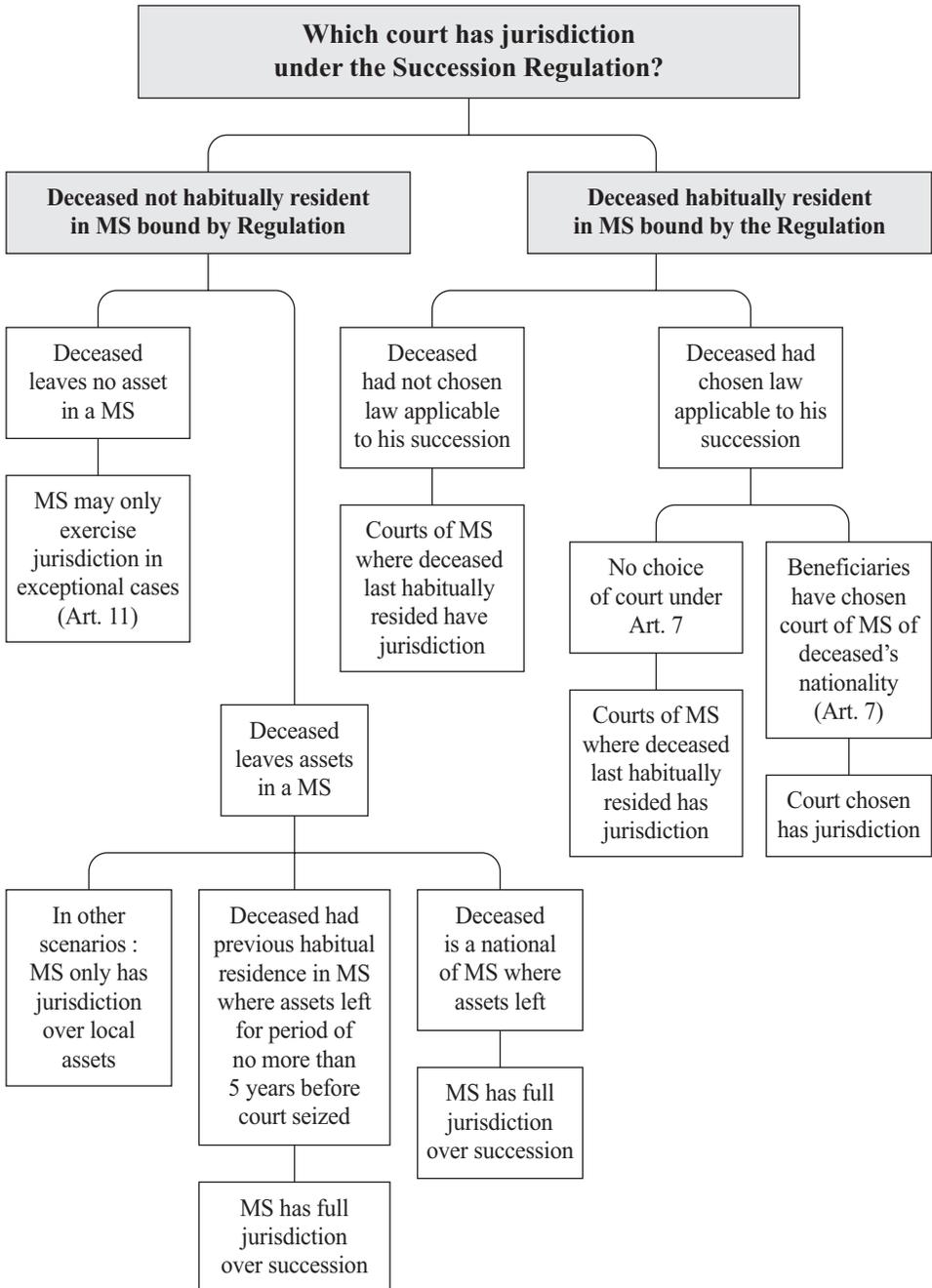
12 See S. Berte and V. de Backer, *De dood kent geen grenzen. De Europese Erfrechtverordening in 19 casussen*, Notarieel & Fiscaal Maandblad, 2016, (186), p. 196. These authors suggest adding the following language to a will: "Ik verklaar dat de notaris mij benadrukt heeft dat deze rechtskeuze geen invloed heeft op de materies gespecificeerd in artikel 1 Erfrechtverordening nr. 650/2012, waaronder de fiscale gevolgen" and "Ik verklaar dat de notaris mij er op heeft gewezen dat deze rechtskeuze enkel betrekking heeft op mijn erfopvolging en niet op de vereffening en verdeling van mijn huwelijksvermogen".

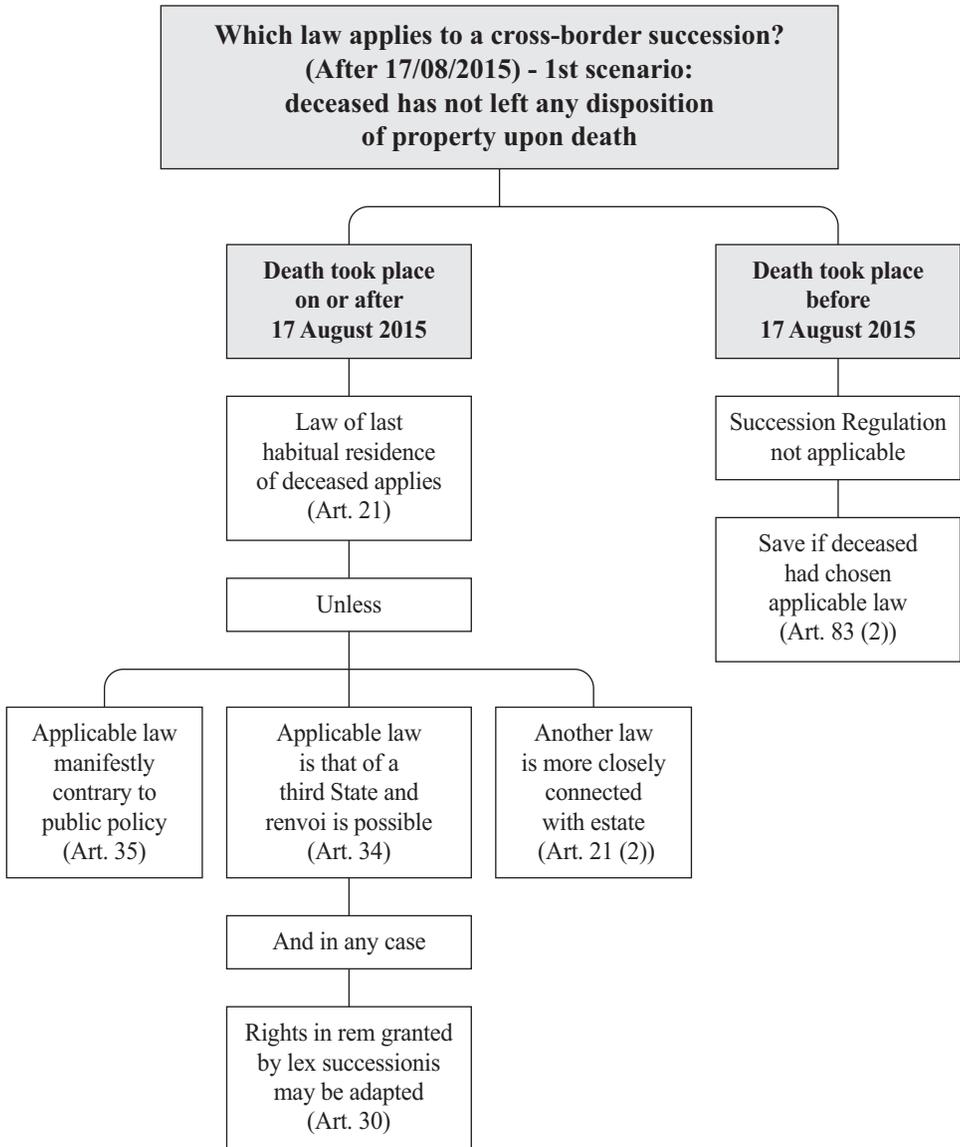
How much information should notaries provide when advising their clients in relation to a choice of law under the Regulation? The standard and benchmark could obviously differ depending on the jurisdiction and the relevant professional rules.

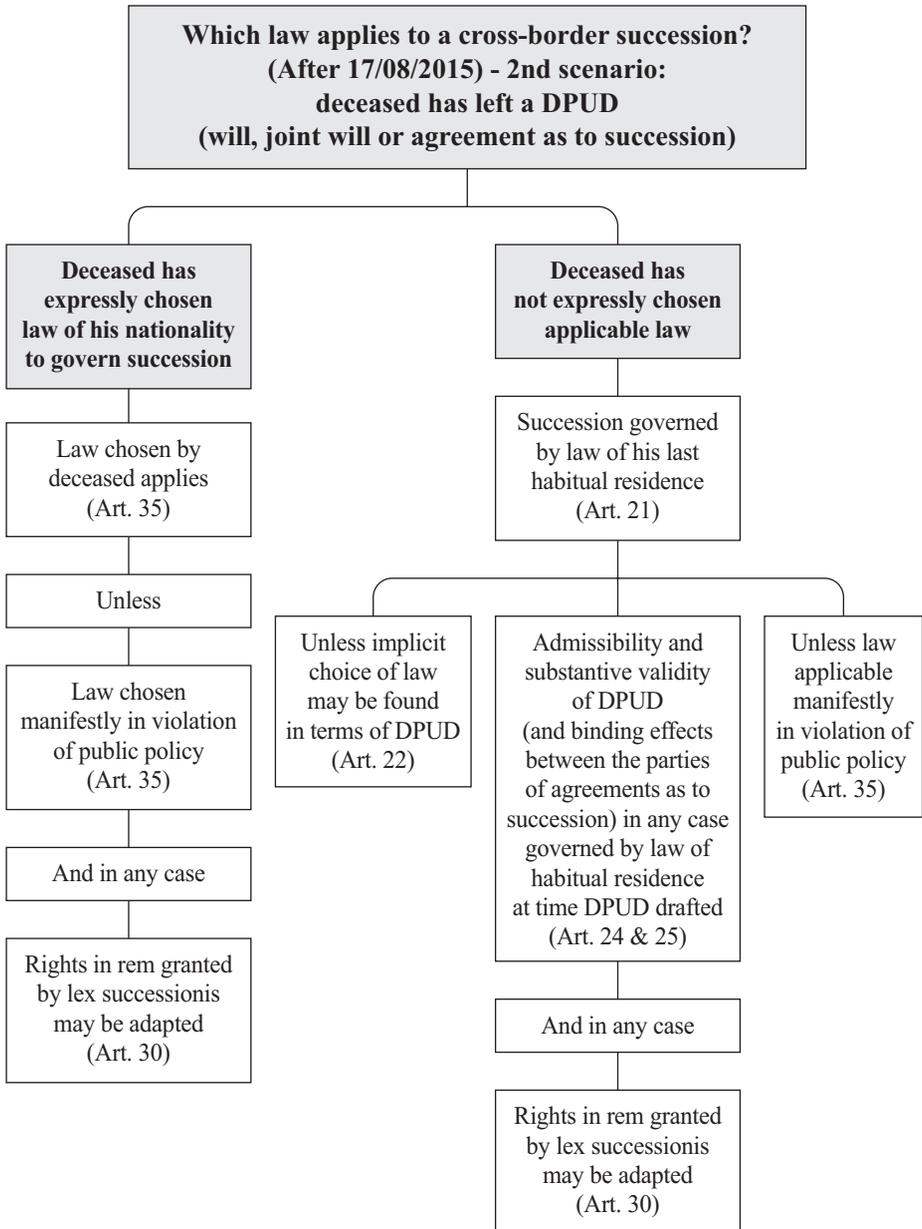
At the very least, a professional advising clients in relation to the Regulation should always point out to the possibility offered by Article 22. The client should be made aware of the fact that he may opt out of the law of his habitual residence, if that law does not coincide with the law of his nationality.

Going further, one may wonder how much information a professional should provide when a client wishes to submit his succession to a foreign law. Say a French notary is advising a German client residing in France, who wants to opt for German law. It will not be difficult for the notary to offer explanations regarding the validity and the enforceability of the choice of law, as these issues are fully governed by the Succession Regulation. It may be more difficult to assist the client in understanding the practical impact of the law chosen on the division of his estate. This is even more the case when one brings in the tax dimension, as the succession may be subject to taxation in the country where the client resides. It appears safer to work together with a professional versed and trained in the law chosen to ensure that the advice meets the quality standards.

A specific situation arises when the law chosen by the client includes provisions which may raise difficulties from a public policy perspective. This situation could arise if the client chooses the law of a country where the assets of the deceased are primarily allocated to his male heirs. In other countries, the succession rules could make it impossible for an heir to benefit from the succession because he/she is not of the same religion as the deceased. In this case, the notary has a duty to warn the client that the choice of law may be disregarded, at least in part. In exceptional cases, where it is clear that the law chosen will be put aside, the notary should strongly advise the client to reconsider his choice.







IMPACT OF THE SUCCESSION REGULATION ON WILLS AND AGREEMENTS AS TO SUCCESSION AND SUCCESSION PLANNING

Eve Põtter*

If so far there were no common rules that would affect the substance of succession planning, then the Succession Regulation¹ has that effect as it provides common rules on the admissibility and substantive validity of wills and agreements as to succession.

As according to Article 26 (1) the substantive validity pertains amongst other issues also to the interpretation of the dispositions of property upon death², it would therefore be reasonable that the rules on the interpretation of a will and agreement as to succession are taken into account not only when the succession is settled but already at the time when the documents are drafted. In this way it would be possible to ensure that dispositions of property upon death are enforced and interpreted in the way that the last wishes of the testator are fully respected and fulfilled.

* Legal Adviser, Estonian Chamber of Notaries.

1 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

2 According to Article 26 (1) the substantive validity pertains also to the capacity of the person making the disposition of property upon death to make such a disposition; the particular causes which bar the person making the disposition from disposing in favour of certain persons or which bar a person from receiving succession property from the person making the disposition; the admissibility of representation for the purposes of making a disposition of property upon death; fraud, duress, mistake and any other questions relating to the consent or intention of the person making the disposition.

To that end the Succession Regulation does provide some certainty by filling in the gap in establishing the common rules that Member States which are applying the regulation should follow with respect to the substance of wills and agreements as to succession.

The relevant provisions of the Succession Regulation have probably much wider effect as they do not affect succession planning only in the European Union Member States which are subject to the Succession Regulation, but it also affects will making in all other countries, which are considered as third states in the light of the Succession Regulation. That is so especially in cases where the testator has either the nationality or habitual residence of the Member State but also in cases where the succession of the testator is settled in the Member State of the European Union.

As a general rule, the substantive validity of wills and agreements as to succession is governed by the laws of the state where the habitual residence of the testator is situated at the time when the will is made or the agreement as to succession is concluded³. That means that dispositions of property upon death should be interpreted and their admissibility valued according to the laws of the state where the testator resided at the time of making the disposition of property upon death, irrespective of where it was made or where the succession is settled.

For instance when wills are not made in the state where the testator has habitual residence, a conflict may rise in the legislation of the two countries involved as they may have different understandings on the substance of the disposition of property upon death. As a result of this there is a risk that the actual orders of the testator cannot be fulfilled and the will is not executed according to the actual wishes of the testator and in worse cases it may be that the will or agreement as to succession would not be admissible. Moreover, because the succession as a whole is governed by the laws of the state where the testator has habitual residence at the time of death, the execution of a disposition of

3 See Article 24 (1) for wills and Article 25 (1) and Article 25 (2) for agreements as to succession. According to Article 83 (3) a disposition of property upon death made prior to 17 August 2015 shall be admissible and valid in substantive terms and as regards form if it meets the conditions laid down in Chapter III *or if it is admissible and valid in substantive terms and as regards form in application of the rules of private international law which were in force, at the time the disposition was made, in the State in which the deceased had his habitual residence or in any of the States whose nationality he possessed or in the Member State of the authority dealing with the succession.*

property upon death may also be complex in cases where the habitual residence of the testator was different at the time when the disposition of property was made.

As the examination of the substantive validity of wills and succession agreements may lead to the conclusion that they are legally invalid, the concept of habitual residence is not only important at the time of death of the deceased but also at the time the disposition of property upon death is made as it has impact on the results of the succession. It should therefore be ensured that the habitual residence of the testator is accurately demonstrated in the wills and the agreements as to succession.

The possible conflict of laws described above does not rise in cases where the testator chooses that the law applicable to the succession and the law applicable to the substantive validity and admissibility of the disposition of property upon death would be the law of the state of the testator's nationality⁴. In case of expressed choice, the will or the agreement as to succession is interpreted according to the laws of the state whose nationality the testator has chosen.

Nevertheless, the conflict remains in cases where the choice of nationality cannot be made and the laws of the state of habitual residence are preferred by the testator for example because the laws of the state of nationality are not well known.

That raises the question that when the testator has in conformity with Article 22 of the Succession Regulation validly chosen that the law of nationality shall govern the succession as a whole, would it be sufficient to say that the chosen law should be applied also to the substantive validity and admissibility of last wills⁵ and agreements as to succession⁶?

From one hand it could be said, that as Articles 24 and 25 do not refer to expressed choice then it could be said that any choices made on the bases of Article 22 could be considered as implied choice of

4 See Article 24 (2) for wills and Article 25 (3) for agreements as to succession.

5 See Article 24 on the applicable law governing the admissibility and substantive validity of dispositions of property upon death other than an agreement as to succession.

6 See Article 25 on the applicable law governing the admissibility and substantive validity of an agreement as to succession.

law also for the purposes of assessing the admissibility and substantive validity of the dispositions of property upon death.

On the other hand it may also be the case that the testator actually wished that the succession as a whole is governed by the chosen law of the state of nationality but that the validity and the substantive validity of the disposition of property upon death is governed by the law of the state where the testator resided at the time the disposition is made. The position that choice of law governing the succession as a whole made under Article 22 does not necessarily mean the choice of law for examining the admissibility and substantive validity may be supported with the rules of Article 25 (3).

According to the named provision the parties of the agreement as to succession⁷ may choose that the law to govern the admissibility and substantive validity of the agreement is the law of the state whose nationality one of the parties has and it is not necessary that all the parties to the agreement would be the nationals of that state. It may be concluded that it would be the freedom of the parties with different nationalities to choose one law that is applied for the examination of admissibility and substantive validity of the agreement, having the freedom to choose that the succession as a whole is governed by different laws, depending on the nationality of the parties if the choice is made on the bases of Article 22 (1) or the habitual residence at the time of death on the bases of Article 21 of the Succession Regulation.

The choice of law could seem to be a solution at first sight but it should be kept in mind that orders made in one state could be interpreted differently in another state – the state of habitual residence or nationality. In addition to the applicable law to the succession as a whole it is important that the testator understands the legal effects of the disposition of property upon death in the light of the laws to be applied to their admissibility and substantive validity. In order to ensure

7 In the light of the definition of the ‘agreement as to succession’ and ‘joint will’ in the Succession Regulation it may be that joint wills or reciprocal wills under the provisions of national law could be considered as agreements as to succession under the provisions of the Succession Regulation if they are made mutually. According to Article 3 (1)(b) of the Succession Regulation for the purpose of this Regulation ‘agreement as to succession’ means an agreement, including an agreement resulting from mutual wills, which, with or without consideration, creates, modifies or terminates rights to the future estate or estates of one or more persons party to the agreement. According to Article 3 (1)(c) ‘joint will’ means a will drawn up in one instrument by two or more persons.

that the orders made are clear and would not be considered invalid or inadmissible by the applicable law, the choice should be expressed and it should be clearly indicated in the wills and the agreements as to the succession what questions should be examined by the chosen law.

In the light of above, it seems that the testator's freedom to make dispositions of property upon death is restricted to some extent – as there is a need for more legal advice and knowledge of foreign law, lack of which may lead to undesired consequences if no legal advice or not sufficient advice is provided at the time when wills and agreements as to succession are composed.

It is therefore concluded that when legal practitioners of any state are assisting the testator in making wills or agreements as to succession or in cases where those documents are authenticated by notaries, it should be their responsibility to ensure that testators are not only advised on the bases of the laws applied in the state where the disposition of property upon death is made. For legal certainty reasons it should be ensured that proper advice is provided also in the light of the laws of that state whose laws are applied to the substantive validity and admissibility of the disposition of property upon death – no matter whether it would be the law of the state of habitual residence or nationality of the testator at the time when the will or the agreement as to succession is made.

LES SYSTÈMES LÉGISLATIFS NON UNIFIÉS : LE CAS ESPAGNOL

José-María Gómez-Riesco Tabernero de Paz* et
Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz**

I. Les systèmes non unifiés et les articles 36 et 37 du règlement

Les articles 36 et 37 du règlement Successions¹ présentent des solutions pour les cas où la loi applicable à la succession, déterminée par les règles de conflit du règlement, est celle d'un État comprenant plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession², ou d'un État avec plusieurs systèmes de droit ou ensembles des règles applicables à différentes catégories de personnes, bien entendu, en matière de succession³.

* Notaire (Espagne), Diplômé en Droit Européen, Collège d'Europe (Bruges).

** Notaire (Espagne), Diplômé en Droit Européen, Collège d'Europe (Bruges).

1 Règlement (UE) N° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

2 Ceci est le cas du Royaume-Uni, de l'Espagne ou des États Fédéraux comme les États-Unis d'Amérique, le Canada ou l'Australie.

3 Ce sont, par exemple, des États d'influence musulmane, où l'on applique des critères personnels tels qu'un lien avec ou l'appartenance à une communauté religieuse, comme point de rattachement.

Dans les cas de l'article 36⁴ et de l'article 37⁵, c'est-à-dire, ceux qui impliquent des conflits des lois territoriaux ou interpersonnels, le règlement adopte :

a) Un critère principal (*le renvoi indirect*), à savoir : il doit être appliqué *le droit interrégional ou interpersonnel de l'État tel que déterminé par la règle de conflit*.

Le renvoi indirect est le système de l'article 12 (5) du Code civil espagnol. Ce système soulève de nombreuses difficultés, surtout pour ce qui est des États qui n'ont pas de système unique de droit interrégional, comme, par exemple, le Canada, les États-Unis d'Amérique ou l'Australie, où il faut absolument trouver une loi pour combler cette lacune légale ; et

-
- 4 L'article 36 du règlement dispose : « Systèmes non unifiés – conflits de lois territoriaux
1. Lorsque la loi désignée par le présent règlement est celle d'un État qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession, ce sont les règles internes de conflits de lois de cet État qui déterminent l'unité territoriale concernée dont les règles de droit doivent s'appliquer.
 2. En l'absence de telles règles internes de conflits de lois :
 - a) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions se référant à la résidence habituelle du défunt, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès ;
 - b) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions se référant à la nationalité du défunt, comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle le défunt présentait les liens les plus étroits ;
 - c) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu de toute autre disposition se référant à d'autres éléments comme facteurs de rattachement, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'élément concerné est situé.
 3. Nonobstant le paragraphe 2, toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu de l'article 27, en l'absence de règles internes de conflit de lois dans ledit État, comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle le testateur ou les personnes dont la succession est concernée par le pacte successoral présentaient les liens les plus étroits. »
- 5 L'article 37 du règlement établit : « Systèmes non unifiés – conflits de lois interpersonnels : Lorsqu'un État a plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes en matière de succession, toute référence à la loi de cet État s'entend comme faite au système de droit ou à l'ensemble de règles déterminé par les règles en vigueur dans cet État. En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel le défunt présentait les liens les plus étroits s'applique ».

b) Un critère subsidiaire (*le renvoi direct*) – en l’absence de règles internes de conflits de lois :

- en faveur (i) de la *loi de l’unité territoriale pertinente* – déterminée, soit par la résidence habituelle du défunt, soit par la nationalité et les liens les plus étroits du de cujus, soit par d’autres facteurs de rattachement⁶,
- ou (ii) du système de droit ou de l’ensemble de règles avec lesquels le défunt présentait les liens les plus étroits.

Le renvoi direct est suivi, par exemple, par l’article 4 (3) de la Loi allemande de Droit International Privé et par l’article 17 du Code belge en la matière.

II. Un système pluri-législatif avec des conflits de lois territoriaux : les droits de successions espagnols

Le droit successoral espagnol doit être analysé à partir d’un postulat essentiel qui pourrait se résumer à la réflexion suivante : clairement, il n’existe pas *un droit successoral espagnol*, mais il existe de *différents droits de successions espagnols*. Il s’agit, donc, d’un État avec un système juridique non unifié, et, par conséquent, la détermination de la loi espagnole, comme loi successorale applicable, peut tomber sous les prévisions de l’article 36 du règlement dans des cas concrets.

En effet, dans le contexte juridique, social et culturel européen, sur la base du règlement successions, l’apport espagnol doit être évalué en prenant en considération la coexistence en Espagne de régimes civiles différents, à savoir, le régime *commun*, réglementé par le Code civil du 24 juillet 1889 et les régimes dits *régionaux* ou *spéciaux*, correspondant à certaines *Communautés Autonomes*, reconnus par l’article 149 (1) – 8 de la Constitution espagnole, ayant des fondements historiques ainsi que des normes différentes, et dont la cohabitation au sein de l’ordre juridique espagnol s’articule par le biais d’un système de conflits de lois, à savoir le *droit interrégional*.

6 Comme le domicile du défunt ou le lieu de situation des biens du de cujus, prévus aux articles 29, 30, 31 et 33 du règlement (vid. A. Bonomi, P. Wautelet (version traduite et adaptée au droit espagnol par A. González, M. Álvarez Torné, A. Font i Segura, J.M. Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. Gómez-Riesco Tabernero de Paz et M. Requejo Isidro), *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012*, de 4 de julio de 2012, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 483 et 484.

Cette particularité espagnole donne lieu à une distribution des compétences intéressante entre le législateur commun et les législateurs régionaux ou spéciaux, avec des influences réciproques dans les différentes matières. Ces dernières années, on a pu constater une intense activité, tout d’abord législative et ensuite codificatrice, tournée vers la création de textes légaux dont la prétention est clairement expansive, notamment en Catalogne⁷.

III. L’article 16 du Code civil espagnol et les articles 36 et 38 du règlement

1. D’après l’article 36 (1) du règlement, la règle interne espagnole de conflit déterminera parmi les unités existantes en Espagne l’unité territoriale pertinente dont le droit successoral devra s’appliquer à la succession du *de cuius*.

Cette règle de conflit est définie par l’article 16 du Code civil espagnol qui dispose que les conflits de lois qui puissent se soulever à cause de la concurrence de plusieurs règles civiles sur le territoire national doivent être résolus en appliquant les articles du chapitre IV du Titre Préliminaire du Code civil – plus précisément, les dispositions qui régissent le droit international privé – et ceci avec les particularités suivantes :

a) La loi personnelle sera déterminée par la *vecindad civil* – la proximité civile, un lien personnel entre l’individu et une unité territoriale espagnole, acquis par l’application des critères prévus par l’article 14 du Code civil, notamment la résidence continue.

7 Outre le Code civil du 24 juillet 1889, il convient d’avoir à l’esprit, en matière de successions, les normes civiles suivantes :

- Navarre : Compilation sur le droit foral de Navarre, approuvée par la Loi n° 1/1973, du 1er mars 1973 ;
- Baléares : Compilation sur le droit civil des Baléares, approuvée par le Décret Législatif n° 79/1990, du 6 septembre 1990 ;
- Pays Basque : Loi n° 5/2015, du 25 juin 2015 portant sur le droit civil régional du Pays Basque ;
- Galice : Loi n° 2/2006, du 14 juin 2006 portant sur le droit civil de Galice ;
- Valence : Loi n° 10/2007, du 20 mars 2007 portant sur le régime économique matrimonial valencien ;
- Catalogne : Loi n° 10/2008, du 10 juillet 2008 portant sur le livre IV du Code civil catalan, en matière de successions ; et la Loi n° 25/2010, du 29 juillet 2010 portant sur le livre V, en matière de famille ; et
- Aragon : Code du droit régional de l’Aragon, approuvé par le Décret Législatif n° 1/2011, du 22 mars 2011.

Cette *vecindad civil* prend donc la place de la nationalité dans le contexte spécifique du droit interrégional, auquel l'article 16 du Code civil fait un renvoi nuancé. Ainsi, en matière de successions, les lois de conflit applicables au niveau interétatique seront les articles 9 (1) et 9 (8) du Code civil, en remplaçant la nationalité comme critère de rattachement par la *vecindad civil* :

L'article 9 (1) du Code civil espagnol, d'une part, établit que la loi personnelle correspondant aux personnes physiques est celle déterminée par sa nationalité, laquelle régit la capacité et l'état civil, les droits et les devoirs de la famille et la succession à cause de mort.

L'article 9 (8) du Code civil, de son côté, dispose que la succession *mortis causa* est régie par la loi nationale du *de cuius* lors de son décès, quelle que soit la nature de ses biens et le pays dans lequel ceux-ci se trouvent. Cependant, l'article stipule que les dispositions du testament et les pactes successoraux établis conformément à la loi nationale du testateur ou du constituant lors de sa rédaction conservent leur validité, même si la succession est régie par une autre loi ; les parts réservataires se soumettant donc, le cas échéant, à cette dernière. La norme ajoute, finalement, que les droits attribués au conjoint survivant en application de la loi sont régis par la même loi réglementant les effets du mariage, sans porter atteinte aux parts réservataires des descendants ;

b) Il ne sera pas applicable aux conflits de lois internes, ce qui est prévu par l'article 12 (1), (2) et (3) du Code civil, relatif aux questions de qualification, renvoi et ordre public, en cohérence avec l'appartenance de toutes les unités territoriales espagnoles à un seul système étatique et constitutionnel.

2. Est-ce que le système établi par l'article 16 du Code civil espagnol et son renvoi aux règles internes de droit international privé peuvent être considérés balayés par le règlement ?

La réponse doit être négative eu égard à l'article 81 du TFUE, aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, et, notamment, à l'article 38 du règlement, qui nous fait penser, d'ailleurs, par exemple, à l'article 22 (2) du règlement *Rome I* ou à l'article 23 de la Convention de La Haye sur les aliments du 2 Octobre 1973. En plus, on parvient à la même conclusion eu égard à l'introduction du schéma subsidiaire tel que prévu par l'article 36 (2).

En effet, d'après l'article 38 du règlement successions, « un État membre qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession ne sera pas tenu d'appliquer le règlement aux conflits des lois qui surviennent uniquement entre ces unités ».

L'État membre, l'Espagne en l'espèce, a le droit d'adopter le système conflictuel du règlement et de remplacer ses propres règles en la matière, mais elle n'est jamais obligée de le faire, même si une opinion répandue propose que ce remplacement soit fait moyennant une nouvelle législation nationale portant sur le droit interrégional.

L'article 38 ne résout cependant pas tous les problèmes. En effet, on peut constater dans la pratique l'existence de conflits de lois entre ces unités territoriales qui comprennent aussi des éléments d'extranéité. Il n'est pas toujours facile de tracer la ligne entre les conflits internationaux, auxquels seraient appliqués les critères du règlement, et les conflits *uniquement* interrégionaux, soumis exclusivement aux règles du Code civil espagnol, car ni le règlement ni le Code civil espagnol ne fournissent aucune solution à cet égard⁸. Il se peut que le cas respectif sous examen présente des différences entre la nationalité du défunt et sa résidence habituelle, par exemple en cas d'emplacement des biens du défunt dans un État autre que celui de sa nationalité ou de sa résidence habituelle. Il pourrait également avoir signé son testament à l'étranger, où peuvent être localisés la résidence des héritiers, des légataires, des administrateurs ou, même, des créanciers du défunt ou de ses successeurs. Il suffit de noter ici la vocation étendue du règlement en ce qui concerne la portée d'une succession internationale⁹, comme il résulte des considérants 1, 7, 67 et 80.

8 On pourrait penser, par exemple, à un Italien qui fait une *professio iuris* en faveur de la loi italienne, déménage en Espagne, obtient la nationalité espagnole, renonce à la nationalité italienne et décède finalement ayant sa résidence habituelle en Catalogne (Espagne) et tout son patrimoine en Espagne entre la Navarre, la Galice et la Catalogne. Dans ce cas, est-ce que l'on se trouve face à une succession purement interne ou avec un élément international ? La qualification du cas d'espèce est essentielle pour déterminer la loi applicable à la succession.

9 Vid. A. Calatayud Sierra : *Dos sistemas de solución de conflictos : sus diferencias y encaje*, El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013, p. 139.

*IV. La cohabitation entre deux systèmes de conflits de lois :
internationale et interrégionale*

Le règlement prévoit un système de conflit de lois qui est basé sur la résidence habituelle comme point de rattachement, nuancé par l'admission de la *professio iuris* en faveur de la loi de la nationalité et acceptant, de même, le recours, le cas échéant, à l'application de la loi des liens les plus étroits. Le droit interrégional espagnol, par contre, consacre la loi personnelle – déterminée par la *vecindad civil* – comme seul point de rattachement pour établir l'application de la loi commune ou de la loi forale¹⁰.

Ce double niveau asymétrique pose des problèmes pratiques. Ces difficultés auraient pu être évitées si le législateur espagnol avait remplacé le système interne par celui qu'introduit le règlement ; ou même si le règlement avait suivi un critère mixte, à savoir, direct, si le rattachement vient de la résidence habituelle, ou indirect, en cas de détermination de la loi applicable via la nationalité. L'enjeu restera l'articulation des deux systèmes.

1. Un renvoi dynamique de l'article 16 du Code civil espagnol au droit international privé – et, conséquemment au règlement ?

D'après les articles 93 et 96 de la Constitution espagnole, les normes internes de droit international privé sont subordonnées aux conventions internationales et particulièrement aux instruments du droit de l'Union européenne. Ainsi l'on pourrait considérer que si dans le contexte d'un conflit interrégional, l'article 16 du Code civil détermine la loi applicable par le biais du renvoi à la norme interne de droit international privé, tel droit international privé interne en matière de successions n'est aujourd'hui que le règlement successions.

¹⁰ Les règles de conflit interrégional espagnol ne permettent pas qu'un ressortissant espagnol puisse faire un choix de loi entre les lois successorales espagnoles. La loi successorale espagnole qui s'applique à un Espagnol, quand la loi applicable soit, selon le règlement, la loi espagnole, devra être déterminée, nécessairement, à partir du critère de rattachement de la *vecindad civil*. Un Espagnol dont la résidence habituelle est située en Belgique et qui fait une *professio iuris* en faveur de la loi de sa nationalité espagnole lors de la rédaction de son testament, ne pourra pas choisir la loi d'une unité territoriale ou droit foral quelconque, parce que l'on n'applique pas au régime interne les normes du règlement, tel qu'il l'établit l'article 38 du règlement.

Cette argumentation paraît défendable et pourrait bien fournir une voie d’articulation entre le système international et le système interrégional. Cependant, le renvoi littéral de l’article 16 du Code civil *aux normes contenues dans le chapitre IV*, le manque de compétence législative de l’Union européenne en la matière ainsi que l’absence d’action du législateur espagnol en faveur de l’application du règlement, sur la base de son article 38, aboutissent à l’écartement de cette interprétation¹¹.

2. *Quid concernant la succession avec des éléments transfrontaliers d’un ressortissant espagnol qui a sa résidence habituelle en Espagne ?*

La succession d’un ressortissant espagnol qui a sa résidence habituelle en Espagne est soumise à la loi déterminée par sa *vecindad civil*, bien que ce citoyen ait des liens avec le droit d’un autre État (biens ou héritiers à l’étranger, par exemple) et même si une telle *vecindad civil* ne correspond pas à l’unité territoriale de sa résidence habituelle, ni à l’unité territoriale avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.

Dès lors, le manque de coordination entre le système international et le système interrégional produit des discriminations à rebours pour le ressortissant espagnol en fonction de sa résidence habituelle en Espagne ou à l’étranger. Effectivement, les Espagnols qui habitent à l’étranger peuvent profiter de la *professio iuris* en faveur de la loi nationale, peuvent rester soumis à la loi de l’État de la résidence habituelle, ou, à la limite, jouir de la clause de sauvegarde en faveur de la loi par rapport à laquelle il existe les liens les plus étroits. Tout cela n’est pas possible pour le ressortissant espagnol qui a sa résidence habituelle en Espagne. Une véritable discrimination¹².

11 Vid. A. Font i Segura: *La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones*, El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013, pp. 99-100. Le renvoi fait par l’article 16 du Code civil espagnol est un renvoi statique aux règles du Droit International Privé d’origine interne (vid. A. Bonomi, P. Wautelet (version traduite et adaptée au Droit espagnol par S. Álvarez González, M. Álvarez Torné, A. Font i Segura, J.M. Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. Gómez-Riesco Tabernero de Paz, et M. Requejo Isidro), *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012*, de 4 de julio de 2012, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 477).

12 Vid. A. Font i Segura, op. cit. pp. 110-114.

3. *Quelle loi espagnole serait applicable à la succession d'un ressortissant étranger qui avait sa résidence habituelle en Espagne et décède sans avoir choisi sa loi nationale ?*

Si l'on pense, par exemple, à un citoyen français résidant à Barcelone et marié à un Espagnol né à Madrid, ville où il possédait avant son décès la plupart de ses biens et intérêts économiques, les solutions suivantes peuvent être proposées¹³ :

a) En application des règles internes de conflit tel qu'il est établi par l'article 36 (1) du règlement successions, on pourrait considérer que :

1. En vertu de l'article 13 (2) du Code civil espagnol, qui consacre l'application subsidiaire du droit commun par rapport aux droits foraux, et faute de nationalité espagnole du défunt et, conséquemment, faute de *vecindad civil*, la loi applicable à sa succession serait la loi espagnole commune. Cette solution pénaliserait le citoyen étranger qui a vécu de façon continue dans un territoire foral, et, l'application de l'article 13 du Code civil aux étrangers ne semble pas constituer une solution adéquate, puisqu'il s'agit là d'une norme envisagée par rapport aux conflits interrégionaux ;

2. Ou, étant donné que le ressortissant étranger résidant en Espagne n'a pas de *vecindad civil*, le recours à une application par analogie de l'article 9 (10) du Code civil espagnol pourrait être justifiée dans la mesure où cette règle établit que la loi personnelle de ceux qui n'ont pas de nationalité ou dont la nationalité reste indéterminée sera la loi de la résidence habituelle. Donc, selon cet article du Code civil espagnol, la loi personnelle de l'étranger vis-à-vis du droit interrégional serait la loi correspondant à l'unité territoriale où il a sa résidence habituelle. Comme s'il s'agissait d'un apatride, dans le présent cas de figure, la loi de la résidence habituelle du défunt, c'est-à-dire, la loi catalane, serait applicable¹⁴;

13 Vid. P. Quinzá Redondo et G. Christandl, G.: *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, InDret, 3/2013, pp. 17-20.

14 Constituerait une discrimination à rebours sur la base de la nationalité du *de cuius* l'application des règles de conflit internes en vertu du renvoi de l'article 36 (1) du règlement, car, si, par exemple, un défunt de nationalité française avait sa résidence habituelle en Navarre (Espagne), où il avait la plupart de ses biens, la loi de la Navarre s'appliquerait comme loi successorale, tandis que s'il s'agit d'un Espagnol avec la *vecindad civil* commune, mais avec sa résidence habituelle en Navarre pendant les dernières six ans (ce qui n'est pas suffisant pour acquérir la *vecindad civil* navarre), la loi civile commune s'appliquerait.

b) Enfin, si l'on conclut qu'il n'existe pas en droit espagnol de règles internes de conflit pour ce genre de situations étant donné que les étrangers n'ont pas de *vecindad civil*, point de rattachement établi par le Code Civil espagnol, le recours aux critères subsidiaires de l'article 36 (2) du règlement semble admissible et préférable. Selon cet article, la loi de l'unité territoriale, déterminée soit par la résidence habituelle, soit par les liens les plus étroits, d'après l'article 21 du règlement, serait la loi applicable à la succession. Cette solution renverrait, dans le cas d'espèce, à la loi catalane – loi de la résidence habituelle –, avec la possibilité, le cas échéant, de recours à la loi des liens les plus étroits. Par conséquent, la solution, envisagée par l'article 36 (2) est celle qui rapproche de façon la plus satisfaisante les niveaux international et interrégional.

REMARQUES SUR LE CERTIFICAT SUCCESSORAL EUROPÉEN

Christoph Dorsel*

A. Introduction

Le règlement sur les successions internationales (ci-après « le règlement ») introduit un *nouvel instrument juridique*, le CSE (certificat successoral européen), qui a pour objectif de faciliter le règlement des successions internationales. Le CSE est censé promouvoir la sécurité juridique des successions *transfrontalières* et offrir des informations pertinentes sur la succession légale et testamentaire aux parties. Le CSE est délivré pour être utilisé *dans un autre État membre* ; il produit les effets visés à l'article 69. Pour la première fois, il existe, grâce au CSE, une preuve uniforme notamment de la qualité d'héritier ainsi que de la qualité d'exécuteur testamentaire. Les certificats nationaux ne sont ni supplantés ni remplacés par le certificat.

Dans la suite de cet article, des aspects spécifiques particulièrement importants dans le contexte du certificat successoral européen seront analysés.

1. Fonction et utilité du certificat successoral européen

Conformément à l'article 63, le certificat est destiné à être utilisé par les héritiers, les légataires ayant des droits directs à la succession et les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de la succession

* Dr. Christoph Dorsel, LL.M, notaire à Bonn (Allemagne).

qui, dans un autre État membre, invoquent leur qualité ou exercent leurs droits en tant qu'héritiers ou légataires, et/ou leurs pouvoirs en tant qu'exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession. Le certificat successoral européen aura une utilité pratique pour l'utilisateur notamment dans des cas où celui-ci ne pourra pas avoir recours à un certificat d'héritier national reconnu dans l'État membre dans lequel il est utilisé.

2. *Certificat successoral européen et droit procédural*

Le règlement n'introduit pas de règles de procédure exhaustives et harmonisées pour la délivrance du certificat successoral européen. Il établit seulement des règles de procédure ponctuelles, comme par exemple concernant l'examen de la demande par l'autorité émettrice, les éléments de preuves éventuels et la participation d'autres ayants droits. En outre, le règlement contient des dispositions quant à la rectification du certificat et les voies de recours en rapport avec la délivrance¹. Dans la mesure où le règlement n'impose pas de règles, les autorités nationales doivent appliquer les règles de procédure de la *lex rei fori*².

B. Compétence internationale pour la délivrance du certificat

Les dispositions de l'article 64 régissent la *compétence internationale* pour la délivrance du certificat successoral européen. Il est délivré dans l'État membre dont les juridictions sont compétentes conformément aux articles 4, 7, 10 ou 11.

Dès lors, en principe, l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès est compétent (article 4). Si le défunt a fait un choix de loi conformément à l'article 22, l'État membre dont la loi a été choisie par le défunt est compétent si une juridiction préalablement saisie décline sa compétence dans la même affaire (article 6), si les parties à la procédure ont convenu de conférer la compétence à une juridiction ou aux juridictions de cet État membre (article 5) ou si les parties à la procédure ont expressément accepté la compétence de la juridiction saisie (article 7). Ces règles de compétence permettent en règle générale d'obtenir une *concordance*

1 Janzen, DNotZ 2012, pp. 484, 492-193.

2 Dans le même sens concernant la proposition de la Commission, cf. Lange, 2012, pp. 168, 172.

souhaitable entre la compétence et la loi applicable. Il peut y être dérogé lorsqu'une juridiction de la résidence habituelle du défunt, compétente conformément à l'article 4, ne décline pas sa compétence en raison du choix de loi effectué par le défunt conformément à l'article 6 et que la compétence n'est donc pas fondée en vertu de l'article 6 *littera a*). Dans ces cas, les juridictions d'un État membre qui n'est pas celui dans lequel le défunt avait sa dernière résidence habituelle ne peuvent être compétentes que si les parties à la procédure ont conclu un accord de for dans ce sens ou acceptent expressément la compétence de la juridiction saisie.

C. Demande de délivrance d'un certificat

Le certificat successoral européen est délivré sur demande (cf. article 65). La demande ne doit en principe revêtir aucune forme particulière.

1. Droit de déposer une demande

Outre *l'héritier, l'exécuteur testamentaire et l'administrateur de la succession ont le droit de déposer une demande*. En revanche, les *légataires* ont uniquement le droit de déposer une demande lorsqu'ils ont des droits directs à la succession conformément à l'article 65 (1) et à l'article 63 (1). En vertu du droit européen, la question de savoir si le légataire a des droits directs à la succession ou non, doit être décidée en fonction de la loi applicable à la succession. On peut par exemple penser dans ce contexte aux legs particuliers tels que connus par exemple dans les lois successorales de certains États romans et, depuis peu, aussi en droit polonais. Des legs qui ne confèrent qu'une créance vis-à-vis de l'héritier, tels que prévus par la loi successorale allemande, n'accordent pas le droit de déposer une demande. Le règlement ne garantit pas non plus le droit de déposer une demande *aux créanciers de la succession*.

2. Contenu de la demande, article 65 (3)

La demande doit contenir certaines informations. Celles-ci sont énumérées à l'article 65 (3). Ces informations doivent être indiquées pour autant que le demandeur en ait connaissance et qu'elles soient nécessaires pour que l'autorité émettrice puisse certifier les éléments que le demandeur souhaite voir certifier (article 65 (3)). En tout cas, la *finalité* respective du certificat successoral européen doit être indiquée

conformément à l'article 65 (3) litera f). C'est la finalité qui détermine en fin de compte les informations que doit contenir le certificat.

Le libellé de l'article 65 (3), selon lequel le certificat doit contenir les informations dont le demandeur a connaissance et qui sont nécessaires pour que l'autorité émettrice puisse certifier les éléments que le demandeur souhaite voir certifier est ambigu. En effet, certaines informations paraissent indispensables, peu importe si le demandeur en a connaissance ou pas. Cela est évident pour des informations qui sont nécessaires pour identifier le défunt. Cependant, il en va de même pour la question de l'état civil du défunt et, le cas échéant, pour ce qui est du régime matrimonial sous lequel le défunt vivait³. En absence de ces informations, l'autorité émettrice n'est pas en mesure d'évaluer la situation juridique correctement. Le demandeur peut être dispensé de présenter les informations nécessaires pour évaluer les éléments à certifier seulement si l'autorité émettrice est en mesure – sur le fondement de l'obligation de coopération visée à l'article 66 (5) ou d'autres circonstances – de se procurer les informations manquantes. Le seul fait que le demandeur ne connaisse pas ces informations n'implique pas qu'elles sont superflues.

Conformément à l'article 65 (3) litera k), le certificat doit indiquer si une déclaration concernant l'acceptation de la succession ou la renonciation à celle-ci a été faite. La *renonciation à la succession déclarée du vivant du défunt* n'est pas mentionnée dans le règlement. Pourtant, elle est connue dans de nombreux ordres juridiques. Conformément à l'article 65 (3), elle ne doit pas obligatoirement être mentionnée dans la demande de certificat. Cela est surprenant étant donné que cette renonciation a une influence directe sur la succession légale dans plusieurs ordres juridiques. Une demande de certificat mentionnera, à juste titre, la renonciation éventuelle (déclarée du vivant du défunt) même si cela n'est pas obligatoire en vertu du droit européen.

3 Buschbaum/Simon, ZEV 2012, p. 525, estiment que des informations sur la conclusion d'un contrat de mariage ou de partenariat par le défunt sont indispensables.

D. Examen de la demande

1. Principe de la vérification d'office limitée

Dès réception de la demande, l'autorité émettrice vérifie les informations et les déclarations fournies par le demandeur ainsi que les documents et autres moyens de preuve présentés par celui-ci. Elle mène les enquêtes nécessaires à cette vérification d'office, lorsque son droit national le prévoit ou l'autorise (article 66 (1), deuxième phrase). Par conséquent, le principe de la vérification d'office⁴ s'applique à l'examen de la demande dans la mesure où ce principe fait partie de la loi procédurale appliquée par l'autorité émettrice. Si le principe de la vérification d'office n'est pas connu par la *lex fori*, l'autorité émettrice exigera du demandeur de présenter les moyens de preuve qu'elle juge nécessaires.

2. Audition et annonces publiques

Le respect des droits de la défense est assuré par l'audition des personnes intéressées et les annonces publiques conformément à l'article 66 (4). L'autorité émettrice respecte les droits de la défense et elle est tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour informer les bénéficiaires de la demande de certificat.

Si cela est nécessaire pour établir les éléments à certifier, l'autorité émettrice entend toute personne intéressée ainsi que tout exécutif ou administrateur. En outre, elle procède à des annonces publiques visant à donner à d'autres ayant droits éventuels la possibilité de faire valoir leurs droits⁵.

E. Contenu du certificat successoral européen

L'autorité émettrice délivre sans délai le CSE lorsque les éléments à certifier ont été établis et doit à cette fin, utiliser *obligatoirement* les formulaires établis conformément à l'article 80 du règlement. Les formulaires relatifs au contenu du certificat comprennent 25 pages

4 Cf. aussi Lange concernant le projet de la Commission relatif au droit procédural allemand, DNotZ 2012, pp. 168, 172.

5 Cette obligation générale de procéder à des annonces n'était pas prévue dans le projet de la Commission qui prévoyait plutôt des annonces optionnelles par l'autorité émettrice, voir article 40 (3) du règlement.

dans leur version officielle. Il existe également des formulaires pour déposer la demande mais leur utilisation n'est pas obligatoire.

Par le biais du CSE, le législateur a souhaité créer un instrument qui contienne potentiellement, pour le citoyen, toutes les informations qui pourraient s'avérer nécessaires pour faire valoir ses droits. Le but n'était pas de répondre au besoin d'information réel. En d'autres termes, le certificat était censé être un vademécum qui ne laisse aucune question ouverte. Cela paraît utile au premier abord, mais une telle approche simpliste passe outre les intérêts légitimes du demandeur ainsi que ceux des tiers. Pour que le certificat puisse être rempli de manière exhaustive, le citoyen doit donc fournir un nombre d'informations important⁶.

1. Contenu du certificat

En effet, le *contenu concret du certificat* est déterminé par la finalité pour laquelle il est délivré. Le formulaire pour le certificat ne doit pas être rempli dans la mesure où la finalité ne le requiert pas (informations « dans la mesure où elles sont nécessaires », article 68).

La *finalité du certificat* est définie à titre d'exemple à l'article 63 (2). Il est destiné uniquement à être utilisé par les héritiers, légataires réels, exécuteurs testamentaires et administrateurs de la succession (article 63 (1)). La finalité concrète est déterminée par ces personnes concernées.

Il est regrettable que les formulaires électroniques mis à disposition par la Commission européenne déclarent comme obligatoires beaucoup plus d'informations que le règlement lui-même. Cette obligation de fournir certaines informations semble être illicite, faute de base légale inscrite à l'article 80.

2. Informations sur la limitation des droits des héritiers

Pour ce qui concerne le catalogue des informations pouvant être indiquées dans un certificat conformément à l'article 80, nous nous limiterons ci-après aux aspects suivants :

6 Cf. les propos critiques quant au caractère trop détaillé des formulaires tenus par Lorenz, ErbR 2012, pp. 39, 42 ; Buschbaum/Kohler, GPR 2010, pp. 162, 168.

L'article 68 litera l) et m) mentionne comme contenu potentiel du CSE l'énumération de droits et/ou de biens individuels revenant à un héritier ou légataire déterminé. Dans les formulaires, cet aspect est reflété dans les annexes IV et V du formulaire V. Il se pose la question de savoir si l'autorité émettrice est obligée de reprendre certains droits et/ou biens individuels dans le certificat à la demande du demandeur⁷. Le libellé du règlement ne donne pas de réponse claire à cette question. En principe, il appartient à la responsabilité de l'autorité émettrice de délivrer le CSE en accord avec le règlement.

Une obligation d'indiquer des biens successoraux individuels dans le CSE peut être supposée tout au plus si leur indication est nécessaire pour invoquer des droits liés à la succession dans un État membre, pour autant que les intérêts du commerce juridique ne plaident pas contre la mention de droits et/ou de biens individuels dans le certificat.

Dans certains États membres il semblerait que le registre foncier ne puisse être rectifié que si le CSE contient des informations sur le bien immobilier pour lequel la rectification est demandée. Il se pose donc la question de savoir si l'autorité émettrice doit mentionner le bien immobilier dans le certificat à la demande du demandeur.

Le fait que l'article 68 prévoit l'indication de biens successoraux individuels comme contenu potentiel du CSE est dû au souhait de certains États membres de pouvoir prendre en compte le droit procédural national respectif. Cette réglementation ne visait cependant pas à obliger tout État membre, indépendamment des principes de son droit procédural, à indiquer des biens successoraux individuels dans le CSE, voir même à établir un inventaire de la succession. Notamment en ce qui concerne les États membres connaissant un *principe de la vérification d'office* étendu, ce serait une intervention non justifiée dans le droit procédural national.

En outre, la mention de biens successoraux individuels dans le CSE serait uniquement requise si le CSE ne pouvait pas produire ses effets autrement. Notamment le principe de l'effet utile plaide cependant pour qu'un CSE délivré selon la procédure nationale respective doive être utilisé sous cette forme à l'étranger. L'État membre dans lequel le CSE

7 Cette question fait l'objet d'une demande du Parlement européen du 10 octobre 2016 adressée à la Commission européenne – E 007641-16.

doit être utilisé est libre de vérifier l'appartenance d'un bien déterminé à la succession. Il n'est donc pas nécessaire que l'autorité émettrice vérifie, dans le cadre de sa vérification d'office, l'appartenance à la succession d'un bien qui est situé dans un État tiers. Une obligation de l'autorité émettrice d'indiquer des biens successoraux particuliers dans le CSE ne peut donc pas être admise.

Dans la mesure où l'autorité émettrice souhaite indiquer des biens successoraux individuels dans le certificat, cela semble en tout cas problématique lorsque le demandeur n'est pas en mesure de prouver que ces biens appartiennent vraiment à la succession. La règle de présomption visée à l'article 69 (2) – formulée à cet égard de manière peu réussie – laisse supposer que l'indication de biens dont l'appartenance à la succession ne peut pas être prouvée, est susceptible d'entraîner des effets de présomption non voulus et qu'il conviendrait pour cette raison de s'opposer à une mention inconditionnelle de biens successoraux. Conformément au libellé, il est présumé que l'héritier ou le légataire a les droits attestés dans le certificat, ces droits n'étant pas soumis à d'autres conditions ou restrictions que celles mentionnées dans le certificat. Or, le terme « droits et biens » n'est pas univoque⁸.

Cependant, ni l'effet de bonne foi ni la présomption de conformité du certificat successoral européen ne concernent *l'appartenance d'un bien déterminé à la succession*⁹. Même si un bien particulier dans le certificat est attribué à un héritier ou un légataire, cela ne signifie pas qu'un tiers peut être sûr que ce bien appartient vraiment à la succession¹⁰. Du point de vue d'effets de présomption non voulus, rien n'empêche que des biens successoraux individuels figurent dans le certificat.

Conformément à *l'article 68 litera n)*, le certificat doit contenir des informations sur *les restrictions portant sur les droits des héritiers et/ou des légataires* en vertu de la loi applicable à la succession et en vertu de la disposition à cause de mort.

8 Dorsel, Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, article 68 du règlement, points 26 et suivants.

9 Cf. le considérant 71. Dorsel, Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, article 69 du règlement, point 4.

10 Buschbaum/Simon, ZEV 2012, pp. 525, 528. On peut établir ici un parallèle avec le § 2365 BGB.

Il se pose la question de savoir comment cette disposition doit être entendue. On peut l'interpréter de sorte que des informations sur des restrictions portant sur les droits des héritiers et des légataires sont uniquement nécessaires si ces restrictions ne découlent pas de la loi.

Si le défunt prévoit par exemple une exécution testamentaire limitant les pouvoirs de l'héritier, cette information devrait être indiquée seulement de manière concise dans le CSE. D'après une interprétation restrictive de cette disposition, il ne serait pas nécessaire d'indiquer des restrictions individuelles pour l'héritier prévues par le défunt. Une telle interprétation de la disposition se voit confirmer par le fait qu'une indication plus complète surchargerait le CSE.

Le libellé du règlement et des formulaires relatifs à l'article 68 *litera n*) s'opposent cependant à une interprétation aussi restrictive. En effet, la disposition du règlement se réfère expressément aux droits et aux restrictions « en vertu de la loi applicable à la succession » et non pas seulement aux droits et aux restrictions en vertu de la disposition à cause de mort établie le cas échéant.

Conformément à l'article 68 *litera o*), le certificat doit contenir des informations sur les *pouvoirs* de l'exécuteur testamentaire et/ou l'administrateur de la succession et les restrictions portant sur ces pouvoirs en vertu de la loi applicable à la succession et/ou en vertu de la disposition à cause de mort.

La situation est comparable aux restrictions des droits des héritiers et des légataires. Il serait souhaitable que de telles indications doivent uniquement être fournies lorsqu'elles ne découlent pas de la loi. Il devrait être suffisant d'indiquer les pouvoirs et restrictions en quelques mots clé. Dans ce contexte également, des exigences plus étendues dépasseraient le cadre du CSE.

Les formulaires destinés à la délivrance du CSE démontrent que la Commission a une conception plus large de la portée et la nature des informations relatives aux pouvoirs et restrictions de l'exécuteur testamentaire que devrait contenir le certificat. Les formulaires énumèrent environ 23 attributions et restrictions possibles de l'exécuteur testamentaire qui doivent être cochées dans le cadre d'une procédure à choix multiple. Cela semble, certes, être un procédé différencié au premier regard. En revanche, le droit allemand de l'exécution testamentaire par exemple ne rentre pas dans le schéma

prévu. Il en est probablement de même pour d'autres ordres juridiques.

Si les formulaires sont aussi détaillés, cela est probablement dû au souhait de mettre à disposition des citoyens et des autorités un document qui ne laisse plus aucune question, notamment aucune question juridique, ouverte. Or, le certificat successoral ne saurait atteindre un tel objectif, étant donné qu'il ne peut, malgré son étendue, pas répondre de manière exhaustive à toutes les questions de droit et de fait.

Une limitation des informations devant obligatoirement être contenues dans le CSE concernant les droits et les restrictions des héritiers, des exécuteurs testamentaires, etc. semble s'imposer face aux *effets de bonne foi du CSE*. En effet, des restrictions qui ne sont pas indiquées dans le CSE sont considérées comme non-existantes (article 69 (4)).

Exemple : Si le défunt prévoit une exécution testamentaire qui est soumise à des conditions qui sont tributaires de circonstances ne pouvant pas être indiquées dans le CSE, la bonne foi en la pérennité des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire serait protégée, même si l'exécution testamentaire prenait fin d'un point de vue de droit matériel, étant donné que les conditions n'auraient pas été indiquées dans le certificat. Par conséquent, l'exécuteur testamentaire dont le mandat prend par exemple fin avec la conclusion du partage successoral selon les instructions du défunt, pourrait continuer d'agir en vertu d'un CSE même après la conclusion du partage ; dans ce cas, la bonne foi d'un tiers dans les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire serait protégée¹¹.

Une immixtion aussi importante dans le droit matériel national sur le fondement de la protection de la bonne foi conformément au règlement ne semble pas justifiée ; elle n'est pas conciliable avec le principe de subsidiarité et n'a probablement pas été envisagée par le législateur.

F. Effets liés au certificat

Les effets liés au certificat successoral européen revêtent une importance majeure. Ils font l'objet des dispositions de l'article 69

¹¹ Cela est contraire à la réglementation relative au certificat allemand d'exécuteur testamentaire, § 2368 (3), deuxième phrase, du BGB.

du règlement. L'article 69 porte sur les effets de présomption, respectivement les effets probatoires et les effets de bonne foi¹². La force probatoire, elle, ne s'étend qu'aux éléments régis par le règlement¹³.

Cette restriction tient compte du fait que la compétence législative de l'Union européenne au regard des effets du certificat successoral européen a été remise en cause au cours de la procédure législative¹⁴, ce qui n'a toutefois pas changé le contenu du règlement adopté.

Conformément à l'article 69 (1) du règlement, le certificat produit ses effets dans tous les États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure particulière. A la différence de l'article 42 de la proposition de la Commission qui faisait expressément référence à la « reconnaissance » du certificat dans son article premier, le règlement évite l'utilisation du terme ambigu de reconnaissance.

1. Effets de présomption

En vertu des dispositions de l'article 69 (2), première phrase, le certificat est présumé attester correctement l'existence d'éléments qui ont été établis en vertu de la loi applicable à la succession ou en vertu de toute autre loi applicable à des éléments spécifiques. La proposition de la Commission prévoyait encore que cette présomption d'exactitude devait s'étendre à toutes les informations énoncées dans le certificat successoral. En revanche, le règlement en vigueur précise que les éléments autres que ceux établis en vertu de la loi applicable à la succession ou en vertu de toute autre loi applicable à des éléments spécifiques ne sont pas couverts par les effets de présomption¹⁵.

La présomption est réfutable¹⁶.

12 Propos critiques sur la concrétisation de ces effets par rapport à la proposition de la Commission tenus par Lange, DNotZ 2012, pp. 168, 177.

13 Cf. considérant 71 : « La force probante du certificat ne devrait pas s'étendre aux éléments qui ne sont pas régis par le présent règlement, ... ».

14 Bundesrat, BR-Drucks. 780/09 (Beschluss). Aucune réserve par rapport à la compétence législative : Wagner, DNotZ 2010, pp. 506, 510, avec d'autres réf., qui part d'une compétence accessoire à la compétence pour la coopération judiciaire en matière civile selon l'article 81 du TFUE. Sur la problématique de la compétence législative, voir, entre autres, Kindler, IPRax 2010, pp. 44, 47-48.

15 Voir aussi le considérant 71 à ce sujet.

16 Janzen, DNotZ 2012, pp. 484, 493 ; Dutta, FamRZ 2013, pp. 4, 15 ; Kohler/Pintens, FamRZ 2012, pp. 1425, 1429.

La formulation des effets de présomption reste problématique dans la mesure où les informations relatives à la *loi applicable au régime matrimonial*, contenues dans le certificat, sont présumées correctes. Si les effets de présomption s'étendaient aussi à de telles informations, l'objectif visé par le règlement serait largement dépassé. Il est donc judicieux d'interpréter les mots « loi applicable à des éléments spécifiques » en ce sens que les effets de présomption portent, tout au plus, sur les conséquences du régime matrimonial en matière successorale. Cette interprétation correspond à la prise de position de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen sur la proposition de règlement de la Commission¹⁷.

L'article 69 (2), deuxième phrase, instaure la présomption que la personne désignée dans le certificat comme étant l'héritier, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession est réputée *avoir la qualité mentionnée dans ledit certificat et/ou les droits ou les pouvoirs énoncés dans ledit certificat sans que soient attachées à ces droits ou à ces pouvoirs d'autres conditions et/ou restrictions que celles qui sont énoncées dans le certificat*. Cette présomption de large portée met en évidence les problèmes pouvant résulter des informations contenues dans le certificat successoral européen relatives aux *droits et restrictions* des héritiers, légataires, exécuteurs testamentaires et administrateurs de la succession. Si les personnes concernées fournissent des indications exhaustives sur les droits et les restrictions selon la loi applicable, il sera quasiment inévitable que des indications sommaires reflètent insuffisamment la situation juridique effective. En revanche, des indications détaillées engendrent des coûts de traduction considérables, ce qui est non négligeable pour la pratique. Reste à voir comment les autorités chargées de la délivrance des certificats vont gérer ce dilemme causé par le règlement. Une solution satisfaisante ne semble pas être en vue¹⁸.

Le règlement ne contient aucune règle de présomption concernant les informations relatives aux pouvoirs et restrictions des *héritiers et des légataires*. Contrairement à la proposition de la Commission¹⁹, le

17 Avis de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen sur la proposition de règlement européen en matière de successions, version 2009/157 (COD) du 16 janvier 2012, p. 52.

18 Plus de détails par Dorsel, Dorsel, Geimer/Schütze, *Internationaler Rechtsverkehr*, article 69 du règlement, points 11 et suivants.

19 Cf. article 41 (2) *litera j)* et *k)* du règlement.

certificat successoral européen ne prévoit aucune obligation de fournir des données à ce sujet. A cet égard, il convient de retenir que les pouvoirs des héritiers et des légataires sont automatiquement restreints par la loi applicable, sans préjudice des dispositions régissant les effets de bonne foi en vertu de l'article 69 (3) du règlement. La formulation dans l'article 69 (2), deuxième phrase, est donc trompeuse en ce qui concerne les héritiers et les légataires et leurs pouvoirs.

2. Effets de bonne foi

Dans un souci de protection des transactions juridiques, l'article 69 (3) prévoit la protection de la confiance dans la personne désignée dans le certificat comme étant habilitée à disposer des biens successoraux.

Cette réglementation protège les débiteurs de la succession qui effectuent des prestations vis-à-vis des personnes désignées dans le certificat successoral comme les ayants droit légitimes ; il peut s'agir aussi bien des héritiers que des exécuteurs testamentaires ou des administrateurs de la succession. Dans des cas particuliers, des légataires disposant de droits réels directs dans la succession peuvent, eux aussi, être considérés comme des ayants droit légitimes.

Outre les débiteurs de la succession, les exécuteurs testamentaires et les administrateurs de la succession qui transfèrent des biens successoraux aux héritiers et légataires désignés dans le certificat, sont, eux aussi protégés. Il en est de même pour les héritiers qui transfèrent des biens successoraux aux légataires désignés dans le certificat.

Le certificat ne produit aucun effet de bonne foi si le prestataire savait que le contenu du certificat était inexact ou (contrairement à ce qui est prévu par les dispositions du § 2366 et du § 2367 du BGB) s'il n'en avait pas connaissance en raison d'une négligence grave. A ce titre, la proposition de la Commission prévoyait encore une protection plus vaste de la bonne foi. En effet, seules les personnes qui savaient que le contenu du certificat ne correspondait pas à la réalité étaient exclues de la protection de bonne foi²⁰.

20 Voir article 42 (3) du règlement.

La bonne foi n'est protégée que si le bénéficiaire (héritier, légataire, exécuteur testamentaire, administrateur de la succession) était habilité, en vertu de la loi applicable, à recevoir la prestation ou les biens²¹. Ceci ne serait pas le cas pour un légataire en droit allemand ou un héritier en droit anglais, dès lors que le *personal representative* est le seul titulaire et administrateur de la succession²².

L'effet d'exécution d'une prestation effectuée en faveur d'une personne mentionnée à l'article 69 (3) résulte directement de cette disposition européenne et non pas du droit des biens applicable à la succession. Par contre, les autres conséquences de l'effet d'exécution de la prestation ne découlent plus de l'article 63 (3) mais du droit des biens national applicable²³.

Lorsque par exemple un débiteur de la succession effectue un versement en faveur de l'exécuteur testamentaire désigné dans le certificat, il s'acquitte ainsi de sa dette successorale. S'il a différentes dettes envers la succession, il se pose la question de savoir quelles sont les dettes qu'il a acquittées par ce paiement. Cette question est régie par la loi applicable au rapport d'obligation à la base et non pas par la loi applicable à la succession.

Tandis que l'article 69 (3) vise la protection du prestataire, l'article 69 (4) vise celui du destinataire de la prestation. En effet, le destinataire des biens successoraux est protégé sur la base de la confiance dans l'exactitude du certificat, pour autant que la disposition émane de la personne désignée dans le certificat comme étant habilitée à disposer des biens successoraux. Le destinataire de bonne foi est traité comme quelqu'un qui a acquis des biens d'une personne habilitée à en disposer. Cependant, le destinataire des biens successoraux ne bénéficie pas de cette protection s'il savait que le contenu du certificat ne correspond pas à la réalité. Il en est de même s'il avait connaissance de l'inexactitude du contenu du fait d'une négligence grave.

Le certificat ne produit aucun effet de bonne foi si le destinataire de prestations savait que le contenu du certificat est inexact ou qu'il n'en

21 Dutta, FamRZ 2013, pp. 4, 15.

22 Ainsi Dutta, FamRZ 2013, pp. 4, 15.

23 Voir aussi en ce sens la prise de position de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen sur la proposition de règlement européen en matière de successions, version 2009/157 (COD) du 16 janvier 2012, p. 52.

avait pas connaissance en raison d'une négligence grave. A ce titre également, la proposition de la Commission prévoyait une protection de la bonne foi plus étendue. En effet, seules les personnes qui savaient que le contenu du certificat ne correspond pas à la réalité étaient exclues de la protection de bonne foi²⁴.

Les effets liés à une disposition faite par une personne mentionnée à l'article 69 (4) découlent directement de cette norme européenne et non pas du droit des biens applicable à la succession. Les normes nationales réglant la validité de dispositions restent applicables. En particulier, le règlement ne traite pas de la question de la validité d'une acquisition de biens par une tierce personne²⁵.

3. Document bénéficiant de la protection de la bonne foi

Le règlement ne contient pas de dispositions claires quant aux documents bénéficiant de la bonne foi. Il est concevable que le certificat successoral européen ou la copie certifiée conforme bénéficient eux-mêmes de la protection de la bonne foi²⁶. Il est également concevable que les deux documents bénéficient de la protection de la bonne foi de manière cumulative ou alternative.

4. Certificat successoral européen et registres publics

Le rapport entre le CSE et la *lex rei sitae* est déterminé par le champ d'application du règlement. Dans ce contexte, il convient de citer l'article 1er et, plus précisément, *litera k*) et *l*). L'article 1er (2) s'énonce comme suit :

*« Sont exclus du présent champ d'application du présent règlement ...
k) la nature des droits réels et
l) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre. »*

24 Cf. article 42 (4) du règlement.

25 Ainsi le considérant 71 à la fin.

26 Voir Buschbaum/Simon, ZEV 2012, pp. 525, 527.

Dans ce contexte, il y a lieu de considérer également le considérant 18 formulé comme suit :

« *Les exigences relatives à l'inscription dans un registre d'un droit immobilier ou mobilier devraient être exclues du champ d'application du présent règlement. Par conséquent, c'est la loi de l'État membre dans lequel le registre est tenu (pour les biens immeubles (la *lex rei sitae*) qui devrait définir les conditions légales et les modalités de l'inscription, et déterminer quelles sont les autorités, tels que les responsables des cadastres ou les notaires, chargées de vérifier que toutes les exigences sont respectées et que les documents présentés ou établis sont suffisants ou contiennent les informations nécessaires. [...] »*

Les dispositions de l'article 1er (2) *litera k*) et l) précisent les deux aspects suivants²⁷:

1. *Il faut respecter un numerus clausus national du droit des biens*²⁸.
2. *Le CSE ne rend pas inutile le respect des dispositions nationales relatives à l'inscription dans un registre de droits mobiliers ou immobiliers. Sont à respecter notamment les exigences légales relatives à l'inscription dans un registre prévues par le droit national. Enfin, les effets liés aux inscriptions ou à l'absence d'inscription dans un registre sont régis par le droit national.*

Cette restriction des effets du CSE est louable. Certes, elle ne fait pas l'unanimité, mais elle est objectivement nécessaire.

Le respect du numerus clausus du droit des biens n'est *pas une fin en soi*, mais sert à la *sécurité juridique*. Des rapports de droit des biens produisent des effets *inter omnes*, contrairement aux rapports relevant du droit des obligations.

Dans la mesure où le droit national relatif aux registres ne connaît pas les instituts juridiques existant dans la loi étrangère applicable à la succession, il est nécessaire de procéder à une *adaptation*. C'est manifestement ce que présume l'article 31 du règlement qui porte sur

27 Ainsi également Kohler/Pintens, *FamRZ* 2012, pp. 1425, 1429, van Boxstael, *Rev. du Notariat Belge* 2012, pp. 838, 859-860.

28 Sur les problèmes liés à une suppression du numerus clausus, tel que le prévoyait encore la proposition de la Commission, voir Remde, *RNotZ* 2012, pp. 65, 81.

l'adaptation. L'adaptation se traduit par une « *traduction* » des instituts juridiques des législations étrangères vers le droit du pays du registre concerné. La « *traduction* » passe par une procédure d'inscription en amont, régie par le droit du pays du registre. Cette procédure permet de maintenir le *numerus clausus* du droit des biens et d'effectuer les adaptations au sens de l'article 31 requises.

Il existe une autre raison pour laquelle le non-respect du *numerus clausus* du droit des biens et du droit national relatif aux registres ne serait pas acceptable en la matière. En effet, certains ordres juridiques disposent de registres très efficaces dont la fiabilité et le fonctionnement présupposent des exigences particulières quant à la vérification des données inscrites. Si ces exigences étaient contrecarrées par le fait que les effets du CSE englobent aussi le droit relatif aux registres, le système du droit national relatif aux registres serait remis en cause.

En particulier, il convient de noter que les inscriptions dans les registres nationaux produisent des effets différents. Elles sont souvent efficaces inter omnes et elles bénéficient de la *protection de la bonne foi*. Dans certains ordres juridiques, ces effets revêtent une importance considérable. Des effets d'une telle portée présupposent des exigences particulières quant aux inscriptions aux registres.

On aurait du mal à imaginer que la protection de la bonne foi dont bénéficie un CSE lors de l'inscription dans un registre national soit non seulement perpétuée, mais aussi renforcée en combinaison avec la protection de la bonne foi du registre national sans aucune voie de recours à disposition dans le pays du registre.

Enfin, il y a lieu de signaler, au regard du champ d'application du règlement successions, que le règlement ne saurait harmoniser le droit des biens national par le biais du droit des successions. Il revient bien au contraire au législateur national de décider si des inscriptions dans ses registres peuvent être faites sur la base des CSE. En Allemagne par exemple, il suffit de présenter le CSE afin de pouvoir procéder à une correction du registre foncier. A l'inverse, en France, le CSE doit être accompagnée d'une attestation notariée.

5. *Certificat successoral européen et certificats d'héritier nationaux*

Le certificat successoral peut seulement être délivré dans des cas présentant un élément d'extranéité²⁹. A défaut, il est nécessaire de produire des justificatifs prévus par le droit national pour régler la succession.

Dans le cas d'une succession ayant des incidences transfrontières, des certificats d'héritiers nationaux peuvent être délivrés à côté du certificat successoral européen³⁰. La condition nécessaire à la délivrance d'un certificat d'héritier national en cas de successions transfrontières est le fait que l'État membre délivrant le certificat national constate l'existence de la compétence internationale. Les règles de compétence du règlement (articles 4 et suivants) ne concernent que la compétence pour délivrer le certificat successoral européen. Ces règles de compétence ne supplantent cependant pas la compétence des États membres pour la délivrance des certificats d'héritier nationaux. Ceci semble évident en ce qui concerne les États membres qui se sont abstenus de déléguer la compétence pour délivrer des certificats nationaux à des autorités couvertes par le chapitre II du règlement³¹. S'agissant de la délivrance de l'acte de notoriété par exemple, le notaire français n'est pas couvert par le chapitre II du règlement, étant donné qu'un tel acte ne passe pas en force de chose jugée et ne produit aucun effet similaire à celui d'une décision judiciaire³².

Qui plus est, le règlement ne supprime pas la compétence internationale des États membres pour continuer à délivrer des certificats successoraux nationaux si le certificat national est délivré par une autorité publique ou un professionnel libéral dans le champ d'application du règlement³³. Ainsi, le certificat successoral européen ne supprime pas les certificats d'héritier internes dans le cadre de transactions transfrontalières³⁴.

Par conséquent, le certificat ne revêt pas un caractère exclusif.

29 Buschbaum, *Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner*, p. 598.

30 Réserves émises sur la reconnaissance de certificats d'héritier nationaux par Dörner, *ZEV* 2021, pp. 505, 512.

31 Cf. article 3 (2) et article 4.

32 Voir aussi les considérants 20 et 67.

33 Propos similaires tenus par Camara, *IPRax* 2013, p. 198.

34 Conclusions identiques tirées par Dörner, *ZEV* 2012, pp. 505, 512. Buschbaum, *Actes du colloque « Die neue europäische Erbrechtsverordnung »*, pp. 56 et suivantes.

Même dans des cas présentant des liens avec un autre État membre, le recours au certificat n'est pas obligatoire (article 62 (2)). Même dans de tels cas, le certificat européen ne se substitue aucunement à des procédures ou certificats d'héritier ; c'est ainsi que le législateur européen répond au principe de subsidiarité³⁵.

Selon le considérant 69 du règlement, les personnes en droit de déposer une demande de certificat devraient être libres de recourir aux autres instruments mentionnés dans le règlement (décisions, actes authentiques ou transactions judiciaires) afin de prouver leur statut et/ou leurs droits. Le règlement mentionne la possibilité d'utiliser des certificats nationaux dans des transactions présentant un élément d'extranéité, mais ni le chapitre II ni le chapitre IV, respectivement V, ne contiennent de dispositions dans ce sens³⁶.

Les États membres continuent à avoir la possibilité de reconnaître et de délivrer des certificats d'héritier nationaux, tel que c'était déjà le cas avant l'entrée en vigueur du règlement sur les successions et l'introduction du certificat successoral européen. Or, la condition en est que l'autorité émettrice ait la compétence internationale selon le droit de son pays (pour l'Allemagne par exemple ce serait la loi relative à la procédure en matière familiale et aux affaires portées devant les juridictions gracieuses (FamFG)). Dans ce cas, le règlement n'exclut pas la compétence internationale des États membres pour la délivrance de certificats d'héritier³⁷.

Le certificat successoral européen se trouve donc en concurrence avec des certificats d'héritier nationaux qui ont fait leurs preuves dans les États membres³⁸. Ces certificats peuvent en principe, comme par le passé, être dressés dans le but de régler la succession s'il s'agit d'une succession présentant un lien avec un autre État membre ou un État tiers.

Si un certificat d'héritier est dressé en conformité avec le droit national, il peut être utilisé sur le territoire national ainsi qu'à l'étranger, pour autant qu'il soit reconnu hors du champ d'application du règlement sur les successions internationales.

35 Propos similaires tenus par Lange, DNotZ 2012, pp. 168, 170.

36 Se reporter à Dörner, ZEV 2012, pp. 505, 512.

37 Weber/Schall, NJW 2016, pp. 3564 et suivantes.

38 Voir aussi Lange, DNotZ 2012, pp. 168, 175, faisant référence à la proposition de la Commission européenne.

6. *Limites de la portée du certificat successoral européen*

Transfert d'une quote-part successorale. Les objectifs admis et étroitement délimités du certificat successoral, tels que prévus par les dispositions de l'article 63 (2), portent à croire que le transfert d'une part successorale ne peut être mentionné dans le certificat. Ce transfert n'est pas une conséquence de l'ouverture de la succession, mais s'effectue en aval. Il n'intervient pas non plus de iure, mais sur la base d'un acte juridique. Par conséquent, l'acquéreur d'une quote-part successorale ne figure pas dans la liste des personnes en droit de demander le certificat aux termes de l'article 63 (1) du règlement.

Partage successoral. Ceci vaut en principe également pour le partage successoral. La preuve d'une liquidation de succession ne figure pas dans la liste des finalités du certificat successoral européen telle qu'inscrite à l'article 63 (2). Par voie de conséquence, le certificat successoral ne peut pas être utilisé pour prouver le partage successoral. La question préalable de savoir si le champ d'application du règlement couvre le partage successoral en tant qu'acte juridique inter-vivos³⁹ ne doit donc plus être examinée en détail dans ce contexte.

Le certificat successoral européen ne remplace pas le partage successoral ou l'exécution d'un legs inter-vivos et ne peut être utilisé à cette fin. Certes, le certificat contient des renseignements sur les droits et biens revenant à un légataire habilité à faire valoir des droits réels ou à un héritier déterminé, mais il ne remplace pas pour autant le transfert de propriété qui s'avère nécessaire le cas échéant. Ce transfert doit être effectué par les personnes niées elles-mêmes et ce, indépendamment de la délivrance du certificat. Dans la tradition du certificat d'héritier allemand par exemple, le certificat successoral européen apporte la preuve de la qualité d'héritier de manière déclaratoire et renseigne donc uniquement sur la succession mais pas sur les actes juridiques que les héritiers ou légataires dotés de droits réels sur la succession passent suite à l'ouverture de la succession⁴⁰.

39 Avis contraire défendu par Schmidt, *RabelsZ* 77 (2013), pp. 1, 15-16. Voir aussi Buschbaum, actes du colloque « Die neue europäische Erbrechtsverordnung », p. 55.

40 Explications plus détaillées par Dorsel, Geimer/Schütze *Internationaler Rechtsverkehr*, article 63 du règlement, points 5-6.

G. Copies certifiées conformes du certificat et durée de validité limitée

L'article 70 (3) dispose que les copies certifiées conformes du certificat successoral européen délivrées n'ont qu'une durée de validité de six mois⁴¹. Celle-ci doit être indiquée sur la copie concernée sous la forme d'une date d'expiration. Seuls dans des cas exceptionnels dûment justifiés, l'autorité émettrice peut décider d'allonger la durée de validité.

La date d'expiration sert à la protection des transactions juridiques. Si le contenu du certificat s'avère être incorrect, le dommage causé par des copies certifiées conformes du certificat qui circulent sera limité dans la mesure où celles-ci perdent leur validité à l'expiration du délai. Ceci permet de prévenir les fausses apparences juridiques⁴². Indépendamment de cela, il se pose la question de savoir si une copie certifiée conforme d'un certificat incorrect est encore valable avant l'expiration du délai ; ceci ne devrait plus être le cas puisque les effets du certificat sont suspendus en vertu de l'article 73.

Dans la pratique juridique, la limitation de la durée de validité à six mois pour les copies certifiées conformes semble inappropriée dans de nombreux cas. Cela est évident en cas d'exécution testamentaire prévue pour une longue durée (« Dauertestamentsvollstreckung »). La durée limitée de la validité de la preuve de la qualité d'héritier est également peu satisfaisante pour l'héritier qui se retrouve sans preuve après quelques mois.

C'est la raison pour laquelle, selon l'article 70 (3), troisième phrase, du règlement, l'autorité émettrice peut, dans des cas exceptionnels dûment justifiés, décider d'allonger la durée de validité, en dérogeant au délai imparti par l'article 70 (3), première phrase.

Au cas où l'autorité émettrice n'accepterait pas d'emblée de proroger la durée de validité, toute personne étant déjà en possession d'une copie certifiée conforme doit demander une prorogation de la durée de validité de la copie certifiée conforme ou demander à l'autorité

41 Propos critiques sur la période de validité des copies certifiées conformes tenus par Lange, DNotZ 2012, pp. 168, 178.

42 Sur les problèmes résultant de la limitation du délai de validité du certificat successoral européen pour la pratique des registres fonciers, voir Wilsch, ZEV 2012, pp. 530, 532.

émettrice une nouvelle copie certifiée conforme. Toute personne n'étant pas encore en possession d'une copie certifiée conforme, doit demander pour la première fois une (nouvelle) copie certifiée conforme.

Reste à savoir si la personne désirant une prorogation du délai de validité de la copie certifiée conforme du certificat ou une nouvelle copie doit demander la délivrance d'un nouveau certificat⁴³. Si les faits sur lesquels porte le certificat sont inchangés, il serait disproportionné d'inviter le demandeur à soumettre une demande complètement nouvelle.

La situation est différente si les éléments de droit et/ou de fait indiqués dans le certificat ont changé entre le moment de la première délivrance du certificat et celui de la remise d'une autre copie certifiée conforme. Toute personne introduisant une demande de délivrance d'un certificat, est, bien entendu, tenue de fournir des informations correctes pour éviter que le certificat délivré soit incorrect. De même, on attendra d'une personne demandant la prorogation du délai de validité d'une copie certifiée conforme d'un certificat ou une nouvelle copie certifiée de celui-ci, qu'elle signale tout changement concernant les éléments de droit et de fait dont elle a connaissance et qui est survenu entre le moment de la délivrance du certificat et la demande d'obtenir une autre copie certifiée conforme. Cette obligation de coopération incombe aux demandeurs et vise à empêcher la circulation de certificats dont le contenu ne correspond pas à la réalité.

A ce titre également, il semble judicieux de limiter le contenu des certificats au strict minimum et de veiller, par une définition étroite de l'objectif poursuivi par le certificat, à ce que celui-ci ne contienne que les informations nécessaires en la matière.

Le règlement ne prévoit pas la possibilité d'annuler une copie certifiée conforme dans le cas où le contenu du certificat s'avère être incorrect. Le législateur européen a considéré que la conservation de l'original du certificat auprès de l'autorité émettrice d'une part, et la durée de validité limitée des copies certifiées conformes du certificat d'autre part, combinées avec la possibilité de suspendre les effets du certificat conformément à l'article 73, protégeraient suffisamment

43 Se reporter à Lange, DNotZ 2012, pp. 168, 178, faisant référence à la proposition de la Commission qui prévoyait encore la délivrance de copies.

les transactions juridiques contre la création de fausses apparences juridiques. Toutefois, la possibilité d'annuler une copie certifiée conforme aurait permis de compléter judicieusement la protection des transactions juridiques.

LE CERTIFICAT SUCCESSORAL EUROPÉEN : QUELQUES QUESTIONS

João Gomes de Almeida*

Le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen¹ a été publié au Journal officiel de l'Union européenne² le 27 juillet 2012. Ses dispositions sont généralement applicables aux successions des personnes décédées après le 17 août 2015³.

La création d'un certificat successoral européen (CSE) constitue l'une de ses principales nouveautés. Ce certificat uniforme de droit européen prétend pourvoir les héritiers, légataires, exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession d'un moyen de prouver facilement leur statut et/ou leurs droits et pouvoirs dans un État membre différent de celui de l'ouverture de la succession⁴.

* Enseignant à la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne (Portugal). Le présent texte a pour base une présentation durant le Séminaire « Un règlement successoral européen – L'Europe pour les notaires – les notaires pour l'Europe », organisé par l'Ordre des notaires portugais, en partenariat avec les notariats espagnol et français, qui eut lieu à Lisbonne le 16 mai 2016. L'auteur remercie l'Ordre des notaires pour lui avoir permis de participer au séminaire ainsi qu'à cet ouvrage et Eugénia Galvão Teles et Susana Maltez pour les commentaires et contributions soumis.

1 Ci-après dénommé « règlement en matière de successions » ou « règlement ».

2 Ci-après dénommé JO.

3 Article 83 (1) du règlement.

4 Cf. le considérant 67 du règlement.

En tant que tel, cet instrument de droit européen matériel intègre une potentielle simplification de l'exécution des successions transfrontières. Souvent, ce potentiel se réalise pleinement. Ainsi, dans le cas de la succession d'un citoyen allemand, résidant au Portugal et décédé sans testament, qui laisse des biens situés au Portugal et des comptes en banque au Portugal et en Allemagne. Son héritier universel peut demander le CSE au Portugal et, avec ce certificat, accéder plus facilement aux comptes bancaires en Allemagne.

Néanmoins, le régime du CSE, de par sa nouveauté même, n'est pas sans susciter un certain nombre de questions. Sans prétendre à l'exhaustivité, le présent texte vise l'examen de quelques-unes de ces questions.

*Peut-on procéder à la demande et délivrance du CSE
dans toutes les successions ?*

Cette première question est parallèle à la question – plus générale – de l'applicabilité du règlement en matière de successions à toutes les successions ou seulement aux successions internationales.

La réponse est ici moins claire que dans les règlements Rome I⁵, Rome II⁶ et Rome III⁷, dans la mesure où leur champ d'application est expressément limité aux « situations impliquant un conflit de lois »⁸. On peut, cependant, conclure du texte du règlement qu'il ne prétend pas s'appliquer aux situations purement internes. En ce sens, le considérant 7 fait expressément référence aux successions « *ayant une incidence transfrontière* »⁹ et l'article 38 dispense les États membres comprenant plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession¹⁰ d'appliquer les dispositions du règlement dans les cas des *successions inter-locales*, c'est-à-dire, quand la succession est en contact avec une pluralité d'unités

5 Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »).

6 Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

7 Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

8 Article 1er (1) des règlements référés.

9 Italique par l'auteur.

10 Par exemple, l'Espagne.

territoriales appartenant à un seul ordre juridique (complexe) d'un État souverain¹¹.

Selon le règlement, le CSE est « délivré en vue d'être utilisé dans un autre État membre »¹² et « destiné à être utilisé par les héritiers, les légataires ayant des droits directs à la succession et les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de la succession qui, dans un autre État membre, doivent respectivement invoquer leur qualité ou exercer leurs droits en tant qu'héritiers ou légataires, et/ou leurs pouvoirs en tant qu'exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession »¹³. En conséquence, la délivrance d'un CSE quand la succession est exclusivement interne¹⁴ n'a pas de sens puisque son objectif même ne se vérifie pas : on ne conçoit pas qu'un héritier, légataire, exécuteur testamentaires ou administrateur de la succession puisse ressentir la nécessité d'invoquer sa qualité ou d'exercer ses droits dans un État membre différent de celui de l'ouverture de la succession¹⁵.

Si l'internationalité de la succession est une condition nécessaire, elle n'est pas une condition suffisante du recours au CSE. Il est aussi nécessaire que cette succession présente des liens avec, au moins, deux États membres. Ainsi, la succession d'un citoyen portugais et brésilien, résidant habituellement au Portugal et décédé après le 17 août 2015 en

11 Voir A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, Le droit européen des successions. Commentaire du règlement N° 650/2012 du 4 juillet 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 868 ; A. Davi et A. Zanobetti, *Il nuovo Diritto Internazionale Privato delle successioni nell'Unione Europea*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5, n° 2, 2013, pp. 5-139, p. 139 [en ligne]. Consultation le 28 décembre 2014. Disponible à www.uc3m.es/cdt.

12 Article 62 (1) du règlement en matière de successions. Italique par l'auteur.

13 Article 63 (1) du règlement en matière de successions. Italique par l'auteur.

14 Soit une succession qui ne présente pas de contacts signifiants avec une pluralité d'ordres juridiques étatiques.

15 Voir, en ce sens : U. Bergquist et al., *EU Regulation on Succession and Wills – Commentary*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2015, p. 252 ; I. Calvo Vidal, *El Certificado Sucesorio Europeo*, I. Calvo Vidal (coord.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Madrid, Consejo General del Notariado, pp. 203-240, pp. 208-209 ; C. Hertel, *European Certificate of Succession – content, issue and effects*, ERA Forum, vol. 15, n. 3, pp. 393-407, p. 401 ; F. Tremosa, *Le certificat successoral européen*, Du règlement successions aux régimes matrimoniaux : les solutions des notaires d'Europe, Paris, Conseil des Notariats de l'Union Européenne, 2014, pp. 71-78, p. 75, [en ligne]. Consultation le 10 décembre 2016. Disponible à <http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=11509>. Pour une interprétation apparemment différente, dans la mesure où le demandeur du CSE n'a pas à démontrer l'internationalité de la succession, bien que reconnaissant la pertinence de cet élément si l'on considère le champ d'application dans l'espace du règlement : A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, p. 709.

laissant des biens situés au Portugal et au Brésil, est indiscutablement internationale. Toutefois, le recours au CSE n'est pas possible, dans la mesure où la succession se trouve uniquement en contact avec un seul État membre, le Portugal, et un État tiers, le Brésil. La justification est ici évidente : le CSE est un document européen, dont les effets se produisent seulement dans les États membres liés par le règlement en matière de succession¹⁶.

Malgré son rôle central dans la démarcation du champ d'application du CSE, la notion d'État membre n'est pas définie par le règlement en matière de successions¹⁷. Cette omission est importante étant donné que, à ce jour, le règlement est directement applicable et obligatoire dans tous les États membres, à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande¹⁸. Nous soutenons que ces trois États, qui ne sont pas liés par le règlement ni soumis à son application, doivent être considérés *non* comme des États membres mais comme des États tiers en ce qui concerne l'application des règles du règlement¹⁹. Ainsi,

16 Ceci ne signifie pas que la production d'effets dans un État tiers soit *nécessairement* exclue. Mais, pour que cela soit le cas et pour que l'on puisse utiliser le CSE, il faut que la succession internationale présente des liens avec deux États membres et un État tiers. Ainsi, et récupérant l'exemple du texte, envisageons le cas où la masse successorale comprend non seulement des biens mobiliers et immobiliers situés au Portugal et au Brésil, mais aussi un compte en banque en Espagne. Pour avoir accès aux comptes en banque, il faut que l'héritier puisse invoquer cette qualité en Espagne, ce qu'il pourra faire à travers le CSE, qui produira les effets prescrits par le règlement dans cet État membre. Toutefois, la production d'effets dans un État tiers, le Brésil en l'espèce, est dépendante de son droit national et non du règlement en matière de succession.

17 Contrairement, par exemple, aux règlements Rome I et Rome II (article 1er (4)), et au règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (ci-après dénommé règlement en matière d'obligations alimentaires), article 1er (2).

18 Cf. considérants 82 et 83 du règlement en matière de successions.

19 En ce sens, A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, pp. 28 et suivantes ; J. Carrascosa González, *Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, n° 1, 2014, pp. 5-44, p. 9 [en ligne]. Consulté le 28 décembre 2014. Disponible à www.uc3m.es/cdt ; I. Calvo Vidal, *El Certificado...*, p. 208 ; R. Moura Ramos, *O Direito Internacional Privado das sucessões na União Europeia. Primeiras reflexões*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n° 89, 2013, p. 77, note 20 ; L. Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado – Introdução e Direito de Conflitos – Parte geral*, vol. I, troisième édition, 2014, p. 557 ; H. Mota, *A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n° 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012*, Revista Electrónica de Direito, février 2014, n° 1, p. 16 [en ligne]. Consulté le 20 janvier 2015. Disponible à <http://www.cije.up.pt/revistared> ; J. Gomes de Almeida, *Apontamentos sobre o novo Direito de Conflitos Sucessório*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014-II, pp. 27-52, pp. 34-35 ; C. Melo Marinho, *Successões europeias – O novo regime*

et en adaptant l'exemple précédent, l'existence de biens mobiliers et immobiliers situés au Danemark ne permettrait pas le recours au CSE, vu que les contacts maintenus par la succession seraient toujours limités à un seul État membre, à savoir au Portugal.

En conclusion, les conditions *nécessaires* pour recourir au CSE sont (i) le caractère international de la succession et (ii) la vérification de liens avec, au moins, deux États membres. Remarquons, toutefois, que la vérification de ces conditions peut s'avérer insuffisante face aux finalités poursuivies par le CSE : nonobstant l'internationalité de la succession et la présence de liens avec deux États membres, le CSE est inutile quand aucune des personnes intéressées n'éprouve le besoin de prouver sa qualité ou exercer ses droits dans un État membre différent de celui où est délivré le certificat. Pensons, par exemple, au cas d'une succession *ab intestat* d'un citoyen français, résidant habituellement au Portugal, décédé après le 17 août 2015, laissant des biens tous situés au Portugal, et dont l'héritier réside aussi habituellement au Portugal. Dans ces circonstances, le CSE sera délivré par les autorités portugaises²⁰, en effet, on ne voit pas quel intérêt aurait un héritier à prouver sa qualité ou exercer ses droits en France. Pour cette raison, dans ce cas-ci, l'héritier ne pourra pas recourir au CSE²¹.

Qui peut délivrer le CSE ?

La compétence pour délivrer le CSE est définie par référence aux normes attributives de compétence internationale des articles 4, 7, 10 et 11 du règlement en matière de successions²².

Une question se pose de prime abord : la référence effectuée *impose-t-elle* la considération des relations entre les normes de compétence objet de la référence ou, *au contraire*, est-ce que les autorités désignées par les articles 4, 7, 10 et 11 du règlement sont compétentes pour délivrer le CSE²³ ? Envisageons l'exemple suivant :

sucessório europeu, Lisboa, Quid Juris, 2015, p. 35 ; U. Bergquist et al., EU Regulation on Succession..., pp. 37, 70 et 185. En sens contraire, ce dernier ouvrage, pp. 58 et suivantes. L'expression État membre sera ci-après utilisée comme se référant aux États membres liés par le règlement en matière de successions.

20 Articles 64 et 4 du règlement en matière de successions.

21 Voir, en ce sens, I. Calvo Vidal, *El Certificado*..., pp. 209-210.

22 Article 64 du règlement en matière de successions.

23 Voir, en ce sens, C. Melo Marinho, *Sucessões europeias*..., pp. 113-114 ; J. Carrascosa González, *Reglamento sucesorio europeo*..., pp. 41-42.

un national espagnol ayant sa résidence habituelle au Portugal décède après le 17 août 2015 et laisse plusieurs biens mobiliers et immobiliers situés au Portugal et en Espagne. Les autorités portugaises sont-elles les *seules* à avoir compétence pour délivrer le CSE ou est-on en face d'une situation de compétence concurrentielle entre les autorités portugaises, en vertu de l'article 4, et espagnoles, en vertu de l'article 10 (1) *litera a* ?

Nous soutenons la première thèse. C'est celle qui correspond le mieux à l'assertion, par le considérant 70, que le « certificat devrait être délivré dans l'État membre *dont les juridictions sont compétentes en vertu du présent règlement* »²⁴. C'est aussi la solution la plus appropriée eu égard au texte des articles auxquels renvoie l'article 64²⁵. Cette solution est encore la plus propice pour ce qui est de la coïncidence entre le *for* compétent et le droit applicable, un des objectifs visés par le règlement.

L'autorité émettrice peut être, elle-même, une juridiction ou une autre autorité qui, en vertu du droit national, est compétente pour régler les successions. Chaque État membre doit désigner et communiquer à la Commission européenne la ou les autorités compétentes pour délivrer le CSE sur son territoire²⁶.

L'application de l'article 4 du règlement dans le contexte de l'autorité émettrice du CSE *ne suscite pas de difficultés spécifiques*, c'est-à-dire, on ne prévoit pas de difficultés autres que les problèmes résultant de la concrétisation de la dernière résidence habituelle du de *cujus*²⁷. Quand la détermination de la dernière résidence est complexe – notamment, parce que le de *cujus* habitait en même temps dans deux États membres –, il se peut que des divergences surgissent quant à la compétence pour délivrer le CSE, dans la mesure où les autorités de deux États membres peuvent toutes les deux se considérer compétentes pour délivrer le certificat aux termes de l'article 4.

24 Italique par l'auteur.

25 Cf., par exemple, la rédaction de l'article 10 et de l'article 11.

26 Cf. l'article 78 (1) *litera c*) et le considérant 70 du règlement en matière de successions. Les informations communiquées sont disponibles au Portail e-Justice européen – https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-pt.do. Au Portugal, le CSE peut être demandé auprès de tous les services de registres qui ont des fonctions dans le cadre des procès simplifiés de dévolution légale.

27 Voir, dans le même sens, A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, p. 728.

Selon nous, le recours au *forum necessitatis* pour fonder la délivrance du CSE ne se justifie que dans des situations réellement exceptionnelles. L'application de ce critère de compétence ne devrait avoir lieu qu'une fois établi qu'aucune des règles de compétence internationale du règlement en matière de successions n'attribue compétence aux juridictions d'un quelconque État membre pour décider de la succession internationale.

Il faudra encore vérifier la présence d'un *lien suffisant* entre la succession internationale et l'État membre où est sollicitée la délivrance du CSE. Ce sera à l'autorité émettrice d'évaluer au cas par cas l'existence et la suffisance de ce lien, en admettant toutefois que la nationalité du de cujus²⁸ ou même la résidence habituelle des héritiers constituent un lien suffisant.

La vérification de la dernière condition du *forum necessitatis* – que la procédure se révèle impossible ou excessivement difficile dans l'État tiers concerné – n'est pas évidente dans le contexte du CSE. Considérant qu'il s'agit d'un document européen dont le but est la simplification de la preuve des qualités, droits ou pouvoirs de l'intéressé dans des États membres autres que celui de la délivrance, certains auteurs militent pour la délivrance du CSE par l'autorité émettrice indépendamment de la vérification de cette condition²⁹. Selon cette thèse, un certificat successoral européen pourra être délivré dans le cas de successions internationales où aucune juridiction d'aucun État membre n'est internationalement compétente, ce qui nous semble incompatible avec l'option d'établir la compétence pour délivrer le CSE par référence aux normes attributives de compétence internationale.

L'utilité de l'article 10 (2) du règlement en matière de successions, qui attribue aux autorités de l'État membre de la situation des biens successoraux la compétence pour délivrer le CSE, nous semble aussi être ici limitée. Pour appliquer cette disposition il faut que, dans tous les États membres, aucune autorité ne soit compétente pour délivrer le CSE aux termes des articles 4, 7 ou 10 (1) du règlement. Au surplus, cette disposition attribue compétence seulement en ce qui concerne

28 Indépendamment de la présence de biens de la succession dans l'État membre de la nationalité. Dans ce cas, les juridictions sont internationalement compétentes aux termes de l'article 10 (1) *littera a*) du règlement en matière de successions.

29 Cf. I. Calvo Vidal, *El Certificado...*, pp. 220-221.

les biens de la succession internationale *situés dans l'État membre*³⁰. Pour cette raison, il est peu probable qu'un éventuel intéressé ait besoin d'invoquer sa qualité, ses droits ou pouvoirs *dans un autre État membre*³¹.

Le critère résiduel de l'article 10 (1) permet *potentiellement* que les autorités émettrices de plusieurs États membres soient compétentes pour délivrer le CSE. Envisageons, par exemple, la succession d'un citoyen ayant la double nationalité portugaise et espagnole et résidant habituellement en Suisse, qui est décédé après le 17 août 2015 en laissant des biens situés au Portugal, en Espagne et en Suisse. Selon l'article 10 (1) *littera a*) du règlement, les autorités portugaises et espagnoles seraient toutes les deux compétentes pour émettre le CSE, étant donné que l'une et l'autre correspondent à un État membre où sont situés des biens intégrant la succession ainsi qu'à une des nationalités du de cujus³². Dans un tel cas, ce sera au demandeur de solliciter la délivrance du CSE à *l'autorité de son choix*.

Finalement, les autorités de l'État membre de la nationalité du de cujus peuvent aussi être compétentes pour émettre le CSE, quand celui-

30 Voir, dans le même sens, C. Benanti, *Il certificato successorio europeo: ragioni, disciplina e conseguenze della sua applicazione nell'ordinamento italiano – parte prima* », La nuova giurisprudenza civile commentata, n° 1, janvier 2014, pp. 1-14, p. 9. Selon cette auteure, l'entité compétente pour délivrer le CSE doit faire référence à la loi du for (la *lex rei sitae*), brisant ainsi le principe de l'unité de la succession (article 23 (1) du règlement). Cette solution nous semble devoir être rejetée, car elle ne peut pas s'appuyer sur aucune des règles de conflits du règlement. L'autorité émettrice compétente selon l'article 10 (2) doit délivrer le certificat en conformité avec la loi désignée par les règles de conflits du chapitre III du règlement en matière de succession.

31 Article 63 du règlement en matière de succession.

32 La version portugaise (« *os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro onde se encontram os bens da herança* ») semble indiquer que la compétence des juridictions d'un État membre dépend de la localisation de *tous* les biens de la succession dans cet État. Cependant, la solution adoptée dans le texte nous semble préférable. Cette solution est aussi celle qui correspond le mieux aux versions française (« *les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux* »), anglaise (« *the courts of a Member State in which assets of the estate are located* ») et allemande (« *so sind die Gerichte eines Mitgliedstaats, in dem sich Nachlassvermögen befindet* »). Voir, dans le même sens, A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, p. 39 ; H. Gaudemet-Tallon, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, G. Khairallah et M. Revillard (dir.), *Droit européen des successions internationales*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p. 130 ; C. Melo Marinho, *Successões europeias...*, p. 48 ; U. Bergquist et al., *EU Regulation on Succession...*, p. 31. Voir, pour une interprétation plus restrictive, J. Timóteo Pereira, *Competência em matéria sucessória – novas regras de sucessão internacional por morte*, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2014-II, p. 20.

ci a choisi la loi applicable³³ et quand l'une des situations de l'article 7 du règlement se vérifie. L'examen des situations mentionnées à l'article 7 soulève quelques problèmes d'interprétation. En effet, la majorité des alinéas de l'article 7 semble présupposer *l'engagement au préalable* d'une procédure. L'alinéa a) – qui remet à l'article 6 – présuppose une procédure préalable, dans un État membre autre que celui de la nationalité du de cujus et que la juridiction de cet État membre ait décliné sa compétence *à la demande d'une des parties*. L'alinéa c) présuppose que les parties aient expressément accepté la compétence de la juridiction saisie *pendant le cours de la procédure*. Seul l'alinéa b) – malgré une référence expresse aux « parties à la procédure » – permet d'envisager une situation où une procédure *pendante* est dispensable. D'après nous, nonobstant la lettre de la disposition, la conclusion d'un accord d'élection de for entre toutes les parties intéressées à la succession, préalablement à l'introduction de la procédure successorale, doit pouvoir légitimer l'attribution de compétence pour émettre le CSE aux autorités compétentes de l'État membre de la nationalité du de cujus.

Une solution possible passe par l'interprétation des alinéas de l'article 7, avec les adaptations nécessaires, en matière de délivrance du CSE. Comment interpréter l'alinéa b) qui fait référence aux parties à la procédure ? Dans le contexte de la délivrance d'un certificat, une seule partie intervient, à savoir le demandeur³⁴. Ceci signifie-t-il que, quand le de cujus a choisi la loi applicable à la succession, tout intéressé est en mesure de demander le CSE *aussi bien* auprès des autorités de l'État membre de la dernière résidence habituelle qu'auprès des autorités de l'État membre de la loi de la nationalité faisant l'objet du choix ?

Et comment interpréter l'alinéa a), étant donné que les juridictions compétentes selon les articles 4 ou 10 du règlement ne peuvent pas, *de leur propre initiative*, se déclarer *incompétentes* ? Dans le cadre de la délivrance du CSE, les autorités émettrices, qui seraient compétentes selon les articles 4 ou 10 du règlement, peuvent-elles de leur propre initiative se refuser à délivrer un CSE si, à leur avis, les autorités de l'État membre de la nationalité du de cujus sont mieux placées pour délivrer le certificat ? Dans l'affirmative, comment justifier une adaptation aussi signifiante du régime auquel est faite référence ?

33 Article 22 du règlement en matière de successions.

34 Sans préjudice de l'article 66 (4), qui soumet l'autorité émettrice à l'obligation de prendre « toutes les mesures nécessaires pour informer les bénéficiaires de la demande de certificat ».

Si l'on considère les effets probatoires et de protection des tiers du CSE, en théorie, la meilleure solution passerait par l'attribution de compétence aux autorités de l'État membre dont la loi a été choisie par le de cujus. On garantirait ainsi que l'autorité émettrice appliquerait sa propre loi à la délivrance du certificat, limitant les risques d'une application et interprétation défectueuses des règles de droit applicables. Néanmoins, cette solution *accepte* que, en certains cas, l'autorité émettrice appartienne à un État membre différent de celui auquel appartiendrait la juridiction internationalement compétente pour connaître l'action successorale. Il suffit d'envisager le cas où le de cujus ayant choisi la loi applicable, les parties à la procédure n'ont ni conclu un accord d'élection du for, ni demandé que la juridiction décline sa compétence selon l'article 6 *littera a*) du règlement.

Il nous semble, cependant, que cette solution ne correspond pas au résultat visé, si l'on considère l'affirmation que « Le certificat devrait être délivré dans l'État membre dont les juridictions sont compétentes en vertu du présent règlement »³⁵. Une interprétation plus restrictive de la référence s'impose, de façon à ce qu'elle soit conçue comme attribuant compétence aux autorités émettrices du CSE seulement quand l'article 7 attribue aussi la compétence internationale aux juridictions de l'État membre de la nationalité pour juger la procédure successorale.

Qui peut faire la demande du CSE ?

Pour l'essentiel, cette question est clairement résolue par le règlement, qui fixe une liste *exhaustive* des personnes pouvant faire la demande du CSE. Le CSE peut être sollicité par les héritiers, les légataires ayant des droits directs à la succession et les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de la succession³⁶.

Toutefois, et contrairement aux héritiers, tous les légataires ne peuvent pas demander le CSE. En fait, la disposition concernée ne fait pas référence aux légataires en général, mais stipule que le certificat se destine à être utilisé par les légataires *ayant des droits directs à*

35 Cf. considérant 70 du règlement en matière de successions.

36 Article 63 (1), applicable en vertu de l'article 65 (1) du règlement. Du caractère exhaustif de cette liste découle que le CSE ne peut pas être sollicité par d'autres personnes – notamment, les créanciers de la succession.

la succession^{37, 38}. Que doit-on comprendre par droits *directs* à la succession ? Ici, le considérant 47 peut nous aider, car il dénote que la loi applicable à la succession détermine si le légataire est, ou non, titulaire de droits directs à la succession.

En se basant sur ce considérant et sur la constellation parallèle du *Erbschein*³⁹, il est proposé que la faculté de faire la demande du CSE soit restreinte aux légataires qui bénéficient d'un legs ayant des effets réels⁴⁰. Ainsi, quand selon la loi applicable le legs ne transmet pas la propriété, mais se limite à attribuer un droit d'exiger la transmission aux héritiers, le légataire ne pourra pas faire la demande du CSE⁴¹.

Face au droit portugais, un legs, tout au moins quand il a pour objet un bien corporel, certain et déterminé, se transmet à son bénéficiaire avec son acceptation, ses effets rétroagissant au moment de l'ouverture de la succession. De ce fait, quand la loi portugaise est applicable au legs, le légataire peut requérir le CSE⁴².

37 Article 63 du règlement en matière de successions – italique par l'auteur. Dans la version portugaise, on ne trouve pas la qualification des droits comme « directs », contrairement aux autres versions linguistiques du même article. Ainsi, la version anglaise « *legatees having direct direct rights in the succession* », française « *les légataires ayant des droits directs à la succession* », allemande « *Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass* », italienne « *legatari che vantano diritti diretti sulla successione* » et espagnole « *legatarios que tengan derechos directos en la herencia* » (souligné par l'auteur).

38 Cette précision ne figurait pas dans la proposition présentée par la Commission, COM(2009) 154 final, qui stipulait simplement que les légataires pouvaient faire la demande du CSE (article 37 de la proposition).

39 Certificat national allemand qui sert à prouver la qualité d'héritier ou d'exécuteur testamentaire, mais pas celle de légataire.

40 Voir, en ce sens, I. Calvo Vidal, *El Certificado...*, pp. 229-230 ; C. Hertel, *European Certificate of Succession...*, p. 399 ; C. Benanti, *Il certificato successorio...*, pp. 10-11.

41 C'est la solution du droit allemand, par application de l'article 2174 de son Code civil. Voir, en ce sens, I. Calvo Vidal, *El Certificado...*, p. 230 ; M. Kohler et M. Buschbaum, *La "reconnaissance" des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières*, *Revue critique de droit international privé*, année 99, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 629-651, p. 634.

42 Cf., en ce sens, l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* portugais du 3 mars 1998, procès n° 160/98, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, tome I, 1998, pp. 111 et suivantes et les arrêts du *Tribunal da Relação de Lisboa* du 2 novembre 2006, procès n° 8566/2006-6 et du *Tribunal da Relação do Porto* du 1er juin 2006, procès 0633018, disponibles à www.dgsi.pt.

Peut-on demander et délivrer un CSE partiel ?

La proposition de la Commission l'admettait indubitablement, disposant d'un article spécifique qui permettait la demande et la délivrance d'un CSE partiel pour attester : (i) les droits de chaque héritier ou légataire, et la quote-part revenant à ceux-ci ; (ii) la dévolution d'un bien déterminé, lorsqu'elle est admise par la loi applicable à la succession ; (iii) l'administration de la succession⁴³.

De prime abord, la disparition d'une disposition équivalente dans la version finale du règlement en matière de successions indiquerait l'inadmissibilité d'un CSE partiel. Il faut, toutefois, tenir compte de l'intégralité du régime. Dans la proposition, il était nécessaire de prévoir spécifiquement la délivrance de certificats partiels parce que : (i) on n'exigeait nulle part l'indication par le demandeur de la finalité pour laquelle il sollicitait le certificat⁴⁴ ; et (ii) les informations figurant au certificat n'étaient pas soumises à un critère de nécessité⁴⁵. Au contraire, dans la version finale du règlement, le demandeur doit indiquer la finalité du certificat et seules les informations nécessaires à la finalité pour laquelle le certificat est délivré⁴⁶ sont incluses. Remarquons, inclusivement, que les finalités énoncées à titre d'exemple par le règlement correspondent, de très près, aux situations où la délivrance d'un certificat partiel était admise par la proposition.

On considère, de ce fait, que l'adoption par le règlement d'une technique législative différente de celle utilisée par la proposition ne signifie pas une modification de la solution substantielle et, donc, que la possibilité de délivrer un CSE *partiel*⁴⁷ se maintient.

43 Article 39 de la proposition.

44 Article 37 de la proposition.

45 Article 41 (2) de la proposition.

46 Article 68 du règlement en matière de successions, selon lequel « Le certificat comporte les informations suivantes *dans la mesure où elles sont nécessaires à la finalité pour laquelle il est délivré* ». Cf. aussi l'article 65 (3), qui établit que « La demande contient les informations énumérées ci-après, *pour autant que* le demandeur en ait connaissance et que ces informations soient nécessaires pour que l'autorité émettrice puisse certifier les éléments que le demandeur souhaite voir certifier ». Italique par l'auteur.

47 Dans le sens qu'il ne contient pas la totalité des informations sur tous les aspects de la succession internationale.

Comment s'articule le CSE et les documents successoraux internes ?

Le CSE *n'est pas* obligatoire⁴⁸, et une substitution des documents successoraux internes n'est pas prévue non plus⁴⁹. De la sorte, le bénéficiaire d'une succession *peut choisir* entre le CSE et le document successoral de droit interne respectif. Les documents successoraux internes sont distincts dans les différents États membres.

À première vue, la possibilité d'une situation de concurrence entre le CSE et les documents successoraux de droit interne semble minime : le CSE est applicable seulement aux successions internationales *et* il ne peut être demandé que quand le bénéficiaire de la succession a besoin de prouver sa qualité, droits et pouvoirs dans un *autre* État membre.

On doit, néanmoins, tenir compte du fait que, une fois délivré, le CSE va aussi produire ses effets dans l'État membre de l'autorité émettrice⁵⁰. D'autre part, la potentielle concurrence est encore augmentée par le régime de l'acceptation des actes authentiques, quand il permet que la force probatoire des documents successoraux internes se produise aussi dans d'autres États membres⁵¹.

48 Article 62 (2) du règlement en matière de successions.

49 Article 62 (3) du règlement en matière de successions.

50 Article 62 (3) du règlement en matière de successions. Face à la proposition de règlement, A. Fötschl, *The Relationship of the European Certificate of Succession to National Certificates*, *European Review of Private Law*, année 2010, vol. 18, n° 6, pp. 1259-1271, pp. 1267 et suivantes, a une position différente, soutenant que les agents judiciaires de l'État membre où le certificat est délivré seraient uniquement obligés de reconnaître les effets produits par celui-ci dans d'autres États membres. Cette position était fondée sur le texte de la proposition, qui établissait « Toutefois, les effets du certificat sont également reconnus dans l'État membre dont les autorités l'ont délivré en vertu du présent chapitre » – italique par l'auteur. À notre avis, la rédaction finale de l'article 62 (3) du règlement écarte cette interprétation.

51 Cf. article 59 du règlement. Sur ce régime, A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, pp. 660 et suivantes ; B. Laukemann, *The European Certificate of Succession: portrait of a new instrument in European private international law*, B. Hess, M. Bergström, E. Storskrubb (dir.), *EU civil justice: current issues and future outlook*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 161-182, pp. 168 et suivantes ; D. Damascelli, *La "circulation" au sein de l'espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale*, *Revue critique de droit international privé*, année 102, n° 2, avril-juin 2013, pp. 425-432 ; M. Kohler et M. Buschbaum, *La "reconnaissance"...*, pp. 643 et suivantes ; J. Foyer, *Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires*, G. Khairallah et M. Revillard (dir.), *Droit européen des successions internationales*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, pp. 148 et suivantes.

La concurrence entre le CSE et les documents successoraux internes suppose son articulation. Le règlement en matière de successions n'établit pas de règles sur ce point, qui n'est pas tranché par les considérants non plus.

Tout d'abord, il faut remarquer que, dans certains cas, cette coexistence est pacifique. Envisageons, par exemple, un CSE qui se limiterait à attester la qualité et les droits d'un légataire et un certificat d'hérédité⁵², réalisé par un notaire portugais, concernant la même succession. En respectant les informations attestées aux différents aspects de la succession, il ne semble pas que le CSE et le certificat d'hérédité puissent se contredire (et, par cela même, entrer en conflit).

Néanmoins, la possibilité de contradictions entre le CSE et le certificat d'hérédité n'est pas exclue. Pour résoudre cette question, plusieurs solutions sont possibles.

Une première solution envisageable passerait par le recours à un critère de prévalence *sur la base d'une hiérarchie*. En cas de conflit entre le CSE et un document successoral interne, le CSE doit prévaloir. Cette solution – d'application simple – ne semble pas correspondre à la lettre du règlement. L'article 62 (3) affirme expressément que le CSE « ne se substitue pas aux documents internes utilisés à des fins similaires dans les États membres ». L'intention du législateur va dans le sens de procurer, aux bénéficiaires de la succession, une option entre le CSE *ou* le document successoral interne. L'existence de cette option implique la reconnaissance d'une même position hiérarchique aux deux documents, l'un ne se superposant pas à l'autre.

Une seconde solution passerait par un critère de prévalence *temporel*. Le document délivré en premier lieu devrait prévaloir. Cette solution est inspirée par les règles applicables en matière de litispendance internationale.

Une autre solution possible suppose que l'on tienne compte de la délimitation territoriale des instruments. Le document successoral interne devrait prévaloir dans le contexte national, tandis que le CSE devrait, en principe, prévaloir dans un contexte international⁵³. Cette

52 En portugais « *habilitação de herdeiros* ».

53 B. Laukemann, *The European Certificate...*, pp. 172-173. L'auteur considère que, même dans un contexte international, le document successoral interne doit prévaloir quand ses

solution présente deux inconvénients : (i) la prévalence d'un instrument différent selon que la question se pose dans un État ou un autre. En cas de contradiction entre le certificat d'hérédité portugais et le CSE, si la question se pose au Portugal, le certificat d'hérédité va prévaloir ; si la question se pose dans un autre État membre, c'est le CSE qui devra prévaloir ; (ii) la solution peut mener à des résultats, pour le moins, confus en cas de contradiction entre des instruments délivrés dans plusieurs États membres. Un CSE est délivré au Portugal pour permettre l'accès à un compte en banque du de cujus en France. Pour ce même effet, en France, on requiert un acte de notoriété. En admettant que les deux instruments attestent des informations contradictoires, lequel doit prévaloir ? Le CSE est ici utilisé dans un contexte international, mais l'acte de notoriété français est utilisé dans un contexte interne.

En dernier lieu, il a déjà été défendu que le CSE « *would embrace the national certificate in a soft and adaptive way. Together, the certificates would constitute one organic entity without internal conflicts* »⁵⁴. Même si l'on ignore les difficultés pratiques qui peuvent se poser⁵⁵, la solution proposée paraît présupposer que la délivrance du document successoral interne a toujours lieu avant la délivrance du CSE, ce qui nous semble aussi contraire au régime du règlement.

De ce bref examen des diverses possibilités, on peut conclure que – en l'absence d'une solution explicite de la question – la solution de la prévalence chronologique est, en tout état de cause, celle qui, comportant un minimum d'inconvénients, est aussi la plus conforme au caractère facultatif du CSE.

Remarquons que les intéressés peuvent promouvoir eux-mêmes la solution du conflit, à travers de la contestation tant du document successoral interne⁵⁶, que du CSE⁵⁷.

effets sont plus amples que ceux du CSE.

54 A. Fötschl, *The Relationship...*, p. 1262.

55 Voir, en ce sens, U. Bergquist et al., *EU Regulation on Succession...*, p. 250.

56 Cf., dans le cas portugais, l'article 87 du Code du notariat et l'article 210-Q du Code du registre civil.

57 Article 72 du règlement en matière de successions. A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, p. 716, considèrent que, quand on fait usage d'une voie de recours contre le CSE, la décision de justice ayant autorité de chose jugée qui maintient le certificat permet sa prévalence sur le document successoral interne si les deux documents ont été délivrés dans le même État membre. La solution est intéressante, mais suscite un autre problème : ne doit-on pas appliquer le même raisonnement à la contestation judiciaire du document successoral interne ? Si oui – et c'est notre position – on ne

Comment se produisent les effets du CSE ?

Les effets du CSE se produisent dans tous les États membres liés par le règlement en matière de successions. Et ils se produisent immédiatement, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de recourir à une quelconque procédure préalable dans l'État membre où l'on prétend utiliser le certificat⁵⁸.

Le caractère immédiat de la production d'effets du CSE peut expliquer la nécessaire inclusion par l'autorité émettrice des informations sur « les éléments sur la base desquels l'autorité émettrice s'estime compétente pour délivrer le certificat » et « la loi applicable à la succession et les éléments sur la base desquels cette loi a été déterminée »⁵⁹.

Ceci dit, l'inclusion de ces informations *ne permet pas* de conclure que les autorités des États membres qui n'ont pas délivré le CSE sont en mesure de contrôler la compétence pour la délivrance du CSE ou la correcte détermination de la loi applicable. En d'autres mots, les autorités des autres États membres *ne peuvent pas* refuser la production d'effets du CSE sous prétexte que l'autorité émettrice n'est pas compétente, que la loi applicable n'a pas été correctement identifiée, ou même que les effets du CSE sont contraires à l'ordre public international⁶⁰. Bien au contraire, seules les autorités de l'État membre où le CSE a été délivré peuvent procéder à son contrôle⁶¹.

Quelle est la portée des effets probatoires du CSE ?

Le contenu du CSE bénéficie d'une présomption, réfutable, d'exactitude. Il implique, ainsi, un renversement de la charge de la preuve, qui profite à la personne indiquée par le certificat.

peut admettre cette thèse que quand la contestation judiciaire (du CSE ou du document successoral interne) a pour fondement la contradiction entre les deux instruments.

58 Article 69 (1) du règlement en matière de successions.

59 Article 68 litera c) et i) du règlement en matière de successions.

60 Voir, dans le même sens, A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, pp. 782 et suivantes.

61 Articles 71 à 73 du règlement en matière de successions, en particulier le troisième paragraphe de l'article 72 (1).

Il faut, toutefois, déterminer si la présomption d'exactitude couvre ou non toute la teneur possible du CSE⁶². En effet, le CSE peut inclure des questions qui, tout en n'étant pas de nature successorale, influencent la succession. C'est le cas, par exemple, du régime matrimonial, quand le de cujus était marié⁶³. Il est établi que le « certificat est présumé attester fidèlement l'existence d'éléments qui ont été établis en vertu de la loi applicable à la succession *ou en vertu de toute autre loi applicable à des éléments spécifiques* »⁶⁴. Une interprétation possible, si l'on considère la partie finale de cette disposition, correspondrait à l'applicabilité de la présomption d'exactitude à toutes les questions *ayant influence sur la succession*, même quand il ne s'agit pas de questions successorales, dans la mesure où elles sont expressément exclues du champ d'application matériel du règlement⁶⁵.

Cette interprétation est, cependant, excessive. Elle permet l'attribution d'effets probatoires à des domaines où le droit international privé n'a pas encore été uniformisé⁶⁶.

En conformité avec le texte du considérant 71 du règlement, la présomption d'exactitude doit être limitée au contenu du CSE *qui tombe sous le champ d'application matériel du règlement*. La référence aux éléments établis en vertu de toute autre loi applicable doit être

62 Article 68 du règlement en matière de successions.

63 Article 68 *littera* (h) du règlement en matière de successions et l'annexe III du formulaire V du règlement d'exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014 établissant les formulaires mentionnés dans le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (ci-après règlement en matière d'exécution).

64 Article 69 (2) du règlement en matière de successions (*italique* par l'auteur).

65 C'est le cas du régime matrimonial ou du mariage entre personnes du même sexe (article 1 (2) *littera* d) et a) du règlement en matière de successions.

66 Comme le mariage ou le partenariat enregistré. Le droit international privé des régimes patrimoniaux du mariage et des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés a été récemment l'objet d'une uniformisation partielle, à travers la procédure de coopération renforcée (cf. le règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et le règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés). En général, et conformément à leurs articles 69, les règles de ces deux règlements ne seront applicables qu'à partir du 29 janvier 2019.

comprise comme concernant les questions qui sont soumises à une loi différente de la *lex sucessionis* par les règles de conflit de lois du règlement^{67 68}.

Observations finales

Concluant l'examen de quelques-unes des questions soulevées par son régime, le CSE représente indubitablement une des principales innovations du règlement en matière de successions. La création d'un certificat uniforme de droit européen qui « circule » librement dans tous les États membres introduit une simplification indiscutable de la résolution de plusieurs questions inhérentes aux successions internationales. Fréquemment, le régime du règlement est même parfaitement capable d'atteindre, dès maintenant, cet objectif. En certains cas, on a pu vérifier que ce régime suscite quelques interrogations et s'avère, parfois, incomplet. Ceci n'est pas étonnant dans la mesure où il s'agit d'un instrument innovant. Nous sommes sûrs que le recours pratique au CSE démontrera ses avantages et aidera à dépasser les interrogations et lacunes qui peuvent persister.

67 C'est le cas, par exemple, des articles 24 et 25 du règlement, qui établissent l'application de la *lex sucessionis* anticipée.

68 Voir, dans le même sens, A. Bonomi, P. Wautelet et I. Pretelli, *Le droit européen...*, pp. 787-789 ; U. Bergquist et al., *EU Regulation on Succession...*, pp. 284-285.

LE CERTIFICAT SUCCESSORAL EUROPÉEN : PROPOSITIONS OPÉRATIONNELLES

INTRODUCTION

Domenico Damascelli*

Le chapitre VII est la partie la plus innovante du règlement (UE) n° 650/2012, qui introduit le certificat successoral européen (ci-après dénommé CSE, par souci de brièveté), conçu comme un outil utilisable – sans qu’il soit nécessaire aucune procédure d’exequatur (voir article 69 (1)) – par les héritiers, les légataires, les exécuteurs testamentaires, et les administrateurs de la succession). Ceux-ci sont, aux termes de l’article 65 (1), les seuls qui peuvent en faire la demande pour invoquer leur qualité et pour exercer leurs droits et leurs pouvoirs (voir article 63 (1)) dans un État membre autre que le pays de délivrance (voir article 62).

Les réponses à un bon nombre de questions posées par ce vademecum passent par la réponse à la question concernant la nature juridique de ce nouvel outil, dont la réglementation – inspirée de modèles connus des différents systèmes nationaux – est tout à fait originale.

* Notaire à Imola (Italie).

Malgré l'opinion exprimée par certains parmi les premiers commentateurs, il faut rejeter la tentation d'assimiler le CSE à une « décision » (au sens de l'article 1er (1) *litera g*) ou à un acte authentique (visé à l'article 1er (1) *litera i*).

Au niveau réglementaire, il y a plusieurs éléments qui corroborent cette affirmation.

Tout d'abord, le règlement consacre à la libre circulation des décisions et des actes authentiques dans l'espace juridique européen une discipline tout à fait autonome (voir, à titre d'exemple, le chapitre IV, consacré à la reconnaissance, à la force exécutoire et à l'exécution de décisions, et le chapitre V, concernant l'acceptation et la force exécutoire des actes authentiques), en mettant ainsi en exergue leur altérité par rapport au CSE.

Cette altérité est aussi confirmée par de nombreuses dispositions spéciales.

Par exemple, l'article 67 (1) alinéa 2, *litera a*), oblige l'autorité émettrice du CSE à ne pas le délivrer si « les éléments à certifier sont contestés », en décrétant l'inaptitude fonctionnelle du CSE à régler un différend, étant entendu que ce dernier ne peut être réglé que devant la juridiction compétente, aux termes du chapitre II du règlement.

De plus, la différence et, en quelque sorte, la subordination du CSE par rapport aux décisions juridictionnelles sont témoignées par les dispositions suivantes qui en empêchent la délivrance a) s'il n'est pas « conforme à une décision portant sur les [...] éléments » à certifier (article 67 (1) alinéa 2, *litera b*) ou, b) qui en prévoient la modification ou le retrait « lorsque il a été établi » – tout d'abord, par une décision – « que le certificat ou certains de ses éléments ne correspondent pas à la réalité » (article 71 (2)).

D'autre part, la différence entre les actes authentiques et le CSE s'illustre également au niveau du recours. En effet, tandis que pour paralyser toute force probante des premiers, la simple contestation les concernant suffit (voir article 59 (2) et (3)), aux termes de l'article 69 (2), le CSE est présumé attester fidèlement les éléments y contenus, et cette présomption légale ne peut être défaite que si le sujet contre lequel le CSE est produit en obtient la modification ou le retrait en vertu de l'article 71 (2).

Les dispositions du règlement concernant les conditions que l'autorité émettrice du certificat doit remplir, sont, elles aussi, cohérentes avec tout ce qui précède. En effet, aux termes de l'article 64, les États membres peuvent désigner, en tant qu'autorité émettrice, indifféremment « une juridiction » ou une « autre autorité qui, en vertu du droit national, est compétente pour régler les successions ». On peut donc tirer deux indications de cette disposition. D'une part – sachant que, dans le cadre du règlement, les décisions sont des actes propres aux juridictions (voir article 1er (1) *littera g*) – la possibilité d'attribuer la compétence pour délivrer le CSE à des acteurs autres que ces dernières est un élément suffisant pour conclure que le CSE n'a pas la nature de décision ; d'autre part, le législateur européen n'ayant pas prévu, à titre d'alternative par rapport aux juridictions, que l'autorité émettrice du CSE doit nécessairement être le notaire – comme les États membres peuvent désigner toute autorité (publique) opérant dans le domaine des successions – il est confirmé que l'on ne peut pas non plus attribuer au CSE la nature d'acte notarié (ou bien, en adoptant la terminologie utilisée à l'article 1er (1) *littera g*), d'acte authentique).

D'autres éléments, conformément à ce qui précède, peuvent être identifiés en analysant la procédure de délivrance du CSE.

Elle semble être assimilable à celle qui, selon notre droit judiciaire, est qualifiée de procédure gracieuse. Il s'agit de procédures caractérisées par l'absence d'un délit (c'est-à-dire, le non-accomplissement d'une obligation imposée par la loi et la violation du droit subjectif correspondant), qui se terminent par une décision, toujours révoquant, à l'issue d'une activité définie par la doctrine « à faible teneur formelle », dans laquelle opèrent de manière atténuée le principe de la contradiction et le principe dispositif, tandis que les règles en matière d'admissibilité et d'obtention des preuves agissent de manière particulière.

Et bien, s'il est vrai que dans notre système la compétence en matière de juridiction gracieuse est habituellement attribuée au juge, cette attribution n'a pas un caractère nécessaire et indéfectible, car il est concevable de confier "l'administration" des droits privés visés par ces procédures à d'autres acteurs que le juge, pourvu qu'ils remplissent toutes les conditions requises (impartialité et qualité de tiers).

Il y a donc des éléments suffisants pour exclure que le CSE soit une décision juridictionnelle, un acte notarié, ou un acte *sui generis*

(si l'on le souhaite, qualifié de “public” pour en souligner l'émission par une autorité publique), réglementé directement et, du moins tendanciellement, de manière exhaustive par le droit de l'Union européenne.

Il n'en reste pas moins que, afin de combler les lacunes de la législation de l'Union (ou mieux, de la législation nationale d'exécution qui aurait dû les combler) il est possible d'appliquer les normes réglant l'activité de l'autorité à laquelle – dans l'État membre dont il est question – est attribuée la compétence en matière d'émission du CSE ou, plus en général, les normes réglant les procédures qui, dans le même État, ont une nature assimilable à celle de la procédure à l'issue de laquelle le CSE est délivré.

Ce critère interprétatif s'avère particulièrement significatif pour l'Italie, où l'attribution au notaire de la compétence pour délivrer le CSE a eu lieu par le biais des brèves dispositions de l'article 32 de la Loi du 30 octobre 2014, n°161 (dite Loi européenne 2013-bis).

Premièrement, il faut conclure que, face au silence du législateur et en application du critère interprétatif susmentionné, l'obligation imposée à l'autorité émettrice par l'article 70 (1) doit être remplie en inscrivant le CSE au répertoire des actes entre vivants du notaire, et en le conservant dans la collection des actes susmentionnés, aux termes des articles 61 et 62 de la Loi du 16 février 1913, n° 89. (Il faut, par contre, exclure que l'application de la loi notariale puisse aller au-delà des dispositions évoquées ci-dessus. En particulier, il faut exclure qu'au CSE puissent s'appliquer les dispositions formelles de l'article 51 de la Loi n° 89/1913, non seulement pour la raison déjà clarifiée que le CSE n'est pas un acte notarié, mais pour une autre raison importante, à savoir que, aux termes de l'article 67 (1), il doit être obligatoirement délivré en utilisant le formulaire V annexé au règlement d'exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014).

Finalement, la nature de la procédure de délivrance du CSE détermine la solution qui sera apportée à certains problèmes fiscaux. En particulier, il semble plausible que le demandeur doive verser des droits, dans la mesure de 98 euros, correspondant au montant dû pour les procédures gracieuses (voir article 13 (1) *littera b*) du Décret du Président de la République (D.P.R.) du 30 mai 2002, n° 115), et que le CSE soit absolument exempt d'enregistrement aux termes de l'article 2 du Tableau annexé au D.P.R. du 26 avril 1986, n° 131.

1. VÉRIFICATION DE LA COMPÉTENCE POUR LA DÉLIVRANCE *Dario Restuccia**

1.1. Quand est-ce que le notaire italien est compétent pour délivrer le certificat successoral européen ?

Le notaire italien sera compétent pour délivrer le CSE si le défunt avait sa résidence habituelle en Italie, ou s'il a choisi la loi italienne, ou encore dans les circonstances visées aux articles 10 et 11 du règlement.

1.2. Dans quelles circonstances subsiste la compétence visée à l'article 10 du règlement ?

La compétence subsidiaire visée à l'article 10 est fondée sur l'existence de biens successoraux dans un État membre. En effet, si, au moment de son décès, le défunt n'avait pas sa résidence habituelle dans un État membre, une compétence subsidiaire de la juridiction de l'État membre où se trouvent les biens successoraux est envisagée, lorsque le défunt possédait également la nationalité de cet État membre ou, à défaut, si le défunt avait sa résidence antérieure dans cet État membre, pour autant que, dans ce dernier cas, au moment de la saisine de la juridiction, il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de cette résidence habituelle.

L'interprétation du paragraphe 2 de l'article 10 n'est pas évidente, dans la mesure où il envisage que, lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du paragraphe 1er, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens. Ces dispositions semblent difficiles à appliquer concrètement dans le cadre de la délivrance d'un CSE qui, aux termes de l'article 62, ne peut être demandé que pour être utilisé dans un État membre autre que celui dans lequel il est délivré.

1.3. Dans quelles circonstances subsiste la compétence visée à l'article 11 du règlement ?

L'article 11 prévoit le cas du forum necessitatis. Ce critère exceptionnel s'applique lorsqu'il n'est possible d'établir la compétence des juridictions d'aucun État membre.

* Notaire à Milan (Italie).

Il y a deux conditions qui doivent être remplies pour que cette hypothèse se vérifie, à savoir : un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie ; ou bien la procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit (par exemple, en raison d'un conflit armé, comme il est expliqué au considérant 31).

Cette disposition apparaît difficile à appliquer concrètement dans le cadre de la délivrance du CSE qui, comme il a été souligné ci-dessus, aux termes de l'article 62, ne peut être demandé que pour être utilisé dans un État membre autre que celui dans lequel il est délivré.

1.4. De quels éléments faut-il tenir compte pour établir la résidence habituelle du défunt ?

La notion de « résidence habituelle » (qui n'est définie par aucun article du règlement), que l'on trouve fréquemment dans les instruments conventionnels de droit international privé, vise à identifier le centre de la vie du défunt, c'est-à-dire le lieu où se situent la plupart de ses intérêts de nature personnelle, familiale, professionnelle, et financière, comme il est établi par le considérant 23, en procédant à « une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence ».

La notion de résidence habituelle est tout à fait indépendante et différente par rapport à la notion de résidence où l'acte d'état civil est enregistré. En d'autres mots, le notaire devra établir non seulement le lieu où le défunt était résident (sur la base du registre d'état civil), mais aussi, par exemple, où il travaillait, où vivait sa famille, où était payé son salaire, où se situaient ses obligations en matière de dettes /créances, etc.).

1.5. Au cas où il serait saisi pour délivrer un CSE, comment est-ce que le notaire peut vérifier que le défunt avait sa résidence habituelle en Italie ?

Aux termes du règlement, le notaire est tenu de vérifier les informations, les déclarations et les documents fournis par le demandeur. S'il ne les considère pas suffisants, il invite le demandeur à fournir tout élément de preuve complémentaire qu'il estime nécessaire (article 66).

1.6. Dans le cas où, par la suite, on établirait que le défunt n'avait pas sa résidence habituelle en Italie, est-ce que le notaire ayant délivré le CSE pourra être tenu responsable ?

Non, le notaire ne peut, en aucun cas, être tenu responsable s'il prouve avoir mené son travail d'enquête de manière diligente.

1.7. Lorsque le notaire italien est compétent en vertu de la résidence habituelle du défunt en Italie, peut-il se dessaisir en faveur de la juridiction de l'État membre de la loi choisie ?

Non, le notaire délivrant le CSE n'a pas cette faculté. Celle-ci n'est prévue que pour la juridiction, qui pourra décliner la compétence si elle considère que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession (article 6).

1.8. Est-ce que la loi italienne peut être choisie par n'importe qui ?

Non, la loi italienne ne peut être choisie que par les citoyens italiens, ou par des personnes possédant plusieurs nationalités, dont la nationalité italienne (article 22).

1.9. Comment peut-on choisir la loi applicable ?

Le choix de la loi applicable est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort, mais il peut également résulter des termes d'une telle disposition (article 22 (2)). Si une disposition à cause de mort, faite avant le 17 août 2015, est rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du règlement, cette loi est réputée avoir été choisie comme loi applicable à la succession (article 83 (4)).

Les règles pour établir la validité et l'efficacité des dispositions à cause de mort sont prévues aux articles 23 (2) et 27.

1.10. Si le défunt a choisi la loi italienne en tant que loi applicable, faut-il des formalités particulières pour fonder la compétence du notaire italien ?

Naturellement, le testament ou le document contenant les dispositions testamentaires desquelles se déduit le choix de la loi applicable à la succession doivent être valables et recevables. Donc, par exemple, un

testament devra avoir rempli toutes les formalités prévues par la loi applicable au testament-même, pour qu'il soit concrètement utilisable (dont, par exemple, sa publication, lorsque la loi italienne est applicable).

2. VÉRIFICATION DES QUALITÉS DES DEMANDEURS

Valentina Crescimanno et Dario Restuccia*

2.1. Qui peut présenter une demande de CSE ?

Les héritiers, les légataires ayant des droits directs à la succession, les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de la succession qui, dans un autre État membre, doivent respectivement invoquer leur qualité ou exercer leurs droits en tant qu'héritiers ou légataires, et/ou leurs pouvoirs en tant qu'exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession (article 63 (1) et article 65 (1)).

2.2. Y a-t-il d'autres personnes qui peuvent demander la délivrance du CSE ?

Non, la délivrance du CSE ne peut être demandée que par les personnes visées au volet 2.1 ci-dessus.

2.3. Faut-il que le demandeur ait une des qualités susmentionnées selon la loi applicable à la succession ? Est-ce que les demandeurs doivent prouver leur qualité selon les modes prévus par la loi applicable ?

Oui, il faut sans aucun doute se référer à la loi applicable à la succession, mais le demandeur doit indiquer dans sa demande les éléments sur lesquels le demandeur se fonde pour faire valoir, selon le cas, ses droits sur les biens successoraux en tant que bénéficiaire, son droit d'exécuter le testament du défunt ou d'administrer la succession.

Avec la demande, il faut produire tous les documents pertinents (originaux ou copies certifiées conformes). En tout cas, si le demandeur n'a pas pu produire des copies des documents pertinents répondant aux conditions requises pour en établir l'authenticité, le notaire peut décider d'accepter d'autres moyens de preuve ; le notaire peut également demander que des déclarations soient faites sous serment ou sous forme d'une déclaration solennelle en lieu et place d'un serment (article 66).

* Notaire à Bisacchino (Italie).

2.4. Si la loi italienne est applicable, faut-il l'acceptation expresse de la succession ?

Non nécessairement. En effet, la demande de CSE pourrait être déposée par le successeur n'ayant pas encore accepté la succession, et sans que cette demande entraîne aucune acceptation. Si, par contre, le demandeur demande un CSE en sa qualité d'héritier, il devra préalablement accepter expressément la succession (aux termes de l'article 475 du Code civil, cette acceptation peut revêtir la forme d'un acte authentique ou d'un simple acte sous seing privé et, donc, peut également être contenue dans la demande de délivrance elle-même).

2.5. Qui est l'administrateur de la succession ?

L'expression administrateur de la succession désigne le curateur de la succession vacante, l'exécuteur testamentaire, ou le successeur n'ayant pas encore l'intention d'accepter la succession mais souhaitant exercer les pouvoirs visés à l'article 460 du Code civil, ou déposant une demande de CSE simplement pour connaître exactement le patrimoine du défunt.

Dans le cas où la demande de CSE serait déposée par le curateur de la succession vacante, le notaire en vérifiera la légitimation :

- en demandant une copie de l'arrêté de nomination du tribunal de la région où la succession a été ouverte ;
- en vérifiant que la publication dans le Journal Officiel de l'arrêté de nomination a eu lieu par extrait, et en vérifiant l'inscription au registre des successions.

Dans ce cas, on demande la délivrance du certificat pour faire valoir sa qualité d'administrateur et, en particulier, pour démontrer et, donc, exercer dans un autre État membre les pouvoirs d'administrateur de la succession. Sur la base des éléments susmentionnés, le notaire doit, donc, être en mesure non seulement d'établir la qualité, mais aussi de certifier et de préciser les pouvoirs liés à ladite qualité.

Afin de vérifier la légitimation de l'exécuteur testamentaire, le notaire devra vérifier :

- que le demandeur a été désigné comme exécuteur testamentaire et que la nomination a été faite dans un testament ;

- que l'exécuteur testamentaire a accepté la nomination selon les formes prévues par la loi (déclaration d'acceptation, à déposer au greffe du tribunal de la juridiction dans laquelle la succession a été ouverte, et son enregistrement ultérieur au registre des successions).

Dans ce cas, on demande la délivrance du certificat pour démontrer que la personne indiquée dans le certificat en tant qu'exécuteur testamentaire a les pouvoirs pour exécuter le testament, et dans quelle mesure elle peut l'exécuter. Le notaire devra donc vérifier l'existence de dispositions testamentaires à exécuter, en vérifiant également si les pouvoirs de l'exécuteur ont trait à « l'ensemble de la succession, à des parts de cette dernière, ou à des biens individuels » ; quels sont ces pouvoirs ; quelle est leur portée ; quels sont les obligations, les devoirs, et les limites éventuelles.

2.6. Est-ce que n'importe quel légataire peut demander la délivrance d'un CSE ?

Même si l'article 63 ne vise que les légataires ayant des "droits directs" à la succession, il faut considérer que la demande de CSE peut également être déposée par les légataires dits *per damnationem* (legs obligatoire).

Dans les deux cas, le notaire devra s'assurer que le demandeur est le bénéficiaire d'une disposition à titre particulier, contenue dans un testament, et que ce testament a été publié (ou que toutes les formalités requises, aux termes de la loi applicable, pour qu'il soit valable et recevable ont été remplies).

2.7. Les créanciers, peuvent-ils demander la délivrance du CSE ?

Non, ni les créanciers de la succession, ni ceux de l'héritier ne peuvent demander la délivrance du CSE.

2.8. Est-ce que les héritiers réservataires complètement exclus peuvent demander la délivrance du CSE ?

Non, les héritiers réservataires exclus doivent d'abord recourir à une action en réduction et, après avoir obtenu un arrêt ayant force de chose jugée, ils pourront demander la délivrance du CSE en leur qualité d'héritiers.

De même, la délivrance du certificat ne peut pas être demandée par des personnes ayant des droits indirects à la succession, dont les « chiamati in subordine » (successeurs subsidiaires), les héritiers sous condition suspensive, etc.

2.9. S'il ressort d'un testament l'exclusion totale d'un héritier réservataire, est-ce que le notaire pourra également délivrer le CSE ?

Oui, mais il devra refuser de délivrer le CSE si les éléments à certifier sont contestés (article 67 (1) deuxième alinéa, litera a)). Il peut s'agir d'éléments déjà contestés dans le cadre d'un contentieux ou directement devant l'autorité émettrice, qui devra adopter toutes les mesures nécessaires pour informer les bénéficiaires de l'hérité de la demande de délivrance du certificat : cette information constitue sans aucun doute la base pour des observations ou contestations éventuelles par des personnes autres que le demandeur.

2.10. Qu'est-ce qui se passe si l'héritier est un mineur ou une personne interdite ?

La demande devra être déposée par l'un de ses parents ou son tuteur, après acceptation sous réserve d'inventaire, et est à considérer comme une affaire courante.

2.11. Si le demandeur est incapable ou un mineur émancipé ?

En ce cas, la demande pourra être déposée directement par la personne concernée.

2.12. Si le demandeur bénéficie d'un « amministratore di sostegno » (administrateur de soutien) ?

La demande pourra être déposée directement par le bénéficiaire, sauf dispositions contraires dans l'arrêt de nomination de l'« amministratore di sostegno ».

2.13. Si le demandeur est une société ?

Dans ce cas, le représentant légal de la société devra déposer la demande de délivrance du certificat, dans le cadre de ses pouvoirs de gestion des affaires courantes.

2.14. Est-il possible de demander et de délivrer un certificat successoral européen partiel ?

La demande de délivrance d'un certificat partiel n'attestant que certains éléments (dont, par exemple, un legs) et la délivrance qui en suit doivent être considérées comme étant légitimes. Dans le CSE ne devront pas nécessairement figurer les informations concernant tous les héritiers ou tous les bénéficiaires des dispositions testamentaires individuelles à titre particulier, mais il pourra se borner à certifier la position d'un seul sujet.

Cependant, le CSE ne pourra pas faire abstraction des éléments suivants :

- identification de l'autorité émettrice ;
- identité du défunt et du demandeur ;
- finalité prévue du certificat ;
- source de la succession (loi ou testament) ;
- loi applicable (et éléments sur la base desquels elle a été établie).

3. VÉRIFICATION DE LA FINALITÉ

Valentina Crescimanno et Dario Restuccia

3.1. Que fait le notaire lorsqu'il reçoit une demande de délivrance du CSE ?

Après avoir reçu la demande, l'autorité émettrice vérifie préalablement sa propre compétence, selon les critères généraux visés aux articles 4 et suivants ; en même temps, elle vérifie la légitimation du demandeur (voir volet 2 ci-dessus) ainsi que la finalité visée à l'article 62, à savoir, que le CSE soit demandé pour être utilisé « dans un autre État membre ».

3.2. Comment peut-on documenter le fait que le CSE est demandé pour être utilisé dans un autre État membre ?

Le notaire devra vérifier la finalité indiquée par le demandeur avant d'émettre le CSE. Il devra donc mener une enquête visant à vérifier la légitimation du demandeur et la nécessité de faire valoir, dans un État membre autre que l'État de délivrance, les éléments visés à l'article 63 (2).

Bien que le notaire ne soit pas tenu de vérifier directement si la succession présente des éléments d'internationalité, il ne devra pas considérer la déclaration du demandeur comme étant suffisante. Il devra, donc, dans toute la mesure du possible, vérifier l'exactitude des informations fournies, à la lumière des actes et d'autres moyens de preuves disponibles.

Si la documentation présentée ne démontre pas l'utilisation d'un CSE dans un autre État membre, le certificat ne sera pas délivré.

4. DEMANDE DE DÉLIVRANCE

Valentina Crescimanno

4.1. Est-ce que toutes les informations énumérées à l'article 65 (3) du règlement doivent figurer dans la demande de délivrance du CSE ?

Seules les informations nécessaires pour permettre à l'autorité émettrice d'attester les éléments dont on demande la certification seront incluses dans la demande, sous condition que le demandeur en ait connaissance et que ces informations soient justement nécessaires pour la délivrance.

Il se peut que la demande de délivrance du CSE et le CSE lui-même ne concernent pas l'ensemble de la succession, mais seulement certains aspects de celle-ci, ou bien des positions individuelles. En effet, la légitimité de la demande de délivrance d'un certificat partiel, n'attestant que certains éléments de la succession, ressort des dispositions du règlement (voir volet 2.14. ci-dessus).

De plus, en utilisant le formulaire type pour la demande, on peut tout de suite identifier les éléments obligatoires – qui sont marqués d'un astérisque – et les éléments qui ne sont obligatoires que dans certains cas (voir informations marquées de deux ou trois astérisques, dans les notes explicatives du formulaire approuvé par le règlement 1329/2014).

4.2. Est-il obligatoire, aux fins du dépôt de la demande, d'utiliser le formulaire visé par le règlement d'exécution n° 1329/2014 ?

Non, l'utilisation du formulaire est facultative. Cependant, il est opportun que le notaire conseille à la personne concernée de déposer la demande de CSE en remplissant le formulaire officiel, afin de faciliter la collecte des informations requises ainsi que l'activité de vérification que le notaire devra mener par la suite.

4.3. Peut-on enrichir la demande de délivrance d'éléments additionnels en sus de ceux qui sont indiqués dans le formulaire type ?

Oui. La possibilité d'introduire des éléments additionnels estimés utiles pour la délivrance du CSE est envisagée par le formulaire lui-même, à la section 6.10, lorsqu'il s'agit d'éléments autres que ceux énumérés à la section 4, dans les annexes, et à la section 6 elle-même, consacrée aux informations supplémentaires.

De même, cette possibilité existe également au cas où le demandeur n'utiliserait pas le formulaire type pour le dépôt de la demande.

4.4. Est-il opportun de conserver les demandes de délivrance ?

Oui. Bien qu'il ne soit pas obligatoire, il est convenable que le notaire garde la demande de délivrance, parce que c'est la demande qui délimite le champ d'activité de vérification du notaire. Le notaire n'exerce ses pouvoirs/devoirs de vérification que sur les éléments figurant dans la demande.

Donc, en examinant la demande qu'il a gardée, un notaire chargé de la délivrance d'une copie certifiée conforme du CSE, ou la prorogation de la période de validité d'une copie déjà délivrée, pourra vérifier et déceler l'existence éventuelle de nouveaux éléments ou de différences empêchant la délivrance d'une autre copie, en faisant une comparaison avec ce que la personne concernée avait déclaré initialement.

En outre, la demande pourra être utile au notaire afin de pouvoir démontrer, le cas échéant, d'avoir mené l'enquête préalable à la délivrance du CSE avec la diligence raisonnablement requise, de manière à ce que sa responsabilité ne puisse pas être engagée.

4.5. Quelles pièces faut-il joindre à la demande ?

Cinq pièces officielles sont à joindre au formulaire IV pour le dépôt de la demande, approuvé par le règlement 1329/2014, tout comme une liste de documents, original ou copie certifiée conforme, que le demandeur pourra joindre afin d'attester ce qu'il a déclaré (par exemple certificat de décès, déclaration concernant le choix de loi, testament).

Les annexes I, II, III, IV et V au formulaire sont obligatoires si, et dans la mesure où, l'une (ou plusieurs) des hypothèses énumérées à

la section III du formulaire pour la demande se vérifient. Il s'en suit que, si le demandeur n'utilisera pas le formulaire (dont l'utilisation est facultative), le notaire devra vérifier que les dites hypothèses soient en tout cas convenablement documentées (exemple : annexe II, en cas de demande déposée par des personnes morales).

5. ACTIVITÉ D'INFORMATION

Valentina Crescimanno

5.1. Quels sont les pouvoirs d'information de l'autorité émettrice selon le règlement ? Que peut faire le notaire, en tant qu'autorité émettrice, si le demandeur n'a pas produit les originaux des documents ou des copies certifiées conformes ?

Les pouvoirs d'information du notaire sont établis à l'article 66, en vertu duquel il vérifie les informations et les déclarations fournies par le demandeur ainsi que les documents et les autres moyens de preuve présentés par celui-ci. Il mène les enquêtes nécessaires à cette vérification d'office, lorsque son droit national le prévoit ou l'autorise. Le notaire peut inviter le demandeur à fournir tout élément de preuve complémentaire qu'il estime nécessaire.

De plus, en sa qualité d'autorité émettrice, le notaire peut décider d'accepter des moyens de preuve autres que les originaux des documents ou les copies certifiées conformes, et peut demander que des déclarations soient faites sous serment ou sous forme d'une déclaration solennelle en lieu et place d'un serment (par exemple, le notaire pourra estimer devoir utiliser des déclarations solennelles en lieu et place d'un serment pour ce qui a trait à la non-subsistance de litispendance, aux termes de l'article 65 (3) *litera l*)).

En outre, si c'est nécessaire pour vérifier les éléments à certifier, le notaire peut entendre toute personne intéressée, ainsi que tout exécuteur ou administrateur.

5.2. Est-ce que le notaire italien a tous les pouvoirs prévus par le règlement ?

Le règlement renvoie au droit national lorsqu'il établit que l'autorité émettrice mène d'office les enquêtes nécessaires à sa vérification, ou demande que des déclarations soient faites sous serment ou sous forme d'une déclaration solennelle en lieu et place d'un serment.

Sur ce point, une initiative législative serait souhaitable, laquelle devrait viser à réglementer le pouvoir d'enquête du notaire en sa qualité d'autorité émettrice du CSE car, à présent, le droit national ne semble pas lui attribuer de pouvoirs spécifiques en sus de la consultation des registres publics (dont, par exemple, le registre des successions) et la possibilité d'accepter des déclarations sous forme d'une déclaration solennelle en lieu et place d'un serment, aux termes du Décret du Président de la République (D.P.R.) n° 445/2000.

5.3. Est-ce que le notaire doit informer les bénéficiaires de la succession du dépôt d'une demande de CSE ?

Oui. Le notaire doit informer les bénéficiaires de la succession. Bien que la norme n'évoque que les bénéficiaires, il faut considérer que l'autorité émettrice doit également informer de la demande tout exécuteur testamentaire et tout administrateur de la succession, en prenant toutes les mesures nécessaires. De plus, il peut procéder à des annonces publiques, visant à donner à d'autres bénéficiaires éventuels la possibilité de faire valoir leurs droits.

5.4. Comment faut-il procéder à l'information visée à l'article 66 (4), première phrase, du règlement ?

Le notaire devra informer toute personne intéressée de la demande de délivrance d'un CSE par une communication ad hoc, envoyée avec les moyens nécessaires pour en prouver la réception (dont le courrier électronique certifié, ou bien une lettre recommandée avec accusé de réception).

5.5. Comment faut-il procéder pour ordonner l'audition visée à l'article 66 (4), 2ème phrase, du règlement ? Comment a lieu l'audition ?

Si cela est nécessaire aux fins de l'établissement des éléments à certifier, le notaire entend toute personne intéressée en l'invitant à se présenter devant lui par n'importe quel moyen apte à prouver la réception de l'invitation (dont le courrier électronique certifié, ou bien une lettre recommandée avec accusé de réception). Dans l'invitation seront spécifiés la date, l'heure et le lieu où la personne concernée est invitée à se présenter.

L'audition pourra être effectuée également d'une manière informelle, en présence des personnes intéressées ou bien par visioconférence ; les personnes concernées pourront être entendues à des moments

différents. Il est opportun de rédiger un procès-verbal de l'audition et de le conserver dans le dossier.

5.6. Est-ce que les personnes invitées à se présenter sont obligées de le faire ? Qu'est-ce qui se passe si elles ne se présentent pas ?

Les dispositions du règlement ne prévoient aucune obligation à comparaître, ni de sanctions en cas de non-comparution.

Le notaire peut réitérer l'invitation à comparaître. Si les personnes invitées ne se présentent pas, il est conseillé que le notaire rédige un procès-verbal, à conserver dans le dossier, dans lequel il donnera acte de cette non-comparution. Une telle circonstance peut constituer un élément d'évaluation pour le notaire, dans son examen général des éléments à certifier.

5.7. Comment faut-il procéder aux annonces publiques visées à l'article 66 (4) du règlement ?

Le notaire pourra procéder à des annonces publiques, s'il l'estime nécessaire aux fins de l'établissement des éléments à certifier, dans le but de donner à d'autres bénéficiaires éventuels la possibilité de faire valoir leurs droits.

En attendant la mise au point d'outils ad hoc – dont une section dédiée sur le site Internet du *Consiglio Nazionale del Notariato* (CNN) ou un espace Internet spécifique – le notaire utilisera les moyens qu'il estime adéquats dont, par exemple, l'affichage au tableau en ligne du tribunal du lieu où la succession est ouverte (pour les municipalités permettant l'affichage en ligne facultatif). Autrement, le notaire pourra publier une annonce dans le Journal Officiel.

5.8. Est-ce que le notaire est tenu de vérifier des informations autres que celles fournies dans la demande ?

Non. Le notaire n'est tenu de vérifier que les informations fournies et/ou d'inviter le demandeur à fournir tout élément de preuve qu'il estime nécessaire aux fins de l'établissement des éléments à certifier. Ensuite, si l'autorité émettrice devra également mener des activités d'enquête afin de vérifier les informations fournies par le demandeur, cette activité d'enquête ne visera qu'à établir les éléments contenus dans la demande, sans vérifier aucune information supplémentaire.

5.9. Le notaire, comment acquiert-il les informations contenues dans les registres fonciers, le registres de l'état civil, ou d'autres registres nationaux consignants les documents et les faits pertinents ?

Le notaire pourra demander à l'autorité compétente pour la délivrance du CSE d'un autre État membre de lui fournir des informations détenues dans les registres fonciers, les registres de l'état civil et les registres consignants les documents et les faits pertinents pour la succession, ou pour le régime matrimonial ou un régime patrimonial équivalent du défunt, dès lors que cette autorité compétente est autorisée, en vertu du droit national, à fournir ces informations à une autre autorité nationale (article 66 (5)).

5.10. Sous quelles conditions est-ce que le notaire peut refuser la délivrance du certificat ?

Si, malgré l'enquête, il n'a pas été possible d'établir les éléments à certifier ; si les éléments à certifier sont contestés (car, par exemple, il y a une cause pendante ayant trait à la validité d'un testament) ou si le certificat s'avère non conforme à une décision portant sur les mêmes éléments (article 67).

6. DÉLIVRANCE DU CERTIFICAT

Giovanni Liotta et Carlo Alberto Marcoz***

6.1. Comment rédige-t-on un CSE ?

Le CSE doit être rédigé, sans délai, en utilisant exclusivement le formulaire visé à l'article 67 et établi à l'annexe V du règlement d'exécution (UE) n° 1329/2014. L'utilisation de ce formulaire permet une circulation rapide du document, ainsi que sa compréhension facile dans tous les pays.

Toutes les dispositions concernant la rédaction du CSE sont formulées dans le règlement ; donc, les articles de la Loi Notariale sur la rédaction des actes ne s'appliquent pas au CSE.

* Notaire à Spadafora (Italie).

** Notaire à Turin (Italie).

C'est le formulaire lui-même qui indique quelles informations sont obligatoires et quelles sont facultatives. Il prévoit également l'utilisation de pièces jointes, si nécessaire.

Il est possible de délivrer un CSE qui ne contient que certaines des informations facultatives, en conformité avec la demande déposée par le demandeur.

6.2. Est-ce que le CSE doit être inscrit dans le répertoire des notaires ?

Faute de normes spécifiques, en utilisant le système actuel de conservation du notariat (analogique ou numérique – voir chapitre 7), le CSE doit être répertorié sur le répertoire des notaires et dans les « raccolte » (collections), avec la numération correspondante, qui peut être considérée comme remplaçant le numérotage visé à l'article 68 litera b) (« numéro de référence du dossier »).

L'honoraire correspondant (onorario repertoriale) est établi à l'article 6 (1) litera d), n° 14 du Décret ministériel n° 265/2012 (46 euros).

6.3. Une fois le CSE délivré, est-il nécessaire d'informer les bénéficiaires ?

Oui, aux termes de l'article 67, le notaire doit prendre toutes les mesures nécessaires pour informer les bénéficiaires (identifiés lors du dépôt de la demande) de la délivrance du certificat ; l'information devra être notifiée à l'aide des moyens aptes à en prouver la réception.

6.4. Est-ce que le CSE est soumis à taxation ?

Il n'y a pas de normes spécifiques en la matière. Dans l'attente d'un éclaircissement de l'Agenzia delle entrate (l'Agence des recettes fiscales) et des directions concernées, on peut considérer que le certificat fait partie de la catégorie d'actes qui doivent être enregistrés dans un délai fixé par la loi (registrazione in termine fisso), aux termes de l'article 11, Tariffa, Parte I, du Décret du Président de la République (D.P.R.) n° 131/1986, par le biais du Modello Unico Informatico (Formulaire unifié informatisé), et soumis à un droit de timbre de 45 euros.

Cependant, vu la nature du certificat et la possibilité de recourir en justice par le dépôt d'une réclamation au Tribunal (avec application des dispositions de l'article 739 du Code de procédure civile), la

procédure de délivrance pourrait être assimilée – y compris sous l’angle fiscal – à une procédure gracieuse, avec paiement de l’impôt unifié visé à l’article 13 (1) *litera b*) du T.U. (texte coordonné) sur les frais de justice (D.P.R. n° 115/2002).

6.5. Est-ce que le CSE doit être rédigé nécessairement en langue italienne ?

Il n’y a pas de dispositions *ad hoc* dans le règlement, ni dans le règlement d’exécution n° 1329/2014, qui a publié les formulaires dans les différentes langues. On peut considérer la délivrance en langue italienne comme étant logique, mais la délivrance en d’autres langues officielles de l’UE apparaît légitime également, selon les principes généraux réglant l’usage des différentes langues de l’Union européenne (sauf s’il y a la nécessité de traduction, lorsque l’on estime qu’il s’agit d’un acte faisant l’objet d’enregistrement, auquel devrait suivre la traduction en vertu de l’article 11 (5) du Décret du Président de la République (D.P.R.) n° 131/1986).

7. CONSERVATION DU CERTIFICAT

Giovanni Liotta et Carlo Alberto Marcoz

7. Est-ce que le CSE doit être conservé chez le notaire ? Si oui, comment ?

Aux termes du règlement, l’autorité émettrice doit numéroter et conserver le CSE. Faute de dispositions *ad hoc* – y compris en droit national – son inclusion dans la “*raccolta*” (et enregistrement au répertoire) en utilisant le système de conservation du notariat (analogique ou numérique) semble, à présent, la seule solution possible pour permettre la gestion de l’ensemble de la succession et, en particulier, pour permettre la délivrance de copies, la conservation même après la cessation de l’activité professionnelle du notaire, ainsi que toute modification, rectification, ou retrait.

Sur l’original conservé on pourra noter toute modification éventuelle, ainsi que l’extinction de l’efficacité du certificat.

Toutefois, il importe de souligner que le texte modifié du Projet de loi sur la concurrence, actuellement discuté au Parlement, prévoit la conservation du CSE dans le Registre des successions, qui devrait être tenu par le *Consiglio Nazionale del Notariato* (Conseil national du notariat).

8. DÉLIVRANCE DES COPIES ET PROROGATION DE LEUR DURÉE DE VALIDITÉ

*Caterina Valia**

8.1. *Qui peut demander une copie du certificat ?*

Les copies certifiées conformes du certificat peuvent être demandées par la personne ayant demandé la rédaction du certificat (une des personnes visées à l'article 63 (1), ainsi que par toute personne justifiant d'un intérêt légitime (article 70 (1) dont, par exemple, le cohéritier, le légataire, et le créancier du défunt).

Si la copie est demandée par une personne autre que celle pour laquelle le certificat a été rédigé, il est convenable que l'autorité établisse que cette personne a un intérêt légitime et peut, en conséquence, se voir délivrer une copie, et quel est cet intérêt, dans le cas d'espèce considéré.

8.2. *Est-il nécessaire de déposer une demande formelle de copie ?*

Non, cela n'est pas nécessaire, mais une demande écrite est sans aucun doute utile, y compris aux fins de la démonstration de l'intérêt à la délivrance.

8.3. *Est-il nécessaire de conserver une trace des copies délivrées ?*

Le règlement se borne à prévoir une liste des personnes qui se sont vu délivrer des copies certifiées conformes, notamment afin d'assurer l'information sur des éventuels événements successifs pouvant concerner le certificat, mais il semble convenable de conserver également une trace du numéro et de la date des copies délivrées au fil du temps, en indiquant aussi la date d'expiration.

8.4. *Comment faut-il tenir la liste des personnes qui se sont vu délivrer des copies certifiées conformes ?*

Il n'y a pas de prescriptions particulières auxquelles il faut se conformer, mais il suffit d'insérer dans la liste les données concernant les personnes : il peut s'agir d'une liste tenue sur papier, ou bien sur un support électronique, selon la préférence du notaire.

* Notaire à Florence (Italie).

8.5. Comment est-ce que l'on calcule la date d'expiration à indiquer dans le certificat ?

La date d'expiration de six mois est calculée à partir de la date de délivrance de la copie certifiée conforme ; la date d'expiration est indiquée dans la copie délivrée elle-même.

8.6. Dans quels cas est-ce que l'autorité émettrice peut « allonger » la durée de validité de la copie certifiée conforme ?

La durée de validité peut être allongée dans des cas exceptionnels dûment justifiés (article 70 (3)). Si le notaire estime que les motivations fournies justifient une durée de la copie du certificat de plus de six mois, il délivre la copie.

8.7. Est-il opportun de documenter la raison de l'allongement de la durée de validité ? Comment ?

Oui, il est opportun d'en documenter la motivation.

Il convient d'insérer la motivation dans la demande de copie de certificat à faire remplir au demandeur, et d'en faire mention dans la copie, afin d'en justifier la durée plus longue par rapport à la durée de validité ordinaire.

8.8. Quelle est la formule à utiliser pour insérer la prorogation visée à l'article 70 (3), dernière phrase, du règlement, dans le CSE ?

La prorogation doit être insérée en bas de la copie délivrée et doit être notée sur la liste des copies délivrées. L'autorité doit utiliser une formule similaire à la suivante :

« La durée de validité de la présente copie délivrée à : , à sa demande, est prorogée jusqu'au
(Date et signature de l'autorité émettrice) ».

8.9. Avant de proroger ou de délivrer une nouvelle copie du CSE, est-ce que l'autorité émettrice est censée effectuer des vérifications ?

Aucune activité d'enquête supplémentaire de l'autorité n'est requise aux fins de la délivrance.

Il est convenable de demander à la personne intéressée à la copie si la

situation a changé par rapport à ce qui est attesté dans le certificat. Si la partie déclare que rien n'a changé, et si le notaire n'a pas connaissance d'éventuelles demandes de rectification, de modification ou de retrait, de recours ou de suspensions du certificat, il délivrera une nouvelle copie ou allongera la durée de validité de la précédente.

*9. RECTIFICATION, MODIFICATION, RETRAIT,
SUSPENSION, RECOURS
Caterina Valia*

*9.1. Quelles sont les erreurs matérielles visées à l'article 71 (1)
du règlement ?*

Les erreurs matérielles sont des fautes d'écriture aisément vérifiables, dont celles concernant l'identité du demandeur ou du défunt (date de naissance, état civil, date du décès du défunt), ou bien les données identifiant les immeubles. Les erreurs sont décelées rapidement, par une comparaison avec les certificats délivrés par les directions compétentes de l'administration.

Toute erreur matérielle peut être rectifiée unilatéralement et d'office par l'autorité émettrice, en délivrant un nouveau certificat corrigé (et, le cas échéant, en procédant au retrait de toute copie délivrée du certificat fautif).

*9.2. Quelles sont les personnes ayant un intérêt légitime visées
par cette disposition ?*

Le demandeur et toute personne justifiant d'un intérêt légitime, impliquée dans la situation décrite dans le certificat et intéressée à ladite situation.

*9.3. Qui peut demander la modification ou le retrait du CSE,
et dans quels cas ?*

Toute personne justifiant d'un intérêt légitime peut demander la modification ou le retrait du CSE, lorsqu'il a été établi que ledit certificat ou certains de ses éléments ne correspondent pas à la réalité. Il s'agit, en ce cas, d'aspects substantiels dont ceux ayant trait à l'identification de biens et/ou de droits qui reviennent aux légataires, ou bien à l'identification de la part de succession revenant à chaque héritier.

9.4. Comment est-ce qu'on « modifie » matériellement le CSE ?

On rédige un nouveau CSE, dûment daté et signé par l'autorité émettrice. L'identité de la personne ayant demandé la modification, les éléments justifiant cette dernière, ainsi que les modifications apportées ressortiront du formulaire utilisé pour déposer la demande.

9.5. Comment procède-t-on matériellement au retrait ?

L'autorité rédige un document attestant le retrait, dûment daté et signé : dans la demande de retrait figureront les éléments ayant entraîné la révocation.

9.6. Est-ce que le retrait et la modification du certificat peuvent avoir lieu d'office ?

A la différence de la rectification, le retrait et la modification ne peuvent pas être effectués d'office par le notaire. Bien au contraire, la demande d'une partie est requise.

9.7. Faut-il annoter les modifications ou le retrait en marge du CSE modifié ou retiré ?

Oui, bien qu'aucune norme ne l'impose, il est opportun d'annoter toute modification ou retrait sur le certificat successoral modifié ou retiré.

9.8. Quelles est l'autorité compétente pour procéder au retrait ou à la modification du CSE ?

Les retraites et modifications sont effectués par la même autorité qui a délivré le CSE. Si le notaire a cessé son activité professionnelle, le demandeur peut s'adresser à un autre notaire.

9.9. Comment procède-t-on à mener l'activité d'information visée à l'article 71 (3) et à l'article 73 (2) du règlement ?

L'autorité envoie une communication ad hoc, par des moyens aptes à en prouver la réception (dont le courrier électronique certifié, ou bien une lettre recommandée avec accusé de réception) aux personnes indiquées, en utilisant les données collectées lors de la délivrance des copies et figurant dans la liste que l'autorité doit tenir en vertu de l'article 70 (2).

9.10. Dans le cas où l'autorité judiciaire ordonnerait au notaire de rectifier, modifier, retirer, ou délivrer un CSE dans le cadre d'un recours en vertu de l'article 72 (2) du règlement, que doit faire le notaire ?

Le notaire doit procéder à la rectification, à la modification, ou au retrait en rédigeant un nouveau certificat, ou un document ad hoc dans lequel il donnera acte des événements qui ont eu lieu, en indiquant l'arrêt en fonction duquel il a procédé.

10. EFFETS DU CERTIFICAT

Carlo Alberto Maroz

10.1. Quels sont les effets produits par le CSE ?

Les éléments établis et certifiés sont présumés véridiques (article 69 (2)). La personne désignée dans le certificat comme étant l'héritier, le légataire, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession est, donc, réputée avoir la qualité et/ou les droits ou les pouvoirs énoncés dans le certificat sans que soient attachées à ces droits ou à ces pouvoirs d'autres conditions et/ou restrictions que celles qui sont énoncées dans le certificat.

10.2. Est-ce que toute personne qui effectue des paiements ou remet des biens en agissant sur la base des informations certifiées dans un CSE est protégée ?

Oui, toute personne qui effectue des paiements ou remet des biens à une personne désignée dans le certificat comme étant habilitée à accepter des paiements ou des biens est réputée avoir agi correctement, sauf si elle sait que le contenu du certificat ne correspond pas à la réalité, ou si elle l'ignore en raison d'une négligence grave (article 69 (3)).

10.3. Est-ce que les tiers achetant un bien d'une personne désignée dans le CSE comme étant habilitée à disposer de biens successoraux sont protégés ?

Oui, lorsqu'une personne désignée dans le certificat comme étant habilitée à disposer de biens successoraux dispose de ces biens, l'acheteur, s'il agit sur la base des informations certifiées dans le certificat, est réputé avoir conclu une transaction avec une personne ayant le pouvoir de disposer des biens concernés, sauf si elle sait que

le contenu du certificat ne correspond pas à la réalité ou si elle l'ignore en raison d'une négligence grave (article 69 (4)).

10.4. Faut-il recourir à une procédure de contrôle ou de légalisation pour que le CSE puisse produire ses effets ?

Non, le certificat produit ses effets dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (article 74).

11. LE CERTIFICAT SUCCESSORAL INTERNE ET LE NOTAIRE
Anselmo Barone et Giovanni Liotta*

1. Les pages qui précèdent laissent ouverte une question à laquelle il convient de répondre à la fin du présent document : *est-ce que le notaire peut délivrer un certificat successoral (à usage exclusif) interne (ci-après dénommé « CSI »), i.e. un certificat pour une succession n'ayant indubitablement aucun élément d'internationalité ?*

La réponse peut s'articuler à plusieurs niveaux.

2. Le premier niveau est constitué par la voie législative. A présent, la seule possibilité pour pouvoir délivrer un CSI semble être une norme ad hoc. En effet, dans le cadre du système en vigueur introduit par le règlement et par l'article 32 (1) de la Loi n° 161/2014 (dite Legge europea 2013 bis), la délivrance par le notaire italien d'un certificat successoral européen (CSE) semble présumer – malgré quelques opinions doctrinales contraires – une succession ayant des implications transfrontalières. Cela ressort, plus ou moins explicitement, non seulement de la nature même du règlement et de la répartition des compétences entre l'UE et les États membres, mais aussi des dispositions spécifiques établissant la logique à la base de l'introduction du CSE et de ses effets, et notamment du considérant 67, de l'article 63 et de l'article 69.

La voie législative vers la délivrance d'un CSI pourrait aussi être une occasion pour simplifier réellement la réglementation en matière de successions, dans le but supplémentaire d'assurer davantage de certitude aux transactions juridiques impliquant des biens successoraux. En réglementant le CSI, le législateur italien pourrait concevoir un outil

* Avocat à Rome (Italie).

dont on demande l'introduction en Italie depuis longtemps, à savoir, un véritable Acte de succession (Atto di Successione) qui aurait la même finalité et les mêmes effets que le CSE, mais qui remplirait aussi les fonctions actuellement remplies par la déclaration de succession et par les actes d'acceptation et de renonciation à la succession.

On pourrait ainsi envisager la délivrance d'un CSI qui se borne à identifier les héritiers, les légataires, les exécuteurs testamentaires visés à l'article 68 du règlement, mais qui puisse également être, selon le cas, complété par le contenu de la déclaration de succession ou de la renonciation à celle-ci. Cela entraînerait des avantages importants : le CSI pourrait indiquer les successeurs, les personnes renonçant à la succession, les héritiers, les légataires, les administrateurs et les exécuteurs, les biens successoraux enregistrés dans les registres publics (au moins), ainsi que toute autre donnée pour le paiement des impôts ayant trait à la succession et à la transcription dans les registres publics – notamment dans les registres fonciers – y compris l'inscription dans les registres fonciers des changements de propriété. L'Acte de succession ou CSI pourrait être un titre (au contenu variable) résumant ou certifiant les actes de notoriété (ou les déclarations solennelles en lieu et place d'un serment) actuels, l'acceptation de la succession et la renonciation à celle-ci, ainsi que la déclaration de succession.

3. La voie judiciaire. Une deuxième manière de parvenir à la délivrance d'un CSI pourrait être constituée par la voie judiciaire qui, en principe, peut être parcourue en s'en tenant à l'approche prudentielle requise au notaire – y compris en la matière dont il est question – qui serait éventuellement appelé à délivrer un CSI afin d'éviter aux citoyens de frais inutiles, ou bien l'expédition de formalités erronées.

En particulier, l'article 72 du règlement envisage la possibilité de former un recours en justice contre toute décision rendue par l'autorité émettrice du CSE. Donc, le notaire, face à une demande de délivrance d'un certificat successoral pour une succession considérée ex ante comme étant indubitablement nationale, devrait refuser de délivrer ce certificat, et la partie concernée devrait saisir l'autorité judiciaire aux termes de l'article 72, en mettant en exergue qu'aucune disposition du règlement n'interdit un certificat « à usage interne exclusif » et que, par contre, on peut déduire le contraire de l'article 69 du règlement même, aux termes duquel le CSE produit ses effets dans tous les États membres.

De plus, la partie requérante pourrait appuyer sa thèse sur l'exigence de ne pas désavantager le citoyen italien par rapport aux citoyens étrangers ; ou de ne pas privilégier les citoyens italiens qui peuvent avoir accès au CSE, en simplifiant ainsi les formalités liées à la succession (seulement, par exemple, car le défunt possédait un compte courant bancaire d'un euro à l'étranger), par rapport à ceux qui ne peuvent pas y avoir recours. A son tour, le juge saisi pourrait ressentir la nécessité de conjurer les risques susmentionnés et – vu l'absence d'interdictions réglementaires – pourrait par conséquent ordonner la délivrance du certificat, ou le délivrer lui-même en vertu de l'article 72 (2), deuxième phrase, après, le cas échéant, renvoi pour décision préjudicielle, aux termes de l'article 267 du TFUE, à la Cour de justice de l'Union européenne, afin de solliciter son interprétation des dispositions pertinentes du règlement.

4. Du reste, le niveau d'analyse qu'on vient d'évoquer est lié à l'interdiction de toute discrimination à l'envers, ainsi qu'à l'application de la jurisprudence (nationale et européenne) et des normes nationales pertinentes.

Il s'agit de développer un raisonnement qui a déjà été approfondi de manière plus détaillée ailleurs.

Il est arrivé à plusieurs reprises que l'application d'une norme de droit de l'Union par un État ait désavantagé les citoyens de ce dernier par rapport aux citoyens des autres États membres, en donnant lieu à ladite "discrimination à l'envers" ou "à rebours", définie ainsi car les victimes de la discrimination sont les citoyens soumis au système législatif interne (qu'il a normalement tendance à les privilégier), et non pas les citoyens d'autres États membres de l'Union européenne.

En revenant au thème abordé, comme il a été anticipé ci-dessus, la possibilité de n'utiliser le certificat successoral que dans le cadre des successions transnationales pourrait entraîner l'inégalité de traitement par rapport aux successions nationales, au détriment aussi bien des héritiers – qui seraient dans l'impossibilité d'obtenir la délivrance d'un certificat similaire et grevés d'une série de formalités (et de frais) pour pouvoir exercer leurs droits – que des tiers.

Il suffit de songer, par exemple, à la différence entre le régime introduit par l'article 69 n°3 et n° 4 du règlement en matière de paiement d'argent ou de remise de biens, ou d'achat de biens successoraux de l'héritier apparent, et la même réglementation introduite par les dispositions de

l'article 534 (2) du Code civil et applicable aux successions internes. Tandis que ces dispositions font peser sur les tiers la charge de la preuve pour démontrer leur bonne foi et garder ce qu'ils ont acheté ou reçu de l'héritier apparent, aux termes du règlement (qui exclut les dispositions du Code civil dans le cadre de successions internationales) c'est le véritable héritier qui est tenu de prouver que le tiers qui a négocié avec l'héritier, le légataire, l'exécuteur ou l'administrateur apparent savait que le contenu du certificat ne correspondait pas à la réalité, ou qu'il l'ignorait en raison d'une négligence grave, afin de pouvoir répéter le paiement ou la livraison, ou pour pouvoir récupérer le bien.

Comme il a été souligné par la doctrine, il paraît évident que le règlement a un effet de facilitation, y compris au profit des tiers négociant éventuellement avec l'héritier apparent.

5. Or, faute d'une initiative législative ad hoc, le recours à l'autorité judiciaire pourrait permettre d'éliminer les situations d'inégalité évoquées ci-dessus.

A vrai dire, la Cour de justice de l'Union européenne a réaffirmé à plusieurs reprises que ces situations d'inégalité, causées indirectement par le droit de l'Union européenne, sont dénuée de toute pertinence pour le droit de l'Union européenne, et peuvent être réglées par le tribunal national en utilisant les instruments offerts par le système juridique dont il est question (pareillement, entre autres, Cour de justice, 16 juin 1994, affaire C-132/93, Steen II).

Dans notre pays, la question a été abordée avant tout sous l'angle de la jurisprudence et, par la suite, du point de vue législatif.

La Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 443/1997, a déclaré les discriminations à l'envers dues à la coexistence de normes nationales plus restrictives que les positions subjectives individuelles avec des normes de droit communautaire, incompatibles avec l'article 3 de la Constitution, en censurant ainsi les normes italiennes.

Selon la Cour, « lors de son impact avec notre système juridique, cet espace de souveraineté qu'est le droit communautaire laisse libre pour l'État italien ne peut pas se résoudre par la pure autodétermination de l'État ou la simple liberté du législateur national mais, au contraire, est destiné à être rempli par les principes constitutionnels et, en la matière dont il est question, à être occupé par l'action conjointe des principes

d'égalité et de liberté de l'initiative économique, sauvegardés par les article 3 et 4 de la Constitution ».

Après cette prise de position du Juge constitutionnel (confirmée récemment par l'arrêt n° 341/07), le législateur a abordé ce problème, en introduisant progressivement le principe de l'égalité de traitement entre les citoyens italiens et les ressortissants des autres États membres de l'Union européenne, résidant ou établis sur le territoire national. A vrai dire, tout d'abord, l'article 2 (1) litera h) de la loi communautaire pour 2004 (Loi du 18 avril 2005, n° 62) a introduit les décrets législatifs d'application des directives communautaires, qui « assurent la garantie d'une véritable égalité de traitement entre les citoyens italiens et les citoyens des autres États membres de l'Union européenne, en faisant en sorte d'assurer le plus haut niveau d'harmonisation entre les législations nationales des différents États membres, et en évitant toute situation de discrimination au détriment des citoyens italiens, dans la mesure où ils sont tenus de se conformer à une réglementation plus restrictive que celle appliquée aux citoyens des autres États membres, notamment pour ce qui est des qualités requises pour exercer des activités commerciales et professionnelles ».

Par la suite, l'article 6 litera d) de la Loi n° 88 du 7 juillet 2009 (Loi communautaire 2008), a introduit dans la loi n° 11 du 4 février 2015 (« Normes générales sur la participation de l'Italie au processus de réglementation de l'Union européenne et sur les procédures d'exécution des obligations communautaires »), l'article 14-bis, en vertu duquel : « 1. Les normes italiennes de transposition et d'application des normes et des principes de la Communauté européenne et de l'Union européenne assurent l'égalité de traitement entre les citoyens italiens et les ressortissants des autres États membres de l'Union européenne résidant ou établis sur le territoire national, et ne peuvent en aucun cas entraîner un traitement défavorable pour les citoyens italiens ». Et, en particulier, aux termes de l'alinéa 2, « Toute norme du système juridique italien ou toute pratique interne produisant des effets de discrimination par rapport à la condition et au traitement des ressortissants communautaires résidant ou établis sur le territoire national, ne s'appliquent pas aux citoyens italiens ».

En dernier, des principes identiques ont été réaffirmés par les articles n° 32 (1) litera i) et n° 53 de la Loi du 24 décembre 2012 (« Normes générales sur la participation de l'Italie à la formation, l'application, la réglementation et aux politiques de l'Union européenne »).

Dans un tel cadre réglementaire, l'intervention de l'autorité judiciaire, avec l'implication de la Cour constitutionnelle, le cas échéant, serait un instrument adéquat pour éliminer tout élément de discrimination et parvenir ainsi à égaliser – aux fins de l'utilisation du certificat – les successions internationales et les successions internes.

6. La doctrine a également envisagé une voie notariale pour l'introduction du CSI, en suggérant la possibilité qu'il soit délivré par le notaire italien déjà à partir du 15 août 2015, même s'il n'existe pas de dispositions expresses (ni européennes, ni nationales), ni de décisions de l'autorité judiciaire. Il s'agit d'une démarche théorique, dont la faisabilité se heurte aux problèmes susmentionnés liés à la nature du règlement et à la logique qui sous-tend à l'introduction du CSE. Cependant, il n'est pas facile de circonscrire la portée préceptive du règlement, in parte qua, aux successions transfrontalières, étant donné la force naturellement expansive de l'introduction du certificat successoral européen et de son efficacité, et la difficulté objective – aussi et surtout à l'instar des principes « anti-discrimination » susmentionnés (opérant, en tout cas, pour ce qui a été dit plus haut, du moins par rapport à la position des citoyens de l'UE résident ou établis en Italie) – de ne pas permettre l'extension de son champ d'application aux successions à caractère entièrement national. D'autant plus que, en réalité, des cas pratiques pourraient en principe se vérifier où, ex ante, apparemment ou formellement, les éléments d'une succession internationale pourraient subsister qui, par la suite, ex post (et/ou ex tunc) pourraient disparaître, en transformant ainsi la succession en une succession purement interne.

Il suffit de songer au cas d'un citoyen italien résidant en Italie, ayant une créance pécuniaire “étrangère” vis-à-vis d'une banque ou, en général, vis-à-vis d'un créancier étranger, en raison d'un contrat passé dans un autre État, soumis à une loi étrangère, et à la possibilité que, après la délivrance du CSE, cette créance ait disparu, avec efficacité rétroactive ; ou bien, la possibilité que l'on découvre que cette créance n'existait pas car le titre correspondant était nul. En réalité, dans un tel cas, la délivrance d'un certificat censé être utilisé pour une succession (qui s'est avérée) nationale finirait par être permise, en effaçant substantiellement la ligne de démarcation rigide existant entre les successions internationales et les successions nationales, aux fins dont il est question, porteuse d'inégalités de traitement supplémentaires et manifestes.

Donc, considérer la délivrance d'un CSE en dehors des cas prévus par les textes comme étant interdite de iure condito, pourrait produire des effets aussi bien inacceptables qu'irraisonnables, compte tenu que, en réalité, comme il a déjà été souligné, non seulement il n'y a aucune interdiction spécifique d'une application expansive du règlement, mais elle ne viole aucune disposition à laquelle on ne puisse pas déroger et ne porte atteinte à aucun intérêt méritant d'être protégé.

Dans ce cadre, donc, aucune responsabilité disciplinaire pourrait se configurer pour le notaire ayant délivré un CSI, au moins s'il aura délivré le certificat pour une succession qui s'est avérée – ex post – une succession sans aucun élément d'internationalité (mais, probablement, pour les raisons illustrées ci-après, même en cas de délivrance pour une succession considérée déjà comme une succession nationale ex ante), notamment dans la perspective de l'article 28 de la Loi n° 89/1913. En effet, cette norme – comme il a été récemment précisé par la Cour de Cassation (arrêt n° 25408/13) – ne s'applique pas aux actes dépourvus d'efficacité, tels que pourraient être considérés – si l'on retenait l'exclusion de la possibilité de les délivrer – les certificats successoraux à usage interne exclusif.

A vrai dire, dans ce cas d'espèce, on pourrait considérer qu'un CSI puisse également être assimilé aux actes qualifiés par la doctrine d'actes inutiles qui, pour cette raison, sont dépourvus d'efficacité. Il est possible d'établir une parallèle avec la renonciation à la succession effectuée après acceptation de cette dernière (qu'elle soit explicite ou tacite) ; il s'agit d'un acte qui ne produit aucun effet et aucune responsabilité pour le notaire qui le reçoit, et qui peut être classifié dans la catégorie susmentionnée. Pareillement, en tant qu'acte inutile qui n'est ni prévu, ni interdit, ni réglementé par la loi, un CSI délivré par un notaire ne produirait aucun profil de responsabilité disciplinaire du notaire.

7. Il ne reste à ajouter que, une pratique notariale anticipant en quelque sorte l'introduction du CSI, pourrait pousser tôt ou tard le législateur national à réfléchir lui-aussi à l'opportunité de formuler des normes visant à adapter le cadre réglementaire national aux dispositions du règlement, afin d'éviter les situations d'inégalité de traitement mentionnées ci-dessus qui, à la lumière des considérations formulées plus haut, risquent d'être incompatibles avec le principe d'égalité établi par l'article 3 de la Constitution italienne.

LA LIQUIDATION D'UNE SUCCESSION TRANSFRONTALIÈRE : QUESTIONS RENCONTRÉES PAR LE NOTAIRE ET ÉLÉMENTS DE RÉPONSES AU VU DU RÈGLEMENT SUCCESSIONS

Frank MOLITOR* et Stéphanie MATHIS**

Introduction

Le règlement n° 650/2012¹ (ci-après le règlement) a pour vocation d'uniformiser les règles de conflit en matière de droit des successions applicables dans les États membres, à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande². Les notaires luxembourgeois, mais également chaque notaire en Europe s'il ne l'a pas déjà été depuis le 17 août 2015 (date d'entrée en application du règlement) seront tôt ou tard confrontés à ce règlement et à sa mise en œuvre.

* Notaire à Luxembourg, Président honoraire du CNUE, Président d'EUFides.

** Diplômée-Notaire, Juriste auprès de la Chambre des Notaires du Grand-Duché de Luxembourg.

1 Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

2 Protocole n° 22, articles 1er et 2 annexé au TFUE sur la position du Danemark ; Protocole n° 21, articles 1er et 2 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Ces États sont considérés comme États tiers au sens dudit règlement. Voir en ce sens : P. Lagarde, *Règlement n°650/2012 sur les successions*, Répertoire de droit européen, n° 8 ; A. Bonomi et P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, p. 30 n° 16, Bruylant.

Le droit luxembourgeois, mais également d'autres droits européens dont le droit français et belge, étaient régis par le principe de la scission de la loi applicable à une même succession, loi déterminée en fonction de la nature mobilière ou immobilière des biens successoraux. Depuis le 17 août 2015, ce principe bien ancré est révolu. L'essence du règlement, le « *Kernpunkt* », repose sur la notion d'unicité.

Le principe de la scission s'est effacé, laissant la place au principe de l'unification destiné à faciliter le règlement des successions par les professionnels en la matière, mais également à offrir aux citoyens européens une meilleure visibilité et prévisibilité quant à la dévolution effective de leur patrimoine, préservant leurs héritiers d'imprévus pouvant réduire à néant les volontés du *de cuius* par l'application d'une loi différente de celle à laquelle il pensait être soumis. Désormais une seule loi sera applicable à une succession sans distinction à opérer quant à la nature et le lieu de situation des biens composant le patrimoine du *de cuius*.

Est-ce là la fin du casse-tête pour les notaires, qui se sont trouvés confrontés à la définition de biens meubles et immeubles selon une loi étrangère lorsque leur loi nationale l'imposait ? C'est l'ambition du règlement.

En pratique si effectivement certaines interrogations ont pu trouver leurs réponses d'autres subsistent voire de nouvelles ont émergé.

Le règlement de la succession par le notaire implique pour lui de connaître l'intégralité de la situation familiale et patrimoniale, passée et présente, du *de cuius*, mais également le lieu de résidence, l'existence de dispositions de dernières volontés,...

Ces informations déterminent conformément aux dispositions du règlement l'autorité compétente pour régler la succession, la loi successorale applicable, le sort des dispositions du *de cuius*.

La détermination de l'autorité compétente pour liquider la succession : le notaire, une juridiction ?

Le règlement prévoit en son article 4 une compétence générale pour statuer sur l'ensemble de la succession aux juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès.

Cette compétence générale définie par le règlement appelle à deux précisions : la définition de la notion de juridiction ainsi que celle de résidence habituelle.

L'article 3 (2) du règlement définit la juridiction en ces termes : « (...) toute autorité judiciaire ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de successions qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire (...). »

La lecture de cet article laisse apparaître que si le notaire est visé en tant que professionnel du droit compétent en matière de succession, il ne l'est que s'il agit sous contrôle d'une autorité judiciaire ou suite à une délégation de pouvoir judiciaire. Le notaire désigné par le tribunal pour procéder à une liquidation de succession est soumis aux dispositions du règlement³. Ce sera donc le tribunal de l'État de la résidence habituelle qui désignera un notaire pour procéder à cette liquidation intervenant dans un cadre judiciaire⁴.

Inversement le notaire n'est pas visé par ce texte lorsqu'il est sollicité par les parties pour le règlement amiable de successions. Le considérant 20 du règlement succession indique expressément que les notaires, en tant qu'autorité habilitée à régler les successions n'exerçant pas de fonction juridictionnelle, ne sont pas liés par les règles de compétence fixé par ledit règlement.

Le notaire d'un État mandaté par les héritiers pourra régler une succession alors même que le *de cuius* avait sa résidence principale sur le territoire d'un autre État. Le notaire luxembourgeois pourra être chargé, par des héritiers demeurant au Grand-Duché de Luxembourg, de liquider la succession d'un *de cuius* ayant sa résidence habituelle en France ou encore en Allemagne et par là-même d'appliquer la loi française ou allemande en l'absence de choix de loi effectué par le *de cuius*⁵.

Il est possible dans ce cas de s'interroger sur l'opportunité pour le notaire de régler une succession nécessitant pour lui d'appliquer une loi

3 A. Bonomi et P. Wautelet, *Ib.* article 3, n° 68 et suivants ; P. Lagarde, *Ib.*, n° 28.

4 Il s'agit là de la compétence générale conformément à l'article 4 du règlement. Des compétences subsidiaires sont prévues par le règlement aux articles 10, 11.

5 Pour la détermination de la loi applicable à la succession voir *infra*.

étrangère⁶ et de connaître les procédures en vigueur dans l'État dont la loi est appliquée. Ainsi par exemple, si le notaire luxembourgeois doit appliquer la loi française, il pourra avoir à appliquer la demande en cantonnement de l'usufruit du conjoint survivant bénéficiaire d'une donation entre époux par application de l'article 1094-1 (2) du Code civil français, disposition inconnue du Code civil luxembourgeois.

En pareils cas, le notaire luxembourgeois ne devrait pas manquer de saisir l'opportunité de contacter un notaire de la loi applicable pour l'aider dans le règlement de la succession. « *Le règlement est une invitation à établir un réseau de correspondants afin de pouvoir collaborer au traitement global d'une succession transfrontière*⁷ » et il apparaîtrait hasardeux qu'un notaire, faisant application de sa compétence internationale⁸ dans le cas respectif s'emploie à appliquer une loi étrangère sans en connaître l'étendue, la portée⁹. Même dans un contexte transfrontalier, le devoir de conseil incombant au notaire fait partie intégrante de sa fonction et de l'exercice de sa mission et ne saurait disparaître au profit de l'attrait de la nouveauté. A noter dans ce contexte qu'une plateforme de collaboration créée par les Notaires d'Europe offre aux notaires la possibilité de collaborer dans le traitement des dossiers transfrontaliers¹⁰.

Une limite existe néanmoins quant à cette compétence internationale, le notaire chargé de régler à l'amiable une succession sera soumis aux dispositions de l'article 64 du règlement quant à la délivrance du certificat successoral européen.

6 Voir en ce sens, J.-L. Van Boxstael, *Successions internationales : mode d'emploi. Quelques mois après l'entrée en application du règlement successoral européen, La liquidation d'une succession : la réponse à toutes vos questions*, Association des licenciés et master en notariat ; 13, Larcier, Bruxelles (2015), pp. 369-437.

7 Michel Farge, *Règlement successions, les nouveaux réflexes à acquérir*, Semaine juridique notariale et immobilière, n° 31-35, 31 juillet 2015, p. 23.

8 Voir en ce sens, J.-L. Van Boxstael, *prec.*

9 Une lecture d'un Code civil étranger, d'une loi spécifique, ou d'un manuel de droit peut se révéler incomplète et inexacte. Pour citer un exemple, le Code civil allemand offre la possibilité aux seuls époux d'établir un testament berlinois. La lecture de l'article paraît claire et limitative. Or la loi instituant le partenariat de vie offre également cette possibilité aux partenaires. Mais cette possibilité n'est pas intégrée dans le Code civil allemand. La méconnaissance de cette disposition peut être dangereuse pour le notaire étranger qui pourrait donc, à tort, considérer ce testament comme non valable.

10 EUFides permet, au moyen d'un cloud sécurisé, aux notaires de collaborer dans le règlement d'un dossier transfrontalier.

*La loi applicable à la succession – La résidence habituelle,
une notion claire ?*

Dans les États membres comme le Luxembourg appliquant jusqu’alors le principe scissionniste en matière successorale, il n’est plus tenu compte du lieu de situation des biens pour déterminer la loi applicable à la succession.

Reposant sur le principe d’unité, le règlement donne compétence aux juridictions de l’État de la résidence habituelle du défunt.

Le règlement détermine en son chapitre 3 la loi applicable à la succession. Le mérite premier du règlement, nous l’avons déjà rappelé, est d’unifier la loi applicable : désormais il n’est plus tenu compte de la nature des biens en cause pour déterminer la loi ou plutôt les lois régissant une succession dans un système juridique scissionniste comme le connaissait jusque-là le Luxembourg. Un critère unique est retenu : celui de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès¹¹. Ce principe est d’application universelle, la loi de la résidence habituelle du défunt s’applique même si elle n’est pas celle d’un État membre¹².

La délicate question de la qualification de biens meubles ou immeubles¹³ à laquelle pouvait être confronté le notaire luxembourgeois a été transposée à celle de la résidence habituelle.

Cette définition semble de prime abord évidente, mais en pratique est-ce vraiment le cas ?

Le règlement ne définit pas la notion de résidence habituelle. Les considérants apportent des éléments de réponse.

Il faut procéder à une évaluation d’ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment du décès et prendre en compte les faits pertinents que sont la durée et la régularité de la présence du défunt dans l’État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. Cette résidence habituelle

11 Article 20 (1).

12 Article 21.

13 On peut citer à titre d’exemples : les parts de sociétés civiles immobilières, les effets mobiliers que le propriétaire a attaché au fonds à perpétuelle demeure.

doit révéler un lien étroit et stable avec l'État¹⁴.

Le considérant 24 reconnaît que dans le contexte actuel où les personnes sont de plus en plus amenées à partir hors de leur État d'origine pour travailler, vivre, se faire soigner : « *il peut s'avérer complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt.* » Des exemples destinés à faciliter l'interprétation sont proposés¹⁵.

Et enfin, le considérant 25 ajoute que : « *En vue de déterminer la loi applicable à la succession, l'autorité chargée de la succession peut, dans des cas exceptionnels où, par exemple, le défunt s'était établi dans l'État de sa résidence habituelle relativement peu de temps avant son décès et que toutes les circonstances de la cause indiquent qu'il entretenait manifestement des liens plus étroits avec un autre État, parvenir à la conclusion que la loi applicable à la succession ne devrait pas être la loi de l'État de résidence habituelle du défunt mais plutôt celle de l'État avec lequel le défunt entretenait manifestement des liens plus étroits. Les liens manifestement les plus étroits ne devraient toutefois pas être invoqués comme facteur de rattachement subsidiaire dès que la détermination de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès s'avère complexe.* ».

Le critère de résidence habituelle, s'il n'est pas défini clairement, démontre toutefois qu'il se distingue de la notion de domicile retenue par le Code civil luxembourgeois¹⁶.

14 Considérant 23.

15 Considérant 24 : « [...] *Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine. Dans un tel cas, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale. D'autres cas complexes peuvent se présenter lorsque le défunt vivait de façon alternée dans plusieurs États ou voyageait d'un État à un autre sans s'être installé de façon permanente dans un État. Si le défunt était ressortissant de l'un de ces États ou y avait l'ensemble de ses principaux biens, sa nationalité ou le lieu de situation de ces biens pourrait constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait.* ».

16 Article 110 du Code civil luxembourgeois : Le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile ; article 102 : Le domicile de tout Luxembourgeois, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

Il ne s'agit toutefois pas là d'un critère nouveau, d'autres conventions internationales l'ayant déjà retenu¹⁷.

Le notaire luxembourgeois se trouve fréquemment confronté à des cas transfrontaliers de par sa situation géographique et sa population active et résidente.

Se poserait notamment la question, d'un Luxembourgeois qui, pour des raisons financières ou de santé, serait placé en maison de retraite en Belgique ou en Allemagne, mais qui aurait conservé tout son patrimoine immobilier financier au Luxembourg. Ou des travailleurs frontaliers qui pourraient présenter des liens plus étroits avec un État autre que celui de leur résidence habituelle. Ou encore d'un national résident détaché par son employeur pour deux années à l'étranger. Mais aussi, de bi-nationaux luxembourgeois-portugais qui passent six mois de l'année au Luxembourg et six mois au Portugal¹⁸.

Le règlement indique que le notaire doit se référer à la situation les années précédant le décès mais aussi au moment du décès en examinant « *la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence* ». Si ces informations ne permettent pas de déterminer la loi applicable, le notaire devra également rechercher où se situe « *le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale* ». Voire dans certains cas rechercher « *l'État avec lequel le défunt entretenait manifestement des liens plus étroits* ».

Cette dernière possibilité devant toutefois demeurer une exception au principe de la loi de la résidence habituelle. D'ailleurs, il a pu être suggéré qu'en l'absence d'accord des héritiers sur le lieu de la résidence habituelle, il n'appartient pas au notaire de proposer les liens les plus étroits¹⁹.

Par contre, le notaire pourra conseiller à ses clients d'indiquer précisément dans leurs dispositions le lieu de leur résidence habituelle.

17 Par exemple la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, signée à La Haye, le 14 mars 1978.

18 Pour une interprétation possible de ces questions, voir : CRIDON, Successions internationales : révolution !, recueil en cas d'application du règlement n°650/2012, pp. 34-37.

19 Michel Farge, préc.

La professio juris, une solution idéale pour le notaire ?

Le règlement offre à l'article 22 la possibilité de choisir, à défaut de la loi de la résidence habituelle, la loi de l'État dont le futur *de cuius* possède la nationalité au moment où est fait ce choix ou au moment de son décès :

1. *Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.
Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.*
2. *Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition.*
3. *La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régi par la loi choisie.*
4. *La modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort.*

S'il est aisément concevable d'opérer le choix de la loi de la nationalité possédée au moment de ce choix, la possibilité d'opérer un pari sur le futur et de choisir une loi dont on aura la nationalité au moment du décès apparaît utopique et risque de réduire à néant la volonté du *de cuius* s'il ne possède pas effectivement cette nationalité au jour de son décès²⁰.

Le règlement a anticipé le cas des personnes possédant deux voire de multiples nationalités en leur permettant de choisir l'une des nationalités possédées au moment du choix ou au moment du décès.

Le choix de la loi nationale concerne l'intégralité de la succession. Ce choix est de portée générale, il exclut l'application de la loi de la résidence habituelle au profit de la loi de la nationalité.

20 Dans le même sens : C. Bidaud-Gardon, *La loi applicable aux successions internationales selon la loi du 4 juillet 2012*, Semaine juridique notariale et immobilière n°17 du 26 avril 2013, p. 73.

Ce choix de loi doit être « formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort » ou encore résulter « des termes d'une telle disposition » dont la validité quant au fond est fixée par la loi choisie.

Là encore une nouvelle difficulté peut se révéler pour le notaire. Si la disposition à cause de mort contenant une formulation expresse du choix de loi ne devrait pas soulever de grande difficulté, si ce n'est celle de vérifier la validité en la forme et au fond de la disposition à cause de mort, la difficulté à laquelle le notaire peut se trouver confronté est relative aux termes du règlement autorisant le choix de la loi de la nationalité non de manière expresse mais par des termes de la disposition de dernière volonté.

Le règlement définit la disposition pour cause de mort comme un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral²¹.

Le notaire devra supposer, compte tenu des termes du testament ou du pacte, que le testateur entendait choisir sa loi nationale, notamment dans le cadre de disposition légale inexistante dans le lieu de résidence. Il s'agit là d'un grand danger pouvant mettre en jeu la responsabilité du notaire. Il ne pourrait que leur être conseillé de bien aviser leur client et de clairement et expressément désigner la loi que le testateur, la loi de sa nationalité, souhaite voir appliquer au règlement de sa succession.

Portée de la loi applicable

La loi successorale applicable désignée dans les conditions du règlement régit l'ensemble de la succession²².

Ainsi, la vocation successorale des héritiers et leurs droits légaux, l'existence d'une réserve héréditaire, la responsabilité quant aux dettes, le rapport et la réduction des libéralités existantes, les règles relatives au partage sont déterminées par la loi successorale applicable à la succession. En droit civil luxembourgeois, les descendants du défunt sont qualifiés d'héritiers réservataires, le *de cuius* ne peut pas les exhériter de sa succession, la loi leur assure une part dans la succession, la réserve, qui varie en fonction du nombre d'enfants. Le *de cuius* ne pourra librement

21 Article 3 (1) litera d).

22 Article 23.

disposer que de la quotité disponible. Si ses dispositions excèdent cette quotité disponible, elles sont sujettes à réduction.

Le conjoint a légalement des droits dans la succession mais il n'est pas héritier réservataire.

La mise en œuvre des droits du conjoint relève également de la compétence de la loi applicable à la succession même si le règlement ne le prévoit pas *expressis verbis*. Au Grand-Duché, le conjoint survivant devra exercer l'option successorale dont il bénéficie dans un délai strictement encadré de 3 mois et 40 jours depuis l'ouverture de la succession, et avant le partage, à défaut d'option, il sera réputé avoir opté pour l'usufruit de l'immeuble habité en commun par les époux et les meubles le garnissant²³. Cette option forcée peut se révéler inintéressante pour le conjoint et le priver de droits successoraux si l'immeuble habité en commun est un propre de ce dernier.

Le notaire chargé d'appliquer la loi successorale luxembourgeoise devra être attentif à cette spécificité.

Cet exemple reflète donc l'importance pour le notaire de parfaitement connaître la loi applicable à la succession.

*Préalable nécessaire à la liquidation de la succession :
la liquidation du régime matrimonial*

Chargé du règlement d'une succession d'un *de cujus* marié, le notaire devra au préalable liquider le régime matrimonial.

Or, le régime matrimonial est exclu du champ d'application du règlement²⁴.

Le régime matrimonial sera déterminé sur la base des règles de droit international privé de chaque État membre.

La loi applicable au régime matrimonial pourra donc être différente de celle applicable à la succession. Or la composition de la masse successorale dépend du régime matrimonial applicable aux époux.

23 Article 767-3 du Code civil.

24 Article 1er (2) *littera d*) du règlement : « (...) *Sont exclus du champ d'application du présent règlement : (...) les questions liées aux régimes matrimoniaux* ».

Le notaire luxembourgeois appliquera la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux²⁵. Cette loi fixe la loi applicable au régime matrimonial des époux à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.

Article 4 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 :

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'État 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'État de la nationalité commune des époux :

- 1. lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet État et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article ;*
- 2. lorsque cet État 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 État ayant fait la déclaration prévue par l'article 5, ou*
 - b. dans un État 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 État leur première résidence habituelle après le mariage.*

A défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même État et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

Toutefois cette même convention prévoit des cas de mutabilité automatique de la loi applicable à leur régime matrimonial, notamment lorsque les époux ont fixé leur résidence habituelle dans un autre État depuis plus de 10 ans.

25 Cette convention est en vigueur au Luxembourg, en France et aux Pays-Bas.

Article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 :
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'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, au 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 État 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 fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'État de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4 (2) chiffre 3.*

Cette mutabilité ne jouant que pour l'avenir²⁶, le régime matrimonial précédemment applicable demeure valable et devra être également liquidé.

Le notaire luxembourgeois devra donc liquider le régime matrimonial existant du jour du mariage au jour de la mutabilité automatique puis le régime matrimonial existant de ce jour jusqu'à la date de décès.

Par contre, si la même succession est réglée par le notaire allemand, il appliquera les règles de son propre droit international privé en vertu duquel le droit national commun des époux au moment du mariage s'applique ou lorsque les époux ne possèdent pas la même nationalité au jour du mariage, le droit de l'État de la résidence commune²⁷. Le régime matrimonial ainsi défini ne connaît pas de mutabilité automatique.

Un couple dont un époux est de nationalité allemande et l'autre de nationalité luxembourgeoise résident en Allemagne. Ils se marient en Allemagne, sans contrat de mariage. Après quelques années, ils déménagent au Grand-Duché de Luxembourg où ils résident pendant 15 ans avant le décès d'un des époux.²⁸

26 Article 8 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

27 Article 15 de l'EGBGB combiné avec l'article 14 de l'EGBGB.

28 Cet exemple est tiré du cas pratique préparé par le Professeur P. Wautelet lors du

Le notaire chargé du règlement de la succession de l'époux devra préalablement liquider le régime matrimonial du couple.

Le notaire luxembourgeois est chargé du règlement de la succession.

Conformément à la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, signée et ratifiée par le Grand-Duché de Luxembourg, la loi applicable au régime matrimonial des époux est la loi allemande, loi de leur résidence commune au moment du mariage. Toutefois, les époux ayant déménagé et transféré leur résidence commune habituelle au Luxembourg depuis 15 années, une mutation de la loi applicable s'est opérée au profit de la loi luxembourgeoise.

Les régimes primaires allemand et luxembourgeois sont différents. Le droit allemand connaît le régime de la participation aux acquêts²⁹ (« *Zugewinnngemeinschaft* »), alors que le régime primaire luxembourgeois est la communauté d'acquêts³⁰.

Le notaire luxembourgeois procédera donc à deux liquidations successives : le régime légal allemand pour la période du mariage jusqu'au déménagement au Grand-Duché et le régime légal luxembourgeois pour la période depuis l'emménagement jusqu'au décès.

Si cette même succession est traitée par le notaire allemand, il appliquera ses propres règles de droit international privé, il appliquera donc le droit allemand respectivement le régime de la participation aux acquêts.

L'application par chaque notaire de ses propres règles de droit international privé peut conduire à retenir une loi applicable au régime matrimonial différente ayant un impact conséquent sur la composition de la masse successorale.

Toutefois, cette convention de La Haye ne demeure applicable que jusqu'à l'entrée en application du règlement sur les régimes

séminaire qui s'est tenu à Bruxelles le 18 mars 2016 sur le thème « Le Règlement européen successions à travers des cas pratiques transfrontaliers : l'Allemagne, la Belgique, la France, et le Luxembourg » au cours duquel Me Frank Molitor est intervenu dans le cadre d'un atelier pratique.

29 § 1363 (2) du BGB.

30 Article 1400 du Code civil luxembourgeois.

matrimoniaux³¹. A compter de 29 janvier 2019, la Convention de la Haye ne sera plus applicable entre les États membres mais uniquement avec les États tiers.

Le notaire et le testament berlinois

Le testament berlinois tel que connu du droit et de la pratique allemande est un testament en commun dans lequel les époux disposent mutuellement et réciproquement que le conjoint survivant sera le seul héritier de l'époux décédé et que les enfants succéderont après la mort du conjoint survivant. Ce testament repose sur un mécanisme en deux temps : d'abord les époux se gratifient mutuellement (« *Gegenseitige Einsetzung* ») par des dispositions interdépendantes (« *Wechselbezügliche Verfügungen* ») aux termes d'un testament conjonctif (« *Gemeinschaftliches Testament* ») et ensuite organisent la dévolution de leurs biens au décès du dernier époux, au profit de personnes déterminées, en générale les enfants. Ce type de testament ne peut être rédigé que par des époux³² et des partenaires liés par un partenariat de vie³³.

Le testament berlinois est un testament somme toute hybride qui participe tant du testament conjonctif que du testament mutuel.

En effet, un testament peut être uniquement conjonctif, sans contenir de dispositions mutuelles et réciproques d'un testateur en faveur de l'autre.

Si deux personnes, époux ou non, établissent un testament au moyen d'un document unique aux termes duquel *Monsieur lègue son patrimoine à la fondation A et Madame lègue son patrimoine à la fondation B*, il s'agit d'un testament certes conjonctif mais ne contenant pas de dispositions mutuelles et interdépendantes.

Mais, dès lors que les époux prévoient dans leur testament établi sur un document unique et signé par eux les termes suivants : *Monsieur*

31 Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

32 §§ 2265 et suivants du BGB.

33 § 10 (4) de la loi du 16 février 2001 sur les partenariats enregistrés (« Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG »).

A et Madame B, nous désignons mutuellement et réciproquement légataires de l'intégralité de notre patrimoine. Seront héritiers du survivant d'entre nous nos enfants C et D, il s'agit d'un testament certes conjonctif car établi dans le même document mais contenant en plus des dispositions mutuelles et interdépendantes. Il s'agit là d'un testament communément appelé testament berlinois.

Un tel testament n'existe pas dans la législation luxembourgeoise. Le Code civil luxembourgeois, comme les Codes civils français et belge, prohibent les testaments conjoints faits par plusieurs personnes dans un même acte. Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle³⁴.

Le Code civil luxembourgeois prohibe également les substitutions³⁵.

Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg³⁶ avait dans une jurisprudence ancienne considéré que la prohibition d'un tel testament est une condition de forme et non de fond.

Dès lors, quel sera aujourd'hui le sort d'un testament berlinois présenté au notaire luxembourgeois dans le cadre du règlement d'une succession présentant un élément d'extranéité ?

Le règlement définit les dispositions à cause de mort entrant dans son champ d'application comme le testament, le testament conjonctif et le pacte successoral³⁷.

Le testament conjonctif est défini *comme le testament établi par deux ou plusieurs personnes dans le même acte*³⁸ et le pacte

34 Article 968 du Code civil.

35 Article 896 du Code civil : *Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.*

36 Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13 janvier 1960, Pasirisie XVIII, p. 144 : *« la prohibition du testament conjonctif ne tient ni à la capacité du disposant ni au contenu même des dispositions qu'il renferme, mais ne constitue qu'une condition de forme relative au mode d'expression de la volonté du testateur »*. La Cour de cassation française est allée dans le même sens : C. cass, civ. 1ère, 21 novembre 2012, n°10-17.365, 10-30.845.

37 Article 3 (1) litera d).

38 Article 3 (1) litera c).

*successoral comme un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte*³⁹.

Vu son caractère hybride, dans quelle catégorie classer le testament berlinois : testament conjonctif ou pacte successoral ?

La réponse à cette question a son importance car elle détermine la règle de conflit applicable à la recevabilité, la validité au fond et en la forme de la disposition.

Selon la doctrine européenne majoritaire la distinction réside dans l'existence d'une simple unité d'acte (testament conjonctif) ou d'un accord entre les parties qui disposent (testament mutuel)⁴⁰. Dès lors qu'il y a des dispositions mutuelles et interdépendantes, la qualification de pacte successoral l'emporte sur celle de testament conjonctif même si ces dispositions sont contenues dans un même document. En conséquence, on en déduit que, par application des règles édictées par le règlement, le testament berlinois correspond à la définition du pacte successoral.

Si le document comporte des dispositions mutuelles, le testament relève de l'article 25. Si par contre il ne s'agit que d'un document conjoint sans disposition mutuelle des disposants, il s'agit d'un testament conjonctif relevant alors de l'article 24.

Pourquoi cette distinction ?

L'article 24 appréhende la recevabilité du testament par rapport à la personne ayant pris la disposition alors que l'article 25 prend en considération la loi applicable à chacune des personnes concernées par la disposition, plus exactement le pacte tel qu'il est qualifié par le règlement. Il n'est cependant pas tenu compte de la loi qui aurait régi la succession des enfants qui sont bénéficiaires dans un second temps.

Le règlement n'indique pas précisément de quel article le testament berlinois relève, cependant une tendance majoritaire dans la doctrine

39 Article 3 (1) litera b).

40 Cette approche est proposée par le Professeur P. Wautelet : *L'Union européenne et le testament conjonctif : la fin des incertitudes*, Droit et Patrimoine 2015 n°246, pp. 40-47 ; Id. p. 378 n° 5 ; P. Lagarde, Ib. n°159.

se dégage en faveur de l'article 25⁴¹ Le propre du testament berlinois, est en effet l'existence de ces dispositions mutuelles, réciproques et interdépendantes.

Aux termes de l'article 25 (2) le pacte successoral n'est recevable que si la loi successorale qui aurait régi la succession de *chacune des parties* au pacte le jour où le pacte a été conclu l'admet. Il y a *application cumulative* des lois successorales applicables à chacune des parties au pacte pour en déterminer la recevabilité.

Si la ou les lois applicables admettent la recevabilité du testament berlinois, il y alors *crystallisation* de ces lois au jour de la rédaction. C'est la ou les lois qui auraient été applicables si les époux étaient décédés ce jour-là qui doivent être prises en considération pour déterminer la recevabilité du testament berlinois.

Ainsi le testament berlinois établi par un époux de nationalité luxembourgeoise et un époux de nationalité française pardevant un notaire allemand alors qu'ils résidaient habituellement en Allemagne depuis de nombreuses années demeure valable s'ils s'établissent par après au Grand-Duché de Luxembourg et y décèdent.

La loi allemande demeure applicable pour déterminer l'admissibilité de la disposition, même si par ailleurs la loi luxembourgeoise sera applicable pour liquider la succession.

À l'inverse, le même testament établi au Luxembourg par des époux de nationalité luxembourgeoise et belge alors qu'ils résident habituellement au Grand-Duché de Luxembourg et y décèdent n'est pas recevable car ni le droit luxembourgeois ni le droit belge n'autorisent les testaments conjonctifs et les substitutions⁴².

Le tout à condition que l'une des personnes dont la succession est concernée n'ait pas choisi, en faisant application de la possibilité

41 Nous pouvons citer en faveur de l'article 25: K. Lechner, *Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, NJW 2013, p. 26 ; D. Leipold, *Das Europäische Erbrecht (EuErbVo) und das deutsche gemeinschaftliche Testament*, ZEV, 2014, p. 139 ; A. Bonomi, A. Bonomi et P. Wautelet, ib. p. 384 n° 17, et en faveur de l'article 24 : U. Simon/M. Buschbaum, *Die neue EU-Erbrechtsverordnung*, NJW 2012, p. 2393.

42 Articles 968 et 896 du Code civil.

offerte par l'article 25 (3), la loi qu'elle aurait pu choisir en application de l'article 22, i.e. la loi de la nationalité ou des nationalités possédées par les personnes liées par le pacte. Ce choix de loi régit la recevabilité et la validité au fond, ainsi que les effets contraignants du pacte.

Cette possibilité de choix s'ajoute à celle de l'article 22 qui détermine la loi applicable à l'ensemble de la succession. Il y aura alors deux lois applicables alors que l'objectif premier affiché par le règlement était l'unité.

Pour reprendre l'exemple d'un testament établi au Luxembourg par un couple luxembourgeois-belge, si un des époux a la double nationalité luxembourgeoise-allemande, le testament berlinois pourra être soumis à la loi allemande si l'époux en fait le choix et sera donc admissible. Le règlement n'exige pas en effet que la loi de la nationalité de chaque disposant l'autorise, la nationalité d'un seul suffit à rattacher le pacte dans son ensemble à cette loi, par conséquent à une loi dont certains disposants n'ont pas la nationalité.

Pour déterminer la validité au fond et les effets du pacte, il est fait application de la loi avec il présente les liens les plus étroits.

Quant à la validité en la forme du testament berlinois, il faut se référer à l'article 27 combiné à l'article 75 du règlement.

L'article 75 du règlement précise expressément que les États membres parties à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961⁴³ sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires continuent à appliquer les dispositions de cette convention au lieu de l'article 27 du règlement pour ce qui est de la validité quant à la forme des testaments et des testaments conjonctifs. La convention, il est utile de le préciser, ne vise pas les pactes successoraux.

Avant l'entrée en application du règlement, la validité formelle des testaments berlinois était appréciée au regard de l'article 1er respectivement article 4 de la Convention de La Haye, pour chaque époux⁴⁴.

43 Le Grand-Duché de Luxembourg a signé la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la forme des dispositions testamentaires ratifiée par une loi du 13 juin 1978.

44 Article 4 de la Convention de La Haye : La présente Convention s'applique également aux formes des dispositions testamentaires faites dans un même acte par deux ou

L'article 27 du règlement reprend pour l'essentiel l'article 1er de la Convention de La Haye sur la validité formelle des testaments mais vise également les cas de validité des pactes successoraux, pour lesquels le rattachement à la loi de la nationalité d'une des parties est suffisant, élargissant ainsi encore le champ de validité formelle des dispositions.

Article premier de la Convention de la Haye :

Une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :

- a) *du lieu où le testateur a disposé, ou*
- b) *d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou*
- c) *d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou*
- d) *du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou*
- e) *pour les immeubles, du lieu de leur situation.*

Aux fins de la présente Convention, si la loi nationale consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée par les règles en vigueur dans ce système et, à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'avait le testateur avec l'une des législations composant ce système.

La question de savoir si le testateur avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu.

Le règlement, obéissant à une logique qui lui est propre, a-t-il remis en cause l'application de la convention pour le testament berlinois qui est conjonctif ?

Depuis l'entrée en application du règlement, le testament berlinois entre dans le champ de l'article 3 (1) litera b) respectivement de l'article 25, visant les pactes successoraux.

Pour définir sa validité formelle le testament berlinois doit-il obéir à ce même principe et être rattaché aux pactes successoraux donc à l'article 27⁴⁵ ?

plusieurs personnes; P. Wautelet, *L'Union européenne et le testament conjonctif : la fin des incertitudes ?*, préc. ; D. Leipold, préc.

45 Cette position est avancée par le D. Leipold qui considère que le testament berlinois dans son ensemble est considéré comme un pacte successoral impliquant l'application des articles 25 et 27 du règlement, préc.

Ou alors, faut-il considérer que la convention continue de s'appliquer pour définir la validité en la forme du testament berlinois, offrant ainsi une définition différente du testament berlinois selon que doivent être observées sa recevabilité et sa validité en la forme. Pour la recevabilité il s'agirait d'un pacte successoral alors que pour sa validité en la forme, le critère du testament conjonctif est retenu, le contenu (les dispositions mutuelles, réciproques et interdépendantes) n'étant pas pris en considération.⁴⁶

La réponse n'est pas certaine, la question mérite d'être posée.

46 Le Professeur P. Lagarde a considéré que : « *la validité en la forme (du testament conjonctif) ne préjuge pas de sa recevabilité et de sa validité au fond, qui sont régies, selon qu'il s'agit ou non de testaments mutuels, par les articles 25 ou 24* », ib n°172. Nous interprétons cette position du Professeur Lagarde dans le sens que pour déterminer la validité en la forme seul le caractère conjonctif est déterminant, ce n'est que pour déterminer le fond et la recevabilité qu'il doit être pris en considération le caractère mutuel ou non des dispositions.

INTERPLAY BETWEEN THE EUROPEAN SUCCESSION REGULATION AND THE REGULATIONS ON MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

Christian Hertel*

A) What is matrimonial property law?

I. Matrimonial property law takes precedence over succession law

Why am I writing about matrimonial property law in an anthology on the European Succession Regulation (Succession Regulation)? According to Article 1 (2)(d) of the Succession Regulation “questions relating to matrimonial property regimes and property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage” are expressly excluded from the *scope* of the Succession Regulation.

The answer is simple: If the testator was married, the distribution of his property after his death can only be ascertained when his matrimonial property regime is known. First of all, the situation in matrimonial property law has to be settled. Only the property remaining after the matrimonial property has been distributed forms the estate, which is inherited and distributed according to succession law. *Matrimonial property law takes precedence over succession law.* This is a basic tenet in practically all states which have a matrimonial property issue after death.

* Civil law notary in Weilheim, Upper Bavaria (Germany).

This can be inferred indirectly from recital 12 of the Succession Regulation. And it is why the matrimonial property regime must also be noted in a *European Certificate of Succession* (Article 68 (h) of the Succession Regulation).

II. Demarcation

1. No definition of matrimonial property in the Succession Regulation

But what is marital property law, what is succession law (or inheritance law)?

As we know, EU law must be interpreted independently. This means that the *classification* of matrimonial property law and of succession law is to be carried out *independently* according to the Succession Regulation.

The Succession Regulation does not define the *term* matrimonial property law. At most indirectly, it provides an indication in the provisions on the scope of the succession statute. According to Article 23 (2)(b) of the Succession Regulation, succession law covers in particular “succession claims of the surviving spouse or partner”. This hardly makes us any the wiser.

2. Definition of matrimonial property law in the Regulation on Matrimonial Property Regimes

In my opinion, for the definition in the Succession Regulation, the provisions of the scope of application in the European Regulation on Matrimonial Property Regimes (Regulation 2016/1103) and in the Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships (Regulation 2016/1104) have also to be taken into account. Both regulations were meant not to overlap. What is regulated in the Regulation on Matrimonial Property Regimes does not fall within the scope of the Succession Regulation (and vice versa).

- For example, the Regulation on Matrimonial Property Regimes expressly excludes “legal succession after the death of a spouse”, i.e. succession or inheritance law, from its scope (Article 1 (3)(d) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).
- The Succession Regulation and the Regulation on Matrimonial Property Regimes were also issued in systematic coordination

with one another. Originally, the legislative procedure for both regulations was planned to be coordinated and parallel to each other. During the legislative procedure, each regulation was constantly referenced for the other.

- This is not altered by the fact that the Property Law Regulation and the Partnership Property Regulation in its version now in force do not apply to all EU Member States. For the participating Member States the systematic coordination of both regulations is still vital.

The European Regulation on Matrimonial Property Regimes defines the concept of marital property in its Article 3 (1)(a) as “a set of rules concerning the property relationships between the spouses and in their relations with third parties, as a result of marriage or its dissolution”. More helpful than this general description is the regulation of the scope of property law in Article 27 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes.

According to Article 27 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes, the law applicable to the matrimonial property regime governs in particular the following questions:

- Is the other spouse jointly entitled to the assets (= *ownership of property*)?
- Which of the spouses administers and *disposes* of the assets?
- Is a spouse *liable* for the other spouse’s debts?

How is the property *treated* in the event of the dissolution of the property regime (i.e., in the case of divorce or, if appropriate, in the case of death, if the issue is not subject to succession law by way of exception)?

Further details on the scope of application can be found in recitals 18 *et seq.* of the Regulation on Matrimonial Property Regimes.

Article 3 (1)(a) and Article 27 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes make it clear that the distribution of the matrimonial property after the death of a spouse can also be governed by the matrimonial property law. However, even the Regulation on Matrimonial Property Regimes does not provide a precise distinction between the two regimes.

3. Definition in the IPL of EU Member States

- In my view, for the interpretation of the regulations it is therefore also possible to take as a reference the distinction between matrimonial property law and succession law in *the legal regimes of the EU Member States*.
- For as far as the IPL of the various Member States differentiates according to *similar criteria*, this is a strong argument that the concepts of the Succession Regulation and the Regulation on Matrimonial Property Regimes are also based on these criteria.
- And the *subject* of the classification is the substantive *national law*. How the respective national IPL classifies the relevant norm of its own law for the purposes of international private law is not the issue at hand, but it does provide an indication of the understanding of the substantive legal norm also for the European classification.

As far as I can see, the distinction in the IPL of the different European countries is broadly similar. Dörner describes it as such for the German IPL:

“An allocation of assets to the surviving spouse will be classified in succession law if it places the spouse on a par with the relatives who are entitled to inherit and grants him participation solely on the basis of his proximity to the testator in view of the fact that such a distribution of the assets of the testator to persons related by marriage or blood corresponds to the presumed will of the deceased. On the other hand, a participation is typically of a matrimonial property legal nature if it is a compensation for the work of the surviving spouse during the marriage, or at least a consequence of the fact that the spouses had already in whole or in part merged their mutual assets during the marriage and therefore managed their household “from a single pot...”¹.

1 Staudinger, Kommentar zum BGB (2007) – Dörner, Article 25 EGBGB, note 33.

III. Examples of statutory property regimes

Let us turn to practical examples. I will confine myself to the statutory matrimonial property regimes.

1. Community of acquisitions

Community of acquisitions is the statutory property regime in the states of the *Code Napoleon* (in Europe: Belgium, France, Italy, Portugal, Spain, also in Malta – as well as outside Europe in the Latin American states, in Quebec and the former French, Portuguese and Spanish colonies – except the countries with strong Islamic population groups), in the *countries of Central and Eastern Europe* (the Czech Republic, Croatia, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Slovakia, Slovenia) and in *the (formerly or present) communist countries* (e.g. Russia, the successor states of the Soviet Union and the People's Republic of China).

In the case of a community of acquisitions, there are *three types of estate*:

- Common property which belongs to the two spouses jointly (= as joint owners)
- Individual property of one and the other spouse.

When the property regime is ended, it is usually only necessary to divide the common property.

Usually, *the same rules apply to the distribution in the case of divorce and the death* of a spouse (for example, according to Articles 1427-1450 Civil Code Belgium, Articles 1441-1491 Civil Code France, Articles 191-197 Civil Code Italy, Article 250 Family Law Act Croatia, Articles 3.116-3.121 Civil Code Lithuania, Articles 43-46 Civil Code Poland, Articles 355-359 Civil Code Romania, Articles 38-39 Family Law Act Russia, Articles 177-185 Family Law Act Serbia, §§ 149-150 Civil Code Slovakia, Articles 58-61 Family Law Act Slovenia, Articles 1392-14010 ZGB Spain, §§ 149-150 Civil Code and §§ 736-742 Civil Code 2012 Czech Republic and § 31 Family Law Act Hungary). This distribution constitutes in my opinion a matter of matrimonial property law within the meaning of the Succession Regulation and the Regulation on Matrimonial Property Law.

An example: A Polish (or Italian, Croatian, Serbian, Spanish or Hungarian) couple lives in Germany (= habitual residence). One spouse dies (after 17 August 2015). (The spouses married before 29 January 2019.)

- For the purposes of *property law*, the current German IPL refers to the law of the common nationality of the spouses upon conclusion of the marriage (Article 15 (1), first sentence, Article 14 (1)(1) of the EGBGB = Introductory Act to the German Civil Code) unless the spouses have made a choice of law. The IPL of the states concerned (Poland, Italy etc.) refers the matrimonial property regime primarily to their common nationality. So the *law of the common nationality of the spouses* is regarded as the property regime, i.e., Polish (Italian, Croatian, etc.) law.
- In contrast, the *succession regime* has to be determined for all successions arising since 17 August 2015 according to the last habitual residence of the deceased (Article 22 (1) of the Succession Regulation). This means that the inheritance from the deceased spouse will be governed by German law if he has not made a choice of law.
- After death, therefore, the common matrimonial property must first be distributed according to Polish, Italian or Croatian etc. property law. It is only then clear what is left to the estate of the deceased spouse and will be inherited according to German inheritance law.

2. Separation of property

Separation of property is the statutory matrimonial property regime in the *Common Law* countries (in particular England, Ireland, the USA, etc.) as well as in the countries of the *Islamic legal system*.

There is a strict separation of property in the *Islamic* legal regime: there is *no equation of matrimonial property* – neither in the case of divorce nor in that of death. The provisions on the dowry are a matter of marital law, not succession law.

In most *Common Law* jurisdictions, separation of property also applies. However, the courts in most Common Law countries have the power to assign a spouse's assets to the other in the case of divorce or to grant claims for payment. As a rule this is regulated by the Matrimonial Causes Act of the respective jurisdiction. This *allocation of assets at*

the discretion of the court applies only to divorce, not to death. In any event, it is not a matter of succession law, but in my opinion, of matrimonial property law as defined by the European Regulation on Matrimonial Property Regimes.

However, the surviving spouse receives a kind of advance in many Common Law states. For example, according to English succession law, he receives the personal chattels (personal items), such as the car and household items, and is entitled to convey the family home (but with offset against his share in the succession). This is in my opinion a matter of succession law within the meaning of the Succession Regulation, even if it assumes functions which, in other legal systems, are performed by matrimonial property law. For it only applies in the case of inheritance.

3. Deferred community of property of the Nordic states

The Nordic states (Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden), and similarly the Netherlands, have a legal status of “deferred community of property”, which is hard to understand for foreign lawyers, also known as “separation of property with proportional spouse right”.

- There is a separation of property during the marriage.
- A settlement will not take place until the marriage is terminated. In this context, the “common property” is in principle divided in half.

Whether the “common property” (i.e. the property subject to the later settlement) under the Nordic and the Dutch system is owned by the spouses in joint ownership by the standards e.g. of German law – or to put it in other terms, whether the Nordic and Dutch matrimonial property regime makes the property of one spouse joint property of both spouses by operation of law – is highly open to question. This is not a mere academic question. The answer determines how the spouses’ property is registered in the German land register. If the Nordic or Dutch matrimonial property regime makes both spouses joint owners, then their property has to be registered in the land register as owned “in the statutory matrimonial property regime according to Dutch law” (without indicating the share of each spouse). In consequence, one spouse cannot own the property by himself (but only both spouses together). If the Dutch or Nordic matrimonial property regime does not alter the ownership, one spouse may acquire property as the sole owner and if both spouses acquire, their respective shares have to be registered.

The majority of the German case law understands the Dutch and Nordic matrimonial property regime as a joint ownership; whereas the majority of the German literature assumes that the matrimonial property regime does not affect ownership; that is also my personal opinion.

In most of the countries, the *same rules* apply to the dissolution in case of divorce as in case of death (§ 16 of the Marriage Act of Denmark, §§ 85 et seq. of the Marriage Act of Finland, chapters 9-11 of the Marriage Act of Sweden). The dissolution of the matrimonial property is, therefore, a matter of matrimonial property law.

This also applies in my opinion to *Norway*. There, the division on death is regulated separately (§§ 76-78 of the Marriage Act). However, in principle, the rules for the division in the case of divorce are referred to, even if more assets have to be divided in the event of death than in the case of divorce (namely, the initial assets contributed in the marriage as well as those acquired by gift or inheritance). Moreover, the distribution of the matrimonial property clearly *takes priority* – and is not part of the distribution of the succession.

4. *Interim conclusion*

In most legal systems, the distinction between property law and inheritance law is unproblematic. As rules of thumb I would say that:

- If the division of the assets between the spouses is subject to the same rules in the case of divorce and death, it falls under matrimonial property law and not succession law within the meaning of the Succession Regulation and the Regulation on Matrimonial Property Regimes.
- The same applies if, for the division in the case of death, different rules apply, but the division is separated from the succession law distribution and takes priority over it.

5. *Increase of spouse's inheritance share for equalisation of accrued gains in German law (§ 1371 German Civil Code)*

An almost classic problem in German law is the classification of § 1371 (1) of the BGB (German Civil Code). May I explain for my non-German colleagues:

- The German statutory matrimonial property regime is the community of surplus or more exactly the *equalisation of accrued gains* (“Zugewinngemeinschaft” – §§ 1363-1390 of the BGB). During the marriage there is no joint property, but rather each spouse remains the owner of his individual property (separation of property). In the case of divorce, the accrued gains of each spouse are calculated. The spouse who has more accrued gains must pay the other spouse half of the surplus in cash as an equalisation claim (§§ 1372-1390 of the BGB).
- In the *event of death*, however, as a matter of principle no surplus is calculated. Instead, the portion of the surviving spouse in the community of surplus increases by a quarter, irrespective of whether there is an equation claim and of how high it is (§ 1371 (1) of the BGB).
- The advantage of the solution is that only one (succession law) division is necessary, not first one under property law and then one under inheritance law. The law accepts that the surviving spouse may thereby possibly receive more or less than he is actually entitled to in accordance with the matrimonial property law. The difference is also practically irrelevant when the surviving spouse inherits together with the common children of the spouses, since with the second succession the children will, in the case of legal inheritance, also the estate of the surviving spouse.

Example: A testator with his last habitual residence in Germany leaves behind his wife and two children. The spouses lived under the statutory matrimonial property regime of German law. The testator has not made a will. He died after 17 August 2015

- Since the testator had his last habitual residence in Germany, German succession law is applicable. Under § 1931 (1) of the BGB, the surviving spouse inherits a quarter along with the children.
- In the case of the regime of equalisation of accrued gains, however, her share in the inheritance increases by a further quarter (§ 1371 (1) of the BGB).
- As a result, the wife inherits half, the children the other half of the estate (no matter how many children there are – even with only one child).

If, on the other hand, *Austrian succession law* applies together with Austrian matrimonial property law, the case would have to be resolved differently:

- According to Austrian matrimonial property law, there is no division of the matrimonial property in the event of death.
- Under Austrian succession law, the surviving spouse inherits one third, and the child or children two thirds of the estate (§ 757 of the ABGB = Civil Code Austria).

Now comes the problematic case – if the applicable law for *matrimonial property and succession differ*:

- Let us suppose, there is legal succession according to Austrian succession law.
- However, the matrimonial property regime is the equalisation of accrued gains under German law.

Can we now combine § 1371 (1) of the BGB with the Austrian succession law?

According to the national *German IPL*, § 1371 (1) of the BGB is to be applied whenever the regime of equalisation of accrued gains according to German law applies – regardless of which succession law applies. This was highly controversial in the past, but was resolved in 2015 by the Bundesgerichtshof (the highest German civil court)².

In our example, therefore, § 1371 (1) of the BGB would apply, since German matrimonial property law applies.

- The surviving spouse would inherit $1/3$ (= Austrian inheritance law) + $1/4$ (= German property law) = in total $7/12$.
- That would be more, however, than she would get if only German or Austrian law were applicable: for if only German law were applicable, the surviving spouse would get half the estate, $1/4$ by

² BGH, decision of 13 May 2015 – IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = DNotZ 2015, p. 624 = NJW 2015, 2185. Internet: www.bundesgerichtshof.de.

succession law + 1/4 by matrimonial property law = 1/2). If only Austrian law were applicable (i.e. Austrian succession law and Austrian matrimonial property law), she would receive 1/3 of the estate.

- This can be solved through an adaptation, by reducing the share of the inheritance to what the spouse would be entitled to with a uniform application of the law of matrimonial property and succession law. Since, according to Austrian law, she would receive no more than 1/3 of the estate, and according to German law, at most 1/2 of the estate, her inheritance would be reduced by means of the adaptation to 1/2. As a result, the spouse will receive 1/2 and the children will each receive 1/4 of the estate.

Does this change once the Succession Regulation and the Regulation on Matrimonial Property Regimes become applicable?

- § 1371 (1) of the German BGB should also, in my opinion, be classified as a matter of *matrimonial property law* for the purposes of European law. For the provision presupposes a specific matrimonial property regime and replaces the matrimonial property law settlement. The preconditions of the rule are based in matrimonial property law.

However, § 1371 (1) of the BGB provides for a *legal consequence* in succession law. The surviving spouse does not receive a quarter of the estate possibly in advance, with the remainder being distributed according to inheritance law, but rather his inheritance is increased by a quarter. This increases his right of participation in the community of heirs.

It could be doubted whether the Succession Regulation allows a foreign matrimonial property law to change the applicable succession law in this way. One could even argue that it is necessary to apply § 1371 (1) of the BGB only if both German succession law and German matrimonial property law are applicable.

The counter-argument would be that the German legislature could absolutely subtract a quarter of the estate as a flat-rate compensation in advance under matrimonial property law – and that practical considerations suggest that the matrimonial property law settlement and the succession division should be carried out in a uniform procedure. In my opinion, it is sufficient to adjust the result as shown, if both legal regimes differ.

In any case, it is simpler if the succession law and matrimonial property law coincide. This may be achieved, if the spouses make a choice of law either for the matrimonial property law or for the succession law.

Let us, therefore, consider what will apply in future under the European Regulation on Matrimonial Property Regimes.

B) European Matrimonial Property Regulation

I. Origins

1. Enhanced cooperation

From 29 January 2019, the *European Matrimonial Property Regulation*³ and the Regulation on the Property Effects of Registered Partnerships⁴ will be applicable.

Both regulations were adopted through *enhanced cooperation*. They do not apply to all EU Member States, but only to those who participate in the respective enhanced cooperation.

This is because unanimity is required for judicial cooperation in *family matters* (Article 81 (3) of the TFEU). This unanimity could not be achieved for the two regulations.

On 16 March 2011, the EU Commission (Directorate-General for Justice, Freedom and Security) proposed a *draft Regulation for an EU Matrimonial Property Regulation* (COM/2011/126)⁵ – and in parallel a proposal for registered partnerships, etc. (COM/2011/127)⁶.

3 Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regime; EU 2016 No L 183, p. 1.

4 Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships; EU 2016 No L 183, p. 30.

5 Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM/2011/126 final.

6 Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered

The number of the Interinstitutional Dossier is 2011/0059 (CNS) (or 2011/0060 (CNS)).⁷

Denmark, the United Kingdom and Ireland declared at an early stage that they would not be participating in the Regulation.

On 10 September 2013 the European Parliament adopted its position (with proposed amendments).

On 26 November 2015 the *Council* of the European Union issued a compromise *proposal for a political agreement* (Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the law applicable, the recognition and enforcement of judgments in matters of matrimonial property – Council document ST 14651/2015)⁸. At its meeting on 3 December 2015, the Council noted that no political agreement could be reached with the necessary unanimity and that an *enhanced cooperation* procedure should be launched instead⁹.

18 Member States participate in the enhanced cooperation, namely: Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Portugal, Sweden, Slovenia and Spain.

In the other 10 Member States, however, the Regulation on Matrimonial Property Regimes does not apply, i.e. *not* in Denmark, Estonia, Hungary, Ireland, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Slovakia and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

The enhanced cooperation applies *uniformly for both regulations*. That is, Member States can only participate in either both regulations (on matrimonial property regimes and on registered partnerships) or in neither of them. They cannot, however, participate only in one of the two regulations, even though a number of Member States wished to do so, and even though unanimity could probably have been achieved on the Matrimonial Property Regulation alone.

partnerships, COM/2011/0127 final.

7 http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2011_59?qid=1461411254099&rid=1.

8 ST 14651 2015 INIT of 26 November 2015. Internet: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14651-2015-INIT/en/pdf>.

9 Minutes of the 3433rd Session of the Council of the European Union (Justice and Home Affairs) of 3/4 December 2015 in Brussels.

2. Divisive Issue: Homosexual Registered Partnerships

There was a political controversy regarding the Regulation of Registered Partnerships outside the traditional marriage between man and woman.

- Some (especially Western European) Member States also wanted a scheme for state-recognised partnerships outside traditional marriage, i.e. for same-sex marriages, registered partnerships (i.e. marriage-type homosexual partnerships) and officially registered partnerships with legal regimes less stringent than marriage (particularly the French PACS – pacte civil de solidarité). In a regulation only for married couples and an exclusion of other, especially homosexual registered partnerships, they saw unjustifiable discrimination. They were therefore unwilling to separate the two draft regulations.
- Other states (especially the Eastern European states, and Italy in the first instance) were keen to prevent this and not to be indirectly compelled to recognise such homosexual partnerships through the European IPL. They would have consented to the proposal on matrimonial property law, but they would not agree to a regulation on other registered partnerships. They wanted to decide for themselves about their national family law and not let themselves be pressurised by other Member States.

In order to reach a compromise, it would have made sense for the dispute to be excluded and for the two drafts to be dealt with separately: In that case, a regulation on matrimonial property law for the whole of Europe could have been enacted, and registered partnerships could have been regulated within the framework of enhanced cooperation.

This – in my opinion obvious – compromise was blocked by some Western European Member States. They insisted that the other (homosexual) partnerships should also be regulated.

- As a result, we will now have a regulation which covers both marriages and other regulated partnerships, but essentially only applies to Western European Member States. Seven Member States (the three Baltic states and four Eastern European countries) were forced out of the Regulation by the obligation to accept both regulations in a double package.
- On the other approach, it would have been possible to achieve a pan-European legislation on matrimonial property law – and still be able to regulate the property laws of registered partnerships through enhanced

cooperation. That is, even if the two regulations were separated, homosexual registered partnerships would not be worse off.

Personally, it is incomprehensible to me why some states insisted on the connection of the two regulations. For this does not lead to greater recognition for homosexual registered partnerships, but only to lesser harmonisation of matrimonial property law. The stubborn adherence to the principle of non-discrimination has not helped anyone, but it has only done harm. It is detrimental to European unification, as it offended several, in particular Eastern European Member States. And it is detrimental to many EU citizens because it has prevented a uniform IPL regime for all Eastern European couples living in Member States that have not yet participated in the enhanced cooperation. Because some Western European states insisted on abstract principles in ideological bone-headedness, they did not gain anything, but only did harm.

II. Applicability

1. Universal applicability

The European Regulation on Matrimonial Property Regimes will *completely replace* the national rules on the applicable matrimonial property law. In the same way as the Succession Regulation and unlike a treaty, it is applicable not only to other “contracting states”, but universally to all other countries, including the EU Member States which are not participating in the enhanced cooperation on the Regulation on Matrimonial Property Regimes and third-party countries that are not members of the EU (Article 20 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

2. Effective date 29 January 2019

We already know from the Succession Regulation that a European IPL regulation is only applicable to (new) facts and procedures a few years after its entry into force. There are two and a half years between the entry into force and the applicability of the Regulation on Matrimonial Property Regimes. (For the Succession Regulation it was three years.)

The provisions of the Regulation on Matrimonial Property Regimes governing the applicable law apply *only to marriages which are concluded after its applicability* (Article 69 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

The new Regulation applies to a *choice of law* only, if the choice is agreed after the applicability of the Regulation.

- The date of *marriage* is the benchmark for the *objectively* applicable law. The existing IPL still has to be applied to all previous marriages – in German terms, *Article 15 (1) of the EGBGB* with possible *renvoi* by the foreign IPL. Similarly, the other EU Member States will continue to apply their existing IPL so that decision-relevant differences could continue for past marriages.

For all new *choices of law* agreed from the date of application of the Regulation on Matrimonial Property Regimes, the Regulation applies irrespective of when the marriage was concluded.

In contrast to the Succession Regulation, one cannot already conclude a *choice of law in advance* of the Regulation on Matrimonial Property Regimes!

The effective date of 29 January 2019 has different effects in procedural law and substantive law:

- The Regulation on Matrimonial Property Regimes is already applicable in procedural law for all proceedings initiated on or after 29 January 2019 (and for all authentic instruments formally drawn up on or after that date).
- *In substantive law* it only applies to marriages concluded after 29 January 2019 and to choices of law agreed after that date. (After 29 January means from 30 January. So in this case the effective date will be postponed by one day relative to the judicial proceeding.)

III. What is “matrimonial property law” within the meaning of the Regulation on Matrimonial Property Regimes?

I. Demarcations

As regulated by the Succession Regulation and other regulations on judicial cooperation in civil matters, the Regulation on Matrimonial Property Regimes also regulates the demarcation from other legal areas.

- Only *civil law issues* are regulated. That excludes in particular, social security claims of a spouse against the social security insurance of

the other spouse (widow's or widower's pension) (Article 1 (29)(e) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

Similarly, the Regulation on Matrimonial Property Regimes demarcates matrimonial property law from other legal areas of civil law:

- from the general *law of persons* (legal capacity of the spouses) (Article 1 (2)(a) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes),
- from *marriage* and divorce law (the existence and validity of a marriage), whereby the conclusion and validity of the marriage is expressly subject to the national IPL (*recital 17, 21*), whereas divorce is already covered by the Brussels IIa Regulation (international procedural law) and by the Rome III Regulation (IPL),
- and from other *preliminary questions* (recital 21). As is well known, it is disputed whether the Succession Regulation also regulates preliminary questions. Since the draft of the Regulation on Matrimonial Property Regimes indicates that preliminary questions are excluded “for clarification”, this can serve as a further argument that the legislature wanted the Succession Regulation to regulate only the questions expressly governed by it, but not preliminary questions.

Matrimonial property law covers only the “property law” provisions (= rules) which apply between the spouses (Article 3 (1)(a) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes), but not the rules on the personal relations between the spouses.

Matrimonial property law within the meaning of the Regulation on Matrimonial Property Regimes also does not cover all the financial consequences of the marriage:

- The “entitlement to transfer or adjustment (...) of rights to retirement or disability pension or short any *equalisation of pension rights* is explicitly excluded from the scope of the Regulation (Article 1 (2)(f) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

Equally excluded are the spouses' *maintenance obligations* (Article 1 (3)(c) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

Article 1 (2)(g) and (h) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes finally demarcates matrimonial property law and *material law*, with recourse to the compromise formulae of Article 1 (2)(k) and (l) of the Succession Regulation (see also recitals 13 et seq.).

2. Differences from the German IPL

In my opinion, the scope of application of the Regulation on Matrimonial Property Regimes should be somewhat broader than that of Article 15 of the EGBGB:

- The German IPL distinguishes between matrimonial property regime (Article 15 of the EGBGB) and the general effects of marriage (Article 14 of the EGBGB). Some financial effects of marriage are thus also subject to the rule of the general effects of marriage. Internationally, a distinction between *financial and personal effects of marriage* (with the spouse's maintenance as a third effect of marriage) is normal. The Regulation on Matrimonial Property Regimes follows the standard international model here.
- In practice, the difference matters for *restrictions on disposal* under marital law that is to say if a legal regime requires the consent of the other spouse for a disposition of property, even if the latter spouse is not a (co-) owner. In the German IPL the situation is different according to whether the restriction of disposal only applies to a specific property regime (e.g. in German law § 1365 of the BGB – according to which the consent of the other spouse is necessary for a disposition concerning the whole property of one spouse); this is classified as a matter of matrimonial property law. If, on the other hand, the restriction on the right of disposal is *independent of the matrimonial property regime* (as, in particular, the requirement of consent to dispositions of the family home in several legal regimes), it is usually regarded as a matter of general marital effect. Under the Regulation on Matrimonial Property Regimes such subtle fine-tuning will no longer be required. (Otherwise, some of the restrictions on disposal would remain unregulated by the IPL at the European level for a long time, since the European IPL will probably not regulate the general effects of matrimony for many years to come.)
- Also other financial effects of marriage such as the dowry (according to Islamic law), which the Bundesgerichtshof (German highest civil court) recently classified as a general effect of marriage within the meaning of Article 14 of the EGBGB, are in my opinion matters of matrimonial property law within the meaning of the Regulation on Matrimonial Property Regimes.
- Even if a legal regime *prohibits* certain *contracts between spouses* or makes them subject to special conditions (for example, certain donations), this should also be a matter of property law within

the meaning of the Regulation on Matrimonial Property regimes. Recital 12 of COM/2011/126 had still assigned “questions relating to the validity and effects of free gifts” to the regime of contractual obligations under the Rome I Regulation. This part of the recital is, however, no longer contained in recital 22 of the Preamble. It follows from this that the European legislature intended to classify the permissibility of such gifts as a matter of matrimonial property law.

IV. Objectively applicable matrimonial property law

1. Existing international conventions

Existing bilateral or multilateral conventions with non-Member States continue to take precedence over the IPL of the Regulation (Article 62 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes). This is a principle of European law, which is generally defined in Article 351 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

For *Germany*, this concerns only the treaty with Iran, which stipulates the application of Iranian matrimonial property law to Iranian married couples.

The *Hague Convention* of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes applies only to three states, France, Luxembourg and the Netherlands. To all three the Regulation on Matrimonial Property also applies and will take precedence between them over the Hague Convention (Article 62 (2) of the Regulation). So the Hague Convention will no longer apply to any new marriages concluded after 29 January 2019.

2. Regulation on Matrimonial Property Regimes: Reference to the spouses' first common habitual residence after the conclusion of marriage

For the objectively applicable law, the Regulation on Matrimonial Property Regimes provides a cascade system of connecting factors:

- Firstly, the matrimonial property regime is governed by the law of the state of the spouses *first common habitual residence* after the conclusion of the marriage (Article 26 (1)(a) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).
- If the spouses do not have a common habitual residence, the

law of the state of the spouses' *common nationality* applies (Article 26 (1)(b) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

- If the spouses have neither a common habitual residence nor a common nationality, then the law of the state to which they are most closely connected at the time of the conclusion of the marriage applies (Article 26 (1)(c) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

The connection is *immutable*. The only decisive factor is the circumstances at the time of the marriage (with regard to nationality) or immediately after the marriage (for the habitual residence).

The *escape clause* in Article 26 (3) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes is applicable only under strict conditions:

- in procedural law, it presupposes a spouse's *application*,
- in substantive law, it objectively presupposes that the spouses had their last common habitual residence in another state for a *significantly longer period of time* than in the state of the first common habitual residence (or of their common nationality)
- and subjectively that *both spouses have relied* on the law of that other state in arranging or planning their property relations. This is most likely to involve an ineffective choice of law or a marital agreement under an error as to the applicable law.

The escape clause in the Regulation on Matrimonial Property Regimes is thus much more narrowly defined than the escape clause in Article 21 (2) of the Succession Regulation. Whereas Article 21 (2) of the Succession Regulation assumes that the court will put the situation right and will only use the escape clause in a responsible manner, Article 26 (3) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes directs the court within narrow rails so that it can do nothing wrong.

3. So far, the majority of Member States refer to the spouses' nationality

With the applicability of the Regulation on Matrimonial Property Regimes, there will be a change of the connecting factor in the majority of the EU Member States in which the Regulation on Matrimonial Property Regimes is applicable. So far 11 out of 18 of those Member States refer to the common *nationality* of the spouses, i.e. Austria, Bulgaria, Croatia, Finland (nationality of the husband), Germany, Greece, Italy, Netherlands (Hague Convention of 14 March 1978 on

the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes), Portugal, Slovenia and Spain. (This is similar to the Succession Regulation: For successions also most Member States previously had referred to the nationality of the deceased. That was changed by the Succession Regulation).

The objective reference will also change for Malta and Cyprus, which hitherto applied the IPL of the *Common Law* and refer the matrimonial property law for immovable property to the respective location of the immovable and for movable property to the domicile of the spouses.

Only five Member States to which the Regulation on Matrimonial Property Regime will apply already refer so far to the habitual residence or place of residence of the spouses, such as Belgium, the Czech Republic, France (Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes), Luxembourg (Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes) and Sweden. The Czech Republic had already switched its national IPL in anticipation of the Regulation on Matrimonial Property Regimes, by changing from the reference to the spouses' common nationality to the reference to their habitual residence by the new IPL law of 2012 (in force since 2014).

4. Examples for the determination of the objectively applicable law

Let me give you a few examples on how to determine the objectively applicable law – that is in absence of a choice of law. In the examples, I will compare the future situation with the present situation from the point of view of the German IPL. Most of the changes described apply also to the other 10 Member States which so far refer the matrimonial property regime to the nationality of the spouses):

Example 1: Two Croatian (or two Italian) nationals with habitual residence in Germany marry.

- *Up to now*, Article 15 (1) in conjunction with Article 14 (1)(1) of the EGBGB refers to the law of the common nationality of the spouses. The Croatian IPL (Article 36 (1) IPLA Croatia) or the Italian IPL (Article 30 (1) in conjunction with Article 29 (1) of the

Italian IPLA) also accept this reference. So, if the spouses married prior to 29 January 2019, the respective national law of the spouses must be applied.

- *In the future* – if the spouses marry after the entry into application of the Regulation on Matrimonial Property Regimes – these married couples will live under *German property law* since they have their first common habitual residence in Germany (Article 26 (1)(a) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

Example 2: Two German nationals have a weekend relationship. One lives in Brussels, the other in Cologne. They get married, but stick to the weekend arrangement – one weekend in Brussels, the other in Cologne.

- *Up to now*, from the point of view of the German IPL, according to Article 15 (1) in conjunction with Article 14 (1) no. 1 of the EGBGB (common national law), German matrimonial property law has been applicable.
- In the *future* too, German matrimonial property law would be applicable as the common domestic law – but only because the spouses initially will not have a common habitual residence after their marriage (Article 26 (1)(b) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

Example 3 (Variant of the previous example): Suppose that, three years after the marriage, the spouses find the commuting too exhausting. The Cologne spouse also moves to Brussels. Is it now possible – possibly retroactively – to apply Belgian matrimonial property law, because Belgium is the “first” common habitual residence after the marriage?

- I have not found a clear answer to this, neither in the recitals to the Regulation nor in the various language versions.
- In my opinion, it would be contrary to the principles of legal certainty – and also to the intention of the Regulation to refer to a common place of residence which may have been established after years. A couple of months might be given to the spouses, perhaps half a year. If the spouses move within such a limited time frame, they probably had intended the move already at the time of the

marriage. But at least after half a year, in my opinion the matter should be closed.

Example 4: Let us vary the example of the weekend marriage once more to examine Article 26 (2) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes. Let us assume that the Brussels spouse is both a *German and a Turkish citizen*, whereas the Cologne spouse is only a German citizen.

- If only one of the spouses is a dual or multi-state national, Article 26 (1)(b) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes, German matrimonial property law would be applicable.
- Only if both spouses are dual or multi-state nationals, and if “they have more than one common nationality”, does the common national law not apply, but rather the otherwise closest common link (Article 26 (2) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes). Frequently – but not necessarily – this will be the law of the effective nationality of both spouses.

5. The matrimonial property regime is immutable

The matrimonial property regime according to the Regulation is immutable.

- In eight of the eighteen EU Member States, where the Regulation on Matrimonial Property regimes is applicable, the property regime was already *immutable under the previous national IPL* (Austria, Belgium, Bulgaria, Finland, Germany, Greece, Italy and Portugal). In most cases, the circumstances surrounding the marriage were connected. The shift to the first habitual residence after marriage is only minor.
- In ten of the eighteen Regulation on Matrimonial Property Regimes Member States, the property regime has previously changed, with a change of domicile/habitual residence or nationality. Five of the Regulation on Matrimonial Property Regimes Member States envisage a *mutable property regime according to their respective national IPL* (the Czech Republic, Croatia, Sweden, Slovenia and Spain).
- In France, Luxembourg and the Netherlands, the Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes is currently in force. Here, the applicable law may change

after ten years of residence in the state concerned. This does not apply to marriages concluded after 29 January 2019 (since the Hague Convention on Matrimonial Property Rights was applicable only between these three EU Member States, not with respect to other states).

- The mutability of the property regimes in Malta and Cyprus which follow the *Common Law* IPL, is rather theoretical. In theory, a change of domicile also changes the matrimonial property regime in these countries (or what we, in the IPL of the Roman-German legal families, refer to as the matrimonial property regime). In practice, the domicile of English origin, as applied in Malta and Cyprus, is about as stable as nationality.

6. The law of location (Lex rei sitae) to be disregarded in future

In the future, the property regime will *also apply to properties* in all cases. This is stipulated by Article 21 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes, with the “unity of the applicable law”.

- This is less important for matrimonial property law than for succession law. The very large majority of Member States which apply the Regulation on Matrimonial Property Regimes already had a uniform connection in matrimonial property law (while the distinction of the applicable law between immovables and movables in the IPL of succession law was more frequent among Member States before the Succession Regulation became applicable).
- However, the Regulation on Matrimonial Property Regimes terminates the division of the matrimonial property regime in Malta and Cyprus, which, according to the IPL of the *Common Law*, have hitherto referred to the relevant law of location (*Lex rei sitae*) for immovable properties.
- Just as under the Succession Regulation, however, the court approached may decide not to rule on assets that are located in third-party states which will probably not recognise the European decision (Article 13 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes). Thus, the court can avoid taking a decision knowingly that in any case it will be not enforceable.

7. No further renvoi

As it is the case with most other European IPL regulations, no renvoi needs to be examined – not even in relation to third-party

states outside the European Union (Article 32 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

This is a step back from the rule of Article 34 of the Succession Regulation. Article 34 of the Succession Regulation recognises renvoi to a limited extent. The solution of the Succession Regulation seems to me more sensible than the Regulation on Matrimonial Property Regimes, because it is more likely to avoid differences in decisions with the law of third-party states.

V. Choice of law

1. Choice of the law of nationality or habitual residence

Before and after the marriage the spouses can choose both the *law of residence* and the *national law* of each spouse (Article 22 (1) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

Even in the past, most of the legal regimes of the EU Member States have allowed for a choice of matrimonial property law.

Example: A Dutch national has been posted to the People's Republic of China by his company for an indefinite period – at least for several years. He is engaged. Now the marriage is imminent. His fiancée – also a Dutch national – wants to go to China. The marriage will take place after 29 January 2019.

- Even if both fiancés are Dutch nationals, Chinese matrimonial property law might be applicable here – indeed for the whole life of the spouses. It is not at all clear in the case of secondments, when habitual residence can be assumed. At any rate, if it is still a completely open question whether the parties will ever come back, they are likely to have established their habitual residence in the People's Republic of China.
- The spouses probably do not want (and will not expect) the application of the matrimonial property law of the People's Republic of China, which is foreign to both of them. When they learn of this, they are likely to make a choice of law in favour of their national Dutch matrimonial property law.

Example: An Italian and a Frenchwoman are getting married. They both live and work in London. They want to get married after 29 January 2019.

- Here, the couple should think about a choice of law. If they do not regulate the situation, they will be subject to English matrimonial property law. Probably they will both regard this as unfamiliar.
- It cannot be ruled out that they will in the end consciously choose English law as a “neutral” law – neither the husband’s law nor the wife’s law. But in any case, they should consider whether they like the law which is objectively applicable or whether they prefer to make a choice of law.

2. Choice of law of location (*lex rei sitae*) no longer possible

With the applicability of the Regulation on Matrimonial Property Regimes, it will no longer be possible to choose the law of location (*Lex rei sitae*) for properties (whether immovable or movable).

VI. Form of choice of law and marriage contract

Articles 23 and 25 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes govern the form – Article 23 for the choice of law, Article 25 for the substantive marriage contract, i.e. the agreement on marital property.

Both regulations are largely parallel.

The *minimum form* is the “*written form*” (with dating and signature). Strangely, even electronic transmission is sufficient (Article 23 (1), Article 25 (1) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes). I think that this is a misguided transposition of the provisions of European consumer protection law.

Frequently, however, *further requirements* apply:

- If both spouses have their habitual residence in the same Member State and if both these Member States apply the Regulation on Matrimonial Property Regimes, the formal requirements of the Member State of their common habitual residence must be met

(Article 23 (3), Article 25 (2) (2) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

- If both spouses have their habitual residence in *different Member States* (which both apply the Regulation on Matrimonial Property regimes), compliance with the form of one of the two states will suffice (Article 2 (2), Article 25 (2) (2) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).
- If *only one spouse* has his habitual residence in a *Member State* which applies the Regulation on Matrimonial Property Regimes, the formal requirements thereof must be observed (Article 23 (2), Article 25 (2)(3) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

This can also be formulated more simply: if – at the time of the conclusion of the marriage contract or the choice of law – at least one spouse has his *habitual residence in a Member State* which applies the Regulation on Matrimonial Property regimes, then the *formal requirements for marriage contracts* of that Member State must also be complied with. If the spouses have their habitual residence in different Member States, compliance with the formal requirements of one of the two residence laws is sufficient (Article 23 (2-4), Article 25 (2)(1) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

The following applies only to the *material* matrimonial property law agreement: If the *applicable law imposes additional formal requirements* beyond the law of habitual residence, they must also be complied with. (On the other hand, further local formal requirements are not set aside.)

Example: Two Swedish nationals with habitual residence in Germany want to conclude a marriage contract under Swedish law.

- German law requires the notarial authentication of a marriage contract which contains provisions on the matrimonial property regime (§ 1410 of the German BGB). Therefore, the marriage

contract requires authentication. Even if the applicable Swedish matrimonial property law does not require authentication, it is required by the law at the common habitual residence of both spouses (Article 25 (2)(1) of the Regulation on Matrimonial Property Regimes).

- If, on the other hand, one of the two spouses were to be habitually resident in Sweden, compliance with the Swedish local formalities would be sufficient (provided that the spouses did not establish any material provisions outside Swedish law).

C) Property law of registered partnerships

The Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships (Council Regulation (EC) No 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships – short Regulation on the Property of Registered Partnerships) is essentially parallel to the Regulation *on Matrimonial Property Regimes*. So I can confine myself to describing the important deviations.

- The Commission's draft of 16 March 2011 bore the number COM/2011/127,
- The Interinstitutional File was 2011/0060 (CNS),
- The Council document with the draft political agreement was ST 14652/2015.

I. Definition of a registered partnership

The Regulation governs all registered partnerships,

- which are *not a marriage*,
- but which require state registration (and are registered) (Article 3 (1)(a) of the Regulation on the Property of Registered Partnerships).

These are for example:

- the *Lebenspartnerschaft* (life partnership) according to German law (i.e. a registered homosexual life cohabitation similar to marriage)
- or a state-registered living community which is less than marriage, in particular the French PACS (*pacte civil de solidarité*).

The *non-marital partnership* is *not* included because it is not registered by the state (even if it has financial consequences under the applicable law).

II. Applicable law

1. Objectively applicable law

The law applicable to the property regime is connected not to the first common habitual residence after the partnership, but to the law of the state in which the registered partnership was established (*registration state*, Article 26 (1) of the Regulation on the Property of Registered Partnerships). This corresponds to Article 17b (1)(1) of the EGBGB and also to other standard IPL regulations.

The objective reason is that the rules on registered partnerships in the various countries often differ so much that the application of another law would lead to consequences that would be difficult for the parties to anticipate. They could easily be tied significantly stronger or less strong than they had expected when the registered partnership was established. (This can also be the case in the law of matrimonial property, but the differences are usually more manageable.)

2. Choice of law

As a consequence, Article 22 (1)(c) of the Regulation on the Property of Registered Partnerships, in addition to the choice of the law of habitual residence and the nationality law, also permits the choice of the *registration law*. However, as a general rule this has only a clarifying effect, since in any case the registration law is already regarded as the objectively applicable property regime for the registered partners.

EUROPE FOR NOTARIES NOTARIES FOR EUROPE



L'EUROPE POUR LES NOTAIRES LES NOTAIRES POUR L'EUROPE

PARTNERS:
PARTENAIRES:



ASSOCIATED PARTNER:
PARTENAIRE ASSOCIÉ:



Co-funded by
the European Union
Cofinancé par
l'Union européenne



JUST/2014/JTRA/
AG/EJTR/6823

*This publication has been produced with the financial support of the Civil Justice Programme of the European Union.
The contents of this publication are the sole responsibility of the CNUE
and can in no way be taken to reflect the views of the European Commission.*

Conseil des Notariats de l'Union Européenne
Avenue de Cortenbergh, 120 - B-1000 Bruxelles
Tél : +32 (0)2 513 93 29 - Fax : +32 (0)2 513 93 82

E-mail: info@cnue.be
Site web: www.notairesdeurope.eu