



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Een andere kijk op het verblijvensbeding

Es, P.C. van

### Citation

Es, P. C. van. (2023). Een andere kijk op het verblijvensbeding. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2023(7425), 633-635. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716778>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716778>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Een andere kijk op het verblijvensbeding

## 1. Inleiding

Twintig jaar nieuw erfrecht betekent ook het twintigjarige bestaan van de regeling omtrent quasi-legaten in art. 4:126 BW. Deze regeling is van groot belang voor onder meer de positie van legitimarissen. Naar oud recht kon een verblijvensbeding de positie van de legitimaris ondergraven. Een wederkerig verblijvensbeding zonder tegenprestatie werd namelijk gekwalificeerd als een *kansovereenkomst zonder bevoordelingsbedoeling* indien sprake was van ongeveer gelijke levenskansen van de betrokken partijen. Zie HR 1 oktober 1993, NJ 1994/257 (*Pellicaan/Ontvanger*) en HR 7 februari 1997, NJ 1997/595 (*Verblijvensbeding*).

Een verkrijging krachtens een dergelijk verblijvensbeding was dan ook geen gift of schenking als bedoeld in art. 967 BW (oud) waarop een legitimaris kon inkorten. Naar huidig recht kan een legitimaris niet meer buitenspel gezet worden door een verblijvensbeding. Art. 4:126 lid 1 jo. lid 2 onder a BW bepaalt namelijk – kort gezegd – dat een verkrijging krachtens verblijvensbeding zonder redelijke tegenprestatie, voor de toepassing van de regels betreffende inkorting (art. 4:87 BW) en vermindering (art. 4:120 BW) wordt aangemerkt als een verkrijging op grond van een ten laste van de gezamenlijke erfgenamen komend legaat. Voor zover het quasi-legaat uit verblijvensbeding ten laste komt van de partner van de erflater die voldoet aan de eisen van art. 4:82 BW kan de erflater de partner gedurende zijn of haar leven buiten schot houden (art. 4:129 BW).

De vraag of en vooral waarom een wederkerig verblijvensbeding zonder tegenprestatie – gemaakt door partners met een ongeveer gelijke levenskans – al dan niet een gift inhoudt, is door de regeling van art. 4:126 lid 1 jo. lid 2 onder a BW minder van belang geworden. Toch is het goed om over deze materie te blijven nadenken. In deze bijdrage wordt de stelling verdedigd dat de theorie over een kanscontract zonder bevoordelingsbedoeling in het licht van de rechtsontwikkelingen – waarbij de gedachten in het bijzonder uitgaan naar HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*) – niet meer goed houdbaar is.

## 2. Het verblijvensbeding

In zijn nog steeds lezenswaardige proefschrift uit 1932 (*Beschouwingen over het verblijvensbeding*), schrijft Buining dat het woord ‘verblijven’ juridisch en etymologisch alleen past bij de oud-Germaanse gezamenlendhandse eigendom.

De ruimte ontbreekt mij om hier nader op in te gaan. Van belang is dat Buining op p. 64 van zijn proefschrift een definitie van het verblijvensbeding geeft die nog steeds min of meer gangbaar is:

“Het verblijvensbeding is een toedeling bij scheiding onder een tijdsbepaling en een voorwaarde.”

De voorwaarde betreft het overleven van de andere partner en de tijdsbepaling (het moment van het eerste overlijden) moest onder oud BW worden opgenomen in verband met de terugwerkende kracht van de voorwaarde en de declaratieve werking van de verdeling. Zonder die tijdsbepaling werd de langstlevende geacht vanaf het maken van het verblijvensbeding eigenaar te zijn geweest van de in het verblijvensbeding betrokken goederen. Naar huidig recht heeft de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht (art. 3:38 lid 2 BW) en het is daarom niet nodig om een tijdsbepaling op te nemen.

## 3. Een kanscontract zonder bevoordelingsbedoeling?

Al ver voor de arresten van de Hoge Raad uit 1994 en 1997 werd in de literatuur verdedigd dat een wederkerig verblijvensbeding zonder tegenprestatie, gemaakt door partners met een ongeveer gelijke levenskans (hierna verkort aangeduid als ‘verblijvensbeding’) een kanscontract zonder bevoordelingsbedoeling inhield. Zo schreef Linders in *WPNR* 1975/5337 op p. 111 over het verblijvensbeding met betrekking tot een huis:

“Het is een zuivere kansovereenkomst. De bedoeling van de partijen ligt niet in de bevoordeling van de ander, doch veeleer sluit men het contract – zo kan men in gemoede stellen – om zelf het huis in eigendom te verkrijgen, met andere woorden men is in die gedachtengang op eigen voordeel uit.”

De aanname dat er geen sprake is van een bevoordelingsbedoeling in een geval waarin echtgenoten of samenwoners een verblijvensbeding aangaan, voelt echter wat kunstmatig aan. Schuttevaer verwoordt dat in mooi *WPNR* 1977/5398, p. 453 door te zeggen dat het in zo’n situatie toch niet zo is dat partijen elkaar zitten aan te kijken ‘met gezichten van: wie wint de pot?’ Ook in de volgende opmerking van Smalbraak (*WPNR* 1975/5337) kan ik mij goed vinden:

“De motivering van partijen is: als *ik* niet profiteer, dan moet *jij* profiteren, maar geprofi-teerd zal er worden door één van ons.”

Het is opvallend dat in de conclusies voor de arresten van 1994 en 1997 aan de bovengenoemde literatuur geen enkele aandacht wordt besteed. Hieronder zal worden betoogd dat het helemaal niet nodig is om de figuur van een kanscontract zonder bevoordelingsbedoeling van stal te halen om te voorkomen dat een verblijfsbeding moet worden aangemerkt als een gift.

#### 4. Een alternatieve benadering

In het onderstaande ga ik uit van twee samenwoners (A en B) met ongeveer gelijke levenskansen die gezamenlijk (ieder voor de helft) gerechtigd zijn tot een woonhuis. Zij gaan met betrekking tot dit woonhuis een verblijfsbeding aan, inhoudende dat het huis voorwaardelijk wordt toegedeeld aan A onder de opschortende voorwaarden dat (i) de relatie door de dood van A of B wordt ontbonden en dat (ii) B de eerststervende is. In het beding wordt eveneens bepaald dat het huis aan B wordt toegedeeld onder de voorwaarde genoemd onder (i) hierboven en de voorwaarde dat (ii) A de eerststervende is.

Als A en B dit verblijfsbeding zijn aangegaan, bestaat de theoretische mogelijkheid dat zij meteen uitvoering geven aan de voorwaardelijke toedelingen door de voor de overgang van het toegedeelde voorgeschreven levering te verrichten. Zie art. 3:186 lid 1 jo. 3:89 lid 1 BW en zie nader over deze mogelijkheid *Asser/Perrick 3-V 2019/178* en *Steegmans & Ensink, NTBR 2014/36*, p. 301-302.

Goederenrechtelijk is de situatie in mijn ogen dan zo dat A en B beiden onder opschortende voorwaarde gerechtigd zijn tot de gehele woning en wel onder de voorwaarde dat de toedeling aan A of B onvoorwaardelijk wordt doordat (in het geval van A) B als eerste overlijdt en de relatie ten tijde van dit overlijden nog niet was beëindigd of doordat (in het geval van B) A als eerste overlijdt en dat ook de oorzaak is van het eindigen van de relatie. De voorwaardelijke gerechtigdheid betreft de gehele woning omdat ik ervan uitga dat het bij toedeling gaat om de toedeling van het gehele goed en dus niet slechts van het aandeel waartoe de langstlevende niet gerechtigd is. Zie *Asser/Perrick 3-V 2019/167* en de daar vermelde literatuur.

De voorwaardelijke gerechtigdheid van A en B tot de gehele woning staat naast de onvoorwaardelijke gerechtigdheid tot hun aandeel in de woning. Qua vermogensverschuiving heeft het verblijfsbeding op het moment van het maken ervan de volgende gevolgen. A was onvoorwaardelijk

gerechtigd tot helft van de woning en door het verblijfsbeding krijgt hij er iets bij, te weten de gerechtigdheid onder opschortende voorwaarde tot de gehele woning. Dit is een ‘plus’ in zijn vermogen. Aan de andere kant staat A door het sluiten van het verblijfsbeding ook iets af uit zijn vermogen. Hij bewerkstelligt namelijk dat B ook onder opschortende voorwaarde gerechtigd wordt tot de gehele woning. Dat is een ‘min’ in het vermogen van A en bij ongeveer gelijke levenskansen van A en B vertegenwoordigen de min en de plus in het vermogen van A eenzelfde bedrag zodat door het aangaan van het verblijfsbeding geen verarming en verrijking heeft plaatsgevonden. Geconcludeerd kan dan ook worden dat van een gift als bedoeld in art. 7:186 lid 2 BW om die reden geen sprake is. Deze benadering past in de lijn van het in de inleiding genoemde *Rabobank/Reuser*-arrest. In dit arrest heeft de Hoge Raad met zoveel woorden bepaald dat een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde niet slechts een eigendomsverwachting inhoudt maar het karakter heeft van een zelfstandig vermogensrecht. Het ging in het arrest om de overdracht van een roerende zaak onder eigendomsvoorbehoud, en het hieruit voortvloeiende eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kon volgens de Hoge Raad met een onvoorwaardelijk pandrecht worden bezwaard.

Voor de duidelijkheid heb ik hierboven een voorbeeld gebruikt waarin al uitvoering was gegeven aan de toedeling onder opschortende voorwaarde door inschrijving van een tussen partijen opgemaakt notariële akte in de openbare registers. Ook als dat na het opmaken van het verblijfsbeding niet gebeurt, heeft het verblijfsbeding tot gevolg dat aan het vermogen van de partijen een bepaalde vermogenswaarde wordt onttrokken en dat er een bepaalde vermogenswaarde bijkomt. A zou in dat geval voorwaardelijk recht hebben om de erfgenamen van B te dwingen mee te werken aan de uitvoering van de toedeling van het gehele huis aan A zonder dat een tegenprestatie verschuldigd is. Dat is een ‘plus’ in zijn vermogen. Anderzijds heeft A aan B ook een dergelijk recht toegekend jegens zijn (A’s) eigen erfgenamen. Dat is een ‘min’ in zijn vermogen en bij ongeveer gelijke levenskansen vallen ook hier de min en de plus tegen elkaar weg.

Het gegeven dat van een gift geen sprake is, betekent dat heffing van schenkbelasting niet aan de orde is. Dat wil niet zeggen dat er ter zake van de verkrijging door A of B van de onvoorwaardelijke gerechtigdheid tot de woning – na de dood van de eerststervende – geen belasting wordt geheven. Het aandeel in het huis van de

eerststervende dat aan de langstlevende verblijft, wordt op grond van art. 11 lid 2 SW 1956 geacht te zijn verkregen krachtens erfrecht. Deze fictie geldt overigens alleen als A en B fiscale partners zijn (art. 11 lid 5 SW 1956).

### 5. Een verblijvensbeding bij ongelijke levenskansen

Wanneer A en B in het bovenstaande voorbeeld sterk afwijkende levenskansen hebben, dan zal het aangaan van het verblijvensbeding wel kwalificeren als een gift. Als A volgens de statistieken een kans van 80% heeft om eerder te overlijden dan B, dan is de waarde van zijn door het verblijvensbeding verkregen recht onder opschortende voorwaarde op het gehele huis minder waard dan dat van B. Het staat dan dus vast dat er sprake is van een vermogensverschuiving, maar de omvang daarvan laat zich moeilijk vaststellen. Stel dat het huis een waarde heeft van € 200.000. Het verblijvensbeding heeft dan tot gevolg dat B naast zijn aandeel in het huis (ad € 100.000) een kans heeft verkregen van 80% om op termijn een waarde van € 100.000 te verkrijgen. Deze kans vertegenwoordigt in het economisch verkeer zeker een waarde, maar welke? Ik denk dat er tussen partijen – voor de berekening van de omvang van de gift – uitgegaan kan worden van een waarde van € 80.000. Voor A geldt dat het door hem verkregen voorwaardelijke recht uit het verblijvensbeding een waarde heeft van € 20.000. B is aldus in zekere zin ‘overbedeeld’ en er kan een gift van A aan B worden geconstateerd. De omvang van de gift bedraagt € 30.000, want dat is het bedrag dat A als het ware te weinig heeft verkregen (50.000 – 20.000) en B te veel (80.000 – 50.000).

Partijen kunnen aan dit verblijvensbeding het karakter van een gift ontnemen door het verblijvensbeding ten aanzien van B niet zonder tegenprestatie te laten werken. Bedongen dient te worden dat B € 30.000 moet vergoeden aan de erfgenamen van A, als B op grond van het verblijvensbeding onvoorwaardelijk gerechtigd wordt tot het huis.

### 6. Tot slot

In het licht van het *Rabobank/Reuser*-arrest heb ik in deze bijdrage getracht om een alternatieve kijk op het verblijvensbeding te ontwikkelen. Deze benadering verklaart in mijn ogen beter waarom een wederkerig verblijvensbeding zonder tegenprestatie tussen partners met ongeveer gelijke levenskansen, geen gift is. Zij heeft in ieder geval ook een voor de praktijk relevante consequentie, te weten de vraag of bij het aangaan van een verblijvensbeding tussen partijen met duidelijk ongelijke levenskansen op het moment van het aangaan van het verblijvensbeding sprake is van een met schenkbelasting be-

lastbare gift (gesteld dat de ongelijkheid niet in het beding zelf wordt rechtgetrokken). Sonneveldt schrijft in zijn *Wegwijs in de Successiewet* (Sdu: Den Haag 2021, par. 4.4.6) dat in de literatuur wordt aangenomen dat heffing van schenkbelasting niet aan de orde is ‘omdat op dat tijdstip nog geen vermogensverschuiving naar degene die vermoedelijk het langst zal leven heeft plaatsgevonden’. Die benadering is in mijn theorie – waarin aan een recht onder opschortende voorwaarde een vermogenswaarde wordt toegekend – onjuist. De vraag wat dit uiteindelijk voor het verschuldigd zijn van schenkbelasting betekent, laat ik graag aan anderen over. Denkbaar is dat art. 1 lid 9 SW 1956 van toepassing is. De gift zelf is weliswaar niet voorwaardelijk, maar de toegezegde prestatie is dit uiteindelijk wel.

Prof. mr. P.C. van Es\*

\* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR. (P.C.vanEs@law.leidenuniv.nl)