



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Naschrift: bij reactie van Brinkman op "Een andere kijk op het verblijvensbeding" in WPNR 2023/7425

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2023). Naschrift: bij reactie van Brinkman op "Een andere kijk op het verblijvensbeding" in WPNR 2023/7425. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2023(7436), 842-844. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716792>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716792>

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

Naschrift

1. Graag dank ik Brinkman voor de moeite die hij heeft genomen te reageren op mijn bijdrage in WPNR 2023/7425. Dat geeft mij de gelegenheid om een aantal correcties en verduidelijkingen aan te brengen op het artikel.

2. In mijn bijdrage (getiteld: *'Een andere kijk op het verblijvensbeding'*) ging het mij erom aan te tonen dat men ook op een andere manier kan aankijken tegen een wederkerig verblijvensbeding tussen twee partners met ongeveer gelijke levenskansen, zonder te willen zeggen dat zo'n verblijvensbeding niet óók beschreven kan worden in termen van een kanscontract zonder bevoordelingsbedoeling.

In mijn alternatieve benadering wordt een wederkerig verblijvensbeding tussen partners met ongeveer gelijke levenskansen primair gezien als een rechtshandeling die geen vermogensverschuiving tot gevolg heeft. Zie paragraaf 4 van mijn bijdrage. Van een gift is om die reden geen sprake en in deze benadering is de vraag of al dan niet sprake is van een bevoordelingsbedoeling niet meer relevant. Ik schrijf in dat verband op p. 634 dat het helemaal niet nodig is om 'de figuur van een kanscontract zonder bevoordelingsbedoeling van stal te halen' om te voorkomen dat een dergelijk verblijvensbeding wordt aangemerkt als een gift. Dat neemt niet weg dat deze figuur gewoon nog op stal staat.¹

Over de verhouding tussen het ontbreken van een vermogensverschuiving en het al dan niet aanwezig zijn van een kanscontract zou ik aan de hand van een voorbeeld nog het volgende willen zeggen. X en Y hebben beiden een lot dat een kans van 50% vertegenwoordigt om € 100.000 te winnen. De loten worden geruild. Van een gift is dan geen sprake omdat er geen vermogensverschuiving plaatsvindt. Dat neemt niet weg dat men zou kunnen zeggen dat in deze ruilvereenkomst elementen zitten van een kanscontract omdat het uiteindelijk van een onzekere gebeurtenis afhangt (de trekking) of de ruil voor X of Y gunstig is.

3. Over hetgeen Brinkman schrijft onder 2. van zijn reactie heb ik mij destijds het hoofd gebroken. Oorspronkelijk ging ik ook uit van een gift van € 60.000, maar dat leek mij bij nader doordenken toch niet juist. Inmiddels ben ik het (weer) eens met de uitkomst van Brinkman, maar over de achterliggende motivering heb ik nog wel wat opmerkingen.

Bij een verblijvensbeding waarbij de partijen (A en B) meteen uitvoering geven aan de voorwaardelijke toedelingen door de voor de overgang van

het toegedeelde voorgeschreven levering te verrichten (waartoe ik mij in dit naschrift beperk), geldt dat A en B ieder onder opschortende voorwaarde gerechtigd zijn tot de gehele woning. De voorwaardelijke gerechtigdheid betreft de gehele woning omdat ik er – in navolging van onder meer *Asser/Perrick 3-V 2019/167* – van 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. Bij de toedeling wordt aldus door A of B ook het aandeel verkregen waartoe zij al gerechtigd waren.

In het door mij en Brinkman gebruikte voorbeeld is de woning € 200.000 waard en heeft A een 80% grotere kans om eerder te overlijden dan B.

Brinkman berekent de omvang van de gift van A aan B door de waarde van het recht onder opschortende voorwaarde van B tot de gehele woning, te leggen naast de waarde van het recht onder opschortende voorwaarde van A tot de gehele woning. In verband met de overlevingskansen van B wordt de eerste waarde gesteld op 80% van € 200.000 (de waarde van de woning in onvoorwaardelijke staat) en de tweede op 20% van € 200.000. Men komt dan inderdaad tot een bevoordeling door A aan B van € 60.000.

Wat mij niet zinde en zint aan deze wijze van berekenen is dat eraan voorbij lijkt te worden gegaan dat de begiftigde B zelf al gerechtigd is tot de halve woning met een waarde van € 100.000. De verrekening van de levenskansen moet in mijn ogen alleen betrekking hebben op het deel (met een waarde van € 100.000) dat B te zijner tijd

1. Op p. 633 druk ik mij daarom te sterk uit als ik zeg dat de figuur 'niet meer goed houdbaar is'.

mogelijk krachtens het verblijvensbeding 'extra' zal verkrijgen. Kijkend naar de uitwerking van Brinkman ziet men dat de uiteenlopende levenskansen van A en B ook worden betrokken op de mogelijke onvoorwaardelijk verkrijging door B van zijn 'eigen' aandeel. Dat is volgens mij niet de bedoeling: uiteindelijk staat er maar € 100.000 op het spel en gaat het om de vraag of de kansen van A en B om die 'extra' € 100.000 te verkrijgen evenwichtig zijn verdeeld of dat hier iets moet worden rechtgetrokken.

4. De bovenstaande overweging bracht mij tot de volgende gedachtegang (die hier iets anders wordt weergegeven dan in mijn artikel). De levensverwachtingen van A en B liggen 30% uit het lood ($80 - 30 = 50$ en $20 + 30 = 50$). Hiermee liggen ook de kansen van A en B om de 'extra' € 100.000 te verkrijgen uit het lood. Dit kon in mijn ogen worden rechtgetrokken door B de waarde die deze 30% vertegenwoordigt te laten vergoeden. Men komt dan tot een vergoeding van 30% ($= 0,3$) $\times$ € 100.000 = € 30.000. Ik vergeleek dit voor mijzelf met de situatie waarin X een lot heeft met een kans van 80% om € 100.000 te winnen en Y een lot met een kans van 20% om € 100.000 te winnen. Zij ruilen de loten. Er is nu sprake van een gift van € 30.000 van X aan Y.

5. Zoals ik het nu zie gaat de bovenstaande vergelijking echter mank. Dat heeft ermee te maken dat bij de loterij de prijs komt uit een pot die door een derde wordt aangehouden. Bij een verblijvensbeding komt datgene wat de langstlevende erbij krijgt echter uit de zak van de eerststervende en dit verandert het beeld. Het in het voorbeeld aangegane verblijvensbeding heeft daarom de volgende gevolgen. B heeft een kans van 80% om € 100.000 te verkrijgen en die kans vertegenwoordigt een waarde van € 80.000. Hij heeft echter ook een kans van 20% om € 100.000 te verliezen. Dat is een min in zijn vermogen van € 20.000. Uiteindelijk springt B er dus in gunstige zin uit voor een bedrag van € 60.000. Voor A geldt het omgekeerde. Hij heeft een kans van 20% om € 100.000 te verkrijgen en een kans van 80% om € 100.000 te verliezen, hetgeen een min in zijn vermogen betekent van € 60.000. Dit verschil wordt rechtgetrokken als B een bedrag van € 60.000 vergoedt aan A en bij gebreke hiervan is sprake van een gift van € 60.000.

6. Onder 3. van zijn reactie oppert Brinkman de mogelijkheid dat B direct en onvoorwaardelijk € 60.000 vergoedt aan A. Ik neem aan dat hij met 'onvoorwaardelijk' hierop doelt dat de vergoeding niet gedaan wordt onder de ontbindende voorwaarde dat het verblijvensbeding uiteindelijk toch ten gunste van A blijkt te hebben ge-

werkt. Dat lijkt mij juist, zij het dat het mij geraden lijkt de vergoeding wel te laten voldoen onder de ontbindende voorwaarde dat de relatie tussen A en B anders dan door overlijden eindigt en het verblijvensbeding dus geen werking meer heeft. Wanneer gekozen wordt voor de bovenstaande constructie gaan de erfgenamen van B voor € 160.000 het schip in, mocht het verblijvensbeding onverhoopt toch ten gunste van A werken. Zij verliezen het aandeel in de woning en krijgen de door B betaalde € 60.000 niet terug.² Dit zal veelal niet de bedoeling zijn en ik ga ervan uit dat in de praktijk gekozen wordt voor een vergoeding onder de opschortende voorwaarde dat B op grond van het verblijvensbeding onvoorwaardelijk gerechtigd wordt tot de woning. Ik ben het eens met Brinkman dat de door B aan (de erfgenamen van) A te vergoeden som dan € 75.000 zou moeten bedragen. Brinkman motiveert de wijze waarop hij tot dit bedrag komt slechts heel summier. Zelf zie ik het zo dat dit het juiste bedrag is omdat het leidt tot het vereiste evenwicht. Voor B blijft er een kans van 20% bestaan om € 100.000 te verliezen (te waarden op € 20.000). Uitgaande van een door B te vergoeden som van € 75.000 bestaat er voor B echter ook een kans van 80% om € 25.000 te verkrijgen (de waarde van het aandeel in de woning van A ad € 100.000 minus € 75.000). 80% van € 25.000 is € 20.000. Er is hier dus een evenwicht in relatie tot de kans dat B langer leeft dan A.

7. In paragraaf 6 van mijn bijdrage schrijf ik dat ik de vraag naar het verschuldigd zijn van schenkbelasting graag overlaat aan anderen, terzake meer deskundige. Ik dank Brinkman dat hij dit heeft opgepakt.

2. De erfgenamen van B hebben dus een kans van 20% om € 160.000 te verliezen, hetgeen gewaardeerd kan worden op € 32.000. Daar staat echter de kans van 80% van B tegenover om € 40.000 te verkrijgen (€ 100.000 minus de verschuldigde vergoeding van € 60.000). Ook deze kans vertegenwoordigt een waarde van € 32.000.

8. Tot slot wil ik van de gelegenheid gebruik maken om nog een correctie aan te brengen op mijn artikel. In paragraaf 4 (tweede alinea) schrijf ik dat de gerechtigdheid van A en B onder opschortende voorwaarde tot de gehele woning staat naast de *onvoorwaardelijke* gerechtigdheid tot hun aandeel in de woning. Dat lijkt mij bij nader inzien niet juist. Graag onderschrijf ik Brinkmans benadering (zie onder 1. van zijn reactie) dat na de goederenrechtelijke uitvoering van het verblijfsbeding in wezen sprake is van vier voorwaardelijke gerechtigdheden tot de gehele woning die als het ware kruislings verbonden zijn. A is onder opschortende voorwaarde gerechtigd tot de woning en deze gerechtigdheid staat tegenover de gerechtigdheid van B tot de woning onder ontbindende voorwaarde. De voorwaarde is dat A B overleeft. A is tevens onder ontbindende voorwaarde gerechtigd tot de woning en deze gerechtigdheid staat tegenover de

gerechtigdheid van B tot de woning onder opschortende voorwaarde. De voorwaarde is dat B A overleeft.

Deze benadering gaat uit van de theorie dat toedeling, toedeling van het gehele goed is, dus inclusief het aandeel waartoe de deelgenoot al gerechtigd was.

Wanneer men deze dogmatische zuiverheid een ogenblik wegdenkt, wordt het inzichtelijker: A is onder ontbindende voorwaarde gerechtigd tot zijn eigen aandeel in de woning en onder opschortende voorwaarde tot het aandeel van B en vice versa.

Het bovenstaande maakt geen verschil voor de kern van mijn betoog dat een wederkerig verblijfsbeding aangegaan tussen partners met ongeveer gelijke levenskansen, geen vermogensverschuiving tot gevolg heeft.

Prof. mr. P.C. van Es*

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