

Samenwoners: verblijvingsbeding of testament?

MR. LEONIE STOKKEL¹

(Beginnende) samenwoners die willen regelen dat bij een overlijden van één van hen de andere partner de volledige eigendom van de woning verkrijgt, kunnen hiervoor een verblijvingsbeding opnemen in een samenlevingsovereenkomst en/of een testament maken. De civiele en fiscale gevolgen van beide mogelijkheden worden hieronder uiteengezet.

1. Verblijvingsbeding

1.1. Kwalificatie verblijvingsbeding

Een verblijvingsbeding is een verdeling onder opschortende voorwaarde van overlijden en kan worden opgenomen in een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst. Het verblijvingsbeding is over het algemeen verbintenisrechtelijk, wat betekent dat de overeenkomst tot verdeling na overlijden nog dient te worden uitgevoerd.²

Met een verblijvingsbeding komen de partners overeen dat bij een overlijden van één van hen, de gemeenschappelijke bezittingen aan de langstlevende worden toebedeeld, onder de verplichting de daarmee samenhangende schulden voor zijn of haar rekening te nemen en als eigen schuld te voldoen.

Hierbij kan gedacht worden aan de gezamenlijk gekochte inboedel, de bankrekeningen die op beider naam zijn gesteld en de gemeenschappelijk in eigendom verkregen woning, onder de verplichting de hypotheekschuld geheel voor zijn of haar rekening te nemen.

Ten aanzien van de woning kan deze verblijving ook geregeld worden in de akte van levering.

1.2. Verblijvingsbeding wel of niet tegen inbreng van de waarde

Hoewel het verblijvingsbeding voor alle gemeenschappelijke goederen kan gelden, wordt de uitwerking ervan hierna toegespitst op de gemeenschappelijke woning.

Het verblijvingsbeding kan worden opgenomen tegen inbreng van de waarde of zonder inbreng van de waarde.

Moet de waarde worden ingebracht, dan moet de langstlevende de waarde van de onverdeelde helft van de woning, verminderd met de helft van de restant (hypothecaire) financiering, vergoeden aan de nalatenschap van de overleden partner. Hierdoor komt deze waarde toe aan de erfgenamen van de overleden partner. Dit kunnen anderen zijn dan de langstlevende, bijvoorbeeld kinderen of ouders, broers en zussen. De langstlevende verkrijgt dan wel de eigendom, maar niet de waarde van het aandeel van de overleden partner in de woning.

Bij een verblijvingsbeding om niet (zonder inbreng) verkrijgt de langstlevende zowel de eigendom als de waarde. Dit is geen met schenkbelasting belaste gift, mits de overeenkomst kan worden aangemerkt als een kanscontract. Bij een aanzienlijk leeftijdsverschil of als de sterftekan- sen van de ene partner groter zijn dan die van de andere partner, is geen sprake van een kanscontract.³

¹ Toegevoegd notaris bij Olenz Notarissen te Veenendaal.

² Bij een goederenrechtelijk verblijvingsbeding worden (ook) de goederenrechtelijke vereisten voor de verblijving al op voorhand geregeld zodat deze bij overlijden, nadat het vervullen van de voorwaarde is ingeschreven bij het Kadaster, gelijk is uitgevoerd. Het inschrijven van het vervullen van de voorwaarde is geen constitutief vereiste voor de verblijving. Op het moment van overeenkomen van het verblijvingsbeding is echter meestal onbekend wat op het moment van overlijden onder het verblijvingsbeding zal vallen (de huidige woning kan dan al weer zijn verkocht en vervangen door een volgende woning). Daarnaast is het mogelijk dat de verblijving nooit zal werken doordat de relatie niet door overlijden eindigt, maar doordat de partners uit elkaar gaan. In verband hiermee en mede in verband met de bijkomende kosten (extra notariële kosten en op voorhand al kadasterkosten), is meestal sprake van een verbintenisrechtelijk verblijvingsbeding. Bovendien biedt een verbintenisrechtelijk verblijvingsbeding meer flexibiliteit doordat de uitvoering ervan bij overlijden geen voldongen feit is. De langstlevende heeft – indien gewenst – de mogelijkheid afstand te doen van het recht op levering op grond van het verblijvingsbeding. Bovendien wordt voorkomen dat de bij het goederenrechtelijk verblijvingsbeding nog benodigde inschrijving bij het Kadaster wordt vergeten waardoor sprake is van een niet volledig uitgevoerde verdeling.

³ HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257.

1.3. Uitvoering verblijvingsbeding

Na het overlijden van de eerste partner moet de verdeling op grond van het verblijvingsbeding worden uitgevoerd. Het betreft hier een verkrijging onder bijzondere titel. De eigendom van het aandeel van de overleden partner in de woning moet nog worden geleverd.⁴ De langstlevende kan gebruik maken van de – meestal – in het verblijvingsbeding opgenomen onherroepelijke volmacht, zodat hij/zij de levering zelfstandig kan bewerkstelligen. De langstlevende heeft dan niet de medewerking van de erfgenamen van de overleden partner nodig.

In het verblijvingsbeding is over het algemeen bepaald dat de langstlevende niet alleen de gemeenschappelijke woning verkrijgt, maar ook de daarmee samenhangende gemeenschappelijke schulden voor zijn of haar rekening moet nemen. Hiervoor is de medewerking van de schuldeiser, bijvoorbeeld de bank die de hypothecaire financiering heeft verstrekt, vereist. De bank dient de erfgenamen van de overleden partner dan te ontslaan uit de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hypotheekschuld. Of de bank ook daadwerkelijk bereid is aan dit verzoek te voldoen is altijd een onzekere factor bij de uitvoering van een verblijvingsbeding.

Wordt niet voldaan aan de vereisten van [art. 15 lid 1 onder g WBR](#), bijvoorbeeld doordat de partners de woning niet gezamenlijk hebben verkregen of buiten de toegestane bandbreedte van 60-40% gerechtigd zijn tot de woning, dan is bovendien overdrachtsbelasting verschuldigd over de verkrijging door de langstlevende van het aandeel van de overleden partner in de woning.

2. Testament

In een testament kunnen de partners elkaar tot erfgenaam benoemen. Verkrijgt de langstlevende op deze wijze de eigendom van de woning onder

algemene titel, dan is geen levering meer nodig. De eigendom en de schulden gaan automatisch – van rechtswege – over. De medewerking van de bank is niet nodig⁵ en bij een eigendomsverhouding buiten de bandbreedte van 60-40% is geen overdrachtsbelasting verschuldigd.⁶

Is de langstlevende enig erfgenaam dan verkrijgt hij/zij bovendien niet alleen de gemeenschappelijke bezittingen, maar ook de privébezittingen van de eerstoverleden partner.

In een testament kunnen nog andere regelingen worden opgenomen die niet mogelijk zijn als uitsluitend met een verblijvingsbeding wordt gewerkt.⁷ Hierbij kan gedacht worden aan een uitsluitingsclausule en een tweetrapsmaking waarmee de eerstoverleden partner kan bepalen waar het door de langstlevende van hem/haar geërfde vermogen bij overlijden van de langstlevende naartoe vererft.⁸

Daarnaast kan in een testament een erfrechtelijke verdeling op maat worden gemaakt. Uiteraard kan de langstlevende tot enig erfgenaam worden benoemd, maar er kan ook voor worden gekozen bepaalde goederen aan anderen na te laten. Bijvoorbeeld het legateren van familievermogen aan broers en zussen.

3. Successiewet

Een verkrijging op grond van een verblijvingsbeding is geen erfrechtelijke verkrijging en uit dien hoofde niet belast met erfbelasting.

In de Successiewet is echter geregeld dat hetgeen wordt verkregen ten gevolge van een verblijvingsbeding een fictief erfrechtelijke verkrijging is en daardoor toch belast is met erfbelasting.⁹ Deze bepaling is echter uitsluitend van toepassing indien de verkrijger de partner is van de erflater of behoort tot diens bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners. Zolang de partners geen partners zijn in de zin

⁴ Art. 3:186 lid 1 BW.

⁵ Met dien verstande dat de algemene voorwaarden van de bank kunnen bepalen dat de hypothecaire geldlening opeisbaar is geworden door het overlijden en dat uit dien hoofde de medewerking van de bank nodig is om de hypotheek alleen te kunnen voortzetten.

⁶ Art. 3 lid 1 WBR.

⁷ Een verblijvingsbeding is een overeenkomst, geen uiterste wilsbeschikking.

⁸ Kolkman, Verstappen e.a., Handboek Familievermogensrecht, Zutphen, Walburg Pers: 2015, 4.4.3.1 (hierna: Blokland).

⁹ Art. 11 lid 2 SW: Indien het aandeel van een erflater in goederen ten gevolge van een overeenkomst bij zijn overlijden verblijft aan de deelgenoten of één of meer van hen, wordt het verbleven aandeel voor de toepassing van de Successiewet geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen.

van de Successiewet, is de verkrijging op grond van het verblijvingsbeding dus niet belast met erfbelasting.

In [art. 1a SW](#) is opgenomen wanneer partners voor de Successiewet als partner kwalificeren (hierna SW-partners). Voor samenwoners geldt dat zij SW-partners zijn als zij gedurende minstens zes maanden: beiden meerderjarig zijn, op hetzelfde woonadres staan ingeschreven in de basisregistratie personen, een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst met een wederzijdse zorgverplichting hebben, geen bloedverwanten in de rechte lijn zijn en geen andere SW-partner hebben.

De eis van een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst geldt niet voor partners die gedurende een onafgebroken periode van ten minste vijf jaren staan ingeschreven op hetzelfde woonadres in de basisregistratie personen.

De eerste zes maanden dat partners met een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst samenwonen, dan wel de eerste vijf jaar dat zij zonder een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst samenwonen, kwalificeren zij dus niet als SW-partners.

Hebben deze partners een testament gemaakt waarin zij elkaar tot erfgenaam benoemen, dan wordt deze erfrechtelijke verkrijging ongunstig belast. Niet-SW-partners hebben namelijk geen recht op de partnervrijstelling van € 638.089¹⁰ en de verkrijging wordt belast in tariefgroep II tegen 30-40%.¹¹

Verkrijgt de langstlevende van deze partners de eigendom van de gemeenschappelijke bezittingen echter niet via het erfrecht, maar op grond van een verblijvingsbeding, dan is deze verkrijging onbelast.

4. Verblijvingsbeding of testament?

4.1. Wat is fiscaal voordeliger?

Zolang de partners nog niet als partners kwalificeren voor de Successiewet is een verkrijging op

grond van een verblijvingsbeding dus voordeliger dan een verkrijging onder algemene titel.

Zodra de partners echter wel als partners kwalificeren voor de Successiewet vervalt dit voordeel en verdient een verkrijging krachtens erfrecht over het algemeen de voorkeur. Een verkrijging krachtens erfrecht heeft immers als voordeel dat geen levering meer hoeft plaats te vinden om daadwerkelijk de eigendom van de gemeenschappelijke bezittingen te verkrijgen. Dit scheelt notariële en kadastrale kosten.¹²

Een voordeel dat een verblijvingsbeding altijd heeft ten opzichte van een testament, is dat een testament eenzijdig gewijzigd kan worden en een verblijvingsbeding niet. Een verblijvingsbeding biedt hiermee meer zekerheid dat na het overlijden van de partner daadwerkelijk de volledige eigendom van de gemeenschappelijke goederen kan worden verkregen.

4.2. Verblijvingsbeding in akte van levering

Partners kunnen ervoor kiezen geen samenlevingsovereenkomst te sluiten, maar het verblijvingsbeding in de akte van levering op te nemen. Zij kwalificeren dan langer – vijf jaar – niet als SW-partners. Hierdoor hebben zij gedurende een langere periode de mogelijkheid de gemeenschappelijke bezittingen vrij van erfbelasting te verkrijgen bij een overlijden van één van hen. Of dit daadwerkelijk voordelig is valt echter te betwijfelen gezien de partnervrijstelling die SW-partners hebben en de andere voordelen die een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst met zich brengt. Zo eisen veel pensioenmaatschappijen een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst voor de aanmelding voor het partnerpensioen. Daarnaast biedt een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst bescherming tegen aanspraken van kinderen op de legitieme portie, als de partners een gemeenschappelijke huishouding voeren en de samenlevingsovereenkomst wordt gecombineerd met een testament met daarin opgenomen de bepaling dat de opeisbaarheid van legitieme porties wordt uitgesteld tot

¹⁰ [Art. 32 lid 1 sub 4 onder a SW](#) (tarief 2017).

¹¹ [Art. 24 lid 1 SW](#).

¹² Met dien verstande dat de langstlevende wel een door de notaris opgestelde verklaring van erfrecht nodig heeft die in het Kadaster wordt ingeschreven waardoor de woning uitsluitend op naam van de langstlevende wordt gesteld.

na het overlijden van de langstlevende.¹³ Een verblijvingsbeding wordt aangemerkt als een quasi-legaat.¹⁴ Om te voorkomen dat legitimarissen kunnen inkorten op de verkrijging door de langstlevende samenwoner op grond van het verblijvingsbeding, kan een samenlevingsovereenkomst worden gecombineerd met een testament waarin de niet-opeisbaarheidsbepaling van [art. 4:82 BW](#) is opgenomen.

Een verblijvingsbeding in de akte van levering kan een overweging zijn voor partners die gaan trouwen of een geregistreerd partnerschap aangaan en vanaf dat moment gaan samenwonen maar voor die tijd al samen een woning of een perceel grond waarop een woning wordt gebouwd in eigendom verkrijgen. Zij ondervangen hiermee een risico als één van hen komt te overlijden vóór het huwelijk of het geregistreerd partnerschap maar na de eigendomsverkrijging. De langstlevende kan dan door uitvoering te geven aan het verblijvingsbeding de woning volledig aan zichzelf toedelen, mits de bank wil meewerken.

Partners zullen er de voorkeur aan geven om beide situaties, zowel de situatie dat zij niet kwalificeren als partners voor de Successiewet als de situatie dat zij wel als zodanig kwalificeren, in één keer te regelen. Eerst alleen een samenlevingsovereenkomst opmaken (of een verblijvingsbeding in een leveringsakte) en na zes maanden of vijf jaar terugkomen voor het opmaken van een testament zal in de meeste gevallen niet de voorkeur verdienen. Al zullen er zeker partners zijn die uit kostenoverweging deze keuze wel maken zodat zij de notariële kosten kunnen spreiden.

De notarieel adviseur kan bovenstaande problematiek als volgt oplossen.

4.3. De partners zijn SW-partners

Voor de situatie dat de partners SW-partners zijn, wordt in het verblijvingsbeding vastgelegd dat de

verblijving niet werkt als de partners aan de eisen van [art. 1a SW](#) voldoen (en dus als partners voor de SW kwalificeren) én in een testament is geregeld dat de langstlevende de eigendom van de gemeenschappelijke bezittingen verkrijgt krachtens erfrecht.¹⁵

Heeft de eerstoverleden partner zijn/haar testament aangepast zonder medeweten van de langstlevende, dan geldt hierdoor alsnog het verblijvingsbeding.

4.4. De partners zijn nog geen SW-partners

4.4.1. Testamentaire omschrijving

Zijn de partners nog geen SW-partners en één van hen overlijdt met een verblijvingsbeding in een samenlevingsovereenkomst én met een testament waarin de partner tot enig erfgenaam is benoemd, dan dient goed te worden opgelet!

Bij een enig erfgenaamschap vallen het recht op levering en de verplichting tot levering op grond van het verblijvingsbeding samen en gaan door vermenging teniet. Dit kan worden voorkomen als de langstlevende de nalatenschap beneficiair aanvaardt. Er vindt dan geen boedelmenging plaats en het verblijvingsbeding kan worden afgekwikkeld.¹⁶

Een andere optie is in het testament bepalen dat indien sprake is van een overlijden vóórdat de partners SW-partners zijn, de langstlevende alles gelegateerd krijgt met uitzondering van het aandeel van de eerstoverleden partner in de gezamenlijke goederen. Het aandeel van de eerstoverleden partner in de gezamenlijke goederen vererft naar de erfgenamen, zijnde (een) ander(en) (bijvoorbeeld de familie van de eerstoverleden partner), bij voorkeur onder de last om medewerking te verlenen aan de uitvoering van het verblijvingsbeding. In deze situatie dient het verblijvingsbeding in de samenlevingsovereenkomst om niet te zijn opgenomen. De langstlevende verkrijgt dan de gemeenschappelijke goederen én de waarde hiervan krachtens het verblijvingsbeding.¹⁷

¹³ [Art. 4:82 BW](#).

¹⁴ [Art. 4:126 lid 1 jo. lid 2 onder a BW](#).

¹⁵ Blokland, 4.4.4.

¹⁶ Blokland, 4.4.4.

¹⁷ Het is echter de vraag of deze laatste mogelijkheid een wenselijke mogelijkheid is doordat anderen (bijvoorbeeld de familie) er dan ook bij worden betrokken. Met een beneficiaire aanvaarding wordt de afwikkeling van de nalatenschap uitsluitend bij de langstlevende gehouden. Bij het passeren van de samenlevingsovereenkomst kan aan cliënten meegegeven worden dat zij direct contact opnemen bij een overlijden vóórdat zij SW-partners zijn, zodat in die situatie gelijk de beneficiaire aanvaarding geregeld kan worden.

4.4.2. Geen verblijvingsbeding tegen inbreng van de waarde

Als het verblijvingsbeding wordt opgenomen tegen inbreng van de waarde en de partners elkaar tot erfgenaam benoemen, is het van belang bij het verblijvingsbeding te bepalen dat het een verblijvingsbeding om niet betreft als de partners niet als partners in de zin van de Successiewet kwalificeren. Kwalificeren zij niet als SW-partners dan heeft een verkrijging krachtens verblijvingsbeding immers als voordeel dat deze verkrijging onbelast is. Moet echter de waarde van het verkregene worden ingebracht terwijl de langstlevende ook erfgenaam maar geen SW-partner is, dan verkrijgt de langstlevende de waarde van het verkregene krachtens erfrecht, zonder partnervrijstelling en tegen de tarieven van tariefgroep II.

4.4.3. Het overlijden van de langstlevende

In samenwonerstestamenten wordt vaak de zogenoemde 50/50-erfstelling opgenomen bij het overlijden van de langstlevende. Bij het overlijden van de eerste partner was de langstlevende erfgenaam. Bij het overlijden van de langstlevende vererft de helft van het vermogen van de beide partners naar de familie van de eerstoverleden partner en de andere helft naar de familie van de langstlevende.

Deze erfstelling is fiscaal onvoordelig als de partners nog geen SW-partners waren toen de eerste partner overleed. De familie van de partner wordt dan successierechtelijk niet gelijkgesteld aan eigen familie.¹⁸ De ouders van de eerstoverleden partner hebben dan bij het overlijden van de langstlevende geen recht op de hogere vrijstelling voor ouders. Deze vrijstelling is wel van toepassing als zij in deze situatie van hun eigen kind zouden erven. Een dertigdagenclausule¹⁹ kan hier het fiscale risico ondervangen als de niet-SW-partners kort na elkaar overlijden. Beide

families verkrijgen de helft van de woning en de helft van de hypotheekschuld dan van het eigen kind. Komt door het overlijden van de eerste partner een overlijdensrisicoverzekering tot uitkering die door het kort daarna overlijden van de langstlevende toekomt aan de familie van de langstlevende, dan dient aan de dertigdagenclausule voor de familie van de langstlevende de verplichting te worden verbonden de helft van de verzekeringsuitkering te doen toekomen aan de familie van de eerstoverleden partner.^{20 21}

Dit dekt echter niet de volledige risicoperiode van zes maanden af. Dat zou kunnen worden bereikt met een tweetrapsmaking²² die alleen gedurende deze maanden geldt. Overlijdt een partner vóórdat de partners SW-partners zijn, dan geldt de tweetrapsmaking. Bij het overlijden van de langstlevende vererft hetgeen de langstlevende van de eerstoverleden partner heeft geërfd via de tweetrapsmaking in het testament van de eerstoverleden partner naar de familie van de eerstoverleden partner. De vraag is echter of een dergelijke regeling gewenst is. Ja, het levert een erfrechtelijk voordeel op voor de ouders van de eerstoverleden partner, maar het is een regeling die de langstlevende nooit meer kan aanpassen. De regeling staat immers in het testament van de eerstoverleden partner. Het zal meestal juist de bedoeling zijn dat de langstlevende kan doorleven en dus ook na verloop van tijd de 50/50-erfstelling kan aanpassen.

4.4.4. Woning eigendom van één van de partners

Als de woning eigendom is van één van de partners, kan de woning niet op grond van het verblijvingsbeding toekomen aan de langstlevende. In deze situatie is dat alleen mogelijk via het erfrecht, dus door dit te regelen in een testament. Kwalificeren de partners bij het overlijden van de woningeigenaar nog niet als SW-partners, dan brengt dit een fiscaal nadeel met zich mee. De

¹⁸ Art. 19 SW.

¹⁹ Dertigdagenclausule: degene die tot erfgenaam is benoemd, is dat onder de ontbindende voorwaarde dat hij bij de aanvang van de dertigste dag na de dag van erflaters overlijden zelf niet meer in leven is.

²⁰ Blokland, 4.4.2.1.

²¹ Indien de bank met behulp van een pandrecht zichzelf heeft aangewezen als eerste begunstigde voor de verzekeringsuitkering, valt deze in de nalatenschap en komt de uitkering al ten goede aan beide families. Dit wordt anders als de langstlevende een zogenoemde partnerverklaring heeft getekend.

²² Een tweetrapsmaking is een making onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende making onder opschortende voorwaarde, volgens welke het vermaakte of het onverteerde deel daarvan op het tijdstip van overlijden van de bezwaarde of op een eerder tijdstip zal ten deel vallen aan de verwachter, indien deze het aangewezen tijdstip overleeft (art. 4:141 BW). M.a.w. met een tweetrapsmaking regelt erflater zelf waar hetgeen zijn erfgenaam heeft geërfd bij diens overlijden naar toe vererft.

partners kunnen overwegen hiervoor een tijdelijke overlijdensrisicoverzekering af te sluiten.²³

5. Conclusie

Een ongewenste uitwerking van verblijvingsbeding of testament kan groot successierechtelijk nadeel opleveren. Bepalingen die rekening houden met verschillende situaties kunnen dit nadeel ondervangen.

Kwalificeren de partners bij het overlijden van de eerste van hen als SW-partners, dan is het verstandig dat in het verblijvingsbeding is opgenomen dat deze in dat geval niet werkt, mits de langstlevende de gemeenschappelijke bezittingen erft via het testament. De langstlevende wordt dan eigenaar zonder dat hiervoor nog een leveringshandeling benodigd is.

Kwalificeren de partners bij het overlijden van de eerste van hen nog niet als SW-partners dan is het raadzaam dat:

- de langstlevende de nalatenschap beneficiair aanvaardt dan wel dat in het testament staat dat de langstlevende niet de gemeenschappelijke bezittingen erft;
- in de samenlevingsovereenkomst een verblijvingsbeding niet tegen inbreng van de waarde is opgenomen zodat de waarde onbelast bij de langstlevende terecht komt;
- in het testament²⁴ een dertigdagenclausule is opgenomen om erfbelastingnadeel bij de familie van de eerstoverleden partner zoveel mogelijk te kunnen beperken;
- als de woning eigendom is van één van de partners, te overwegen een tijdelijke overlijdensrisicoverzekering af te sluiten voor de situatie dat de woningeigenaar als eerste overlijdt.

²³ Blokland, 4.4.4.

²⁴ Het is ook mogelijk een dertigdagenclausule te koppelen aan het verblijvingsbeding in de samenlevingsovereenkomst.