

# Jurisprudentie

## De objectivering van de bevoordelingsbedoeling in het erfrecht

Mr. F.W. Brans en mr. Ph.A.J. Raaijmakers\*

### 1 Inleiding

Centraal in dit artikel staat het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een gift die bij de omvang van de legitimaire massa moet worden opgeteld. Ofschoon daarover al veel in dit tijdschrift is geschreven,<sup>1</sup> blijft de problematiek ervan ingewikkeld, al is het alleen maar omdat het nieuwe erfrecht en schenkingsrecht per 1 januari 2003 verschillen van het oude erfrecht en schenkingsrecht en men niet zelden met de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (OBW) wordt geconfronteerd.<sup>2</sup> Om de hoofdvraag te beantwoorden zullen wij in dit artikel met name kijken naar rechterlijke overwegingen afkomstig uit twee uitspraken uit eigen praktijk. Het gaat hierbij om twee verschillende zaken, de hofuitspraak is dus geen arrest in hoger beroep van het besproken rechtbankvonnis. In beide rechtszaken werd de eisende partij, tevens legitimaris, door ons kantoor bijgestaan. Het belang van de legitimaris was groot, want als zou worden geoordeeld dat sprake was van een

gift, dan zou de legitimaire massa daarmee worden vermeerderd en daardoor het uiteindelijke bedrag, dat als legitieme portie aan deze legitimaris zou toekomen, hoger worden. Beide uitspraken staan gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl>:

- Rb. Amsterdam 22 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9571;
- Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1363.

Een gift is elke handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van zijn eigen vermogen verrijkt.<sup>3</sup> De gift kan zowel een zelfstandige handeling zijn als een bevoordeling als onderdeel van een groter geheel. Belangrijk is de *bevoordelingsbedoeling*: de schenker moet met een *bevoordelingsbedoeling* hebben gehandeld en de begiftigde moet zich daarvan bewust zijn geweest.<sup>4</sup>

Of er sprake is van een gift wordt conform de wet beoordeeld naar het moment van de handeling van de gestelde gift. Dat is tevens het moment (het 'ijkpunt') waarop moet worden vastgesteld of er sprake was van een bedoeling om te bevoordelen. Met dit artikel wordt onderzocht met welke omstandigheden daarbij rekening moet worden gehouden. Mag alleen rekening worden gehouden met feiten en omstandigheden van vóór of tijdens het moment van de gestelde gift (een *objectieve benadering*) of mogen er ook omstandigheden van een latere datum in de overwegingen worden betrokken waaruit alsnog kan blijken dat *toentertijd* een wil of intentie (*subjectief*) moet hebben bestaan om te bevoordelen? Hierop wordt ingegaan bij de bespreking van de rechtszaak bij het Gerechtshof Amsterdam. In deze zaak

137

\* Mr. F.W. Brans is senior jurist bij AD Advocaten te Amsterdam. Mr. Ph.A.J. Raaijmakers is advocaat bij AD Advocaten te Amsterdam. Mr. F.W. Brans en mr. Ph.A.J. Raaijmakers traden in deze (verschillende) rechtszaken bij rechtbank en gerechtshof op voor de legitimaris.

1. E.W.J. Ebben, De berekening van de legitimaire massa: voer voor juristen?!, Nieuw Erfrecht 2006, afl. 2, p. 22-26; W. Burgerhart, W.D. Kolkman, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, Over oude testamenten, legitieme porties, uitleg en beschikbare delen: wat kan het overgangsrecht nog helen? Ofwel wat is nog beschikbaar van een beschikking over het 'beschikbaar deel?', Nieuw Erfrecht 2004, afl. 4, p. 65-69; W.D. Kolkman, Exit oude legitieme, Nieuw Erfrecht 2003, afl. 5, p. 75-77.

2. Per 1 januari 2003 gelden de begrippen 'schenking' en 'gift' in de plaats van de 'formele' en 'materiële schenking'. De ins en outs blijven in dit artikel verder buiten beschouwing.

3. Art. 7:186 lid 2 BW.

4. Zie Asser/Perrick 4 2013/255, 256, 257 en 258.

hadden zich na het ‘ijkpunt’ waarop het optierecht door erflaatster aan kleindochter werd toegekend (in 1996) nog diverse andere omstandigheden voorgedaan waaruit kan worden afgeleid dat toentertijd bij erflaatster een subjectieve wil c.q. intentie tot bevoordelen heeft bestaan (een *subjectieve benadering*).

## 2 Rb. Amsterdam 22 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9571

### 2.1 Vaststelling en waardering van giften bestaande in de vervreemding van een goed tegen verschaffing van een aan het leven van de erflater gebonden lijfrente

In deze uitspraak had erflaatster in 1997, dus onder het oude erfrecht, (onder meer) vier onroerende zaken overgedragen aan haar jongste zoon. In plaats van de koopsom daarvoor aan zijn moeder te betalen, waren erflaatster en haar jongste zoon overeengekomen om die verbintenis te vervangen door een verbintenis tot betaling van een lijfrente door de jongste zoon aan erflaatster. Deze constructie is vervolgens ook notarieel zo vastgelegd. De vraag was of dit onder het nieuwe erfrecht als een gift kon worden gekwalificeerd, en zo ja, hoe deze gift vervolgens moest worden gewaardeerd en of deze wel of niet moest worden meegenomen bij de omvang van de legitimaire massa waarmee de legitieme portie wordt berekend.

Het derde lid van artikel 4:66 BW bepaalt dat:

‘giften, bestaande in de vervreemding van een goed door de erflater tegen verschaffing door de wederpartij van een aan het leven van de erflater gebonden recht, worden gewaardeerd als een gift van dat goed, verminderd met de waarde van de door de erflater ontvangen of bij hem bij zijn overlijden nog verschuldigde prestaties, voor zover deze niet bestonden in een genot van dat goed’.

Vergelijkbare bepaling in het oude erfrecht was artikel 969 BW (oud):

‘alle vervreemding van enig goed, hetzij onder den last eener lijfrente, hetzij met voorbehoud van vruchtgebruik, aan een der erfgenamen in de regte linie gedaan, wordt beschouwd als eene gift’.

Uit het bovenstaande blijkt dat in het oude erfrecht een onweerlegbaar wettelijk vermoeden bestond dat er sprake was van een gift, terwijl in het nieuwe erfrecht éerst moet worden bewezen dat er daadwerkelijk sprake is van een gift, waarna deze pas kan worden *gewaardeerd* conform artikel 4:66 BW.<sup>5</sup>

5. Zie in dit verband ook Ebben 2006, p. 24.

Onder het oude erfrecht zou sprake zijn geweest van een gift. Onder het nieuwe recht ligt dat een stuk gecompliceerder. Om te bepalen of sprake is van een gift, moet worden gekeken naar de zwaarte van de prestaties over en weer en of er sprake is geweest van een zogenaamde ‘bevoordelingsbedoeling’ bij de erflater. In dat verband is in de eerste plaats van belang of de naar actuariële maatstaven berekende koopsom van de lijfrente gelijk was aan de waarde van het verkochte. Zo ja, dan lijkt er op het eerste gezicht geen sprake te zijn van een gift. Maar schijn bedriegt. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat de onroerende zaken op een te laag bedrag zijn getaxeerd, zodat de lijfrente op een te laag bedrag is vastgesteld. Dit impliceert een gift omdat de prestaties over en weer in dat geval niet gelijkwaardig zijn en een ‘bevoordelingsbedoeling’ voor de hand ligt. Of wanneer blijkt dat partijen wisten dat erflater stervende was, zodat partijen dus vanaf het begin al wisten dat er maar een beperkt aantal lijfrentetermijnen aan erflater zou moeten worden voldaan. Of wanneer wel lijfrentetermijnen aan erflater werden betaald, maar erflater deze naderhand weer terugschonk, zodat de facto dus niets aan erflater werd betaald. Kortom: het vergt van de advocaat het nodige feitenonderzoek om te bepalen of er wel of geen sprake is van een gift en een bevoordelingsbedoeling van de erflater. In casu komt de rechtbank tot het volgende oordeel (curs. FB & PhR):

‘r.o. 4.9. In het onderhavige geval dient dan ook *aller-eerst* de vraag te worden beantwoord of de overdracht van het vermogen tegen betaling van de levenslange lijfrente moet worden beschouwd als een *gift*. Ingevolge artikel 7:186, tweede lid, BW wordt als gift aangemerkt iedere handeling die ertoe strekt dat degen die de handeling verricht een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. Er is een *bevoordelingsbedoeling* vereist. Of sprake is van een gift moet worden beoordeeld naar *het moment van het aangaan van de gift*.’

De rechtbank gaat dus terug naar het moment van het aangaan van de gift, in casu het jaar 1997 (het ‘ijkpunt’). Om vervolgens te bepalen of sprake is van een gift en een bevoordelingsbedoeling is het van belang dat erflaatster bij de overdracht toentertijd in de bewuste akte had verklaard dat de verkochte onroerende zaken geheel waren verhuurd voor een bedrag van (in totaal) f 14.753,12 per maand (dit bedrag kwam ook overeen met het taxatierapport, waarin stond dat de huuropbrengsten op jaarbasis f 177.000 bedroegen). Krachtens artikel 7:226 BW (art. 7A:1621 BW (oud)) gaan rechten en verplichtingen uit huurovereenkomsten over op de verkrijger, in casu de jongste zoon, zodat de jongste zoon als nieuwe eigenaar de nieuw opeisbare huuropbrengsten van de huurders zou ontvangen. *Volgens de rechtbank bleek de ‘bevoordelingsbedoeling’ uit de omstandigheid dat erflaatster haar jongste zoon bewust de mogelijkheid had geboden om de middelen te verkrijgen voor de voldoening van de lijfrente ad f 8000 per maand (op jaarbasis f 96.000)*. De maandelijks huuropbrengsten ad

f 14.753,12 waren zelfs nog hoger dan de maandelijks te betalen lijfrente ad f 8000 die de jongste zoon aan erf-laatster moest betalen. De rechtbank komt dan ook tot het volgende oordeel:

‘r.o. 4.10. De vraag die dient te worden beantwoord is of de tegenprestatie van [gedaagde sub 1] [lees: de jongste zoon; FB & PhR] opweegt tegen de waarde van het overgedragen vermogen. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een bevoordelingsbedoeling houdt de rechtbank rekening met de waarde van het overgedragen vermogen en de tegenprestatie die [gedaagde sub 1] feitelijk heeft moeten leveren. Tussen partijen is niet in geschil dat de waarde van het overgedragen vermogen f 1.160.400,- (f 626.000,- + f 20.400,- + f 513.000,-) bedraagt en dat de tegenprestatie bestaat uit het betalen van een levenslange lijfrente van f 96.000,- per jaar. Met de overdracht van het vermogen aan [gedaagde sub 1] en daarmee de overdracht van de vier woningen in geheel verhuurde staat heeft erflaatster [gedaagde sub 1] naast de overdracht van het vermogen zelf ook in staat gesteld om inkomsten te genereren, te weten een bedrag van f 177.000,- per jaar aan huuropbrengsten. Erflaatster heeft [gedaagde sub 1] hiermee de mogelijkheid geboden om uit de huuropbrengsten de lijfrente te voldoen. De rechtbank is van oordeel dat, nu [gedaagde sub 1] de lijfrente volledig kon voldoen uit de (door de overdracht tevens gegenereerde) huuropbrengsten, de feitelijk geleverde tegenprestatie van [gedaagde sub 1] niet opweegt tegen de waarde van het overgedragen vermogen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het ten tijde van de overdracht van haar vermogen de bedoeling van erflaatster is geweest om [gedaagde sub 1] te bevoordelen, door hem daarmee ook de beschikking te geven over de huuropbrengsten (uit slechts een deel van haar vermogen) die f 81.000,- per jaar hoger waren dan de te leveren tegenprestatie voor de waarde van haar hele vermogen.’

Bij het voorgaande heeft de rechtbank in ogenschouwen genomen dat bij de taxatie van de onroerende zaken die had plaatsgevonden ten behoeve van de overdracht tegen de vestiging van de lijfrente ermee rekening was gehouden dat de vier woningen zich in verhuurde staat bevonden. De rechtbank vond dat echter niet afdoen aan de feitelijke bevoordeling zoals deze had plaatsgevonden. Wij zijn het daarmee eens. Dat de koopsom van de lijfrente was afgestemd op de waarde van de vier woningen in verhuurde staat doet er niet aan af dat óók in dat geval nog steeds geen rekening is gehouden met de huuropbrengsten waaruit de lijfrentetermijnen voor erflaatster konden worden voldaan, hetgeen de bevoordelingsbedoeling dus niet anders maakt. Wat betreft artikel 4:66 lid 3 BW komt de rechtbank tot het volgende oordeel (curs. FB & PhR):

‘r.o. 4.13. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat de overdracht van het vermogen aan [gedaagde

sub 1] moet worden beschouwd als een *gift*. De *waarde* van de gift dient te worden bepaald op grond van artikel 4:66, derde lid BW, waarin onder meer is bepaald dat giften die bestaan in de vervreemding van een goed door de erflater tegen verschaffing door de wederpartij van een aan het leven van de erflater gebonden recht, worden gewaardeerd als een gift van dat goed, verminderd met de waarde van de door de erflater ontvangen prestaties. Met [eiser] is de rechtbank van oordeel dat de waarde van onderhavige gift moet worden bepaald op een bedrag van € 526.566,56 (f 1.160.400,-) verminderd met de door [gedaagde sub 1] betaalde lijfrente van € 341.042,56 (94 x € 3.630,24 (f 8.000,-)) zijnde een bedrag van € 185.324,-.’

In dit verband is rechtsoverweging 4.12 van het vonnis van belang. Zo stelde de jongste zoon c.q. begiftigde dat er geen sprake was van een gift omdat tegenover de huuropbrengsten, jaarlijks, ook hoge beheerskosten en incassokosten hadden gestaan. Afgezien van het feit dat de rechtbank dit verweer onvoldoende concreet vond onderbouwd met bewijsstukken, overweegt de rechtbank dat dit niet afdoet aan de bevoordelingsbedoeling van erflaatster. Dit mede gezien het feit dat de maandelijks te betalen lijfrente door de maandelijks te ontvangen huurpenningen aanzienlijk werd overschreden.

De rechtbank heeft in r.o. 4.13 de gift conform artikel 4:66 lid 3 BW gewaardeerd en de som van de door de jongste zoon aan erflaatster betaalde lijfrentetermijnen op de gift in mindering gebracht. Dit is conform de hoofdregel van de onmiddellijke werking van het nieuwe erfrecht.

## 2.2 Legitimair massa moet worden vermeerderd met gift aan legitimaris

De gift van erflaatster aan haar jongste zoon was in 1997 gedaan. De jongste zoon stelde daarop dat de gift ex artikel 4:67 sub e BW niet meer kon worden bijgeteld bij de legitimaire massa omdat de prestatie langer dan vijf jaar vóór het overlijden van erflaatster in 2005 had plaatsgevonden. Deze stelling werd niet gehonoreerd vanwege de geldende uitzondering van artikel 4:67 sub d BW, op grond waarvan giften gedaan aan een legitimaris moeten worden meegerekend ongeacht wanneer ze zijn verricht. Nu de jongste zoon van erflaatster op grond van artikel 4:63 lid 2 BW een legitimaris is (namelijk: (a) afstammeling van erflaatster en (b) door de wet als erfgenaam tot de nalatenschap geroepen), kwamen de door de jongste zoon van erflaatster ontvangen giften te allen

tijde voor de berekening van de legitieme in aanmerking.<sup>6</sup>

### 2.3 Een belangrijke uitspraak voor de toepassing van artikel 4:66 lid 3 BW in de praktijk en de bevoordelingsbedoeling

Dit is een belangrijke uitspraak voor de toepassing van artikel 4:66 lid 3 BW in de praktijk. Zo wordt vaak aangenomen dat geen sprake is van een gift zolang de koop som van de lijfrente maar gelijk is aan de waarde van het verkochte. Blijkens deze uitspraak ligt het niet zo eenvoudig. Zo kunnen zich talrijke omstandigheden voordoen waarbij de conclusie is gerechtvaardigd dat er toch sprake is van een gift en een ‘bevoordelingsbedoeling’ of niet. De rechtbank heeft de bevoordelingsbedoeling objectief, aan de hand van feiten en omstandigheden *toentertijd*, beoordeeld. Met het oog op de uitspraak van het gerechtshof hierna signaleren wij dat omstandigheden van na die datum in beginsel dus niet meetellen bij de beantwoording van de vraag of er toentertijd sprake was van een bevoordelingsbedoeling. Of bij erflaatster daadwerkelijk de subjectieve wil c.q. intentie tot bevoordelen bestond, heeft de rechtbank buiten beschouwing gelaten. De rechtbank is duidelijk in haar motivering waarom sprake is van een gift en een ‘bevoordelingsbedoeling’.

## 3 Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1363

Ook in deze zaak ging het om de vraag of sprake was van een gift, dit keer van een grootmoeder (erflaatster) aan haar kleindochter, en of die bij de berekening van de legitimaire massa ten gunste van haar zoon (tevens vader van kleindochter) moest worden meegerekend.

Het was een bijzondere constructie waarbij grootmoeder aan kleindochter in een vaststellingsovereenkomst d.d. 29 mei 2004 had bevestigd in 1996 aan haar kleindochter een optierecht te hebben toegekend om gedurende tien

6. Buiten de reikwijdte van dit artikel, maar vermeldenswaardig is de bijdrage in Rechtspraak Notariaat (Rechtspraak Notariaat 2012/60, Deventer: Kluwer), waarin de ‘heersende leer’ van art. 128 OBW op deze casus wordt toegepast, aangezien de nalatenschap van erflaatster was opengevallen in 2005 toen het nieuwe erfrecht gold, terwijl het testament nog onder het oude erfrecht was opgesteld. Op basis van art. 128 OBW moeten in zo’n geval twee vorderingen worden onderscheiden: (1) de verkrijging als erfgenaam en (2) de verkrijging als legitimaris (zie ook Kolkman 2003, p. 77). Door het doen van een beroep op de legitieme portie wordt het kind erfgenaam voor het legitimaire breukdeel conform het oude erfrecht, terwijl het kind daarnaast een beroep kan doen op zijn legitieme portie voor het legitimaire breukdeel conform het nieuwe erfrecht, in de legitimaire massa berekend conform het nieuwe erfrecht. Op de verkrijging als legitimaris moet de verkrijging als erfgenaam op grond van de ‘imputatieregeling’ van art. 4:71 BW in mindering worden gebracht. Zie over deze materie uitgebreid Burgerhart e.a. 2004, p. 66 en W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, Waarin een grote legitieme toch klein kan zijn!, Nieuw Erfrecht 2003, afl. 6, p. 87-89.

jaar na december 1996 een onroerend goed te verwerven tegen een (uitoefen)prijs van f 171.000 (€ 77.596). Op 19 april 2005 wordt tussen erflaatster en de kleindochter alsnog een koopovereenkomst gesloten, waarbij de koopsom (slechts) € 77.596 bedraagt en waarbij wordt opgemerkt dat de levering op 1 december 2006, of eerder, moet plaatsvinden. Uiteindelijk vindt de levering pas veel later op 1 september 2008 plaats, waarbij erflaatster, door middel van een volmacht, wordt vertegenwoordigd door de kleindochter. Blijkens de leveringsakte wordt door grootmoeder (vertegenwoordigd door kleindochter) de onroerende zaak geleverd aan kleindochter voor een bedrag van € 77.596 en verkoopt en levert kleindochter op diezelfde dag, in diezelfde leveringsakte, diezelfde onroerende zaak aan de gemeente voor een bedrag van € 1.300.000. Over dat enorm hoge bedrag was in een eerder stadium uitgebreid door kleindochter met de gemeente onderhandeld, daarbij haar grootmoeder vertegenwoordigend. Erflaatster komt op 29 oktober 2009 te overlijden. Haar zoon (vader van de kleindochter en legitimaris) stelt zich op het standpunt dat sprake is van een gift die op grond van artikel 4:67 sub e BW bij de berekening van de legitieme portie in aanmerking moet worden genomen.

Ook nu gaat het gerechtshof op de gebruikelijke manier te werk door allereerst te bepalen of er sprake is van een gift, waarbij wordt gekeken naar het moment waarop het optierecht aan de kleindochter werd toegekend (in 1996). Het gerechtshof komt vervolgens tot het oordeel dat er in 1996 geen sprake was van een gift:

‘r.o. 3.7. Volgens artikel 7:186 lid 2 BW is een gift “iedere handeling die er toe strekt dat degenen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. Zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, worden handelingen als bedoeld in de eerste volzin niet beschouwd als gift”. Of sprake is van een gift dient te worden beoordeeld naar het moment van de gift, niet het moment waarop de gift wordt uitgevoerd.

(...)

r.o. 3.9. Doordat erflaatster in december 1996 aan de dochter [lees: kleindochter; FB & PhR] de optie heeft verleend, kon de dochter vanaf dat moment jegens erflaatster aanspraak maken op het kopen van de onroerende zaak tegen de daarbij overeengekomen prijs. De vraag die voorligt is of de optieoverlening naar dat moment, december 1996, dient te worden aangemerkt als een handeling die ertoe strekte dat erflaatster de dochter ten koste van eigen vermogen heeft verrijkt.

De dochter heeft in dit verband voldoende aangetoond dat zij erflaatster bedragen ter lening heeft verstrekt en werkzaamheden voor haar heeft verricht teneinde de onderneming van erflaatster af te wikkel en, en dat erflaatster haar daarvoor een vergoeding heeft toegezegd in de vorm van de optie. Ook heeft zij voldoende aangetoond dat de bodem van de

onroerende zaak ernstig vervuild was en dat het pand dat zich op de onroerende zaak bevond in een zeer slechte staat verkeerde. Niet geconcludeerd kan derhalve worden dat de prijs waarvoor de dochter de optie kon uitoefenen zodanig laag was dat de optieverlening ertoe strekte om de dochter ten koste van eigen vermogen van erflaatster te verrijken. Dat de onroerende zaak vele jaren later door de dochter is verkocht voor een aanmerkelijk groter bedrag is terug te voeren op ontwikkelingen die zich later hebben voorgedaan, te weten naast prijsstijgingen in de markt verbetering van de onroerende zaak door de dochter zelf, die daarvoor de nodige eigen middelen heeft aangewend, en de wens van de gemeente om op de onroerende zaak een bepaald project te verwezenlijken. Deze ontwikkelingen waren in december 1996 niet te voorzien dan wel zijn in december 1996 tot stand gebracht op initiatief van en met financiering door de dochter.<sup>7</sup>

Het gerechtshof is dus van oordeel dat in 1996 geen sprake was van een bevoordelingsbedoeling omdat de koopsom toentertijd reëel was en bovendien een contra-prestatie was verricht. Er is volgens het gerechtshof geen sprake van een gift waarmee de legitimaire massa kan worden vermeerderd.

## 4 Conclusie

Uit beide uitspraken blijkt dat de rechter in de lijn van artikel 7:186 BW *eerst* beoordeelt of sprake is van een gift *ten tijde van de bewuste handeling van de gestelde gift*. Belangrijke overweging daarbij is of er *op dat moment* sprake is van een (objectieve) bevoordelingsbedoeling bij degene die is verarmd.

De Rechtbank Amsterdam heeft volgens dit uitgangspunt gewerkt. Zo is de rechtbank bij de beoordeling of sprake was van een gift teruggegaan naar het jaar 1997, zijnde het moment van de gestelde gift. Door te kijken naar de taxatiewaarde van de onroerende zaken, naar de koopsom van de lijfrente en naar de huurinkomsten van destijds heeft de rechtbank de bevoordelingsbedoeling *zuiver objectief* beoordeeld. De vraag of bij erflaatster daadwerkelijk een subjectieve wil c.q. intentie tot bevoordelen heeft bestaan, is door de rechtbank niet in de overwegingen betrokken.

Het Gerechtshof Amsterdam heeft op dezelfde manier gewerkt. Er wordt uitsluitend gekeken naar het moment waarop het optierecht door erflaatster aan kleindochter werd toegekend (1996). Er wordt voorbijgegaan aan de omstandigheid dat de kleindochter in de praktijk, jaren later, een winst heeft behaald van € 1.222.404, waarvan de nalatenschap is verstoken. Eveneens wordt voorbijgegaan aan de omstandigheid dat het optierecht in 1996 is toegekend, maar dat dit pas veel later tussen grootmoeder en kleindochter is vastgelegd, namelijk in een vaststellingsovereenkomst d.d. 29 mei 2004, toen beiden

ermee bekend waren dat de gemeente geïnteresseerd was in het onroerend goed, waardoor de verwachtingswaarde aanzienlijk was verhoogd. Ook wordt voorbijgegaan aan de omstandigheid dat de kleindochter niet heeft voldaan aan haar verplichting de onroerende zaak vóór 1 december 2006 (die datum stond zowel in de koopovereenkomst d.d. 19 april 2005 als in de vaststellingsovereenkomst d.d. 29 mei 2004) af te nemen, dan wel te ‘verwerven’. Zo zou het woord ‘verwerven’ erop kunnen duiden dat het enkel economisch eigenaar worden bij de uitoefening van het optierecht niet voldoende is. Het feit dat een termijn wordt genoemd, suggereert dat er een termijn was gesteld aan het verkrijgen van het juridisch eigendom. Daarbij komt nog de omstandigheid dat grootmoeder haar kleindochter in de gelegenheid heeft gesteld om namens haar met de gemeente te onderhandelen over de koopsom van de onroerende zaak, terwijl dit niet in het belang van grootmoeder was omdat zij toch eerst aan kleindochter zou leveren, waarna de kleindochter terstond zou ‘doorleveren’ aan de gemeente. Deze omstandigheden vonden alle plaats nadat het optierecht was toegekend (in 1996) en zijn voor het gerechtshof ook geen aanleiding geweest om deze omstandigheden op zichzelf beschouwd te kwalificeren als gift, bijvoorbeeld vanwege het feit dat geen van de omstandigheden voor grootmoeder aanleiding is geweest een wijziging of ontbinding van de overeenkomst te bewerkstelligen wegens onvoorziene omstandigheden van dien aard dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mocht worden verwacht.

Hoe zuur de uitspraak van het gerechtshof voor de legitiemer ook is, deze is in lijn met de wet en heersende jurisprudentie. Wij verwijzen in dit verband naar de uitspraak van de Hoge Raad van 4 maart 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AR6169, NJ 2005/162, waarbij het ging om de vraag of een verblijfsbeding in een maatschapsakte uit 1978 als schenking moest worden beschouwd. De uitkomst was dat voor de beoordeling daarvan tevens moest worden gekeken naar feiten en omstandigheden die dateren uit de periode van vóór of tijdens het aangaan van die overeenkomst. Conclusie is dat feiten van daarna zonder nadere toelichting (‘lag aan die feiten een afspraak uit 1978 tussen betrokkenen ten grondslag toen de maatschapsovereenkomst werd afgesloten’) dus niet van belang zijn.<sup>7</sup>

Onze conclusie is dat de bevoordelingsbedoeling door de rechtspraak dus inderdaad zuiver objectief wordt toegepast. Of er sprake is van een gift wordt beoordeeld naar het moment van de bewuste handeling van de gestelde gift, waarbij op dat moment sprake moet zijn van een (objectieve) bevoordelingsbedoeling bij degene die is verarmd en waarmee met omstandigheden van daarna in beginsel geen rekening wordt gehouden, behalve wanneer blijkt dat deze voorzienbaar waren op het moment van de gestelde gift. Dit wordt dus zelfs

7. Zie concl. A-G Timmerman onder 2.15 bij dit arrest.

niet anders in uitzonderlijke gevallen, zoals wanneer tussen de legitimaris en de vermeend begiftigde sprake is van een familieverhouding (vader/dochter) en wanneer, als gevolg van een handeling van erfplaatster uit 1996 en de omstandigheden daarna, de nalatenschap van meer dan een miljoen euro wordt verstoken.