

De advocaat aan het woord

MR. M. BOENDER-RADDER

Hypotheekschulden spelen steeds vaker een prominente rol in de praktijk van de echtscheidingsadvocaat/mediator. Voorheen vormde de overwaarde van de echtelijke woning comfortabel wisselgeld bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap en kon deze in sommige gevallen zelfs benut worden voor de afkoop van partneralimentatie. Tegenwoordig komt het echter steeds vaker voor dat de waarde van de woning lager is dan de op de woning gevestigde hypothecaire geldlening(en). Deze ontwikkeling heeft te maken met het feit dat vanaf 2010 woningen steeds lastiger verkoopbaar zijn geworden. Het is voor veel kopers moeilijker geworden een financiering rond te krijgen door gewijzigde regels (Gedragscode Hypothecaire Financieringen)¹ en terughoudendheid van banken in verband met solvabiliteitskrapte. Bovendien is naar opgave van de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM) de verkoopprijs in 2011 gemiddeld gedaald met 4,1%. De verwachting is dat deze daling zich in 2012 en 2013 zal voortzetten met naar schatting 2,5% (volgens de Rabobank) tot 5% (volgens de NVM) of zelfs meer.

Het aantal gezinnen met een potentiële restschuld op hun koopwoning zal volgens de NVM in 2012 toenemen van 516.000 tot 630.000 op basis van een onderzoek van de Amsterdam School of Real Estate (ASRE).² Naar de Engelse terminologie wordt deze situatie inmiddels ook in Nederland wel aangeduid als het ‘onder water staan’ van woningen. Kwetsbaar zijn vooral de huishoudens die na 2000 een woning hebben gekocht en starters. Beiden hebben door de tegenvallende prijsontwikkeling op de huizenmarkt weinig eigen vermogen opgebouwd. Woningen staan langer te koop, ook nadat de schuldenaar niet langer in staat is aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen.

In dit artikel ga ik specifiek in op de (mogelijke) gevolgen van deze problemen op de woningmarkt voor de vaststelling van alimentatie en de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap in de echtscheidingspraktijk. Deze problematiek zal ik behandelen aan de hand van volgende casus.

Casus

Karel en Marjet zijn in 2000 gehuwd in gemeenschap van goederen. Uit dit huwelijk zijn vier kinderen geboren in respectievelijk 2002, 2004, 2006 en 2008.

In 2004 hebben partijen een woning in Wassenaar gekocht en verbouwd. De koopsom en de kosten van de verbouwing van de woning zijn volledig gefinancierd door middel van een hypothecaire geldlening. De totale hypothecaire geldlening op de woning na verbouwing bedraagt € 500.000.

In januari 2010 wordt Karel ontslagen bij de internationale onderneming, waar hij sedert zijn afstuderen in 1996 werkzaam is geweest. In juli 2010 krijgt Karel een nieuwe baan aangeboden voor bepaalde tijd en eind 2010 besluiten Karel en Marjet hun huwelijk te beëindigen.

De woning wordt getaxeerd op een waarde vrij op de markt ten bedrage van € 425.000 en wordt direct te koop gezet. Er is op de hypotheek niet afgelost, zodat het huis ‘onder water staat’ voor een bedrag van € 75.000. In 2011 zijn er twee kijkers geweest en geen van hen heeft een bod uitgebracht.

Marjet heeft sedert 2002 geen ervaring meer opgedaan op de arbeidsmarkt. Zij is op zoek naar parttime werk dat past binnen de schooltijden van de kinderen. Karel en Marjet hebben geen familie of vrienden die bereid zijn hun kinderen op te vangen. In confesso is dat Marjet behoefte heeft aan een bijdrage in haar levensonderhoud. De behoefte van de kinderen gezamenlijk bedraagt volgens de

1 Zie bijvoorbeeld de website van de Nederlandse Vereniging van Banken: www.nvb.nl/dossiers/hypotheeken/gedragscode-hypothecaire-financieringen-per-1-aug-2011_.pdf

2 Amsterdam School of Real Estate, *Restschuld in Nederland: omvang en consequenties*, januari 2012. Het onderzoeksrapport treft u aan op de website van de NVM: www.nvm.nl/wonen/nieuws/2012/20120113restschuld.aspx.

bij de Tremanormen behorende tabel 'Eigen aandeel ouders kosten van kinderen' in totaal € 1.235 per maand.³

De bruto hypotheekrente bedraagt € 2.000 per maand en de bij de hypothecaire geldlening behorende premies levensverzekering € 375 per maand. Het bruto jaarinkomen van Karel bedraagt € 70.000 per jaar. Marjet is met de kinderen in de woning achtergebleven en Karel heeft een appartement gehuurd ad € 1.100 per maand. Partijen hebben geen vermogen opgebouwd.

Alimentatie

In de casus, zoals hiervoor geschetst, is in de huidige omstandigheden duidelijk dat de woning niet binnen zes maanden tot een jaar verkocht zal zijn. Dit betekent dat de woonlasten verbonden aan de eigendom van deze woning vooralsnog voortduren. De woonlasten na een echtscheiding nemen voorts toe, omdat in de regel de vertrekkende partner woonruimte moet huren.

Op het moment dat Karel de echtelijke woning definitief verlaat, kwalificeert de fiscus de woning niet langer als 'eigen woning' voor Karel nu de woning hem niet langer als hoofdverblijf ter beschikking staat. Op grond van artikel 3.111 lid 4 jo. artikel 3.120 Wet IB 2001 kan Karel nog twee jaar, nadat hij duurzaam gescheiden van Marjet is gaan leven, zijn deel van de hypotheekrente aftrekken indien Marjet in de echtelijke woning blijft wonen.⁴ De ratio van deze regeling is dat de (ex-)echtgenoten twee jaar de tijd hebben om hun zaken te regelen voordat de eigenwoningregeling vervalt. In beginsel betaalt Karel de helft van deze rente, omdat dit zijn renteverplichting is tegenover de bank. De andere helft voldoet Karel in fiscale zin uit naam van Marjet. De door Karel voor Marjet betaalde rente wordt door de fiscus bij Marjet belast als partneralimentatie alsmede de helft van het eigenwoningforfait. Gegeven het inkomen van Karel in deze casus blijft er weinig ruimte voor de betaling van een onderhoudsbijdrage voor Marjet en de kinderen.

Na het verstrijken van de periode van twee jaar zal een voortdurend eigendom van Karel fiscaal op een andere manier worden behandeld. In fiscale zin heeft Karel vanaf dat moment namelijk geen eigen woning meer. Het aandeel van Karel in de eigen woning verhuist fiscaal op dat moment van box 1 naar box 3. Eenmaal in box 3, wordt jaarlijks belasting geheven over het verschil tussen de waarde van de woning en de eigenwoningschuld en geldt de fictieve rendementsregeling, die voor Karel dus geen gevolgen heeft zolang de woning een onderwaarde heeft.⁵ Marjet moet – bij gebreke van eigen inkomsten – de hypotheekrente betalen met de door Karel aan haar betaalde partneralimentatie. De consumptieve bestedings-

mogelijkheden van zowel Karel enerzijds en Marjet en de vier kinderen anderzijds zijn zeer beperkt. Anders gezegd: Karel en Marjet worden in deze casus 'gegijzeld' door het bezit van een eigen woning.

De eigenwoningregeling zoals hiervoor omschreven, biedt geen uitkomst in het kader van recente jurisprudentie waaruit volgt dat de hypotheekrente niet altijd volledig aftrekbaar is. Het betreft dan het geval dat de achterblijvende echtgenoot de gehele hypotheekrente voor zijn rekening neemt, terwijl de woning gezamenlijk eigendom is van de (ex-)echtelingen en zij beiden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de met die woning samenhangende hypotheekschuld.⁶ De Rechtbank Haarlem⁷ oordeelde dat de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenote die achterblijft in de woning, slechts de helft van deze rente kan aftrekken,

Het aantal gezinnen met een potentiële restschuld op hun koopwoning zal volgens de NVM in 2012 toenemen van 516.000 tot 630.000.

ondanks het feit dat zij de gehele hypotheekrente voor haar rekening nam. Ergo, artikel 3.111 lid 4 Wet IB 2001 treft alleen een voorziening voor de vertrekkende en niet voor de achterblijvende partner. Hier zou de belastingwetgever moeten ingrijpen en de regeling moeten aanpassen naar de ontwikkelingen op de woningmarkt.

Ik signaleer in mijn praktijk (overigens zonder daarbij volledig te willen zijn) nog de volgende situaties waarin de problematiek op de woningmarkt en de vaststelling van alimentatie een rol speelt:

- de woning heeft een onderwaarde, maar wordt niet verkocht. De woonlasten staan na de echtscheiding niet in verhouding tot het besteedbaar inkomen van degene die het voortgezet gebruik van de woning heeft en tevens onderhoudsplichtige is. Vooralsnog is onduidelijk of de rechter bij de vaststelling van de draagkracht van deze onderhoudsplichtige echtgenoot deze woonlast nog als een onredelijke woonlast⁸ zal aanmerken, nu deze niet vrijwillig is aangegaan en geforceerde verkoop een aanzienlijke (gemeenschaps)schuld met zich zal brengen;
- de woonlasten uit de eigen woning en de fiscale gevolgen van het definitief verlaten van de echtelijke woning door een der echtgenoten brengen met zich mee dat er geen draagkracht meer is voor een bijdrage voor de partner (zonder inkomen) en/of de kinderen;
- de onderhoudsplichtige van het scheidende echtpaar laat de woning met onderwaarde aan zich toebedelen en verreken dit met de onderhoudsgerechtigde door de duur van de partneralimentatie te bekorten dan wel de hoogte van de partnerbijdrage naar rato te verlagen.

3 Volgens de bij de Tremanormen behorende tabel 'Eigen aandeel ouders kosten van kinderen'.

4 *Kamerstukken II* 2011/12, 28 867, nr. 28, p. 3.

5 Artikel 2.13 Inkomstenbelasting 2001.

6 Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 2010, LJN BP6032.

7 Rechtbank Haarlem 28 september 2010, LJN BO1411. Zie in gelijke zin

Rechtbank Breda 22 februari 2007, LJN BA2446.

8 Rapport Werkgroep Alimentatienormen versie 2010, p. 26.

In het kader van de vaststelling van de draagkracht van een onderhoudsplichtige wijs ik nog op het volgende. Gelet op de inhoud van het ‘Lente-akkoord’ is de kans groot dat de onderhoudsplichtige verplicht zal moeten aflossen op zijn nieuw te vestigen hypothecaire geldlening. Nu aflossing op een hypothecaire geldlening vermogensopbouw betekent, houdt de rechter thans – bij de vaststelling van de draagkracht – met deze aflossing in principe geen rekening. Onduidelijk is nog het antwoord op de vraag of een verplichting vanuit de politiek om af te lossen op een hypothecaire geldlening betekent dat deze last wel ten laste van de draagkracht van de onderhoudsplichtige mag worden gebracht. Enerzijds is het gelet op het verplichte karakter van de last niet redelijk deze buiten beschouwing

Onduidelijk is nog het antwoord op de vraag of een verplichting vanuit de politiek om af te lossen op een hypothecaire geldlening betekent dat deze last wel ten laste van de draagkracht van de onderhoudsplichtige mag worden gebracht.

te laten. Anderzijds is het niet redelijk indien de onderhoudsplichtige vermogen kan opbouwen ‘ten laste’ van de onderhoudsgerechtigde. Wellicht kan een oplossing worden gevonden in de vrije ruimte van de onderhoudsplichtige. Indien een onderhoudsplichtige voldoende vrije ruimte heeft, dient de aflossing ten laste van deze vrije ruimte te komen. Indien dit niet het geval is, dient de last in het draagkrachtloos inkomen te worden opgenomen. Nadeel van deze mogelijke oplossing is, dat deze alleen soelaas biedt voor de groep onderhoudsgerechtigden van wie de onderhoudsplichtigen een hoger inkomen dan modaal genieten.

Verdeling

In de casus zoals hiervoor geschetst zal de woning moeten worden aangehouden totdat deze is verkocht. Dit heeft voor Marjet en Karel de volgende consequenties:

- de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van de hypothecaire geldlening blijft voor beide partijen in stand en er kan over het algemeen door Karel geen tweede hypothecaire geldlening voor een andere woning worden afgesloten, zodat Karel tot die tijd aangevoelen is op een huurwoning;
- na twee jaar vervalt de eigenwoningregeling en kan Karel de rente op de hypothecaire geldlening voor zijn aandeel niet langer als aftrekpost in zijn aangifte opnemen. Marjet moet de hypotheekrente gaan betalen uit de bijdrage levensonderhoud die zij van Karel ontvangt (zolang zij daarvoor in aanmerking komt);
- na twee jaar moet Karel de waarde van de woning opnemen alsmede de eigenwoningschuld in box 3; voorts leidt dit tot een negatief vermogen waarover geen vermogensbelasting verschuldigd is. In het geval de woning een overwaarde had, moet Karel vermogens-

- belasting (1,2%) over deze overwaarde gaan betalen;
- het aanhouden van de onverdeeldheid kan maximaal vijf jaar duren, tenzij Marjet en Karel in overleg deze termijn (telkenmale) verlengen met vijf jaar (artikel 3:178 lid 5 BW);
- er kunnen tussen de echtelieden discussies ontstaan over een gebruikersvergoeding, onderhoud, verkoopprijs en het delen van lasten, aangezien beide ex-echtelingen geen rek in hun bestedingsmogelijkheden hebben.

Kortom, ook in het kader van de verdeling werkt de huidige problematiek op de woningmarkt door.

Voorts signaleer ik dat uit het ‘Lente-akkoord’ volgt dat de rente op een hypothecaire geldlening, welke met ingang van 1 januari 2013 wordt afgesloten, nog slechts aftrekbaar is als een annuïteitenhypotheek wordt afgesloten. Deze mogelijk op stapel staande fiscale regeling heeft niet alleen gevolgen voor de starters op de woningmarkt, maar ook op een scheidend echtpaar met een gelijk inkomen die ieder de woning met een hypothecaire geldlening wensen te behouden.

Als de regeling op deze manier wordt ingevoerd, zou deze niet gelden voor de bestaande hypothecaire geldleningen. Hierop is ten tijde van het schrijven van dit artikel (juni 2012) toenemend kritiek. De vraag is dan ook of de voorgestelde regeling in deze vorm per 1 januari 2013 gaat gelden.

Verdeling door de rechter

Op basis van artikel 3:185 BW staat voor de rechter bij een verzoek tot vaststelling van de verdeling van de ontbonden gemeenschap slechts ten dienste de mogelijkheid van toedeling van het vermogensbestanddeel aan een van de deelgerechtigden dan wel bepaling dat het betreffende vermogensbestanddeel moet worden verkocht aan een derde en de opbrengst moet worden gedeeld. Bij een toedeling aan een van de deelgerechtigden staat vaak de peildatum van de waardebepaling ter discussie. Als hoofdregel geldt nog steeds de datum van verdeling als peildatum van de waardebepaling, zij het dat uit hetgeen door partijen is overeengekomen of uit de redelijkheid en billijkheid anders kan voortvloeien.⁹

Overleg is vereist alsmede flexibiliteit

Nu voorts nog onduidelijk is hoe de rechterlijke macht met deze problematiek zal omgaan en de rechter sowieso geen andere wettelijke mogelijkheden heeft dan knopen door te hakken, is het zaak dat scheidende echtelieden het overlegmodel hanteren en niet het conflictmodel om tot maatwerkoplossingen te komen, waarbij overgangsmaatregelen gelden zolang de voormalige echtelijke woning

⁹ Hoge Raad 6 september 1996, *NJ* 1997, 593; Hoge Raad 22 maart 1996, *NJ* 1996, 710; Hoge Raad 12 februari 1999, *NJ* 1999, 551; Hoge Raad 22 september 2000, *NJ* 2000, 643.

nog niet is verkocht. De wet biedt namelijk geen creatieve oplossingen, die voor de huidige problematiek bittere noodzaak zijn.

In dit kader is ook van belang te bedenken dat het huidige standaardmodel van een convenant de ontbinding van de gemaakte afspraken niet toestaat. Dit kan zeer nadelige gevolgen hebben als blijkt dat gemaakte afspraken omtrent de echtelijke woning door de huidige problematiek op de woningmarkt gewoonweg niet nagekomen kunnen worden. Te denken valt daarbij aan het weigeren van een financiële instelling om een der partijen te ontslaan uit de hoofdelijke aansprakelijkheid of een feitelijk onverkoopbare woning die van beide (ex-)echtelingen voor onbepaalde tijd financiële inbreng blijft vragen. Banken die niet worden betaald kunnen met de grosse van de hypotheekakte direct executoriale maatregelen nemen voor het volledige hypotheekbedrag, omdat deze in geval van achterstand volledig opeisbaar wordt bij beide hoofdelijke debiteuren.¹⁰

Conclusies en aanbevelingen

De ontwikkelingen op de woningmarkt werken door in de echtscheidingspraktijk zowel bij de vaststelling van de alimentatie als bij de boedelverdeling.

Bij de vaststelling van de alimentatie houdt de alimentatieplichtige ook langer de betalingsverplichting voor de hypothecaire geldlening, waardoor er minder ruimte is voor de alimentatiegerechtigde. Na twee jaar vervalt de mogelijkheid de hypotheekrente af te trekken voor degene die niet in de woning verblijft en is er nog minder ruimte over voor de alimentatiegerechtigde. Vraag daarbij is of woonlasten kunnen worden aangemerkt als ‘bovenmatig’ wanneer een alimentatieplichtige die in de woning blijft geen mogelijkheden heeft die lasten aan te passen.

Bij de boedelverdeling zal vaker voorkomen dat het saldo

van de huwelijksgoederengemeenschap negatief is, terwijl dat zo blijft zolang de voormalige echtelijke woning nog niet is verkocht. Dit vraagt om maatwerkoplossingen met overgangsmaatregelen voor de periode totdat de echtelijke woning is verkocht, die worden vastgelegd in het echtscheidingsconvenant, waarbij niet op de automatische piloot van het modellenboek door partijen op voorhand de ontbindingsmogelijkheid van het convenant integraal wordt uitgesloten.

De wetgever zal moeten nadenken over de duurbeperking tot twee jaar van de aftrekbaarheid van de hypotheekrente niet alleen (zoals nu) voor degene die de woning verlaat,

Ook in het kader van de verdeling werkt de huidige problematiek op de woningmarkt door.

maar ook voor degene die in de woning achterblijft en genoodzaakt wordt de volledige hypotheekverplichting te blijven betalen. Wordt het ‘Lente-akkoord’ tot wet en mogen nieuwe hypothecaire geldleningen alleen nog maar op annuïteitsbasis worden afgesloten, dan zal in de echtscheidingspraktijk een standpunt moeten worden ontwikkeld hoe om te gaan met de vermogensvorming die daardoor ontstaat aan de zijde van de alimentatieplichtige.

In de rechtspraktijk moeten modellen worden ontwikkeld die zowel bij de vaststelling van de alimentatie als bij de boedelscheiding voorzien in flexibele oplossingen voor de mogelijk langere periode dat de voormalige echtelijke woning nog niet is verkocht, waarbij partijen op voorhand ervan doordrongen zijn dat zij in die periode vaker aan tafel moeten gaan zitten om zich samen in te stellen op nieuwe ontwikkelingen. Door de ontwikkelingen op de woningmarkt duurt het langer voordat partijen helemaal ‘van elkaar af’ zijn. Dat strookt niet met hun verlangen van echt te scheiden, maar is feitelijk onontkoombaar: samen thuis, samen uit.

Over de auteur

Mr. Martine Boender-Radder is advocaat bij DVDW Advocaten.

¹⁰ Zie ook het onderzoeksrapport ‘Paritas Passé’ over de samenloop van executiemaatregelen, Jungmann c.s., uitgave KBvG 2012, te downloaden via kbvg.nl, hoofdstuk 10, p. 115 e.v.