

159

Verwijtbaar inkomensverlies bij partneralimentatie

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
15 augustus 2019, nr. 200.249.176_01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:3035
(mr. Schaafsma-Beverluis, mr. Van Leuven, mr. Schyns)
Noot mr. M.J.E.M. Wielinga-van Dillen

Partneralimentatie. Niet voor herstel vatbaar, maar wel verwijtbaar inkomensverlies. Toetsing 90% regel.

[BW art. 1:157, 1:397]

Essentie: Ontslag na lang dienstverband wegens nuttigen van alcohol onder werktijd. Hof oordeelt dat het inkomensverlies van de man niet voor herstel vatbaar is én aan de man verwijtbaar is.

Samenvatting: Partijen zijn in 2018 gescheiden. De rechtbank heeft de door de man aan de vrouw te betalen partneralimentatie vastgesteld op € 513,= per maand. De man gaat in hoger beroep. Daarbij draait het om de vraag of de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat er aan de zijde van de man sprake is van herstelbaar inkomensverlies en of de man verwijtbaar heeft gehandeld jegens de vrouw.

Vaststaat dat de man een langdurig dienstverband bij de gemeente heeft gehad en dat hij in die functie, mede door zijn vele dienstjaren, laatstelijk een uurloon van € 16,19 bruto

verdiende. Vaststaat ook dat de man op 19 januari 2018 met onmiddellijke ingang bij de gemeente is ontslagen omdat hij (herhaaldelijk) onder werktijd alcohol had genuttigd. Sedert 24 april 2018 is de man elders fulltime als medewerker groenvoorziening in loondienst werkzaam tegen een uurloon van € 12,08 bruto. Het hof is van oordeel dat de man gelet op zijn leeftijd van 56 jaar, zijn opleidingsniveau (praktisch opgeleid) en zijn zeer langdurige dienstverband bij de gemeente, wat – in verhouding tot de aard van zijn functie en opleiding – tot een relatief hoog uurloon heeft geleid, niet in staat is om elders een dergelijk inkomen te verwerven. Dit blijkt ook uit het huidige uurloon van M. Het hof is daarom, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het inkomensverlies van M niet voor herstel vatbaar is.

Het hof dient vervolgens te beoordelen of het inkomensverlies aan de man verwijtbaar is, oftewel of de man zich ten behoeve van de vrouw had moeten onthouden van de gedragingen die zijn inkomensverlies tot gevolg hebben gehad. De man heeft erkend dat zijn strafontslag, en daarmee zijn inkomensverlies, in arbeidsrechtelijke zin verwijtbaar is. Echter, anders dan de man heeft betoogd, is het hof van oordeel dat de gevolgen hiervan volledig voor rekening en risico van de man dienen te komen. De man wist dat hij een onderhoudsverplichting jegens de vrouw heeft, maar heeft desondanks, en ondanks de eerdere waarschuwingen van zijn werkgever, herhaaldelijk onder werktijd alcohol genuttigd. Nu niet is gebleken dat de man kampt met een alcoholverslaving, dan wel voor zijn alcoholgebruik onder behandeling is (geweest), is het hof van oordeel dat de man zijn alcoholgebruik onder werktijd zelf in de hand heeft gehad en dat dit om die reden aan hem te verwijten valt.

Nu sprake is van een niet herstelbaar verwijtbaar inkomensverlies aan de zijde van de man, stelt het hof zijn draagkracht vast aan de hand van een fictief inkomen, zijnde het inkomen dat de man laatstelijk bij de gemeente heeft genoten. Het rekenen met een fictief inkomen mag niet tot het resultaat leiden dat de man, als gevolg hiervan, bij voldoening aan zijn onderhoudsverplichting feitelijk niet meer over voldoende middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van zijn bestaan te voorzien. Bovendien mag het er in geen geval toe leiden dat zijn inkomen na voldoening van de partneralimentatie zakt beneden het niveau van 90% van de op hem toepasselijke bijstandsnorm.

Na berekening van behoefte, behoeftigheid en draagkracht bekrachtigt het hof de beschikking van de rechtbank.

[verzoeker],
wonende te [woonplaats],
verzoeker in hoger beroep,
hierna te noemen: de man,
advocaat: mr. P. de Jonge te Zierikzee,
tegen
[verweerster],
wonende te [woonplaats],
verweerster in hoger beroep,
hierna te noemen: de vrouw,
advocaat: mr. P.W. Bakkum te Zierikzee.

1. Het verloop van het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst voor het verloop van het geding in eerste aanleg naar de beschikking van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, van 17 augustus 2018, uitgesproken onder voormeld zaaknummer.

2. Het geding in hoger beroep

- 2.1. De man is op 6 november 2018 in hoger beroep gekomen van voornoemde beschikking van 17 augustus 2018.
- 2.2. De vrouw heeft op 9 januari 2019 een verweerschrift ingediend.
- 2.3. Bij het hof zijn voorts de volgende stukken ingekomen:
– het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg op 23 april 2018;
– een journaalbericht van de zijde van de man van 28 juni 2019 met bijlagen, ingekomen op 1 juli 2019;
– een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 5 juli 2019 met bijlagen, ingekomen op 9 juli 2019.
- 2.4. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 11 juli 2019. Bij die gelegenheid zijn gehoord:
– namens de man, mr. De Jonge;
– de vrouw, bijgestaan door mr. Bakkum.
- 2.4.1. De man is, met bericht van verhinderd, niet ter zitting in hoger beroep verschenen.

3. De feiten

- 3.1. Het hof gaat uit van de door de rechtbank vastgestelde feiten voor zover daartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Onder meer staat het volgende vast.
- 3.2. Partijen zijn op 29 oktober 1993 te [plaats] gehuwd.
- 3.3. De uit het huwelijk geboren kinderen zijn inmiddels meerderjarig.

4. De omvang van het geschil

- 4.1. Bij de bestreden beschikking heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, tussen partijen de echtscheiding uitgesproken, welke beschikking op 17 september 2018 is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.
- 4.1.1. Bij deze beschikking heeft de rechtbank voorts, voor zover in hoger beroep van belang, de door de man aan de vrouw te betalen bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud (hierna ook: partneralimentatie) bepaald op een bedrag van € 513,= bruto per maand.
- 4.2. De grieven van de man zien op de behoefte en behoeftigheid van de vrouw en op zijn draagkracht.
- 4.2.1. De man verzoekt in hoger beroep, verkort weergegeven, de bestreden beschikking, voor wat betreft de door de man te betalen partneralimentatie van € 513,= bruto per maand te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, waar nodig met verbetering van rechtsgronden, de vrouw niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek tot vaststelling van een partneralimentatie (na wijziging) van € 513,= bruto per maand, dan wel dat verzoek af te wijzen, dan wel een partneralimentatie vast te stellen die het hof juist acht.
- 4.3. De vrouw verzoekt in hoger beroep de bestreden beschikking te bekrachtigen, dan wel de door de man te betalen partneralimentatie te bepalen op een zodanig bedrag dat het hof juist acht.

5. De motivering van de beslissing

Ingangsdatum

- 5.1. De ingangsdatum van de partneralimentatie, zijnde 17 september 2018 (de datum van de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand), is tussen partijen niet in geschil, zodat deze vast staat.

De behoefte en de behoeftigheid van de vrouw

- 5.2. Ter zitting in hoger beroep heeft de advocaat van de man grief 3 omtrent de huwelijksgerelateerde behoefte en de behoeftigheid van de vrouw ingetrokken. Het hof leidt hieruit af dat tussen partijen niet langer in geschil is dat de vrouw in ieder geval een aanvullende behoefte heeft ter hoogte van de door haar verzochte partneralimentatie van € 513,= bruto per maand.

Draagkracht van de man

- 5.3. De man voert aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake is van herstelbaar inkomensverlies en dat hij verwijtbaar heeft gehandeld jegens de vrouw. De rechtbank heeft in de bestreden beschikking ten onrechte eerst de vraag beantwoord of het strafontslag verwijtbaar is en heeft vervolgens geoordeeld of het inkomensverlies van de man voor herstel vatbaar is of niet. De rechtbank had echter eerst de vraag moeten beantwoorden of het inkomensverlies voor herstel vatbaar is of niet. Indien sprake is van herstelbaar inkomensverlies dan speelt de verwijtbaarheid namelijk geen rol. De man stelt zich op het standpunt dat zijn inkomensverlies maar gedeeltelijk voor herstel vatbaar is. De man is van 1 januari 1997 tot 19 januari 2018 in dienst geweest van de gemeente [gemeente] als algemeen medewerker; het betrof laag- tot ongeschoold werk. De man is in redelijkheid niet in staat om het oorspronkelijk, bij de gemeente verdiende inkomen, elders te verwerven. Mede als gevolg van zijn dienstjaren bedroeg zijn uurloon laatstelijk € 16,19 bruto. Zijn huidige uurloon bedraagt € 12,08 bruto. De man werkt nu 40 uur per week. Gezien zijn leeftijd (56 jaar), opleiding en de huidige arbeidsmarkt, is de man aangewezen op uitzendwerk dan wel op een tijdelijk dienstverband tegen een lager uurloon. De man kan zijn inkomen niet meer aanvullen met werkzaamheden voor de vrijwillige brandweer. Door een eerdere longembolie is de man niet meer inzetbaar; hij mag niet onder perslucht werken.

Ten aanzien van de verwijtbaarheid van het inkomensverlies erkent de man dat zijn ontslag in arbeidsrechtelijk zin verwijtbaar is; hij had zich tijdens zijn piketdienst moeten onthouden van alcoholgebruik. De man weerspreekt echter dat hij verwijtbaar jegens de vrouw heeft gehandeld. Ten tijde van huwelijk is de man al meerderere malen door zijn werkgever aangesproken op zijn alcoholgebruik tijdens werktijd. Het strafontslag is daarom het "sluitstuk" van ontwikkelingen die zich tijdens het huwelijk hebben voorgedaan; hiermee dient naar de mening van de man rekening te worden gehouden. De gevolgen hiervan dienen vanwege de verbondenheid van de gedragingen met het huwelijk niet uitsluitend voor rekening en risico van de man te komen. Voor de bepaling van de draagkracht van de man dient daarom te worden uitgegaan van zijn huidige inkomen.

- 5.4. Naar de mening van de vrouw is de rechtbank in de bestreden beschikking terecht uitgegaan van het laatstelijk verdiende inkomen van de man bij de gemeente, omdat het inkomensverlies voor herstel vatbaar is. De vrouw stelt dat er in Zeeland veel vacatures open staan voor ervaren mensen. De vrouw weerspreekt dat de man ongeschoold is. De man heeft een MBO-opleiding op niveau 2 afgerond en hij heeft daarnaast ook diploma's voor gifverspreiding.

De vrouw voert verder aan dat sprake is van verwijtbaar inkomensverlies. De man is verslaafd aan alcohol en heeft zich meerdere malen schuldig gemaakt aan alcoholgebruik onder werktijd; dit was tijdens het huwelijk al een probleem. De man heeft onvoldoende inspanningen verricht om van zijn alco-

holprobleem af te komen, hetgeen voor zijn rekening en risico dient te komen.

5.5. Het hof oordeelt hieromtrent als volgt.

5.5.1. Het hof dient in de eerste plaats te beoordelen of het inkomensverlies van de man ten gevolge van zijn strafontslag bij de gemeente voor herstel vatbaar is. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

5.5.2. Vast staat dat de man een langdurig dienstverband bij de gemeente als algemeen medewerker heeft gehad en dat hij mede door zijn vele dienstjaren laatstelijk een uurloon bij de gemeente heeft gehad van € 16,19 bruto. Voorts staat vast dat de man op 19 januari 2018 met onmiddellijke ingang bij de gemeente is ontslagen, omdat hij (herhaaldelijk) onder werktijd alcohol had genuttigd. Blijkens de door de man overgelegde loonspecificatie week 31 (van 2018), is de man sedert 24 april 2018 in dienst bij [bedrijf]. De man is werkzaam in de functie van medewerker groenvoorziening voor 40 uur per week en heeft een uurloon van € 12,08 bruto. Het hof is van oordeel dat de man gelet op zijn leeftijd van 56 jaar, zijn opleidingsniveau (praktisch opgeleid), zijn zeer langdurige dienstverband bij de gemeente wat in verhouding tot de aard van zijn functie en opleiding tot een relatief hoog uurloon heeft geleid, niet in staat is om elders een dergelijk inkomen te verwerven. Dit blijkt ook uit het huidige uurloon van de man van € 12,08 bruto. Het hof is daarom – anders dan de rechtbank – van oordeel dat het inkomensverlies van de man niet voor herstel vatbaar is.

5.5.3. Nu voor het hof vast staat dat het inkomensverlies van de man niet voor herstel vatbaar is, moet vervolgens worden beoordeeld of het inkomensverlies aan de man verwijtbaar is, oftewel of de man zich ten behoeve van de vrouw had moeten onthouden van de gedragingen die zijn inkomensverlies tot gevolg hebben gehad.

5.5.4. Het hof stelt voorop dat de advocaat van de man ter zitting in hoger beroep heeft erkend dat het strafontslag en daarmee het inkomensverlies van de man in arbeidsrechtelijke zin verwijtbaar is. Anders dan de advocaat van de man ter zitting heeft betoogd, is het hof van oordeel dat de gevolgen hiervan volledig voor rekening en risico van de man dienen te komen. Het hof overweegt daartoe dat de man zich bewust was van zijn alimentatieverplichting jegens de vrouw en dat de man – ondanks deze alimentatieverplichting en de eerdere waarschuwingen van zijn werkgever – onder werktijd herhaaldelijk alcohol heeft genuttigd. Nu het hof niet is gebleken dat de man kampt met een alcoholverslaving, dan wel voor zijn alcoholgebruik onder behandeling is of is geweest, is het hof van oordeel dat de man zijn alcoholgebruik onder werktijd zelf in de hand heeft gehad en om die reden aan de man te verwijten valt. Er is derhalve sprake van niet herstelbaar verwijtbaar inkomensverlies aan de zijde van de man. Het hof zal daarom de draagkracht van de man vaststellen aan de hand van een fictief inkomen, zijnde het inkomen dat de man laatstelijk bij de gemeente heeft genoten.

5.5.5. Het hof stelt vast dat de rechtbank in de bestreden beschikking eveneens is uitgegaan van een fictief inkomen van de man en daarmee van een fictieve draagkracht van € 513,= bruto per maand. Het inkomen dat aan die fictieve draagkracht ten grondslag ligt, is in de bestreden beschikking door de rechtbank niet expliciet genoemd. Het hof zal, bij gebrek aan (recentere) gegevens, uitgaan van het inkomen van de man bij de gemeente, zoals weergegeven in de beschikking van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 29 december 2016 (betreffende wijziging voorlopige voorzieningen) onder rechtsoverweging 4.4. De voorzieningenrechter komt, reke-

ning houdend met het daarin vermelde inkomen, in die beschikking eveneens op een draagkracht van de man voor de betaling van partneralimentatie van € 513,= bruto per maand. Hierbij heeft de voorzieningenrechter alleen rekening gehouden met het inkomen van de man bij de gemeente en niet met aanvullende inkomsten uit de inzet van de man bij de vrijwillige brandweer. Het hof zal evenmin rekening houden met (fictieve) inkomsten van de man bij de vrijwillige brandweer, nu de man ter zitting in hoger beroep – onweersproken – heeft gesteld dat hij, vanwege een longembolie, niet langer meer inzetbaar is omdat hij niet meer onder perslucht mag werken.

5.5.6. Het hof overweegt dat het rekenen met een fictief inkomen niet tot het resultaat mag leiden dat de man als gevolg hiervan bij voldoening aan zijn onderhoudsverplichting feitelijk niet meer over voldoende middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van zijn bestaan te voorzien. Bovendien mag het in geen geval ertoe leiden dat zijn inkomen na voldoening van de partneralimentatie zakt beneden het niveau van 90% van de op hem toepasselijke bijstandsnorm. Indien dit resultaat dreigt, dient een onderzoek naar de feitelijk draagkracht van de man plaats te vinden.

5.5.7. Nu het hof voor de bepaling van de draagkracht van de man van € 513,= bruto per maand is uitgegaan van een fictief inkomen van de man dient het hof te beoordelen of de man door de voldoening van die bijdrage feitelijk niet meer over voldoende middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van zijn bestaan te voorzien of dat zijn resterende inkomen zakt beneden het niveau van 90% van de op hem toepasselijke bijstandsnorm.

5.5.8. Uit de door de man overgelegde salarisspecificatie van week 31 (van 2018), volgt dat de man in 2018 een inkomen had van € 483,20 bruto per week, te vermeerderen met 8% vakantiegeld. Het hof begroot het bruto jaarinkomen van de man in 2018 derhalve op een bedrag van € 27.125,=.

5.5.9. Het hof zal bij de beantwoording van de vraag of de man door betaling van de partneralimentatie van € 513,= bruto per maand, beneden 90% van de bijstandsnorm zakt naast vernoemd inkomen rekening houden met alle redelijke uitgaven die ten laste van de man komen.

5.5.10. Het hof zal de lasten van de man (met uitzondering van de aflossing op de DSB-schuld, waarover hieronder meer) overnemen uit de door de man bij journaalbericht van 28 juni 2016 overgelegde draagkrachtberekening, nu ter zitting van het hof is gebleken dat deze lasten tussen partijen niet in geschil zijn. Het hof zal derhalve rekening houden de navolgende lasten:

– een kale huur van € 459,= per maand. Daarop strekt in mindering de in de bijstandsnorm begrepen gemiddelde basis-huur van € 222,= per maand;

– € 126,= per maand aan premie basisverzekering ZVW, € 32,= per maand aan verplicht eigen risico, minus € 35,= per maand zijnde het in de bijstandsnorm begrepen nominaal deel premie ZVW voor een alleenstaande;

– en minus de zorgtoeslag van € 29,= per maand.

5.5.11. Tussen partijen is wel in geschil of bij de bepaling van de draagkracht van de man rekening dient te worden gehouden met de maandelijks aflossing door de man van € 267,58 op de DSB-schuld van partijen. Reden hiervoor is dat in het kader van de boedelverdeling tussen partijen de afspraak is gemaakt dat de man het bedrag dat uit de afkoop van een lijfrenteverzekering zou vrijkomen zou aanwenden voor de aflossing van deze DSB-schuld. Ter zitting in hoger beroep is echter gebleken dat de man deze afspraak niet is nagekomen,

waaraan de vrouw ter zitting de consequentie heeft verbonden dat met de maandelijkse aflossing op de DSB-schuld geen rekening dient te worden gehouden. Het hof is van oordeel dat nu de DSB-schuld een huwelijkse schuld van partijen is en vast staat dat de man de aflossing op deze schuld van € 267,58 per maand nog steeds voldoet, bij de bepaling van de draagkracht van de man hiermee rekening moet worden gehouden. Of tussen partijen nog iets te verrekenen valt in het kader van de boedelverdeling, maakt dat niet anders.

5.5.12. Het hof overweegt dat bovengenoemd bruto jaarinkomen van de man van € 27.125,- – de tarieven 2018-2 in aanmerking nemende – resulteert in een netto besteedbaar inkomen van ongeveer € 1.842,- per maand, waarbij door het hof rekening is gehouden met de algemene heffingskorting en de arbeidskorting van de man. De man is alleenstaand. Voor het toepasselijk bijstandsniveau van de man gaat het hof uit van de norm voor een alleenstaande van € 997,- per maand, waarvan 90% uitkomt op afgerond € 897,- per maand.

5.5.13. Na aftrek van voormelde lasten van het netto besteedbaar inkomen van € 1.842,- per maand heeft de man een draagkrachtruimte van € 347,- netto per maand. Het hof is van oordeel dat omdat sprake is van niet voor herstel vatbaar verwijtbaar inkomensverlies, de man zijn volledige draagkrachtruimte, in plaats van 60% van die draagkrachtruimte ingevolge het Rapport Alimentatienormen, dient aan te wenden voor de betaling van partneralimentatie. Nu het rekenen met een fictief inkomen in geen geval ertoe mag leiden dat zijn inkomen zakt beneden het niveau van 90% van de op hem toepasselijke bijstandsnorm, zie hiervoor r.o. 5.5.6., dient deze volledige draagkrachtruimte te worden vergeleken met de door de vrouw verzochte partneralimentatie.

5.5.14. Betaalde partneralimentatie is geheel aftrekbaar voor de inkomstenbelasting. Het fiscaal voordeel dat de man door deze aftrek geniet, komt geheel ten goede aan de vrouw. Rekening houdend met het huidige inkomen van de man, zijn lasten en het door de man te realiseren fiscaal voordeel, concludeert het hof dat de man niet zakt beneden het niveau van 90% van de op hem toepasselijke bijstandsnorm voor een alleenstaande van € 897,- per maand, indien de man de door de rechtbank vastgestelde bijdrage in de kosten van levensonderhoud van de vrouw van € 513,- bruto per maand voldoet. Uit de draagkrachtberekening van het hof volgt namelijk dat de man – de eerder genoemde uitgangspunten in aanmerking nemende – een (fictieve) draagkracht heeft van € 586,- bruto per maand.

5.5.15. Het hof zal – gelet op de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep – conform de bestreden beschikking de door de man te betalen partneralimentatie derhalve vaststellen op een bedrag van € 513,- bruto per maand.

6. De slotsom

6.1. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, zal het hof de bestreden beschikking, voor zover aan zijn oordeel onderworpen – onder verbetering van gronden – bekrachtigen.

6.2. Het hof zal de proceskosten in hoger beroep compenseren, nu partijen (gewezen) echtgenoten zijn en de procedure de bijdrage in het levensonderhoud van de vrouw betreft.

Het hof heeft een berekening van de draagkracht van de man gemaakt. Een gewaarmerkt exemplaar van deze berekening is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

7. De beslissing

Het hof:

bekrachtigt – onder verbetering van gronden – de beschikking van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, van 17 augustus 2018.

compenseert de kosten van het geding in hoger beroep in die zin, dat elke partij de eigen kosten draagt; wijst af het meer of anders verzochte.

NOOT

Een alimentatieberekening wordt vastgesteld met inachtneming van de financiële omstandigheden van dat moment. Indien er sprake is van een wijziging van omstandigheden dan is er aanleiding om een nieuwe alimentatieberekening te laten opstellen. In zijn algemeenheid speelt de oorzaak, als ook de noodzaak van de wijziging, een belangrijke rol bij de vraag of met de gewijzigde omstandigheid rekening moet worden gehouden. Dat is met name het geval indien er sprake is van een daling van het inkomen van de onderhoudsplichtige door diens eigen gedragingen zoals in de onderhavige casus. De man heeft onder werktijd alcohol genuttigd en is om die reden ontslagen.

De Hoge Raad heeft reeds op 16 februari 1979 (*NJ* 1979/429) bepaald dat in het algemeen niet gesteld kan worden dat met aan eigen schuld toe te schrijven inkomensverlies geen rekening dient te worden gehouden. De vraag is dan wanneer een daling van het inkomen geheel of gedeeltelijk buiten beschouwing kan blijven en er met een fictief inkomen moet worden gerekend.

Voor herstel vatbaar inkomensverlies

In de eerste plaats is dan van belang om de vraag te beantwoorden of de onderhoudsplichtige redelijkerwijs in staat moet worden geacht opnieuw het oorspronkelijke inkomen te gaan verwerven en of de onderhoudsgerechtigde dit ook van hem kan vergen. Met andere woorden: is het inkomensverlies voor herstel vatbaar?

Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dan blijft de inkomensvermindering buiten beschouwing bij de bepaling van de draagkracht van de onderhoudsplichtige en wordt met het oude, hogere, inkomen gerekend. Uitgangspunt bij de bepaling van de draagkracht is immers dat het daarbij niet alleen aankomt op het inkomen dat de alimentatiegerechtigde verwerft, maar ook op het inkomen dat hij geacht kan worden zich redelijkerwijs in de naaste toekomst te kunnen verwerven. Er wordt dan gerekend met een fictieve draagkracht.

Het doet daarbij niet ter zake of het inkomensverlies verwijtbaar is. Het zijn dan de omstandigheden van het geval die bepalen wat in redelijkheid van de alimentatieplichtige mag worden verwacht en wat de alimentatiegerechtigde van de ander mag vergen.

Niet voor herstel vatbaar inkomensverlies

Is er sprake van onherstelbaar inkomensverlies, dan hangt het van de omstandigheden van het geval af of een inkomensverandering geheel of gedeeltelijk buiten beschouwing moet blijven, aldus de Hoge Raad bij beschikking d.d. 10 december 1982 (*NJ* 1983/255).

Op 23 januari 1998 (*NJ* 1998/707) heeft de Hoge Raad een stappenplan geformuleerd ter beoordeling van het verzoek tot alimentatiewijziging. In een dergelijk geval dient in het

bijzonder aandacht te zijn voor de vraag of de alimentatieplichtige zich uit hoofde van zijn verhouding tot de alimentatiegerechtigde met het oog op diens belangen had behoren te onthouden van de gedragingen die tot de inkomensvermindering hebben geleid. Met andere woorden: is het onherstelbare inkomensverlies verwijtbaar of niet?

Over deze vraag zijn vele procedures gevoerd en de rode draad hierin is dat de concrete feiten en omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn.

Annotator bij voornoemde uitspraak, J. de Boer, geeft in zijn noot een stappenplan weer dat gevolgd dient te worden bij inkomensverlies. Kort gezegd komt dit schema erop neer dat indien het inkomen niet voor herstel vatbaar is én aan de onderhoudsplichtige is te verwijten, het inkomensverlies buiten beschouwing blijft met dien verstande dat de 90%-regel, waarover in het navolgende meer, in acht moet worden genomen. Is het inkomensverlies onherstelbaar maar niet verwijtbaar, dan moet wel rekening worden gehouden met het inkomensverlies.

In de onderliggende casus oordeelt het hof dat het inkomensverlies niet voor herstel vatbaar is. Los van de leeftijd van de man (56 jaar) en zijn opleidingsniveau (praktisch opgeleid) speelt met name een rol dat hij door zijn langdurige dienstverband bij de gemeente in verhouding tot de aard van zijn functie en opleiding een relatief hoog uurloon heeft gekregen. Een uurloon dat de man elders niet zal kunnen verwerven. Dat blijkt ook uit het huidige uurloon dat de man in een vergelijkbare functie bij zijn huidige werkgever verdient; een uurloon dat ruim € 4,- per uur lager ligt.

Vervolgens is dan de vraag of het inkomensverlies in casu aan de man verwijtbaar is, oftewel of de man zich ten behoeve van de vrouw had moeten onthouden van de gedragingen die zijn inkomensverlies tot gevolg hebben gehad. Het hof meent van wel. De man heeft in de procedure erkend dat zijn inkomensverlies in arbeidsrechtelijke zin verwijtbaar is. De gevolgen hiervan dienen naar het oordeel van het hof volledig voor rekening en risico van de man te komen. De man was zich, aldus het hof, bewust van zijn onderhoudsverplichting jegens de vrouw en ondanks dat én eerdere waarschuwingen van zijn werkgever heeft hij toch alcohol genuttigd onder werktijd. Het hof weegt mee dat er geen sprake is van een alcoholverslaving en de man is ook niet onder behandeling (geweest) zodat de man het zelf in de hand heeft gehad en het hem om die reden ook te verwijten valt.

De 90%-regel

In voornoemde uitspraak uit 1998 bepaalde de Hoge Raad voorts dat het buiten beschouwing laten van de inkomensvermindering van de alimentatieplichtige er niet toe mag leiden dat als gevolg van de aldus berekende fictieve draagkracht bij voldoening aan zijn onderhoudsplicht de alimentatieplichtige feitelijk niet meer over voldoende middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien. Dat betekent dat in geen geval de draagkrachtberekening, uitgaande van het fictieve inkomen, mag leiden tot het resultaat dat het totale inkomen van de alimentatieplichtige zakt beneden het niveau van 90% van de op hem toepasselijke bijstandsnorm, de zogenaemde 90%-regel. Een rechterlijke uitspraak die dit laatste zou miskennen zou namelijk op grond van art. 475d Rv onverhaalbaar zijn. Indien het een relatief aanzienlijke, onherstelbare inkomensvermindering betreft en het buiten beschouwing laten daarvan derhalve een beslissing van ingrijpende aard is, dient deze beslissing bovendien van een aan deze aard beant-

woordende motivering te zijn voorzien (vgl. HR 23 januari 1998, NJ 1998/707). Dit alles geldt ook voor verminderingen van inkomen uit vermogen en ook, waar de financiële draagkracht van een alimentatieplichtige niet alleen door zijn inkomen maar ook door zijn vermogen wordt bepaald (HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD:6629), voor verminderingen van zijn vermogen.

Het hof doet ook in de onderhavige uitspraak onderzoek naar de feitelijke draagkracht van de man om vast te kunnen stellen dat de 90%-regel niet geschonden wordt, hetgeen in casu niet aan de orde is. Daarbij houdt het hof rekening met alle redelijke uitgaven van de man en in het bijzonder ook met de aflossing door de man op een DSB-schuld van partijen van ongeveer € 268,- per maand. Tussen partijen was in geschil of ook met de aflossing van deze schuld rekening gehouden moest worden. Reden hiervoor is dat in het kader van de boedelverdeling tussen partijen de afspraak is gemaakt dat de man het bedrag dat uit de afkoop van een lijfrenteverzekering zou vrijkomen zou aanwenden voor de aflossing van deze DSB-schuld. Ter zitting in hoger beroep is echter gebleken dat de man deze afspraak niet is nagekomen, waaraan de vrouw ter zitting de consequentie heeft verbonden dat met de maandelijkse aflossing op de DSB-schuld geen rekening dient te worden gehouden. Het hof is van oordeel dat nu de DSB-schuld een huwelijkse schuld van partijen is en vaststaat dat de man de aflossing op deze schuld van € 267,58 per maand nog steeds voldoet, bij de bepaling van de draagkracht van de man hiermee rekening moet worden gehouden. Of tussen partijen nog iets te verrekenen valt in het kader van de boedelverdeling, maakt dat niet anders. Op 23 november 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AD4010) bepaalde de Hoge Raad overigens expliciet dat deze regel niet van toepassing is in de situatie dat het inkomensverlies wel voor herstel vatbaar is. Dat de rechter in het verleden heeft geoordeeld dat het inkomensverlies voor herstel vatbaar is maar dit inkomensverlies feitelijk niet is hersteld, maakt dat niet anders, aldus de Hoge Raad op 24 september 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BM:9607). Wanneer sprake is van een voor herstel vatbaar inkomensverlies, dient dit inkomensverlies dus ook voor de reeds verstreken periode buiten beschouwing te worden gelaten en is de 90%-regel niet van toepassing.

Volledigheidshalve wordt nog verwezen naar een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 21 november 2013 (ECLI:NL:GHSHE:2013:5668). In deze situatie was in eerste instantie geoordeeld dat het inkomensverlies wel voor herstel vatbaar was, maar in hoger beroep niet meer. De man had vrijwillig ontslag genomen vanwege de ophanden zijnde echtscheiding, hetgeen naar mijn mening terecht als voor herstel vatbaar inkomensverlies werd beoordeeld. Echter, de man bracht later een gecertificeerd arbeidsdeskundig rapport in het geding waaruit bleek dat de praktische verdien capaciteit al een aantal jaren nihil was. Gelet op de inhoud van dit rapport was er inmiddels sprake van niet voor herstel vatbaar inkomensverlies en diende de 90%-regel te worden toegepast. Betaling van partneralimentatie zou ertoe leiden dat de man beneden het niveau van 90% van de bijstandsnorm voor een alleenstaande zou zakken en het verzoek tot nihilstelling werd toegewezen.

De onderliggende uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch volgt de lijn van de Hoge Raad zoals deze reeds in 1979 en 1998 is uitgezet aan de hand van het stappenplan. Indien er sprake is van niet voor herstel vatbaar én verwijtbaar inkomensverlies dan wordt er met dit inkomensverlies geen reke-

ning gehouden indien en voor zover de 90%-regel niet wordt geschonden. Bij de man wordt gerekend met een fictieve draagkracht, zijnde het inkomen dat hij laatstelijk heeft genoten. De man dient zijn volledige draagkracht aan te wenden voor het betalen van partneralimentatie. Opnieuw een naar mijn mening terechte en heldere uitspraak.

mr. M.J.E.M. Wielinga-van Dillen
Wielinga Advocatuur & Mediation

1. De procedure

Bij beschikking van deze rechtbank van 11 april 2019 is op verzoek van [verzoeker] een voorlopig getuigenverhoor bevolen. Ten behoeve van de zitting van 18 juli 2019 heeft [verzoeker] onder andere de heer [naam mediator 1] (hierna: [naam mediator 1]) en mevrouw [naam mediator 2] (hierna: [naam mediator 2]), beide mediator, opgeroepen als getuige. [verweerster], [naam mediator 1] en [naam mediator 2] hebben zich alledrie op het standpunt gesteld dat [naam mediator 1] en [naam mediator 2] (hierna tezamen aangeduid als: de me-