

redenen wordt dit soort hulpverlening zelden ingezet na een scheiding van de ouders.

Bescherming van kind-slachtoffers

Art. 1:377a lid 3 BW bepaalt, kort gezegd, dat de omgang van een kind aan een ouder ontzegt kan worden als door het contact de ontwikkeling van het kind geschaad wordt. Het spreekt voor zich dat het hierbij kan gaan om geweld, maar dit wordt als zodanig niet expliciet genoemd. Art. 1:377a BW biedt dus weinig houvast om casuïstiek (op uniforme wijze) te beoordelen.

Art. 31 van het Verdrag van Istanboel verplicht tot het ontwikkelen van een toetsingskader waarbij zowel bij het vaststellen als de uitvoering van gezag en omgang de rechten en de veiligheid van de slachtoffer-ouder en het kind gewaarborgd moeten worden. In deze casus speelt met name het tweede lid dat stelt dat de uitvoering van een omgangsregeling niet ten koste mag gaan van de rechten of de veiligheid van het kind (of de slachtoffer-ouder). Art. 31 van het Verdrag van Istanboel is niet geïmplementeerd in onze wetgeving en er zijn ook geen voornemens om dit te doen. Art. 50 van het Verdrag van Istanboel is met name van belang bij het beoordelen van de schorsing van een zorgregeling in het kader van een kort geding of een voorlopige voorziening. Hierin is namelijk het beginsel van de 'onmiddellijke respons' opgenomen. Daarmee wordt bedoeld dat bij gebleken geweld/onveiligheid direct adequate beschermende maatregelen moeten worden genomen.

Het Verdrag van Istanboel kent geen individueel klachtrecht. Het EHRM legt het EVRM echter uit in overeenstemming met het Verdrag van Istanboel. Voor deze casus is de uitspraak inzake *I.M. et autres c. Italie* (EHRM 10 november 2022, nr. 25426/20) van belang. Hierin nam het Europese Hof ten aanzien van twee kinderen een schending van art. 8 EVRM aan omdat zij door de Italiaanse jeugdrechter in een (begeleide) omgangsregeling met hun gewelddadige vader werden gedwongen. Ondanks de begeleiding deden zich namelijk veelvuldig (ernstige) incidenten voor, waarbij met name de moeder, maar ook de kinderen zelf (en zelfs de begeleiding) slachtoffer werden van de agressie van de vader. Het Europese Hof was van mening dat *the best interests of the child* hiermee ten onrechte ondergeschikt waren gemaakt aan het belang van de vader om het contact met zijn kinderen te behouden.

Deze redenering van het Europese Hof ligt in lijn met de uitleg van art. 19 IVRK in *General Comment no. 13*, randnummer 68. Hierin wordt benadrukt dat het IVRK holistisch geïnterpreteerd moet worden. Bij de uitleg van art. 3 IVRK moet de menselijke waardigheid van het kind, alsmede diens recht op fysieke integriteit als omschreven in art. 19 IVRK, gerespecteerd worden. Het *General Comment* stelt dat het oordeel van een volwassene over wat in het belang van het kind is er niet toe kan leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten van het kind zoals het IVRK die beoogt te waarborgen, waaronder het recht om vrij van alle vormen van geweld op te groeien.

Conclusie ten aanzien van de uitspraak

De voorzieningenrechter heeft op inzichtelijke wijze het geweld omschreven, waarmee de uitspraak zich in positieve zin onderscheidt van veel andere uitspraken. Maar het continueren van de zorgregeling van het oudste kind kan de toets der kritiek niet doorstaan. Er is sprake van structurele onveiligheid en er doen zich regelmatig situaties van acute onveilig-

heid voor. Aan de continuering van het contact veiligheidsvoorwaarden verbinden, is niet afdoende. Vader ontkent bovendien, tegen beter weten in, alle problemen categorisch en de voorzieningenrechter noemt dat terecht zorgelijk. Zolang de structurele onveiligheid voortduurt, zullen zich ook situaties van acute onveiligheid blijven voordoen. Gelet op de eis van de onmiddellijke respons als bedoeld in art. 50 van het Verdrag van Istanboel had de zorgregeling met vader geschorst moeten worden. Ook uit art. 31 lid 2 Verdrag van Istanboel en art. 19 IVRK vloeit voort dat de (voorlopige) beëindiging van de zorgregeling in deze situatie geïndiceerd is. Met de verwijzing van de voorzieningenrechter naar art. 3 IVRK wordt dezelfde fout gemaakt als in de uitspraak *I.M. et autres c. Italie*, namelijk dat art. 3 IVRK wordt uitgelegd zonder daarbij het recht van het kind op eerbiediging van zijn menselijke waardigheid te respecteren. De voorzieningenrechter heeft dus verzuimd om het IVRK holistisch uit te leggen zoals *General Comment no. 13* voorschrijft. Ik heb de indruk dat de voorzieningenrechter nogal heeft zitten worstelen met de lange doorlooptijd bij Veilig Thuis en het niet wenselijk heeft geacht dat de zorgregeling van het oudste kind zo lang geschorst zou blijven. Uiteraard is het onwenselijk dat het maanden duurt voordat Veilig Thuis een melding op kan pakken. Maar de voorzieningenrechter had dit voor rekening en risico van vader moeten laten, en niet voor die van het kind.

mr. G.A.P. Avontuur
Avontuur & Czarnota familierecht

Ondernemingsrecht

139

Beding in vaststellingsovereenkomst (echtscheidingsconvenant) volgens welke die overeenkomst 'uitsluitend grammaticaal' is, is toelaatbaar

Hoge Raad
25 augustus 2023, nr. 22/04170, ECLI:NL:HR:2023:1131
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Salomons, mr. Teuben)
(Concl. A-G Valk; niet opgenomen)
Noot mr. E.P.C. Duinkerke

Uitleg vaststellingsovereenkomst. Haviltex-criterium.

[BW art. 3:33, 3:35]

Essentie: Volgens de eigen contractuele uitlegmaatstaf prevaleert, in afwijking van het Haviltex-criterium, de letterlijke tekst van de overeenkomst boven eventuele partijbedoelingen, zodat de rechter de bepalingen uit de overeenkomst uitsluitend grammaticaal dient uit te leggen en toe te passen.

Samenvatting: Het middel is gericht tegen het oordeel van het hof (in r.o. 5.5.1-5.5.2) dat, gelet op de uitsluiting van het Haviltex-criterium door partijen, art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst aldus moet worden uitgelegd dat de daarin genoemde datum van 24 mei 2021 de einddatum van de door de man aan de vrouw te betalen partneralimentatie is. Het mid-

del klaagt onder meer dat ook bij grammaticale of objectieve uitleg moet worden gekeken naar de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een bepaalde uitleg en dat het hof de stellingen die de curator daarover heeft aangevoerd, onvoldoende in zijn beoordeling heeft betrokken.

In de considerans van de vaststellingsovereenkomst zijn partijen een maatstaf overeengekomen voor de uitleg van die overeenkomst. Deze contractuele uitlegmaatstaf houdt in dat, in afwijking van het Haviltex-criterium, de letterlijke tekst van de overeenkomst prevaleert boven eventuele partijbedoelingen, zodat de rechter de bepalingen uit de overeenkomst uitsluitend grammaticaal dient uit te leggen en toe te passen.

Deze contractuele uitlegmaatstaf heeft het hof in r.o. 5.5.2 aldus uitgelegd, dat deze meebrengt dat bij de uitleg van art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst slechts kan worden aangeknoopt bij begrippen die niet voor meerderlei uitleg vatbaar zijn (te weten de datum 24 mei 2021, die daarin als einddatum van de partneralimentatie is genoemd), omdat bij de uitleg van begrippen die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn (zoals naar het oordeel van het hof het begrip 'pensioengerechtigde leeftijd') de bedoelingen van partijen zouden moeten worden betrokken, hetgeen volgens de contractuele uitlegmaatstaf niet is toegestaan. Voor zover het middel klaagt dat het hof met dit oordeel de grammaticale of objectieve uitlegmaatstaf zoals bedoeld in de rechtspraak van de Hoge Raad heeft miskend door geen acht te slaan op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de door het hof aan art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst gegeven uitleg, ziet het eraan voorbij dat de considerans van de vaststellingsovereenkomst de hiervoor vermelde eigen, contractuele uitlegmaatstaf bevat. Het middel klaagt niet dat het hof deze contractuele uitlegmaatstaf aan de hand van een onjuiste maatstaf of op onbegrijpelijke wijze heeft uitgelegd.

Uitgaande van de uitleg die het hof aan de contractuele uitlegmaatstaf heeft gegeven, was het hof, anders dan onderdeel 3.9 klaagt, niet gehouden om nader in te gaan op de stellingen van de vrouw die het in r.o. 5.4 heeft weergegeven. Deze stellingen hebben immers betrekking op de bedoelingen die partijen volgens de vrouw hebben gehad met het begrip 'pensioengerechtigde leeftijd' in art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst, welke bedoelingen op grond van de contractuele uitlegmaatstaf zoals door het hof uitgelegd, niet bij de uitleg van art. 1.7 kunnen worden betrokken.

Raymond Wilhelmus Peter Triepels, h.o.d.n. BEWINDKR8, kantoorhoudende te Grevenbicht, gemeente Sittard-Geleen, in de hoedanigheid van curator van [de vrouw], (hierna: de vrouw), verzoeker tot cassatie, hierna: de curator, advocaat: M.A.J.G. Janssen, tegen [de man], wonende te [woonplaats], Duitsland, verweerder in cassatie, hierna: de man, advocaat: H.J.W. Alt.

De uitspraak van de Hoge Raad is te vinden in de rubriek civiel recht van deze aflevering van «JIN» onder nummer 141.

NOOT

Deze beschikking gaat over de uitleg van een vaststellingsovereenkomst die twee ex-echtgenoten in het kader van hun echtscheiding met elkaar hebben gesloten. In de vaststellingsovereenkomst zijn onder andere afspraken gemaakt over de einddatum van de partneralimentatie die de vrouw van de man zou ontvangen. In art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst is daartoe bepaald dat de partneralimentatie zou eindigen op de dag dat 'de vrouw de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, te weten op 24 mei 2021'. Verder is van belang dat de considerans van de overeenkomst een uitlegbepaling bevat die inhoudt dat bij de toepassing van de overeenkomst, in afwijking van het Haviltex-criterium, de letterlijke tekst van de overeenkomst prevaleert boven eventuele partijbedoelingen en dat de bepalingen van de overeenkomst uitsluitend grammaticaal dienen te worden uitgelegd en toegepast.

In beide feitelijke instanties staat de vraag centraal hoe art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst, mede gelet op de contractuele uitlegbepaling, dient te worden uitgelegd en zodoende welke einddatum voor de partneralimentatie van toepassing is. In eerste aanleg verzoekt (de curator van) de vrouw de rechtbank primair om de termijn van de partneralimentatie te verlengen tot 25 mei 2024, te weten de datum waarop de vrouw de – op dat moment reeds verhoogde – pensioengerechtigde leeftijd van 67 jaar zou bereiken. Subsidiair wordt verzocht diezelfde termijn te verlengen tot 25 mei 2022, te weten de dag waarop de vrouw de leeftijd van 65 jaar zou bereiken. De rechtbank wijst het subsidiaire verzoek toe en overweegt daartoe, kort gezegd, dat het begrip 'pensioengerechtigde leeftijd' een welbekend begrip is in de maatschappij en dat daarmee wordt bedoeld op de juridische betekenis daarvan zoals bedoeld in art. 7a van de Algemene Ouderdomswet, oftewel de AOW-leeftijd. Het in art. 1.7 genoemde jaartal 2021 moet daarom worden gezien als een verschrijving, omdat – ook ten tijde van de ondertekening van de vaststellingsovereenkomst – duidelijk was dat de vrouw de AOW-leeftijd van 65 jaar op 25 mei 2022 zou bereiken, aldus de rechtbank. Feitelijk lijkt me dat in de gegeven situatie inderdaad een passende oplossing, ware het niet dat partijen in dit geval uitdrukkelijk van het Haviltex-criterium hebben afgeweken. In hoger beroep heeft het hof de beschikking van de rechtbank dan ook vernietigd met de motivering dat het begrip 'pensioengerechtigde leeftijd' wel degelijk op meerdere wijzen kan worden uitgelegd, welke uitleg gelet op de uitsluiting van de Haviltex-maatstaf echter niet is toegestaan. De in art. 1.7 genoemde datum van 24 mei 2021 is volgens het hof niet voor tweemaal uitleg vatbaar, zodat die datum heeft te gelden als de einddatum voor de partneralimentatie. De beschikking van de rechtbank wordt op dat onderdeel vernietigd.

De (curator van de) vrouw stelt cassatieberoep in. In het cassatiemiddel wordt geklaagd over de wijze waarop het hof 'gelet op de uitsluiting van het Haviltex-criterium door partijen' art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst heeft uitgelegd. Opvallend is dat het cassatiemiddel niet de klacht inhoudt dat het hof de contractuele uitlegbepaling *zelf* aan de hand van een onjuiste maatstaf of op onbegrijpelijke wijze heeft uitgelegd. Dit heeft tot gevolg dat de uitleg die het hof aan de uitlegbepaling heeft gegeven in cassatie niet ter discussie staat en de Hoge Raad geen andere mogelijkheid had dan de uitleg die het hof aan de uitlegbepaling heeft gegeven als

vaststaand te beschouwen. Het hof was daarom niet gehouden om nader in te gaan op de stellingen van de vrouw over de uitleg van art. 1.7 en de cassatieklacht hierover faalt.

De rechtsoverwegingen 3.2.1 tot en met 3.2.3 van deze beschikking zouden bij een eerste lezing de indruk kunnen wekken dat de Hoge Raad (impliciet) erkent dat toepassing van het Haviltex-criterium contractenrechtelijk volledig kan worden uitgesloten. Mijns inziens volgt dat niet uit deze beschikking. In de eerste plaats omdat de Hoge Raad niet is toegekomen aan de beoordeling van de wijze waarop het hof de uitlegbepaling heeft uitgelegd, nu daartegen geen cassatieklacht is gericht. Als tweede omdat een dergelijke erkenning zou breken met de bestendige lijn die de Hoge Raad de afgelopen decennia op contractenrechtelijk gebied heeft uitgezet, wat vervolgens een grote impact zou hebben op het opstellen van contracten in de Nederlandse praktijk. De Hoge Raad heeft hier geen overweging ten overvloede aan gewijd. Als derde en laatste reden noem ik dat het contractpartijen mijns inziens zonder meer vrijstaat om in contracten een uitlegbepaling op te nemen en daarin af te wijken van het Haviltex-criterium. Dit vloeit voort uit de contractvrijheid van partijen. Dit laatste betekent niet dat de toepassing van Haviltex in het geheel kan worden uitgesloten. Zoals namelijk uit de laatste volzin van r.o. 3.2.2 blijkt, zal het Haviltex-criterium in voorkomende gevallen van belang blijven voor de uitleg van uitlegbepalingen zelf en zodoende dus altijd een rol van betekenis blijven spelen bij de uitleg van contractuele bepalingen.

Tot slot nog twee opmerkingen. De eerste is dat ik voor contractpartijen weliswaar geen obstakel zie om een uitlegbepaling af te spreken waarin van Haviltex wordt afgeweken, maar dat wil niet zeggen dat het ook verstandig is. Een uitlegbepaling leidt in mijn optiek immers namelijk even zo vaak (zo niet vaker) tot uitleggeschillen als dat het ze voorkomt. De toegevoegde waarde ervan acht ik dan ook beperkt of niet aanwezig. Mij dunk dat als de uitlegbepaling in de onderhavige vaststellingsovereenkomst niet was opgenomen, het hoger beroep en cassatie achterwege hadden kunnen blijven. Overigens kon feitelijk wellicht hetzelfde effect worden bereikt door een beroep te doen op de aanvullende/beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 resp. lid 2 BW), maar van die mogelijkheid is in de feitelijke instanties kennelijk geen gebruik gemaakt.

mr. E.P.C. Duinkerke
De Kempnaer Advocaten N.V.

Civiel recht

140

Onredelijke benadeling bij late ontvangst appeldagvaarding?

Hoge Raad
7 juli 2023, nr. 22/02723, ECLI:NL:HR:2023:1073
(mr. Kroeze, mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Watten-dorff, mr. Makkink)
(Concl. A-G Snijders; niet opgenomen)
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

Nietigheid appeldagvaarding. Onredelijke benadeling.

[Rv art. 46, 66, 122]

Essentie: Het enkele feit dat geïntimeerden door een gebrekkige betekening pas twee weken na het einde van de appeltermijn kennis hebben genomen van de appeldagvaarding brengt niet met zich mee dat zij onredelijk in hun belangen zijn geschaad, zodat het beroep op nietigheid niet slaagt.

Samenvatting: Behalve de algemene regeling van exploiten in art. 45-66 Rv, bevat de wet in art. 120-122 Rv specifieke regels voor gebreken in dagvaardingsexploten. Art. 122 lid 1 Rv bepaalt, voor zover hier van belang, dat indien de gedaagde in het geding verschijnt en zich op de nietigheid van het exploit van dagvaarding beroept, de rechter dat beroep verwerpt indien naar zijn oordeel het gebrek de gedaagde niet onredelijk in zijn belangen heeft geschaad.

Aan art. 122 Rv ligt de gedachte ten grondslag dat indien een exploit lijdt aan een gebrek dat tot nietigheid daarvan kan leiden, dit rechtsgevolg slechts op zijn plaats is indien en voor zover dat gewenst is in verband met de bescherming van de belangen waarop de geschonden norm betrekking heeft. Daarvan is sprake als degene voor wie het exploit is bestemd door het gebrek onredelijk is benadeeld in een belang dat door de geschonden norm wordt beschermd.

Verweerders hebben aangevoerd dat zij door het gebrek in het exploit pas ruim twee weken na het einde van de appeltermijn kennis hebben genomen van het door eisers ingestelde hoger beroep. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat verweerders niet hebben aangevoerd dat zij daardoor worden bemoedlijkt in het voeren van verweer in hoger beroep. Verweerders hebben in cassatie aangevoerd dat zij, toen de appeltermijn was verstreken, ervan mochten uitgaan dat geen hoger beroep was ingesteld. Dit belang is, zonder bijkomende omstandigheden, van geringer gewicht dan het belang dat het geschil, ondanks een aan de appeldagvaarding klevend gebrek dat tot nietigheid kan leiden, aan een inhoudelijke beoordeling door de appelrechter kan worden onderworpen. Verweerders zijn door het gebrek in het exploit dus niet onredelijk in hun belangen geschaad.

1. [Eiser 1], wonende te [woonplaats],
2. [eiseres 2], wonende te [woonplaats],
eisers tot cassatie,
hierna: [eiser 1] en [eiseres 2],