

Het *Kelderluik*-arrest: van niet zo revolutionair naar niet meer weg te denken

Mr. dr. E.G.D. van Dongen en prof. mr. I. Giesen*

1. Inleiding

De reden voor de haast van Duchateau op 23 februari 1961 was begrijpelijk: hij had eerder die dag wat gedronken, en hij moest nodig naar het toilet. Zijn val in het kelderluik van café De Munt te Amsterdam, en de daaropvolgende procedure tegen Coca-Cola zijn alom bekend in juridisch Nederland. Van de 400 vermogensrechtelijke arresten van de Hoge Raad die in 2015 in Nederland aan de juridische faculteiten werden voorgeschreven in het bacheloronderwijs, werden er slechts twee voorgeschreven op alle faculteiten: het *Kelderluik*-arrest en het *Haviltex*-arrest.¹ Maar weten we eigenlijk precies van de *Kelderluik*-zaak wat we daarvan zouden moeten weten? Enkel hetgeen in de *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* is gepubliceerd,² is algemeen bekend. Hoewel de rechtsregel uit het arrest bij velen op het netvlies staat, en de gezichtspunten zoals ontwikkeld door de Hoge Raad in dit arrest leidend zijn geworden voor de latere rechtspraak,³ is nimmer archiefonderzoek gedaan naar de onderliggende stukken.⁴ En dat terwijl dat archief weleens licht zou kunnen werpen op aspecten van de zaak die in de loop der tijd in de vergetelheid zijn geraakt (maar ook nu nog van belang kunnen zijn) of die juist pas na het wijzen van het arrest als vraag zijn opgekomen.⁵ De onderhavige bijdrage doet verslag van dat archiefonderzoek.⁶

In dit artikel staat een aantal vragen centraal die ons bij de start van dat archiefonderzoek bezighielden. Ten eerste, werpen de dossiers een nieuw licht op de feiten en daarmee op het verloop van de zaak? Ten tweede, de *Kelderluik*-zaak wordt nu als baanbrekend en belangrijk gezien, maar hoe paste de *Kelderluik*-zaak binnen de destijds geldende regels inzake de 'onregmatige daad' (art. 1401 (oud) BW)? Ten derde, er wordt wel gezegd dat de door de Hoge Raad geformuleerde regel sterk lijkt op die in de Amerikaanse zaak *Carroll Towing Co.*, beslist door Judge *Learned Hand*,⁷ zodat de vraag rijst of die zaak inderdaad leidend was voor de Hoge Raad. In de literatuur is al eerder gezinspeeld op deze (deels rechtseconomisch bepaalde achtergrond) van het *Kelderluik*-arrest,

* Mr. dr. E.G.D. van Dongen en prof. mr. I. Giesen zijn als universitair docent resp. hoogleraar verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht.

1. W.H. van Boom, 'Door meten tot weten'. *Over rechtswetenschap als kruispunt* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 2 en 11. Van Boom onderzocht overigens acht van de tien faculteiten.
2. HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136.
3. Zie bijv. HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0830, *NJ* 2003/660 (*Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal*); HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, *NJ* 2013/466 (*Verzoeker/Curaçao*) en HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3751, *NJ* 2013/477 (*Waterscooter*). Zie ook nog HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*J.M.V. Spoorwegveiligheid B.V./Zürich*).
4. De methode van archiefonderzoek naar arresten in de vorige eeuw in het archief van de Hoge Raad in het Nationaal Archief is ingezet door F.C.J. Ketelaar, 'De schepping van het arrest Lindenbaum-Cohen', in: U.W. Bentinck e.a. (red.), *Kabaal in Holland*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 15-23.
5. Zonder kennisgeving van de processtukken c.q. het dossier in feitelijke instanties is het onmogelijk om tot in de haarvaten van een zaak te kunnen doordringen, aldus F. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, afl. 11, p. 930.
6. Hoewel de overwegingen van het vonnis van de kantonrechter en het arrest van het hof deels overgenomen zijn in het arrest van de Hoge Raad, is voor zover wij weten nog niet eerder door rechtswetenschappers kennisgenomen van de oorspronkelijke stukken. Hetzelfde geldt voor de aan het arrest van de Hoge Raad voorafgaande pleidooien. Al deze stukken zijn niet gepubliceerd – met uitzondering van het arrest van de Hoge Raad. Het vonnis van de rechtbank en het arrest van het hof bevinden zich in het Noord-Hollands Archief in Haarlem, en de stukken van de Hoge Raad in het Nationaal Archief in Den Haag. In het archief van de Hoge Raad bevinden zich ook de laatste handgeschreven correcties op het concept van het arrest van het hof. Voorafgaand hebben wij voor het mogen raadplegen van beide archieven toestemming aan moeten vragen. Onze dank gaat uit naar Nathalie Steurrijs voor onderzoeksassistentie.
7. *United States v. Carroll Towing*, 159 F2d 169 (2d Cir. 1947); zie ook J.P.B. Mot, A. Canta & V. Gangapersadsing, 'The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands', *Global Jurist Advances* 2004 4(2). De link tussen het *Kelderluik*-arrest en de *Learned Hand* formula wordt bijvoorbeeld gelegd door C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 175; W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 8; I. Giesen, 'Van een openstaand kelderluik naar een gekantelde vrachtwagen', *AV&S* 2004, afl. 1, p. 36. Zie te dien aanzien ook nog paragraaf 5 hierna.

of althans op een impliciete economische logica,⁸ maar of dat klopt, is onduidelijk gebleven. Wij vroegen ons af of de dossiers en de literatuur voorafgaand aan en kort na de beslissing nieuw licht kunnen doen schijnen op deze vragen.

In het navolgende zal op basis van ons dossieronderzoek uitvoerig worden ingegaan op het feitenrelaas dat aan de zaak ten grondslag lag (par. 2). Hierbij zal de vraag worden beantwoord wat deze feiten, zoals blijkend uit de stukken van rechtbank en gerechtshof, toevoegen aan hetgeen we al wisten uit de *NJ*. Hierna zal verslag worden gedaan van de diverse schriftelijke schrijfrondes, incl. tekstuele wijzigingen, die hebben geleid tot de uiteindelijke versie van het arrest van de Hoge Raad (par. 3). De feiten en juridische argumenten van partijen zullen vervolgens in hun rechtshistorische context worden geplaatst, d.w.z. gekoppeld worden aan de toen heersende opvattingen in doctrine en rechtspraak omtrent de onrechtmatige daad (par. 4). Hierbij zal ook de vraag beantwoord worden of het *Kelderluik*-arrest revolutionair bevonden werd in die tijd. Daarna zal in par. 5 worden ingegaan op de receptie van de uitspraak in de jaren erna. Ook zullen wij hierbij bezien wat de archiefstukken ons kunnen vertellen over de stellingname dat de door de Hoge Raad geformuleerde regel wellicht terug te voeren is op die van Judge *Learned Hand*. Ten slotte volgt een conclusie (par. 6).

2. Feiten en argumenten in feitelijke instanties

2.1. De feiten zoals vastgesteld door de rechtbank

Op 23 februari 1961 was Duchateau, een Maastrichtenaar van klein postuur,⁹ samen met zijn echtgenote en een bevriende relatie een dagje uit in Amsterdam. Nadat ze in de ochtend Schiphol hebben bekeken en – niet vermeld in de versie gepubliceerd in de *NJ* – aldaar bier hebben gedronken (!),¹⁰ wandelen ze aan het begin van de middag in de stad.¹¹ Toen Duchateau hoge nood kreeg, ging hij het eerste het beste café binnen – café De Munt, Singel 522,¹² op de hoek van de Openhartsteeg¹³ – en snelde hij

via het middenpad naar het herentoilet. Achteraan rechts in het café bevonden zich twee deuren, de meest rechtse met een D en de andere met een H erop. Hij probeerde de deur met de H in te gaan.¹⁴

Bij het openen van de deur viel hij in een geopend kelder-ruim – zich geheel voor de D-deur en een klein deel van de H-deur bevindend – en liep hij ernstig letsel aan zijn linkerbeen op. Het luik van het kelderruim was kort tevoren opengezet door Sjouwerman, werknemer van Coca-Cola. Sjouwerman was al even aanwezig in De Munt aangezien hij een kop koffie had gedronken en brood had gegeten. Vervolgens stond hij op en heeft hij – zonder dat eerst de eigenaar van het pand, dhr. W. Boom, mede te delen – het kelderluik geopend¹⁵ om lege flessen uit de kelder te verwijderen en nieuwe flessen daarin op te slaan. Juist op het moment waarop Sjouwerman zich achter de bar van het café heeft begeven om nog meer flesjes te halen, geschiedt het ongeluk.

In de procedure in eerste aanleg stelt Duchateau dat zijn val het gevolg is van schuld van Sjouwerman, waarvoor Coca-Cola aansprakelijk is. Volgens Duchateau is er onrechtmatig gehandeld door te verzuimen de noodzakelijke beveiligingsmaatregelen te nemen. Coca-Cola betwist dit, stelt dat ze een doeltreffende waarschuwing heeft gegeven door het plaatsen van kistjes, en dat het ongeval geheel te wijten is aan eigen onvoorzichtigheid van Duchateau.¹⁶ In repliek betwist Duchateau dit. Hij stelt dat de kistjes niet op het middenpad stonden, maar rechts ernaast, precies aan de rand ervan, en stelt dat hij niet over de barricade heen gestapt is maar normaal gepasseerd heeft – de kistjes waren niet geplaatst over de gehele lengte van het kelderluik. Deze stelling wordt in dupliek bestreden door Coca-Cola die stelt dat men niet normaal over het pad naar het toilet toe kon lopen en dat de barricade zodanig was dat de deur van het links gelegen toilet niet geopend kon worden. Duchateau stelt dat het café slecht verlicht was, sterker nog: dat het café donker was

8. Zie R.J. van den Bergh, *Averechts recht* (oratie Rotterdam), Antwerpen: Intersentia 2000, p. 56, die als voorbeeld de algemene zorgvuldighedsnorm noemt, waarbij rechters impliciet een afweging maken tussen de kosten van zorg en de opbrengsten (vermindering van de verwachte schade). Hij verwijst naar het *Kelderluik*-arrest.
9. Proces-verbaal van 17 januari 1963, opgenomen in Noord-Hollands Archief (hierna: NHA), 593. Arrondissementsrechtbank Amsterdam, Minuut-vonnissen van de eerste kamer 1960-1969, inventarisnr. 959, rolnr. 61.1869.
10. Zonder bewijs uit de bronnen stelt Van Maanen dat Duchateau een biertje drinkt in café De Munt. Zie G.E. van Maanen, 'De Nederlandse kelderluikarresten. Al meer dan honderd jaar – rechtseconomisch (!) – op de goede weg in Europa!', *NTBR* 2008, afl. 1, p. 5. Onjuist lijkt de suggestie van W.T. Braams, *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 361, die schrijft dat Duchateau, na het genot van één of meer consumpties, een weg naar het herentoilet zocht.
11. Zie D.J. Veegens, 'Pleidooi inzake Coca-Cola Exp. Corp. Tegen M. Duchateau', p. 1, opgenomen in Nationaal Archief, Den Haag (hierna: NL-HaNA), 2.09.65, Hoge Raad der Nederlanden (1939) 1940 – 1979 (1981), inventarisnr. 209, dossiernr. 9885. Later bleek, uit de Memorie van Antwoord in hoger beroep, dat tussen partijen vaststaat dat het ongeluk bij daglicht gebeurd is, rond 14.00 uur, en dat het winterweer was.
12. Een vluchtige blik op de huidige inrichting van Singel 522 kan men krijgen via www.amsterdamtoer.nl/panoramas/s/singel-522-bloemenmarkt#103127|68.09|5.08|80.00|52.3669|4.8917.
13. Zie de afbeelding van Singel 528-522, opgenomen in de beeldbank van het stadsarchief van Amsterdam, online te raadplegen via archief.amsterdam/archief/10009.
14. Braams 1989, p. 361, stelt dat de gedetailleerdheid van het proces-verbaal van de descente alsook de conclusie van de A-G een komische indruk maakt. Bij zoveel oog voor detail valt het op dat nergens is te lezen hoeveel Duchateau gedronken had, aldus Braams. Uit het voorgaande blijkt dat hij had gedronken, maar niet in café De Munt.
15. Arr.-Rb. Amsterdam 11 december 1962, opgenomen in NHA, 593. Arrondissementsrechtbank Amsterdam, Minuut-vonnissen van de eerste kamer 1960-1969, inventarisnr. 959, rolnr. 61.1869, p. 2.
16. Uit: weergave in Hof Amsterdam 5 februari 1964, opgenomen in NHA, 599. Gerechtshof Amsterdam, Minuut-arresten van de derde kamer, 1960-1969, inventarisnr. 448, rolnr. 287/1963, p. 2-3.

– het was een in de diepte gebouwde pijpenlade –¹⁷ en dat het naar boven opengeklapte luik niet zichtbaar was, mede door de schaduwwerking van twee fauteuils die zich rechts van het luik bevonden.¹⁸ Coca-Cola overlegt in dupliek nog een proces-verbaal van de politie,¹⁹ waarin Duchateau heeft gezegd het luik te hebben zien openstaan,²⁰ een situatieschets en enkele foto's.²¹ De rechtbank acht een plaatsopneming nodig om de situatie ter plaatse nader te onderzoeken.²² Een gedeelte van deze plaatsopneming is opgenomen in de gepubliceerde uitspraak in de *NJ*.

Uit de (volledige tekst van de) plaatsopneming blijkt dat de bij het openstaande luik gestapelde (volle) kistjes – gereconstrueerd bij de plaatsopneming –²³ het geheel openen van de deur beletten²⁴ en dat men daardoor niet rechtdoor het toilet in kon lopen.²⁵ De enige mogelijkheid was zich naar rechts te begeven, de deur deels te openen tot aan het punt dat de deur de kistjes raakte, en dan binnen te gaan. De lastige manoeuvre zou men kunnen verrichten door met de rechervoet op de rand van de kelderopening²⁶ aan de deurzijde te steunen en met de linkervoet aan de zijde waar de kistjes stonden (hierna te noemen: de manoeuvre).²⁷ Uit de plaatsopneming en uit de foto's blijkt dat Duchateau het toilet niet in kon komen zonder het toilet, nadat deels geopend, van rechts in te gaan. De rechtbank acht – zoals bekend – de gevaarlijke manoeuvre niet bewezen en meent dat 'alleen de uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid bij Duchateau er oorzaak van heeft kunnen zijn dat hij in het keldergat is gestapt, aangezien de aanwezigheid van de kistjes een met normale voorzichtigheid reagerende persoon zou hebben genoopt te kijken waar hij zijn voet neerzette, in aanmerking genomen de geringe ruimte welke er tussen de kistjes en de open deur was gebleven'.²⁸ Nadere bewijslevering blijft achterwege en vindt pas in hoger beroep plaats.

2.2. Nieuwe argumenten en informatie in appèl

In appèl stellen partijen de schuldvraag van Duchateau centraal. Duchateau voert aan dat hij nimmer tevoren in café De Munt is geweest, hij niet op de hoogte was van de inrichting van het café en dat ook niet kon zijn, temeer omdat in het zuiden des lands waar Duchateau woonachtig is, zich geen kelderruimtes bevinden in cafés. Duchateau was geheel niet erop bedacht dat zich in de nabijheid van het herentoilet een kelderluik bevond. Duchateau stelt dat hij zich van geen gevaar bewust was en ook niet behoefde te zijn. Volgens Duchateau stonden dichtbij het kelderluik tafeltjes waar ten tijde van het ongeval mensen zaten²⁹ – daarom kon Duchateau de kistjes aan de rechterzijde (daar zaten andere café-gasten aan tafeltjes) niet passeren. Met zijn ogen en aandacht gericht op de deur van het herentoilet stapte Duchateau langs de kistjes, greep met de linkerhand de deurklink, deed een stap naar rechts om de deur binnen te treden en kwam vervolgens ten val. Duchateau stelt dat het onjuist is dat de kistjes een met normale voorzichtigheid reagerende persoon hadden moeten noodzaken te kijken waar hij zijn voet neerzette, mede in aanmerking genomen de geringe ruimte tussen de kistjes en de openstaande deur. Het aanwezig zijn van kistjes in een café zou voor Duchateau nog niet hebben te hoeven duiden op een zich daar bevindend (als het ware verborgen) keldergat; gestapelde kistjes betekenen enkel dat je daar omheen dient te lopen, net zoals het geval zou zijn als er een stoel of tafel zou staan. Bovendien was Duchateau nog maar enkele seconden in het café, had hij het café en de inrichting nog niet rustig kunnen bekijken en was hij onmiddellijk naar het herentoilet gelopen, als gevolg waarvan zijn ogen nog niet volkomen gewend waren aan de lichtsituatie in het café.

17. Volgens Duchateau was zijn bril (destijds) niet beslagen, zie het proces-verbaal van 17 januari 1963 (zie noot 9). Bovendien heeft hij nog gezegd dat hem het zicht op het kelderluik werd ontnomen door zich ervoor bevindende kistjes en zich in de nabijheid bevindende personen.
18. Dit in tegenstelling tot wat Coca-Cola beweerde, namelijk dat om 14.00 uur in de middag het (geopende) luik en de opening in de vloer volkomen duidelijk zichtbaar waren, aangezien het licht brandde in de kelder waardoor het gat zichtbaar was als een verlicht vlak. Zie weergave in Hof Amsterdam 5 februari 1964 (*supra*, noot 16), p. 3-4.
19. Verbalisant J.H. Bevers; aldus de Memorie van Antwoord van The Coca-Cola Corporation in hoger beroep.
20. Duchateau komt later op deze verklaring terug, zegt dan het luik niet te hebben gezien en ontkent verklaard te hebben zoals opgenomen in proces-verbaal. Hij stelt dan dat de bedoelde verklaring in concept was opgemaakt en niet is getekend, terwijl niet blijkt dat zij is voorgelezen.
21. Net als de situatieschets ontbraken ook deze foto's in het dossier.
22. Volgens de rechtbank was het namelijk op basis van door politie gehoorde personen niet duidelijk of Duchateau de gestelde manoeuvre heeft gewaagd of dat hij het kelderluik niet zag en per ongeluk erin stapte.
23. Zoals de acht in het geding gebrachte foto's, aldus de Memorie van Antwoord; deze foto's bevinden zich niet in de archieven.
24. Arr.-Rb. Amsterdam 11 december 1962, opgenomen in NHA, 593. Arrondissementsrechtbank Amsterdam, Minuut-vonnissen van de eerste kamer 1960-1969, inventarisnr. 959, rolnr. 61.1869, p. 2-3. Aan de foto's ontleende de rechtbank dat de toiletdeur waarheen eiser zich vlak voor het ongeval begaf, gezien vanuit het café, aan de rechterkant sluit, dezelfde kant waar zich het kelderluik bevindt, en wel op zodanige wijze dat het, door opening van het luik ontstane gat zich uitstrekt tot een afstand van 1,5 à 2 decimeter vanaf de rechterdeurstijl en rechthoekig staat op de deur in gesloten toestand hetgeen medebrengt dat de draaiende (rechter)zijde van de deur bij opening daarvan voor een deel over het keldergat beweegt in de richting van degene die de deur opent. Voorts blijkt uit die foto's, aldus de rechtbank, dat de rand van het keldergat voor ongeveer 2/3 van de lengte (aan de zijde waarlangs men naar het toilet lopende voorbijkomt) met die kistjes was geblokkeerd en wel zodanig dat het niet-geblokkeerde 1/3 deel zich bevond aan de kant van de toiletdeur.
25. De stoelen die horen bij het dichtbijstaande cafétafeltje, staan geheel in het verlengde van de andere aan die zijde van het café staande stoelen. Zie proces-verbaal van 17 januari 1963 (noot 9).
26. Volgens de situatieschets een slechts 12 cm brede rand; aldus D.J. Veegens, 'Pleidooi inzake Coca-Cola Exp. Corp. Tegen M. Duchateau', p. 2.
27. Arr.-Rb. Amsterdam 11 december 1962 (*supra*, noot 15), p. 3.
28. Arr.-Rb. Amsterdam 28 mei 1963, in NHA, 593. Arrondissementsrechtbank Amsterdam, Minuut-vonnissen van de eerste kamer, 1960-1969, inventarisnr. 964, rolnr. 61.1869, p. 2. De rechtbank achtte Sjouwerman dan ook niet, ook niet ten dele, verantwoordelijk.
29. Dit wordt bestreden in de Memorie van Antwoord.

Daardoor was het voor Duchateau niet mogelijk om tijdig het keldergat te ontwaren.³⁰

Coca-Cola stelt dat de verlichting in het café ontstoken was, dat het opengeklapte luik zich tegen de onderkant van een raam bevond, dat dit raam zicht geeft op een naast het café lopende steeg, en dat door dit raam daglicht naar binnen viel. Door het kelderlicht tekende de kelderopening zich als een verlicht vlak af. De laatste twee stoelen voor het luik waren door Sjouwerman tegen het tafeltje aangeschoven teneinde de mat te kunnen oprollen. Door de kleur en plaatsing van de kistjes waren deze als obstakel goed zichtbaar. Bij het zich tussen de kistjes begeven moet Duchateau het luik zeker hebben zien openstaan – in werkelijkheid heeft Duchateau het luik ook wel degelijk zien openstaan.³¹ Vermoedelijk heeft hij de door de rechtbank beschreven manoeuvre willen maken, en Coca-Cola stelt dan ten eerste dat dit ‘volledig eigen schuld’ van Duchateau zou opleveren. Coca-Cola stelt tevens – in overeenstemming met het vonnis van de rechtbank – dat het openstaan van het luik zo duidelijk zichtbaar en waarneembaar was dat slechts een uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid van Duchateau de oorzaak zou kunnen zijn geweest dat hij in het keldergat is gestapt.³²

2.3. De getuigenverhoren en het oordeel van het hof
Ter staving van de door Duchateau verrichte manoeuvre, en de onmogelijkheid om de coca-colakistjes aan de rechterzijde te passeren, aangezien aan het achterste tafeltje mensen zaten die bovendien het zicht op het kelderluik hebben ontnomen,³³ worden ten behoeve van de bewijsoverlevering namens hem drie getuigen opgeroepen.³⁴ Uit de verklaring van Sjouwerman volgt onder meer dat hij de hoogte van de opgestapelde kistjes schatte op ± 75 cm, dat aan het tafeltje naast het luik geen mensen zaten, en dat Duchateau nadat hij naar boven werd gehaald na het ongeluk, over de kistjes en het luik zei dat hij niets opgemerkt had. Bovendien stelt Sjouwerman:

‘Het pad leidende naar de deur van het herentoilet was niet zó breed dat men er langs kon gaan – rechtuit lopende – zonder dat men tegen de kistjes aan zou lopen. Men moest er dus althans iets omheen gaan. Het komt mij voor dat gelet op de mat en de stoelen daarbij het niet

aannemelijk is dat Duchateau geprobeerd zou hebben om achter de kistjes om te lopen.³⁵

Café-eigenaar W. Boom heeft de val niet zien gebeuren. Hij verklaart dat de stoelen normaliter met de achterkant op het luik staan en naar voren moeten worden geschoven om het luik vrij te maken, dat er geen mensen aan dat tafeltje zaten,³⁶ dat men (rechts) om de kistjes heen moest lopen om het toilet te bereiken hetgeen niet moeilijk was, dat het plaatsen van drie kistjes naar zijn mening onvoldoende was om het gevaar van een val uit te sluiten. Boom vindt dat Duchateau het luik wel gezien moet hebben aangezien men gelet op de opgestapelde coca-colakistjes toch niet vooruit blijft kijken, maar ook naar beneden kijkt.

H.J. Coumans, caféhouder te Maastricht, de bekende die samen met Duchateau en zijn vrouw het café is binnengegaan, verklaard onder meer:

‘Wij gingen daarheen [het bewuste café, EvD&IG] omdat de Heer Duchateau nodig van het toilet gebruik moest maken. Duchateau liep dan ook rechtdoor naar het toilet. Ik heb gezien dat hij links om de kistjes met Coca Cola flesjes heen ging, daarop met zijn linkerhand de knop van de deur van het toilet beetpakte en vervolgens een stap naar rechts deed waarop hij in het keldergat viel. Ik weet dat de Heer Duchateau een bril heeft met dubbele glazen, hetgeen hem in bepaalde situaties wel eens moeilijkheden veroorzaakt.³⁷

Het hof acht bewezen dat Duchateau links langs de kistjes is gelopen, maar niet dat Duchateau met zijn linkerhand de deurkruk van het herentoilet heeft vastgenomen, geopend heeft en op hetzelfde moment een stap naar rechts heeft gemaakt. Het hof oordeelt dat hoewel niet is bewezen dat zich aan het achterste tafeltje mensen bevonden, de coca-colakistjes niet zodanig waren dat daarmee het luik geheel onzichtbaar werd gemaakt. Daarom moet het openstaande luik duidelijk boven de kistjes zichtbaar zijn

30. Memorie van Grieven, opgenomen in NHA, 599. Gerechtshof Amsterdam, Minuut-arresten van de derde kamer, 1960-1969, inventarisnr. 448, rolnr. 287/1963, p. 5-6. Duchateau's (driedelige) bewijsaanbod betreft in het bijzonder dat hij direct na het binnentreden naar het herentoilet is gegaan, de door hem gedane manoeuvre, en dat het voor hem onmogelijk was de coca-colakistjes aan de rechterzijde te passeren, aangezien aan het achterste tafeltje mensen zaten en deze het zicht op het kelderluik (voor zover Duchateau dit had moeten opmerken, *quod non* – aldus Duchateau) hebben ontnomen.

31. Dit volgt ook uit zijn verklaring afgelegd voor de politie te Maastricht (neergelegd in procesverbaal van 24 april 1962), vijf weken na het ongeval, aldus de Memorie van Antwoord, p. 2-3. Vermoedelijk door latere reconstructies en doordat hij uitvoerig werd doorgevraagd op dit punt heeft hij zijn verklaring aangepast en zegt hij geen verklaring te hebben voor het feit dat hij toch in de kelder is gevallen, aldus Coca-Cola.

32. Memorie van Antwoord, p. 2-3.

33. Het hof stelt dat de mate van oplettendheid, welke van Duchateau te vergen was, afhangt van hetgeen komt vast te staan inzake het gedrag van Duchateau en de plaatselijke situatie. Zie Hof Amsterdam 5 februari 1964, opgenomen in NHA, 599. Gerechtshof Amsterdam, Minuut-arresten van de derde kamer, 1960-1969, inventarisnr. 448, rolnr. 287/1963, p. 8.

34. Die plaatsvond aan de zijde van Duchateau ten overstaan van de raadsheer-commissaris op 5 maart 1964.

35. Proces-verbaal van getuigenverhoor van 5 maart 1964, opgenomen in NHA, 599. Gerechtshof Amsterdam, Minuut-arresten van de derde kamer, 1960-1969, inventarisnr. 448, rolnr. 287/1963, p. 5.

36. In zijn herinnering stonden er geen drie maar twee coca-colakistjes.

37. Hoewel hij eerder verklaard had tegen hoofdagent Beukers het ongeval niet gezien te hebben stelt hij nu dat die verklaring onjuist was en dat hij blijft bij de nu afgelegde verklaring. De samenvatting is gebaseerd op het proces-verbaal van getuigenverhoor van 5 maart 1964 (zie noot 34). Er is blijkbaar ook een tegengetuigenverhoor van één getuige geweest van de zijde van Coca-Cola, maar dit ontbrak in het dossier.

geweest.³⁸ Het hof stelt dat Duchateau niet gelet heeft op de omgeving toen hij bij het toilet was aangekomen. Al neemt men aan dat hij het luik niet had opgemerkt, dan geldt ook dat hij dat wel had moeten doen, gezien de vreemde plaatsing van de kistjes en het feit dat de toiletdeur niet helemaal open kon. In dat geval had hij het (goed verlichte) luik opgemerkt. Dus heeft Duchateau schuld aan het ongeval, aldus het hof.

Vervolgens resteert volgens het hof nog de vraag of Duchateau alle schuld had of dat er slechts sprake was van medeschuld aan zijn zijde. Het hof oordeelt dat Sjouwerman het gat met stoelen had kunnen barricaderen en er rekening mee had behoren te houden dat bezoekers wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden aan de toegang tot het toilet. Gelet op de eenvoudige middelen waarmee Sjouwerman de toegang tot het keldergat afdoende had kunnen barricaderen, treft ook hem schuld aan het ongeval. In de kantlijn bij deze passage staat in de conceptversie kernachtig geschreven: 'dit is de doorslaggevend overweging'.³⁹ Het hof weegt vervolgens de schuld van Duchateau af tegen die van Sjouwerman en is van oordeel dat ieder van hen *voor de helft aansprakelijk is voor het ongeval*.⁴⁰ Coca-Cola wordt dus voor de helft van de schade aansprakelijk gesteld.

2.4. Tussenconclusie

Het archiefonderzoek naar de procedure in feitelijke instanties heeft toch wel enige bemerkenswaardige feiten boven tafel gebracht, zoals het feit dat Duchateau al gedronken had voordat hij het café in kwam, en daar geen klant was. Ook het feit dat het hof voorbijgaat aan de vraag of Duchateau links of rechts voorbij de kistjes was gelopen, is relevant in het licht van de uitspraak van de rechtbank. Het ontbreken van de situatieschets en/of de foto's zorgt er echter voor dat de situatie toch nog steeds niet geheel duidelijk wordt, helaas.

3. Het arrest van de Hoge Raad

3.1. De eindversie van het arrest

Nadat de pleidooien waren gevoerd op donderdag 9 september 1965, en het OM zoals gebruikelijk twee weken later (op donderdag 23 september 1965) zijn conclusie had genomen,⁴¹ lag de zaak ter beoordeling voor bij de Hoge Raad.⁴² De civiele kamer van de Hoge Raad (de 'zetel') bestond in deze zaak uit vicepresident F.J. de Jong en de raadsheren G.J. Wiarda, Ph.A.N. Houwing, Ch.J.J.M. Petit en C.H. Beekhuis, met als vermelde reservist J.H.H. Hülsmann. Het kan interessant zijn om kort nader te kijken naar de achtergrond en activiteiten van deze raadsheren en te overdenken in hoeverre Meijers (overleden in 1954) invloed kan hebben gehad op hun denken.

Waren de genoemde raadsheren actief (geweest) in geschrift? Jazeker, enkelen hadden zelfs geschreven over het onrechtmatigedaadsrecht. Mr. F.J. de Jong had eerder onder meer geschreven over art. 1406 BW⁴³ en breder over de aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of letsel.⁴⁴ De Jong was een representant van het denken van Meijers.⁴⁵ Prof. mr. G.J. Wiarda, de concipiënt in onderhavige zaak, is bekend met name van zijn *Drie types van rechtsvinding* (1963), maar heeft niet over het privaatrecht geschreven. Dit heeft vermoedelijk te maken met de rechterlijke schroom om naar buiten toe ideeën te ventileren die iemand op een later moment als rechter kunnen worden tegengeworpen.⁴⁶ Wel schijnt Wiarda goed bevriend te zijn geweest met de zojuist genoemde F.J. de Jong, en zou het onder diens invloed zijn geweest dat Wiarda 'los is gekomen' van zijn promotor Scholten, en dat Wiarda zo meer gevoel heeft gekregen voor

38. Hof Amsterdam 11 november 1964, opgenomen in NHA, 599. Gerechtshof Amsterdam, Minuut-arresten van de derde kamer, 1960-1969, inventarisnr. 448, rolnr. 287/1963, p. 2-3.

39. Opgenomen in NL-HaNA, 2.09.65, Hoge Raad der Nederlanden (1939) 1940-1979 (1981), inventarisnr. 209, dossiernr. 9885. De archiefstukken van het arrest van de Hoge Raad bevinden zich in hetzelfde archiefstuk.

40. De argumentatie van het hof is bijzonder, aangezien partijen niet beide aansprakelijk kunnen zijn, maar enkel de laedens. Een gelaedeerde is nooit aansprakelijk jegens zichzelf. Er kan hooguit sprake zijn van eigen schuld (tegenwoordig gecodificeerd in art. 6:101 BW). Tenzij het hof heeft bedoeld dat er twee onrechtmatige daden zijn gepleegd (vgl. HR 4 februari 1916, NJ 1916/450 - zie over deze zaak uitvoerig E.G.D. van Dongen, 'Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré. Enige rechtsvergelijkende en rechtshistorische beschouwingen over de gevolgen van eigen schuld van de gelaedeerde voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen', *Pro Memoria. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 2014, afl. 1, p. 76-101), maar dat is onwaarschijnlijk. Wat zou immers de onrechtmatige daad van Duchateau zijn, en jegens wie zou hij een onrechtmatige daad gepleegd hebben?

41. Zie ook J.M. van Dunné, P. Boeles & A.J. Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 189 voor de gang van zaken bij de Hoge Raad volgens Ch.J.J. M. Petit.

42. In de cassatiemiddelen wordt allereerst gesteld dat het hof niet voorbij had mogen gaan aan de vraag of Duchateau schuld had (*i.e.* of hij het openstaande kelderluik had opgemerkt); bovendien wordt gesteld dat een cafébezoeker, die gebruik wil maken van het toilet en zich gedroeg met de normale voorzichtigheid en oplettendheid die van eenieder kon worden verwacht, ook al was hij ter plaatse onbekend, een val in het kelderluik had kunnen vermijden. Daarom konden van Sjouwerman in redelijkheid niet meer veiligheidsmaatregelen worden gevergd dan enkel het opstapelen van de kistjes langs de rand van het keldergat aan de zijde waar bezoekers liepen. Aansprakelijkheid voor nalaten daarvan dient te worden afgewezen, aangezien dergelijk roekeloos en onvoorzichtig gedrag door niemand behoeft te worden voorzien.

43. F.J. de Jong, 'Enkele opmerkingen over art. 1406 B.W.', in: *Rechtskundige opstellen op 2 november 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan prof. mr. E.M. Meijers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1935, p. 500 e.v.

44. F.J. de Jong, Prae-advies 'Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel wijziging?', *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, vol. 70, I,2, Zwolle: Tjeenk Willink 1940, p. 1-80, en zie ook II, p. 92-97.

45. R.J.Q. Klomp & G.J.W. Steenhoff, *G.J. Wiarda. Schets van leven en werk*, Utrecht: G.J. Wiarda Instituut 1998, p. 14.

46. H. Drion, 'Levensbericht G.J. Wiarda', in: *Jaarboek*, Amsterdam: KNAW 1989, p. 196. Zie over Wiarda ook Klomp & Steenhoff 1998.

Meijers' analytische benadering van het recht.⁴⁷ Prof. mr. Ph.A.N. Houwing, een *promotus* van Meijers, had onder meer geschreven over onrechtmatigheid en schuld in art. 1401 BW.⁴⁸ Prof. Ch.J.J.M. Petit, een andere *promotus* van Meijers, had over diverse onderwerpen geschreven, waaronder het burgerlijk procesrecht en het familierecht. Mr. C.H. Beekhuis was gepromoveerd op stellingen en verder in de advocatuur en rechterlijke macht werkzaam geweest. Mr. J.H.H. Hülsmann had geschreven over onder meer wilsgebreken en over de historische interpretatie in het privaatrecht.

Mogelijk was er aldus enige (indirecte) invloed van Meijers' denken, in ieder geval op de 'zetel' van de Hoge Raad in deze zaak. Wel dient men hierbij ook te beseffen dat de begeleiding tijdens een promotie destijds veel minder intensief was dan dat zulks tegenwoordig het geval is, en dat de raadsheren zelf ook zeer goede, ervaren, juristen waren. Bovendien geldt dat, indien er sprake is van invloed van Meijers in het algemeen, dat nog niet per se ook zo hoeft te zijn voor dit specifieke geval, en dus op de 'geboorte' van de Kelderluikfactoren. Toch is het wel waarschijnlijk dat de raadsheren de cruciale opmerking van Meijers over gevaarzetting hebben gekend (daarover meer in par. 4).

De uit deze personen bestaande Hoge Raad oordeelde dat ook al zou Duchateau het naar boven geklapte kelderluik hebben waargenomen, dit niets afdoet aan de verwijtbaarheid van gedragingen van Sjouwerman. De cruciale rechtsoverweging is algemeen bekend:

'dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen'.

3.2. De concepten van het arrest

Deze cruciale passages, waarin de Hoge Raad ingaat op onderdeel b van het middel, zijn pas na enkele schrijfrondes tot stand gekomen. De uiteindelijke versie is vastgesteld/goedgekeurd (gearresteerd) door Wiarda. Het oor-

spronkelijke concept van deze passages, geschreven door Wiarda op maandag 11 oktober 1965, werd later geheel doorgestreept door een corrigerende raadsheer, nadat het in eerste instantie al tekstueel/inhoudelijk op punten was veranderd. Toch had, zoals zal blijken, het eerste concept al wel direct de voormelde kern te pakken. Hieronder volgt de oorspronkelijke versie met correcties. Aangezien de tekst één enkele bron betreft met relatief weinig correcties, is gekozen voor een zgn. inclusief variantenapparaat:⁴⁹

'dat ook dit onderdeel feitelijke grondslag mist voor zover het berust op een andere lezing van de in onderdeel [a] bedoelde stelling van Coca-Cola, waarvan de juistheid door het Hof in het midden is gelaten, en daarbij uitgaat van de veronderstelling dat Duchateau "het openstaan van het keldergat had opgemerkt";

Het concept vervolgt met de volgende passage:

'Dat de vraag of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven <roept> [heeft geroepen] welke voor anderen bij het <niet in acht nemen> [niet-inachtnemen] van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is <in geval daaruit een ongeval ontstaat,> het verwijt kan worden gemaakt dat hij er [geen] rekening mee <had moeten houden> [heeft gehouden] dat die onoplettendheid en voorzichtigheid niet altijd worden <opgebracht> [betracht] en dat hij met het oog daarop <heeft verzuimd met het oog daarop> bepaalde veiligheidsmaatregelen had moeten nemen < te nemen>, alleen in het licht van de omstandigheden van elk gegeven geval kan worden beantwoord;

dat daarbij onder meer <zal zijn te letten> [dient te worden [gelet, EvD]] op de waarschijnlijkheid <van het voorkomen van gevallen> [dat zich gevallen zullen voordoen] waarin de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid niet in acht worden genomen, op de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de <mogelijke> ernst <daarvan>⁵⁰ en op de mogelijkheid daartegen met meer of minder gemak maatregelen te treffen;

dat <het Hof door> in de [hier] gegeven situatie waarin Sjouwerman, door in de doorgang naar het toilet een kelderluik te openen, voor bezoekers die aan hun omgeving niet hun volledige aandacht zouden besteden, een ernstig gevaar had geschapen, dat hij, <naar het Hof overwoog>, met eenvoudige middelen had kunnen voorkomen, [het Hof door] van Sjouwerman te eisen dat hij met de mogelijkheid van zodanige onoplettendheid rekening had moeten houden en daartegen maatregelen had moeten treffen, geen blijk heeft gegeven de te dezen

47. Aldus Drion 1989, p. 196.

48. Ph.A.N. Houwing, *Onrechtmatigheid en schuld in art. 1401 BW* (oratie Economische Hoogeschool Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1939. Zie over Houwing, D.W. Bruil, 'De pachtwet en het oude BW, daar ben ik aan gehecht. Mr. Ph.A.N. Houwing in gesprek met prof. mr. P.W. de Haan en mr. J. Rombach', *Agrarisch recht* (46) 1986, afl. 7, p. 356 e.v. en C.J.H. Brunner, 'Houwing als man van de wetenschap', *Agrarisch recht* (46) 1986, afl. 7, p. 381 e.v.

49. De volgende tekens zijn gebruikt: met <a> wordt aangegeven dat de corrector dit deel heeft verwijderd. Met [a] wordt een *addendum* van de corrector aangegeven. Met *a* wordt een onzekere lezing aangegeven.

50. Onder aan de pagina staat geschreven: 'van de gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien, en op de mogelijkheden *om maatregelen* die *...* door hun *ernst* (feiten? bezwaren?)'. Men dient 'te treffen' uit de hoofdzin aan te vullen.

in aanmerking komende <normen>⁵¹ te hebben miskend. [...]

De correcties aangebracht op het concept zijn voornamelijk taalkundig en verduidelijkend van aard. Enkel een opmerking bij het woord ‘normen’ laat zien dat getwijfeld werd over de aard van hetgeen werd miskend, ‘normen’ of ‘maatstaven’. Blijkbaar heeft Wiarda vervolgens een tweede concept van rechtsoverwegingen geschreven betreffende onderdeel b, waarin hij de correcties heeft getracht te verwerken. Die tekst luidt als volgt, maar is opnieuw door een van de andere raadsheren van correcties voorzien:

‘Dat ook dit onderdeel feitelijke grondslag mist voor zover het berust op een andere lezing van de in onderdeel a bedoelde stelling van Coca-Cola, waarvan de juistheid door het Hof in het midden is gelaten, en daarbij uitgaat van de veronderstelling dat Duchateau “het openstaan van het kelder gat had opgemerkt”;

dat <de vraag of> [alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of] en in hoever aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij <het niet in acht nemen> [niet-inachtneming] van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is <in geval daaruit een ongeval ontstaat> de eis kan worden gesteld, <het> [dat hij] rekening <te houden> [houdt] met de mogelijkheid dat die onoplettendheid en voorzichtigheid niet <altijd> [zullen] worden betracht en dat hij met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen <te nemen> [neemt] <alleen in het licht van de omstandigheden van elk gegeven geval kan worden beantwoord,>.

dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarmee <het niet in acht nemen> [de niet-inachtneming] van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de [hoegrootheid van de] kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben aan en op de <mogelijkheid met meer of minder moeite veiligheidsmaatregelen te treffen> [mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen]

dat in de hier bedoelde situatie, waarin Sjouwerman, door in de doorgang naar het toilet een kelderluik te openen, voor bezoekers die aan hun omgeving niet hun volledige aandacht zouden besteden, een ernstig gevaar had geschapen, <dat> [hetwelk] hij, naar het Hof overwoog, met eenvoudige middelen had kunnen voorkomen, het hof door <van> Sjouwerman te <eisen> [verwijten] dat hij met de mogelijkheid van zodanige onoplettendheid [geen]

rekening <had moeten houden> [heeft gehouden] en [heeft nagelaten], met het oog daarop maatregelen, als door Hof aangegeven, <had moeten> treffen, de maatstaven die voor de beoordeling van de schuld van Sjouwerman aan het Duchateau overkomen ongeval moeten worden aangelegd, niet heeft miskend.’

Dan volgt een aanvulling bij dit tweede concept van het arrest, geheel met de hand geschreven door vicepresident De Jong, gedateerd op 20 oktober 1965. Hij schrijft dat het hem voorkomt dat de tweede alinea niet getikt is zoals zij door Wiarda is bedoeld. Hij geeft de volgende redactie in overweging:

‘Dat de vraag of en in hoever aan iemand, die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht, en de eis dat hij met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt, alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld.’⁵²

Hieraan zien we dat hoewel de vicepresident de taalkundige zaken van de corrector overneemt, hij toch blijft bij de eerdere formulering en de verplaatsing van de passage over de omstandigheden van het geval niet doorvoert. Uit de stukken blijkt verder echter geen enkele wijze van een inhoudelijke discussie over de factoren die later als de bekende Kelderluikfactoren door het leven zullen gaan. Blijkbaar was men er in de discussie in de raadkamer voldoende uitgekomen, want anders waren er wel meer inhoudelijke wijzigingen voorgesteld bij de tekst.⁵³

4. Inpassing in de destijds geldende regels over de onrechtmatige daad

4.1. Grondslag van de aansprakelijkheid

Gegeven het arrest van de Hoge Raad belanden we als vanzelf bij de tweede in dit artikel centraal staande vraag: hoe past de *Kelderluik*-zaak binnen de destijds geldende regels van de onrechtmatige daad? Was het arrest revolutionair, hoe werd het ontvangen? Dat de grondslag van de vordering in kwestie een onrechtmatige daad was, volgt uit het feit dat Duchateau geen klant was, en er dus geen contractuele grondslag kon worden aangevoerd. Aansprakelijkheid op grond van art. 1401 (oud) BW trad in wanneer een onrechtmatige daad door de schuld van de dader schade had toegebracht aan een ander. Hieruit werden vier elementen afgeleid: onrechtmatigheid, schuld, schade en oorzaak.⁵⁴ Wat betreft het onrechtmatigheidsvereiste zijn juristen ten tijde van het arrest van de Hoge

51. In de kantlijn staat geschreven: ‘maatstaven? aanleggen?’.

52. Verder geeft hij nog de volgende correcties aan in de tweede alinea: ‘niet-inachtneming’ (regel 2), ‘maar ook op de hoegrootheid van de kans’ (regel 4), ‘en op de mogelijkheid om met geringe moeite veiligheidsmaatregelen te treffen’ (regel 6), en op p. 2, regel 2, komma achter ‘situatie’.

53. Annotator Scholten voegt nog een vijfde punt toe waarop gelet moet worden, namelijk of het slachtoffer al dan niet in strijd met het recht handelde. De schuld van de gelaedeerde kan, door eigen onrechtmatig handelen, zo groot zijn dat van schuld van de gevaarsetter niet meer kan worden gesproken, met andere woorden dat hij niet met de eventuele onvoorzichtigheid behoefde te rekenen. Zie G.J. Scholten, annotatie bij HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136.

54. Zie hierover L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, III-2, Zwolle: Tjeenk Willink 1961 (2e druk), p. 442 e.v.

Raad inmiddels gewend aan het werken met ‘de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt’, zoals de Hoge Raad in 1919 had bepaald.⁵⁵ Toch kostte het binnen die formule telkens ‘moeite en strijd’ om van geval tot geval aan te geven hoe het behoort, aldus Offerhaus.⁵⁶

4.2. Gevaarstelling in de rechtspraak

Tot halverwege de twintigste eeuw waren waarschuwingsplichten relatief zeldzaam in het aansprakelijkheidsrecht. Veel nadruk lag op de eigen verantwoordelijkheid, de eigen ‘onderzoeksplicht’, van het slachtoffer.⁵⁷ Dit blijkt ook uit de procedure in de *Kelderluik*-zaak. Een (impliciete) onderzoeksplicht kwam allereerst aan de orde in het *acetyleen-cilinder*-arrest van 1933. Het betrof een onderzoeksplicht van een bezitter van een potentieel gevaarlijke zaak.⁵⁸ De Hoge Raad oordeelde dat het afleveren van een acetyleen-cilinder die men tweedehands van een onbekende gekocht heeft, in strijd is met de zorg die in het maatschappelijk verkeer betaamt, wegens de onmogelijkheid om een zodanige cilinder op zijn deugdelijkheid te onderzoeken.⁵⁹ Het opwekken van een groot gevaar door iemand van wie als ter zake kundige verwacht mocht worden dat hij alle voorzorgsmaatregelen tot vermindering van het gevaar zou nemen, wordt als onbetamelijk beschouwd.⁶⁰ Een tweede belangrijke zaak uit hetzelfde jaar is het *meerboei*-arrest. In die zaak bevond een meerboei zich in ondeugdelijke staat. De gemeente had de meerboei ter beschikking gesteld en doen aanwijzen aan het achterschip van de ‘Stad Zaandam’; de meerboei stond onder haar opzicht en was bij haar in onderhoud. De meerboei bleek echter gebrekkig bevestigd en brak bij een hevige windstoot. Hierdoor liep het schip schade op. De verwachting dat de meerboei zich in deugdelijke conditie zou bevinden was gegrond in het feit dat de be-

nadeelde een ligplaats (en dus meerboei) diende te gebruiken, op aanwijzing van de havenmeester/gemeente.⁶¹

Zeer duidelijk bleek de onderzoeksplicht van de benadeelde uit een zaak uit 1940, waarin de eiser bij het binnestappen van een Amsterdams perceel in de diepte was gestort langs een onafgeschutte keldertrap. Het hof had in deze zaak ten aanzien van de eigenaresse⁶² bepaald dat zij enkel een onrechtmatige daad jegens de gelaedeerde gepleegd had indien het gevaar van neerstorten van dien aard was, dat een binnentredende in het bezit van de normale gezichtsvermogens en opmerkingsgave daaraan ten offer kan vallen, al gedroeg hij zich niet op een andere wijze dan van een binnentredende in een hem onbekend perceel kan worden verwacht.⁶³

In de decennia volgend op dit arrest ontstond gaandeweg meer aandacht voor de feilbaarheid en kwetsbaarheid van het slachtoffer, en daarmee nam ook de praktische betekenis van de waarschuwingsplicht toe.⁶⁴ Van groot belang is het *Balkonleuning*-arrest uit 1955 – een zaak aangehaald door beide advocaten in de *Kelderluik*-zaak in cassatie. In deze zaak viel iemand van een balkon toen deze steun zocht bij een doorgezaagde balkonleuning. De Hoge Raad aanvaardde voor de eerste keer dat de dader met de mogelijkheid van enige onvoorzichtigheid van de gelaedeerde rekening diende te houden. Volgens de Hoge Raad was het voor de laedens met een grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten dat de benadeelde met een zekere onvoorzichtigheid te werk zou gaan en zich het dreigende gevaar onvoldoende zou realiseren en dat daarom op hem de plicht rustte om hem voor het gevaar te waarschuwen.⁶⁵

55. HR 13 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

56. J. Offerhaus, ‘De eisen van het maatschappelijk verkeer’, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging 1964*, II, Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1964, p. 4.

57. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in het contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 18-19.

58. *Ibid.*, p. 18.

59. HR 6 april 1933, *W.* 12627, *NJ* 1933/881 (*acetyleen-cilinder*).

60. J.J.M. van der Ven, *De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 B.W. toegepast door den Hoogen Raad* (diss. Nijmegen), Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1941, p. 121.

61. HR 5 mei 1933, *W.* 12612, *NJ* 1933/875 (*meerboei*); zie hierover Van der Ven 1941, p. 121-122.

62. Zowel de bouwer als de opdrachtgever-eigenaar van het huis (een portiekwoning) worden aangesproken. De buitendeur van een portiekwoning bereikte men door van de straat af langs een stenen trap naar boven te gaan. Men kwam dan in een soort portaal, waar een viertal buitendeuren van de verschillende woningen uitkomen.

63. HR 18 april 1940, *NJ* 1941/130. Zie over deze zaak ook Van der Ven 1941, p. 34-35 en 122-124. Veegens verwijst in zijn pleidooi ook naar deze zaak, en stelt dat onderdeel b in het bijzonder door deze zaak is geïnspireerd.

64. Jansen 2012, p. 19.

65. HR 11 februari 1955, *NJ* 1955/218. Dat de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid kan vereisen dat men rekening houdt met mogelijke onvoorzichtigheid en onoplettendheid van anderen en dat men met het oog hierop zekere maatregelen treft ter voorkoming van schade, wordt door L.D. Pels Rijcken, ‘Pleitnota inzake Duchateau/Coca Cola Export Corp.’, p. 4, opgenomen in *NL-HaNA*, 2.09.65, Hoge Raad der Nederlanden (1939) 1940 – 1979 (1981), inventarisnr. 209, dossiernr. 9885, advocaat in cassatie namens Duchateau, aangevoerd in cassatie. Veegens, advocaat in cassatie namens Coca-Cola, voert aan dat dit alleen geldt als de fout van de andere partij met een grote mate van waarschijnlijkheid kon worden verwacht. Veegens, ‘Pleidooi inzake Coca-Cola Exp. Corp. Tegen M. Duchateau’, p. 7-8, bepleit dat op het gebied van de aansprakelijkheid voor ongelukken opgelopen door gebruikers van voor publiek toegankelijke gebouwen enige marge moet worden gelaten voor normale onvoorzichtigheid: mensen dienen zelf te kijken waar zij hun voeten zetten en indien ze dat niet doen, dienen ze de gevolgen daarvan zelf te dragen. Veegens verwijst daarbij naar HR 19 december 1947, *NJ* 1948/456; HR 25 mei 1951, *NJ* 1951/666 en HR 11 februari 1955, *NJ* 1955/218.

Kort voor de *Kelderluik*-zaak, in 1962, wordt nog een ander arrest gewezen over het creëren van een gevaarsituatie. De Hoge Raad⁶⁶ oordeelde in deze aanvaringszaak dat het doen ontstaan van een gevaarsituatie op zichzelf niet zonder meer als een verkeerd varen mag worden beschouwd (en dus tot schuld van het schip leidt⁶⁷); of dit zo is hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval.⁶⁸ Deze nadruk op de omstandigheden van het geval bij het beoordelen van de gevaarzettingsituatie komt, als bekend, ook nadrukkelijk aan de orde in het *Kelderluik*-arrest.

4.3. Gevaarzetting in de doctrine

Op basis van de jurisprudentie wordt in de literatuur gesteld dat niet slechts als onzorgvuldig en in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid – zoals overigens ook tegenwoordig nog – geldt, het in het leven roepen van enig gevaar voor een ander,⁶⁹ maar ook het stellen van een groter gevaar dan waarop een normaal mens bedacht moet zijn.⁷⁰ Van der Grinten vraagt zich af of deze norm niet te ver gaat, aangezien dit verder gaat dan de rechterlijke beslissingen zelf, en of zij wel af te leiden is uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁷¹ Toch staat deze norm, inhoudende dat onder het handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, ook valt het nodeloos in het leven roepen van een groter gevaar voor een ander dan waarop een normaal mens bedacht moet zijn,⁷² ook in de Asser-serie, kort voorafgaand aan het *Kelderluik*-arrest.⁷³

Volgens Josephus van der Ven in zijn dissertatie uit 1941 is dit wezenlijk: 'De regels van het maatschappelijk betamen zullen juist hierop gericht moeten zijn een gevaar, dat onbetamelijk is door de groote gevolgen, die het kan hebben, of door de groote waarschijnlijkheid, dat het van kans in werkelijkheid verkeeren zal, als zoodanig aan te wijzen en te brandmerken [cursivering EvD/IG]'.⁷⁴ Hierin herkennen we twee elementen die in de *Kelderluik*-zaak terugkeren.

Interessant, maar niet door de advocaten in cassatie vermeld in hun pleidooien noch door Van der Ven in zijn proefschrift, is ook een passage in een *NJ*-noot van Meijers uit 1940:

'Bij het treffen van de noodige voorzorgsmaatregelen speelt zeker een rol, welke handelswijze men van derden mag verwachten, maar daarnaast toch ook of een voorzorgsmaatregel gebruikelijk is en zonder veel bezwaar door de handelende persoon kan getroffen worden, alsmede of de situatie waarin men zich bevindt of die men schept, een normale of een bijzondere is.'⁷⁵

Ook hier herkennen we elementen uit het (latere) *Kelderluik*-arrest.

Zoals zojuist vermeld, bestaat onzorgvuldig handelen niet zozeer uit het in het leven roepen van enig gevaar voor een ander, maar uit het stellen van een groter gevaar dan waarop een normaal mens bedacht moet zijn. J.H. Beekhuis, ook een *promotus* van Meijers⁷⁶ maar niet de C.H. Beekhuis die raadsheer bij de Hoge Raad was, maakt een onderscheid tussen onrechtmatigheid in het scheppen van een gevaar indien van de wederpartij in het geheel niet verwacht of geëist kon worden dat hij op het gevaarlijke van de situatie ook maar bedacht moest zijn⁷⁷ en andere zaken waarin van de wederpartij wellicht een zekere mate van zelf ook uitkijken mocht worden verlangd of verwacht.⁷⁸ Wat de tweede groep betreft, geldt dat men onder bepaalde omstandigheden rekening dient te houden met mogelijk (onvoorzichtig) handelen of nalaten van de wederpartij, aldus J.H. Beekhuis.⁷⁹

Dit roept de vraag op welke handelswijze iemand in de jaren '60 mocht verwachten van een cafébezoeker. Waren de gevaren van een openstaand kelderluik normaal in de jaren '60 of was te verwachten dat bezoekers zich onvoldoende bewust zouden zijn van dergelijke gevaren? Wat blijkt uit krantenberichten, is dat een ongelukkige val in een kelder wel vaker voorkwam in Nederland in de jaren '60. Zo viel een vrouw in een geopend kelderluik terwyl

66. Er is een grote overlap tussen de raadsheren in deze kwestie en die in de *Kelderluik*-zaak. I.c. bestond de Hoge Raad uit mrs. Smits, Wiarda, Houwing, Hülsmann en Petit. De conclusie werd ook hier verzorgd door Van Oosten.

67. De Hoge Raad gebruikt de term 'schuld' hier; annotator Beekhuis gebruikt echter de term 'onrechtmatigheid'. Zie hierover J.H. Beekhuis, annotatie bij HR 9 november 1962, *NJ* 1963/311, onder 3.

68. HR 9 november 1962, *NJ* 1963/311.

69. Van der Grinten stelt dat Van der Ven dit waarschijnlijk niet bevredigde vanwege haar vanzelfsprekendheid. Zie W.C.L. van der Grinten, 'Boekbespreking van "J.J.M. van der Ven, De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 B.W. toegepast door den Hooogen Raad, Akad. Prft."', *RMThemis* 1942, p. 190.

70. Van der Ven 1941, p. 124.

71. Van der Grinten 1942, p. 190.

72. Zie over de gedachte van gevaarzetting ook reeds S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht*, I, Zwolle: Tjeenk Willink 1948 (3e druk), p. 138-139.

73. Asser/Rutten *III*-2 1961, p. 455.

74. Van der Ven 1941, p. 120.

75. E.M. Meijers, annotatie bij HR 18 april 1940, *NJ* 1941/130. De vraag of men een bepaalde handelswijze van derden mag verwachten, kwam ook aan de orde in het reeds genoemde *Balkonleuning*-arrest uit 1955.

76. Zie over J.H. Beekhuis: J.M.M. Maeijer, 'Levensbericht J.H. Beekhuis', in: *Jaarboek*, Amsterdam: KNAW 1989, p. 126-132.

77. Zie HR 6 april 1933, *W.* 12627, *NJ* 1933/881 (*acetyleen-cilinder*) en HR 5 mei 1933, *W.* 12612, *NJ* 1933/875 (*meerboei*).

78. Zie HR 9 januari 1942, *NJ* 1942/295 (*Ferwederadeel*) en HR 11 februari 1955, *NJ* 1955/218 (*Balkonleuning*).

79. J.H. Beekhuis, annotatie bij HR 9 november 1962, *NJ* 1963/311, verwijst naar HR 8 maart 1963, *NJ* 1963/309 (*Geerligsvan der Burg*); HR 17 mei 1963, *NJ* 1963/310 (*Watson/Overwater*); HR 3 februari 1956, *NJ* 1956/158 (*Liezen/Nijmeijer*); HR 6 november 1959, *NJ* 1960/104 (*Hessel/Rombout*); HR 18 maart 1960, *NJ* 1960/269 (*Dr. X/Blaauw*) en HR 5 mei 1961, *NJ* 1961/421 (*De Groot/R.A.G.O.M.*).

ze de vloer aan het vegen was, viel een bezoeker van een café in een geopend kelderluik,⁸⁰ maar ook zakten vrachtauto's door (door zand aan het oog onttrokken) kelderluiken heen.⁸¹ In een andere (straf)zaak, kort voor de *Kelderluik*-uitspraak, had een loodgieter een kelderluik open laten staan, en was een broodbezorger in het luik gevallen en had deze zich ernstig verwond.⁸² De Rechtbank Rotterdam oordeelt hier dat de loodgieter geen enkele voorzorgsmaatregel had genomen, dat dat toch wel roekeloos en onvoorzichtig was en dat hij het luik in ieder geval had moeten sluiten.⁸³ Maar zijn deze brokstukken voldoende om te concluderen dat bezoekers van buiten de regio Amsterdam dit gevaar voldoende dienden te beseffen?

Kortom, zowel toen als nu is de vraag in hoeverre iemand rekening dient te houden met de mogelijkheid van onvoorzichtig (of onrechtmatig) gedrag van anderen.⁸⁴ De kernvraag is of het de laedens of de gelaedeerde is die het gevaar het beste kan beheersen; wie kon de schade het beste voorkomen?⁸⁵ Daarbij dient aangetekend te worden dat procesrechtelijk de nadruk daarmee ligt op de rol van de gedaagde/laedens. Bij de toepassing van het *Kelderluik*-arrest wordt gewoonlijk direct deze benadering gekozen en de link gelegd met de zorgplicht van de laedens. Toch was dit grotendeels niet het geval in de oorspronkelijke kwestie, want de zaak ging in feitelijke instanties grotendeels (hoewel ten onrechte) om het gedrag van de benadeelde (had Duchateau vóór het ongeval het openstaande kelderluik gezien?).⁸⁶ Pas daarna werd gekeken naar de aansprakelijkheid van de laedens; de verkeerde volgorde derhalve.

5. De verdere receptie van het *Kelderluik*-arrest in Nederland

Op basis van de vorige paragrafen kan worden gesteld dat de uitspraak van de Hoge Raad in de *Kelderluik*-zaak redelijk goed paste in de reeds in die tijd uitgezette lijn in jurisprudentie en doctrine. Deze stelling wordt ondersteund door het (relatief) ontbreken van aandacht in de direct opvolgende periode. Afgaande op de literatuur in die tijd werd het *Kelderluik*-arrest niet als revolutionair of opzienbarend gezien. In de periode 1965-1969 wordt het arrest – op een uitzondering na – niet besproken in *WPNR*, *NJB*, *RMThemis* en *Ars Aequi*. Het wordt enkel kort besproken in *Ars Aequi* in de opsomming van recente jurisprudentie.⁸⁷ In een artikel over 'baanbrekende arresten' in het *NJB* van 1967 wordt het arrest niet genoemd.⁸⁸ Het arrest wordt niet genoemd in Hofmann/Drion/Wiersma (1968), maar weer wel in de Asser-serie, namelijk in Asser/Rutten 1968.⁸⁹ Het arrest wordt pas uitvoeriger besproken in het *WPNR* van 1969, waarin Kist een parallel trekt met en vergelijking maakt met de verkeersaansprakelijkheid.⁹⁰

De vraag resteert wanneer de zaak dan wel aandacht van juristen is gaan krijgen, aangezien dat tegenwoordig wel zo is, blijkt uit het feit dat het een van de twee arresten is die tegenwoordig op alle juridische faculteiten worden voorgeschreven. In het onderwijs lijkt het arrest, zeker tot aan het einde van de jaren '80, geen deel uit te hebben gemaakt van de voorgeschreven leerstof.⁹¹ In de veelgebruikte bundel *Arresten burgerlijk recht*, verzameld door C.J. van Zeven en T.A.W. Sterk, duurt het nog tot de 10e druk van 1991 voordat het *Kelderluik*-arrest wordt opgenomen.⁹² Daarbij is van belang dat volgens het voorwoord de bundel op basis van de voorgeschreven lijsten van verplichte arresten is samengesteld. Volgens het voor-

80. 'Ongelukkig feestje', *De Waarheid* 1 juni 1967; 'Cafébezoeker valt in open kelderluik', *Het Vrije Volk* 21 mei 1966, p. 7.

81. *Het Vrije Volk* 14 september 1960. Overigens werden zich buiten bevindende kelderluiken van cafés of winkels ook gebruikt om in te breken, zie bijv. 'Cafédiefstal opgelost. Maar... bedrag in safe blijft raadsel', *De Telegraaf* 26 september 1962, p. 3; 'Goudschat lag op kamer inbreker', *De Telegraaf* 5 september 1963; 'Inbrekers horen (voor zesde en elfde keer) gevangenisstraf eisen', *Het Vrije Volk* 15 februari 1966, p. 7.

82. 'Uitspraken rechtbank', *Het Vrije Volk* 8 november 1960.

83. 'Boete van f 100 geëist wegens nalatigheid', *Het Vrije Volk* 25 oktober 1960, p. 5.

84. Zie hierover ook de rechtspraak van de Hoge Raad vermeld in de noot van J.H. Beekhuis bij HR 17 mei 1963, *NJ* 1963/310.

85. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 125, die schrijft dat dit aspect als apart element voor het bepalen van aansprakelijkheid wordt genoemd in het *Kelderluik*-arrest.

86. D.J. Veegens, 'Pleidooi inzake Coca-Cola Exp. Corp. Tegen M. Duchateau', p. 4-5, stelt dat Duchateau reden had om zich heen te zien bij het naderen van het toilet; het 'kunnen en moeten waarnemen' van een gevaar levert reeds schuld op.

87. *AA* 1967, p. 294.

88. C.H.M. Jansen, 'Twee baanbrekende arresten', *NJB* 1967, afl. 18, p. 482-483.

89. Asser/Rutten *III.2* 1968 (3e druk), p. 427. Een tiental jaren later plaatst G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 46-47, de uitspraak binnen de zgn. consideratieplicht: de plicht om rekening te houden met de mogelijkheid dat anderen fouten maken. De grens ligt daar waar, gelet op de omstandigheden, de waarschijnlijkheid van de fout zo gering is dat men erop mag vertrouwen dat ze niet zal worden gemaakt. Er wordt vervolgens verwezen naar de *Kelderluik*-zaak.

90. J. Kist, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Verbintenissenrecht (N.J. 1965 en 1966)', *WPNR* 1969, afl. 5024, p. 30-31.

91. Zie bijv. de Utrechtse *Leidraad burgerlijk recht* uit de jaren 1985, 1986 en 1987, uit de door Utrechtse docenten van Inleiding Privaatrecht vervaardigde bundel (M.D. van Deemter-de Kroon, E. Loeb & C.C.M. Nadorp-van der Borg, *30 arresten en het NBW*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1986; hetzelfde geldt voor de tweede druk uit 1989).

92. C.J. van Zeven & T.A.W. Sterk (red.), *Arresten burgerlijk recht: met annotaties*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991 (10e druk).

woord zijn in het algemeen slechts die arresten opgenomen die behoren tot de studiestof van ten minste twee faculteiten of die relevant zijn voor de interpretatie van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.⁹³

Een belangrijke periode lijkt te kunnen worden gevonden eind jaren '80, in een artikel van Nieuwenhuis – die zelfs kort aangeeft dat de *Learned Hand formula* terug kan worden gevonden in het *Kelderluik*-arrest –⁹⁴ en in drie dissertaties, onder promotor prof. E. Hondius in Utrecht geschreven, namelijk die van Bier, Braams en Van Dam (in 1988 resp. 1989). De eerste echt uitvoerige beschrijving en bestudering van de afzonderlijke Kelderluikfactoren vindt plaats in de dissertatie van Cees van Dam uit 1989.⁹⁵ Van Dam vergelijkt de elementen van zorgvuldig gedrag met die in het buitenland, waaronder (Atiyah's beschrijving van) de *Learned Hand formula* en de Duitse rechtspraak en literatuur: in een aantal Duitse handboeken (hij verwijst onder meer naar Kötz's *Deliktsrecht*, editie 1988) kan men een vrij letterlijke vertaling vinden van de Anglo-Amerikaanse *Learned hand formula*.⁹⁶ Van Dam stelt dat de vier elementen genoemd door Atiyah⁹⁷ grotendeels – er zijn enkele uitzonderingen – zijn terug te vinden in het *Kelderluik*-arrest en in de eerder door Bier voor de werkgeversaansprakelijkheid ontwikkelde elementen.⁹⁸ Waar het verband met het *Kelderluik*-arrest vandaan komt, is daarmee wel duidelijk.

En de Hoge Raad zelf? De Hoge Raad verwijst regelmatig naar zijn eigen eerdere uitspraken, en zo ook naar het *Kelderluik*-arrest. Bekende recentere zaken – alle van verna de dissertatie van Van Dam uit 1989 – waarin de facto-

ren worden genoemd, zijn de zaak over het Waterschap Zeeuwse Eilanden uit 2003,⁹⁹ het *Jetblast*-arrest uit 2004,¹⁰⁰ en voor het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid worden de criteria genoemd in het *Bayar*-arrest uit 2005.¹⁰¹ Hoewel de lagere rechtspraak eind jaren '90 de Kelderluikfactoren al toepaste, had de Hoge Raad – anders dan A-G's en annotatoren – tot 2003 nog nimmer expliciet naar de complete set van factoren verwezen.¹⁰² Een zoektocht via Navigator laat zien dat het aantal keren dat sinds 1965 wordt verwezen naar het *Kelderluik*-arrest in de (lagere en hogere) rechtspraak van incidenteel (éénmaal in de jaren 1965-1975) naar enkele keren (1990-2000: gemiddeld 2,6 keer per jaar) naar veelvuldig (2013-2017: gemiddeld 25,8 per jaar) gaat. Naast de grotere bekendheid en het toenemend belang dat aan het arrest wordt gehecht, zoals hieruit blijkt, dient men hierbij echter ook factoren als de moderne wijze van publicatie van (veel meer) uitspraken en de systematische wijze van bijhouden van bronnen in ogenschouw te nemen. Niettemin is opvallend dat er over de jaren heen meer (lagere) rechtspraak beschikbaar is gekomen waarin wordt verwezen naar het *Kelderluik*-arrest.

De gezichtspunten die de Hoge Raad in het *Kelderluik*-arrest aanneemt, waren deels reeds in de toen al bestaande jurisprudentie aanvaard, zoals we zagen. In die zin vult het arrest aan en bouwt het daarop voort.¹⁰³ Nergens in de door ons bestudeerde stukken wordt verwezen naar de *Learned Hand formula*,¹⁰⁴ zodat de gedachte dat die zaak van invloed was op de Hoge Raad niet aanvaard kan worden. Er wordt enkel, door de A-G, naar

93. Ook in de propedeuse Rechtsgeleerdheid aan de UvA van 1991/1992 was het arrest geen verplichte stof. Het arrest stond niet in de toen gebruikte bundel onder de redactie van Boskamp & Cahen (waarin 318 arresten waren opgenomen, doch niet het *Kelderluik*-arrest), noch de destijds aanvullende jurisprudentiereader of het werkboek. Het toen gebruikte boek van Pitlo (*Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*) vermeldt het arrest niet. In het tweedejaars onderwijs aan de UvA (1992/1993) maakte het arrest ook niet deel uit van de stof. Natuurlijk dient het onderwijsmateriaal van alle juridische faculteiten van destijds onderzocht te worden om een sluitende empirische conclusie te kunnen trekken. Dat valt echter buiten het bereik van deze studie.

94. J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *RMThemis* 1988, afl. 2, p. 80.

95. Hij verwijst onder meer naar Biers passage over de zorgplicht van de werkgever in haar dissertatie over de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten. Zie L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten. De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de aan het arbeidsmilieu gerelateerde persoonschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 192 e.v. en 216. Zie over gevaarzettingsdelicten buiten verkeer ook J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, nr. 128; Braams 1989, p. 8, 361-362 en 369 e.v. bespreekt het *Kelderluik*-arrest in het kader van gevaarsituaties, en te nemen veiligheidsmaatregelen.

96. Van Dam 1989, p. 107-109.

97. P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, London: Weidenfeld and Nicolson 1987 (4e druk), p. 41.

98. Van Dam 1989, p. 110.

99. HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0830, *NJ* 2003/660 (*Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal*).

100. HR 28 mei 2004, *NJ* 2005/105 (*Jetblast*). Zie voor uitvoerige bespreking van dit arrest: I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

101. HR 11 november 2005, *JA* 2006/11 (*Bayar/Wijnen*).

102. Dit bleek uit het onderzoek van Giesen 2004, p. 36.

103. Dit past bovendien bij de in de jaren '60 opgekomen wijze van richting geven door de Hoge Raad aan de invulling van open normen, namelijk door middel van het werken met een opsomming van factoren (een omstandighedencatalogus), zoals bijv. ook geschiedde in HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261 (*Saladin/HBU*).

104. Van Maanen 2008 meent dat de kernelementen van het *Kelderluik*-arrest reeds zichtbaar zijn in HR 2 maart 1906, *W.* 8347. Volgens A-G Jhr. A.J. Rethaan Macaré (1842-1932) is een laedens nalatig wanneer hij de mogelijke gevolgen van zijn daad wel voorziet, maar nalaat het nodige te verrichten om derden voor de hen bedreigende schade te behoeden. De Hoge Raad gaat in 1906 geheel niet in op deze gedachtegang. Ook in de andere bestudeerde (latere) zaken, noch in de literatuur, wordt verwezen naar of voortgebouwd op de overwegingen van A-G Rethaan Macaré.

enige jurisprudentie en naar Duitse literatuur verwezen.¹⁰⁵ Het is uiteraard niet onmogelijk dat leden van de Hoge Raad de *Learned Hand formula* kenden, maar echte invloed lijkt onwaarschijnlijk. Die conclusie steunt mede hierop dat de rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht – waaraan het *Kelderluik*-arrest ook wel wordt gekoppeld¹⁰⁶ – in Europa, en zo ook in Nederland,¹⁰⁷ pas zijn intrede deed in de jaren '80 – veel later dan het *Kelderluik*-arrest. Hoewel rechterlijke uitspraken soms kunnen worden uitgelegd als een streven naar nutsmaximalisatie, en het bij een rechtseconomische lezing van het arrest wellicht lijkt alsof economische efficiëntie wordt nagestreefd,¹⁰⁸ wil dat niet zeggen dat deze arresten – zoals het *Kelderluik*-arrest – ook echt op een dergelijke rechtseconomische leest geschoeid zijn. Zeggen dat de Hoge Raad het *Learned Hand*-criterium 'wellicht zonder het te weten'¹⁰⁹ heeft aanvaard, is dan uiteraard weinig zinvol.

6. Conclusie

Ons archiefonderzoek heeft toch wel enkele opmerkelijke feiten boven tafel gebracht, zoals het feit dat Duchateau al gedronken had voordat hij het café binnentrad, zonder dat die feiten de zaak echt omgooien. Ook zagen wij dat de Kelderluikfactoren reeds voorafgaand aan het *Kelderluik*-arrest (deels) in literatuur en jurisprudentie aanwezig waren. De relevante arresten waren opgenomen in de pleidooien van de advocaten voor de Hoge Raad. De visie van Meijers, welke goed paste bij de Kelderluiklijn, was waarschijnlijk bekend bij de raadsheren van de Hoge Raad. Mogelijkerwijs komt dit doordat zij ofwel *promoti* waren van Meijers of om andere redenen onder invloed stonden van Meijers' denken, ofwel bekend waren met een eerder door hem geschreven annotatie. Het arrest ligt dus in het verlengde van reeds bestaande literatuur en jurisprudentie en was in die zin niet revolutionair. Een bevestiging voor deze conclusie kan men vinden in het (relatieve) ontbreken van aandacht voor deze uitspraak in de eropvolgende jaren. Wel zet het arrest de diverse bekende factoren op een mooie manier op een rijtje. Hoewel het *Kelderluik*-arrest in 1968 in de Asser-serie terecht is gekomen, duurt het nog tot het eind van de jaren '80, en begin jaren '90, voordat de Kelderluikfactoren uitvoerig worden besproken, en ook in verband worden gebracht met het rechtseconomisch gedachtegoed. Zo lijkt het alsof de dissertatie van Van Dam het *Kelderluik*-arrest uit de vergetelheid heeft gehaald; pas daarna lijkt het arrest doorgedrongen te zijn tot het verplichte curriculum van (sindsdien vele duizenden) studenten.

105. Dit betrof een ander, voor onze beschouwing ondergeschikt, punt. Volgens A-G M.S. van Oosten geldt dat wanneer men de schuld van Sjouwerman met die van Duchateau vergelijkt (*i.e.* de veronderstellende wijze aan te nemen omstandigheid dat Duchateau voor de val heeft gezien dat het kelderluik openstond), de schuld van Sjouwerman niet zo gering is dat zij als factor ter beoordeling van de aansprakelijkheid voor de schade dreigt te worden verwaarloosd. A-G Van Oosten verwijst naar HR 11 maart 1938, *NJ* 1939/128, m.nt. E.M. Meijers, en naar J. Esser, *Schuldrecht*, Karlsruhe: Müller 1960, p. 276.

106. Zie R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995 (2e geheel herziene druk), p. 142, die het *Kelderluik*-arrest noemen als een van de arresten waar een economische benadering van de situatie herkenbaar is.

107. Zie ook Van Dam 1989, p. 209.

108. Holzhauser & Teijl 1995, p. 133.

109. Aldus H. Kerkmeester, 'Hoofdstuk 6. Kelderluik-arrest, HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136', in: H.O. Kerkmeester & R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 53.