

HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik)

HOGE RAAD (Burg. Kamer), 5 nov. 1965. (Mrs. de Jong, Wiarda, Houwing, Petit en Beekhuis).

De naar Amerikaans recht rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap "The Coca-Cola Export Corporation", te Amsterdam, eiseres tot cassatie van een door het Hof te Amsterdam tussen pp. gewezen arrest van 11 nov. 1964, adv. Mr. D.J. Veegens,

tegen:

Mathieu Duchateau, te Maastricht, verweerder in cassatie, adv. Mr. L.D. Pels Rijcken.

De Hoge Raad, enz.;

O. dat uit het bestreden arrest en de gedingstukken blijkt:

dat bij dagv. van 29 mei 1961 verweerder, nader te noemen Duchateau, eiseres, nader te noemen Coca-Cola, heeft gedaagd voor de Rb. te Amsterdam stellende:

dat hij, Duchateau, nadat hij op of omstreeks 23 febr. 1961 met zijn vrouw en een bevriende relatie in cafe De Munt, Singel 522 te Amsterdam was gekomen, gebruik heeft willen maken van het toilet en zich daartoe over het middenpad van het cafebedrijf daarheen heeft begeven; dat hij toen, hoewel hij stipt over dit middenpad zijn weg vervolgde, plotseling in een kelderruimte is gevallen, waardoor hij ernstig aan het linkerbeen werd gekwetst en tot voor kort in een ziekenhuis (St. Annadal te Maastricht) werd verpleegd, terwijl hij daarna nog diverse maanden thuis het bed zal moeten houden; dat het bewuste kelderluik was geopend door een personeelslid van Coca-Cola, zonder dat de exploitant van het cafebedrijf daarin was gekend; dat ten enenmale gebruikelijk is, dat indien - als in casu - de bevoorrading van een cafebedrijf dient plaats te vinden in het cafe zelf en via een kelderluik, dat zich zeer dicht bij het middenpad bevindt, de nodige beveiligingsmaatregelen worden getroffen; dat dit in casu te meer klemde waar het cafebedrijf werd geëxploiteerd in een klein smal pand, waar ook overdag slechts weinig licht kan doordringen; dat de deur, die toegang geeft tot het toilet, bij opening zelfs ca. 20 c.m. over het luik heen draait, hetgeen bovenbedoeld personeelslid bekend was, daar hij al jaar en dag in dit bedrijf producten pleegt af te leveren; dat Coca-Cola aansprakelijk is voor het onrechtmatig gedrag van haar voormeld personeelslid, genaamd Sjouwerman; dat dit onrechtmatig gedrag bestaat in het verzuimen en achterwege laten van de noodzakelijke beveiligingsmaatregelen; desnoods bestaande in het aanbrenge van een waarschuwingsteken, zoals het plaatsen van een stoel of een krat voor het bewuste luik; dat hij, Duchateau, de nader bij dagv. omschreven schade geleden heeft ingevolge het ongeval en ook in de toekomst daar nog nadeel van zal ondervinden;

dat Duchateau op bovenstaande gronden heeft gevorderd de veroordeling van Duchateau tot vergoeding van de door hem als gevolg van gemeld ongeval geleden schade;

dat na verweer van Coca-Cola de Rb. bij vonnis van 11 dec. 1962 een gerechtelijke plaatsopneming heeft bevolen, waarvan het proces-verbaal o. m. vermeldt:

De Rb. betreedt de caferuimte, aan de achterzijde rechts waarvan zich twee deuren bevinden, onderscheidenlijk aangeduid met (de meest rechtse) "D", en (de andere) "H". Laatstbedoelde deur geeft toegang tot het "Herentoilet". Vlak voor deze beide deuren bevindt zich onder de vloerbedekking (welke wordt teruggeslagen) een luik, dat wordt geopend. Het gat, dat daardoor vrij komt, bevindt zich voor de gehele "D"-deur en een klein deel van de "H"-deur. Bij de aldus ontstane opening in de grond worden een drietal kistjes met coca-cola-flesjes - op elkaar - geplaatst ongeveer op de wijze als te zien valt op de bij akte d.d. 30 okt. 1962 in deze procedure in het geding gebrachte foto's. De "H"-deur kan dan slechts gedeeltelijk open en

komt, na ongeveer half te zijn geopend, tegen de kistjes. De stoelen, behorende bij het zich daar in de nabijheid bevindende cafetafeltje, staan - anders dan op bedoelde foto's - geheel in het verlengde van de andere aan die zijde van het cafe staande stoelen, waardoor voor iemand, die de deuren vanuit het cafe nadert, het gat reeds direct rechts naast de kistjes zichtbaar wordt.";

dat de Rb. vervolgens bij vonnis van 28 mei 1963 aan Duchateau zijn vordering heeft ontzegd, waarbij de Rb. o.m. overwoog:

"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 zelve 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 deur open was gebleven.";

dat Duchateau van dit vonnis in beroep is gegaan bij het Hof en daarbij als grief heeft aangevoerd:

"De Rb. stelt ten onrechte, dat alleen de uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid van Duchateau de oorzaak ervan heeft kunnen zijn, dat hij in het keldergat is gestapt, hebbende de Rb. ten onrechte overwogen, dat de aanwezigheid van de kistjes zelve een met normale voorzichtigheid reagerende persoon zou hebben moeten noodzaken te kijken, waar hij zijn voet neerzette, in aanmerking genomen de geringe ruimte, welke tussen de kistjes en de deur was opengebleven;"

dat het Hof vervolgens bij arrest van 5 febr. 1964 Duchateau heeft toegelaten tot het bewijs van enige door hem te bewijzen aangeboden feiten;

dat, nadat getuigen waren gehoord, het Hof bij het in cassatie bestreden arrest het vonnis van de Rb. heeft vernietigd en Coca-Cola heeft veroordeeld om aan Duchateau te vergoeden de helft van de kosten, schaden en interessen door deze geleden en nog te lijden ingevolge zij ten processe vermelde val in het kelderruim, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

dat het Hof daarbij heeft overwogen:

(2) "dat Duchateau bij dit arrest is toegelaten door getuigen te bewijzen:

1. dat hij, zich naar het herentoilet begevende, links voorbij de zich ter plaatse bevindende kistjes is gelopen, tegelijkertijd met zijn linkerhand de deurkruk van het herentoilet heeft vastgenomen en geopend en op hetzelfde moment een stap naar rechts heeft gemaakt;
2. dat het voor hem niet mogelijk was door de zich ter plaatse bevindende coca-cola-kistjes aan de rechterzijde te passeren, omdat zich aan het achterste tafeltje mensen bevonden, en dat de kistjes en de zich aldaar bevindende personen bovendien het zicht op het keldergat hebben ontnomen;

(3a) "dat - wat het probandum sub 1 betreft - het Hof bewezen acht, dat Duchateau, zich naar het herentoilet begevende, links voorbij de zich ter plaatse bevindende kistjes is gelopen,

(3b) dat immers uit de verklaringen van de getuigen Sjouwerman en Boom blijkt, dat het voor Duchateau niet mogelijk is geweest, om rechts achter de coca-colakistjes om te lopen, daar reeds de van het luik af naar voren geschoven stoelen en de daaronder geschoven opgerolde mat dit beletten;

(4) "dat - wat dit deel van het probandum betreft - het Hof niet bewezen acht, dat Duchateau daarop met zijn linkerhand de deurkruk van het herentoilet heeft vastgenomen en geopend en op hetzelfde moment een stap naar rechts heeft gemaakt;

(5) "dat het Hof echter niet van overwegend belang acht, wat Duchateau in de laatste ogenblikken voor zijn val na het passeren van de kistjes heeft gedaan, nu door de wederpartij niet is bestreden, dat hij per ongeluk in het kelderruim is gevallen en niet als gevolg van een gewaagde poging, om over het kelderruim heen toch in het herentoilet te komen;

(6) "wat het tweede deel van het probandum betreft:

(6a) dat niet is bewezen, dat zich aan het achterste tafeltje mensen bevonden,
(6b) dat integendeel dit volgens de verklaring van getuige Sjouwerman niet het geval was, terwijl getuige Boom deze verklaring heeft bevestigd met zijn verklaring, dat volgens zijn herinnering aan dit tafeltje geen mensen zaten,
(6c) dat daarmee allereerst een der redenen is komen te vervallen, waarom Duchateau volgens zijn posita niet rechts van de kistjes kon passeren, doch dat dit niet meer van belang is, nu is gebleken, dat hij dit uit anderen hoofde niet kon doen,
(6d) dat verder echter door dit nietbewezen zijn niet is gebleken, dat voormeld aanwezig zijn van mensen voor Duchateau het zicht op het keldergat heeft ontnomen,
(6e) dat hiermede van de door Duchateau gestelde en in het probandum overgenomen redenen, waarom hij het keldergat niet heeft kunnen waarnemen, alleen de aanwezigheid der op elkaar gestapelde coca-colakistjes overblijft,
(6f) dat echter, zoals de door de politie na het ongeval gemaakte en in het geding gebrachte foto's duidelijk uitwijzen, de omvang van deze coca-colakistjes niet zodanig was, dat daarmee het gat geheel onzichtbaar werd gemaakt, terwijl voorts - naar uit die foto's blijkt - het openstaande luik duidelijk boven de kistjes zichtbaar moet zijn geweest;
(7) "dat hieruit volgt, dat Duchateau niet op de omgeving van het herentoilet heeft gelet, toen hij daarbij was gekomen, en het nu de vraag is, of er reden voor hem bestond, om dit te doen;
(8a) "dat - al neemt men aan, dat Duchateau voor het ongeval het openstaande luik niet heeft opgemerkt, gelijk hij beweert, doch de wederpartij betwist - toch voor Duchateau reden bestond bij het naderen van het toilet om zich heen te zien, alvorens verder te gaan, (8b) dat de deur van het herentoilet, naar Coca-Cola heeft gesteld, getuige Sjouwerman heeft verklaard en op de overgelegde situatiefoto's is te zien, ingevolge de stand van de meergenoemde kistjes slechts gedeeltelijk open kon,
(8c) dat dit feit, hetwelk Duchateau niet kan zijn ontgaan, hem zeker tot een opnemen van de omgeving had moeten brengen, zo hem de vreemde plaats van de kistjes daar - gedeeltelijk op het pad - al niet een waarschuwing had moeten zijn, om op die omgeving te letten;
(9) "dat, indien hij dit had gedaan, hem het zich daar ter plaatse bevindende keldergat niet had kunnen ontgaan, hetwelk naar uit de verklaringen van de getuigen Sjouwerman en Boom moet worden afgeleid, voldoende verlicht was;
(10) "dat hieruit volgt, dat hij schuld aan het ongeval heeft, en het thans nog slechts de vraag is, of hier van alle schuld, gelijk de Rb. heeft aangenomen, dan wel slechts van medeschuld aan zijn zijde sprake is;
(11a) "dat volgens de verklaring van de toenmalige eigenaar van de zaak, getuige Boom, deze in geval hij het luik moest openen, het keldergat barricadeerde met stoelen,
(11b) dat getuige Sjouwerman ook gemakkelijk dit gat op deze wijze had kunnen barricaderen,
(11c) dat hij dit niet heeft gedaan, maar zich volgens zijn eigen verklaring en die van getuige Boom bepaald heeft tot een opstapelen van de kistjes met lege flessen naast het keldergat, zonder de toegang tot de toiletten geheel af te sluiten;
(11d) dat Sjouwerman er rekening mede had behoren te houden, dat bezoekers aan de toegang tot het toilet wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden,
(11e) dat, gelet op de eenvoudige middelen, waarmee Sjouwerman - als voormeld - de toegang tot het keldergat afdoende had kunnen barricaderen, zo hij meende zich vandaar te moeten verwijderen, ook hem schuld aan het ongeval treft;
(12) "dat het Hof, de schuld van Duchateau en die van Sjouwerman tegen elkaar afwegende, van oordeel is, dat ieder van hen voor de helft aansprakelijk is voor het ongeval;
(13) "dat derhalve de door Duchateau aangevoerde grief gedeeltelijk is gegrond en Coca-Cola voor de helft van de door het ongeval geleden schade aansprakelijk is te stellen;"
O. dat Coca-Cola 's Hof's arrest bestrijdt met het volgende middel van cassatie:

"Verzuim van vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven in de artt. 175 Gw., 20 RO en 59 Rv. en schending v.h. recht in het bijzonder van rechtsregels neergelegd in en voortvloeiende uit de artt. 1401, 1402, 1403, 1406 en 1407 BW en 48 Rv., doordat het Hof op de in het bestreden arrest vervatte en als hier overgenomen te beschouwen grondig heeft beslist, dat Coca-Cola wegens het niet versperren van het keldergat met stoelen door haar ondergeschikte Sjouwerman, gelijk omschreven in onderdelen a t e van de 11de rechtsoverweging, mede aansprakelijk is voor de schade, door Duchateau geleden ten gevolge van zijn val in het kelderruim, en wel voor de helft, ten onrechte,

a) omdat Coca-Cola zowel in eerste aanleg als in hoger beroep onder verwijzing naar een verklaring van Duchateau, opgenomen in het overgelegde proces-verbaal van de politie te Maastricht, heeft volgehouden, dat hij voor het ongeval het openstaande kelderluik heeft opgemerkt, doch Duchateau zulks heeft betwist, en het Hof bij het vormen van zijn oordeel over de schuld van Sjouwerman en de daaruit voortvloeiende mede-aansprakelijkheid van Coca-Cola niet had mogen voorbijgaan aan dit ter zake dienende geschilpunt van partijen - dat het bij de behandeling van de vraag, of Duchateau schuld aan het ongeval heeft gehad, in rechtsoverweging 8 onderdeel a in het midden had gelaten - zodat het bestreden arrest in dit opzicht niet naar de eis der wet met redenen is omkleed;

b) omdat uit de omstandigheden, waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden, zoals deze door de rechters die over de feiten hebben geoordeeld, en met name door het Hof in rechtsoverwegingen 2 t 9, zijn vastgesteld, benevens de in onderdeel a bedoelde stelling van Coca-Cola, volgt, dat een cafebezoeker, die van het herentoilet gebruik wilde maken en zich bewoog en gedroeg met de normale voorzichtigheid en oplettendheid, die van een ieder konden en mochten worden verwacht, ook al was hij ter plaatse niet bekend, een val in de kelderopening had kunnen vermijden, zodat van Sjouwerman in redelijkheid niet kon worden gevergd, dat hij voor de veiligheid van cafebezoekers, die zich tijdens het openstaan van het kelderluik naar het herentoilet begaven, nog andere maatregelen trof dan het opstapelen van een paar met lege flessen gevulde kistjes langs de rand van het keldergat aan de zijde waarlangs die bezoekers liepen en in ieder geval nalaten van dergelijke maatregelen geen grond opleverde tot het rechtens (mede) aansprakelijk stellen van Sjouwerman en Coca-Cola jegens Duchateau, indien deze het openstaan van het keldergat had opgemerkt, omdat niemand een dergelijk roekeloos en onvoorzichtig gedrag behoeft te voorzien;"

O. aangaande onderdeel a van het middel:

dat het Hof, dat bij zijn overweging dat voor Duchateau bij het naderen van het toilet reden bestond om zich heen te zien, in het midden liet of Duchateau "voor het ongeval het openstaande luik niet heeft opgemerkt" (rechtsoverweging 8a), doelt op de door Duchateau betwiste stelling van Coca-Cola dat Duchateau bij zijn verhoor door de politie te Maastricht zou hebben verklaard dat hij "tevoren het luik heeft zien openstaan";

dat uit 's Hofs overweging dat "Duchateau per ongeluk in het kelderruim is gevallen en niet als gevolg van een gewaagde poging om over het kelderruim heen toch in het herentoilet te komen" (rechtsoverweging 5) en dat, indien Duchateau op zijn omgeving had gelet "hem het zich daar ter plaatse bevindende keldergat niet had kunnen ontgaan" (rechtsoverweging 9), blijkt dat het Hof als vaststaande heeft aangenomen dat Duchateau voor zijn val het openstaande keldergat niet heeft opgemerkt, en dat dus de in het midden gelaten stelling van Coca-Cola dat Duchateau voor zijn val het luik heeft zien openstaan, naar 's Hofs lezing daarvan alleen betrekking heeft op het naar boven geklapt kelderluik, dat volgens rechtsoverweging 6f duidelijk boven de kistjes zichtbaar moet zijn geweest;

dat het onderdeel, voor zover het uitgaat van een andere lezing van bedoelde stelling, feitelijke grondslag mist;

dat het Hof, dat bij de beoordeling van de schuld van Duchateau de juistheid van genoemde stelling in het midden kon laten omdat het Hof reeds op andere gronden tot de conclusie was

gekomen dat Duchateau bij de nadering van het herentoilet op zijn omgeving had behoren te letten, ook voor de beoordeling van de schuld van Sjouwerman de vraag of Duchateau voor zijn val het naar boven geklapte kelderluik heeft opgemerkt, heeft kunnen daarlaten; dat het Hof de schuld van Sjouwerman immers hierin heeft gezien, dat, hoewel Sjouwerman er rekening mee had moeten houden "dat bezoekers aan de toegang van het toilet wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden", hij, toen hij zich verwijderde, de toegang tot het keldergat niet, zoals hij gemakkelijk had kunnen doen, afdoende had gebarricadeerd; dat, ook indien Duchateau bij zijn nadering van het toilet het daar boven zichtbare naar boven geklapte kelderluik heeft opgemerkt, zulks aan de verwijtbaarheid van de gedragingen van Sjouwerman, zoals het Hof deze beoordeelde, geen afbreuk zou hebben gedaan;

O. aangaande onderdeel b:

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";

dat 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 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;

dat 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, hetwelk hij, naar het Hof overwoog, met eenvoudige middelen had kunnen voorkomen, het Hof door Sjouwerman te verwijten dat hij met de mogelijkheid van zodanige onoplettendheid geen rekening heeft gehouden en heeft nagelaten met het oog daarop maatregelen, als door het Hof aangegeven, te treffen, de maatstaven die voor de beoordeling van de schuld van Sjouwerman aan het Duchateau overkomen ongeval moeten worden aangelegd, niet heeft miskend;

dat derhalve ook dit onderdeel ongegrond is;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt eiseres in de op de voorziening in cassatie aan de zijde van verweerder gevallen kosten tot enz.

Conclusie Adv.-Gen. Mr. van Oosten.

Op 23 febr. 1961 heeft R. Sjouwerman, ondergeschikte van de eiseres tot cassatie ("Coca-Cola Corp."), in het cafe "De Munt" te Amsterdam het luik geopend van de kelder, waarvan de toegang zich bevindt vlak voor de beide achter in het cafe gelegen toiletten, welke deuren onderscheidenlijk zijn voorzien van hoofdletters "H" en "D". Wanneer men zich mag verlaten op de verklaring van Sjouwerman, gerelateerd in het onder a van het voorgestelde middel bedoelde proces-verbaal, dan heeft Sjouwerman, als chauffeur-verkoper in dienst bij Coca-Cola Corp., na het luik geopend te hebben en na in de kelder afgedaald te zijn om te zien of daar lege flesjes stonden, drie kratten met lege flessen uit de kelder gehaald, deze op elkaar gestapeld op de vloer van het cafe voor de kelderopening, en heeft hij, daarop de kelder verlaten hebbende, het luik open laten staan, om zich vervolgens achter de bar van het cafe te

begeven ten einde daar lege coca-cola flesjes weg te halen. Terwijl het luik openstond wilde een bezoeker van het cafe, Duchateau, de verweerder in cassatie, zich naar een dier toiletten begeven omdat hij hoog nodig zijn gevoeg moest doen. Derwaarts gaande en gekomen bij die inrichting, is hij in de kelder gevallen waarbij hij een been heeft gebroken.

Duchateau stelt Coca-Cola Corp. ex art. 1403, 3e lid, BW voor de hem overkomen schade aansprakelijk.

Inderdaad heeft Coca-Cola Corp., als oorspronkelijke gedaagde, onder verwijzing naar een verklaring van Duchateau, opgenomen in het voormelde proces-verbaal, als verweer doen gelden dat Duchateau voor het ongeval het openstaande luik heeft opgemerkt. En inderdaad heeft Duchateau dit betwist.

Dat Duchateau voor het ongeval het openstaande luik heeft opgemerkt, heeft Coca-Cola Corp., als geint., tot haar verweer doen gelden als omstandigheid die "zo nodig" - hetgeen m.i. betekent: zo het Hof dat nodig mocht oordelen - kan dienen ter aanvulling, resp. ter verbetering, van de gronden waarop, aldus de mem. v. antwoord, "de Rb. tot haar beslissing is gekomen". Met "haar beslissing" is hier, in de mem. v. antwoord, kennelijk bedoeld: de door het Hof vernietigde beslissing van de Rb., "dat alleen de uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid bij eiser (Duchateau) er oorzaak van heeft kunnen zijn dat hij in het keldergat is gestapt".

Aldus heeft Coca-Cola Corp., kennelijk voor het geval dat het Hof deze beslissing zou bekrachtigen, het aan de discretie van het Hof overgelaten om, in dat geval, de tot haar verweer aangevoerde omstandigheid als voormeld te bezigen als grond ter aanvulling, resp. ter verbetering, van de redenen waarmede de Rb. haar vorenaangehaalde beslissing had omkleed. Het komt mij voor, dat het met deze door Coca-Cola Corp., als geint., aangenomen houding niet te rijmen is, dat zij thans, als in onderdeel a geschiedt, den Hove verwijt, dat hetzelfde bij het vormen van zijn oordeel over de schuld van Sjouwerman en over de daaruit voortvloeiende mede-aansprakelijkheid van Coca-Cola Corp., niet had mogen voorbijgaan aan - en dus had behoren te beslissen over - het in het onderdeel bedoelde geschilpunt van pp., ook al zou dit ter vorming van dit oordeel relevant zijn te achten.

Afgezien van deze bedenking, vermag ik niet in te zien dat een beslissing over het vorenbedoelde geschilpunt verandering zou kunnen brengen in 's Hof's arrest.

Heeft Duchateau voor zijn val het openstaande luik niet opgemerkt, dan blijft onverzwakt gelden wat het Hof omtrent de zgn. medeschuld van Sjouwerman heeft overwogen. En heeft Duchateau voor het ongeval het openstaande kelderluik wel opgemerkt, dan kan dit m.i. geen omstandigheid zijn die Sjouwerman disculpeert, noch ook een grond voor rechtvaardiging van de door het Hof aangenomen nalatigheid van Sjouwerman, doch hoogstens een factor, welke in aanmerking komt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor de toegebrachte schade, bij welke beoordeling de nalatigheid van Sjouwerman, doch hoogstens een factor, welke in aanmerking komt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor de toegebrachte schade, bij welke beoordeling de nalatigheid van Sjouwerman vergeleken moet worden met de zgn. eigen schuld van het slachtoffer, Duchateau (vgl. HR 11 maart. 1938, NJ 1939, no. 128, n. E.M.M.). Ook volgens Esser, Schuldrecht, 1960, p. 276, beïnvloedt de zgn. schuld van het slachtoffer, het "Mitverschulden", wel de grondslag van de eis, maar stelt die schuld de "haftbar machende Tatbestand" niet ter zijde. Zowel de zgn. eigen schuld van het slachtoffer als de wederzijdse mate van schuld, is, aldus Esser, rechteens "nur ein Faktor der Abwägung für die nach den Umständen und den Anteilen der Mitverursachung richterlich vorzunehmende Schadensaufteilung".

Wanneer men nu op de in cassatie onaangetaste gronden van het bestreden arrest de schuld van Sjouwerman vergelijkt met die van Duchateau, dan is de schuld van Sjouwerman, ook al heeft Duchateau het luik zien openstaan, niet zo gering, dat zij, als factor ter beoordeling van de aansprakelijkheid voor de schade, dient te worden verwaarloosd en dus, uit dit oogpunt

beschouwd, niet in aanmerking kan komen, omdat, als Duchateau voor de val het luik heeft zien openstaan, dit niet wegneemt, dat Sjouwerman zijnerzijds, zoals het Hof heeft vastgesteld, de toegang tot het keldergat afdoend had kunnen barricaderen - en m.i. geredelijk had kunnen sluiten - zij hij meende zich vandaar te moeten verwijderen en hij dit heeft nagelaten. Deze nalatigheid van Sjouwerman is m.i. van dien aard, dat zij niet wordt geabsorbeerd door de onderstellenderwijze aan te nemen omstandigheid dat Duchateau voor de val heeft gezien dat het kelderluik openstond.

Het is om deze redenen dat ik meen dat onderdeel a van het middel niet zal kunnen slagen, terwijl ik nog doe opmerken vooreerst, dat onderdeel a er niet over klaagt dat het Hof met schending van het recht zijn taak als appelrechter heeft miskend, door, bij het vormen van zijn oordeel over, de schuld van Sjouwerman en over de daaruit voortvloeiende medeaansprakelijkheid van Coca-Cola Corp., voorbij te laten gaan aan het in het onderdeel bedoelde geschilpunt; vervolgens, dat eiseres, Coca-Cola Corp., in feitelijke aanleg niet heeft betoogd, dat, vergelijkt men de ter inleidende dagvaarding gestelde schuld van Sjouwerman met de beweerde "eigen schuld" van Duchateau, de "eigen schuld" van Duchateau de schuld van Sjouwerman absorbeert, in deze zin, dat, vergeleken met de "eigen schuld" van het slachtoffer, de schuld van Sjouwerman dient te worden verwaarloosd als factor bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor de toegebrachte schade; ten derde, en in onmiddellijk verband met de naastvoorgaande opmerking, dat Sjouwerman zelve blijkens het in het onderdeel van het proces-verbaal aan de hem verhorende opsporingsambtenaar heeft verklaard, dat hij het ongeval ziet als een gevolg van zijn nalatigheid dat hij het luik heeft open laten staan.

Onderdeel b maakte de gevolgtrekking, dat "van Sjouwerman in redelijkheid niet kon worden gevergd, dat hij voor de veiligheid van cafebezoekers, die zich tijdens het openstaan van het kelderluik naar het herentoilet begaven, nog andere maatregelen trof dan het opstapelen van een paar met lege flessen gevulde kistjes langs de rand van het keldergat aan de zijde waarlangs die bezoekers liepen".

Maar deze gevolgtrekking is m.i. niet gewettigd, wanneer men bedenkt dat 's Hof's overweging "dat Sjouwerman er rekening mede had behoren te houden, dat bezoekers aan de toegang tot het toilet wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden", noodwendig het oordeel veronderstelt dat Sjouwerman had kunnen voorzien" dat bezoekers aan de toegang tot het toilet wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden", en dat uit de door het Hof in RO 11a vermelde verklaring van de getuige Boom moet, althans kan, worden afgeleid, als voorzienbaar, dat, als de kelderopening niet met stoelen gebarricadeerd was, de aanwezigen in het cafe gevaar zouden lopen door die opening in de kelder te vallen. Immers waartoe zouden anders, in de voorstelling van de getuige Boom, de opening met stoelen gebarricadeerd moeten worden als het niet was om in het cafe aanwezigen tegen dat, hun dreigende gevaar, te beschermen? Wanneer nu voorzienbaar was dat aanwezigen, en dus bezoekers, aan de toegang tot het toilet wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden, dan valt m.i. niet in te zien waarom van Sjouwerman in redelijkheid niet kan worden gevergd, dat wat naar 's Hof's oordeel van hem gevergd kon worden: het afdoend barricaderen van "de toegang tot het keldergat, zo hij meende zich vandaar te moeten verwijderen".

Het onderdeel stelt tenslotte, dat in ieder geval de daar omschreven nalatigheid van Sjouwerman (het nalaten nog andere maatregelen te treffen dan het opstapelen van met lege flessen gevulde kistjes langs de rand van het keldergat aan de zijde waarlangs de cafebezoekers liepen) "geen grond opleverde tot het rechtens (mede) aansprakelijk stellen van Sjouwerman en eiseres jegens verweerder, indien deze het openstaan van het keldergat had opgemerkt, omdat niemand een dergelijk roekeloos en onvoorzichtig gedrag behoeft te voorzien". Deze stelling wordt vruchteloos in cassatie opgeworpen, omdat er in cassatie, zelfs niet onderstellenderwijze, vanuit mag worden gegaan, dat Sjouwerman het openstaan van het

keldergat had opgemerkt, maar, hoogstens, dat deze voor het ongeval het openstaan van het kelderluik heeft opgemerkt.

Waar het voorgestelde middel naar mijn mening in zijn beide onderdelen faalt, concludeer ik tot verwerping van het cassatieberoep en tot veroordeling van eiseres in de kosten, welke aan de zijde van de verweerder op het cassatieberoep zijn gevallen.