

Over de totstandkoming van de koopovereenkomst in een zelfbedieningswinkel

Jelle Jansen*

Sluit je een (voorwaardelijke) koop als je een krat bier in de winkelwagen legt? De wetgever gaat daarvan uit. Deze opvatting is onhoudbaar. Omdat de klant het product nog terug mag en kan leggen, is uit zijn handelen niet af te leiden dat hij wil kopen (wilsvertrouwensleer). De koop ontstaat pas aan de kassa, op het ogenblik dat de klant betaalt.

1 Inleiding

Op welk ogenblik ontstaat de koopovereenkomst in de supermarkt? Deze op het eerste gezicht eenvoudige vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden.

Op welk ogenblik ontstaat de koopovereenkomst in de supermarkt? Deze op het eerste gezicht eenvoudige vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden

Er zijn allerlei theoretische mogelijkheden, die afhangen van hoe men het gedrag van de supermarkt en de klant waardeert. Voor het ontstaan van een koopovereenkomst is wilsovereenstemming vereist. Bij gebrek aan expliciete wilsverklaringen gelden het handelen van de supermarkt en de gedragingen van de klant als hun verklaringen (art. 3:33 BW). Om het ontstaansmoment van een koopovereenkomst te bepalen is daarnaast artikel 3:35 BW van belang: wat mogen de klant en de supermarkt uit elkaars handelingen afleiden? Allereerst moet – telkens met behulp van de artikelen 3:33 en 3:35 BW – bepaald worden of de supermarkt die geprijsde artikelen in de

winkel uitstalt een aanbod doet aan het winkelend publiek (een openbaar aanbod), of het winkelend publiek een uitnodiging doet een aanbod te doen (*invitatio ad offerendum*).¹ Als de supermarkt een aanbod doet, verricht de klant de aanvaarding. Op welk ogenblik? Ook daar moet men kiezen. Als hij een product in het winkelmandje legt, als hij het afgeeft aan de kassamedewerker, of als hij betaalt? Mocht men ervoor kiezen aan te nemen dat de koopovereenkomst in de winkel ontstaat doordat de klant een product in het winkelmandje legt, dan vindt dan ook de levering plaats. Als de koopovereenkomst aan de kassa ontstaat, dan geschiedt ook daar de levering. Waardeert men het handelen van de supermarkt niet als een aanbod, maar als de uitnodiging om een aanbod te doen, dan ontstaat de koopovereenkomst aan de kassa. Op welk ogenblik aanvaardt de supermarkt het aanbod van de klant? Als de kassamedewerker de boodschappen scant, of als de klant betaalt? Het gaat er bij dergelijke theoretische keuzes om een stelsel te ontwerpen dat zo goed en zo gemakkelijk als mogelijk recht doet aan wat in de praktijk gebeurt.

De wetgever gaat er blijkens de toelichting bij het latere artikel 7:1 BW van uit dat de supermarktkoop (al dan niet voorwaardelijk)

* Prof. mr. J.E. Jansen is universitair hoofddocent Rechtsgeschiedenis aan de Radboud Universiteit Nijmegen en bijzonder hoogleraar bijzondere aspecten van het privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 Over het onderscheid tussen een openbaar aanbod (*ad incertas personas*) en de uitnodiging in onderhandeling te treden A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 170; C. Spierings, 'Vragen over het aanbod', *RMThemis* 2013, p. 107-117, met name op p. 108-109; J.M. van Duné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971, p. 122 (i.h.b. bij noot 58) en p. 126 noot 73.

ontstaat op het ogenblik dat de klant boodschappen in het winkelmandje legt. De klant levert in zo'n geval volgens de wetgever (al dan niet voorwaardelijk) aan zichzelf, hij verkrijgt het bezit door inbezitneming. Verschillende schrijvers sluiten zich bij de wetgever aan (zie nr. 5). Op de zienswijze van de wetgever is het een en ander af te dingen.

De wetgever gaat er blijkens de toelichting bij het latere artikel 7:1 BW van uit dat de supermarktkoop ontstaat op het ogenblik dat de klant boodschappen in het winkelmandje legt. Op de zienswijze van de wetgever is het een en ander af te dingen

Ik doe dat in dit opstel door de opvatting van de Nederlandse wetgever te vergelijken met Duitse literatuur en rechtspraak over de totstandkoming van de koopovereenkomst in zelfbedieningswinkels (zie nr. 2) en een Engelse uitspraak over dit onderwerp (zie nr. 3). Het Franse recht komt zijdelings aan de orde. Die vergelijking leert dat bij de uitleg van het handelen van de klant in een zelfbedieningswinkel van belang is of hij nog de bevoegdheid en de mogelijkheid heeft het product terug te leggen dat hij in zijn feitelijke macht heeft. Als dat nog mogelijk is, is uit zijn handelen niet af te leiden dat hij een koopovereenkomst wil sluiten. Het handelen van degene die tankt in een 'zelfbedieningstankstation'² is wel gericht op het sluiten van een koopovereenkomst, het handelen van degene die in een supermarkt een product in het mandje legt – in weerwil van de woorden van de wetgever – niet. Aanvaardt de klant van het tankstation het openbare aanbod van de uitbater van het tankstation? Of doet hij door te tanken een aanbod, dat het tankstation vervolgens aanvaardt? Hier wordt betoogd dat het handelen van het pompstation, dat het de klant toestaat een *de facto* onomkeerbare toestand in het leven te roepen, geldt als een openbaar aanbod. De koopovereenkomst ontstaat daarom aan de tankzuil (zie nr. 4). Dat is in de supermarkt anders: de supermarkt staat het de klant pas toe een onomkeerbare toestand in het leven te roepen, door bijvoorbeeld de ontbijtkoek op te eten, als de klant betaald heeft. De klant in de supermarkt mag uit het gegeven dat hij de producten zelf uit de schappen mag halen

dus niet afleiden dat een koopovereenkomst ontstaat voordat hij heeft betaald. De klant brengt daarom pas een koopovereenkomst tot stand als hij het openbare aanbod van de supermarkt aanvaardt door te betalen. Deze zienswijze heeft het praktische voordeel dat de supermarkt de boodschappen kan achterhouden als de klant er niet in slaagt te betalen, zonder dat zij daarvoor de koopovereenkomst hoeft te ontbinden (zie nr. 6).

2 Duits recht: zelfbedieningstankstation

Op 4 mei 2011 deed de achtste Zivilrechtssenat van het Bundesgerichtshof (BGH), de Duitse Hoge Raad, uitspraak in een privaatrechtelijk geschil tussen een pompstation en een klant.³ Het ging om het volgende: K. had op 7 maart 2008 in een *Selbstbedienungstankstelle* in Kiefersfelden (Zuid-Duitsland, nabij de grens met Oostenrijk) voor een bedrag van 10,01 euro getankt, wat spulletjes ('ein Schokoriegel' (chocoladereep) en twee vignetten voor de Oostenrijkse snelweg) gekocht in de winkel van het pompstation, maar alleen die spulletjes betaald. De pomphouder nam een detective in de arm om de identiteit van K. te achterhalen. Die slaagde in zijn taak en diende een rekening in van 137 euro. Kon de pomphouder nu alleen de onbetaalde diesel van K. vorderen, of ook de door hem gemaakte opsporingskosten? Doorslaggevend was of er tussen de klant en het pompstation een overeenkomst was ontstaan of niet. Een buitencontractuele grondslag voor de vergoeding van de opsporingskosten ontbrak en ontbreekt in het Duitse recht. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat een koopovereenkomst tussen de pomphouder en de tankende klant ontstaat als de klant begint te tanken:

'Ein Kunde, der an einer Selbstbedienungstankstelle Kraftstoff in seinen Tank füllt, schließt bereits zu diesem Zeitpunkt mit dem Tankstellenbetreiber (...) einen Kaufvertrag über die entnommene Menge Kraftstoff.'⁴

De koopovereenkomst ontstaat dus niet pas als de klant de brandstof afrekent. Dat zou in dit geval betekend hebben dat er geen overeenkomst bestond ter zake van de diesel. Nu die overeenkomst er wel was, was K. in verzuim ('Verzug') doordat hij de diesel niet afrekende en omdat hij in verzuim was, moest hij ook de opsporingskosten van de crediteur betalen. Het Bundesgerichtshof maakt met dit oordeel een einde aan de onduidelijkheid omtrent het precieze ogenblik waarop de koopovereenkomst ontstaat tussen de tankende klant en het pompstation. In rechtspraak en

- 2 Ik spreek hier omwille van de leesbaarheid telkens van een pomp- of tankstation, daarmee is bedoeld op een tankstation waar de klant zelf tankt voordat hij heeft betaald, in de Duitse juridische literatuur een 'Selbstbedienungstankstelle'.
- 3 BGH 4 mei 2011, *NJW* 2011, 2871. Over deze uitspraak bijv. F. Faust, 'Vertragsschluss beim Selbsttanken: Voraussetzungen des Schuldnersverzugs', *JuS* 2011, p. 929-932; A. Stadler, 'Vertragsschluss an Selbstbedienungstankstelle', *JA* 2012, p. 465-467; A. Rebler, "'Selbstbedienen" beim Tanken und das Strafrecht', *JA* 2013, p. 179-181.
- 4 BGH 4 mei 2011, *NJW* 2011, 2871, Rn. 13.

- 5 Vgl. over de objectieve uitleg bijv. C. Conrad & J. Bisenius, 'Besondere Konstellationen des Kaufvertragsschlusses – Schaufenster, Automaten, Online-Handel und Selbstbedienungs-läden', *JA* 2011, p. 740-744, i.h.b. p. 740.
- 6 BGH 4 mei 2011, *NJW* 2011, 2871, Rn. 16.
- 7 In deze zin bijv. U. Borchert & U. Hellmann, "'Tanken ohne zu zahlen' – eine Problemklärung in Sicht?", *NJW* 1983, 2799-2802, noot 12; R. Bork (bew.), *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin: Beck 2010, §145 BGB, Rn 8.
- 8 Vgl. daarbij §151 BGB.
- 9 In deze zin bijv. OLG Düsseldorf, *NStZ* 1982, 249 en OLG Düsseldorf, *NStZ* 1985, 270; R.D. Herzberg, 'Zivilrechtliche Verschiebungen zur Schliessung von Strafbarkeitslücken?', *NJW* 1984, p. 896-899, noot 6.
- 10 In gelijke zin F. Faust, 'Vertragsschluss beim Selbsttanken: Voraussetzungen des Schuldnersverzugs', *JuS* 2011, p. 929-932, p. 929-930, bij noot 1; Zie ook A. Rebler, "'Selbstbedienen" beim Tanken und das Strafrecht', *JA* 2013, p. 179-181, noot 28; S. Lorenz, 'BGH: Vertragsabschluss an der SB-Tankstelle', in: *LMK*, 2011, §19864, bij nr. 2a.
- 11 BGH 4 mei 2011, *NJW* 2011, 2871, Rn. 15 en 16.
- 12 Vgl. over de van het Nederlandse recht afwijkende Duitse bezitsleer, waarin ook de houder bezitter is (Fremdbesitzer), W.J. Zwalfve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht, Deel I Inleiding en Zakenrecht* (3e druk), Den Haag: BJu 2006, p. 163 e.v.
- 13 Zie bijv. H.W. Eckert (bew.), *Beck'scher online Kommentar*, s.l.: Beck 2014, §145 Rn 43: 'Annahmeerklärung Vorzeigen an der Kasse'; R. Bork (bew.), *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin: Beck 2010, §145 BGB, Rn. 7: 'Vorzeigen an der Kasse'; In iets afwijkende zin H. Heinrichs, *Palandt* (59e druk), München: Beck 2000, § 145 BGB, Rn. 8: 'Annahme die Feststellung des Rechnungsbetrages'.

literatuur was wel verdedigd dat de koopovereenkomst ter zake van de brandstof, net als in een supermarkt (daarover uitgebreid hieronder), tot stand komt aan de kassa. Het BGH maakt duidelijk dat de koopovereenkomst niet aan de kassa ontstaat, maar aan de tankzuil. Het hanteert op grond van de paragrafen 133 en 157 BGB een objectieve maatstaf om het handelen van het pompstation en de klant uit te leggen om zo hun voor het ontstaan van een overeenkomst vereiste wil op te sporen.⁵ Als de klant begint te tanken, ontstaat de koopovereenkomst:

'Aus der Sicht eines objektiven Betrachters in der Lage des jeweiligen Erklärungsgegners ist damit zum Zeitpunkt der Entnahme des Kraftstoffs durch den Kunden ein Kaufvertrag zu Stande gekommen, ohne dass es hierzu weiterer Willenserklärungen – etwa an der Kasse – bedarf.'⁶

De subjectieve wil van de tankende is blijkens bovenstaande passage irrelevant: die is immers mogelijk *überhaupt* niet gericht op het sluiten van een koopovereenkomst, maar op doorrijden zonder te betalen. De passage maakt niet onomstotelijk duidelijk of de klant door te tanken het aanbod van het pompstation aanvaardt, of dat hij het pompstation door te tanken een aanbod doet. In het eerste geval doet het pompstation een aanbod aan het voorbijgaande verkeer, een aanbod *ad incertas personas*.⁷ In het tweede geval nodigt het pompstation de verkeersdeelnemer uit om een aanbod te doen om een koopovereenkomst te sluiten, dat het pompstation vervolgens (stilzwijgend⁸) moet aanvaarden (een zogenoemde *invitatio ad offerendum*).⁹ De geciteerde overweging van het BGH past goed in de eerste opvatting: het handelen van de klant is objectief beschouwd de aanvaarding van het aanbod van het pompstation.¹⁰

Het BGH beoordeelt de gang van zaken in een pompstation anders dan die in een supermarkt. Het wijst erop dat de klant in een supermarkt de door hem uit de schappen gehaalde spullen gemakkelijk kan en mag terugleggen

3 Duits recht: de supermarkt

Het BGH beoordeelt de gang van zaken in een pompstation anders dan die in een supermarkt. Het wijst erop dat de klant in

een supermarkt de door hem uit de schappen gehaalde spullen gemakkelijk kan en mag terugleggen. Dat is bij het tanken van brandstof een stuk lastiger. Er ontstaat dan een *de facto* onomkeerbare toestand. Degene die tankt, aanvaardt het aanbod een koopovereenkomst te sluiten ter zake van de getankte brandstof. Hij houdt de getankte brandstof voor zichzelf, de levering is daarmee verricht. Dat geldt niet voor degene die in een supermarkt een product uit het schap haalt:

'Nach der Verkehrsanschauung führt deshalb allein die Entnahme der Ware aus dem Regal noch nicht zu den Bindungswirkungen eines Kaufvertrages. An der Selbstbedienungstankstelle wird durch das Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank hingegen ein praktisch unumkehrbarer Zustand geschaffen, so dass es dem Interesse beider Parteien entspricht, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein Kaufvertrag zu stande kommt.'¹¹

De supermarktklant bindt zich niet door producten uit het schap te nemen omdat hij de boodschappen nog terug kan en mag leggen. De levering geschiedt daarom niet in de winkel, maar pas aan de kassa. Hij is van de spullen in de winkelmand daarom ook geen bezitter (in de Duitse terminologie: 'Eigenbesitzer'), maar houder ('Fremdbesitzer'¹²).

De supermarktklant bindt zich niet door producten uit het schap te nemen omdat hij de boodschappen nog terug kan en mag leggen. De levering geschiedt daarom niet in de winkel, maar pas aan de kassa

Pas wanneer de supermarktklant de boodschappen aan de kassamedewerker aanbiedt, is sprake van een op het sluiten van een koopovereenkomst gerichte wil. Het BGH gaat niet in op de vraag of de klant aan de kassa het aanbod van de supermarkt aanvaardt, of een aanbod doet. De Duitse literatuur is verdeeld. De meerderheidsopvatting is dat de supermarkt een aanbod *ad incertas personas* doet door producten in de schappen te leggen. De klant aanvaardt dit aanbod door de boodschappen aan de kassamedewerker te geven, of wanneer het totaalbedrag wordt vastgesteld.¹³ Verschillende Duitse schrijvers zijn van mening dat het handelen van de supermarkt geen aanbod is, maar een uitnodiging is om een aanbod te doen. De klant die de boodschappen aan de kassamedewerker geeft, doet in deze opvatting een aanbod. De supermarkt aanvaardt dit

aanbod door het totaalbedrag op de kassa in te toetsen¹⁴ of nog iets later, door de betaling te incasseren.¹⁵

Aantrekkelijk aan de laatste opvatting, de zienswijze waarin de koopovereenkomst ontstaat op het ogenblik dat de klant betaalt, is dat zij op de minst omslachtige wijze verklaart wat feitelijk gebeurt als de klant niet betaalt: de boodschappen moeten achterblijven, niet omdat de supermarkt de koopovereenkomst met de klant ontbindt, maar omdat er geen koopovereenkomst is. Dat de supermarkt de boodschappen allicht achterhoudt als de klant belooft thuis zijn vergeten portemonnee te halen, doet daaraan niet af. Als de klant niet terugkeert of daarmee te lang wacht, zal de supermarkt de boodschappen terug in het schap plaatsen. Zij hoeft daartoe niet over te gaan tot ontbinding, omdat er eenvoudigweg geen koopovereenkomst is. Dit betekent dat de voor eigendomsoverdracht vereiste levering plaatsvindt na de betaling en wel door bezitsverschaffing aan de klant. Dit argument dwingt er overigens niet toe aan te nemen dat de supermarkt de klant uitnodigt te onderhandelen. Je zou ook kunnen aannemen dat de klant het openbare aanbod van de supermarkt aanvaardt door te betalen (zie daarover hieronder voor het Nederlandse recht uitgebreid in nr. 6).

In het Engelse recht is de heersende leer juist dat de uitbater van een supermarkt geen openbaar aanbod doet, maar de klant uitnodigt te onderhandelen

4 De koop in een zelfbedieningswinkel naar Engels recht

In het Engelse recht is de heersende leer juist dat de uitbater van een supermarkt geen openbaar aanbod doet, maar de klant uitnodigt te onderhandelen. De heersende leer gaat terug op de uitspraak in de zaak tussen de Pharmaceutical Society of Great Britain en Boots Cash Chemists.¹⁶ De rechter oordeelde in die zaak dat de uitbater van een zelfbedieningswinkel geen aanbod doet, maar de klant uitnodigt om een aanbod te doen. Het ging om het volgende: Boots Cash Chemists baatte enkele apotheken uit waarin zij haar producten sinds kort ook in de winkel uitstalde en niet enkel nog achter de kassa. Het Britse apothekersgilde spande een procedure aan tegen

Boots Cash Chemists omdat een apotheker volgens de Pharmacy and Poisons Act 1933 bij bepaalde producten toezicht diende te houden 'at the time the sale is affected'. Dat was volgens het gilde niet het geval als een klant producten kon kopen door deze in zijn mandje te leggen. De Court of Appeal wijst de eis af onder verwijzing naar het oordeel dat de Lord Chief Justice in de High Court velde. Die wees erop dat de klant de vrijheid moet hebben het gekozen product terug te leggen en dat de winkel de mogelijkheid moet hebben om te weigeren een koopovereenkomst te sluiten, bijvoorbeeld omdat de klant geen recept van een huisarts heeft voor het door hem gekozen product.

'It seems to me therefore, applying common sense to this class of transaction, there is no difference merely because a self-service is advertised. It is no different really from the normal transaction in a shop. I am quite satisfied it would be wrong to say the shopkeeper is making an offer to sell every article in the shop to any person who might come in and that he can insist by saying 'I accept your offer'.

Het is dus de klant die een aanbod doet aan de kassa, zodat een eventuele koopovereenkomst telkens onder supervisie van een apotheker tot stand komt. De winkelier aanvaardt het aanbod van de klant op het ogenblik dat hij de betaling accepteert.

'In this case I decide, first that there is no sale effected merely by the purchaser taking up the article. There is no sale until the buyer's offer to buy is accepted by the acceptance of the money, and that takes place under the supervision of a pharmacist.'¹⁷

Op welk ogenblik ontstaat de koopovereenkomst in een Nederlands pompstation? Doet het pompstation een openbaar aanbod dat de klant aanvaardt door te tanken, of is sprake van een uitnodiging een aanbod te doen?

5 Nederlands recht: het pompstation

Keren wij na deze beschrijving van Duits en Engels recht terug naar het Nederlandse recht. Op welk ogenblik ontstaat de koopovereenkomst in een Nederlands pompstation? Doet het pompstation een openbaar aanbod dat de klant aanvaardt door te tanken, of is sprake van een uitnodiging een aanbod te doen? Bepalend bij dat onderscheid is wat het pompstation precies verklaart (art. 3:33 BW) en hoe de klant die verklaring heeft mogen

14 Zie bijv. J. Fritzsche, 'Der Abschluss von Verträgen, §§ 145 ff. BGB', JA 2006, p. 674-681, p. 678-679 op p. 679: 'Antrag und Annahme erfolgen an der Kasse durch Vorlage der Ware und Eintippen des Preises in die Kasse'.

15 Zo bijv. Conrad & Bisenius 2011, p. 742: 'Kassieren schliesslich die Annahme.'

16 *Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* 1953 1 QB 401, zie www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1953/6.html.

17 Peel spreekt in verband met deze uitspraak van een 'well established general rule' (waarop hij vervolgens wat kritiek uit), *Treitel's The Law of contract* (13e druk), Londen: Sweet & Maxwell 2010, §2-009. Hij besteedt ook aandacht aan het Engelse self-service pompstation: dat doet volgens Peel een aanbod dat de klant aanvaardt door te tanken. Zie over de regel dat een supermarkt de klant uitnodigt een aanbod te doen ook H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon & S. Vogenauer (eds.), *Cases, materials and Text on Contract Law* (2e druk), Oxford-Portland: Hart Publishing 2010, p. 258-259.

opvatten (3:35 BW).¹⁸ De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Hofland/Hennis* bijvoorbeeld bepaald dat:

'Vooropgesteld moet worden dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet ertoe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn'.¹⁹

Omdat het *in casu* ging om een advertentie voor de koop van een woning, was geen sprake van een aanbod, maar van een uitnodiging om in onderhandeling te gaan. Bij die onderhandelingen zal bijvoorbeeld de datum van levering ter sprake komen, de notaris die de levering moet verrichten, mogelijke bouwtechnische keuringen die de beoogd koper zal willen verrichten *et cetera*. Bovendien zal degene die de advertentie plaatst zijn huis niet aan eenieder willen verkopen. De eigenaar van het charmante vooroorlogse boerderijtje zal het niet willen verkopen aan de projectontwikkelaar die plannen heeft voor sloop en windmolens. De persoon van de gegadigde speelt hier een rol. De Hoge Raad lijkt als gezichtspunt te geven dat de volledigheid van de 'verdere voorwaarden' een rol speelt bij de beoordeling of sprake is van een openbaar aanbod of van een uitnodiging tot onderhandelen. Als nog veel door partijen nader is in te vullen, is eerder sprake van een uitnodiging tot onderhandelen dan van een openbaar aanbod dat immers door aanvaarding tot een overeenkomst leidt.²⁰ Bij de koop van brandstof in een pompstation zal weinig onduidelijkheid bestaan over verdere voorwaarden. De prijs staat vast, de wijze waarop levering plaatsvindt eveneens. Mogelijk is slechts dat de uitbater van het pompstation niet met degene die getankt heeft in zee wil gaan, bijvoorbeeld omdat de desbetreffende persoon in het verleden doorgereden is zonder te betalen. Desalniettemin staat de uitbater van het pompstation het verkeersdeelnemers toe door te tanken een onomkeerbare toestand te creëren.

De vergelijking met het Duitse en het Engelse recht leert dat de onomkeerbaarheid van de prestatie een belangrijk gezichtspunt is bij de waardering van het handelen van de winkelier

De vergelijking met het Duitse en het Engelse recht leert dat de onomkeerbaarheid van de prestatie een belangrijk gezichtspunt is bij de waardering van het handelen van de winkelier. Juist omdat het pompstation het verkeersdeelnemers mogelijk maakt een onomkeerbare toestand in het leven te roepen, mogen zij het handelen van het pompstation als een openbaar aanbod beschouwen. Hetzelfde speelt bij de waardering van het handelen van de klant. De klant kan zich nadat hij getankt heeft niet meer bedenken en het gekozen product terugleggen. Het handelen van de tankende klant geldt daarom langs de meetlat van de artikelen 3:33 en 3:35 BW als een aanvaarding, of de klant nu een koopovereenkomst wil sluiten of van plan is zonder te betalen door te rijden. De koopovereenkomst ontstaat dus net als in Duitsland aan de tankzuil. Het pompstation verschaft op datzelfde ogenblik het bezit van de brandstof door de klant in staat te stellen dezelfde feitelijke macht over de zaak uit te oefenen die hij zelf over de zaak uitoefende (vgl. art. 3:114 en 3:90 BW).²¹

De Nederlandse wetgever huldigt een van het Duitse en Engelse recht afwijkende zienswijze ten aanzien van het ogenblik dat de supermarktkoop ontstaat en de wijze waarop zij ontstaat

6 De Nederlandse supermarkt: de opvatting van de wetgever

De Nederlandse wetgever huldigt, zoals ik in de inleiding al opmerkte, een van het Duitse en Engelse recht afwijkende zienswijze ten aanzien van het ogenblik dat de supermarktkoop ontstaat en de wijze waarop zij ontstaat. De opvatting van de wetgever is gedeeltelijk terug te voeren op een uitspraak van de Hoge Raad onder het oude recht over winkeldiefstal in de Amsterdamse vestiging van de Bijenkorf op de Dam. Een vrouw had allerlei levensmiddelen uit de schappen gehaald (onder andere een pak koffie, een snipperkoek, een worst en twee pakjes vermicelli) en was de kassa zonder te betalen gepasseerd. Zij werd vervolgd voor diefstal. Zij verweerde zich door te stellen dat de koopovereenkomst tussen haar en het warenhuis tot stand kwam toen zij de levering aan zichzelf verrichtte: zij was dus

¹⁸ Zie bijv. Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 59. Vgl. over de maatstaf van de artikelen 3:33 en 3:35 BW ten aanzien van een aanbod Y.G. Blei Weissmann, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (losbl. en online), art. 6:217 BW, aant. 3.24.1.1 t/m 3.24.1.5, ten aanzien van een aanvaarding, aant. 3.133.1.

¹⁹ HR 10 april 1982, ECLI: NL:HR:1981:AG4177, *NJ* 1981/532 m.nt. C.J.H. Brunner.

²⁰ Vgl. punt 4 van de noot van Brunner bij het arrest.

²¹ Mogelijke eigendoms- en bezitsverrijking als gevolg van vermenging (art. 5:16 BW) met de nog aanwezige brandstof blijven hier buiten beschouwing.

eigenaar geworden van de waren en kon geen diefstal hebben gepleegd. Diefstal is immers het wegnemen van *andermans* zaak. Het hof wees dit verweer van de hand. Het overweegt:

‘dat uit dit systeem volgt dat de aanvaarding door de klant van het aanbod van de verkoper om de door de klant gekozen goederen tegen de aangeduide prijs te kopen, eerst tot stand komt bij de vertoning van de gekozen goederen aan het personeel dat de kassa bedient en betaling van de klant ontvangt, terwijl bedoeld systeem bij de klant geenszins het vertrouwen wekt dat hij op een eerder tijdstip heeft gekocht en in eigendom heeft verkregen.’²²

De Hoge Raad is het evenmin eens met het standpunt van de vrouw. Hij overweegt:

‘doch laatstbedoelde stelling in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard omdat omtrent de vraag van het tijdstip van de totstandkoming van de eigendomsoverdracht niet kan worden geoordeeld zonder dat daarbij in aanmerking worden genomen de uitdrukkelijk of stilzwijgend tussen pp. getroffen afspraken en hetgeen daaromtrent door het gebruik wordt bepaald.’²³

De Hoge Raad laat zich, anders dan het hof, niet uit over het precieze ogenblik van het ontstaan van de koopovereenkomst. Gerbrandy besteedt daaraan in een rechtspraak-overzicht wel aandacht.²⁴ Hij beschouwt het ‘geprijsd en waarneembaar uitstellen van artikelen’ als een aanbod een koopovereenkomst te sluiten en het ‘openlijk wegnemen en waarneembaar op het karretje zetten’ als een aanvaarding daarvan. Zou dit anders zijn dan zou de supermarkt de bevoegdheid hebben boodschappen uit het karretje te halen. Dat is volgens Gerbrandy ‘krenkend voor het gevoel van iedere normale huisvrouw’. De levering in een zelfbedieningszaak geschiedt volgens Gerbrandy op dezelfde wijze als de Hoge Raad oordeelde in een andere zaak, die tussen Grinwis en de Staat. Het ging in deze zaak om het volgende. De Staat verkocht alle ijzerwaren uit een aantal in de duinen gelegen bunkers aan Grinwis. Onder de koopovereenkomst vielen onder andere vier pantserplaten. De Staat gaf ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst aan Grinwis de bevoegdheid om deze platen af te voeren. Hoe geschiedde de levering?

‘Dat de Staat ter uitvoering van de koopovereenkomst niet anders heeft gedaan dan toe te staan en te dulden, dat Grinwis c.s. zich in het bezit van het gekochte zouden stellen; dat immers indien de levering in dier voege geschiedt, dat de verkoper toelaat, dat de koper zich zelf het bezit verschaft, *eerst door die inbezitneming* de eigendom overgaat.’²⁵

Deze passage blinkt niet uit in duidelijkheid. Enerzijds wekt de Hoge Raad de indruk dat de levering geschiedt door bezitsverschaffing (door de koper aan zichzelf), anderzijds wekt hij de indruk dat sprake is van inbezitneming. Ik zou willen aannemen dat sprake is van

bezitsverschaffing door de vervreemder aan de verkrijger steeds als de verkrijger met medewerking (instemming met bezitsverkrijging bijvoorbeeld) van de vervreemder de feitelijke heerschappij over de zaak gaat voeren. Dat sluit aan bij het – ten tijde van het hier geciteerde arrest nog toekomstige – artikel 3:114 BW dat voorschrijft dat de leveringshandeling van een roerende zaak geschiedt doordat de vervreemder de verkrijger in staat stelt die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen. Als de vervreemder het de verkrijger mogelijk maakt bezitter te worden, is dus sprake van bezitsverschaffing.²⁶

Mezas volgt in een bijdrage aan het *Tijdschrift voor Antilliaans Recht* grofweg de route die Gerbrandy uitstippelt. De klant die een product in het mandje legt, aanvaardt het openbare aanbod van de supermarkt. Omdat hij de zaak als koper onder zich heeft, staat het de supermarkt of andere klanten niet vrij de boodschappen uit het mandje te halen. Bijzonder aan de koopovereenkomst is dat het de klant tot aan de kassa vrijstaat de koop ongedaan te maken. Die bevoegdheid ontleent de koper volgens Mezas aan het gebruik dat volgens artikel 1375 OBW mede de inhoud van een overeenkomst bepaalt. Anders dan Gerbrandy is Mezas van mening dat de klant zichzelf het bezit verschaft als hij het product in het mandje legt.²⁷

De meeste schrijvers volgen een ander pad dan Gerbrandy en Mezas. Zij volgen het hof en stellen dat de koopovereenkomst in de supermarkt pas aan de kassa ontstaat

De meeste schrijvers volgen een ander pad dan Gerbrandy en Mezas. Zij volgen het hof en stellen dat de koopovereenkomst in de supermarkt pas aan de kassa ontstaat. Overeem schrijft bijvoorbeeld dat ‘men vrij algemeen verdedigd vindt dat de koop niet ontstaat op het moment dat de koper het artikel in zijn karretje legt, doch pas op het moment dat de caissière het artikel op de kassa aanslaat.’²⁸ Beslissend daarbij is dat de klant de boodschappen nog terug kan leggen. A-G Lange-meijer is het evenmin eens met Gerbrandy. Hij neemt in zijn conclusie bij een tweede arrest van de Hoge Raad over de *Bijenkorf*-zaak de gelegenheid te baat om de gang van zaken in een zelfbedieningswinkel te schetsen. Hij stelt dat de koopovereenkomst pas ontstaat als de

22 Hof Amsterdam 14 december 1964, *NJ* 1965/423.

23 HR 27 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB6117, *NJ* 1965/350.

24 S. Gerbrandy, ‘Overzicht van Nederlandse rechtspraak zakenrecht’, *WPNR* 1966, deel I in nr. 4917, deel II in nr. 4918 en deel III in nr. 4919, p. 391.

25 HR 11 januari 1952, *NJ* 1952/77 (*Grinwis / De Staat*), p. 217 (cursivering toegevoegd).

26 Zie uitgebreid mijn ‘De occupatieleer in de Pandektistiek en het Nederlandse recht’, *NTBR* 2009, p. 12-24. Zie evenwel voor de levering van onroerende zaken HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5989, *NJ* 2012/312 (*Muller q.q. / Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard*). In dat arrest erkent de Hoge Raad de – wat mij betreft onmogelijke – figuur van bezitsoverdracht door inbezitneming met toestemming van de vervreemder.

27 B.M. Mezas, ‘De civielrechtelijke kanten van het winkelen in een zelfbedieningszaak’, *Tijdschrift voor Antilliaans Recht* 1981-4, p. 341-346.

28 R. Overeem, *Consumentenkoop: Bijzondere contracten 4a*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 49-50.

klant de betaling verricht. Op dat ogenblik wordt hem het bezit verschaft. Hij heeft de zaak tot die tijd als houder onder zich op grond van een rechtsverhouding die hem de bevoegdheid geeft het goed door de winkel te verplaatsen. De klant kan beslissen het product in het schap terug te zetten of het naar de kassa te brengen om het te kopen.²⁹

De opvatting waarin de levering van een roerende zaak in een zelfbedieningswinkel geschiedt door inbezitneming en de overeenkomst tot stand komt als de klant een product in de winkelwagen legt, is onder het huidige recht niet verdwenen. In de Toelichting Meijers bij het latere artikel 7:1 BW is bijvoorbeeld te lezen:

‘Opgemerkt zij dat een koop die tot stand komt door de inbezitneming door de koper (zelfbediening) of door de betaling van de prijs (automaten), eveneens onder de regeling van deze titel valt.’³⁰

Deze passage riep de vraag op of degene ‘die op zijn rondgang in een zelfbedieningszaak een produkt in zijn karretje heeft geladen’ een koopovereenkomst tot stand brengt, alhoewel hij nog van de koop af kan zien voordat hij de kassa is gepasseerd.³¹ In de memorie van antwoord is het volgende vrij uitvoerige antwoord op deze vraag te lezen:

‘(...) verschillende beschouwingwijzen zijn hier mogelijk, onder meer: a. de koper neemt de zaak in bezit wanneer hij haar in de kar deponereert, doch hij heeft de bevoegdheid de hierdoor tot stand gekomen koop ongedaan te maken door de zaak terug te plaatsen; b. door deponering in de kar komen een voorwaardelijke koop en levering tot stand die perfect worden bij en door de betaling aan de kassa, tot welk tijdstip de koper een optie c.q. een recht uit een voorovereenkomst heeft. Welke beschouwingwijze in een bepaald geval de juiste is hangt af van de omstandigheden, waaronder de uitdrukkelijk of stilzwijgend tussen partijen getroffen afspraken en hetgeen daaromtrent door het gebruik wordt bepaald.’³²

De wetgever gaat er klaarblijkelijk vanuit dat een supermarkt een stilzwijgend aan het publiek gericht (openbaar) aanbod doet. In de literatuur wordt het in de winkelatalage uitstellen van geprijsde artikelen als voorbeeld genoemd van een stilzwijgend openbaar aanbod.³³ De wetgever gaat er blijkens de bovenstaande passage van uit dat de klant dit aanbod aanvaardt als hij een product in zijn mandje legt. Er ontstaat dan afhankelijk van de omstandigheden van het geval een nog tot aan de kassa ongedaan te maken koopovereenkomst gecombineerd met inbezitneming (optie a) of een voorovereenkomst en een voorwaardelijke koopovereenkomst gecombineerd met een voorwaardelijke levering (optie b). Loos sluit zich in zijn monografie over consumentenkoop aan bij de door de wetgever gegeven

optie a. Zo is te verklaren dat de supermarkt noch een derde de producten uit het mandje van de klant mag halen.³⁴

De wetgever geeft niet aan waarom hij van mening is dat een (voorwaardelijke) koopovereenkomst ontstaat als de klant een product in het mandje legt. Daar kunnen natuurlijk redenen voor zijn

De wetgever geeft niet aan waarom hij van mening is dat een (voorwaardelijke) koopovereenkomst ontstaat als de klant een product in het mandje legt. Daar kunnen natuurlijk redenen voor zijn. Een vroeg ontstaansmoment van een overeenkomst kan bijvoorbeeld een betere mogelijkheid bieden om in bepaalde gevallen schadevergoeding te krijgen. Zonder overeenkomst is schadevergoeding immers enkel mogelijk langs de weg van het aansprakelijkheidsrecht. Dat kan onwenselijk zijn.³⁵ Zo nam de hoogste Franse rechter aan dat de supermarktklant het aanbod van de supermarkt aanvaardde toen hij een product in het mandje legde. Zo kon de klant op grond van de koopovereenkomst schadevergoeding vragen toen de nog niet afgerekende fles ontplofte.³⁶ Iets dergelijks speelt in Nederland volgens mij niet.

Is het noodzakelijk om aan te nemen dat de koop ontstaat als de klant een product in het mandje legt om te voorkomen dat het de supermarkt of een derde vrijstaat de producten uit het mandje te halen? Dat argument noemen Gerbrandy, Mezas en Loos. Het is volgens mij niet doorslaggevend. Men kan in het voetspoor van A-G Langemeijer bijvoorbeeld aannemen dat de klant die een product uit het schap haalt, een bewaarnemingsovereenkomst (art. 7:600 BW) sluit. Gewoonlijk is de bewaarnemer op verzoek van de bewaargever tot onverwijld afgifte verplicht, maar het gebruik kan meebrengen dat de bewaarnemer niet tot onverwijld teruggave verplicht is. Dat lijkt mij in de supermarkt het geval te zijn.³⁷

7 De door de wetgever genoemde opties vergeleken met het Duitse en Engelse recht

De opvatting waarin de klant geen koopovereenkomst sluit als hij een product in het mandje legt, maar een bewaarnemingsover-

29 Conclusie A-G Langemeijer bij HR 14 juni 1966, ECLI: NL:PHR:1966:AB4767, NJ 1967/440.

30 TM bij art. 7:1 BW, *Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 7*, p. 53.

31 VVII bij art. 7:1 BW, *Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 7*, p. 53.

32 MvA II bij art. 7:1 BW, *Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 7*, p. 53. De laatste zin is een verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad in de *Bijenkorf*-zaak.

33 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 166 (stilzwijgend aanbod) en 169 (openbaar aanbod); Zo ook Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk 2010, nr. 58; Zie ook met verdere verwijzingen Blei Weissmann, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (losbl. en online), art. 6:217 BW, aant. 3.114.1.

34 M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 14.

35 Wij zagen hiervoor (zie nr. 2) bijv. dat het BGH aannam dat de koopovereenkomst ter zake van de brandstof in het pompstation ontstaat aan de tankzuil, onder andere omdat zo het verhaal van de opsporingskosten mogelijk was.

36 Cass civ (1) 20 oktober 1964, DS 1965, 62. Over de praktische aanleiding voor deze uitspraak bijv. Spierings 2013, p. 109.

37 Zie art. 7:605 BW. Vergelijk hierbij MvA II, *Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 7*, p. 402.

eenkomst, sluit goed aan bij het Duitse en Engelse recht. In het Engelse en Duitse recht is het uit het schap nemen en in het mandje leggen van een product immers irrelevant voor het sluiten van een koopovereenkomst. Of de klant een koop wil sluiten, is op dat ogenblik nog niet zeker, juist omdat hij het product nog kan terugleggen.

De opvatting waarin de klant geen koopovereenkomst sluit als hij een product in het mandje legt, maar een bewaarnemingsovereenkomst, sluit goed aan bij het Duitse en Engelse recht

Ik zou willen aannemen dat de maatstaf van de artikelen 3:33 en 3:35 BW in weerwil van de woorden van de wetgever niet tot een ander resultaat leidt. De supermarktklant die een product in het mandje legt, sluit geen koopovereenkomst,³⁸ maar slechts een bewaarnemingsovereenkomst (art. 7:600 BW). De klant levert dus, anders dan de wetgever suggereert, niet aan zichzelf als hij producten in het mandje legt, hij is op grond van de bewaarnemingsovereenkomst houder van de producten. De bewaarnemer is verplicht de in bewaring gegeven zaken terug te geven aan de bewaargever (art. 7:600 BW). Hij moet bij de bewaring de zorg van een goed bewaarder in acht nemen (art. 7:602 BW). Hij mag de zaak slechts gebruiken voor zover de bewaargever daarvoor toestemming heeft gegeven (art. 7:603 BW). Die toestemming geeft de supermarkt (doorgaans) niet. De supermarkt staat het haar klanten niet toe de uitgekozen producten te gebruiken door de verpakking te verwijderen, het pak melk te openen en/of het leeg te drinken. Hierin schuilt naar mijn mening het verschil met het pompstation. Daar is het de klant wel toegestaan een *de facto* onomkeerbare situatie in het leven te roepen. De klant mag er daarom vanuit gaan dat hij de brandstof koopt door te tanken. Daarvan is in de supermarkt geen sprake. De klant die in de supermarkt een ontbijtkoek verorbert, is verplicht de schade die de supermarkt lijdt te vergoeden, ofwel omdat hij toerekenbaar tekortschiet in de verplichtingen die voortvloeien uit de bewaarnemingsovereenkomst, ofwel omdat hij een onrechtmatige daad pleegt.

Pas als de klant zich aan de kassa meldt, is zijn gedrag gericht op het sluiten van een koopovereenkomst. Aanvaardt hij het aanbod van de supermarkt door de producten aan de kassamedewerker af te staan, of doet hij een aanbod aan de kassamedewerker? In het eerste geval doet de supermarkt een openbaar aanbod, in het tweede een uitnodiging om in onderhandeling te treden. Het onderscheid is niet telkens gemakkelijk te maken.³⁹ Uit het arrest *Hofland / Hennis* is op te maken dat de gedetailleerdheid van de verklaring van de beoogd verkoper een rol speelt. Dat wijst voor de supermarkt in de richting van een openbaar aanbod: over het ogenblik van de levering, de prijs en het tijdstip van betaling bestaat in de supermarkt doorgaans geen onduidelijkheid. Volgens de Hoge Raad speelt ook mee of voor de beoogd verkoper de persoon van de gegadigde een rol speelt. Als dat zo is, is eerder sprake van een uitnodiging te onderhandelen dan van een openbaar aanbod. Doorgaans zal het de winkelier niet uitmaken wie de gegadigde is. Dat kan natuurlijk wel zo zijn. Zo zal de slijter de door de zestienjarige op de toonder gezette fles gin niet mee willen geven. Wij zagen hiervoor dat de Engelse rechter ‘applying common sense’ tot de gevolgtrekking kwam dat de winkel de klant uitnodigt te onderhandelen. Zo kon de winkel bijvoorbeeld controleren of de klant het benodigde recept en/of de leeftijd had om het gekozen product te kopen.

Pas als de klant zich aan de kassa meldt, is zijn gedrag gericht op het sluiten van een koopovereenkomst

Dwingt het gezonde verstand hiertoe ook in het systeem van het Nederlandse recht? Dat lijkt mij niet: de 16-jarige mag uit het handelen van de slijterij gezien de artikelen 3:33 en 3:35 BW bijvoorbeeld niet opmaken dat een eventueel openbaar aanbod ook tot hem gericht is.⁴⁰ Evenzo moet de klant begrijpen dat een eventueel openbaar aanbod van de supermarkt zich niet uitstrekt tot beschadigde producten of producten die intussen over de houdbaarheidsdatum zijn. Dat de koop in zulke gevallen niet door zal gaan, dwingt er dus niet toe aan te nemen dat de supermarkt de klant uitnodigt te onderhandelen. Onwenselijk aan die opvatting is verder dat het de supermarkt bij een uitnodiging, anders dan bij een aanbod, vrijstaat botweg te weigeren met een gegadigde in zee te gaan. Brunner merkt daar-

³⁸ Zie in deze zin, verwijzend naar de hierboven weergegeven uitspraak van het Amsterdamse hof: Y.G. Blei Weissmann, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (losbl. en online), art. 6:217 BW, aant. 3.114.5: de koopovereenkomst ontstaat door de boodschappen te ‘tonen aan het kassapersoneel’.

³⁹ Vgl. hierbij ook de rechtsvergelijkende notities in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 186 en 187. Zij wijzen erop dat de Unidroit Principles het gegeven dat een verklaring gericht is tot het algemene publiek beschouwen als aanwijzing dat geen sprake is van een aanbod, maar van een uitnodiging om te onderhandelen. De PECL en de DCFR kennen wel de figuur van een niet op een specifiek persoon gericht aanbod. In vergelijkbare zin bijv. artikel 7 (3) van het Zwitserse *Obligationsrecht*: ‘Dagegen gilt die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag’.

⁴⁰ De klant kan er immers in redelijkheid niet vanuit gaan dat de verkoper een door art. 3:40 BW verboden transactie aangaat.

- 41 Zie over het verband tussen het doen van een openbaar aanbod en de verplichting met een gegadigde in zee te gaan, contractdwang, uitgebreid I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 231 e.v., zie voor de supermarkt p. 241-242.
- 42 In deze zin ook Y.G. Blei Weissmann, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (losbl. en online), art. 6:217 BW, aant. 3.114.5.
- 43 De klant doet dan een aanbod aan de slijter tot het sluiten van een koopovereenkomst met de bijzondere voorwaarde van uitgestelde betaling. De slijter kan daarmee akkoord gaan.
- 44 Loos vergelijkt de koop daarom met de koop op afstand waar zo'n regeling geldt. Loos 2014, nr. 14.
- 45 Vgl. hierbij wat Brunner in zijn noot bij *Hofland / Hennis* opmerkt over onge-rechtvaardigde weigering van een gegadigde door de aanbieder. Vgl. hierboven voor het Duitse recht onder nr. 2 (slot).
- 46 Loos en Wessels volgen de wetgever op dit punt wel, zie Loos, *Consumentenkoop* 2014, nr. 14; B. Wessels, *Koop: algemeen*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 23.
- 47 Als de klant de boodschappen al voor de betaling had ingepakt, dan was hij houder en wordt hij ten tijde van de betaling bezitter. De levering geschiedt dan *brevi manu* (3:115 sub b) op hetzelfde ogenblik dat de koop ontstaat, vgl. over dergelijke samenvol J. Eggens, 'Samenvol van momenten in rechtshandelingen' recent opnieuw afgedrukt in T.E. Booms (red.), *'Een man een man, een woord een woord'*, Overveen: Belvédère 2014, p. 118-144 (voor de *brevi manu* zie p. 118-121) en in diezelfde bundel besproken door S.E. Bartels, 'Eggens' samenvol', op p. 145-153, voor de *brevi manu* p. 146-147.
- 48 Te vinden in een na zijn dood door D. Cartwright gebundelde verzameling opstellen, *Field theory in social science: Selected theoretical papers by Kurt Lewin*, Londen: Tavistock 1952, p. 169.

over in zijn noot onder het arrest *Hofland / Hennis* op dat degene die een aanbod doet een gegadigde bijvoorbeeld niet mag afwijzen vanwege de bevolkingsgroep waartoe hij behoort.⁴¹ Ik neem daarom aan dat de winkelier in een zelfbedieningswinkel, net als de uitbater van een pompstation, een openbaar aanbod doet. Daarmee is overigens niet uitgesloten dat de klant een aanbod aan de winkelier doet. Dat is bijvoorbeeld het geval als de klant de winkelier voorstelt om een licht beschadigd product voor een lager bedrag te kopen dan op het prijskaartje staat. De hoofdregel is echter dat de winkelier een openbaar aanbod doet.

Wanneer aanvaardt de klant het openbare aanbod? Hierbij zijn volgens de wetgever (in een verwijzing naar de *Bijenkorf*-uitspraak) van belang de uitdrukkelijke en stilzwijgende afspraken en het gebruik. Doorgaans zullen de kassamedewerker en de klant geen uitdrukkelijke verklaringen afleggen die gericht zijn op het sluiten van een koopovereenkomst. Het gebruik is dan bepalend. Dat gebruik leidt naar mijn mening tot een laat ontstaansmoment van de koopovereenkomst. Op het eerste gezicht zou je zeggen dat de klant aanvaardt als hij de boodschappen aan de kassamedewerker afstaat. Zo oordeelde het Amsterdamse hof onder het oude recht dat de koop ontstaat als de klant de boodschappen aan de kassamedewerker toont.⁴² Op dat ogenblik staat echter nog niet vast dat de klant de boodschappen meekrijgt. De klant weet immers dat hij de boodschappen pas mee naar huis mag nemen als hij betaalt. Dan pas is het hem toegestaan het pak melk aan de mond te zetten en zo een onomkeerbare toestand in het leven te roepen. Pas als hij betaald heeft, aanvaardt hij daarom het aanbod van de supermarkt.

Dit late ontstaansmoment van de koopovereenkomst heeft op het eerste gezicht een wat kunstmatig karakter. Wordt betaling zo immers niet *de facto* een vormvereiste voor het ontstaan van de koop? Dat denk ik niet. Allereerst betreft het hier een hoofdregel waarvan partijen desgewenst kunnen afwijken. Zo zal de uitbater van de slijter het zijn vaste klant die de portemonnee vergeten is toestaan de fles oude jenever mee naar huis te nemen en op te drinken.⁴³ Bovendien kan het late ontstaansmoment van de koopovereenkomst verklaren waarom het gebruik in een supermarkt is dat het de klant vrijstaat om vóór de betaling, maar bijvoorbeeld nadat de kassamedewerker de boodschappen heeft gescand, het product terug te geven, omdat

het bij nader inzien te duur is, of omdat het totaalbedrag het door de klant meegenomen geldbedrag overstijgt. Zou de koopovereenkomst op een eerder ogenblik ontstaan, dan zou de mogelijkheid van de koopovereenkomst af te komen lastig in het overeenkomstenrecht in te passen zijn. De klant kan de koop dan zonder goede reden 'ongedaan maken', om de woorden van de wetgever bij artikel 7:1 BW over de supermarktkoop te gebruiken.⁴⁴ Ook de bevoegdheid van de supermarkt om de boodschappen achter te houden als de klant niet kan betalen, laat zich gemakkelijk verklaren als er nog geen koopovereenkomst is. Als er al wel een koopovereenkomst is, zal de supermarkt de koopovereenkomst buitengerechtelijk moeten vernietigen. Dat moet volgens artikel 3:268 BW schriftelijk (bijvoorbeeld via een aangepaste kassabon). Dit lijkt mij onnodig gecompliceerd. Als de supermarkt tot de betaling enkel een aanbod heeft gedaan, is de supermarkt ten opzichte van de klant hooguit verplicht de boodschappen achter te houden totdat deze terugkeert, met portemonnee. Wacht de klant daar te lang mee, dan staat het de supermarkt echter vrij de producten terug te leggen in het (koel)schap.⁴⁵ Het bovenstaande betekent dat ik ook op het punt van de levering afwijk van de opvatting van de wetgever. Er is geen sprake van inbezitneming.⁴⁶ Het is de supermarkt die het bezit verschaft door de klant die betaald heeft in staat te stellen de feitelijke heerschappij over de boodschappen voor zichzelf te voeren (vgl. 3:90, 3:114 BW).⁴⁷

De theoretisch-juridische waardering van het handelen van de klant en de uitbater van een zelfbedieningswinkel richt zich naar de praktische gebruiken in die winkel

Tot slot

Het bovenstaande kan dienen als illustratie van de bekende uitspraak van de Duits-Amerikaanse *founding father* van het de laatste tijd wat in diskrediet geraakte vakgebied van de sociale psychologie Kurt Lewin (1890-1947): 'There is nothing so practical as a good theory.'⁴⁸ De theoretisch-juridische waardering van het handelen van de klant en de uitbater van een zelfbedieningswinkel richt zich naar de praktische gebruiken in die winkel.