

Een fylogenetische analyse van de prijsbetalingsregel

Citation for published version (APA):

Smits, J. (2020). Een fylogenetische analyse van de prijsbetalingsregel. In C. Breedveld-de Voogd, & A. G. Castermans (Eds.), *Sluiterijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 63-72). Wolters Kluwer.

Document status and date:

Published: 01/01/2020

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

GNU LGPL

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Een fylogenetische analyse van de prijsbetalingsregel

Jan Smits

Wanneer wordt de koper eigenaar van de gekochte zaak? Op deze klassieke vraag uit de internationale civilistiek geeft Asser-Hijma, geheel in overeenstemming met art. 3:84 BW, een helder antwoord: op het moment dat aan de vereisten voor overdracht, inclusief levering, is voldaan.¹ Omdat geen enkele rechtsopvatting geheel te begrijpen valt zonder die te contrasteren met een andere, gaat hetzelfde handboek ook kort in op het Franse consensuele stelsel van art. 1138 en 1583 Code Civil dat de eigendom doet overgaan op het moment van wilsovereenstemming tussen partijen.² Vrijwel alle rechtsstelsels ter wereld bekennen zich inmiddels uitdrukkelijk tot hetzij de *traditio*, hetzij de *consensus* als bepalend moment voor de eigendomsovergang bij koop.³

Hiermee is niet gezegd dat geen derde variant mogelijk is. Hijma zegt daarvan dat die nog steeds leeft onder het publiek.⁴ Het is de variant waarin niet levering of wilsovereenstemming, maar betaling van de koopprijs als beslissend element voor de eigendomsovergang wordt beschouwd. In het proefschrift van de door zowel degene aan wie deze bundel is gewijd als door mij bewonderde Robert Feenstra wordt bewijs bijgebracht van hoe deze ‘prijsbetalingsregel’ in de afgelopen tweeduizend jaar steeds opnieuw opdook.⁵ Ook in het moderne recht zijn overblijfselen van deze opvatting duidelijk zichtbaar – althans voor de juridisch archeoloog die bereid is onder de oppervlakte van het bestaande recht een glimp op te vangen van een tenietgegane rechtsopvatting.

Rechtshistorici twisten al lang over de wijze waarop de prijsbetalingsregel zich heeft ontwikkeld en in welke jurisdicties hij precies gold. Dit debat spitst zich toe op de vraag of de (post)-middeleeuwse toepassingen van de regel zijn terug te voeren op Romeinsrechtelijke invloed of hun oorsprong vinden in het lokale

¹ Asser/Hijma 7-1 2019/6 en 406.

² Asser/Hijma 7-1 2019/5.

³ V. Sagaert, ‘Consensual versus Delivery Systems in European Private Law – Consensus about Tradition’, in: W. Faber & B. Lurger (red.), *Rules for the Transfer of Movables*, München: Sellier 2008, p. 9-46.

⁴ Asser/Hijma 7-1 2019/762.

⁵ R. Feenstra, *Reclame en revindicatie* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: Tjeenk Willink 1949 en R. Feenstra, ‘Eigendomsovergang bij koop en terugvorderingsrecht van de onbetaalde verkoper: Romeins recht en Middeleeuws handelsrecht’, *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 50 (1987), p. 127-138. Zie ook R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town: Juta 1990, p. 274.

inheemse recht. De argumentatie vindt dan plaats aan de hand van filologische en juridische analyse van de bronnen (inclusief interpolatiekritiek) gericht op het classificeren van op elkaar gelijkende varianten van de regel in verschillende delen van Europa. Tot een overtuigende reconstructie leidde dit vooralsnog niet.⁶

Deze bijdrage tracht om nieuw licht te werpen op de omstrede geschiedenis van de prijsbetalingsregel. Hiertoe wordt een nieuwe methode beproefd.⁷ Deze methode is gebaseerd op kwantitatieve fylogenetica, de computationele studie van de evolutie van organismen. Hoewel ontwikkeld in de evolutiebiologie, wordt deze methode tegenwoordig ook op andere terreinen gebruikt om na te gaan hoe aan elkaar verwante fenomenen zich evolutionair hebben ontwikkeld.⁸ Zo is zij inmiddels toegepast op sprookjes, liedjes, talen en archeologische voorwerpen.⁹ Een bekende analyse is die van de antropoloog Jamie Tehrani die 58 verschillende versies van Roodkapje onderzocht om vast te stellen of zij één gemeenschappelijke ‘voorouder’ delen.¹⁰

Recht is niet anders dan DNA, talen en sprookjes wat betreft de wijze waarop het zich ontwikkelt. Ook rechtsregels zijn onderhevig aan mutatie, replicatie en selectie. Zelfs vóór Darwin werd recht al bestudeerd als een evolutionair systeem.¹¹ De computationele biologie stelt ons in staat om nu ook rekenkundig na te gaan welke regels aan elkaar verwant zijn en welke gemeenschappelijke voorouder zij mogelijk hebben. De prijsbetalingsregel leent zich uitstekend voor een dergelijke analyse omdat de vele varianten van de regel zich, net als het sprookje van Roodkapje, hebben ontwikkeld via replicatie en mutatie: bij overname van de regel in een andere jurisdictie vonden meestal kleine wijzigingen plaats. Deze bijdrage doet hiermee verslag van een experiment: kan de geografische spreiding van de prijsbetalingsregel beter worden begrepen door toepassing van de methode van de computationele fylogenetica? Enige garantie op positief resultaat is er niet, wel het vooruitzicht van een expeditie door onontgonnen terrein.

-
- 6 H. Honsell, Th. Mayer-Maly & W. Selb, Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Recht* (vierde druk), Berlijn: Springer 1987, p. 161: ‘lebhaft umstritten’ en ‘ein nicht ganz schlüssiges Entwicklungsbild’.
- 7 Een uitgebreidere Engelstalige versie is te vinden in J.M. Smits, *Five Uneasy Pieces*, Den Haag: Eleven 2020, p. 69-105. Deze bijdrage is hierop grotendeels gebaseerd.
- 8 E.O. Wiley & B.S. Lieberman, *Phylogenetics: Theory and Practice of Phylogenetic Systematics*, (tweede druk) Hoboken: Wiley 2011 & T. Warnow, *Computational Phylogenetics*, Cambridge: CUP 2017.
- 9 C.J. Howe & H.F. Windram, ‘Phylomemetics – Evolutionary Analysis beyond the Gene’, *PLoS Biol* 9 (2011), e1001069.
- 10 J.J. Tehrani, ‘The Phylogeny of Little Red Riding Hood’, *PLoS One* 8 (2013), e78871, waarover bijv. ‘Variaties op een grote boze wolf’, *NRC Handelsblad* 21 december 2013.
- 11 E.D. Elliott, ‘The Evolutionary Tradition in Jurisprudence’, *Columbia Law Review* 85 (1985), p. 38-97.

De prijsbetalingsregel: een historisch-vergelijkend overzicht

De Instituten van Justinianus (529) worden doorgaans beschouwd als de belangrijkste historische bron van de prijsbetalingsregel. Instituut 2.1.41 stelt dat zaken waarvan op grond van verkoop bezit is verschaft, alleen eigendom worden van de koper indien deze de koopprijs betaald heeft of aan de verkoper op een andere wijze zekerheid heeft gegeven, bijv. door het stellen van borg of het verlenen van pand. Alleen in geval de verkoper aan de koper krediet heeft verleend (*fidem emptoris secutus fuerit*), doorgaans zo begrepen dat de verkoper de zaak leverde in het vertrouwen dat de koper de prijs zou betalen, werd de koper onmiddellijk eigenaar. Hoewel de inhoud van deze regel helder is, geldt dat niet voor zijn oorsprong. De Instituten zelf noemen de Wet der Twaalf Tafelen (450 v.Chr.) als bron, maar dit kan niet het geval zijn geweest.¹² Ook is het, ondanks aanwijzingen in de Digesten,¹³ onwaarschijnlijk dat de justiniaanse regel gold in het klassieke Romeinse recht (0-250).¹⁴ Wel wordt op basis van een fragment van Theophrastus (vierde eeuw v.Chr.) verdedigd dat de regel werd toegepast in het oude Griekse recht.¹⁵

De precieze ontwikkeling van de regel ten tijde van de receptie van het Romeinse recht is eveneens onzeker. Het debat spitst zich toe op de vraag of lokale varianten van de regel dat de onbetaalde verkoper de zaak mag opeisen, zoals die vanaf de twaalfde eeuw opkwamen, hun basis vonden in Romeins recht, inheems recht of in een combinatie van beide. De lijst van varianten van de prijsbetalingsregel beschikbaar op de bij dit artikel behorende website¹⁶ bevat dertig varianten uit de periode 1161-1794, geschreven in het Latijn, Nederlands, Frans en Italiaans. Het probleem met deze bronnen is evenwel dat ze geïnterpoleerd zijn; zelfs wanneer de prijsbetalingsregel zijn basis had in lokaal gewoonterecht, presenteerden de geleerde juristen de regel als afkomstig uit het Romeinse recht om zo zijn legitimiteit te vergroten. Dit maakt het lastig om de exacte oorsprong te achterhalen. Intussen was het voor de geleerde schrijvers niet eenvoudig om een Romeins-rechtelijke saus te gieten over het lokale recht.¹⁷ Het laatste beschermde de onbetaalde verkoper doorgaans alleen in geval van faillissement van de koper, terwijl dat vereiste in het Romeinse recht onbekend was. Een ander probleem was dat de middeleeuwse en latere bronnen de verkoper ook toestonden om onbetaalde goederen op te eisen in geval van koop op krediet (*fidem sequi*), duidelijk in strijd

12 Bijv. Honsell, Mayer-Maly & Selb 1987, p. 161-163.

13 Vooral D 18.1.19 (Pomponius) en D 18.1.53 (Gaius). Details bij Zimmermann 1990, p. 274 e.v.

14 Voor een uitgebreid overzicht van opvattingen: J.A.C. Thomas, 'Institutes 2.1.41 and the Passage of Property on Sale', *South African Law Journal* 90 (1973), p. 150-159.

15 Stobaeus, Florilegium 44.22, waarover F. Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig: Veith 1916, p. 70, betwist door Feenstra 1949, p. 60.

16 <<https://dataverse.nl/dataset.xhtml?persistentId=hdl:10411/PISBWE>> (annex 1 online).

17 R. Feenstra, 'De Romeinsrechtelijke prijsbetalingsregel en het recht van reclame van art. 7:39-44 BW', *Ars Aequi* 2006/55, p. 876-883, grotendeels gebaseerd op Feenstra 1949, p. 98.

met de zojuist genoemde regel van Justinianus. De ingenieuze constructie om al te veel afwijking van de Romeinse bronnen te voorkomen, was om de koop als koop op krediet te beschouwen als de koper maar een korte periode (bijv. tien dagen) kreeg om de koopprijs te betalen.¹⁸ Een andere uitvinding om het inheemse recht in het grote Romeinse voorbeeld in te passen was om de verkoper toe te staan de zaak op te eisen in geval van koop op krediet omdat het niet betalen van de koopprijs (vaak samenvallend met faillissement of vlucht van de koper) het gegeven vertrouwen tenietdeed.¹⁹

Toch hebben rechtshistorici de varianten van de prijsbetalingsregel trachten te ordenen op basis van hun gemeenschappelijke kenmerken. Tot deze kenmerken behoren of faillissement van de koper vereist is (zoals in de statuten van Pisa 1161, Siena 1262 en Albenga 1281), of de bescherming van de verkoper gebaseerd is op een apart recht²⁰ zoals pand (Marseille 1253 en Sassari 1316) of simpelweg op (behouden) eigendom (Albenga 1281, Zeeland 1495 en Groningen 1701) en of een termijn is gesteld voor het uitoefenen van het recht (zoals in het Rooms-Hollands recht, met nog veel variatie in de lengte van de termijn). Verderop in deze bijdrage vindt ordening plaats aan de hand van nog andere criteria.

Zoals al aangegeven zijn ook in het moderne recht sporen van de prijsbetalingsregel te vinden. Annex 1 (beschikbaar via de website) noemt 16 rechtssystemen waarin de regel in een of andere vorm heeft overleefd. Frankrijk, België, Luxemburg, Nederland (het recht van reclame van art. 7:39 BW), Italië, Roemenië, Québec en Louisiana kennen de onbetaalde verkoper onder bepaalde voorwaarden het recht toe om onbetaalde goederen terug te vorderen binnen een termijn die varieert tussen 8 en 60 dagen. Zuid-Afrika, Litouwen en Bulgarije kennen een soortgelijke regel. Enkele andere jurisdicties, waaronder Noorwegen, Hongarije, het Verenigd Koninkrijk, China en Japan, kennen bovendien een recht om onbetaalde goederen onderweg naar de koper terug te halen ('stoppage in transitu').²¹ Dit moet niet verhullen dat de meeste moderne rechtssystemen de onbetaalde verkoper niet op deze manier beschermen. In de Duitse rechtsfamilie is dit al helemaal niet het geval; hetzelfde geldt voor veel jurisdicties in de Franse traditie.²²

Fylogenetische analyse: de dataset

Wat kan de computationeel-fylogenetische analyse toevoegen aan het rechtshistorisch debat over de ontwikkeling van de prijsbetalingsregel? De kern van deze methode is dat species op grond van een nader te bepalen kwantitatieve analyse in

18 Zo bijv. de keur van Amsterdam 1658 (annex 1 online, no. 42).

19 Zo bijv. de costumen van Antwerpen 1608 (annex 1 online, no. 48).

20 Waarover Feenstra 2006, p. 881.

21 Vgl. C. Von Bar & E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Vol. 5), München: Sellier 2009, art. VIII.–2:201, sub F.

22 Zo ontkent het Portugese BW van 1868 (art. 1585) en van 1967 (art. 886) – beide beïnvloed door Duits recht – de actie expliciet.

een stamboom worden geplaatst om hun onderlinge relatie zichtbaar te maken. Dit heeft potentieel twee voordelen ten opzichte van de traditionele rechtshistorische methode gebaseerd op filologisch onderzoek. Ten eerste is de reconstructie niet gebaseerd op vermoedens over welke species eerst bestond en waar dit het geval was. Het enkele feit dat een variant ouder is (bijv. afkomstig is uit de Digesten), in een bepaald deel van Europa (bijv. Italië) is terug te vinden of vaker voorkomt (bijv. dat het recht zowel binnen als buiten faillissement van de koper kan worden uitgeoefend), impliceert niets over enige gemeenschappelijke voorouder. Zo kan de fylogenetische methode een eventuele bias voor de Romeinsrechtelijke herkomst van de varianten van na het jaar 1200 – alsof die alle gereciperd zijn – voorkomen. Ten tweede stelt de fylogenetische methode ons in staat om alle verschillen en overeenkomsten tussen de varianten in kaart te brengen en niet slechts, zoals doorgaans het geval is, te focussen op een klein aantal (zoals de periode waarbinnen terugvordering moet plaatsvinden en of insolventie van de koper al dan niet een voorwaarde is).²³

Dit maakt fylogenetische analyse nog geen wondermiddel. Los van het algemene bezwaar tegen het gebruik van kwantitatieve methoden in het recht – niet relevant nu zij enkel een alternatief perspectief bieden en geen vervanging van tekstuele of normatieve analyse²⁴ – is een mogelijk probleem dat in het recht de replicatie van regels doorgaans horizontaal plaatsvindt. Anders dan genen worden rechtsregels doorgaans in eenzelfde periode door een andere jurisdictie overgenomen. Dat zou pleiten voor gebruik van een netwerkmodel.²⁵ Dit bezwaar gaat in geval van de prijsbetalingsregel echter minder op nu deze zich immers over een periode van tweeduizend jaar heeft ontwikkeld. Dat rechtsregels, net als talen, sneller veranderen dan genen, of dat mutatie van regels wordt gestuurd door veranderende maatschappelijke opvattingen, staat evenmin in de weg aan het toepassen van de methode.

Voor dit experiment werden 56 varianten van de prijsbetalingsregel uit de periode tussen 150 en 2006 geselecteerd. Zij zijn afkomstig uit 41 rechtsstelsels en geschreven in 13 talen. De lijst bestaat voor het overgrote deel uit wettelijke bepalingen, waarbij letterlijke overnames van een ‘moederrecht’ (zoals van het Nederlandse recht van reclame in het Indisch BW van 1847 en het Surinaams BW van 1869 en van de Franse *quasi-révindication* van (nu) art. 2332-4 CC in het BW van Haïti 1825 en van Bolivia 1831) niet zijn opgenomen. Identieke bepalingen van lokaal recht werden ook weggelaten (reden waarom het stadsrecht van Leiden 1659 en van Haarlem 1710 ontbreken: zij zijn inhoudelijk gelijk aan dat van Amsterdam 1658).

De lijst is beperkt tot gevallen waarin de onbetaalde verkoper het recht heeft de al geleverde of nog onderweg zijnde zaak op te eisen met goederenrechtelijke werking. Hiermee zijn twee rechten uitgesloten: het retentierecht en het – in

23 Bijv. E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs* (Bd. 2), Berlin: Walter de Gruyter 1958, p. 40.

24 M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: CUP 2014, p. 146.

25 H. Luqman, *A Phylogenetic Approach to Comparative Linguistics: A Test Study using the Languages of Borneo* (research paper NHM), Londen: Imperial College 2010, p. 2.

Nederland in 1992 afgeschafte – voorrecht (*privilège, preferencia, Vorrecht*) van de onbetaalde verkoper. Hoewel dit laatste recht historisch nauw verwant is aan de prijsbetalingsregel,²⁶ verschaft het de verkoper enkel een geprivilegieerde positie in de rangorde van schuldeisers.

Evenmin opgenomen in de dataset zijn bepalingen waarin geen directe relatie wordt gelegd tussen de (behouden) eigendom en het niet betalen van de prijs, zoals een bepaling in het wetboek van Manu (Manava-Dharmashastra) uit 200 v.Chr.: ‘Indien de koper of verkoper de koop betreurt, kan hij er binnen tien dagen op terugkomen.’²⁷ Ook wettelijke bepalingen over eigendomsvoorbehoud werden terzijde gelaten nu deze de verkoper geen wettelijk recht op terugvordering verschaffen. Dit verklaart waarom de Oostenrijkse § 1063 ABGB geen deel van de dataset is, hoewel sommige auteurs daar, in geval partijen gelijktijdig dienen te presteren, de stilzwijgend overeengekomen voorwaarde uit afleiden dat als alleen de verkoper nakomt, de eigendom niet overgaat. Het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* heeft dit *kurzfristiger Eigentumsvorbehalt* evenwel nooit geaccepteerd.²⁸

Methodologie: codering van de kenmerken en het gebruikte programma

De teksten in de dataset zijn geanalyseerd op basis van 16 verschillende kenmerken.²⁹ Naast de grondslag voor de terugvordering zijn dit de beschikbaarheid in faillissement, het soort zaak, de termijn waarbinnen terugvordering mogelijk is, de bescherming van opvolgende kopers en van crediteuren van de koper, de beschikbaarheid bij koop op krediet, de eventuele notariële optekening van de overeenkomst, de staat waarin de zaak zich bevindt, of bij niet-betaling een boete verschuldigd is, het land waar de zaak op het moment van terugvordering aanwezig is, de eventuele aparte wettelijke regeling voor insolventie, of aan de eisen voor ontbinding voldaan moet zijn, de wijze van uitoefening van het recht, erkenning van een apart recht van ‘stoppage in transitu’ en de beschikbaarheid van het recht indien de verkoper op een andere wijze dan door betaling van de prijs genoegdoening heeft gekregen.

Bij het coderen van deze kenmerken was de oorspronkelijk afgekondigde tekst leidend, tenzij die duidelijk opzij is gezet door een latere rechterlijke uitspraak, later is gewijzigd bij wet of in de doctrine unaniem anders wordt uitgelegd. Zo is art. 1191 BW 1838 in 1935 aangevuld met een nieuw art. 1192a ter bescherming van

26 Waarover Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, 40 ff. en L.D. Cromwell, ‘Vendor’s Privilege: Adheret Visceribus Rei’, *Louisiana Law Review* 75 (2015), p. 1169.

27 P. Olivelle (red.), *Manu’s Code of Law*, Oxford: OUP 2004, p. 179.

28 W. Faber & B. Lurger (red.), *National Reports on the Transfer of Movables in Europe* (Vol. 1), München: Sellier 2008, p. 103; E.-M. Kieninger (red.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: CUP 2004, p. 176 lijkt deze doctrinaire opvatting als positief recht te aanvaarden.

29 Annex 2 online.

verkrijgers te goeder trouw. Die laatste bepaling werd dan gecodeerd. In het geval van Romeinsrechtelijke bronnen waarvan onduidelijk is in welke mate zij later zijn geïnterpoleerd, werd de overgeleverde tekst zo letterlijk mogelijk gevolgd. De al dan niet gereciperde regels in het Italiaans, Frans en Nederlands werden gecodeerd op basis van de uitleg van Feenstra.³⁰ Een specifiek probleem betrof het coderen van kenmerk 1, dat handelt over de juridische grondslag voor de terugvordering van de zaak. Hoewel sommige teksten die direct vinden in voorbehouden eigendom of in een stilzwijgend zekerheidsrecht (pand), zijn de meeste teksten onduidelijk of zwijgen zij. Ondanks speculatie over de grondslag van het recht van de verkoper in het BW van 1838,³¹ leidde tekstuele interpretatie hier tot een codering als ‘grondslag niet genoemd.’ De bepalingen in de Franse CC 1804 (no. 5) en het Roemeense BW 1864 (no. 12) werden gecodeerd als gebaseerd op een stilzwijgend zekerheidsrecht.³²

Vaststellen hoe de 56 varianten aan elkaar zijn verwant, vereist een methode van fylogenetische inferentie. Aan de hand daarvan wordt dan een hypothese opgesteld over de evolutionaire ontwikkeling van de species (in dit geval de teksten). De doorgaans gebruikte statistische methoden om zo’n stamboom op te stellen zijn parcimonie, de methode van de grootste aannemelijkheid en bayesiaanse analyse.³³ Gelet op het doel van deze bijdrage, verslag doen van een experiment, werd geen volledige statistische analyse uitgevoerd aan de hand van elk dezer methoden. Wel werd geprobeerd om een representatief beeld te verkrijgen.

Het gebruikte computerprogramma is Mesquite.³⁴ Nadat de data in Nexus-format waren gezet, zijn vier verschillende stambomen gegenereerd.³⁵ De eerste is een parcimonische boom (figuur 2 online) waarin alle varianten van de prijsbetalingsregel gelijkwaardig zijn. De tweede stamboom (figuur 3 online) toont dezelfde resultaten, maar nu met de Instituten van Justinianus als vertrekpunt (de zg. *outgroup*) vanuit het vermoeden dat deze bron de meest invloedrijke is geweest. In deze boom staan de bronnen die evolutionair het verst verwijderd zijn van het vertrekpunt op de grootste afstand. De twee andere stambomen zijn gebaseerd op de methode van de grootste aannemelijkheid, in figuur 4 online weer uitgaande van gelijkwaardige varianten en in figuur 5 online met de Instituten van Justinianus als vertrekpunt. Deze beide bomen geven alleen de kenmerken weer die in de meerderheid van de teksten voorkomen.

30 Feenstra 1949, p. 159.

31 Feenstra 1949, p. 101.

32 De volledige datamatrix is online beschikbaar als tabel 2.

33 D.A. Baum & S.D. Smith, *Tree Thinking: An Introduction to Phylogenetic Biology*, Greenwood Village: Roberts & Co 2012.

34 W.P. Maddison & D.R. Maddison, *Mesquite: A Modular System for Evolutionary Analysis*, 2009, versie 3.31, te raadplegen op www.mesquiteproject.org.

35 Beschikbaar online. Zie voor details over de methodologie Smits 2020, p. 78.

Resultaten van de analyse

Elk van de vier stambomen toont de evolutionaire geschiedenis van de prijsbetalingsregel, waarbij de verschillen voortkomen uit het gebruik van een andere statistische methode. Zonder in te gaan op de technische details,³⁶ laten de vier soorten berekeningen een vergelijkbaar resultaat zien. Daarmee leidt fylogenetische analyse inderdaad tot een verfrissend perspectief op hoe de 56 varianten te categoriseren.³⁷

Eén cluster wordt – niet verbazingwekkend – gevormd door regels inzake ‘stoppage in transitu’ (art. 398 Kroatisch wetboek van verbintenissenrecht 2006, no. 17; § 307 Noors wetboek van zeerecht, no. 18; S. 44 Britse *Sale of Goods Act* 1893, no. 19; § 2-705 Amerikaanse *Uniform Commercial Code* 1952, no. 23; Art. 308 Chinees wetboek van contractenrecht 1999, no. 24; art. 63 Japanse faillissementswet, no. 25). Deze jurisdicties staan in de stamboom ver af van de justiniaanse prijsbetalingsregel uit 533. Dit bevestigt de juistheid van de opvatting dat de herkomst van ‘stoppage in transitu’ niet in het Romeinse recht moet worden gezocht, maar mogelijk in middeleeuwse Italiaanse statuten en in de Engelse *common law*.³⁸ Hoewel art. 576 v. van het Franse Wetboek van Koophandel van 1807 (no. 6) terugvordering van goederen in transit alleen toestaat in geval van insolventie, vindt het gebruikte algoritme zoveel verschillen met de zojuist genoemde bepalingen dat het dit artikel niet in hetzelfde cluster onderbrengt. Dit is historisch ook juist: art. 576 v. van het Franse WvK, geschreven voor het geval van insolventie van de commerciële koper, was door de Franse wetgever bedoeld om te breken met het oude recht en is niet gebaseerd op eerdere bronnen.

Andere bepalingen die door het algoritme worden geclusterd, bestaan uit de lokale rechtsoptekeningen van Tholen 1366 (no. 32), Zierikzee 1429 (no. 33) en 1485 (no. 34), Zeeland 1495 (no. 36) en Voorne 1519 (no. 37), geflankeerd door dat van Den Briel 1445 (no. 35) en van Antwerpen 1545 (no. 46). Dit cluster staat genealogisch veel dichterbij de Instituten van Justinianus. Met uitzondering van de keur van Den Briel zoeken al deze bepalingen de basis voor de terugvordering in de voorbehouden eigendom.³⁹ Ook op een aantal andere punten zijn zij identiek, zoals dat het recht zowel in als buiten faillissement van de koper kan worden uitgeoefend. De keur van Den Briel is ook hier afwijkend omdat deze alleen ziet op het terugvorderen van verkochte wijn en dan nog alleen in geval van koop op krediet. Dit belet het algoritme niet om de bepaling in hetzelfde cluster als de andere Zeeuwse artikelen te plaatsen. Dit lijkt de juiste reconstructie; de geografische nabijheid van deze steden maakt het waarschijnlijk dat zij elkaar beïnvloedden.

³⁶ Smits 2020, p. 83.

³⁷ Figuur 5 online (in figuur 6 online ook weergegeven als diagram) is in dit verband exemplarisch.

³⁸ Feenstra 1949, p. 207.

³⁹ In het geval van de costumen van Antwerpen 1545 (no. 46) omdat die de term ‘volghen’ gebruiken. Deze interpretatie op basis van de tekst wijkt daarmee af van de heersende rechtshistorische opvatting.

Een derde categorie bestaat uit art. 230 van het Nederlands Wetboek van Koophandel 1838 (no. 3), art. 576 van het Franse WvK 1807 (no. 6), art. L624-9 van het Franse WvK 2001 (no. 7), art. 568 van het Belgische WvK 1851 (no. 9) en art. 566 van het Luxemburgse WvK 2013 (no. 10). Deze bepalingen zijn alle geschreven voor commerciële verhoudingen, zij het met deels van elkaar afwijkende voorwaarden. Zij ontberen alle vermelding van een expliciete basis voor de terugvordering, vereisen insolventie van de koper en staan de actie niet toe indien de goederen inmiddels zijn doorverkocht aan een derde te goeder trouw. Frans en Belgisch recht eisen echter dat de goederen in transit zijn, terwijl Nederlands en Luxemburgs recht de onbetaalde verkoper ook van dienst zijn als de goederen reeds bij de koper zijn afgeleverd. Opmerkelijk is dat het algoritme van Mesquite – puur op basis van een rekenkundige analyse – het verband tussen de vijf bepalingen vindt; dit is in overeenstemming met wat de rechtsgeschiedenis leert: de artikelen zijn ontleend aan het ‘moederrecht’ van het Franse WvK van 1807.

De vierde groep op elkaar gelijkende bepalingen, zij het met een uiteenlopende mate van genealogische verwantschap, betreft de costumen van Deurne uit 1577 (no. 49), de beslissing van het Parlement van Parijs uit 1306 (no. 51) (allebei nauw aan elkaar verwant), de Zuid-Afrikaanse beslissing *Daniels v Cooper* uit 1880 (no. 26), de Zuid-Afrikaanse Insolventiewet 1936 (no. 27), de keur van Amsterdam uit 1626 (no. 41) en de costumen van Antwerpen van 1582 (no. 47) (waarbij ook de laatste twee nauw verwant zijn). Behalve de beslissing van het Parlement van Parijs (dat geen grondslag noemt), vinden deze bepalingen de basis voor de terugvordering in de voorbehouden eigendom. Verschil bestaat o.a. ten aanzien van de vraag of insolventie van de koper vereist is. De conclusie uit de genealogische reconstructie dat deze zes bepalingen een gemeenschappelijke voorouder hebben is niet terug te vinden in de rechtshistorische literatuur.

De berekening door Mesquite laat nog een aantal andere opmerkelijke verbanden zien. Los van de gelijkensissen tussen het huidige Nederlandse (no. 4) en Litouwse (no. 16) BW, wijzen de parallellen tussen het landrecht van Oldambt uit 1618 (no. 38), het Groningse stadsrecht van 1701 (no. 39) en de Digesten (no. 29) erop dat zij nauw verwant zijn. Indien de Instituten van Justinianus niet als *outgroup* zouden zijn gekozen, zouden zij in dezelfde groep zijn geïnclassificeerd. Fylogenetische analyse kan niet met zekerheid aantonen dat het Groninger recht direct is gebaseerd op de Romeinse bronnen, maar de stamboom doet dit wel vermoeden. Een ander interessant verband bestaat tussen art. 1191 BW 1838 (no. 2) en art. 1519 Italiaans BW 1942 (no. 11). Beide bepalingen zijn vrijwel gelijk gecodeerd, inclusief het vereiste dat de actie alleen beschikbaar is indien de koper niet op krediet kocht. Dit vereiste is ook terug te vinden in het recht van de Romeinse tijd en in het oude Franse en Nederlandse recht. Alleen de periode waarbinnen de zaak moet worden teruggevorderd (30 dagen onder het oude BW, 15 dagen in Italië) verschilt. Dit verschil in termijn (annex 2, beschikbaar via de website, identificeert negen varianten) lijkt geen invloed te hebben op de categorisering door Mesquite. Fylogenetische analyse leidt niet steeds tot hetzelfde resultaat als rechtshistorisch onderzoek. Zo is er weinig computationeel bewijs voor invloed van het stadsrecht

van Antwerpen (no. 48) op dat van Roermond.⁴⁰ Het algoritme plaatst het stadsrecht van Zwolle uit 1794 (no. 44) echter wel op hetzelfde genealogische niveau als dat van Roermond uit 1620 (no. 45). De vermeende connectie tussen de statuten van Genua en Albenga (no. 56) en ‘stoppage in transitu’⁴¹ wordt niet bevestigd door het algoritme. Invloed van het privilege van Albrecht van Beieren uit 1389 (no. 31), de oudst bekende variant van de prijsbetalingsregel in Holland,⁴² op andere Nederlandse bepalingen kan evenmin worden vastgesteld.

Conclusies

Deze bijdrage toont het potentieel van de computationele fylogenetica als methode ter duiding van de ontwikkeling van de prijsbetalingsregel. Hiertoe werden 56 varianten van de regel gecodeerd. De belangrijkste conclusie is dat fylogenetische analyse een alternatief kan bieden voor traditionele rechtshistorische classificaties. Hierbij zij wel opgemerkt dat deze analyse, evenmin als rechtshistorisch onderzoek, in staat is om verbanden tussen bepalingen met zekerheid vast te stellen. Zo bevestigt noch ontkent de analyse het vermoeden van Feenstra dat het recht van de verkoper zijn oorsprong vond in Italië (mogelijk in Pisa), daarna werd aanvaard in Frankrijk en toen door handelaren verder naar het Noorden werd gebracht.⁴³ Ten aanzien van de controverse of de Nederlandse varianten van de prijsbetalingsregel zijn gebaseerd op Romeins recht of al vóór de receptie als inheems recht werden toegepast, laat de analyse zien dat niet alle varianten hun oorsprong in het Romeinse recht vinden. Dit bevestigt de opvatting dat het recht van de verkoper al sinds de veertiende eeuw deel was van het Nederlandse (en Franse) recht, dus in een periode waarin Romeinsrechtelijke invloed onwaarschijnlijk was.

Intussen blijft deze bijdrage een verslag van een misschien gewaagd experiment. Ter verontschuldiging zij aangevoerd dat degene aan wie deze bundel is gewijd dat van mij gewend is. Het proefschrift waarop ik exact 25 jaar geleden bij Jaap Hijma promoveerde werd in recensies eigenzinnig, ambitieus en een waagstuk genoemd. Dat de promotor mij de vrijheid gaf om het boek te schrijven dat ik wilde, en het vertrouwen dat daaruit sprak, heeft mij niet alleen gevormd als onderzoeker, maar ook als begeleider van mijn eigen promovendi. Deze bijdrage getuigt daarvan.

40 Feenstra 1949, p. 140.

41 Feenstra 1949, p. 261 en Feenstra 2006, p. 876.

42 Feenstra 1949, p. 178.

43 Feenstra 1949, p. 255.