

7. CONCLUSIE EN SAMENVATTING

In de voorgaande hoofdstukken heb ik onderzocht wat de grondslagen zijn van het conflictenrecht en hoe het conflictenrecht en het vreemde recht worden behandeld in gerechtelijke en arbitrale procedures. In dit laatste afrondende hoofdstuk vat ik mijn bevindingen samen en presenteer ik mijn conclusies.

Sinds de oudheid wordt geworsteld met de vraag welk recht moet worden toegepast in grensoverschrijdende gevallen. De Romeinen schiepen het *ius gentium*, een complex van (privaatrechtelijke) regels dat op basis van het natuurrecht zou gelden voor alle volkeren en dat kon worden toegepast als anderen dan Romeinen bij een kwestie betrokken waren.¹ De idee van de *ius gentium* heeft na de val van het Romeinse rijk evenwel geen navolging gevonden. In plaats daarvan werd bijvoorbeeld de toepassing van de *lex fori* of de toepassing van de beste en meest bruikbare wet verdedigd.² Door toedoen van de postglossatoren in het algemeen en Bartolus in het bijzonder heeft in West-Europa vanaf de veertiende eeuw evenwel de statutenleer ingang gevonden, uit hoofde waarvan het ruimtelijke toepassingsbereik van de materiële rechtsregel moest worden bepaald vanuit de rechtsregel zelf, afhankelijk van het onderwerp en strekking van de regel.³ d'Argentré heeft daarna in de zeventiende eeuw de onderscheiding tussen *statuta realia*, *statuta mixta* en *statuta personalia* tot hoofdonderscheiding verheven.⁴ Behoorde een rechtsregel tot de klasse van de *statuta realia* of *statuta mixta* dan werkte de betreffende regel slechts op het grondgebied van de wetgever die de betreffende regel had uitgevaardigd.⁵ Oftewel, zulke regels hadden enkel territoriale werking. Een rechtsregel die behoorde tot de klasse van de *statuta personalia* had daarentegen extraterritoriale werking en hij zou ook werking hebben buiten de landsgrenzen van de staat die hem had uitgevaardigd.⁶ Het nadeel van de unilaterale methode was alleen dat het niet altijd eenvoudig was om te bepalen of een regel behoorde tot de *statuta realia*, *statuta mixta* of *statuta personalia*, alleen al omdat regels vaak zien op zowel zaken als de persoon. In de rechtswetenschap is dan ook uitvoerig gedebatteerd over de vraag wanneer een statuut als reëel, gemengd of persoonlijk moest worden aangemerkt en met grote regelmaat kon een regel bij verschillende klassen worden ondergebracht, afhankelijk van waarop men de nadruk legde. Dat bracht in de praktijk mee dat de meest uiteenlopende oplossingen konden worden verdedigd zonder dat een oplossing als fout terzijde kon worden geschoven.⁷ Verder bracht de unilaterale methode van de statutenleer in de praktijk mee dat staten inmenging op hun soevereiniteit moesten dulden voor zover het *statuta personalia* betrof, aangezien deze regels extraterritoriale werking hadden en de persoon volgden in het buitenland.⁸

De rechtsgeleerden die tot de Nederlandse school mogen worden gerekend hadden evenwel moeite met het onderscheid dat de Italiaanse en Franse rechtsgeleerden maakten tussen enerzijds de territoriale werking van de *statuta realia* en de *statuta mixta* en anderzijds de universele werking van de *statuta personalia*. Volgens Paulus Voet, zijn zoon Johannes Voet en Ulrik Huber – die bepalend zijn geweest voor de Nederlandse school⁹ – reikte het gezag van een staat namelijk niet verder dan zijn staatsgrenzen. Geen enkele regel kon derhalve uit zichzelf extraterritoriale werking hebben.¹⁰ Desalniettemin wilden

¹ Zie paragraaf 2.3.1.

² *Idem*.

³ Zie paragraaf 2.3.2.

⁴ Zie paragraaf 2.3.3.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ Zie paragraaf 2.3.5.

⁸ Zie paragraaf 2.3.7.3.

⁹ Zie paragraaf 2.3.7.

¹⁰ Zie paragraaf 2.3.7.3.

vader en zoon Voet noch Huber onverkort vasthouden aan het soevereiniteitsprincipe, omdat het internationaal rechtsverkeer daardoor al teveel zou worden ondermijnd. De Voeten en Huber zochten dan ook naar een grondslag om hun soevereiniteitsdenken te kunnen combineren met de behoeften van hun tijd. Voornoemde grondslag vonden deze Nederlandse rechtsgeleerden vervolgens in de *comitas*.¹¹ De Voeten en Huber zouden dat begrip evenwel verschillend inkleuren. Voor vader en zoon Voet hield dat begrip in dat staten uit welwillendheid de werking van vreemd recht binnen hun grenzen duldden.¹² Geen enkele staat kon derhalve een recht doen gelden op hetgeen men *ex comitate* toestond.¹³ Zo kon de ene staat de toepassing van een vreemde regel op zijn grondgebied wel toestaan, terwijl een andere staat dat niet deed. Daar bleef het voor vader en zoon Voet evenwel niet bij. Zij wilden de statelijke vrijheid namelijk combineren met de gebondenheid van rechters aan regels die gevallen aanwezen waarin vreemd recht moest worden toegepast. Die regels konden vervolgens van de staat alleen zijn uitgegaan, door hem zijn erkend, dan wel bij verdrag met andere staten zijn overeengekomen of voortvloeien uit een gewoonte die als een verdragsverplichting behoorde te worden nagekomen. Schreef een regel derhalve de toepassing van vreemd recht voor, dan was de rechter verplicht om het aldus aangewezen vreemde recht toe te passen.¹⁴ De *comitas* van Huber behelsde daarentegen een rechtsplicht uit hoofde van het volkerenrecht, die steunde op het onderling gerief en die volgde uit een stilzwijgende overeenkomst tussen staten, uit hoofde waarvan verkregen rechten overal moesten worden geëerbiedigd, tenzij het verkregen recht in strijd kwam met de "*Macht of het Recht des anders in zijn bedrijf*".¹⁵

Huber is van alle Europese rechtsgeleerden vervolgens het meest geciteerd in de Anglo-Amerikaanse rechtswetenschap en hij werd vanaf het midden van de achttiende eeuw ook geregeld aangehaald in de Anglo-Amerikaanse rechtspraak.¹⁶ Opvallend genoeg is daarbij onopgemerkt gebleven dat Huber een rechtsplicht veronderstelde om in een voorkomend geval vreemd recht toe te passen, althans verkregen rechten te erkennen. In plaats daarvan ging men er in Engeland en de Verenigde Staten in het algemeen vanuit dat de toepassing van vreemd recht berustte op de welwillendheid van de ene staat jegens de andere staat. Aldus gold het soevereiniteitsbeginsel bij de Anglo-Amerikanen onverkort. Elke staat kon volgens de Anglo-Amerikanen in beginsel derhalve zelf bepalen wanneer welk vreemd recht moest worden toegepast.¹⁷ Deze gedachte heeft in voornoemde landen ook nooit echt ter discussie gestaan.¹⁸

In West-Europa werd tot halverwege de negentiende eeuw evenmin getornd aan het soevereiniteitsbeginsel. Tot halverwege de negentiende eeuw werd dan ook algemeen aangenomen dat het conflictenrecht zijn grondslag vond in het nationale domein. Dat gold bijvoorbeeld ook voor Foelix en Von Wächter. Volgens Foelix had een wet of een vonnis uit eigen kracht aldus geen werking in een vreemde staat. Daarvoor was de uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van de vreemde staat vereist.¹⁹ Von Wächter vond op zijn beurt dat de wetgever – behoudens voor enkele internationaal aanvaarde regels die volgden uit verdragen of het internationaal gewoonterecht – zelf zou kunnen bepalen wanneer welk vreemd recht moest worden toegepast. Daarbij hanteerde hij drie basisregels. Voorzag het positieve recht in een regel ten aanzien van het toe te passen recht, dan moest die regel en

¹¹ *Idem*.

¹² Zie paragraaf 2.3.7.3 en paragraaf 2.3.7.3(b).

¹³ Zie paragraaf 2.3.7.3(b).

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Zie paragraaf 2.3.7.3(a).

¹⁶ Zie paragraaf 2.4.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Zie paragraaf 2.4 en paragraaf 3.4.

¹⁹ Zie paragraaf 2.6.2.

het door die regel aanwezen recht worden toegepast. Ontbrak zo'n regel dan moest de rechter uit de *Geist* en *Sinn* van zijn materiële recht in het licht van de voorliggende kwestie afleiden of het eigen recht geldingspretentie had of dat alsnog een vreemde regel moest worden toegepast. Wanneer uit het materiële recht evenwel niet met voldoende duidelijkheid kon worden afgeleid of de nationale of de vreemde regel moest worden toegepast, dan gold het forale materiële recht, omdat de rechter zich heeft te houden aan het recht van de staat waarvan hij een orgaan is en hij tot taak heeft om dat recht te verwezenlijken.²⁰

Het soevereiniteitsprincipe ging halverwege de negentiende eeuw evenwel op de schop bij Von Savigny. Volgens hem werd de grondslag van het internationaal privaatrecht namelijk niet gevonden in het nationale domein, maar in het internationale domein en in een bovenstatelijke grondslag (waarmee hij aansloot bij Huber).²¹ Meer specifiek vond Von Savigny de grondslag van het conflictenrecht in de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren. De eis van Von Savigny dat de conflictenrechtelijke oplossingen moeten voldoen aan de eisen die de met elkaar verkerende volkeren stellen zou enerzijds zijn ingegeven door de Christelijke moraal en anderzijds door het werkelijke voordeel dat er mee te behalen viel.²² Daarbij maakte het voor Von Savigny niet uit welke rechter zou worden geadieerd, omdat overal dezelfde conflictregels zouden (moeten) gelden en elke rechter derhalve hetzelfde recht zou moeten toepassen. Von Savigny stond dan ook een universeel conflictenrecht voor.²³

Nadat Von Savigny's achtste band van zijn "System des heutigen römischen Rechts" in 1849 was verschenen, waarin hij voornoemde gedachten verwoordde, brak in de rechtswetenschap een periode aan waarin de gedachte de overhand had dat de grondslag van het internationaal privaatrecht gevonden kon worden in het internationale domein.²⁴ Daarbij werd algemeen verdedigd dat de vraag welk recht in een concreet geval moest worden toegepast diende te worden beantwoord aan de hand van overal aanvaarde of te aanvaarden regels, zodat elk wetsconflict, waar het zich dan ook voordeed, kon worden beslecht aan de hand van een voor elke staat geldende identieke set conflictregels.²⁵

Het internationale gedachtegoed verloor echter rap terrein vanaf het einde van de negentiende eeuw en is uiteindelijk (weer) overvleugeld door de gedachte dat de grondslag van het internationaal privaatrecht gevonden moet worden in het nationale domein en dat staten aldus soeverein zijn voor wat betreft het conflictenrecht.²⁶ Staten kunnen derhalve zelf bepalen wanneer welk recht moet worden toegepast. Er is echter alleen naar behoren verwezen als het resultaat van de verwijzing als passend wordt ervaren. Telkens moeten (organen van) staten dan ook op zoek naar conflictregels die leiden tot de aanwending van dat recht dat voor het internationale rechtsverkeer tot aanvaardbare uitkomsten leidt. Anders gaat dat ten koste van een evenwichtig rechtsverkeer. Zodoende kan ook worden verdedigd dat staten de toepassing van vreemd recht niet structureel moeten uitsluiten met het voorbijgaan aan wat aanvaardbaar is voor het internationale rechtsverkeer.²⁷ Wat voor het internationaal rechtsverkeer aanvaardbaar is, is evenwel relatief en afhankelijk van de betrokken

²⁰ Zie paragraaf 2.6.3.

²¹ Zie paragraaf 2.7.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ Zie paragraaf 2.8, waar de gedachten van Mancini worden besproken en paragraaf 3.2.2, waar de Volkenrechtelijke stroming wordt besproken.

²⁵ Zie paragraaf 3.2.3.

²⁶ Zie paragraaf 3.3, waar de Realistische stroming wordt besproken.

²⁷ Zie paragraaf 3.3.3 en paragraaf 3.5.3.2(b).

staten,²⁸ die elk hun rechtscultuur hebben.²⁹ Een wereldwijde harmonisatie van conflictregels is dan ook praktisch onbereikbaar.³⁰ Het is zelfs maar de vraag of een universeel conflictenrecht ooit zal kunnen worden gerealiseerd.³¹ Dat laat onverlet dat er conflictregels zijn die hun grondslag vinden in een bovenstatelijke bron. Dat is het geval als de betreffende conflictregel voortspuit uit verdragen,³² het communautaire recht³³ of eventueel het internationaal gewoonterecht.³⁴ Voor staten die gebonden worden door voornoemde regelingen geldt dat zij voor een kwestie die door één van voornoemde regelingen wordt bestreken niet meer vrij zijn om het conflictenrecht naar eigen goeddunken in te richten.³⁵ Daar komt bij dat de inhoud en werking van het (commune) conflictenrecht kan worden beïnvloed door fundamentele beginselen van Unierecht,³⁶ het Handvest,³⁷ mensenrechtenverdragen³⁸ en investeringsverdragen,³⁹ die in dat opzicht een raamwerk bieden waarbinnen moet worden geacteerd door de staten op wie die regelingen van toepassing zijn.⁴⁰ Aldus kan worden gesteld dat het internationaal publiekrecht – dat een weerspiegeling vormt van de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren – het conflictenrecht beïnvloedt,⁴¹ terwijl staten een conflictenrecht hebben ter regulering van het internationale rechtsverkeer.⁴² Ontbreekt een conflictregel voor het voorliggende geval, dan doet de rechter er verstandig aan om dat recht toe te passen dat in het licht van de omstandigheden van het geval als het meest passend wordt ervaren.

Ondanks dat vandaag de dag met de nodige voorbehouden en uitzonderingen kan worden gesteld dat het internationaal privaatrecht zijn grondslag vindt in het nationale domein, heeft het Savigniaanse verwijzingsmodel de tand des tijds redelijk goed doorstaan en ligt dat model nog steeds aan de basis van het Europese internationaal privaatrecht.⁴³ Voor het bepalen van het toepasselijke recht stelde Von Savigny de rechtsverhouding voorop. Von Savigny's vraagstelling luidde dan ook bij welk recht de rechtsverhouding gezien haar aard moest worden ondergebracht en zijn methode was gericht op het lokaliseren van de *Sitz* van een internationale rechtsverhouding en niet op het afbakenen van het internationale toepassingsbereik van materieel recht.⁴⁴ Met behulp van een aanknopingsfactor zou elke rechtsverhouding vervolgens kunnen worden ondergebracht bij het meest geëigende recht. Daarbij ging Von Savigny voorbij aan de wil van partijen en partijautonomie in de moderne zin des woords werd door Von Savigny derhalve niet erkend. Ook ging Von Savigny eraan voorbij dat rechtsverhoudingen mogelijk niet altijd eenvoudig kunnen worden ondergebracht bij één rechtsstelsel. Het is dan ook een zonde tegen de geest van Von Savigny om de verschillende rechtsvragen, die kunnen rijzen in het kader van een en dezelfde rechtsverhouding, te beantwoorden aan de hand van

²⁸ *Idem.*

²⁹ Zie paragraaf 3.6.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² Zie paragraaf 3.5.3.1(a).

³³ Zie paragraaf 3.5.3.1(b).

³⁴ Zie paragraaf 3.5.3.2.(b), waar ik de vraag heb opgeworpen of er conflictenrechtelijke regels van internationaal gewoonterecht (kunnen) bestaan.

³⁵ Zie paragraaf 3.7.

³⁶ Zie paragraaf 3.5.3.1(b), waar ik dat heb toegelicht aan de hand van rechtspraak van het HvJEU.

³⁷ Zie eveneens paragraaf 3.5.3.1(b).

³⁸ Zie paragraaf 3.5.3.1(c), waar ik aan de hand van rechtspraak van het EHRM inzichtelijk heb gemaakt dat bij het EHRM kan worden geklaagd dat conflictregels in strijd zijn met het EVRM en dat het EVRM in dat verband een kader schept waaraan conflictregels kunnen worden getoetst en waaraan zij derhalve moeten voldoen.

³⁹ Zie paragraaf 3.5.3.1(d).

⁴⁰ Zie paragraaf 3.5.3.1(e) en paragraaf 3.7.

⁴¹ Zie paragraaf 3.7.

⁴² Zie paragraaf 3.5.2.

⁴³ Zie paragraaf 2.7 en 2.9.

⁴⁴ Zie paragraaf 2.7.

verschillende rechtsstelsels.⁴⁵ Het grootste nadeel van het klassieke Savigniaanse verwijzingsprocedé is evenwel zijn indirecte, neutrale en abstracte karakter, zodat het kan voorkomen dat het aangewezen recht niet geacht kan worden het meest betrokken recht te zijn omdat de materiële uitkomst van de verwijzing niet als passend wordt ervaren.⁴⁶ In de loop van de twintigste eeuw is daarom verdedigd dat de blinddoek van Von Savigny moest worden afgeworpen om in alle gevallen te kunnen komen tot een passende oplossing. Dat is ook gedeeltelijk gebeurd. Zo zijn in de moderne conflictregels materieelrechtelijke uitgangspunten en aan het materiële recht ontleende waarde- en doelvoorstellingen verwerkt.⁴⁷ Bovendien zijn de moderne conflictregels minder rigide en voorziet ons conflictenrecht in een aantal correctiemogelijkheden.⁴⁸ Derhalve kan ook worden gesteld dat de moderne conflictregel meer is dan enkel een waardeneutrale conflictregel die slechts een “*Ordnungsfunktion*” heeft. Voornoemde ontwikkeling heeft mede plaatsgevonden onder invloed van de Amerikaanse conflictenrechtelijke revolutie,⁴⁹ die aldus heeft bijgedragen aan het Europese compromis tussen waardevrije aanknopingsfactoren en een doelgerichte belangenafweging.⁵⁰

Daarbij heeft in Nederland onder invloed van Von Savigny’s verwijzingsmethode de gedachte de overhand gekregen dat alle rechtsstelsels gelijkwaardig en inwisselbaar zijn en dat zij op de voet van gelijkwaardigheid voor toepassing in aanmerking komen.⁵¹ Dat is het normatieve uitgangspunt dat vandaag de dag ten grondslag ligt aan ons conflictenrecht. Verwijst de toepasselijke conflictregel aldus naar vreemd recht, dan wordt dat recht bij wijze van uitgangspunt met een terzijdestelling van de *lex fori* toegepast,⁵² waarbij wordt uitgegaan van een verplichting ten opzichte van de betrokkenen bij het internationaal rechtsverkeer om dat recht toe te passen dat de relevante verwijzingsregel voorschrijft, ongeacht of dat vreemd of Nederlands recht is.⁵³

Het doel van het moderne conflictenrecht is om het daarheen te geleiden dat de belangen worden geëerbiedigd van de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer. Aldus helpt het conflictenrecht de afdwingbaarheid van rechten en plichten met inachtneming van de belangen van alle betrokkenen bij het internationale privaatrechtelijke rechtsverkeer op een zo doelmatig en rechtvaardig mogelijke wijze te bewerkstelligen.⁵⁴

Gezien het doel van het conflictenrecht, het normatieve uitgangspunt dat in beginsel alle rechtsstelsels voor gelijke toepassing in aanmerking komen en gezien het feit dat wordt uitgegaan van een verplichting ten opzichte van de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer om dat recht toe te passen dat door ons conflictenrecht wordt aangewezen, zou men al snel geneigd kunnen zijn om te denken dat de rechter en de arbiter te allen tijde het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht zullen (moeten) toepassen.⁵⁵ Niets blijkt evenwel minder waar.

⁴⁵ Zie paragraaf 2.9.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Zie paragraaf 2.7 en paragraaf 3.4.10.

⁴⁸ Zie paragraaf 2.7.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Zie paragraaf 3.4.10.

⁵¹ Zie paragraaf 2.7, paragraaf 3.6 en paragraaf 4.1.

⁵² Zie paragraaf 3.6, waar ik eveneens inzichtelijk heb gemaakt dat in beginsel ook het recht moet worden toegepast van een land met een andere culturele achtergrond en andere waarde- en doelvoorstellingen, welk uitgangspunt wordt bestreden door Ten Wolde (zie paragraaf 3.3.2.10).

⁵³ Zie paragraaf 4.1.

⁵⁴ Zie paragraaf 3.5.2.

⁵⁵ *Idem.*

Voor rechtbankprocedures geldt ingevolge artikel 10:2 BW dat rechters het conflictenrecht ambtshalve moeten toepassen, ook als de vraag naar het toepasselijke recht niet behoort tot de geschilpunten van partijen.⁵⁶ De rechter is dan ook te allen tijde verplicht om het conflictenrecht zelfstandig en los van het partijdebat toe te passen. Het conflictenrecht behoort in een procedure bij de rechtbank zodoende niet tot dat gedeelte van het recht waarvan partijen zelf kunnen bepalen of zij dat toegepast wensen te zien of niet.⁵⁷ Aldus moet worden geconcludeerd dat het conflictenrecht in het geval van rechtbankprocedures net zo wordt behandeld als dwingend recht van openbare orde en derhalve kan worden gelijkgesteld met regels van superdwingend recht.⁵⁸ Om die reden doet het er voor rechtbankprocedures ook niet toe of het conflictenrecht als zodanig daadwerkelijk dwingend recht van openbare orde is of niet.

Waar het voor rechtbankprocedures zodoende irrelevant is of een conflictregel processueel van openbare orde is, doet dat er voor appelprocedures wel toe. Heeft er namelijk een conflictregel geldingspretentie die processueel van openbare orde is, dan moet de betreffende regel binnen de omvang van het hoger beroep, maar desnoods buiten het door de grieven ontsloten debat, te allen tijde worden toegepast.⁵⁹ Oftewel, binnen de omvang van het appel moet de appelrechter een conflictregel van openbare orde ambtshalve toepassen.

De vraag is dan ook wanneer een conflictregel processueel van openbare orde is. Dat is in de eerste plaats het geval in gedingen betreffende rechten en verplichtingen die bezien vanuit een materieelrechtelijk oogpunt op grond van de *lex fori* aan de partijdispositie zijn onttrokken. Het gaat dan om kwesties ten aanzien waarvan de rechter het recht, inclusief het conflictenrecht, ambtshalve in volle omvang en ongeacht de proceshouding van partijen dient toe te passen.⁶⁰ Dat is ten aanzien van kwesties die daarentegen wel ter vrije dispositie van partijen staan in de tweede plaats het geval indien de relevante conflictregel niet slechts een neutrale en abstracte "*Ordnungsfunktion*" heeft, omdat (i) de conflictregel niet alleen het partijbelang dient, maar ook andere belangen beoogt te beschermen of (ii) de conflictregel wel primair oog heeft op het partijbelang, maar dit belang gezien bepaalde maatschappelijke uitgangspunten van zo'n fundamenteel gewicht moet worden geacht dat waarborging van dat belang door de rechter is aangewezen.⁶¹

Daarnaast kan de appelrechter verplicht zijn om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen als de uitspraak van de rechtbank geen expliciete conflictenrechtelijke keuze bevat en uit die uitspraak evenmin kan worden afgeleid welk recht is toegepast. Dan moet ervan worden uitgegaan dat het krachtens ons conflictenrecht aangewezen recht is toegepast, op welke fictie de appelrechter vervolgens moet voortbouwen.⁶² Voornoemde fictie brengt mee dat, ongeacht of partijen het conflictenrechtelijke debat in appel ontsluiten, de appelrechter het door ons conflictenrecht aangewezen recht in beginsel zal moeten aanwenden wanneer dat nodig is voor de beoordeling van de grieven of, na het slagen van een grief, noodzakelijk is bij de vaststelling van het uiteindelijke dictum in appel. Om vervolgens te

⁵⁶ Zie paragraaf 4.3.1.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Zie paragraaf 4.2, waar ik heb uiteengezet dat er aanvullend recht, dwingend recht en dwingend recht van openbare orde (superdwingend recht) bestaat, waarbij ik ook heb uiteengezet waarom dit onderscheid belangrijk is.

⁵⁹ Zie paragraaf 4.3.2.2(e) en zie over de openbare orde en de omvang van het appel ook paragraaf 4.3.2.1(g) en paragraaf 4.3.2.1(h).

⁶⁰ Zie paragraaf 4.3.2.2(e).

⁶¹ *Idem*.

⁶² Zie paragraaf 4.3.2.2(c), waar ik ook heb betoogd dat de premisse dat de rechter de *lex fori* heeft toegepast als de uitspraak geen expliciet of impliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat waarschijnlijk meer aansluit bij de werkelijkheid dan de normatieve fictie dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht is toegepast.

waarborgen dat de appelrechter ook daadwerkelijk het door ons conflictenrecht aangewezen recht toepast, zal hij het conflictenrecht in dit soort gevallen ambtshalve moeten aanwenden.⁶³

Behalve in voornoemde twee gevallen heeft het conflictenrecht in appel voor het overige een facultatief karakter – ongeacht of een commune, een supranationale dan wel een communautaire conflictregel geldingspretentie heeft – en geldt de regel van artikel 10:2 BW, dat de rechter het conflictenrecht ambtshalve moet toepassen, niet onverkort in appel, aangezien de appelrechter het conflictenrecht als gevolg van het appelprocesrecht en in het bijzonder het grievenstelsel slechts mag toepassen als de vraag naar het toepasselijke recht in hoger beroep is ontsloten.⁶⁴ Ligt in de uitspraak van de rechtbank derhalve een kenbare conflictenrechtelijke beslissing besloten en is er geen conflictregel van openbare orde in het geding, dan gelden de volgende vier hoofdregels voor zowel het principaal als het incidenteel appel:⁶⁵

1. De appelrechter mag de conflictenrechtelijke beslissingen van de rechtbank niet tegen het licht houden als daartegen geen grief is gericht,⁶⁶ tenzij geïntimeerde in appel aanvoert dat een andere conflictregel en/of een ander recht moet worden toegepast en dat verweer van belang is voor de beoordeling van de grieven.⁶⁷
2. Heeft geïntimeerde in appel geen conflictenrechtelijke verweren aangevoerd, maar heeft hij in eerste aanleg wel de toepasselijkheid van een ander recht bepleit dan de rechtbank uiteindelijk heeft toegepast, dan mag het hof die stellingen ook bij voorrang behandelen voor zover zij door gegrondbevinding van een grief alsnog relevant zouden worden en geïntimeerde die stellingen in appel niet heeft prijs gegeven.⁶⁸
3. Heeft het hof de conflictenrechtelijke standpunten van geïntimeerde uit eerste aanleg niet bij voorrang behandeld en is het conflictenrechtelijke debat evenmin geopend door de grieven of een (nieuw) verweer in appel, dan wordt dat debat in beginsel weer geopend zodra een grief slaagt, mits de geïntimeerde zijn stellingen uit eerste aanleg niet heeft prijs gegeven.⁶⁹
4. Is het conflictenrechtelijke debat in appel niet geopend en heeft geïntimeerde in eerste aanleg evenmin de toepasselijkheid van een ander recht bepleit, dan moet de appelrechter zich onthouden van een conflictenrechtelijk onderzoek en het door de rechtbank toegepaste recht toepassen.⁷⁰

Als men evenwel meent dat het conflictenrecht bij de rechtbanken op grond van artikel 10:2 BW ambtshalve en los van het partijdebat moet worden toegepast om zeker te stellen dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht wordt toegepast – omdat indachtig het Savigniaanse gedachtegoed

⁶³ Zie paragraaf 4.3.2.2(c).

⁶⁴ Zie paragraaf 4.3.2.1 voor een bespreking op hoofdlijnen van het appelprocesrecht en het grievenstelsel.

⁶⁵ Zie hoofdregel 2-5 als opgesomd in paragraaf 4.3.2.2(d).

⁶⁶ Zie hieromtrent paragraaf 4.3.2.2(a)(1) en paragraaf 4.3.2.2(a)(2), waar ik ook inzichtelijk heb gemaakt dat een grief tegen alleen de rechtsaanwijzing (en niet tegen de toegepaste conflictregel als zodanig) gezien de enge werking van het grievenstelsel kan meebrengen dat de appelrechter moet voortborduren op de door de rechtbank toegepaste conflictregel. Tegelijkertijd heb ik mij daarover kritisch uitgelaten en verdedigd dat in dit soort gevallen een ruimhartige uitleg van de grief geïndiceerd is, zodat in een aanval op de rechtsaanwijzing ook een aanval op de toegepaste conflictregel moet worden gelezen.

⁶⁷ Zie paragraaf 4.3.2.2(a)(3).

⁶⁸ Zie paragraaf 4.3.2.2(a)(4).

⁶⁹ Zie eveneens paragraaf 4.3.2.2(a)(4), waar ik ook inzichtelijk heb gemaakt dat het daardoor kan gebeuren dat bij de beoordeling van de grief een ander recht wordt toegepast dan uiteindelijk wordt toegepast ter beslechting van het geschil.

⁷⁰ Zie paragraaf 4.3.2.2(a)(5).

en met inachtneming van het doel van het conflictenrecht alleen dan daadwerkelijk recht kan worden gedaan – dan rijst de vraag waarom dat voor appelprocedures anders zou moeten zijn als appel in essentie niet meer is dan een tweede feitelijke instantie.⁷¹ Die vraag is des te prangender omdat het gezien de wijze waarop het conflictenrecht in appel nu wordt behandeld kan gebeuren dat fouten van de rechtbank niet worden hersteld, met als gevolg dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht niet wordt toegepast. Daardoor bestaat het risico dat er rechten worden ontzegd of plichten worden opgelegd die partijen wel respectievelijk niet zouden hebben gehad op grond van het door ons conflictenrecht aangewezen recht. Om vervolgens te bewerkstelligen dat laatstgenoemd recht zoveel mogelijk wordt toegepast zou men het conflictenrecht buiten het grievensstelsel kunnen plaatsen en de hoven kunnen verplichten het conflictenrecht te allen tijde ambtshalve toe te passen. Zo komt er voor het conflictenrecht als het ware telkens een volledige nieuwe (tweede) ronde. Het doet er dan niet meer toe of de eerdere uitspraak wel of geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat, of er wel of niet is gegriefd tegen de gehanteerde conflictregel dan wel het gehanteerde recht, of geïntimeerde in appel of in eerste aanleg de toepasselijkheid van een andere conflictregel of een ander recht heeft bepleit, of de conflictregel processueel van openbare orde is, etc.⁷² De door mij voorgestane proeve van een alternatieve gedachte betekent tegelijkertijd dat de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel eenvoudiger wordt en zij vergroot de kans dat in de laatste feitelijke instantie daadwerkelijk het door ons conflictenrecht aangewezen recht wordt toegepast, hetgeen de rechtszekerheid en de rechtsbescherming ten goede komt.⁷³

Gezien de positionering van de Hoge Raad – waar in beginsel alleen de merites van de bestreden uitspraak en niet de merites van de zaak zelf ter discussie staan – is het verklaarbaar dat de Hoge Raad het conflictenrecht, behoudens wanneer hij het conflictenrecht ambtshalve toepast om een klacht te verwerpen, alleen toepast als er wordt geklaagd over de onjuiste toepassing van een conflictregel of het niet toepassen van de juiste conflictregel(s), hetgeen ook geldt als er een conflictregel van openbare orde in het geding is. Wel moet de Hoge Raad het conflictenrecht ambtshalve toepassen als hij de zaak casseert – ongeacht op welke grond – en hij haar vervolgens zelf afdoet.⁷⁴ Buiten voornoemde specifieke gevallen heeft het conflictenrecht in procedures bij de Hoge Raad derhalve grotendeels een facultatief karakter.

Uit het voorgaande blijkt derhalve dat waar de rechtbanken het conflictenrecht ambtshalve moeten aanwenden, de toepassing van het conflictenrecht in appel en cassatie vandaag de dag grotendeels afhankelijk is van de wil van partijen, aangezien partijen grotendeels zelf in de hand hebben of het conflictenrecht in appel en cassatie wel of niet wordt toegepast. Daarbij meen ik dat men in geen geval van partijen mag verlangen dat zij moeten stellen dat, en in welke zin, het verschil maakt welk recht wordt toegepast. Een conflictenrechtelijke belangeneis in het proces of een processuele belangeneis in het conflictenrecht verwerp ik derhalve.⁷⁵

In alle instanties wordt vreemd recht beschouwd als recht, waarop het adagium *ius curia novit* ook van toepassing is. Vreemde rechtsregels worden derhalve gezien als rechtsgronden die in voorkomende gevallen ambtshalve moeten worden aangevuld. Dat uitgangspunt ligt sinds 1 januari 2012 wettelijk verankerd in artikel 10:2 BW. Partijen hoeven de inhoud van het toepasselijke vreemde recht derhalve

⁷¹ Zie paragraaf 4.3.2.3.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Zie paragraaf 4.3.3.

⁷⁵ Zie paragraaf 5.3.

te stellen noch te bewijzen.⁷⁶ Ofschoon dit uitgangspunt van tijd tot tijd onder druk staat en nu en dan de gedachte ingang lijkt te vinden dat partijen wel een zekere stel- en informeringsplicht zouden (moeten) hebben ten aanzien van het vreemde recht,⁷⁷ is het vooralsnog nog immer aan de rechter om de inhoud en werking van het vreemde recht vast te stellen. Daarbij moet de rechter ervoor waken dat hij geen verrassingsbeslissing wijst,⁷⁸ terwijl de interpretatie van het vreemde recht moet geschieden naar de opvattingen en methoden die in het betreffende land worden gehanteerd. Oftewel, de Nederlandse rechter moet het vreemde recht op dezelfde wijze toepassen als zijn buitenlandse ambtsgenoot. Dit geldt voor zowel de rechter in eerste aanleg als in appel,⁷⁹ met dien verstande dat hij daarbij ook de hulp van partijen en derden kan inschakelen.⁸⁰ Als de inhoud van het vreemde recht onverhoopt niet binnen een redelijke termijn kan worden vastgesteld, moet de *lex fori* worden toegepast, tenzij de rechtsfiguur die onderwerp is van debat niet voorkomt in het forale recht of de *lex fori* tot uiterst onbevredigende uitkomsten leidt, in welk geval bijvoorbeeld een beroep kan worden gedaan op een aanverwant rechtstelsel.⁸¹ In het licht van het voorgaande kan derhalve worden gesteld dat het vreemde recht in een gerechtelijke procedure wordt behandeld op een wijze die het midden houdt tussen feit en recht. Dat geldt te meer nu in cassatie niet kan worden geklaagd over de onjuiste toepassing van het vreemde recht. In cassatie kan de wijze waarop het vreemde recht eerder is uitgelegd en toegepast namelijk enkel worden aangevallen met motiveringsklachten, mits die motiveringsklachten kunnen worden beoordeeld zonder daarbij het oordeel van de lagere rechter omtrent de inhoud en uitleg van het vreemde recht te betrekken.⁸² Aldus hebben partijen in feite niet langer een volwaardige derde instantie als er vreemd recht van toepassing is. Waar in eerste aanleg en appel vreemd recht formeel net zo wordt behandeld als Nederlands recht is dat in cassatie derhalve niet het geval. Dat valt evenwel lastig te rijmen met de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan artikel 10:2 BW en het doel van het conflictenrecht. Bovendien kleven er een aantal bezwaren aan voornoemde marginale toetsingsmogelijkheid en de ongelijke behandeling van het vreemde en het Nederlandse recht in cassatie. Ik pleit dan ook voor een conformiteitscontrole, waarbij de Hoge Raad kan controleren of de uitspraak van de lagere rechter in lijn is met de wetsuitleg en wetstoepassing in het thuisland van het betrokken vreemde recht.⁸³ Daarnaast meen ik dat in cassatie moet kunnen worden geklaagd dat de lagere rechter (evident) heeft verzuimd ter zake van zijn plicht om de rechtsgronden van buitenlands recht ambtshalve aan te vullen.⁸⁴

Daar waar de overheidsrechter gebonden is aan het Nederlandse conflictenrecht, geldt dat bij wijze van uitgangspunt niet voor de arbiter. In arbitrale procedures verliest het conflictenrecht in beginsel namelijk zijn verplichtende c.q. dwingende karakter wanneer arbiters het toepasselijke recht ten aanzien van het materiële geschil moeten vaststellen. De arbiters zijn dan immers niet verplicht om het Nederlandse conflictenrecht toe te passen. Sterker nog, arbiters mogen ingevolge artikel 1054 lid 2 Rv in beginsel los van elk conflictenrecht rechtstreeks het toepasselijke recht bepalen.⁸⁵ Hebben partijen een rechtskeuze gemaakt, dan zijn arbiters daaraan ingevolge voornoemd artikel in beginsel gebonden.⁸⁶

⁷⁶ Zie paragraaf 4.4.

⁷⁷ Zie paragraaf 4.4.3, paragraaf 4.5 en voetnoot 167 bij hoofdstuk 5.

⁷⁸ Zie paragraaf 4.5, waar ik ben ingegaan op de vraag hoe verrassingsbeslissingen kunnen worden voorkomen, hoe het vreemde recht kan worden vastgesteld en hoe een rechter moet omgaan met de partijstandpunten over (de uitleg van) vreemd recht.

⁷⁹ Zie paragraaf 4.4.1 respectievelijk paragraaf 4.4.2.

⁸⁰ Zie paragraaf 4.5.

⁸¹ Zie paragraaf 4.6, waar ik ook heb uiteengezet hoe in kort geding moet worden omgegaan met vreemd recht.

⁸² Zie paragraaf 4.4.3.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ Zie paragraaf 5.4.3 en paragraaf 6.7.3.

⁸⁶ Zie paragraaf 5.4.3 en paragraaf 6.7.2, waar ik nader ben ingegaan op de rechtskeuze.

Ook kunnen partijen het scheidsgerecht opdragen om een bepaald conflictenrecht of een bepaalde conflictregel toe te passen.⁸⁷ Het voorgaande lijdt enkel dan uitzondering als de kwestie die aan arbiters is voorgelegd wordt bestreken door een conflictregel die voor de Nederlandse rechter processueel van openbare orde is. Op die conflictregels moet in arbitrage namelijk ook acht worden geslagen.⁸⁸ Dit los van het partijdebat en desnoods met een voorbijgaan aan de partijafspraken. Maar buiten dit geval zijn arbiters niet gebonden aan de regels van het conflictenrecht die gelden voor de Nederlandse rechter, zodat in arbitrage een (niet-statelijk) recht kan worden toegepast dat door de rechter niet zou (kunnen) zijn toegepast. Het kan voor de uitkomst van het geschil derhalve uitmaken of de zaak wordt voorgelegd aan de rechter of de arbiter.⁸⁹ Daar komt bij dat arbiters in tegenstelling tot de rechter in beginsel niet verplicht zijn om de inhoud en werking van het door partijen gekozen of anderszins aangewezen recht ambtshalve vast te stellen of de rechtsgronden aan te vullen,⁹⁰ al kunnen zij dat wel.⁹¹ Door te kiezen voor arbitrage worden partijen derhalve geconfronteerd met een conflictenrechtelijk regime dat bij de Nederlandse overheidsrechter op dit moment onbekend is. Dat is te billijken omdat de grondslag van arbitrage niet wordt gevonden in de wet maar in een arbitrageovereenkomst en aldus in de wil van partijen.⁹²

De hiervoor beschreven conflictenrechtelijke vrijheid geldt niet wanneer arbiters het recht moeten vaststellen dat van toepassing is op de objectieve arbitrabiliteit,⁹³ de subjectieve arbitrabiliteit,⁹⁴ de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst⁹⁵ en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst,⁹⁶ aangezien arbiters ten aanzien van deze kwesties hetzelfde recht moeten toepassen als de rechter zou aanwenden.⁹⁷ Wel kunnen partijen een rechtskeuze maken voor het materiële recht dat op de arbitrageovereenkomst van toepassing is, maar die keuze is niet doorslaggevend. De arbitrageovereenkomst is namelijk materieel afdwingbaar als zij bestaat en materieel geldig is naar (1) het recht dat partijen daarop van toepassing hebben verklaard, (2) het recht van de plaats van arbitrage of (3) het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst ziet, ongeacht of zij ongeldig is naar één van de andere genoemde rechtsstelsels.⁹⁸ Bij de beoordeling van de objectieve en de subjectieve arbitrabiliteit alsmede de formele en materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst zijn arbiters vervolgens verplicht om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.⁹⁹ Waar bij deze vraagstukken voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage bovendien met een behoorlijke mate van zekerheid kan worden ingeschat welk recht daarop zal worden toegepast, is dat niet het geval voor wat betreft het materiële geschil. Bij gebreke van een rechtskeuze kan het voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage namelijk mistig zijn welk recht zal worden toegepast en hoe het toepasselijke recht moet worden vastgesteld. Dat gaat ten koste

⁸⁷ Zie paragraaf 6.7.3.

⁸⁸ Zie paragraaf 6.7.4.

⁸⁹ Zie paragraaf 6.7.4.

⁹⁰ Dat is slechts anders als er recht van openbare orde in het geding is.

⁹¹ Zie paragraaf 6.5.3 en paragraaf 6.9.

⁹² Zie paragraaf 6.7.4 en paragraaf 6.9.

⁹³ Zie paragraaf 6.2, waar ik inzichtelijk heb gemaakt in welke vier situaties het leerstuk van de objectieve arbitrabiliteit een rol kan spelen en naar welk recht de arbitrabiliteit telkens moet worden beoordeeld.

⁹⁴ Zie paragraaf 6.3 voor het recht dat van toepassing is op de subjectieve arbitrabiliteit (oftewel de bekwaam- en bevoegdheid van partijen om de arbitrageovereenkomst aan te gaan).

⁹⁵ Zie paragraaf 6.5.3.1, waar ik heb uiteengezet welk recht van toepassing is op de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

⁹⁶ Zie paragraaf 6.5.3.2.

⁹⁷ Zie paragraaf 6.4.2.

⁹⁸ Zie paragraaf 6.5.3.2, waar ik heb uiteengezet welk recht van toepassing is op het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

⁹⁹ Zie paragraaf 6.4.2 en paragraaf 6.4.4.

gaat van de voorspelbaarheid, de doelmatigheid, de rechtszekerheid en het rechtvaardigheidsgehalte van arbitrale vonnissen.¹⁰⁰ Ik ben er daarom een voorstander van dat, behoudens wanneer partijen een andersluidende afspraak hebben gemaakt, wordt vastgelegd dat het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze moet worden bepaald met behulp van het nauwste verbondenheidscriterium (eventueel aangevuld met aantal aanknopingsfactoren). Het Nederlandse conflictenrecht kan dan worden toegepast indien voornoemd criterium geen soelaas biedt.¹⁰¹

Als partijen aan het conflictenrecht zijn verplichtende c.q. dwingende karakter kunnen ontnemen door te kiezen voor arbitrage, rijst de vraag waarom het conflictenrecht voor procedures bij de rechtbanken dan geen facultatief karakter zou kunnen hebben.¹⁰² Voor kwesties die niet ter vrije dispositie van partijen staan, is het antwoord eenvoudig. In die gevallen moet het recht, inclusief het conflictenrecht, immers onverkort en ongeacht de proceshouding (de wil) van partijen worden toegepast, zodat ten aanzien van die kwesties geen plaats is voor een facultatief conflictenrecht.¹⁰³ Voor kwesties die daarentegen wel ter vrije dispositie van partijen staan is een facultatief conflictenrecht wel mogelijk, met dien verstande dat de grenzen van een facultatief conflictenrecht worden bereikt als (i) alle aanknopingspunten naar één en dezelfde vreemde staat verwijzen, (ii) er (functionele) verwijzingsregels in het geding zijn die de zwakker geachte partij een zekere bescherming trachten te verschaffen of (iii) buitenlandse voorrangregels tot toepassing nopen.¹⁰⁴ Een facultatief conflictenrecht heeft als voordeel dat partijen – als de kwestie die hen verdeeld houdt tot hun vrije dispositie staat en geen van voornoemde uitzonderingen zicht voordoet – te allen tijde zelf in de hand hebben of vreemd recht wordt toegepast of niet, dus ongeacht of het conflictenrecht een (processuele) rechtskeuze voor het voorliggende geval toestaat. Doet geen der partijen namelijk een beroep op vreemd recht, dan kan de rechter in het geval van een facultatief conflictenrecht eenvoudigweg de *lex fori* toepassen.¹⁰⁵ Dat scheelt een hoop gedoe en procedures verlopen sneller.¹⁰⁶ Verder verkleint de toepassing van de *lex fori* de kans op ongelukken en kan tegen een verkeerde toepassing van de *lex fori* wel onverkort beroep in cassatie worden ingesteld.¹⁰⁷ De proceseconomie en de rechtsbedeling zijn derhalve gebaat bij een facultatief conflictenrecht,¹⁰⁸ zonder dat een facultatief conflictenrecht afbreuk hoeft te doen aan het uitgangspunt dat vreemd recht ook recht is.¹⁰⁹ Het facultatief conflictenrecht is wat dat betreft derhalve een interessante optie. Nadeel van een facultatief conflictenrecht is evenwel dat partijen kunnen worden geconfronteerd met de *lex fori* in gevallen waarin zij de conflictenrechtelijke aspecten van de voorliggende kwestie niet hebben onderkend waardoor zou kunnen worden betoogd dat het doel van het conflictenrecht wordt ondermijnd als het door ons conflictenrecht aangewezen recht niet wordt toegepast. Wat dat betreft past een ambtshalve conflictenrecht in theorie beter. Tegelijkertijd moet evenwel worden geconcludeerd dat het doel van het conflictenrecht vandaag de dag ook al wordt

¹⁰⁰ Zie paragraaf 6.7.3.

¹⁰¹ Zie paragraaf 6.7.3, paragraaf 6.7.5 en paragraaf 6.9.

¹⁰² Zie paragraaf 5.4.3, waar ook is uiteengezet dat arbitrage slechts mogelijk is ten aanzien van kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan.

¹⁰³ Zie paragraaf 5.4.3.

¹⁰⁴ Zie paragraaf 5.4.3 en paragraaf 5.4.4.

¹⁰⁵ Zie paragraaf 5.4 en paragraaf 5.4.5, waar ik heb uiteengezet wat de gevolgen zijn van een facultatief conflictenrecht voor een gerechtelijke procedure en waar bleek dat partijen bij een facultatief conflictenrecht te allen tijde de toepassing van het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht kunnen afdwingen door de vraag naar het toepasselijke recht te ontsluiten.

¹⁰⁶ Zie ook paragraaf 5.4.6.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ Zie paragraaf 5.4.8.

¹⁰⁹ Zie paragraaf 5.4.7.

ondermijnd – bijvoorbeeld wanneer een rechtskeuze wordt verondersteld zonder dat zeker is gesteld dat partijen het conflictenrechtelijke speelveld daadwerkelijk hebben onderkend¹¹⁰ – en dat een ambtshalve conflictenrecht vandaag de dag reeds onder druk staat ten faveure van een *lex fori* benadering.¹¹¹ Daar komt bij dat de processuele behandeling van het conflictenrecht bij de rechtbanken na de invoering van een facultatief conflictenrecht nauwer aansluit bij de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel en cassatie, waar het conflictenrecht reeds een verkapt facultatief karakter heeft. Als er geen conflictregel van openbare orde in het geding is, is het derhalve nog maar een kleine stap om het primaat aan de partijwil te geven, opdat partijen bij rechtbankprocedures ten aanzien van het conflictenrecht (net als voor de meeste andere privaatrechtelijke regels) merendeels zelf in de hand hebben of de eigenlijke toepasselijke conflictregel wordt toegepast of niet. Wil men evenwel niet tornen aan artikel 10:2 BW en de huidige methode waarin een ambtshalve behandeling van het conflictenrecht bij de rechtbanken voorop staat, dan pleit ik ervoor om de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel conform de door mij eerder verwoorde proeve van een alternatieve gedachte te stroomlijnen met de processuele behandeling van het conflictenrecht in eerste aanleg om te bewerkstelligen dat het conflictenrecht in de beide feitelijke instanties ambtshalve en aldus gelijk wordt behandeld. De huidige divergentie van methoden kan vanuit het conflictenrecht en zijn grondslagen namelijk niet worden verklaard.

¹¹⁰ Zie paragraaf 5.4.7 en paragraaf 5.4.8.

¹¹¹ Zie paragraaf 5.4.5.