

Litigation funding in faillissement

Tvl 2016/11

Procesfinanciering door professionele litigation funders is in Nederland aan een opmars bezig. Na een korte bespreking van de aard en herkomst van dit relatief nieuwe fenomeen, stelt dit artikel de vraag naar het potentiële nut van procesfinanciering voor de faillissementspraktijk centraal. Hiertoe wordt procesfinanciering vergeleken met de alternatieven, zoals financiering door het kantoor van de curator, of – bij voldoende actief – financiering door de boedel, en verkoop van de vordering. Ten slotte komen de voornaamste aandachtspunten bij het aangaan van een procesfinancieringsovereenkomst aan bod.

1. Inleiding

In Australië is het *market practice* dat een curator eerst een offerte van drie *litigation funders* aanvraagt voordat hij namens de boedel een procedure start om een betwiste vordering te innen.² In Engeland en Amerika is *litigation funding* ook gemeengoed. In Nederland is het nog lang niet zover, maar ook in Nederland is procesfinanciering aan een opmars bezig, zowel in de praktijk als in de rechts- en rechts-economische wetenschap.³ In dit artikel bespreek ik wat *litigation funding* is en wat het nut van *litigation funding* voor de curator en de faillissementspraktijk kan zijn.

2. Wat is litigation funding?

Procesfinanciering is in de letterlijke betekenis een nogal non-descripte term. Een juridische procedure wordt immers altijd gefinancierd door iemand. Behalve de procespartij zelf, kunnen dat een rechtsbijstandsverzekeraar, de overheid, een bancaire financier of een gelegenheidsfinancier zijn, bijvoorbeeld een vermogende vriend of zakenpartner. In faillissement zijn soms de schuldeisers bereid om een kansrijke procedure van de boedel te financieren en niet zelden treedt het kantoor van de curator op als financier van een procedure van de boedel door genoeg te nemen met, in het beste geval, uitgestelde betaling van de bestede uren. Al deze partijen doen in de meest ruime zin aan procesfinanciering.

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R. Philips, 'Litigation funding in faillissement', Tvl 2016/11. Rein Philips is mede-oprichter en bestuurder van Redbreast Associates N.V., een Nederlandse litigation funder.
2 Deze informatie heb ik verkregen uit gesprekken met Australische insolventie-advocaten in het kader van de Global Practitioners Course van INSOL International.
3 W.H. van Boom en J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2015/5; W.H. van Boom, *Third-Party Financing in International Investment Arbitration*, Rotterdam 2011; en M. Tuil & L. Visscher (red.), *New Trends In Financing Civil Litigation In Europe – A Legal, Empirical, and Economic Analysis*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar 2010. Zie ook I. Tillema die naar verwachting in medio 2016 een dissertatie afrondt met een zeer actuele onderwerp, *Third Party Funding of Mass Litigation and its Influence on the Conduct of Mass Litigation*, NARCIS OND1351154.

Met procesfinanciering of *litigation funding* wordt echter de laatste jaren, en zo ook in dit artikel, steeds vaker bedoeld op procesfinanciering door een gespecialiseerd investeringsfonds, een procesfinancier of *litigation funder*.⁴ Deze procesfinancier betaalt de kosten van – meestal – de eiser in het geding voor het voeren van de procedure, waaronder de advocaatkosten, in ruil voor een aandeel van de opbrengst. Dit lijkt qua resultaat op de welbekende Amerikaanse praktijk waar sommige advocatenkantoren werken op basis van een 100% resultaatsafhankelijke beloning. Het verschil is dat het bij procesfinanciering een derde partij is die de financiële lasten op zich neemt en het risico draagt dat deze niet uit de opbrengst kunnen worden voldaan.⁵ De advocaat wordt gewoon per uur betaald zodat er geen sprake is van strijd met de in Nederland en veel andere jurisdicties geldende *non quota pars litis* regel en het verbod op het werken op *no cure no pay*-basis voor advocaten.

Het aandeel in de opbrengst dat een procesfinancier in ruil voor de financiering van de procedure bedingt ligt in de regel tussen de 20 en 40%, na aftrek van de kosten, maar het percentage kan hoger of lager liggen afhankelijk van de omvang, de risico's en de geschatte kosten van inning van de vordering.⁶

Hoewel sommige procesfinanciers ook vorderingen opkopen, zou ik dat geen procesfinanciering willen noemen. Het laten financieren van een procedure door een derde is voor de curator een alternatief voor het verkopen en juridisch overdragen van een vordering.⁷ Ik kom later nog terug op dit onderscheid en de voor- en nadelen van de besproken mogelijkheden.

3. Juridisch kader in internationaal perspectief

In de meeste *code civil* landen, waaronder Nederland, lijken er geen juridische beletselen aan procesfinanciering in de

4 Zie hierover relevante buitenlandse literatuur, o.a.: N. Rowles-Davies, J. Cousins, *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press 2014
C. Veljanovski, 'Third Party Litigation Funding in Europe', *Journal of Law, Economics and Policy* 2012, p. 405 e.v.; C. Hodges, J. Peysner & A. Nurse, *Litigation funding: status and issues* (Oxford legal studies research paper no. 55), 2012.
5 In de V.S. financieren *litigation funders* niet alleen individuele procespartijen maar ook advocatenkantoren die werken op basis van een resultaatsafhankelijke beloning (*contingency fees*). De financiering wordt dan verstrekt op basis van een portfolio van zaken die zijn aangenomen op basis van *contingency fees*.
6 The Lawyer Research Service, *Burford: UK litigation and arbitration funding barometer*, Issue 1, December 2015, te vinden op: <http://research.thelawyer.com/reports/burford-uk-litigation-and-arbitration-funding-barometer><http://research.thelawyer.com/reports/burford-uk-litigation-and-arbitration-funding-barometer>. Zie voor Nederland: Liesker Legal die naar eigen zeggen een vergoeding rekenen van (gemiddeld) 30%, zie <http://liesker-procesfinanciering.nl/> en Redbreast Associates die een vergoeding zeggen te rekenen van 20-40%, zie www.redbreast.com.
7 Dit laat onverlet dat procesfinanciering kan worden gestructureerd als een verkoop van een recht op een aandeel in de opbrengst van een vordering.

weg te staan.⁸ Echter, procesfinanciering komt in die landen nog relatief weinig voor, waardoor een debat over de legitimiteit en wenselijkheid ervan nog nauwelijks heeft plaatsgevonden. Duitsland vormt daarop enigszins een uitzondering.⁹

Procesfinanciering is ontstaan en verreweg het meest ontwikkeld in *common law* landen, in het bijzonder Australië. Om die reden is het nuttig enige aandacht te besteden aan de rechtspraak en literatuur uit die landen. De ontwikkeling in *common law* landen is met name ook interessant omdat het financieel steunen van een procespartij in ruil voor een aandeel in de opbrengst daarvan oudsher juist streng verboden was.

1.1 *Champerty en maintenance*

De opkomst van procesfinanciering in *common law* jurisdicties kan niet worden begrepen zonder eerst kort de *common law* doctrines te bespreken die procesfinanciering in die landen tot voor kort onmogelijk maakten: *maintenance* en *champerty*. *Maintenance* wordt als volgt gedefinieerd:

“The giving of assistance or encouragement to one of the parties to litigation by a person who has neither an interest in the litigation nor any other motive recognised by the law as justifying his interference.”¹⁰

Champerty is een species van *maintenance* waarbij een procespartij wordt gesteund door een derde in ruil voor een aandeel in de opbrengst, dat wil zeggen met een winstoogmerk.¹¹

De doctrines van *maintenance* en *champerty* bestonden al langer maar werden actueel en verder aangescherpt aan het einde de Middeleeuwen.¹² Landheren, die geen belasting meer mochten heffen en op wie geen beroep meer werd gedaan voor het uitvechten van particuliere oorlogen, zochten een ander emploi:¹³

“Nobles formed “armed retinue with which they could ‘impress the judges’” or could “seize on disputed lands, and so frighten away a better claimant; [...] Similarly, feudal lords initiated and underwrote suits against their enemies as a form of “private war” to financially weaken their opponent. Often the plaintiff sued for title to a disputed parcel of land. When the suit was succesful, the sponsoring feudal lord would demand a share of the property as repayment for his support.”

Deze “nobles” deinsden er ook niet voor terug getuigen en andere relevante betrokkenen bij de rechtszaak om te kopen.¹⁴ Om deze praktijken de kop in te drukken werden de sancties op *maintenance* en *champerty* verzwaaard.¹⁵

1.2 *Ontstaan in faillissement*

Litigation funding zoals wij het vandaag kennen, is in Australië in de jaren '90 van de vorige eeuw ontstaan in de faillissementspraktijk en van daaruit overgewaaid naar andere *common law* jurisdicties.

De eerder beschreven praktijken die de leerstukken van *maintenance* en *champerty* aan het eind van de Middeleeuwen zo actueel maakten, bestaan inmiddels niet meer.¹⁶ Aan het eind van de vorige eeuw begonnen Australische rechters in te zien dat procesfinanciering een positieve rol kon spelen door een economisch minder sterke partij in staat te stellen om een terechte claim voor de rechter brengen. In de zaak *Gulf Azov Shipping Co Limited v Idisi* overwoog de rechter:¹⁷

“Public policy now recognises that it is desirable in order to facilitate access to justice, that third parties should provide assistance designed to ensure that those who are involved in litigation have the benefit of legal representation.”

In eerste instantie hebben Australische rechters alleen in faillissement een uitzondering aangenomen op het verbod op *maintenance* en *champerty*. Het wettelijke recht van de curator om het vermogen van de debiteur te verkopen, zou ook het recht omvatten om een deel van de opbrengst van een rechtszaak te verkopen in ruil voor procesfinanciering.¹⁸

8 De Morpurgo, M., *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, 2011, p. 399, zie specifiek voor Nederland: W.H. Boom en J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *RM THEMIS*, 2015-5.

9 De Morpurgo, M., *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, 2011, p. 401; P. Bert, *Third-Party Litigation Funding: Movements in the German Marketplace*, *Peter Bert's Blog about Litigation, Arbitration and Mediation in Germany*, te vinden op: <http://www.disputeresolutiongermany.com/2011/12/third-party-litigation-funding-movements-in-the-german-marketplace/>.

10 Halsbury's Laws (4th ed.), cited from Bowman, C. (IMF), *Litigation Funding – An International perspective*, September 2009, at <https://www.imf.com/au/docs/default-source/site-documents/litigationfundinganinternational-perspective>. Zie ook: *Elfic Ltd & Ors v Macks & Ors* [2001] QCA 219, at para. 62-64.

11 *Ibid.*, zie ook: N. Rowles-Davies, J. Cousins, *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press 2014 en De Morpurgo, M., *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, 2011, p. 389 at <http://ssm.com/abstract=2167802>.

12 De exacte oorsprong is enigszins obscuur, zie: G.R. Barker, 'Third-Party Litigation Funding in Australia and Europe', *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol. 8:3, 2012, p. 459-460 met verdere verwijzingen naar A.H. Dennis, *The Law of Maintenance and Champerty*, 6 Law Q. Rev. 169 (1890) en P.H. Winfield *The History of Maintenance and Champerty* 35 Law Q. Rev. 50 (1919).

13 *Ibid.*

14 Lord Mustill in *Giles v Thompson* [1994] 1 AC 142. Zie ook: De Morpurgo, M., *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, 2011, p. 389 at <http://ssm.com/abstract=2167802>.

15 G.R. Barker, 'Third-Party Litigation Funding in Australia and Europe', *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol. 8:3, 2012, p. 459-460.

16 *Giles v Thompson* [1994] 1 AC 142, Siegfried Adalbert Unruh v Hans – Joerg Seeberger [2007] HKEC 268 en *Gulf Azov Shipping Co Limited v Idisi* [2004] EWCA CW 292.

17 *Gulf Azov Shipping Co Limited v Idisi* [2004] EWCA CW 292.

18 L. Aitken, 'Litigation Lending' after *Fostif: An Advance in Consumer Protection*, or a Licence to 'Bottomfeeders?', *Sydney Law Review* VOL 28:171, 2006, at http://sydney.edu.au/law/slr/slr28_1/Aitken.pdf, with further references to *Domson Pty Ltd v Zhu* [2005] NSWSC 1070 at para 57 (White J) citing *Cotterill v Bank of Singapore Australia Ltd* (1995) 37 NSWLR 238; *Movitor Pty Ltd (in liq) v Sims* (1996) 64 FCR 380; *Re Tosich Construction Pty Ltd* (1997) 73 FCR 219; *Re William Felton & Co Pty Ltd* (1998) 145 FLR 211.

Aanvankelijk was het nog de vraag of de curator ook procesfinancieringsafspraken mocht maken ten aanzien van vorderingen die niet van de debiteur waren maar die de wet specifiek aan de curator toekende, zoals de pauliana in faillissement (*fraudulent conveyance*). Strikt genomen maken dergelijke vorderingen geen deel uit van het vermogen van de debiteur omdat de wet ze alleen toekent aan de curator in faillissement. Australische rechtbanken hebben dit echter opgelost door te oordelen dat die vorderingen misschien niet kwalificeren als vermogen van de debiteur, maar dat de opbrengsten van die vorderingen wel toekomen aan de failliete debiteur. Het was de curator daarom ook toegestaan om een deel van de opbrengst van dit soort faillissementsvorderingen te verkopen in ruil voor procesfinanciering.¹⁹

1.3 Procesfinanciering ook buiten faillissement

In 2006, meer dan tien jaar nadat procesfinanciering voor het eerst legitiem werd geoordeeld in faillissementen, verwierp de High Court of Australia in de *Fostif*-zaak de weren die waren gebaseerd op *maintenance* en *champerty* in een massaschade zaak die werd gefinancierd door een *litigation funder*.²⁰ Sindsdien staat vast dat procesfinanciering in Australië is toegestaan voor alle soorten claims.

In zijn algemeenheid geldt dat, in navolging van Australië, in de meeste *common law* jurisdicties de doctrines van *maintenance* en *champerty* in meer of mindere mate plaats hebben gemaakt voor het inzicht dat procesfinanciering een legitieme transactie is die maatschappelijk een nuttige functie kan vervullen.²¹ Lord Jackson (Engeland) concludeerde in zijn in opdracht van de regering uitgevoerde *Review of Civil Litigation Costs*:²²

"I remain of the view that, in principle, third party funding is beneficial and should be supported, essentially for five reasons:

- (i) Third party funding provides an additional means of funding litigation and, for some parties, the only means of funding litigation. Thus third party funding promotes access to justice
- (ii) Although a successful claimant with third party funding foregoes a percentage of his damages, it is better for him to recover a substantial part of his damages than to recover nothing at all.
- (iii) [punten (iii) en (iv) hebben betrekking op specifieke risico's van reële kostenveroordelingen in Engeland

en zijn in de Nederlandse context niet relevant, toelichting auteur]

(iv) [...]

(v) Third party funding tends to filter out unmeritorious cases, because funders will not take on the risk of such cases. This benefits opposing parties."

1.4 Zeggenschap: grote verschillen tussen jurisdicties

De voorwaarden waaronder *litigation funding* in common law jurisdicties is toegestaan verschilt nog sterk per land. In Hong Kong zijn rechters nog het meest terughoudend en is in lagere rechtspraak *litigation funding* alleen nog toegestaan in faillissementen.²³

In andere *common law* landen, waaronder Engeland en Amerika, staan de leerstukken *maintenance* en *champerty* procesfinanciering niet meer in de weg, maar beperken deze leerstukken nog wel de mate van zeggenschap die de financier over de wijze van geldend making van de vordering mag bedingen. Er bestaat tussen de jurisdicties een significant verschil in de mate van zeggenschap die de procesfinancier mag bedingen. In de V.S. en Engeland wordt een te grote mate van zeggenschap van de financier gezien als onwenselijk en onwettig.²⁴ De advocaatkeuze, de beslissing om te schikken en de beslissing om in hoger beroep te gaan dienen principieel bij de procespartij te blijven.²⁵

In Australië hangt het daarentegen sterk af van de omstandigheden van het geval. De High Court van Australië achtte het in *Fostif*, een massaschade zaak, toelaatbaar dat de financier de advocaten instrueerde en zelfstandig kon beslissen om te schikken.²⁶ *Elfic Ltd & Ors v Macks & Ors*²⁷ betrof een curator (*administrator*) die een procesfinancieringsovereenkomst was aangegaan voor een procedure over een specifiek door wet aan hem toegekende vordering.²⁸ De curator had onder meer voorafgaande toestemming van de procesfinancier nodig om te schikken en voordat hij in hoger beroep kon gaan tegen een eindvonnis. De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat dit toelaatbaar was omdat er overigens voldoende waarborgen waren die ervoor zorgden dat het primaat van controle nog bij de curator lag. Het volgen-

19 Movitor Pty Ltd v Sims [1996] 14 ACLC 507.

20 Campbells Cash and Carry v Fostif [2006] HCA 41.

21 In de Verenigde Staten is procesfinanciering toegestaan en, met uitzondering van de U.S. Chamber of Commerce, is de publieke opinie en wetenschap over het algemeen positief over het fenomeen mits omkleed met de juiste waarborgen, zie voor uitgebreid onderzoek en analyse: RAND Institute for Civil Justice, Geoffrey McGovern, Neil Rickman, Joseph W. Doherty, Fred Kipperman, Jamie Morikawa, Kate Giglio, *Third-Party Litigation Funding and Claim Transfer Trends and Implications for the Civil Justice System 2010*, te vinden op http://www.rand.org/pubs/conf_proceedings/CF272.html.

22 Lord Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report* (London, 2009), p. 117. Zie voor rechtspraak bijvoorbeeld: Gulf Azov Shipping Co Limited v Idisi [2004] EWCA CW 292.

23 Po Yuen (To's) Machine Factory Limited [2012] HKCU 816; Cyberworks Audio Video Technology Limited [2010] HKCU 974; en Berman v SPF CDO I Ltd [2011] HKCU 522.

24 Wegens strijd met wat resteert van de *maintenance* en *champerty* doctrines of een goede procesorde.

25 Zie voor de V.S. o.a.: RAND Institute for Civil Justice, *Third-Party Litigation Funding and Claim Transfer Trends and Implications for the Civil Justice System 2010*, te vinden op http://www.rand.org/pubs/conf_proceedings/CF272.html; M. Steinitz en A. Field, 'A Model Litigation Finance Contract', 99 Iowa L. Rev. 711 (2014), University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 13-32. Te vinden op: <http://ssrn.com/abstract=2320030>; voor Engeland zie: de Code of Conduct for Litigation Funders, January 2014 opgesteld door The Association of Litigation Funders of England & Wales, te vinden op: <http://associationoflitigationfunders.com/documents/>.

26 Campbells Cash and Carry v Fostif [2006] HCA 41, zie ook: 'Third-Party Litigation Funding in Australia and Europe', *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol. 8:3, 2012, p. 487-489.

27 *Elfic Ltd & Ors v Macks & Ors* [2001] QCA 219, 6 juni 2001.

28 Vgl. art. 42 Fw en 2:138/2:248 BW.

de citaat geeft de essentie van de afweging van de recht-bank goed weer:

“105. The cause of action was not sold to [the funder] and [the liquidator] remains responsible under the Law for its conduct. The role of liquidator carries onerous legal responsibilities and is one which must be exercised by the liquidator personally and independently; it must be unfettered and is largely non-delegable but for the exceptions under the Law [...]

106. On the other hand, in funding such expensive and complex litigation it is not unreasonable that [the funder] would want some input into its conduct [...] Loss of some control does not necessarily make the transaction an abuse of process: see *Re Movitor*.”²⁹

In Duitsland, waar procesfinanciering meer voorkomt dan in de rest van continentaal Europa en, net als in Nederland, niet gereguleerd is, bedingt de procesfinancier doorgaans significante zeggenschap. Zo kan in de regel niet worden geschikt zonder instemming van de procesfinancier.³⁰ Bij mijn weten is er in Duitsland nog geen rechtspraak over de mate waarin zeggenschap over de procedure kan worden toegekend aan de procesfinancier. In de literatuur bestaat hierover wel enige discussie.³¹

1.5 Cliënt-advocaat relatie

Eén van de voornaamste punten van zorg als het over procesfinanciering gaat, en die ten dele samenhangt met de zeggenschapsdiscussie, is het risico van een belangenconflict in de drie-partijen verhouding tussen cliënt, advocaat en financier.³² Wiens instructies moet de advocaat volgen als de belangen tussen de financier en procespartij divergeren en er een verschil van inzicht over de strategie bestaat? Hoewel dit zeker een belangrijk aandachtspunt is,³³ bestaan dergelijke drie-partijen verhoudingen al sinds jaar en dag in de verzekeringspraktijk en leveren geen noemenswaardige problemen op. In de Australische rechtspraak is dit ook uitdrukkelijk overwogen. The New South Wales Court of Appeal overwoog in *Project 28 Pty Ltd v Barr*:

“Generally, the law assumes that a lawyer-client relationship exists between the solicitor appointed by the insurer and the insured, but not necessarily to the exclusion of a similar relationship with the insurer. Both the insurers and the solicitors they appoint owe a duty to the insured to conduct the proceedings with due regard to

the latter’s interests, and an action in damages will lie for breach of that duty

[...]

The insurance context provides a useful example of how the law copes adequately with a situation where control over litigation is given to a person who is not a party to the litigation itself.”³⁴

De Nederlandse gedragsregels voor advocaten (“Gedragsregels 1992”) bevatten voor belangenconflicten van de advocaat een genuanceerde regeling.³⁵ Uit de toelichting hierop blijkt dat men daarbij onder meer oog had op de verzekeringspraktijk.³⁶ In essentie komt de regeling erop neer dat de advocaat in staat wordt geacht een belangenconflict te signaleren als het zich voordoet. Blijkt dit conflict onoverbrugbaar dan dient hij zich in beginsel terug te trekken voor beide partijen wiens belangen hij behartigde, tenzij uitdrukkelijk anders vooraf is overeengekomen. Gelet op de parallellen met de verzekeringspraktijk lijkt mij dat hier voor de procesfinancieringspraktijk goed bij kan worden aangeknoopt.

4. Procesfinanciering in relatie tot de andere financieringsopties in faillissement

Voor een genuanceerd beeld van het mogelijke nut van procesfinanciering voor de Nederlandse faillissementspraktijk is het zinvol om procesfinanciering af te zetten tegen de meest voor de hand liggende alternatieven om een procedure van de boedel te financieren.

1.6 De opties van de curator schematisch weergegeven

De meest voor de hand liggende manieren om een procedure van de boedel te financieren zijn:

- a. het kantoor van de curator financiert de procedure;
- b. de boedel financiert de procedure;
- c. één of meer schuldeisers financieren de procedure;
- d. de staat financiert de procedure door middel van de Garantstellingsregeling voor curatoren 2012;
- e. de curator verkoopt de vordering; of
- f. procesfinanciering.

Niet ieder type vordering kan te gelde worden gemaakt op al deze wijzen. Omwille van het overzicht zijn de opties per type vordering hierna schematisch weergegeven.

²⁹ *Ibid.*, para. 105-106.

³⁰ A. Bruns, “Third-Party Financing in the Perspective of German Law – Useful Instrument for Improvement of the Civil Justice System or Speculative Immoral Investment?”, *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol. 8:3, 2012, p. 533.

³¹ De Morpurgo, M., *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, 2011, p. 402-405, met verdere verwijzingen.

³² *Ibid.*, and RAND Institute for Civil Justice, *Third-Party Litigation Funding and Claim Transfer Trends and Implications for the Civil Justice System* 2010, at http://www.rand.org/pubs/conf_proceedings/CF272.html.

³³ Zie hoofdstuk 6.

³⁴ *Project 28 Pty Ltd (Formerly Narui Gold Coast Pty Ltd) v Barr* [2005] NSWCA 240, para. 70.

³⁵ Artikel 7 van de Gedragsregels. “De advocaat die de belangen van twee of meer partijen behartigt, is in het algemeen verplicht zich geheel uit de zaak terug te trekken zodra een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict ontstaat”.

³⁶ Zie de toelichting op art. 7 lid 2 Gedragsregels 1992.

	Faillissementspau- liana en art. 1:138 en 2:248 BW- vordering	Peeters/ Gatzen- vordering	Overige vor- deringen
Boedel financiert	X	X	X
Kantoor curator financiert	X	X	X
Schuldeiser financiert	X	X	X
Garantstel- lingsrege- ling	X		
Verkoop			X
Procesfi- nanciering	X	X	X

Hierna worden de verschillende besproken opties afgezet tegen de mogelijkheid van procesfinanciering.

1.7 *Kantoor van de curator treedt op als financier*

Het zou mij niet verbazen als de advocatenkantoren van curatoren op dit moment de grootste procesfinancier van lege boedels zijn. Ik ken geen curator wiens kantoor niet zo nu en dan het risico draagt van een procedure van de (lege) boedel. Het kantoor draagt dan het volledige proceskostenrisico zonder dat daar in de regel, in geval van succes, een risicovergoeding tegenover staat.

Vanuit het perspectief van de curator en zijn kantoor is het voordeel van procesfinanciering ten opzichte van kantoortfinanciering evident. De professionele procesfinancier neemt het proceskostenrisico over en het kantoor van de curator krijgt alle gemaakte uren op reguliere wijze vergoed, ongeacht de uitkomst van de procedure.

Vanuit het oogpunt van de boedel ligt dit anders. Een procesfinancier³⁷ zal niet bereid zijn het risico van verlies *pro deo* te dragen, zoals het kantoor van de curator in feite wel doet. De procesfinancier zal in ruil voor het overname van het risico een zakelijke risicovergoeding bedingen in de vorm van een deel van de eventuele opbrengst van de procedure. Het feit dat van curatoren thans in zekere mate wordt verwacht dat hun kantoren het proceskostenrisico kosteloos op zich nemen, zou men als een voordeel van de boedel kunnen beschouwen, maar een zakelijk of verdiend voordeel is dit niet.

Er zit ook keerzijde aan de financiering van procedures van de lege boedel door het advocatenkantoor van de curator, juist omdat het enigszins een vrijwilligerskarakter heeft. Zeker in tijden dat er geen gebrek is aan betaalde zaken, is het niet onbegrijpelijk dat die zaken voorrang krijgen boven de zaak van de lege boedel. Het risico is dat de gerechtvaardigde zaak van de lege boedel dan niet de aandacht krijgt die hij verdient en de afwikkeling van het faillissement versloft. Dat risico wordt weggenomen als de kosten worden gedragen door een professionele financier die kwaliteit en voortgang pro-actief bewaakt.

Er zijn ook zaken die te groot of te kostbaar zijn om in aanmerking te komen voor financiering door het kantoor van de curator. Denk bijvoorbeeld aan zaken die de halve kantoorcapaciteit zouden opslokken, of zaken die vergen dat diverse externen worden ingeschakeld zoals buitenlandse advocaten en/of deskundigen zodat niet alleen de uren onbetaald blijven maar ook aanzienlijke uitgaven moeten worden gedaan.

Een nadeel van procesfinanciering zowel bij een lege als bij een volle boedel kan erin gelegen zijn dat de procesfinancier doorgaans meer of minder zeggenschap over de procedure zal bedingen. Gaandeweg kunnen er conflicten ontstaan als de afspraken over zeggenschap onduidelijk zijn of de verwachtingen over het (gewenste) resultaat uiteenlopen. Mede hierom is het belangrijk hier bij het aangaan van de procesfinancieringsovereenkomst voldoende aandacht aan te besteden (zie hierover ook paragraaf 3.4, 3.5 en verder hoofdstuk 6).

1.7.1 *Procesfinanciering door het kantoor van de curator aanleiding tot herziening no cure no pay-verbod?*

Een interessante vraag, die eerder is gesteld door Van der Zwan,³⁸ is hoe de praktijk van procesfinanciering door het kantoor van de curator zich verhoudt tot het *no cure no pay*-verbod.³⁹ De vergoeding die de advocaat van de curator in die gevallen ontvangt is immers allerminst kostendekkend en de opbrengst volledig afhankelijk van het resultaat. Zelfs als het kantoor van de curator formeel wel salaris in rekening brengt bij de boedel (vanuit btw-oogpunt nadelig), stemt het kantoor ermee in dat de rekening alleen wordt betaald als de procedure een opbrengst tot gevolg heeft. Dat is precies wat het *no cure no pay*-verbod beoogt te voorkomen.

Als dit juist is, is dat wat mij betreft een additionele aanleiding om Gedragsregel 25 lid 2 en art. 7.7 lid 1 sub a van

37 Waaronder ik niet versta de overheid die onder de Garantstellingsregeling feitelijk als procesfinancier optreedt tegen voorwaarden die een marktpartij niet kan evenaren.

38 S.M. van der Zwan, 'Maclou in toga', *Tvl* 2014/18.

39 2014/18 Art. 25 lid 2 Gedragsregels 1992 en art. 7.7 lid 1 sub a van de Verordening op de advocatuur.

de Verordening op de advocatuur te herzien.⁴⁰ Het is maatschappelijk onwenselijk om het *no cure no pay*-verbod te handhaven in situaties waarin curatoren of hun kantoren de proceskostenrisico's min of meer *pro bono* dragen.

Als advocatenkantoren van curatoren wel procesrisico's van de boedel mogen overnemen, dan valt niet in te zien waarom andere kantoren dat niet zouden mogen doen.⁴¹ Een andere vraag is natuurlijk of zij dat zouden willen. Als het kantoor van de curator, of welk ander kantoor dan ook, bereid is het proceskostenrisico van de boedel te dragen, dan behoort daar ook een zakelijke risicovergoeding tegenover te staan.⁴² Dat is onder huidige regelgeving echter moeilijk een plaats te geven.

Ontwikkelde markten suggereren immers dat een zakelijke vergoeding voor het overnemen van het proceskostenrisico een *quota pars litis*-vergoeding is.⁴³ Ik zou mede hierom een voorstander van een herbezinning op het *quota pars litis*-verbod zijn, maar het voert te ver daar hier dieper op in te gaan.⁴⁴

1.8 Procederen op kosten van de boedel

Als een curator een sterke zaak heeft en voldoende geld in de boedel om te procederen, ligt het in eerste instantie minder voor de hand zich te wenden tot een procesfinancier.

Het overdragen van het proceskostenrisico in ruil voor een deel van de opbrengst kan om twee redenen vanuit oogpunt van de boedel toch doelmatig zijn. De eerste is: risicobeheersing. Er is een kans dat er geen opbrengst komt omdat de boedel de procedure verliest of er geen verhaal blijkt te zijn. De volledige proceskosten zijn (ook) in dat geval voor de procesfinancier, het boedelactief blijft onaangetaast. Procesfinanciering kan uit oogpunt van risicobeheersing met name opportuun zijn als de proceskosten naar verwachting

hoog zijn of de uitkomst van de procedure moeilijk is in te schatten, bijvoorbeeld omdat de casus complex is of in het buitenland moet worden geprocedeerd.

In de tweede plaats maakt procesfinanciering het mogelijk om het bedrag dat anders zou moeten worden gereserveerd voor de proceskosten alvast uit te keren. Als naar verwachting jarenlang moet worden geprocedeerd en daarvoor een substantieel deel van het boedelactief moet worden gereserveerd, dan kan dit een serieuze afweging zijn.

Een procesfinancier kan ook het risico op een kostenveroordeling bij afwijzing van de vordering afdekken. In Australië, waar een reële proceskostenveroordeling de norm is en de curator bovendien persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld als de proceskostenveroordeling onvoldaan blijft, is dit een wezenlijk punt.⁴⁵ In Nederland zijn proceskostenveroordelingen voor curatoren in beginsel een minder grote zorg nu deze volgens de hoofdregel beperkt zijn,⁴⁶ kwalificeren als concurrente boedelvorderingen⁴⁷ en de lat voor eventuele privé-aansprakelijkheid in geval van een negatieve boedel hoog ligt.⁴⁸

1.9 Verkoop

Het grote voordeel van verkoop en overdracht van de vordering is dat de boedel ervan af is en de opbrengst meteen wordt ontvangen, hetgeen een voortvarende afwikkeling van het faillissement ten goede komt.

In de praktijk gaat dit echter alleen helemaal op als de vordering onbetwist is. Als de vordering betwist is, zal de koper doorgaans bedingen dat de curator beschikbaar blijft en waar nodig zijn medewerking verleent aan de vaststelling en het te gelde maken van de vordering. De curator beschikt immers over de administratie van de failliet en heeft dankzij zijn positie meestal makkelijker toegang tot de relevante betrokkenen, zoals de bestuurders of voormalige medewerkers van de failliete onderneming. Zijn medewerking en voortdurende inzet zal daarom vaak essentieel zijn om de waarde van de vordering te realiseren. Een dergelijke verplichting van de curator om mee te werken zolang de procedure loopt, staat daardoor aan de afwikkeling van het faillissement na verkoop en overdracht in de weg. In dat geval is de winst voor de boedel ten opzichte van procesfinanciering, althans in termen van een voortvarende afwikkeling, beperkt.

40 De Commissie Advocatuur onder voorzitterschap van Prof. Mr. P.C.E. van Wijmen al in 2006 in opdracht van de toenmalige Minister van Justitie het rapport 'Een maatschappelijke Orde' uitgebracht met daarin de aanbeveling meegaf om in navolging van Engeland een proef te starten met *no cure no pay*. Nadat de Tweede Kamer in 2013 (zeven jaar later!) de motie Van der Steur - Recourt aannam, is uiteindelijk per 1 januari 2014 een experiment gestart met *no cure no pay*, dat echter beperkt is tot letselschade en overlijdensschade. Gedragsregel 25 lid 2 luidt: "Het staat de advocaat niet vrij overeen te komen, dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht." De relevante bepaling in de Verordening luidt hetzelfde met dien verstande dat 'salaris' is vervangen door 'honorarium'.

41 In dezelfde zin S.M. van der Zwan, 'Maclou in toga', *Tvl* 2014/18.

42 Vgl. S.M. van der Zwan, 'Maclou in toga', *Tvl* 2014/18 en J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel', *FIP* 2011/3.

43 Zie de V.S.: het is algemeen bekend dat de vergoeding van Amerikaanse advocaten die op *no cure no pay* basis werken meestal bestaat uit een aandeel in de opbrengst. Hetzelfde geldt voor de vergoeding van procesfinanciers in de markten waar procesfinanciering is ontwikkeld (en concurrerend is), bijvoorbeeld de Verenigde Staten, Australië, Engeland en Duitsland.

44 Zie voor rechtseconomisch onderzoek over de voor- en nadelen van *quota pars litishonoreringsafspraken* in de advocatuur: Louis Visscher en Tom Schepens, 'A law and economics approach to cost shifting, fee arrangements and legal expense insurance', *New trends in financing civil litigation in Europe*, Edward Elgar 2010; Louis Visscher, 'The Duty of Lawyers to Serve Their Clients' Interests: An Economic and Psychological Account', Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE), Working Paper Series, No. 2014/03.

45 Mathias Reimann, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Comparative Study*, Springer Science & Business Media, 2011, p. 61.

46 Uitzonderingen in de Nederlandse context zijn de reële proceskostenveroordeling in arbitrage (geen regel maar wel mogelijk) en IE-zaken (mits evenredig en redelijk), vgl. art. 1019 Rv. Buiten Nederland moet bijvoorbeeld in Engeland (en Australië) en Duitsland rekening worden gehouden met een reële proceskostenvergoeding c.q. een forse forfaitaire proceskostenveroordeling.

47 Rechtbank 's-Gravenhage 15 december 2011, *JOR* 2012/64 (m.nt. G.A.J. Boekraad).

48 Kritisch over het gebrek aan een *downside* voor de curator: J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel', *FIP* 2011/3. C.F.W.A. Zie voor de andere kant: Hamm, 'Forum', *Tvl* 1995/6.

Als de medewerking van de curator inderdaad essentieel is voor de realisatie van de vordering kan dat voor beide partijen een reden zijn om procesfinanciering te verkiezen boven verkoop. Bij procesfinanciering blijft de curator procespartij en houdt de boedel belang bij de uitkomst van de procedure. Dat is een betere garantie voor optimale medewerking van de curator dan enkel een contractuele verplichting en vergroot dus de kans op een goed resultaat waar beide partijen in het geval van procesfinanciering van profiteren. Bij verkoop zal de koper het gebrek aan zekerheid over de medewerking van de curator na overdracht verdisconteren in de koopprijs.

In termen van opbrengstmaximalisatie en risicobeheersing houdt procesfinanciering het midden tussen verkoop enerzijds en op kosten van de boedel procederen anderzijds. Bij verkoop is het risico voor de boedel het kleinst. De boedel draagt bij procesfinanciering alleen het proceskostenrisico over, maar behoudt het risico dat de vordering niets waard blijkt. Daartegenover staat dat de boedel bij verkoop een zeker bedrag voor de vordering ontvangt dat onafhankelijk is van de uitkomst van de procedure, maar dat bedrag zal in de regel lager zijn dan wat de boedel met procesfinanciering zou kunnen realiseren. Bij procesfinanciering loopt de procesfinancier immers alleen risico over het bedrag van de proceskosten en wordt alleen dat risico in de transactie ingeprijsd. Bij verkoop loopt de koper zowel risico over de nog te maken proceskosten als over het bedrag van de koopprijs. Er wordt daarmee een groter risico overgenomen dat logischerwijs in de prijs verdisconteerd zal worden.

Overigens is de grens tussen procesfinanciering en verkoop in de praktijk niet zo zwart-wit als hier verondersteld. De procesfinancieringsovereenkomst kan zo worden ingekleed dat deze geheel of ten dele kwalificeert als koop. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de vordering of het recht op de opbrengst van de vordering, wordt verkocht aan de financier tegen een (ten dele) uitgestelde koopprijs die afhankelijk is van de uitkomst van de procedure.⁴⁹ Er zijn allerlei tussenvarianten denkbaar.

1.9.1 *Geen verkoop, wel procesfinanciering mogelijk bij pauliana-vordering, art. 1:138/2:248 BW-vordering en Peeters/Gatzen-vordering*

De Hoge Raad heeft in Den Toom/De Kreek⁵⁰ beslist dat een art. 1:138/2:248BW-vordering uit haar aard niet overdraagbaar is. Uit Dekker q.q./Lutèce volgt dat hetzelfde geldt voor pauliana-vorderingen uit hoofde van art. 42, 43 en 47 jo. 51(1) Fw^{51,52} en dat de Peeters/Gatzen-vordering geen vordering van de boedel is maar behoort tot het vermogen van de schuldeisers. De Peeters/Gatzen-vordering is daarom ook niet overdraagbaar anders dan op last of met volmacht van

de individuele schuldeisers.⁵³ Om deze vorderingen te gelden te maken is verkoop en juridische levering van de vordering zelf dus geen optie.

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering wél in de boedel valt.⁵⁴ Hetzelfde geldt vanzelfsprekend voor pauliana-vorderingen en art. 2:138/2:248 BW-vorderingen. Het is de curator daarom in beginsel wel toegestaan om (een deel van) die opbrengst te verkopen⁵⁵ of af te staan in ruil voor procesfinanciering als hij dit volgens de normale maatstaven in het belang van de gezamenlijke schuldeisers acht.⁵⁶

1.10 *De Garantstellingsregeling*

De Garantstellingsregeling 2012 biedt een bron van financiering van aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders en commissarissen uit Boek 2 BW,⁵⁷ en vorderingen uit hoofde van de faillissementspauliana.⁵⁸ Op grond van artikel 2 van de Garantstellingsregeling zijn dit tevens de enige vorderingen die in aanmerking komen voor procesfinanciering onder de regeling, mits ook aan de overige voorwaarden is voldaan.⁵⁹

De Garantstellingsregeling 2012 lijkt een redelijk effectieve manier zijn om dergelijke vorderingen te gelde te maken. Volgens de Dienst Justis van het Ministerie van Veiligheid en Justitie wordt steeds vaker een beroep gedaan op de regeling en met succes.⁶⁰ In 2014 zijn er 289 verzoeken gedaan onder de Garantstellingsregeling en is door curatoren € 7,6 miljoen binnengehaald met behulp van de regeling. De kosten van de regering voor de regeling bedroegen in 2014 € 1,2 miljoen.⁶¹

Als een beroep op de Garantstellingsregeling gezien de aard van de vordering en de staat van de boedel een optie is, dan zal dit financieel voor de boedel doorgaans aantrekkelijker zijn dan in zee gaan met een commerciële procesfinancier.

5. **Rol van procesfinanciering bij besluitvorming over het starten van een procedure**

Verschillende schrijvers hebben door de jaren heen hun twijfel geuit over de motieven van sommige curatoren bij

49 Vgl. Boom en Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *RM Themis* 2015/5.

50 HR 7 september 1990, NJ 1991/52 (*Den Toom/De Kreek*).

51 Art. 51(1) jo. 42-47 Fw.

52 HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (m.nt. PvS) (*Dekker q.q./Lutèce*) en S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Asser 3-IV, 206.

53 HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (m.nt. PvS) (*Dekker q.q./Lutèce*), r.o. 3.4.4.2.

54 *Ibid.*

55 In feite verkoop van de economische waarde van de vordering.

56 Vgl. HR 24 juni 1994, NJ 1995/368 (m.nt. HJS) (*INB/Klützw*).

57 Art. 2:9, 2:138, 2:149, 2:248 en 2:259 BW.

58 Art. 42, 43 en 47 Fw.

59 Art. 2 en 6 van de Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12 (Garantstellingsregeling curatoren 2012).

60 Online nieuwsbericht van Dienst Justis van 19 januari 2015, te vinden op: <https://www.justis.nl/Nieuws/2015/garantstellingsregeling-curatoren.aspx?cp=123&cs=385>.

61 *Ibid.*

het starten van een procedure namens de boedel.⁶² Het 'bewijs' waarop hun twijfel is gegrond is nogal anekdotisch van aard maar de kern van het probleem dat zij signaleren valt niet te ontkennen. De curator die besluit om voor een procedure van de boedel zijn eigen advocatenkantoor in te schakelen heeft een inherent conflicterend belang.⁶³ Hij instrueert immers namens de boedel zichzelf of het kantoor waarvan hij meestal ook aandeelhouder is of waarin hij anderszins een economisch belang houdt.

De vereiste goedkeuring voor het starten van een procedure van de rechter-commissaris blijkt onvoldoende om de zorgen van belangenverstremming of gebrekkige besluitvorming weg te nemen.⁶⁴

De Ranitz, Kalff en Van der Zwan stellen daarom dat curatoren zich in procedures in beginsel dienen te laten bijstaan door een externe advocaat. Met Jol meen ik echter dat dit te ver voert. Jol merkt terecht op dat het procederen door (het kantoor van) de curator zelf ook efficiëntievoordelen kan opleveren waar de boedel bij gebaat is.⁶⁵

Jol stelt als alternatief een regeling voor waarbij de rechtbank in buitengewoon schrijvende gevallen een afslag op het salaris van de curator vaststelt. Hier zie ik niet zoveel in. In voorkomende gevallen zouden de *Maclou*-norm en het leerstuk van misbruik van (proces)recht, voldoende moeten zijn.

De andere suggesties van Jol liggen in de sfeer van de *governance* en spreken mij meer aan. Veel rechters-commissarissen vragen de curator kennelijk al om een procesadvies van een advocaat van een ander kantoor. Dat is zeker nuttig maar geen panacee want advocaten verstaan nu eenmaal als geen ander de kunst om een juridische opinie op verant-

woorde wijze te laten doorslaan naar het belang van de opdrachtgever, *in casu* de curator die graag wil procederen.⁶⁶

Het meeste voel ik nog voor de door Jol voorgestelde raadpleging van de belanghebbende schuldeisers,⁶⁷ uiteraard voor zover dit praktisch te doen is. Uiteindelijk is het hun geld waarmee of waarvoor geprocedeerd gaat worden. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan een essentieel element van efficiënte⁶⁸ besluitvorming (en goed management): de beslisser ervaart zelf zowel de positieve gevolgen bij een juiste beslissing als de negatieve gevolgen bij een verkeerde beslissing.

Bij een boedel met voldoende actief om de kosten van de procedure te voldoen, is aan dit vereiste voor efficiënte besluitvorming niet voldaan. Het kantoor van de curator is bij de beslissing tot procederen altijd gebaat, ongeacht of dit een juiste of verkeerde beslissing blijkt te zijn. De gevolgen van een verkeerde beslissing vallen bij een ander (de schuldeisers) dan degene die de beslissing neemt (de curator). Dit levert een perverse prikkel op die tot inefficiënte besluitvorming kan leiden.

Bij een lege boedel geldt dit minder. De lasten bij een onjuiste beslissing worden in dit geval gedragen door de curator. Hier is echter het probleem dat de lusten, die hier voor het kantoor van de curator tegenover het gelopen risico staan, niet zakelijk zijn.⁶⁹ Ook dit is niet optimaal voor de besluitvorming omdat vanwege de onzakelijke risico's die het kantoor van de curator loopt, het gevaar bestaat dat een vordering die de moeite waard is niet of met minder inzet dan wenselijk wordt vervolgd.

Als in Nederland het punt wordt bereikt waarop een curator voor iedere vordering van enige omvang een vrijblijvende offerte kan vragen aan drie deskundige procesfinanciers, dan biedt dat de boedel de mogelijkheid om in het besluitvormingsproces het oordeel te introduceren van een partij bij wie de lusten en de lasten van de besluitvorming in één hand liggen. De procesfinancier kan enerzijds een bate realiseren bij een juiste beslissing om tot procederen over te gaan, maar draagt ook de lasten als die beslissing onjuist blijkt. Procesfinanciering introduceert daarmee een vorm van efficiënte besluitvorming. De procesfinancier, die niet alleen te winnen maar ook te verliezen heeft, is in die zin werkelijk onafhankelijk. Als een procesfinancier bereid is een curator te financieren om een vordering van de boedel te vervolgen, dan wordt het besluit om te procederen gedragen door het onafhankelijk tot stand gekomen oordeel van

62 S.M. van der Zwan, 'Maclou in Toga', *Tvl* 2014/18, J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel', *FIP* 2011/3; M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk', *Insolad Jaarboek* 2007, Kluwer 2007, p. 27 e.v.; en S.H. de Ranitz, 'Ach Amice, hoe zit dat nu?', *Tvl* 1998/9; J.J. van Hees, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2014/799.

63 *Ibid.*

64 Illustratief is de titel van een artikel op de populaire blog Follow the Money: 'Hoe de rechter-commissaris danst aan de touwtjes van de curator', van D. Mijnheer die onder andere S.C.J.J. Kortmann, A. van Hees en G. van Daal aan het woord laat, 6 augustus 2015, te vinden op: <http://www.ftm.nl/exclusive/hoe-de-rechter-commissaris-danst-aan-de-touwtjes-van-de-curator/>; zie ook S.M. van der Zwan, 'Maclou in Toga', *Tvl* 2014/18; B. Wessels, 'Naar een betere waarborging van de onafhankelijkheid van de faillissementscurator', *MvV* 2013/10; J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel', *FIP* 2011/3; J.J. van Hees, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2012/888; M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk', *Insolad Jaarboek* 2007, Kluwer 2007, p. 27 e.v.; en S.H. de Ranitz, 'Ach Amice, hoe zit dat nu?', *Tvl* 1998/9.

65 Zie kritisch over beweerde efficiëntievoordelen: S.M. van der Zwan, 'Maclou in Toga', *Tvl* 2014/18.

66 Zie B. Wessels, 'Naar een betere waarborging van de onafhankelijkheid van de faillissementscurator', *MvV* 2013/10, voetnoot 16 (met verdere verwijzing): "Rechters-commissarissen hebben tussen de zeshonderd en duizend dossiers (zaken) om toezicht op te houden."

67 Met 'belanghebbende crediteuren' bedoelt Jol de (boedel)crediteuren die door het al dan niet slagen van de procedure een hogere of lagere uitkering in het faillissement krijgen (met uitzondering van de beoogde wederpartij als die zich daaronder bevindt).

68 In rechtseconomische zin.

69 Zie paragraaf 4.2 hiervoor.

de financier en wordt enig mogelijk verwijt dat de curator ten onrechte ten laste van de boedel procedeert of een uitering ophoudt, weggenomen.

Als blijkt dat procesfinanciers geïnteresseerd zijn om het risico over te nemen, kan dit voor de boedel een relevant signaal opleveren dat procederen voor de boedel (ook zonder procesfinanciering) verantwoord is. Als daarentegen geen enkele procesfinancier geïnteresseerd is, levert dat een aanwijzing dat het mogelijk ook voor de boedel niet verantwoord is om het risico van een procedure te nemen. Bij het nemen van een beslissing om te procederen, kan de eventuele interesse van procesfinanciers voor de curator en de rechter-commissaris relevante informatie opleveren. Een voor de hand liggende vraag van de rechter-commissaris, wiens zegen wordt gevraagd voor het starten van een procedure, is of de curator procesfinanciering heeft overwogen. Procesfinanciering is mijns inziens dan ook een onderwerp dat aandacht verdient in het kader van de Professionele Standaard Insolventie die thans wordt opgesteld.⁷⁰

Er moet hierbij wel een kanttekening worden gemaakt. De afweging van de procesfinancier om het risico van een procedure op zich te nemen, kan niet een op een worden verplaatst naar de afweging die curator en de rechter-commissaris moeten maken ten behoeve van de boedel. Hiervoor zijn twee redenen (die elkaar ook weer enigszins middelen):

1. De beslissing om kosten te maken voor het voeren van een procedure op tegenspraak is een beslissing om gedurende langere tijd te investeren in een proces met een inherent onzekere uitkomst. Een procesfinancier is erop ingericht om dergelijke risico's te absorberen en de uitkomst van de procedure af te wachten. Datzelfde geldt niet per definitie voor de schuldeisers wiens belangen de curator behartigt. Er zijn schuldeisers die een lage, zekere uitkering zullen verkiezen boven een latere uitkering, die mogelijk hoger, maar ook onzeker is.⁷¹ Dit maakt dat het onder omstandigheden verantwoord kan zijn voor een procesfinancier om te investeren in een procedure maar niet voor de boedel.
2. De procesfinancier moet de investering rechtvaardigen met oog op een vergoeding die uit (gemiddeld) 20 - 40% van de opbrengst (plus kosten) bestaat. De maximale opbrengst van de boedel als hij zelf investeert, is daarentegen 100%. Dit maakt dat het onder omstandigheden verantwoord kan zijn voor de boedel om te investeren terwijl dit niet geldt voor de procesfinancier.

⁷⁰ J.J. van Hees, 'Op zoek naar een Professionele Standaard Insolventie,' *Tvl* 2016/2.

⁷¹ Kritisch over de wijze waarop rekening wordt gehouden met de belangen van schuldeisers zijn: J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoet van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel,' *FIP* 2011/3 en M.L.S. Kalf, 'De procederende (kantoorgenoet van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk,' *Insolad Jaarboek 2007*, Kluwer 2007, p. 27 e.v.

6. Aandachtspunten bij het aangaan van een procesfinancieringsovereenkomst

Een procesfinancier koopt de vordering als zodanig dus niet, maar investeert in de realisatie van de vordering in ruil voor een aandeel in de opbrengst. Je zou ook kunnen zeggen dat de procesfinancier, voor het bedrag dat als procesfinanciering ter beschikking wordt gesteld, een aandeel in opbrengst koopt.⁷²

Amerikaans onderzoek naar de aard van de *litigation funding* suggereert dat procesfinanciering het best kan worden benaderd als een vorm van *venture capital*.⁷³ Hier is veel voor te zeggen, zeker met betrekking tot de financiering van omvangrijke en complexe zaken.

In de analogie met *venture capital* wordt de vordering waarover nog moet worden geprocedeerd vergeleken met de startende onderneming die kapitaal en knowhow nodig heeft om zijn waarde-potentieel te realiseren. Een *venture capitalist* stelt aan de oprichters van de onderneming kapitaal en knowhow ter beschikking, in ruil voor een minderheidsaandeel. Een *litigation funder* doet in zekere zin hetzelfde met betrekking tot een vordering waar nog over geprocedeerd moet worden.

De analogie met *venture capital* levert bruikbare aanknopingspunten op voor de procesfinancieringsovereenkomst. Net als de aandeelhoudersovereenkomst met een *venture capitalist*, wordt de procesfinancieringsovereenkomst met een *litigation funder* aangegaan met oog op de exit. Bij een onderneming is dat de IPO of de verkoop van de onderneming aan een derde. Bij een procedure is 'de exit' de inning van het eindvonnis of de schikking. Bijna alle aandachtspunten bij het aangaan van een overeenkomst met een durfinvesteerder voor de financiering van een onderneming, zijn ook relevant voor de procesfinancieringsovereenkomst. Denk hierbij onder andere aan de volgende onderwerpen:

- a. *due diligence*: de financieringsovereenkomst wordt voorafgegaan door grondig een onderzoek van de procesfinancier naar de merites van de zaak.⁷⁴ Bij kleine zaken kan dat op grond van een vragenlijst (vgl. Garantstellingsregeling). Bij omvangrijke zaken, wordt voor de funders die gevraagd is een offerte uit te brengen een *data room* opgezet die veel lijkt op een virtuele *data room* bij een *controlled auction* of *vendor due diligence*;
- b. *funding*: het kapitaal dat op grond van de overeenkomst ter beschikking wordt gesteld;
- c. *het 'businessplan'*: zoals *venture capital* voor een onderneming wordt verstrekt op basis van een businessplan, zo wordt procesfinanciering verstrekt op basis van het

⁷² Het gaat hier niet zozeer om de juridische kwalificatie als wel om de vraag hoe procesfinanciering economisch moet worden gedeut.

⁷³ M. Steinitz en A. Field, 'A Model Litigation Finance Contract', 99 *Iowa L. Rev.* 711 (2014), University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 13-32. Te vinden op: <http://ssrn.com/abstract=2320030>.

⁷⁴ Vgl. de Vragenlijst Garantstellingsregeling Curatoren 2012.

- plan voor de procedure. Het plan beschrijft doelen, de strategie om die doelen te bereiken en projecteert de bijbehorende verwachte kosten en opbrengsten in de tijd. Daarbij wordt idealiter ten minste rekening gehouden met een management case en base case scenario;
- d. *meetmomenten (milestones)*: het is nuttig om in de overeenkomst momenten te identificeren waarop partijen evalueren of de procedure volgens plan loopt en te bepalen wat geldt als dit niet het geval is;
 - e. *informatievoorziening*: goede afspraken over de wijze en frequentie van informatievoorziening zijn essentieel;
 - f. *zeggenschap*: net als de venture capitalist zal de procesfinancier enige inspraak willen hebben in belangrijke beslissingen, zoals de beslissing om een schikking te aanvaarden of hoger beroep in te stellen. Of inspraak omslaat in effectieve controle over het geding zal grotendeels een kwestie van onderhandelingsresultaat zijn;
 - g. *non-concurrentie*: zoals het een durfinvesteerder in de regel verboden zal worden om te investeren in de concurrent, zo moet ook de claimant erop kunnen vertrouwen dat zijn procesfinancier niet ook een belang heeft aan de andere zijde van het geding;
 - h. *geheimhouding*: strikte geheimhouding is vanzelfsprekend essentieel omdat de procesfinancier toegang krijgt tot vertrouwelijke informatie die van belang kan zijn voor het slagen van de procedure;
 - i. *voortijdige beëindiging*: de omstandigheden waaronder een partij de overeenkomst voortijdig kan beëindigen;
 - j. *vrijwillige en gedwongen exit en toetreding van derde financiers*: de voorwaarden waaronder de procesfinancier zijn positie kan overdragen aan een derde en de voorwaarden waaronder de claimant de investeerder kan (doen) uitkopen.

Naast bovenstaande onderwerpen, zijn er ook aandachtspunten die specifiek zijn voor de procesfinancieringsovereenkomst. Ik noem er hier drie:⁷⁵

- k. *Omgang met vorderingen in reconventie en een beroep van de wederpartij op verrekening*: omdat de procesfinancier doorgaans alleen recht krijgt op een vergoeding uit de daadwerkelijke opbrengst, is het van belang om stil te staan bij het risico en de gevolgen van (de toewijzing van) een tegenvordering en de verrekening van die vordering met de eigen vordering.
- l. *De relatie van partijen tot de advocaat*: het moet voor de advocaat en partijen duidelijk zijn voor wie de ad-

vocaat optreedt en wie hem of haar instrueert.⁷⁶ Als de advocaat beide partijen adviseert, dan is het van belang om af te spreken wat geldt als er een belangenconflict ontstaat. Hierbij kan worden aangeknoopt bij de verzekeringspraktijk waarbij de advocaat om praktische redenen regelmatig optreedt voor zowel de verzekeraar als de aangesproken partij.⁷⁷

- m. *Kostenveroordeling*: veel procesfinanciers zullen ook aanbieden om het proceskostenrisico af te dekken (al dan niet door hier een verzekering voor af te sluiten), maar dit zal dan wel separaat in de overeenkomst moeten worden opgenomen.

Een goede voorbereiding is het halve werk. Aan iedere investering van enige omvang gaat een onderzoek vooraf, of het nu om een investering in een onderneming, vastgoed of een juridische procedure gaat. Een goede uitwisseling van relevante informatie, gezichtspunten en verwachtingen in de onderzoeksfase is essentieel want deze vormt de basis voor de uitgangspunten en de doelstellingen van de samenwerking. Als partijen hier de tijd voor nemen, verkleint dat de kans op verrassingen en spanningen in de samenwerking aanzienlijk.

Hoe de overeenkomst van procesfinanciering juridisch moet worden gekwalificeerd, hangt af van de wijze waarop die wordt vormgegeven. Als wordt gekozen voor het hierboven beschreven *venture capital* model, dan zal doorgaans sprake zijn van een onbenoemde overeenkomst. Het is echter ook denkbaar dat een claimant een procedure bij wijze van opdracht uitbesteedt aan een procesfinancier die namens hem de advocaten instrueert en de procedure voert tegen een resultaatsafhankelijke beloning.⁷⁸

7. Conclusie

De behoefte aan procesfinanciering om te procederen over een valide vordering is bij lege boedels evident met uitzondering van de gevallen waar de Garantstellingsregeling een voordeliger alternatief biedt. Procesfinanciering kan echter ook om andere redenen dan geldgebrek een nuttige functie vervullen:

75 Vgl. M. Steinitz en A. Field, 'A Model Litigation Finance Contract', 99 *Iowa L. Rev.* 711 (2014).

76 Zie over deze problematiek in andere jurisdicties onder meer De Morigio, M., A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding, 2011, p. 405, at <http://ssrn.com/abstract=2167802>, visited 27 January 2015, and, voor de V.S., RAND Institute for Civil Justice, Geoffrey McGovern, Neil Rickman, Joseph W. Doherty, Fred Kipperman, Jamie Morikawa, Kate Giglio, Third-Party Litigation Funding and Claim Transfer Trends and Implications for the Civil Justice System 2010, at http://www.rand.org/pubs/conf_proceedings/CF272.html.

77 Vgl. Art. 7(2) van de Gedragsregels en de toelichting op dat artikel waaruit blijkt dat uitdrukkelijk rekening is gehouden met deze situatie. In Australische rechtspraak wordt voor de oplossing van deze problematiek ook verwezen naar de analogie met de verzekeringspraktijk, zie: In re Project 28 Pty Ltd (Formerly Narui Gold Coast Pty Ltd) v Barr [2005] NSWCA 240, para. 70.

78 Voor een verder overzicht van de mogelijke kwalificaties van de procesfinancieringsovereenkomst verwijs graag ik naar het artikel over procesfinanciering door derden van Boom en Luiten in *RM Themis* 2015-5.

1. procesfinanciering stelt de boedel in staat om het proceskostenrisico van een kostbare procedure over een betwiste vordering over te dragen aan een derde in ruil voor een vergoeding uit de opbrengst, terwijl de maximale opbrengst voor de boedel bij procesfinanciering hoger is dan bij verkoop;
2. procesfinanciering maakt het mogelijk om het actief dat normaal gesproken voor een langdurige en kostbare procedure moet worden gereserveerd, tussentijds uit te keren; en
3. de betrokkenheid van één of meer procesfinanciers kan een waardevolle toevoeging zijn aan de *governance* rondom de besluitvorming over het instellen van een vordering (zie voor de nuances paragraaf 5).

Voor de inhoud van een procesfinancieringsovereenkomst biedt analogie met *venture capital* bruikbare aanknopingspunten op. Net als bij ieder project waar een externe investeerder bij wordt betrokken, is de voorafgaande uitwisseling en afstemming van relevante informatie, gezichtspunten en verwachtingen van beide partijen essentieel voor een geslaagde samenwerking.