

Procesfinanciering door derden

Prof. mr. W.H. van Boom en mr. J.L. Luiten*

1. Inleiding

In deze bijdrage staat het verschijnsel van procesfinanciering door derden centraal. Dat is kort gezegd de rechtsverhouding waarbij een derde zich tegen een in het vooruitzicht gestelde beloning verplicht om een claimant in een civiele procedure of arbitrage van financiering te voorzien om de kosten van procederen te dekken. Deze derden zijn veelal professionele, internationaal opererende investeringsmaatschappijen of aan de verzekeringsindustrie gelieerde financieringsmaatschappijen. Deze vorm van procesfinanciering wordt doorgaans aangeduid met de term ‘procesfinanciering’ of ‘Third Party Litigation Funding’ (we korten de term af als TPF; hierna gebruiken we TPF en procesfinanciering als uitwisselbare termen). De modaliteiten van dit type overeenkomsten verschillen, maar de kern is steeds dat een persoon, de claimant, die meent een vorderingsrecht tot betaling van een geldsom of schadevergoeding te hebben op een wanpresterende wederpartij of laedens, belooft om een deel van de uiteindelijke opbrengst van de vordering (na rechterlijke toewijzing of schikking en incasso) af te staan aan een derde die geen bestaande betrokkenheid heeft bij de zaak, de procesfinancier, in ruil waarvoor deze derde de kosten van advocaten, deskundigen, griffierechten en mogelijk ook de proceskostenveroordeling in geval van verlies van de procedure op zich neemt. De overeenkomst heeft dus trekken van *no cure no pay* (resultaatafhankelijke beloning) en *contingency fee* (beloning in de vorm van een percentage van de opbrengst van de vordering; ook wel *quota pars litis* genaamd).

In ons land wordt al gebruikgemaakt van TPF, maar de schaal waarop dat gebeurt, is lang niet zo groot als in sommige andere landen en in internationale (investerings)arbitrages. Ons recht kent nauwelijks regelgeving die rechtstreeks betrekking heeft op de rechtsverhoudingen tussen de procesfinancier, de gefinancierde claimant en zijn advocaat. In landen als Engeland en Duitsland is men al wat verder in het denken over de kansen en bedreigingen die het verschijnsel TPF met zich brengt en hoe het recht daarop moet reageren.¹ Hoewel in ons land het verschijnsel TPF zich dus nog niet ten volle ontwikkeld heeft, kan dat de komende jaren veranderen. Zo zou men

TPF kunnen plaatsen in een voortdurende ontwikkeling in de richting van arbeidsdeling, outsourcing en ‘commodificatie’ van vorderingsrechten, maar ook in een ontwikkeling van verbetering van toegang tot het recht (hoe ook gedefinieerd), het verbeteren van handhaving in bijvoorbeeld het mededingingsrecht (kartelschades), het vullen van de ‘oorlogskas’ van art. 3:305a-claimanten en van een toenemende acceptatie van resultaatgericht contracteren in de juridische dienstverlening. Het Ministerie van Veiligheid en Justitie kijkt voorlopig de kat uit de boom, maar lijkt vooral beducht te zijn voor de negatieve kanten van TPF.² Die zijn er zeker, maar er zijn ook onmiskenbaar positieve kanten, die niet uit het oog verloren mogen worden.

Tegen deze achtergrond verkennen wij in deze bijdrage de overeenkomst van procesfinanciering door derden. Het doel van de bijdrage is dus om kennis bijeen te brengen over het verschijnsel, de juridische aspecten ervan in kaart te brengen en de mogelijke voor- en nadelen ervan op een rij te zetten. De vragen die we in dat kader behandelen, zijn: wat zijn de verschijningsvormen van TPF (§ 2), hoe moet TPF in vermogensrechtelijke zin gekwalificeerd worden (§ 3) en wat zijn de gunstige effecten en de problematische aspecten van TPF (§ 4). We sluiten af met aandachtspunten ten behoeve van de discussie over de vraag of en in hoeverre TPF (wettelijk) gereguleerd zou moeten worden (§ 5).

We laten in onze bespreking onvermijdelijk een flink aantal zaken onbesproken, zoals de rechtshistorische analyse van het verschijnsel, de relevantie van de (mogelijke) opkomst van *crowdfunding* als financieringsinstru-

* Prof. mr. W.H. van Boom is hoogleraar civiel recht te Leiden. Mr. J.L. Luiten is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag. De auteurs danken Ilja Tillema voor commentaar op een eerdere versie.

1. Zie bijv. ook voor verdere verwijzingen, C.J.S. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka (red.), *The Costs and Funding of Civil Litigation: a Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 1 e.v.; M. Tuil & L. Visscher (red.), *New Trends In Financing Civil Litigation In Europe – A Legal, Empirical, and Economic Analysis*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2010, p. 1 e.v.; W.H. van Boom, *Third-Party Financing in International Investment Arbitration*, Rotterdam: 2011, Rapport uitgebracht ten behoeve van de OESO, te vinden op <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2027114> (hierna: Rapport Van Boom 2011); 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; V. Shannon & L. Bench Nieuwveld, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012; N. Rowles-Davies & J. Cousins, *Third Party Litigation Funding*, Oxford: OUP 2014.

2. Zie bijv. Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 26 juni 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 33123, 6, p. 6 e.v.; Brief Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 8 november 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 31753, 65 (rechtsbijstand), p. 3-4.

ment en de specifieke aspecten van TPF bij massaschadeclaims.³

2. Verschijningsvormen van TPF

Zoals in de inleiding gedefinieerd, verstaan we onder procesfinanciering de contractuele rechtsverhouding tussen claimant en procesfinancier. De claimant is doende om een vermeende wanprestant tot nakoming of een vermeende laedens tot betaling van schadevergoeding te bewegen. Als in dit proces een procesfinancier wordt betrokken, dan verplicht deze zich tegenover de claimant om de kosten van advocaten, deskundigen, griffierechten, eventuele andere kosten en mogelijk ook de proceskostenveroordeling in geval van verlies van de procedure te vergoeden of te betalen. In ruil daarvoor krijgt de procesfinancier een deel van de uiteindelijke gerealiseerde opbrengst van de vordering na rechterlijke toewijzing of schikking, als het zover komt. Daarnaast kan het voorkomen – zo zullen we verderop zien – dat de procesfinancier poogt te bereiken dat hij een zekere juridisch afdwingbare invloed krijgt op de procedeerstrategie en het schikkingsgedrag van de claimant.

De overeenkomst van procesfinanciering wordt niet gesloten met een advocaat. Hoewel het in ons land aan advocaten in bepaalde gevallen is toegestaan om een resultaatafhankelijk uurtarief af te spreken met hun cliënt en in sommige gevallen zelfs een vast bedrag of juist een resultaatafhankelijk percentage van de opbrengst, is de hoofdregel toch dat advocaten hun diensten alleen tegen een uurtarief mogen aanbieden.⁴ De in de Verenigde Staten gangbare wijze van procesfinanciering door de advocaat van de claimant, de *contingency fee*, is in ons land dus in beginsel niet toegestaan.⁵ De economische functie van een overeenkomst van procesfinanciering met een derde is daarmee vergelijkbaar met die van een *contingency-fee-honorarium* voor de advocaat. Het is echter ook duidelijk dat er bij de TPF een partij bij is gekomen en dat zich in de driehoeksverhouding die aldus ontstaat, complicaties kunnen voordoen.

We zien ten minste drie markten waar TPF een rol speelt of kan spelen. Ten eerste wordt TPF ingezet door grote commerciële partijen bij complexe, veelal internationale procedures. Deze partijen zijn uiteraard over het algemeen vermogend genoeg om de kosten en risico's van het procederen zelf te dragen; procesfinanciering lijkt in dit soort zaken dan ook vooral te worden ingezet als een instrument voor risicospreiding. Regelmatig bundelen

verschillende gedupeerde commerciële partijen, veelal uit verschillende landen, hun vorderingen ook onder de paraplu van een procesfinancier. Daarbij wordt soms gebruikgemaakt van een 'claims vehicle', een stichting waarin de verschillende vorderingen worden ondergebracht. De stichting is dan de procederende partij, gefinancierd door een derde. Een dergelijke constructie werd de laatste jaren in ieder geval tweemaal toegepast in zaken waarbij een Nederlands advocatenkantoor de vertegenwoordiging van de stichting op zich nam.⁶

Deze praktijk loopt vloeiend over in een tweede markt waarin procesfinanciering toepassing vindt, te weten die van de massaschadeclaims. De afwikkeling van dit soort claims blijkt in de praktijk vaak een proces van de lange adem, en dus ook van de goedgevulde 'oorlogskas'. Massaschadeclaims worden bovendien gehinderd door de problematiek van de *freerider*, de benadeelde die niet bijdraagt aan de bekostiging van de claim maar wel profiteert wanneer de aansprakelijkheid van de laedens is vastgesteld of wanneer een vergoedingsregeling algemeen verbindend is verklaard.⁷ Op de specifieke dynamiek die speelt bij de financiering van massaschadeacties zal hier niet verder worden ingegaan, maar de aantrekkelijkheid van TPF op dit terrein is evident.

Een derde manier waarop TPF kan worden ingezet, ziet op natuurlijke personen en kleine ondernemers, die het zonder een dergelijke financieringsvorm simpelweg aan toegang tot het recht ontbreekt. Letselschadezaken kunnen hier een voorbeeld van zijn.⁸ Enerzijds is in deze situatie het potentieel van TPF als een instrument voor het vergroten van die toegang evident, anderzijds is bij deze groep cliënten het risico op onereuze overeenkomsten het grootst. TPF-overeenkomsten tussen grote commerciële partijen, veelal 'repeat players', worden gesmeed door juristen aan weerszijden. Natuurlijke personen kunnen op dergelijke expertise niet bogen en bevinden zich soms, juist door de schade die hun berokkend is, in een kwetsbare positie.

Mogelijk kan er nog een vierde categorie onderscheiden worden, namelijk het gebruik van TPF door de verwerende partij tegen wie de vordering wordt ingesteld. Dit is een vorm van 'verkoop' van een onzekere schuld die trekken heeft van een verzekeringsovereenkomst, die we buiten beschouwing laten.

3. Over de historische aspecten van procesfinanciering, zie de Leidse oratie *Proces en financiering* van E. Koops d.d. 20 februari 2015, nog te verschijnen. Zie in verband met crowdfunding bijv. initiatieven als www.crowdsuing.nl en www.crowdjustice.co.uk. Over procesfinanciering bij massaschadeclaims, zie bijv. W.M. Schonewille, 'De financiering van collectieve acties', *Ondernemingsrecht* 2010/137, p. 651 e.v.; I.N. Tzankova, 'Funding of mass disputes: lessons from the Netherlands', *Journal of Law, Economics & Policy* 2012, p. 553 e.v.

4. Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) van de Nederlandse Orde van Advocaten, laatstelijk gewijzigd door Besluit van het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten van 25 juli 2013, *Stcr.* 2013, 20779. Nader W.H. van Boom & M. de Jong, 'Het Experiment Resultaatgerelateerde Beloning – verwachtingen over werking en doelbereiking', *TVP* 2014, afl. 3, p. 69 e.v.

5. De advocaat zou overigens ook tegen de nietigheidssanctie van art. 3:43 BW oplopen als hij een juridisch belang in de vordering zou verkrijgen.

6. Zie Hof Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:27 (*luchtvrachtkartel*) resp. het bericht op www.bloomberg.com/news/articles/2013-12-04/rbs-and-s-p-sued-by-european-cpdo-investors-over-losses.

7. Zie Schonewille 2010 en Tzankova 2012. Naar geldend recht is 'freeriding' overigens het goed recht van benadeelden.

8. Let wel: inmiddels is het advocaten onder voorwaarden toegestaan om resultaatafhankelijke beloning te bedingen in letselschadezaken. Zie noot 5.

3. De kwalificatie van de overeenkomst van procesfinanciering

3.1. Inleiding

Hoe een overeenkomst gekwalificeerd moet worden, is eerst en vooral een kwestie van uitleg van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en hoe zij een en ander mochten begrijpen.⁹ Vertoont de afspraak gelijkheid met een of meer benoemde overeenkomsten, dan kunnen de betreffende regels cumulatief worden toegepast tenzij de strekking van de betrokken wetsbepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet; in dat geval kan een bepaalde rangorde of exclusiviteit volgen.¹⁰ Is sprake van dwingend recht, dan moet men het wezen van de verbintenissen boven de vorm van de overeenkomst stellen; niet de benaming maar de strekking van de overeenkomst is dan doorslaggevend.¹¹

We behandelen hierna een aantal kwalificaties van de overeenkomst die naar onze mening het dichtst in de buurt komen van de overeenkomst van procesfinanciering. De overeenkomst kenmerkt zich vanuit de claimant gezien als een overeenkomst die strekt tot risicoverschuiving; de overeenkomst stelt hem in staat om het financiële risico van het investeren in een procedure te verschuiven naar zijn wederpartij. Verliest hij zijn zaak, dan hoeft hij geen (of minder) kosten te dragen.¹² Vanuit de financier gezien is sprake van een investering met uit de aard der zaak onzekere opbrengsten. Omdat bij het sluiten van de overeenkomst onzeker is of een verplichting ontstaat tot het betalen van het resultaatafhankelijke percentage, heeft de overeenkomst trekken van een kansovereenkomst.¹³ Tegelijk menen we dat geen sprake is van een kansspel (spel en weddenschap in de zin van art. 7A:1825 BW), omdat het belang bij de kansen op winst en verlies niet door de overeenkomst ontstaat, maar al vóór het aangaan van de overeenkomst bestaat. De claimant heeft immers ook vóór het aangaan van de overeenkomst al een belang bij de uitkomst van de aansprakelijkstelling.¹⁴ In die zin ligt een vergelijking met de (schade)verzekeringsovereenkomst, die ook een reeds bestaand belang vooronderstelt, meer voor de hand. De vergelijking gaat overigens in juridisch opzicht mank: de verzekeraar verbindt zich tot het doen van een *uitkering* in geval van het

intreden van de onzekere gebeurtenis, terwijl de procesfinancier op dat moment juist een *aanspraak* verkrijgt. In economisch opzicht bestaan er zeker parallellen tussen TPF en sommige verzekeringsovereenkomsten. De verzekeraar die belang heeft bij het verloop van de procedure zoals die door de claimant gevoerd wordt (bijv. de rechtsbijstandsverzekeraar) of ook bij de uitkomst daarvan (bijv. de aansprakelijkheidsverzekeraar) zal net als de procesfinancier een zekere mate van beslissingsmacht willen uitoefenen over de processtrategie.

3.2. Koop

Een financier kan ervoor kiezen om vorderingen te kopen, bijvoorbeeld om zo de vorderingen van verschillende benadeelden tegen een en dezelfde veroorzaker in handen te krijgen en uit te oefenen. Zoals een factoringovereenkomst verschillende vormen kent – strekkend van simpele cessie tot incasso en bevoorschotting tot een regelrechte openbare cessie van de vordering en overgang van het bijkomende incassorisico – kan ook een procesfinancier zich de vordering ten titel van koop laten cederen tegen betaling van de contante waarde bij wijze van koopprijs. In dat geval zal sprake zijn van een koopovereenkomst. Immers, schakelbepaling art. 7:47 BW zorgt ervoor dat de koopregels, die primair geschreven zijn voor de toepassing op zaken (art. 7:1 BW), ook toegepast worden op de koop van vermogensrechten en dus ook op vorderingsrechten.¹⁵ Zeker als partijen hun overeenkomst met zoveel woorden een koopovereenkomst noemen, dan zullen de regels van titel 7.1 spoedig in zicht komen.¹⁶ Het *kan* dus zonder meer, maar toch is het de vraag of een overeenkomst van procesfinanciering als koop gekwalificeerd zal worden; dat zal van de concrete omstandigheden afhangen. Betaalt de financier een onvoorwaardelijke en bepaalde som geld bij wijze van contante waarde van de vordering tegen openbare cessie van de vordering, dan zal zeker van koop kunnen worden gesproken. Echter, een procesfinancier die zich verbindt om onzekere kosten te betalen of vergoeden (al dan niet met een contractueel vastgesteld plafond) in ruil voor een kans op een percentage van een onzeker bedrag, betaalt geen koopprijs voor de overdracht van een vermogensrecht.¹⁷ Als de overeenkomst niet verplicht tot overdracht van

9. Art. 3:35 BW; HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

10. Art. 6:215 BW, recentelijk toegepast door HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, NJ 2015/321 (*Searocco Yachts & Restant Verkoop/Altena Yachting*).

11. Aan dwingend overeenkomstenrecht wordt veelal voorrang gegeven door middel van zgn. strekkingsbepalingen; daarover bijv. B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 15; Wessels, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, regeling Boek 7 BW, aant. 8.

12. Het hangt van de concrete overeenkomst af of de financier 'dekking' biedt voor de kosten van de eigen advocaat, griffierechten, kosten van deskundigenrapportages en proceskostenveroordeling.

13. Zie voor een plaatsbepaling van de kansovereenkomst A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII*. Verbruikleen enz.*, Deventer: Kluwer 2012/274-275. We menen overigens dat geen sprake is van een schenkingsovereenkomst omdat bij de procesfinancier geen bevoordelingsbedoeling vooropstaat.

14. Vgl. de definitie bij Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/280.

15. Over art. 7:47 BW bijv. W.H. van Boom, 'Koop van vorderingen – Over conformiteit, risico en betaling in driepartijperspectief', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* (BW Krant jaarboek 14), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 65 e.v.; I. Tillema, 'Cessie als instrument ter afwikkeling van massaschadezaken: in strijd met de openbare orde en goede zeden?', *MvV* 2014, afl. 12, p. 333 e.v.; J.W.A. Biemans, 'Algemene beschouwingen over koop van vermogensrechten (en meer)', *MvV* 2015, afl. 2, p. 47 e.v.

16. Bijv. de overeenkomst die centraal stond in Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8763. Daarover W.H. van Boom, "'Quota pars litis'-financieringsovereenkomst; betrokkenheid advocaat. Gerechtshof Amsterdam 13 december 2011', *TVP* 2012, afl. 2, p. 69 e.v.

17. Daaraan doet niet af dat de kooptitel weinig moeite toont met flexibele prijsvaststelling. Zie daarover J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I*. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007/205.

de litigieuze vordering aan de financier, is in elk geval niet voldaan aan het vereiste van de kernverbintenis van de verkoper en kan niet van koop worden gesproken. Bovendien is niet elke overeenkomst die tot cessie verplicht, een koopovereenkomst. Omdat procesfinanciering veelal achter de schermen plaatsvindt, zal – als er al een cessieverplichting is overeengekomen – de cessie van het vorderingsrecht op naam aan de procesfinancier een stille cessie zijn. Een financier die niet de gehele vordering koopt tegen een onvoorwaardelijke, vaststaande prijs, maar deze wel (stil) gecedeerd krijgt, krijgt meer in zijn vermogen dan het percentage waartoe hij als ‘koper’ van een deel van (de opbrengst van) een onzekere vordering voorwaardelijk gerechtigd is. Waarschijnlijk is dat in een dergelijk geval sprake is van cessie ter incasso of stille cessie met als onderliggende strekking dat de claimant bij de verkoop een terugkooprecht heeft gekregen dat hij gezien de prijsstelling feitelijk zeker zal willen uitoefenen als de zaak gewonnen wordt.¹⁸

Cessie van de litigieuze vordering is overigens een andere juridische constructie dan die waarin de claimant zich verplicht om te gelegener tijd een deel van de opbrengst te ‘leveren’. Dat laatste lijkt niet zozeer de levering van een goed maar de voorwaardelijke verbintenis tot betaling van een geldsom te zijn. Om die ‘levering’ te verzekeren, zou vestiging van een pandrecht ten behoeve van de financier op het vorderingsrecht waar de financiering op plaatsvindt meer voor de hand liggen. Zeker als de financier bij deze overeenkomst een stil pandrecht bedingt op de litigieuze vordering tot zekerheid van betaling van dat percentage, raken we ver verwijderd van de kwalificatie als koopovereenkomst.

Ten slotte is het de vraag of de overeenkomst van procesfinanciering leidt tot verschuiving van het ‘genot en risico’ van het vorderingsrecht, zoals men bij ‘echte’ koop mag verwachten. Koopt men een onzekere vordering, dan zou men verwachten dat de koper het risico van niet-bestaan ervan draagt, net zo goed als hij het risico van betalingsonvermogen zou dragen. Strekt de financieringsovereenkomst niet tot die volledige overgang van het ‘genot en risico’ van het vorderingsrecht, kan dan nog sprake zijn van een koopovereenkomst?¹⁹ Het doet denken aan de kwalificatie van economische eigendom: in de regel geen

overdracht van een goed maar een obligatoire rechtsverhouding, eventueel versterkt met zekerheidsrechten of genotsrechten. Maar dat hoeft niet in de weg te staan aan de toepasselijkheid van de regels inzake koop.

Zou men overigens de overeenkomst moeten uitleggen als de verkoop en stille levering van een *aandeel* in het vorderingsrecht,²⁰ dan ontstaat gemeenschap in de zin van art. 3:166 BW (en misschien zelfs wel een maatschapsvermogen in de zin van art. 7A:1655 BW). Die kwalificatie heeft tal van rechtsgevolgen op het vlak van beheers-, beschikkings- en procedeerbevoegdheden en leidt tot toepasselijkheid van het recht om verdeling van de gemeenschap te eisen.²¹ Vermoedelijk is dit wettelijk kader niet aantrekkelijk voor procesfinanciers en zullen zij deze constructie willen vermijden.

De conclusie moet zijn dat de overeenkomst wellicht kan kwalificeren als koopovereenkomst, maar heel erg overtuigend zijn de argumenten in die richting niet. Het klinkt als een doodoener, maar het zal aankomen op de concrete verbintenissen die partijen op zich hebben genomen en de uitleg daarvan.

3.3. Samenwerking, gemeenschap en maatschap

Procesfinanciers worden met regelmaat omschreven als ‘investeerders’ in rechtszaken.²² Zo wordt wel gewezen op de overeenkomsten tussen TPF en het investeringscontract of de joint venture.²³ Die gelijkenis is zeker aanwezig: de ene partij brengt de vordering in, de andere het kapitaal om die vordering te gelde te kunnen maken en beide partijen profiteren slechts wanneer de investering rendeert in de vorm van een schikking of toewijzend vonnis. Dat samenwerkingskarakter doet de vraag rijzen of we van een maatschap kunnen spreken.²⁴ Immers, ook als partijen hun overeenkomst niet als maatschap betitelen, kan toch aan alle vereisten zijn voldaan.²⁵ De uit art. 7A:1655 BW voortvloeiende vereisten voor het vormen van een (stille) maatschap zijn bij een financieringsovereenkomst in essentie aanwezig, namelijk een overeenkomst, een inbreng in de gemeenschap (in dit geval respectievelijk een vermogensrecht of de economische waarde daarvan en het procedeerkapitaal),²⁶ en een oog-

18. Vgl. de sale-and-lease-back-constructie in HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119 (*Sogelease*), die niet per se in het verboden vaarwater van art. 3:84 lid 3 BW komt.

19. Van Boom 2012, p. 73.

20. Art. 3:96 jo. 3:94 lid 3 BW.

21. Art. 3:178 BW.

22. Zie bijvoorbeeld: ‘Beleggen in procedures sterk in opkomst’, *NJB* 2010/2180.

23. Van Boom 2012, p. 73.

24. In Duitsland is de kwalificatie van TPF als stille maatschap vrij gangbaar; zie bijv. J. Veith & J. Gräfe (red.), *Der Versicherungsprozess*, München: Beck 2010, p. 1510-1511; L. Wilde, ‘Prozessfinanzierung: Eine Branche auf dem Sprung – der Charme der Idee hat an Frische nicht verloren’, *Anwaltsblatt* 2010, p. 813; D. Böttger, *Gewerbliche Prozessfinanzierung und staatliche Prozesskostenhilfe*, Berlin: De Gruyter 2008, p. 7; H. Buschbell, ‘Prozessfinanzierung als Instrument der Anspruchsverfolgung’, *AnwBl* 2006, p. 829; M. Coester & D. Nitzsche, ‘Alternative ways to finance a lawsuit in Germany’, *Civil Justice Quarterly* 2005, p. 94-95; J. Jaskolla, *Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 2004, p. 31 e.v., p. 72 e.v.; F. Frechen & M.L. Kochheim, ‘Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung’, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 1214; M. Dimde, *Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess – Eine ökonomische Analyse des Rechts*, Berlin: BWV 2003, p. 167 e.v.; B. Grünwald, ‘Prozessfinanzierungsvertrag mit gewerbsmäßigem Prozessfinanzierer – ein Gesellschaftsvertrag’, *Betriebsberater* 2000, p. 729 e.v.; N. Dethloff, ‘Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung’, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, p. 2226-2227. Vgl. Rapport Van Boom 2011, p. 35; O. Cojo Manuel, ‘Third-Party Litigation Funding: Current State of Affairs and Prospects for Its Further Development in Spain’, *ERPL* 2014, p. 458.

25. A.L. Mohr & V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 17-18.

26. We merken op dat juridische levering van een aandeel in de vordering niet nodig is om toch van een maatschap te kunnen spreken.

merk het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen.²⁷ Het niet wettelijk verankerde vierde element, de samenwerking op basis van gelijkwaardigheid, is problematischer. Dit vereiste moet zo worden geïnterpreteerd dat tussen partijen geen hiërarchische verhoudingen mogen bestaan; partijen hebben de wil om als compagnon samen te werken ('affectio societatis').²⁸ De vraag is of die gelijkwaardigheid aanwezig is bij procesfinanciering. De onderlinge bevoegdhedenverdeling bij TPF kan van overeenkomst tot overeenkomst verschillen en het is wellicht mogelijk dat daarbij in sommige gevallen een balans ontstaat die als gelijkwaardigheid kan worden omschreven. In veel gevallen zal er echter een duidelijk bovenliggende partij zijn die de regie heeft. Zo ontbreekt het vermoedelijk aan gelijkwaardigheid wanneer de overeenkomst zo is vormgegeven dat de financier de exclusieve beslissingsmacht heeft ten aanzien van cruciale kwesties als processtrategie en de beslissing om een schikkingsvoorstel al dan niet te aanvaarden, en de claimant geen recht heeft om de overeenkomst op te zeggen.

Hoe dit ook zij, ook wanneer de procesfinanciering als maatschap zou moeten worden gezien, dan zal de procesfinancier de toepasselijkheid van de maatschapsregels zo veel als mogelijk willen uitsluiten. Daar kan hij een heel eind mee komen. Zo zijn de winstdelingsregels onderhandelbaar zolang de winstverdeling niet aan één vennoot wordt gelaten.²⁹ En zolang de claimant geen rechtshandelingen mede in naam van de financier verricht, kan de financier als 'maat' niet worden gebonden en ontstaat geen maatschapsschuld.³⁰ De financier die op de achtergrond wil blijven kan daarom met een geheimhoudingsclausule mede het doel dienen van voorkoming van vorming van maatschapsschulden; zodoende blijft de financier anoniem en wordt niet mede in zijn naam geopereerd.³¹

3.4. Kredietovereenkomst

De geldlening is een species van de overeenkomst van verbruikleen van art. 7A:1791 BW,³² waarbij de ene partij aan de andere een som geld geeft onder voorwaarde van terugbetaling van een gelijk bedrag, over het algemeen aangevuld met een verplichting tot betaling van rente.³³ Twee verschillen met de procesfinanciering springen in het oog. Allereerst is de verbintenis tot terugbetaling bij procesfinanciering een voorwaardelijke: de claimant is

over het algemeen alleen verplicht de door de procesfinancier verstrekte gelden terug te betalen wanneer er resultaat wordt geboekt. Daarnaast bedingt de procesfinancier geen rente, maar een beloning uitgedrukt in een percentage van de opbrengst. Bovendien dringt ook de vraag zich op of de geldstromen wel altijd via het tussenstation van de claimant lopen, of dat kosten bijvoorbeeld direct door de financier betaald worden. In dat laatste geval kan wel sprake zijn van een geldlening, net zo goed als een zorgverzekering in natura kan uitkeren, maar het behoeft wel een daartoe strekkende uitleg van de overeenkomst.

Niet al deze obstakels zijn onoverkomelijk voor de kwalificatie van procesfinanciering als geldlening. Met name het bedingen van rente is geen absoluut vereiste om toch te kunnen spreken van een overeenkomst van geldlening. Daarnaast is het idee van een voorwaardelijke lening overigens ook niet geheel onbestaand: de prestatiebeurs voor studenten wordt bij tijdig afstuderen krachtens art. 4.10 Wet studiefinanciering 2000 omgezet in een gift. Bij niet-tijdig afstuderen wordt de beurs omgezet in een (rentedragende) lening krachtens art. 6.17. De prestatiebeurs begint zijn leven dus niet als lening.

Een echt voorwaardelijke lening lijkt ons niet onder het bereik van het huidige art. 7A:1791 BW te vallen en vermoedelijk evenmin onder de redactie van een eventueel nieuw artikel voor geldlening. Ook kwalificatie als een consumentenkrediet van art. 7:57 BW in zaken waar de gefinancierde claimant een consument is, is om deze reden vermoedelijk niet mogelijk. Een dergelijke kwalificatie zou een aantal beschermende bepalingen van titel 2A van Boek 7 BW en de Wet op het consumentenkrediet doen intreden, evenals een vergunningsplicht voor de financier.³⁴ Relevant is in dit kader wel een uitspraak van Rechtbank Alkmaar (kanton) uit 2012. Hierin stelde een financieringsmaatschappij aan consumenten een geldbedrag beschikbaar, met als tegenprestatie de cessie van een loonvordering op de werkgever van de consument. De loonvordering vertegenwoordigde daarbij uiteraard een hogere waarde dan het aan de consument beschikbaar gestelde bedrag. De overeenkomst werd door de financier bestempeld als koop, maar de kantonrechter oordeelde dat er sprake was van een consumentenkredietovereenkomst waarop titel 2A van Boek 7 BW en de Wet op het consumentenkrediet van toepassing waren.³⁵ Een belangrijk verschil tussen de overeenkomst uit deze zaak en een TPF-overeenkomst is ten eerste dat de loonvordering een

27. J.B. Huizink, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6; J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Maatschap, VOF, Commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 1995/28 e.v.

28. Mohr & Meijers 2013, p. 19 e.v.; Huizink 2011, p. 13. Vgl. Asser/Maeijer 5-V 1995/30, die in dit verband het participatiecontract noemt als alternatieve kwalificatie.

29. Art. 7A:1670-1672 BW. Zie nader Huizink 2011, p. 45-46; Mohr & Meijers 2013, p. 56.

30. Art. 7A:1679 BW. Bij de stille maatschap is alleen de handelende maat gebonden tenzij hij met volmacht handelt. Alleen dan is het maatschapsvermogen uitwinbaar voor de schuld van de maatschap en is elk van de vertegenwoordigde maten (in beginsel in gelijke delen) aan te spreken voor die schulden (art. 7A:1679-1681). Vgl. over de verschillende verhaalsposities HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290.

31. In geval van geheimhouding vallen ook de v.o.f. en C.V. af; de v.o.f. omdat niet onder gemeenschappelijke naam wordt opgetreden en de C.V. omdat een stille C.V. geen C.V. is.

32. Mogelijk krijgt de geldlening binnen afzienbare tijd een eigen, gemoderniseerde wettelijke regeling, die echter niet veel wijzigt ten aanzien van de kwalificatie van deze overeenkomst. Zie J.G. Gräler, 'Geldlening in een modern jasje', *WPNR* 2015, afl. 7058, p. 339 e.v.

33. Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/215.

34. Art. 1:1 Wft, definieert 'krediet' kennelijk als een onvoorwaardelijk wederkerig contract waarbij de kredietnemer 'een of meer betalingen' moet verrichten, Zie voor deze definitie J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 3 e.v.

35. Rb. Alkmaar 9 februari 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BV7006.

vaste waarde vertegenwoordigt, terwijl de opbrengst van de vordering in een TPF-overeenkomst ongewis is. Daarnaast gaat het bij TPF niet om een toekenning van een eenmalig krediet, maar om een doorlopende dekking van de kosten die de procedure met zich brengt. Wellicht is hiermee zelfs sprake van een doorlopende dienstverlening of levering van dezelfde goederen in de zin van art. 7:57 lid 1 onderdeel c BW, dat toepassing van de consumentenkredietregeling op dergelijke overeenkomsten uitsluit.³⁶

3.5. *Opdracht en overeenkomst sui generis*

Gezien het voorgaande moet de conclusie zijn dat overeenkomst van procesfinanciering zich niet gemakkelijk laat kwalificeren als een benoemde overeenkomst. Het is voorlopig gemakkelijker te bepalen wat de overeenkomst *niet* is. Zo denken wij dat TPF per saldo niet valt onder de wettelijke definities van verzekeringsovereenkomst, spel en weddenschap, geldlening of consumentenkrediet.³⁷ Dat het niet eenvoudig is te bepalen wat TPF dan *wel* is, schrijven we toe deels aan de nieuwigheid van het verschijnsel maar zeker ook aan het onvaste karakter ervan: de kwalificatie van de overeenkomst is vaak afhankelijk van haar precieze inrichting. Zij deelt in abstracto wel kenmerken met verschillende rechtsfiguren, maar past niet zonder meer in een bepaalde mal. Zo zagen we dat onder bepaalde omstandigheden sprake kan zijn van (elementen van) een koopovereenkomst. Ook de overeenkomst van maatschap is onder omstandigheden niet uitgesloten, hoewel die laatste constructie niet voor de hand ligt gezien de vereisten van gelijkwaardige samenwerking en een zekere mate van gezamenlijk naar buiten treden. In veel gevallen zal ook zijn voldaan aan de omschrijving van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW), waarbij de procesfinancier werkzaamheden verricht voor de opdrachtgever, de claimant. Dit betekent onder meer dat de claimant het recht heeft om aanwijzingen te geven en om op de hoogte te worden gehouden, en dat hij de overeenkomst te allen tijde mag opzeggen.³⁸ Deze rechten zijn echter van regelendrechtelijke aard en dus kan de overeenkomst van procesfinanciering de belangrijkste bevoegdheden naar de opdrachtnemer verplaatsen en de opzeggingsbevoegdheid van de claimant uitsluiten.³⁹ Voorlopig moet dus worden volstaan met de conclusie dat de 'doorsnee' procesfinancieringsovereenkomst toch vooral moet worden gezien als een uitgekledde opdracht of een overeenkomst *sui generis*. Dit heeft als gevolg dat vooral het algemene, veelal regelendrechtelijke overeenkomstenrecht van toepassing is.

4. Gunstige effecten en problematische aspecten

4.1. *Inleiding*

Procesfinanciering wordt door sommigen als wanpraktijk gezien die aanzet tot bovenmatig procederen en door anderen wordt zij verwelkomd als een instrument dat de tanende toegankelijkheid van het recht voor natuurlijke personen en kleine bedrijven kan vergroten.⁴⁰ De gunstige effecten van procesfinanciering zijn allemaal onder de noemer 'toegang tot het recht' te scharen: financiering zorgt ervoor dat sterke zaken die zonder financiering zouden blijven liggen, nu voor de rechter komen of op adequate wijze worden geschikt. Als nadelige effecten van procesfinanciering worden wel genoemd: het aanwakken van juridisering en claimcultuur, het risico van oneerlijke en versturende praktijken zoals het bedingen van onredelijk bezwarende voorwaarden, het risico van insolventie van de procesfinancier en het verstoren van de verhouding tussen claimant en zijn advocaat. Vooropgesteld zij dat er geen empirisch onderzoek voorhanden is met betrekking tot de vraag hoe procesfinanciering in de Nederlandse situatie uitwerkt. De schaarse empirische literatuur die er is, betreft andere jurisdicties met andere sociale, economische en juridische randvoorwaarden. Hetgeen hierna volgt, is dus een grove schets van plausibiliteiten, die we baseren op de bestaande (buitenlandse) kennis over het onderwerp.⁴¹

4.2. *Toegang tot recht; gelijk speelveld*

De procesfinancier zal zich op de hoogte stellen van de kansrijkheid van de zaak voordat hij de beslissing neemt om deze te financieren. Hij steekt vermoedelijk geen geld in weinig kansrijke zaken en ook niet in zaken met een te gering financieel belang. Te verwachten valt dus dat bij overigens gelijke omstandigheden, procesfinanciering in elk geval leiden zal tot een toename van het aantal kansrijke zaken met een hoge financiële waarde die anders niet zouden worden aangebracht wegens gebrek aan financiële middelen van de claimant. Dat gunstige effect wordt wel in verband gebracht met een volgend gunstig effect: een versterking van de preventieve werking van het privaatrecht. Door procesfinanciering worden zaken aangebracht en daarmee wordt een sterker signaal uitgezonden naar gedaagden in deze en vergelijkbare zaken dat zij de financiële consequenties van hun daden zullen moeten dragen; dat signaal kan een anterieure gedragswijziging van (andere) potentiële schadeveroorzakers en wanprestanten teweegbrengen, zodat schadetoebrenging

36. Bovendien worden in art. 7:58 lid 2 onderdeel 2 BW ook renteloze leningen van deze regeling uitgesloten.

37. Vgl. zo ook voor Duits recht Coester & Nitzsche 2005, p. 94; M. de Morpurgo, 'A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding', *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 2011, p. 401; Cojo Manuel 2014, p. 458. Voor een afwijkende mening zie: 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* 2012, p. 543.

38. Zie art. 7:402, 403 en 408 BW.

39. Let wel: als de opdrachtgever een consument is, kan de opdrachtnemer niet verhinderen dat de consument tussentijds opzegt. Zie art. 7:413 BW (dwingend recht ten behoeve van consument-opdrachtgever) jo. art. 7:408 lid 1 BW (opzeggingsbevoegdheid), art. 7:408 lid 3 BW (geen schadevergoeding), art. 7:406 BW (gevolgen voor kostenverhaal), art. 7:411 BW (gevolgen voor loon).

40. Voor een kort overzicht van voor- en tegenstanders: E. Hondius, 'Recht als koopwaar: "How much is that lawsuit in the window?"', *AA* 2014, afl. 9, p. 616.

41. We verwijzen voor een eerste overzicht en verdere vindplaatsen naar Tuil & Visscher 2010; Rapport Van Boom 2011, p. 47 e.v.

en wanprestatie achterwege blijven.⁴² Dit effect en de verbeterde toegang tot het recht blijven uiteraard uit bij de kansrijke zaken met klein financieel belang, die namelijk niet worden aangenomen door de procesfinancier. Ook overigens is de causale keten bij dit effect nogal indirect en speculatief.

Directer en daarmee mogelijk aannemelijker is het effect dat procesfinanciering de *one shot player* als het ware op een gelijk spelveld brengt met de *repeat player*,⁴³ zowel wat betreft kennis en kunde als wat betreft de omvang van de 'oorlogskas'.⁴⁴ Ondernemingen die met regelmaat aangesproken worden in vergelijkbare zaken, zijn 'repeat player'. Zij kunnen putten uit ervaring en hebben meestal ook een uitgebreide kring van experts tot hun beschikking. Het geldelijk belang van een zaak voor de 'repeat player' overstijgt al snel de individuele zaak; omdat de uitkomst ook van belang is in andere zaken, zal relatief veel geïnvesteerd worden in de betreffende zaak. Zij procederen met tal van andere dossiers in het achterhoofd.⁴⁵

De 'one shot player' heeft daarentegen geen ervaring en geen uitgebreid netwerk van experts. Bovendien is hij financieel kwetsbaarder en reikt zijn belang niet verder dan de onderhavige zaak. Dit betekent niet alleen dat hij niet kan speculeren en risico's kan spreiden over verschillende zaken, zoals de 'repeat player' dat doet, het betekent ook dat hij zich over het algemeen risicoavers zal gedragen, hetgeen het schikkingspotentieel voor de 'repeat player' vergroot. Dit alles zet de 'one shot player' op achterstand; wordt hij echter bijgestaan door een ervaren procesfinancier die de zaak heeft geselecteerd op haalbaarheid, dan wordt David ook een beetje Goliath.⁴⁶ De goedkeuring door de procesfinancier is een keurmerk voor de kansrijkheid van de vordering. Wanneer de claimant met een kleine portemonnee wordt bijgestaan door een procesfinancier, worden dus de 'equality of arms' en onderhandelingspositie van de claimant verbeterd en krijgt hij een langere procedeer-adem.⁴⁷ Het effect hiervan zal overigens vooral merkbaar zijn in die gevallen waarin de aangesprokene op de hoogte wordt gesteld van de bijstand door een procesfinancier.

Daarmee is overigens niet gezegd dat TPF tot meer of langduriger procedures leidt. De gelijkmaking van het niveau van kennis en kunde en de financiële middelen zou partijen heel wel kunnen stimuleren om vaker en eerder schikking of alternatieve geschilbeslechting te beproeven: nu het niet meer zo gemakkelijk is om minder-vermogenende claimanten af te schrikken, hetzij voor, hetzij

tijdens een gerechtelijke procedure, zou het voor beide partijen lonend kunnen zijn kosten te besparen door voor een ander verloop te kiezen.⁴⁸

4.3. Claimcultuur?

Waarschijnlijk is het meest voor de hand liggende bezwaar tegen TPF hetzelfde bezwaar dat ook 'no cure no pay', 'punitive damages' en 'class actions' aankleeft. Procesfinanciering zou exemplarisch zijn voor een maatschappij waarin het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt, wordt ingeruild voor het idee dat bijna altijd wel een verantwoordelijke aan te wijzen is die kan worden aangesproken. Niet zelden wordt hier de vergelijking met de Verenigde Staten gezocht. Procesfinanciers zouden aan het ontstaan van een claimcultuur bijdragen, enerzijds door de financiële barrières voor procederen tot een onacceptabel laag punt te verlagen, anderzijds door actief op zoek te gaan naar winstgevende claims ('ambulance chasing') en door gereputeerde ondernemingen te chanteren om te schikken of door ze in rechtszaken te betrekken waar in redelijkheid geen verantwoordelijkheid van de aangesprokene bestaat. En dat alles zou opwaartse druk op aansprakelijkheidsverzekeringen, toenemend beroep op exonaties en uiteindelijk dus ook doorberekening van deze meerkosten in consumentenprijzen te weegbrengen.⁴⁹

Ook de toenmalige minister Opstelten van Veiligheid en Justitie wees in 2012 op het gevaar van een claimcultuur en *ambulance chasing*. Hij noemde deze risico's overigens in één adem met het risico dat financiers juist alleen kansrijke zaken zouden aannemen.⁵⁰ Dit is ongerijmd: procesfinanciering kan niet tot zowel te veel als te weinig procedures leiden.⁵¹ Aannemelijker is dat TPF kan leiden tot meer procedures met als inzet hoogwaardiger claims. Als procesfinanciers namelijk eisen stellen aan de slagingskans en hoogte van de vordering en de kredietwaardigheid van de wederpartij, valt niet te verwachten dat een hausse aan onzinnige kleine claims ontstaat maar juist een stroom(pje) aan hoogwaardige substantiële claims.⁵² Wel kan worden verwacht dat op een redelijk werkende markt van procesfinanciering er ook procesfinanciers zijn die bereid zullen zijn om de randen van de markt te zoeken door zeer grote claims met een relatief kleine slagingskans te financieren of juist relatief kleine claims met een grote slagingskans. Zolang immers de verwachte kosten onder het niveau van het verwachte nut blijven, zullen ook die claims aantrekkelijk kunnen zijn. Wij zouden dit niet

42. Zie voor deze redenering bijv. De Mopurgo 2011, p. 382-383; Cojo Manuel 2014, p. 463.

43. Het verschil tussen de *one shot player* en *repeat player* wat betreft informatieniveau, kennis, kunde, onderhandelingsmacht en rationaliteit, gaat terug op het rechtssociologische werk van Galanter. Zie m.n. M. Galanter, 'Why the "haves" come out ahead. Speculations on the limits of legal change', *Law & Society Review* 1974, p. 95 e.v.

44. M. Steinitz, 'Whose Claim Is It Anyway? Third-Party Litigation Funding', *Minn. L. Rev.* 2011, p. 1300.

45. Steinitz 2011, p.1300-1302.

46. Er zijn zelfs auteurs die zo ver gaan om te stellen dat procesfinanciering ertoe leidt dat de belangen van de 'kleine man' vaker in de rechtszaal gehoord zullen worden en dat alleen al om die reden de rechterlijke rechtsontwikkeling vaker in zijn voordeel zal uitpakken. Zo althans Steinitz 2011, p. 1301.

47. Zie de verwijzingen bij Rapport Van Boom 2011, p. 47-48.

48. Zie ook: Cojo Manuel 2014, p. 450.

49. R. Mulheron & P. Cashman, 'Third-Party Funding of Litigation: A Changing Landscape', *Civil Justice Quarterly* 2008, p. 317.

50. *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 6, p. 6.

51. Cojo Manuel 2014, p. 450; De Mopurgo 2011, p. 383-384.

52. Dit kan overigens anders zijn in het geval procesfinanciering bij een laagdrempelige opt-out massachadeprocedure plaatsvindt.

onmiddellijk als een maatschappelijk onwenselijk effect willen kwalificeren.

4.4. *Falende markt; oneerlijke praktijken en woeker*

Procesfinancieringsovereenkomsten worden gesloten op een markt waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten. Zoals bij alle markten, ligt er altijd het risico van marktfalen op de loer. De risico's van het falen van de procesfinancieringsmarkt moeten naar onze indruk vooral worden gezocht in informatieasymmetrie, het risico van insolventie van de procesfinancier en in 'opstartproblemen' in de markt. Ook kan procesfinanciering nadelig uitpakken als sprake is van oneerlijke en versturende praktijken. In deze paragrafen kijken we wat preciezer naar deze vormen van marktfalen.

Een eerste kritische toets waar de overeenkomst in dat verband aan onderworpen dient te worden, is art. 3:40 BW. Zoals bij elke overeenkomst worden de buitengrenzen van de contractvrijheid bij TPF beheerst door het nietigheidsregime van art. 3:40 BW. Strijd met de wet als bedoeld in het tweede lid van dit artikel zal zich niet snel voordoen; wij kennen althans geen algeheel contractverbod ten aanzien van TPF of ontoelaatbare clausules die specifiek eigen zijn aan procesfinancieringsovereenkomsten.⁵³

Wat betreft het aspect van de beloning zou men wellicht menen dat het enkele feit dat een resultaatsafhankelijke beloning van 30 of 40% wordt bedongen, al genoeg reden is om te spreken van een oneerlijk hoge beloning, een woekerbeloning. Soms oordelen rechters wel eens dat verregaand onevenwichtige overeenkomsten in strijd met de goede zeden zijn (art. 3:40 BW).⁵⁴ Zo oordeelde het Hof Leeuwarden dat een rente van 1000% per jaar 'moreel onaanvaardbaar' en strijdig met de goede zeden (art. 3:40 BW) is.⁵⁵ Wij menen dat hier voorzichtigheid geboden is. De enkele onevenwichtigheid van de wederzijdse prestaties lijkt ons in een adequaat functionerende markt onvoldoende grond voor nietigheid. Zeker het enkele feit dat het door de procesfinancier bedongen percentage *hoog* is (bovendien: wat is hoog?) kan niet in de weg staan aan binding aan de gemaakte afspraak. Het lijkt ons niet meer dan logisch dat de financier in geval van succes niet alleen een vergoeding voor gemaakte kosten, maar ook een risicopremie zal willen incasseren. Het staat hem vrij om die beloning te gieten in de vorm van een vooraf vastgesteld resultaatsafhankelijk percentage. Een hoge beloning is niet per definitie een woekerbeloning; ons recht kent immers geen rechterlijke *iustum-pretium*-leer.⁵⁶ Zolang sprake is van een redelijk functionerende markt en wilsovereenstemming is bereikt tussen redelijk geïn-

formeerde en in vrijheid handelende partijen, zal het overeengekomen percentage bindend zijn. Dat zou anders zijn als een wettelijke limiet van toepassing is, zoals de effectieve kredietvergoeding bij consumentenkrediet.⁵⁷

In concreto kan zich bovendien natuurlijk een wilsgebrek voordoen (art. 3:44 en 6:228 BW), kan sprake zijn van schending van een precontractuele zorgplicht van de financier of kan het beroep op het overeengekomen percentage in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Maar het enkele feit dat het percentage (erg) hoog is, levert geen grond voor aantasting op.

Uiteraard is er wel iets aan de hand als de markt 'opstartproblemen' vertoont. Met dat laatste bedoelen we de beginfase van de markt, waarin er maar weinig financiers zijn en er dus nog geen maximale concurrentieslag plaatsvindt. Ook zonder het benodigde empirisch onderzoek op dit gebied lijkt het veilig om te stellen dat in Nederland, zeker voor consumenten, nog geen sprake is van een volwassen markt voor procesfinanciering. In dergelijke gevallen kunnen claimanten zich als het ware genoodzaakt te voelen om in te stemmen met beloningspercentages die hoger zijn dan in een markt met veel aanbieders van procesfinanciering.⁵⁸ Ook dat is een economische werkelijkheid. Misschien rechtvaardigt die wettelijke regulering, maar het nietig verklaren van overeenkomsten met hoge afdrachtpercentages brengt die betere marktwerking niet dichterbij. Een subtielere vorm van contractregulering ligt voor de hand, zoals we verderop zullen bepleiten.

4.5. *Tekort aan informatie; insolventierisico*

Een ander probleem betreft de kwaliteit van de procesfinancier en de kwaliteit van zijn diensten. Het feit dat de markt momenteel geheel ongeregeerd is, betekent dat eenieder zich op die markt kan begeven. Minister Opstelten van Veiligheid en Justitie waarschuwde daarom dat procesfinanciers actief konden zijn die 'onder de maat presteren en er niet in slagen de belangen van de benadeelden voldoende te vertegenwoordigen'.⁵⁹ Wij zien in dit verband vooral het risico van ontoereikende voorlichting en waarschuwing, het insolventierisico en het risico dat de procesfinancier wil schikken voor een bedrag dat voor zijn doeleinden optimaal is maar voor de claimant niet. Het risico van ontoereikende voorlichting en waarschuwing is terug te voeren op informatieasymmetrie. Die doet zich in de precontractuele fase voor als de claimant minder kennis heeft van de kansrijkheid van zijn claim dan de procesfinancier of minder kennis heeft van de kwaliteit van de dienstverlening door de financier en zijn

53. Voor het overige zijn standaardbedingen die niet kernbeding zijn, te toetsen aan art. 6:233 e.v. BW.

54. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014/342.

55. Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0354, JOR 2011/348, r.o. 3.6.

56. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/45 en 261.

57. Zie art. 35 Wet Consumentenkrediet jo. art. 4 e.v. Besluit Kredietvergoeding, alsmede art. 4:35 Wft jo. art. 115a Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen jo. Bijlage A.

58. Mulheron & Cashman 2008, p. 317; T. Cain, 'Third Party Funding of Personal Injury Tort Claims: Keep the Baby and Change the Bathwater', *Chi.-Kent L. Rev.* 2014, p. 13; *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 6. Zie over de afname van bedongen percentages door marktwerking *De Mopurgo* 2011, p. 366.

59. *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 6, p. 6.

team.⁶⁰ Procesfinancieringsovereenkomsten hebben als kansovereenkomst belangrijke implicaties voor de claimant; het is geen 'gratis geld'. Daarom is het cruciaal dat deze overeenkomsten worden aangegaan aan de hand van adequate en eenduidige informatie. Er zijn geen specifieke wettelijke regels die de procesfinancier verplichten om de claimant voor te lichten over de voordelen, risico's en gevolgen van de overeenkomst – anders dan de algemene wettelijke regels zoals het dwalingsleerstuk van art. 6:228 BW. Met name van belang is dat de claimant goed inzicht heeft in de manier waarop een eventuele opbrengst van de zaak zal worden verdeeld (bijvoorbeeld: of het percentage wordt berekend over de bruto-opbrengst of over de opbrengst na aftrek van de gemaakte kosten), in de precieze verdeling van bevoegdheden gedurende de procedure en in de rechtsgevolgen van tussentijdse beëindiging.

In Hof Amsterdam 13 december 2011 stond bijvoorbeeld een procesfinancieringsovereenkomst centraal waarin was bepaald dat als de consument niet akkoord wilde gaan met een schikkingsvoorstel dat de financier wel acceptabel vond, zij haar gecedeerde vordering van de financier moest terugkopen, met daarbij voldoening van de tot dan toe gemaakte kosten.⁶¹ Dit betekent de facto dat de consument in kwestie de schikkingsbevoegdheid in haar zaak volledig kwijt was. Afgezien van de vraag of een dergelijk beding in een overeenkomst met een consument onredelijk bezwarend is, de financier zal in ieder geval vóór het aangaan van de overeenkomst duidelijk moeten wijzen op dergelijke consequenties. Het ligt voor de hand dat in de precontractuele fase hoge eisen worden gesteld aan de zorg van de procesfinancier – zeker als die tegenover een consument optreedt – wat betreft informatievoorziening, waarschuwing en wellicht ook vergewissing ('past deze financieringsvorm bij de situatie en doelen van de claimant?'). Dit dient bij gebreke van specifieke regulering momenteel te geschieden via de leerstukken van de ongeschreven zorgplicht, de precontractuele redelijkheid en billijkheid en het dwalingsleerstuk.⁶²

Wat betreft het insolventierisico: de claimant heeft geen enkele garantie dat de financier voldoende middelen in kas heeft om de procedure geheel 'uit te lopen'. Dat is uiteraard een onaangenaam risico als het zich verwezenlijkt,⁶³ maar het is minder pregnant dan bij een dienstverlener aan wie men vermogen toevertrouwt zoals een bank of notaris. Wel kan de claimant op die manier het risico

lopen de zaak alsnog te verliezen, in de proceskosten veroordeeld te worden⁶⁴ en de advocatenrekening te moeten betalen zonder verhaal op de financier. Dit risico zou – als het werkelijk een maatschappelijk probleem is – geminimaliseerd kunnen worden door bepaalde kwaliteitseisen te stellen aan de organisatiestructuur, financiële gezondheid en transparantie van procesfinanciers.⁶⁵ Naar huidig recht is het ongeregeld; procesfinanciering is naar onze inschatting geen activiteit die valt onder enige vergunningplicht van de Wet op het financieel toezicht.

4.6. Belangentegenstellingen

De economische belangen van de claimant, de procesfinancier en de advocaat laten zich eenvoudig schetsen. De cliënt is gebaat bij adequate financiering door de financier, adequate vertegenwoordiging door de advocaat en in het algemeen bij het behalen van een (in zijn ogen) eerlijke uitkomst. Het voornaamste belang van de financier is uiteraard het realiseren van een optimale investeringsopbrengst. Ook de advocaat heeft een commercieel belang, zij het dat zijn beloning op andere wijze tot stand komt, namelijk door middel van een uurtarief, waardoor hij, anders dan de financier, in feite gebaat is bij een langere procedure.⁶⁶

Naast economische belangen is er – voor de advocaat – natuurlijk ook zoets als professionele ethiek en tuchtrecht. Voor advocaten die optreden voor de claimant, zal eenvoudig een belangenconflict kunnen ontstaan. Processtrategie en schikkingsbereidheid van claimant en financier kunnen eenvoudig divergeren. Dit maakt dat wij het voor alle betrokkenen onverstandig zouden vinden wanneer de advocaat zowel de claimant in de rechtszaal bijstaat als de financier achter de schermen bijstaat in adviserende zin (bijvoorbeeld op het punt van de kansrijkheid van de vordering of van processtrategie). Zodra er een conflict tussen de beide cliënten ontstaat, moet de advocaat zich namelijk terugtrekken.⁶⁷

In hoeverre belangenconflicten kunnen ontstaan tussen financiers en claimant, is mede afhankelijk van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden die de eerste worden toegekend. In hoeverre heeft de financier inspraak in de aansturing van de advocaten en het kiezen van een processtrategie? Wie bepaalt of een schikkingsvoorstel gedaan of geaccepteerd moet worden en kan de financier zich

60. Omgekeerd kent de procesfinancier niet de kansrijkheid van het vorderingsrecht, zodat hij gedegen onderzoek zal willen doen om te voorkomen dat hij een 'kat in de zak' koopt.

61. Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8763.

62. Vgl. de rechtspraak over de ongeschreven zorgplichten van financiële dienstverleners, zoals bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184.

63. Om het insolventierisico te minimaliseren, zal de claimant er overigens verstandig aan doen om het litigieuze vorderingsrecht niet te cederen aan de financier; verpanding tot zekerheid van afdracht van het percentage is waarschijnlijk minder riskant.

64. Omdat de proceskostenveroordeling in de meeste zaken voor de Nederlandse rechter overzichtelijk is en redelijk laag uitvalt, lijkt ons dit geen brandende kwestie. Dat is anders in gevallen die bestreken worden door art. 1019h Rv (vollledige proceskostenveroordeling in IE-zaken) en voor massaschadezaken; daar geldt het dilemma dat ook in andere landen gevoeld wordt, namelijk dat de aangesprokene er belang bij heeft te weten of de procedure gevoed wordt door een *solvente* procesfinancier terwijl de claimant daar niets over zal willen loslaten.

65. Suggesties voor zelfregulering in die richting worden gedaan in *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 6, p. 6-7.

66. Zie over deze divergerende belangen bijv. Hodges, Peysner & Nurse 2012, p. 125-126; Steinitz 2011, p. 1324.

67. Vgl. Regel 7 lid 1 en 2 van de Gedragsregels 1992, waarin is bepaald dat de advocaat zich 'niet met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen [mag] belasten indien de belangen van deze partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aanneemelijk is', en dat '[d]e advocaat die de belangen van twee of meer partijen behartigt (...) in het algemeen verplicht [is] zich geheel uit de zaak terug te trekken zodra een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict ontstaat'.

nog terugtrekken uit de zaak?⁶⁸ Hoe groter de invloed van de financier op deze punten, des te groter het potentieel voor conflict. Het is hoe dan ook mogelijk dat de belangen van de financier en de gefinancierde niet convergeren. Denk aan het geval waarin één van de twee meent dat een schikkingsvoorstel gunstig is en geaccepteerd moet worden en de ander niet. Het is ook mogelijk dat de claimant veel waarde hecht aan een principieel aspect van een zaak en daarom graag een vonnis wil afwachten, terwijl de financier vanuit zijn winst oogmerk meer ziet in een schikking. Wanneer de financier bijvoorbeeld dwang kan uitoefenen door te dreigen zich terug te trekken, is de kans groter dat het uiteenlopen van belangen ook daadwerkelijk leidt tot openlijke conflicten met de claimant.

Deze belangenconflicten zijn niet eenvoudig te voorkomen. Het rigoureuze verbieden van het uitoefenen van invloed op de processtrategie, het (mede)beslissen over schikkingsvoorstellen, of het voorbehouden van een recht tot terugtrekking, gaat te ver. Ten eerste is het vanuit economisch oogpunt redelijk dat een financier op enigerlei wijze zijn investering kan beschermen of eventueel zijn verliezen kan beperken. Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid dat de claimant nu juist wil dat de financier een rol heeft in strategische beslissingen, omdat deze ervaring en expertise in huis heeft en daarmee een gezonde professionele wisselwerking ontstaat tussen advocaat en financier. Wel zal een efficiënte geschillenregeling uitkomst kunnen bieden, voor het geval claimant en financier ernstig verschil van inzicht hebben over hoe de procedure gevoerd dient te worden. Een dergelijke regeling is in elk geval geïndiceerd wanneer de claimant een consument is.⁶⁹ Professionele claimanten zijn beter in staat van tevoren de verdeling van bevoegdheden te doorgronden en potentiële conflicten te voorzien, en verkeren wanneer een conflict zich eenmaal aandient, in een minder kwetsbare positie. Met name voor consumenten zou bescherming tegen dwangschikkingen wenselijk zijn, door bijvoorbeeld te verbieden dat strategische controle en schikkingsbevoegdheid geheel bij de financier komen te liggen.⁷⁰ Dat dit niet eenvoudig is, toont de Duitse praktijk. Daar behoudt de claimant formeel gesproken de controle over zijn zaak en kiest hij zelf zijn advocaat. De financier mag echter bedingen dat een schikkingsvoorstel zijn goedkeuring vereist en dat de claimant verplicht is om akkoord te gaan met een voorstel dat de goedkeuring van de financier kan wegdragen. Hoewel de financier de claimant niet daadwerkelijk kan dwingen om een schikking te accepteren,⁷¹ stipuleert het contract vaak dat bij een weigering door de cliënt het contract beëindigd wordt, met als voorwaarde dat de cliënt de financier het bedrag moet betalen dat deze aan de geweigerde schikking

verdiend zou hebben.⁷² Dat maakt weigering de facto zinloos.

De verhouding tussen de financier en de advocaat van de claimant is overigens verre van eenvoudig. Als een financier overweegt om een zaak aan te nemen, zal hij een adequate inschatting willen maken van de risico's en de te stellen voorwaarden. Daarvoor heeft hij informatie over de zaak nodig. Hij zal zich daarom ook toegang willen verschaffen tot informatie die normaliter zou vallen onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat.⁷³ De gedragsregels staan toe dat de advocaat met instemming van zijn cliënt informatie prijsgeeft waar een juiste uitvoering van zijn taak dat vereist. In sommige Amerikaanse staten is het *verboden* een clause in de financieringsovereenkomst op te nemen waarmee de cliënt geheel of gedeeltelijk afstand doet van het *attorney-client privilege*.⁷⁴ Erg behulpzaam zal dat niet zijn, want de financier zal toch over genoeg informatie moeten beschikken om te kunnen beslissen, net zoals een verstandige levensverzekeraar de verzekerde zal willen keuren alvorens een aanbod wordt gedaan. Hier moet het recht dus zien te schipperen: enerzijds moet de cliënt beschermd worden, anderzijds is het in zijn belang dat die bescherming niet te ver gaat, want anders krijgt hij zijn claim wellicht niet gefinancierd wegens gebrek aan informatie.

Wat betreft de verhouding tot de advocaat zal ook gelden dat de financier invloed zal willen uitoefenen op het kiezen van de advocaat, zijn honorarium en het aantal gewerkte uren. Wellicht zal de procesfinancier aan de overeenkomst de voorwaarde verbinden dat de procedure gevoerd zal worden door een advocaat die door hem wordt aangewezen. Is dat toegestaan? Ons lijken hier op zichzelf geen wettelijke verboden aan in de weg te staan. Vanuit de financier bezien is het logisch dat hij op die wijze controle over de procesvoering en advocaatkosten wil krijgen. Voor zowel de financier als de gefinancierde schuilt hierin potentieel voordeel. Wanneer de financier gunstige tarieven af weet te spreken met advocaten komt dit ook de gefinancierde ten goede: winstverdeling vindt tenslotte plaats over de opbrengst.⁷⁵ Bovendien is er voor de financier geen prikkel om kwaliteit in de vertegenwoordiging op te offeren om kosten te beperken, omdat hij, in tegenstelling tot de verzekeraar die premie int, voor zijn inkomsten afhankelijk is van een positief resultaat in de zaak. Hij zal dus kiezen voor advocaten die eerder goede diensten bewezen hebben. Maar dat wil niet zeggen dat het nooit kan botsen met de belangen van de claimant. De toegewezen advocaat is weliswaar verplicht om de belangen van de claimant – dát is zijn cliënt – voorop te stellen, maar hij weet ook wie de facturen betaalt, wie aan het roer van het schip staat en wie hem de volgende

68. Hodges, Peysner & Nurse 2012, p. 132-133.

69. Vgl. de geschillenregeling bij particuliere rechtsbijstandverzekering (art. 4:67-69 Wft).

70. Zie Van Boom 2012, p. 69 e.v.

71. Tenzij de financier krachtens de procesfinancieringsovereenkomst gevolmachtigd is om namens de claimant te schikken.

72. Coester & Nitzsche 2005, p. 92; Bruns 2012, p. 530.

73. Hierop wordt onder meer gewezen door Cain 2014, p. 13; Steinitz 2011, p. 1324. In Nederland is die plicht vastgelegd in regel 6 van de gedragsregels advocatuur 1992 en in de nieuwe art. 10a en 11a van de Advocatenwet.

74. Cain 2014, p. 34.

75. De prikkel voor de financier om de advocaatkosten laag te houden is overigens groter indien het *contingency fee* percentage berekend wordt over de bruto-opbrengst dan wanneer het percentage wordt berekend over de netto-opbrengst (= opbrengst minus (advocaat)kosten).

opdracht kan bezorgen.⁷⁶ Een mogelijke, maar weinig aantrekkelijke oplossing is financiers simpelweg te verbieden om zich op enige wijze met de advocaatkeuze te bemoeien.⁷⁷ Dit lijkt enigszins op de lijn die in Duitsland wordt gehanteerd; de achtergrond aldaar is echter het wettelijk monopolie van juristen op het verlenen van juridische diensten.⁷⁸

5. Aandachtspunten; conclusie

Procesfinanciering kent onmiskenbaar voordelen, nadelen, kansen en risico's. Het heeft ook de Nederlandse markt iets te bieden. Voor particulieren en het mkb kan het de toegang tot het recht vergroten, voor grote commerciële partijen fungeert het als een risicoafwentelingsmechanisme. Maar we moeten wel realistisch zijn: procesfinanciering is geen 'gratis geld'; procesfinanciers verrichten geen daad van altruïsme en dus stellen zij hoge eisen aan de haalbaarheid en omvang van de claim en de mogelijkheden tot verhaal bij de aangesproken partij. Het commerciële oogmerk van de financiers vormt een inherente beperking op de positieve effecten van TPF op de toegang tot het recht.⁷⁹ Zo zal de particuliere claimant met een kleine, individuele schadeclaim zelden aantrekkelijk zijn voor een procesfinancier.⁸⁰ TPF is een commerciële propositie en dat brengt beperkingen en potentieel voor belangenconflict met zich. Diezelfde commerciële grondslag zorgt er mogelijk ook voor dat de vrees voor een wildgroei aan procedures ongegrond zal blijken.

Wel brengt TPF aanwijsbare risico's met zich voor de claimant, zeker in een volledig ongereguleerde markt als de Nederlandse. Anders dan in bijvoorbeeld Engeland en Duitsland, kent ons recht nauwelijks beperkingen van de overdraagbaarheid van vorderingsrechten of het juridisch ondernemerschap buiten de advocatuur.⁸¹ Hierin ligt ook een verschil in juridische cultuur besloten. In een land als Engeland bestaat een lange traditie van geïnstitutionaliseerde juridische argwaan tegen bemoeienis van procesfinanciers met de procedure; in Duitsland bestaat het diepgewortelde monopolie van advocaten op juridische bijstand. In beide landen proberen procesfinanciers de schijn te vermijden dat zij zich zouden roeren in procedurebeslissingen en -strategie. Die tradities en monopolies kent ons liberale stelsel, dat 'commodificatie' van

claims zonder meer toestaat en dat geen bijzondere beperkingen stelt aan de bemoeienis van derden bij het procedures, niet.⁸² In het voorgaande hebben we een aantal gunstige effecten en problematische aspecten daarvan geschetst.

Hier en daar is in het voorgaande al gewezen op mogelijke oplossingsrichtingen waarmee deze risico's kunnen worden ingedamd. Zo hebben procesfinanciers in Engeland een gedragscode vastgesteld die regels stelt ten aanzien van de financiële gezondheid van de financier, het volledig informeren van de claimant, de omstandigheden waaronder een overeenkomst mag worden beëindigd en de bevoegdhedenverdeling tussen financier, claimant en advocaat.⁸³ Met name waar het de positie van claimanten betreft die natuurlijk persoon of kleine onderneming zijn, lijkt ons een zekere structurering van procesfinancieringsovereenkomsten in de Nederlandse context ook zinvol. Hoewel er bij ons weten buiten de gevallen van letselschade – waar inmiddels een experiment gaande is met resultaatgerelateerde beloning voor advocaten⁸⁴ – nauwelijks een Nederlandse markt voor procesfinanciering van dergelijke *one shot players* bestaat,⁸⁵ kan dat veranderen. In het licht van de hiervoor beschreven problematische aspecten kunnen alsdan de volgende maatregelen worden overwogen (al dan niet bij wijze van zelfregulerende gedragscode):⁸⁶

- het introduceren van waarborgen dat de procesfinancier een financieel gezonde huishouding heeft, zodat de procedure van de claimant niet opeens stilvalt door het wegvallen van financiering en dat schikkingsgelden bijvoorbeeld op derdenrekeningen terecht komen;
- het stellen van basiseisen aan de inhoud en wijze waarop precontractuele informatie over de kansen en risico's van de procesfinancieringsovereenkomst aan de claimant wordt verstrekt;
- het voorkomen dat de controle over de claim en de bevoegdheid tot schikking zozeer bij de financier komt te liggen dat de cliënt feitelijk niets kan ondernemen tegen een onredelijke schikking die de financier uit de kosten helpt maar de cliënt ten onrechte te weinig biedt;

76. Ditzelfde dilemma speelt voor advocaten uit een vast panel die door een rechtsbijstandsverzekeraar ingehuurd wordt.

77. Vgl. de discussie over de bemoeienis van rechtsbijstandsverzekeraars met de advocaatkeuze door hun verzekerden; daarover bijv. W.H. van Boom, 'Enige recente ontwikkelingen in de particuliere rechtsbijstandsverzekering', *TvC* 2011, afl. 1, p. 8 e.v.

78. Zie bijv. Tillema 2014, p. 333 e.v. Dat monopolie kennen wij niet.

79. Cain 2014, p. 13; Steinitz 2011, p. 1305.

80. Dat is anders als het betreffende rechtssysteem een effectieve massaschadeprocedure kent. Dit aspect laten we hier buiten beschouwing.

81. Zie voor overdraagbaarheid van vorderingen in deze jurisdicties de verwijzingen Rapport Van Boom 2011, p. 34 e.v.

82. De liberale houding, zeker vanuit de Duitse optiek, zien we geïllustreerd in kartelschadeclaims. Het OLG Düsseldorf oordeelde de cessie van kartelschadevorderingen aan *Cartel Damage Claims* (CDC) in strijd met de goede zeden omdat ten tijde van de cessie voorzienbaar was dat het claimsvehikel niet in staat zou zijn een eventuele proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep te dragen, waardoor het procesrisico op ontoelaatbare wijze naar de verweerder werd verschoven. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 oordeelde daarentegen dat de cessie van kartelschadevorderingen aan CDC *niet* in strijd kwam met Duits recht. Over deze problematiek uitvoerig Tillema 2014, p. 333 e.v.

83. 'Code of Conduct for Litigation Funders' van de Association of Litigation Funders of England and Wales. Zie de tekst van de versie 2014 op: <http://associationoflitigationfunders.com/documents/>.

84. Verordening tot wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning), vastgesteld door het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten van 25 juli 2013, *Stcrt.* 2013, 20779. Daarover nader Van Boom & De Jong 2014, p. 69 e.v.

85. Dit ligt anders in die gevallen waarin consumentenclaims worden gecumuleerd tot een massaschadeclaim.

86. Vgl. in dezelfde richting Van Boom 2012, p. 77.

- het introduceren van een geschillenregeling, mogelijk geënt op de geschillenregeling zoals die bij rechtsbijstandverzekeringen bestaat;
- het borgen van de afstand tussen advocaat en financier.

Hiermee komen we tot een afronding van onze bijdrage. We hebben de overeenkomst van procesfinanciering juridisch gekwalificeerd; afhankelijk van de vormgeving in het concrete geval, lijken ons de kwalificatie van een onbenoemde overeenkomst, de overeenkomst van opdracht of koop van een vermogensrecht de meest voor de hand liggende. Daarnaast hebben wij kunnen vaststellen dat er weinig in de weg staat aan de geldigheid van procesfinancieringsovereenkomsten naar Nederlands recht. Dat er gronden zijn om bepaalde kwaliteitsaspecten van de informatievoorziening door procesfinanciers, hun dienstverlening en solventie te reguleren, zeker tegenover claimanten die consument of kleine ondernemer zijn, betekent wat ons betreft niet dat procesfinanciering als zodanig ethisch onverantwoord of maatschappelijk onwenselijk zou zijn. Integendeel, als de problematische aspecten onder ogen worden gezien, kan procesfinanciering een nuttige bijdrage aan borging van toegang tot het recht leveren.