

## Procesfinanciering: wie controleert de procedure en hoe om te gaan met (potentiële) belangenconflicten?

### 1. Inleiding

Procesfinanciering of *litigation funding* is, in zijn meest eenvoudige vorm, de praktijk waarin een gespecialiseerd investeringsfonds, een procesfinancier of *third party litigation funder*, de proceskosten (waaronder de advocaatkosten) betaalt van de eiser in een procedure, in ruil voor een deel van de opbrengst.

Procesfinanciering wordt toegepast in faillissementen, commerciële geschillen (bijv. aandeelhoudersgeschillen en patentzaken), (collectieve) consumentenzaken en kartelschadezaken. Zaken die zijn gericht op het verkrijgen van een vergoeding in geld lenen zich het best voor procesfinanciering. De vordering van de eiser vormt dan zowel het onderpand als de bron van de vergoeding van de procesfinancier. In andere typen zaken is procesfinanciering in beginsel ook mogelijk maar in de praktijk komt het nog weinig voor.

In vergelijking met landen als Australië, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland staat procesfinanciering in Nederland nog in de kinderschoenen maar het lijkt erop dat procesfinanciering in Nederland met een inhaalslag bezig is.<sup>1</sup> De kans dat je vandaag als advocaat met procesfinanciering in aanraking komt, is aanzienlijk groter dan een paar jaar geleden.

Omdat procesfinanciering een betrekkelijk nieuw fenomeen is, zijn er nog veel vragen over hoe procesfinanciering in de praktijk kan en mag worden vormgegeven en wat de rol van advocaten daarbij is. Twee onderwerpen die daarbij in het bijzonder aandacht verdienen zijn:

1. de zeggenschapsverhouding tussen de cliënt en de financier; denk hierbij bijvoorbeeld aan de zeggenschap over een beslissing om te schikken of om in hoger beroep te gaan en de instructie van de advocaat; en
2. de driepartijenverhouding tussen cliënt, advocaat en financier en mogelijke belangenconflicten die zich in deze verhouding kunnen voordoen.

Dit artikel is bedoeld als een verkennende bespreking van de juridische en praktische aspecten van deze twee onderwerpen waarbij hier en ook daar wordt gekeken naar hoe hier in andere landen mee wordt omgegaan. Dit artikel bevat geen definitieve conclusies over wat rechtens of wenselijk is maar zou als basis kunnen dienen voor verdere gedachteontwikkeling en beoogt tegelijkertijd enkele praktische handvatten te bieden voor de praktijk. Met “de praktijk” wordt hier bedoeld op procesfinanciering in geschillen over geldvorderingen, met uitzondering van consumentenzaken (inclusief letselschade) en collectieve acties.<sup>2</sup>

---

1 Jan-Hein Strop, *Grote bedrijven vrezen opkomst procesfinanciering*, Follow The Money, 24 september 2015, <https://www.ftm.nl/artikelen/grote-bedrijven-vrezen-opkomst-procesfinanciering>, Pieter Couwenbergh, *Bedrijfsclaims worden handelswaar*, Financieele Dagblad 5 november 2015, Wessel Simons, *Procesfinanciering in opmars*, Elsevier 2016, nr. 42, p.115.

2 Zie over procesfinanciering in collectieve acties in Nederland I. Tillema, *Entrepreneurial motives in Dutch collective redress: Adding fuel to a 'compensation culture'?* in *Litigation, costs, funding and behaviour: Implications for the law*, Willem H. van Boom, ed., Routledge 2017, p. 222 e.v. (Boom 2017).

## 2. Wie heeft de controle over de procedure?

### 2.1 Internationaal perspectief

Opvallend genoeg was procesfinanciering in de Angelsaksische wereld, waar het is ontstaan, oorspronkelijk verboden op grond van de Middeleeuwse doctrines van *maintenance* en *champerty*. In globale zin betekent *maintenance* het financieel of anderszins ondersteunen van een partij bij een rechtszaak waar men zelf geen rechtens belang bij heeft.<sup>3</sup> *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 winst oogmerk.<sup>4</sup>

Inmiddels is procesfinanciering in de meeste Angelsaksische landen toegestaan, maar de voorwaarden waaronder het is toegestaan verschillen nog sterk per land. De verschillen zien met name op de mate waarin het procesfinanciers is toegestaan om controle te bedingen over de procedure.<sup>5</sup>

In 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 procedure mag bedingen. Een te grote mate van zeggenschap van de financier wordt gezien als onwenselijk en onwettig. De advocaatkeuze, de beslissing om te schikken en de beslissing om in hoger beroep te gaan dienen principieel bij de procespartij te blijven.<sup>6</sup>

Australië is van de *common law* landen het meest liberaal. De High Court van Australië achtte het in *Fostif*, een massaschadezaak, toelaatbaar dat de financier de advocaten instrueerde en zelfstandig kon beslissen om te schikken.<sup>7</sup> *Elfic Ltd & Ors v Macks & Ors*<sup>8</sup> betrof een curator (*administrator*) die een procesfinancieringsovereenkomst was aangegaan voor een procedure over een specifiek door de wet aan hem toegekende vordering.<sup>9</sup> De curator had onder meer voorafgaande toestemming

- 
- 3 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/litigationfundinganinternationalperspective>. Zie ook: *Elfic Ltd & Ors v Macks & Ors* [2001] QCA 219, at para. 62-64.
- 4 *Ibid.*, zie ook: Rowles-Davies, J. Cousins, *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press 2014; W.H. van Boom, *Litigation costs and third-party funding* in Boom 2017, p. 5 e.v.; 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 Procesfinanciering is nog niet overal toegestaan. In Ierland heeft de High Court in Ierland vrij recent nog besloten dat *third party funding* verboden is in *Persona Digital Telephony Ltd & anor -v- The Minister for Public Enterprise & ors* [2016] IEHC 187. De zaak wordt nu beoordeeld door de Ierse Supreme Court. In Hong Kong is procesfinanciering toegestaan in faillissement en arbitrage maar daarbuiten zijn rechters nog terughoudend: The Law Reform Commission of Hong Kong, *Report on Third party Funding*, October 2016; 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. Buiten Ierland en Hong Kong is procesfinanciering in de Angelsaksische wereld volgens mij overal zonder meer toegestaan.
- 6 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](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/>.
- 7 *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.
- 8 *Elfic Ltd & Ors v Macks & Ors* [2001] QCA 219, 6 juni 2001.
- 9 Vgl. art. 42 Fw en 2:138/2:248 BW.

van de procesfinancier nodig om te schikken of om in hoger beroep te 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.<sup>10</sup>

In Duitsland, waar procesfinanciering meer voorkomt dan in de rest van continentaal Europa en niet gereguleerd is, bedingt de procesfinancier doorgaans significante zeggenschap. Zo kan in de regel niet worden geschikt zonder instemming van de procesfinancier.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

In Nederland is procesfinanciering, net als in Duitsland, niet gereguleerd en zal de procesfinancier doorgaans in meer of mindere mate inspraak bedingen in de procedure en de beslissing om te schikken.<sup>13</sup> De wetgever veronderstelt in de Memorie van Toelichting van het Wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade dat het onwenselijk is dat de financier volledige beslissingsmacht krijgt over het instemmen met een eventueel schikkingsvoorstel.<sup>14</sup> Vanwege de specifieke kenmerken van collectieve acties zou ik hier echter geen conclusies aan willen verbinden voor de financiering van individuele commerciële geschillen, zeker niet waar de cliënten geen consumenten zijn maar min of meer professionele partijen.

Daarbij moet worden bedacht dat er in Nederland niets aan in de weg staat om een vordering tot schadevergoeding te verkopen tegen een uitgestelde koopprijs, bestaande uit een aandeel in de opbrengst van de zaak (voor zover die er is).<sup>15</sup> Op die manier kan worden bewerkstelligd dat de procesfinancier volledig rechthebbende wordt op de vordering en dus ook volledige controle krijgt over de wijze waarop deze te gelde wordt gemaakt. Een vergelijkbaar, zij het iets minder verstrekkend, resultaat kan worden bereikt met gebruikmaking van een volmacht. In de praktijk komen deze structuren ook voor.

## 2.2 Mening van de auteur

Ik zie geen principieel bezwaar tegen het toekennen van een zekere zeggenschap aan de procesfinancier. Integendeel, de mogelijkheid om inspraak te bedingen in de belangrijke beslissingen die moeten worden genomen in de loop van de procedure, zal in zijn algemeenheid de financierbaarheid van procedures vergroten.<sup>16</sup> Hoewel belangenconflicten nooit kunnen worden uitgesloten, zullen de belangen van de cliënt en de procesfinancier, die als vergoeding een

10 *Ibid.*, para. 105-106.

11 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.

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

13 W.H. van Boom & J.L. Luijten, *Procesfinanciering door derden*, RM Themis 2015/5, p. 188-199.

14 Memorie van Toelichting afwikkeling van massaschade in een collectieve actie 16 november 2016, p. 13, te vinden op: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/11/16/memorie-van-toelichting-afwikkeling-van-massaschade-in-een-collectieve-actie>.

15 Dat is in andere landen niet altijd vanzelfsprekend.; zie W.H. van Boom, *Litigation costs and third-party funding*, in Boom 2017, p. 14-16.

16 W.H. van Boom, *Litigation costs and third-party funding*, in Boom 2017, p. 26, met verwijzingen naar o.a.: V. Wayne, *Trading in Legal Claims: law, policy & future directions in Australia, UK & US*, Adelaide: Presidian Legal Publications 2008, M. Steinitz, *Whose Claim Is It Anyway? Third-Party Litigation Funding* (2011) 95 *Minn. L. Rev.* 1268.

percentage van de opbrengst van de zaak ontvangt, in beginsel gelijk gericht zijn. Daarbij zou de betrokkenheid van een procesfinancier vanwege zijn financieel rationele insteek ook kunnen bijdragen aan betere besluitvorming.

In andere domeinen zoals het ondernemingsrecht, is wettelijk verankerd dat de verstrekker van risicodragend kapitaal aan een onderneming bepaalde zeggenschapsrechten krijgt.<sup>17</sup> Het verstrekken van risicodragend kapitaal voor een juridische procedure is niet wezenlijk anders. Het valt niet in te zien waarom de derde die in de verwezenlijking van die procedure investeert, daarover geen zeggenschap zou mogen bedingen.

### 2.3 Analogie met *venture capital*

Elders heb ik al besproken dat de analogie met *venture capital* goede aanknopingspunten biedt voor een procesfinancieringsovereenkomst.<sup>18</sup> Het belangrijkste is dat partijen vooraf goed afstemmen wat hun verwachtingen over de uitkomst van de procedure of een eventuele schikking zijn. Die verwachtingen moeten niet te ver uiteen lopen. Spanningen en mogelijke conflicten kunnen worden voorkomen door bijvoorbeeld uitdrukkelijk te bespreken en ook vast te leggen welk schikkingsbedrag in beginsel acceptabel is voor beide partijen. Vervolgens valt te overwegen om op te nemen dat periodiek of na een bepaalde fase (bijv. comparitie of vonnis in eerste aanleg) partijen in overleg treden om na te gaan of de uitgangspunten op basis waarvan ze de overeenkomst zijn aangegaan moeten worden heroverwogen.<sup>19</sup>

Een specifiek aandachtspunt is dat gaandeweg het proces duidelijk kan worden dat de best mogelijke schikking niet bestaat uit de betaling van een geldbedrag. Als een schikking anders dan in geld een optie is die de cliënt wil openhouden, dan is het aan te raden voor dat geval een bepaling op te nemen.

Ten slotte valt te overwegen om een onafhankelijk (bindend) adviseur aan te wijzen voor het geval er onenigheid rijst tussen de procesfinancier en de cliënt over de te varen koers. Die adviseur kan dan snel de knoop doorhakken zodat de procedure niet lijdt onder het verschil van inzicht. Dit kan ook nuttig zijn om te voorkomen dat de advocaat die voor beide partijen optreedt in de knel komt.

## 3. Wat betekent de opkomst van procesfinanciering voor advocaten?

### 3.1. Inleiding

Een belangrijk aandachtspunt voor advocaten als het over procesfinanciering gaat, dat ten dele samenhangt met de zeggenschapsdiscussie, is een mogelijk belangenconflict in de driepartijenverhouding tussen cliënt, advocaat en financier.

Het meest voor de hand liggende potentiële belangenconflict doet zich voor als de procesadvocaat een cliëntrelatie heeft met zowel de cliënt als de procesfinancier. Vanuit het oogpunt van kosten en efficiëntie kan het wenselijk zijn dat de advocaat zowel voor de cliënt als de procesfinancier optreedt. Dit is ook toegestaan, als ten minste niet al op voorhand aannemelijk is dat de belangen van de procesfinancier en de procespartij gedurende het proces uiteen zullen gaan lopen (gedrags-

17 Denk bijvoorbeeld aan stem-, vergader- en enquêterechten van kapitaalverstrekkers van besloten en naamloze vennootschappen.

18 R.J. Philips, *Litigation funding in faillissement*, TvI 2016-11, p. 75 e.v. Zie ook: 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>.

19 Vgl. *drag along* en *milestone* bepalingen in joint venture overeenkomsten.

regel 7 lid 2 Gedragsregels 1992). Vervolgens zal de advocaat er gedurende de hele procedure alert op moeten blijven dat niet alsnog een belangenconflict ontstaat dat hem noopt om zich terug te trekken.

Ook als de advocaat alleen optreedt voor de cliënt kan er sprake zijn van een belangenconflict vanwege een commerciële band tussen de financier en de advocaat. Dit soort meer verborgen belangenconflicten worden hieronder besproken onder het kopje overige belangenconflicten.

### 3.2 De procesfinancieringsovereenkomst: op voorhand een belangenconflict?

Om te beoordelen of het aannemelijk is dat de belangen van partijen uiteen gaan lopen, zal de advocaat inzicht moeten hebben in de afspraken tussen partijen, hun verwachtingen van de procedure en hun schikkingbereidheid.

Als de advocaat niet betrokken is geweest bij de totstandkoming van de procesfinancieringsovereenkomst, dan dient hij of zij dus alsnog kennis te nemen van de inhoud van deze overeenkomst. Dat is overigens ook raadzaam als de advocaat alleen voor de cliënt (de procespartij) optreedt. De cliënt heeft er belang bij dat zijn advocaat bij zijn advisering over belangrijke keuzes in het proces ook de gevolgen van die keuzes onder de procesfinancieringsovereenkomst kan meenemen.

De advocaat dient naast de zeggenschapsbepalingen in de procesfinancieringsovereenkomst ook goed te kijken naar de financiële afspraken tussen de financierende en procederende partijen. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de procesfinancier naast een percentage van de opbrengst, een cumulatief preferent rendement op de investering bedingt, eerst te ontvangen uit enige opbrengst, dat soms ook nog oploopt in de tijd. Mijn indruk is dat deze structuur vooral wordt gebruikt door Angelsaksische funders die geen of beperkte zeggenschap kunnen bedingen en op deze manier de cliënt een prikkel willen geven om efficiënt te procederen.<sup>20</sup> Daar is op zichzelf niets mis mee maar een nadeel van een preferent-rendement-structuur is wel dat de belangen van de financier en de cliënt sneller uit elkaar gaan lopen. Als de procesfinancier uit de opbrengst eerst een preferent rendement ontvangt, ontstaat immers eerder een situatie waarin er voor de cliënt relatief weinig of zelfs niets overblijft, terwijl de procesfinancier een goed rendement op zijn investering ontvangt.

### 3.3 Belangenconflict ontstaat tijdens de vertegenwoordiging

Gedragsregel 7 lid 2 luidt (cursivering auteur): “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.”

Dat de advocaat zich “in het algemeen” dient terug te trekken uit de zaak als zich een belangenconflict voordoet, duidt erop dat er onder speciale omstandigheden ruimte is om de zaak toch te blijven voeren. Uit de toelichting op art. 7 lid 2 blijkt dat hierbij is gedacht aan verzekeringszaken waarin er bijvoorbeeld onenigheid bestaat over de dekking maar partijen een gemeenschappelijk belang hebben bij het voortzetten van de procedure. Eenzelfde situatie zou zich kunnen voordoen bij procesfinanciering als er tussen partijen onenigheid ontstaat over de verdeling van de opbrengst; dat hoeft het verloop van de procedure niet te raken.

20 Voor zover ik weet, is het in Nederland en Duitsland minder gebruikelijk dat procesfinanciers een preferent rendement bedingen. Meestal bedingt de procesfinancier uit de opbrengst, naast het nominale bedrag van zijn investering, een recht-toe-recht-aan percentage van de meeropbrengst. Dit verschil met de Angelsaksische praktijk zou (mede) haar oorzaak kunnen vinden in het feit dat procesfinanciers in Nederland en Duitsland vaak significante controle over de zaak bedingen.

Een belangenconflict wordt problematisch als de advocaat van de procesfinancier en de procespartij tegengestelde instructies krijgt, bijvoorbeeld in schikkingsonderhandelingen. Als partijen het niet snel alsnog eens worden, dan zal de advocaat zich uit de zaak moeten terugtrekken. De enige uitzondering hierop is dat van te voren uitdrukkelijk is overeengekomen dat hij één van beide partijen mag blijven bijstaan (toelichting op gedragsregel 7 lid 2). Als één van de partijen een vaste cliënt is, dan kan het voor de advocaat dus raadzaam zijn om vooraf vast te leggen dat hij in geval van een belangenconflict zijn oorspronkelijke cliënt blijft vertegenwoordigen. Daarnaast zou het benoemen van een onafhankelijke (bindend) adviseur, die in dit soort situaties de knoop doorhakt, uitkomst kunnen bieden.

Gelet op de parallellen met de verzekeringspraktijk, waarin vergelijkbare drie-partijenverhoudingen al jaren gebruikelijk zijn, valt niet te verwachten dat potentiële belangenconflicten vaak tot onoverkomelijke problemen zullen leiden bij procesfinanciering. De praktijk en de jurisprudentie in landen waar procesfinanciering al langer gemeengoed is, bevestigt dat. In de Australische rechtspraak is dit ook uitdrukkelijk overwogen. The New South Wales Court of Appeal (Australië) 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.”<sup>21</sup>

Opvallend is dat de Australische rechter de dubbele cliëntrelatie mede verantwoord acht door te wijzen op de zorgplicht van de verzekeraar tegenover de verzekerde in gevallen waarin de verzekeraar de advocaat van de verzekerde (mede) instrueert. Kennelijk wordt voor de procesfinancier die controle over de procedure bedingt, onder Australisch recht een vergelijkbare zorgplicht verondersteld.

De *duty* van de verzekeraar zoals die hierboven is verwoord, doet denken aan de generieke zorgplicht die op grond van de Wft rust op financiële dienstverleners om op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht te nemen (art. 4:24a Wft). Procesfinanciers vallen strikt genomen niet onder de definitie van “financiële dienstverlener”<sup>22</sup> van de Wft maar ik acht het verdedigbaar en ook wenselijk om voor de procesfinancier die op grond van een procesfinancieringsovereenkomst een controlerende rol heeft, een vergelijkbare zorgplicht te veronderstellen. Men zou hiervoor afhankelijk van de context kunnen aanknopen bij de contractuele redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW), goed opdrachtnemerschap (art. 7:401 BW) en/of de zorgplicht van de pandhouder (art. 3:243 BW); waar de nakoming van de verplichtingen van de procespartij tegenover de procesfinancier meestal wordt verzekerd met een pandrecht op de gefinancierde vordering. Om iedere twijfel weg te nemen, is aan te raden om een dergelijke bepaling op te nemen in de procesfinancieringsovereenkomst.

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

22 Om onduidelijke redenen is de definitie van financiële dienstverlener in de Wft aan elkaar geschreven.

### 3.5 Overige belangenconflicten

Een meer verborgen risico op een belangenconflict ontstaat als een advocaat weliswaar geen cliëntrelatie heeft met de procesfinancier maar wel vaker optreedt in zaken die door de procesfinancier worden gefinancierd. Zo kan de advocaat de procesfinancier gaan zien als een aangever van werk ook al heeft hij met hem geen cliëntrelatie. Dit zou nog een stap verder kunnen gaan als kantoren best-friends-achtige relaties krijgen met procesfinanciers waarbij zaken over en weer verwezen worden. Tenslotte bestaat de mogelijkheid dat een advocaat als investeerder en/of aandeelhouder een belang heeft in de procesfinancier.

Al deze scenario's dragen in meer of mindere mate het risico in zich dat de advocaat zich bij de advisering van zijn cliënt, bewust of onbewust, laat leiden door (mogelijk) conflicterende belangen van de procesfinancier. Zo kan een situatie ontstaan waarin de procesfinancier op papier geen controle over de procedure heeft maar deze in de praktijk wel uitoefent via de advocaat. Het moge duidelijk zijn dat hierdoor de onafhankelijkheid van de advocaat in het geding kan komen (vgl. regel 2 van de Gedragsregels 1992).

De vraag is echter waar de grens ligt en of een harde grens valt te trekken. Voor zover ik weet, heeft de Nederlandse Orde van Advocaten nog geen uitgesproken gedachten ontwikkeld over de wijze waarop advocaten hiermee om dienen te gaan. Hier volgen, mede gebaseerd op buitenlandse literatuur over dit onderwerp, drie suggesties om hier in de praktijk mee om te gaan.

1. In voorkomende gevallen dient de advocaat zijn cliënt volledig te informeren over zijn relatie met of belangen in de procesfinancier die zouden kunnen leiden tot een belangenconflict.<sup>23</sup>
2. In de procesfinancieringsovereenkomst wordt een garantie opgenomen waarin de procesfinancier verklaart dat hij geen mogelijke conflicterende belangen heeft in de gefinancierde zaak en geen bestaande (werk)relatie heeft met de advocaat tenzij en voor zover hij daar uitdrukkelijk melding van heeft gemaakt.<sup>24</sup>
3. Hierboven is de regeling besproken die art. 7 lid 2 van de Gedragsregels 1992 biedt voor het geval dat de advocaat voor twee partijen optreedt. Deze regeling zou ook als richtsnoer kunnen dienen voor gevallen waarin de advocaat geen formele cliëntrelatie heeft met de procesfinancier. Bij een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict dat raakt aan de procedure (of de schikking daarvan) dient de advocaat zich terug te trekken.

### 3.6 Moet de advocaat zijn cliënt onder omstandigheden wijzen op de mogelijkheid van procesfinanciering?

Procesfinanciering biedt advocaten in sommige gevallen de mogelijkheid om cliënten te bedienen die zelf de middelen niet hebben of niet willen inzetten om een zaak te maken van een betwiste vordering. Een interessante vraag is of advocaten onder omstandigheden ook de plicht hebben om cliënten op de mogelijkheid van procesfinanciering te wijzen.<sup>25</sup>

23 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, p.738, te vinden op: <http://ssrn.com/abstract=2320030> met verdere verwijzing naar: The Association of the Bar of the City of N.Y. Comm. on Professional Ethics, Formal Op. 2011-2 (2011) te vinden op: <http://www.nycbar.org/ethics/ethicsopinions-local/2011-opinions/1159-formal-opinion-2011-02> (discussing third-party litigation financing).

24 *Ibid.* p. 740 e.v.

25 Een Engelse advocaat vertelde mij onlangs dat deze verplichting voor advocaten (*solicitors*) in Engeland is opgenomen in hun professionele regels. Zie ook: <http://www.sra.org.uk/consumers/using-solicitor/costs-legal-aid.page>.

Er is een grote groep mensen en bedrijven die tussen de wal en het schip van ons rechtssysteem vallen: zij komen niet in aanmerking voor een toevoeging, maar de kosten van een rechtsgang zijn voor deze partijen te hoog.<sup>26</sup> Hoewel procesfinanciering slechts voor een klein aantal van dat soort zaken een oplossing zal kunnen bieden, is de vraag legitiem of een advocaat zijn cliënt in een dergelijk geval niet zou moeten wijzen op die mogelijkheid. Advocaten hebben al de verplichting om cliënten te wijzen op de mogelijkheid van door de overheid gefinancierde rechtshulp (Gedragsregel 24). Naarmate er meer valide private alternatieven voorhanden zijn, is er volgens mij geen principiële reden om de informatieverplichting van advocaten te beperken tot gevallen waarin de overheid mogelijk als financier kan optreden.

#### 4. Conclusie

Er zijn nog veel vragen over hoe procesfinanciering in de praktijk kan en mag worden vormgegeven en welke invloed de opkomst van procesfinanciering heeft op de rol van de advocaat. In dat kader zijn in dit artikel de zeggenschapsverhouding tussen de cliënt en mogelijke belangenconflicten in de driepartijenverhouding tussen cliënt, advocaat en financier aan de orde gekomen.

Tussen landen waar procesfinanciering tot ontwikkeling is gekomen, bestaan grote verschillen in de mate waarin het procesfinanciers is toegestaan om zeggenschap over de door hen gefinancierde procedure te bedingen. Onder Nederlands recht gelden geen bijzondere regels en zijn partijen dus in beginsel vrij om de procesfinancier (mede)zeggenschap te geven over de processtrategie en de beslissing over een eventuele schikking. Ik heb betoogd dat dit een goede zaak is, onder meer omdat het de financierbaarheid van zaken vergroot. Net als bij iedere andere samenwerking is voor het voorkomen van conflicten essentieel om de verwachtingen van de samenwerking van te voren goed af te stemmen en een goede regeling op te nemen voor het geval er een impasse in de besluitvorming ontstaat. In het kader van procesfinanciering kan hierbij worden gedacht aan de benoeming van een onafhankelijke (bindend) adviseur die in voorkomend geval de knoop voor partijen doorhakt.

Procesfinanciering biedt zakelijke kansen voor advocaten maar de toetreding van een derde partij met een belang in de uitkomst van de zaak vergroot ook het risico op een belangenconflict. Regel 7 lid 2 van de Gedragsregels 1992 biedt een adequaat richtsnoer voor de advocaat om met dit risico om te gaan. Genoemde regel is mede geschreven met oog op de verzekeringspraktijk waarin advocaten regelmatig optreden voor zowel de verzekeraar als de verzekerde.

Naarmate procesfinanciering meer voorkomt en langer bestaat, is het aannemelijk dat procesfinanciers voor advocaten ook aangevers van werk worden. Dit kan leiden tot een loyaliteitsconflict als de belangen van de cliënt en de financier uit elkaar gaan lopen, ook al heeft de advocaat formeel geen cliëntrelatie met de procesfinancier. Voor deze situatie heb ik een paar aanbevelingen gedaan voor de wijze waarop hier in de praktijk mee zou moeten worden omgegaan:

1. de advocaat dient zijn cliënt tijdig en volledig te informeren over zijn relatie met of belangen in de procesfinancier, zodat de cliënt in voorkomend geval van tevoren kan bepalen of hij zich daar comfortabel bij voelt;

26 Zie o.a. O. Couwenberg, M.J. Schol, H.B. Winter, Toegang tot advocaten – Een kwalitatief onderzoek naar belemmeringen in de toegang tot advocaten voor betalende particulieren en MKB-bedrijven, Faculteit Rechtsgeleerdheid Pro Facto, Groningen 2009 met verdere verwijzingen en voor een recente en alarmerende systeemkritiek: M. Barendrecht, K. van Beek en S. Muller, *Menselijk en rechtvaardig – Is de rechtsstaat er voor de burger?* Hague Institute for Innovation of Law (Hiil) 2017 te vinden op: <http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/Hiil%20Menselijk%20en%20rechtvaardig%20Launch%203%20mei%202017%20def.pdf>.

2. in de procesfinancieringsovereenkomst wordt een garantie opgenomen waarin de procesfinancier verklaart dat hij geen mogelijke conflicterende belangen heeft in de gefinancierde zaak en geen bestaande (werk)relatie heeft met de advocaat tenzij en voor zover hij hier uitdrukkelijk melding van heeft gemaakt;

3. de regeling voor het omgaan met belangenconflicten in art. 7 lid 2 van de Gedragsregels 1992 biedt ook een goed richtsnoer voor gevallen waarin de advocaat geen formele cliëntrelatie heeft met de procesfinancier. Bij een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict dat raakt aan de procedure (of de schikking daarvan) dient de advocaat zich uit de procedure terug te trekken.

Rein Philips, managing director van Redbreast Associates NV