Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem?

Verslag van de najaarsvergadering 2016 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht

*Mr. J.J. Dammingh en mr. L.M. van den Berg**

Algemeen

De najaarsvergadering van 2016 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (hierna: NVvP), die plaatsvond op 25 november 2016, droeg de titel 'Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem?'

De voorzitter, prof. mr. C.J.M. Klaassen, heeft bij wijze van inleiding (de keuze voor) het thema van deze vergadering en de achtergronden ervan toegelicht. De toegang tot het recht en de rechter is in een (democratische) rechtsstaat van cruciaal belang. Aan een gerechtelijke procedure zijn echter kosten verbonden (onder meer griffierecht, de kosten van een eventueel in te schakelen deskundige en – niet in de laatste plaats – de advocaatkosten). Deze kosten spelen een rol bij de afweging die een partij maakt om al dan niet een procedure aanhangig te maken. In de praktijk wordt naar mogelijkheden gezocht om de kosten van een procedure op een derde af te wentelen. Hierbij kan worden gedacht aan een rechtsbijstandsverzekering, maar ook aan (de discussie over) 'no cure, no pay'.

'Third party litigation funding' (hierna: TPF) – in het Nederlands: 'procesfinanciering door derden' – biedt eveneens de mogelijkheid aan een procespartij om de kosten van een procedure door een derde te laten dragen. TPF – in het buitenland al langer een vertrouwd fenomeen – heeft inmiddels ook in Nederland voet aan de grond gekregen.

TPF komt er in de kern op neer dat een eiser in een procedure een deel van de (mogelijke) opbrengst daaruit afstaat aan een derde, die – bij wijze van 'tegenprestatie' – bereid is om de kosten van die procedure te financieren en bij verlies de proceskostenveroordeling voor zijn rekening te nemen. Nogal wat massaclaims en kartelschadeclaims die bij de Nederlandse rechter aanhangig zijn gemaakt, zijn door dergelijke investeerders ('procesfinanciers' of '*litigation funders*') gefinancierd. Er zijn inmiddels ook op de Nederlandse markt meerdere *litigation funders* actief die bereid zijn om de kosten en de risico's

van een procedure over te nemen van partijen die zelf die kosten en risico's niet kunnen of willen dragen.¹

TPF draagt bij aan de toegang tot het recht en de rechter, maar er zitten ook 'haken en ogen' aan. Zo kan men zich afvragen of TPF niet leidt tot het ontstaan van een *claimcultuur* (of tot 'ambulance chasing').² En loopt het belang van de procesfinancier – tegen de achtergrond van diens investeringsbeslissing – wel parallel met het belang van de procespartij? De advocaat moet proberen te vermijden dat de belangen van zijn cliënt (de partij in de procedure) conflicteren met de belangen van de procesfinancier (de 'economische opdrachtgever'). Ook kan de vraag worden opgeworpen of de rechter rekening moet houden met de omstandigheid dat sprake is van procesfinanciering (waardoor ook een derde – de procesfinancier – een financieel belang bij de uitkomst van de procedure heeft).

Op zichzelf is het niet nieuw dat een derde een financieel belang heeft bij (de afloop van) een procedure. Denk aan claims in het aansprakelijkheidsrecht waarbij verzekeraars zijn betrokken en aan rechtsbijstandsverzekeringen. De verzekeraars hebben ook in zekere mate invloed op de wijze van procederen. TPF heeft echter een ander karakter. In deze vergadering zullen zowel de mogelijkheden van TPF als de daaraan verbonden bezwaren worden besproken. In dit verband zal ook worden stilgestaan bij de vraag of het wenselijk is TPF een wettelijke basis te geven.

De voorzitter rondt haar inleiding af met een korte introductie van de sprekers. R.J. Philips, directeur van een (mede op de Nederlandse markt opererende) *litigation funder*, zal de voor- en nadelen van procesfinanciering door derden bespreken. J.H. Lemstra zal vertellen over zijn ervaringen als advocaat in procedures aangaande massaclaims en daarbij op TPF ingaan. L.T. Visscher, hoogleraar Legal Economic Analysis of Tort and Damages te Rotterdam, zal vanuit rechtseconomisch perspectief over TPF spreken en in dat kader tevens aandacht besteden aan het effect dat procesfinanciering door een derde kan hebben op de wijze van procederen.

* Mr. J.J. Dammingh is universitair hoofddocent burgerlijk (proces)recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en tevens advocaat te Nijmegen. Mr. L.M. van den Berg is stafjurist in de Rechtbank Gelderland en tevens verbonden aan de sectie burgerlijk (proces)recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Zie o.m. W.H. van Boom & J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *RMThemis* 2015, afl. 5, p. 188-199.
2. Van Boom & Luiten 2015, p. 194.

Inleiding mr. R.J. Philips³

Stellingen:

1. De beslissing om wel of niet te procederen is in de eerste plaats een investeringsbeslissing. Een goed procesadvies heeft dan ook de kenmerken van een investeringsadvies en geeft helder inzicht in de benodigde investering, de looptijd en het verwachte resultaat.
2. Advocaten zouden hun cliënten moeten wijzen op de mogelijkheid om hun zaak te laten beoordelen en financieren door een procesfinancier.
3. Een beursgenoteerde Amerikaanse *litigation funder* heeft in het eerste jaar van 2016 US \$ 200 miljoen gecommitteerd aan nieuwe zaken. *Litigation finance* is de volgende (financiële) bubbel (?).

Inleiding

Philips geeft aan dat hij eerst enkele inleidende opmerkingen over TPF zal maken, vervolgens een aantal aandachtspunten zal bespreken en tot slot kort zal ingaan op de zaakbeoordeling (hetgeen de essentie is van wat een procesfinancier doet). Met '*litigation funding*' wordt bedoeld op procesfinanciering door een gespecialiseerd investeringsfonds (de *litigation funder* of procesfinancier). De procesfinancier betaalt de kosten van de procedure van – meestal – de eiser, in ruil voor een deel van de opbrengst.⁴ De procesfinancier is gespecialiseerd in het investeren in rechtszaken (met als oogmerk het behalen van rendement op die investering). 'Vertaald' in *corporate finance*-termen kan het zo worden gezien dat de door de eiser in te stellen rechtsovereenkomst als een 'asset' van diens onderneming wordt beschouwd waarop hij financiering kan krijgen. TPF is dus niet hetzelfde als het opkopen van vorderingen.

Waar komt TPF vandaan? Het is ontstaan en tot ontwikkeling gekomen in de *common law*-landen, en dan vooral in de faillissementspraktijk in Australië in de jaren negentig (van de vorige eeuw). In de *common law*-landen hebben de doctrines van '*maintenance*' en '*champerty*' lange tijd een belemmering voor TPF gevormd. Deze doctrines vinden hun oorsprong in de Middeleeuwen: de landheren, die geen belasting meer mochten heffen en op wie geen beroep meer werd gedaan voor het uitvechten van particuliere oorlogen, zochten destijds een ander empoel en vonden dat in het 'ondersteunen' van partijen in rechtszaken over grond, waarbij vaak als tegenprestatie de afgifte van een deel van de betreffende grond werd bedongen. Die landheren deinsden er niet voor terug om – in het kader van die '*maintenance*' – getuigen en andere bij de rechtszaak betrokken personen om te kopen of fysiek te bedreigen. Om deze praktijken de kop in te drukken werden *maintenance* en *champerty* verboden. Dit verbod heeft TPF in de *common law*-jurisdicties lange tijd in de weg gestaan.⁵

Waar heeft de sterke opkomst van TPF – vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw – mee te maken? Allereerst met het feit dat met procederen hoge kosten gemoeid (kunnen) zijn. Daarnaast heeft de toenemende behoefte bij ondernemingen en burgers om – via de rechter – 'hun recht te halen' bijgedragen aan de groei van TPF. TPF biedt partijen die daarvoor de financiële middelen ontberen, de mogelijkheid om de kosten van de procedure door een ander te laten dragen. Denk aan ondernemingen die in financieel zwaar weer verkeren, curatoren in een faillissement met een nagenoeg lege boedel en consumenten die als gevolg van een gebrekkig product schade hebben geleden. Maar TPF is niet alleen aantrekkelijk voor partijen die onvoldoende middelen hebben voor de bekostiging van een procedure. Het is ook interessant voor ondernemingen die willen voorkomen dat hun werkkapitaal en marges gedurende meerdere jaren worden belast door de kosten van een juridische procedure. Ook in dergelijke gevallen kan TPF uitkomst bieden.

Na voormelde inleidende opmerkingen gaat Philips in op enkele aandachtspunten. Wat is het (commercieel-economische) karakter van de overeenkomst van procesfinanciering? Volgens Philips betreft het een onbenoemde overeenkomst die gelijkenis vertoont met een '*venture capital agreement*'. Er wordt risicodragend kapitaal ter beschikking gesteld voor een veelbelovende maar risicovolle 'onderneming' – namelijk de procedure – in ruil voor een (minderheids)aandeel. De aspecten die men in een modelovereenkomst voor een *joint venture* aantreft, komen vaak ook in een *litigation funding*-overeenkomst terug.⁶ Naast de bepalingen die gebruikelijk zijn in elke investerings- of jointventureovereenkomst, behoeven de bepalingen aangaande geheimhouding extra aandacht. Verder verdient het aanbeveling om in de overeenkomst bepalingen over een mogelijke belangenverstrengeling op te nemen (het zou – in theorie – zo kunnen zijn dat de funder ook de wederpartij financiert, hoewel dat eigenlijk niet mag). Een aandachtspunt is eveneens de financiële gegoedheid van de procesfinancier (de procespartij wil natuurlijk niet in zee gaan met een funder wiens financiële middelen in de loop van de procedure opdrogen).

Philips besteedt vervolgens aandacht aan de zaakbeoordeling. De inhoudelijke criteria die een *litigation funder* hanteert, zijn in de regel op de website van de betreffende funder te raadplegen. Doorgaans wordt op de volgende criteria geselecteerd:

- de juridische merites van de zaak (heeft de in te stellen rechtsovereenkomst c.q. het te voeren verweer kans van slaagen?);
- de reële claimwaarde;
- de verhouding tussen enerzijds de kosten en anderzijds de te verwachten opbrengst (dat spreekt voor zich, want het gaat immers om een kosten-batenafweging, aldus Philips);
- er moeten reële verhaalsmogelijkheden zijn (op het vermogen van de wederpartij);

3. Medeoprichter en bestuurder van Redbreast Associates N.V., een Nederlandse litigation funder. Zie ook R.J. Philips, 'Litigation funding in faillissement', TvI 2016, afl. 11, p. 75-85.

4. Philips 2016, p. 75.

5. Philips 2016, p. 76.

6. Vgl. Philips 2016, p. 75. Zie over de kwalificatie van de overeenkomst van procesfinanciering o.m. Van Boom & Luiten 2015, p. 190-193.

- vaak verlangt de funder een (juridische) opinie van de behandelend advocaat met een inschatting van de kans van slagen (en soms zal – ook – een second opinion worden gevraagd).

Voor sommige *litigation funders* geldt dat zij alleen in een bepaald type zaken/claims investeren.

De zaakbeoordeling is – wat Philips betreft – de essentie van wat een *litigation funder* doet: is het de moeite waard om tijd en geld in de zaak te investeren? Daarbij draait het om de vraag of sprake is van een ‘verdedigbaar standpunt’ (in een procedure). Maar wanneer is dat het geval? Bij een kans van slagen van 60 procent bijvoorbeeld? Hierover kan men van mening verschillen.

Philips wijst op het boek *Thinking fast and slow* van Daniel Kahneman (uit 2001), waarin enkele veelvoorkomende valkuilen worden genoemd. Hierbij kan worden gedacht aan:

- het onderschatten van de tijd en de kosten die met een procedure zijn gemoeid (*‘planning fallacy’*);
- het overschatten van de kansen en/of de opbrengsten van een zaak (*‘overconfidence’*);
- doorgaan met een procedure omdat er al zoveel in is geïnvesteerd (*‘sunk loss bias’*).

Philips noemt ook nog het boek *Winning at litigation through decision analysis* van John Celona (uit 2016), dat nuttige informatie bevat met het oog op de zaakbeoordeling (en *litigation funding* in het algemeen).

Ter afronding van zijn voordracht toont Philips (op een slide) nogmaals zijn stellingen (zoals meegestuurd met de uitnodiging).

Discussie

De heer Spigt (advocaat) merkt op dat het procesfinanciers in Nederland niet is toegestaan om een eigen advocatenkantoor op te richten. Dit wordt bevestigd door Philips.

Mevrouw Van Heel (rechter) vraagt zich af of aan de rechter bekend wordt gemaakt dat sprake is van procesfinanciering door een derde. Philips geeft aan dat dit niet per se hoeft, maar wel mogelijk is.

Mevrouw Van der Grinten (wetgevingsjurist) vraagt ten eerste of mediation zich leent voor TPF en ten tweede of regelgeving wenselijk is. Volgens Philips leent mediation zich zeker voor TPF (de advocaat kijkt immers of er geschikt kan worden). Regelgeving is wat Philips betreft in beginsel niet nodig, behalve wellicht voor zover het TPF bij massaclaims betreft.

Mevrouw Tzankova (hoogleraar en advocaat) merkt op dat multinationals in toenemende mate een bewuste keuze voor TPF maken. Philips onderschrijft deze ontwikkeling.

De heer Duvekot (advocaat) vraagt zich af of er overleg met de Orde van Advocaten is geweest over (de toelaatbaarheid van) TPF. Het is Philips niet bekend of er overleg is geweest, maar volgens hem bieden de voor advocaten geldende gedragsregels voldoende ruimte voor TPF.

Inleiding mr. J.H. Lemstra⁷

Stellingen:

1. Een advocaat van een collectieve belangenorganisatie treedt in dezelfde zaak niet tegelijkertijd op voor de third party funder.
Uitsluitend de belangenorganisatie beslist over aanstelling en ontslag van de advocaat.
2. Collectieve belangenorganisaties zijn niet gehouden financieringsafspraken met een third party funder in of buiten rechte te openbaren.
3. Er bestaat geen noodzaak voor regelgeving/wetgeving met betrekking tot third party funding van collectieve acties in Nederland aangezien de gedragsregels voor advocaten en de Claim Code in samenhang met art. 3:305a lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) voldoende waarborgen bevatten tegen ongewenst (claim)gedrag.

Inleiding

Lemstra's voordracht gaat over TPF bij collectieve acties (*‘class actions’*). Hij benadrukt dat de financiering van de kosten van een procedure bij het van de grond krijgen van een collectieve actie een (zeer) belangrijke rol speelt. Er is thans in Nederland (nog) geen regelgeving met betrekking tot de financiering van collectieve acties. Wel is in november 2016 een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend dat voorziet in het (kunnen) instellen van een collectieve schadeclaim (hierna: Wetsvoorstel 34608).⁸

Op dit moment is het zo dat de ‘markt’ zelf constructies moet bedenken om de kosten van een procedure ten behoeve van een collectieve actie gefinancierd te krijgen. Lemstra noemt enkele ‘oplossingen’ die in de praktijk zijn bedacht. Zo is in enkele gevallen een stichting opgericht die via de media ruchtbaarheid gaf aan haar bestaan, om zo bij gedupeerde consumenten bijdragen met het oog op de procedurekosten ‘op te halen’. Denk bijvoorbeeld aan de over de woekerpolissen gevoerde procedures. Met behulp van de goedgevulde ‘oorlogskas’ konden de advocaten van de stichting onderhandelen met de verzekeraars teneinde tot een schikking te komen. Dat is in een aantal gevallen uiteindelijk ook gelukt.

Een andere oplossing die is bedacht, is de zogenoemde ‘Vie d’Or-methode’, naar het in 2006 gewezen arrest waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat de kosten van een belangenorganisatie (stichting) die voor gedupeerden optreedt, zijn aan te merken als voor vergoeding in aanmerking komende schade

7. Advocaat te Amsterdam.

8. Wetsvoorstel ‘Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken’, *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 2.

op de voet van art. 6:96 lid 1 *sub b* BW. Lemstra wijst ook op de Staatsloterij-zaak. Met het oog op de collectieve actie is de Stichting Loterijverlies opgericht (een stichting als bedoeld in art. 3:305a BW), die wordt gefinancierd door een daaraan gelieerde rechtspersoon. Hierdoor is sprake van een zeer nauwe verbondenheid tussen enerzijds de stichting die – mede gelet op de Claim Code⁹ – geen winstoogmerk mag hebben, en anderzijds de (wel) – mede – op het behalen van rendement gerichte rechtspersoon. Een dergelijke vorm van ‘quasi-TPF’ verdient wat Lemstra betreft geen navolging. Naast deze constructies voor de financiering van proceskosten is er TPF.

Ten aanzien van het rechtskarakter van TPF geldt dat de overeenkomst van procesfinanciering tussen de funder en de ‘305a-stichting’ wat Lemstra betreft als een overeenkomst van opdracht kan worden gekwalificeerd.¹⁰ Hij wijst op de bijdrage van Van Boom en Luiten over TPF in *RMThemis*, die daarin concluderen dat de overeenkomst van procesfinanciering naar Nederlands recht als een rechtsgeldig contract moet worden beschouwd.¹¹ Lemstra onderschrijft deze conclusie.

Van Boom en Luiten bespreken in hun bijdrage ook de voor- en nadelen van TPF. Een (heel) belangrijk voordeel is ‘access to justice’, in die zin dat een partij via TPF haar ‘recht kan halen’, waar zij dat anders niet zou hebben gekund. Een gunstig effect van TPF is ook de (preventieve) afschrikwekkende werking die van een collectieve actie uitgaat. Het feit dat de aansprakelijk gestelde partij zich realiseert dat zij een partij (de ‘305a-stichting’) tegenover zich heeft die ook over een lange adem beschikt en kan doorprocederen, kan de bereidheid om te schikken bevorderen. Aan TPF zijn echter ook risico’s verbonden, en in de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel 34608 is dat ook gememoreerd. De volgende risico’s kunnen worden genoemd:

- a. Het risico dat ‘onzinclaims’ worden ingesteld en – daarmee – het risico van het ontstaan van een ‘claimcultuur’. Dit risico is volgens Lemstra echter verwaarloosbaar. Het tegenovergestelde is eerder het geval. *Litigation funders* zijn in de regel goed georganiseerd en zeer deskundig. Het besluit om te investeren in (de financiering van) een rechtszaak wordt pas na een zorgvuldige afweging genomen. Het ligt daarom in de rede aan te nemen dat er bij een groei van TPF veeleer minder ‘onzinclaims’ zullen worden ingesteld.
- b. De hoge fundingkosten. Het is niet ongebruikelijk dat de procesfinancier een rendement van 30 of 40 procent opstrijkt (van het met de procedure behaalde resultaat). Dit is echter wat Lemstra betreft niet per se onwenselijk of ontoelaatbaar (als wordt bedacht dat de procespartij haar claim zonder TPF wellicht niet ‘te gelde’ zou hebben kunnen maken).

- c. Het risico van ‘conflicts of interest’ tussen de ‘305a-stichting’ en de procesfinancier. Lemstra is van mening dat de advocaat uitsluitend de ‘305a-stichting’ – als procespartij – in de procedure mag bijstaan en dus niet ook het belang van de procesfinancier mag behartigen (zie ook zijn eerste stelling). Dit mede gelet op de voor advocaten geldende gedragsregels. De advocaat zal dus uitsluitend in overleg met de ‘305a-stichting’ als zijn cliënt de processtrategie bepalen. Hij laat zich niet – mede – door de procesfinancier beïnvloeden. Dit neemt niet weg dat de advocaat met het oog op een tot stand te brengen schikking wel contact kan hebben met (adviseurs van) de procesfinancier. Hij laat zich in beginsel echter alleen door het belang van zijn cliënt leiden.¹²
- d. De financiële goedgeheid van de procesfinancier (Philips wees daar in zijn voordracht reeds op).

In de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel 34608 is opgemerkt dat TPF de toegang tot het recht kan vergroten (doordat procespartijen gemakkelijker in staat zijn procedures te financieren). Een te ruime beschikbaarheid van financieringsmogelijkheden kan echter ook negatieve gevolgen hebben, zoals excessief procederen. Het is daarom van belang dat een balans wordt gevonden tussen het garanderen van toegang tot de rechter en het voorkomen van een ongewenste ‘claimcultuur’, aldus de memorie van toelichting.¹³

Over TPF in verhouding tot ‘no cure, no pay’ is in de memorie van toelichting onder meer opgemerkt:

‘Invoering van resultaatsafhankelijke beloning voor advocaten kan er voor zorgen dat in een situatie van derdenfinanciering, een advocaat eveneens afhankelijk wordt van een te behalen gunstig resultaat. Dit kan er mogelijk toe leiden dat de onafhankelijkheid van de advocaat onder druk komt te staan. Dit omdat er grote financiële belangen spelen voor derden zoals proceskostenfinanciers die op hun beurt weer druk uitoefenen op de advocaat om een voor hen gunstig resultaat te behalen. De combinatie van *Third Party Litigation Funding* en resultaatsafhankelijke beloning kan er toe leiden dat de belangen van de eiser niet ten volle kunnen worden behartigd. Dit geldt in het bijzonder wanneer het inkomen van de advocaat afhankelijk is van één specifieke massaschadezaak. Daarom heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bepaald dat het experiment inzake de resultaatgerichte beloning voor de advocaten dat momenteel wordt uitgevoerd ten aanzien van letsel- en overlijdensschadezaken voorlopig beperkt blijft tot individuele afspraken tussen een cliënt en zijn advocaat, totdat meer duidelijkheid bestaat of *Third Party Litigation Funding* in Nederland een grote vlucht zal nemen en welke effecten er diensgevolge zijn op de relatie tussen cliënt en advocaat.’¹⁴

9. Zie over de Claim Code ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 6 (MvT).

10. Zie over de kwalificatie van de overeenkomst van procesfinanciering o.m. Van Boom & Luiten 2015, p. 190-193.

11. Van Boom & Luiten 2015, p. 190-193.

12. In vergelijkbare zin Van Boom & Luiten 2015, p. 196-197.

13. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 11 (MvT).

14. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 12 (MvT).

Volgens Lemstra valt er wel meer te zeggen over de verhouding tussen TPF en ‘no cure, no pay’ dan in de memorie van toelichting is gedaan. Uit in de Verenigde Staten verricht onderzoek blijkt volgens hem dat de (economische) belangen van de procespartij en de *litigation funder* zich bij ‘no cure, no pay’ juist heel goed laten verenigen.

Lemstra heeft zich ook verdiept in (het onderzoek naar) TPF in het buitenland. Tot zijn verbazing bleek dat de discussie over TPF in de Verenigde Staten pas rond 2011 serieus is opgeleaid. Ook daar vormen in veel staten de (overgewaaid) doctrines van ‘*maintenance*’ en ‘*champerty*’ (nog steeds) een belemmering voor TPF. In sommige staten gaat men echter liberaler met TPF om. Lemstra heeft wel geconstateerd dat in de Verenigde Staten met name over de ethische aspecten van TPF een levendig debat wordt gevoerd. Ook in Engeland heeft men pas recentelijk (rond 2009) de *champerty*-doctrine verlaten. In Singapore en Hongkong wordt TPF met het oog op de ontwikkeling van internationale arbitrages gestimuleerd.

Ter afsluiting van zijn voordracht gaat Lemstra in op zijn stellingen. De eerste stelling is reeds toegelicht. Ten aanzien van de tweede stelling merkt Lemstra op dat deze inmiddels is achterhaald. In Wetsvoorstel 34608 wordt namelijk voorgesteld om in het nieuwe art. 3:305a *lid 2*, aanhef en *onder c*, BW als ontvankelijkheidseis voor een ‘305a-stichting’ op te nemen dat zij over voldoende middelen dient te beschikken om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te kunnen dragen, en krachtens het nieuwe art. 1018c *lid 1 onder d* Rv dient in de procesinleiding te worden vermeld op welke wijze aan deze eis wordt voldaan. Wat Lemstra betreft is het echter niet de bedoeling dat de wederpartij (in de procedure) inzage krijgt in de financiële middelen van de ‘305a-stichting’. Ter zake van zijn derde stelling merkt Lemstra op dat wetgeving aangaande TPF wat hem betreft niet nodig is. Een vorm van zelfregulering (het formuleren van een aantal ‘principles’) zou mogelijk wel nuttig zijn.

Discussie

De heer Dijkstra (advocaat) vraagt hoe kan worden gewaarborgd dat door de procesfinancier een reëel percentage (van de opbrengst) wordt bedongen. Lemstra merkt hierover op dat hij doorgaans overleg voert met het bestuur van de ‘305a-stichting’ over (de redelijkheid van) het door de procesfinancier verlangde percentage. Vaak zal ook de rechter dat toegelicht willen zien. Er moet dus kritisch naar dat percentage worden gekeken.

De heer Knigge (advocaat) wijst op de richtlijnen van de Europese Commissie, waarin de nadruk op transparantie ligt. Hoe verhoudt zich dat tot het standpunt van Lemstra dat het financiële arrangement met de *litigation funder* niet aan de wederpartij bekend hoeft te worden gemaakt? Deze interventie is voor Lemstra aanleiding om zijn standpunt te nuanceren. Wat hem betreft dient er in ‘een-op-eenarrangementen’ vertrouwelijkheid te zijn, omdat moet worden vermeden dat de

wederpartij kan ‘uitrekenen’ hoelang de gefinancierde partij nog zal kunnen doorprocederen. Dat ligt anders bij een ‘305a-stichting’. Van de stichting mag wat Lemstra betreft worden verlangd dat zij op haar website de hoofdlijnen van het met de procesfinancier getroffen arrangement openbaar maakt.

Mevrouw Van der Grinten (wetgevingsjurist) vraagt zich af of – afhankelijk van de vorm van financiering – de AFM mogelijk in beeld kan komen als toezichthouder ten opzichte van de *litigation funder*. Lemstra is dat zelf niet nagegaan, maar volgens hem hebben Van Boom en Luiten in hun bijdrage in *RMThemis* (uit 2015) betoogd dat de Wet op het financieel toezicht (Wft) buiten toepassing blijft voor zover het om TPF gaat.

Van der Grinten stelt ook nog de vraag of regelgeving met het oog op (het waarborgen van) de kwaliteit en de betrouwbaarheid van de *litigation funder* noodzakelijk is. Lemstra is van mening dat met een vorm van zelfregulering kan worden volstaan. Blijft die zelfregulering echter uit, dan is een ingrijpen door de wetgever wellicht nodig. Daarbij moet ook naar de groei van het aantal procesfinanciers op de Nederlandse markt worden gekeken.

Inleiding prof. mr. dr. L.T. Visscher¹⁵

Stellingen:

1. Third party funding kan niet goed los worden gezien van alternatieve vormen van financiering door derden, zoals rechtsbijstandsverzekeringen en resultaatsafhankelijke beloningen. Het gaat dus niet om een keuze tussen deze instrumenten, maar om een combinatie ervan.
2. Third party funding en de alternatieve methodes van procesfinanciering kunnen een belangrijke maatschappelijke functie vervullen door de toegang tot het recht te vergroten. Belemmerende regulering, zoals het verbod op *contingency fees*, moet derhalve worden geschrapt.
3. Empirisch onderzoek laat zien dat de angst voor een claimcultuur onnodig is. Het tegenovergestelde probleem is veel reëler: vanwege rationele apathie worden sommige maatschappelijk wenselijke claims niet ingediend, met alle negatieve gevolgen van dien.

Inleiding

Visscher kondigt aan dat hij een presentatie zal verzorgen over een rechtseconomische benadering van procesfinanciering door derden. Hij zal beginnen met een korte uiteenzetting van de wijze waarop rechtseconomen het recht bestuderen, zodat duidelijk wordt wat vanuit economische optiek het belang van toegang tot het recht is. Omdat TPF een manier is om de toegang tot het recht te vergroten, ontstaat meteen een beeld van de economische functie die TPF kan vervullen. Visscher verstaat onder TPF het financieren van een claim in ruil voor een percentage van de opbrengst. Twee andere figuren die de toegang tot het recht vergroten, zijn rechtsbijstandsverzekeringen (hierna kortheidshalve: RV) en resultaatsafhankelijke belonin-

15. Bijzonder hoogleraar Legal Economic Analysis of Tort and Damages aan de Erasmus School of Law te Rotterdam.

gen voor advocaten, bijvoorbeeld *contingency fees* (hierna: CF). Visscher zal eerst, vanuit economische optiek, bespreken waarom maatschappelijk wenselijke claims soms niet voor de rechter worden gebracht en hoe dit met TPF, RV en CF wel kan worden bewerkstelligd. Vervolgens zal hij, eveneens vanuit economisch perspectief, inventariseren aan welke prikkels deze drie instrumenten de betrokken actoren blootstellen. Aan de hand van zowel theoretische als empirische literatuur zal hij de effecten bespreken op het aantal zaken, de kwaliteit van die zaken, schikkingen en de totale kosten. Afgesloten wordt met enkele conclusies.

Rechtseconomie is de economische analyse van het recht, aldus Visscher. Deze analyse speelt zich af op twee verschillende niveaus. Het eerste niveau is de bestudering van menselijk keuzegedrag en het tweede niveau is de rol van rechtsregels in de samenleving. Voor wat betreft menselijk gedrag gaan rechtseconomen uit van het zogenaamde rationele keuzemodel. Dit betekent niet dat economen denken dat mensen steeds volledige informatie hebben en altijd de juiste keuzes maken. Het gaat er volgens Visscher veeleer om dat economen verwachten dat mensen uit de gedragsopties die ze hebben, op basis van hun verwachtingen het in hun ogen beste alternatief kiezen. Deze verwachtingen zijn gebaseerd op de informatie die ze hebben. Verondersteld wordt dat mensen, alvorens te kiezen, proberen een optimale hoeveelheid informatie te verzamelen. Niet te weinig, maar ook niet te veel. Informatie is namelijk niet kosteloos. Op basis van deze onvolledige informatie wordt een inschatting gemaakt die de keuze bepaalt. Deze keuze kan verkeerd uitpakken, bijvoorbeeld als de situatie in werkelijkheid anders blijkt te zijn dan was aangenomen, maar dat maakt deze keuze niet irrationeel. Economen gaan er dus van uit dat mensen het alternatief kiezen waarvan ze zelf denken dat dit het beste voor hen is. Het recht kan de aantrekkelijkheid van alternatieven vergroten of verkleinen, bijvoorbeeld door subsidies, belastingen, boetes, schadevergoeding en dergelijke. Recht kan zo menselijk gedrag sturen, aldus Visscher, die daarmee is aanbeland bij het tweede niveau van de rechtseconomie: de rol van het recht in de samenleving.

In het ideaaltipe van volkomen concurrentie, waar informatie volledig is en geen marktmacht bestaat, is de maatschappelijke welvaart maximaal, zo kan worden beredeneerd. De werkelijkheid wijkt echter af van dit model. Deze afwijkingen heten 'marktfalen'. Rechtseconomen bestuderen het recht als reactie op dit marktfalen. Marktmacht bestaat in werkelijkheid wel, bijvoorbeeld in de vorm van monopolies of kartels. Deze marktmacht kan ertoe leiden dat het aanbod lager en de prijs hoger is dan bij volkomen concurrentie. Dit gaat ten koste van de welvaart. Het mededingingsrecht grijpt in door misbruik van een machtspositie te bestrijden. Een tweede voorbeeld waarop Visscher wijst, is onvolledige informatie. Een verkoper die meer informatie over de te verkopen zaak heeft dan de koper, zou kunnen proberen de koper te bedriegen om zo meer te verdienen. Het recht reageert op deze vorm van marktfalen met bijvoorbeeld informatieplichten voor de ver-

koper, het conformiteitsvereiste en wettelijke garanties. Wil het recht deze rol van het corrigeren van marktfalen kunnen vervullen, dan moet het recht wel worden gehandhaafd. Dit kan door publieke instanties, via het bestuurs- en/of het strafrecht, maar ook via private handhaving. Daarvoor is een rechtszaak nodig tegen degene die het onwenselijke gedrag heeft vertoond. De gedupeerde moet hiervoor dus toegang tot het recht hebben.

Instrumenten die de toegang tot het recht kunnen vergroten, spelen dan ook een belangrijke (economische) rol bij private handhaving en dragen op die manier bij aan de verhoging van de maatschappelijke welvaart. Volgens Visscher is voor het onderwerp van vandaag een derde vorm van marktfalen relevant, namelijk het probleem van negatieve externe effecten. Hij doelt hiermee op kosten die worden veroorzaakt door activiteiten van personen, maar niet door deze personen worden gedragen. Deze kosten spelen niet mee in hun beslissing om de activiteit uit te oefenen of bij het bepalen van de daarbij in acht te nemen zorgvuldigheid. Visscher geeft als voorbeeld productie en consumptie. De vervuiling die bij productie ontstaat, wordt niet door de producent of consument gedragen, maar door de toevallige omwonenden van de fabriek. Het product is dus eigenlijk te goedkoop, er wordt te veel van geproduceerd en de producent zal geen maatregelen treffen om de vervuiling te verminderen. Dit gaat ten koste van de maatschappelijke welvaart. Via bijvoorbeeld het civiele aansprakelijkheidsrecht kan ervoor worden gezorgd dat de actoren wel rekening houden met de vervuiling. Het externe effect wordt om zo te zeggen geïnternaliseerd. De actoren gaan meer voorzorgsmaatregelen treffen of gaan de activiteit minder uitoefenen, waardoor de maatschappelijke welvaart stijgt.

Er zijn echter diverse redenen waarom een gelaedeerde niet altijd een maatschappelijk wenselijke claim voor de rechter brengt. Het kan zijn dat hij/zij onvoldoende financiële middelen heeft om de claim te financieren. Ook is denkbaar dat de verwachte opbrengst van de zaak te laag is om de proceskosten terug te verdienen. Dit speelt vooral in situaties van gespreide schade of strooischade, waarbij de totale maatschappelijke schade hoog is, maar geen enkele individuele benadeelde voldoende schade lijdt om een rechtszaak de moeite waard te achten. Visscher wijst in dit verband op het hiervoor reeds door Lemstra genoemde Wetsvoorstel 34608. Ten slotte kan het zijn dat de benadeelde het risico van een proces niet kan of durft te nemen. Onzeker is immers of hij de zaak zal winnen, terwijl daarin wel tijd en geld moeten worden geïnvesteerd. Bovendien is op voorhand niet altijd duidelijk hoe hoog de opbrengst en de proceskosten bij winst zullen zijn. In alle voornoemde drie gevallen blijft de benadeelde rationeel apathisch: hij besluit op rationele gronden geen zaak te beginnen. In zo'n situatie van rationele apathie kan het aansprakelijkheidsrecht niet tot internalisering van het externe effect leiden. Dit gaat ten koste van de welvaart, aldus Visscher. Met TPF, RV en CF kan dit probleem worden bestreden. Vanuit economische optiek vervullen deze instrumenten dan ook een

belangrijke rol. Ze zorgen voor financiering van de claim en leggen het risico bij een ander dan de benadeelde, namelijk bij de claimfinancier, de verzekeraar of de advocaat. Rechtseconomen zijn meer beducht voor de situatie dat als gevolg van rationele apathie te weinig rechtszaken aanhangig worden gemaakt dan voor het ontstaan van een claimcultuur.

Bij een rechtseconomische analyse van TPF, RV en CF komen beide niveaus van de rechtseconomie terug. Het bestrijden van rationele apathie betreft de economische doelstelling van het recht. Op basis van de rationele keuzetheorie kan worden onderzocht hoe actoren reageren op de veranderde situatie doordat financiering van de claim door een externe partij plaatsvindt. Met het bestuur van de NVvP kan men zich afvragen of het optimale resultaat voor de financier ook het optimale resultaat voor de benadeelde is, en hoe de advocaat voorkomt dat de belangen van zijn cliënt conflicteren met die van zijn economische 'opdrachtgever'. Visscher vraagt zich echter ook af of in een 'normale' situatie de belangen van de advocaat niet ook (kunnen) afwijken van die van zijn cliënt. Hij zal hierna aandacht besteden aan de gedragsprikkel van TPF, RV en CF ter zake van (a) het aantal gevoerde rechtszaken, (b) de kwaliteit van deze zaken, (c) de verwachte duur van het schikingsproces en (d) de totale kosten van geschilbeslechting.

Ad a. Het aantal zaken

Visscher constateert dat regelmatig wordt beweerd dat TPF tot meer rechtszaken zal leiden, omdat het financieringsprobleem van de benadeelde wordt opgelost. Dit effect is naar verwachting kleiner in landen waar resultaatsafhankelijke beloning van rechtshulpverleners is toegestaan. Maar ook dan zou er wel een effect kunnen zijn. Een advocatenkantoor kan immers slechts een bepaald aantal zaken doen op basis van CF, terwijl TPF ruimer voorhanden is. Als door het verbeteren van de toegang tot het recht de prikkelwerking van het recht ook verbetert, zou het echter ook zo kunnen zijn dat het aantal rechtszaken vermindert, aangezien er dan (mogelijk) minder schadeveroorzakende gebeurtenissen ontstaan. Het effect hangt ook af van de vorm van TPF. Als dat gebeurt in de vorm van een lening aan een advocatenkantoor, is alleen een toename te verwachten als het kantoor deze lening gebruikt om meer zaken te voeren, en niet om zijn financiering anders te regelen of om meer tijd in lopende rechtszaken te steken. Als TPF plaatsvindt in de vorm van een financiering van de procedure in ruil voor een percentage van de opbrengst, is alleen een toename van het aantal zaken te verwachten als de procesfinancier zaken wil financieren die niet door een advocaat of de benadeelde zelf zouden zijn gefinancierd.

In het geval van RV verwacht Visscher een toename van het aantal rechtszaken. Een financieringsprobleem van de benadeelde is dan opgelost en hij draagt zelf minder kosten dan zonder verzekering. Zijn risicoaversie is ook niet langer relevant. Nederlands empirisch onderzoek bevestigt dit beeld. Mensen met een rechtsbijstandsverzekering winnen vaker juridisch advies in en schakelen vaker juridische hulp in. Ook blij-

ken ze harder te onderhandelen bij schikkingen, hetgeen tot meer mislukkingen en dus tot meer procedures leidt. Volgens Visscher hangt het effect hier sterk af van de opstelling van de verzekeraar. In Duitsland voeren de advocaten doorgaans de onderhandelingen en daar worden verzekerde claims iets vaker uitgeprocedeerd. In België doen de verzekeraars echter de onderhandelingen en daar worden verzekerde claims juist vaker geschikt.

Om de effecten van CF te bepalen, acht Visscher een vergelijking met bekostiging op basis van een uurtarief het meest instructief. CF lossen het financieringsprobleem van de cliënt op en leggen het risico bij de advocaat. De advocaat is waarschijnlijk minder risicomijdend dan zijn cliënt omdat hij een deskundige *repeat player* is. Dit kan tot meer zaken leiden, mits er overcapaciteit is. Als *contingency fee*-advocaten meer tijd in hun zaken steken dan uurtarief-advocaten, zou dit zelfs tot minder zaken kunnen leiden. Een uurtarief-advocaat krijgt voor elk uur betaald, ongeacht de waarde van die tijdsinvestering, dus een extra uur investeren levert altijd wat op. Een extra uur van een *contingency fee*-advocaat is alleen zinnig als de winstkans daardoor voldoende stijgt. Het zou dus ook zo kunnen zijn dat een *contingency fee*-advocaat juist minder tijd aan een zaak besteedt dan een uurtarief-advocaat.

Empirisch onderzoek laat zien dat *contingency fee*-advocaten meer tijd aan zaken met een hogere waarde besteden dan uurtarief-advocaten en minder tijd aan zaken met een lagere waarde. Dat is ook precies wat de rationele keuzetheorie voorspelt: een bepaald percentage van een hoger bedrag maakt het de moeite waard om meer tijd in de zaak te investeren. Er is echter een belangrijke reden waarom bij CF juist minder zaken te verwachten zijn: een advocaat wil een zaak dan alleen aan nemen als de verwachte opbrengst hoog genoeg is. Zaken met een lage winstkans of een lage waarde zijn dus niet zo interessant om aan te nemen. Een uurtarief-advocaat krijgt voor elk uur betaald, ook als de zaak een lage winstkans heeft of een lage waarde heeft. Bij CF vindt dus meer screening plaats. Empirisch onderzoek laat zien dat zaken met een lage winstkans en/of een lage waarde inderdaad minder vaak worden aangenomen door *contingency fee*-advocaten dan door uurtarief-advocaten. Het totaaleffect van CF zal volgens Visscher dus ervan afhangen wat zwaarder weegt: de toegenomen claimbereidheid van eisers of de toegenomen screening door advocaten.

Ad b. De kwaliteit van de zaken

Sommige auteurs vrezen dat TPF resulteert in een grote toename van zaken van lage kwaliteit, de zogenoemde 'frivole claims'. In dit verband worden ook wel de termen 'claimcultuur' en 'ambulance chasing'¹⁶ gebruikt. Dan wordt echter over het hoofd gezien dat de procesfinancier geen belang heeft bij zulke claims, gelet op het feit dat de beloning uit een percentage van de opbrengst bestaat. Natuurlijk kan een kleine

16. Vgl. Van Boom & Luiten 2015, p. 194.

winstkans in een zeer grote zaak ook aantrekkelijk zijn, maar dit is geen levensvatbare strategie. Procesfinanciers investeren liever in zaken met een hogere winstkans en financieren daarom bijvoorbeeld geen zaken met nieuwe juridische vragen. Ook het proces van screening resulteert in een selectie van zaken met een relatief hoge winstkans. In de praktijk ziet Visser dan ook dat TPF vooral beschikbaar is voor commerciële claims met een substantiële omvang en een hoge succeskans.

Ook bij RV bestaat de vrees voor 'frivole claims'. Ook hier wordt echter de poortwachtersfunctie van in dit geval de verzekeraar over het hoofd gezien. De polis voorziet vaak in een *merit test* en er wordt een eigen risico gehanteerd. Duits empirisch onderzoek laat zien dat de winstkans van verzekerde zaken iets hoger ligt dan die van onverzekerde zaken, hetgeen inderdaad een screening suggereert.

De screening door *contingency fee*-advocaten die Visscher eerder al noemde, verhoogt naar zijn verwachting de kwaliteit van de zaken. Een advocaat is een deskundige *repeat player* en kan de winstkansen daarom beter inschatten dan zijn cliënt, die het er een keer op waagt. De angst voor 'frivole claims' lijkt dus ongegrond. Empirisch onderzoek bevestigt dit, aldus Visser. Naarmate er meer beperkingen zijn op het gebruik van CF, worden er gaandeweg de procedure vaker zaken gestaakt. CF resulteren dus in een betere screening bij de start. Zaken van een hogere kwaliteit worden minder vaak gaandeweg gestaakt.

Ad c. De schikkingen

Bij TPF van claims van ondeskundige *one-shotters* kan de kwaliteit van de schikkingen verbeteren. Omdat de procesfinancier deskundiger is, maar vooral ook omdat de benadeelde niet uit geldnood een slecht bod zal accepteren. Bij TPF van grote commerciële claims speelt dit effect minder. Wat de duur van de procedure betreft is volgens Visser te verwachten dat een gedaagde bereid is eerder te schikken. Hij kan de benadeelde niet 'uitroken'. De procesfinanciering vormt bovendien een aanwijzing voor de goede kwaliteit van de zaak, zeker als de screening zorgvuldig heeft plaatsgevonden. De benadeelde daarentegen is mogelijk geneigd minder snel te schikken, omdat hij niet in financiële nood zit. Dit kan anders zijn als de schuld aan de procesfinancier oploopt bij een langere duur van de zaak. De precieze vorm van financiering heeft dus veel invloed op de schikkingsmogelijkheden.

Empirisch onderzoek laat zien dat verzekerde zaken sneller worden geschikt en dat effect is het sterkste als de verzekeraar zelf de onderhandelingen doet. Maar ook als een advocaat de onderhandelingen doet, zien we dit effect. Dit komt volgens Visser omdat de deskundige verzekeraar beter toezicht kan houden op de advocaat dan de ondeskundige cliënt.

Een *contingency fee*-advocaat zou enerzijds een prikkel kunnen krijgen om te snel te schikken, om zo zonder veel moeite een percentage van de opbrengst op te strijken. Uurtarief-advoca-

ten anderzijds zouden juist te lang kunnen doorgaan met de onderhandelingen. Daar staat tegenover dat *contingency fee*-advocaten juist minder vaak en minder snel zouden kunnen procederen. Als in het schikkingsproces een beter resultaat wordt bereikt, wordt de beloning voor de advocaat navenant hoger. Het verwerpen van een schikkingsvoorstel zou dan zelfs als een signaal van hoge kwaliteit kunnen worden gezien door de wederpartij. Empirisch onderzoek bevestigt de tweede redenering: beperkingen op CF resulteren in meer schikkingen voor lagere bedragen, maar het duurt langer voordat ze worden bereikt. Uurtarief-advocaten hebben meer prikkels om het schikkingsproces te vertragen, maar CF resulteren in minder schikkingen.

Ad d. De kosten van procedures

In tegenstelling tot wat men zou denken, hoeft TPF niet perse in hogere kosten van procedures te resulteren. Bij zwakkere zaken is dit waarschijnlijk wel het geval: de eiser zal meer willen investeren om zo de kans op succes te vergroten. De drempel om te gaan procederen komt zo dicht bij de beslissingsstandaard, bijvoorbeeld 'more likely than not'. Naarmate de zaak deze drempel nadert, worden extra investeringen voor de eiser nog meer waard, omdat ze tot winst van de zaak kunnen leiden. Extra investeringen van de gedaagde worden dan ook meer waard, om winst van de eiser juist te voorkomen. Beide partijen geven dan dus meer uit. Bij een relatief sterke zaak kan de eiser ook wel meer investeren door TPF, maar extra investeringen brengen de zaak alleen maar hoger boven de beslissingsstandaard en worden dus steeds minder waard. De gedaagde, die zijn kans op succes lager ziet worden, vindt het nu misschien nog hopeloziger dan eerst en besteedt minder aan de zaak. Het totaaleffect hangt ervan af wat zwaarder weegt: de extra investeringen van de eiser of de gedaagde investeringen van de gedaagde.

In het geval van RV valt te verwachten dat de kosten stijgen, omdat de verzekerde gebruik kan maken van de staf van de verzekeraar dan wel de kosten van zijn advocaat (deels) worden gedekt. Nederlands empirisch onderzoek bevestigt dit. Verzekerden met een hoger inkomen blijken meer contact te hebben met juridische adviseurs, terwijl verzekerden met lage inkomens verschuiven van gesubsidieerde rechtsbijstand naar de verzekeraar. Verzekerden winnen ook meer advies in dan onverzekerden.

Bij CF is het totaaleffect niet theoretisch te voorspellen. Omdat dan minder geschikt en meer doorgeprocedeerd wordt, kunnen de kosten stijgen. Maar omdat er minder vertraagd wordt en er door screening minder zaken zijn, kunnen de kosten ook dalen.

Bij alle drie de instrumenten is er natuurlijk ook de ultieme empirische vraag of de betere toegang tot het recht in minder schadeveroorzakende activiteiten resulteert. De eventueel gestegen kosten per geschil kunnen dan worden gecompens-

seerd door het feit dat er minder geschillen zijn. Dit onderwerp ligt echter buiten het bestek van Visschers voordracht.

Conclusies

Visscher komt tot de volgende conclusies:

- Zowel TPF als RV en CF kunnen bijdragen aan het verminderen van rationele apathie en daardoor een waardevolle rol vervullen.
- Bij alle drie de instrumenten wordt de claim gefinancierd door een derde die geprikkeld wordt om te screenen. Hierdoor kan de kwaliteit van de zaken stijgen. De angst voor ‘frivole claims’ en een claimcultuur lijkt derhalve niet terecht.
- Voor zover CF alleen de advocaatkosten betreffen en TPF en RV ook de andere proceskosten dekken, vergroten deze laatste twee instrumenten de toegang tot het recht meer dan CF.
- De mate waarin de financier invloed op het procesverloop heeft, verschilt. Bij CF, waar de advocaat zelf het proces voert, is die invloed waarschijnlijk het grootst. Bij RV hangt het er sterk van af in hoeverre de procedure door de staf van de verzekeraar wordt gevoerd of door een onafhankelijke advocaat (op wie de verzekeraar wel toezicht houdt).
- Bij CF en RV zijn er prikkels om langdurige procedures te vermijden, want die leveren wel kosten, maar geen baten op. Bij TPF hangt het van de vorm af of dit zo is: als er alleen financiering van tevoren wordt geregeld, maar geen toezicht op de procedure wordt gehouden, zijn langduriger procedures mogelijk. Ook is het relevant of de TPF over vergelijkbare expertise en informatie beschikt als de *contin-gency fee*-advocaat of de rechtsbijstandsverzekeraar.
- De toegevoegde waarde van TPF hangt mede af van hoe RV en CF functioneren. In Europa hebben relatief weinig mensen een rechtsbijstandsverzekering en zijn CF nauwelijks toegestaan. TPF is dan de enige reële optie voor procesfinanciering door derden.
- Vanuit economische optiek vervullen alle drie de instrumenten een wenselijke rol. Er is geen reden om het ene systeem in zijn algemeenheid te verkiezen boven het andere. Regulering die belemmerend werkt, zoals het verbod op CF, moet vanuit economische optiek dan ook als inefficiënt worden bestempeld. Visscher pleit er dan ook voor om de belemmeringen voor TPF, CF en – voor zover aanwezig – RV weg te nemen, zodat deze instrumenten gezamenlijk kunnen zorgen voor een betere toegang tot het recht en daarmee tot een betere aanpak van negatieve externe effecten en andere vormen van marktfalen.

Discussie

De vraag wordt opgeworpen of TPF ook kan worden ingezet bij gerechtelijke procedures waarvan de inzet niet in de eerste plaats financieel is. Te denken valt aan de mensenrechtenorganisaties die Nigeriaanse boeren hebben geholpen in hun juridische strijd tegen Shell.

Visscher merkt op dat buiten Nederland het nodige empirische onderzoek is gedaan naar CF versus werken op basis van een uurtarief in met name zaken aangaande beroepsfouten van artsen (*‘medical malpractice’*). Daaruit bleek dat het slachtoffer vaak vooral behoefte heeft aan de erkenning dat een fout is gemaakt (meer nog dan aan een financiële compensatie). Het gaat derhalve ook om preventie. Dit is het nuttige effect in rechtseconomische zin. Feit is echter dat procederen over een dergelijke claim geld kost. TPF verruimt de mogelijkheden om te gaan procederen. Maar wie is bereid om in principes te investeren? Dat zal hooguit gebeuren in de vorm van een geldlening ter financiering van de proceskosten, aldus Visscher.

Gerretsen (advocaat) merkt op dat (volgens De Bock) advocaten te weinig oog hebben voor de feiten. Het zal ook voor een financier lastig zijn de procesrisico’s te beoordelen zonder alle feiten te kennen, met name als het gaat om de claim van een individu. Gerretsen wil weten in welke fase van het feitenonderzoek een *litigation funder* de kansen van een claim beoordeelt.

Volgens Philips komt het voor dat de *litigation funder* zelf feitenonderzoek doet. Bijvoorbeeld in een juridisch sterke zaak waarin de feiten onzeker zijn. Als het belang groot genoeg is, kan bijvoorbeeld een deskundigenonderzoek ter waarde van € 50.000 of zelfs € 100.000 verantwoord zijn. Ook bij onzekere verhaalsmogelijkheden, bijvoorbeeld wanneer de wederpartij een andere staat is, kan de *litigation funder* aanleiding zien zelf onderzoek te doen.

Snijders (advocaat) werpt de vraag op of een procespartij ervoor uit zou moeten komen dat de procedure door een derde wordt gefinancierd, wanneer een schikking afketst op een veto van de *litigation funder*.

Philips meent van niet. De rechter kan natuurlijk wel aanleiding zien om over de reden van het stuklopen van de onderhandelingen kritische vragen te stellen. Maar beter is dat de partij en de *litigation funder* op voorhand afspreken hoe in een dergelijke situatie zal worden gehandeld.

Knigge (advocaat) vraagt zich af of de door Visscher genoemde effecten betrekking hebben op individuele of op collectieve zaken. Hij kan zich voorstellen dat de resultaten voor beide categorieën verschillen.

Visscher geeft aan dat het empirische onderzoek waarnaar hij heeft verwezen betrekking heeft op individuele zaken, en meer in het bijzonder op de verschillen in effecten bij beloning op basis van een uurtarief en op basis van CF. Rechtseconomen richten zich op het nuttige effect van het moeten betalen van schadevergoeding en niet op de vraag waar het geld uiteindelijk terecht komt. Bij een grote collectieve claim heeft TPF volgens Visscher ook in psychologische zin invloed op de zaak. Dat een *litigation funder* in de zaak investeert, betekent immers dat deze rendement verwacht.

Volgens Offerhaus ((*litigation funder*)) kan de procespartij anders tegen een schikkingsvoorstel aankijken dan haar *litiga-*

tion funder. Zijn ervaring is echter dat dit in de praktijk geen probleem is. In de investeringsovereenkomst kan bovendien worden geregeld dat in dit geval de procespartij haar *litigation funder* zal uitkopen. Als de procespartij verder wil procederen, moet zij wel zeker zijn van haar zaak. Als die zekerheid gerechtvaardigd is, zal een andere *litigation funder* het vervolg van de procedure wel willen financieren, aldus Offerhaus.

Philips merkt op dat het mogelijk is deze situaties op voorhand te regelen. Naar zijn inschatting zal het zeker kunnen gebeuren dat de procespartij of de *litigation funder* dwars gaat liggen bij schikkingsonderhandelingen. Ook denkbaar is dat de procespartij hoger beroep wil instellen en de financier niet. Het is goed om op deze conflictsituaties te anticiperen in de financieringsovereenkomst.

Van Duijvendijk-Brand (advocaat) ziet TPF als een van de middelen om een 'onbalans' tussen procespartijen te herstellen. Zij meent dat een advocaat het langer kan volhouden bij procederen op basis van een toevoeging dan bij TPF.

Philips werpt tegen dat de overheid geen rationele financier is, in die zin dat ook kansloze procedures worden bekostigd.

Het lijkt Van Duijvendijk-Brand een goed idee dat over TPF 'open kaart' moet worden gespeeld. TPF kan leiden tot een andere machtsverhouding tussen partijen. Dit wordt dan zichtbaar voor de rechter.

Visscher waarschuwt dat TPF niet met de ideale wereld moet worden vergeleken. De huidige situatie van beloning op basis van bestede uren is ook niet ideaal. Het doel van procederen is natuurlijk niet dat claimfinanciers rijk worden. Maar het doel is evenmin dat advocaten goed verdienen. Veel angst- en voor TPF hebben geen reële basis, aldus Visscher.

TPF behelst volgens Philips niet alleen de financiering van de kosten van rechtsbijstand. Maar het bedingen van een vergoeding van proceskosten vermeerderd met een rente van 14 procent per jaar en ook nog met 20 procent van het resultaat van de procedure gaat wat hem betreft te ver. Een financier moet niet de positie van de procespartij zo sterk willen uithollen.

Visscher vult aan dat het antwoord op de vraag of daadwerkelijk onwenselijke prikkels uitgaan van TPF, afhangt van de precieze afspraken tussen de procespartij en de financier.

Spigt (advocaat) signaleert dat op Curaçao al lang met CF wordt gewerkt. Daar geldt een gedragscode en de rechterlijke macht houdt toezicht. Klachten zijn er naar zijn weten niet. Hij stelt zich voor dat op Curaçao onderzoek kan worden gedaan als daar budget voor is.

Volgens Visscher is al veel onderzoek gaande. Het zou aantrekkelijk kunnen zijn om een situatie te onderzoeken die met de Nederlandse vergelijkbaar is. Hij vermoedt echter dat de situatie op Curaçao, tot zijn spijt, niet representatief is voor het Koninkrijk.

Nieuw: Masterreeks KEI alle ins en outs rondom het procesrecht

- **Webinar 1: Het digitale dossier**
mr. Menno Weij | 2 oktober 2017
- **Webinar 2: Basis en maatwerk: de processtukken**
mr. Matthijs Ariëns | 2 november 2017
- **Webinar 3: Basis en maatwerk: de zittingen en de regiefunctie van de rechter**
mr. Hans Steenberghe | 15 november 2017
- **Webinar 4: Incidenten, uitspraken, verzet en hoger beroep, overgangsrecht**
mr. Steven Venhuizen | 30 november 2017

Ga naar www.boomjuridischopleidingen.nl voor
meer informatie of gelijk inschrijven

NÚ 2
MAANDEN
GRATIS!

RECHTSPRAAK UPDATES

GESELECTEERDE EN GERUBRICEERDE JURISPRUDENTIE PER RECHTSGEBIED

Experts uit wetenschap en praktijk selecteren per rechtsgebied de meest relevante uitspraken. Deze uitspraken worden voor u samengevat, gerubriceerd, voorzien van kort commentaar en doorzoekbaar gemaakt op de Updates-portalen. Daarnaast ontvangt u (twee)wekelijks een attendering om continu bij te blijven.

NIEUW

Personenschade

Hoofdreductie

Prof. mr. S.D. Lindenberg
Mr. drs. I. van der Zalm

€ 19
p/m

Arbeidsrecht

Hoofdreductie

Prof. mr. dr. A.R. Houweling

€ 24
p/m

Erfrecht

Onder leiding van

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Prof. mr. dr. W. Burgerhart

€ 19
p/m

Gezondheidsrecht

Hoofdreductie

Mr. dr. R.P. Wijne

€ 19
p/m

Insolventierecht

Hoofdreductie

Prof. dr. R.J. de Weijis

€ 19
p/m

Personen- en familierecht

Hoofdreductie

Mr. S.F.M. Wortmann

€ 19
p/m

Omgevingsrecht

Onder redactie van

Bc. M. Biernans-Zuijderduijn, mr. G.A. Keus,
mr. R.H. van Marle, mr. H.P. Nijhoff,
mr. ir. O.W.J.M. Scholte en
Bc. P.A.H.M. Willems

€ 19
p/m

Ondernemingsrecht

Hoofdreductie

Mr. E.C.H.J. Lokin
Mr. C.S. Avendaño Canto

€ 24
p/m

Strafrecht

Hoofdreductie

Mr. J.H.J. Verbaan

€ 24
p/m

Socialezekerheidsrecht

Hoofdreductie

Prof. mr. dr. A.R. Houweling
Mr. drs. I. Lintsen
Mr. C. van Puffelen

€ 19
p/m

➔ Ga naar www.proefabonnement.boomjuridisch.nl en meld u vandaag nog aan voor 2 maanden gratis toegang

WWW.TIJDSCRIFTEN.BOOMJURIDISCH.NL

DE ONLINE TIJDSCRIFTENPORTAL VAN BOOM JURIDISCH

- ✓ bevat ruim 14.000 wetenschappelijke artikelen;
- ✓ bestaat uit meer dan 30 tijdschriften;
- ✓ houdt u op de hoogte met de gratis e-mailattendering

U kunt een abonnement nemen op één of meer tijdschriften, maar ook op de gehele portal (all-in). Interesse in een all-in-abonnement of een langere proefperiode? Neem dan contact op met onze salesafdeling via sales@bjv.nl of bel met 070-330 70 92.

Boomjuridisch

Oog voor vernieuwing