

# 585. Aanbevelingen voor regulering van procesfinanciering bij massaschade in Nederland

MR. C. DAMEN

De afwikkeling van collectieve acties bij massaschade in Nederland neemt de afgelopen jaren gestaag toe. Het meest recente voorbeeld hiervan betreft de Fortis-schikking, waarbij de bank een regeling trof voor diens gedupeerden ter hoogte van 1,2 miljard euro. Met de inwerkingtreding van de WAMCA blijkt Nederland in toenemende mate het forumland om eenvoudiger massaschade collectief af te wikkelen. Maar wat nu als er geen of slechts gelimiteerde financiële middelen voor de gelaedeerden zijn om te procederen? Hoe zit het in dit verband met de mogelijkheden van procesfinanciering door een derde en is dit mogelijk de geheime route voor toegang tot het recht bij een gebrek aan eigen middelen? Voor deze problematiek zou Third Party Funding (hierna: 'TPF') mogelijk een oplossing kunnen zijn. Dit artikel richt zich op de risico's die verband houden met Third Party Funding en op welke wijze deze mogelijk kunnen worden ondervangen in Nederland.

## Inleiding

De rechterlijke macht werd de afgelopen jaren in toenemende mate geconfronteerd met de afwikkeling van massaschade. Het begrip 'massaschadeclaim' heeft betrekking op de situatie waarin grote aantallen benadeelden eenzelfde soort schade lijden. De collectieve actie is daarbij het juridische instrument dat voor de afwikkeling van massaschade kan worden gebruikt. De oorzaak en veroorzaker(s) zijn bij massaschade in alle gevallen gelijk.<sup>1</sup> Het meest recente voorbeeld hiervan betreft de Fortis-schikking, waarbij de bank een regeling trof voor diens gedupeerden ter hoogte van 1,2 miljard euro.<sup>2</sup>

Op 1 januari 2020 is in dit kader de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (hierna: 'WAMCA') in werking getreden.<sup>3</sup> Met de inwerkingtreding van de WAMCA wordt het eenvoudiger om massaschade collectief af te wikkelen in een civiele procedure, vanwege de nieuwe mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen op grond van art. 3:305a BW.<sup>4</sup> Nederland loopt op het gebied van de afwikkeling van collectieve acties voorop in Europa.

1 I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer, 2007, p. 1-2.

2 <https://fd.nl/beurs/1283239/megaschikking-fortis-aandeelhouders-definitief>.

3 *Stb.* 2019, 447, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-447.html>.

4 Rijksoverheid. Nieuwe wet per 1 januari 2020: collectief naar rechter voor schadevergoeding bij massaschade, 12 december 2019, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2019/12/12/collectief-naar-rechter-voor-schadevergoeding-bij-massaschade>.

Maar wat nu als de gelaedeerden geen of slechts gelimiteerde financiële middelen tot hun beschikking hebben om te procederen? Om de schade van de gelaedeerde in een collectieve actie te verhalen, dient te worden geprocedeerd. Dergelijke processen zijn kostbaar en bovendien risicovol vanwege de vele procesmatige onzekerheden. Voor dit probleem zou Third Party Funding (hierna: 'TPF') mogelijk een oplossing kunnen zijn.

Dit artikel richt zich op de risico's rondom TPF in de collectieve actie bij massaschade in Nederland, onder meer vanwege het gebrek aan regulering. Er wordt nader ingegaan op TPF als procesfinancieringsinstrument, de risico's die momenteel bestaan in dit verband en mogelijke oplossingen in de vorm van enkele aanbevelingen voor de beperking van deze risico's.

## De financiering van de massaschadeclaim in Nederland

De advocatuur speelt een cruciale rol in collectieve processen. De belangenorganisaties die op grond van de WAMCA procederen, maken doorgaans gebruik van een in massaschade gespecialiseerde advocaat. Deze expertise komt met name van pas bij onderhandelingen en het voeren van het massaschadeproces.

## De financier

Bij TPF speelt de financier een centrale rol. Zonder financiën zijn er immers geen mogelijkheden om het massaschadeproces te voeren. De rol van de financier lijkt afhanke-

lijk van de variatie aan contractvormen waarvoor partijen kunnen kiezen. Het staat partijen immers vrij om zelf de voorwaarden van de overeenkomst te bepalen op grond van contractvrijheid. Daarnaast vormen de financieringsvoorwaarden een belangrijk onderdeel van de financieringsovereenkomst. Bovendien hangt de rol van de financier ten aanzien van de gefinancierde af van de manier waarop de financier wordt beloond. Met name op het vlak van zeggenschap met betrekking tot processtrategie en schikkingsbevoegdheid is het denkbaar dat de rol van de financier varieert.<sup>5</sup> Hoe vrij is de gefinancierde bijvoorbeeld om een schikkingsvoorstel af te slaan indien de financier van mening is dat de voorwaarden gunstig zijn?

### De gefinancierde

Een type ‘gefinancierde’ dat in de praktijk vaak voorkomt is de bundeling van individuele vorderingen in een zogenaamde ‘claims vehicle’. Daarbij wordt een bv of stichting opgericht waarin verschillende vorderingen worden ondergebracht. De financier en de gefinancierde zijn hierbij verschillende juridische entiteiten, doch de rol van de gefinancierde is in dit verband nauw verbonden met die van de financier.<sup>6</sup> De gefinancierde cedeert zijn claim aan het ‘claims vehicle’, die conform de statuten en de tussen partijen geldende financieringsovereenkomst bepaalde zeggenschap overneemt van de gefinancierde. De hoedanigheid van de gefinancierde kan eveneens variëren. Zo zal de rol van vele gedupeerde commerciële partijen als gefinancierde(n) sterk afwijken van de rol van gedupeerde onvermogens. De eerste categorie bestaat vermoedelijk uit kapitaalcrachtige internationale ondernemingen en de tweede categorie mogelijk uit natuurlijke personen en kleine ondernemers.<sup>7</sup>

### Wat is TPF?

In de literatuur wordt TFP als volgt gedefinieerd: ‘*De constructie waarbij een private derde partij, zonder bestaande betrokkenheid bij een zaak en met commercieel motief, de kosten van een gerechtelijke procedure of procedure voor alternatieve geschillenbeslechting op zich neemt, in ruil voor een financiële beloning, over het algemeen uitgedrukt in een deel van de opbrengst van de vordering.*’<sup>8</sup> Dit artikel beperkt zich tot TPF in verband met de massaschadeclaim, doch andere varianten van TPF zijn denkbaar.

### Het verdienmodel voor TPF-aanbieders in Nederland

Het gemiddelde percentage dat aanbieders van TPF bedingen in ruil voor de financiering van het proces lijkt zich te stabiliseren tussen de 30 en 40% van de vordering, berekend na aftrek van kosten.<sup>9</sup> Het percentage kan variëren naar gelang de omvang en de geschatte kosten van inning. Daarnaast spelen de risico’s op verhaal een rol in de hoogte van de kosten.

### De Claimcode

De praktijkontwikkeling van TPF in verband met de massaschadeclaim in Nederland kent een vorm van zelfregulering; de zogenaamde ‘Claimcode’. Deze in 2011 ontwikkelde code is een initiatief van specialisten op het gebied van de massaschadeclaim, onder de noemer ‘Commissie Claimcode’.<sup>10</sup> De reikwijdte van de code is echter beperkt. Ten eerste is de code slechts van toepassing op belangenorganisaties in de hoedanigheid van de stichting, ten tweede dient de belangenorganisatie te zijn opgetreden op grond van art. 3:305a BW en ten derde wordt vereist dat de stichting het doel hanteert om een schikking te bewerkstelligen ten gunste van de gelaedeerden. De schikking vormt een vaststellingsovereenkomst, in de zin van art. 7:907 BW. De Claimcode kent geen vastgestelde juridisch bindende status.<sup>11</sup>

### Third Party Funding in Europa

In enkele Europese landen, zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland, bestaan lange tradities van geïnstitutionaliseerd wantrouwen tegen de bemoeienis van procesfinanciers met de procedure van de gelaedeerde(n). Hierna wordt toegelicht hoe dit wantrouwen heeft geleid tot verschillende vormen van regulering in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk op dit terrein. In Duitsland bestaat bijvoorbeeld een sterk monopolie voor advocaten op het verlenen van professioneel juridisch advies, waar dat in Nederland niet geldt. In beide landen trachten TPF-aanbieders de schijn te vermijden dat zij zich bemoeien met de processtrategie. In het Nederlandse systeem rondom TPF worden geen specifieke beperkingen gesteld aan de processtrategie van derden bij procedures. Hoewel Nederland geen strikt procesmonopolie voor advocaten kent<sup>12</sup> – in Nederland is het in arbeidszaken en kantonzaken tot € 25.000 in eerste aanleg niet verplicht om een advocaat in te schakelen, noch voor het verkrijgen van algemeen juridisch advies zonder dat

5 J.L. Luiten, *Third Party Litigation Funding. Een korte introductie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 10.

6 J.L. Luiten, *Third Party Litigation Funding. Een korte introductie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 14.

7 J.L. Luiten, *Third Party Litigation Funding. Een korte introductie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 18.

8 J.L. Luiten, *Third Party Litigation Funding. Een korte introductie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 10.

9 R. Philips, ‘Litigation funding in faillissement’, *Tvl* 2016/11, p. 75-85. S. Liesker geciteerd in *Advocatenblad* 2014/5, <http://capazbv.nl/>.

10 De Commissie bestaat uit mr. A.H. van Delden (voorzitter), mr. B. Krijnen, mr. J.H. Lemstra, R.W. Okhuijsen, mr. R.W. Polak, mr. M.J.G.C. Raaijmakers en mr. R. Altun.

11 J.H. Lemstra ‘Belangenorganisaties als procespartij’, in: *Collectieve acties in de financiële sector*, NIBE-SVV: Amsterdam, 2009, p. 1-20.

12 I. Tillema, ‘Cessie als instrument ter afwikkeling van massaschadezaken; in strijd met de openbare orde en goede zeden?’, *MvV* 2014/12, p. 333.

sprake is van een procedure – bieden het Verenigd Koninkrijk en Duitsland inspiratie voor oplossingen in Nederland rondom de regulering van TPF.

### Third Party Funding in het Verenigd Koninkrijk

De Engelse jurisdictie betreft de oudste vorm van ‘common law’ ter wereld<sup>13</sup> en ook op het rechtsgebied rondom TPF loopt het Verenigd Koninkrijk voorop.<sup>14</sup> Traditioneel maakten de doctrines van ‘maintenance’ en ‘champerty’ (de zogenaamde ‘torts’ die lange tijd strafrechtelijk werden verboden)<sup>15</sup> het praktisch onmogelijk om in het Verenigd Koninkrijk een legale vorm van TPF te hanteren. Maar in de afgelopen tien jaar maakten jurisprudentie en een wetswijziging TPF juridisch mogelijk. Grote commerciële aanbieders van TPF verenigden zich in de Association of Litigation Funders (hierna te noemen: ‘ALF’). ALF is een onafhankelijke instantie opgericht door the Civil Justice Council – een overheidsorgaan dat deel uitmaakt van the Ministry of Justice in England and Wales<sup>16</sup> – dat zelfregulering van de procesfinanciering in het Verenigd Koninkrijk en Wales tot doel heeft.<sup>17</sup> De financieringsindustrie heeft in deze landen een vorm van zelfregulering ontwikkeld waarin de ‘best practices’ zijn gedefinieerd ten behoeve van TPF. De ratio achter deze ‘best practices’ vormt de bescherming van schuldeisers en het streven naar een rationeel beheer van financiële risico's bij geschillen en arbitrage.<sup>18</sup>

### Third Party Funding in Duitsland

In tegenstelling tot de ontwikkeling van TPF in het Verenigd Koninkrijk, verliep de ontwikkeling van TPF in Duitsland traag.<sup>19</sup> Hoewel verschillende financiers actief zijn op de Duitse financieringsmarkt, is het aantal vorderingen dat door TPF gefinancierd wordt beperkt. Een denkbare verklaring hiervoor is het sterk ontwikkelde aanbod in rechtsbijstandverzekeringen. Niettemin lijkt de markt van TPF-aanbieders in Duitsland zich te ontwikkelen.

13 S.M.A. Vinnige, *De systematiek voor de vermogensdelicten*, Wolters Kluwer 2017, hfdst. 5.2. Het Engelse rechtssysteem staat bekend als een common law systeem. De term ‘common law’ werd oorspronkelijk gebruikt voor wetten en gewoonterecht dat werd gebruikt door de royal courts die ontstonden na de Normandische verovering van Engeland begin 1066. De common law verving de lokale wetten en gewoontes die tot dan werden toegepast door de diverse lokale rechtbanken.

14 J.L. Luiten, *Third Party Litigation Funding. Een korte introductie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 86.

15 In tegenstelling tot Nederland kent men in het Verenigd Koninkrijk niet een type onrechtmatige daad.

16 The Association of Litigation Funders. Our founding, <http://associationoflitigationfunders.com/about-us/our-founding>.

17 The Association of Litigation Funders. About us, <http://associationoflitigationfunders.com/about-us>.

18 The Association of Litigation Funders. About us, <http://associationoflitigationfunders.com/about-us>.

19 <https://www.cdr-news.com/categories/litigation/6233-litigation-funding-picks-up-ingermany>.

### De juridische kwalificatie van TPF in Duitsland

Een procesfinancieringsovereenkomst wordt naar Duits recht gekwalificeerd als een stille maatschap met als doelstelling een vordering in te stellen voor de gefinancierde.<sup>20</sup> De TPF-aanbieder heeft hierbij recht op een deel van de opbrengst en fungeert als stille vennoot. De bijdrage aan het gemeenschappelijk doel bestaat voor de TPF-aanbieder louter uit het financieren van het proces.

### Dit artikel richt zich op de risico's rondom TPF in de collectieve actie bij massaschade in Nederland, onder meer vanwege het gebrek aan regulering

Hoewel Duitsland geen wettelijke verankering kent voor TPF, bestaat er wel een eigen juridische traditie die een positieve invloed heeft op het gebruik van TPF.<sup>21</sup> Het is voor aanbieders van TPF op basis van rechtspraak weliswaar toegestaan om te contracteren op basis van no-cure-no-pay overeenkomsten, maar voor Duitse advocaten is dit niet toegestaan. Art. 49b lid 2 Bundesrechtsanwaltsordnung staat dit in de weg. De enige uitzondering op deze regel is de situatie waarin een gelaedeerde zelf geen financiële middelen heeft om een proces te bekostigen en hem hierdoor het recht op een proces wordt ontnomen.<sup>22</sup>

### De invloed van procesfinanciers op het schikkingsproces in Duitsland

Niettemin betekenen de wettelijke prikkels voor onthouding van processtrategie voor de procesfinancier niet dat hij geen (indirecte) invloed kan uitoefenen op een *schikking*. De procesfinancier bepaalt namelijk of hij al dan niet akkoord geeft op een schikkingsvoorstel.<sup>23</sup> Mocht er geen akkoord volgen op het schikkingsvoorstel, dan is de TPF-aanbieder op grond van de procesfinancieringsovereenkomst bevoegd om de overeenkomst te beëindigen. De gefinancierde is vervolgens verplicht om het bedrag dat als opbrengst uit de schikking zou zijn voortgekomen aan de financier terug te betalen.<sup>24</sup> De procesfinancier kan de gefinancierde dus niet dwingen om een schikking te accepteren, maar indirect is het afkopen van de overeenkomst financieel onmogelijk.

20 O. Cojo Manuel, ‘Third-Party Litigation Funding: Current State of Affairs and Prospects for Its Further Development in Spain’, *European Review of Private Law* 2014/3, p. 458.

21 J.L. Luiten, *Third Party Litigation Funding. Een korte introductie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 100.

22 O. Cojo Manuel, ‘Third-Party Litigation Funding: Current State of Affairs and Prospects for Its Further Development in Spain’, *European Review of Private Law* 2014/3, p. 439-468.

23 M. Coester & D. Nitzsche, ‘Alternative ways to finance a lawsuit in Germany’, *CJQ* 2005/24, p. 84.

24 M. Coester & D. Nitzsche, ‘Alternative ways to finance a lawsuit in Germany’, *CJQ* 2005/24, p. 92.

## Het Engelse en het Duitse model als voorbeeld voor aanbevelingen in Nederland

In Duitsland zorgt de traditionele waarborging van de onafhankelijke advocatuur ervoor dat TPF-aanbieders zich terughoudend opstellen ten aanzien van de regie over het proces. De Nederlandse advocatuur kent eveneens een verbod op no-cure-no-pay,<sup>25</sup> met uitzondering van het tijdelijke experiment in letselschade- en overlijdensschadezaken tot en met 1 januari 2019.<sup>26</sup> Daarentegen heeft de procesfinancier in beide landen alsnog (indirecte) invloed op de accordering van het schikkingsvoorstel. Hierdoor ontstaat onduidelijkheid over de bevoegdheidsverdeling tussen de financier en de gefinancierde.

## De voordelen van TPF in Nederland

Net als Duitsland kent Nederland geen vastomlijnde wettelijke regeling voor TPF. Dit brengt zowel voordelen als risico's met zich mee. In de Nederlandse rechtsorde worden geen beperkingen gesteld aan de invloed van derden op het proces of de overdraagbaarheid van vorderingen, waardoor niets TPF in de weg staat.<sup>27</sup> TPF kent in dat verband enkele voordelen en risico's welke nader aan de orde komen.

## Onder meer in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland bestaan lange tradities van geïnstitutionaliseerd wantrouwen tegen de bemoeienis van procesfinanciers met de procedure van de gelaedeerden

Ten eerste kan TPF dienen als mogelijkheid voor natuurlijke personen en kleine ondernemers om de toegang tot de rechter te verbeteren. De gesubsidieerde rechtsbijstand is de afgelopen decennia beperkt, terwijl de kosten voor eigen bijdragen juist zijn verhoogd.<sup>28</sup> TPF biedt in dit verband een positief alternatief voor procesfinanciering. Enige nuancering hierbij is echter wenselijk. Aanbieders van TPF stellen hoge eisen aan het verstrekken van procesfinanciering. Het commerciële karakter van de TPF-aanbieder maakt dat kleine individuele schadeclaims geen interessante zaken vormen. In dat opzicht beperkt de TPF-markt zich in Nederland daarom tot zaken met een groter financieel belang.<sup>29</sup> Dat betekent dus dat niet iedereen gelijke kansen krijgt binnen ons rechtssysteem.

25 Nederlandse orde van advocaten, Verordening op de advocatuur. Artikel 7.7 Verbod op resultaatgerelateerd honorarium, <http://regelgeving.advocatenorde.nl/content/artikel-77-verbod-op-resultaatgerelateerd-honorarium>.

26 Nederlandse orde van advocaten. Resultaatgerichte beloning, <https://www.advocatenorde.nl/resultaatgerichte-beloning>.

27 W.H. van Boom en J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2015/5, p. 198.

28 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 50.

29 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 50.

## Positief preventief effect van TPF in Nederland

Ten tweede wordt in de literatuur beargumenteerd dat TPF in Nederland een preventief effect heeft op het gedrag van verwerende partijen in een (toekomstig) proces.<sup>30</sup> Met name de grote commerciële verwerende partijen zijn zich ervan bewust dat ook onvermogen gelaedeerden door TPF eerder toegang krijgen tot het recht. Daarmee stijgt het risico op schadevergoedingsacties door deze doelgroep, waardoor de verweerders op hun hoede zijn voor dergelijke gevolgen. Daarentegen valt ook de kanttekening te plaatsen dat het preventieve effect wordt beperkt door de hoge eisen die TPF-aanbieders stellen aan het verstrekken van de procesfinanciering. Levert de zaak in potentie niet voldoende opbrengst, dan zal de TPF-aanbieder als gevolg daarvan het procesrisico vermijden.<sup>31</sup>

## Beperking van het verschil tussen repeat players en one shotters

Een belangrijk argument ten gunste van TPF is de inperking van de kloof tussen 'repeat players' en 'one-shotters'.<sup>32</sup> 'Repeat players' zijn procespartijen (zoals grote bedrijven) die regelmatig procederen, waardoor zij als ervaringsdeskundigen kunnen worden gezien. 'One-shotters' zijn daarentegen de procespartijen die zelden of eenmalig procederen. Het behoeft nauwelijks toelichting dat de eerstgenoemde categorie een aantal voordelen geniet ten aanzien van de tweede categorie. Als gevolg van de ervaring met procederen in gelijksoortige processen beschikt de 'repeat player' over kennis en een netwerk van deskundigen die de 'one-shotter' niet zal bezitten.<sup>33</sup> Daarnaast zijn de financiële belangen in individuele processen van 'repeat players' relatief klein, waardoor zij voor de langetermijnprocesstrategie kunnen kiezen. Vanwege de financiële mogelijkheden die de langetermijnprocesstrategie biedt is de 'repeat player' eerder geneigd risico's te nemen.<sup>34</sup> Wanneer bijvoorbeeld een positieve uitspraak in plaats van een schikking een besparende werking zal hebben vanwege het ontstaan van een precedent, kan de 'repeat player' het zich permitteren een schikking te vermijden in een individuele zaak. Deze mogelijkheid ligt bij de 'one shotter' niet voor de hand; enerzijds door een gebrek aan financiële middelen, anderzijds door het belang in slechts een enkele zaak. Dit heeft

30 M. de Morpurgo, 'A comparative legal and economic approach to Third-Party Litigation Funding', *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 2011/19, p. 382-383; O. Cojo Manuel, 'Third-Party Litigation Funding: Current State of Affairs and Prospects for Its Further Development in Spain', *European Review of Private Law* 2014/3, p. 463.

31 Cojo Manuel 2014, p. 449.

32 M. Steinitz, *Whose claim is it anyway? Third-party litigation funding*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, no. 11-31, augustus 2011, p. 1300.

33 M. Steinitz, *Whose claim is it anyway? Third-party litigation funding*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, no. 11-31, augustus 2011, p. 1301.

34 M. Steinitz, *Whose claim is it anyway? Third-party litigation funding*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, no. 11-31, augustus 2011, p. 1300-1302.

tot gevolg dat het gedrag van de ‘one shotter’, in tegenstelling tot dat van de repeat player, risicomijdend is. De ‘one shotter’ is eerder geneigd om akkoord te gaan met een ongunstige schikking.<sup>35</sup>

### Risico's en nadelen van TPF in Nederland

De risico's en nadelen rondom TPF in Nederland kunnen worden onderverdeeld in vijf categorieën: 1) de angst voor het ontstaan van een claimcultuur, 2) de informatierisico's voor de gefinancierde in verband met het sluiten van de financieringsovereenkomst, 3) het risico dat de gefinancierden lopen op een oneerlijke verdeling van de procesopbrengst door onheldere procesfinancieringsovereenkomsten, 4) de continuïteit en solvabiliteit van de procesfinancier en 5) het risico dat de gefinancierden lopen op schikkingsonbevoegdheid voor de gefinancierde bevoegdheden binnen de driehoeksverhouding van de financier, gefinancierde en de advocaat.

#### De angst voor het ontstaan van een claimcultuur

Het meest aangehaalde argument tegen TPF is vermoedelijk de angst voor het ontstaan van een claimcultuur. De maatschappij vreest voor de situatie waarin altijd wel een verantwoordelijke kan worden aangesproken, in plaats van de situatie waarin ieder individu zijn eigen proces draagt.<sup>36</sup> TPF zou hieraan bijdragen door enerzijds het procederen toegankelijk te maken en anderzijds actief te zoeken naar kansrijke claims. Dit zou resulteren in een stijgend aantal procedures in Nederland en een overbelasting van de rechterlijke macht.<sup>37</sup> Tot op heden is er echter geen overtuigend bewijs gevonden voor het ontstaan van een claimcultuur als gevolg van de opkomst van TPF in Nederland. Het aantal privaatrechtelijke procedures is sinds 2009 gestagneerd.<sup>38</sup> Het is niet vast te stellen in hoeveel van deze zaken TPF een rol speelde, doordat niet openbaar is gemaakt of een procesfinancier bij deze zaken betrokken was. Overige aanleidingen voor het ontstaan van een claimcultuur in Nederland ontbreken.<sup>39</sup>

#### Informatierisico's van TPF voor de gefinancierde

Doordat TPF in Nederland niet aan regulering is onderworpen, zijn de gefinancierden financieel vrijwel geheel afhankelijk van de procesfinancier.<sup>40</sup> Daarnaast bestaat er

momenteel geen regulering van de informatievoorziening door de procesfinancier aan de gefinancierde, waardoor vooral consumenten het risico lopen om niet volledig en/of onjuist te worden geïnformeerd over hun procesfinancieringsovereenkomst. Dit heeft grote financiële risico's tot gevolg. Het is daarom aan te raden om regulering te creëren, bijvoorbeeld door in navolging van de zorgplicht voor de financiële sector<sup>41</sup> een zorgplicht voor procesfinanciers te creëren. Een wettelijke codificatie van de zorgplicht van de procesfinancier in de Wet Financieel Toezicht (hierna: 'Wft') onder toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: 'AFM') zou hier uitkomst kunnen bieden. Hierbij kan worden gedacht aan de wijze waarop de zorgplicht van rechtsbijstandverzekeraars is gereguleerd in art. 4:65 Wft. Mogelijk wordt de procesfinancier geschaard onder hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.3.3.a Wft, als alternatieve 'toegang tot het recht' in Nederland, niet zijnde een verzekeraar.

#### Het risico op oneerlijke opbrengstverdeling voor de gefinancierde

Een veelvoorkomend risico bij TPF is een te hoog bedongen opbrengst voor de procesfinancier.<sup>42</sup> Hoewel het beloningspercentage voor de procesfinancier doorgaans varieert tussen de 20 en 40%,<sup>43</sup> zijn onder bijzondere omstandigheden grotere percentages denkbaar. Vermoedelijk zal bijvoorbeeld een hogere opbrengst worden bedongen in het geval dat het risico dat de procesfinancier op zich neemt evenredig groter is dan gemiddeld. Ook hier geldt dat de doelgroep van consumenten een verhoogd risico loopt. Voor de financieel ten gronde gerichte consument is het denkbaar dat er zelfs sprake is van volledige financiële afhankelijkheid van TPF. Alleen door een vordering in te stellen tegen de laedens, zou zijn financiële situatie kunnen worden hersteld. Transparantie ten aanzien van de manier waarop de opbrengst wordt verdeeld is daarom eveneens wenselijk. Het verdient aanbeveling om in dit verband een maximum te stellen aan het beloningspercentage van de procesfinancier. Hoe groot het opbrengstpercentage behoort te zijn hangt af van de omvang en de slagingskans van de vordering. Het uitgangspunt is dat de opbrengst voor de procesfinancier in ieder geval niet groter is dan de opbrengst voor de gefinancierde. Deze maximalisatie zou kunnen worden opgenomen in een zelfreguleringscode, maar zou eveneens kunnen worden gecodificeerd in hoofdstuk 4 van de Wft.

#### Continuïteit en solvabiliteit van de procesfinancier

Momenteel bestaat er geen enkele controle op de solvabiliteit en liquiditeit van de TPF-aanbieder. Het meest ironische risico zou zich kunnen voordoen in het geval waarin

35 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 56.

36 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 59.

37 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 59-60.

38 I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties; olie op het vuur van de claimcultuur?', AA 2016/15, p. 337-346.

39 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 60-61.

40 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 62.

41 Zie afdeling 4.2.3 Wft inzake zorgvuldige dienstverlening.

42 R. Mulheron & P. Cashman, 'Third party funding; a changing landscape', CJO 2008/27, p. 317.

43 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 64.



een financieel gedupeerde consument zich wendt tot een procesfinancier, die na het sluiten van de financieringsovereenkomst eveneens onvermogen blijkt te zijn. Even onwenselijk is de situatie waarin de procesfinancier in faillissement verkeert en zich hierdoor genoodzaakt ziet het proces te staken.<sup>44</sup> Deze problematiek zou kunnen worden ondervangen door kwaliteitseisen te stellen ten aanzien van de solvabiliteit, liquiditeit, organisatiestructuur en transparantie van de procesfinancier. Deze kwaliteitseisen kunnen zowel worden ingesteld door een zelfreguleringscode als door wettelijke verankering in de Wft onder toezicht van de AFM, waarbij DNB toezicht houdt op de prudentiële eisen, de solvabiliteit van de procesfinancier daarbij inbegrepen. Regulering biedt voor dit probleem mogelijk een sterkere oplossing, doordat het vrijblijvende karakter van de zelfreguleringscode wordt omzeild.

### Bevoegdheden tussen de financier, de gefinancierde en de advocaat

De verschillende belangen die spelen binnen de driehoeksverhouding van de financier, de gefinancierde en de advocaat zijn oorzaak van een groot deel van de risico's van TPF. Ter inspiratie voor mogelijke oplossingen voor deze problematiek is gekeken naar de ontwikkelingen binnen dit kader in Amerika en Australië, waar zowel in de rechtspraak als in de literatuur enkele oplossingen te vinden zijn voor de risico's rondom TPF in Nederland.

### Een veelvoorkomend risico bij TPF is een te hoog bedongen opbrengst voor de procesfinancier

In de Verenigde Staten procederen advocaten in collectieve zaken namens vele eisers die zich een individueel proces niet konden veroorloven. In deze collectieve acties (vaak bij massaschade) handelen advocaten doorgaans als risicovolle ondernemers.<sup>45</sup> Hierdoor treden ze niet op als de belangenbehartiger van de cliënt. Procesfinanciering verleidt advocaten ertoe om soms meer in hun eigen belang te handelen dan in het belang van hun cliënt.<sup>46</sup> Zonder instrumenten als de class action en de voorwaardelijke procesfinanciering zouden vele verdienstelijke claims echter nooit zijn bewerkstelligd.

John Coffee, Amerikaans rechtswetenschapper op het gebied van de collectieve actie bij massaschade, beoordeelt in zijn boek de sterke en de zwakke punten van TPF bij de collectieve actie in de massaschadeclaim. Hij stelt een aantal hervormingen voor om een eerlijker evenwicht te bereiken

in de bovengenoemde driehoeksverhouding.<sup>47</sup> Zijn doel is om de regulering rondom de collectieve actie met gebruik van TPF te hervormen en private handhaving van de wet in dit kader democratischer te maken.<sup>48</sup> Zijn aanbevelingen voor hervorming bestaan uit:

1. het creëren van een specialistische rechtbank ter beslechting van de collectieve actie in gevallen van o.a. massaschade;<sup>49</sup>
2. controle over het collectieve proces door een advocaat in te schakelen die gespecialiseerd is in massaschade en die wordt aangesteld door de in collectieve acties gespecialiseerde rechtbank;<sup>50</sup>
3. de beperking van de kostenveroordeling voor de verliezer tot een redelijk bedrag in verhouding tot de gemaakte kosten van de eiser en de verwachte opbrengst. Deze behoefte aan evenwicht zou kunnen worden vervuld door een wetgevingsmaatregel of door een controlerend overheidsorgaan, dat bevoegd is in te grijpen in gevallen waarin de voorgestelde verlegging van de vergoedingen zo onevenredig leek dat toekomstige gerechtelijke geschillen hierdoor zouden worden ontmoedigd;<sup>51</sup>
4. honoraria van advocaten kunnen worden verlaagd wanneer de zaak slechts 'meelift' op een eerdere vergelijkbare procedure, omdat het risico *in casu* voor de advocaat laag is.<sup>52</sup>

### Schikkingsbevoegdheid tussen de financier, de gefinancierde en de advocaat

De bevoegdheden en de verschillende belangen die spelen binnen de driehoeksverhouding van de financier, de gefinancierde en de advocaat leveren een ander belangrijk risico op. In het geval een schikking tot stand komt, loopt de gefinancierde het risico de schikkingsbevoegdheid en daarmee de regie over het proces te verliezen. Zulks was bijvoorbeeld het geval in een zaak uit 2011 bij het Hof Amsterdam, waar in de financieringsovereenkomst werd bepaald dat, als de gefinancierde geen akkoord gaf op het schikkingsvoorstel waar de financier akkoord mee wilde gaan, zij verplicht was om de vordering van de procesfinancier terug te kopen, zij het met vermeerdering van tot op dat moment gemaakte kosten.<sup>53</sup> Dergelijke verstrekkende gevolgen dienen in het kader van consumentenbescherming, maar ook omwille van transparantie, vooraf glashelder te zijn voor de gefinancierde. Belangentegenstellingen bij de advocaat, die nogal eens in een 'repeat'-relatie staat met de procesfinancier,

44 J.L. Luiten, 'Third Party Litigation Funding. Een korte introductie', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 66.

45 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 1-3.

46 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 1-3.

47 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 1-10.

48 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 7-36.

49 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 146.

50 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 150.

51 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 154.

52 J.C. Coffee, 'Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future', Harvard University Press 2015, p. 161.

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

spelen in dit verband eveneens een rol.<sup>54</sup> De advocaat ziet zich geconfronteerd met twee partijen, waardoor de verleiding kan ontstaan om de wensen van de financier in acht te nemen en te laten prevaleren of de cliënt te bewegen de zienswijze van de financier over te nemen. Het ligt daarom voor de hand om informatievoorzieningseisen te stellen aan de procesfinancier, om zo de bevoegdheidsverdeling te waarborgen en de problematiek van onwenselijke schikkingsonbevoegdheid voor de gefinancierde te voorkomen. Dit kan worden bewerkstelligd door een zorgplicht op te leggen onder de sanctie van nietigheid van de financieringsovereenkomst op grond van dwaling.<sup>55</sup>

De Australische verzekeringsovereenkomst biedt daarnaast inspiratie voor een andere aanbeveling in dit kader. De verzekeringsovereenkomst toont immers vergelijkbare problematiek in de driehoeksverhoudingen tussen de verzekeraar, de verzekerde en de advocaat.

De Australische rechter acht de dubbele cliëntrelatie mede te verantwoorden door te refereren aan een zorgplicht van de verzekeraar ten opzichte van de verzekerde in het geval dat de verzekeraar zijn of haar advocaat instrueert. Onder Australisch recht wordt voor de procesfinancier die controle uitoefent in de procedure, een vergelijkbare zorgplicht verondersteld.

### Aanbevelingen ten aanzien van de Nederlandse claimcode

Ter aanscherping van haar effectiviteit verdient het mijns inziens aanbeveling om zowel de reikwijdte als de inhoud van de huidige Claimcode uit te breiden. Naar Engels voorbeeld zouden strikte kwaliteitseisen kunnen worden gesteld aan de procesfinancier. Zo ontstaat een kwaliteitskeurmerk, waarbij de Code dient als vrijwillige regulering op hoogwaardige procesfinanciers. Kapitaalvennootschappen dienen eveneens als belangenorganisatie te kwalificeren onder de hernieuwde Code om de reikwijdte van deze zelfregulering te verbreden. Daarnaast dient in de Code een mogelijkheid tot geschillenbeslechting te worden gecreëerd rondom TPF in Nederland. Het opnemen van een geschillenbeslechtingsmogelijkheid in de huidige Claimcode zou een oplossing bieden voor belangenconflicten binnen de driehoeksverhouding. Als voorbeeld hiervan biedt de Geschillencommissie advocatuur uitkomst.<sup>56</sup>

De waarborging van de belangen van de achterban van claimorganisaties zijn momenteel naar mijn mening onvoldoende gewaarborgd. Tot op heden ontbreekt het de Claimcode namelijk aan een wettelijke status.<sup>57</sup> De rechter toetst de Claimcode als basiselement om tot een oordeel te komen of de belangen van de achterban voldoende in

acht zijn genomen.<sup>58</sup> En hoewel in 2013 aanvullende voorwaarden zijn gesteld aan een claimorganisatie ter toetsing of de belangen van haar achterban voldoende in acht zijn genomen,<sup>59</sup> dekken de eisen zoals voorgeschreven in de Claimcode<sup>60</sup> in onvoldoende mate het risico op commercieel claimen. De Claimcode bestaat uit enkele principes en uitwerkingen waarbij het principe ‘pas toe of leg uit’ wordt gehanteerd,<sup>61</sup> vergelijkbaar met hetzelfde principe ten aanzien van de Corporate Governance Code. Er is echter een belangrijk verschil: de Corporate Governance Code kent een wettelijke verankering waardoor deze code eerder wordt nageleefd. Op grond van art. 2:391 lid 5 BW dient een beursvennootschap in haar jaarlijkse financiële verslaggeving vast te leggen in welke mate de Corporate Governance Code wordt nageleefd. Afwijken ervan dient in de jaarstukken te worden gemotiveerd.

### Het meest ironische risico schuilt in het geval waarin een financieel gedupeerde consument zich wendt tot een procesfinancier, die na het sluiten van de financieringsovereenkomst eveneens onvermogen blijkt te zijn

In verband hiermee zijn enkele aanbevelingen tot verbetering van de Claimcode te maken, zoals voorgesteld door mr. drs. T.M.C. Arons<sup>62</sup> in diens onderzoek naar de effectiviteit van de bescherming van de achterban van de claimorganisatie in 2017:<sup>63</sup>

1. Claimorganisaties dienen te worden verplicht om in hun bestuursverslag een compliance analyse op te nemen over de Claimcode, conform art. 2:391 lid 5 BW, aangewezen bij algemene maatregel van bestuur.<sup>64</sup>
2. Aanbevolen wordt om een Monitoring Commissie in te stellen. De taak van de Monitoring Commissie is het naleven van de Claimcode en handhaven indien zij dat wenselijk acht. Hiervoor dient een bevoegdheid wordt

58 Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (*Stichting Union des victimes de déchets toxiques d'Abidjan et banlieus/Trafigura*). Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, *Ondernemingsrecht* 2016/122, m.nt. Arons; «JOR» 2016/278, m.nt. Lemstra (*Stichting Rentewapschadeclaim/Coöperatieve Rabobank U.A.*).

59 Art. 3:305a lid 2 BW, laatste zin.

60 Te raadplegen via: <http://stichtingservice.nl/wp-content/uploads/2014/07/claimcode-voor-claimstichtingen.pdf>.

61 Ook wel het ‘Comply or Explain’-principe genoemd.

62 Universitair docent financieel recht, verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht, onderdeel van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

63 T.M.C. Arons, ‘Bescherming achterban claimorganisaties en collectief verhaal door toezichthouders’, *WPNR* 2017/7152.

64 O.g.v. art. 2:396 lid 5 BW is art. 2:301 BW slechts van toepassing op vennootschappen die aansluitend op twee balansdata voldoen aan twee van de drie in art. 2:396 lid 1 genoemde criteria. Slechts ‘grote’ rechtspersonen zijn dus verplicht om een bestuursverslag openbaar te maken. Art. 2:396 lid 5 BW zou daarom aangepast dienen te worden zodat art. 2:391 lid 5 BW ook op ‘kleine’ claimorganisaties van toepassing wordt.

54 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. 15.

55 Art. 3:40 BW.

56 Nederlandse orde van advocaten. Geschillencommissie advocatuur, <https://www.advocatenorde.nl/geschillencommissie-advocatuur>.

57 *Kamerstukken II* 2012/13, 33126 VI, nr. 7, p. 11.

gecreëerd middels aanpassing van art. 3:305d BW. Deze bepaling maakt het mogelijk dat verenigingen en stichtingen consumentenbeschermingsregulering via privaatrechtelijke route kunnen handhaven. Bijvoorbeeld door het instellen van een verbod of gebod vordering. De handhaving van de Claimcode kan mijns inziens worden geschaard onder consumentenbescherming tegen beroepsmatige collectieve belangenbehartiging, zoals ook beoogd door de Regeling oneerlijke handelspraktijken.

### Gedragcode voor de TPF-aanbieder in Nederland

Daarnaast valt na te denken over een mogelijke Nederlandse variant van de Code of Conduct for Litigation Funders,<sup>65</sup> een gedragscode in de vorm van zelfregulering naar het Engelse voorbeeld van de ALF. Een in Nederland nieuw op te richten onafhankelijke Commissie zou regels kunnen ontwikkelen specifiek gericht op de aanbieders van TPF in Nederland. Deze Commissie houdt hierop tevens toezicht.

Op deze wijze kan het gebrek aan regulering van TPF en de problematiek die hierbij rijst worden ondervangen. Deze oplossingen bestaan uit:

1. Een in de Claimcode op te nemen verbod voor de TPF-aanbieder om meer vergoeding te krijgen van de gefinancierde dan dat het proces heeft opgebracht.
2. Een vereiste van schriftelijke bevestiging voor de TPF-aanbieder, waarmee de procesfinancier de gefinancierde verplicht om een advocaat te raadplegen alvorens het sluiten van de financieringsovereenkomst.
3. Daarnaast is aan te bevelen om een verbod voor de TPF-aanbieder in de Claimcode op te nemen waardoor hem strategische controle in het proces wordt ontnomen.

Met deze regels wordt een belangrijk deel van de risico's bij TPF voor rechtzoekenden beperkt, ten gunste van de

toegang tot het recht in dit verband. De TPF-gedragscode is slechts van toepassing op TPF-aanbieders in het bezit van een lidmaatschap van de Commissie. Deze groep TPF-aanbieders geniet kwaliteitswaarborgen en toezicht van de Commissie, waarmee de belangen van rechtzoekenden beter worden gewaarborgd dan nu het geval is.

### Conclusie

In dit artikel is besproken welke risico's een rol spelen bij TPF in Nederland en welke maatregelen kunnen worden getroffen om deze risico's te beperken. De inwerkingtreding van de WAMCA maakt Nederland een aantrekkelijke jurisdictie voor de afwikkeling van de (internationale) collectieve actie. In Nederland bestaat momenteel geen regulering voor TPF, waardoor aan deze financieringsvorm verschillende risico's zijn verbonden. In verband met deze risico's zijn enkele aanbevelingen aangedragen.

Onder meer zijn de volgende aanbevelingen ten aanzien van de Wft besproken. Ten eerste is voorgesteld om de procesfinancier te scharen onder de zorgplicht voor de financiële sector in hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.3.3.a Wft, ter ondervanging van de informatierisico's van TPF voor de gefinancierde. Ten tweede is aanbevolen om het risico op een oneerlijke opbrengstverdeling voor de gefinancierde te beperken door een maximum te stellen aan het beloningspercentage van de procesfinancier, waarbij het uitgangspunt is dat de opbrengst voor de procesfinancier in ieder geval niet groter is dan de opbrengst voor de gefinancierde. Codificatie in hoofdstuk 4 Wft leent zich hier mijns inziens evenwel voor. Ten derde is aanbevolen om het risico dat de continuïteit en solvabiliteit van de procesfinancier in het gedrang komen te beperken, door kwaliteitseisen te stellen in hoofdstuk 4 van de Wft, met DNB als toezichthouder op de prudentiële eisen.

#### Over de auteur

**Mr. C. (Chantalle) Damen**

Advocaat te Rotterdam bij Ludwig en Van Dam Advocaten.

<sup>65</sup> The Association of Litigation Funders. About us, <http://associationoflitigationfunders.com/about-us>.