

Hof Amsterdam 13 december 2011, LJN BU8763

*Quota pars litis*-financieringsovereenkomst;  
betrokkenheid advocaat

**Feiten en procesverloop**

De aanleiding is een verkeersongeval in 1996 waarbij de appellante benadeeld raakt en schadevergoeding wenst te verkrijgen van WAM-verzekeraar Allianz. Allereerst treedt Bureau Pals op namens de benadeelde. Die weet een vergoeding van ruim € 8000 te verkrijgen voor de benadeelde. Vervolgens wendt zij zich tot advocaat X, die in 2001 tot dagvaarding overgaat. Het gevorderde schadebedrag is bijna € 3 miljoen. De advocaatkosten die advocaat X in rekening brengt, worden eerst door benadeelde vergoed, maar op enig moment kan zij de kosten niet meer opbrengen. Dat leidt tot een acuut probleem, dat in oktober 2002 besproken wordt door advocaat X en de benadeelde. Kennelijk worden de opties van alternatieve financiering besproken, want advocaat X bevestigt per brief de inhoud van het gesprek:

‘Ik heb u gezegd dat u thans vermoedelijk in aanmerking komt voor door de overheid gefinancierde rechtshulp. Ik heb u de inhoud van dit systeem uitgelegd en u verteld hoe u eventueel een toevoeging zou kunnen aanvragen. U heeft ons daarop evenwel gezegd dat u geen gebruik wilt maken van de eventuele mogelijkheid tot door de overheid betaalde rechtshulp.

Hierop hebben wij de mogelijkheid besproken om thans te trachten om uw zaak met de wederpartij te schikken voor een voor u aanvaardbaar bedrag. De conclusie van deze afweging is geweest dat wij de kans op een bevredigende regeling zonder gerechtelijk vonnis thans bijzonder klein achten. Wij hebben er daarom vanaf gezien om die weg thans in te gaan.

U sprak uw sterke voorkeur uit om de zaak thans met “volle kracht” en inzet van alle benodigde middelen voort te zetten teneinde uiteindelijk een voor u zo gunstig mogelijk gerechtelijk vonnis in uw zaak te bewerkstelligen. Onze gezamenlijke conclusie was dat dit slechts mogelijk is indien wederom een derde gevonden wordt die bereid is om de thans nog openstaande nota’s en de in de toekomst in uw zaak te maken kosten voor zijn rekening te nemen. Wij spraken af dat wij ons beiden de komende tijd op die mogelijkheid zullen oriënteren. Voorts spraken wij af dat dit punt in beginsel over uiterlijk twee weken na onze bespreking geregeld dient te zijn omdat er anders te weinig tijd ontstaat voor adequate voorbereiding van het aanstaande pleidooi.’

Advocaat X gaat voor benadeelde op zoek naar een financier en vindt die in de Stichting Nederlandse Letselstichting (NLS). Hij schrijft vervolgens aan cliënte dat NLS bereid bleek om de betaling van de thans reeds openstaande kosten en de in de toekomst in de zaak nog te maken kosten voor haar rekening te nemen:

‘Bij die afweging speelde enerzijds een rol dat er een fors bedrag aan reeds gemaakte kosten in uw zaak openstaat en reeds bij aanvang door de NLS aan mijn kantoor dient te worden betaald. Daarnaast valt in alle redelijkheid te verwachten dat er in uw zaak nog vele tienduizenden euro’s zullen moeten worden besteed alvorens er een definitief vonnis ligt. Hoe groot die kosten zijn is thans vanzelfsprekend niet met zekerheid te zeggen maar die zullen, als ik uw zaak vergelijk met vergelijkbare zaken, ergens liggen tussen enkele tienduizenden euro’s en honderdduizend euro. Daarnaast gaat de zaak om een bijzonder groot financieel belang. Tenslotte lijkt uw wederpartij zich vanaf het allereerste contact met u op een nogal principieel standpunt te hebben gesteld, namelijk dat u vrijwel geen schade heeft. Alles bij elkaar maakt dit dat de NLS bereid is om uw zaak aan te nemen, zij het voor een percentage van de hoofdsom dat voor Nederlandse begrippen uitzonderlijk hoog is, te weten 40% plus BTW van de hoofdsom. Ik schrijf u dit alles met enige nadruk omdat ik u er nogmaals, evenals in onze bespreking van 17 oktober jongstleden op wil wijzen dat het hier om een belangrijke beslissing gaat, dat het grote bedragen kan betreffen en welke overwegingen daarbij van belang zijn.

Inmiddels treft u hierbij de overeenkomst die de Nederlandse Letselstichting met u zou willen aangaan. Ter toelichting het volgende.

Samengevat komen de inhoud van de overeenkomst en de gevolgen ervan erop neer dat de Stichting uw aanspraak tot vergoeding van de schade op de veroorzaker ervan, en ook aanspraken op eventuele verzekeringsuitkeringen die u kunt doen, van u koopt en dat u de Stichting onherroepelijk volmachtigt om de immateriële schade, het zogenaamde “smartengeld”, voor u te verhalen.

Aansluitend zal de Stichting mij daarop de opdracht verlenen om te trachten de door u geleden schade namens de Stichting op de veroorzaker, almede op eventuele aansprakelijkheids- en/of ongevallenverzekeraars, te verhalen. (...) Indien uiteindelijk zal blijken dat er door (of namens) de veroorzaker(s) van de schade en/of een schadevergoeding of verzekeringsuitkering aan de Stichting wordt uitbetaald zal de Stichting aan u 60% van het netto uitgekeerde bedrag betalen onder aftrek van BTW. Het netto bedrag is het bedrag dat door de wederpartij wordt betaald na aftrek van de kosten die de Stichting ten behoeve van het verhaal heeft gemaakt, zoals onder meer advocatenkosten, kosten van (medische) expertises, verschotten, proceskostenveroordeling, proceskosten en de kosten van het vaststellen en het berekenen van de hoogte van het schadebedrag.

Alvorens de Stichting met de wederpartij een schikking of dading met betrekking tot uw vordering zal treffen zal zij om uw instemming daarmee vragen. Indien u met de voorgestelde schikking of dading akkoord gaat wordt een en ander tussen u en de Stichting op bovenstaande wijze afgewikkeld. Indien u evenwel niet met het voorstel akkoord wenst te gaan zal de Stichting de vordering op uw verzoek aan u terugcederen en zal zij de volmacht aan u teruggeven

zodra de Stichting van u heeft ontvangen: de door de Stichting gemaakte kosten en het bedrag dat de Stichting zou hebben ontvangen indien u wel met het voorstel akkoord zou zijn gegaan. Als u niet akkoord gaat met het schikkings- of dadingsvoorstel, doch het genoemde bedrag niet binnen drie maanden aan de Stichting heeft betaald zal de Stichting op haar beurt weer gerechtigd zijn om de door haar voorgestelde schikking of dading te treffen.

Indien het uiteindelijk niet tot vergoeding van de schade door de veroorzaker komt neemt de Stichting alle kosten die zij in haar pogingen om de schade te verhalen heeft gemaakt voor haar rekening.

Volledigheidshalve wijs ik u nog op het volgende. Indien u de acte van cessie en volmacht ondertekent en aan mij retourneert, kan in de toekomst mogelijk de situatie ontstaan dat door de wederpartij en/of eventuele verzekeraars een substantieel bedrag wordt uitgekeerd. Van het netto uitgekeerde bedrag komt dan 60% (minus 19% BTW over 40%) aan u toe, en 40% (plus 19% BTW) aan de Stichting. Bovendien rekent de Stichting BTW over haar aandeel. Omdat het hierbij om betrekkelijk grote bedragen kan gaan, hecht ik eraan dat u zich dat nu, bij het aangaan van de overeenkomst, realiseert. (...).’

Het voorstel van NLS komt er dus op neer dat NLS het risico van verlies van de procedure op zich neemt, in ruil voor een percentage in de netto-opbrengt. Mocht benadeelde de zaak verliezen, dan draagt NLS de advocaatkosten (en kosten van experts, enzovoort). Mocht benadeelde de zaak winnen, dan worden uit de toegewezen claim éérst de advocaatkosten van advocaat X voldaan (en andere kosten). Daarna wordt NLS een percentage van 40 procent + 19 procent btw van het netto-bedrag toegewezen. Hetgeen dan resteert is voor benadeelde. Relevant is ook – zo begrijp ik de brief van advocaat X – dat indien de verzekeraar een schikkingsvoorstel doet, NLS aan de knoppen blijft zitten. Benadeelde draagt haar schadevergoedingsvordering over en als zij niet wenst in te stemmen met het schikkingsvoorstel, dan moet zij de vordering ‘terugkopen’ door NLS de gemaakte kosten én het bedrag te betalen dat NLS zou hebben ontvangen indien zij wél met het voorstel akkoord zou zijn gegaan. Doet ze dat niet, dan heeft NLS het recht om de schikking alsnog te accorderen.

Cliënte van advocaat X gaat akkoord en ondertekent de acte van cessie in 2002. Jaren later, in 2007, doet Allianz een schikkingsaanbod van € 750.000. Advocaat X aanvaardt namens cliënte dat aanbod. Cliënte zou derhalve netto € 340.000 ontvangen. Vervolgens ontstaat een geschil tussen advocaat X en cliënte over de schikking en afwikkeling. Om die reden deponeert Allianz in 2008 een voorschot bij een notaris. Benadeelde verzoekt meermalen een voorlopige voorziening om voorschotten op de uitbetaling door NLS te verkrijgen. Ook dient zij tuchtklachten in jegens advocaat X. Naar eigen zeggen<sup>1</sup> is benadeelde juist toen in onmin met advocaat X geraakt omdat

zij erachter kwam dat het bestuur van Stichting NLS bestond uit naaste familieleden van advocaat X.

De tuchtklachten worden uiteindelijk door het Hof van Discipline in 2010 deels gegrond verklaard, met als gevolg dat advocaat X een voorwaardelijke schorsing van een maand opgelegd krijgt.<sup>2</sup> Het Hof van Discipline acht aannemelijk dat benadeelde eerst in oktober 2007 het noodzakelijk inzicht heeft gekregen in de betekenis en de gevolgen voor haar van de voorwaarden in de acte van cessie en volmacht van 2002, immers:

‘Toen heeft verweerder schriftelijk becijferd dat na aftrek van verschillende posten – waaronder de door hem op € 120.000 begrote post “juridische en overige kosten” – klagster ingevolge de Acte van cessie slechts circa € 340.000 zou ontvangen van de € 750.000 waarop de zaak was geschikt. Het is niet aannemelijk, noch zijn daarvoor aanwijzingen voorhanden, dat klagster in een eerder stadium de consequenties van deze voor haar bezwarende regeling heeft overzien.’

Het Hof van Discipline acht tuchtrechtelijk laakbaar dat in 2002 niet indringend gewezen is op de mogelijkheden van een toevoeging, ook niet in de brief waar advocaat X zich op beroept:

‘Uit de brief blijkt niet dat verweerder, zoals hij behoorde te doen, aan klagster heeft voorgehouden dat zij groot belang had bij het beproeven van die mogelijkheid; noch dat hij, zoals hij eveneens behoorde te doen, zich heeft vergewist van (de deugdelijkheid van) de motieven van klagster om dat niet te willen. Indien verweerder dat een en ander wel heeft gedaan, had hij dat (ook) schriftelijk behoren te bevestigen, aangezien het ging om voorlichting/ advisering over een voor klagster zeer ingrijpende beslissing. Reeds omdat zodanige bevestiging ontbreekt, moet ervan worden uitgegaan dat verweerder op de beide genoemde punten heeft verzuimd te doen wat hij behoorde te doen (...).’

Het Hof van Discipline acht evenwel de financieringsconstructie geen ontoelaatbare ontduiking van het *‘quota pars litis’-verbod* (QPL-verbod; gedragsregel 25 lid 3), althans niet op de gronden die benadeelde aanvoert. Zij veronderstelt in het klaagschrift namelijk dat advocaat X een deel van de opbrengst van NLS ontvangt en dat staat niet vast. Wel neemt het Hof aan dat advocaat X een rol heeft gespeeld bij het vaststellen van het percentageaanbod dat NLS deed aan benadeelde, en dát is in strijd met het verbod op tegenstrijdig belang bij het behartigen van de belangen van cliënte. Bovendien neemt het Hof aan dat advocaat X, gezien de onervarenheid van de familieleden in het inschatten van proceskansen, ook een beslissend advies zou uitbrengen aan NLS om al dan niet te

1. Rb. Amsterdam 18 augustus 2010, LJN BN6426, r.o. 2.21, alwaar wordt verwezen naar uitlatingen van benadeelde in de media.

2. Hof van Discipline, beslissing in de zaak onder nummer van: 5488 d.d. 11 januari 2010, LJN YA0254.

schikken met de WAM-verzekeraar. Ook dat zou het behartigen van tegenstrijdige belangen inhouden.

Na de tuchtprocedure volgt de onderhavige civiele procedure, waarin door benadeelde onder meer wordt gevorderd: primair verklaring voor recht dat de cessie tussen benadeelde en NLS nietig is dan wel vernietigd of vernietigbaar, alsmede uitbetaling van het depot en veroordeling van NLS én advocaat X tot schadevergoeding, en subsidiair schadevergoeding te betalen door advocaat X wegens het tot stand komen van de overeenkomst met NLS. Voor de nietigheid c.q. vernietigbaarheid voert benadeelde primair aan dat sprake is van strijd met goede zeden en/of openbare orde, subsidiair dwaling en misbruik van omstandigheden. De schadevergoedingseis is gebaseerd op gesteld onrechtmatig handelen van advocaat X en NLS.

De rechtbank overweegt dat het contract tussen benadeelde en NLS voorzag in het liquiditeitsprobleem van benadeelde. De risicovergoeding van 40 procent is volgens de rechtbank niet ongebruikelijk in het economisch verkeer en is op zichzelf niet door inhoud of strekking in strijd met goede zeden of openbare orde.

Benadeelde voert aan dat hier sprake was van omzeilen van het QPL-verbod, maar de rechtbank acht vooral van belang dat advocaat X tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Dát maakt echter niet dat NLS het QPL-verbod omzeilt, nu dat verbod voor NLS niet geldt. Ook is de rechtbank van oordeel dat geen sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid. De rechtbank acht onvoldoende aanknopingspunten voorhanden om de risicovergoeding excessief te noemen.

Wat betreft het beroep op dwaling oordeelt de rechtbank kort gezegd dat de kostenstructuur voldoende duidelijk in de correspondentie verwoord was en dat mogelijke verkeerde interpretatie daarvan voor rekening van benadeelde moet blijven. Ook oordeelt de rechtbank dat het op de weg van benadeelde had gelegen om bij derden informatie in te winnen over de mogelijkheden van toevoeging. In het gesprek in oktober 2002 had advocaat X namelijk gewezen op de mogelijkheid van het aanvragen van een toevoeging. Overigens had advocaat X er ook bij gezegd dat hij niet op toevoegingsbasis werkt.<sup>3</sup> Op NLS rustte, aldus de rechtbank, geen verdergaande informatieverplichtingen zoals die mogelijk op advocaat X rustten. Dat advocaat X niet had verteld van de familiebanden tussen stichtingsbestuur en hem, kan NLS niet worden toegerekend, aldus de rechtbank.

Het beroep op misbruik van omstandigheden faalt ook. Dat er mogelijk geldnood was bij de benadeelde of nood door echtscheiding en arbeidsongeschiktheid, is niet voldoende. Ook acht de rechtbank de bijkomende omstandigheid dat NLS een groot percentage zou toekomen bij winst, onvoldoende grond voor vernietiging ex artikel 3:44 Burgerlijk Wetboek (BW). Die winst was immers onzeker tijdens het sluiten van de overeenkomst en dus was hier sprake van een risicopremie, aldus kort gezegd de rechtbank.

Voor de vraag of NLS en advocaat X aansprakelijk zijn voor geleden schade, onderzoekt de rechtbank eerst of advocaat X steken heeft laten vallen. De rechtbank stelt vast dat het onderwerp van toevoeging is besproken met cliënte. Dat hij de cessie aan NLS niet heeft ontraden, kan hem volgens de rechtbank niet worden verweten. Er waren geen alternatieve financiers bereid het risico te nemen, de uitkomst van de zaak was onzeker, de benadeelde stond nog aanzienlijke kosten te wachten én zij had al betalingsachterstanden tegenover advocaat X. Van tegenstrijdig belang was ten tijde van de cessie geen sprake, omdat niet is komen vast te staan dat advocaat X op dat moment ook raadsman van NLS was, en toen die tegenstrijdige belangen zich wel voordeden, heeft hij zich ook werkelijk teruggetrokken.

De rechtbank oordeelt weliswaar dat niet is bewezen dat cliënte de brief heeft ontvangen en dus dat niet is bewezen dat haar schriftelijk is bevestigd dat er toevoegingsmogelijkheden bestaan, maar ook dat die onzorgvuldigheid van advocaat X niet tot aansprakelijkheid kan leiden omdat er te weinig is gesteld over causaal verband. De rechtbank wijst de vorderingen van benadeelde dus per saldo af.

In hoger beroep oordeelt het hof dat de financiering door NLS op zichzelf niet in strijd komt met openbare orde of goede zeden:

‘Deze constructie komt weliswaar neer op “no cure no pay”, doch dat is een financieringsconstructie die slechts advocaten krachtens hun gedragsregels is verboden, welk verbod verband houdt met de eisen van een goede beroepsuitoefening. De NLS is geen advocaat, zodat deze specifieke eisen aan haar niet kunnen of hoeven worden gesteld. Dat de NLS deze constructie toepast in gevallen van slachtoffers van letselschade maakt het oordeel van het hof niet anders en evenmin, dat de door de NLS gehanteerde financieringsconstructie (zoals [appellante] betoogt en de NLS niet betwist) anders is dan de constructie die andere letselschadebureaus hanteren. Niet gesteld is dat letselschadebureaus in dit verband aan een norm zijn gebonden die thans door de NLS is geschonden.

3.4.3. Ook de hoogte van de vergoeding die de NLS voor zichzelf jegens [appellante] heeft bedongen maakt niet dat de constructie reeds daarom strijdig is met de openbare orde of goede zeden. Hoewel onder omstandigheden denkbaar is dat een excessieve vergoeding daarmee wel in strijd is, heeft [appellante] onvoldoende gesteld ten betoog waarom in het onderhavige geval een grens zou zijn overschreden. Het enkele feit dat, zoals zij gemotiveerd betoogt, vergelijkbare instellingen lagere vergoedingen plegen te vragen (waarbij bovendien de proceskosten onderdeel van de bedongen vergoeding uitmaken) kan die conclusie niet dragen. [appellante] heeft weliswaar gesteld dat andere bureaus bereid zouden zijn geweest tegen een dergelijke lagere vergoeding haar zaak te financieren, maar die stelling niet onderbouwd. (...)

3. Rb. Amsterdam 18 augustus 2010, LJN BN6426, r.o. 6.14.

3.4.4. Dat [geïntimeerde sub 2] als advocaat van [appellante] bij de cessie betrokken was, maakt het bovenstaande (anders dan [appellante] betoogt) niet anders. Uit de beslissing van het Hof van Discipline (waarnaar [appellante] verwijst) blijkt dat dat Hof niet heeft geoordeeld dat de financieringsconstructie van de NLS ontoelaatbaar is; [geïntimeerde sub 2] wordt evenmin verweten dat hij middels de NLS, kort gezegd, het no cure no pay-verbod zou hebben omzeild. Wat het Hof van Discipline [geïntimeerde sub 2] met betrekking tot de NLS verwijt is dat hij, bij het bepalen van de omvang van de vergoeding die de NLS bedong, een tegenstrijdig belang heeft gehad. Dit verwijt betreft specifiek [geïntimeerde sub 2]'s handelen als advocaat in strijd met de gedragsregels. Schending van die gedragsregels brengt als zodanig nog niet mee dat de overeenkomst tussen [appellante] en NLS die door het handelen van [geïntimeerde sub 2] tot stand is gekomen (doch waarbij hij geen partij is) voor wat betreft de inhoud of de wijze van totstandkoming in strijd is met de openbare orde of goede zeden. (...)

Dat het bestuur van de NLS ten tijde van de cessie (mede) werd gevormd door naaste familieleden van [geïntimeerde sub 2] maakt, wat daar verder van zij, op zichzelf nog niet dat de overeenkomst tussen [appellante] en de NLS in strijd is met de openbare orde en goede zeden. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, die niet voldoende zijn gesteld of gebleken. Dat de NLS niet onafhankelijk van [geïntimeerde sub 2] opereerde (grief III) en dat sprake is geweest van misbruik van rechtspersoonlijkheid (grief V) waarbij de NLS, naar [appellante] betoogt, een papieren constructie is die erop gericht was het no cure no pay verbod te omzeilen, acht het hof – mede gezien het Hof van Discipline daarover heeft overwogen – onvoldoende aannemelijk. [appellante] heeft, na de gemotiveerde betwisting door de NLS en [geïntimeerde sub 2], ook niet nader toegelicht dat [geïntimeerde sub 2] enigerlei vorm van bemoeienis met (of belang bij de resultaten van) de NLS had. Dat familieleden, waaronder de moeder van [geïntimeerde sub 2], (mede) het bestuur van de NLS vorm(d)en is mede gezien hetgeen de NLS en [geïntimeerde sub 2] (onbetwist) over de (beweegredenen van de moeder van [geïntimeerde sub 2]) oprichting van de NLS hebben aangevoerd, onvoldoende om tot een ander oordeel te komen.'

Bij het beroep op dwaling geeft benadeelde onder meer aan dat zij zich niet realiseerde dat bij winst per saldo 45 procent zou overblijven en dat de betekenis van de overdracht en de onherroepelijke volmacht haar niet duidelijk waren als ongeïnteresseerde lezer van de juridische teksten waarin dit stond. Het hof oordeelt evenwel dat de tekst van de brieven voldoende helder was:

'Daarmee zijn door [geïntimeerde sub 2] (namens NLS) op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling bij [appel-

lante] omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's redelijkerwijze te voorkomen. Indien [appellante] het een en ander niet of onvoldoende mocht hebben begrepen, had het op haar weg gelegen zich inspanningen te getroosten om de strekking van de overeenkomst wel te begrijpen. Dat heeft zij nagelaten, zodat haar grief op deze grond faalt.

3.6.3. Ten tijde van de overeenkomst met NLS was voorts niet te voorzien (want immers afhankelijk van omstandigheden die eerst in de toekomst zouden blijken, namelijk de exacte hoogte van de aan [appellante] betaalde schadevergoeding en van de kosten) dat het uiteindelijk door haar te ontvangen bedrag ca. 45% van de bruto schadevergoeding was, zodat zij daaromtrent niet kan hebben gedwaald.'

Ook het beroep op misbruik van omstandigheden strandt. Op het moment dat NLS zich tegenover cliënte verbond om het proceskostenrisico te dragen, stond geenszins vast dat het tot uitkering door de WAM-verzekeraar zou komen en de overige omstandigheden waarin cliënte verkeerde, waren kort gezegd niet zodanig dat deze misbruikt werden door NLS.

Evenmin is sprake van schending van een zorgplicht. De benadeelde stelt dat op NLS een zorgplicht rustte vergelijkbaar met die welke in de Dexia-uitspraken werd neergelegd. Het hof verwerpt dat betoog:

'Naar 's hofs oordeel staat de (financierings)overeenkomst van de NLS en de daaraan voor [appellante] verbonden risico's daartoe onvoldoende op één lijn met overeenkomsten tussen financiële dienstverleners op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante zaken, en consumenten, in welke gevallen naar vaste rechtspraak (onder meer HR 5 juni 2009, LJN BH2815) een bijzondere zorgplicht wordt aangenomen die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Voor dit oordeel is onder meer bepalend dat [appellante] uit hoofde van de overeenkomst met de NLS nu juist geen risico liep op verlies (zoals bij effectentransacties het geval kan zijn), doch slechts – indien zij een schadevergoeding zou ontvangen – op een lagere uitkering. Over dat aspect is [appellante], gezien de onder 2.2.5 geciteerde brief van 30 oktober 2002, door [geïntimeerde sub 2] voldoende informatie verstrekt.'

Het beroep op wanprestatie dan wel onrechtmatige daad van advocaat X strandt ook in appèl. Het hof onderzoekt eerst of er schade is geleden door de handelingen van advocaat X en komt dan tot het oordeel dat helemaal niet vaststaat dat benadeelde recht zou hebben gehad op een toevoeging. Tegenover de gemotiveerde betwisting heeft benadeelde onvoldoende gesteld om dat vast te stellen. Evenmin is komen vast te staan dat er alternatieve, voor de benadeelde goedkopere private financieringsmogelijkheden zouden hebben opengestaan. De eindconclusie is dat het hof de afwijzing van de vorderingen van benadeelde bekrachtigt.

## Noot

Er bestaat een maatschappelijke behoefte aan particuliere QPL-financiering van letselschadeclaims naast rechtsbijstandverzekering en overheidsbijstand. Advocaten mogen die financiering niet aanbieden vanwege het QPL-verbod. Het gevolg is dat niet advocaten maar ongereguleerde claiminvesteerders in deze markt opereren, terwijl advocaten met de handen op de rug gebonden blijven. Dat is niet goed. De onderhavige zaak laat zien waartoe dat leiden kan: een zaak die eigenlijk draait om tegenstrijdige belangen en betrokkenheid van een advocaat bij een QPL-overeenkomst, maar die in de civiele arena langs de lijnen van contractsvrijheid en bewijslastverdeling uitgevochten wordt en waar rechters de verantwoordelijkheid van de benadeelde voor in vrijheid en autonomie gemaakte keuzes vooropstellen, terwijl de idee dat letselschadeslachtoffers wellicht ná het ongeval ook in bescherming genomen moeten worden in die arena geen plaats krijgt.

Mijn indruk is dat de civiele rechter hier is begonnen met te redeneren vanuit de contractsvrijheid. Pogingen om het contract te torpederen met openbare orde, goede zeden, dwaling en misbruik van omstandigheden wees de rechter af. Het aansprakelijkheidsbetoog strandde in onvoldoende helderheid over bijvoorbeeld schade en causaal verband. Daarmee laat deze zaak zien dat het geldende civiele recht weinig scherpe instrumenten heeft waarmee de redelijkheid van dit financieringscontract kan worden getoetst. Mijn indruk is bovendien dat de rechter in deze zaak weinig toeschietelijk is geweest. Een advocaat die door familiebanden zo nauw betrokken is bij een QPL-financier en die tuchtrechtelijk op de vingers wordt getikt voor belangenverstrengeling, zou moeten kunnen worden gedwongen om openheid van zaken te geven over de financiële banden tussen hem en financier. Die dwang had in de onderhavige civiele procedure toch op een aantal manieren in de bewijslastverdeling tot uitdrukking gebracht kunnen worden.<sup>4</sup>

Deze zaak toont voor mij dat een raamwerk – door wet of bijvoorbeeld zelfregulering – voor QPL-financieringsovereenkomsten als de onderhavige nodig is. Een van de mogelijke oplossingsrichtingen is het opheffen van het no-cure-no-pay-verbod voor advocaten.<sup>5</sup> Maar ook dan zullen er nadere regels nodig zijn om beunhazerij effectief tegen te gaan, waarborgen voor gedegen informatievoorziening te stellen en belangenverstrengeling tegen te gaan.<sup>6</sup> Ik zal hierna een aantal elementen voor een dergelijk raamwerk nader belichten. Om dat te doen, ga ik eerst in op de aard van de QPL-financieringsovereenkomst (nr. 1). Daarna beschrijf ik een aantal elementen van de Amerikaanse NCNP-praktijk (nr. 2), om vervolgens enkele

verschillen met de Nederlandse situatie te analyseren en aan te geven op welke punten zoal nadere regels zinvol kunnen zijn (nr. 3).

### 1. Een ongereguleerde financieringsvorm

Advocaten is het verboden om een QPL-financieringsovereenkomst te sluiten met hun cliënt. Een derde, zoals hier de NLS, is niet onderworpen aan dat verbod. De financieringsvorm van QPL door derden is geheel ongereguleerd in ons recht. Het is vermoedelijk geen geldlening die onder het regime van het consumentenkrediet valt, omdat de terugbetalingsplicht voorwaardelijk is. NLS heeft hier het contract kennelijk een 'koop' genoemd, maar daar heeft het toch weinig trekken van.<sup>7</sup> Bij een koop gaat waarde over in het vermogen van de koper. Hier gaat vooral het risico van verlies van de zaak over op de 'koper'. Bovendien betaalt de koper geen prijs voor de vordering. Het QPL-financieringscontract heeft daarom meer trekken van een joint venture of investeringscontract.<sup>8</sup>

De QPL-financieringsovereenkomst is, zoals de onderhavige zaak laat zien, een financieringsconstructie die niet snel open is te breken of eenvoudig op *iustum pretium* te toetsen valt.<sup>9</sup> De drempel voor nietigheid wegens strijd met openbare orde en goede zeden is hoog. Weliswaar stelt het hof dat een excessieve vergoeding strijd met artikel 3:40 BW kan opleveren, maar als de financieringsconstructie buiten het regime van consumentenkrediet valt,<sup>10</sup> geldt geen wettelijk verbod van bovenmatige vergoeding. Ons burgerlijk recht kent namelijk geen algemeen woekerverbod. Of de goede zeden een dergelijk verbod impliceren, is ook nog maar de vraag. Nietigheid

4. Ik merk terzijde op dat er nog een andere rechtvaardiging kan zijn voor die dwang om openbaarheid van zaken te geven: de nietigheid van rechtswege van de transactie als deze als indirecte verkrijging door advocaat X in strijd met art. 3:43 BW moet worden gezien.

5. Dat is al langer bepleit aan de hand van een aantal overtuigende argumenten. Ik verwijs voor deze discussie naar de bronnen in noot 29.

6. Overigens geldt hetzelfde voor verruiming van de mogelijkheid van *success fees* (een hoger uurtarief ingeval de zaak succesvol afgerond wordt), al dan niet in combinatie met *no win, no fee* (alleen een beloning volgens uurtarief in geval van succesvol afronden van de zaak).

7. Op de koop van een vordering is via art. 7:47 BW het regime van de koop van toepassing, maar dat levert verder geen bijzonderheden op. Over koop van vorderingen bijv. W.H. van Boom, *Koop van vorderingen – over conformiteit, risico en betaling in driepartijperspectief*, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* (BW Krant jaarboek 14), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 65 e.v.

8. In Duitsland is er om die reden geopperd dat de regels omtrent maatschap van toepassing zouden zijn. Over het rechtskarakter van het *Prozessfinanzierungsvertrag* naar Duits recht bijv. J. Jaskolla, *Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 2004, p. 35 e.v. en 72 e.v.; L. Wilde, *Prozessfinanzierung: eine Branche auf dem Sprung – der Charme der Idee hat an Frische nicht verloren*, *Anwaltsblatt* 2010, p. 813; M. Dimde, *Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess – eine ökonomische Analyse des Rechts*, Berlin: BWV 2003, p. 167 e.v.; J. Veith & J. Gräfe (red.), *Der Versicherungsprozess*, München: Beck 2010, p. 1510-1511; B. Grünwald, *Prozessfinanzierungsvertrag mit gewerbsmäßigem Prozessfinanzierer – ein Gesellschaftsvertrag*, *Betriebsberater* 2000, p. 729 e.v.; M. Coester & D. Nitzsche, *Alternative ways to finance a lawsuit in Germany*, *Civil Justice Quarterly* 2005, p. 95; H. Buschbell, *Prozessfinanzierung als Instrument der Anspruchsverfolgung*, *Anwaltsblatt* 2006, p. 829; F. Frechen & M.L. Kochheim, *Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 1214; N. Dethloff, *Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, p. 2226-2227.

9. Vgl. voor de beperkte toetsbaarheid van 'waar voor je geld' (buiten het gebied van algemene voorwaarden) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 45 en 261.

10. Hier is relevant art. 1:1 Wft, dat 'krediet' lijkt te definiëren als een onvoorwaardelijk wederkerig contract waarbij de consument 'een of meer betalingen' moet verrichten. Ook art. 7:57 BW, dat van 'krediet-overeenkomst' spreekt, lijkt mij niet van toepassing te zijn op QPL-afspraken.

wegens strijd met openbare orde – bijvoorbeeld doordat de overeenkomst met NLS medewerking oplevert aan de overtreding van het QPL-verbod voor advocaten – zal zich ook niet snel voordoen.<sup>11</sup>

De drempel voor vernietiging wegens misbruik van omstandigheden is ook hoog. Bovendien zou nodig zijn dat de gedragingen van de advocaat aan de Stichting toegerekend worden om tot vernietiging van de overeenkomst tussen cliënt en NLS te kunnen komen. In deze zaak lijkt mij bijvoorbeeld wel een relevant gegeven dat de cliënt al een schuld had aan de advocaat en de advocaat aangaf niet op toevoeging te zullen werken. Daarmee werd voor cliënt, zo kan ik mij voorstellen, een toevoeging een minder aantrekkelijk alternatief: zou cliënt een toevoeging aanvaarden, dan zou de al opgelopen schuld blijven openstaan. Onder de gegeven omstandigheden zal een QPL-financieringscontract voor risicoaverse cliënten dan als aantrekkelijk klinken. Immers, het instemmen met een QPL-arrangement zoals NLS aanbood, was een uitweg uit de ontstane omstandigheden. Men kan hier met enige distantie op twee manieren tegenaan kijken. Is dit de autonome keuze van een bekwaam persoon om een reeds bestaande schuld en het zekere vooruitzicht van oplopende kosten in te ruilen voor een kans op een percentage van een schikkingsbedrag, die achteraf schrikt van de implicaties van die keuze? Of is dit een beslissing van een letselschadeslachtoffer, genomen onder druk van een schuldenlast en het vooruitzicht dat geen enkele andere beslissing die last zou wegnemen, terwijl de mogelijke implicaties van die beslissing onvoldoende doorgedrongen waren tot betrokkene? Tussen deze twee uitersten kan de precontractuele zorgplicht liggen om als QPL-financier zich actief van te vergewissen dat cliënt op het moment van aanvaarden van het aanbod weet wat de implicaties zijn van de overeenkomst, meer in het bijzonder dat zij weet wat de reeds opgelopen advocaatkosten zijn, welke kosten mogelijk nog in het verschiet liggen, en dat zij beseft dat het QPL-percentages wordt berekend over het bedrag ná aftrek van alle advocaatkosten.

Het hof had naar mijn mening die vergewissingsplicht als uitgangspunt moeten nemen in plaats van de lichtere toets die het in werkelijkheid hanteerde. Het hof was streng voor benadeelde waar het gaat om haar begrip van de implicaties van de afspraak. Zij stelde dat ze pas achteraf begreep wat de kostenstructuur inhield. Het hof (r.o. 3.6.3) riposteert dat dit niet verwonderlijk is omdat pas achteraf de kosten duidelijk werden. Dat lijkt mij een onjuist criterium. De kosten van een zaak zijn voor een individuele cliënt mogelijk niet voorzienbaar, maar voor *repeat players* als advocaten is het uiteraard beter mogelijk om ex ante inschattingen te maken. Dat de kosten niet exact zijn te voorspellen, hoeft niet in de weg te staan aan de plicht om meer te doen dan de enkele mededeling dát

er kosten zullen volgen. Juister lijkt mij om de QPL-aanbieder te houden aan een vergewissingsplicht om de benadeelde voor onvoorzichtigheid en onervarenheid te behoeden, bijvoorbeeld door verschillende kostenscenario's voor te houden. Wij als juristen kunnen bevroeden wat de implicaties zijn van het aanbod van NLS, maar moest ook de benadeelde – uit de gepubliceerde stukken kan ik niets opmaken over haar achtergrond – dit begrijpen?

Een vergewissingsplicht als hier bepleit ligt ook al voor de hand nu het hier *niet* om een QPL-arrangement gaat zoals de Amerikanen dat kennen. Daar zijn de advocaatkosten namelijk verdisconteerd in het QPL-percentages. Er zijn uiteraard veel meer verschillen tussen de Nederlandse en Amerikaanse situatie. Een aantal van die verschillen verdient wat meer aandacht.

## 2. *No cure, no pay in de Verenigde Staten*

In de Verenigde Staten van Amerika zijn *contingency fee arrangements* in letselzaken meer regel dan uitzondering. Die afspraak – waarover hierna meer – wordt soms wel met 'no cure, no pay' aangeduid. Ze houdt in dat de cliënt geen honorarium aan de advocaat is verschuldigd, tenzij deze de zaak wint of gunstig schikt. In dat geval is het honorarium verschuldigd in de vorm van een percentage van het bedrag dat de advocaat voor de cliënt aan schadevergoeding heeft weten veilig te stellen.

Om de werking van *contingency fees* beter te begrijpen, is het goed om zich te realiseren welke bijkomende regels bij *fee arrangements* een rol spelen. De regels over het honorarium van de advocaat verschillen van staat tot staat, maar komen veelal op het volgende neer. Allereerst zijn er de *common law*-regels over *maintenance* en *champerty*. Die op eeuwenoude rechtspraak gebaseerde regels hebben lange tijd in de weg gestaan aan de financiering van en investering in rechtszaken door derden. En een advocaat die op een andere basis dan een resultaatsonafhankelijk uurtarief werkt, investeert in zijn zaak omdat zijn beloning (mede) afhangt van het succes dat zijn inspanningen zullen hebben. Die investering is volgens de genoemde regels tegen *maintenance* en *champerty* verdacht en dus in beginsel niet toegestaan.<sup>12</sup> In elk land dat tot de *common law*-familie behoort, hebben deze regels uiteindelijk een eigen ontwikkeling doorgemaakt. In sommige landen wordt het verbod op het financieel 'voeden' van een procedure strikt gehandhaafd door strafsancities (Hong Kong) of nietigheid van de afspraak (Singapore), terwijl in andere landen de regels nagenoeg zijn afgeschaft (Australië). In de Verenigde Staten

11. Rechtstreekse nietigheid is niet mogelijk omdat het QPL-verbod zich niet tot de Stichting richt. Indirecte nietigheid wegens meewerken aan wetsovertreding is denkbaar, maar niet eenvoudig. Daarvoor is bijvoorbeeld nodig dat de onzedelijke strekking voor beide partijen ten tijde van contractsluiting kenbaar was, en dat was hier nu juist níét het geval (HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128 (Burgman/Aviolianda)).

12. Zie over de obstakels die het verbod op *maintenance* en *champerty* hebben opgeworpen in de ontwikkeling van de financiering van procedures bijv. P.C. Choharis, A comprehensive market strategy for tort reform, Yale Journal on Regulation 1995, p. 460; M. Friston, Civil costs - Law and practice, Bristol: Jordan Publishing 2010, p. 408 e.v.; M. Steinitz, Whose claim is it anyway? Third-party litigation funding, Minnesota Law Review 2011, p. 1286 e.v.

verschilt de situatie van staat tot staat.<sup>13</sup> Als regel geldt nog steeds het verbod op *maintenance* en *champerty*.<sup>14</sup> Wel is duidelijk dat er één categorie van financiering door derden onder voorwaarden is toegestaan, en dat is de *contingency fee arrangement* tussen advocaat en cliënt.

Daarmee is duidelijk dat niet-advocaten die bijvoorbeeld op soortgelijke no-cure-no-paybasis willen investeren in claims, wél tegen het verbod op *maintenance* en *champerty* aanlopen. Het resultaat kan dan zijn dat de financieringsovereenkomst met de cliënt nietig is en de cliënt niets hoeft (terug) te betalen. In sommige staten worden dergelijke contracten als geldeningen gekwalificeerd, waarbij de terugbetalingsplicht voorwaardelijk van karakter is. De voorwaarde voor terugbetalen is dan dat de cliënt de zaak wint. Deze *contingency fee*-constructie, aangeboden door anderen dan advocaten, wordt in dergelijke gevallen als een enorme rente gezien op het geleende bedrag. Dergelijke *non-recourse loans* worden als suspect gezien en zijn onderworpen aan rechterlijke toetsing op redelijkheid (*usury rules*; regels omtrent woeker).<sup>15</sup>

In de Verenigde Staten zijn het dus advocaten die een streepje voor hebben omdat zij hun cliënt een *contingency fee arrangement* mogen aanbieden. De basis voor het toestaan van *contingency fee* is primair tuchtrechtelijk van aard. De *ethical rules* die van toepassing zijn op het handelen van advocaten bepalen veelal dat het percentage redelijk moet zijn en dat de cliënt van tevoren wordt ingelicht over hoe het percentage is bepaald en welke eventuele extra kosten voor wiens rekening komen.<sup>16</sup> *Contingency fees* zijn veelal niet toegestaan wanneer het om strafvervolgging gaat, echtscheidingen en soms ook het vermogen van kinderen.

Honorariumafspraken zijn in beginsel vrij en op wederzijdse instemming gebaseerd. Maar dat betekent zeker niet dat de advocaat vrij spel heeft. Algemeen geldt dat op de advocaat de plicht rust om desgevraagd het bestaan van de afspraak (die veelal op papier moet staan) te bewijzen, alsmede dat de afspraak redelijk is en door de cliënt geheel begrepen werd ten tijde van instemming.<sup>17</sup> Als een advocaat zonder grond wordt ontslagen door de cliënt, heeft hij recht op een redelijke vergoeding voor geleverde diensten. Als er wel een goede grond is voor de beëindiging van de opdracht, dan heeft de advocaat geen recht op vergoeding. Als de cliënt meent dat de advocaat slecht werk heeft geleverd, kan de rechter (of arbiter) de vergoeding reduceren. Ook kan dit ertoe leiden dat de prijsafpraak geheel nietig is. In dat geval is overigens niet uitgesloten dat er toch een redelijke vergoeding verschuldigd is voor de verrichte werkzaamheden.<sup>18</sup> Die vergoeding wordt bijvoorbeeld niet toegekend in gevallen waarin de advocaat niet bevoegd was om als advocaat op te treden in de betreffende staat of waarin sprake was van belangenverstrengeling. De rechter heeft daarnaast altijd de bevoegdheid om de intrinsieke redelijkheid van een *contingency*-percentage te beoordelen.<sup>19</sup> Daarbij wordt onder meer gekeken naar de verhouding tussen het gewonnen bedrag en het in rekening gebrachte *fee*-percentage.<sup>20</sup>

De praktijk van het doorverwijzen van een zaak tegen aanbrengpremie (*fee-splitting* of *referral fee*) is slechts onder strikte voorwaarden toegestaan: de cliënt moet erop gewezen worden dat er betaling zal plaatsvinden en de cliënt moet daarmee instemmen, de totale kosten voor de cliënt moeten nog steeds proportioneel blijven en de advocaat mag in beginsel geen *fee-splitting* overeenkomen met een niet-advocaat.<sup>21</sup> Dat laatste kan alleen onder strikte voorwaarden, zoals bijvoorbeeld dat de *referral service* erkend is door de betreffende *bar association*. Naast tuchtrechtsregels zijn soms ook tariefregels van toepassing op de *contingency fee*. Zo zijn in New York bijvoorbeeld de percentages begrensd waar het om bijstand in medische aansprakelijkheid gaat.<sup>22</sup>

Geschillen over het honorarium kunnen door de cliënt veelal in een speciale arbitrageprocedure worden voorgelegd aan arbiters. In de staat New York is bijvoorbeeld een dergelijk laagdrempelig 'Fee Dispute Resolution Program' ingesteld om te voorkomen dat de cliënt door honorariumgeschillen met zijn advocaat nogmaals in de rechtszaal – maar nu zonder *contingency fee*-dekking – terechtkomt.

13. Zie bijv. Richard Lloyd, The new, new thing, The American Lawyer, 17 mei 2010, <www.americanlawyer.com>. Vgl. R. Lindeman, Third-party investors offer new funding source for major commercial lawsuits, Daily Reports for Executives (Bureau of National Affairs) 2010, p. 1 e.v. Over de verschillen tussen de deelstaten, zie S.B. Presser, A tale of two models: Third party litigation in historical and ideological perspective, Public Policy Roundtable on Third Party Financing of Litigation 2009, p. 17; P.H. Rubin, Third party financing of litigation, Public Policy Roundtable on Third Party Financing of Litigation 2009, p. 2; D.R. Leichty & E.R. Thomason, Investing in lawsuits: 'Litigation financing' and the consumer protection imperative, Washington: Washington Legal Foundation 2009, p. 7 e.v. Over de trend van afschaffing van het verbod op *champerty* en *maintenance*, zie H.E. Loiseau e.a., Third-party financing of commercial litigation, In-House Litigator 2010, p. 2; S. Garber, Alternative litigation financing in the United States – Issues, knowns, and unknowns, Santa Monica: RAND Corporation 2010, p. 17-18; ABA, Issues paper concerning lawyer's involvement in alternative litigation financing, 2010, p. 3; M. Bonnell e.a., Case notes on third-party funding, Global Arbitration Review 2008, p. 37; M. de Morpurgo, A comparative legal and economic approach to third-party litigation funding, Cardozo Journal of International and Comparative Law 2011, p. 394-395; M. Abramowicz, On the alienability of legal claims, Yale Law Journal 2005, p. 697 e.v.; I. Marcushamer, Selling your torts: Creating a market for tort claims and liability, Hofstra Law Review 2005, p. 1553 e.v.

14. Zie voor een overzicht Leichty & Thomason 2009, p. 4 e.v.; J.H. McLaughlin, Litigation funding: Charting a legal and ethical course, Vermont Law Review 2007, p. 624 e.v.

15. Vgl. D. Richmond, Other people's money: The ethics of litigation funding, Mercer Law Review 2005, p. 650.

16. ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.5 (a).

17. Jacobson v. Sassower, 66 N.Y.2d 991, 499 N.Y.S.2d 381 (1985).

18. De basis daarvoor is een zogenoemde *quantum meruit*-actie, grosso modo vergelijkbaar met een ongerechtvaardigde verrijksactie. Bijv. In re Rosenman & Colin, 850 F.2d 57 (2d Cir. 1988); In re Kamerman, 278 F.2d 411 (2d Cir. 1960).

19. Gair v. Peck, 6 N.Y.2d 97, 188 N.Y.S.2d 491 (1959), cert. denied, 361 U.S. 374, 80 S. Ct. 401 (1960).

20. Naast het afgesproken percentage kunnen geen extra kosten (zoals voor een gespecialiseerde externe advocaat) in rekening worden gebracht, zo besliste Nassau County Bar Op. No. 94-2 (1994).

21. Tuchtrechtsregels NY DR 2-107, 2-103, 2-102 (oud), sinds 2009 in New York Rules of Professional Conduct opgenomen in Rules 1.5, 7.2 en 7.5.

22. Zie NY Code article 15 (Judicial Law) – Section 474-A.

Resumerend kan worden gesteld dat het in de Verenigde Staten niet willekeurige derden zijn, maar een gereguleerde beroepsgroep is die een *contingency fee* mag bedingen. Deze honorariumafspraken zijn tuchtrechtelijk toetsbaar en door (arbitrale of rechterlijke) toetsing bij te stellen.

Het is interessant om op te merken dat in Engeland, dat uiteraard ook een versie van het verbod op *maintenance and champerty* kent, de ontwikkeling precies tegenovergesteld is geweest. Lange tijd was het juist advocaten verboden om een financieel belang in rechtszaken te hebben en waren het particuliere *claims management companies* die langs de randen van het verbod een dubieuze no-cure-no-paypraktijk opbouwden. Zij hebben de afgelopen tien jaar de Engelse letselschadebranche in ernstig diskrediet gebracht met oneerlijke handelspraktijken – variërend van letterlijk ‘ambulance chasing’, dubieuze verleidingspraktijken waarbij verborgen *referral fees* werden betaald aan bijvoorbeeld schadeherstelbedrijven als zij een klant met nekletsel wisten aan te brengen, tot aan het feitelijk uitlokken van frauduleus stoeptegellletsel. Het gevolg is dat deze parajuridische markt inmiddels gereguleerd is door middel van een wettelijk vergunningstelsel.<sup>23</sup> Ook wordt overwogen om advocaten meer ruimte te geven om tot *contingency fee arrangements* over te gaan.<sup>24</sup>

### 3. Enkele verschillen met Amerikaanse NCNP

Het contrast tussen het hier besproken QPL-financieringscontract en de situatie in de Verenigde Staten is groot.<sup>25</sup> In de eerste plaats kan in ons land iedereen zich vestigen als QPL-financier. Of het een activiteit is die vergunningplichtig is onder de Wet op het financieel toezicht (Wft),<sup>26</sup> durf ik niet te zeggen, maar het lijkt mij niet een activiteit te zijn die aan

bepaalde beroepsgroepen is voorbehouden. In de tweede plaats is de controle op inhoud, totstandkoming en redelijkheid van QPL-contracten in ons land veel minder ingrijpend. Het civielrechtelijke arsenaal is ronduit beperkt. In de derde plaats kennen we geen bijzondere laagdrempelige geschilbeslechtingsroute voor geschillen met QPL-financiers en dus zijn de procesdrempels hoog. In de vierde plaats verschilt de status van het QPL-percentage. In de Amerikaanse context zijn proceskosten en preprocesuele kosten vrijwel altijd voor eigen rekening. Een benadeelde die wint, zal zelf zijn advocaat moeten betalen. Als hij verliest, betaalt hij (in de regel) niet de kosten van de winnende advocaat. Anders dan in ons land is er dus (in beginsel) geen verplaatsing van advocaatkosten van winnaar naar verliezer. Een *contingency fee arrangement* neemt de benadeelde dus meerdere onzekerheden uit handen: als de benadeelde met zijn advocaat een *fee* afsprekt van 40 procent indien hij de zaak wint, dan weet hij niet alleen dat hij bij verlies niets betaalt, maar ook dat hij bij winst *niet meer dan* 40 procent aan zijn advocaat/financier betaalt aan proceskosten en risicopremie.<sup>27</sup> Voor de cliënt is dit een eenvoudig te begrijpen constructie. Dat is in het geval van NLS niet zo. Een ex-ante-inschatting van het werkelijke percentage dat overblijft voor de cliënt bij de door NLS gehanteerde constructie is voor een leek ondoenlijk.

Ten slotte is opmerkelijk aan het contract met NLS dat de benadeelde in het geval van een schikkingsaanbod van de WAM-verzekeraar kennelijk moet kiezen uit twee kwaden: als de benadeelde namelijk de schikking weigert, worden alle advocaatkosten opeisbaar en dus heeft een onbemiddelde benadeelde geen reëel alternatief om een schikking ter grootte van de advocaatkosten plus € 1 te accepteren. Dat de financier wil voorkomen dat de benadeelde op kosten van de financier halsstarrig blijft weigeren om te schikken, is begrijpelijk. Maar de uitwerking van het contract zoals het hier lijkt te zijn opgesteld, is dat de benadeelde zeggenschap effectief uit handen geeft. Ons recht kent dan voornamelijk de mogelijkheid om te gaan procederen tegen de financier wegens het hanteren van een onredelijk bezwarend beding of het uitoefenen van een contractuele bevoegdheid in strijd met artikel 6:248 lid 2 BW. In de Verenigde Staten kan daarentegen toetsing plaatsvinden (via de alternatieve geschilbeslechtingsroute) van de redelijkheid van het schikkingsaanbod in het licht van de vergoedingsverhouding tussen cliënt en advocaat.<sup>28</sup>

23. Dit stelsel is gebaseerd op de Compensation Act 2006.

24. In Engeland bestond al de praktijk om advocaten in letselzaken toe te staan een *no win, no fee*-arrangement (*conditional fee agreement*) aan te gaan met de cliënt, maar de combinatie met de *after the event insurance* heeft deze praktijk in een kwade reuk gebracht. Momenteel wordt overwogen om deze financieringsvorm te herzien – daarover nader W.H. van Boom, Financing civil litigation by the European insurance industry, in: 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. 92 e.v.

25. In algemene zin over verschillen tussen de Verenigde Staten en Nederland waar het financiering van rechtshulp betreft, zie Commissie Advocatuur, Een maatschappelijke orde, 2006, p. 44 e.v.

26. De ratio voor enig prudentieel toezicht zou overigens wel kunnen worden gegeven: een QPL-financier beheert gelden voor derden en hij levert brandstof voor procedures. Het verdwijnen van beheerd geld en het stilvallen van de proceduremotor door het ‘omvallen’ van een QPL zijn mogelijk financiële risico’s waartegen consumenten en wederpartijen bescherming behoeven. Een vergelijkbare discussie doet zich in Engeland voor, die men o.a. tracht op te lossen met een Code for Conduct for Litigation Funders (november 2011) van de Association of Litigation Funders of England and Wales. Zie nader <www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/advisory-bodies/cjc/third-party-funding> (laatst bezocht in april 2012). Vgl. over de vraag of QPL-aanbieders als financiële dienstverlener vergunningplichtig zouden moeten zijn, bijv. R. Jackson, Review of civil litigation costs: Final report, Londen: TSO 2010, p. 1200, M. Legg e.a., Litigation funding in Australia, University of New South Wales Faculty of Law Research Series 2010, p. 29 e.v. Zie ook nog W.H. van Boom, Third-party financing in international investment arbitration, SSRN eLibrary 2011, p. 39-40.

27. Overigens zijn er nog meer belangrijke verschillen in procederen in letselzaken tussen ons land en de Verenigde Staten, maar die laat ik gemakshalve maar rusten.

28. Let wel: bij *third-party funding* naar Amerikaans recht (dus niet NCNP-arrangementen met de advocaat, maar ‘gewone’ *third-party funding* die in bepaalde consumentenclaims bestaat) is de beslissing om al dan niet te schikken aan de benadeelde; de financier mag die beslissingsbevoegdheid niet naar zich toe trekken omdat hij anders het verbod van *maintenance and champerty* overtreedt. Zie bijv. wetgeving in Maine en Ohio die financiers verplicht om duidelijk te communiceren aan de cliënt dat de financier niet bevoegd is om beslissingen te nemen of anderszins de procedure mag beslissen. Zie J. Lyon, Revolution in progress: Third-party funding of American litigation, UCLA Law Review 2010, p. 602-603. Zie ook de gedragscode van de American Legal Finance Association (ALFA). ALFA-leden opereren in de Amerikaanse B2C-markt voor financiering van consumentenclaims. Vgl. ook Garber 2010, p. 10.



### Slotoverdenking

In ons land rust op de betrokkenheid van advocaten bij QPL-overeenkomsten of anderszins bij directe financiële investering in de letselschadeclaim van de benadeelde een beroepsethisch taboe. De argumenten die daarvoor aangedragen worden, zijn niet altijd steekhoudend. Ik verwijs graag naar eerdere literatuur over voor- en nadelen van QPL-financiering, al dan niet rechtstreeks door de advocatuur.<sup>29</sup> Het introduceren van een vorm van QPL in ons land is mijns inziens zeker het overwegen waard, alhoewel daarbij dan ook betrokken moet worden wat de effecten zijn van het 'transplanteren' van QPL van de Amerikaanse situatie naar een Nederlandse. Wij hebben immers géén *discovery*, geen *punitive damages*, géén jury, wél gesubsidieerde rechtshulp, wél proceskostenveroordeling voor de verliezende partij en wél ruimere vergoeding van preprocesuele kosten.<sup>30</sup>

Wat gezien de huidige situatie in ons land in elk geval overweging behoeft, is het tot stand brengen – wellicht door zelfregulering – van een raamwerk dat kwaliteit van QPL-financieringsovereenkomsten en hun aanbieders verbetert en dat – zolang advocaten zich niet met QPL mogen inlaten – distantie tussen advocaat en financier borgt. Zo op het eerste gezicht lijkt mij dat als afschaffing van het QPL-verbod voor de advocatuur politiek onhaalbaar blijft, dan tenminste de volgende punten overdacht moeten worden:

- het introduceren van waarborgen dat de QPL-financier een financieel gezonde huishouding heeft, zodat de procedure van de cliënt niet opeens stilvalt door het wegvallen van financiering of dat schikkingsgelden op derdenrekeningen terecht komen;
- het stellen van basiseisen aan de inhoud en wijze waarop informatie over de kansen en risico's van de QPL-financieringsovereenkomst aan de potentiële cliënt wordt verstrekt;
- het verbeteren van de mogelijkheden tot toetsing van de totstandkoming, de inhoud en – met enige terughoudendheid zoals dat in de Verenigde Staten geschiedt – de redelijkheid van de bedongen vergoeding;
- het voorkomen dat controle over de claim en het al dan niet overgaan tot schikking geheel bij de QPL-financier komt te liggen, in die zin dat de cliënt feitelijk niets kan ondernemen tegen een schikking die de QPL-financier

uit de kosten helpt, maar de cliënt ten onrechte te weinig biedt;

- het beter overdenken van hoe QPL-financiering uitwerkt in het licht van artikel 6:96 BW en de proceskostenveroordeelingsregel;
- het introduceren van een laagdrempeliger geschilbeslechtsinstantie voor geschillen over de QPL-financieringsovereenkomst;
- het borgen van de afstand tussen advocaat en financier.

*Prof. dr. W.H. van Boom*

29. Bijv. Tuil & Visscher 2010, p. 1 e.v.; J.M. Beer, No Win No Fee, of waarom een Engels plantje in Nederlandse bodem niet gedijt, TVP 2008, p. 136 e.v.; P. Sieswerda, How to cure and not to pay, Letsel & Schade 2005, p. 6 e.v.; B.J. de Jong, Kanttekeningen bij Donners bezwaren tegen 'no cure, no pay', NJB 2005, p. 631 e.v.; J.M. Beer, No cure no pay in letselschadezaken, Letsel & Schade 2003, p. 5 e.v.; L. de Vaan, 'No cure no pay' in de praktijk; de VS versus Nederland, NJB 2002, p. 2174 e.v.; R.M.J.T. van Dort & F.C. Schirmeister, Honorering en kwaliteit van rechtsbijstand: 'no cure no pay' of 'by the hour?', TVP 2002, p. 45 e.v.; J.M. Barendrecht & W.C.T. Weterings, Rechtshulp: een groot goed met schadelijke bijwerkingen, Advocatenblad 2000, p. 435 e.v.

30. Met name die twee laatste punten verdienen nadere bestudering, omdat een combinatie van QPL én verschuiving van (pre)proceskosten strategisch gedrag kan uitlokken van de QPL-financier dat haaks staat op het hele concept van QPL.