

Si diffonde questa forma di finanziamento del contenzioso intesa come investimento

Litigation funding, la causa diventa monetizzabile

PAGINE A CURA

DI FEDERICO UNNIA

Lo strumento del *Litigation Finance* si è affermato in seguito alla crisi finanziaria del 2008, dapprima nel mondo anglosassone e, più di recente, nell'Europa continentale e in altre aree geografiche. L'Italia è inizialmente rimasta indietro, soprattutto a causa dell'esistenza del divieto di patto di quota lite, ma oggi anche nel nostro Paese si inizia a parlare più diffusamente di questo strumento che consente il finanziamento della contenzioso da parte di un soggetto investitore che verrà pagato solo quando verrà raggiunto un risultato favorevole per il cliente.

Come si muovono gli studi legali davanti a questa possibilità di sviluppare nuove opportunità di consulenza?

«Non vedo ragioni perché non possa prendere piede anche da noi, visto che la *Litigation Finance*, mettendo a disposizione risorse economiche e tecniche in cambio di una partecipazione all'eventuale risultato positivo, permette l'accesso alla Giustizia dei c.d. «claim dormienti» e la monetizzazione di asset legali illiquidi e non valorizzati», spiega **Filippo Casò**, equity partner del dipartimento di Contenzioso e arbitrati dello **Studio Pedersoli**: «lo strumento è quindi davvero attraente e il mercato anche in Italia potenzialmente davvero molto ampio». «Proprio di recente abbiamo proposto ad un nostro cliente, che ha un contenzioso di private enforcement in ambito antitrust, il supporto finanziario e tecnico del primo fondo italiano di *Litigation, Be Cause*. Il *Litigation Agreement* che abbiamo negoziato prevede che *Be Cause* paghi al cliente un certo ammontare, a titolo di monetizzazione anticipata di parte del risultato atteso, e che si accoli tutte le future spese di lite. In cambio *Be Cause*, in caso di esito positivo della causa, prende una percentuale del risarcimento. Se la causa non avesse successo, viceversa, il nostro cliente non avrebbe nessun obbligo di restituzione nei con-

fronti di *Be Cause* delle somme investite da quest'ultima. L'operazione è di grande interesse per il nostro cliente perché gli permette di eliminare costi e rischi connessi al contenzioso, incassando anche un primo pagamento senza attendere i tempi lunghi della Giustizia. Ed è di interesse anche per il nostro Studio che valorizza il proprio team di contenzioso (oltre 30 persone) attraverso una formula efficiente e moderna di gestione delle liti».

«Ce ne siamo occupati spesso. Ricordo per esempio un contenzioso chiuso con successo da **Gianmatteo Nunziante** in materia d'intermediazione finanziaria, e due rilevanti filoni in materia di risarcimento danni antitrust attualmente in svolgimento», ricorda **Simone Gambuto**, partner di **Nunziante Magrone** e alla guida dell'Area Antitrust e di Diritto della concorrenza dello Studio: «in questi ultimi due casi, alcuni clienti sono stati vittime di gravi cartelli di dimensione europea e nazionale, ed hanno per anni pagato un sovrapprezzo in modo inconsapevole su prodotti essenziali per il trasporto o il confezionamento dei loro prodotti. Anche quando organizzavano gare tra fornitori, il cartello segreto le rendeva inutili, perché l'organizzazione della frode al mercato era particolarmente minuziosa, cliente per cliente. In entrambi i casi, i contenziosi poggiano sul lavoro minuzioso e meritorio della Commissione europea o dell'Autorità Antitrust italiana, che hanno raccolto anche dichiarazioni confessorie di «pentiti» e pubblicato decisioni di condanna. Segno che le vittime sono anche imprese di dimensioni e disponibilità economiche molto rilevanti, le quali hanno tuttavia trovato più opportune: o la scelta di farsi finanziare il contenzioso individuale o, in alternativa, non solo di ricevere un finanziamento ma di cedere l'azione ad un gestore di cause collettive. Hanno pertanto richiesto rispettivamente o la collaborazione di un partner finanziario, o gestionale e finanziario insieme. In questi casi, lo Studio Nunziante Magrone

ha aperto una selezione tra i fondi di investimento e le società di gestione collettiva dei claims antitrust, e alla fine ha scelto il miglior partner dal punto di vista della tutela degli interessi dei clienti».

Il finanziamento del contenzioso in Italia, spiega **Gambuto**, potrebbe avere grandi prospettive, se ben compreso dagli stakeholders. In un sistema come il nostro, sempre alla ricerca di una maggiore efficienza e di una riduzione del numero delle cause, i fondi possono svolgere un ruolo estremamente prezioso. «Innanzitutto, rappresentano un naturale filtro di mercato ad azioni temerarie. Investendoci, i fondi portano avanti approfondite due diligence preliminari, selezionando solo i casi più solidi.

Comunque vada a finire questa fase di studio, l'esercizio dà alle vittime un quadro realistico della concreta possibilità di recupero delle loro pretese, con naturale effetto deflattivo del contenzioso. Ciò aiuta, evidentemente, anche i danneggiati, proteggendoli da migliaia di azioni pretestuose. Inoltre, ed all'opposto, i fondi permettono di migliorare l'attuazione dell'art. 47 della convenzione europea dei diritti umani, garantendo l'accesso alla giustizia ed al risarcimento anche a vittime che, per i motivi più vari, non riescono a portare avanti le proprie pretese autonomamente. Ciò è particolarmente vero proprio nel diritto antitrust, che ha avuto bisogno di una legislazione speciale volta a favorire il risarcimento danni delle vittime dei cartelli».

«**Eversheds Sutherland LLP** ha un dipartimento di *Costs and Litigation Funding* con una notevole esperienza nel mercato dei litigation funding e fornisce regolarmente consulenza ai clienti in merito alla disponibilità di finanziamenti e accordi alternativi sulle commissioni per le controversie», spiega **Alessandro Greco**, partner Head of EU Competition and regulatory (Italy) **Eversheds Sutherland**. Lo studio ha recentemente stipulato un accordo di collaborazione con uno dei primi finanziatori di controver-

sie del Regno Unito e uno dei più grandi finanziatori di controversie al mondo in base alle dimensioni dei suoi fondi di investimento. L'obiettivo della collaborazione è proprio quello di offrire ai clienti un accesso diretto al litigation funding, lasciando però al cliente il controllo della gestione del contenzioso ed eliminando il rischio finanziario associato alla causa. Inoltre, inserendo in un apposito portfolio le cause di valore inferiore o più rischiose, lo studio è in grado di favorire il finanziamento di cause che in origine, o considerate singolarmente, non avrebbero potuto superare il vaglio di due diligence di un finanziatore».

«Lo strumento - aggiunge - ha buone potenzialità di utilizzo soprattutto in tema di arbitrati, nelle cause in materia di diritto del lavoro, antitrust e private enforcement come in tutte le cause di responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale. In generale, lo strumento appare prestarsi particolarmente per quei casi in cui il finanziatore ha la possibilità di ricevere un ricavo in percentuale sull'importo recuperato dall'attore con la positiva conclusione della causa (ad esempio, risarcimento del danno a seguito di inadempimento contrattuale). Per incentivarne l'utilizzo si potrebbe prevedere, in favore dell'attore (e quindi del soggetto finanziato) un tetto massimo sulla percentuale da riconoscere al finanziatore» aggiunge **Greco**.

«Lo studio si è occupato dell'applicazione, anche potenziale, di questo strumento in diversi settori ed occasioni, approfondendone i suoi svariati profili da diverso tempo», spiega **Daria Pastore**, partner di **Legance**. «In particolare, abbiamo notato che negli ultimi anni sono aumentate le richieste di contatto da parte di fondi, di cui molti stranieri, specializzati nel finanziamento delle liti, in particolare nel settore del private enforcement antitrust, dell'arbitrato e nel settore fallimentare, confermando un interesse crescente ad «investire» nel mercato legale italiano. Allo stesso modo, la maggiore con-

scienza e diffusione dello strumento nel mercato italiano comporta un maggiore interesse da parte dei clienti che si rivolgono agli studi per valutarne i benefici e i limiti di questo strumento nuovo. Le richieste non riguardano solamente i contenziosi e gli arbitrati da iniziare o pendenti, ma anche l'esecuzione di lodi arbitrali e di sentenze straniere. A ciò si aggiunga che gli stessi fondi necessitano di assistenza legale per le opportune valutazioni legali relative allo svolgimento della loro attività, per l'analisi degli aspetti processuali rilevanti e di quelli fallimentari in caso di finanziamento alle procedure concorsuali nonché in merito alla strutturazione del contratto di finanziamento. Questo strumento è interessante per tutti quei contenziosi che possono coinvolgere una pluralità di attori (anche laddove l'importo preteso dal singolo attore non sia significativo) come nel caso, in generale, delle class action, o, in particolare, del private enforcement antitrust e del contenzioso ESG (quali, ad esempio, climate change, greenwashing, violazione di obblighi di disclosure). Si pensi ad esempio all'interesse che i fondi potrebbero avere a finanziare in Italia le azioni risarcitorie derivanti da illeciti antitrust, già accertati dall'Agcm. In questo caso, infatti la nuova azione di classe si potrebbe configurare come un meccanismo processuale più snello per ottenere il risarcimento del danno da illecito antitrust in favore di una pluralità di imprese (e non già solo dei consumatori) e, al tempo stesso, l'azione potrebbe beneficiare del regime probatorio più favorevole previsto dalla normativa in tema di risarcimento del danno antitrust (d.lgs. n. 3/2017).

Gli fa eco **Stefano Previti**, managing partner dello **Studio Previti Associazione Professionale**: «abbiamo approfondito lo strumento e ci siamo confrontati con alcune importanti società internazionali. Insieme ad altri colleghi e soci abbiamo deciso di avviare una società che offre consulenza operativa in questo settore, al fine di agevolare sia le valutazioni preliminari volte a verificare la fattibilità nel caso concreto, sia l'effettiva ricerca di finanziatori interessati». La società costituita si chiama **LLAF** e raggruppa professionisti legali e fiscali, guidati dalla Presidente **Daniela Saitta**. «In Italia ci sono sicuramente molti casi in cui lo strumento potrebbe tornare utile, consentendo a chi vanta diritti solidi ma sia in dif-

icoltà economiche di poter valorizzare i propri asset giudiziari. Purtroppo, lo sviluppo è frenato dal noto problema della durata dei giudizi, che scoraggia investimenti troppo a lungo termine e senza orizzonti di rientro precisi».

Quali interventi legislativi potrebbero essere adottati per renderlo più fruibile? «Sicuramente qualsiasi intervento che fosse davvero in grado di ridurre in modo significativo la durata dei processi civili. Anche le azioni di classe andrebbero migliorate, per renderle più vicine all'istituto americano al quale si ispirano, ma discostandosene eccessivamente. Perché il finanziamento sia redditizio occorrono numeri alti, che garantiscano un buon ritorno sull'investimento anche a distanza di anni e dunque qualsiasi causa in grado di produrre risarcimenti milionari potrebbe essere attrattiva. Si pensi ad esempio alle class action, alle riserve di appalto, alle sistematiche violazioni di diritti d'autore online» chiosa Previti.

Luciano Castelli, equity partner di **LCA Studio Legale** e professore a contratto presso l'Università di Torino ricorda che «LCA ha sempre dimostrato particolare interesse al tema del litigation funding. Abbiamo presentato questo strumento come una concreta possibilità ai nostri clienti almeno in una decina di casi concreti. Di questi, in tre casi, l'interesse manifestato dai clienti ci ha portato a dialogare attivamente con tre fondi internazionali. In due occasioni si trattava di agire coattivamente all'estero nei confronti del debitore inadempiente. L'azione esecutiva all'estero, infatti, necessita non solo di fondi, soprattutto se l'esecuzione deve avvenire in giurisdizioni tipicamente care, ma anche di specifiche competenze di asset tracing. In generale, tenuto conto che i costi legali in Italia non sono esorbitanti, il terreno ideale è, oltre quello dell'enforcement internazionale, quello degli arbitrati, nazionali ed internazionali, dove i costi sono normalmente molto più alti. A mio avviso, però, un elemento determinante per lo sviluppo del litigation funding in Italia è costituito dalla disponibilità manifestata, sempre da più fondi, di anticipare anche parte del risultato della lite. In alcuni casi, i fondi non anticipano solo i costi di lite (legali, arbitri e consulenti), ma - al ricorrere di determinate condizioni - sono anche disponibili a corrispondere alla parte una piccola parte di quanto domandato in giudizio (c.d. ad-

vance payment).»

«Lo studio ha contattato ed è, a sua volta stato contattato da, alcuni tra i più importanti fondi attivi a livello internazionale, coi quali sta valutando forme di collaborazione strutturate», dice **Silvia Cosu**, equity partner dello **Studio Lipani Catricalà & Partners**. «Lo studio vede infatti nella possibilità di offrire anche un'assistenza «finanziata» una grande opportunità per i propri clienti. Abbiamo infatti notato che i nostri clienti, per dimensioni e tradizione, sono talvolta orientati a rinunciare alla lite, spaventati dai costi e dai tempi dei giudizi (specie arbitrati e soprattutto se con risvolti internazionali), laddove in caso di supporto finanziario sarebbero probabilmente più propensi ad agire a tutela dei propri diritti anche quando le posizioni di forza tra le parti sono sbilanciate a favore della controparte». Le potenzialità del funding sono sicuramente enormi, ma se si guardasse a una reale e capillare diffusione sarebbe opportuno risolvere ancora qualche questione di sistema.

«Eventuali interventi legislativi potrebbero dunque riguardare più che altro l'appetibilità del nostro sistema per i finanziatori intervenendo, ad esempio, sulla possibilità di riconoscere danni punitivi o magari anche sul divieto di patto di quota lite. Aiuterebbe anche l'accelerazione dei tempi di definizione della lite, tempi che rappresentano un indubbio costo finanziario per i funders e, probabilmente, un disincentivo per il danneggiante/debitore a trovare soluzioni transattive. per i funders, sono attrattivi anzitutto gli arbitrati; in base alla nostra esperienza, tuttavia, iniziano ad essere appetibili anche azioni di tipo ordinario, ad iniziare da quelle di private enforcement nelle quali il nostro studio è attivo da tempo, assistendo numerosi danneggiati nelle azioni risarcitorie (multimilionarie) conseguenti all'accertamento di illeciti antitrust; o le cosiddette class action, sebbene anch'esse poco diffuse».

Per **Giorgio Mondini**, partner di **Mondini Bonora Geneva Studio Legale** «si tratta di un fenomeno molto diffuso nei paesi anglosassoni, Usa in primis, dove è considerato alla stregua di un normale strumento finanziario. In Italia ha avuto sino ad ora scarsissime applicazioni. Ciò a mio avviso dipende, da un lato, da un insufficiente grado di maturità dei mercati finanziari del nostro paese, dall'altro dalla eccessiva durata del-

le cause civili che costituisce un disincentivo per gli investimenti di questo tipo. In Italia il litigation funding non è disciplinato da alcuna norma, il che di per sé rappresenta un disincentivo per potenziali investitori, che come è noto, non amano operare in situazioni di incertezza giuridica.

Esistono poi ragioni che suggerirebbero l'intervento del legislatore ad evitare abusi e speculazioni. Non solo, infatti, andrebbe posto un limite all'ammontare del corrispettivo spettante al finanziatore in caso di esito favorevole del contenzioso per impedire facili speculazioni a danno del titolare del diritto, ma dovrebbero formare oggetto di regolamentazione la delicata questione dei possibili conflitti di interessi tra il finanziatore e le parti del giudizio, le questioni altrettanto delicate del controllo sullo svolgimento della causa, della gestione della lite da parte di legali di gradimento dell'investitore e dei rapporti tra questi ultimi e i professionisti di fiducia dell'attore, il diritto di veto del finanziatore sulla eventuale composizione della controversia».

Mondini pone l'attenzione poi sulle class action. Le azioni per il risarcimento dei danni a seguito di violazioni di norme antitrust e, soprattutto, le class action la cui disciplina è stata recentemente modificata per effetto della direttiva 2020/1828 UE in via di recepimento mediante un decreto legislativo il cui testo è stato approvato in esame preliminare dal Consiglio dei Ministri potrebbero beneficiarne. «Le associazioni di consumatori legittimate dovranno prevedere nello statuto «misure idonee a prevenire e a risolvere conflitti di interesse che potrebbero insorgere tra l'associazione, i suoi finanziatori e gli interessi dei consumatori» e rendere pubbliche sul loro sito «informazioni sulle proprie fonti di finanziamento» (art. 140-quinquies, comma 2). Nel ricorso introduttivo della class action dovranno essere indicati «i finanziamenti dell'azione promossa, ricevuti o promessi da parte di terzi» (art. 140-septies). Lo stesso articolo prevede inoltre che la domanda sarà inammissibile «quando l'azione è promossa in conflitto di interessi, in particolare se risulta che il soggetto che ha finanziato l'azione è concorrente del convenuto o dipende da quest'ultimo. In questo caso il giudice solleva anche di ufficio la questione ed assegna all'ente concorrente un termine entro cui rifiutare o modificare il finanziamento».

Infine **Michele Franzosi** partner di **Rucellai&Raffaelli Studio Legale** ricorda che lo Studio «ha contatti consolidati con diversi fondi che si occupano di Third Party Litigation Funding (TPLF), strumento che consideriamo, in determinate situazioni, molto utile. Attualmente stiamo valutando casi rilevanti per verificare se vi siano i presupposti per indirizzare il cliente verso una forma di finanziamento della lite, che può obiettivamente agevolare l'accesso alla giustizia e rimuovere l'alea che, quando sono in gioco importi elevati, può indurre la parte a non agire pur in presenza di un caso solido e fondato. Si tratta, allo stato, soprattutto di casi relativi ad arbitrati internazionale di valore rilevante e di azioni conseguenti a provvedimenti in materia antitrust.

Lo strumento sta conoscendo uno sviluppo interessante soprattutto nel mondo dell'arbitrato (già nell'ottobre del 2021 la Camera Arbitrale di Milano, secondo quanto dichiarato in un comunicato, aveva pendenti quattro casi in cui era presente un finanziatore). Tanto che il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, dal 2020, prevede che «La parte che riceve da un terzo un finanziamento relativo al procedimento arbitrale e al suo esito deve dichiarare l'esistenza del finanziamento e l'identità del finanziatore» (art. 43). L'inserimento di tale previsione ci avverte sia della crescente rilevanza del fenomeno, che evidentemente la Camera Arbitrale di Milano ritiene tutt'altro che passeggero, sia di uno dei profili delicati collegati al Third Party Litigation Funding, ossia la necessità di preservare l'indipendenza e l'imparzialità delle parti coinvolte nell'amministrazione della giustizia, inclusi arbitri e avvocati.

Nella nostra esperienza, i funder con cui siamo in contatto già oggi regolano i predetti profili nei rapporti con i clienti e gli avvocati in modo adeguato, rispettando le prerogative e i diritti delle parti coinvolte. Non v'è dubbio, però, che un intervento legislativo, meglio se a livello eurounitario stante la transnazionalità del fenomeno, non potrà che giovare alla diffusione dello strumento, premiando gli operatori che si pongono sul mercato in modo corretto e trasparente così da rendere il TPLF fruibile ad un numero maggiore di categorie e in un ambito più ampio di situazioni».

Al fondo finanziatore (se si vince) spetterà il corrispettivo

**Silvia Cossu****Giorgio Mondini****Michele Franzosi****Filippo Casò****Simone Gambuto****Alessandro Greco****Daria Pastore****Stefano Previti****Luciano Castelli**