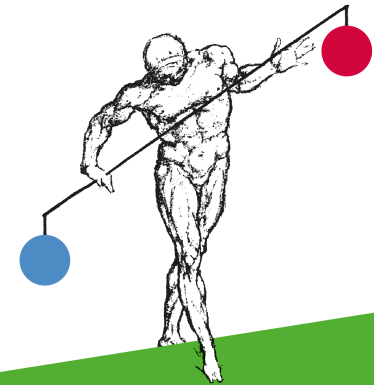


Il Third Party Funding e gli altri strumenti della Litigation Finance

*Interessi in gioco, meriti, opportunità e rischi di un modo nuovo
di chiedere giustizia (in ambito economico)*



Paolo Nicoletti
19 maggio 2023

Abstract

Nella prima parte dell'intervento ricordo che **l'accesso (effettivo) alla giustizia** è un **diritto costituzionalmente garantito** che non trova sempre **concreta realizzazione**, e spiego perché la *litigation finance* possa in parte contribuire a risolvere il problema “**dando voce**” ai c.d. ***claim dormienti*** e favorendo **il bilanciamento delle forze fra le parti di un contenzioso**.

Nella seconda parte illustro **le principali forme di intervento di un fondo di *litigation***, accennando ad un possibile inquadramento delle attività e degli accordi di *litigation finance* sotto il profilo civilistico e regolatorio.

Nella terza parte esamino **gli interessi in gioco** dalla prospettiva dei titolari dei diritti di causa e dei professionisti che a vario titolo operano nel contenzioso.

Nelle conclusioni tratto **dei vantaggi e dei potenziali rischi** della *litigation finance*, indicando quale a mio avviso debba essere l'approccio del legislatore nel disciplinare questa nuova attività.

Dell'accesso alla giustizia

L'accesso alla giustizia e il diritto all'equo processo sono **diritti fondamentali** contenuti nelle diverse **Costituzioni e Carte dei Diritti Umani**, fra le quali la Costituzione Italiana, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Art. 24 della Costituzione della Repubblica Italiana

- 1. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*
- 2. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*
- 3. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.*

Art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948

Ogni individuo *ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge.*

Art. 8 della Convenzione americana dei Diritti Umani

Diritto di ogni persona a un processo da parte di “... *un tribunale competente, indipendente e imparziale* ... per la determinazione dei *suoi diritti e obblighi di natura civile, fiscale, laburistico* o di ogni *altra natura*”.

... Dell'accesso alla giustizia

Art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea

*“Ogni persona ... **ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice** ... Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che **non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato**, qualora ciò sia necessario per **assicurare un accesso effettivo alla giustizia**”.*

Sono diritti fondamentali che riguardano ogni ambito, da quello penale e della tutela dei diritti e delle libertà personali, all'ambito della **giustizia civile, economica, amministrativa e fiscale**.

Nonostante la rilevanza di questi diritti, e il loro ruolo nelle moderne democrazie, **il concreto ed effettivo esercizio dei propri diritti, in condizioni paritetiche, non sempre è possibile o agevole, sicché si pone il tema di favorire e regolare nuovi ed efficaci strumenti per realizzare questi obiettivi.**

... Dell'accesso alla giustizia

“La legge è uguale per tutti” è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocare la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l'aiuto di quella ricchezza che egli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria.

PIERO CALAMANDREI, *Processo e democrazia* (Padova, Cedam 1954)

... Dell'accesso alla giustizia

In questa sede trattiamo dell'**accesso alla giustizia civile e economica** (quando è finalizzata a ottenere un risarcimento o un credito di natura monetaria o una qualche altra forma di vantaggio economico equipollente).

È superfluo ricordare che chiunque abbia esperienza di questa materia è consapevole che:

*nei contenziosi civili-commerciali, così come per le class action, i mass torts e il private enforcement in ambito antitrust ...
se non si dispone di risorse
l'accesso alla giustizia è spesso fortemente limitato*

In verità, le ragioni per le quali chi ha una pretesa giuridica, seppur fondata, è spesso disincentivato dall'iniziare un contenzioso non sono solo di carattere economico, perché ...

... perché i contenziosi sono **lunghi, complessi, difficili da prevedere nel loro esito, spesso costosi** sicché, se per ipotesi avessi un buon diritto, potrei essere disincentivato ad agire a causa di:

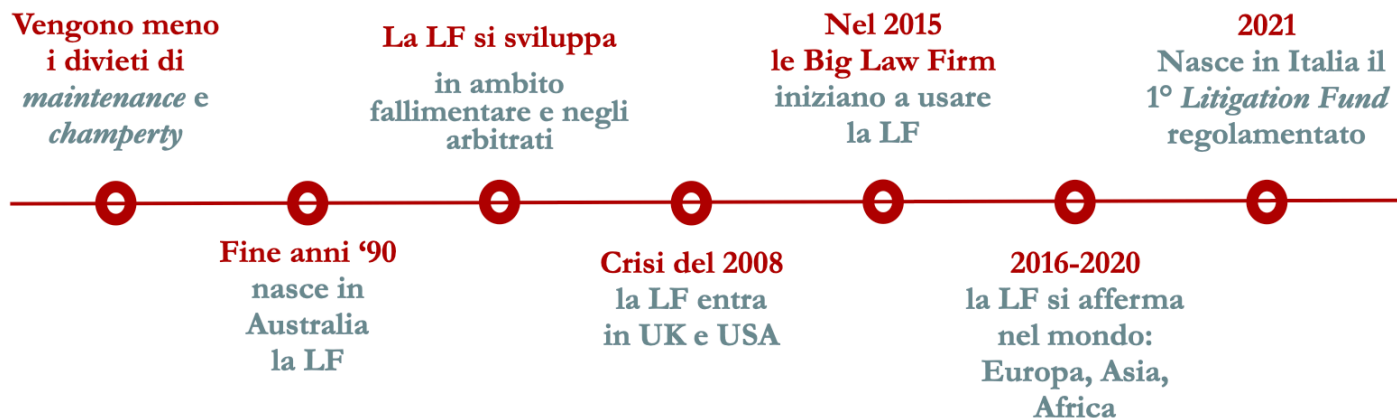


La conseguenza di queste criticità e carenze è che l'accesso effettivo alla giustizia è spesso **limitato** e la parte attrice è costretta a **rinunciare all'esercizio dei propri diritti o a subire cattive transazioni**.

La litigation finance e l'accesso alla giustizia

Per far fronte a tali contesti critici sono nati i fondi di *litigation finance* che, **mettendo a disposizione risorse economiche e tecniche** in cambio di una partecipazione all'eventuale risultato positivo, permettono l'accesso alla giustizia dei c.d. “*claim* dormienti” e la monetizzazione di asset legali illiquidi e non valorizzati.

Si tratta di una forma originale di *alternative investment*, nata in Australia negli anni '90, che si è definitivamente affermata a seguito della crisi finanziaria del 2008, dapprima nei sistemi di *common law* e in particolare in USA e Gran Bretagna, e più di recente nel resto del mondo.



... La litigation finance e l'accesso alla giustizia

È opinione condivisa che la *litigation finance*, nell'ambito del contenzioso civile-commerciale, amministrativo e tributario, sia una possibile risposta al problema dell'**accesso effettivo alla giustizia** e del **riequilibrio delle forze fra le parti di un contenzioso**.

La *litigation finance* negli anni si è evoluta in risposta alle sempre maggiori richieste del mercato e dei suoi attori di ricevere **credito, capitali, strumenti di copertura del rischio** per i contenziosi complessi e per lo smobilizzo di asset legali illiquidi, cercando di supplire: (i) alla **“indisponibilità” delle istituzioni creditizie, finanziarie e assicurative tradizionali** a finanziare e monetizzare gli asset legali e a gestire il rischio contenzioso, e (ii) **al divieto imposto agli avvocati** di fornire servizi legali a *contingency fee*.



La *litigation finance* interviene su **inefficienze del sistema** ed **asimmetrie di disponibilità economiche e informative** fra le parti.

**Cosa possono apportare
i fondi di litigation?**

**Risorse
economiche**

**Gestione
del rischio**

**Gestione
del tempo**

**Competenze
tecniche**

**Forza
negoziale**

Principali strutture di investimento

Le modalità di intervento di un *litigation funder* sono molteplici.

Investimento non-recourse (third party funding - “TPF”)

- con pagamento dei soli costi di lite e accollo del rischio soccombenza
- con pagamento dei costi di lite e parziale *monetization* del *claim*

Acquisto del diritto (c.d. monetization)

- a prezzo fisso
- a prezzo fisso più *earn out*

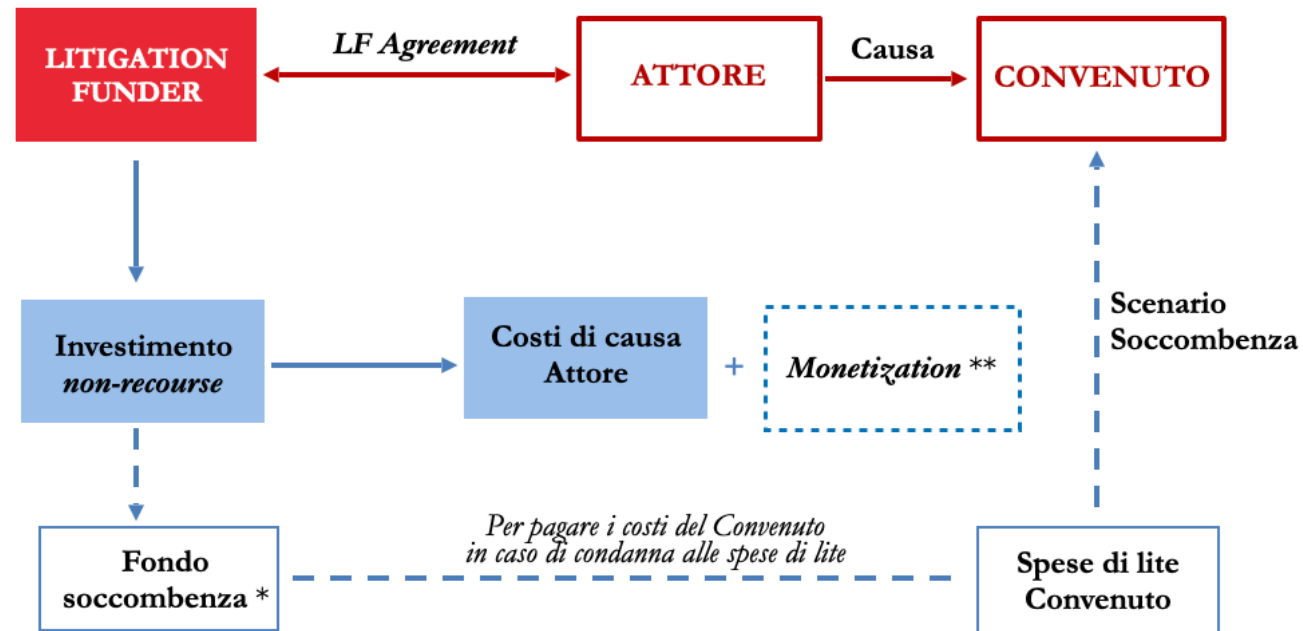
Acquisto della res litigiosa, ovvero della pretesa/azione da promuovere/pendente, con relativo subentro nella posizione processuale.

Investimento non-recourse
(TPF)

È la soluzione classica ed ancora prevalente nel mondo anglosassone: a fronte della messa a disposizione di risorse per il contenzioso a favore dell'attore (ed eventualmente di una ulteriore somma a titolo di anticipazione), il *litigation funder* in caso di esito positivo riceve una percentuale del credito rinveniente effettivamente incassato.

Investimento non-recourse

FASE INVESTIMENTO

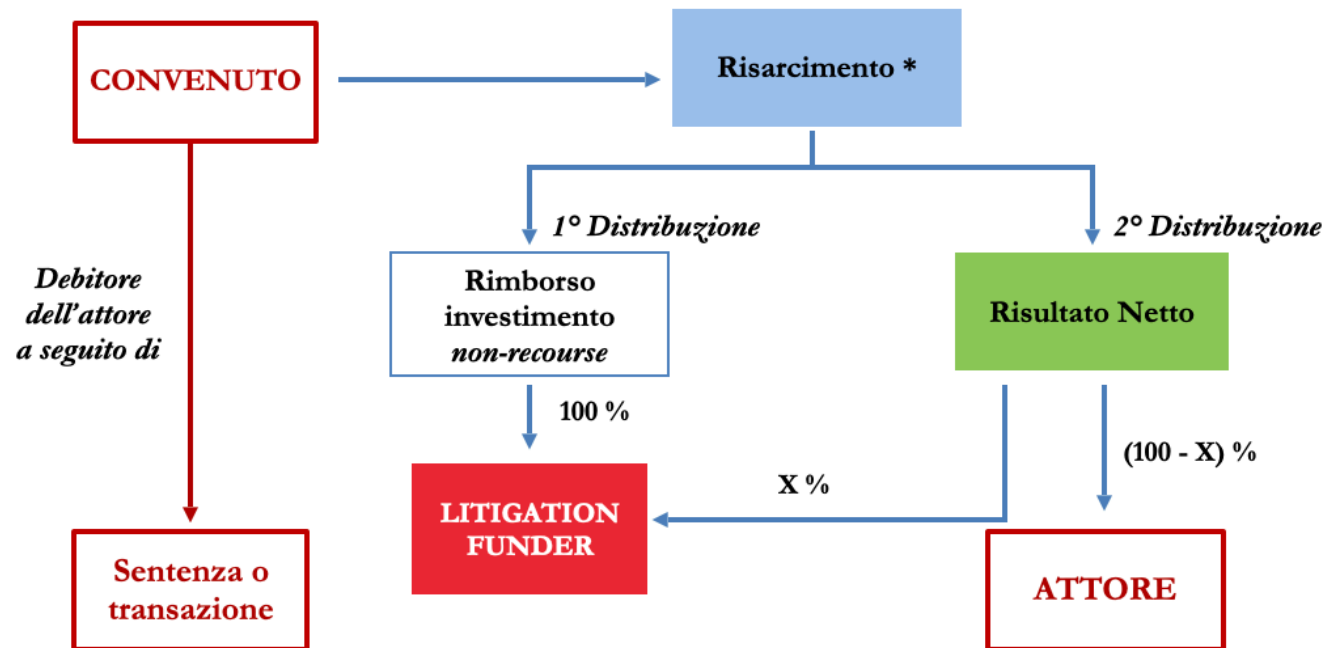


* Non dovuto se il Giudice compensa le spese

** Solo eventuale

Investimento non-recourse

FASE EXIT



* Comprensivo dell'eventuale condanna alle spese di lite

Acquisto del diritto

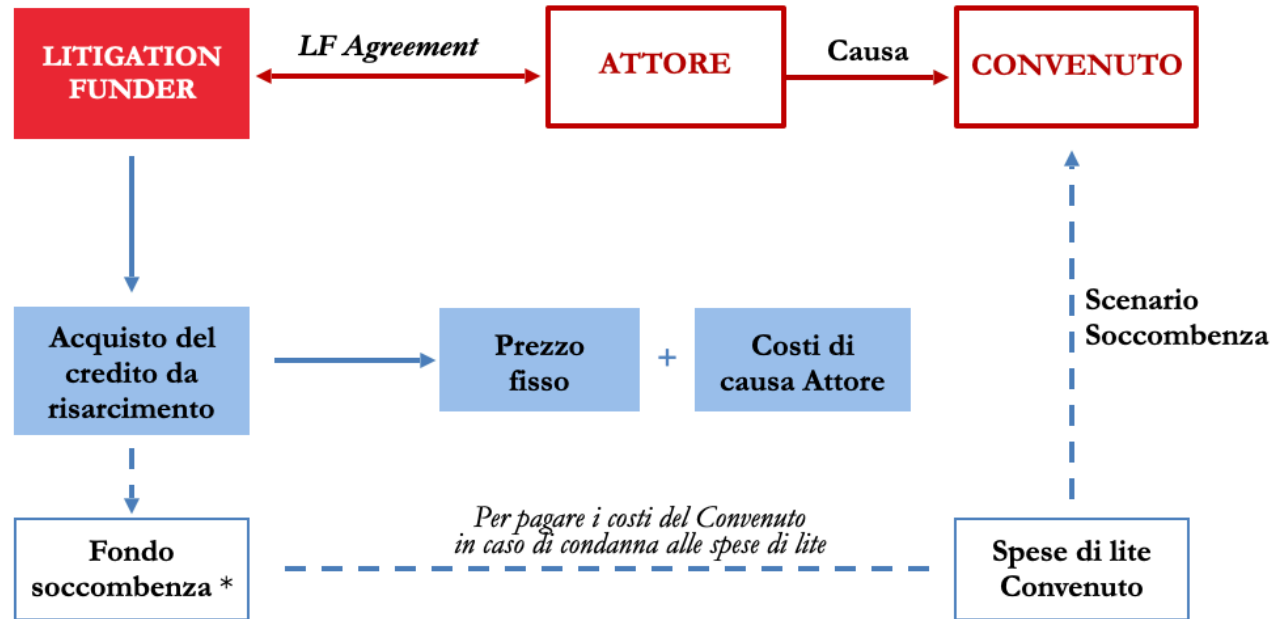
L'acquisto del diritto, ovvero la monetizzazione in via anticipata del risultato sperato di un'azione legale, è rivolto a chi preferisce valorizzare in tempi rapidi la pretesa risarcitoria senza attendere i tempi della giustizia.

L'esigenza di accelerare il realizzo è sentita soprattutto in ambito fallimentare e in generale quando si vuole chiudere un'attività o liquidare degli attivi da destinare al *core business* o da distribuire*.

* Sono soluzioni interessanti anche per determinate tipologie di soggetti - quali i fondi di *private equity*, le PMI, gli enti territoriali, le federazioni e le società sportive - per i quali l'esigenza di una rapida monetizzazione del proprio eventuale credito da risarcimento (futuro e incerto) potrebbe essere maggiormente sentita.

Acquisto del diritto

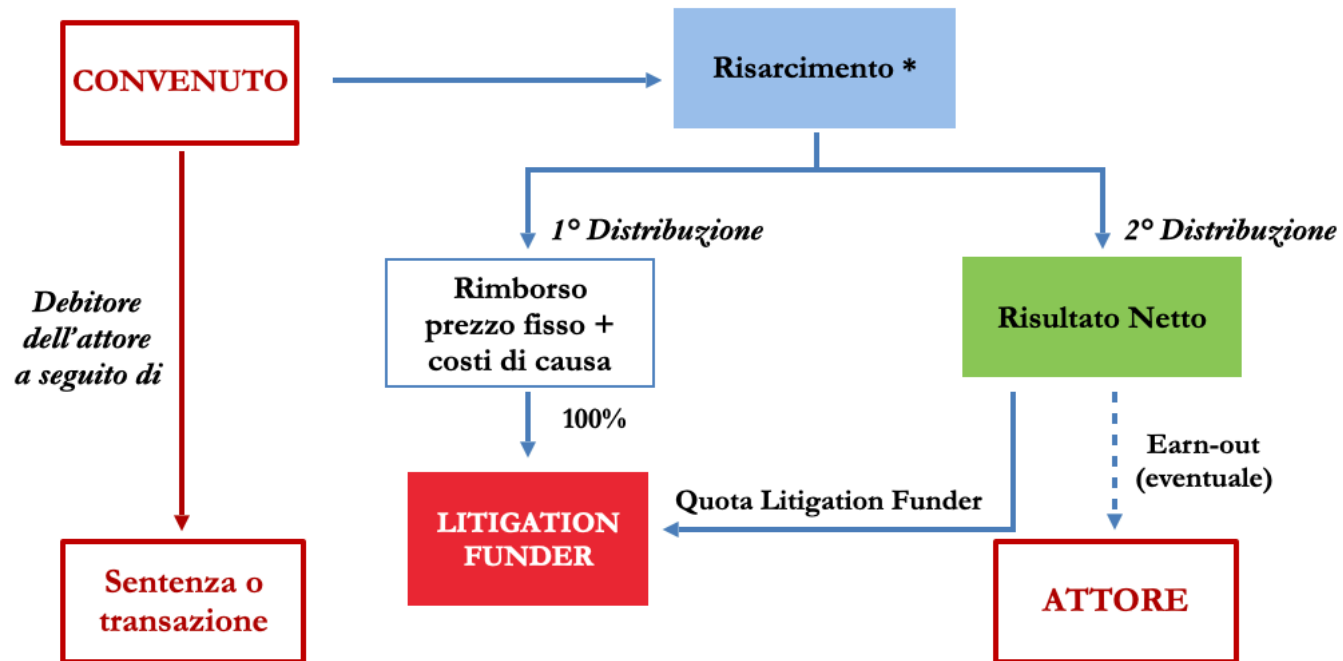
FASE INVESTIMENTO



* Non dovuto se il Giudice compensa le spese

Acquisto del diritto

FASE EXIT



* Comprensivo dell'eventuale condanna alle spese di lite

Acquisto della res litigiosa

L'acquisto della *res litigiosa* con sostituzione processuale a favore del *litigation funder* è una soluzione che permette all'attore di uscire completamente dal contenzioso.

È una struttura **funzionale alla “spersonalizzazione” della lite**, utile quando non si vogliono incrinare **i rapporti commerciali con la controparte**; struttura che viene altresì utilizzata per **aggregare in una singola azione giudiziaria le richieste di risarcimento di una pluralità di soggetti danneggiati dal medesimo illecito**, con costi della lite ovviamente a carico del *funder*.

Inquadramento degli accordi di litigation finance (cenni)

Non entro nel dibattito sulla qualificazione del *litigation funding agreement* (“LFA”) limitandomi ad aderire alla opinione prevalente secondo la quale **sono contratti atipici**, che non rientrano perfettamente in alcuno dei tipi contrattuali previsti dal nostro ordinamento, anche perché sono spesso contratti con oggetto articolato e molteplicità di prestazioni e controprestazioni.

Tuttavia, dalla mia prospettiva anche operativa - e dai molti confronti avuti sia in Italia sia all'estero con i giuristi e gli economisti che si sono dedicati allo studio di questo nuovo e poco conosciuto strumento - ho tratto alcuni convincimenti riguardo alle prestazioni e controprestazioni delle parti.

... Inquadramento degli accordi di litigation finance (cenni)

Se ripercorriamo le strutture di intervento che ho esemplificato, ci accorgiamo che in tutte le diverse ipotesi dal lato del *funder* la prestazione principale (per la verità spesso accompagnata da altre non marginali prestazioni o apporti) è **la messa a disposizione, su base *non recourse*, di somme di denaro, a titolo di corrispettivo e/o destinate al pagamento dei costi del contenzioso e a coprire il rischio di soccombenza.**

In cambio si ottiene la **cessione della totalità, o di parte, di un credito che definirei “potenziale”**, perché discendente da una pretesa da azionare o da una azione pendente, e quindi di un **credito eventuale, futuro e, soprattutto, incerto sia nell'*an* sia nel *quantum*.**

... Inquadramento degli accordi di litigation finance (cenni)

Mi pare allora evidente che i *litigation funding agreement* contengano al loro interno una cessione di credito (la cui disciplina sotto il profilo civilistico è contenuta negli artt. 1260 e ss. c.c.), e che per il *funder* l'obiettivo del suo investimento sia proprio il **credito rinveniente dall'eventuale esito positivo del contenzioso** (esito positivo che si ha in caso di sentenza passata in giudicato o di transazione).

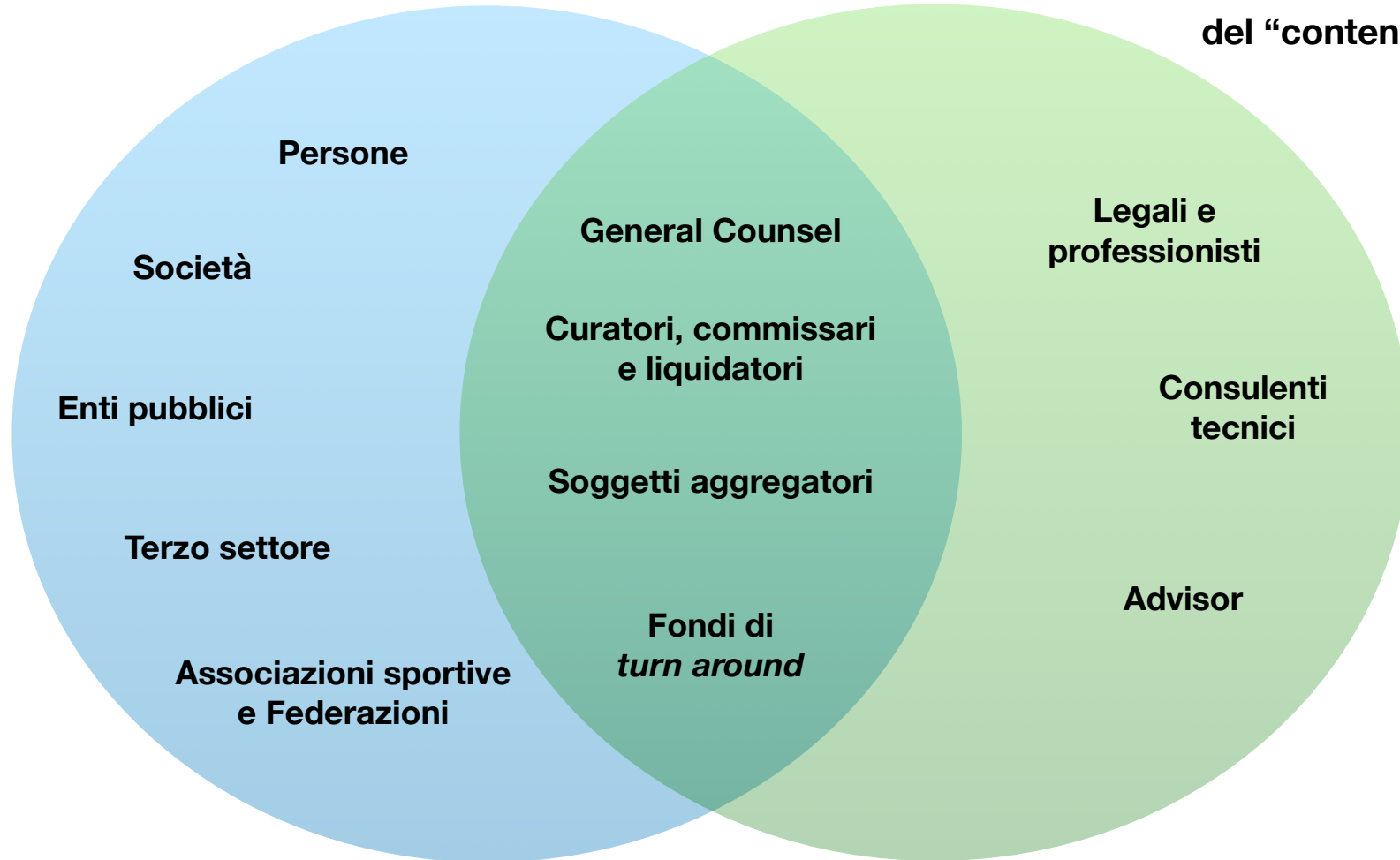
La conseguenza è che la *litigation finance*, quanto meno se svolta in via professionale e ricorrente, debba essere considerata come una attività di investimento in crediti e, in quanto tale, nel nostro ordinamento soggetta a riserva.

Ma di questo aspetto, come pure della fiscalità da applicare a questi strumenti di *litigation finance*, lascio parlare i ben più autorevoli relatori che partecipano a questo *webinar*.

Chi è interessato alla e dalla *litigation finance*

Titolari del diritto

**Professionisti
del “contenzioso”**



Perché rivolgersi a un litigation funder?

A seconda della natura dei *claim holder* variano le esigenze e le motivazioni per le quali ci si rivolge a un *litigation funder*. In linea generale, le principali sono:

- **supplire alla mancanza di risorse** finanziarie o economiche necessarie per portare avanti il contenzioso
- **eliminare il rischio** dei costi certi della lite per un guadagno solo eventuale e futuro
- **destinare al *core business* le risorse derivanti** dai risparmi sui costi di causa o dalla monetizzazione anticipata dei *claim*
- **migliorare il *budget*, la redditività e i risultati di bilancio** attraverso la monetizzazione in via anticipata degli asset legali e il contenimento di costi e rischi

... Perché rivolgersi a un litigation funder?

- **allineare gli interessi e condividere le scelte strategiche** con un *litigation funder* dotato di forza economica, competenze e reputazione sul mercato del contenzioso
- **rafforzare la propria forza negoziale** nei rapporti con le controparti
- **“spersonalizzare” il contenzioso**, attraverso la cessione della *res litigiosa* ad un fondo che agisce in nome proprio, così da poter preservare le relazioni commerciali o di interesse con i convenuti
- **organizzare e lanciare *class action*.**

Nella prospettiva delle persone fisiche, il supporto di un litigation funder può essere prezioso quando:

- **non si dispone di risorse adeguate**
- **non si vuole assumere il rischio** di affrontare i costi certi del contenzioso per un risultato incerto e futuro e **non si è disposti ad attendere i tempi della giustizia**
- **si ha poca dimestichezza con i contenziosi** e scarsa chiarezza riguardo al se e quando agire in giudizio, alla strategia processuale o alla convenienza di una transazione
- **non si ha accesso ai migliori professionisti** (o non si conoscono)
- **non si ha fiducia nella giustizia e nei suoi attori**, e si preferisce condividere il rischio con un soggetto che investe in modo ricorrente in contenziosi complessi.

Nella prospettiva di imprese, società e fondi di private equity, e dei loro CEO, CFO e General Counsel, le ragioni che portano a utilizzare strumenti di litigation finance sono quelle di:

- **focalizzarsi sul *core business***, senza disperdere risorse economiche, tempo e competenze in un'attività non caratteristica
- **migliorare bilanci e *budget* di cassa**
- **aumentare la redditività**, riducendo i costi per spese legali che incidono negativamente e da subito sulla marginalità a fronte di una sopravvenienza eventuale e futura (i.e. i proventi del contenzioso) che essendo “non ricorrente” non porta benefici in termini di marginalità “caratteristica”
- **rafforzarsi in vista di operazioni straordinarie.**

Enti e società pubbliche, soggetti del terzo settore, federazioni e associazioni sportive potrebbero ricorrere alla litigation finance per:

- **ottimizzare l'uso delle risorse “pubbliche”**, destinandole a voci di spesa più **urgenti e prossime** alla collettività e agli scopi “sociali e istituzionali”
- **relazionarsi in maniera trasparente** con un soggetto professionale, specie se i fondi inizieranno a operare sotto la vigilanza delle autorità dei mercati e con modalità di intervento trasparenti
- **rispettare i vincoli della finanza pubblica** e garantirsi una attenta ed efficiente gestione delle risorse, senza rinunciare all'opportunità di massimizzare i ritorni dagli asset legali.

Società in procedure concorsuali, e i loro curatori e commissari, infine, ricorrono agli strumenti di litigation finance per:

- **far fronte a carenze strutturali di liquidità e liberare risorse** a favore dei creditori
- **eliminare costi e rischi** del contenzioso
- **monetizzare anticipatamente i contenziosi**, per procedere con i riparti e la chiusura anticipata della procedura
- **avere una valutazione dei propri diritti di causa**, utile per valorizzare gli asset legali nei piani concordatari e di risanamento
- **trovare un efficace bilanciamento** fra l'attenta salvaguardia del patrimonio dei creditori e la valorizzazione di azioni legali.

Passando ai professionisti, dalla loro prospettiva la litigation finance è uno strumento per:

- **dare ai propri clienti servizi di finanziamento** dei costi del contenzioso
- **patrocinare *class action*** grazie all'intervento di un *litigation funder* che **finanzia** i costi di lite e **aggrega** i danneggiati
- **essere innovativi e competitivi** in un periodo di profondi cambiamenti nella professione
- **aumentare le *chance*** di successo dei propri contenziosi
- **raccogliere nuove opportunità di lavoro** e, per gli avvocati più giovani e gli studi *boutique*, competere con gli studi più grandi e affermati.

Considerazioni conclusive

Riassumendo, è convinzione generale che la *litigation finance* **favorisca l'accesso alla giustizia e ribilanci i rapporti di forza fra le parti in contenzioso**, colmando le differenze di disponibilità economiche e potere negoziale esistenti fra le stesse e contrastando le asimmetrie nella comprensione dei contenuti della lite e nell'accesso alle migliori competenze.

È altresì condiviso che fra i vantaggi della *litigation finance* vi siano l'offerta di strumenti di **diversificazione e gestione del rischio** e le **forme di monetizzazione anticipata** di contenziosi.

In generale, come disse il giudice americano **Eileen Bransten** in una sentenza del 2013: *“litigation funding allows lawsuits to be decided on their merits, and not based on which party has deeper pockets or stronger appetite for protracted litigation”*. (Justice for the New York County Supreme Court).

... Considerazioni conclusive

La *litigation finance* potrebbe avere ulteriori indirette conseguenze sul **sistema economico** e sul **funzionamento della giustizia** nel suo insieme, ovvero delle **esternalità positive**.

Faccio solo alcuni esempi, prendendo spunto da recenti analisi di *law and economics* in materia.

La presenza di *litigation funder* sul mercato dovrebbe **disincentivare comportamenti illeciti e violazioni contrattuali** e **incentivare la ricerca di soluzioni transattive** in fase di precontenzioso.

... Considerazioni conclusive

I soggetti forti sul mercato, infatti, spesso decidono di violare impegni contrattuali o di porre in essere condotte illecite quando ritengono di avere una convenienza economica nel farlo; e la valutazione sulla convenienza dipenderà dalla probabilità di non pagare il risarcimento, o sanzioni, o di pagarli in misura ridotta. È evidente che se una parte non ha la capacità di iniziare un contenzioso e di coltivarlo adeguatamente e per il tempo necessario, o di denunciare l'illecito, **la tentazione della controparte di non rispettare contratti e di porre in essere condotte illecite è maggiore.**

Basti pensare al *private enforcement* in ambito *antitrust*, ma anche alle azioni di risarcimento danno in ambito ambientale e in generale alle *class action*. E, ancora, ai comportamenti dominanti che le grandi *corporation* tengono a danno degli *incumbent* e alle violazioni di contratti commerciali quando una delle due parti non ha la forza di reagire a comportamenti scorretti.

Tutti ambiti, questi, dove i “*claim dormienti*” sono assai presenti.

... Considerazioni conclusive

Queste considerazioni sui vantaggi e le esternalità positive mi pare siano condivise anche dal legislatore europeo che infatti in parte le menziona nella **Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2022 recante raccomandazioni alla Commissione sul “*litigation third party funding*” responsabile.**

In quello stesso documento sono elencati anche i rischi di un uso distorto dello strumento e la necessità che vi siano norme comuni a livello di Unione e in particolare che venga istituito un **sistema di autorizzazione per i *litigation funder*** e previste norme minime in termini di **trasparenza, indipendenza, *governance* e adeguatezza patrimoniale.**

Nel condividere queste necessità, segnalo solo che occorre evitare un approccio dirigistico e di eccessiva regolamentazione, come si può temere da alcune proposte di intervento che sembrano enfatizzare problematiche quasi inesistenti e che paiono scontare talvolta una ancora parziale comprensione del fenomeno della *litigation finance*.

GRAZIE

