



Prospettive del *third party funding* in Italia

Perspectives on Third Party Funding in Italy

a cura di Elena D'Alessandro

Con il sostegno di



Ledizioni



Prospettive del *third party funding* in Italia
Perspectives on Third Party Funding in Italy

a cura di Elena D'Alessandro

Con il sostegno di



LEDIZIONI

Opera finanziata con il contributo della Compagnia di San Paolo

© 2019 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Elena D’Alessandro (a cura di), *Prospettive del third party funding in Italia / Perspectives on Third Party Funding in Italy*

Prima edizione: aprile 2019
ISBN 9788867059690

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell’editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

Indice

Introduzione	13
SEZIONE I	
I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO DELLA LITE (REGOLATI DALLA LEGGE ITALIANA) IN ITALIA: FATTIBILITÀ	19
1.1) Cos'è un contratto di finanziamento della lite?	19
1.2) Il contratto di finanziamento della lite si può concludere in Italia?	19
1.3) Chi ne può usufruire?	20
1.4) Quale valore deve avere la lite per essere finanziata?	21
1.5) Come si calcola il valore della lite?	23
SEZIONE II	
IL MODELLO CONTRATTUALE APPLICABILE	25
2.1) Che tipo di contratto è?	25
2.2.) Il contratto di finanziamento può contenere una cessione del credito litigioso al finanziatore a titolo di garanzia?	26
2.3) Il finanziatore può recedere dal contratto di finanziamento?	27
2.4) Il finanziato può recedere dal contratto di finanziamento?	29
SEZIONE III	
LA FIGURA DEL FINANZIATORE	31
3.1) Com'è qualificabile l'attività del finanziatore?	31
3.2) A quali autorizzazioni / regole / responsabilità è soggetto?	31
3.3) Un ente senza scopo di lucro può essere finanziatore?	32
SEZIONE IV	
LA FASE PRECONTRATTUALE DI VALUTAZIONE DELLA CONTROVERSIA DA PARTE DEL FINANZIATORE	34
4.1) In che modo il finanziatore valuta se la controversia è finanziabile?	34
4.2) Quali informazioni vanno trasmesse al finanziatore?	34
4.3) È opportuno che l'aspirante finanziato si faccia assistere, in questa fase, dal proprio avvocato di fiducia?	35

4.4) L'avvocato che assiste la parte nella conclusione di un contratto di finanziamento può essere suo difensore davanti al giudice o all'arbitro?	35
4.5) Per l'assistenza nella fase delle trattative e per la successiva azione legale possono essere scelti avvocati appartenenti al medesimo studio?	36

SEZIONE V

CONTENUTI DEL CONTRATTO DI FINANZIAMENTO

DELLA LITE E OBBLIGHI DEL FINANZIATORE

37

5.1) Il finanziatore è tenuto a dichiarare che non si trova in conflitto di interessi con il finanziato?	37
5.2) Quali spese processuali sono sostenute dal finanziatore?	39
5.3) Chi paga le spese processuali se la controparte (o un terzo intervenuto nel giudizio) propone una domanda riconvenzionale?	40
5.4) Che contegno processuale deve tenere il finanziato a fronte di una domanda riconvenzionale avanzata dalla controparte (o da un terzo)?	41
5.5) Chi paga le spese processuali se la controparte propone una eccezione di compensazione?	41
5.6) Che contegno processuale deve tenere il finanziato a fronte della proposizione di una eccezione di compensazione?	42
5.7) Il finanziatore è obbligato a finanziare la controversia per tutti i suoi eventuali gradi di giudizio?	42
5.8) Cosa accade se una sentenza favorevole al finanziato viene riformata?	43
5.9) Se, nel corso del processo, il giudice civile dispone il pagamento di una cauzione a carico del finanziato, chi è tenuto a pagarla? Può essere disposta la <i>security for costs</i> ?	44

SEZIONE VI

CONTENUTI DEL CONTRATTO DI FINANZIAMENTO

DELLA LITE E OBBLIGHI DEL FINANZIATO

45

6.1) Il finanziato può scegliere l'avvocato che lo rappresenterà in giudizio? Può cambiarlo in corso di causa?	45
6.2) Quali informazioni relative alla causa in corso devono essere trasmesse al finanziatore? Con quale frequenza?	46
6.3) Le comunicazioni tra finanziato e finanziatore sono coperte da riservatezza?	47
6.4) Il finanziato è tenuto ad acconsentire alla richiesta del finanziatore di visionare il fascicolo di causa ed estrarre copia dei relativi atti?	49
6.5) Il finanziato è tenuto ad acconsentire alla richiesta del finanziatore che un proprio legale di fiducia partecipi alle udienze o presenzi alle attività peritali?	49
6.6) Il finanziato può rinunciare agli atti del giudizio?	49
6.7) Il finanziato può concludere un accordo con la controparte per mettere fine alla lite?	50

6.8) Se il finanziato teme di essere assoggettato ad una procedura esecutiva individuale o concorsuale, deve prontamente comunicarlo al finanziatore?	50
6.9) Il finanziato, se vince in primo grado e la controparte adempie, in quale momento deve pagare al finanziatore la percentuale che gli spetta?	51
SEZIONE VII	
IL PROCESSO ITALIANO	52
7.1) Il finanziato è tenuto a dichiarare in giudizio l'esistenza del contratto di finanziamento?	52
7.2) Il finanziato è tenuto a produrre in giudizio una copia del contratto di finanziamento? Può esserne ordinata l'esibizione?	52
7.3) La corrispondenza tra finanziato e finanziatore può essere prodotta in giudizio?	53
7.4) Il finanziato può confessare?	53
7.5) Il finanziato può deferire giuramento?	54
7.6) I soggetti coinvolti nella fase delle trattative e nella attuazione del contratto di finanziamento possono astenersi dal testimoniare?	54
7.7) Il giudice può ordinare la chiamata in giudizio del finanziatore?	55
7.8) Il finanziatore può intervenire volontariamente in giudizio?	55
7.9) Il finanziatore può essere condannato al pagamento delle spese?	56
7.10) L'avvocato del finanziato può chiedere la distrazione delle spese?	56
SEZIONE VIII	
IL RUOLO DELL'AVVOCATO: PROFILI DEONTOLOGICI	57
8.1) Chi paga l'onorario dell'avvocato del finanziato?	57
8.2) L'avvocato del finanziato può determinare liberamente con il proprio cliente la strategia processuale?	57
8.3) L'avvocato del finanziato può concordare con il finanziatore la strategia processuale da adottare? È valida una clausola contrattuale che preveda un incremento del compenso per l'avvocato che tenga tale condotta?	57
8.4) L'avvocato del finanziato ha l'obbligo di informare periodicamente il finanziatore sull'andamento della controversia?	58
8.5) Cosa accade se l'avvocato del finanziato non informa periodicamente il finanziatore sull'andamento della causa?	58
8.6) L'avvocato del finanziato può far visionare al finanziatore che ne faccia richiesta il fascicolo di causa?	59
8.7) Come deve comportarsi l'avvocato del finanziato se il finanziatore impone la presenza di un proprio rappresentante in occasione delle udienze o di attività peritali?	59
8.8) L'avvocato che intrattenga o abbia intrattenuto rapporti con l'ente finanziatore può assistere la controparte del finanziato?	59

SEZIONE IX

ARBITRATO CON SEDE IN ITALIA

	61
9.1) Il finanziato può scegliere l'avvocato che lo assisterà in arbitrato?	61
9.2) Come viene nominato l'arbitro di parte?	61
9.3) Può il finanziatore partecipare ad una intervista con l'arbitro propedeutica alla sua nomina?	62
9.4) Può il finanziatore condividere con il finanziato i nomi di potenziali arbitri?	62
9.5) Può il finanziatore imporre al finanziato la nomina di un determinato arbitro?	62
9.6) Può essere taciuta all'arbitro nominando l'esistenza del contratto di finanziamento?	62
9.7) Può essere taciuta all'istituzione arbitrale che amministra l'arbitrato l'esistenza del contratto di finanziamento?	63
9.8) Quali sono gli obblighi di disclosure gravanti in capo all'arbitro con riferimento ai rapporti con il finanziatore?	64
9.9) Può l'arbitro avere contatti <i>ex parte</i> con il finanziatore della parte che lo ha nominato?	66

Perspectives on Third Party Funding in Italy

Introduction	69
SECTION I	
LITIGATION FUNDING AGREEMENTS	
UNDER ITALIAN LAW: ADMISSIBILITY	73
1.1) What is a litigation funding agreement?	73
1.2) Can a litigation funding agreement be concluded in Italy?	73
1.3) Who can use it?	73
1.4) What should the minimum value of a claim in order to be funded?	74
1.5) How can the value of a claim be calculated?	76
SECTION II	
THE APPLICABLE MODEL CONTRACT	79
2.1) What type of contract is it?	79
2.2.) Can the litigation funding agreement provide an assignment of the claim to the funder as security?	80
2.3) Is the funder entitled to terminate the litigation funding agreement?	81
2.4) Is the funded party entitled to terminate the litigation funding agreement?	83
SECTION III	
THE FUNDER	84
3.1) How can the activity of funders be qualified?	84
3.2) To what authorisations / rules / liabilities is it subject?	84
3.3) Can the role of funder be played by a non-profit entity?	85
SECTION IV	
PRE-CONTRACTUAL PHASE:	
EVALUATION OF THE DISPUTE BY THE FUNDER	87
4.1) How does the funder assess whether the dispute is eligible for funding?	87
4.2) What information shall be made available to the potential funder?	87
4.3) Should the prospective funded party be assisted at this stage by its lawyer?	88
4.4) Can a lawyer who has negotiated the agreement for the funded party also represent him/her in court or arbitration proceedings?	88
4.5) Can the funded party choose lawyers belonging to the same law firm	

for FA negotiation and litigation?	89
------------------------------------	----

SECTION V

CONTENTS OF THE LITIGATION FUNDING AGREEMENT AND OBLIGATIONS OF THE FUNDER 90

5.1) Must the funder disclose that no conflict of interest occurs with the funded party?	90
5.2) What legal costs are incurred by the funder?	91
5.3) Who bears the legal costs in case the other party (or a third party who entered an appearance in the action) brings a counterclaim?	92
5.4) What should the procedural conduct of the funded party be in the event of a counterclaim?	92
5.5) Who bears the legal costs in case the other party exercises a right of set-off?	93
5.6) What should the procedural conduct of the funded party be in the event of a credit set-off?	94
5.7) Is the funder obliged to finance the dispute at any stage of proceedings?	94
5.8) What happens if a decision in favour of the funded is overturned?	95
5.9) In case during the proceedings the court orders the funded party to provide a security, who bears the costs of it? Is the security for costs admissible?	96

SECTION VI

CONTENTS OF THE FUNDING AGREEMENT AND OBLIGATION OF THE FUNDED PARTY 97

6.1 Can the funded party choose the lawyer who will represent it in court? Can the funded party change the lawyer in the course of proceedings?	97
6.2) What information on the pending dispute should be communicated to the funder? How often?	98
6.3) Are reports between the funder and the funded party confidential?	99
6.4) Is the funded party obliged to allow the funder to inspect the case-file and extract a copy of the relevant documents?	100
6.5) Is the funded party obliged to allow a lawyer chosen by the funder to attend the hearings or attend the experts' activities?	101
6.6) Can the funded party withdraw from the proceedings?	101
6.7) Can the funded party enter into an agreement with the counterparty to end the dispute?	101
6.8) If the funded party is in the risk of being subject to an enforcement or insolvency procedure, should it promptly notify the funder?	102
6.9) If the funded party wins in the first instance and the counterparty performs, when does the funded party have to pay the funder its due percentage?	102

SECTION VII

THE ITALIAN TRIAL	103
7.1) Is the party who benefits from a funding agreement obliged to disclose it in court?	103
7.2) Is the party who benefits from a funding agreement obliged to produce a copy in court? Can the exhibition be ordered?	103
7.3) Can the correspondence between the funded party and the funder be disclosed in court?	104
7.4) Is the funded party allowed to confession?	104
7.5) Is the funded party allowed to challenge the counterparty to an oath?	105
7.6) Can those involved in the negotiation and implementation of the funding agreement refrain from being a witness?	106
7.7) Is the court entitled to order a third-party notice to the funder?	106
7.8) Is the funder entitled to file an application to join the action?	106
7.9) Can the funder be ordered to pay adverse costs?	107
7.10) Can the lawyer of the funded party ask the court to order the award of his/ her own fees?	107

SECTION VIII

THE LAWYER'S ROLE: DEONTOLOGY ISSUES	109
8.1) Who bears the funded party's attorney fees?	109
8.2) Is the funded party's legal representative allowed to freely agree with his/her client on the procedural strategy?	109
8.3) Is the funded party's legal representative allowed to agree with the funder on the procedural strategy? In such case, would a clause providing a bonus for the lawyer be valid?	109
8.4) Does the funded party's legal representative have the duty to periodically report the progress of the proceeding?	110
8.5) What happens if the funded party's legal representative fails his/her duty to report progress?	110
8.6) Is the funded party's legal representative allowed to exhibit the case-file to the funder upon demand?	111
8.7) How should the funded party's legal representative behave if the funder requires one of his own representatives to take part to hearings and expert evaluations?	111
8.8) Is a lawyer who had a previous intercourse with the funder entitled to represent the funded party?	111

SECTION IX

ARBITRATION SEATED IN ITALY	113
9.1) Can the funded party choose the lawyer who will assist it in arbitration?	113
9.2) How is the party-appointed arbitrator chosen?	113
9.3) Can the funder participate in an interview with the arbitrator preliminary to his/ her appointment?	114
9.4) Can the funder share the names of potential arbitrators with the funded party?	114
9.5) Can the funder require the funded party to nominate a particular arbitrator?	114
9.6) Can the party-nominated arbitrator be unaware of the existence of the funding agreement?	114
9.7) Can the arbitral institution be unaware of the existence of the funding agreement?	115
9.8) What are the duties of disclosure borne by the arbitrator with regard to the relationships with the funder?	116
9.9) Can the arbitrator have ex parte communications with the funder of the funded party who nominated him/ her?	118

Introduzione¹

Nel nostro sistema processuale civile, di regola, le spese processuali sono poste a carico della parte che ha causato la necessità del procedimento, cosicché, alla fine del giudizio, la parte vittoriosa dovrebbe trovarsi nella medesima situazione – anche economica – in cui si sarebbe trovata se non vi fosse stata la necessità di instaurare un (ovvero di difendersi nel) giudizio per tutelare il diritto di cui è stata riconosciuta titolare. Siffatto principio, benché apprezzabile nella sua portata astratta, in concreto non è in grado di assicurare che, effettivamente, colui che subisce ingiustamente la lesione di un diritto possa – sempre e comunque – accedere alla tutela giurisdizionale. Il processo civile, infatti, ha un costo: durante il suo svolgimento ciascuna delle parti deve sopportare le spese degli atti processuali compiuti a sua richiesta e quelli per cui la legge o il giudice pongono a suo carico l'anticipazione. Inoltre, ciascuna parte è tenuta al pagamento del compenso del difensore tecnico, nonché degli eventuali ausiliari del giudice. E se anche la parte che si è trovata nella necessità di azionare un giudizio risulti, all'esito dello stesso, vittoriosa, non è affatto certo che riesca a recuperare dalla controparte quanto anticipato. Infatti, il giudice potrebbe compensare le spese ai sensi dell'art. 91, comma 2, c.p.c. ma, quand'anche non sia disposta la compensazione delle spese, non è affatto assicurato che la parte vittoriosa riesca a recuperare dalla controparte quanto interamente corrisposto o da corrispondere, a titolo di compenso, al proprio difensore tecnico, posto che, attualmente, ciascuna parte pattuisce per scritto e liberamente il compenso con il professionista all'atto del conferimento dell'incarico, mentre il giudice, per liquidare le spese da porre a carico del soccombente, applica il d.m. 10 marzo 2014, n. 55 (recentemente emendato dal d. m. 8 marzo 2018, n. 37), cosicché i due importi possono non coincidere.

¹ E. D'ALESSANDRO.

Quali, dunque, i rimedi per rendere effettivo l'accesso alla tutela giurisdizionale sancito dall'*incipit* dell'art. 24 Cost.?

Lo strumento pubblicistico pensato per rendere effettiva questa garanzia costituzionale è quello del patrocinio per non abbienti. Tuttavia, in base a quanto previsto dall'art. 74 del d.p. r. 30 maggio 2002, n. 115, il patrocinio per non abbienti, in considerazione della limitatezza delle risorse economiche destinate a tale scopo e dell'esiguo importo del reddito imponibile lordo annuo che ne costituisce condizione d'accesso (non superiore a € 11.493,82, incluso il reddito dei familiari conviventi), non è fruibile da coloro che, pur superando siffatto massimale, e ponendosi così appena al di sopra della soglia di povertà, sono comunque privi delle capacità finanziarie necessarie per sostenere i costi di un giudizio civile, specie se complesso. Se ai costi del giudizio si sommano i rischi correlati ad un'azione legale, magari lunga nella durata e dall'esito infruttuoso, si ottiene come risultato che, talvolta, chi vanta un diritto sia costretto di fatto a rinunciare, non potendo sostenere il costo della giustizia (nel caso di un ente a scopo di lucro, non necessariamente per mancanza di mezzi economici ma, piuttosto, per mere ragioni di economicità, in quanto la *governance* potrebbe scegliere di non tenere impegnate ingenti somme per un lungo e complesso contenzioso).

A soccorso di tali soggetti – che il sistema pubblico non è in grado di aiutare mediante l'istituto del patrocinio per non abbienti – sovente intervengono strumenti privatistici, come ad esempio le polizze assicurative per la tutela legale. Gli strumenti privatistici, in quanto tali, possono estendere il loro ambito di applicabilità anche al giudizio arbitrale, più celere ma anche più costoso di quello giurisdizionale.

Scopo del progetto FundIT, finanziato dalla Compagnia di San Paolo e condotto dal Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino (con il contributo del Dipartimento di Psicologia), in collaborazione con il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Torino e l'AIDA (sez. Piemonte e Valle D'Aosta) e con il sopravvenuto supporto della Cassa Nazionale Forense, è quello di verificare se tra gli strumenti privatistici che agevolano l'accesso alla giustizia civile possa essere annoverato, anche nel nostro ordinamento, il *third party funding* (come già avviene, ad esempio, in Australia, Germania, Gran Bretagna e Svizzera).

Il finanziamento di una controversia civile da parte dei terzi è ammesso nel nostro ordinamento?

A quali condizioni e con quali conseguenze?

Si può finanziare anche un procedimento arbitrale avente sede in Italia?

Lo studio predisposto dal gruppo di lavoro del progetto FundIT cerca di rispondere a queste e altre domande in forma semplice, secondo il modello

delle FAQ, aspirando a diventare un agile strumento di consultazione per tutti coloro che, in qualità di aspirante finanziato, aspirante finanziatore, avvocato o semplice cittadino, siano interessati alla tematica del finanziamento della lite da parte dei terzi.

Gli Autori

Gli Autori del presente volume sono i componenti del gruppo di lavoro del progetto FundIT, finanziato dalla Compagnia di San Paolo (fundit.unito.it)

Prof. Elena D'Alessandro, *coordinatrice del gruppo di lavoro, Università di Torino* (Introduzione; FAQ nn. 1.1; 1.3; 1.5; 5.3; 5.4; 5.5; 5.6; 5.9; 7.4; 7.5; 7.7; 7.8)

Prof. Edoardo Ferrante, *Università di Torino* (FAQ nn. 1.2; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 3.1; 3.2; 3.3; 5.1; 6.3; 8.5)

Prof. Matteo Lupano, *Università di Torino* (FAQ nn. 4.1; 4.2; 4.3; 5.2; 5.7; 5.8; 7.1; 7.2; 7.3; 7.6, 7.9, 7.10)

Prof. Ugo Merlone, *Università di Torino* (FAQ n. 1.4)

Avv. Niccolò Landi, *Foro di Milano* (FAQ nn. 9.1; 9.2; 9.3; 9.4; 9.5; 9.6; 9.7; 9.8; 9.9)

Avv. Cristina Martinetti, *Foro di Torino* (FAQ nn. 9.1; 9.2; 9.3; 9.4; 9.5; 9.6; 9.7; 9.8; 9.9)

Avv. Matteo Rossomando, *Foro di Torino* (FAQ nn. 4.4; 4.5; 8.1; 8.2; 8.3; 8.4; 8.5; 8.6; 8.7; 8.8)

Avv. Sara Visca, *Foro di Torino* (FAQ nn. 1.2; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4., 3.1; 3.2; 3.3; 5.1; 6.3; 8.5)

Dott.ssa Letizia Coppo, *Università di Torino* (FAQ nn. 1.2; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 3.1; 3.2; 3.3; 5.1; 6.3; 8.5; traduzione in inglese delle FAQ nn. 1.1; 1.2; 1.3; 1.4; 1.5; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 3.1; 3.2; 3.3; 4.4; 4.5; 5.1; 5.3; 5.4; 5.5; 5.6; 5.9; 7.4; 7.5; 7.7; 7.8; 8.1; 8.2; 8.3; 8.4; 8.5; 8.6; 8.7; 8.8)

Dott.ssa Eleonora Ebau, *Università di Torino* (traduzione in inglese dell'Introduzione e delle FAQ nn. 4.1; 4.2; 4.3; 5.2; 5.7; 5.8; 6.1; 6.2; 6.3; 6.4; 6.5; 6.6; 6.7; 6.8; 6.9; 7.1; 7.2; 7.3; 7.6; 7.9; 7.10; 9.1; 9.2; 9.3; 9.4; 9.5; 9.6; 9.7; 9.8; 9.9)

Dott. Iacopo Gambioli, *Università di Perugia* (FAQ nn. 6.1; 6.2; 6.4.; 6.5; 6.6; 6.7; 6.8; 6.9)

Gli Autori ringraziano sentitamente la Compagnia di San Paolo per il sostegno offerto alla realizzazione del progetto.

SEZIONE I

I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO DELLA LITE (REGOLATI DALLA LEGGE ITALIANA) IN ITALIA: FATTIBILITÀ

1.1) Cos'è un contratto di finanziamento della lite?²

Il **contratto di finanziamento** della lite è un contratto stipulato tra un finanziatore e il titolare di un diritto azionabile in giudizio mediante il quale il finanziatore si accolla i costi e il **rischio dell'esito negativo** di un **processo giurisdizionale o arbitrale** (inclusa la condanna al pagamento delle spese processuali a favore della controparte), trattenendo in cambio, **solo in caso di esito vittorioso del giudizio**, una **percentuale di quanto concretamente incamerato** dalla parte finanziata.

1.2) Il contratto di finanziamento della lite si può concludere in Italia?³

La possibilità di concludere in Italia un contratto di finanziamento della lite da parte di terzi, regolato dal diritto italiano, non incontra in via generale alcun ostacolo in norme imperative o in ragioni di ordine pubblico. Come **contratto atipico** risulta compatibile con il disposto dell'art. 1322 c.c., in quanto persegue, tendenzialmente, interessi meritevoli di tutela, quale ad esempio quello ad agevolare l'accesso alla giustizia.

Eventuali profili di inammissibilità possono riguardare invece singole clausole o aspetti specifici, per lo più legati alla figura del finanziatore. Ad esempio, un problema di validità del contratto in esame potrebbe porsi ove il finanziatore non fosse un terzo in senso proprio ma coincidesse con l'avvocato del finanziato, ciò in considerazione delle alterne vicende del divieto del patto di quota lite e il dibattito circa la sua vigenza indipendentemente dalla previsione normativa.

² E. D'ALESSANDRO.

³ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

1.3) Chi ne può usufruire?⁴

Può usufruire di un contratto di finanziamento della lite qualunque soggetto che, in quanto **esclusivo titolare di un diritto** azionabile in giudizio, voglia instaurare un processo giurisdizionale o arbitrale (**in qualità di attore**).

Affinché il finanziatore accetti di finanziare la lite, il diritto azionabile in giudizio – in genere un diritto di credito al pagamento di una somma di denaro ovvero alla consegna di una determinata ovvero di una quantità di cose – dovrà avere un determinato **valore-minimo** (v. quesiti 1.4 e 4.1) e la **persona contro cui l'azione processuale è diretta** (convenuto) dovrà essere un **soggetto capiente finanziariamente**.

È infatti più probabile che sia finanziato un **giudizio di condanna** piuttosto che di mero accertamento, in quanto il convenuto, in caso di esito vittorioso della lite per il finanziato, pagherà a quest'ultimo quanto dovuto e il finanziatore, per parte sua, potrà trattenere su tale somma la percentuale pattuita che gli spetta⁵.

Nei giudizi di mero accertamento, viceversa, è il finanziato che agisce a protezione di un bene o di un credito già presente nel suo patrimonio e del quale chiede che sia accertata incontrovertibilmente la titolarità. Non essendovi prospettiva di incremento del patrimonio del finanziato, in caso esito vittorioso della lite sarebbe quest'ultimo a dover consegnare al finanziatore la percentuale che gli spetta, in base al valore stimato del bene o del credito contestato.

Si comprende, pertanto, perché il **convenuto** ben difficilmente potrà usufruire di un contratto di finanziamento della lite: in caso di vittoria, infatti, il convenuto non vedrà incrementato il proprio patrimonio con una utilità economica di cui il finanziatore possa beneficiare in percentuale per essersi accollato i rischi della controversia. L'unico caso in cui un convenuto può

⁴ E. D'ALESSANDRO.

⁵ Il modello Roland 2018, al § 4b, liberamente disponibile sul sito web di Roland, https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2018/01/DRAFT-Litigation-Funding-Agreement-final-full-version_v1.pdf, prevede quanto segue: «Roland shall make such payments directly to the claimant's lawyer. The claimant hereby authorises its lawyer to accept receipt of the payments. The claimant shall instruct its lawyer to make the relevant payments to third parties (for example, the court or the opponent). Roland shall not make payments directly to the claimant». La previsione va coordinata con il § 5b del medesimo modello: «Payment of proceeds to claimant. Payment of the proceeds shall be made into the claimant's lawyer's client account and shall remain as monies held on account until the distribution of the proceeds has been calculated and approved by both parties. The claimant shall require all proceeds to be paid directly to its lawyer».

aspirare ad usufruire di un contratto di finanziamento della lite è quello in cui si difenda proponendo, a sua volta, una **domanda riconvenzionale di condanna** nei confronti di un attore capiente economicamente, che **soddisfi il valore-minimo richiesto per attirare l'interesse del finanziatore**.

1.4) Quale valore deve avere la lite per essere finanziata?⁶

La scelta di finanziare la lite dipende da numerosi **fattori** e non solo dal suo valore: il costo del processo (a cominciare dalla difesa tecnica), la sua durata, le prospettive di successo (così come la loro prevedibilità), gli oneri di cui si deve fare carico il finanziatore per decidere se concedere o meno il finanziamento e per seguire l'andamento del contenzioso.

Per determinare il valore minimo della lite finanziabile, il gruppo di lavoro FundIT ha preso le mosse dai seguenti **assunti**:

- gli avvocati percepiscono il compenso dovuto in base ai parametri di cui al d.m. 10 marzo 2014, n. 55, senza rialzi o ribassi percentuali, per tutte le fasi previste dalle tabelle allegate al decreto (fase di studio, fase introduttiva, fase istruttoria, fase decisionale);
- in caso di arbitrato, oltre al compenso degli avvocati di cui sopra, è stato preso in considerazione l'onorario degli arbitri in base ai parametri di cui al d.m. 10 marzo 2014, n. 55, per arbitrato *ad hoc*, mentre, per motivi di limitazione dell'indagine, non è stato preso in considerazione l'arbitrato amministrato dalle diverse camere arbitrali, che normalmente hanno le proprie tabelle di riferimento per gli onorari degli arbitri e le spese amministrative;
- nel processo sono coinvolte due sole parti;
- non sono state considerate le spese di un'eventuale consulenza tecnica, essendo i costi di quest'ultima difficilmente quantificabili a priori;
- le prospettive di successo al momento della scelta appaiono non inferiori al 75%, una percentuale molto elevata, tenuto conto della frequenza con la quale, nell'ordinamento italiano, si registrano mutamenti di giurisprudenza e della natura non vincolante dei precedenti;
- la durata del processo è quella che emerge dai più recenti dati statistici forniti dal Ministero della giustizia e dalla Corte di cassazione, ovvero 981

⁶ U. MERLONE.

- giorni per il giudizio di primo grado⁷, 560 giorni per il giudizio d'appello⁸ e 1.080 giorni per il giudizio di cassazione⁹;
- la durata dell'arbitrato non amministrato è di 420 giorni, tenuto conto del termine per la pronuncia del lodo previsto dall'art. 820, comma 2°, c.p.c. ed ipotizzando che lo stesso subisca almeno una proroga ai sensi del comma 4° della medesima norma;
 - il lodo non viene impugnato;
 - il finanziatore può recedere dal contratto¹⁰ e si avvale di questa possibilità se la sentenza vede soccombente il finanziato;
 - gli oneri a carico del finanziatore non sono inferiori al compenso che, secondo il d.m. 55/2014, è dovuto all'avvocato per "prestazioni di assistenza stragiudiziale" (voce n. 25).

Il calcolo effettuato, sulla base della formula elaborata dal prof. Ugo Merlone¹¹, rivela che,

A) per quanto riguarda il **processo**:

- 1) la scelta di finanziare liti di valore inferiore a 52.000 € non è in alcun caso economicamente conveniente per il finanziatore;
- 2) la scelta di finanziare liti di valore superiore a 52.000 € è economicamente conveniente per il finanziatore se il loro valore è pari o superiore a **125.000 €**.

B) Per quanto concerne, invece, l'**arbitrato** interno:

- 1) la scelta di finanziare liti di valore inferiore a 26.000 € non è in alcun caso economicamente conveniente per il finanziatore;
- 2) la scelta di finanziare liti di valore compreso tra 26.000 € e 52.000 € è economicamente conveniente per il finanziatore solo in ipotesi molto

⁷ Media nazionale: vedi <https://webstat.giustizia.it> e https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_13.page.

⁸ Non sono disponibili medie nazionali. Il dato è riferito alla durata media del processo davanti alla Corte d'appello di Torino: vedi http://www.distretto.torino.giustizia.it/CorteAppello/stato_giustizia.aspx.

⁹ Si vedano l'annuario statistico (http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/statistiche_civile.page) e la relazione sull'amministrazione della Giustizia del primo presidente della Corte di cassazione, dott. Giovanni Mammone (http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/inaugurazioni_anno_giudiziario.page).

¹⁰ Vedi il quesito 2.3.

¹¹ Leggibile nell'articolo di U. MERLONE (e M. LUPANO), *Third party litigation funding: minimum claim value*, presentato in occasione del 42° convegno annuale della Italian Association for Mathematics Applied to Economic and Social Sciences (AMASES), di prossima pubblicazione.

- limitate, ovvero se il loro valore è di almeno **40.000 €**;
- 3) la scelta di finanziare liti di valore superiore a 52.000 € è economicamente conveniente per il finanziatore se il loro valore è pari o superiore a **70.000 €**.

1.5) Come si calcola il valore della lite?¹²

Il valore della lite si determina alla luce dei criteri previsti nel **contratto di finanziamento** e non necessariamente in base alle norme dettate a questi fini nel codice di procedura civile¹³. Il contratto, in genere, **non** fa riferimento:

- né alla somma indicata ovvero al valore dichiarato nella domanda giudiziale dal finanziato, se la controversia ha ad oggetto beni e non obbligazioni pecuniarie;
- né in base a quanto la controparte è tenuta a corrispondere al finanziato in forza della sentenza conclusiva del giudizio.

I contratti di finanziamento (in specie quelli utilizzati dai finanziatori tedeschi)¹⁴ prevedono invece che il valore della lite sia rappresentato da **ogni**

¹² E. D'ALESSANDRO.

¹³ Cfr. il § 5a del modello Roland 2018, liberamente disponibile sul sito web di Roland, https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2018/01/DRAFT-Litigation-Funding-Agreement-final-full-version_v1.pdf: «From the proceeds of any successful claims, Roland shall first be entitled to deduct all costs which Roland has already incurred and any costs which it has yet to pay in accordance with clause 4b, including the ProFi fee. Roland's costs include its own disbursements such as travel costs of its employees to attend meetings, court hearings and company registration and land registration offices, costs of credit checks or certifications by a notary. Roland's costs further include those costs which, having liaised with the claimant and the claimant's lawyer, Roland incurred in connection with commissioning an expert report or specialist research, even where those costs were incurred before this agreement was entered into. Where the claimant has partly paid for legal costs or is yet to pay such costs, the claimant shall be entitled to deduct the costs it has incurred or is yet to incur to the extent that Roland has approved those costs as deductible. Where the proceeds are insufficient to cover all costs, the parties shall be entitled to reimbursement of their costs in the same proportion as the payments they have made or are liable to make. Of the remaining proceeds, Roland shall receive 30% of any sum under € 500,000 and 20% of any sum exceeding € 500,000. Where the claimant resolves the claims before *commencing* legal proceedings or by way of mediation, Roland shall receive 20% of the remaining proceeds».

¹⁴ Sovente nelle FAQ è fatto riferimento a modelli contrattuali redatti in lingua tedesca. Tra gli altri, sono stati presi in considerazione il contratto-modello Roland del 2018, libe-

vantaggio economico ottenuto all'esito di un procedimento giudiziale, di un arbitrato, di una composizione stragiudiziale della controversia ovvero di un riconoscimento stragiudiziale del diritto.

Così, ad esempio, se la somma indicata dal finanziato nella domanda giudiziale è 10.000 € ma il convenuto propone con successo una domanda riconvenzionale o una eccezione di compensazione per 5.000 €, in caso di vittoria la sentenza condannerà il convenuto a pagare all'attore 5.000 € (operando la compensazione per i restanti 5.000 €), ma il vantaggio economico ottenuto all'esito del giudizio sarà comunque di 10.000 €. Quest'ultimo, pertanto, sarà il valore della lite sul quale dovrà essere calcolata la percentuale di profitto spettante al finanziatore.

Tra i vantaggi economici che contribuiscono a determinare il valore della lite è solitamente incluso anche l'importo suscettibile di essere ottenuto, a titolo di risarcimento del danno, nei confronti del terzo che abbia distrutto il bene oggetto del processo, quando quest'ultimo abbia ad oggetto diritti su beni mobili o immobili e non obbligazioni pecuniarie.

Inoltre, alcuni modelli di contratto di finanziamento¹⁵, nel rispetto del principio dell'autonomia negoziale delle parti, prevedono che, nel caso in cui la parte finanziata sia una società, tra i vantaggi economici ottenuti debbano essere computati anche le somme pagate o i beni consegnati a società controllate dall'ente finanziato.

ramente accessibile al sito web di Roland, https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2018/01/DRAFT-Litigation-Funding-Agreement-final-full-version_v1.pdf: ovvero del 2017 ed il contratto-modello "Legial" del 2014 o del 2017, quest'ultimo liberamente scaricabile al sito web https://www.legial.de/sites/default/files/2017-06/LEGIAL_Mustervertrag%20Prozessfinanzierung.pdf.

¹⁵ Cfr. il contratto modello Roland 2018, § 5e, dove si prevede che «zu Gunsten Roland sind auch solche Erlöse anzurechnen, die nicht dem Anspruchsinhaber selbst, sondern einem von ihm beherrschten, im Sinne des Aktienrechts konzernverbundenen oder sonst nahestehenden Dritte zugutekommen». V. anche la versione inglese: «Proceeds of third parties. Roland is entitled to include in the calculation of the Proceeds such proceeds as are paid to any person within claimant's control or which is associated to the claimant's company within the meaning of company legislation or which is otherwise associated with the claimant».

SEZIONE II

IL MODELLO CONTRATTUALE APPLICABILE¹⁶2.1) Che tipo di contratto è?¹⁷

Il contratto di finanziamento della lite **può assumere diverse configurazioni** in base alle esigenze delle parti, come dimostra la varietà di modelli contrattuali presenti negli ordinamenti anglo-americani, ove tale strumento è diffuso da tempo. In Italia il contratto, oltre a non rientrare nei tipi di legge aventi una disciplina particolare, non vanta al momento neppure una tipicità «sociale» – come sempre accade per schemi negoziali di recente importazione – e dunque la sua «tipizzazione» è totalmente rimessa alle pattuizioni delle parti.

Anzitutto, si potrebbe strutturare il contratto come un **mutuo infruttifero** nel quale l'impiego del capitale è vincolato alle spese della lite (c.d. mutuo di scopo) e la sua restituzione è subordinata alla condizione della vittoria della lite stessa da parte del finanziato. Si tratta del modello che negli Stati Uniti viene più propriamente etichettato come “*litigation lending*”.

In secondo luogo, si potrebbe strutturare il contratto come un **accollo interno**, totale o parziale, delle spese di lite da parte del finanziatore. Il finanziatore si obbliga a tenere indenne il finanziato dei costi che dovrà sostenere per far valere la sua pretesa e, come corrispettivo, il finanziato si obbliga a corrispondergli una percentuale sull'esito vittorioso della lite. Questa struttura, benché pur sempre atipica, ha il pregio di ricondurre i patti intercorsi fra le parti entro il binario consolidato dell'accollo e del corrispettivo in denaro, ovviamente ben noti alla tradizione di *civil law*.

Allo stato risulta **dubbio** invece se il finanziamento possa configurarsi come un **contratto di assicurazione**, soluzione adottata da alcune tra le più note compagnie assicurative, ma solo, a quanto consta, in paesi di *common law*. I principali ostacoli all'adozione del modello assicurativo sono costituiti dal fatto che nel finanziamento l'alea investe non la prestazione dovuta dall'assicuratore, bensì quella cui è tenuto l'assicurato; dal fatto che il pagamento

¹⁶ Verrà preso in considerazione esclusivamente il contratto di finanziamento della lite regolato dalla legge sostanziale italiana.

¹⁷ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

del premio sarebbe posticipato rispetto alla copertura e avverrebbe in un'unica soluzione; e dalla difficoltà d'individuare il rischio assicurabile.

2.2.) Il contratto di finanziamento può contenere una cessione del credito litigioso al finanziatore a titolo di garanzia?¹⁸

La cessione del credito litigioso al finanziatore con funzione di garanzia è frequente nei modelli contrattuali stranieri, in particolare in quelli tedeschi, ove essa è contestuale al contratto di finanziamento, precedendo dunque l'instaurazione della lite, e in molti casi, per espressa pattuizione, non può essere comunicata al giudice durante il processo¹⁹.

La **risposta** al quesito se una simile cessione si possa fare in Italia è **affermativa, salve alcune precisazioni**. La cessione dei crediti litigiosi è ammessa dall'ordinamento, come si ricava a contrario dall'art. 1261 c.c., il quale vieta la medesima, pena la sua nullità e l'obbligo di risarcire i danni, solo quando il cessionario rivesta la qualità di magistrato, funzionario delle cancellerie e segreteria giudiziarie, ufficiale giudiziario, avvocato, procuratore o patrocinatore, e la vieta solo con riferimento a crediti in contestazione davanti alla giurisdizione presso la quale operano, per evidenti ragioni di conflitto d'interessi²⁰.

¹⁸ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

¹⁹ Così al § 6 del contratto modello Roland 2018, uno dei pochi resi pubblici, si legge la clausola che segue: «Assignment of claims to Roland sas security. The claimant shall assign all claims, rights to claim costs and all subsidiary rights to Roland by way of security. The details of such assignment are set out in Annex 1 of this agreement. The claimant shall, if so required by Roland, execute a deed or other notarised document which gives effect to such assignment. D shall re-assign the assigned rights once it has no further interest or reason to require a security. The claimant may at any time require the re-assignment of any assigned rights in return for a bank guarantee on first demand from one of the large German banks. The claimant makes no warranty as to the validity or the value of any claims assigned to Roland. However, the requirement for full and accurate disclosure by the claimant about the claims as set out in clause 2 shall apply. 7. [...] The fact of assignment of the claims shall not be disclosed openly. The claimant therefore holds any assigned claims on trust for Roland. So long as the trust is not disclosed, the claimant shall conduct the pursuance of the claims in a way which exclusively requires payment directly to the claimant's lawyer. [...]».

²⁰ Degna di nota è una pronuncia recente della Corte di Cassazione – Cass. (ord.), 20 novembre 2018, n. 29834 – la quale ha interpretato estensivamente la nozione di «diritti sui quali è sorta contestazione» contenuta nell'art. 1261 c.c. affermando che il divieto *ivi* previsto si applica anche quando la lite non sia ancora stata instaurata davanti all'autori-

Simili ragioni non sembrano sussistere nei confronti di altri terzi e comunque l'art. 1261 c.c., comprimendo l'autonomia privata, è norma eccezionale e quindi insuscettibile di estensione o applicazione analogica.

La causa di garanzia pone, anche nel caso di cessione del credito, il problema della compatibilità con il divieto di patto commissorio previsto dall'art. 2744 c.c. Senza potersi qui dilungare sul tema, per ovviare all'inconveniente si dovrebbe ricondurre la cessione entro i limiti del c.d. patto marciano (figura ora normativamente prevista all'art. 48-bis del T.U.B.). In particolare occorre prevedere in capo al finanziatore l'obbligo di restituire al finanziato la differenza tra l'ammontare del credito litigioso, come liquidato dal giudice, e la percentuale pattuita nel contratto. **Resta, tuttavia, aperta la questione, di natura squisitamente processuale** (ed altamente problematica), concernente il caso in cui della cessione *ante litem* a favore del finanziatore venga resa edotta l'autorità giudiziaria, posto che, in quell'ipotesi, l'asserito titolare del diritto fatto valere in giudizio, ossia il finanziato, non risulta essere effettivamente tale.

2.3) Il finanziatore può recedere dal contratto di finanziamento?²¹

Nei modelli di contratto di finanziamento tedeschi e anglo-americani è prassi inserire clausole con cui si attribuisce al finanziatore il diritto di recedere dal contratto al verificarsi di determinati presupposti in corrispondenza di alcuni dei momenti salienti che scandiscono l'andamento della lite (c.d. *termination milestones*), quali ad esempio il compimento dell'istruzione probatoria. Si tratta sostanzialmente di momenti al cui esito può verificarsi una diminuzione delle probabilità di successo della lite²².

tà giudiziaria. L'ordinanza in questione è particolarmente interessante perché, sulla base dell'interpretazione appena esposta, la Corte ha sancito la nullità della cessione di un credito vantato da un assicurato nei confronti della sua assicurazione all'avvocato, contestuale al rilascio della procura *ad litem* per esperire l'azione di recupero del credito medesimo. A sostegno della decisione si è addotta la *ratio* dell'art. 1261 c.c., che sarebbe quella di impedire la speculazione sulle liti da parte dei soggetti che sono in qualche modo coinvolti in esse.

²¹ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

²² A titolo di esempio, si può citare la clausola contenuta al § 8a del contratto modello Roland 2018: «Roland has taken on the legal costs risks as it is represented to Roland at the time of entering into this agreement. In the event that new circumstances come to light or are brought to Roland's attention for the first time, and as a result of such circumstances the prospect of success are lower than at the time of entering into this agreement, Roland shall be entitled to terminate this agreement without notice and to cease any further funding of

In un contratto di finanziamento italiano il **diritto di recesso** potrebbe spettare al **finanziatore** solo se fosse presente un'**espressa pattuizione** in tal senso (art. 1373 c.c.).

Una simile clausola rischierebbe però di essere qualificata in sede giudiziale come **abusiva** quando parte del contratto di finanziamento è un consumatore. Un indizio in tal senso proviene dalla giurisprudenza in tema di assicurazione, ove si reputa nulla, anche ove pattuita a favore di entrambe le parti, la clausola – che presenta una significativa analogia con quella in esame – in cui si prevede il diritto di recesso dopo il verificarsi di uno dei sinistri contemplati nel contratto.

A questo rischio si aggiunge la possibilità che la clausola, pur reputata in linea di principio valida, venga dichiarata inefficace quando nel caso concreto invocarla sarebbe contrario a buona fede.

Ove le parti decidano comunque di inserire nel contratto la clausola in esame, risulterà particolarmente importante che disciplinino gli effetti del recesso²³. Al riguardo, il **codice civile** detta due regole di *default*: 1) nei con-

the litigation. Roland shall further be entitled to terminate part of this agreement as a consequence of which Roland shall continue to fund only part of the claims». Roland's right to terminate arises in the following non-exhaustive list of circumstances: Decision of a court or official body which rejects the Claims either in part or in whole; New jurisprudence at appeal court level which has a negative impact on the likely outcome of the claims; Deterioration or loss of evidence; Impecuniosity of opponent; Direction of the court under paragraph 130 of the German civil procedure rules (ZPO) which contains indications which lower the prospects of success. In any event, Roland shall be entitled to terminate this agreement in whole or in part at the conclusion of proceedings at each instance and to cease funding from that point onwards». Si veda sul punto quanto previsto dal codice recentemente emanato dal Dipartimento di Giustizia dello Stato di Hong Kong: *Arbitration Ordinance* (Chapter 609), G.N. 9048, Notice under Section 98P, del 7 dicembre 2018, intitolata *Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration*. Al paragrafo 2.13 del codice si legge che il contratto di finanziamento deve stabilire se e con quali modalità il finanziatore è legittimato a recedere dal contratto o risolverlo nel caso in cui: 1) ragionevolmente non sia più soddisfatto del merito dell'arbitrato; 2) ragionevolmente ritenga che si sia verificato un mutamento sostanziale delle probabilità di esito favorevole della lite o di recupero delle spese; 3) ragionevolmente ritenga che il finanziato abbia commesso un inadempimento essenziale del contratto. Il codice specifica poi, al paragrafo 2.14, che il contratto di finanziamento non può prevedere, al di fuori dei casi appena elencati, un diritto di recesso *ad nutum* del finanziatore.

²³ Per esempio, al § 8b del contratto modello Roland 2018 è stata prevista una clausola sugli effetti del recesso del seguente tenore letterale: «In the event of termination of this agreement by Roland, Roland shall pay the costs incurred to the date of termination and which apply to discontinue the claims or part of the claims immediately and most cost-effectively. The claimant shall be entitled to continue with the proceedings to pursue the claims at its

tratti ad esecuzione istantanea, il recesso non può essere esercitato quando il contratto abbia avuto un principio di esecuzione (art. 1373.1 c.c.), ma il contratto in oggetto non può dirsi ad esecuzione *stricto sensu* “istantanea” o per lo meno non ad esecuzione “interamente istantanea”, né maturerà l’interesse a recedere prima ancora che il contratto abbia incontrato un principio d’esecuzione; 2) nei contratti ad esecuzione continuata o periodica il recesso può essere esercitato in ogni tempo ma non opera retroattivamente, bensì solo per il futuro, quindi non obbliga le parti a restituire quanto già prestato (art. 1373.2 c.c.).

Al fine di coordinare le regole sopraddette con il fatto che l’obbligazione principale del finanziato – cioè la corresponsione al finanziatore di una percentuale sull’esito della lite – è ad esecuzione istantanea, mentre quella del finanziatore è ad esecuzione continuata – egli infatti deve tenere indenne il finanziato per tutta la durata della lite –, occorre distinguere tra due eventualità.

Se il recesso avviene prima che il finanziatore percepisca il premio, questi deve farsi carico dei costi del processo maturati sino a quel momento e non può percepire alcunché in caso di vittoria del finanziato in giudizio. Molti contratti prevedono tuttavia che, qualora la domanda venga accolta dopo il recesso, il finanziato debba rimborsare al finanziatore i costi anticipati.

Se invece il recesso avviene dopo che il finanziatore ha percepito il premio, questi deve farsi carico dei costi del processo maturati sino a quel momento, ma trattiene il premio incassato.

2.4) Il finanziato può recedere dal contratto di finanziamento?²⁴

Anche se l’obbligazione principale del finanziato – cioè quella di corrispondere al finanziatore una percentuale sull’esito vittorioso della lite – è ad esecuzione istantanea, il finanziamento della lite può considerarsi complessivamente come un **contratto di durata**. Infatti, il rapporto tra le parti si protrae fino al momento in cui la controversia ha fine. La prestazione cui è tenuto il finanziatore è ad esecuzione continuata, in quanto egli è tenuto per tutta la vigenza del contratto a tenere indenne il finanziato dalle spese che incontra

own costs. In the event that the claimant succeeds, the claimant shall reimburse Roland only for actual costs incurred by Roland. Roland shall not be entitled to a share of the proceeds. Roland shall release or return such securities as have been provided to Roland once Roland has no further interest in or reason to require a security».

²⁴ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

e sono ad esecuzione periodica gli obblighi informativi circa il progressivo andamento della lite che gravano su quest'ultimo. Qui però il contratto ha un termine finale ben preciso, che coincide con l'esito della lite, dunque al finanziato può spettare un **diritto di recesso** soltanto in virtù di una **previsione espressa delle parti**. Onde evitare controversie sul punto, è preferibile che tale previsione specifichi i presupposti in presenza dei quali il diritto sorge, le modalità di esercizio e le conseguenze per ciascuna delle parti²⁵.

²⁵ Cfr. il § 10 del contratto modello Roland 2018: «Termination by Claimant. The claimant shall only be entitled to terminate this agreement for good cause. The parties agree that improved prospects of success in relation to the claims or an improvement in the claimant's financial standing are not good causes. Death of the claimant shall not result in a termination of this agreement. All rights and obligations under this agreement shall pass to the claimant's personal representatives». Pare interessante notare che il citato codice di condotta di Hong Kong impone la previsione nel contratto di finanziamento del diritto in capo al finanziato di risolvere il contratto, ma con espresso riferimento solo al caso in cui il finanziato ragionevolmente ritenga che il finanziatore abbia commesso un inadempimento essenziale del codice o del contratto di finanziamento (par. 2.16).

SEZIONE III

LA FIGURA DEL FINANZIATORE

3.1) Com'è qualificabile l'attività del finanziatore?²⁶

La qualificazione dell'attività del finanziatore **dipende dalla qualificazione del contratto di finanziamento** (su cui cfr. il quesito 2.1). Se il contratto è qualificato come **mutuo**, allora il finanziatore svolgerà una **normale attività creditizia**, con conseguente applicazione della relativa disciplina (bancaria, se mutuante è una banca); se il contratto dovesse invece qualificarsi come **assicurazione**, allora il finanziatore dovrebbe necessariamente svolgere **attività assicurativa** e sarebbe soggetto a tutte le regole cui soggiacciono le imprese di assicurazione (ma tale qualificazione, invalsa nei sistemi di *common law*, pare meno immediatamente praticabile nel nostro ordinamento). Ove infine il contratto in questione non rientrasse in nessuno dei suddetti tipi, ma fosse strutturato come **tipo a sé stante**, in assenza di un intervento da parte del legislatore, la disciplina dell'attività del finanziatore sarebbe rimessa alle **pattuizioni delle parti**. Le eventuali lacune del regolamento contrattuale potranno essere colmate applicando, di volta in volta con riguardo a singoli profili, le norme previste per i contratti tipici più affini; ma tra queste norme sembrano potersi includere soltanto quelle che disciplinano il rapporto, non quelle che impongono alle parti di possedere determinate qualità.

3.2) A quali autorizzazioni / regole / responsabilità è soggetto?²⁷

Come si è detto, l'individuazione della disciplina cui il finanziatore è soggetto **dipende dalla qualificazione del contratto di finanziamento** (cfr. quesito 3.1.). In assenza di regole *ad hoc*, ove il contratto non sia qualificabile né in termini di mutuo né in termini di assicurazione e il finanziatore sia una società di capitali – evenienza plausibile attesa l'attività esercitata –, si applicheranno le norme proprie del tipo di società coinvolto nell'operazione. In linea di principio, come insegna l'esperienza anglo-americana, il finan-

²⁶ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

²⁷ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

ziatore sarà dotato di un organo amministrativo e di un organo di controllo, potrà avere un oggetto sociale più ampio rispetto alla sola attività di finanziamento, potrà ricavare utili anche dall'emissione di strumenti finanziari, detenere quote di partecipazione nelle società del finanziato e sollecitare investimenti sulle liti da parte di investitori istituzionali.

3.3) Un ente senza scopo di lucro può essere finanziatore?²⁸

In assenza di una disciplina specifica sul punto che prescriva determinati requisiti quali un capitale minimo o l'iscrizione ad albi speciali, si può affermare che, in linea di principio, possano assumere la qualifica di finanziatore **anche gli enti senza scopo di lucro e le persone fisiche** (anche se l'evenienza non è plausibile, attesa la capitalizzazione medio-alta che questo genere d'attività normalmente comporta)²⁹. Con riguardo ai primi, infatti, non vige il divieto di realizzare utili, ma soltanto quello di distribuirli tra gli aderenti, mentre con riguardo alle persone fisiche non vi è alcuna norma imperativa o ragione di ordine pubblico che osti all'operazione. Del resto, dall'analisi dell'evoluzione del finanziamento della lite nei paesi in cui si è

²⁸ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

²⁹ Cfr. il Codice di condotta dei finanziatori di Inghilterra e Galles: «[The Funder will] 9.4.1.2. undertake to cover aggregate funding liabilities under all of their LFAs for a minimum period of 36 months; maintain access to a minimum of £5 m of capital or such other amount as stipulated by the Association; accept a continuous disclosure obligation in respect of its capital adequacy, including a specific obligation to notify timeously the Association and the Funded Party if the Funder reasonably believes that its representations in respect of capital adequacy under the Code are no longer valid because of changed circumstances; undertake that it will be audited annually by a recognised national or international audit firm and shall provide the Association with: 9.4.4.1. a copy of the audit opinion given by the audit firm on the Funder's or Funder's Subsidiary's most recent annual financial statements (but not the underlying financial statements), or in the case of Funders who are investment advisors to an Associated Entity, the audit opinion given by the audit firm in respect of the Associated Entity (but not the underlying financial statements), within one month of receipt of the opinion and in any case within six months of each fiscal year end. If the audit opinion provided is qualified (except as to any emphasis of matters relating to the uncertainty of valuing relevant litigation funding investments) or expresses any question as to the ability of the firm to continue as a going concern, the Association shall be entitled to enquire further into the qualification expressed and take any further action it deems appropriate; and 9.4.1.1. to pay all debts when they become due and payable; and 9.4.4.2. reasonable evidence from a qualified third party (preferably from an auditor, but alternatively from a third party administrator or bank) that the Funder or Funder's Subsidiary

sviluppato emerge che, almeno in una prima fase, il ruolo del finanziatore era assunto da singoli avvocati o studi legali e solo in una seconda fase sono subentrate le grandi società.

Naturalmente, dalla natura dell'ente dipenderanno una serie di caratteristiche del finanziamento. Risulta evidente che le società per azioni, soprattutto ove quotate in borsa, presentano per struttura e *governance* caratteristiche peculiari rispetto ad altri enti e agli studi legali. Per esse il contratto di finanziamento s'inserisce nel quadro di una più ampia operazione d'investimento (cfr. quesito 3.2), la quale vede i finanziatori come veri e propri "collettori di liti", liti che, in quest'ottica, possono diventare oggetto di cessione in blocco ad altri enti, con modalità analoghe a quelle del *factoring*.

or Associated Entity satisfies the minimum capital requirement prevailing at the time of annual subscription. 9.5 comply with the Rules of the Association as to capital adequacy as amended from time to time».

SEZIONE IV

LA FASE PRECONTRATTUALE DI VALUTAZIONE DELLA CONTROVERSIA DA PARTE DEL FINANZIATORE

4.1) In che modo il finanziatore valuta se la controversia è finanziabile?³⁰

I finanziatori sono in genere soggetti che investono **capitale di rischio**. La scelta di finanziare o meno una lite, quindi, dipende essenzialmente dal **ri-torno atteso** dell'investimento.

I **fattori** che incidono sull'attrattività di una lite sono numerosi.

- Il valore della controversia: sono più facilmente finanziate le liti di valore elevato.
- Le prospettive di successo della parte finanziata: l'esito della lite deve essere agevolmente prevedibile e la domanda deve apparire probabilmente fondata.
- Il costo del processo: le spese da affrontare devono essere agevolmente prevedibili. La lite, inoltre, risulta tanto più appetibile quanto più i costi da affrontare nel corso del giudizio appaiono contenuti.
- La durata prevedibile del processo, ivi compresa l'eventuale fase di esecuzione forzata della decisione: l'attesa necessaria al finanziatore per ottenere il corrispettivo incide sulla proficuità dell'investimento.
- La solvibilità della controparte: poiché il corrispettivo per il finanziatore è rappresentato da una percentuale di quanto ottenuto dalla parte finanziata, le liti da intentare contro soggetti scarsamente solvibili vengono scartate.

4.2) Quali informazioni vanno trasmesse al finanziatore?³¹

Nel corso delle **trattative**, le richieste di informazioni e documentazione da parte del finanziatore sono in genere molto penetranti.

Il finanziato, qualora taccia informazioni rilevanti o ne fornisca alcune consapevolmente inesatte, incorre in responsabilità precontrattuale.

³⁰ M. LUPANO.

³¹ M. LUPANO.

I **contratti di finanziamento**, inoltre, contengono in genere dichiarazioni del finanziato, il quale attesta di aver fornito tutte le informazioni utili per valutare la finanziabilità della lite, ed in particolare, ad esempio:

- di aver fornito al finanziatore tutta la documentazione rilevante;
- di non avere in corso con la controparte altre controversie che possano incidere sulla lite finanziata (v. quesiti 5.4 – 5.6);
- di non essere a conoscenza di informazioni alla luce delle quali si potrebbe dubitare della solvibilità della controparte (v. quesito 4.1).

Qualora tali dichiarazioni non siano veritiere, il contratto potrebbe essere risolto ed il finanziato condannato al risarcimento dei danni patiti dal finanziatore.

4.3) È opportuno che l'aspirante finanziato si faccia assistere, in questa fase, dal proprio avvocato di fiducia?³²

È opportuno che l'aspirante finanziato si faccia **assistere da un avvocato** durante le trattative tese a concludere un accordo di finanziamento della lite. Tale contratto, infatti, è molto complesso sul piano tecnico-giuridico, pertanto, per negoziarne le condizioni, è indispensabile possedere competenze adeguate.

L'aspirante finanziato non deve necessariamente farsi assistere dal medesimo avvocato nella trattativa volta a stipulare il contratto di finanziamento della lite e nel giudizio contro il proprio avversario. Il mandato può essere affidato anche a **professionisti differenti** e, anzi, è opportuno che ciò avvenga quando il futuro difensore è consapevole di non conoscere a sufficienza le dinamiche del contratto di finanziamento della lite.

4.4) L'avvocato che assiste la parte nella conclusione di un contratto di finanziamento può essere suo difensore davanti al giudice o all'arbitro?³³

L'avvocato che assiste la parte (il finanziato) nella conclusione di un contratto di finanziamento ha come controparte, fino alla conclusione di detto contratto, il finanziatore.

Concluso il contratto di finanziamento, l'avvocato diviene professionista di fiducia per affrontare la causa tanto del finanziatore (cliente) quanto del fi-

³² M. LUPANO.

³³ M. ROSSOMANDO.

nanziato (parte assistita).

Pertanto, in realtà, vi è da chiedersi se l'avvocato che verrà poi remunerato dal finanziatore (cliente) possa nella conclusione di un contratto assistere la parte avendo come contraltare appunto un soggetto che in seguito pagherà il compenso dell'avvocato; per evitare il conflitto di interessi in questa fase, **l'avvocato dovrebbe forse preannunciare che, concluso il contratto di finanziamento, non potrà accettare il patrocinio nella causa** e di avere così come cliente il finanziatore.

Per la difesa nella causa invece, e dunque per il secondo mandato eventualmente accettato dall'avvocato una volta esaurito il primo, in astratto non sembra che ciò possa essere ostacolato dal fatto che, fino alla conclusione del contratto di finanziamento, l'avvocato abbia avuto come controparte contrattuale proprio il finanziatore che ora diviene cliente, posto che l'avvocato svolge ora la propria attività di causa nell'interesse di entrambi o meglio non in conflitto con alcuno dei due.

L'avvocato deve invece **astenersi da qualunque attività, per finanziato e finanziatore, in merito all'esecuzione del contratto di finanziamento**, posto che qui il conflitto di interesse è evidente, e se un eventuale contrasto fra finanziatore e finanziato dovesse mettere in discussione l'armonia del rapporto fra avvocato da un lato e finanziatore (cliente) e finanziato (parte assistita) dall'altro lato, avrebbe il dovere di valutare se permangano le condizioni per il mantenimento dell'incarico in causa.

4.5) Per l'assistenza nella fase delle trattative e per la successiva azione legale possono essere scelti avvocati appartenenti al medesimo studio?³⁴

Ai sensi dell'art. 24 n. 5 del Codice Deontologico Forense «Il dovere di astensione sussiste anche se le parti aventi interessi confliggenti si rivolgono ad avvocati che siano partecipi di una stessa società di avvocati o associazione professionale o che esercitino negli stessi locali e collaborino professionalmente in maniera non occasionale». Le **considerazioni di cui al punto che precede** devono dunque valere **anche** quando per l'**assistenza nella fase delle trattative** per la conclusione del contratto di finanziamento il finanziato si sia rivolto ad un avvocato e poi per la successiva azione legale il medesimo finanziato ed il finanziatore si siano rivolti ad altro avvocato appartenente al medesimo studio legale del primo.

³⁴ M. ROSSOMANDO.

SEZIONE V

CONTENUTI DEL CONTRATTO DI FINANZIAMENTO DELLA LITE E OBBLIGHI DEL FINANZIATORE

5.1) Il finanziatore è tenuto a dichiarare che non si trova in conflitto di interessi con il finanziato?³⁵

Nei contratti di finanziamento anglo-americani e tedeschi è frequente la clausola con cui il finanziatore dichiara espressamente di non essere in conflitto d'interessi con il finanziato. Una simile dichiarazione si pone in linea con lo stile redazionale proprio della contrattualistica di *common law*, incline all'uso dei c.d. *recitals* o dei c.d. *acknowledgements*³⁶, in cui le parti si danno atto, unilateralmente o reciprocamente, di aver tenuto conto nella conclusione del contratto di tutta una serie di circostanze suscettibili di dare origini a future controversie³⁷.

³⁵ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

³⁶ Un esempio di tale clausole è offerto dal § 2 del modello Roland 2018, ove il regolamento contrattuale è preceduto da una serie di dichiarazioni delle parti del seguente tenore: «Representations by claimant. The claimant represents that: that it has the full right, power and authority to pursue the claims and that it has not sold, transferred, assigned or otherwise disposed of its interest in the claims; there is no agreement with a third party preventing the claimant from assigning the claims and the claimant is free to assign the claims without obtaining the consent of a third party; the claimant is not aware of any circumstances other than those listed in the recital above, which could affect the validity or enforceability of the claims. In particular, the claimant is not aware of any counterclaims which can be offset against the claim or any other rights affecting the claims; the documents which the claimant has supplied directly or via its lawyer to Roland, provide a true, accurate and complete representation of the circumstances giving rise to the claims; there is no other dispute between the claimant and the opponent, whether past, current or future, which has or could have an impact on the claims; there are no enforceable judgments against the claimant which may result in insolvency proceedings being commenced against the claimant. These representations are fundamental conditions of this contract. If these representations are incorrect or incomplete, Roland shall be entitled to claim damages and reserves all its other rights».

³⁷ Sul punto si veda quanto previsto dal citato *Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration*. In sintesi, al paragrafo 2.6. del codice si pone a carico del finanziatore l'ob-

Inserire una simile clausola in un contratto di finanziamento italiano **non sembra essere di alcuna utilità per il finanziatore**. Dalle norme in tema di rappresentanza, segnatamente dall'art. 1395 c.c., e da quelle in tema di convalida del contratto annullabile, infatti, si ricava che il contratto può essere salvato dall'annullamento solo se la parte legittimata a far valere il rimedio dichiara di essere a conoscenza della causa che vi darebbe luogo, ma di voler contrarre ugualmente. Così il contratto con se stesso è valido se l'altra parte l'ha espressamente e specificamente autorizzato (art. 1395 c.c.) e la convalida del contratto annullabile spiega i suoi effetti solo ove la parte abbia specificamente menzionato il motivo dell'invalidità e manifestato la volontà di convalida (art. 1444 c.c.). Dunque, la clausola prospettata all'inizio e la sua sottoscrizione da parte del finanziato non sarebbero sufficienti ad impedire a quest'ultimo di far valere il conflitto d'interessi.

Il problema è individuare il rimedio spettante al finanziato; e qui la clausola potrebbe spiegare una sua utilità nei termini che seguono. La disciplina del conflitto d'interessi nel codice civile è prevista, a livello generale, soltanto in tema di rappresentanza (art. 1394 c.c.). Poiché la norma prevede un limite all'autonomia contrattuale e attiene ad una materia inderogabile, quale l'invalidità del contratto, dovrebbe essere considerata insuscettibile d'interpretazione estensiva o analogica, salvo a voler ritenere che sia espressione di un principio generale. Se così è, poiché la situazione di conflitto d'interessi

bligo di: 1) porre in essere, per tutta la durata del rapporto di finanziamento, procedure effettive per la gestione di qualsiasi conflitto d'interessi che possa sorgere in relazione alle attività contemplate nel contratto; 2) seguire le procedure elencate al paragrafo successivo; 3) astenersi dal compiere qualsiasi atto che ponga l'avvocato del finanziato in condizione di violare i suoi obblighi professionali. Quanto alle procedure richiamate dal punto 2), il paragrafo 2.7. specifica che esse si considerano messe in atto dal finanziatore quando questi è in grado di fornire prova documentale del fatto che: 1) ha effettuato una valutazione delle proprie operazioni commerciali collegate al contratto di finanziamento onde individuare e valutare potenziali conflitti d'interesse; 2) ha adottato procedure scritte per l'identificazione e la gestione dei conflitti d'interesse e le ha implementate; 3) le dette procedure scritte vengono revisionate a distanza di intervalli di tempo non superiori a dodici mesi; 4) le dette procedure scritte comprendono sistemi per: (a) monitorare le operazioni del finanziatore per identificare e valutare potenziali conflitti d'interessi; (b) rendere noti i conflitti d'interessi agli attuali e potenziali finanziati; (c) gestire le situazioni in cui gli interessi potrebbero essere in conflitto tra loro; (d) tutelare gli interessi degli attuali e potenziali finanziati; (e) affrontare situazioni in cui l'avvocato agisce sia per conto del finanziatore che per conto dell'attuale o potenziale finanziato; (f) affrontare situazioni in cui pre-esiste un rapporto tra uno qualsiasi dei finanziatori, un avvocato e un finanziato (o potenziale finanziato); (g) revisionare le condizioni del contratto di finanziamento onde assicurarne la conformità al codice; e (f) intraprendere operazioni di *marketing* nei confronti dei potenziali finanziati.

tra finanziatore e finanziato è qualificabile come tale, ma non intercorre tra rappresentante e rappresentato, è quantomeno dubbio che si possa invocare il rimedio di cui sopra. Al più il finanziato potrà invocare l'annullabilità per errore. La clausola con cui il finanziatore dichiara di non trovarsi in conflitto d'interessi, ove si riveli falsa, apre invece con certezza la strada al rimedio dell'annullamento del contratto per dolo.

Va da sé che, ove si strutturasse il contratto di finanziamento della lite come un contratto di assicurazione, si applicherebbe la disciplina prevista dall'art. 183, comma primo, del codice delle assicurazioni e dai regolamenti attuativi dell'Ivass, in particolare dall'art. 35 del regolamento n. 41 del 2 agosto 2018, per l'appunto rubricato "Conflitti di interesse nella realizzazione ed esecuzione dei contratti di assicurazione". In sostanza, graverebbe sul finanziatore il triplice l'obbligo di porre in essere tutto ciò che è ragionevolmente possibile per evitare situazioni di conflitto d'interessi, d'informare il finanziato degli eventuali esiti sfavorevoli derivanti da tali situazioni e di gestirle in maniera tale da escludere il rischio di pregiudizi.

5.2) Quali spese processuali sono sostenute dal finanziatore?³⁸

Il finanziatore, fatte salve eventuali previsioni di segno differente contenute nel contratto, deve farsi carico in prima battuta delle spese che è onere del finanziato **anticipare**.

Nel processo civile italiano questi costi comprendono in particolare: il compenso (compresi eventuali anticipi) dovuto al **difensore**, il contributo unificato, il costo di eventuali notificazioni, il costo di una eventuale **consulenza tecnica** (somme dovute al consulente d'ufficio e di parte) e, più in generale tutte le spese conseguenti agli atti che la parte finanziata compie o richiede in giudizio o sono comunque poste a suo carico dal giudice.

Spesso i contratti di finanziamento non indicano analiticamente di quali spese si fa carico il finanziatore. Questi deve pertanto accollarsi tutti i costi **necessari** per l'adeguata difesa in giudizio del finanziato.

Il finanziatore, tuttavia, non si fa carico di eventuali spese **eccessive o superflue**. Una spesa può essere considerata eccessiva o superflua ogni qual volta è possibile adottare una diversa strategia processuale che, pur assicurando identiche prospettive di successo, ha un costo inferiore. A tale proposito è opportuno ricordare che la **strategia difensiva** non viene determinata dal finanziatore, ma dal finanziato di concerto con il proprio difensore (v. quesito 6.1).

³⁸ M. LUPANO.

Al termine del processo la parte finanziata, se vince la causa, ottiene in genere la **condanna** della controparte al rimborso delle spese giudiziali. Il contratto di finanziamento della lite prevede che la somma incamerata a questo titolo venga devoluta al finanziatore, che ha effettuato le anticipazioni poc' anzi citate.

La parte finanziata, qualora risulti invece **soccombente**, verrà con ogni probabilità condannata alle spese. In tal caso il finanziatore dovrà tenerla indenne dalle pretese della controparte, facendosi carico del rimborso.

5.3) Chi paga le spese processuali se la controparte (o un terzo intervenuto nel giudizio) propone una domanda riconvenzionale?³⁹

In genere i contratti di finanziamento della lite prendono espressamente posizione al riguardo stabilendo che l'inclusione della domanda riconvenzionale proposta dalla controparte (ovvero la domanda avanzata da un terzo intervenuto in giudizio) nei confronti del finanziato tra quelle coperte dal contratto è subordinata ad apposita **approvazione** del finanziatore⁴⁰.

Considerato che le probabilità di successo del finanziato nei confronti della domanda riconvenzionale della controparte (ovvero di quella avanzata da un terzo intervenuto nel giudizio), seppure elevate, non conducono mai ad un incremento della situazione economica del finanziato (lasciandola, semmai, invariata), in linea di principio il finanziatore non avrà interesse a prestare il proprio consenso all'inclusione della domanda riconvenzionale della controparte nell'oggetto del contratto di finanziamento, poiché non può trarne profitto.

Se il contratto di finanziamento non prende espressamente posizione al riguardo, l'**esclusione** della domanda riconvenzionale dall'ambito applicativo dell'accordo si può comunque ricavare, *a contrario*, dal tenore del contratto di finanziamento: in particolare, dalla parte dell'accordo in cui si afferma che il contratto concerne (esclusivamente) la domanda che il finanziato, ossia l'attore, intende proporre nei confronti della controparte.

Il finanziato, pertanto, deve essere consapevole che potrebbe essere esposto al rischio di dover **sostenere personalmente** i maggiori costi necessari per difendersi nei confronti della domanda riconvenzionale proposta dalla controparte (ovvero dalla domanda avanzata, nei suoi confronti, da un terzo intervenuto).

³⁹ E. D'ALESSANDRO.

⁴⁰ V. ad esempio il § 5 del contratto modello Legial del 2017.

5.4) Che contegno processuale deve tenere il finanziato a fronte di una domanda riconvenzionale avanzata dalla controparte (o da un terzo)?⁴¹

Spesso i contratti di finanziamento (in specie quelli utilizzati dai finanziatori tedeschi⁴²) prevedono che il finanziato **non possa riconoscere il diritto** posto dalla controparte o da un terzo ad oggetto di una domanda avanzata in quel medesimo giudizio, senza la preventiva approvazione del finanziatore. Tuttavia il riconoscimento del diritto, se effettuato dal finanziato, sarà pienamente efficace sul piano processuale.

Sul piano contrattuale, il contegno tenuto dal finanziato configurerà un **inadempimento** di non scarsa importanza e quindi legittimerà il finanziatore a risolvere il contratto e a domandare eventualmente il risarcimento del danno.

5.5) Chi paga le spese processuali se la controparte propone una eccezione di compensazione?⁴³

In genere il contratto di finanziamento della lite non prende espressamente posizione al riguardo, limitandosi a prendere in considerazione l'ipotesi della domanda riconvenzionale.

Poiché l'eccezione di compensazione, a differenza della domanda riconvenzionale, **non ampia l'oggetto del processo** e si tratta, dunque, di una difesa che non esorbita dall'oggetto del contratto di finanziamento, è da ritenere che le spese processuali siano a carico del finanziatore.

Si noti, però, che, solitamente, nella fase precontrattuale di studio della finanziabilità della controversia, si chiede all'aspirante finanziato di indicare se è a conoscenza di controcrediti che la controparte, in un eventuale giudizio, potrebbe porre a base di una eccezione di compensazione⁴⁴. Se, in quella fase, il finanziato omette di comunicare quanto a sua conoscenza al finanziatore, e se il contratto di finanziamento è regolato dal diritto italiano, in caso di perfezionamento del contratto di finanziamento a cui faccia seguito la effettiva proposizione dell'eccezione di compensazione, il finanziato si espone al rischio di una richiesta di **risarcimento del danno** per non avere agito secondo buona fede nelle trattative (art. 1337 c.c.).

⁴¹ E. D'ALESSANDRO.

⁴² V., ad esempio, il § 3.3. del contratto modello Roland 2018.

⁴³ E. D'ALESSANDRO.

⁴⁴ V. il § 1.2 del contratto-modello Legial 2014 per il quale «der Anspruchsinhaber

5.6) Che contegno processuale deve tenere il finanziato a fronte della proposizione di una eccezione di compensazione?⁴⁵

Sovente i contratti di finanziamento (in specie quelli utilizzati dai finanziatori tedeschi) prevedono che il finanziato **non possa riconoscere** il controcredito posto dalla controparte a base di una eccezione di compensazione⁴⁶. Tuttavia, il riconoscimento del controcredito, se effettuato, sarà pienamente efficace sul piano processuale e sostanziale, giustificando l'accoglimento nel merito dell'eccezione di compensazione e causando la reciproca estinzione soddisfattiva (a seconda dei casi totale o parziale) di credito e controcredito. Sul piano contrattuale, ossia nei rapporti tra finanziato e finanziatore, il contegno tenuto dal finanziato configurerà un **inadempimento** di non scarsa importanza e quindi legittimerà il finanziatore a risolvere il contratto e a domandare eventualmente il risarcimento del danno.

5.7) Il finanziatore è obbligato a finanziare la controversia per tutti i suoi eventuali gradi di giudizio?⁴⁷

In genere il **contratto** di finanziamento della lite prende espressamente posizione al riguardo:

- A) stabilendo che l'accordo ha ad **oggetto** esclusivamente il finanziamento di un singolo grado di giudizio;
- B) oppure, o in aggiunta, consentendo al finanziatore di **recedere** dal contratto al verificarsi di determinate condizioni, quali: la pronuncia di una sentenza sfavorevole al finanziato; il mutamento delle norme applicabili alla controversia o della giurisprudenza rilevante per la decisione

versichert, dass ihm keine Tatsachen bekannt sind, die Rechtswirksamkeit oder Durchsetzbarkeit der Streitigen Ansprüche entgegenstehen könnten, insbesondere aufrechenbare Gegenforderungen, Zurückbehaltungs- oder sonstige Gegenrechte, soweit sie in den „Angaben zur Prüfung einer Prozessfinanzierung“ nicht Ausdrücklich aufgeführt sind». A ciò si aggiunga che in tema di partecipazione percentuale al ricavato il § 5.1 del contratto-modello Legial 2014, prevede che «werden die Anspruchsinhaber aufgrund der finanzierten Rechtsdurchsetzung von einer Verbindlichkeit befreit, z.B. durch wirksame Aufrechnung, Verrechnung oder erfolgreiche Widerklage des Klagegegners, so ist der Nominalbetrag der Verbindlichkeit, von der sie befreit werden, dem Erlös zuzurechnen».

⁴⁵ E. D'ALESSANDRO.

⁴⁶ V. il § 5f del contratto modello Roland 2018, nonché il § 5 del contratto modello Legial 2017.

⁴⁷ M. LUPANO.

del caso concreto, tale da ridurre le prospettive di successo della lite; il peggioramento delle condizioni economiche della controparte. Il recesso è previsto con una certa frequenza nei modelli di contratto proposti dagli enti finanziatori tedeschi.

È opportuno che le condizioni del recesso siano attentamente definite, al fine di evitare incertezze interpretative che potrebbero dar luogo ad una controversia tra finanziatore e finanziato. L'accordo, ad esempio, alla luce delle caratteristiche del sistema giudiziario italiano, potrebbe specificare che il mutamento di giurisprudenza che legittima il recesso è solo quello provocato dall'intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione.

In luogo del recesso, volendo conferire maggiore stabilità al contratto, le parti potrebbero prevedere, al verificarsi di determinate circostanze, un obbligo di rinegoziazione delle condizioni del finanziamento, quali ad esempio un aumento della percentuale spettante al finanziatore.

Alcune tra le condizioni appena citate potrebbero verificarsi anche anteriormente alla conclusione del primo grado di giudizio. Si pensi al peggioramento delle condizioni economiche della controparte, che potrebbe indurre il finanziatore a recedere immediatamente, nel timore che, quand'anche la domanda fosse accolta, la scarsa solvibilità della controparte renda di fatto impossibile o troppo difficile percepire il premio concordato.

Il finanziato deve valutare attentamente in che modo queste pattuizioni incidono sugli equilibri contrattuali, in particolare deve chiedersi se dispone dei mezzi sufficienti a portare a termine il contenzioso in caso di recesso del finanziatore a lite pendente.

Se invece il contratto ha ad oggetto, genericamente, la lite e **non prevede** alcuna facoltà di recesso alla fine di ciascun grado, il finanziatore, in base alla legge italiana, è tenuto a finanziare la controversia in tutti i suoi gradi, salvo che si verifichi una delle cause previste dalla legge per la risoluzione del contratto (v. quesito 2.3). La regola, tuttavia, potrebbe essere differente qualora il contratto sia soggetto ad una legge sostanziale diversa da quella italiana.

5.8) Cosa accade se una sentenza favorevole al finanziato viene riformata?⁴⁸

Se la sentenza favorevole al finanziato viene **riformata** dal giudice superiore, che respinge la domanda del finanziato, e il **contratto di finanziamento** è ancora **in corso**:

- - la controparte può richiedere al finanziato la **restituzione** di **tutto** quanto

⁴⁸ M. LUPANO.

abbia eventualmente versato in esecuzione della sentenza impugnata, ivi compreso il premio incassato dal finanziatore;

- - il finanziatore deve restituire al finanziato il **premio** percepito.

La sentenza favorevole potrebbe altresì essere riformata quando **il contratto di finanziamento ha avuto termine**, ad esempio perché il finanziatore si è avvalso della facoltà di recedere o perché il contratto aveva ad oggetto il finanziamento di un singolo grado di giudizio.

È opportuno che le parti regolino espressamente questa eventualità. Nel silenzio del contratto, infatti, la controparte può certamente richiedere al finanziato la **restituzione di tutto** quanto abbia eventualmente versato in esecuzione della sentenza impugnata, ivi compreso il premio incassato dal finanziatore, ma sembra da escludere che il finanziato possa chiedere al finanziatore la restituzione del premio percepito.

5.9) Se, nel corso del processo, il giudice civile dispone il pagamento di una cauzione a carico del finanziato, chi è tenuto a pagarla? Può essere disposta la *security for costs*?⁴⁹

In primo luogo è opportuno ricordare che nell'ordinamento italiano il giudice non può ordinare il versamento di una cauzione a garanzia del pagamento delle spese processuali (*security for costs*). La Corte costituzionale infatti ha dichiarato illegittimo l'art. 98 c.p.c., che prevedeva tale istituto a vantaggio della parte convenuta, con sentenza 29 novembre 1960, n. 67.

Ciò precisato, spesso i contratti di finanziamento (in specie quelli utilizzati dai finanziatori tedeschi) prevedono che, qualora il giudice disponga il pagamento di una **cauzione** – che in Italia **non** può essere la *security for costs* – questa rimanga a carico del finanziato, a meno che la sua imposizione non sia stata causata dalla condotta del finanziatore.

Potrebbe, però, accadere che il finanziatore, al momento della conclusione del contratto di finanziamento, assuma incondizionatamente l'obbligo di pagare eventuali cauzioni imposte dal giudice al finanziato. Se il contratto di finanziamento invece nulla prevede, l'obbligo di pagare la cauzione sembrerebbe da porsi a carico del **finanziato**, in quanto formale destinatario dell'obbligo imposto dall'autorità giurisdizionale.

⁴⁹ E. D'ALESSANDRO.

SEZIONE VI

CONTENUTI DEL CONTRATTO DI FINANZIAMENTO DELLA LITE E OBBLIGHI DEL FINANZIATO

6.1) Il finanziato può scegliere l'avvocato che lo rappresenterà in giudizio? Può cambiarlo in corso di causa? ⁵⁰

È comune che il finanziatore suggerisca al finanziato una determinata rosa di legali tra i quali scegliere l'avvocato che lo rappresenterà in giudizio. Spetta tuttavia al soggetto finanziato la **designazione di un legale** che riscuota la sua **fiducia** e tuteli i suoi interessi, non necessariamente coincidenti con quelli del finanziatore.

Sovente i contratti di finanziamento della lite prevedono che il legale designato dal soggetto finanziato possa interagire e collaborare con il finanziatore⁵¹ (ad esempio a mezzo di colloqui, telefonate e corrispondenza) verso la corresponsione di un compenso ulteriore⁵².

⁵⁰ I. GAMBIOLI.

⁵¹ In questa cornice è da segnalare che non mancano legislazioni come il codice di Hong Kong sul finanziamento della lite in arbitrato, in vigore dal 1 febbraio 2019, per il quale v. par. 2.9, punti 1 e 2, anche in chiave di bilanciamento dei poteri del *funder*, l'accordo di finanziamento deve stabilire chiaramente che «the third party funder will not seek to influence the funded party or the funded party's legal representative to give control or conduct of the arbitration or mediation to the third party funder except to the extent permitted by law; and the third party funder will not take any steps that cause or are likely to cause the funded party's legal representative to act in breach of professional duties».

⁵² V. il § 4.b. 2 del contratto-modello Roland 2018 e il § 3.4, contratto-modello Legial 2014. Il § 4.b.2 del contratto Roland 2018 preso in considerazione è rubricato "Zusätzliche "ProFi-Gebühr" bis 1,0 RVG" e si riferisce ai rapporti intercorrenti tra il finanziatore e l'avvocato del soggetto titolare del diritto controverso. In virtù di tale interazione col finanziatore il legale può incorrere in spese aggiuntive soggette a rimborso. In particolare, è specificato che «für den Rechtsanwalt des Anspruchsinhabers verursacht die Zusammenarbeit mit Roland einen zusätzlichen Aufwand. Roland zahlt in den Fällen, in denen das RVG Anwendung findet, neben den Kosten des Rechtsstreits einmalig eine zusätzliche 1,0 Gebühr (ProFi-Gebühr), falls der Anspruchsinhaber eine solche Gebühr bei Abschluss des Finanzierungsvertrags mit dem Anwalt vereinbart hat und diese Vereinbarung Roland bei Vertragsschluss vorliegt». Sullo stesso tema si esprime il § 3.4 del contratto-modello Legial 2014, per cui «für den

Il difensore può essere cambiato in corso di causa. Le parti del contratto di finanziamento della lite possono stabilire che il finanziato sia onerato di comunicare la sostituzione al finanziatore. Il soggetto finanziato resta tenuto ad informare l'avvocato, al quale intende conferire nuovo mandato o rilasciare procura alle liti, dell'esistenza del contratto e degli obblighi da esso scaturenti.

6.2) Quali informazioni relative alla causa in corso devono essere trasmesse al finanziatore? Con quale frequenza?⁵³

In genere il contratto di finanziamento prende posizione al riguardo, prevedendo per il finanziato l'obbligo di **informare** il finanziatore sull'**andamento del processo**⁵⁴ ed in relazione alle **circostanze significative** per il contratto di finanziamento⁵⁵.

In particolare, anche in mancanza di espressa richiesta da parte del finanziatore, il soggetto finanziato è tenuto alla trasmissione senza indugio di **atti e/o provvedimenti** del giudice, nonché di tutti gli **scritti difensivi**, sia propri che di controparte, provvisti di ogni rispettivo **allegato**. Al finanziato, inoltre, spetta comunicare al finanziatore eventuali **proposte transattive e/o tentativi di conciliazione** condotti dall'organo giudicante⁵⁶. Sul punto v.

dem Rechtsanwalt des Anspruchsinhabers durch die Einschaltung der Legial entstandenen zusätzlichen Aufwand erstattet die Legial dem Anspruchsinhaber einmalig für den Rechtsstreit eine gesonderte 1,0 Gebühr gemäß RVG (bezogen auf den Streitwert des von der Legial finanzierten Prozesses), sofern der Anspruchsinhaber mit seinem Rechtsanwalt eine entsprechende Gebühr schriftlich vereinbart hat».

⁵³ I. GAMBIOLO.

⁵⁴ Alcuni contratti prevedono che il finanziatore sia informato sull'andamento del processo anche a mezzo dell'avvocato designato dal soggetto finanziato. V., in particolare, il § 3g del contratto-modello Roland 2018, in base al quale «der Anspruchsinhaber wird über seinen Rechtsanwalt Roland laufend und unverzüglich über den Gang des Verfahrens informiert halten und Roland unaufgefordert alle Prozessunterlagen zusenden».

⁵⁵ V. il § 7.3a del contratto-modello Legial 2014, per il quale «der Anspruchsinhaber ist verpflichtet, die Legial – bei neuen Erkenntnissen auch fortlaufend – unaufgefordert und unverzüglich über sämtliche Umstände zu informieren, die für die Beurteilung und/oder Durchsetzung der streitigen Ansprüche von Bedeutung sind».

⁵⁶ V. il § 7.3b del contratto-modello Legial 2014, per il quale «der Anspruchsinhaber stellt der Legial sämtliche ihm im Zusammenhang mit den Streitigen Ansprüchen zugänglichen Dokumente zur Verfügung, insbesondere sämtliche Schriftsätze nebst Anlagen, jegliche Verfügungen und Hinweise des Gerichts, alle Vergleichsangebote der Gegenseite und Vergleichsvorschläge des Gerichts».

anche i quesiti 8.4 e 8.5.

Tra le circostanze significative ai fini del contratto di finanziamento vi sono: **fattispecie modificative o estintive** della situazione giuridica dedotta in causa; circostanze di fatto o di diritto capaci di rendere più basse le prospettive di successo della lite o che comportano il deterioramento o la perdita di mezzi di prova; circostanze suscettibili di incidere sull'ammontare dei costi del processo; circostanze indicative del peggioramento della condizione economica della controparte⁵⁷.

Alcuni contratti di finanziamento, oltre a imporre al finanziato questi obblighi informativi, richiedono anche che egli **esoneri** il proprio avvocato **dall'obbligo di riservatezza** nei confronti del finanziatore, in modo che quest'ultimo possa liberamente e direttamente interloquire con il difensore⁵⁸. Questa clausola è ammessa anche nel nostro ordinamento, tuttavia il difensore è esonerato dall'obbligo di riservatezza solo qualora il finanziato gli dia indicazioni in tal senso. Ove queste ultime non vengano fornite, il finanziato sarà ritenuto inadempiente al contratto.

6.3) Le comunicazioni tra finanziato e finanziatore sono coperte da riservatezza?⁵⁹

In assenza di una clausola di riservatezza, pattuizione sempre presente nei

⁵⁷ Taluni contratti (cfr. contratto-modello Roland 2018, § 9) ammettono che al sopraggiungere di circostanze capaci di condurre ad una diversa valutazione del rischio processuale il finanziatore possa sciogliere anticipatamente il vincolo.

⁵⁸ In area tedesca vi sono modelli contrattuali per i quali in relazione alla causa finanziata il titolare del diritto controverso è tenuto ad esonerare il suo avvocato dall'obbligo del segreto professionale nei confronti del finanziatore (tra gli altri v. anche il § 3.f del contratto-modello Roland 2018, per cui «Bezüglich des finanzierten Prozesses einschließlich dessen Vorgeschichte entbindet der Anspruchsinhaber seinen Rechtsanwalt hiermit gegenüber Roland vollständig von der Schweigepflicht»). Il codice di condotta dei finanziatori di Inghilterra e Galles, all'art. 9, prevede quanto segue: «The Funder will: take reasonable steps to ensure that the Funded Party shall have received independent advice on the terms of the LFA prior to its execution, which obligation shall be satisfied if the Funded Party confirms in writing to the Funder that the Funded Party has taken advice from the solicitor or barrister instructed in the dispute; 9.2 not take any steps that cause or are likely to cause the Funded Party's solicitor or barrister to act in breach of their professional duties; 9.3 not seek to influence the Funded Party's solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder».

⁵⁹ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO.

modelli contrattuali anglo-americani⁶⁰, e di un codice deontologico⁶¹ che ne imponga il rispetto al finanziatore⁶², come avviene per l'avvocato nel rapporto con il cliente⁶³, l'obbligo in questione potrebbe essere affermato, al più, **tramite l'integrazione del contratto secondo buona fede**. In tal caso la violazione dell'obbligo da parte del finanziatore farà sorgere in capo a questo una responsabilità contrattuale. Vista la quantità e la complessità delle informazioni che il finanziato comunica o è tenuto a comunicare al finanziatore, pare comunque opportuno che le parti prevedano espressamente quali dati sono coperti dall'obbligo ed eventualmente come questo obbligo si coordini con gli obblighi informativi che il finanziatore-società dovesse avere nei confronti dei propri soci azionisti (cfr. quesito 3.2).

Naturalmente, al di là dei profili appena illustrati, si porrà il problema di conformare il contratto di finanziamento della lite alla nuova disciplina introdotta dal Regolamento UE 2016/679, noto come GDPR (*General Data Protection Regulation*), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali.

⁶⁰ Cfr. il § 11 del contratto modello Roland 2018: «Confidentiality. The parties shall keep the fact and the content of this agreement confidential. Where disclosure of the agreement is deemed to be useful, the parties shall use their reasonable endeavours to reach agreement as to this fact. If the parties fail to reach such agreement, the duty of confidentiality shall continue. Roland's right to disclose the assignment of the claims in accordance with paragraph 7 d) shall not be affected by this clause 11».

⁶¹ Il dovere di segretezza e riserbo previsto dal Codice Deontologico Forense (art. 13) riguarda non il finanziatore ma l'avvocato che «è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali».

⁶² Il codice di condotta dei finanziatori di Inghilterra e Galles prevede sul punto, all'art. 7, quanto segue: «A funder will observe the confidentiality of all information and documentation relating to the dispute to the extent that the law permits, and subject to the terms of any confidentiality or non-disclosure agreement agreed between the funder and the funded party. For the avoidance of doubt, the funder is responsible for the purposes of this Code for preserving confidentiality on behalf of any funder's subsidiary or associated entity».

⁶³ Si veda però la clausola inserita nel contratto Roland 2018, al § 2 f, in cui il cliente si obbliga espressamente nei confronti del finanziato a sollevare l'avvocato dagli obblighi di riservatezza nelle comunicazioni con il finanziatore: «Duty to release lawyer from duties of confidentiality. The claimant hereby releases its lawyer from any duties of confidentiality as concerns communication and disclosure between the lawyer and Roland of information relating to the claims and any previous history relating to the claims».

6.4) Il finanziato è tenuto ad acconsentire alla richiesta del finanziatore di visionare il fascicolo di causa ed estrarre copia dei relativi atti?⁶⁴

Il finanziatore non può accedere al fascicolo di causa senza il consenso del finanziato. Alcuni contratti di finanziamento, tuttavia, prevedono l'obbligo in capo al finanziato di **acconsentire** alla richiesta del finanziatore di **visionare il fascicolo** di causa ed **estrarre copia** dei relativi atti⁶⁵.

Alcuni contratti prevedono altresì che il finanziato debba dare istruzioni al proprio avvocato di informare il finanziatore sull'andamento della lite. Sul punto vedi il quesito 8.6.

6.5) Il finanziato è tenuto ad acconsentire alla richiesta del finanziatore che un proprio legale di fiducia partecipi alle udienze o presenzi alle attività peritali?⁶⁶

Fatte salve specifiche pattuizioni sul punto – in riferimento alle quali v. anche il quesito 8.7 – il finanziato non è tenuto ad acconsentire che un **legale di fiducia del finanziatore** partecipi alle udienze o presenzi alle attività peritali.

6.6) Il finanziato può rinunciare agli atti del giudizio?⁶⁷

La rinuncia agli atti del giudizio, quando è accettata dalle parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione, comporta l'**estinzione** del processo. Le dichiarazioni di rinuncia e di accettazione sono fatte dalle parti o da loro procuratori speciali, in udienza o con atti sottoscritti e notificati.

I modelli di contratto di finanziamento della lite di matrice tedesca, in genere, stabiliscono che il finanziato può rinunciare agli atti solo con il **previo consenso** del finanziatore, che si è assunto i rischi del processo e potrebbe

⁶⁴ I. GAMBIOLO.

⁶⁵ Sul punto si rimanda al contratto Roland 2018, § 3g, dove si afferma che «der Anspruchsinhaber erteilt Roland in gesonderter Urkunde eine Vollmacht, solche behörden- oder Gerichtsakten einzusehen und sich hieraus Ablichtungen anzufertigen, welche die streitigen Ansprüche betreffen».

⁶⁶ I. GAMBIOLO.

⁶⁷ I. GAMBIOLO.

avere interesse a proseguirlo.

Se questa clausola contrattuale è presente e la rinuncia è compiuta dal finanziato senza il consenso del finanziatore, il finanziato incorre in **responsabilità** per inadempimento contrattuale. La rinuncia, in ogni caso, resta valida ed efficace nei confronti della controparte processuale.

6.7) Il finanziato può concludere un accordo con la controparte per mettere fine alla lite?⁶⁸

Il finanziato e la controparte, facendosi reciproche concessioni per mezzo di un accordo di carattere transattivo, possono porre fine alla lite con relativo anticipo rispetto all'esito del giudizio. Egualmente possono giungere ad un accordo durante il tentativo di conciliazione operato dall'organo giudicante. I modelli di contratto di finanziamento della lite di matrice tedesca in genere subordinano tale facoltà al previo ottenimento del **consenso** da parte del **finanziatore**⁶⁹. Se questa clausola contrattuale è presente e l'accordo con la controparte è raggiunto dal finanziato senza il consenso del finanziatore, il finanziato incorre in responsabilità per inadempimento contrattuale; tuttavia, nei confronti della controparte processuale, l'accordo resta valido ed efficace.

6.8) Se il finanziato teme di essere assoggettato ad una procedura esecutiva individuale o concorsuale, deve prontamente comunicarlo al finanziatore?⁷⁰

Le **parti possono stabilire** nel contratto che se il finanziato teme di essere assoggettato ad una procedura esecutiva individuale o concorsuale, deve comunque **comunicarlo al finanziatore**, poiché tali procedure – si pensi al pignoramento del credito – potrebbero incidere sul diritto controverso e vanificare per il finanziatore la realizzazione del diritto accertato all'esito della lite finanziata.

⁶⁸ I. GAMBOLI.

⁶⁹ V. il § 8 contratto-modello Legial 2014 e il § 9 contratto modello Roland 2018 che disciplina anche i casi di mancanza di accordo sull'accettazione di una proposta di transazione o di conciliazione giudiziale.

⁷⁰ I. GAMBOLI.

Qualora la comunicazione non avvenga, il finanziato incorre in responsabilità per inadempimento contrattuale.

6.9) Il finanziato, se vince in primo grado e la controparte adempie, in quale momento deve pagare al finanziatore la percentuale che gli spetta?⁷¹

Se il primo grado di giudizio si conclude con l'accoglimento della domanda del soggetto finanziato o comunque con esito per questi vittorioso, nel caso in cui la controparte adempia, il **finanziato è tenuto a pagare** senza ritardo la percentuale che spetta al finanziatore.

⁷¹ I. GAMBIOLI.

SEZIONE VII

IL PROCESSO ITALIANO

7.1) Il finanziato è tenuto a dichiarare in giudizio l'esistenza del contratto di finanziamento?⁷²

Nell'ordinamento italiano le parti **non sono tenute a rivelare gli accordi** conclusi con terzi per finanziare la lite né quelli inerenti il compenso pattuito con il proprio difensore.

7.2) Il finanziato è tenuto a produrre in giudizio una copia del contratto di finanziamento? Può esserne ordinata l'esibizione?⁷³

Il finanziato non è tenuto a produrre in giudizio una copia del contratto di finanziamento.

Qualora la controparte chieda di ordinare al finanziato l'**esibizione** di copia del contratto di finanziamento, la richiesta verrebbe con ogni probabilità respinta in quanto, secondo la giurisprudenza, l'esibizione può essere ordinata solo se l'acquisizione di un documento è indispensabile al fine di provare i fatti su cui il giudizio si fonda.

La produzione del contratto di finanziamento risulterebbe invece indispensabile nell'eventuale lite tra finanziatore e finanziato avente ad oggetto l'adempimento degli obblighi derivanti dall'accordo.

Va segnalato che numerosi contratti di finanziamento includono **patti di riservatezza**, in forza dei quali le parti (finanziatore e finanziato) si obbligano a non portare a conoscenza di terzi, qual è la controparte, il contenuto del contratto⁷⁴. L'esistenza di un simile accordo, fermo restando quanto detto

⁷² M. LUPANO.

⁷³ M. LUPANO.

⁷⁴ Si veda in proposito, ad esempio, quanto previsto al § 11 del contratto modello Roland 2018: «Confidentiality. The parties shall keep the fact and the content of this agreement confidential. Where disclosure of the agreement is deemed to be useful, the parties shall use their reasonable endeavours to reach agreement as to this fact. If the parties fail to reach such agreement, the duty of confidentiality shall continue. Roland's right to disclose the

poc' anzi, non preclude al giudice di ordinare l'esibizione del documento. Qualora venga adottato un ordine di esibizione, la parte che vi ottemperi non potrà essere ritenuta responsabile per inadempimento al patto di riservatezza.

7.3) La corrispondenza tra finanziato e finanziatore può essere prodotta in giudizio?⁷⁵

La corrispondenza tra finanziato e finanziatore non è assistita da specifiche garanzie di riservatezza.

Qualora la corrispondenza sia scambiata non tra le parti o tra una di esse e l'avvocato dell'altra, bensì tra gli **avvocati** che assistono il finanziato ed il finanziatore, è facoltà dei professionisti coinvolti qualificarla come "riservata". In tal caso il vigente art. 48 del **Codice Deontologico Forense** vieta all'avvocato di produrla, riportarla in atti processuali o di riferirne in giudizio il contenuto; egli non può neppure consegnarne copia alla parte assistita. Il divieto, tuttavia, ha valenza solo deontologica: qualora il documento venga prodotto in giudizio, il giudice ne può tenere conto ai fini del decidere.

7.4) Il finanziato può confessare?⁷⁶

Ciascuna parte che abbia la disponibilità del diritto dedotto in giudizio, inclusa la parte finanziata, può confessare ai sensi degli artt. 2730 ss. c.c.

Poiché, però:

- A) il finanziato che confessa dei fatti a sé sfavorevoli (ma favorevoli alla controparte) si espone al rischio di un rigetto nel merito della domanda proposta;
- B) in genere il contratto di finanziamento (in specie il modello utilizzato dai finanziatori tedeschi) prevede che il finanziato debba ottenere il consenso del finanziatore prima di compiere qualsiasi attività processuale che presupponga la sussistenza della disponibilità del dedotto in giudizio,

la confessione spontanea del finanziato dovrà essere preceduta dall'**assenso del finanziatore**.

assignment of the claims in accordance with paragraph 7 d) shall not be affected by this clause».

⁷⁵ M. LUPANO.

⁷⁶ E. D'ALESSANDRO.

Anche il finanziato che sia stato chiamato a rendere un interrogatorio formale dovrà ottenere il preventivo assenso del finanziatore a confessare. La mancata richiesta e/o il mancato assenso del finanziatore rileveranno sul piano della patologia del contratto di finanziamento, configurando un **inadempimento** di non scarsa importanza, ma non inficeranno la valenza di piena prova della confessione resa dal finanziato.

7.5) Il finanziato può deferire giuramento?⁷⁷

Ciascuna parte che abbia la disponibilità del diritto dedotto in giudizio, incluso il finanziato, può **deferire** giuramento, con la limitazione stabilita dall'art. 2739 c.c. Poiché, però:

- A) se colui al quale è deferito giuramento giura, il finanziato non è ammesso a provare il contrario e, dunque, verosimilmente perderà la causa;
- B) il contratto di finanziamento (in specie il modello utilizzato dai finanziatori tedeschi) prevede che il finanziato debba ottenere il consenso del finanziatore prima di compiere qualsiasi attività processuale che presupponga la sussistenza della disponibilità del dedotto in giudizio, il deferimento del giuramento da parte del finanziato dovrà essere preceduto dall'**assenso** del finanziatore.

La mancata richiesta e/o il mancato assenso del finanziatore rileveranno sul piano della patologia del contratto di finanziamento, configurando un **inadempimento** di non scarsa importanza, ma non inficeranno la valenza di piena prova del giuramento reso dalla controparte del finanziato (a cui era stato deferito).

7.6) I soggetti coinvolti nella fase delle trattative e nella attuazione del contratto di finanziamento possono astenersi dal testimoniare?⁷⁸

L'art. 200 c.p.p. e l'art. 249 c.p.c., che a tale norma rinvia, consentono agli **avvocati** di astenersi dal testimoniare su quanto hanno conosciuto in ragione della propria professione. Gli avvocati che assistono il finanziatore ed il finanziato durante le trattative e nell'attuazione del contratto di finanziamento, dunque, hanno la **facoltà** di astenersi dal testimoniare sui fatti appresi nell'esercizio della loro funzione.

⁷⁷ E. D'ALESSANDRO.

⁷⁸ M. LUPANO.

Non esistono norme analoghe a tutela delle **parti** del contratto di finanziamento. Non si può dunque escludere che il finanziatore o chi lo rappresenta sia chiamato a testimoniare in un processo che vede contrapposti il finanziato e la controparte di questi. Nel medesimo giudizio il finanziato, al contrario, non sarebbe capace di testimoniare, rivestendo la qualità di parte.

7.7) Il giudice può ordinare la chiamata in giudizio del finanziatore?⁷⁹

La chiamata in causa per ordine del giudice è finalizzata a rendere vincolanti nei confronti del terzo gli effetti della sentenza che sarà resa all'esito del giudizio e che, senza la chiamata, sarebbe *res inter alios acta*. Tuttavia, nel caso del finanziamento della lite è lo stesso contratto di finanziamento a prevedere che la sentenza emessa tra le parti produrrà "effetti" (sia pure "di fatto", in termini di vantaggio o svantaggio economico) anche nei confronti del terzo finanziatore, rendendo così **superfluo** (sembra) l'ordine di chiamata in causa da parte del giudice. In ogni caso, poiché la questione si ponga è necessario che il giudice sia messo a conoscenza dell'esistenza di un contratto di finanziamento della lite.

7.8) Il finanziatore può intervenire volontariamente in giudizio?⁸⁰

Un intervento volontario in giudizio del finanziatore sarebbe da ascrivere alla categoria dell'**intervento adesivo dipendente** (art. 105, 2° comma, c.p.c.). Il finanziatore è pregiudicato, in caso di sconfitta della parte finanziata, nel suo diritto ad ottenere una percentuale su quanto liquidato in sentenza e, dunque, in una posizione che, in linea di principio, a prima vista, potrebbe far propendere per una legittimazione all'intervento per porre rimedio alla inerzia processuale del finanziato.

Spesso, tuttavia, mancherà, per il finanziatore, l'interesse all'intervento. Il finanziato ha infatti l'obbligo contrattuale di condurre la controversia con diligenza e di informare periodicamente il finanziatore sull'andamento della causa. In caso di **inerzia processuale del finanziato**, il **finanziatore potrà richiamarlo all'osservanza degli obblighi contrattuali** e, all'occorrenza, potrà recedere dal contratto di finanziamento.

⁷⁹ E. D'ALESSANDRO.

⁸⁰ E. D'ALESSANDRO.

7.9) Il finanziatore può essere condannato al pagamento delle spese?⁸¹

No, se non interviene in giudizio. L'art. 94 c.p.c. consente infatti la condanna alle spese esclusivamente di alcune categorie di soggetti diversi dalle parti in senso processuale⁸², tra i quali non rientra il finanziatore: eredi beneficiati, tutori, curatori e coloro i quali rappresentano o assistono in giudizio la parte. In caso di soccombenza, dunque, sarà condannato alle spese il **finanziato**. Il finanziatore dovrà mettere a disposizione di quest'ultimo le somme necessarie a far fronte alla condanna, secondo quanto prevede il contratto di finanziamento.

7.10) L'avvocato del finanziato può chiedere la distrazione delle spese?⁸³

Qualora il giudice disponga la **distrazione** delle spese a favore dell'avvocato della parte vittoriosa, la controparte soccombente deve versare il rimborso liquidato in sentenza direttamente al difensore in questione e non alla parte da questi patrocinata.

L'art. 93 c.p.c. consente al difensore di ottenere la distrazione delle spese semplicemente **dichiarando** di non aver percepito il compenso (in tutto o in parte) o di aver anticipato delle spese, senza necessità di alcuna verifica ulteriore da parte del giudice. L'esistenza di un contratto di finanziamento della lite di per sé non preclude al difensore di formulare l'istanza, tanto più che l'avvocato è terzo rispetto all'accordo in questione, concluso tra parte finanziata e finanziatore.

Qualora la dichiarazione del difensore non sia veritiera oppure egli venga successivamente pagato dal proprio cliente o dal finanziatore, è possibile chiedere la revoca del provvedimento di distrazione con le forme previste per la **correzione delle sentenze**, ma solo sino a che la controparte soccombente non corrisponde il rimborso. Se invece la controparte ha già pagato il dovuto, non resta che richiedere all'avvocato di versare al cliente (o al finanziatore, a seconda dei casi) quanto percepito. Qualora l'avvocato non vi provveda spontaneamente, è possibile agire contro di lui domandando la ripetizione dell'indebito.

Qualora invece sia l'avvocato della controparte ad ottenere la distrazione delle spese, il finanziato dovrà corrispondere a quest'ultimo la somma liquidata dal giudice.

⁸¹ M. LUPANO.

⁸² Ossia i soggetti che, di regola, sono tenuti al pagamento delle spese processuali.

⁸³ M. LUPANO.

SEZIONE VIII

IL RUOLO DELL'AVVOCATO: PROFILI DEONTOLOGICI

8.1) Chi paga l'onorario dell'avvocato del finanziato?⁸⁴

Ai sensi dell'art. 23 del Codice Deontologico Forense, l'incarico è conferito dalla parte assistita o da un terzo; **nulla vieta** dunque che l'**avvocato del finanziato concordi** che il **pagamento** dell'onorario avvenga, invece che da parte dell'assistito, **ad opera di un terzo** (finanziatore), così come nulla vieta che – al di là dell'accordo – il terzo (finanziatore) paghi *sua sponte* l'avvocato. Se, tuttavia, il terzo (finanziatore) non paga spontaneamente, l'avvocato non avrà azione diretta nei suoi confronti, potendo agire solo nei confronti del cliente.

8.2) L'avvocato del finanziato può determinare liberamente con il proprio cliente la strategia processuale?⁸⁵

L'incarico deve essere svolto da parte dell'avvocato nell'esclusivo interesse della parte assistita (art. 23 Codice Deontologico Forense). Fermo questo principio, **nulla vieta che l'avvocato condivida col cliente** (il finanziatore, se conferisce l'incarico all'avvocato) **la strategia processuale**, ed è doveroso che lo faccia liberamente.

8.3) L'avvocato del finanziato può concordare con il finanziatore la strategia processuale da adottare? È valida una clausola contrattuale che preveda un incremento del compenso per l'avvocato che tenga tale condotta?⁸⁶

Se l'incarico è conferito direttamente dal finanziatore, l'avvocato deve condividere con quest'ultimo la strategia processuale. Se invece, come di regola accade,

⁸⁴ M. ROSSOMANDO.

⁸⁵ M. ROSSOMANDO.

⁸⁶ M. ROSSOMANDO.

l'incarico è conferito dal finanziato, nulla vieta che il finanziato dia **istruzioni** al proprio avvocato di **condividere** con il finanziatore la strategia, sempre che ciò non pregiudichi i doveri nei confronti della parte assistita. Sembra valida una clausola contrattuale che preveda un **incremento del compenso** per l'avvocato del finanziato che si conformi a tali istruzioni. Tuttavia la clausola non deve presentare un contenuto tale da rendere il compenso del difensore, nei fatti, una percentuale del diritto controverso poiché ciò violerebbe il divieto di patto quota lite.

8.4) L'avvocato del finanziato ha l'obbligo di informare periodicamente il finanziatore sull'andamento della controversia?⁸⁷

L'obbligo di informazione è nei confronti della parte assistita e del cliente (art. 27 Codice Deontologico Forense), la **risposta** è dunque **positiva** se il finanziatore abbia conferito l'incarico all'avvocato e possa dunque essere inteso come cliente.

8.5) Cosa accade se l'avvocato del finanziato non informa periodicamente il finanziatore sull'andamento della causa?⁸⁸

L'informazione periodica circa l'andamento della lite, i cui tempi e modalità dovranno essere preventivati dalle parti nel contratto⁸⁹, rientra tra gli obblighi che il finanziato assume nei confronti del finanziatore (almeno secondo i modelli contrattuali più diffusi ed operanti all'estero). Nel caso tale obbligo

⁸⁷ M. ROSSOMANDO.

⁸⁸ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, M. ROSSOMANDO.

⁸⁹ Così dispone il contratto modello Roland 2018, al § 3g: «Duty to report progress. The claimant shall inform Roland promptly and on an ongoing basis via its lawyer on the status of proceedings and shall send to Roland, promptly and without the need for Roland request it, copies of all documents in the proceedings. In addition, the claimant shall inform Roland, promptly and without the need for Roland to request it, of new circumstances which have come to light and which have an impact on the assessment of the merits or the validity of the claims or the legal costs risk. The claimant shall pass on these obligations to its lawyer. The claimant shall use all reasonable endeavours to ensure that any third parties which are within its control or associated to its company or otherwise associated with the claimant, will support the proceedings as set out above. The claimant agrees to execute a separate deed or power of attorney which shall entitle Roland to request and view official and/or court documents and to take copies thereof in as far as the documents relate to the claims».

non venga adempiuto, **il finanziatore sarà legittimato**, anche in assenza di una clausola risolutiva espressa, **a ottenere la risoluzione del contratto** per inadempimento e il risarcimento degli eventuali danni patiti a titolo di responsabilità contrattuale, secondo le regole correnti. Tuttavia, attesa l'atipicità del contratto nel nostro ordinamento, sarebbe buona tecnica redazionale specificare nel contratto se, quando e come il finanziato debba riversare al finanziatore le informazioni in suo possesso circa l'andamento della lite⁹⁰.

8.6) L'avvocato del finanziato può far visionare al finanziatore che ne faccia richiesta il fascicolo di causa?⁹¹

Se il finanziatore abbia conferito l'incarico all'avvocato e sia dunque cliente, la **risposta** è senz'altro **positiva**. Sul punto v. anche il quesito 6.4.

8.7) Come deve comportarsi l'avvocato del finanziato se il finanziatore impone la presenza di un proprio rappresentante in occasione delle udienze o di attività peritali?⁹²

L'**avvocato deve condividere**, e non può subire, la **scelta di far partecipare un rappresentante del finanziatore** – cliente e questa è lecita se il finanziatore abbia conferito l'incarico all'avvocato e possa dunque essere inteso come cliente.

8.8) L'avvocato che intrattenga o abbia intrattenuto rapporti con l'ente finanziatore può assistere la controparte del finanziato?⁹³

Ai sensi del Codice Deontologico Forense, il rapporto col cliente (il finan-

⁹⁰ Nel contratto modello Roland 2018, per esempio, al § 3j, si prevede la seguente clausola: «Consequences of breach of the claimant's obligations above. In the event of a breach of the above obligations, the claimant shall put Roland in the position that Roland would have been in, had the claims been successfully pursued. The claimant reserves the right to prove that the proceeds it would have made by pursuing the claims would have been less but for its breach of contract».

⁹¹ M. ROSSOMANDO.

⁹² M. ROSSOMANDO.

⁹³ M. ROSSOMANDO.

ziatore in questo caso) e la parte assistita è fondato sulla fiducia (art. 11 punto 2)⁹⁴, l'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali (art. 13 Codice Deontologico Forense) e l'**avvocato deve astenersi** dal prestare la propria attività professionale **quando** ciò possa creare un **conflitto di interessi con la parte assistita e col cliente** (art. 24).

È esclusa ovviamente la risposta positiva al quesito in oggetto **allorché l'avvocato assista o abbia assistito il finanziatore nella conclusione del contratto con il finanziato**.

È da valutare con attenzione e di volta in volta il caso in cui l'avvocato assista o abbia assistito il finanziatore per affari diversi e che nulla hanno a che fare col finanziato; da un lato i due rapporti sarebbero indipendenti e nessuna sovrapposizione di notizie potrebbe essere ipotizzata; dall'altro è da tenere a mente che, quand'anche non vi sia in concreto alcun collegamento fra le due prestazioni, l'avvocato deve, oltre che essere, anche apparire indipendente e scevro da condizionamenti, pena la messa in discussione del mandato; in ogni caso, l'avvocato deve rendere edotti la parte assistita ed il finanziatore dei rispettivi rapporti professionali (art. 24 punto 4).

⁹⁴ Si noti, però, che l'avvocato non può divenire socio dell'ente finanziatore e percepire, in tal modo, una porzione degli utili poiché ciò costituirebbe una elusione del divieto di concludere un patto quota lite. In tal senso v. Oberlandesgericht Monaco di Baviera, 10 maggio 2012 – 23 U 4635/11, in *NJW*, 2012, 2207.

SEZIONE IX

ARBITRATO CON SEDE IN ITALIA

9.1) Il finanziato può scegliere l'avvocato che lo assisterà in arbitrato?⁹⁵

In linea di principio il soggetto **finanziato deve essere libero di scegliere l'avvocato** o il team di avvocati che lo assiste in arbitrato, analogamente a ciò che avviene nel giudizio davanti al giudice dello Stato (v. Sezione VI). Naturalmente il finanziatore, con il consenso del finanziato, potrà partecipare alle scelte strategiche di difesa. È comune che nel contratto di finanziamento vi siano, oltre al consenso, specifiche clausole che disciplinano la selezione dell'avvocato (per esempio da una rosa di nomi presentata dal finanziatore) e le linee di difesa da prendere. Si sanciscono quindi contrattualmente degli obblighi del finanziato nei confronti del finanziatore su questi particolari aspetti. Il **problema** può sorgere in caso di **posizioni contrastanti** (per esempio accettare o meno una proposta transattiva; utilizzare determinate prove). Per questo motivo dovrebbero essere predisposte delle linee guida specifiche sulla difesa e su ipotesi transattive contestualmente alla stipula del contratto di finanziamento, anche in forma di allegato al contratto (che solitamente è uno standard predisposto dal finanziatore).

9.2) Come viene nominato l'arbitro di parte? ⁹⁶

Occorre **per prima cosa** verificare il **contenuto della convenzione d'arbitrato** e cosa viene previsto per la nomina del tribunale arbitrale. Ipotizzando che la convenzione stessa o, in caso di arbitrato amministrato, il regolamento dell'istituzione arbitrale al quale essa rinvia, consenta alla parte la nomina dell'arbitro, la scelta spetta al soggetto finanziato, ma, anche in questo caso, vale quanto esposto al paragrafo precedente sul contratto di finanziamento e la disciplina relativa agli obblighi di coinvolgimento del finanziatore.

⁹⁵ C. MARTINETTI, N. LANDI.

⁹⁶ C. MARTINETTI, N. LANDI.

9.3) Può il finanziatore partecipare ad una intervista con l'arbitro propeudeutica alla sua nomina? ⁹⁷

Nell'arbitrato sempre più spesso si fa ricorso a interviste per selezionare l'arbitro o la rosa di arbitri. Le modalità e i contenuti di tali interviste sono oggi oggetto di disciplina regolamentare privatistica – per esempio le *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* – e di commenti dottrinali. È **plausibile** che il **finanziatore intenda partecipare** all'intervista, ma **spetta al professionista da intervistare decidere** chi sarà presente all'intervista e da chi farsi porre le domande.

9.4) Può il finanziatore condividere con il finanziato i nomi di potenziali arbitri?⁹⁸

Fermo restando che la **scelta** finale sulla **nomina dell'arbitro di parte** spetta al **finanziato, nulla vieta al finanziatore di indicare al finanziato una rosa di nomi di potenziali arbitri** che, per le loro qualità e competenze, nonché per la natura della controversia, possano essere qualificati per ricoprire detto ruolo.

9.5) Può il finanziatore imporre al finanziato la nomina di un determinato arbitro? ⁹⁹

In linea di principio, la **nomina dell'arbitro** di parte deve essere effettuata **liberamente dal finanziato**. Tuttavia, **nulla vieta** che nel contratto di finanziamento le **parti stabiliscano** che la nomina dell'arbitro di parte sia **concordata col finanziatore**.

9.6) Può essere taciuta all'arbitro nominando l'esistenza del contratto di finanziamento? ¹⁰⁰

Non esiste uno specifico obbligo di legge che imponga al finanziato di darne

⁹⁷ C. MARTINETTI, N. LANDI.

⁹⁸ C. MARTINETTI, N. LANDI.

⁹⁹ C. MARTINETTI, N. LANDI.

¹⁰⁰ C. MARTINETTI, N. LANDI.

notizia all'arbitro nominando. Tuttavia, **appare consigliabile che detta** disclosure **venga effettuata subito**, anche per mettere l'arbitro nominando nella condizione di verificare l'esistenza di eventuali conflitti di interesse. Si noti che il principio A.1. del Capitolo 4 dell'*ICCA-Quenn Mary Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration*, prevede che: «A party and/or its representative should, on their own initiative, disclose the existence of a third-party funding arrangement and the identity of the funder to the arbitrators and the arbitral institution or appointing authority (if any), either as part of a first appearance or submission, or as soon as practicable after funding is provided or an arrangement to provide funding for the arbitration is entered into».

In arbitrato si fa spesso riferimento alle *IBA Guidelines on conflicts of interest* (edizione 2014) che prevedono che il finanziatore sia considerato "parte" (principio 6. (b)). Il principio 7. (a) delle *Guidelines* impone alle parti di dichiarare le relazioni tra esse (includendo espressamente anche eventuali soggetti finanziatori) e l'arbitro: «A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration». Le situazioni di incompatibilità e conflitto di interessi previste nelle tre liste della casistica (rossa, arancione e verde) vanno lette e interpretate alla luce di questi due principi. Se la parte può ignorare un'eventuale relazione tra il finanziatore e l'arbitro nominando fino all'effettiva individuazione di quest'ultimo, da quel momento in avanti ha gli strumenti per verificare se vi siano relazioni tra i due. Non è obbligata per legge a dichiararlo all'arbitro nominando, ma è altamente consigliabile, come già detto, poiché permette di verificare l'esistenza di conflitti di interesse ostativi alla nomina (e all'accettazione da parte dell'arbitro) o semplicemente di situazioni da dichiarare (anche da parte dell'arbitro) in sede di nomina (sulla differenza tra le due situazioni si dirà *infra*).

9.7) Può essere taciuta all'istituzione arbitrale che amministra l'arbitrato l'esistenza del contratto di finanziamento? ¹⁰¹

Nel **codice di procedura civile non esiste uno specifico obbligo di legge**

¹⁰¹ C. MARTINETTI, N. LANDI.

che imponga al finanziato di darne notizia all'istituzione arbitrale, ma i regolamenti arbitrali delle istituzioni possono disciplinare espressamente la circostanza, imponendo un dovere di *disclosure*.

In ambito internazionale, oltre al citato principio A.1. del Capitolo 4 dell'*IC-CA-Quenn Mary Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration*, si sottolinea come il successivo principio A.2. stabilisca che: «Arbitrators and arbitral institutions have the authority to expressly request that the parties and their representatives disclose whether they are receiving support from a third-party funder and, if so, the identity of the funder».

Inoltre secondo il principio 7 (a) delle *IBA Guidelines on conflicts of interest* (edizione 2014), riportato al paragrafo precedente, la parte ha il dovere di informare anche l'istituzione arbitrale circa un'eventuale relazione tra il finanziatore e l'arbitro.

9.8) Quali sono gli obblighi di disclosure gravanti in capo all'arbitro con riferimento ai rapporti con il finanziatore? ¹⁰²

L'arbitro deve essere imparziale e indipendente per tutta la durata della procedura arbitrale. Il codice di procedura civile non stabilisce direttamente un obbligo esplicito di *disclosure* in capo all'arbitro¹⁰³, ma l'art. 815 c.p.c. elenca le circostanze in presenza delle quali una parte può ricusare l'arbitro, circostanze che inficiano l'imparzialità e l'indipendenza dell'arbitro. Inoltre l'art. 832 c.p.c. prevede che i regolamenti arbitrali precostituiti possano introdurre ulteriori casi di ricusazione.

Si tenga presente che usualmente le istituzioni arbitrali richiedono che l'arbitro rappresenti, attraverso un'apposita dichiarazione di indipendenza e imparzialità, l'assenza di conflitti di interesse e che escluda espressamente la sussistenza di circostanze di cui all'art. 815 c.p.c. (e di altri casi se previsti dal regolamento arbitrale applicabile). Nell'arbitrato non amministrato (*ad hoc*) è ormai d'uso che gli arbitri verbalizzino analoga dichiarazione.

È indubbio che se l'arbitro intrattiene rapporti con il finanziatore qualificati dall'art. 815 c.p.c. non può procedere con una tale dichiarazione di indipendenza e imparzialità e se accetta la nomina potrà essere ricusato. I requisiti di indipendenza e imparzialità devono permanere durante il corso dell'arbitrato e quindi grava in capo all'arbitro un obbligo di verifica costan-

¹⁰² C. MARTINETTI, N. LANDI.

¹⁰³ L'art. 61 Codice Deontologico Forense, che si applica agli avvocati che assumono l'incarico di arbitro e di cui si dirà *infra*, prevede un obbligo.

te. Laddove l'arbitro venga a conoscenza, in qualsiasi fase della procedura arbitrale, del coinvolgimento di un finanziatore con cui abbia (o abbia avuto) relazioni che facciano sorgere conflitti di interesse, sanzionati dalla legge processuale applicabile all'arbitrato, deve darne debita e tempestiva notizia per consentire alle parti di reagire.

Le parti sono libere di procedere con la ricusazione dell'arbitro o di rinunciare a sollevare l'eccezione (se l'arbitrato è in corso il ricorso per la ricusazione ai sensi dell'art. 815 c.p.c. va presentato entro il termine di dieci giorni dal momento in cui la parte è venuta a conoscenza della circostanza).

Nella pratica, se sorge un conflitto di interessi tale da portare a una probabile ricusazione, l'arbitro normalmente rinuncia all'incarico (art. 813-ter) prima di arrivare a tale pronuncia.

Si segnala che il Codice Deontologico Forense prevede espressamente all'art. 61 per gli avvocati nominati arbitri il dovere di *disclosure*: «In ogni caso l'avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico». Al momento non siamo in grado di confermare se questa previsione si estende anche a rapporti con un finanziatore e cioè se può essere considerata una "circostanza di fatto".

Negli arbitrati amministrati si fa spesso riferimento a strumenti regolamentari di natura privatistica quali le *IBA Guidelines on conflicts of interest* (edizione 2014), che prevedono che l'arbitro debba dichiarare possibili situazioni suscettibili di sollevare dubbi circa la sua imparzialità e indipendenza: «If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution (...)».

I principi dettati dalle *Guidelines* sul conflitto di interessi sono più severi (e coprono situazioni più ampie) rispetto a quanto previsto dal codice di procedura civile all'art. 815, ma le stesse *Guidelines* operano un distinguo al loro interno: dopo aver enunciato i principi, vengono distinte le fattispecie concrete in tre liste (rossa, arancione e verde) non esaustive e le situazioni più gravi, lista rossa, sono a loro volta divise tra quelle che possono essere rinunciate dalle parti e quelle irrinunciabili. Le *Guidelines* quindi prevedono alcune circostanze in presenza delle quali l'arbitro non può accettare l'incarico (i casi della lista rossa che sono irrinunciabili) e quelle in presenza delle quali l'arbitro può accettare l'incarico, presentando la *disclosure*: saranno poi le parti (o l'istituzione arbitrale) a decidere se confermare o meno l'arbitro.

In ragione dell'applicazione sempre più diffusa delle *Guidelines* (anche i

giudici statali le prendono a riferimento), negli arbitrati amministrati si invitano gli arbitri a dichiarare anche le situazioni dubbie, che potrebbero *prima facie* non rientrare nell'elenco dell'art. 815 c.p.c., per poter sgombrare immediatamente il campo da possibili strumentalizzazioni, così da salvaguardare l'arbitro, il procedimento e il lodo da successive iniziative della parte soccombente.

9.9) Può l'arbitro avere contatti *ex parte* con il finanziatore della parte che lo ha nominato? ¹⁰⁴

L'arbitro non può avere contatti unilaterali con una parte. Detto principio si applica a maggior ragione in relazione ad eventuali contatti *ex parte* dell'arbitro con il finanziatore; circostanza che potrebbe anche integrare in capo all'arbitro una violazione degli obblighi di riservatezza nascenti dal regolamento arbitrale applicabile o da appositi accordi di riservatezza sottoscritti tra le parti. Si segnala tuttavia che le *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* chiariscono che sono possibili contatti *ex parte* al fine di selezionare l'arbitro presidente del tribunale arbitrale. Nella prassi tali contatti sono considerati ammessi.

¹⁰⁴ C. MARTINETTI, N. LANDI.

Perspectives on Third Party Funding in Italy

Introduction¹⁰⁵

In our Italian civil procedural system, as a rule, the costs of the proceedings are to be borne by the losing party, so that, at the end of the proceedings, the successful party should be in the same situation – including an economic one – as it would have been if there had been no need to initiate (or defend itself in) proceedings in order to protect the right to which it is entitled. Such a principle, although noteworthy in its abstract scope, is not able in practice to ensure that actually the person who unjustly suffers the infringement of a right can – always and in any event – have access to judicial protection.

Civil proceedings have a cost: while they are taking place, each of the parties has to bear the costs of the procedural steps taken at its request and those for which the law or the court charges the advance. Moreover, each party has to bear the fees of the lawyer, as well as any court assistants' fees. And even if the party that initiated the proceedings is, at the end of the trial, successful, it is by no means sure that it will be able to recover from the counterparty what has been anticipated. As a matter of fact, the court could offset the expenses pursuant to Article 91, paragraph 2, Italian code of civil procedure but, even if the offsetting of the expenses is not ordered, it is by no means guaranteed that the successful party will be able to recover from the counterparty what has been fully paid or to be paid, as a fee, to its own lawyer. Indeed, currently, each party agrees in writing and freely the fee with the lawyer at the time of conferral of the mandate, while the court, to settle the expenses to be charged to the unsuccessful party, applies the Ministerial Decree 10 March 2014, no. 55 (recently amended by Ministerial Decree 8 March 2018, no. 37), so that the two amounts may not coincide.

So what are the remedies to make effective access to justice established by the very beginning of Article 24 of the Italian Constitution?

¹⁰⁵ E. D'ALESSANDRO, English translation by E. EBAU.

The public instrument designed to make this constitutional safeguard effective is the state legal aid (“*patrocinio per non abbienti*”). However, on the basis of the provisions of Article 74 of Presidential Decree no. 115 of 30 May 2002, state legal aid, in view of the limited economic resources allocated for this purpose and the small amount of gross annual taxable income that constitutes a condition of access (not exceeding € 11.493.82, including the income of family members living together), is not available to those who, although exceeding this threshold, and thus being just above the poverty line, are still unable to afford the costs of a civil judgment, especially if complex.

If the costs of the judgment are added to the risks related to a legal claim, perhaps lasting a long time and with an unsuccessful outcome, the result is that, sometimes, those who have a right are in fact forced to renounce it, not being able to bear the cost of justice (in the case of a profit-making body, not necessarily for lack of economic means but, rather, for purely economic reasons, since the governance could choose not to use large sums of money for a long and complex litigation).

To help these subjects – which the public system is not able to help through the state legal aid – often private instruments are involved, such as, for example, insurance policies for legal protection. Private instruments, as such, can extend their scope of application to arbitration, which is faster but also more expensive than court proceedings.

The goal of the FundIT project, financed by Compagnia di San Paolo and conducted by the Department of Law of the University of Turin (with the contribution of the Department of Psychology), in collaboration with the Turin Bar Association and AIDA (sec. Piemonte and Valle D’Aosta) and with the support of the Cassa Nazionale Forense, is to ascertain whether among the private instruments that facilitate access to civil justice can be counted, even in our legal system, third party funding (as already happens, for example, in Australia, Germany, Great Britain and Switzerland).

Is the Third Party Funding allowed under our law?

Under what conditions and with what consequences?

Can an arbitration proceeding seated in Italy also be financed?

The report drawn by the working group of the FundIT project tries to answer these and other questions in a simple way, in the form of FAQs, with the aim of becoming an easy reference tool for all those who, as a potential funded party, potential funder, lawyer or ordinary citizen, are interested in the issue of Third Party Funding.

The Authors

The Authors of this volume are members of the working group of the FundIT project, financed by the Compagnia di San Paolo (fundit.unito.it).

Prof. Elena D'Alessandro, *coordinator of the working group, University of Turin* (Introduction; FAQ nn. 1.1; 1.3; 1.5; 5.3; 5.4; 5.5; 5.6; 5.9; 7.4; 7.5; 7.7; 7.8)

Prof. Edoardo Ferrante, *University of Turin* (FAQ nn. 1.2; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 3.1; 3.2; 3.3; 5.1; 6.3; 8.5)

Prof. Matteo Lupano, *University of Turin* (FAQ nn. 4.1; 4.2; 4.3; 5.2; 5.7; 5.8; 7.1; 7.2; 7.3; 7.6; 7.9; 7.10)

Prof. Ugo Merlone, *University of Turin* (FAQ n. 1.4)

Niccolò Landi, lawyer, *Milan Bar* (FAQ nn. 9.1; 9.2; 9.3; 9.4; 9.5; 9.6; 9.7; 9.8; 9.9)

Cristina Martinetti, lawyer, *Turin Bar* (FAQ nn. 9.1; 9.2; 9.3; 9.4; 9.5; 9.6; 9.7; 9.8; 9.9)

Matteo Rossomando, lawyer, *Turin Bar* (FAQ nn. 4.4; 4.5; 8.1; 8.2; 8.3; 8.4; 8.5; 8.6; 8.7; 8.8)

Sara Visca, lawyer, *Turin Bar* (FAQ nn. 1.2; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4., 3.1; 3.2; 3.3; 5.1; 6.3; 8.5)

Letizia Coppo, *University of Turin* (FAQ nn. 1.2; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4., 3.1; 3.2; 3.3; 5.1; 6.3; 8.5; English translation of FAQ nn. 1.1; 1.2; 1.3; 1.4; 1.5; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 3.1; 3.2; 3.3; 4.4; 4.5; 5.1; 5.3; 5.4; 5.5; 5.6; 5.9; 7.4; 7.5; 7.7; 7.8; 8.1; 8.2; 8.3; 8.4; 8.5; 8.6; 8.7; 8.8)

Eleonora Ebau, *University of Turin* (English translation of the Introduction and FAQ nn. 4.1; 4.2; 4.3; 5.2; 5.7; 5.8; 6.1; 6.2; 6.3; 6.4; 6.5; 6.6; 6.7; 6.8; 6.9; 7.1; 7.2; 7.3; 7.6; 7.9; 7.10; 9.1; 9.2; 9.3; 9.4; 9.5; 9.6; 9.7; 9.8; 9.9)

Iacopo Gambioli, *University of Perugia* (FAQ nn. 6.1; 6.2; 6.4.; 6.5; 6.6; 6.7; 6.8; 6.9)

English language version by Letizia Coppo and Eleonora Ebau, *University of Turin*.

SECTION I

LITIGATION FUNDING AGREEMENTS UNDER ITALIAN LAW: ADMISSIBILITY

1.1) What is a litigation funding agreement?¹⁰⁶

Litigation funding agreement is a contract concluded between a funder and a person entitled to a judicial claim, through which the funder bears the costs and the **risk of an unsuccessful judicial or arbitral proceeding** (including adverse costs) in return for a **percentage on what the funded party has obtained** from the claim.

1.2) Can a litigation funding agreement be concluded in Italy?¹⁰⁷

Generally speaking, the conclusion of a litigation funding agreement in Italy is not prevented by any mandatory provision or public policy issues. As an **“atypical” contract**, such an agreement would be compliant with Article 1322 Italian civil code to the extent that it normally pursues interests worthy of protection, such as, for instance, the need to increase access to justice. What can possibly be considered inadmissible are single clauses or aspects, mostly related to the role of the funder. Just to give an example, a validity issue could raise if that role was played by the funded party’s lawyer, rather than by a third party, and this in light of the uncertain approach of the system towards the prohibition of contingency fees.

1.3) Who can use it?¹⁰⁸

The funded party can be whoever is **exclusively entitled to a certain claim** and intends to bring it before a court or an arbitrator (**as a claimant**).

¹⁰⁶ E. D’ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

¹⁰⁷ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

¹⁰⁸ E. D’ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

Funders accept claims related to rights – normally the right to a certain amount or money or to the delivery of specific goods or a certain quantity of them – the value of which overcomes a **minimum threshold** (see questions 1.4 and 4.1). Besides, the **respondent** is required to have a certain **financial capacity**.

In fact, it is more likely that a funder accepts to fund a claim for an injunction (condemnatory judgment) rather than a claim for the mere ascertainment of a legal right (declaratory judgment), because, in the event of a successful claim for the funded party, the respondent will pay to this latter the due amount of money and thus the funder will be able to withhold the agreed percentage¹⁰⁹.

Whereas, in the claims aimed at the mere ascertainment of a legal right, the funded party starts the proceeding only to protect a right that already belongs to his/her assets. Given that in this case there is no increase in the funded party's assets, the obligation to pay the agreed percentage to the funder would be on the funded party itself.

This is the reason why **respondents** are rarely part of litigation funding agreements: in case of successful claim, no increase in their assets would take place and there would not be any extra money to pay funders. The only case in which respondents can avail themselves of the agreement at issue is when they intend to bring a **counterclaim for a condemnatory judgment** against someone provided with an **appealing financial capacity**.

1.4) What should the minimum value of a claim in order to be funded?¹¹⁰

The choice to fund a claim depends upon several factors, not only upon its value: litigations costs (first of all attorneys' fees), the length of the procee-

¹⁰⁹ Roland model agreement 2018, freely available at https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2018/01/DRAFT-Litigation-Funding-Agreement-final-full-version_v1.pdf, provides as follows (§ 4b): «Roland shall make such payments directly to the claimant's lawyer. The claimant hereby authorises its lawyer to accept receipt of the payments. The claimant shall instruct its lawyer to make the relevant payments to third parties (for example, the court or the opponent). Roland shall not make payments directly to the claimant». The clause must be coordinated with § 5b of the same model: «Payment of proceeds to claimant. Payment of the proceeds shall be made into the claimant's lawyer's client account and shall remain as monies held on account until the distribution of the proceeds has been calculated and approved by both parties. The claimant shall require all proceeds to be paid directly to its lawyer».

¹¹⁰ U. MERLONE, English translation by L. COPPO.

dings, success chances (and their foreseeability), due diligence costs. In order to establish the minimum threshold for funding, the FundIT working group:

- assumed that lawyers' fees are determined according to the parameters provided by the Ministerial Decree 10 March 2014, no. 55, without percentage increase or decrease, for all the stages listed in the annexes (case analysis, introductory phase, discovery, decision);
- in case of arbitration, in addition to the abovementioned lawyers' fees, as to *ad hoc* arbitration, arbitrators' fees were taken into account on the basis of the parameters set out in Ministerial Decree 10 March 2014, no. 55, while institutional arbitration was not taken into consideration due to the limited scope of the analysis, but normally arbitral institutions have their own reference tables for arbitrators' fees and administrative expenses;
- assumed that the proceedings involve only two parties (claimant and defendant);
- did not consider the costs of a possible expert evaluation, as their amount is hardly foreseeable;
- assumed that success chances at the time of the funder's choice are not lower than 75%, a considerably hard percentage, given the frequency of overruling in Italian case-law and the non-bindingness of precedents;
- assumed that the length of the judicial proceedings is the one drawn by the more recent statistics provided by the Ministry of Justice and the Court of Cassation, i.e. 981 days for the first instance¹, 560 days for appeal² and 1.080 days for the third instance before the Court of Cassation³;
- assumed that the length of the *ad hoc* arbitration proceedings is of 420 days, including the deadline for issuing the award under Article 820, paragraph 2, Italian code of civil procedure, and supposing that such deadline is put off at least once according to paragraph 4 of the mentioned provision;
- assumed that the arbitration award is not challenged;
- assumed that the funding draft agreement entitles the funder to terminate

¹ National average: see <https://webstat.giustizia.it> e https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_13.page.

² There is no national average available. Reference is to the average length of civil proceedings before the Court of Appeal of Turin: see http://www.distretto.torino.giustizia.it/CorteAppello/stato_giustizia.aspx

³ See *annuario statistico* (http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/statistiche_civile.page) and the report on the administration of Justice by the first President of the Court of Cassation, dott. Giovanni Mammona (http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/inaugurazioni_anno_giudiziario.page).

the contract⁴. The funder will terminate it in the event of an unsuccessful outcome;

- assumed that the expenses borne by the funder are not lower than the salary due to lawyers for extra-judicial activities according to the Ministerial Decree no. 55 of 2014, table no. 25.

On this basis, the calculation undertaken through the formula elaborated by prof. Ugo Merlone⁵, reveals the following:

A) As far as **Italian court proceedings** are concerned:

- 1) to fund claims of less than 52.000 € is never economically profitable for the funder;
- 2) to fund claims of more than 52.000 € is economically profitable if their value outnumbers **125.000 €**.

B) As far as **Italian domestic arbitration** is concerned:

- 1) to fund arbitration claims of less than 26.000 € is never economically profitable for the funder;
- 2) to fund arbitration claims the value of which ranges from 26.000 € to 52.000 € is economically profitable for the funder only in a limited number of cases, i.e. when the value is at least of **40.000 €**;
- 3) to fund arbitration claims of more than 52.000 € is economically profitable for the funder if their value is equal to or higher than **70.000 €**.

1.5) How can the value of a claim be calculated?⁶

The value of a claim is determined according to the criteria established in the litigation funding agreement and not necessarily according to the provisions of the Italian code of civil procedure⁷. Normally the funding agreement

⁴ See question 2.3.

⁵ See U. MERLONE (and M. LUPANO), *Third party litigation funding: minimum claim value*, presented at the 42° annual meeting of the Italian Association for Mathematics Applied to Economic and Social Sciences (AMASES), forthcoming.

⁶ E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

⁷ See § 5a Roland model agreement 2018: «From the Proceeds of any successful claims, Roland shall first be entitled to deduct all costs which Roland has already incurred and any costs which it has yet to pay in accordance with clause 4b, including the ProFi fee. Roland's costs include its own disbursements such as travel costs of its employees to attend meetings, court hearings and company registration and land registration offices, costs of credit checks or certifications by a notary. Roland's costs further include those costs which, having liaised with the claimant and the claimant's lawyer, Roland incurred in connection with commis-

does not make any reference to the following:

- the amount mentioned in the application or the value declared in it by the funded party, in case the claim concerns monetary obligations;
- the amount that the counterparty must pay to the funded party in compliance with the final decision.

Instead, litigation funding agreements (mostly the ones used by German funders⁸) provide that the value of the claim is represented by **any economic advantage** obtained as the outcome of a judicial proceedings or an arbitration or an alternative dispute resolution procedure or an extra-judicial recognition of the controversial right.

Thus, for instance, if the amount claimed by the funded party is of 10.000 €, but the respondent successfully brings a counterclaim or exercises a right of set-off for 5.000 €, in the event of a favourable decision the court will order the respondent to pay 5.000 € to the claimant (the recovery of the remaining 5.000 € will be by way of set-off), but the economic advantage obtained as the outcome of the proceedings will still be of 10.000 €. Therefore, the latter will be the value of the claim on which the percentage for the funder has to be calculated.

Normally, when the claim concerns goods, among the economic advantages that concur in the determination of the value, stands the amount which could be obtained as a compensation for the possible damages caused by a third party to the goods at issue.

Moreover, some litigation funding model contracts⁹, in compliance with

sioning an expert report or specialist research, even where those costs were incurred before this agreement was entered into. Where the claimant has partly paid for legal costs or is yet to pay such costs, the claimant shall be entitled to deduct the costs it has incurred or is yet to incur to the extent that Roland has approved those costs as deductible. Where the proceeds are insufficient to cover all costs, the parties shall be entitled to reimbursement of their costs in the same proportion as the payments they have made or are liable to make. Of the remaining proceeds, Roland shall receive 30% of any sum under € 500,000 and 20% of any sum exceeding € 500,000. Where the claimant resolves the claims before commencing legal proceedings or by way of mediation, Roland shall receive 20% of the remaining proceeds».

⁸ In these FAQ reference is often made to German funding model agreements. Among them, „Roland” of 2018 (§ 5b) and “Legial” of 2014 or 2017, the latter freely available at https://www.legial.de/sites/default/files/2017-06/LEGIAL_Mustervertrag%20Prozessfinanzierung.pdf.

⁹ See Roland model agreement 2014, § 5e, which provides as follows: «zu Gunsten Roland sind auch solche Erlöse anzurechnen, die nicht dem Anspruchsinhaber selbst, sondern einem von ihm beherrschten, im Sinne des Aktienrechts konzernverbundenen oder sonst nahestehenden Dritte zugutekommen». In its English version: «Proceeds of third parties. Roland is entitled to include in the calculation of the proceeds such proceeds as are

party autonomy, provide that, in case the funded party is a company, the money paid or the goods delivered to the companies owned by it must be included among the mentioned advantages.

paid to any person within claimant's control or which is associated to the claimant's company within the meaning of company legislation or which is otherwise associated with the claimant».

SECTION II

THE APPLICABLE MODEL CONTRACT

2.1) What type of contract is it?¹⁰

The litigation funding agreement **can be structured in several ways** depending on the parties' needs, as shown by the wide variety of contract models spread in Anglo-American practice. In Italy, such agreement neither matches with the contract types provided by the legislation nor is socially typical, which is far from unusual for imported models. Therefore its 'typification' is up to party autonomy.

First of all, the agreement could be structured as a **bank loan without interests** in which the capital is bound to the payment of litigation costs (so called 'purpose loan') and the obligation to repay is conditional to the successful outcome of the claim for the funded party. It is the model which in the United States is labelled as litigation lending.

Secondly, the contract could be structured as an assumption of debt (*accollo interno*), and more specifically a total or partial assumption of the litigation costs by the funder in return for a percentage on the successful outcome of the claim. Such structure, though equally atypical, has the merit of leading the agreement back to a scheme – the assumption of somebody else's debt and the payment of the price – which is familiar to the civil law tradition.

It is instead **controversial** whether the litigation funding agreement can be structured as an **insurance contract**, solution which has been adopted by some leading insurance companies but, as far as it is known, only in common law countries. The main obstacles to the choice of the insurance model relate to the following: the fact that in litigation funding the risk (*alea*) concerns the performance of the insured party rather than the one of the insurer; the fact that the payment of the premium is postponed to the coverage and takes place all at once; and the difficulty of identifying the insurable risk.

¹⁰ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

2.2.) Can the litigation funding agreement provide an assignment of the claim to the funder as security?¹¹

The assignment of the claim to the funder as security is wide-spread in foreign litigation model agreements, mainly in the German ones, where it is contemporary to the conclusion of the litigation funding agreement, therefore preceding the filing of the claim form, and in several cases, upon express agreement of the parties, it cannot be disclosed at trial.¹²

The **answer** to the question whether such an assignment is admissible under Italian law is **yes, save some clarifications**. The assignment of claims is permitted by the system, as can be derived *a contrario* from Article 1261 Italian civil code, which provides its voidness and damages only when the recipient is a judge, a lawyer or somebody professionally involved with the court before which the claim is on trial, in order to avoid conflict of interests¹³.

Such rationale does not occur when the recipient is a third party who does not belong to the abovementioned list and, however, Article 1261 Italian civil code, being a limitation to party autonomy, must be considered as an exceptional provision and must therefore be interpreted restrictively.

¹¹ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

¹² See § 6 Roland model agreement 2018: «Assignment of claims to Roland as security. The claimant shall assign all claims, rights to claim costs and all subsidiary rights to Roland by way of security. The details of such assignment are set out in Annex 1 of this agreement. The claimant shall, if so required by Roland, execute a deed or other notarised document which gives effect to such assignment. D shall re-assign the assigned rights once it has no further interest or reason to require a security. The claimant may at any time require the re-assignment of any assigned rights in return for a bank guarantee on first demand from one of the large German banks. The claimant makes no warranty as to the validity or the value of any claims assigned to Roland. However, the requirement for full and accurate disclosure by the claimant about the claims as set out in clause 2 shall apply. 7. [...] The fact of assignment of the claims shall not be disclosed openly. The claimant therefore holds any assigned claims on trust for Roland. So long as the trust is not disclosed, the claimant shall conduct the pursuance of the claims in a way which exclusively requires payment directly to the claimant's lawyer. [...]».

¹³ A recent decision worth reading is Court of Cassation (ord.), 20 November 2018, no. 29834, which interpreted extensively the concept of controversial rights provided by Article 1261 Italian civil code, claiming that the prohibition there provided applies also when the claim has not been brought to court yet. The decision at issue is particularly interesting because, in light of the suggested interpretation, the Court has claimed the voidness of the assignment by an insured to his lawyer of a credit against an insurance company and of the contemporary release of the power of attorney to recover such credit. To support the decision, the Court held that the *ratio* of Article 1261 Italian civil code is to avoid speculation on litigation by the persons who are involved in it.

The qualification as security raises the problem of compliance with the prohibition of *patto commissorio* under Article 2744 Italian civil code. The problem is too complex to be dealt with here; the crucial point is that, in order to comply with the mentioned provision, the assignment should be kept within the limits of the so-called *pactum Marcianum* (now expressly provided by Article 48-bis T.U.B.). In particular, the funder must undertake the obligation to reimburse the funded party of the difference between the value of the claim as liquidated by the court and the percentage agreed upon in the litigation funding contract.

What remains **open** is the complex **procedural issue** which may arise if the court, at the trial, becomes aware of the *ante litem* assignment to the funder, given that in such case the plaintiff is claiming a right belonging to somebody else, in breach of Article 81 Italian code of civil procedure, according to which “nobody can claim the rights of somebody else”.

2.3) Is the funder entitled to terminate the litigation funding agreement?¹⁴

In the German and Anglo-American model contracts, drafters often provide clauses which entitle the funder to terminate the contract if certain conditions are met at some specific stages of the procedure, after which the chances of a successful claim may decrease (so-called termination milestones), such as, for instance, discovery¹⁵.

In an Italian litigation funding agreement the funder is entitled to **unilateral**

¹⁴ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

¹⁵ As an example see § 8 Roland model agreement 2018: «Roland has taken on the legal costs risks as it is represented to Roland at the time of entering into this agreement. In the event that new circumstances come to light or are brought to Roland’s attention for the first time, and as a result of such circumstances the prospect of success are lower than at the time of entering into this agreement, Roland shall be entitled to terminate this agreement without notice and to cease any further funding of the litigation. Roland shall further be entitled to terminate part of this agreement as a consequence of which Roland shall continue to fund only part of the claims». Roland’s right to terminate arises in the following non-exhaustive list of circumstances: Decision of a court or official body which rejects the Claims either in part or in whole; New jurisprudence at appeal court level which has a negative impact on the likely outcome of the claims; Deterioration or loss of evidence; Impecuniosity of Opponent; Direction of the court under paragraph 130 of the German civil procedure rules (ZPO) which contains indications which lower the prospects of success. In any event, Roland shall be entitled to terminate this agreement in whole or in part at the conclusion of proceedings at each instance and to cease funding from that point onwards».

termination (*rectius*, withdrawal) only if such right is **expressly provided** in the contract (Article 1373 Italian civil code).

Such a clause, though, risks to be qualified as **abusive** by courts when the funded party is a **consumer**. A hint comes from case-law on insurance, which entitles the insurer to withdraw from the contract only after the occurrence of some of the adverse events listed in the contract itself.

In addition to the risk of abusiveness, the clause might be declared unenforceable when it would be against good faith for the funder to invoke it.

In the event that the parties decide to provide such a clause, despite all the mentioned risks, they should carefully regulate the effects of termination¹⁶.

As far as this aspect is concerned, the **Italian civil code** provides two default rules: 1) in instant contracts withdrawal cannot be exercised when one of the parties has begun performance (Article **1373.1** Italian civil code), but the litigation funding agreement cannot be qualified as ‘instant execution’, at least not *stricto sensu*, and there will be no interest upon the funder to terminate it at such an early stage; 2) in duration contracts withdrawal can be exercised in whatever moment but its effects are not retrospective, so the parties are not entitled to claim the restitution of executed performances (Article **1373.2** Italian civil code).

To coordinate the mentioned rules with the fact that the obligation of the funded party is instant execution, while the obligation of the funder is a duration one, a distinction should be drawn between two situations.

If withdrawal takes place before the funder obtains the premium, it will have to bear the litigation costs incurred until then and it will not be entitled to any portion of the successful outcome of the claim. Several contracts, though, provide that, in case the claim is upheld after the withdrawal, the funded party must reimburse to the funder the costs it had anticipated.

If, instead, withdrawal takes place after the funder has obtained the premium, this latter must bear the costs up to that moment, but is entitled to keep the percentage it has received.

¹⁶ For instance, at § 8b Roland model agreement 2018 there is a clause on the effects of termination stating that: «In the event of termination of this agreement by Roland, Roland shall pay the costs incurred to the date of termination and which apply to discontinue the claims or part of the claims immediately and most cost-effectively. The claimant shall be entitled to continue with the proceedings to pursue the claims at its own costs. In the event that the claimant succeeds, the claimant shall reimburse Roland only for actual costs incurred by Roland. Roland shall not be entitled to a share of the proceeds. Roland shall release or return such securities as have been provided to Roland once Roland has no further interest in or reason to require a security».

2.4) Is the funded party entitled to terminate the litigation funding agreement?¹⁷

Even though the main obligation of the funded party – i.e. to give the funder a percentage of the successful claim – is instant execution, the litigation funding agreement can be considered, in its whole, as a **duration contract**. In fact, the relationship between the parties lasts until the litigation is brought to an end. The performance due by the funder is a duration one, as it must bear the litigation costs as long as the contract is effective. Also the duty to report progress is a duration one, given that it is periodical. But the litigation funding agreement has a precise expiry date, which is the outcome of the procedure, therefore the funded party can be entitled to **withdraw from the contract** only if the parties **expressly provided** so. In order to avoid further litigation on the point, it is advisable to specify in details which conditions should be met, how the right should be exercised and what are the consequences for each of the parties¹⁸.

¹⁷ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

¹⁸ See § 10 Roland model agreement 2018: «Termination by claimant. The claimant shall only be entitled to terminate this agreement for good cause. The parties agree that improved prospects of success in relation to the claims or an improvement in the claimant's financial standing are not good causes. Death of the claimant shall not result in a termination of this agreement. All rights and obligations under this agreement shall pass to the claimant's personal representatives». It seems interesting to remark that the mentioned Hong Kong code of conduct requires a clause, which entitles the funded party to terminate the contract, but with express reference only to the case in which this latter reasonably believes that the funder is in fundamental breach (par. 2.16).

SECTION III

THE FUNDER

3.1) How can the activity of funders be qualified?¹⁹

The qualification of the funders' activity **depends upon the qualification** of the litigation funding agreement (on which see question 2.1). If the contract is qualified as a bank loan, the funder will be subject to the provisions on credit activities (bank legislation, if the lender is a bank); if instead the contract is qualified as an insurance, the funder will necessarily undertake insurance activities and be subject to insurance law (but, as already mentioned, such qualification raises some doubts in our system). Finally, if the contract is atypical, the funders' activity will be committed to what has been agreed by the parties themselves. The possible gaps will be filled in through the application of the provisions established for the contracts which, case-by-case, appear more similar on those particular aspects not dealt with by the parties. Yet, among them, one should include only substantive provisions about the contractual relationship, not provisions requiring the parties to have particular qualifications.

3.2) To what authorisations / rules / liabilities is it subject?²⁰

As mentioned, the identification of the provisions which regulate the activity of funders **depends upon the qualification of the litigation funding agreement** (see question 3.1.). In the absence of specific rules, in case the contract can neither be qualified as a bank loan nor as an insurance and the funder is a company, which is highly likely, one should apply the rules established by the legislator for the type of company at issue. As we can learn from the Anglo-American experience, funders are normally provided with an administrative body, like a board of directors, and a monitoring body, they can undertake activities other than litigation funding, they can make profit also from financial instruments, control or participate other companies among

¹⁹ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

²⁰ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

which, perhaps, the ones of the funded party and offer claims to institutional investors.

3.3) Can the role of funder be played by a non-profit entity?²¹

In the absence of specific provisions imposing certain requirements on the minimum value of the company assets or the registration in special records, it could be claimed that, in theory, the role of funder can be played **also by non-profit entities and natural persons**²². As far as non-profit entities are concerned, in fact, the law only forbids the distribution of profits among the members, not making them; as far as natural persons are concerned, there is no mandatory provision or public policy issue prohibiting the funding activity. After all, the analysis of the evolution of litigation funding in the countries where it has reached a certain degree of development shows that, at least initially, the role of funder was played by single lawyers or law firms

²¹ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

²² See the Code of Conduct for Funders from England and Wales: «[The Funder will] 9.4.1.2. undertake to cover aggregate funding liabilities under all of their LFAs for a minimum period of 36 months; maintain access to a minimum of £ 5 m of capital or such other amount as stipulated by the Association; accept a continuous disclosure obligation in respect of its capital adequacy, including a specific obligation to notify timeously the Association and the Funded Party if the Funder reasonably believes that its representations in respect of capital adequacy under the Code are no longer valid because of changed circumstances; undertake that it will be audited annually by a recognised national or international audit firm and shall provide the Association with: 9.4.4.1. a copy of the audit opinion given by the audit firm on the Funder's or Funder's Subsidiary's most recent annual financial statements (but not the underlying financial statements), or in the case of Funders who are investment advisors to an Associated Entity, the audit opinion given by the audit firm in respect of the Associated Entity (but not the underlying financial statements), within one month of receipt of the opinion and in any case within six months of each fiscal year end. If the audit opinion provided is qualified (except as to any emphasis of matters relating to the uncertainty of valuing relevant litigation funding investments) or expresses any question as to the ability of the firm to continue as a going concern, the Association shall be entitled to enquire further into the qualification expressed and take any further action it deems appropriate; and 9.4.1.1. to pay all debts when they become due and payable; and 9.4.4.2. reasonable evidence from a qualified third party (preferably from an auditor, but alternatively from a third party administrator or bank) that the Funder or Funder's Subsidiary or Associated Entity satisfies the minimum capital requirement prevailing at the time of annual subscription. 9.5 comply with the Rules of the Association as to capital adequacy as amended from time to time».

and only after a while by big companies.

Obviously the nature of the entity impacts on the features of the funding. It is evident that joint-stock companies, most of all when quoted, have peculiar features in terms of governance and structure. For them, the litigation funding agreement is part of a wider investment operation (see question 3.2), in which funders act as real 'litigation collectors'. Here litigation would probably become the object of in-bulk assignments like in factoring.

SECTION IV

PRE-CONTRACTUAL PHASE: EVALUATION OF THE DISPUTE BY THE FUNDER

4.1) How does the funder assess whether the dispute is eligible for funding?²³

Funders are generally **venture capital** investors. Therefore, the choice of financing a dispute or not, depends essentially on the **expected return** on the investment.

There are many **factors** affecting the suitability of a dispute.

- The value of the dispute: high-value disputes are more easily financed than others.
- The likelihood of success of the funded party: the outcome of the dispute must be easily predictable and the claim must be likely well-founded.
- The cost of the process: the expenses to be incurred must be easily predictable. Moreover, the more the costs to be faced in the course of the proceedings appear to be contained, the more attractive the dispute is.
- The foreseeable length of the proceedings, including any phase of enforcement of the judgment: the time needed for the funder to obtain the expected consideration affects the profitability of the investment.
- The solvency of the counterparty: since the consideration for the funder is represented by a percentage of the sum awarded to the funded party, disputes against hardly solvent subjects are excluded.

4.2) What information shall be made available to the potential funder?²⁴

During FA (Funding Agreement) **negotiations**, requests for information and documentation from the funder are generally very pervasive.

Where the funded party fails to provide relevant information or intentionally provides inaccurate information, it shall incur pre-contractual liability.

Furthermore, **funding agreements** generally contain declarations by the

²³ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

²⁴ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

funded party that it provided all the information necessary to assess the admissibility of the dispute, and in particular, for example:

- to have provided the funder with all relevant information;
- not to have other disputes in place with the counterparty that could affect the funded dispute (see questions 5.4 – 5.7);
- not to be aware of information in the light of which the solvency of the counterparty could be doubted (see question 4.1).

If such declarations are not truthful, the contract may be terminated and the funded party ordered to pay compensation for damages suffered by the funder.

4.3) Should the prospective funded party be assisted at this stage by its lawyer?²⁵

It is appropriate for the prospective funded party **to be assisted by a lawyer** during negotiations aimed at concluding a funding agreement for the dispute. Indeed, this contract is very complex from a technical and legal point of view, therefore, in order to negotiate the conditions, it is essential to have appropriate skills.

The prospective funded party does not necessarily have to be assisted by the same lawyer both in the negotiation of the funding agreement of the dispute and in the proceedings against the counterparty. The power of attorney can also be entrusted to **different lawyers** and, indeed, this should be the case when the future lawyer is aware that he/ she does not have sufficient knowledge of the dynamics of the funding agreement.

4.4) Can a lawyer who has negotiated the agreement for the funded party also represent him/her in court or arbitration proceedings?²⁶

During the negotiation of the litigation funding agreement, the funder is the counterparty of the recipient's lawyer. After the conclusion of the agreement, the same lawyer assists both the recipient of the funding (the represented party) and the funder (the client). Therefore, the question arises if a lawyer is allowed to represent the funded party against the very person (the funder) from whom he/she will be paid after the conclusion of the litigation

²⁵ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

²⁶ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

funding agreement. In order to avoid the conflict of interest in this phase, **the lawyer should perhaps make it clear in advance that, once the litigation funding agreement concluded, he will not be entitled to represent the funded party** and thus have the funder as his client.

Instead, nothing prevents the lawyer from accepting the mandate after the conclusion of the funding contract, given that, then, he pursues the interests of both parties or, better, his professional activity is not in conflict with the interest of either of the parties.

On the contrary, **the lawyer must not perform on behalf of either the funded party or the funder any activity concerning the execution of the litigation funding agreement**, given that, here, the conflict of interests is patent; and if a possible contrast between the funder and the funded party undermined the relationship between the lawyer and these latter, the lawyer would have the duty to assess whether to pursue his/her mandate or not.

4.5) Can the funded party choose lawyers belonging to the same law firm for FA negotiation and litigation?²⁷

According to Article 24, no. 5, Italian Lawyers' code of conduct «The duty to abstain from the claim arises also when the parties whose interests are conflicting address to lawyers who are part of the same company or professional association or undertake their activity in the same premises and collaborate on a non-occasional basis».

Therefore, the **observations provided in question 4.6 apply also when the funded party and the funder gave mandate to a litigation lawyer who was part of the same firm as the LFA (Litigation Funding Agreement) negotiation lawyer.**

²⁷ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

SECTION V

CONTENTS OF THE LITIGATION FUNDING AGREEMENT AND OBLIGATIONS OF THE FUNDER

5.1) Must the funder disclose that no conflict of interest occurs with the funded party?²⁸

Anglo-American and German litigation funding agreements often contain a declaration that no conflict of interest occurs between the funder and the funded party. Such a declaration is in line with the typical common law contract drafting style, full of recitals and acknowledgements²⁹, in which the parties unilaterally or mutually declare that they have taken into account, in the conclusion of the contract, several circumstances which may give rise to future litigation³⁰.

To provide such a clause in an Italian litigation funding agreement **does not seem to be of any use for the funder**. In fact, it can be drawn from the provisions on agency (mostly Article 1395 Italian civil code) and the ones on the validation of voidable contracts (Article 1444 Italian civil code) that

²⁸ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO

²⁹ An example is given by § 2 Roland model agreement 2018, where the contractual regulation is preceded by the following declarations: «Representations by claimant. The claimant represents that: that it has the full right, power and authority to pursue the claims and that it has not sold, transferred, assigned or otherwise disposed of its interest in the claims; there is no agreement with a third party preventing the claimant from assigning the claims and the claimant is free to assign the claims without obtaining the consent of a third party; the claimant is not aware of any circumstances other than those listed in the recital above, which could affect the validity or enforceability of the claims. In particular, the claimant is not aware of any counterclaims which can be offset against the claim or any other rights affecting the claims; the documents which the claimant has supplied directly or via its lawyer to Roland, provide a true, accurate and complete representation of the circumstances giving rise to the claims; there is no other dispute between the claimant and the opponent, whether past, current or future, which has or could have an impact on the claims; there are no enforceable judgments against the claimant which may result in insolvency proceedings being commenced against the claimant. These representations are fundamental conditions of this contract. If these representations are incorrect or incomplete, Roland shall be entitled to claim damages and reserves all its other rights».

³⁰ See the *Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration*.

those matters can be ‘rescued’ from invalidity only when the party who is entitled to claim for it declares that it is aware of it and nevertheless intends to conclude the contract. Therefore, the declaration mentioned at the beginning of the paragraph and its subscription by the funded party would not be enough to prevent the latter from invoking the conflict of interests. The problem is to identify a remedy for the funded party. Here the mentioned declaration could be useful in the following terms. The Italian civil code provides rules on conflict of interests, at a general level, only in the field of agency (Article 1394 Italian civil code). Given that the provision at issue sets a limit to party autonomy and deals with a mandatory field of contract law, such as invalidity, any extensive or analogical interpretation should be forbidden unless the provision is the expression of a general principle.

If it is so, given that there is a proper conflict of interests between the funder and the funded party but such conflict does not deal with agency, the application of the remedy provided by the civil code is at least uncertain. Perhaps the funded party is entitled to claim the avoidance of the contract for mistake. Whereas, if the declaration by the funder about the absence of a conflict of interests reveals to be false, the funded party is certainly entitled to claim the avoidance of the contract for fraud.

Naturally, in the event that the litigation funding agreement is structured as an insurance contract, the conflict of interests will be subject to the provisions contained in Article 183.1 Italian insurance code and by the Ivass regulations (in particular Article 35 Ivass regulation 2 August 2018 no. 41). Roughly speaking, the funder will have the obligation to do all that is reasonably possible to avoid situations which may give rise to conflict of interests, to inform the funded party of the possibly adverse consequences and to manage them in such a way as to reduce the risk of damages.

5.2) What legal costs are incurred by the funder?³¹

Unless otherwise specified in the funding agreement, the funder must first bear the costs which it is the responsibility of the funded party to **advance**. In the Italian civil proceedings, these costs include in particular: the fee (including any advances) due to the **lawyer**, the statutory fee (“*contributo unificato*”), the cost of any notifications, the cost of any **expert opinion** (amounts due to the court-appointed expert and party-appointed expert) and, more generally, all the costs resulting from the acts that the funded party performs or

³¹ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

requests in court or is in any case charged to it by the court.

Often, funding agreements do not indicate analytically what expenses are to be borne by the funder. The funder must therefore bear all the costs **necessary** for the proper legal activity in favour of the funded party.

However, the funder shall not bear any **excessive or unnecessary** costs. Expenditure can be considered excessive or unnecessary whenever it is possible to adopt a different procedural strategy which, while ensuring identical prospects of success, has a lower cost. In this regard, it should be recalled that the **defensive strategy** is not determined by the funder, but by the funded party in cooperation with its legal representative (see question 6.1).

At the end of the trial, if the funded party wins the case, generally the counterparty is **ordered** to reimburse the costs of the proceedings. The funding agreement provides that the sum received for this purpose is to be given to the funder, who made the abovementioned payments in advance.

If the funded party is **unsuccessful** in the dispute, it will be likely ordered to pay the costs. In such a case, the funder shall indemnify the funded party against the claims of the counterparty, and bear the cost of the reimbursement.

5.3) Who bears the legal costs in case the other party (or a third party who entered an appearance in the action) brings a counterclaim?³²

Often, litigation funding agreements contain an express provision stating that a counterclaim can be included in the coverage only upon **approval** by the funder³³. Thus, as the funded party's chances of having the counterclaim rejected, though high, can never improve her/his economic condition, but rather leave it unaltered, as a matter of principle, the funder will have no interest in approving the inclusion of the counterclaim in the coverage of the litigation funding agreement.

If the litigation funding agreement does not provide for it, any counterclaim is to be considered as not covered by the agreement, which only refers to the claim that the funded party intends to bring against its counterparty.

Therefore, the funded party must be aware that it could risk to bear **individually** the major costs which are necessary to rebut the counterclaim.

5.4) What should the procedural conduct of the funded party be in the

³² E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

³³ See, for instance, § 5 Legial model agreement 2017.

event of a counterclaim?³⁴

Often German model funding agreements³⁵ **forbid the funded party to recognise the right** claimed against it by the counterparty, or by a third party, without the previous approval of the funder.

Yet, a recognition made by the funded party in breach of such provision would be perfectly effective from a procedural viewpoint.

Whereas, from the viewpoint of contract law, the recognition would amount to a **fundamental breach** of the litigation funding agreement and thus entitle the funder to termination and possibly damages.

5.5) Who bears the legal costs in case the other party exercises a right of set-off?³⁶

Usually, litigation funding agreements do not provide anything for this event, but just consider the case of counterclaims.

As in the Italian civil proceedings, according to Article 35 Italian code of civil procedure, the exercise of a right of set-off, unlike the counterclaim, **does not enrich or vary the cause of action of the pending proceedings** and thus remains covered by the litigation funding agreement, it is reasonable to believe that litigation costs are on the funder.

It is nevertheless worth remarking that during the due diligence phase the potential funded party is required to mention to the potential funder the possible existence of any credits of the counterparty towards him/her, which could entitle the counterparty to a credit set-off³⁷. If the funded party fails to disclose the circumstance, he/she would risk to be held **liable for damages**

³⁴ E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

³⁵ See, for instance, § 3.3. Roland model agreement 2018.

³⁶ E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

³⁷ See § 1.2 Legial model agreement 2014: «der Anspruchsinhaber versichert, dass ihm keine Tatsachen bekannt sind, die Rechtswirksamkeit oder Durchsetzbarkeit der Streitigen Ansprüche entgegenstehen könnten, insbesondere aufrechenbare Gegenforderungen, Zurückbehaltungs- oder sonstige Gegenrechte, soweit sie in den „Angaben zur Prüfung einer Prozessfinanzierung“ nicht Ausdrücklich aufgeführt sind». In addition to that, see § 5.1 Legial, providing that «werden die Anspruchsinhaber aufgrund der finanzierten Rechtsdurchsetzung von einer Verbindlichkeit befreit, z.B. durch wirksame Aufrechnung, Verrechnung oder erfolgreiche Widerklage des Klagegegners, so ist der Nominalbetrag der Verbindlichkeit, von der sie befreit werden, dem Erlös zuzurechnen».

for a breach of pre-contractual good faith (Article 1337 Italian civil code) in case the right of set-off is actually exercised at trial by the counterparty.

5.6) What should the procedural conduct of the funded party be in the event of a credit set-off?³⁸

Frequently, German model funding agreements **forbid the funded party to recognise** the existence of the credit on which the credit set-off is based³⁹.

Nevertheless, the recognition would be fully effective from a procedural and substantial viewpoint and will support the credit set-off.

From the viewpoint of contract law (= litigation funding agreement), the recognition will amount to a fundamental breach and will thus entitle the funder to termination and possibly damages.

5.7) Is the funder obliged to finance the dispute at any stage of proceedings?⁴⁰

Typically, the funding **agreement** expressly takes a position on the matter:

- A) by stipulating that the only **subject matter** of the agreement is financing a single instance;
- B) alternatively or in addition, by allowing the funder to **terminate** the contract if certain conditions occur, such as: the delivery of a judgment unfavorable to the funded party; the change in the rules applicable to the dispute or an overruling in case law relevant to the decision of the case, such as to reduce the likelihood of success of the dispute; the deteriorating economic conditions of the counterparty. Termination is frequently provided for, in the model contracts proposed by German funders.

The terms on termination should be carefully defined in order to avoid uncertainties of interpretation, which could give rise to a dispute between the funder and the funded party. In the light of the characteristics of the Italian judicial system, the agreement could specify, for instance, that only a change in case-law caused by the intervention of the Joint Chambers of the Court of Cassation ("*Sezioni Unite della Corte di Cassazione*") can justify

³⁸ E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

³⁹ See § 5 Roland model agreement 2018, and § 5 Legial model agreement 2017.

⁴⁰ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

a termination.

Instead of a termination, in order to give greater stability to the contract, the parties could, under certain circumstances, provide for an obligation to renegotiate the terms of the funding agreement, *i.e.* an increase in the percentage to which the funder is entitled.

Some of the conditions mentioned above may also occur before the conclusion of the first instance. For instance, where the financial situation of the counterparty is deteriorating, the funder would terminate immediately. Indeed, even if the claim were successful, the insolvency of the counterparty would make it impossible or too difficult for the funder to receive the agreed reward.

The funded party must carefully assess how these clauses affect the contractual balance, in particular, whether it has sufficient means to settle the dispute in the event the funder terminates the funding agreement while the dispute is still pending.

On the contrary, if the subject matter of the funding agreement is in general the dispute and the latter **does not provide** for any right of termination at the end of each instance, the funder, according to Italian law, is obliged to finance the dispute in all its stages, unless one of the causes provided for by law for the termination of the agreement occurs (see question 2.3). However, the rule may be different if the contract is subject to a substantive law different from the Italian law.

5.8) What happens if a decision in favour of the funded is overturned?⁴¹

If the decision in favour of the funded party is **reformed** by the higher court, which rejects the claim of the funded party, and the **funding agreement** is still **in force**:

- the counterparty may ask the funded party to **repay any sums** it may have paid in execution of the judgment under appeal, including the premium received from the funder;
- the funder must return the **premium** received to the funded party.

The favorable judgment could also be reformed when the **funding agreement has been terminated**, for example because the funder has decided to terminate the agreement or because the agreement covered the funding of a single instance.

The parties should expressly regulate this possibility. In fact, in the lack of

⁴¹ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

any provisions in this regard in the contract, the other party can certainly ask the funded party to **repay anything** it may have paid in execution of the judgment under appeal, including the premium received from the funder, but it seems to be excluded that the funded party may ask the funder to repay the premium received.

5.9) In case during the proceedings the court orders the funded party to provide a security, who bears the costs of it? Is the security for costs admissible⁴²?

First of all, it is worth recalling that in the Italian civil justice system a court is not entitled to order a security for costs. In fact, the Constitutional Court declared the unconstitutionality of Article 98 Italian code of civil procedure, which provided such mechanism, with judgment of 29 November 1960, no. 69.

Moreover, litigation funding agreements, above all German ones, provide that in case the court has ordered a security – which, in Italy, cannot be the security for costs – such security **is borne by the funded party**, unless the judicial order was the consequence of the funder's conduct.

It might happen, though, that the funder, at the moment of the conclusion of the agreement, undertakes the full obligation to pay whatever security ordered by the court to the funded party. If no such provision is included in the contract, the obligation stands upon the funded party, given that it is the formal recipient of the order.

⁴² E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

SECTION VI

CONTENTS OF THE FUNDING AGREEMENT AND OBLIGATION OF THE FUNDED PARTY

6.1 Can the funded party choose the lawyer who will represent it in court? Can the funded party change the lawyer in the course of proceedings?⁴³

It is common for the funder to suggest to the funded party a certain number of lawyers from which it can choose the lawyer who will represent it in court. However, it is up to the funded party to **select a lawyer** who is **trustworthy** and protects its interests, which do not necessarily coincide with those of the funder. Often funding agreements provide that the lawyer chosen by the funded party can interact and collaborate with the funder⁴⁴ (e.g. by means of interviews, telephone calls and correspondence) against payment of an additional fee⁴⁵.

⁴³ I. GAMBOLI, English translation by E. EBAU.

⁴⁴ In this context, it should be noted that there are legal act such as the Hong Kong Code on the Third Party Funding in arbitration, in force since 1st February 2019, under which (see paragraph 2.9, points 1 and 2), also in terms of balancing the powers of the funder, the funding agreement must clearly establish that «the third party funder will not seek to influence the funded party or the funded party’s legal representative to give control or conduct of the arbitration or mediation to the third party funder except to the extent permitted by law; and the third party funder will not take any steps that cause or are likely to cause the funded party’s legal representative to act in breach of professional duties».

⁴⁵ See § 4. b. 2 Roland model agreement 2018 and § 3.4 Legial model agreement 2014. § 4.b.2 Roland model agreement 2018 is rubricated “Zusätzliche “ProFi-Gebühr” bis 1,0 RVG” and it refers to the relationship between the funder and the lawyer of the person entitled to the disputed right. As a result of this interaction with the funder, the lawyer may incur additional expenses subject to reimbursement. In particular, it is specified that «für den Rechtsanwalt des Anspruchsinhabers verursacht die Zusammenarbeit mit Roland einen zusätzlichen Aufwand. Roland zahlt in den Fällen, in denen das RVG Anwendung findet, neben den Kosten des Rechtsstreits einmalig eine zusätzliche 1,0 Gebühr (“ProFi-Gebühr”), falls der Anspruchsinhaber eine solche Gebühr bei Abschluss des Finanzierungsvertrags mit dem Anwalt vereinbart hat und diese Vereinbarung Roland bei Vertragsschluss vorliegt». On the same subject, see § 3.4 Legial model agreement 2014 whereby «für den dem Rechtsanwalt des Anspruchsinhabers durch die Einschaltung der Legial entstandenen zusätzlichen Aufwand erstattet die Legial dem Anspruchsinhaber einmalig für den

The lawyer can be changed during the course of the lawsuit. The parties to third party funding agreement may stipulate that the funded party shall be required to notify the funder of the replacement. The funded party remains obliged to inform the lawyer, to whom it intends to grant a new mandate or power of attorney, of the existence of the contract and the obligations arising from it.

6.2) What information on the pending dispute should be communicated to the funder? How often?⁴⁶

In general, the funding agreement takes a position on the matter, requiring the funded party to **inform** the funder of the **conduct of the proceedings**⁴⁷ and in relation to the **relevant circumstances** to the funding agreement.⁴⁸

In particular, even without an express request from the funder, the funded party is required to forward without delay the **acts** and/or **measures** of the court, as well as all the **pleadings**, both its own and those of the other party, complete with each respective **attachments**. The funded party is also required to inform the funder of any **settlement agreements** and/or **attempts at conciliation** made by the court⁴⁹. See also questions 8.4 and 8.5.

Significant circumstances for the purposes of the funding agreement include: **circumstances that modify or settle** the legal situation in the case at hand; factual or legal circumstances that may reduce the likelihood of success of

Rechtsstreit eine gesonderte 1,0 Gebühr gemäß RVG (bezogen auf den Streitwert des von der Legial finanzierten Prozesses), sofern der Anspruchsinhaber mit seinem Rechtsanwalt eine entsprechende Gebühr schriftlich vereinbart hat».

⁴⁶ I. GAMBOLI, English translation by E. EBAU.

⁴⁷ Some contracts provide for the funder to be informed of the conduct of proceedings also through the lawyer chosen by the funded party. See § 3.g Roland model agreement 2018, according to which «der Anspruchsinhaber wird über seinen Rechtsanwalt Roland laufend und unverzüglich über den Gang des Verfahrens informiert halten und Roland unaufgefordert alle Prozessunterlagen zusenden».

⁴⁸ See § 7.3 Legial model agreement 2014, according to which «der Anspruchsinhaber ist verpflichtet, die Legial – bei neuen Erkenntnissen auch fortlaufend – unaufgefordert und unverzüglich über sämtliche Umstände zu informieren, die für die Beurteilung und/oder Durchsetzung der streitigen Ansprüche von Bedeutung sind».

⁴⁹ See § 7.3.b Legial model agreement 2014, according to which «der Anspruchsinhaber stellt der Legial sämtliche ihm im Zusammenhang mit den Streitigen Ansprüchen zugänglichen Dokumente zur Verfügung, insbesondere sämtliche Schriftsätze nebst Anlagen, jegliche Verfügungen und Hinweise des Gerichts, alle Vergleichsangebote der Gegenseite und Vergleichsvorschläge des Gerichts».

the dispute or that entail the deterioration or loss of evidence; circumstances that may affect the amount of the costs of the proceedings; circumstances that indicate a worsening of the economic condition of the counterparty⁵⁰. Some funding agreements, in addition to imposing these information obligations on the funded party, also require that the latter **exempts** its lawyer from the **duty of confidentiality** towards the funder, so that the funder itself can freely and directly interact with the lawyer⁵¹. This clause is also allowed in our legal system, but the lawyer is exempted from the obligation of confidentiality only if the funded party gives him/her instructions to do so. If instructions are not provided, the funder shall be deemed to be in breach of contract.

6.3) Are reports between the funder and the funded party confidential? ⁵²

In the absence of a confidentiality clause, which always occurs in Anglo-American model contracts⁵³, and of a specific code of conduct for funders⁵⁴,

⁵⁰ Some contracts (see Roland model agreement 2018 § 9) admit that if circumstances arise that may lead to a different assessment of the procedural risk, the funder may terminate the contract beforehand.

⁵¹ In the German area, there are contractual models in which the funded party is obliged to release its lawyer from the duty of professional secret towards the funder (see, inter alia, § 3.f Roland model agreement 2018) in connection with the funded case, whereby «Bezüglich des finanzierten Prozesses einschließlich dessen Vorgeschichte entbindet der Anspruchsinhaber seinen Rechtsanwalt hiermit gegenüber Roland vollständig von der Schweigepflicht»). Article 9 of the Code of Conduct for Funders of England and Wales provides that: «The Funder will: take reasonable steps to ensure that the Funded Party shall have received independent advice on the terms of the LFA prior to its execution, which obligation shall be satisfied if the Funded Party confirms in writing to the Funder that the Funded Party has taken advice from the solicitor or barrister instructed in the dispute; 9.2 not take any steps that cause or are likely to cause the Funded Party’s solicitor or barrister to act in breach of their professional duties; 9.3 not seek to influence the Funded Party’s solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder».

⁵² E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, English translation by L. COPPO.

⁵³ See § 11 Roland model agreement 2018: «Confidentiality. The parties shall keep the fact and the content of this agreement confidential. Where disclosure of the agreement is deemed to be useful, the parties shall use their reasonable endeavours to reach agreement as to this fact. If the parties fail to reach such agreement, the duty of confidentiality shall continue. Roland’s right to disclose the assignment of the claims in accordance with paragraph 7 d) shall not be affected by this clause 11».

⁵⁴ The attorney-client privilege provided by the Lawyers’ Code of Conduct (Article 13) does

imposing such duty on the latter⁵⁵ as it is for lawyers⁵⁶, confidentiality could only be derived from the duty of **supplementary good faith**. In that case, the breach of such duty gives rise to contractual liability. Given the amount and the complexity of information required, it is advisable to provide expressly which aspects must remain confidential and how the duty of confidentiality should be coordinated with the duty of the funder-company to disclose information to its possible shareholders (see question 3.2). Naturally, the entering into force of the EU Regulation 679/2016, known as GDPR (General Data Protection Regulation) will raise the problem of coordinating what has just been illustrated with the new rules on the processing and circulation of data concerning natural persons.

6.4) Is the funded party obliged to allow the funder to inspect the case-file and extract a copy of the relevant documents?⁵⁷

The funder cannot access to the case-file without the consent of the funded party. However, some funding agreements require the funded party to **grant** the funder's request to **examine the case file** and **extract a copy** of the relevant documents⁵⁸.

Some contracts also provide that the funded parties must give instructions to

not apply to the funder but to the lawyer, who, in the interest of the client and the represented party, is bound to the strict observance of the client-attorney privilege and to keep confidentiality on facts and circumstances learned during the performance of his professional activity.

⁵⁵ See Article 7 Code of conduct of funders from England and Wales: «A Funder will observe the confidentiality of all information and documentation relating to the dispute to the extent that the law permits, and subject to the terms of any Confidentiality or Non-Disclosure Agreement agreed between the Funder and the Funded Party. For the avoidance of doubt, the Funder is responsible for the purposes of this Code for preserving confidentiality on behalf of any Funder's Subsidiary or Associated Entity».

⁵⁶ But see the clause provided in Roland, where the client expressly undertakes to release the lawyer from confidentiality duties: «Duty to release lawyer from duties of confidentiality. The Claimant hereby releases its lawyer from any duties of confidentiality as concerns communication and disclosure between the lawyer and Roland of information relating to the Claims and any previous history relating to the Claims».

⁵⁷ I. GAMBOLI, English translation by E. EBAU.

⁵⁸ On this point, please refer to the Roland model agreement 2018, § 3g, where it is stated that «der Anspruchsinhaber erteilt Roland in gesonderter Urkunde eine Vollmacht, solche behörden- oder Gerichtsakten einzusehen und sich hieraus Ablichtungen anzufertigen, welche die streitigen Ansprüche betreffen».

their legal representatives to inform the funder of the conduct of proceedings. On this point, see question 8.6.

6.5) Is the funded party obliged to allow a lawyer chosen by the funder to attend the hearings or attend the experts' activities?⁵⁹

Unless otherwise specifically agreed – in relation to which see also question 8.7 – the funded party shall not be required to agree to the participation of a **lawyer trusted by the funder** in the hearings or in the expert activities.

6.6) Can the funded party withdraw from the proceedings?⁶⁰

The withdrawal from the proceedings, when accepted by the summoned parties who may have an interest in prosecution, entails the **end** of the trial. Pursuant to Article 306 Italian code of civil procedure, declarations of withdrawal and acceptance are to be made by the parties or their legal representatives, at a hearing or by deeds signed and notified.

Funding model agreements generally state that the funded party may only withdraw from the proceedings with the **prior consent** of the funder, who has assumed the risks of the proceedings and may have an interest in continuing the trial.

If such an agreement is in force and the withdrawal is made by the funded party without the consent of the funder, the funded party will incur **liability** for breach of contract. The withdrawal, in any case, remains valid and effective towards the counterparty.

6.7) Can the funded party enter into an agreement with the counterparty to end the dispute?⁶¹

The funded party and the counterparty, by making mutual concessions by means of a settlement agreement, may settle the dispute well in advance of the outcome of the dispute (Article 1965 Italian civil code). They can also

⁵⁹ I. GAMBIOLO, English translation by E. EBAU.

⁶⁰ I. GAMBIOLO, English translation by E. EBAU.

⁶¹ I. GAMBIOLO, English translation by E. EBAU.

reach an agreement during the attempt at amicable settlement made by the court.

The funding model agreements generally subject this right to **consent** of the **funder**⁶². If such an agreement is in force and the withdrawal is made by the funded party without the consent of the funder, the funded party will incur liability for breach of contract. However, the settlement, in any case, remains valid and effective towards the counterparty and for the purposes of Article 1965 Italian civil code.

6.8) If the funded party is in the risk of being subject to an enforcement or insolvency procedure, should it promptly notify the funder?⁶³

The **parties may provide** in the contract that, if the funded party is expected to be subject to an insolvency or enforcement procedure, it must nevertheless **notify the funder**. Indeed, these procedures – such as the attachment of credit – could affect the controversial right and frustrate for the funder the realization of the right ascertained at the outcome of the financed dispute.

If the notice is not given, the funded party shall be liable for breach of contract.

6.9) If the funded party wins in the first instance and the counterparty performs, when does the funded party have to pay the funder its due percentage?⁶⁴

If the funded party wins at first instance and if the counterparty performs, the **funded party is obliged to pay** without delay the percentage that is due to the funder.

⁶² See § 8 Legial model agreement 2014 and § 9 Roland model agreement 2018 which also regulates cases of lack of agreement on acceptance of a proposed settlement or judicial conciliation.

⁶³ I. GAMBOLI, English translation by E. EBAU.

⁶⁴ I. GAMBOLI, English translation by E. EBAU.

SECTION VII

THE ITALIAN TRIAL

7.1) Is the party who benefits from a funding agreement obliged to disclose it in court?⁶⁵

Under Italian law, the parties **are not required to disclose** the agreements concluded with third parties to finance their dispute or those relating to the fee agreed with their lawyer.

7.2) Is the party who benefits from a funding agreement obliged to produce a copy in court? Can the exhibition be ordered?⁶⁶

The funded party is not required to produce a copy of the funding agreement in court.

If the counterparty asks to order the funded party the production of a copy of the funding agreement, the request would in all likelihood be rejected because, according to case law, the exhibition can only be ordered if the acquisition of a document is essential in order to prove the underlying facts of the case.

The production of the funding agreement, on the other hand, would be necessary in any dispute between the funder and the funded party concerning the fulfillment of the obligations arising from the agreement.

It should be noted that many funding agreements include **confidentiality agreements**, by virtue of which the parties (funder and funded party) undertake not to disclose the content of the contract to third parties, such as the counterparty⁶⁷.

⁶⁵ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

⁶⁶ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

⁶⁷ See, for example, the provisions of § 11 Roland model agreement 2018: «Confidentiality. The parties shall keep the fact and the content of this agreement confidential. Where disclosure of the agreement is deemed to be useful, the parties shall use their reasonable endeavours to reach agreement as to this fact. If the parties fail to reach such agreement, the duty of confidentiality shall continue. Roland's right to disclose the assignment of the claims in

Without prejudice to what has just been said, such an agreement, does not preclude the court from ordering the document to be produced. If an order of production is issued, the party that complies with it cannot be held liable for breach of the confidentiality agreement.

7.3) Can the correspondence between the funded party and the funder be disclosed in court?⁶⁸

Correspondence between the funded party and the funder is not covered by specific safeguards of confidentiality.

Where correspondence is not exchanged between the parties or between one of them and the other's lawyer, but between the **lawyers** assisting the funded party and the funder, it is up to the lawyers involved to classify it as 'confidential'. In this case, the current Article 48 Italian Lawyers' code of conduct prohibits the lawyer from producing it, reporting it in procedural records or reporting its content to court; the lawyer may not even give a copy to the assisted party. However, the prohibition is only a matter of ethics: if the document is produced in court, the judge may take it into account in the decision.

7.4) Is the funded party allowed to confession?⁶⁹

Each party⁷⁰ entitled to dispose of the substantial right under dispute⁷¹, thus also the funded party, is allowed to confession under Articles 2730 ff. Italian civil code. A confession, pursuant to Article 2730 Italian civil code is a declaration of knowledge consisting in the attestation of the truthfulness of a sets of facts favourable to the counterparty. In principle, a confession is conclusive evidence insofar as the needed legal requirements listed in Articles 2730 ff. Italian civil code are met.

Yet, given that:

accordance with paragraph 7d shall not be affected by this clause».

⁶⁸ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

⁶⁹ E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

⁷⁰ Please note that under Italian civil procedural law a party cannot be heard as a witness.

⁷¹ Please note that the subject matter of an Italian civil action shall consist in a substantial right.

- A) the funded party confessing circumstances which are unfavourable to himself/herself (but favourable to the counterparty) bears the risk to have the claim rejected on the merits;
 - B) German model funding agreements require the funded party to obtain prior consent from the funder for whatever procedural activity that entails the free control of the right claimed, as is the case,
- it can be concluded that, in principle and in accordance with most common litigation funding model agreements, a spontaneous confession of the funded party (Article 229 Italian code of civil procedure) requires the **prior consent of the funder**.

The same applies in case the funded party intends to confess during the so called formal examination (*'interrogatorio formale'*), under Article 230 Italian code of civil procedure. The funded party who fails to obtain the funder's consent, is in **breach of contract**. However, the evidentiary of the confession will not be affected by the lack of the funder's consent.

7.5) Is the funded party allowed to challenge the counterparty to an oath?⁷²

Each party entitled to dispose of the substantial right under dispute⁷³, thus also the funded party, is allowed to challenge the counterparty to an oath, within the limit established by Article 2739 Italian civil code. In principle, an oath is conclusive evidence insofar as the needed legal requirements listed in Articles 2739 ff. Italian civil code are met.

Yet, given that:

- A) if the counterparty swears an oath, such an oath will be conclusive evidence, and the funded party will therefore lose the case;
- B) German model funding agreements require the funded party to obtain prior consent from the funder for whatever procedural activity that entails the free control of the right claimed,

it can be concluded that, in principle and in accordance with most common litigation funding model agreements, the challenge of the counterparty to an oath by the funded party requires the **prior consent of the funder**.

A funded party failing to obtain the funder's consent, is in **breach of contract**. However, the evidentiary value of the oath will not be affected by the lack of the funder's consent.

⁷² E. D'ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

⁷³ As aforementioned, the subject matter of an Italian civil action shall consist in a substantial right.

7.6) Can those involved in the negotiation and implementation of the funding agreement refrain from being a witness?⁷⁴

Article 200 Italian code of criminal procedure and Article 249 Italian code of civil procedure, which refers to the former provision, allow **lawyers** to refuse to witness on what they have known by reason of their job. The lawyers who advise the funder and the funded party during the negotiations and implementation of the funding agreement are therefore **entitled** to refrain from being witnesses to the facts learned in the course of their duties.

There are no similar rules to protect the **parties** to the funding agreement. Therefore, it cannot be excluded that the funder or its representative is called upon to witness in a dispute between the funded party and the counterparty. In the same proceedings, on the contrary, the funded party cannot witness because it is a party to the proceedings.

7.7) Is the court entitled to order a third-party notice to the funder?⁷⁵

Pursuant to Article 107 Italian code of civil procedure, the court order of third-party notice is aimed at extending the bindingness of judgments towards third parties, as, after the third party notice has been issued, the “third party” becomes a “party” of the Italian civil proceedings. Without such procedural tool, the final judgment would remain *res inter alios acta* for the third party.

In case of litigation funding, the “bindingness” of the economic consequences of the final judgment towards the third-party funder is expressly provided by the agreement itself, so that a third-party notice to the funder, whose identity has been disclosed, seems to be unnecessary.

7.8) Is the funder entitled to file an application to join the action?⁷⁶

An application to join the action made by the funder should be qualified as a voluntary joinder to support the position of any existing party (“*intervento adesivo dipendente*”) under Article 105, paragraph 2, Italian code of civil

⁷⁴ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

⁷⁵ E. D’ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

⁷⁶ E. D’ALESSANDRO, English translation by L. COPPO.

procedure. A third party voluntarily joining the claim becomes a party of the proceedings, according to the Italian code of civil procedure.

As in the event of an unsuccessful outcome for the funded party, the funder has no right to obtain the agreed percentage, one could claim that he/she is entitled to join the proceedings to supply the funded party's procedural inaction.

However, it seems that, often, the funder's interest to join the action will lack. In fact, the funded party has the contractual duty to manage litigation diligently and to report progress. In the event of **procedural inactivity** of the latter, the funder can send him/her a **notice to perform** and, if the funded party persists, the funder is entitled to **terminate the contract**.

7.9) Can the funder be ordered to pay adverse costs?⁷⁷

No, if it does not intervene in court. Article 94 Italian code of civil procedure allows for the costs to be ordered only of certain categories of subjects other than the parties in a procedural sense⁷⁸, which do not include the funder: beneficiary heirs, tutors, trustees and those who represent or assist the party in court.

In the event of an unsuccessful outcome, the **funded party** shall be ordered to pay the costs. The funder will have to make available to the latter the sums necessary to cope with the order, as provided for in the funding agreement.

7.10) Can the lawyer of the funded party ask the court to order the award of his/ her own fees?⁷⁹

If the court **awards** the fees in favour of the lawyer of the successful party, the unsuccessful party must pay the reimbursement awarded in the judgment directly to the lawyer in question and not to the party defended by him/her. Article 93 Italian code of civil procedure allows lawyers to obtain the award of fees by simply **declaring** that they have not received the fee (in whole or in part) or that they have advanced fees, without the need for any further verification by the court. The existence of a funding agreement in itself does

⁷⁷ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

⁷⁸ *I.e.* those subjects who, as a rule, are required to pay the costs of the Italian proceedings.

⁷⁹ M. LUPANO, English translation by E. EBAU.

not preclude the lawyer from asking for it, especially since the lawyer is a third party to the agreement at issue, concluded between the funded party and the funder.

If the lawyer's statement is false or if he/ she is subsequently paid for by his/ her client or by the funder, the award order may be revoked in the form provided for the **correction of the judgments**, but only if the unsuccessful party does not pay the reimbursement.

Otherwise, if the counterparty has already paid the due amount, all that has to be done is to ask the lawyer to pay the client (or the funder, as the case may be) what he/ she has received.

On the contrary, if the counterparty's lawyer obtained the award of costs, the funder must pay to the former the sum awarded by the court.

SECTION VIII

THE LAWYER'S ROLE: DEONTOLOGY ISSUES

8.1) Who bears the funded party's attorney fees?⁸⁰

According to Article 23 Italian Lawyers' code of conduct, the mandate is conferred by the client or by a third party; therefore, **nothing prevents the funded party's lawyer from agreeing that his/her salary will be paid by a third party** (the funder) or from accepting the payment from a third party (the funder) without a specific agreement.

8.2) Is the funded party's legal representative allowed to freely agree with his/her client on the procedural strategy?⁸¹

The mandate must be performed by the lawyer in the exclusive interest of the represented party (Article 23 Italian Lawyers' code of conduct). Given this principle, **nothing prevents the lawyer from sharing the procedural strategy with his/her client** (the funder, if it is him who conferred the mandate), and he/she must do it freely.

8.3) Is the funded party's legal representative allowed to agree with the funder on the procedural strategy? In such case, would a clause providing a bonus for the lawyer be valid?⁸²

If the mandate is conferred directly by the funder, the party's legal representative has the duty to share the procedural strategy with it. Whereas, if the mandate is conferred by the funded party, which is more usual, nothing prevents the funded party from **asking its legal representative to share information about the procedural strategy** with the funder, as long as this

⁸⁰ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

⁸¹ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

⁸² M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

does not entail an infringement of the duties that the lawyers has towards the person he/she represents. A clause providing a **bonus** for the lawyer who shares the strategy with the funder appears to be valid.

8.4) Does the funded party's legal representative have the duty to periodically report the progress of the proceeding?⁸³

The duty to inform is towards the represented party and the client (Article 27 Italian Lawyers' code of conduct), so the answer is yes whenever the funder has conferred the mandate to his legal representative and can thus be qualified as his/her client.

8.5) What happens if the funded party's legal representative fails his/her duty to report progress?⁸⁴

The duty to report progress, of which the mode and deadlines must be specified by the parties in the funding agreement⁸⁵, belongs to the obligations of the funded party towards the funder (at least according to the most widespread foreign model contracts). In case of breach, the **funder will be entitled to terminate the contract**, even in the absence of an express termination clause, and to damages for contractual liability. Yet, given that the litigation funding agreement can be an atypical contract, parties are recom-

⁸³ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

⁸⁴ E. FERRANTE, S. VISCA, L. COPPO, M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

⁸⁵ In this direction, see Roland model agreement 2018, § 3g: «Duty to report progress. The Claimant shall inform Roland promptly and on an ongoing basis via its lawyer on the status of proceedings and shall send to Roland, promptly and without the need for Roland request it, copies of all documents in the proceedings. In addition, the claimant shall inform Roland, promptly and without the need for Roland to request it, of new circumstances which have come to light and which have an impact on the assessment of the merits or the validity of the claims or the legal costs risk. The claimant shall pass on these obligations to its lawyer. The claimant shall use all reasonable endeavours to ensure that any third parties which are within its control or associated to its company or otherwise associated with the claimant, will support the proceedings as set out above. The claimant agrees to execute a separate deed or power of attorney which shall entitle Roland to request and view official and/or court documents and to take copies thereof in as far as the documents relate to the claims».

mended to specify if, when and how the funded party must report progress to the funder⁸⁶.

8.6) Is the funded party's legal representative allowed to exhibit the case-file to the funder upon demand?⁸⁷

The answer is **undoubtedly yes** whenever the funder has conferred the mandate to the legal representative and can thus be qualified as his client. See question 6.4.

8.7) How should the funded party's legal representative behave if the funder requires one of his own representatives to take part to hearings and expert evaluations?⁸⁸

The **choice to let a representative of the funder take part to the proceeding cannot be imposed to the funded party's legal representative**; such a choice is admissible when the funder has conferred the mandate to the lawyer and thus can be qualified as his client.

8.8) Is a lawyer who had a previous intercourse with the funder entitled to represent the funded party?⁸⁹

According to the Italian Lawyers' code of conduct, the relationship with the client (in this case the funder) and the represented party is based on trust (Article 11, point 2), the lawyer is bound to confidentiality on facts and circumstances learned in the performance of his professional activity, both in

⁸⁶ In the Roland model agreement 2018, at 3j, for instance, we can read the following clause: «Consequences of breach of the claimant's obligations above. In the event of a breach of the above obligations, the claimant shall put Roland in the position that Roland would have been in, had the claims been successfully pursued. The claimant reserves the right to prove that the proceeds it would have made by pursuing the claims would have been less but for its breach of contract».

⁸⁷ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

⁸⁸ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

⁸⁹ M. ROSSOMANDO, English translation by L. COPPO.

and out of court (Article 13 Italian Lawyers' code of conduct) and the lawyer must **abstain from performing** such activity **when** this could lead to a **conflict of interests with the represented party and the client** (Article 24).

The answer to the question at issue **cannot be yes when the lawyer has assisted the funder in the negotiation of the litigation funding agreement with the funded party.**

A more careful assessment is needed when the lawyer has assisted the funder for issues that have nothing to do with the funded party; on one hand the two relationships would be independent and no overlapping of information could be envisaged; on the other hand, one must bear in mind that even if there is no link between the two activities, the lawyer must be and appear independent and free from any influence, otherwise the mandate can be revoked; anyway, the lawyer must disclose the circumstance at issue both to the funder and to the funded party (Article 24, point 4).

SECTION IX

ARBITRATION SEATED IN ITALY

9.1) Can the funded party choose the lawyer who will assist it in arbitration?⁹⁰

In principle, the **funded party shall be free to choose the lawyer** or the legal team which will assist the former in arbitration, in the same way as in proceedings before State courts (see Section XI).

Certainly, the funder, with the consent of the funded party, will be able to take part in strategic decisions in the management of the case. Typically, the funding agreement contains, in addition to consent, specific clauses governing the selection of the lawyer (for instance, a list of names submitted by the funder) and the litigation strategy to be taken. Therefore, the funding agreement provides for obligations of the funded party towards the funder on these particular aspects.

Some **issues** may arise in case of **conflicting views** (for instance reaching or not a settlement agreement, producing certain evidences).

For this reason, by entering into a funding agreement, specific guidelines on litigation strategy and on settlement should be drawn up, also as an annex to the contract (which is usually a standard adopted by the funder).

9.2) How is the party-appointed arbitrator chosen? ⁹¹

The **first step** is to check the **content of the arbitration agreement** and what is provided for as to the appointment of the arbitral tribunal. Assuming that the agreement itself or, in case of institutional arbitration, the pertaining rules of the arbitral institution, allow the party to appoint the arbitrator, the choice is up to the funded party. Nonetheless also in this case, the provisions of the previous paragraph on the funding agreement and the rules governing the obligations to involve the funder apply.

⁹⁰ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

⁹¹ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

9.3) Can the funder participate in an interview with the arbitrator preliminary to his/ her appointment?⁹²

In arbitration, more and more interviews are used to select the arbitrator or the panel of arbitrators. The methods and contents of these interviews are now subject to private regulation – for instance, the *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* – and to authors' comments. It is **likely** that the **funder will participate** in the interview, but **it is up to the arbitrator to decide** who will be attending the interview and who will ask the questions.

9.4) Can the funder share the names of potential arbitrators with the funded party?⁹³

Without prejudice to the fact that the final **choice** for the **nomination of the party arbitrator** shall be made by the **funded party**, **nothing shall prevent the funder from providing the funded party with a list of names of potential arbitrators** who, by virtue of their qualities and expertise, as well as the nature of the dispute, may be qualified to serve in that role.

9.5) Can the funder require the funded party to nominate a particular arbitrator?⁹⁴

In principle, the **nomination of the party arbitrator** must be made **freely by the funded party**. However, **nothing prevents** the parties from providing in the funding agreement that the nomination of the party arbitrator shall be **agreed with the funder**.

9.6) Can the party-nominated arbitrator be unaware of the existence of the funding agreement?⁹⁵

There is no specific legal requirement for the funder to notify the party-nomi-

⁹² C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

⁹³ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

⁹⁴ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

⁹⁵ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

nated arbitrator. However, **it is recommended that such disclosure is made immediately**, in order to put the arbitrator in a position to verify the existence of any conflicts of interest. It should be noted that principle A.1. of Chapter 4 of the *ICCA-Queen Mary Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration*, provides that: «A party and/or its representative should, on their own initiative, disclose the existence of a third-party funding arrangement and the identity of the funder to the arbitrators and the arbitral institution or appointing authority (if any), either as part of a first appearance or submission, or as soon as practicable after funding is provided or an arrangement to provide funding for the arbitration is entered into».

In arbitration, reference is often made to the *IBA Guidelines on conflicts of interest* (ed. 2014) which provide that the funder is to be considered a ‘party’ (Principle 6. (b)). Principle 7. (a) of the *Guidelines* requires the parties to declare the relationship between them (expressly including any funding entities) and the arbitrator: «A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration». The situations of incompatibility and conflict of interest provided for in the three lists of cases (red, orange and green) must be read and interpreted in the light of these two principles. Should the party overlook a possible relationship between the funder and the arbitrator until the latter has been actually identified, from then on the party has the means to verify whether there is a relationship between the two. It is not required by law to disclose it to the nominated arbitrator, but it is highly recommended, as already said, because it allows to verify the existence of conflicts of interest preventing the nomination (and the acceptance by the arbitrator) or merely of situations to be declared (also by the arbitrator) in the nomination (on the difference between those two situations see below).

9.7) Can the arbitral institution be unaware of the existence of the funding agreement?⁹⁶

In the **Italian code of civil procedure**, there is no specific legal obligation for the funded party to notify the arbitral institution, but the arbitral

⁹⁶ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

rules of the institutions can expressly regulate the matter, imposing a duty of disclosure.

In the international context, in addition to the aforementioned principle A.1. of Chapter 4 of the *ICCA-Queen Mary Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration*, it is pointed out that the subsequent principle A.2. states that: «Arbitrators and arbitral institutions have the authority to expressly request that the parties and their representatives disclose whether they are receiving support from a third-party funder and, if so, the identity of the funder».

Moreover, according to principle 7(a) of the *IBA Guidelines on conflicts of interest* (2014 Edition), referred to in the previous paragraph, the Party shall also inform the arbitral institution of any relationship between the funder and the arbitrator.

9.8) What are the duties of disclosure borne by the arbitrator with regard to the relationships with the funder?⁹⁷

The arbitrator shall be impartial and independent throughout the arbitration proceedings. The Italian code of civil procedure does not directly establish an explicit duty of disclosure upon the arbitrator⁹⁸, but Article 815 Italian code of civil procedure lists the circumstances under which a party may challenge the arbitrator, circumstances that affect the impartiality and independence of the arbitrator. In addition, Article 832 Italian code of civil procedure provides that arbitral institutions rules may introduce further cases of challenge.

It should be noted that arbitral institutions usually require the arbitrator to declare, by means of a specific declaration of independence and impartiality, the absence of conflicts of interest and to expressly exclude the existence of circumstances pursuant to Article 815 Italian code of civil procedure (and other cases if provided for in the applicable arbitration rules). In *ad hoc* arbitration, it is now common practice for arbitrators to write similar declarations.

There is no doubt that if the arbitrator has relations with the funder pursuant to Article 815 Italian code of civil procedure, he/ she cannot proceed with such a declaration of independence and impartiality and if

⁹⁷ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

⁹⁸ Article 61 Lawyers' code of conduct, which applies to lawyers who take on the role of arbitrator and which will be discussed below, provides for an obligation.

he/ she accepts the nomination, he/ she may be disqualified.

The requirements of independence and impartiality must be maintained during the course of the arbitration and therefore the arbitrator is under an obligation of constant monitoring. Whenever the arbitrator becomes aware, at any stage of the arbitration proceeding, of the involvement of a funder with whom he/ she has (or has had) relations that give rise to conflicts of interest, sanctioned by the procedural law applicable to arbitration, he/ she must give due and timely notice to enable the parties to react.

The parties are free to proceed with the challenge of the arbitrator or to waive the challenge (if the arbitration is in progress, the request for challenge pursuant to Article 815 Italian code of civil procedure must be filed within ten days from the date on which the party became aware of the circumstance).

In practice, if a conflict of interest arises such as to lead to a potential disqualification, the arbitrator will normally resign (Article 813-*ter* Italian code of civil procedure), before such a decision has been issued.

It should be noted that Article 61 Lawyers' code of conduct expressly provides for the duty of disclosure for lawyers appointed as arbitrators: «In any case, a lawyer shall inform the parties of any factual circumstances or particular professional relations with defending counsels that might affect his independence in order to obtain the consent of the parties before continuing». At the moment it cannot be confirmed whether or not this provision also extends to relations with a funder, *i.e.* whether it can be considered a “*factual circumstance*”.

In institutional arbitrations, reference is often made to the *IBA Guidelines on conflicts of interest* (2014 Edition), which provide that the arbitrator must declare possible situations that may raise doubts about his/ her impartiality and independence: «If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution (...)».

The principles set out in the *Guidelines on conflicts of interest* are stricter (and cover broader situations) than those set out in Article 815 Italian code of civil procedure, but also the *Guidelines* make a distinction: after setting out the principles, the concrete cases are divided into three non-exhaustive lists (red, orange and green) and the most critical situations, the red list, are in turn divided between waivable by the parties and non-waivable. The *Guidelines* therefore provide for certain circumstances in which the arbitrator cannot accept the nomination (the cases of the Red List that are non-waivable) and those in which the arbitrator can accept the nomination, presenting the disclosure: then it will be up to the parties (or to the arbitral institution) to decide whether or not to confirm the arbitrator. In light of the increasingly

widespread application of the *Guidelines* (even state judges take them as a reference), in institutional arbitrations, arbitrators are invited to declare also doubtful situations, which may *prima facie* not fall under the list set forth by Article 815 Italian code of civil procedure, in order to avoid promptly any possible exploitation, so as to protect the arbitrator, the proceedings and the award from subsequent initiatives of the losing party.

9.9) Can the arbitrator have ex parte communications with the funder of the funded party who nominated him/ her? ⁹⁹

The **arbitrator cannot have unilateral contacts with a party**. This principle applies especially with regard to any *ex parte* contacts of the arbitrator with the funder. This could also constitute a breach by the arbitrator of the confidentiality obligations arising from the applicable arbitration rules or from confidentiality agreements between the parties. However, it should be noted that the *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* make clear that *ex parte* contacts are possible in order to select the chairman of the arbitral tribunal. In practice, such contacts are considered admissible.

⁹⁹ C. MARTINETTI, N. LANDI, English translation by E. EBAU.

