Molte le perplessità degli avvocati sulla norma del dl Dignità in materia di sponsorizzazioni

Giochi, lo stop alla pubblicità nel mirino dei giuristi

Pagine a cura di **Antonio Ranalli**

Lo stop alla pubblicità sui giochi trova un ampio consensi, dal punto di vista sociale, per le sue finalità di lotta alle ludopatie; i legali che si occupano del settore, però, pur riconoscendo la validità degli obiettivi, rilevano che il testo del Decreto dignità, che ha introdotto il divieto, presenta alcune criticità che, soprattutto sul fronte delle sponsorizzazioni sportive, può lasciare adito al contenzioso.

Lo scorso 14 luglio è entrato in vigore il dl 87/2018 (c.d. «Decreto Dignità»), successivamente convertito in legge il 9 agosto, che, oltre a prevedere disposizioni in materia di lavoro e impresa, interviene nel settore del gioco d'azzardo. In particolare, l'art. 9 del dl, inserito nel capo III rubricato «Misure per il contrasto alla ludopatia», vieta ogni forma di pubblicità relativa a gioco d'azzardo o scommesse da parte degli operatori di gioco. In questo divieto sono incluse «qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro, comunque effettuata e su qualunque mezzo, incluse le

Barbara Sartori

manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e dai canali informatici, digitali e telematici, compresi i social media).

«Le disposizioni del Decreto dignità, che introducono il divieto di pubblicità, presentano numerose criticità e aree grigie», dice **Barbara Sartori**, partner di ***Cba***, «le principali perplessità attengono al fatto che la misura in commento rischia di favorire e rafforzare il gioco illegale, rispetto a quello legale. Il timore è che, in assenza di alcun coordinamento rispetto alle misure a contrasto del gioco illegale introdotte dall'art. 4, legge n. 401/1989 e dalla legge finanziaria per il 2007, non sia concretamente possibile contrastare la pubblicità che venisse attuata, in spregio al Decreto dignità, dagli operatori illegali, la maggior parte dei quali opera proprio online, attraverso complicate strutture societarie «a scatole cinesi» dietro le quali opera la malavita organizzata. Agendo nell'illegalità totale, queste organizzazioni criminali non si faranno certo scrupoli a violare il divieto di pubblicità ed acquisiranno in tal modo un ulteriore vantaggio competitivo rispetto agli operatori leciti, tracciati, monitorati e dunque più facilmente aggredibili. Ancora», aggiunge Sartori, «cercando di delineare il perimetro di applicazione della norma al gioco on line, se da un lato è pacifico

Nicolle Purificati

che sia illecito il posizionamento su siti di terzi di banner pubblicitari o rimandi diretti ai siti di società di gioco, dall'altro lato è dubbio cosa possa o non possa essere pubblicato sui siti degli stessi operatori di gioco, posto che – nell'ambiente online in particolare – la linea di demarcazione tra illustrazione delle modalità di gioco e promozione dello stesso è piuttosto sottile».

«L'assolutezza del nuovo divieto», spiega l'avvocato **Nicolle Purificati**, dello ***Studio legale Marini*** «che fa salve le sole lotterie nazionali, le manifestazioni di sorte locali e i loghi sul gioco sicuro e responsabile dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli – è solo parzialmente mitigata da una norma transitoria, per i contratti di pubblicità già oggi in corso di esecuzione: questi restano assoggettati alla disciplina precedente fino alla loro scadenza naturale, e comunque per non oltre un anno dall'entrata in vigore del decreto. L'art. 9 del dl n. 87 del 2018 fa un salto di qualità dal momento in cui trasforma una serie di limitazioni specifiche, per quanto estese, in un divieto assoluto; ciò apre una serie di questioni problematiche da non sottovalutare. Il primo ordine di criticità riguarda la potenziale efficacia della previsione. Infatti, in un contesto segnato dalla proliferazione di siti e altre forme di erogazione del gioco illegale (se ne contano più di 7 mila nella black-list dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli), contro cui i controlli e i meccanismi sanzionatori finora messi in campo hanno registrato scarso successo, il rischio concreto è quello di penalizzare gli operatori che operano nella legalità, senza

Fabio Ferraro

corrispondenti benefici per i giocatori, comunque esposti alle comunicazioni degli operatori illegali, difficilmente aggredibili. Assai rilevante è poi una seconda problematica, purtroppo nient'affatto sconosciuta al nostro ordinamento: quella della frustrazione del legittimo affidamento degli operatori economici del settore: il legislatore entra a gamba tesa sui contratti in essere – pur con una clausola di parziale salvaguardia – e cambia in modo radicale le regole del gioco, soprattutto per quanti abbiano già investito tempo e risorse per partecipare ai nuovi bandi per le concessioni, indetti dal 2016 in poi. Peraltro, va rilevato come il divieto di pubblicità e sponsorizzazione incida in misura particolare sugli operatori del gioco online, sui cui servizi, dematerializzati e privi di supporto fisico, viene proiettato un denso cono d'ombra».

«Al di là dell'obbligo o meno di notifica alla Commissione europea, il nuovo regime solleva tre distinte questioni di legittimità», dice **Fabio Ferraro**, partner di ***De Berti Jacchia***: «In primo luogo, occorre interrogarsi se il divieto assoluto sia in grado di superare il test di proporzionalità. Tale divieto presenta qualche affinità con quello concernente la pubblicità per servizi di cura del cavo orale e dei denti, che è stato giudicato dalla Corte di giustizia in contrasto con la libera prestazione di servizi, in quanto l'obiettivo di tutela della salute può essere perseguito mediante misure meno restrittive, ossia disciplinare, sia pure in modo rigoroso, le forme e le modalità che possono validamente assumere i mezzi di comunicazione anziché vietare in modo generale e assoluto ogni forma di pubblicità. La stessa Raccomandazione della Commissione del 2014 aveva riconosciuto che le comunicazioni commerciali possono svolgere un ruolo importante nell'orientare i consumatori verso offerte lecite e controllate, fornendo informazioni corrette sul gioco d'azzardo e sui suoi rischi».

«Un'altra zona d'ombra», aggiunge Ferraro, «concerne l'introduzione di un sistema dualistico di regolamentazione della pubblicità: divieto assoluto e generale per i giochi e le scommesse, da un lato, e possibilità di utilizzare lo strumento pubblicitario per la Lotteria Italia e altri giochi, dall'altro. Viene naturale domandarsi se l'obiettivo di prevenzione dell'incitamento a spese eccessive legate al gioco e di lotta contro la dipendenza venga perseguito in modo coerente e sistematico. Tanto più che il disegno legge di bilancio estende l'esenzione dal divieto di pubblicità alla c.d. lotteria

Gianluigi Marino

degli scontrini, trascurando di considerare che la patologia da shopping compulsivo rientra nella classifica dei disturbi da assuefazione dell'Oms. In ultima analisi, non è del tutto chiara la disciplina transitoria per i contratti di pubblicità».

«La tecnica legislativa dell'articolo 9 del Decreto dignità «non è delle migliori», spiega **Gianluigi Marino**, partner di ***Osborne Clarke***, «con l'intento di estendere il più possibile il perimetro oggettivo della norma e quindi ricomprendere ogni possibile forma pubblicitaria, il legislatore fa un lungo elenco di diverse fattispecie. In casi come questi, non si è mai certi se l'elenco sia esaustivo o esemplificativo. In altre parole, ciò che non è menzionato è davvero escluso?

Al di là della tecnica legislativa, lo scorso luglio si sono posti seri problemi interpretativi rispetto alla deroga di massimo un anno prevista circa i contratti di pubblicità già in essere alla data di entrata in vigore del Decreto dignità. Capita infatti che la pubblicità erogata tramite le piattaforme online sia disciplinata da condizioni generali applicabili in caso vengano effettivamente inoltrati degli ordini e poi da singoli ordini. Questi ordini possono anche essere effettuati tramite cosiddetti *self-booking tool*. Le condizioni generali dovrebbero essere considerate come la cornice normativa che si applica alle parti solo in caso di inoltro di ordini e, comunque, secondo le specifiche indicate nell'ordine. In ipotesi, potrebbe anche non esserci mai alcun ordine. In un caso come questo, il contratto di pubblicità in essere cui si riferisce la norma sarebbero le condizioni generali o i singoli ordini? Di conseguenza per capire se si rientra nella deroga o meno bisogna fare riferimento al momento della sottoscrizione delle condizioni generali oppure dei singoli ordini? L'interpretazione della norma su questo punto, come si può intuire, non è a costo zero».

«Ma non è tutto», spiega l'avvocato **Davide De Lungo**, «l'art. 9 del «decreto Dignità» pone anche problematiche più generali, in prospettiva de iure condendo. L'alluvionale sovrapposizione di norme statali e regionali, oltre alla cospicua giurisprudenza (specie amministrativa, ma anche costituzionale) formatasi in materia, impone un intervento organico di razionalizzazione e riforma del settore dei giochi.

Davide De Lungo

Oggi, quanto di più vicino esiste a un framework unitario è l'intesa raggiunta in sede di Conferenza stato-regioni il 7 settembre 2017, che prefigura: il dimezzamento dei punti di vendita del gioco pubblico e la riduzione degli apparecchi entro tre anni; l'irrigidimento del regime delle licenze e dei controlli; la definizione di un quadro unitario circa i criteri di distribuzione temporale e territoriale del gioco, attualmente atomizzati in una moltitudine di norme regionali e locali che contemplano orari d'interruzione del gioco e distanziometri disparati e molto pervasivi, puntualmente oggetto di contenzioso. Ma, come si vede, si tratta di linee programmatiche ancora generiche, tutte da declinare in concreto, e parziali, in quanto per lo più dedicate al gioco «fisico», alle slot machine e alle vlt. La necessità di un intervento sistemico

Uno degli effetti del divieto sarà la crescita dell'illegalità

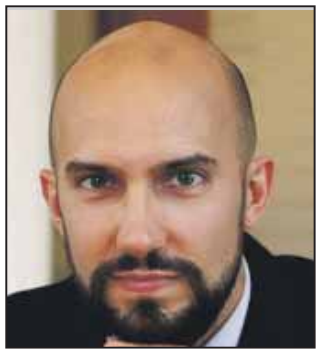
è condivisa dallo stesso legislatore: proprio l'art. 9 del decreto Dignità impegna il Governo entro sei mesi a proporre una riforma complessiva in materia di giochi pubblici in modo «da assicurare l'eliminazione dei rischi connessi al disturbo da gioco d'azzardo e contrastare il gioco illegale e le frodi a danno dell'erario, e comunque tale da garantire almeno l'invarianza delle corrispondenti entrate».

Valeria Spagnoletti Zeuli

Impegno che non pare privo di difficoltà, pretendendosi di contrastare la ludopatia e, al contempo, di mantenere o addirittura aumentare le entrate per l'erario: il che non può non destare un certo allarme per gli operatori privati, che potrebbero essere chiamati, più di quanto già non avvenga, a sostenere il gettito di tasca propria».

«Dal 2019», prosegue **Valeria Spagnoletti Zeuli**, associate partner di ***Rödl & Partner***, «oltre al divieto della pubblicità del gioco in quanto tale, saranno vietate anche le sponsorizzazioni, comprese le citazioni visive mediante riproduzione di marchi e loghi, finalizzate alla loro diffusione fra il pubblico. Questo divieto si prevede impatterà prevalentemente nell'ambito calcistico, considerato che la maggior parte delle squadre del campionato italiano risultano ad oggi sponsorizzate proprio da operatori del settore giochi e scommesse. L'inosservanza del divieto comporta a carico del soggetto committente, del proprietario del mezzo o del sito di diffusione o di destinazione e dell'organizzatore della manifestazione, evento o attività sanzioni amministrative di importo pari al 20% del valore della sponsorizzazione o della pubblicità (percentuale aumentata in sede di conversione rispetto al 5% inizialmente previsto) e in ogni caso, per ogni violazione, non inferiore a 50 mila euro». Dalla lettura della norma emerge un'incongruenza nel ragionamento posto alla base del divieto, ovvero il contrasto al gioco d'azzardo. «L'art. 721 del codice penale», prosegue Spagnoletti Zeuli, «qualifica come giochi d'azzardo quelli nei quali ricorre il fine di lucro e la vincita o la perdita è interamente o quasi interamente aleatoria. Sorge quindi spontaneo domandarsi per quale ragione il legislatore, intervenendo in modo così incisivo nel settore, abbia voluto espressamente escludere dal divieto previsto nel Decreto dignità, alcune specifiche forme di gioco (d'azzardo, secondo la definizione codicistica), come appunto i giochi con vincita in denaro differita, ovvero il lotto nelle sue varie declinazioni, e il gratta e vinci, che consentono di rischiare e perdere denaro, oltre che creare dipendenza, come sostenuto numerosi studiosi del fenomeno del gambling. Peraltro, con riferimento a tali forme di gioco alcuni studi, evidenziano il pericolo insito in un'offerta di gioco apparentemente innocua e facilmente accessibile, tuttavia in grado creare vere e proprie forme di ludopatia che nelle declinazioni più gravi compromette gravemente la sfera finanziaria, relazionale e psicologica dei giocatori».

Criticità anche dal punto di vista della sintassi. «Si evidenzia una certa imprecisione nella tecnica normativa utilizzata, che potrebbe generare incertezze interpretative in sede di applicazione, e quindi un effetto ulteriormente depressivo sul mercato del betting», spiega **Nicola Traverso,** senior associate di ***Lexant***, «Innanzitutto, occorrerà valutare il coordinamento tra il divieto generico ed assoluto stabilito dal Decreto dignità rispetto alla disciplina previgente (legge 208/2015 «legge di Stabilità 2016»), la quale



Nicola Traverso

escludeva espressamente dai divieti «le forme di comunicazione indiretta derivanti dalle sponsorizzazioni nei settori della cultura, della ricerca, dello sport, nonché nei settori della sanità e dell'assistenza» (art. 1, comma 939). Non è chiaro infatti se le previgenti esclusioni costituiscano *lex specialis* rispetto al divieto assoluto del decreto dignità (e quindi le pubblicità in tali settori rimangano legittime) oppure siano divenute *contra legem* al pari di tutte le altre non specificate. In secondo luogo, l'art. 9, comma 1 seconda parte, si distingue per un tenore testuale non così limpido, per via della scelta di utilizzare un elenco esemplificativo per delineare le sponsorizzazioni che dall'1/1/2019 saranno vietate. Sebbene sia chiaro l'intento omnicomprensivo del Legislatore, la mancanza di una descrizione specifica e puntuale potrebbe causare incertezze sulle casistiche borderline che le imprese e il mercato verosimilmente produrranno per cercare spazi di legittimità tra le maglie di quell'elenco. Infine, la scelta lessicale utilizzata per il regime transitorio previsto dal comma 5 dell'art. 9 è foriero di altre incertezze interpretative, o quantomeno di distorsioni applicative, nella misura in cui fa riferimento ai «contratti in corso di esecuzione» per stabilire che fino alla loro scadenza e comunque non oltre un anno dall'entrata in vigore del dl (cioè fino al 14/7/2019 al massimo) agli stessi continuerà ad applicarsi la disciplina previgente (in sostanza, il Decreto Balduzzi del 2012 e la legge di Stabilità 2016)».

Per l'avvocato **Giovanni Galoppi**, dello ***Studio legale Galoppi & Partners*** le misure adottate per il contrasto del disturbo da gioco d'azzardo, contenute nell'art. 9 del dl n. 87/2018 appaiono «a prima vista, chiare e lapidarie, atteso che è stata categoricamente esclusa ogni forma di pubblicità diretta ed indiretta relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro. Se sotto il profilo sociologico e clinico l'intento è certamente condivisibile, ossia tentare di arginare un fenomeno sempre più dilagante, che porta alla rovina, non solo economica, un numero considerevole di individui e le loro famiglie, finendo per intaccarne i risparmi, non può che destare qualche perplessità il «metodo» adottato, forse poco sinergico e con qualche incongruenza più o meno evidente. Sotto tale profilo, infatti, la pubblicità, regolamentata e riservata esclusivamente a operatori titolari di concessione, è (stata) indubbiamente un veicolo di comunicazione commerciale ma, ed è questo il punto fondamentale, contribuisce in modo determinante a segnare un varco profondo fra legalità e illegalità».

Secondo Galoppi «in totale assenza di pubblicità, la domanda di gioco verrebbe rivolta a operatori illegali, aggravando le conseguenze negative sul

Giovanni Galoppi

piano sociale ed economico del gioco – in particolare di quello patologico – in quanto il giocatore si troverebbe ad essere meno garantito e tutelato, incorrendo in un maggiore rischio di frode. Google continua a mostrare, tra i risultati delle ricerche, anche gli annunci di siti di scommesse o di casinò online; semplicemente ha smesso di mostrare la pubblicità dei siti di gaming online che operano con una licenza – la famosa «licenza AAMS»- e al suo posto mostra la pubblicità di tutti quei siti in possesso di una licenza internazionale. Gli operatori che negli anni hanno investito con l'acquisto di una licenza vedrebbero quindi venir meno un elemento fondamentale per distinguerli da operatori fuori norma e potrebbero decidere, o sarebbero costretti, quindi, ad uscire completamente dal mercato».

«In relazione all'impatto derivante dall'introduzione di tale obbligo non si può trascurare il rischio concreto che gli operatori già presenti sul mercato, e che

Alessandro Greco

nel tempo sono stati in grado di acquisire una posizione di leadership sul mercato, possano registrare l'aumento della propria quota di mercato, a scapito dell'ingresso di nuovi operatori o della permanenza nel mercato di quelli di dimensioni più ridotte», afferma **Alessandro Greco**, partner responsabile del dipartimento di diritto comunitario, della concorrenza e regolazione dei mercati di ***Eversheds Sutherland***, «questo effetto potrebbe avere conseguenza rilevanti in particolare sugli operatori nuovi entranti sul mercato italiano che hanno deciso di partecipare alla nuova procedura di aggiudicazione di concessioni per il gioco a distanza ai sensi della legge di Bilancio del 2015, tuttora in corso, privandoli della possibilità di farsi conoscere dal pubblico, a differenza degli altri già presenti i cui brand sono già riconoscibili dai consumatori. Sul punto alcuni operatori minori hanno già annunciato di essersi rivolti alla Commissione Europea sostenendo che tale nuovo obbligo potrebbe essere in grado di violare la normativa europea in materia di aiuti di Stato.

Inoltre, un ulteriore rischio potrebbe derivare dalla limitata (se non del tutto assente) possibilità per i consumatori di riconoscere gli operatori non autorizzati – a cui è sempre stato vietato pubblicizzare i rispettivi servizi offerti – da quelli autorizzati, determinando un controproducente rischio concreto di spostamento della domanda a favore del mercato nero. Lo strumento pubblicitario, infatti, rappresenta l'unico mezzo attraverso il quale gli operatori autorizzati possono farsi conoscere e riconoscere dai consumatori, distinguendosi così dagli operatori non autorizzati e quindi illegali. Per questa ragione, la Commissione Ue è intervenuta sul tema per raccomandare ai paesi membri che la normativa nazionale in materia di pubblicità del gioco d'azzardo risultasse contenuta e strettamente limitata a quanto necessario al fine di canalizzare i consumatori verso le reti di gioco controllate».

In sede di conversione del decreto è stato inserito nell'articolo 9 un nuovo comma 6-bis, in forza del quale il governo dovrà proporre, entro metà febbraio 2019 (ossia, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione), una riforma complessiva in materia di giochi pubblici in modo da assicurare l'eliminazione dei rischi connessi al disturbo del gioco d'azzardo; contrastare il gioco illegale e le frodi ai danni dell'erario; e comunque garantire almeno l'invarianza delle corrispondenti entrate. «Ci si è chiesto come sia possibile conciliare il divieto di qualsiasi forma di «pubblicità indiretta» con gli obblighi assunti dai concessionari di giochi pubblici a distanza nei relativi atti di convenzione sottoscritti con l'Agenzia delle dogane e dei monopoli», afferma **Rodolfo La Rosa**, counsel di ***Baker McKenzie***, «in materia di svolgimento delle attività di commercializzazione dei giochi esclusivamente mediante i canali di comunicazione a distanza prescelti, di informazione ai consumatori e di promozione del gioco sicuro, legale e re-

Rodolfo La Rosa

sponsabile. Ad esempio, quali sono le informazioni e i contenuti che i concessionari possono oggi mettere a disposizione nei loro siti ovvero inviare via e-mail agli utenti registrati? E le campagne istituzionali di comunicazione e informazione sul gioco legale sono da considerarsi oggi consentite? In altre parole, una delle esigenze che sembra aver già chiaramente indicato il mercato è che venga definito qual è il confine fra le attività di diffusione di materiale informativo ai consumatori finalizzato a garantire un accesso regolare e consapevole ai giochi con vincita in denaro in circuiti controllati (che dovrebbero essere e restare lecite) e le strategie di pubblicità «indiretta» che mirano a sollecitare la partecipazione attiva a tali giochi (e che, nello spirito del provvedimento, potrebbero invece ricadere nel divieto assoluto)».

© Riproduzione riservata

Supplemento a cura di ROBERTO MILIACCA
rmiliacca@class.it
e GIANNI MACHEDA
gmacheda@class.it