

Numero 00089/2025 e data 30/01/2025 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 28 gennaio 2025

NUMERO AFFARE 00031/2025

OGGETTO:

Ministero dell'economia e delle finanze.

Schema di decreto ministeriale relativo alle disposizioni per il procedimento di accertamento, contestazione e irrogazione delle penali convenzionali da attribuire al

concessionario di gioco per inadempienza. Art. 8, co. 3, d. lgs. n. 41 del 2024;

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 661 del 9 gennaio 2025, con la quale il Ministero dell'economia e delle finanze ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Daniele Ravenna;

Premesso:

1.- Il Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero dell'economia e delle finanze – Finanze ha inviato, con nota prot. n. 661 del 9 gennaio 2025, la richiesta di parere sull'atto indicato in oggetto.

Alla nota sono allegati:

- il testo dello schema, unitamente alla relazione illustrativa e alla relazione tecnico-normativa, recanti la “bollinatura”;
- la nota prot. n. 787702 del 19 dicembre 2024 dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli, illustrativa dello schema, firmata dal Direttore dell’Agenzia e recante la sottoscrizione del Ministro che ne autorizza la trasmissione al Consiglio di Stato per il parere;
- la nota prot. n. 270292 del 23 dicembre 2024 del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato che, nel restituire testo, relazione illustrativa e relazione tecnica bollinati, ha comunicato di non avere osservazioni da formulare in ordine all’ulteriore corso del provvedimento;
- la relazione di AIR.

Con successiva nota prot. n. 1328 del 13 gennaio 2024, il Capo dell’Ufficio legislativo del Ministero dell’economia e delle finanze – Finanze ha inoltrato la nota del Nucleo di valutazione del DAGL (NUVIR), prot. n. VII 25/04 del 13 gennaio 2025, concernente l’esito della verifica della relazione AIR.

Il NUVIR, nella nota indicata, esprime la valutazione che l’attività di analisi, così come rendicontata nella relazione di AIR, risulta adeguata, osservando peraltro che le integrazioni apportate dall’Amministrazione richiedente alla prima stesura della relazione non danno conto degli argomenti evidenziati in una precedente nota del NUVIR. Viene rilevato, in particolare, come un adeguato approfondimento sulla numerosità del contenzioso e sulla situazione delle sanzioni avrebbe aiutato a identificare in modo puntuale le specifiche problematiche in ordine alle quali le disposizioni dell’intervento di regolazione intenderebbero proporre una soluzione operativa.

2.- La relazione illustrativa ricorda che il decreto legislativo 25 marzo 2024, n. 41, concernente disposizioni in materia di riordino del settore dei giochi, a partire da quelli a distanza, emanato in prima parziale attuazione della delega prevista dall'articolo 15 della legge 9 agosto 2023, n. 111, prevede all'articolo 8 che: *“Gli schemi di convenzione relativi alle concessioni per la raccolta a distanza dei giochi pubblici affidate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto contengono clausole relative a penali contrattuali predisposte, oltre che nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, non automaticità, nonché di gradualità in funzione della gravità dell'inadempimento, tenendo conto ... [di specifiche] condizioni minime”*.

Il medesimo articolo, al successivo comma 3, stabilisce che *“Con regolamento sono stabilite le disposizioni di attuazione del presente articolo, incluse quelle relative al procedimento di accertamento, contestazione e irrogazione delle penali convenzionali, di partecipazione e contraddittorio nell'ambito di tale procedimento, nonché per la precisa individuazione dei criteri e dei dati adottati nella determinazione del valore complessivo della penale”*.

Nell'art. 2, comma 1, lett. t), del citato decreto legislativo viene chiarito che per regolamento si intende *“regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze adottato, su proposta dell'Agenzia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400”*.

Lo schema sottoposto per il parere, in attuazione della predetta previsione, procede, quindi, a regolamentare il procedimento di accertamento, contestazione e irrogazione delle penali convenzionali, nonché le modalità di partecipazione e contraddittorio nell'ambito di tale procedimento e a indicare i

criteri e i dati necessari alla precisa individuazione del valore complessivo della penale da irrogare.

La relazione illustrativa – cui si rinvia per una più analitica esposizione - enuncia quindi il contenuto dei 5 articoli di cui consiste lo schema.

In particolare, l'articolo 1 definisce l'ambito di applicazione della disposizione.

L'articolo 2 stabilisce la tipologia degli inadempimenti che danno luogo a penali convenzionali e la metodologia di definizione delle penali stesse.

L'articolo 3 detta i criteri per l'individuazione della penale concretamente applicabile al singolo inadempimento.

L'articolo 4 disciplina il procedimento di accertamento, contestazione e irrogazione delle penali convenzionali.

L'articolo 5 definisce i termini di entrata in vigore del decreto.

La relazione di AIR, segnalata la rilevanza dello schema in esame in vista della prossima gara per il rilascio delle concessioni per il gioco a distanza (al par. 2.2 si rappresenta che le concessioni in essere sono scadute il 31 dicembre 2024), afferma che, nei diversi cicli di concessioni succedutisi, l'elaborazione e l'applicazione delle penali sono avvenute sulla base di prassi consolidate, senza peraltro prevedere criteri specifici di applicazione che fossero conoscibili da parte degli operatori fin dal momento dell'assegnazione della concessione. In materia – rappresenta la relazione - si è prodotto un contenzioso (sul quale peraltro, come rilevato dal NUVIR, la relazione di AIR non offre dati quantitativi) che ha investito molteplici profili della materia, pur essendosi sempre concluso con il riconoscimento delle ragioni dell'Agenzia; in particolare, la relazione afferma che *“l'incertezza e la lacunosità di alcune procedure hanno aumentato la litigiosità e accresciuto le tempistiche di*

concreta riscossione delle penali.” Lo schema in esame mira pertanto a risolvere i predetti problemi fornendo risposte alle specifiche questioni segnalate.

Considerato:

3.- La Sezione in primo luogo deve rilevare che, sul solco di innumerevoli ma non per ciò condivisibili precedenti, la relazione illustrativa è limitata principalmente a una esposizione del fondamento normativo legittimante l'adozione dello schema in esame e alla parafrasi del contenuto dei singoli articoli, senza fornire maggiori elementi in ordine alle motivazioni sottostanti alle scelte compiute dall'Amministrazione nella redazione del testo.

La Sezione prende, inoltre, atto che il NUVIR, pur concludendo per la adeguatezza della seconda stesura della relazione di AIR, ha rimarcato che questa presenta lacune relativamente a dati che si sarebbero rilevati utili anche ai fini del presente parere.

4.- Ciò premesso, la Sezione deve sospendere l'espressione del parere, per la ragione che segue.

L'articolo 4 (“Procedimento di accertamento, contestazione e irrogazione delle penali convenzionali”) prevede fra l'altro, al comma 2, lettera b), che l'Agenzia proceda all'accertamento degli inadempimenti da parte dei concessionari tramite la *“analisi dei dati presenti nelle banche dati del partner tecnologico Sogei S.p.A, nel sistema centralizzato o nel sistema del concessionario, qualora l'adempimento convenzionale consista nello svolgimento di specifiche operazioni, attività o nell'adozione di specifiche regole tecniche o procedure informatiche, misurabili tramite gli applicativi di controllo all'uopo predisposti”*. Analogamente, il comma 3 prevede che l'Agenzia possa effettuare

la rilevazione dei livelli di servizio - ai fini della contestazione dell'irrogazione delle penali collegate ai livelli di servizio stessi – anche sulla base dei dati presenti sul sistema del concessionario.

In mancanza di chiarimenti sul punto da parte della relazione illustrativa, l'accesso al sistema del concessionario da parte dell'Agenzia così prefigurato appare suscettibile di implicare (o comunque non esclude) che l'Agenzia possa accedere anche ai dati personali relativi ai singoli utenti del gioco *on line*, detenuti dai concessionari. Che i concessionari detengano dati personali rilevanti di quanti accedono ai giochi *on line* appare del resto confermato, a titolo di esempio, da quanto indicato sul sito <https://www.giocodellotto-online.it>, ove una società titolare della concessione per l'esercizio del gioco del lotto automatizzato informa che, per l'instaurazione e la gestione del rapporto contrattuale con l'utente interessato all'apertura di un conto di gioco, la società stessa è titolare del trattamento dei dati personali del cliente ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 (il "GDPR").

Stante fra l'altro la evidente delicatezza dei dati personali relativi a quanti praticano il gioco *on line* che i concessionari hanno modo di acquisire (quali, ad esempio, numero e ammontare delle giocate), la Sezione ritiene quindi che le disposizioni in esame ricadano nell'ambito di applicazione dell'articolo 36, paragrafo 4, del GDPR, ai sensi del quale: *"Gli Stati membri consultano l'autorità di controllo durante la fase di elaborazione di una misura legislativa o regolamentare che preveda il trattamento di dati personali, al fine di garantire che i diritti e le libertà delle persone fisiche siano tutelati."*

La Sezione ritiene, quindi, necessario, ai fini dell'espressione del parere definitivo, che il Ministero acquisisca il parere dell'Autorità garante per la

protezione dei dati personali sul testo in esame, quindi trasmetta nuovamente alla Sezione il testo stesso, con il parere espresso dal Garante e le modifiche eventualmente introdotte a seguito di questo, nonché una relazione integrativa che ne motivi eventualmente il mancato o parziale accoglimento. Nelle more di tale adempimento, deve quindi sospendere l'espressione del parere.

5.- Fermo restando quanto sopra, in spirito di collaborazione con il Ministero richiedente e per agevolare il successivo iter dello schema, la Sezione – pur senza pregiudizio delle ulteriori osservazioni che potranno essere espresse in sede di parere definitivo – ritiene di sottoporre al Ministero le seguenti osservazioni sul testo trasmesso.

5.1. All'art. 2, il comma 1 appare ripetitivo, ma non in maniera puntuale, di una fonte di rango superiore, quale è l'art. 8, comma 1, del d. lgs. n. 41/2024, ciò che la Sezione ha in più occasioni segnalato come da evitare. Si raccomanda, pertanto, all'Amministrazione di procedere alla riformulazione del comma in termini conformi al citato art. 8, che comunque andrà espressamente richiamato rendendo esplicito il rapporto intercorrente fra le due fonti. Sembra opportuno, inoltre, inserire un richiamo alle “*condizioni minime*” di cui all'art. 8 stesso, giacché tali condizioni fissate dal decreto legislativo appaiono direttamente applicabili e vanno ad integrare i criteri previsti dallo schema all'art. 3 (sul punto si veda altresì quanto viene osservato più oltre). Si suggerisce, quindi, all'Amministrazione di valutare una redazione del seguente tenore:

“1. Gli schemi di convenzione relativi alle concessioni per la raccolta a distanza dei giochi pubblici prevedono, in caso di inadempimento delle clausole convenzionali e di mancato rispetto dei livelli di servizio indicati nelle convenzioni stesse, l'applicazione di penali contrattuali, ai sensi dell'art. 8 del

decreto legislativo 25 marzo 2024, n. 41, nel rispetto delle condizioni minime ivi previste, nonché dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, non automaticità e gradualità, e in conformità al presente regolamento.”

Al comma 2, appare da eliminare la clausola “*ove possibile*”, poiché sembra implicare che vi siano fattispecie in cui l’ammontare massimo della penale da infliggere sia *a priori* indeterminabile, ciò che non è, fra l’altro, compatibile con le finalità di certezza e prevedibilità perseguite dallo schema.

Al comma 3, concernente le ipotesi di penale in misura fissa, la clausola finale: “*fermo restando quanto previsto all’articolo 3, comma 3.*” – pur apparendo chiaro il fine perseguito, quello cioè di consentire in taluni casi specifici una riduzione della penale prevista – appare impropria e da formulare diversamente. Infatti, l’attuale formulazione dell’art. 3, comma 3, che viene ivi richiamato, presuppone, ai fini della riduzione applicabile alla penale, la presenza della indicazione di una misura minima, che nell’art. 2, comma 3 in esame, come detto, non sussiste. In altre parole, se la penale è prevista in misura fissa, non c’è una misura minima da applicare a beneficio del concessionario. Al fine quindi di conseguire quanto perseguito, appare necessario espungere la clausola sopra indicata dal comma 3 in esame e introdurre una più articolata formulazione dell’art. 3, comma 3 (su cui si veda più oltre).

Dal punto di vista sistematico, si prospetta all’Amministrazione di valutare la preferibilità di un diverso ordine espositivo degli attuali commi 2, 3 e 4, esponendo, in sequenza, dapprima le ipotesi di penale in misura fissa (attuale comma 3), quindi le ipotesi di penale in misura fissa da moltiplicare per un fattore numerico correlato ai giorni di ritardo nell’adempimento (attuale comma 4), e infine l’ipotesi di indicazione di un minimo e un massimo della penale, da

configurare come ipotesi residuale, di chiusura (attuale comma 2).

Nel testo andrebbe, inoltre, chiarito che quanto sopra è disciplinato dagli schemi di convenzione, evitando il riferimento all’Agenzia che potrebbe risultare fuorviante.

Alla luce delle predette osservazioni, si sottopone all’Amministrazione di valutare la seguente ipotesi di riformulazione dei commi 2, 3 e 4:

“2. [attuale comma 3] *Il valore della penale è definito dagli schemi in misura fissa per gli inadempimenti consistenti nella omissione di attività obbligatorie essenziali per la prosecuzione della concessione che comportano la sospensione della raccolta o nella violazione di divieti specifici che prevedono, in caso di plurima reiterazione, la possibilità di adottare un provvedimento di decadenza.*”.

“3. [attuale comma 4] *Il valore della penale è definito in misura fissa, moltiplicata per i giorni di ritardo, per il mancato compimento di attività da svolgersi con tempestività o per il mancato rispetto degli specifici termini convenzionali, che non comportano la sospensione della raccolta.*”

“4. [attuale comma 2] *Fuori dei casi previsti dai commi 2 e 3, gli schemi di convenzione definiscono limiti di valore minimi e massimi della penale.*”

5.2. Circa l’art. 3, si segnala fin d’ora che la sua stesura appare non pienamente soddisfacente e meritevole, quindi, di integrazione. Tale articolo reca, infatti, i “*Criteri per l’individuazione della penale concretamente applicabile all’inadempimento*”, criteri che spetterà all’Agenzia mettere in pratica nei singoli casi. Va, peraltro, ricordato che l’art. 8 del d. lgs. n. 41/2024 reca già, a sua volta, puntuali disposizioni in materia (le “*condizioni minime*” già ricordate sopra al par. 5.1), che risultano direttamente applicabili ai fini della

determinazione della penale da applicare. Ne consegue che, nel decidere ciascun caso concreto, l’Agenzia dovrebbe operare una ricostruzione del combinato disposto delle due fonti (di rango fra l’altro diverso), ciò che potrebbe dar luogo a incertezze e dubbi applicativi. Si raccomanda, pertanto, che la stesura dell’art. 3 venga arricchita, mediante opportune forme di integrazione o raccordo con le previsioni del citato art. 8 (e mantenendo ben chiara la distinzione di rango fra le disposizioni in questione), affinché l’Agenzia e gli operatori trovino in tale sede una unitaria e inequivoca esposizione dei criteri da applicare per la determinazione delle penali.

Fermo restando quanto sopra, da un punto di vista redazionale, onde evitare talune ridondanze presenti nel testo si sottopone all’Amministrazione l’opportunità di valutare l’unificazione dei commi 1 e 2. A titolo meramente propositivo si sottopone pertanto all’Amministrazione la seguente ipotesi di stesura:

“1. Se la convenzione di concessione prevede un limite di valore minimo e massimo ai sensi dell’articolo 2, comma 4, l’Agenzia delle dogane e dei monopoli, in attuazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, non automaticità, nonché di gradualità in funzione della gravità dell’inadempimento, determina l’importo della penale da applicare al singolo inadempimento convenzionale individuando una componente fissa collegata all’evento e due componenti variabili, collegate alla gravità dell’inadempimento e alla recidività della condotta del concessionario, secondo i seguenti criteri:

a) applicazione, in tutti i casi di inadempimento, del limite di valore minimo della penale, come componente fissa legata all’evento;

b) applicazione di una quota della penale, fino al 30 per cento della differenza fra il massimo e il minimo edittale della penale stessa, in funzione della gravità dell'inadempimento che aumenta, in misura lineare, con l'incedere annuale della concessione;

c) applicazione di una quota della penale, fino al 70 per cento della differenza fra il massimo e il minimo edittale della penale stessa, a titolo di recidiva valutata su base annua, che aumenta progressivamente ogni biennio in misura lineare.”

Occorre, peraltro, che l'Amministrazione valuti la *ratio* della diversità due locuzioni: “*che aumenta, in misura lineare, con l'incedere annuale della concessione*” e: “*che aumenta progressivamente ogni biennio in misura lineare.*”, delle quali, anche alla luce del silenzio della relazione illustrativa, non appare inequivoca la interpretazione.

All'attuale comma 3, per le ragioni dette sopra *sub art.* 2 circa la necessità di distinguere, ai fini della riduzione della penale applicabile, il caso della penale determinata in misura fissa dal caso in cui la norma prevede un minimo e un massimo, appare necessario introdurre una formulazione che disciplini distintamente le due fattispecie. Laddove la penale è prevista in misura fissa, si potrebbe, quindi, introdurre la previsione di una riduzione percentuale nella misura che l'Amministrazione riterrà congrua, comunque nel rispetto della complessiva disciplina e delle condizioni minime di cui all'art. 8. Inoltre valuti l'Amministrazione l'opportunità di inserire un richiamo a quanto previsto dall'art. 8, comma 2, del decreto legislativo n. 41 del 2024 (che prevede la riduzione della metà della penale se il concessionario versa quanto dovuto, oltre che la penale, entro sette giorni), onde prevenire l'insorgere di dubbi

interpretativi sulla cumulabilità o meno delle riduzioni. In definitiva si sottopone all'Amministrazione la seguente riformulazione del comma:

“3. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 8, comma 2, del decreto legislativo n. 41 del 2024, se, a seguito dell'istruttoria svolta dall'Ufficio, emergono fatti o elementi tali da attenuare la responsabilità del concessionario:

a) nei casi di cui all'articolo 2, commi 2 e 3, la penale può essere applicata nella misura fissa, ridotta fino alla percentuale del ...;

b) nei casi di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo, la penale può essere applicata nella misura minima prevista, anche con riferimento alla valutazione della eventuale recidiva, dalla convenzione di concessione.”

5.3. All'art. 4, comma 6, potrebbe essere opportuno chiarire che, anche dopo lo svolgimento dell'audizione - che si svolge dopo un massimo di 45 giorni dalla contestazione – resta immutato il più ampio termine di 60 giorni dalla contestazione per presentare osservazioni, controdeduzioni o documenti, previsto al comma 5, lettera f). Valuti, quindi, l'Amministrazione l'opportunità di aggiungere, alla fine del comma, un periodo del seguente tenore: *“Resta fermo il termine di cui al comma 5, lettera f).”*

6.- Quanto agli aspetti puramente redazionali, si osserva quanto segue.

Il titolo dovrebbe meglio definire l'oggetto del regolamento, ai sensi della disposizione che ne legittima l'adozione, che comunque va espressamente richiamata. Valuti, pertanto, l'Amministrazione una riformulazione che, a titolo puramente esemplificativo, potrebbe avere il seguente tenore:

“Regolamento concernente le clausole penali convenzionali da inserire negli schemi di convenzione relativi alle concessioni per la raccolta a distanza dei

giochi pubblici, ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo 25 marzo 2024, n. 41".

Circa l'art. 1, poiché questo si limita a circoscrivere temporalmente l'ambito di applicazione del regolamento, valuti l'Amministrazione l'opportunità di collocarlo quale ultimo articolo. Si suggerisce, comunque, di sostituire le parole: *“convenzioni di concessione”* con le parole: *“convenzioni relative alle concessioni”*.

All'art. 4, comma 2, lettere a), b) e c), appare opportuno aggiungere, dopo le parole: *“l'adempimento convenzionale”* le parole: *“che si assume violato”*.

Al comma 5 le parole *“deve obbligatoriamente riportare”* vanno sostituite dalla parola: *“riporta”*; alla lettera f) alla fine il segno “;” va sostituito con il segno “.”

Per il comma 7 si suggerisce, per chiarezza, la seguente riformulazione: *“7. Entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della contestazione il concessionario può richiedere di essere audito. L'audizione ha luogo non oltre quindici giorni dalla richiesta.”*

Al comma 8 va soppressa la parola: *“precedente”*.

P.Q.M.

Sospende l'espressione del parere nelle more degli adempimenti di cui in motivazione.

L'ESTENSORE
Daniele Ravenna

IL PRESIDENTE
Paolo Troiano

