

b.1) in principalità:

- accertata e dichiarata l'incompetenza della Prefettura di Bergamo ad emettere la Ordinanza-Ingiunzione *de qua*;
- per l'effetto, rigettare le avverse pretese e/o revocare e/o annullare l'Ordinanza-Ingiunzione opposta e comunque dichiarare non dovuti gli importi richiesti;

b.2) in subordine:

- accertata e dichiarata l'infondatezza, in fatto e in diritto, della pretesa azionata dalla Prefettura di Bergamo in danno di [REDACTED] in ogni suo aspetto diretto e/o consequenziale;
- per l'effetto rigettare, annullare e dichiarare non dovute le avverse pretese per insussistenza dell'elemento psicologico integrante la condotta contestata e/o per aver [REDACTED] posto in essere la condotta contestata per errore incolpevole e/o in buona fede e/o comunque per essere le avverse pretese infondate in fatto ed in diritto nonché destituite di prova con conseguente assoluzione di [REDACTED] da ogni e qualsiasi richiesta.

b.3) in ulteriore subordine:

- condannare [REDACTED] ex art. 8 della L. 689/1981, al pagamento del solo importo di € 309,00 o dell'altro differente importo che risulterà dovuto all'esito del giudizio.

c) In ogni caso:

- con il favore delle spese e dei compensi professionali aumentati del Rimborso Forfettario, del CP e dell'IVA come per legge da liquidarsi in favore dello scrivente legale che si dichiara antistatario.

Dell'appellato

«Voglia l'ill.ma Corte adita · Rigettare l'appello in quanto infondato in fatto ed in diritto · Condannare controparte al pagamento delle spese, diritti ed onorari del giudizio di appello»

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Offrendo in comunicazione i seguenti documenti:

- 1) Processo Verbale di Accertamento, Contestazione e Notificazione 26.03.15 notificato in pari data alla [REDACTED] nella sua qualità di rappresentante legale di [REDACTED]
- 2) Ordinanza-Ingiunzione emessa dalla Prefettura della Provincia di Bergamo il 15.10.2015, Prot. n. 21607 DEP, notificata il 23.10.15 alla [REDACTED] attuale rappresentante legale di [REDACTED]
- 3) Fatture SIAE per diffusione musica d'ambiente - abbonamento anni 2013 -2014 - 2015 punto vendita [REDACTED]
- 4) Licenza SCF con allegato elenco dei punti vendita a ciò autorizzati;
- 5) Accordo 25.2.15 SCF [REDACTED] di centralizzazione della fatturazione e del pagamento;
- 6) Elenco dei 38 punti vendita e relativo prospetto relativo alla fatturazione [REDACTED] SCF;
- 7) N. 12 fatture

SCF [REDACTED] n: FV2015-0005173 del 9.3.15; FV2015-0005172 del 9.3.15; FV2015-0005171 del 9.3.15; FV2015-0005170 del 9.3.15; FV2015-0005169 del 9.3.15; FV2015-0005153 del 9.3.15; FV2015-0007003 del 19.3.15; FV2015-0007002 del 19.3.15; FV2015-0007004 del 19.3.15; FV2015-0007005 del 19.3.15; FV2015-0007006 del 19.3.15; FV2015-0007007 del 19.3.15 relative ai compensi spettanti a SCF di importo complessivo pari a € 25.378,95; 8) Disposizione di bonifico di € 25.378,95 [REDACTED] / SCF; 9) Verbali di accertamento, contestazione e notificazione notificati alle società operanti sotto l'insegna [REDACTED] 10) Visura CCIAA [REDACTED] 11) Pagine estratte dalla monografia "I Reati in materia di diritto d'autore", Giuffrè Editore, Dott. Mario Morra (Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere); 12) Elenco n. 200 brani musicali con relativo prezzo di mercato estratto da iTunes Store; 13) Scritti difensivi 21.4.15 [REDACTED] - Prefettura Bergamo,

[REDACTED] C.F./P.IVA [REDACTED] con sede legale in Milano, Viale [REDACTED] in persona del suo amministratore unico e rappresentante legale pro tempore [REDACTED] (Cod. Fisc. [REDACTED]), e [REDACTED] personalmente, nata a [REDACTED] residente in Milano, [REDACTED] hanno proposto ricorso in opposizione ex art.22 e seguenti legge 689/1981 innanzi al tribunale di Bergamo avverso l'Ordinanza-Ingunzione emessa dalla Prefettura della Provincia di Bergamo il 15.10.2015, Prot. n. 21607 DEP, notificata al rappresentante legale di [REDACTED] s.r.l., [REDACTED] il 23.10.15, rassegnando le seguenti conclusioni:

<< Piaccia al Tribunale Ill.mo, *contrariis rejectis*, così giudicare:

A) In via preliminare e/o pregiudiziale:

A.1. accertata e dichiarata la sussistenza di gravi ragioni nonché del pericolo imminente di grave e irreparabile danno per gli opposenti, per l'effetto, sospendere, con decreto inaudita altera parte o in subordine con ordinanza previa audizione delle parti, la efficacia esecutiva della Ordinanza-Ingunzione prefettizia opposta.

A.2. accertato e dichiarato che il giudizio de quo non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale di cui al presente atto e che la stessa non è manifestamente infondata, per l'effetto,



emettere ordinanza di sospensione del giudizio e di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

A.3. accertato e dichiarato che l'art. 174 bis L.d.A. è confliggente con le norme del diritto comunitario, per l'effetto, procedere alla sua disapplicazione e conseguentemente revocare e/o annullare la ordinanza ingiunzione opposta e comunque dichiarare non dovuti gli importi richiesti.

A.4. accertata e dichiarata la incompetenza della Prefettura di Bergamo ad emettere la ordinanza ingiunzione de qua, per l'effetto, revocare e/o annullare la ordinanza ingiunzione opposta e comunque dichiarare non dovuti gli importi richiesti.

A.5. accertato e dichiarato che l'ordinanza ingiunzione opposta non può essere azionata nei confronti della [REDACTED] per difetto di legittimazione della stessa, per l'effetto, revocare e/o annullare la ordinanza ingiunzione opposta o, in subordine, estromettere la [REDACTED] dal presente giudizio;

B) Nel merito

B.1. accertata e dichiarata l'illegittimità e/o invalidità e/o inefficacia e/o nullità del verbale unico di accertamento contestazione e notificazione e/o dell'ordinanza-ingiunzione della Prefettura di Bergamo, per l'effetto, revocati e/o annullati i suddetti atti, dichiarare non dovuto l'importo richiesto con conseguente assoluzione della società e del suo attuale rappresentante legale da ogni e qualsiasi richiesta.

B.2. In ogni caso e comunque accertare e dichiarare infondata, in fatto e in diritto, la pretesa azionata dalla Prefettura di Bergamo in danno di [REDACTED] e del suo rappresentante legale in ogni suo aspetto diretto e/o consequenziale e pertanto rigettare, annullare e dichiarare non dovute le avverse pretese perché infondate in fatto ed in diritto nonché destituite di prova con conseguente assoluzione della società istante da ogni e qualsiasi richiesta.

B.3. In ulteriore subordine: accertare e dichiarare come dovuti i soli minori importi che risulteranno dovuti a seguito dell'espletata l'istruttoria.

B.4. In ogni caso: con il favore delle spese e dei compensi professionali aumentati del Rimborso Forfettario, del CP e dell'IVA come per legge da liquidarsi in favore dello scrivente legale che si dichiara antistatario.

C) In via istruttoria:



C.1. Si chiede ammissione di prova per testi sui seguenti capitoli di prova, nonché a prova contraria sugli eventuali avversi capitoli che dovessero essere ammessi:

- 1) E' vero che [REDACTED] è una società che nel punto vendita di Romano di Lombardia, S.S. Soncinese, esercita l'attività di vendita al dettaglio di capi di abbigliamento, calzature ed accessori come da documento 10 che mi si rammostra;
- 2) E' vero che [REDACTED] ha acquistato dalla SIAE la licenza per la diffusione di musica d'ambiente nel punto vendita di [REDACTED] per gli anni 2013 – 2014 – 2015 come da documento 3 che mi si rammostra.
- 3) E' vero che [REDACTED] in data 25.02.15, per il tramite della società [REDACTED] s.r.l., provvedeva corrispondeva a SCF i compensi dalla stessa richiesti per la diffusione di fonogrammi e videomusicali per il periodo dall'apertura del punto vendita di [REDACTED] avvenuta nel 2013 sino a tutto il 2015, (documenti 4,5,6,7,8).
- 4) E' vero che il prezzo di mercato dei brani musicali contenuti nella cartella denominata [REDACTED] zip riprodotti sul supporto ottico di tipo dvd-r depositato presso gli uffici degli accertatori è di 1 euro e 29 centesimi;
- 5) E' vero che il prezzo massimo di mercato di un brano musicale è di 1 euro e 29 centesimi come da documento 12 che mi si rammostra.
- 6) E' vero che il prezzo di mercato di un brano musicale è facilmente accertabile.

Si indicano come testimoni: il rappresentante legale di [REDACTED] s.a.s. residente in Milano, il rappresentante legale di SCF, con riserva di indicarne altri.

C.2. Senza che a ciò consegua l'inversione dell'onere probatorio gravante su controparte, si formula istanza affinché il Giudice, se del caso, disponga CTU che:

- accerti se, presso [REDACTED] fosse presente un apparato di gestione del flusso audio dedicato al servizio radio in store in favore dell'opponente a mezzo di un programma software MBS;
- accerti se all'interno del percorso elettronico C:\MBS\ [REDACTED] \MBSStudio\Song indicato nel Verbale di Accertamento fosse presente la cartella utilizzata per l'archiviazione e la diffusione automatica delle opere musicali nonché che all'interno di tale cartella ve ne fosse una denominata "Songs" contenente n. 673 file audio



riferiti a brani musicali.

- accerti se i suddetti files fossero suddivisi per giorni e recassero informazioni circa orario di trasmissione, artista, titolo dell'opera ed ulteriori informazioni di gestione del programma MBS nonché la corrispondenza al vero di tali informazioni;
- accerti se [REDACTED] si collegava al provider in questione mediante flusso *shoutcast*, utilizzando il percorso <http://s6.mediastreaming.it:9136>.
- accerti se tali files siano stati diffusi all'interno del punto vendita della opponente;
- accerti se i files rinvenuti nel percorso <http://s6.mediastreaming.it:9136> siano gli stessi che sono stati copiati nella cartella denominata [REDACTED] zip ed accerti altresì se tali files siano gli stessi che sono stati riprodotti sul supporto ottico di tipo dvd-r depositato presso gli uffici degli accertatori;
- accerti, sotto il profilo tecnico, la correttezza e validità degli accertamenti effettuati dagli accertatori ivi compresi quelli eseguiti tramite Libardi Claudio della F.P.M.; la correttezza e validità delle modalità tecniche e dei risultati di tale accertamento;
- accerti se il prezzo di mercato dei file audio contenuti nella cartella denominata [REDACTED] zip è facilmente accertabile;
- accerti il prezzo di mercato dei file audio contenuti nella cartella denominata [REDACTED] [REDACTED];
- accerti se il prezzo di mercato dei file audio contenuti nella cartella denominata [REDACTED] zip è di 1 euro e 29 centesimi ciascuno;
- accerti se il prezzo di mercato di un brano musicale è di massimo 1 euro e 29 centesimi.

C.3. Si chiede che il Giudice voglia disporre ogni altro accertamento necessario ed opportuno, in virtù dei poteri che gli competono ex art. 421 c.p.c. al fine dell'accertamento dei fatti.>>

Hanno ivi allegato le seguenti circostanze di fatto.

- 1) La [REDACTED] è una società che nel punto vendita di Romando di [REDACTED] esercita l'attività di vendita al dettaglio di capi di abbigliamento, calzature ed accessori (documento 10) sotto l'insegna '[REDACTED]';
- 2) Con Processo Verbale di Accertamento, Contestazione e Notificazione 26.3.15 è



stata contestata alla società [REDACTED] a violazione dell'art. 171/ter della Legge 633/1941 "*(mancata regolarizzazione dei soli oneri spettanti alla SCF – Consorzio dei produttori fonografici) per la diffusione di opere musicali presso l'esercizio commerciale riconducibile alla [REDACTED]*"; in conseguenza di ciò, è stata applicata la sanzione prevista dall'art. 174/bis della Legge 633/1941 con contestuale richiesta di pagamento dell'importo di € 138.638,00.

3) Il Verbale di accertamento è stato trasmesso sia alla Procura della Repubblica di Bergamo, che avviava il relativo procedimento penale, sia alla Prefettura di Bergamo.

4) La società [REDACTED] già titolare di licenza SIAE per la diffusione di musica d'ambiente (documento 3), prima ancora che venisse notificato il suindicato Verbale, in data 25.02.15, per il tramite della società [REDACTED] ha provveduto a corrispondere a SCF i compensi dalla stessa pretesi per la diffusione nel punto vendita di [REDACTED] di fonogrammi e videomusicali (documenti 4,5,6,7,8).

5) Con propri scritti difensivi del 21.04.15, ha proposto opposizione innanzi alla Prefettura di Bergamo contro il suindicato verbale.

6) Con Ordinanza Ingiunzione, emessa il 15.10.2015 e notificata il 23.10.15, la Prefettura della Provincia di Bergamo ha rigettato il ricorso e d ha ordinato alla società e all'attuale rappresentante legale (in quanto coobbligata in solido) di pagare, quale sanzione amministrativa per le violazioni contestate, la somma di € 138.638,00 (documento 2).

Ciò premesso, la parte opponente ha contestato la legittimità della sanzione, eccependo, in via preliminare e/o pregiudiziale:

- a) l'incostituzionalità dell'art. 174 bis L. 633/1941 nonché la sua contrarietà alla disciplina comunitaria con conseguente necessità della relativa disapplicazione,
- b) l'incompetenza della Prefettura all'applicazione della sanzione prevista dall'art. 174 bis L.d.A, in ragione della ritenuta sussistenza di connessione obiettiva ex art. 24 L. 689/1981, con conseguente attribuzione della relativa competenza al Giudice Penale,
- c) l'illegittimità della sanzione irrogata per violazione del principio di specifica



contestazione e del principio di correlazione fra contestazione e condanna di cui all'art. 14 della L. n. 689 del 1981 nonché per violazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della Legge 241/1990;

d) quindi, con riferimento alla posizione della [REDACTED] per difetto di legittimazione passiva della medesima, non essendo la stessa legale rappresentante della società all'epoca delle contestate infrazioni.

Nel merito ha contestato la fondatezza degli addebiti, rilevando anzitutto non essere sussistita, sul piano obiettivo, la condotta attribuita, non essendo vero che [REDACTED] Milano srl avesse diffuso abusivamente in pubblico, a scopo di lucro, opere musicali per la cui diffusione era necessario ottenere la licenza SCF.

Nel dettaglio:

a) ha contestato che, presso Radio Delta International s.a.s., fosse presente un apparato di gestione del flusso audio dedicato al servizio radio in store in favore dell'opponente a mezzo di un programma software MBS;

b) ha contestato che all'interno del percorso elettronico *C:\MBS-CVG\MBSStudio\Song* fosse presente la cartella utilizzata per l'archiviazione e la diffusione automatica delle opere musicali nonché che all'interno di tale cartella ve ne fosse una denominata "*Songs*" contenente n. 673 file audio riferiti a brani musicali.

c) ha contestato che i suddetti files fossero suddivisi per giorni e recassero informazioni circa orario di trasmissione, artista, titolo dell'opera ed ulteriori informazioni di gestione del programma MBS nonché la corrispondenza al vero di tali informazioni;

d) ha contestato di essersi collegata al provider in questione mediante flusso *shoutcast*, utilizzando il percorso <http://s6.mediastreaming.it:9136> a mezzo di credenziali user e password.

e) ha contestato che tali files fossero stati concretamente diffusi all'interno del punto vendita della opponente;

f) ha contestato che i files rinvenuti nel percorso <http://s6.mediastreaming.it:9136> fossero gli stessi che erano stati copiati nella cartella denominata [REDACTED] zip;



ha contestato inoltre che tali files fossero gli stessi che erano stati riprodotti sul supporto ottico di tipo dvd-r depositato presso gli uffici degli accertatori;

g) ha contestato l'esattezza e validità degli accertamenti effettuati, ivi compresi quelli eseguiti tramite Libardi Claudio della F.P.M., la correttezza e validità delle modalità tecniche utilizzate, ed i risultati di tali accertamenti, nonché la validità dell'atto di P.G. con il quale detto tecnico era stato nominato.

h) ha contestato che il prezzo di mercato dei file audio de quibus non fosse agevolmente accertabile (visto che come andremo a spiegare qui di seguito è notorio che il prezzo di mercato di un brano musicale non superi 1 euro e 29 centesimi);

i) ha contestato che, per la diffusione dei files asseritamente diffusi, fosse necessaria la licenza SCF.

j) ha contestato la corrispondenza tra il nome dei files in questione ed il loro contenuto;

k) ha contestato che nel punto vendita di CVG Milano fosse stata diffusa pubblicità.

Nel merito, in secondo ordine, ha contestato la sussistenza del dolo specifico, costituito dall'aver agito per scopi di lucro, come indicato nella contestazione e nell'ordinanza ingiunzione opposta. Ha affermato al riguardo di svolgere attività commerciale di vendita al dettaglio di abbigliamento, calzature e accessori (documento 10) e di trarre profitto unicamente dalla vendita al dettaglio di tali prodotti; la diffusione di opere musicali, se anche fosse avvenuta, lo sarebbe stato unicamente per allietare e rendere più gradevole la permanenza dei clienti, senza alcun guadagno o incremento patrimoniale per l'esercente. Ad ulteriore conforto della finalità non lucrativa della diffusione dei files a contenuto musicale starebbe la documentazione prodotta attestante l'acquisizione della licenza SCF: la licenza acquisita da [REDACTED] quale unica licenziataria, era per l'appunto una "*licenza per l'utilizzazione di fonogrammi e videomusicali in esercizi commerciali*" ossia senza fine di lucro come si evince dal richiamo all'art. 73 bis L.d.A. (si vedano documenti 4 e 7). Tale autorizzazione era stata ottenuta: *per tutte le società operanti sotto l'insegna [REDACTED] ivi compresa la ricorrente, *per tutti i relativi punti vendita, *dalla data di apertura di ciascun punto vendita, *per tutto il 2015. In capo a [REDACTED]



operava, infatti, la centralizzazione sia della fatturazione sia del pagamento del compenso dovuto a SCF. aveva provveduto all'integrale pagamento dei compensi richiesti da SCF nelle relative fatture mediante pagamento dell'importo complessivo richiesto di € 25.378,95 (documenti 4;5;6;7;8). Con la Licenza in questione, (come le altre società operanti sotto l'insegna tutte destinatarie di verbali di contestazione pressoché identici a quelli de quibus: documento 9) erano state autorizzate a diffondere anche i fonogrammi e videomusicali soggetti ad autorizzazione SCF all'interno degli esercizi commerciali indicati nei punti vendita di cui all'elenco allegato alla Licenza (documento 4).

In subordine la parte opponente ha contestato la correttezza della quantificazione della sanzione da irrogarsi, perché eccessiva, avuto riguardo al disposto di cui ai primi due periodi dell'art. 174 bis L.d.A.:

- <... la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto di violazione, in misura comunque non inferiore a Euro 103,00>

- <Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 103,00 a euro 1.032,00.

Accertatori e Prefettura avrebbero erroneamente ritenuto che il prezzo dei brani musicali (che assumevano essere stati abusivamente diffusi) non fosse di facile determinazione, in tal modo concludendo nel senso dell'applicabilità alla fattispecie della sanzione prevista dal secondo periodo dell'articolo, ossia quella variabile da € 103,00 ad € 1.032,00; al contrario il costo di ogni singolo brano musicale sarebbe risultato agevolmente accertabile, e sarebbe risultato pari, al più, ad 1 euro e 29 centesimi (documento 12).

La parte opponente ha evidenziato che la norma prevede tre ipotesi sanzionatorie connesse al prezzo di mercato dell'opera/supporto:

- la prima allorquando il doppio del valore di mercato dell'opera/supporto (indebitamente utilizzato) sia inferiore a € 103,00; in tal caso trova applicazione la



sanzione minima di € 103,00.

- la seconda allorquando il doppio del valore dell'opera/supporto sia superiore a € 103,00; in tal caso la sanzione è pari al doppio del valore di mercato dell'opera.

- la terza unicamente allorquando (in tal senso deve essere intesa l'espressione "*non è facilmente accertabile*") non si possa agevolmente determinare se il doppio del valore di mercato del supporto/opera sia o meno superiore a € 103,00; solo in tal caso può infatti trovare applicazione la sanzione da € 103,00 a € 1.032,00.

Poiché il prezzo di un singolo brano musicale era al massimo di 1 euro e 29 centesimi, il costo complessivo del materiale indebitamente diffuso risultava quindi facilmente determinabile in € 868,17 (1,29 x 673); la sanzione da applicarsi doveva essere perciò di € 1.736,34 (ossia il doppio del prezzo di mercato), ridotta a € 578,78 (ossia di un terzo) ex art. 16 L. 689/1981.

Anche a voler porre come base di calcolo non il complessivo valore del supporto contenuto nella presunta cartella [REDACTED] ZIP ma ogni singolo brano musicale, il calcolo della sanzione effettuato dagli accertatori e dalla Prefettura sarebbe comunque risultato errato: essendo il prezzo massimo di ogni brano di 1 euro e 29 centesimi, la sanzione da applicarsi avrebbe dovuto determinarsi in € 69.319,00 (€ 103,00 x 673 files).

La parte opponente ha in ogni caso invocato l'applicazione della norma di cui all'art. 8 L. 689/1981 il quale sancisce, al comma 1, che: *<chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo>*, in quanto la condotta contestata, ove ritenuta sussistente, andrebbe considerata come un'unica condotta violativa - più volte - della medesima norma con conseguente applicabilità, sotto il profilo sanzionatorio, del criterio del *cumulo giuridico* onde per cui la sanzione da applicarsi avrebbe dovuto determinarsi, al più, in € 396,00 (€ 132,00 x 3).

In estremo subordine, ha richiesto applicarsi l'art. 16 L. 689/1981, e quindi disporsi la riduzione dell'importo dovuto da € 69.319,00 ad € 23.278,00, e l'art. 11 L. 689/1981 - *<nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle*



sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche> - con conseguente della sanzione entro i minimi edittali, anche in ragione della condotta totalmente eliminativa del danno.

La Prefettura di Bergamo, costituendosi in giudizio, ha fatto richiamo, per relationem, a quanto esposto nelle note di replica della Guardia di Finanza compagnia di Corsico. Quest'ultima aveva ivi affermato di aver eseguito in data 17/02/2015 un'operazione di controllo, al fine di verificare la corretta applicazione delle disposizioni imposte dalla legge 22/04/1941 n.633 ("protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", LdA) presso [REDACTED] [REDACTED] azienda di fornitura di palinsesti musicali dedicati ai singoli richiedenti, e di aver ivi accertato che tale società, titolare di idonee licenze fornite da SIAE e da SCF-Consortio Fonografici, aveva operato, a far tempo dal 31/01/2015, come music service provider, a favore - tra gli altri - anche di [REDACTED] [REDACTED] con sede a Milano in via [REDACTED] società collegata a [REDACTED] con sede a Milano [REDACTED] e punto vendita a Romano di [REDACTED]. Si era pertanto effettuato un accesso presso tale punto vendita, ove i verbalizzanti avevano constatato l'esistenza di un apparato di gestione del flusso audio dedicato al servizio radio in store, proprio per la citata società, a mezzo di specifico programma software, nel quale erano riprodotti 673 file audio riferiti a brani musicali. Si erano quindi richieste delucidazioni a SCF-Consortio Fonografici in ordine alla regolarità della posizione dell'utilizzatore del palinsesto musicale; SCF-Consortio Fonografici con nota 6/02/2015 aveva risposto che [REDACTED] srl non era in possesso di regolare licenza per la diffusione al pubblico di opere musicali da essa tutelate per conto dei produttori titolari delle opere. La circostanza della mancanza di licenza era stata riconosciuta anche dall'allora legale rappresentante di [REDACTED] che in data 17/02/2015, ossia il giorno steso dell'accertamento, aveva dichiarato di non averla mai richiesta né ottenuta. La GdF, premesso di aver pertanto ravvisato un carattere di



abusività nella condotta posta in essere dal legale rappresentante della società e di averne riscontrato il fine di lucro, ha ritenuto doversi configurare nella fattispecie gli estremi dell'illecito penale, ex art.171 ter LdA e di quello amministrativo ex art.174 bis LdA quanto meno dal 31/01/2015, data di stipula del contratto di fornitura di servizi radio personalizzati stipulato tra [REDACTED] srl. Quanto alle obiezioni sollevate dalla ditta ha contestato l'eccepita incompetenza della Prefettura, in favore del giudice penale, negando doversi applicare il disposto di cui all'art.24 legge 689/1981, in assenza di nesso di pregiudizialità tra accertamento del reato e dell'illecito amministrativo. Nel merito ha confermato la sussistenza della violazione, precisamente contestata nel verbale di accertamento, ove si era fatto chiaramente richiamo alla condotta, in violazione dell'art.171 ter LdA, costituita dalla mancata regolarizzazione dei soli oneri spettanti alla SCF-Consorzio dei Produttori Fonografici per la diffusione di opere musicali presso l'esercizio commerciale riconducibile alla [REDACTED] l'infrazione contestata doveva certamente ritenersi sussistente; infatti è ben vero che la ditta aveva acquisito la licenza per l'utilizzazione di fonogrammi e videmusicali in esercizio commerciale, con ciò regolarizzando la propria situazione; tuttavia ciò si era verificato per effetto della richiesta presentata in data successiva a quella del 17/02/2015, giorno in cui era stato accertato l'illecito amministrativo, così che la richiesta aveva trovato accoglimento in data 25/02/2015. Nessun dubbio poteva sussistere in ordine alla sussistenza dell'illecito di cui all'art.171 ter LdA, che sanziona la condotta di chi "riproduca abusivamente brani musicali in assenza di preventiva regolamentazione dei rapporti con i soggetti titolari dei diritti connessi", di cui sono titolari soggetti diversi dall'autore delle opere (Cass. 27074/2007, 34857/2009). La lamentata carenza del dolo specifico, e cioè del fine di lucro, sarebbe risultata irrilevante, essendo sanzionata ex art.3 legge 689/1981 la condotta del trasgressore che abbia commesso l'infrazione con coscienza e volontà dell'azione o dell'omissione, con presunzione di colpa a carico del trasgressore medesimo. In ogni caso nella specie avrebbe dovuto ritenersi ricorrente lo scopo di lucro, ciò conseguendo alla considerazione per cui <<l'imprenditore non si prenderebbe la briga di stipulare il contratto di fornitura col Music Service Provider qualora ciò non rientrasse a pieno titolo nella propria



organizzazione aziendale, al precipuo fine di migliorare i propri profitti. Infatti la diffusione di musica nei locali del pubblico esercizio non solo arreca un beneficio al pubblico, rendendo la permanenza della clientela più gradevole, ma procura altresì un evidente vantaggio patrimoniale all'imprenditore tramite le inserzioni pubblicitarie inserite all'uopo nel palinsesto dedicato alle puntuali esigenze dell'impresa. Se così non fosse, le società [REDACTED] non avrebbero avuto necessità alcuna di affrontare i costi, probabilmente non irrilevanti, del servizio di fornitura di palinsesti dedicati. E' evidente, infatti, che l'investimento è stato stanziato unicamente con la previsione di futuri introiti economici>>.

Infine prive di fondamento risulterebbero le contestazioni circa la legittimità costituzionale e comunitaria della normativa richiamata, per pretesa irrazionalità e per eccesso di delega.

La causa è stata istruita con l'acquisizione agli atti dei documenti offerti in comunicazione e con ammissione ed assunzione delle prove orali dedotte. In particolare si è proceduto all'escussione del teste Mazza Enzo (rappresentante legale della Società Consortile Fonografici) e del teste Ciminelli Giovanni (rappresentante legale di Radio Delta International).

Con sentenza n.840/2017 il tribunale di Bergamo così ha disposto:

<< Definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:

- Dichiarà [REDACTED] carente di legittimazione passiva e dunque non suscettibile di essere persona ingiunta nell'ambito dell'odierna ingiunzione amministrativa;*
- Accoglie parzialmente l'opposizione svolta e per l'effetto*
- Ridetermina nella misura di € 69.319,00 l'importo dell'ingiunzione opposto prot. N. 21607 DEP emessa in data 15.10.15;*
- Condanna l'opposta Prefettura di Bergamo alla rifusione delle spese del presente giudizio a favore degli oppositori liquidate in complessivi € 8.581,00 di cui € 786,00 per spese ed € 7.795,00 per compenso professionale (di cui € 1.215,00 per la fase di*

studio, € 775,00 per la fase introduttiva, € 3.780.00 per la fase istruttoria ed € 2.025,00 per la fase decisionale) oltre IVA, CPA e rimborso spese generali ex art. 2 dm 55/14. >>

Il giudice di prime cure ha preso le mosse dall'esame circa la fondatezza o meno delle eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà al diritto comunitario sollevate dagli opposenti nei confronti dell'art. 174 bis, così come formulato a seguito della L. 68/2003, il quale così recita: *"Ferma le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1.032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto"*.

Ha affrontato anzitutto il tema della contrarietà all'art. 3 Cost., ravvisata da parte opponente nella sproporzione tra le sanzioni penali previste dalla intera sezione di cui al Titolo III, Sez. III, Capo II della legge 633/1941 e quella amministrativa, e ciò per essere la sanzione amministrativa più afflittiva rispetto alle multe indicate negli articoli relativi ai reati ivi identificati, con profonda lesione del principio di proporzionalità ed equità cui dovrebbero sottostare tutte le norme giuridiche: la gravità si concreterebbe nella elevata misura degli importi che potrebbero essere irrogati come sanzione amministrativa, così come peraltro avvenuto nell'ingiunzione odierna il cui importo era pari ad € 138.638,00, a confronto invece dei minori importi individuati con le multe di volta in volta considerate negli articoli precedenti il 174 bis. Al riguardo si è espresso evidenziando che la misura economica considerata per la sanzione amministrativa ha una finalità ed un ambito di applicazione differente rispetto alla multa (sanzione penale): gli interessi, fondamentale di tipo patrimoniale, su cui incide la sanzione amministrativa sono infatti diversi e spesso molto ingenti, rispetto alle misure coercitive di tipo personale cui invece tende la



condanna penale, anche solo di tipo economico. Ha aggiunto che l'eccezione di incostituzionalità non avrebbe neppure potuto farsi discendere dalla applicazione del cd doppio binario, per quei casi nei quali il legislatore ha previsto che a fronte del medesimo comportamento vengano irrogate sanzioni penali e sanzioni amministrative in base a diversi procedimenti (ha richiamato in proposito, sulla questione del ne bis in idem, C.Cost. 102/2016). Ma soprattutto ha affermato essere infondato il timore di una sorta di squilibrio o di sproporzione della misura sanzionatoria amministrativa in rapporto al bene tutelato, rilevando in proposito che la sanzione, così come determinata in sede amministrativa, deve superare prima il vaglio ed il concreto computo del Prefetto o Autorità irrogante e, successivamente, e in sede di giudizio di opposizione, anche quello del giudice dell'opposizione. Il quale, in caso di sproporzione, eccessività e/o squilibrio della sanzione, in rapporto alla gravità del comportamento contestato, ha facoltà di rideterminarla, riducendola, tanto che la stessa parte opponente ha richiesto procedersi al ricalcolo della sanzione. L'illegittimità costituzionale della disposizione normativa applicata non poteva dunque predicarsi sulla base dei predetti presupposti, non imponendo essa un'unica quanto illegittima misura sanzionatoria. La ragionevolezza o meno della norma sanzionatoria doveva pertanto raccordarsi alla valutazione che l'organismo irrogante avrebbe potuto, o meno, farne nella singola fattispecie (considerando per es. la continuazione, e scegliendo tra i margini indicati degli importi quello più vicino al massimo o al minimo in correlazione delle qualità personali del trasgressore, di eventuali suoi precedenti specifici e similia), non risultando incostituzionale perché eccessivamente rigida ogni qual volta – come nella fattispecie – fosse risultato possibile graduare la misura della sanzione all'effettiva gravità dell'illecito.

Con riferimento al tema dell'eccesso di delega, imputato, a norma dell'art. 76 Cost., all'operato del Governo, il giudice di prime cure ha rilevato esser lo stesso strettamente correlato anche alla denunciata contrarietà alla normativa comunitaria.

L'art. 174 bis Lda, frutto della legge delega con la quale il nostro legislatore aveva dato attuazione alla direttiva 29/2001/CE, sarebbe risultato, secondo la tesi esposta da parte opponente, contrario ai principi comunitari enunciati sia nella direttiva che nella legge delega 39/2002.



Posto che la Direttiva 29/2001/CE contiene la disciplina "sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione" e considerato che con la Legge n. 39/2002 il Governo era stato delegato ad emanare un Decreto Legislativo anche per l'attuazione della Direttiva sopra citata, doveva infatti trovare attuazione il disposto di cui all'art. 2 Legge 39/02, recante principi e i criteri generali della delega, il quale, in particolare: - alla lettera c), aveva stabilito che, *<salva l'applicazione delle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi>>*, il legislatore delegato avrebbe potuto introdurre *<<sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi>>*, precisando che *<<le sanzioni penali>>* avrebbero potuto essere introdotte *<<solo nei casi in cui le infrazioni>>* avessero leso o esposto *<<a pericolo interessi generali dell'ordinamento interno, ivi compreso l'ecosistema>>* nel mentre *<<la sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 103 euro e non superiore a 103.291 euro>>* sarebbe stata suscettibile di irrogazione *<<per le infrazioni che>>* avessero leso o esposto *<<a pericolo interessi diversi da quelli sopra indicati>>*, con l'ulteriore precisazione che *<<nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni sopra indicate>>* sarebbero state *<<determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole .. nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione>>* avrebbe potuto *<<recare al colpevole>*; considerato, inoltre, che l'art.2 della legge delega aveva inoltre affermato, alla lettera f) che *<i decreti legislativi>>* avrebbero in ogni caso assicurato *<<che, nelle materie trattate dalle direttive da attuare, la disciplina disposta>>* sarebbe dovuta risultare *<<pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime ..>*, ne sarebbe derivata la violazione della legge delega, e, con essa, della disciplina comunitaria, per aver il Governo dato attuazione alla direttiva sopracitata con l'art. 27 D.Lgs. n. 68/03 - e così modificato l'art. 174 bis L.d.A. – senza attenersi agli anzidetti principi e criteri. Il legislatore delegato si sarebbe infatti limitato ad abrogare il comma II, relativo alla distribuzione dei proventi derivanti dalle sanzioni amministrative, imponendo, quale unico criterio di determinazione della sanzione amministrativa,



quello rappresentato dalla quantità del materiale abusivamente diffuso, senza recepire i previsti diversi e plurimi criteri contemplati nella legge delega.

Il giudice di prime cure ha dato alla questione posta da parte opponente una risposta in senso negativo, non ravvisando in ciò alcun eccesso di delega. Egli ha in proposito riconosciuto che era stato effettivamente accolto, dal legislatore delegato, un unico criterio di commisurazione della sanzione, quello quantitativo, e non tutti quelli elencati nella direttiva, ma nel contempo ha affermato che ciò non avrebbe costituito “eccesso di delega”, perché l’aver espressamente introdotto il criterio quantitativo non avrebbe escluso l’ applicazione degli altri parametri indicati a livello comunitario. Infatti la fissazione del solo criterio quantitativo non pregiudica effettivamente il criterio della proporzionalità o della considerazione della specifica condizione personale del trasgressore e ciò perché nella pratica applicazione si ha un delta importante nella scelta della misura coercitiva stessa sulla quale possono certamente incidere fattori quali la personalità e/o la recidiva del soggetto stesso.

Né a giudizio del tribunale avrebbe potuto accogliersi la richiesta di disapplicazione dell’articolo per contrarietà alla normativa comunitaria, dal momento che la normativa comunitaria richiamata era stata introdotta nell’ordinamento nazionale proprio grazie al relativo recepimento mediante la Legge 2002/39 ed i decreti di essa attuativi. Del resto, come avviene nella prassi di ogni singolo paese europeo, è piuttosto comune che ogni singolo stato possa scegliere, in virtù di proprie caratteristiche giuridiche o di ordinamento, alcuni piuttosto che altri parametri individuati comunitariamente alla base della disciplina , con l’unico limite di non creare una legislazione statale che sia contrastante con il principio complessivamente indicato a livello comunitario.

Per le medesime considerazioni non poteva ravvisarsi, a giudizio del tribunale, alcuna violazione all’art. 8, comma 1, della legge delega secondo cui : <<Gli Stati membri prevedono adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie a garantire l’applicazione delle sanzioni e l’utilizzazione dei mezzi di ricorso. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive>>.



Il giudice di prime cure ha poi preso in considerazione l'eccezione sollevata da parte opponente secondo cui la Prefettura non sarebbe risultata competente ad irrogare la sanzione amministrativa per essere, perché, in base al principio indicato nell'art. 24 L. 689/81, la competenza al riguardo avrebbe dovuto essere riservata all'autorità penale. Ha in proposito rilevato che l'art. 174 bis premette alla previsione della sanzionabilità delle condotte considerate anche a titolo di illecito amministrativo l'affermazione <<ferme le sanzioni penali applicabili . . >> da ciò inferendone il superamento di qualsivoglia supposta pregiudizialità del giudizio penale rispetto alla sanzione amministrativa. Il giudice di prime cure, richiamando l'orientamento accolto sul punto dalla giurisprudenza di legittimità (tra le altre, Cass. 22.12.11 n. 28381), ha affermato che l'identità della condotta materiale integrante le fattispecie, penale e amministrativa, esclude di per sé che l'esistenza del reato possa dipendere dall'accertamento della violazione amministrativa; esclude, in conseguenza, che possa ravvisarsi in tale situazione quella connessione obiettiva che conduce alla pregiudizialità di cui si occupa l'art. 24 L. 689/81 e dalla quale, soltanto, deriva la competenza del giudice penale nell'accertamento della responsabilità per l'illecito amministrativo. Di qui il rigetto della richiesta di annullamento della sanzione perché irrogata da ente o organo incompetente.

Il tribunale ha quindi preso in considerazione l'eccezione di violazione dell'art. 14 L. 689/81 per genericità, in assenza di specifica contestazione della condotta ritenuta illegittima, eccezione sollevata in virtù del richiamo, nell'ingiunzione opposta, all'articolo 174 bis, disposizione che non indica un'unica condotta ma prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa ogniqualvolta si verifichi una delle (plurime) condotte considerate nell'intera sezione 2 del capo della legge stessa, da cui deriverebbe l'assenza della necessaria correlazione fra contestazione e condanna e la rilevante lesione della stessa possibilità di difesa degli ingiunti.

Il tribunale ha escluso essersi tuttavia prodotta lesione al diritto di difesa della parte: infatti la stessa ordinanza delineava, immediatamente dopo il richiamo al detto articolo, la condotta contestata, costituita dall'aver diffuso abusivamente in pubblico, a scopo di lucro, opere dell'ingegno, con omissione della regolarizzazione



dei diritti connessi al diritto d'autore"; detta condotta era stata in precedenza indicata nel verbale di accertamento immediatamente precedente ed era stata richiamata nelle note della GdF di Corsico, che ad essa aveva espressamente riferito la contestata violazione del disposto di cui all'art. 171 ter. Tale condotta, del resto, era stata riconosciuta come vera, in data 17.2.15, dal legale rappresentante dell'epoca che, appunto, aveva dichiarato di non aver mai versato i contributi a favore della SCF-Consortio Fonografici. Né il dato letterale del testo dell'art. 174 bis che sanziona più condotte - indicate negli articoli tutti precedenti e facenti parte della intera sezione - avrebbe potuto generare confusione alcuna sull'addebito, essendovi appunto chiara indicazione della condotta contestata già fin dallo stesso verbale di accertamento.

Per le medesime considerazioni il giudice di prime cure aveva ritenuto infondata pure la contestazione della violazione del disposto di cui all'art.3 legge n.241/1990 (<<1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. 4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere>>>).

Il tribunale ha invece accolto l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata da [REDACTED] attuale legale rappresentante della società. Su tale capo di decisione, non oggetto di impugnazione, è sceso il giudicato.

Con riferimento ai temi relativi ai profili oggettivo e soggettivo dell'illecito addebitato (contestazione circa la sussistenza della condotta indicata dall'art. 171 ter, costituita dall'abusiva diffusione di 673 files musicali con fine di lucro), il primo



giudice ha fornito una chiara e dettagliata descrizione dell'assetto normativo vigente, con riferimento ai temi oggetto di causa.

Ha in proposito anzitutto affermato che la legislazione vigente aveva individuato nella SIAE, ai sensi dell'art. 180 L 633/41, l'«ente legittimato per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate» dal diritto d'autore, ai sensi degli artt. 1-71 della medesima legge, aggiungendo che detta disposizione normativa prevede altresì l'esercizio da parte della SIAE delle attività costituite dalla concessione di licenze e autorizzazioni, dalla percezione dei proventi derivanti dalle stesse, dalla ripartizione dei proventi tra aventi diritto; ha tuttavia rilevato non essere altrettanto chiara ed inequivoca l'identificazione del soggetto legittimato alla gestione - e quindi, in particolare, al rilascio delle licenze di utilizzazione e alla percezione dei relativi compensi - dei cosiddetti «*diritti connessi*» e cioè dei diritti del produttore dei fonogrammi e degli artisti, interpreti ed esecutori, previsti dagli artt. 72, 73 e seg. legge 633/41 da ultimo modificati dal D leg.vo 68 del 9.4.2003: per quanto riguarda la tutela dei diritti degli artisti, interpreti ed esecutori, il primo giudice ha evidenziato come l'art. 4 della L 5 febbraio 1992 n. 93 avesse previsto la costituzione dell'IMAIE (Istituto Mutualistico artisti interpreti esecutori), nel contempo stabilendo che a tale ente morale al quale, ai sensi del successivo art. 5, anch'esso modificato dalla legge 68/2003, dovessero essere versati i compensi spettanti alle predette categorie «*dai produttori di fonogrammi o dalle loro associazioni di categoria*» (art. 73 legge 633/41, secondo il quale l'esercizio dei diritti «*spetta al produttore, il quale ripartisce il compenso con gli artisti, interpreti o esecutori interessati*»); la S.C.F. dunque ne risultava il soggetto, diverso dalla SIAE, abilitato e tenuto a gestire i diritti vantati dai produttori fonografici e quindi a percepire i compensi per l'utilizzo delle opere diffuse.

Il tribunale ha affermato costituire fatto pacifico - a seguito dell'accertamento presso la Radio fornitrice - la circostanza dell'avvenuta diffusione in pubblico, da parte della società [REDACTED] di opere o brani musicali, in numero di 673, senza che la stessa avesse previamente richiesto ed ottenuto la concessione della licenza SCF



ed avesse conseguentemente versato a favore di SCF il contributo ad esso dovuto per legge; del resto, il mancato versamento nei confronti della SCF era stato, del resto, riconosciuto dalla legale rappresentante della [REDACTED] al momento dell'ispezione, ed il versamento dei contributi dovuti aveva avuto luogo solo in data 25.2.15, cioè prima, sì, della notifica del verbale di contestazione, ma dopo l'accertamento, effettuato il 17 febbraio, così che deve aversi per certo che a tale momento non era ancora intervenuto alcun versamento al SCF per la diffusione dei brani. La diffusione in pubblico di questi ultimi doveva pertanto ritenersi certamente verificata, posto che la musica veniva diffusa all'interno del negozio ed era quindi fruibile da parte di tutti i potenziali clienti entrati nel negozio. Poiché il comportamento sanzionato dall'art. 171 ter, 2° comma lett. A) prevede l'abusiva condotta di chi <<riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo o importa abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore o da diritti connessi>>, doveva quindi certamente ritenersi integrata la fattispecie incriminatrice nel suo profilo oggettivo.

Quanto al piano soggettivo, il giudice di prime cure ha esordito affermando che la mancata letterale indicazione del "*fine di lucro*" imporrebbe una interpretazione letterale del comportamento, abusivo anche nel caso in cui tale uso, non personale, non avesse avuto finalità di tipo economico, allorché – come nel caso di specie - il numero di opere fosse risultato eccedente quello di 50 (perché in tal caso la norma non richiede espressamente che la diffusione sia stata effettuata con finalità lucrativa).

A tale considerazione ha aggiunto che, quand'anche si dovesse ritenere necessario il fine di lucro, anche in tal caso la fattispecie incriminatrice dovrebbe ritenersi integrata, sotto il profilo soggettivo, e ciò in quanto la diffusione di un numero così alto di brani musicali, la musica "in store", deve essere considerata elemento facente parte di un fine imprenditoriale, nel senso che essa si presta ad essere utilizzata per rendere piacevole la permanenza dei clienti nel negozio stesso, permanenza che induce a guardare tutto ciò che il negozio espone e, in ipotesi, facilitarne così



l'acquisto.

A tale considerazione il giudice di prime cure ha aggiunto che certamente non può ravvisarsi la presenza di una condotta dolosa, espressiva cioè della volontà di sottrarsi al pagamento, come ben si evince dal successivo pagamento dei contributi da parte della affiliante [REDACTED]: cionondimeno sussisterebbe comunque il coefficiente psicologico richiesto per la sanzione, esso risultando dall'applicazione della disciplina di cui all'art. 3 L 689/81 .

Il giudice di prime cure ha infine trattato il tema della determinazione dell'ammontare della sanzione, affermando in proposito che dalla lettera dell'art. 174 bis conseguiva la regola secondo cui nel caso in cui il singolo brano abusivamente diffuso abbia un valore inferiore ad € 103,00 , la sanzione per la singola violazione doveva determinarsi in misura pari a tale importo.

Essendo emerso dal testimoniale che il valore di ciascun brano doveva determinarsi in €.1,29, doveva trovare applicazione per lo stesso una sanzione di €.103,00, che, moltiplicata per il numero di brani (673), portava alla determinazione della sanzione complessivamente dovuta in € 69.319,00.

Non potevano, del resto, ritenersi sussistenti i presupposti per il beneficio della continuazione di cui all'art. 8 L 689/81 non essendovi stata un'unica condotta, ma piuttosto singole e ripetute violazioni .

Avverso la sentenza n.840/2015 del tribunale di Bergamo ha proposto tempestiva impugnazione la società [REDACTED] rassegnando le conclusioni di cui in epigrafe per i motivi che seguono; l'amministrazione appellata si è costituita resistendo al gravame; previa discussione orale e successiva replica, alla pubblica udienza del 16/01/2019 è stata data lettura del dispositivo della presente sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Col **primo motivo** l'appellante si duole del rigetto dell'eccezione di incompetenza, ribadendo la tesi già esposta al riguardo in primo grado e disattesa dal giudice.



Afferma in proposito che la *ratio* dell'art. 24 L. 689/1981 è *scongiurare decisioni contrastanti e perseguire esigenze di *economicità e di *semplificazione. Ciò, mediante attribuzione ad un unico organo (il Giudice Penale) della competenza a decidere in tutti quei casi in cui, ai fini dell'accertamento del reato, detto Giudice finirebbe per prendere in considerazione aspetti della condotta contestata integranti l'infrazione amministrativa. Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dal primo Giudice, la competenza ad emettere la sanzione amministrativa spetterebbe quindi unicamente al Giudice Penale il quale, una volta accertato se la condotta contestata integri la fattispecie penale (di cui all'art. 171 ter L.d.A.), dovrebbe emettere anche la correlata sanzione amministrativa (prevista dal combinato disposto di cui agli artt. 171 ter e 174 bis L.d.A.). Diversamente opinando, si verificherebbe la seguente situazione: - la Prefettura (prima) ed il Giudice Civile (poi) dovrebbero decidere se la condotta contestata di indebita diffusione a scopo di lucro integri l'illecito amministrativo; - il Giudice Penale, a sua volta, dovrebbe effettuare lo stesso identico accertamento sul se la medesima condotta sia da punire con sanzione penale. In tal modo si incorrerebbe nel rischio di contrasto di giudicati e si andrebbe in contrasto con le esigenze di economicità e di semplificazione perseguite dalla norma, così violandosi l'art. 24 L. 689/1981 e la sua ratio.

Al riguardo questa corte ritiene di conformarsi a quanto sul punto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, per la quale <<la *connessione obiettiva dell'illecito amministrativo con un reato che, ai sensi dell'art. 24 della l. n. 689 del 1981, determina lo spostamento della competenza ad applicare la sanzione dall'organo amministrativo al giudice penale, rileva esclusivamente qualora l'accertamento del primo costituisca l'antecedente logico necessario per l'esistenza del secondo mentre, in difetto di tale rapporto di pregiudizialità, la pendenza del procedimento penale non fa venire meno detta competenza*>> (Cass. Sez. 2 - , Sentenza n. 30319 del 18/12/2017; in senso conforme Cass. Sez. 1, Sentenza n. 23925 del 09/11/2006). Poiché, per quanto concerne gli addebiti per cui è causa, la fattispecie incriminatrice penale e quella relativa all'illecito amministrativo sono identiche, non può ipotizzarsi la sussistenza, tra l'accertamento dell'una e quello dell'altra, di alcun vincolo di



pregiudizialità logico-giuridica.

Il primo motivo di gravame va pertanto respinto.

Col **secondo motivo** l'appellante sottopone a censura la decisione relativa alla sussistenza dell'illecito addebitato, anzitutto lamentando l'erroneità dell'affermazione resa in sentenza secondo cui all'appellante sarebbe stata contestata la violazione dell'articolo 171 ter, comma secondo, lettera a), L.d.A., in tal modo rendendosi possibile l'esame circa la ricorrenza o meno nella specie della condotta di [REDACTED] descritta da tale fattispecie normativa; al contrario, il Tribunale, invece, avrebbe dovuto limitarsi a prendere in considerazione l'art. 171 ter, comma primo, lettera a, L.d.A., in quanto con riferimento a quella disposizione soltanto era stata formulata in sede di accertamento la contestazione e sempre con riferimento a quella disposizione era stata adottata, con l'Ordinanza-Ingunzione opposta, la sanzione amministrativa oggetto di opposizione; in seconda battuta l'appellante sostiene che, ammesso e non concesso che la condotta contestata fosse stata quella prevista dal comma secondo, lettera a), dell'art. 171 ter L.d.A, il fine di lucro, sebbene non espressamente indicato, dovrebbe ritenersi elemento costitutivo imprescindibile anche di tale fattispecie incriminatrice. Ciò posto, essendo pacifico, provato documentalmente (doc. 10 – fascicolo I grado) e confermato dalle dichiarazioni del teste Ciminelli (doc. g - verbale udienza 1.12.16), che [REDACTED] nel punto vendita ove diffuse la musica d'ambiente, esercitava unicamente l'attività di vendita al dettaglio di capi di abbigliamento e che quindi traeva profitto esclusivamente da tale attività, ne sarebbe per ciò stesso esclusa la sussistenza del dolo specifico rappresentato dal fine di lucro, tale dovendosi intendere il perseguimento di un guadagno diretto ed economicamente apprezzabile, ossia di un concreto incremento patrimoniale che sia diretta conseguenza della condotta illecita, nella specie non ricorrente; la diffusione abusiva della musica risulterebbe ben diversa, ai fini della norma, ove effettuata ad esempio, in una discoteca e, come nel caso in esame, in un negozio di abbigliamento: solo nel primo caso vi sarebbe diretta connessione tra la condotta posta in essere e il guadagno che il gestore percepisce, e ciò in quanto la diffusione della musica rappresenta una componente intrinsecamente necessaria dell'attività economica



svolta e costituisce pertanto l'elemento in cambio del quale è chiesto il pagamento del corrispettivo (corresponsione del prezzo del biglietto d'ingresso); nel secondo caso, invece, non potrebbe ritenersi sussistere correlazione tra l'attività di diffusione e l'incremento patrimoniale, in quanto il guadagno viene ottenuto soltanto mediante vendita al pubblico di capi di abbigliamento. Escluso il fine di lucro, ne verrebbe per ciò stesso l'assoluzione dell'appellante, non essendo corretta l'applicazione fatta dal giudice di prime cure del principio, espresso dall'art.3 legge 689/1981, di sufficienza, sul piano soggettivo, della condotta cosciente e volontaria, attesa l'applicabilità alla fattispecie del prevalente principio di tipicità (art. 1 legge 689/1981), in forza del quale il coefficiente psicologico richiesto per l'infrazione a rilievo amministrativo è di regola quella di cui al citato art. 3 legge 689/1981, salvo che la norma stessa non preveda diversamente - *<il principio generale di cui all'art. 3 della l. n. 689/81, secondo il quale ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa, va coordinato con il principio, anch'esso fondamentale, di tipicità, con la conseguenza che se la fattispecie prevista dalla norma sanzionatrice configura un'azione od omissione che implichi necessariamente l'intenzionalità lesiva, nella quale si sostanzia il dolo, risulta inapplicabile la regola dettata dalla predetta disposizione>* (Cass. Sez. II, sent. n. 981 del 19-01-2006) – il che sarebbe proprio quanto attiene al presente caso, per il quale è richiesto appunto il dolo specifico, costituito dal fine di lucro.

E' senz'altro vero – perché ciò risulta dalla documentazione acquisita agli atti – che oggetto della contestazione mossa all'odierna appellante e motivo dell'adozione della sanzione amministrativa opposta è stata la diffusione di brani musicali in luogo aperto al pubblico e con finalità di lucro. A tale contestazione pertanto, e solo ad essa, è chiamato a rispondere l'incolpato. Con conseguente irrilevanza della diffusione di più di 50 brani se non sorretta da fine di lucro, ancorchè sussista ipotesi normativa che, per lo meno sul piano letterale, contempla tale situazione quale fattispecie incriminatrice specifica (qualunque sia l'interpretazione che ad essa è meglio attribuire, ciò non spiegando rilevanza alcuna ai fini della presente decisione). Non risponde al vero che la fattispecie incriminatrice qui in considerazione



contempli, quale suo elemento costitutivo, la presenza del dolo specifico, con conseguente inapplicabilità, per principio di tipicità, del disposto di cui all'art.3 legge 689/1981.

La condotta rilevante quale illecito è costituita dall'omesso versamento del contributo obbligatorio allo SCF. Per detta condotta omissiva vale la regola di cui all'art.3 citato, con conseguente presunzione di colpa a carico dell'incolpato, che, per andare esente da responsabilità, deve fornir prova dell'impossibilità a lui non imputabile del tempestivo adempimento dell'obbligazione a suo carico.

Il fine di lucro non entra nella fattispecie come dolo specifico, bensì, più limitatamente, come presupposto per l'obbligatorietà del pagamento del contributo. Se la diffusione di brani musicali è a fine di lucro, il contributo è obbligatorio; in caso contrario no.

La finalità lucrativa entra quindi come elemento oggettivo, e non come elemento soggettivo, della fattispecie.

Se non c'è finalità lucrativa non c'è obbligo, e quindi non ci può essere violazione della norma qui oggetto di contestazione.

Ciò posto, la corte non ritiene di poter far propria la nozione di finalità lucrativa proposta da parte appellante, che ne circoscrive l'ambito di operatività alle situazioni in cui alla diffusione del brano musicale debba far riscontro l'insorgenza di un'immediata obbligazione corrispettiva a carico dei relativi fruitori, in tal modo venendo essa a costituire oggetto della prestazione effettuata a favore di costoro, a loro volta tenuti a pagarne il prezzo, mediante, per esempio, acquisto del biglietto di ingresso. La finalità lucrativa non può essere ravvisata soltanto nei casi in cui l'operazione in esame (diffusione di brani musicali) abbia rappresentato la prestazione a favore dei relativi fruitori, nel quadro di un rapporto sinallagmatico che la veda quale oggetto di un'obbligazione di facere a carico del fornitore. Essa va invece riconosciuta in ogni situazione in cui la diffusione della musica non abbia svolto funzione di mero diletto, ma abbia costituito conseguenza di un investimento patrimoniale finalizzato alla realizzazione di obiettivi economici, quale quello dell'incremento delle vendite, oppure anche soltanto della realizzazione di un ambiente consono alle esigenze attuali del mercato nel settore di competenza. Il che è



quanto si è appunto verificato nella fattispecie.

Da ciò consegue l'affermazione dell'obbligatorietà del versamento contributivo allo SCF e dell'integrazione, sul piano oggettivo, della fattispecie contemplata nella norma incriminatrice.

Senza che, sul piano soggettivo, possa ravvisarsi prova dell'impossibilità del tempestivo adempimento, tale non potendosi considerare l'erronea supposizione circa la debenza del solo contributo SIAE, posto che tale supposizione deve presumersi conseguente all'omessa effettuazione dei dovuti accertamenti al riguardo (agevolmente ottenibili anche con semplice ricerca in internet mediante normali motori di ricerca).

L'appellante afferma poi di aver in buona fede ritenuto che, per diffondere musica d'ambiente nel proprio negozio, fosse sufficiente la, già posseduta, licenza SIAE (circostanza mai contestata neppure dagli accertatori, comprovata dal documento 3 e confermata dal teste Ciminelli). Richiama così il disposto di cui all'art. 3 co. 2 L. 689/1981, norma la quale stabilisce che *<Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa>*, invocando a proprio favore l'esimente della buona fede, intesa come errore sulla liceità del fatto, rilevante anche in tema di illecito amministrativo di cui alla L. 689/1981.

A tale proposito è tuttavia d'uopo il richiamo all'orientamento in senso restrittivo affermatosi in sede di legittimità, laddove si è affermato che *<< L'esimente della buona fede, applicabile anche all'illecito amministrativo disciplinato dalla l. n. 689 del 1981, rileva come causa di esclusione della responsabilità amministrativa (al pari di quanto avviene per quella penale in materia di contravvenzioni) solo quando sussistano elementi positivi idonei ad ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto il possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso.>>* (Cass. Sez. 2 - , Ordinanza n. 20219 del 31/07/2018; in senso conforme: Cass.13610/2017). Nella specie, per le considerazioni dianzi esposte, deve escludersi la ricorrenza dei presupposti per tale esimente, in assenza di qualsiasi



indicazione in ordine alle ragioni che avrebbero impedito alla società appellante di informarsi, facendo uso degli strumenti attualmente a disposizione, circa gli obblighi da osservare al fine di poter legittimamente diffondere brani musicali nel negozio di abbigliamento gestito. L'ignoranza in proposito è sì pertanto valutabile come espressiva di buona fede, ma non può qualificarsi come incolpevole, e non rileva pertanto come esimente.

Per le considerazioni che precedono, anche il secondo motivo di gravame non può - nel suo insieme - trovare accoglimento (e ciò in quanto i pochi profili in relazione ai quali deve convenirsi con le osservazioni critiche espresse da parte appellante non conducono al ribaltamento della valutazione conclusiva del giudice di prime cure, nel senso della ricorrenza degli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, della fattispecie incriminatrice).

Col **terzo motivo** l'appellante si duole dell'omessa applicazione alla situazione in esame - da considerarsi come una unica condotta violativa, più volte, della medesima norma - della regola del cumulo giuridico della pena, di cui all'art. 8 legge 689/1981.

Come tuttavia correttamente rilevato dalla difesa della PA, tale norma non può trovare applicazione alla fattispecie, retta dal disposto di cui all'art. 174-bis della Legge 633/1941, il quale stabilisce espressamente che "*La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto*". : la predetta norma è infatti da ritenersi speciale rispetto a quella generale di cui all'art. 8 della Legge 689/1981, e dunque prevale rispetto ad essa.

Al rigetto dell'appello segue la condanna della parte appellante a rimborsare a quella appellata le spese del grado, alla cui liquidazione, di cui al dispositivo, si provvede in conformità ai criteri di cui alla tabella A approvata con decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55 (scaglione di valore da euro 52000,01 sino ad euro 260000,00).

Atteso il rigetto integrale del gravame, deve riconoscersi la sussistenza dei



presupposti per l'applicazione della disciplina, in tema di raddoppio del contributo unificato, di cui all'art.13, comma 1. quater d.P.R. n.115/2002.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando:

rigetta l'appello proposto da [REDACTED] in persona del suo amministratore unico e legale rappresentante [REDACTED] avverso la sentenza del Tribunale di Bergamo pubblicata in data 22 maggio 2017 n.840/2017.

Condanna l'appellante a rimborsare alla parte appellata le spese del grado, che si liquidano in euro 2838,00 per la “fase di studio”, euro 1820,00 per la “fase introduttiva” ed euro 4860,00 per la “fase decisionale”, oltre rimborso forfettario ed accessori di legge.

Sussistono i presupposti di cui all'art.13, comma 1. quater d.P.R. n.115/2002 per il raddoppio del contributo unificato

Così deciso in Brescia 16/01/2019

IL CONSIGLIERE EST.

Giuseppe Magnoli

IL PRESIDENTE

Donato Pianta

