

Publicato il 14/01/2025

N. 00244/2025REG.PROV.COLL.

N. 09364/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9364 del 2022, proposto da Fly Go Voyager S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 7672/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2024 il Cons. Giordano Lamberti e udito per la parte appellante l'avvocato Massimo Nunziata, per delega di Arturo Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - La società Fly Go Voyager ("Fly Go") ha proposto ricorso avanti il Tar per il Lazio per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla illegittima azione amministrativa tenuta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("Agcm"), alla stregua di quanto statuito nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 8227 del 2 dicembre 2019, passata in giudicato.

2 – A tal fine ha allegato che:

- aveva impugnato innanzi al Tar per il Lazio il provvedimento dell'Autorità n. 26713 del 14 settembre 2016 con cui sono state irrogate a Fly Go tre sanzioni amministrative pecuniarie pari, rispettivamente, a 230.000 euro, 175.000 euro e 95.000 euro, in relazione a tre distinte pratiche commerciali scorrette;

- in particolare, l'Autorità aveva contestato: i) l'*"utilizzo ingannevole di segni distintivi di noti professionisti attivi nel settore del trasporto aereo (quali "Ryanair" e "Wizzair") all'interno degli annunci pubblicitari diffusi sul motore di ricerca Google tramite il servizio AdWords nella confusoria configurazione grafica dei siti internet collegati a tali annunci"*; ii) il *"ricorso a modalità decettive di presentazione del prezzo dei servizi turistici offerti sui propri siti internet, caratterizzate dallo scorporo della voce di costo relativa alla quota di gestione del prezzo inizialmente prospettato, della cui esistenza i consumatori erano informati solo in una fase già avanzata del procedimento di prenotazione telematico"*; iii) la *"mancata predisposizione di un sistema di assistenza clienti facilmente accessibile, alternativo al numero telefonico a pagamento, anche per i clienti che hanno già concluso l'acquisto telematico dei servizi offerti dal professionista sui propri siti internet"*;

- seppure il ricorso fosse stato respinto dal Tar, in sede di appello, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 8227/2019, ha annullato il provvedimento dell'Autorità quanto all'accertamento della seconda e della terza condotta contestata e alle correlate sanzioni.

2.1 - Parte ricorrente deduce la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, e segnatamente: la condotta *contra ius* dell'Autorità, accertata dalla sentenza del Consiglio di Stato; il danno patrimoniale da mancato ricavo (che quantifica in almeno 3.942.252 euro ovvero, in subordine, in quello determinato in via equitativa) e quello all'immagine e alla reputazione; il nesso di causalità tra la condotta di Agcm e i danni subiti; l'elemento soggettivo, dato dall'illegittimità del provvedimento e dall'assenza di un errore scusabile.

3 – Il Tar adito con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto la domanda, ritenendo che la condotta dell'amministrazione non poteva ritenersi colposa.

4 – Avverso tale pronuncia ha proposto appello l'originaria ricorrente deducendo che:

- costituisce fermo principio che l'*"illegittimità del provvedimento"* non individua ex se l'elemento soggettivo costitutivo della responsabilità aquiliana (come difatti mai sostenuto da FlyGo), ma certamente è *"un elemento dal quale deriva una presunzione di colpa in capo alla P. A. e ... l'onere probatorio gravante sul richiedente può ritenersi assolto con l'indicazione dell'illegittimità del provvedimento, potendo riconoscersi in capo all'amministrazione l'onere di provare l'assenza di colpa attraverso l'errore scusabile (v. , ex multis, Cons. Stato, III, 10 luglio 2014, n. 3526)"* (Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 4266/2016, cit.);

- nella fattispecie per cui è causa, mentre la colpevolezza dell'AGCM deriva in via presuntiva, dall'illegittimità del provvedimento, non sussiste alcun errore scusabile che possa obliterarla, non venendo in rilievo alcun caso di "contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata" (Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 3526/2014);

- l'annullamento della seconda sanzione irrogata dall'AGCM scaturisce dalla piana applicazione del tenore precettivo "estremamente chiaro" della norma, dalle affermazioni della stessa Autorità e dalla lineare sussunzione della condotta di Fly Go entro l'alveo della legittimità individuato dal disposto normativo, come accertato dalla sentenza n. 8227/2019 di questa Sezione;

- anche l'annullamento della terza sanzione discende dalla chiara, lineare e pacifica evidenza del dato normativo, nonché dall'immediato riscontro del suo integrale rispetto da parte di FlyGo;

- ne deriva che l'accertamento del Giudice di primo grado, di ritenuta insussistenza dell'elemento soggettivo in capo ad AGCM, è privo della solidità logica necessaria a fondarlo, dal momento che l'accertamento "da parte del giudice di appello" pone nitidamente in luce l'errore in cui è incorsa l'AGCM nell'interpretazione e nell'applicazione della predetta normativa, l'oggettiva chiarezza delle disposizioni di riferimento, l'evidente contraddittorietà ed erroneità delle conclusioni dell'AGCM medesima.

Per le ragioni che precedono, secondo l'appellante, è di tutta evidenza che nel caso di specie non vi è nessun margine per invocare l'errore scusabile e non vi è nessun margine per escludere la configurabilità della colpa.

4.1 – L'appellante ripropone inoltre le argomentazioni dedotte in primo grado al fine di giustificare la propria pretesa risarcitoria, evidenziando che:

- la parziale illegittimità del provvedimento prof. n. 26713 del 14.9.2016 adottato dall'AGCM è stata accertata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 782/2019 passata in giudicato;

- il modello di *business* proprio di Fly Go è sostanzialmente incentrato sulla promozione della società e dei servizi da essa offerti in *internet* attraverso il servizio Google Ads. Il ritorno dell'investimento in pubblicità tramite il predetto servizio è misurabile mediante le specifiche funzionalità messe a tal fine a disposizione dal *software* Google Ads. Ne deriva che un primo profilo di danno è individuabile e quantificabile in relazione al tasso di conversione e, segnatamente, in relazione allo scostamento tra il tasso di conversione atteso, ossia a quello che si riconnette al modello di business che Fly Go stava consolidando, e quello realmente conseguito dal quarto trimestre del 2016. Tanto consente di individuare e quantificare la sussistenza di un danno da mancato guadagno in pregiudizio di Fly Go di euro 3.942.252, come confermato anche dai dati di bilancio di Fly Go;

- sussiste anche il danno all'immagine e alla reputazione di Fly Go, dal momento che il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM è stato pubblicato nel Bollettino dell'Autorità n. 34 del 3.10.2016, sul sito *internet* della stessa;

- sussiste anche l'ulteriore elemento costitutivo della responsabilità risarcitoria dell'AGCM, ovverosia il nesso causale tra il danno subito da Fly Go e l'illegittimo provvedimento sanzionatorio dell'Autorità; tanto sia con riferimento al danno patrimoniale, sia con riferimento al danno reputazionale e di immagine della ricorrente.

5 – In via preliminare, va rilevata la tardività – e dunque l'inammissibilità - della memoria depositata dall'Autorità in data 22 novembre 2024, dal momento che il presente giudizio deve ritenersi soggetto al rito ordinario, avendo ad oggetto unicamente l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente a ottenere l'integrale risarcimento dei danni patrimoniali subiti e non all'impugnazione di un provvedimento per il quale l'art. 119 c.p.a. prevede l'abbreviazione dei termini.

Nel merito l'appello è infondato.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale, il risarcimento del danno a carico della pubblica amministrazione non è conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo, richiedendosi a tal fine anche la verifica positiva in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'amministrazione e al nesso causale tra il provvedimento illegittimo e il danno sofferto (*cf.*, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266).

La giurisprudenza ha chiarito che al danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione, potendo egli limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto e dovendosi fare applicazione, ai fini della prova dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza come anche delle presunzioni semplici ex art. 2727 c.c. Spetta a questo punto alla p.a. dimostrare, se del caso, di essere incorsa proprio in quell'errore scusabile che, secondo giurisprudenza consolidata, si verifica in presenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, formulazione ambigua delle disposizioni da applicarsi, complessità della situazione di fatto, comportamento delle parti del procedimento (*cf.* Cons. St., Sez. IV, n. 602/2017).

Ferma l'applicazione di tale principio anche ai procedimenti di competenza dell'Autorità appellata, nei cui confronti rilevano in astratto i diversi gradi della colpa (non occorrendo dunque che questa sia per forza di cose "grave"), nel caso di specie, deve ritenersi sussistente una situazione atta a giustificare sotto il profilo soggettivo la condotta dell'amministrazione, stante l'assoluta specialità del caso controverso e tenuto conto che la principale violazione contestata all'appellante, sulla quale si innestavano le ulteriori condotte, è stata poi confermata anche in sede giurisdizionale.

In altri termini, stante la complessità dell'accertamento che l'Autorità era chiamata a compiere nel caso specifico e la particolarità delle norme che regolano lo specifico settore che viene in considerazione, l'errore in cui è indubbiamente incorsa l'amministrazione appare tuttavia scusabile e, dunque, in base alla giurisprudenza citata, idoneo ad escludere la sussistenza del requisito della colpa.

6 - A prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo, non è comunque possibile riconoscere la sussistenza di alcun danno risarcibile causalmente collegato al provvedimento dichiarato parzialmente illegittimo.

Invero, non sussistono i presupposti per il risarcimento dei danni così come dedotti da parte appellante, non sussistendo la prova di un loro collegamento, alla stregua dell'art. 1223 c.c., con il provvedimento nella parte in cui questo è stato ritenuto illegittimo.

A tal fine è utile ricordare il criterio che deve governare la materia in questione desumibile dalla norma di cui all'art. 1223 c.c., in base al quale è risarcibile il danno "conseguenza immediata e diretta" dell'illecito.

In altri termini, il danno subito non può ritenersi sussistente "in re ipsa", atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto con l'insegnamento delle Sezioni Unite (sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato.

6.1 - Nel caso in esame, è stata confermata la condotta illecita della società quanto all'"utilizzo ingannevole di segni distintivi di noti professionisti attivi nel settore del trasporto aereo (quali "Ryanair" e "Wizzair") all'interno degli annunci pubblicitari diffusi sul motore di ricerca Google tramite il servizio AdWords nella confusoria configurazione grafica dei siti internet collegati a tali annunci".

Ciò che questo Consiglio ha accertato invece essere legittimi sono (solo) le modalità di comunicazione delle commissioni sul prezzo in una fase avanzata della prenotazione e le modalità di contatto del professionista, ritenute sufficienti a consentire al consumatore di poter interloquire con l'appellante.

Così circoscritta l'illegittimità del provvedimento accertata dalla sentenza di questa Sezione fatta valere da parte appellante, deve osservarsi come il danno fatto valere sarebbe la conseguenza della flessione delle visite del proprio sito internet (oltre che delle transazioni effettuate e, quindi, del c.d. tasso di conversione, ossia la percentuale delle visite a cui è seguita la conclusione dell'affare).

Tale pregiudizio non appare diretta conseguenza dell'accertata illegittimità del provvedimento in riferimento alle condotte innanzi richiamate e ritenute legittime dalla Sezione; in ogni caso, parte appellante, sulla quale grava il relativo onere, non ha provato come l'aspetto relativo al momento nel quale venivano comunicato il prezzo finale della transazione e la legittima predisposizione del contatto al quale i consumatori potevano contattarla possano influire sull'aspetto al quale la società collega la sussistenza del danno.

In altri termini, la società avrebbe dovuto provare che il lamentato danno, relativo alla flessione del numero di visite del proprio sito internet da parte dei consumatori, sia stato cagionato dalla contestazione delle pratiche n. 2 e n. 3 da parte dell'Autorità.

Fermo che il principio per cui l'onere della prova grava sul danneggiato, come anticipato, non appare prospettabile che l'asserito danno sia conseguenza diretta ed esclusiva delle parti del provvedimento annullate e cioè delle contestate pratiche n. 2 e n. 3, potendosi al più astrattamente prospettare che lo stesso possa semmai collegarsi alla contestazione di cui alla pratica n. 1, la cui illegittimità è stata però confermata anche da questo Consiglio, essendo stato sul punto respinto il ricorso della società.

6.2 – Il fatto che il provvedimento sia stato integralmente confermato in riferimento alla prima pratica contestata porta ad escludere anche la sussistenza di un danno all'immagine, non potendosi enucleare un tale danno nel momento in cui una condotta

abusiva ai danni dei consumatori, quella più grave, sia stata comunque ritenuta sussistente e l'appellante non abbia dimostrato come possa aver invece inciso sulla sua immagine commerciale il solo annullamento parziale del provvedimento.

6.3 – Le carenze innanzi delineate, che minano alla radice la possibilità di riconoscere la sussistenza di un pregiudizio effettivo subito dall'appellante, escludono altresì la possibilità di liquidare il danno in via equitativa, avuto riguardo all'insegnamento per cui *"l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 Cod. civ...presuppone che sia provata l'esistenza di danni risarcibili e risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile, per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare; non è invece possibile surrogare, in tale modo,...la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza"* (Cons. Stato, V, 13 marzo 2017, n. 1139).

7 – Per le ragioni esposte, l'appello va respinto.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello e condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell'Autorità, che si liquidano in 5.000, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere