



LA VENDITA MULTILIVELLO E LE INTERPRETAZIONI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E DELLA FEDERAL TRADE COMMISSION: IL CASO VEMMA

VALENTINA BARELA

SOMMARIO: 1. I tratti essenziali della vendita multilivello – 2. Idoneità delle autorità garanti in Italia e negli USA alla regolamentazione delle vendite multilivello 3- La vicenda italiana: l'attività commerciale di Vemma Italia e il piano dei compensi. - 4. L'orientamento della *Federal Trade Commission* e della *US District Court for the District of Arizona*. – 5. Le “decisioni con impegni” e gli aspetti critici degli attuali strumenti dell'AGCM.

1.- Le espressioni “vendita multilivello” e “network marketing” sono utilizzate indistintamente per descrivere quelle forme di vendite dirette, nate negli Stati Uniti ma sempre più diffuse nel mondo, alquanto complesse e non fondate sui tradizionali schemi contrattuali, incardinati sul rigido paradigma che vede contrapposte le figure del professionista e del consumatore. Ben più ampio è il ventaglio dei protagonisti di questa forma di vendita e molteplici sono le attività ad essa sottese; anche per questo, forse, è più appropriato parlare di “pratiche commerciali”, espressione che trasmette con più chiarezza la poliedricità delle posizioni contrattuali che gravitano attorno a questo strumento commerciale¹.

¹ Come si evince dal codice del consumo, la tutela apprestata in materia di pratiche commerciali non riguarda la singola e concreta vicenda negoziale, ma ricomprende anche la fase prodromica dell'acquisto, che è molto importante nelle vendite multilivello. Si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896; Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5368 in www.giustizia-amministrativa.it



La vendita multilivello è la vendita diretta, realizzata fuori dai locali commerciali, nella quale l'impresa attribuisce agli "incaricati alle vendite" non solo il compito di vendere i prodotti o servizi, ma anche quello di invitare i consumatori a partecipare alla rete commerciale, attraverso la sottoscrizione del contratto di incarico.

Questa doppia veste, di venditore e promoter, consente all'incaricato di guadagnare in relazione sia ai prodotti e servizi venduti personalmente, sia a quelli venduti dagli incaricati "sponsorizzati". Inoltre, l'incaricato potrà conseguire bonus, di diversa entità, strettamente correlati ai risultati raggiunti, che varranno come gratificazioni e incentivi per la realizzazione di risultati migliori.

L'assetto organizzativo del sistema di vendita si sviluppa in modo molto articolato, posto che l'incaricato può (e spesso deve) creare da subito almeno due linee di vendite di incaricati, dalle quali si svilupperanno altre linee di vendita, costituite proprio da questi ultimi, che a loro volta daranno vita ad altre ancora e così a seguire. Di fatto si realizza un sistema gerarchico, ove ciascun incaricato potrà guadagnare una percentuale relazionata ai prodotti venduti da lui e da tutti gli incaricati che discendono direttamente ed indirettamente dalle proprie linee di vendita (cc.dd. *downlines*). La remunerazione dell'incaricato alle vendite è a provvigione e la percentuale è correlata al valore dell'affare concluso personalmente e/o realizzato dagli altri incaricati da lui introdotti e, pertanto, incardinati nella sua *downline*. I profitti rappresentati dai bonus sono commisurati al posizionamento dell'incaricato nella rete, strettamente correlato al volume delle proprie vendite (nonché di quelle realizzate da altri incaricati dal medesimo coinvolti nel sistema).

Il piano dei compensi, dunque, è modulato principalmente sulla base di tre variabili: vendite realizzate personalmente, vendite realizzate dagli incaricati sponsorizzati, bonus legati alla posizione nella rete di vendita. Si consideri che la seconda variabile, attinente alle vendite concluse dai soggetti reclutati, ricomprende anche le vendite compiute dai soggetti reclutati indirettamente, ossia coinvolti dai propri "sponsorizzati", il che determina un organigramma molto complesso.

Ne consegue che i protagonisti del contratto di vendita diretta, siano essi consumatori o incaricati, anche lì dove non si verifichi la sovrapposizione delle due figure, sono spesso soggetti giuridicamente deboli e non in grado di avere piena consapevolezza del consenso prestato in merito all'acquisizione del bene e/o alla scelta di ingresso nelle rete commerciale, e questo perché il piano dei compensi prospettato, sovente, è di difficile lettura e perché i messaggi pubblicitari diretti ad invogliare l'ingresso nella rete si rivelano spesso ingannevoli, soprattutto circa le prospettive di guadagno.

Questi aspetti fanno sì che dietro vendite multilivello spesso si celino pratiche commerciali scorrette e vietate dall'ordinamento, quali le vendite piramidali, caratterizzate da un sistema commerciale rappresentato da una rete di venditori strutturata su scala gerarchica interna, nella quale il bene o servizio, oggetto delle vendite, è solo un pretesto, mentre l'obiettivo primario è reclutare un numero maggiore di incaricati ai quali, al loro accesso nella rete, sarà chiesto, sotto diverse forme, il pagamento di una «fee» d'ingresso che rappresenta l'introito maggiore dell'impresa, nonché degli sponsor, che guadagneranno proprio in base al numero delle persone reclutate.



Le vendite piramidali condividono con le vendite multilivello l'assetto organizzativo e le modalità di intermediazione delle vendite dirette, ma rappresentano fattispecie illecite, come disposto dalla legge n. 173 del 2005, che disciplina «la vendita diretta a domicilio e la tutela del consumatore dalle forme piramidali»²; in queste ultime la vendita del prodotto è solo un escamotage per reclutare nuovi soggetti che saranno a loro volta indotti a sollecitare nuovi ingressi. Viene pertanto alimentato un artificioso sistema di vendita che costituisce una distorsione del meccanismo di vendita multilivello³. In sostanza, l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul reclutamento di nuovi soggetti e non sulla capacità di vendere i prodotti direttamente o attraverso i componenti la struttura medesima⁴. Invero, anche l'art. 23, comma 1°, lett. p, cod. cons. qualifica scorretta la condotta del professionista che avvia, gestisce o promuove «un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti».

La legge n. 173 del 2005 elenca gli elementi presuntivi tipici di un sistema illecito, identificabili nei seguenti obblighi: obbligo di acquistare dall'azienda o da terzi una rilevante quantità di prodotto, senza che vi sia diritto di restituzione dell'invenduto; obbligo di corrispondere un'ingente somma all'entrata nel sistema, in assenza di una reale controprestazione; obbligo di acquistare, all'entrata del sistema, prodotti o servizi non strettamente necessari o comunque sproporzionati all'attività commerciale svolta. Tuttavia,

²Cfr. l. 17 agosto 2005, n. 173 sulla disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali, in *Gazz. Uff.*, n. 204, del 2 settembre 2005. Si v. L. TRICOMI, *Nuovi strumenti e tutela dei consumatori contro le forme di vendita piramidale*, in *Guida dir.*, 2005, f. 37, p. 21; G. BISAZZA, *Vendite diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Stud. jur.*, 2006, p. 398; C. IRULLI, *Le vendite piramidali nella nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali dal business to consumer al business to business*, in *Stud. jur.*, 2008, p. 656; F. PETRICONE, *Legge 17 agosto, 2005, n. 173, Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Giur. it.*, 2005, suppl. al fasc. 8/9, p. 1.

La l. n. 173/2005 ha dato attuazione alla dir. Ce n. 29 del 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, Direttiva estremamente importante anche per aver comportato la modifica di diverse direttive: la dir. Ce n. 450 del 1984 avente ad oggetto la pubblicità ingannevole, la dir. Ce n. 7 del 1997 in materia dei contratti a distanza, la dir. Ce n. 27 del 1998 sulle azioni inibitorie e la dir. Ce n. 65 del 2002 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, nonché il regolamento Ce n. 2006 del 2004.

³ Le differenze con le vendite piramidali sono analizzate in BARELA, *Riflessioni in tema di Network Marketing per un'analisi di diritto comparato*, in www.comparazionediritto.civile.it e in ID., *Vendita multilevel e parametri di tutela in Italia e negli Usa*, Torino, 2017, *passim*.

⁴ Cfr. art. 5, comma 1°, l. 17 agosto 2005, n. 173.



si tratta di presunzioni che richiedono un'attenta attività ermeneutica in grado di determinare se lo schema sia concretamente piramidale⁵.

Invero, tutte le forme anche di successo delle vendite multilivello inducono e non obbligano all'acquisto dei prodotti per uso personale; eppure è bene che sia posta una particolare attenzione a quali siano gli elementi che persuadono ed invogliano all'acquisto. Solo l'attenta analisi del piano dei compensi consente di smascherare le forme di acquisti finalizzate all'acquisizione di una certa posizione nel sistema che conducono l'incaricato in un circolo vizioso. Si pensi al c.d. *autoship*, ordine di acquisto automatico, da parte degli incaricati, di un determinato quantitativo di prodotto con cadenza periodica e con spedizione automatizzata, che difatti, non di rado, rappresenta la maggiore fonte di introiti da parte delle imprese che praticano vendite piramidali.

Nel network marketing, invece, la vendita del bene deve avere finalità primariamente consumeristiche, per cui il bene deve essere destinato ad un uso personale benché possa anche essere strumentale all'acquisizione di una posizione nella gerarchia dei venditori. Ne è prova l'articolato piano dei compensi, in grado di incentivare e gratificare gli incaricati alle vendite, distinguendo tra profitti al dettaglio, bonus per l'acquisizione di nuovi clienti, commissioni di squadra o bonus come leader di squadra, sino alla possibilità di ottenere una percentuale di compensi commisurata alle vendite globali dell'azienda.

2. - La vendita multilivello offre molti spunti di riflessione in merito ad aspetti di carattere strettamente civilistico, come quelli relativi alla figura dell'incaricato, ed in particolare ai termini e condizioni applicabili al contratto di incarico con incidenza sulle categorie civilistiche⁶, posto che l'incaricato, oltre a vendere il bene, ha un ruolo di promoter che si rivela essenziale ai fini della gratificazione economica della propria attività e, in relazione all'impresa, presenta spesso una fisionomia analoga a quella del consumatore.

Il network marketing appare però di grande interesse anche in merito all'individuazione degli strumenti più idonei atti a regolamentare e tutelare questa forma di vendita, in considerazione delle nuove dinamiche comunicative e ai correnti impulsi economico-sociali; ed è su questo aspetto che il presente contributo intende soffermarsi.

La figura dell'incaricato alle vendite è, perciò, solo uno dei tanti aspetti di grande interesse che solleva il tema della vendita multilivello, carente di una completa regolamentazione, che tuttavia, si rilevarebbe forse inadeguata lì dove la fonte fosse legislativa, in considerazione della globalizzazione del mercato, di cui questo fenomeno è

⁵ Cfr. A. STRATA, M. PRINCIPE, *Network Marketing. Analisi giuridica di una strategia aziendale*, Roma, 2016, p. 44 ss.

⁶ Questi aspetti sono stati analizzati in uno studio volto a superare le rigide definizioni di professionista e consumatore in V. BARELA, *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in www.comparazionediritto.civile.it/.



massima espressione. L'evoluzione delle dinamiche di queste pratiche commerciali è estremamente veloce e frenetica ed è per questo che le fonti di diritto e quelle interpretative devono essere in grado di adeguarsi alle nuove esigenze di tutela⁷. Gran parte delle imprese che operano attraverso il network marketing sono multinazionali e questo dato si rileva molto interessante, laddove l'atteggiamento nei confronti delle stesse, trasposto in provvedimenti giudiziari o di autorità amministrative, nei diversi ordinamenti, sia stato manifestamente disomogeneo. E' palese che la globalizzazione del mercato provochi una spinta verso una globalizzazione del diritto, intesa anche come limite del potere del controllo statale⁸, determinando l'intensificazione del contrasto rilevato tra la territorialità della norma e l'universalità dei fenomeni economici⁹.

Guida del mercato globale è il consenso economico, non riconducibile ad un consenso democratico¹⁰, in quanto sfugge al modello partecipativo, asse del potere

⁷ Questi aspetti sono intrinsecamente connessi al tema della crisi del positivismo giuridico, la cui analisi in considerazione della fenomenologia della complessità sociale è svolta da A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., annali IV*, 2007, p. 201 ss.; M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir., annali IV*, 2011, p. 547 ss.

⁸ Si v. il prezioso contributo di G. ALPA, *Paolo Grossi: alla ricerca di un ordine giuridico*, in *Contr. e impr.*, 2016, II, p. 399, che riprendendo le parole di Paolo Grossi evidenzia come uno storico del diritto riesca a «cogliere i germi di una evoluzione destinata a protrarsi nel tempo [...] finanche a spingersi nell'interpretazione dei segni del futuro».

⁹ Per una compiuta elaborazione di tale concetto si v. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 42 ss. Sul ruolo unificante svolto dal diritto globale dell'economia, quale strumento principale dell'unificazione giuridica, oltre che economica si v. E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, p. 507 ss.

¹⁰ Tuttavia, la genesi di una politica anti concorrenza sleale trova le sue radici nello *Sherman Act*, la legge emanata dal Congresso degli Stati Uniti Stati Uniti nel 1890 e ispirata a due finalità: la prima, politica, volta ad evitare che una eccessiva concentrazione economica possa falsare il funzionamento del sistema democratico; l'altra, di protezione delle piccole imprese, nondimeno strettamente connessa alla prima, giacché il funzionamento del pluralismo economico presuppone un società democratica garantita da una legislazione concorrenziale. Per un attento studio sul tema antitrust, volto ad offrire una metodologia interpretativa della materia si v. C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, p. 15. Con lo *Sherman Act* è stato per la prima volta dichiarato illegale qualunque accordo tra le imprese, operanti nell'ambito di certo mercato, volto a pilotare i termini concorrenziali. Cfr. V. PEPE, *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l'antitrust*, Milano, 2005, p. 133.



legislativo e proprio della legislazione ordinaria, ed è anche per questo che la correlazione biunivoca tra norma e regola statutale si palesa spesso debole¹¹ in questa materia.

Il tema della concorrenza sleale interessa molto il network marketing giacché può mascherare forme di commercio anticoncorrenziale, come le vendite piramidali, ed è per questo che si rendono opportune due politiche di indirizzo, l'una volta a tutelare la parte debole del contratto¹², l'altra volta a garantire un corretto funzionamento del mercato in un sistema di libera e leale concorrenza a cui deve conformarsi l'autonomia privata¹³, entrambe bilanciate dall'attuazione del principio di sussidiarietà che, nelle sue molteplici esplicitazioni, sempre «esprime la tendenziale funzione vicaria del diritto oggettivo rispetto all'autonomia dei privati»¹⁴. Questa funzione vicaria può essere assolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) che, come tutte le autorità indipendenti, svolge un ruolo di carattere giustiziale, mossa dall'esigenza di proteggere categorie di interessi, generalmente collettivi e diffusi, soggette alle insidie dei poteri forti¹⁵. Ad ogni modo, ai

¹¹ Sulla crisi del positivismo, intesa quale crisi della sovranità si v. P. RIDOLA, *Comparazione e diritto europeo*, in *I nuovi confini del diritto privato europeo*, a cura di Alpa, Milano, 2016, p. 11 ss. e a p.15: L'A. spiega come «la crescita delle interdipendenze su scala globale [...] ha sottoposto a tensioni inedite non solo il raccordo fra la cittadinanza e gli spazi dello stato nazione, ma il nesso tra il raggio di azione dei diritti e la dimensione della statualità».

¹² Sulla rilevanza dell'interesse del consumatore nell'esercizio della funzione amministrativa da parte dell'AGCM si v. N. PISANI, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, Milano, 2015, p. 76; A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 195.

¹³ La necessaria conformità dell'autonomia privata ad un paradigma concorrenziale è enucleata da A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri e Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 3.

¹⁴ Testualmente E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p. 774. D'altronde, come spiega l'A., «la stessa normazione ha una funzione sussidiaria: ed in ciò è l'essenza del diritto, testimoniata dalla storia, che ci rivela un costante intersecarsi di autorità e libertà, da un diritto ridotto al rango della volontà del sovrano a quello in cui si traducono le istanze dell'uomo e della società». Si v. anche le riflessioni di del Prato in merito al fenomeno del controllo amministrativo sul contenuto dei contratti nel contributo *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 515. Si v. anche N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchi, Bologna, 1996, p. 87.

¹⁵ Si v. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1995, p. 1. L'interesse collettivo e diffuso non deve essere inteso come interesse necessariamente statale o pubblico, in tal senso si v. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante*



sensi dell'art. 27 cod. cons., la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette è affidata dall'AGCM, a cui sono attribuiti poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori¹⁶.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato si presenta l'organo maggiormente idoneo a colmare le lacune in questo settore in attuazione di un principio di sussidiarietà la cui accezione esplica una forma di delegificazione¹⁷, in ragione della dismissione del potere da parte del legislatore ordinario a vantaggio di una normazione secondaria, che darebbe vita ai cc.dd. ordinamenti «sezionali»¹⁸. Tuttavia, è bene porre mente che l'AGCM, così come l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, non hanno un potere di normazione esterna; ne consegue che sarebbe forse opportuno ascrivere il potere dell'AGCM tra le fonti di produzione di diritto "indirette" in una logica ove il potere discrezionale dell'azione amministrativa si serve della tecnica dell'interpretazione per assumere una funzione più prossima a quella propria degli organi giudiziari¹⁹.

E' una materia che si evolve in modo estremamente rapido per cui anche uno studio casistico dei diversi interventi deve essere necessariamente agganciato a principi e valori comuni per evitare che diventi subito obsoleto. I principi, quali la libera concorrenza,

della concorrenza e del mercato, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano, 1993, p. 116 ss.

¹⁶ Cfr. S. SICA – V. D'ANTONIO, in *Comm. cod. cons.*, a cura di Stanzione e Sciancalepore, Varese, 2006, *sub. art. 27*, p. 149; CAZZATO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Il diritto dei consumatori*, a cura di Alpa e Catricalà, Bologna, 2016, p. 207 ss.

¹⁷ In questo caso, seguendo il pensiero di del Prato, «il principio di sussidiarietà esula dal dettato costituzionale non operando né tra enti territoriali, verticalmente, né a vantaggio dell'autonomia dei cittadini, orizzontalmente» esprimendo invece una riduzione dell'operatività della norma primaria a vantaggio di una normazione secondaria devoluta ad un ente svincolato, almeno formalmente dal potere esecutivo. Si v. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 784.

¹⁸ Si v., *ex multis* A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, p. 232; AA.VV., *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, a cura di G. Vesperini e G. Napolitano, Viterbo, 1998, *passim*; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 409 ed in part. p. 418; S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, nel volume dal medesimo titolo, a cura di Tesaurò e D'Alberti, Bologna, 2000, *passim*; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000, *passim*; M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, 2002, p. 112; AA.VV., *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli e M. Sica, Torino, 2006, *passim*.

¹⁹ Difatti, in un'analisi sulla natura dell'AGCM la natura paragiurisdizionale di questo organismo è esaltata da M. CLARICH, *op.cit.*, p. 120.



l'autonomia privata, la tutela del contraente debole²⁰ hanno valenza sovranazionale e devono ergersi a primarie guide interpretative sia per le autorità amministrative sia per gli organi giurisdizionali al fine di identificare e “regolare” nuove pratiche commerciali lecite.

Il tema invita a rivolgere l'attenzione all'esperienza statunitense dove sono nate le prime forme di vendita multilivello, nonché le prime autorità indipendenti, che rivelano come la globalizzazione del mercato possa essere agevolata anche attraverso queste forme di vendite dirette. Tuttavia, qualunque tentativo di comparazione deve considerare l'incidenza del diverso contesto storico, politico e sociale in cui si inserisce un fenomeno giuridico. Così è interessante osservare come l'istituzione delle autorità indipendenti, mentre in Italia coincide con la crisi dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia, negli USA segna l'ingresso del diritto pubblico nell'economia del mercato, considerata sin a quel momento capace di autoregolamentarsi²¹.

Gli Stati Uniti, sebbene siano la patria delle vendite multilivello, ad oggi sono privi di un intervento legislativo nazionale, ma sono dotati di regole operazionali enunciate dall'intensa attività interpretativa delle Corti federali e della *Federal Trade Commission* (FTC), l'agenzia governativa, istituita nel lontano 1914, che si occupa principalmente di far rispettare il divieto di pratiche scorrette o fraudolente o che mettano in pericolo la libera concorrenza. L'attività della FTC ha consentito di delineare sempre meglio nel corso degli anni le condizioni necessarie perché una vendita possa essere considerata multilivello e non

²⁰ Una delle declinazioni della tutela del consumatore in queste forme di vendite dirette è la tutela da abuso di posizione dominante, di cui non esiste una definizione univoca ed, invero, una rigida definizione finirebbe per essere tautologica. Tuttavia, sicuramente è utile riferire della nota definizione, elaborata dalla Corte di giustizia, secondo cui una posizione dominante corrisponderebbe ad una «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori». Così, nel caso Hoffman La Roche. Cfr. V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2009, p. 55.

²¹ Si v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 650.

Per una ricostruzione storica si v. M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 2. In ogni caso come autorevole dottrina rileva, bisogna cogliere la differenziazione ontologica che caratterizza gli Stati Uniti rispetto agli Stati europei e pertanto anche l'ordinamento italiano. Per uno studio che coglie la natura trascendente dell'ordinamento americano si v. P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, Lecce, 2013, ed in part. p.139 ove l'A. spiega come negli Stati Uniti lo stato politico sia incarnato «nello stesso regno della giurisdizione come manifestazione della legge».



piramidale²². La FTC, attraverso severi provvedimenti e duri accordi con le imprese, ha ridefinito i termini contrattuali nell'ambito di questo settore, influenzando l'andamento del mercato, fungendo da «rule-making body» per gli operatori del settore. I poteri investigativi e correttivi della FTC sono molto ampi e la possibilità della stessa Commissione di ricorrere alle Corti federali per cristallizzare un suo “ordine” ha ulteriormente rafforzato la definizione sempre più dettagliata di ipotesi di vendite multilivello. La Commissione statunitense può chiedere al giudice federale non solo di sanzionare con multe e/o disporre l'interruzione dell'attività, ma altresì di condannare le aziende a risarcire il danno nei confronti degli incaricati alle vendite rimasti vittime di un sistema illecito²³. Diversamente, l'Autorità italiana non dispone di potere disciplinare analogo alla FTC, ma opera quale organo inquirente e sanzionante, con ridotto potere di intervento regolamentare – se non indiretto - nel settore di cui le è demandato il controllo; e questo elemento rappresenta

²² La *Federal Trade Commission* è stata istituita dal *Federal Commission Act* 1914 con il primario obiettivo di garantire il rispetto dello *Sherman Act* (1890) che sancì il divieto di qualsiasi comportamento anticoncorrenziale, e stabilì a tal fine la riduzione dei monopoli e il divieto dei cartelli espliciti. In ogni caso, ancora oggi, la politica antitrust negli Stati Uniti si fonda sulle tre storiche principali normative: *Sherman Act* (1890), il *Clayton Act* (1914) e il *Federal Trade Commission Act* (1914), chiaramente tutte integrate, modificate ed in parte stralciate nel corso degli anni. Dal 1938 alla *Federal Trade Commission* (FTC) è attribuita la competenza di reprimere tutti gli abusi che possono pregiudicare una scelta consapevole dei consumatori, attraverso la proibizione di campagne pubblicitarie ingannevoli. Inizialmente la competenza della FTC era limitata ad alcuni particolari settori merceologici (cosmetici, cibo, medicinali, strumenti di lavoro) e le sanzioni potevano essere disposte solo qualora si fossero verificati danni alla salute del consumatore. Nel 1973 una modifica della normativa eliminò le limitazioni merceologiche e, per ovviare ai problemi derivanti dai tempi lunghi necessari per la conclusione delle istruttorie, attribuì alla FTC il potere di agire presso qualsiasi Corte federale al fine di ottenere provvedimenti provvisori di sospensione delle campagne pubblicitarie ritenute ingannevoli, nonché infliggere un risarcimento del danno, rivelatosi spesso non solo compensativo ma caratterizzato anche da una funzione di sanzione e di deterrenza. Il suo potere di emettere «prospective injunctions» o provvedimenti sanzionatori la pone in una posizione talvolta concorrente talaltra complementare al «Department of Justice», espressamente delegato a compiere valutazioni *ex post*. Sul punto si v. R. PERITZ, *Toward a Domestic Competition Network*, in AA.VV., *Competition Laws in Conflict*, a cura di Richard e Michael Greve, Washington D.C., 2004, pp. 316- 331.

²³ In particolare, l'impresa può essere obbligata a versare un sostanziale importo da destinare a un fondo a beneficio dei soggetti danneggiati. La FTC ha anche il potere di compiere attività “non aggiudicative” che rappresentano il complesso «informal enforcement» della legge, volto alla ricerca di una soluzione consensuale prima di intraprendere un procedimento formale.



certamente un forte «discrimen» nell'esame dei poteri delle due autorità antitrust, statunitense ed italiana²⁴.

L'assenza di una legge federale, che probabilmente non ci sarà mai, in ragione della continua evoluzione del fenomeno e della non proficuità di imbrigliarlo in regole rigide, accentua maggiormente la valenza dell'attività della *Federal Trade Commission*, spesso cristallizzata dalle pronunce delle Corti federali. Le decisioni della FTC più significative hanno coinvolto la commercializzazione di prodotti di cosmesi o integratori alimentari e in tutti i provvedimenti è possibile registrare un'evoluzione della disciplina delle vendite multilivello, attraverso una meticolosa analisi e una precisa interpretazione da parte della Commissione degli articolati piani di compensi²⁵ e delle singole clausole contrattuali, talvolta identificabili in specifiche «Rules».

Nel diritto federale americano, inoltre è consentito alla stessa Autorità garante di rivolgersi alla Corte federale affinché «ratifichi» gli accordi assunti dalla stessa Commissione con le imprese di network marketing, mentre nell'ordinamento italiano il ricorso alla giustizia amministrativa è accordato solo all'impresa soccombente al provvedimento dell'autorità garante. In ogni caso, la giustizia amministrativa, ad oggi, quanto meno in prima battuta, appare conformata del tutto alle posizioni dell'Autorità garante, di cui ha sposato appieno la rigidità interpretativa²⁶ (certamente anche con encomiabili finalità di tutela della posizione debole del consumatore sul mercato).

²⁴ Ciò non significa che, in via generale, non siano di ausilio anche le mere segnalazioni dell'AGCM, così come i suoi pareri non vincolanti in merito a norme di legge, regolamenti o provvedimenti amministrativi di carattere generale, finalizzati ad evidenziare distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, contrarie ad esigenze di interesse generale.

²⁵ Cfr. *Federal Trade Commission*, procedimento *v. Koscot Interplanetary Inc.*, 1975, n. 1106 e *Federal Trade Commission v. Amway*, 1979, n. 93 in *www.ftc.gov*. Il caso Amway è noto per aver consentito l'individuazione delle cc.dd. «salutary features», ossia le regole «salutari» che consentirono alla Amway di evitare che il sistema potesse essere configurato in guisa di uno schema piramidale. A titolo esemplificativo si menziona: la «Buy Back Rule», con la quale veniva garantito ad ogni incaricato il diritto di rimborso del prezzo di acquisto dei prodotti restituiti in caso di uscita dal sistema di vendita; o la 70% Rule che imponeva al distributore la vendita di almeno il 70% dei prodotti acquistati ogni mese, prima di poter procedere all'acquisto di altri prodotti. Questa regola aveva il preciso scopo di evitare che i distributori fossero indotti ad accumulare materiale da vendere, al solo fine di ottenere il riconoscimento di bonus. Per un'analisi del percorso interpretativo tracciato dalla FTC sia consentito il rinvio a V. BARELA, *Vendita multilevel e parametri di tutela in Italia e negli USA*, cit., p. 121ss.

²⁶ Si veda in questo senso le recentissime sentenze del Tar Lazio, la n. 8905 del 24 luglio 2017 e la n. 8779 del 20 luglio 2017 in Nella prima delle due sentenze, resa nel procedimento instaurato dalla Organo Gold Italia, ad esempio, il Tribunale Amministrativo



Diversamente dall'esperienza americana, l'AGCM ha avviato ancora pochi procedimenti istruttori aventi ad oggetto l'attività di imprese operanti attraverso il network marketing; inoltre, i procedimenti conclusi hanno avuto tutti esiti meramente sanzionatori e effetti demolitori per l'intera attività dell'impresa coinvolta e giammai hanno, anche solo parzialmente, contemplato l'eventuale accoglimento di proposte dell'impresa di modifica al modello di distribuzione adottato²⁷. Come si vedrà, le proposte di impegni presentate dalle imprese, nei confronti delle quali era stato avviato un procedimento da parte dell'AGCM, presentano forti limiti e sono molto lontane, anche per connotati e ispirazione, agli accordi a cui giungono le imprese americane con la FTC.

Ai fini di questa indagine e per comprendere meglio le potenzialità dell'attività dell'AGCM, nonché la complessità di questi sistemi di vendita, sembra utile esaminare la vicenda Vemma Italia oggetto di un provvedimento dell'Autorità garante²⁸. Il caso Vemma è di particolare interesse, non solo perché può illustrare – in via esemplificativa – le insidie di questi meccanismi, ma soprattutto perché la stessa multinazionale è stata oggetto anche di un provvedimento della *Federal Trade Commission*, poi confermato e rafforzato dalla Corte federale dell'Arizona²⁹. Il caso Vemma negli USA rappresenta, insieme ai casi Koscot e

di primo grado osserva, a proposito delle proposte di modifica al piano compensi, avanzate dall'azienda, che “non può ravvisarsi, nel caso in esame, un'ipotesi di ravvedimento operoso, che presuppone non il semplice venir meno della pratica commerciale scorretta ma una condotta attiva tesa ad eliminare le conseguenze della precedente condotta, assente nel caso di specie”. Nella seconda sentenza, avente ad oggetto l'annullamento emesso contro la Asea Italy Srl, il Tar, pur operando un interessante approfondimento del concetto di autoconsumo («autoship»), si conforma del tutto alla decisione dell'Autorità Garante, respingendo il ricorso e confermando il carattere piramidale del sistema di vendita dell'azienda ricorrente.

²⁷ Cfr. Caso Asea Italy S.r.l. (Asea Acqua della salute) AGCM, procedimento PS8171, provvedimento n. 24785 del 5 febbraio 2014, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità del 10 marzo 2014; caso OneLife Network Ltd Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, procedimento PS10550, decisione del 25 luglio 2017; caso OneCoin, AGCM, provvedimento n. 10550 del 25 luglio 2017; caso Dexcar, AGCM, provvedimento n. 10049, del 22 marzo 2017 in *www.agcm.it*.

²⁸ AGCM, procedimento PS7621 – Vemma Italia, Provvedimento n. 24784 del 5 febbraio 2014, pubblicato sul bollettino dell'Autorità garante del 10 marzo 2014 in *www.agcm.it*.

²⁹ Cfr. «United States District Court for the District of Arizona», case no. CV-15-01578-PHX-JJT, *Federal Trade Commission* (Plaintiff) *v.* Vemma Nutrition Company, Vemma International Holdings Inc., Benson K. Boreyko, Tom Alkazin (Defendants) and Bethany Alkazin (Relief Defendant) in *www.ftc.gov*.



Amway (che l'hanno preceduto) ed Herbalife³⁰ dello scorso luglio 2017, uno dei casi che hanno di fatto legittimato e “regolamentato” le vendite multilivello, della cui esegesi hanno beneficiato tutti gli interpreti della materia³¹. Così, mentre l'attività della Vemma Italia è stata interrotta con il provvedimento della ACGM che ha definito piramidale detta attività di vendita, la Vemma Nutrition Company /Vemma International Holdings Inc. continua ad operare nel mondo grazie alle modifiche apportate a seguito dell'accordo convenuto con la FTC e traslato in una pronuncia della Corte federale.

3. - La descrizione del piano dei compensi delle società del network marketing, pur apparendo molto tecnica, si rivela indispensabile per comprendere la logica e la liceità o meno di questa pratica commerciale.

La società Vemma era ed è conosciuta in tutto il mondo per la commercializzazione di alcuni prodotti a base di succo di mangostano, reclamizzati per le loro speciali proprietà terapeutiche. L'attenzione dell'Autorità garante italiana era stata richiamata dalla promozione dei suddetti prodotti Vemma attraverso il coinvolgimento nel sistema di soggetti che erano sollecitati - con modalità molto esuberanti e perseveranti - a reclutare un numero sempre crescente di partecipanti.

La partecipazione al sistema operativo in Italia era subordinata alla registrazione al sito dell'azienda, a seguito della quale era immediatamente richiesto di effettuare un ordine di spedizione automatica per un valore minimo di 60 QV (Qualifying Volume) ogni mese, condizione che avrebbe consentito all'incaricato il diritto di percepire un reddito immediato. L'incaricato avrebbe poi potuto acquistare pacchetti prodotto, definiti Builder Pack che gli avrebbero permesso di beneficiare di quando predisposto dal piano dei compensi ed in misura diversa, a seconda che fosse stato scelto il c.d. Silver pack o Gold pack³² (rispettivamente al prezzo di euro 599 ed euro 999), pacchetti-prodotto la cui

³⁰ Si v. «United States District Court for the Central District of California», case no. 2:16-cv-05217, *Federal Trade Commission (Plaintiff) v. Herbalife International of America Inc., Herbalife International Inc. Herbalife Ltd. (Defendants)* in www.ftc.gov.

³¹ Così, la vicenda Koscot ha puntato i primi riflettori sul divieto di una «entrance fee», sulle informazioni fuorvianti rese negli «opportunity meetings» e sulle garanzie dell'incaricato, ossia il diritto di recedere senza motivazione e il diritto di vedersi restituite le somme investite all'esito del recesso. Il caso Amway ha cristallizzato la centralità della vendita del prodotto, mentre il procedimento Herbalife ha consentito di pervenire ad una puntuale definizione dell'acquisto consumeristico, precisando i termini entro i quali esso possa essere considerato realmente “per uso personale” e non strumentale alla sola acquisizione di una posizione nella rete di vendita.

³² E' molto comune l'utilizzo di espressioni raffigurative di un'idea di ricchezza, rappresentando la stessa la motrice dello sviluppo di questi modelli di vendita. Si pensi alla società Jeunesse, anch'essa impegnata alla produzione e distribuzione di prodotti di



vendita, all'esito delle indagini istruttorie, risultò costituire una parte consistente del fatturato della Vemma. Ciascun incaricato doveva attivare inizialmente due canali, o - se si preferisce - team o linee di vendita, e ciascun livello di compensi era strettamente connesso ai punti premio conseguenti alla spedizione automatica dei prodotti e ai Brand Partner attivi, ossia agli incaricati alle vendite arruolati personalmente. Nonostante i bonus formalmente dovessero rappresentare un guadagno ulteriore rispetto alla provvigione derivante dalle singole vendite, di fatto essi hanno rappresentato l'incentivo e talvolta la gratificazione maggiore del sistema³³. Tra i bonus, non resi noti subito al momento della sottoscrizione dell'incarico, rileva particolarmente il «frenzy bonus», proprio perché manifestamente legato al volume delle vendite dei nuovi iscritti. Il conseguimento del «frenzy bonus», variabile dai 150 ai 300 Euro, era strettamente subordinato al coinvolgimento, nel lasso temporale settimanale, di almeno tre nuovi incaricati nel sistema e agli acquisti effettuati da quest'ultimi, principalmente con lo strumento dell'*autoship*. La commercializzazione del prodotto era legata principalmente all'inserimento di nuovi membri e i consumatori di fatto venivano reclutati come incaricati alle vendite e obbligati ad acquistare i prodotti al fine di rimanere nel sistema produttivo di bonus che, per i più, si rendeva necessario per rientrare almeno nelle spese sostenute sotto forma di kit di ingresso, ossia quelle relative all'acquisto di builder pack (pacchetto prodotti), o mediante gli acquisti *autoship*, anche se la primaria ambizione era di conseguire i maggiori benefici economici promessi. Nel giugno 2013 fu avviato un procedimento dall'AGCM nei confronti della Vemma Italia S.r.l. volto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli articoli 20, 21 comma 1°, lettera *b* e *c*, e 23, lettere *p* e *s* del Codice del consumo. In data 29 luglio 2013, la società Vemma trasmetteva all'AGCM una serie di impegni in ragione dei rilievi formulati nella comunicazione di avvio del procedimento e la richiesta di proroga del termine di conclusione del procedimento³⁴. Gli impegni furono

bellezza, che nel piano dei compensi finanziari scaglionati sui diversi livelli esecutivi, acquisiti dagli incaricati, fa richiamo al nome di pietre preziose, contemplando così, dal livello più basso a quello più alto: associato, distributore, esecutivo, esecutivo giada, esecutivo perla, esecutivo zaffiro. Inoltre, da quest'ultima posizione è possibile accedere al livello dirigenziale, scaglionato a sua volta nei seguenti gradi, così indicati in ordine crescente: direttore rubino, direttore smeraldo, direttore diamante, direttore doppio diamante.

³³ Qualora la posizione acquisita nel sistema fosse stata confermata per quattro settimane consecutive, l'incaricato aveva diritto all'avanzamento nella «graduatoria». Un altro premio, denominato Enroller Matching Bonus, veniva erogato allorquando oltre all'acquisizione dei 120 punti premio, legati alla spedizione automatica, l'incaricato reclutava quattro brand partner attivi (iscritti personalmente dal medesimo).

³⁴ La proposta fu avanzata entro i tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria avvalendosi di quanto disposto dall'art. 14, comma 1°, d.l. n. 223 del 2006, convertito con modifiche dalla l. 4 agosto, n. 248.



presentati proprio con l'intento di superare i profili di illegittimità della pratica commerciale e della pubblicità realizzata³⁵.

Ora, al fine di individuare gli anelli deboli del sistema, che ne evidenziano il carattere piramidale, nonché, e soprattutto, comprendere l'atteggiamento dell'AGCM nei confronti di questa vicenda, è utile soffermarsi sulla proposta di modifica al piano dei compensi, formulata dall'impresa, e sulla reazione della AGCM che, con delibera dell'11 settembre 2013, ha rigettato sia la proposta di modifica al piano dei compensi, sia la proroga del termine di conclusione del procedimento.

In primis, la Vemma propose di rendere il piano di remunerazione più comprensibile, ammettendo così la complessità della cornice in cui si inseriva la proposta commerciale. Si offrì di introdurre una commissione variabile dai cinque ai quaranta euro per ciascun ordine, stabilendo, quale misura di calcolo, la differenza tra il prezzo di vendita all'ingrosso dei prodotti Vemma e il prezzo raccomandato per la vendita ai consumatori finali. In questo caso l'incaricato avrebbe dovuto essere munito di partita iva e pertanto agire come professionista, dovendo fatturare ed incassare il pagamento del prodotto dal consumatore finale.

In questa proposta, quindi, si prevedeva in modo chiaro il riconoscimento di bonus commisurati solo alle intermediazioni dirette e non più alla rete di vendita creata.

Fu proposto, inoltre, di eliminare qualsiasi forma di incentivo connessa all'acquisto di builder pack, così come ogni forma di bonus legata ad ordini automatici di acquisti periodici. In particolare, in merito a quest'ultimo aspetto, la Vemma prospettò, tra le modifiche, l'eliminazione del sistema *autoship* in sede di reclutamento e di attivazione dei nuovi incaricati, nonché quale condizione di accesso a qualunque tipo di bonus. Vemma offrì, inoltre, di rafforzare le politiche poste a tutela del contraente debole, che si esplicano in modo specifico con l'esercizio del diritto di restituzione e del diritto di ripensamento, confermandosi così nuovamente la vicinanza tra le figure di consumatore e di incaricato alle vendite, trattandosi di diritti che, unitamente alle norme volte ad integrare l'aspetto informativo, rappresentano i punti salienti di tutta la normativa posta a tutela del consumatore.

In particolare, l'impresa non trascurò l'impegno di modificare significativamente la comunicazione ed, in modo precipuo, tutti i vecchi messaggi promozionali, anch'essi "indicatori" di vendite piramidali, in quanto contenenti enfatici riferimenti alle illimitate

³⁵ Poiché la pratica commerciale oggetto del provvedimento era stata diffusa a mezzo stampa e attraverso mezzi di telecomunicazione, in data 24 dicembre 2013 è stato richiesto anche il parere all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6,° del cod. cons. Con parere pervenuto in data 23 gennaio 2014 la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risultava scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1°, lettere *b* e *c*, e 23, lettere *p* e *s*, del cod. cons. e ingannevole principalmente per le seguenti considerazioni: mascherava una vendita piramidale, imperniata sull'acquisizione di nuovi affiliati e forniva informazioni non idonee ad informare sulle effettive caratteristiche del prodotto.



possibilità di guadagno connesse al reclutamento di nuovi partecipanti, esaltando il rapporto tra guadagno e reclutamento.

Questa proposta di modifica ai piani dei compensi, così sommariamente descritta, è estremamente utile, giacché è essa stessa prova delle anomalie del sistema: la Vemma di fatto ammette tutti gli aspetti critici determinanti l'illiceità della pratica commerciale prima ancora di conoscere l'esito dell'indagine istruttoria. Peraltro, i singoli punti della proposta contraddicono tutte le argomentazioni difensive della stessa Vemma rese in seguito in sede di procedimento. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle affermazioni contenute nella memoria difensiva - espresse dopo il rigetto della proposta - secondo le quali «in sede di reclutamento non sussiste in fatto e in diritto alcun incentivo all'acquisto a carico del neo incaricato» o all'affermazione secondo la quale «l'autoship» è un meccanismo organizzato che non ha di certo la funzione di imporre alcunché, né tanto meno acquisti periodici obbligati. La proposta, di contro, era proprio volta a rimuovere questa distorsione della concorrenza e avrebbe prodotto effetti immediati sul mercato, certamente più celeri rispetto a quelli conseguenti all'imposizione alle imprese della sanzione e della diffida dal continuare ad adottare comportamenti ritenuti illeciti.

Il rigetto della proposta di impegni, in considerazione anche del contenuto della stessa che contiene gli "indicatori" delle vendite piramidali, tra i quali, *in primis*, emerge l'assenza della centralità della vendita del prodotto, desta poi ulteriore interesse se si confronta l'esito del procedimento dell'AGCM e quello attivato negli Stati Uniti dalla FTC. L'AGCM, nell'adunanza del 5 febbraio 2014, ha deliberato il divieto della diffusione e della continuazione dell'attività posta in essere da Vemma Italia, con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pari a 100.00 euro. Questo provvedimento è stato poi, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b* c.p.a., impugnato dinanzi al Tar del Lazio che, con sentenza del 13 luglio 2017, n. 8377, ha confermato la decisione dell'autorità riconoscendo l'attività istruttoria dalla stessa compiuta e non ritenendo necessaria l'acquisizione di ulteriori elementi. Invero, questo atteggiamento è analogo a quello assunto nei confronti di altri provvedimenti sanzionatori di vendite piramidali³⁶, nei quali è stata evidenziata «un'istruttoria particolarmente approfondita e suffragata da numerose evidenze probatorie»³⁷.

La scelta di compiere una riflessione sull'operato dell'AGCM in merito alla vendita multilivello della Vemma è legata anche all'indole ultranazionale di queste pratiche

³⁶ In tal senso si v. anche la sentenza resa dal Tar Lazio che ha deciso su ricorso presentato dalla Organo Gold contro il provvedimento dell'AGCM (Tar Lazio Roma, sez. I, sentenza n. 8905 del 24 luglio 2017). In modo analogo è stato il Tar Lazio ha deciso il caso Asea Italy (Tar Lazio Roma, sez. I, sentenza n. 8779 del 20 luglio 2017) confermando la natura piramidale dello schema di vendita, individuata dalla AGCM, richiamando le primordiali definizioni di tali pratiche sleali.

³⁷ Così testualmente in Tar Lazio Roma, sez. I, sentenza n. 8779 del 20 luglio 2017 *in www.giustizia-amministrativa.it*.



commerciali che meriterebbero una regolamentazione omogenea, invece ancora lontana. Al riguardo una dimostrazione è resa dall'epilogo della vicenda statunitense, che ha condannato la Vemma ad una sanzione pari a 238 milioni di dollari³⁸, consentendole però di proseguire l'attività previa modifica di specifici aspetti della pratica, in particolar modo presenti nel piano dei compensi. A tal fine è utile riferire brevemente dei punti essenziali del caso Vemma USA.

4. - Gli elementi identificati dalla FTC e le misure correttive adottate giudizialmente dalla Corte federale dell'Arizona si fondano sulle stesse criticità che sono state rilevate dall'AGCM ed in parte "autodenunciate" dalla Vemma Italia nella proposta di impegni. Tuttavia, come si è anticipato, l'approccio adottato dalle due autorità è molto diverso, anche in ragione dei diversi strumenti di cui dispongono.

Anche le accuse mosse dalla FTC si basavano principalmente sul fatto che Vemma consigliava (ma in realtà, al fine di poter effettivamente conseguire guadagni concreti quale incaricato alle vendite, imponeva) agli aderenti di ordinare determinate quantità di prodotti in consegna automatica, ovverosia predeterminata nel tempo, ordini che avrebbero consentito di mantenere il livello assunto nel sistema, e quindi ottenere mensilmente i bonus promessi dall'azienda. Gli stessi rappresentanti di Vemma USA richiedevano quindi un pagamento mensile, definito «monthly auto-delivery», come investimento a titolo di start-up del proprio business, che corrispondeva ad un ordine mensile automatico di prodotti per un valore minimo predeterminato. I bonus che potevano essere guadagnati dagli incaricati erano legati, da un lato, alle quantità di acquisti effettuati dai nuovi partecipanti reclutati e, dall'altro lato, all'omogenea distribuzione delle vendite tra i due canali delle *downlines*. Questa dualità, per cui al fine di mantenere il diritto ai bonus era necessario acquistare prodotti in proprio, e i guadagni dipendevano in notevole misura dal reclutamento di altri partecipanti al sistema, ha portato la Commissione ad individuare nel procedimento di vendita diretta di Vemma uno schema piramidale.

Inoltre, si denunciava anche la pubblicità ingannevole che falsava le possibilità di guadagni per gli incaricati alle vendite tramite la partecipazione al business. L'aspetto relativo ai messaggi promozionali ingannevoli è stato ravvisato nell'attività di tutte le imprese che hanno praticato vendite multilivello ed è stato dalle stesse modificato per ottemperare agli obblighi imposti dalla FTC e dalle Corti federali. La Vemma attirava gli studenti universitari e altri giovani adulti con la prospettiva di diventare ricchi senza avere un tradizionale lavoro, convincendoli, in questo modo, a pagare un «entrance fee» (nelle

³⁸ Oltre alla cospicua sanzione pecuniaria a carico di Vemma (238 milioni di dollari), sono state disposte sanzioni economiche personali nei confronti del legale rappresentante dell'azienda, nonché principale responsabile della creazione del sistema e della pubblicizzazione dell'azienda negli Stati Uniti, ovverosia Benson K. Boyeko (fondatore e mentore della Vemma).



diverse forme) per entrare a far parte dell'organizzazione. Gli incontri ed eventi, che avrebbero dovuto presentare il prodotto, invero erano volti a motivare e formare gli affiliati a reclutare nuovi affiliati. L'attività promozionale si presentava per altro molto suggestiva anche in ragione dei luoghi in cui si realizzava e dell'intrattenimento organizzato con animazione. A parere della Commissione, gli stessi risultati finanziari pubblicati annualmente da Vemma dimostravano che, in realtà, soltanto pochissimi aderenti al sistema raggiungevano davvero il traguardo di guadagni considerevoli, mentre molti ne ricevevano di estremamente ridotti e, addirittura, molti altri non ne ricevevano affatto, chiudendo così in perdita la propria esperienza di incaricati alle vendite. Dalle indagini della Commissione era emerso che la Vemma attraverso i nuovi ingressi aveva guadagnato tra il 2013 e il 2014 oltre 200 milioni di dollari. Queste due caratteristiche della pratica commerciale (modalità di riconoscimento dei bonus e pubblicità suggestiva dei propri prodotti) realizzavano, ad avviso della FTC, violazioni delle disposizioni del FTC Act che proibiscono «pratiche o condotte scorrette o ingannevoli che incidano sul funzionamento del mercato» (ossia, FTC Act, Section 5A, § 45)³⁹.

Come anticipato, la Vemma ha concluso un accordo con la FTC, recante un piano di modifica delle proprie pratiche commerciali ed una sanzione, pari a 238 milioni di dollari⁴⁰, per le condotte considerate non lecite, che è stato integralmente riversato nello «stipulated order for permanent injunction and monetary judgement» della «United States District Court for the District of Arizona» del 21 dicembre 2016.

In base a questo accordo, alla Vemma sono state proibite per il futuro le seguenti pratiche commerciali: 1) schemi di vendita che attuino sistemi piramidali o Ponzi; 2) schemi di vendita che prevedano l'elargizione di bonus collegati al reclutamento di terzi soggetti nel sistema o all'acquisto da parte dei partecipanti di prodotti per l'autoconsumo; 3) schemi di vendita che prevedano l'elargizione di bonus che non siano in maggior parte collegati alle vendite di prodotto nei confronti di consumatori che non partecipino al sistema (e dunque che non siano a propria volta incaricati alle vendite); 4) pubblicità ingannevoli o che comunque non diano una fedele e precisa rappresentazione delle possibilità di guadagno per gli incaricati alle vendite.

In sostanza, la Commissione (e la Corte federale, di conseguenza, nell'omologare ad ogni effetto di legge l'accordo) ha chiarito che se l'incaricato acquista come consumare nulla quaestio, ma se la quantità del bene acquistato è anomala per il suo uso, in quello stesso momento il prodotto diventa non già l'oggetto del sistema di vendita ma il pretesto per poter sfruttare un'opportunità di guadagno.

³⁹ Le contestazioni formalizzate dalla FTC nel proprio ricorso sono le seguenti: «Illegal Pyramid, Income claims, Failure to disclose, Means and instrumentalities».

⁴⁰ Oltre alla cospicua sanzione pecuniaria a carico di Vemma (238 milioni di dollari), sono state disposte sanzioni economiche personali nei confronti del legale rappresentante dell'azienda, nonché principale responsabile della creazione del sistema e della pubblicizzazione dell'azienda negli Stati Uniti, ovverosia Benson K. Boyeko (fondatore e mentore della Vemma).



Analogo discorso valga per i criteri di calcolo dei bonus che gli incaricati possono guadagnare dalla propria attività: la FTC ha chiarito che tali bonus debbono essere collegati agli effettivi acquisti di prodotto da parte dei consumatori, che necessariamente dovranno essere consumatori finali. Essi potranno essere certamente considerati quindi partecipanti al sistema, ma laddove gli acquisti da parte di altri incaricati rappresentino la maggior parte di quelli cui i bonus sono collegati, la pratica commerciale nasconderà, ad avviso della Commissione, uno schema piramidale illecito.

5. - L'epilogo delle due vicende (italiana e americana) con riferimento agli interventi delle autorità garanti nei confronti di Vemma, mostra una significativa differenza, non solo legata ai diversi strumenti di cui ciascuna autorità dispone, ma anche connessa proprio alle diverse modalità di approccio rispetto ai fenomeni distorsivi del mercato. Nel caso Vemma Italia, l'AGCM ha irrogato una sanzione modesta (100 mila euro) vietando all'impresa di continuare ad esercitare la sua attività mentre, invece, nella vicenda statunitense Vemma è riuscita a concludere un accordo che ha consentito la prosecuzione dell'attività assumendo determinati impegni e versando una sanzione elevatissima (238 milioni di dollari). Questa abissale divergenza di misura della sanzione, che accompagna l'impegno di modificare le clausole contrattuali, il piano dei compensi e la politica pubblicitaria, è sintomatica della diversa consapevolezza, negli Usa e in Italia, da parte degli organi di controllo degli interessi economici che muovono queste imprese di vendite dirette. La disponibilità ad addivenire ad un accordo accompagnato da così gravi sanzioni fa emergere la piena cognizione del pregiudizio, ben più gravoso, che conseguirebbe alla paralisi dell'intera attività commerciale. L'adozione di mezzi correttivi e la condanna al pagamento di ingenti sanzioni, che possano avere anche carattere punitivo e non meramente risarcitorio, sono preferiti dalla FTC laddove siano in grado di salvare opportunità di lavoro e attività commerciali competitive. D'altra parte è noto che negli USA si predilige un *enforcement*⁴¹ che dà luogo ad risarcimento con carattere sanzionatorio e deterrente ⁴² anche quando l'attività

⁴¹ E questo orientamento è evidente sia che si tratti di «public» o «private enforcement».

⁴² La valenza e l'importanza della polifunzionalità della responsabilità civile attraverso i «punitive damages» è stata rilevata da P.G. Monateri, già nel 1998, nell'opera *La Responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998, che ne ripercorre anche l'origine storica (p. 19 ss). La recente sentenza della Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, ha offerto un nuovo slancio per la concreta applicazione dei «punitive damages», superando la loro incompatibilità con il principio di ordine pubblico dell'ordinamento italiano, in ragione di una nuova lettura di questo principio, improntata su linee guida di stampo internazionalistico, modulate su un nuovo *leitmotiv*, ispirato al complesso dei principi fondamentali, aventi di per sé valore sovranazionale e transnazionale. L'estrema rilevanza sistemologica di questa decisione che, in veste di *ratio decidendi*, enuncia la polifunzionalità della responsabilità civile, comprendente sia la funzione



anticoncorrenziale richiederebbe più propriamente il divieto dell'operazione negoziale illecita nel suo complesso.

L'AGCM, diversamente, si è limitata ad assolvere la funzione sanzionatoria senza cogliere l'opportunità (introdotta con d.l. n. 223 del 2006 convertito in legge con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248) di accettare gli "impegni" presentati dalle imprese soggette all'istruttoria⁴³. Tuttavia, questa scelta può essere compresa se si pone mente che

reintegrativa (nella quale rientra il danno patrimoniale, esistenziale e biologico), sia la funzione sanzionatoria (misurata sulla gravità della condotta del convenuto), e sia quella deterrente (che mira a ridurre il replicarsi di situazioni simili), purché ispirata a criteri predeterminanti che precludano ogni "sogettivismo" giudiziario, è messa in evidenza da P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 437. Per ulteriori commenti alla summenzionata sentenza si v. nello stesso numero di *Danno e resp.*, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, p. 435. Si v. anche A. DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1787; S. BARONE, *Punitive damages e ordine pubblico. Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio deterrente o iper ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. it.* 2017, p. 1358; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, p. 289 ss.

⁴³ L'art. 14, comma 1°, d.l. n. 223 del 2006 convertito con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, ha inserito nella legge n. 287/1990 una nuova disposizione (art. 14-ter) ai sensi della quale: «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. 81 e 82 del Trattato Ce, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione». Disposizioni di dettaglio, emanate successivamente, hanno poi integrato questa procedura. In particolare la Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287, approvata con provvedimento dell'Autorità n. 16015 del 12 ottobre 2006. A seguito poi di una consultazione pubblica avviata dalla stessa Autorità dal 17 settembre 2012 è entrata in vigore una nuova procedura di applicazione dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990 (disponibile su www.agcm.it). A livello europeo, invece, l'istituto degli "impegni" è stato introdotto dall'art. 9 del regolamento Ce n.1 del 2003. Per una disamina sulla prime applicazioni delle decisioni con impegni, sia a livello comunitario (da parte della Commissione) sia a livello nazionale (da parte dell'Autorità garante) si v. A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in AA.VV., *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, a cura di Bruzzone, Bologna, 2008, p. 61; M. BOCCACCIO, A. SAJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, p. 285; V. CERULLI IRELLI, *Consenso e Autorità negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità*



l'accettazione degli impegni esclude l'applicazione della sanzione, mentre la FTC e le Corti federali subordinano l'accettazione della proposta di impegni al pagamento da parte delle imprese di sanzioni molto onerose, che non sono neanche lontanamente contemplate dall'autorità garante italiana. Ciò perché la FTC compie un'analisi che considera non solo il comportamento anticoncorrenziale realizzatosi, ma anche gli interessi economici coinvolti. La prassi, difatti, è nel senso che la stessa FTC sottoponga alla Corte federale competente l'accordo raggiunto con la società che opera attraverso il network marketing; ciò è quanto accaduto per il caso Vemma, ma anche per altre vicende che hanno riguardato multinazionali molto note.

Nell'ordinamento italiano l'istituto della decisione con impegni sembra invece ispirato alla riduzione del dispendio di energie e di risorse amministrative⁴⁴, e deroga al dovere di accertamento che incombe sull'Autorità garante. La "decisione con impegni" consente una chiusura anticipata del procedimento senza che si giunga né all'accertamento della sussistenza o meno delle violazioni inizialmente prospettate dall'autorità, né all'irrogazione di sanzioni a carico delle imprese riconosciute responsabili. Per altro, il termine previsto per la proposizione della proposta di impegni - tre mesi dalla comunicazione all'impresa dell'avvio dell'indagine istruttoria - appare comprimere le potenzialità dell'istituto, posto che le imprese - con molta probabilità - possono, anche in buona fede, non avere ancora gli elementi per individuare quali siano gli aspetti dell'attività che necessitano di correttivi e in che modo sia possibile provvedervi. Invero, ai sensi dell'art. 27, comma 7°, lo strumento non può essere applicato nei casi di "manifesta scorrettezza e gravità", ovvero quando l'Autorità, alla luce dell'ampia discrezionalità tecnica

garante della concorrenza e del mercato, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, p. 325; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'autorità garante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, p. 233; C.E. CAZZATO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Il diritto dei consumatori*, a cura di G. Alpa e A. Catricalà, Bologna, 2016, p. 217; G. FAELLA, *Decisioni dall'accettazione degli impegni*, consent order e consent decree: l'antitrust e limiti del potere, XX Colloquio Biennale di Diritto Comparato, Università di Ferrara, 2007, online; P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitari*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di F. Cintioli e G. Olivieri, Milano, 2007, p. 1; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisione con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto amministrativo*, 2010, p. 503; G. MAZZANTINI, P. BERTOLI, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 141.

⁴⁴ Tuttavia, questa funzione è, *in primis*, svolta dal *moral suasion* (letteralmente "persuasione morale"), una sorta di sollecito attraverso cui AGCM invita il professionista a rimuovere le criticità, in modo da evitare l'avvio formale del procedimento e quindi congestionare l'azione amministrativa.



di cui dispone, ritenga che sia opportuno arrivare all'accertamento dell'infrazione⁴⁵; né, per altro verso, il provvedimento che rigetta la proposta di impegni può essere impugnato, visto che si colloca in una fase antecedente l'accertamento, per cui le eventuali censure potranno essere fatte valere solo dopo, in sede di impugnazione del provvedimento finale.

Da queste riflessioni sembra emergere che nell'ordinamento italiano non sia avvertita l'esigenza di salvare l'attività di grandi imprese, attraverso l'imposizione di modifiche strategiche e contrattuali; eppure il raggiungimento di accordi è strumentale ad una maggiore apertura dei mercati alla concorrenza. Se la *ratio* di questa sorta di procedimento abbreviato, che fa seguito all'accoglimento delle proposte di modifica, trova fondamento nel carattere derogatorio di questo iter, e quindi nella sua eccezionalità⁴⁶, allora si può comprendere la ritrosia a ricorrervi. Tuttavia, si giustificano meglio le criticità di un'accettazione del programma di impegni (che trattano attività che muovono ingenti interessi economici) laddove si evidenzia il rapporto di alternatività che esiste tra l'accettazione degli "impegni" e l'applicazione della sanzione, per cui la prima implica da parte della AGCM la rinuncia all'inflizione della sanzione⁴⁷. Inoltre, deve considerarsi che l'Autorità garante, attraverso l'accettazione di impegni, esprime un potere massimamente discrezionale, escludendosi un controllo giurisdizionale, visto che le imprese che hanno presentato impegni, poi accettati, non hanno interesse ad impugnare la decisione⁴⁸.

Un altro istituto, ove la partecipazione delle imprese è determinante, è quello dei programmi di clemenza (i cc.dd. *leniency programmes*); tuttavia esso rappresenta un sistema molto articolato e particolareggiato che può essere attivato in presenza di specifiche circostanze e non può – ad ogni modo – suffragare le richieste delle imprese che intendono mettersi in discussione e ripristinare la legalità. Invero, nei *leniency programmes*, introdotti in Italia nel 2007, a seguito dell'introduzione dell'art. 15, comma 2-*bis* nella legge n. 287 /1990, la collaborazione dell'impresa è essenziale ma strumentale per l'accertamento dell'infrazione e pertanto le imprese non si sottraggono al completamento dell'istruttoria. In definitiva, anche le leniency non possono essere di ausilio per una definizione delle nuove fisionomie delle vendite multilivello. Accordo, transazione o conclusione negoziata

⁴⁵ L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è in tal senso. Così, Tar Lazio, sez. I, 10 dicembre 2015, n. 13821 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Così, FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Milano, 2010, p. 431.

⁴⁷ Le decisioni con impegni esplicano una rinuncia all'accertamento da parte dell'autorità in cambio di un'accelerazione della risoluzione del problema concorrenziale anche nella politica europea. Questa logica si evince in modo chiaro nel *Coca Cola Case*. Cfr. si v. O. ARMENGOL, A. PASCUAL, *Some Reflections on Article 9 Commitment Decisions in the Light of the Coca-Cola Case*, in *European Competition Law Review*, 2006, 3, in part. pp. 124- 129.

⁴⁸ Un'analisi sulle ipotesi applicative delle "decisioni con impegni" in Italia, in Francia, in Spagna e in Germania, che coglie la diversa vincolatività del principio di proporzionalità, è compiuta da A. PERA, M. CARPAGNANO, *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contr. e impr. Europa*, 2008, p. 772.



del provvedimento appaiono gli strumenti più idonei, in ragione della compartecipazione delle imprese coinvolte, ad indicare i confini delle forme di vendite multilivello che sono sempre in evoluzione e che, a maggior ragione, richiedono un interprete tecnico che valuti gli interessi economici in gioco.

Per quanto su argomentato si auspica l'introduzione nell'ordinamento italiano di procedure transattive, tra l'Autorità garante e l'impresa, che possano realizzarsi durante tutto l'iter procedimentale, nonché in sede giudiziale, proprio perché la partecipazione dell'impresa si rivelerebbe preziosa per evitare una paralisi di settori di mercato. Il riferimento ad una normativa specifica sulla tipologia di vendita è di aiuto ma non esaustivo, proprio perché si tratta di pratiche commerciali che coinvolgono molteplici attività che devono essere analizzate in ragione della loro stretta correlazione. Si avverte la necessità di operare su principi e valori comuni in grado di avere valenza sovranazionale, quali la libera concorrenza, l'autonomia privata, la tutela del contraente debole, quest'ultima anche quale espressione di abuso di posizione dominante⁴⁹. D'altronde l'operatività delle imprese che operano attraverso il network marketing non è circoscritta a realtà nazionali e, pertanto, sarebbe opportuna una unità di indirizzo e non una duplicazione di controlli o decisioni contrastanti e incoerenti, come è accaduto per la multinazionale Vemma. Il ricorso a principi e valori comuni sembrerebbe confermare la "crisi della fattispecie"⁵⁰, nondimeno la vocazione pluralista delle autorità garanti, talvolta inclini a soddisfare gli interessi delle imprese, talaltra più precipuamente quella dei consumatori, consente loro di valutare - proprio attraverso l'analisi degli elementi fattuali - le criticità e gli sviluppi di nuove pratiche commerciali sleali. La valenza della fattispecie rende possibile la piena attuazione della politica degli accordi negli USA che ha inciso non soltanto su schemi commerciali che evidentemente realizzavano sistemi piramidali, ma anche sui modelli aziendali delle imprese più affermate sul mercato, sottoponendo a giudizio l'intero sistema di vendita di network marketing, con l'instaurazione di procedimenti che hanno definito analiticamente queste pratiche in termini di liceità o illiceità. I procedimenti instaurati nei confronti della Vemma,

⁴⁹ Non esiste una definizione univoca di posizione dominante; d'altronde una rigida definizione finirebbe per essere tautologica. Tuttavia, è d'uopo riferire la nota definizione, elaborata dalla Corte di giustizia Ce secondo cui una posizione dominante corrisponderebbe ad una «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori». Così, nel caso Hoffman La Roche. Cfr. V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2009, p. 55.

⁵⁰ La nota espressione è di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir., proc.*, 2014, p. 36. *Contra* A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 245. L'A. considera i valori non atti a dare regole alle infinite situazioni che la vita prospetta, in considerazione soprattutto del fatto che il giudice non può essere in grado di gestire così ampia discrezionalità, ponendo mente anche delle difficoltà dei consociati di poter prevedere le prospettive di un giudizio.



in Italia e negli USA, sono pertanto emblematici del diverso atteggiamento della FTC e dell'AGCM, la prima sempre più idonea a recepire il dinamismo del mercato, l'altra ancora non sufficientemente strutturata per reagire positivamente all'evoluzione delle nuove pratiche commerciali.