



*Consumerism 2018.
Undicesimo rapporto annuale.*

**“Il cittadino
nell’era dell’algoritmo”**

CONSUMERS' FORUM

e

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

presentano

CONSUMERISM 2018

Undicesimo Rapporto annuale

Il cittadino nell'era dell'algoritmo.

Il lavoro riflette esclusivamente le opinioni dei singoli Autori e non rappresenta le posizioni ufficiali di Consumers' Forum.

INDICE

Introduzione **pag. 7**

(Fabio Bassan – Maddalena Rabitti)

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE **pag. 9**

(Antonio Affinito)

Algoritmi e Big data: utilizzo da parte della Pubblica amministrazione e possibili effetti sui mercati

1. Algoritmi e pubblica amministrazione: nuove prospettive per le pubbliche funzioni
2. La pubblica amministrazione come operatore del mercato
3. Gli *Open data*: esigenze di valorizzazione e problemi di *privacy*
4. La pubblica amministrazione nei mercati secondari: la circolazione dei dati a scopi commerciali e i problemi di tariffazione
5. Conclusioni

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE **pag. 18**

(Serafina Piantedosi)

Il ruolo della trasparenza nella gestione dell'algoritmo

1. Il nuovo regime della trasparenza
2. L'accesso "documentale" all'algoritmo: sentenza TAR Lazio, Roma Sez. III-bis n. 3769 del 22 marzo 2017
3. L'accesso "civico semplice" e "generalizzato" all'algoritmo
4. La tutela dei controinteressati all'ostensione dell'algoritmo e dei Big data

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO **pag. 25**

(Marco Cappai, Sara Perugini)

L'AGCM di fronte alle sfide della *data economy*

(Sara Perugini)

1. Premessa *(Sara Perugini)*
2. *Data rush* *(Marco Cappai)*
3. API (*Application Programming Interface*) *(Marco Cappai)*
4. Le iniziative intraprese dall'Agcm nel campo della *data driven economy* *(Sara Perugini)*
5. Le azioni delle altre Autorità della concorrenza e gli ostacoli da affrontare *(Marco Cappai)*
6. Possibili iniziative da intraprendere in ambito consumeristico *(Sara Perugini)*
7. Conclusioni *(Marco Cappai, Sara Perugini)*

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI **pag. 34**

(Aldo Corvino, Paolo Occhiuzzi)

1. Il mercato dei trasporti e i *Big data* tra riconfigurazione del mercato e possibile ingresso di nuovi operatori *(Aldo Corvino)*
2. Lo stato del mercato dei trasporti e le regole: tendenze evolutive *(Paolo Occhiuzzi)*
3. Il ruolo del regolatore *(Paolo Occhiuzzi)*
4. I consumatori e le tutele *(Aldo Corvino)*

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE **pag. 44**

(Cristiana Lauri)

Energia, reti e ambiente: la pan-efficienza dell'algoritmo

1. Premessa
2. La resilienza del sistema
3. Il problema: L'ingresso nei mercati
4. Le competenze di Arera
5. Gli effetti sui consumatori
6. Questioni aperte

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

pag. 55

(Valentina Angelini, Francesca Pellicanò, Rosaria Petti)

Algoritmi e diritto: l'intervento dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni

1. I signori della Rete: quale assetto competitivo nella *data driven innovation*? *(Rosaria Petti)*
2. Dalla concorrenza in Rete alla conquista dei mercati *offline* *(Rosaria Petti)*
3. Gli algoritmi: quali rischi e tutele per i consumatori? *(Rosaria Petti)*
4. I consumatori e la (dis)informazione al tempo della "dittatura" degli algoritmi: alcune riflessioni *(Valentina Angelini)*
5. "Algocrazia" e Autorità *(Francesca Pellicanò)*
6. Regolazione "à-la-carte" vs. auto-co-regolamentazione. un esempio di nuovo approccio regolamentare: il tavolo per il pluralismo online *(Francesca Pellicanò)*

BANCA D'ITALIA

pag. 67

(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)

L'ingresso degli *Over the Top* nel mercato dei servizi di pagamento

1. Introduzione *(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)*
2. L'effetto "*disruptive*" della PSD2 e l'ingresso nel mercato dei servizi di pagamento di nuovi *players* *(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)*
3. Le strategie degli OTT e i livelli di resilienza del settore bancario *(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)*
4. Il mercato dei Big data: OTT, sistema bancario, consumatori e regolatori: questioni in fieri *(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)*
5. Il futuro dei dati personali tra PSD2, GDPR e OTT *(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)*
6. La Banca d'Italia in un'ottica *forward-looking*. *(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)*

CONSOB

pag. 82

(Francesca Andreani, Giorgia Biferali)

Processi di automatizzazione nel mercato finanziario

1. Imprese FinTech e problemi di regolamentazione *(Giorgia Biferali)*
2. Consulenza finanziaria automatizzata *(Giorgia Biferali)*
3. Analisi del mercato finanziario alla luce dello sviluppo del *trading* ad alta frequenza *(Francesca Andreani)*
4. Analisi dell'impatto degli HFT sul mercato finanziario *(Francesca Andreani)*
5. Strumenti di regolazione e controllo degli HFT *(Francesca Andreani)*

IVASS

pag. 93

(Andrea Luberti, Camilla Tabarrini)

Insurtech. Una ricognizione empirica e giuridica

1. *Insurtech*: il mercato assicurativo nell'era digitale *(Camilla Tabarrini)*
2. Effetti sui consumatori: benefici e rischi *(Camilla Tabarrini)*
3. Gli effetti sul mercato: la resilienza del settore assicurativo *(Camilla Tabarrini)*
4. La risposta delle autorità di vigilanza: dimensione nazionale ed europea *(Andrea Luberti)*

PRIVACY**pag. 106***(Guido d'Ippolito, Angelica Saccoccio, Susanna Sandulli)*

L'algoritmo nella *Data economy*

1. *Cyberspazio*, tra nuove sfide e tutela dei dati personali (Angelica Saccoccio)
2. L'uso secondario dei *Big data* (Guido d'Ippolito)
3. La tutela degli interessati è ancora possibile? (Susanna Sandulli)

Bibliografia**pag. 119****Gli Autori****pag. 131**

INTRODUZIONE

(Fabio Bassan, Maddalena Rabitti)

L'algoritmo spargia le carte, che tanto ha memoria e la sa gestire. Ogni anno siamo costretti ad aggiornare le evoluzioni regolatorie spinte dal progresso tecnologico. Ed è una fortuna che non si tratti di attentati alle costituzioni, formali, inviolabili, che dovremmo altrimenti trovare un adattatore automatico permanente.

Il tema centrale per la sopravvivenza di un mercato dei servizi in Italia (e non è il piacere della drammatizzazione) è l'acquisizione, gestione e utilizzo dei dati. L'Italia in questa dinamica evolutiva riveste un ruolo al momento prevalentemente passivo: i settori dei servizi prima e dell'industria poi, a cascata, stanno vivendo una trasformazione radicale e veloce alla quale spesso le aziende che attualmente vi operano non sono preparate, per mancanza di visione e di investimenti (anche a causa della crisi). La resilienza del "sistema paese" pertanto è minima: le barriere tecniche all'ingresso si abbassano e quelle giuridiche diventano poco rilevanti.

Se questa è la realtà, riteniamo necessario, non solo opportuno, provare a "misurare" la capacità del paese di adattamento alla realtà in divenire. La misurazione muove dal presupporre uno sviluppo possibile – ma non è un azzardo: le basi le indichiamo e sono solide – e valutare le conseguenze ipotizzabili, in relazione al quadro di regole attuale. Riteniamo questo sia il metodo migliore da seguire poiché da un lato rispecchia la realtà dell'attuale regolazione per silos verticali, in cui i settori bancario, assicurativo, energetico, dei mercati finanziari, dei trasporti, delle comunicazioni, ecc.... seguono regole e metodi diversi e dall'altro consente di misurare in ciascun settore l'efficacia dell'intervento delle regole generali, trasversali (orizzontali: concorrenza, protezione dei dati personali, tutela dei consumatori) le quali intersecano ogni silos verticale in un punto diverso del reticolo regolatorio, proprio come i meridiani con i paralleli, e producono quindi a ogni "incrocio" effetti diversi.

Questa scelta di analisi ci è apparsa necessaria per tentare di evitare l'effetto "*floating*" di chi è costretto a orientare la ricerca sulla base delle evoluzioni dei mercati. Tipico, questo, di chi studia la regolazione, che interviene quando gli eccessi evidenziano ciò che non necessita dimostrazione: i mercati non si autolimitano e oggi le forze contrapposte non sono simili o complementari. Ordini di grandezza separano le potenzialità delle imprese e le capacità di risposta dei consumatori e dei regolatori. E non è solo asimmetria informativa. Questa divaricazione divenuta ormai progressivamente esponenziale è in gran parte imputabile a un fattore di moltiplicazione rappresentato dalla capacità di alcune imprese di gestire una gran mole di dati e renderla disponibile in tempo reale per un numero potenzialmente illimitato di utilizzi. La scelta della prospettiva per la ricerca ci è apparsa dunque ovvia.

In questo scenario, **i paradigmi classici dell'interpretazione vengono scardinati dal potere dell'algoritmo, la capacità di gestire dati e informazioni, che consentono ai pochi operatori organizzati su scala globale profilazioni mirate e individuali.** Questo comporta una serie di conseguenze: dalla necessità di rielaborare i presupposti e le finalità della concorrenza, tra mercati contendibili e innovazione, sino al superamento della mutualità, che costituisce il fondamento di alcuni mercati (quello assicurativo, ad esempio).

In un simile scenario, occorre iniziare a elaborare anche una nuova definizione di servizio pubblico. Per garantire il *welfare* europeo siamo costretti oggi a modificarlo, rendendolo compatibile con l'evoluzione dei mercati, che dipende da quella tecnologica. E dunque, il "nuovo ordine sociale", minimo denominatore comune della tutela dei diritti nell'Unione europea, è un *floor* minimo di tutele che va individuato *ex novo*. Per quanto paradossale – poiché appare come il precipitato di una visione neo-liberista – questa soluzione costituisce l'unico modo per garantire un fine sociale nell'economia attuale. "**Social economy**", che dovremmo altrimenti derubricare in **data economy**, questa sì, figlia di una malintesa globalizzazione che, secondo la narrativa dominante, sarebbe incompatibile con le tutele e – spinta agli

estremi – con la democrazia.

Ipotizziamo quindi il verificarsi di un evento, possibile (probabile anzi): **l'ingresso in Italia in ciascuno dei mercati regolati (comunicazioni, energia, banche, mercati finanziari, assicurazioni, trasporti, che riteniamo più sensibili all'evoluzione della gestione dei dati mediante algoritmi) di un operatore nuovo entrante specializzato nella raccolta e gestione dei dati**. Le modalità possono essere molteplici: il *newcomer* potrebbe limitarsi a raccogliere i dati e fornirli agli operatori nei diversi settori, organizzandoli in modo funzionale, o potrebbe svolgere tutte o in parte, le attività tipiche di uno o più settori. Verifichiamo quali sono le condizioni di ingresso in ciascun settore e le attività che il *newcomer* potrebbe svolgere. Alcuni mercati (quello bancario, le comunicazioni) sono più sensibili, perché hanno avuto evoluzioni più strutturate e perché costituiscono le frontiere, i punti d'ingresso necessari. Misuriamo il grado di resilienza dei settori al verificarsi di quest'evento, sulla base delle attività già svolte dal mercato, nel perimetro dell'autoregolamentazione o della co-regolamentazione. Individuiamo i poteri regolatori e di vigilanza esercitabili dalle diverse autorità di regolazione, in autonomia o su un piano comune (bilaterale o multilaterale). Consideriamo infine le tutele e i diritti dei consumatori/utenti, quelle attuali e quelle necessarie e opportune nel nuovo quadro, misurandone la distanza, su un piano pubblicistico (*welfare*) e privatistico (contrattuale). Verifichiamo infine come i silos regolatori verticali "incrociano" le regolazioni orizzontali. La recente sentenza della Corte di Giustizia sull'annosa questione della ripartizione di competenze tra AGCM e AGCom sulle pratiche commerciali scorrette è un chiaro segnale, indica un percorso verso una concorrenza funzionale delle competenze. E la competenza per funzioni è la soluzione su cui del resto si sta orientando l'Unione in tutte le riforme recenti (quelle adottate e in corso di discussione). **Questo rende ancora più attuale la necessità** – che peraltro risultava anche dalle indagini CONSUMERISM degli anni scorsi – **di una cooperazione effettiva ed efficace tra le autorità di settore, anche al di là dei regolamenti o dei protocolli, che pure sono generali. Lacune e sovrapposizioni non possono essere risolte dal legislatore, europeo o nazionale che comunque per silos interviene; l'ampio spazio affidato alle autorità nazionali in sede di applicazione (esecuzione) del diritto attribuisce loro il compito di preparare i mercati all'onda anomala che è ormai in vista.**

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

(Antonio Affinito)

Algoritmi e Big data: utilizzo da parte della Pubblica amministrazione e possibili effetti sui mercati

L'utilizzo da parte della Pubblica amministrazione di algoritmi per rielaborare grandi quantità di dati allo scopo di aumentare la qualità sia dei servizi offerti sia della propria funzione conoscitiva è una realtà ormai acquisita. Meno approfondito, invece, sembra il ruolo dell'ente pubblico nell'ambito dei mercati secondari delle informazioni. Occorre chiedersi fino a che punto la Pubblica amministrazione sia libera di fornire le risultanze delle proprie banche dati, eventualmente anche rielaborate e sintetizzate con algoritmi, a consumatori, professionisti e enti vari, per scopi di natura commerciale, che in alcuni casi esulano dagli scopi per cui i dati sono stati acquisiti. Si tratta di un tema rilevante, anche alla luce del fatto che nell'attività primaria di raccolta e conservazione dei dati la P.A. gode di una particolare posizione di vantaggio, essendo i cittadini obbligati dalla legge a trasmettere i propri dati agli enti pubblici. La possibilità per quest'ultimi di cedere le informazioni così ottenute implica un contemperamento tra le esigenze di valorizzazione dei dati pubblici e le legittime tutele della sfera privata degli interessati. In considerazione della mole di dati detenuta dagli enti pubblici inoltre, occorre valutare anche l'impatto che una normativa eccessivamente stringente in materia di tariffazione della cessione delle informazioni possa determinare sul mercato, dovendosi in questo caso contemperare le esigenze pubblicistiche di non creare una duplicazione dei costi per i riutilizzatori, che tramite la fiscalità generale già hanno sopportato i costi di archiviazione e elaborazione da parte della PA, con le esigenze di favorire la libera concorrenza e l'apertura dei mercati.

SOMMARIO: 1. ALGORITMI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: NUOVE PROSPETTIVE PER LE PUBBLICHE FUNZIONI. – 2. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME OPERATORE DEL MERCATO. – 3. GLI OPEN DATA: ESIGENZE DI VALORIZZAZIONE E PROBLEMI DI PRIVACY. – 4. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEI MERCATI SECONDARI: LA CIRCOLAZIONE DEI DATI A SCOPI COMMERCIALI E I PROBLEMI DI TARIFFAZIONE. – 5. CONCLUSIONI.

1. ALGORITMI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: NUOVE PROSPETTIVE PER LE PUBBLICHE FUNZIONI

Il fenomeno della raccolta, conservazione e interpretazione di grandi quantità di dati tramite l'utilizzo delle nuove tecnologie, è ormai una realtà che, nata e sviluppata fortemente nel settore privato, sta interessando in maniera sempre più evidente il settore pubblico, il suo processo decisionale, nonché l'intera organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Quelli che vengono definiti Big data, sono raccolti dalla pubblica amministrazione nell'ambito della propria attività per fini istituzionali, ma vengono poi analizzati e rielaborati, tramite l'utilizzo di algoritmi, per due scopi fondamentali: per prendere decisioni e per migliorare l'efficienza dei servizi offerti.

In relazione al momento decisionale, la rielaborazione dei dati acquisiti interviene sia in una fase c.d. generale, per programmare e regolare l'attività amministrativa, sia in una fase più puntuale, in cui le informazioni immagazzinate supportano le scelte provvedimenti che la P.A. è chiamata ad adottare nei confronti degli amministrati.

Quando il processo di *Big data analytics* supporta il momento programmatico, l'ente pubblico utilizza le informazioni in suo possesso per rendere più efficace ed efficiente l'allocazione delle proprie risorse. Si pensi alla programmazione delle risorse in tema di sicurezza pubblica: tramite l'utilizzo di algoritmi è possibile rielaborare le informazioni per individuare, nelle grandi città, i quartieri con un più elevato rischio di criminalità.

L'analisi automatizzata dei dati a livello generale, inoltre, può coinvolgere anche l'attività di regolazione dei mercati. Non può ormai considerarsi una novità infatti la c.d. *cognitive regulation*, tipologia di regolazione fondata sulle elaborazioni, con metodi di *Big data analytics*, delle opinioni e dei comportamenti degli operatori di mercato. Tale attività consente alle Autorità indipendenti di scegliere forme di regolazione *soft*, che non impongono divieti e mirano a indurre comportamenti virtuosi degli operatori.

Gli algoritmi e i Big data vengono utilizzati dagli enti pubblici anche per prendere decisioni di carattere puntuale. Negli Stati Uniti ad esempio, nel settore giudiziario, gli algoritmi servono per coadiuvare le scelte giurisdizionali puntuali, con lo scopo dichiarato di razionalizzare e ridurre la popolazione carceraria. Il giudice utilizza algoritmi per valutare le probabilità di recidiva di un soggetto temporaneamente detenuto, al fine di autorizzare o meno la libertà su cauzione.

In generale, l'incrocio dei dati, viene effettuato dalla pubblica amministrazione soprattutto nell'ambito dell'attività di controllo. Il *British HM Revenue and Customs Office* (Hmrc) da anni utilizza algoritmi per migliorare i controlli e combattere l'evasione fiscale. Negli Stati Uniti la *Securities and Exchange Commission* (Sec), impiega il processo di *Big data analytics* per potenziare i controlli finanziari e contabili per combattere le frodi, mentre in Brasile l'incrocio dei dati, con l'ausilio di sistemi automatizzati, viene utilizzato dall'*Observatório da Despesa Pública* (Odp), organo del *Ministério da Transparência e Controladoria- Geral da União* (Cgu), per prevenire fenomeni corruttivi attraverso l'individuazione di anomalie nella spesa pubblica.

Venendo ai casi in cui le amministrazioni pubbliche utilizzano le informazioni in proprio possesso per migliorare l'efficienza e l'efficacia dei servizi che esse erogano, non può non farsi riferimento ai servizi sanitari. In tale settore, infatti è possibile utilizzare *software* che, incrociando dati relativi allo stato di salute degli individui, sono in grado di prevedere l'insorgere di una malattia. L'università dell'Ontario, ad esempio, ha progettato *Artemis*, un *software* in grado di prevenire le infezioni sui neonati prematuri attraverso l'analisi dei loro dati biometrici. Ancora, negli Stati Uniti le autorità pubbliche di controllo e di prevenzione sanitaria, nella stagione 2012-2013, attraverso l'analisi delle *query* sui motori di ricerca e dei *tweet* sul territorio nazionale incrociate con i dati storici sulle influenze in loro possesso, sono riuscite a prevedere, con una percentuale di esattezza intorno all'85%, lo scoppio delle epidemie in determinate zone del Paese. Nel sistema ospedaliero nord americano, inoltre, gli algoritmi sono stati utilizzati anche per aiutare i medici a stilare, per determinati interventi finanziati dal sistema *Medicare*, le liste di attesa. In questo caso, le priorità di intervento vengono stabilite secondo il possibile rischio di complicazioni o di morte post-intervento del paziente: più è basso o nullo il rischio, più in alto si trova il paziente nella lista delle priorità.

2. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME OPERATORE DEL MERCATO

Ormai anche gli enti pubblici sono entrati nell'ampio e variegato mercato dei Big data. Anche l'*Interim report* nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS dell'AGCom, individua l'ente pubblico come uno degli attori principali dell'ecosistema digitale. In tale documento, tuttavia, la PA sembra presa in considerazione come un

operatore diverso da coloro che generano il dato, lo utilizzano, o forniscono gli strumenti tecnologici per la sua gestione. L'ente pubblico quindi, più che un *player* del mercato, è considerato per la sua attività regolatoria e per la sua attività di fornitura di servizi. In realtà volendo approfondire la catena del valore nei Big data, pare difficile non considerare anche l'ente pubblico come uno dei grandi operatori del mercato. La pubblica amministrazione, infatti, si dedica da sempre a raccogliere, per scopi istituzionali, dati e informazioni. Recentemente poi, per meglio organizzare i Big data, la PA ha accelerato la politica di integrazione e fusione delle banche dati esistenti.

Il settore pubblico, inoltre, sta dimostrando di voler partecipare anche alla seconda fase di lavorazione della catena di valore relativa ai Big data: la conservazione dei dati. Agenzia delle Entrate, Inps, Inail, Istat, da anni investono in modo ingente in infrastrutture tecnologiche che consentono una maggiore capacità di archiviazione, nonché velocità nell'estrazione e nella elaborazione delle informazioni.

Verificata la capacità della pubblica amministrazione di essere un *player* del mercato eterogeneo dei Big data, occorre segnalare alcune particolarità. Mentre generalmente nel settore privato chi fornisce il dato, solitamente un consumatore, lo cede, sebbene in forma spuria e non contrattualizzata, a fronte di una scelta volontaria di accedere ad una piattaforma *online* come ad esempio un *app*, o per utilizzare un *software*, vi è la possibilità che una norma imponga la fornitura di un dato all'ente pubblico. E dunque, mentre nel settore privato il mercato dei Big data presenta marcate barriere all'entrata, dovute necessariamente alle esternalità di rete incrociate e alle economie di scala, l'ente pubblico che acquisisce i dati per motivi istituzionali, gode di una posizione di monopolio sul mercato.

3. GLI OPEN DATA: ESIGENZE DI VALORIZZAZIONE E PROBLEMI DI PRIVACY

In considerazione del ruolo che la PA può giocare nell'ambito della raccolta e conservazione dei dati, diventa primario il tema dell'accesso per gli operatori alle banche dati pubbliche. Al punto che in alcuni paesi dell'Unione si sta sviluppando una cultura degli *Open data*, *pendant* di quella dei *Big data*. E infatti, mentre la definizione di questi ultimi fa riferimento alla dimensione dei dati e ad altre loro caratteristiche intrinseche, gli *Open data* sono definiti in virtù del loro utilizzo: sono dati pubblici che individui e aziende possono utilizzare per lanciare nuove iniziative, analizzare le tendenze, prendere decisioni e risolvere problemi complessi.

Attraverso questo processo di apertura, quindi, la P.A., al classico ruolo di erogatore di servizi affianca la funzione di facilitatore e garante del processo di innovazione.

Mediante le politiche *Open data*, la P.A. persegue inoltre una forma di valorizzazione del patrimonio pubblico. A questo fine, un dato è considerato *open* quando è pubblicamente accessibile sulla base di una licenza che ne consente il riutilizzo. Ad esempio, il governo degli Stati Uniti ha reso pubblici, fruibili e riutilizzabili tutti i dati (da quelli climatici a quelli sulla criminalità), attuando una politica di *Open data* per lo *US Census Bureau*, l'istituto censuario nazionale. Quest'ultimo è oggi la principale fonte di *Open data* in America e consente a privati ed enti pubblici di qualificare ed estendere servizi di pubblica utilità e nuovi servizi commerciali. Il progetto deriva da una stretta collaborazione pubblico-privato, che pone al centro il cittadino e il consumatore.

Nell'Unione europea, per incoraggiare la pubblicazione di informazioni da parte del settore pubblico la Commissione ha definito un quadro giuridico con la Direttiva 2003/98/CE c.d. PSI (Public Sector Information) del 2003. La Commissione ha inteso trasformare il patrimonio informativo, generato e accumulato dal settore pubblico nell'espletamento dei propri doveri istituzionali, in una risorsa che le imprese, anche di dimensioni medio-piccole, avrebbero potuto riutilizzare per offrire prodotti e servizi informativi a valore aggiunto. La Direttiva mirava dunque a rimuovere le principali barriere al riutilizzo dei dati di fonte pubblica e a regolare il comportamento in materia delle pubbliche amministrazioni.

ni. Le modifiche intervenute con la Direttiva 2013/37/UE, sono state recepite con il d.lgs. n. 102/2015. Tra i punti più qualificanti: è stato ampliato il novero delle istituzioni considerate come settore pubblico, ribadito l'obbligo di utilizzo di licenze aperte, istituito l'*European Data Portal*, infrastruttura che raccoglie tutti i metadati disponibili sui portali nazionali in tutta Europa. Deroghe al libero accesso ai dati sono costituite per i contenuti detenuti da imprese che esercitano attività di servizio pubblico e società controllate e collegate, per quelli raccolti da istituti di istruzione o di ricerca o da enti culturali, nonché per quelli su cui i terzi detengono diritti di proprietà intellettuale.

Il tema degli *Open data*, soprattutto quando le informazioni sono acquisite dall'ente pubblico, manifesta criticità quanto alla garanzia della protezione dei dati personali. Ciò è ancor più rilevante nelle ipotesi in cui il dato venga acquisito dall'ente pubblico non direttamente dal soggetto interessato ma da un intermediario tenuto per legge a trasmettere i dati. Si pensi alle recenti norme che, in materia tributaria, obbligano banche, assicurazioni, medici, farmacie a trasmettere all'Agenzia delle Entrate i dati relativi ai premi assicurativi, agli interessi passivi sui mutui, ai contributi previdenziali, alle spese mediche, nell'ambito della procedura finalizzata alla c.d. dichiarazione precompilata. In tali circostanze, chi acquista un farmaco o stipula un mutuo, sa che l'informazione verrà comunicata all'Agenzia delle Entrate. Questa risulta, in fondo, una caratteristica tipica della raccolta dei dati ad opera di enti pubblici.

Nella *"Indagine conoscitiva sui Big Data. Analisi della propensione degli utenti online a consentire l'uso dei propri dati a fronte dell'erogazione di servizi"* l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali hanno rilevato che circa 6 utenti su 10 sono consapevoli del fatto che le loro attività online generano dati che possono essere utilizzati per analizzare e prevedere i loro comportamenti. Gli stessi soggetti, inoltre, si dichiarano consapevoli della possibilità di sfruttamento dei dati acquisiti da parte di imprese che li raccolgono.

La stessa indagine, poi, evidenzia che solo 4 persone su 10 percepiscono lo stretto legame esistente tra la concessione dei propri dati e la gratuità dei servizi eventualmente offerti online. Nonostante gli obblighi relativi al consenso previsti dalla legislazione recente in attuazione del regolamento GDPR, infatti, il grado di consapevolezza del consumatore in relazione alla raccolta e al trattamento dei propri dati non è elevato, in ragione da un lato di un approccio semplificato e parziale dedicato alla lettura e comprensione delle informative, dall'altro di pratiche commerciali che, in alcuni casi, la autorità hanno ritenuto scorrette.

Si tratta a questo punto di valutare se, nell'attività di raccolta dei dati da parte dell'ente pubblico, la consapevolezza di chi fornisce i propri dati sia almeno sovrapponibile a quella del consumatore che richiede l'erogazione di un servizio gratuito *online*. A tal fine, pare opportuno effettuare una distinzione di base tra le ipotesi in cui è lo stesso cittadino che, richiedendo all'ente pubblico l'erogazione di un servizio, fornisce i propri dati, e le ipotesi in cui le informazioni relative al cittadino sono fornite da un intermediario. Diverso è il caso di chi si iscrive ad un corso universitario o iscrive il proprio figlio presso un asilo nido, il quale fornisce consapevolmente i propri dati e ottiene un'informativa sulle ragioni della raccolta nonché su eventuali diritti da esercitare, rispetto al caso di chi acquista un farmaco in farmacia, il quale raramente sa che la transazione, registrata dall'operatore, verrà trasmessa all'ente pubblico che la utilizzerà per la creazione della dichiarazione precompilata annuale. Parimenti il dipendente che si reca dal medico curante per farsi redigere il certificato di malattia da trasmettere in via telematica all'INPS, difficilmente deve sapere che i dati, relativi anche allo stato di salute, verranno poi archiviati e gestiti dall'INPS.

A ben vedere, consapevole di tali criticità, l'Agenzia delle entrate, sebbene in modo non puntuale e non in contemporanea con l'acquisizione del dato, consente al cittadino di opporsi all'utilizzo da parte dell'amministrazione finanziaria dei dati relativi alle spese eventualmente utili per la dichiarazione dei redditi precompilata. A tale scopo è stato predisposto un apposito modello da presentare all'Agenzia delle Entrate per ottenere la cancellazione delle informazioni contabili relative alle spese sostenute. Si tratta, come ovvio, di una misura che interviene normalmente dopo l'acquisizione del dato e che difficilmente incide sulla consapevolezza dei contribuenti in relazione all'utilizzo o alla possibilità di sfruttamento dei dati da parte di terzi.

Allo scopo di contemperare le esigenze di valorizzazione delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione con gli interessi dei cittadini alla tutela della propria sfera privata, occorre quindi che l'ente pubblico, quando scelga di rendere riutilizzabili le informazioni in proprio possesso, elabori strategie di anonimizzazione. Queste servono a preservare i vantaggi e attenuare i rischi nell'uso dei dati, anche se non sono esenti da problemi applicativi. Numerose ricerche evidenziano infatti che non è semplice creare un insieme di dati davvero anonimo e al contempo mantenere le informazioni, a questi correlate, idonee agli scopi per cui sono state raccolte. Da un lato infatti, nonostante gli sforzi per rendere i dati anonimi, esistono rischi di attacchi per deduzione: un insieme di dati considerato anonimo potrebbe essere combinato con un altro insieme di dati in maniera tale da consentire la reidentificazione di una o più persone. Dall'altro lato, e sotto il profilo della qualità dei dati resi anonimi, il processo di anonimizzazione può inficiare l'utilità del dato.

Le tecniche di anonimizzazione sono raggruppabili infatti in due categorie: la distorsione e la generalizzazione dei dati. La distorsione è una tecnica che modifica la veridicità dei dati al fine di eliminare, ove possibile, il legame che esiste tra il dato puntuale e la persona. Di norma, si attua aggiungendo "rumore" statistico ai valori, ad esempio distribuendoli casualmente tra le diverse unità di rilevazione cui si riferiscono. La generalizzazione invece, consiste nel diluire i valori modificandone la scala o l'ordine di grandezza (vale a dire, una regione anziché una città, un mese anziché una settimana).

Nelle tecniche di distorsione, se il rumore prevale rispetto al dato utile, questo diventa, oltre che incerto (ossia non riferibile ad alcuno), inaccurato e inidoneo a qualsiasi tipo di analisi. Nel ricorso a tecniche di generalizzazione, se la scala è troppo ampia, il dato rischia di perdere ogni valenza semantica, diventando inidoneo a esprimere qualsiasi nesso di causalità utile a descrivere un fenomeno.

Diversa e ancor più complicata è infine l'ipotesi in cui l'ente pubblico, dopo aver acquisito i dati del cittadino tramite intermediario autorizzato, li utilizzi per attività di profilazione. In tali ipotesi, essendo l'attività finalizzata proprio all'elaborazione, tramite algoritmi, dei dati relativi a quel soggetto, non sono possibili tecniche di anonimizzazione e aumentano quindi i rischi di violazione della sfera privata. L'Inps, ad esempio, negli ultimi cinque anni, allo scopo di individuare possibili assenze ingiustificate dal lavoro, ha impiegato un sistema di *data mining* per la programmazione mirata delle visite fiscali. Il sistema, denominato SAVIO, utilizza un modello statistico di analisi di variabili quali la frequenza e la durata dei singoli episodi di malattia del lavoratore, il numero delle precedenti idoneità alle visite mediche di controllo, la qualifica, il tipo di rapporto di lavoro, la retribuzione, il settore e la dimensione aziendale, allo scopo di attribuire a ciascun lavoratore un determinato grado di propensione all'assenza per malattia ingiustificata.

Il modello, realizzato all'insaputa del lavoratore, è stato di recente analizzato dal Garante per la protezione dei dati personali che lo ha dichiarato non conforme al Regolamento UE n. 2016/679 (c.d. GDPR), in quanto realizza una vera e propria profilazione dei lavoratori interessati. Nel sistema mancherebbero, in particolare, precauzioni dirette a evitare che possibili inesattezze nei dati raccolti o incongruenze nella logica degli algoritmi utilizzati inducano decisioni erranee, con impatti negativi sui singoli. Il Garante ha rilevato che il regolamento europeo vieta l'utilizzazione di dati sensibili in processi decisionali completamente automatizzati che incidano in modo significativo sugli interessati, ad eccezione delle ipotesi in cui tali attività corrispondano a un interesse pubblico rilevante. E comunque, anche in questo caso spetta al legislatore prevedere misure adeguate e specifiche a tutela dei diritti delle persone coinvolte e il trattamento deve essere sempre proporzionato alle finalità pubbliche perseguite.

Non dubitando delle finalità pubbliche sottese all'utilizzo del sistema SAVIO, il Garante ha evidenziato che, per consentire all'Inps di continuare a utilizzarlo è necessario determinare in modo puntuale, eventualmente anche per via legislativa, le modalità con cui informare gli interessati dell'esistenza di una profilazione, dei criteri utilizzati, nonché delle conseguenze derivanti dall'attribuzione di un determinato profilo alla propria sfera individuale. Ancora, il legislatore dovrebbe prevedere misure tecniche idonee a correggere eventuali errori nonché a garantire l'aggiornamento costante dei dati che, comunque dovrebbero essere conservati solo per il tempo ragionevole e necessario.

Tali conclusioni, a rigor di logica, saranno applicabili a tutte le attività di profilazione, per pubblico interesse effettuata da una pubblica amministrazione.

4. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEI MERCATI SECONDARI: LA CIRCOLAZIONE DEI DATI A SCOPI COMMERCIALI E I PROBLEMI DI TARIFFAZIONE

I temi sopra illustrati non esauriscono le questioni attinenti all'attività del settore pubblico nel mercato dei Big data, essendo relative solo a uno dei mercati possibili. È ragionevole affermare che, per ogni informazione detenuta dal settore pubblico e resa disponibile per il riutilizzo, sia possibile individuare due specie di mercati: il mercato primario, in cui l'informazione viene generata, e i mercati secondari, dove l'informazione viene valorizzata – combinandola con altri input (quali lavoro, risorse intellettuali, e capitale fisico) per generare banche dati e beni informativi finiti – e distribuita.

Inoltre, i mercati secondari possono distinguersi in ulteriori mercati rilevanti: (a) in tanti mercati del prodotto quante saranno le diverse esigenze che i beni informativi a base di Psi dovranno andare a soddisfare; (b) in mercati collaterali, dove la Psi rappresenterà un elemento dell'insieme di input che costituiranno il bene-pacchetto finale; (c) in mercati verticalmente correlati, dove il bene finale a valore aggiunto verrà distribuito, eventualmente attraverso differenti passaggi, onde raggiungere il cliente finale (anche consumatore).

Gli enti pubblici operano in entrambi i mercati, primari e secondari. Nel mercato primario il legislatore attribuisce all'ente pubblico una posizione di favore; occorre vedere se questa possa essere garantita anche nel mercato secondario e, in caso affermativo, se questo aumenti l'efficienza del mercato.

Del resto, che un ente pubblico possa operare nel mercato secondario riutilizzando le informazioni a valore aggiunto raccolte da altro soggetto pubblico è un'eventualità prevista dalla stessa Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. L'art. 10 della direttiva infatti, disponendo che *“se un ente pubblico riutilizza documenti per attività commerciali che esulano dall'ambito dei suoi compiti di servizio pubblico, la messa a disposizione dei documenti in questione per tali attività è soggetta alle stesse tariffe e condizioni applicate agli altri utilizzatori”*, distingue i casi in cui l'ente riutilizzi i dati con valore aggiunto per propri scopi istituzionali, dai casi in cui i dati sono riutilizzati per scopi diversi. Nella seconda ipotesi la posizione dell'ente pubblico nel mercato in nulla può differire da quella degli altri operatori sul mercato secondario.

Che le informazioni custodite dall'ente pubblico, possano poi essere oggetto di trasferimento sul mercato secondario per scopi commerciali è ammesso anche dal d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, che, dando attuazione alla Direttiva sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico dispone, all'art. 1, comma 2° che *“le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico provvedono affinché i documenti cui si applica il presente decreto legislativo siano riutilizzabili a fini commerciali”*.

Se le informazioni pubbliche possono essere utilizzate per tali scopi, rilevanza assume il criterio di tariffazione della fornitura. A ben vedere, mentre nei primi anni 2000 poteva riconoscersi una posizione dominante della P.A. nella raccolta e gestione dei dati, con l'avvento dei processi di *Big data analytics*, gli OTT hanno rapidamente assunto una posizione preminente.

La particolare posizione nel mercato primario vantata dalla P.A. infatti, prima dell'avvento dei Big data, poteva consentire all'ente pubblico, in mancanza di un intervento normativo, di fissare il prezzo per la cessione delle informazioni detenute ad un livello prossimo a quello di c.d. monopolio. Oggi questo non è più possibile. Per ragioni di mercato, ma

ancor prima per vincoli normativi: il d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, all'art. 7, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1, d. lgs. 18 maggio 2015, n. 102, dispone infatti che *“i dati sono resi disponibili gratuitamente oppure, qualora per il riutilizzo di documenti sia richiesto un corrispettivo, quest'ultimo è limitato ai costi effettivi sostenuti per la loro riproduzione, messa a disposizione e divulgazione”*.

Le tariffe, così come i costi effettivi, sono indicati dall'Agenzia per l'Italia digitale sul proprio sito istituzionale. Sono escluse da tale disciplina solo le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico che devono generare utili per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico o una parte sostanziale dei costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione.

Il legislatore sembra quindi aver optato per una politica tariffaria basata sul c.d. *reuse facilitation recovery cost*, fissando un prezzo uguale al costo marginale delle sole operazioni di riproduzione e divulgazione necessarie a che la Psi sia resa disponibile al riutilizzo. Prezzo che potrebbe rivelarsi pressoché nullo nel caso in cui i documenti disponibili per il riuso siano detenuti dal settore pubblico già in formato digitale.

Tale disciplina tariffaria sembra coinvolgere sia i dati semplici, sia le informazioni più complesse così come rielaborate da algoritmi usati dall'ente pubblico per i suoi scopi. Se è vero, infatti che ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, l'ente pubblico, titolare del dato, non ha l'obbligo di adeguare i documenti per soddisfare la richiesta di riutilizzazione, è anche vero che una volta elaborati i dati e riscontrati con altri, tramite anche l'utilizzo di algoritmi, le risultanze di tali operazioni, divenute anch'esse documenti, possono essere oggetto a loro volta di riutilizzazione.

In ogni caso, la scelta tariffaria del legislatore è stata all'epoca giustificata in virtù di argomentazioni di natura economica. Si è affermato infatti che solo fissando un prezzo basso si poteva ottenere la massima espansione del mercato dei prodotti e servizi a valore aggiunto, la quale avrebbe determinato vantaggi economici in termini di beni innovativi, maggiore soddisfazione dei consumatori, incremento dell'occupazione e crescita dell'economia. Da un punto di vista dei cittadini peraltro, sarebbe contrario ai principi di equità praticare ai riutilizzatori prezzi superiori al costo marginale dei servizi necessari a rendere le Psi loro disponibili, posto che ciò equivarrebbe a imporre loro un duplice pagamento. I riutilizzatori, infatti, hanno già sopportato i costi relativi alla generazione e archiviazione delle informazioni via fiscalità generale, dallo Stato destinata al finanziamento degli enti pubblici in possesso di PSI.

Contro tale indirizzo di tariffazione, tuttavia, da sempre si è posto chi ha fatto notare che, nel lungo periodo, la fissazione di un prezzo pari al costo marginale potrebbe costringere gli enti pubblici, se non a smettere di produrre Psi, a deteriorarne la qualità offerta. Secondo questa tesi, se si considerano i dati raccolti come un flusso dinamico in continuo aggiornamento e non come uno stock di informazioni invariabili, è necessario provvedere alla copertura dei costi di aggiornamento sulla base di principi tariffari diversi.

In ultimo, una scelta tariffaria come quella della mera *reuse facilitation recovery cost*, a lungo andare finirebbe per avere effetti distorsivi sulla concorrenza e, quindi, sull'intero mercato. L'adozione di un prezzo pari al costo marginale di riproduzione e disseminazione infatti, nel mercato primario della generazione della Psi, finirebbe per risultare un prezzo predatorio, impedendo agli eventuali concorrenti privati degli enti pubblici di godere di margini sufficienti a coprire i costi fissi per entrare nel mercato. I privati non potrebbero certo beneficiare dei finanziamenti pubblici che consentono invece agli enti pubblici di sostenere un prezzo di vendita non sufficiente a coprire i costi fissi.

Ma anche nei mercati secondari, in cui le informazioni sono destinate ad essere rielaborate e cedute, la fissazione di prezzi generalmente bassi, idonei solo a coprire i costi marginali, potrebbe avere effetti distorsivi nel lungo periodo, ingenerando negli operatori già presenti sul mercato la necessità a loro volta di comprimere gli utili, fino a incidere sulla stessa capacità, per quelli più deboli e focalizzati esclusivamente su tali mercati, di essere competitivi.

5. CONCLUSIONI

Il mercato dei dati nell'ultimo decennio è profondamente cambiato. Attualmente è un'arena in cui si confrontano poche imprese multinazionali, caratterizzate da un elevato grado di integrazione in tutte le fasi dell'ecosistema, cui si associano una miriade di piccole imprese specializzate. Mentre le prime, per dimensioni e risorse, sono in grado di acquisire e conservare le informazioni di cui necessitano liberamente, le seconde potrebbero giovare di una politica di riutilizzo di dati pubblici.

Se si concentra l'attenzione solo sul segmento di mercato legato ai *data center*, emerge che la necessità di infrastrutture materiali idonee all'acquisizione e immagazzinamento dei dati è la prima causa degli eccessivi livelli di concentrazione dei mercati. L'attività di *data center* svolta dalla pubblica amministrazione quindi, comportando ingenti investimenti da parte dell'operatore pubblico, potrebbe avere un ruolo importante nel riequilibrio del mercato, a condizione che i dati così conservati siano messi a disposizione delle piccole e medie imprese, ad una tariffa idonea a contemperare tutte le esigenze degli operatori di mercato. Da questo punto di vista, l'attività di acquisizione e immagazzinamento da parte degli enti pubblici, potrebbe quasi considerarsi come un nuovo e necessario servizio pubblico.

Ma una controllata riutilizzo delle informazioni acquisite dall'operatore pubblico potrebbe in realtà favorire anche l'apertura di nuovi mercati nonché favorire l'informazione dei consumatori. Il Regno Unito, ad esempio, tra i primi a intraprendere la strada degli *open data*, fin dal 2010 ha reso pubblici tutti i prezzi di compravendita registrati presso l'*Her Majesty Land Registry* (HMLR). Quest'ultimo, istituito nel 1862, gestisce uno dei database più grandi d'Europa, con funzioni catastali e di pubblicità immobiliare in Inghilterra e in Galles. I dati forniti dall'HMLR includono, per ogni transazione, gli identificativi catastali, l'indirizzo, il codice postale, il prezzo effettivo, la data di compravendita nonché informazioni di base sulle caratteristiche dell'immobile, ad esempio se è di nuova costruzione, la tipologia cui appartiene (monofamiliare, bifamiliare, appartamento, altro), il diritto che è stato acquisito, se piena proprietà (*freehold*) o diritto di superficie.

A distanza di qualche anno, è stato verificato che la pubblicazione di tali dati ha stimolato nuove iniziative imprenditoriali. Sono nate diverse *start-up* nel mondo immobiliare, favorite anche dall'interesse crescente che i *venture capitalist* inglesi stanno dimostrando verso il settore del *prop-tech*. Un esempio, tra i tanti, è *GetAgent*, sito che valuta l'efficienza degli intermediari, agenti immobiliari, utilizzando i prezzi di offerta, i prezzi effettivi di compravendita e i tempi impiegati per la conclusione dell'affare.

Dal punto di vista dei consumatori, la divulgazione dei prezzi effettivi di compravendita aiuta a rendere meno vischioso il mercato, convince i venditori a fissare prezzi più realistici e garantisce gli acquirenti che, con prezzi di riferimento più trasparenti, sono indotti a concludere la transazione più rapidamente ottenendo un prezzo più equo.

Tale schema, è utile evidenziarlo, potrebbe essere replicato in tutti i settori in cui la pubblica amministrazione sia in grado di archiviare i dati e i prezzi delle relative transazioni.

Gli operatori devono guardare quindi con interesse alle recenti normative riguardanti l'obbligo di fatturazione elettronica previsto dall'art. 1, comma 909, della legge 27 dicembre 2017, n. 205. Per consentire agli operatori di sfruttare tutti i vantaggi della fatturazione elettronica, l'Agenzia delle entrate già oggi mette a disposizione un servizio di consultazione dei *file* fattura transitati dal SdI mediante il quale è possibile anche effettuare il download. Tale servizio è riservato esclusivamente al titolare dei dati (cedente/prestatore e cessionario/committente presenti in fattura) ovvero a un intermediario di cui all'art. 3, comma 3, del d.P.R. n. 322/1998 appositamente delegato dal titolare. In futuro, tuttavia, non si può escludere che la pubblica amministrazione, tramite l'utilizzo delle proprie infrastrutture e di tecniche di anonimizzazione, potrà essere autorizzata a divulgare il prezzo medio, o addirittura minimo praticato per un determinato bene o per la prestazione di un determinato servizio.

Bibliografia

BUZZACCHI C., *La politica europea per i "big data" e la logica del "single market": prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Conc. e merc.*, 2016, 153 e ss.

FALCONE M., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1° settembre 2017, 601 e ss.

FALCONE M., *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della "rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2017, 421 e ss.

FESTA M., SERAFINI S., *La trasparenza del mercato immobiliare nell'era dei big data*, in *Quaderni dell'Osservatorio, Ap-punti di Economia immobiliare*, VI, 2017, 31 e ss.

MAGGIOLINO M., *Il riutilizzo dell'informazione detenuta dal settore pubblico. alcune riflessioni di politica e diritto della concorrenza*, *Conc. e merc.*, 2012, 765 e ss.

PONTI B., *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa. I limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2007, 991 e ss.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

(Serafina Piantedosi)

Il ruolo della trasparenza nella gestione dell'algoritmo

Gli algoritmi per la gestione della grande mole di dati raccolti dalle imprese assumono un ruolo decisivo nell'odierna economia. Mediante questi infatti è possibile interpretare i Big data, estrapolarne informazioni e orientare le scelte economiche. Il vero vantaggio competitivo dunque non è costituito dai dati posseduti dalle imprese, quanto dagli strumenti volti a catalogarli e rielaborarli, che consentono di estrarne valore. Più sofisticato è l'algoritmo, maggiori saranno le potenzialità dei dati. È evidente, però, che soltanto le grandi imprese possiedono le capacità finanziarie per creare algoritmi performanti. Ne consegue che i big data e gli algoritmi volti a gestirli creano non pochi problemi concorrenziali, poiché aumentano il divario tra piccole e grandi imprese. Lo scopo di questo è verificare se ed entro quali limiti la trasparenza dei dati e degli algoritmi possa ripristinare l'equilibrio tra operatori economici di diversa forza. Verranno passati in rassegna, dunque, i tre diversi tipi di accesso: "documentale", "civico semplice" e "generalizzato", al fine di verificare l'eventuale ammissibilità degli stessi rispetto agli algoritmi. L'attuale disciplina della trasparenza amministrativa, però, così come ulteriormente integrata dal d.lgs. n. 97/2016 (c.d. Freedom of Information Act), è applicabile esclusivamente alle Pubbliche amministrazioni e agli altri soggetti ad esse equiparate sulla base dell'art. 7 c.p.a., non anche alle società private che non perseguono un pubblico interesse, le quali non sono tenute al rispetto degli obblighi previsti dal d.lgs. n. 33/2013. Pertanto, la disciplina dell'accesso all'algoritmo rischia in concreto di creare discriminazioni tra imprese pubbliche e private.

SOMMARIO: 1. IL NUOVO REGIME DELLA TRASPARENZA. – 2. L'ACCESSO "DOCUMENTALE" ALL'ALGORITMO: SENTENZA TAR LAZIO, ROMA SEZ. III-BIS N. 3769 DEL 22 MARZO 2017. – 3. L'ACCESSO "CIVICO SEMPLICE" E "GENERALIZZATO" ALL'ALGORITMO. – 4. LA TUTELA DEI CONTROINTERESSATI ALL'OSTENSIONE DELL'ALGORITMO E DEI BIG DATA.

1. IL NUOVO REGIME DELLA TRASPARENZA

L'attuale disciplina della trasparenza amministrativa si incentra su tre diverse forme di accesso. Il primo e originario è il c.d. "accesso documentale", previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 negli artt. 22 a 27. Tramite questo gli interessati possono prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi, anche non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una P.A. o dai soggetti privati ad essa equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla loro natura pubblicistica o privatistica purché sia dimostrabile un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è richiesto l'accesso; non è ammesso, infatti, un accesso per mera curiosità non giustificato dalla necessità di tutelare la propria posizione soggettiva. Tale accesso, inoltre, può essere richiesto a tutte le P.A. di cui all'art. 7, secondo comma, c.p.a., per tali intendendosi anche i soggetti privati ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Il d.lgs. n. 33/2013 (c.d. "decreto trasparenza") nell'art. 5, ha introdotto una nuova tipologia di accesso c.d. "civico", che conferisce al principio della trasparenza una nuova accezione, intesa quale accessibilità totale alle informazioni con-

cernenti l'organizzazione e l'attività della P.A., allo scopo di favorire forme di controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e concorrere alla realizzazione di un'Amministrazione aperta, al servizio del cittadino. È evidente, dunque, la differente finalità dell'accesso documentale ex legge n. 241/1990 rispetto a quella dell'accesso civico. Il primo consente agli interessati di esercitare al meglio le facoltà partecipative e/o oppositive e difensive che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari e non può essere utilizzato per sottoporre l'amministrazione a forme di controllo diffuso. Diversamente, l'accesso civico consente a "chiunque" di accedere ai siti internet contenenti le pubblicazioni, senza necessità di autenticazione ed identificazione, proprio per garantire la piena conoscibilità dell'operato dell'amministrazione.

Con il d.lgs. n. 97 del 2016, il Governo, attuando la delega della legge n. 124 del 2015 ha successivamente introdotto nel nostro ordinamento un nuovo diritto a conoscere, dichiaratamente riconducibile ai paradigmi della libertà di informazione e al modello del *"Freedom of Information Act"* di matrice statunitense. Il "sistema" della trasparenza amministrativa è stato dunque completato dal nuovo diritto di accesso generalizzato, mediante il quale chiunque ha diritto di accedere a qualsiasi informazione, secondo il principio di *full disclosure*. L'accesso civico generalizzato quindi, è volto a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Verifichiamo ora se la disciplina sulla trasparenza amministrativa possa essere impiegata per consentire anche l'ostensione dei big data e degli algoritmi volti a gestirli. Il diritto di accesso documentale si applica esclusivamente alle p.a. e ai soggetti ad essa equiparati. Il d.lgs. n. 33/2013 inoltre precisa che per "pubbliche amministrazioni", si intendono *"tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione"* (art. 2-bis, comma 1 del d.lgs. n. 33/2013).

La disciplina per le pubbliche amministrazioni è estesa *"in quanto compatibile"* alle società in partecipazione pubblica, come definite dal d.lgs. n. 175/2016 (c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) nonché alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici purché *"limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea"*

Per le categorie degli Enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico e altri enti di diritto privato assimilati, per natura e finalità l'accesso generalizzato è da ritenersi "compatibile", essendo l'attività svolta per un interesse pubblico. Come precisato dall'ANAC nelle "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013" (Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016), *"l'intento del legislatore è quello di garantire che la cura concreta di interessi della collettività, anche ove affidata a soggetti esterni all'apparato amministrativo vero e proprio, risponda comunque a principi di imparzialità, del buon andamento e della trasparenza. Si ritiene che nel novero di tali attività possano rientrare quelle qualificate come tali da una norma di legge, dagli atti costitutivi o dagli statuti delle società, l'esercizio di funzioni amministrative, la gestione di servizi pubblici nonché le attività che pur non costituendo diretta esplicazione della funzione o del servizio pubblico svolti sono ad esse strumentali"*.

A tal riguardo, riveste particolare importanza la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 28 giugno 2016 in materia di accesso agli atti delle società a partecipazione pubblica. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'esercizio del diritto di accesso di cui agli art. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 da parte dei dipendenti di Poste Italiane s.p.a., con riferimento al rapporto di impiego, ha chiarito che per p.a. ai fini dell'applicazione della disciplina dell'accesso amministrativo devono intendersi *"tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse, disciplinata dal diritto nazionale o comunitario"*. Poiché Poste Italiane ha natura di organismo di diritto pubblico, come definito dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, alla stessa deve applicarsi la disciplina, limitatamente allo svolgimento delle attività di pubblico interesse.

In particolare, il Consiglio di Stato evidenzia come il novellato art. 1, comma 1-ter della legge n. 241 del 1990, abbia inserito tra i principi generali dell'attività amministrativa l'assicurazione che i soggetti privati, *“preposti all'esercizio di attività amministrative”*, forniscano – per l'attuazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza – *“un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni”*.

Pertanto, anche il rapporto di lavoro, in quanto strumentale alla normale gestione del servizio pubblico postale è rilevante ai fini dell'osservanza delle regole di imparzialità e trasparenza e deve quindi essere assoggettato alle regole in materia della trasparenza amministrativa, ivi comprese quelle in materia di accesso documentale. Alla luce di tale pronuncia, è possibile affermare che il diritto di accesso documentale deve essere garantito dalla p.a., ivi comprese le società pubbliche, nonché le società private limitatamente alla loro attività di pubblico interesse. Sulla scorta di tale conclusione è possibile immaginare il diritto di accesso documentale ad un algoritmo sviluppato o detenuto di una P.A. o da una società privata quando quest'ultima svolge attività pubblicistiche.

2. L'ACCESSO “DOCUMENTALE” ALL'ALGORITMO: SENTENZA TAR LAZIO, ROMA SEZ. III-BIS N. 3769 DEL 22 MARZO 2017

Il risultato illustrato nel precedente paragrafo risulta confermato da una recente pronuncia del TAR Lazio, Sez. III-bis n. 3769 del 22 marzo 2017, la quale ha per la prima volta riconosciuto al privato il diritto di accedere all'algoritmo sviluppato da una p.a.

La giurisprudenza amministrativa ha condannato la P.A. al rilascio di una copia del linguaggio sorgente del software che gestisce l'algoritmo relativo alla mobilità del personale docente per l'a.s. 2016/2017 in quanto l'algoritmo costituisce diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione, che nel caso di specie è attività di pubblico interesse poiché interessa l'organizzazione del servizio pubblico rappresentato dalla pubblica istruzione. L'algoritmo, a parere del giudice amministrativo, costituisce parte integrante del procedimento amministrativo ed anzi ne rappresenta un momento decisivo, per cui rileva per la finalità del diritto di accesso documentale ex art. 24, ultimo comma, della legge n. 241/1990. Tale norma stabilisce che deve essere in ogni caso garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. In particolare il g.a. rileva che il cd. *“linguaggio sorgente dell'algoritmo”* è qualificabile giuridicamente quale atto amministrativo informatico nei cui confronti è ammissibile l'accesso di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990.

L'amministrazione, invece, aveva negato il diritto di accesso all'algoritmo e aveva consegnato al privato un mero *“memorandum”* in cui era contenuta una descrizione riassuntiva dell'algoritmo, non anche i codici sorgente del *software*, così pregiudicando il diritto alla trasparenza. Inoltre, la p.a. aveva definito l'algoritmo come opera dell'ingegno, alla stregua delle opere letterarie e filmiche e tale qualifica, a parere dell'amministrazione, lo avrebbe sottoposto alla tutela prevista in materia di proprietà intellettuale. A conferma, l'Amministrazione aveva rilevato come il d.lgs. n. 97/2016 che ha modificato il d.lgs. n. 33/2013, stabilisce che l'accesso civico generalizzato è precluso se può creare un pregiudizio agli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale e il diritto d'autore (art. 6 del d.lgs. n. 97/2016).

Il giudice amministrativo invece ha sottolineato che la disciplina dettata a tutela del diritto di autore e della proprietà intellettuale è funzionale a garantire gli interessi economici dell'autore ovvero del titolare dell'opera intellettuale, mentre la normativa sull'accesso agli atti è funzionale a garantire altri interessi, quale quello della trasparenza e dell'esercizio del diritto di difesa in giudizio da parte del privato.

Il T.A.R. Lazio inoltre, ha precisato che: *“né il diritto di autore né la proprietà intellettuale precludono la semplice riproduzione, ma precludono, invece, al massimo, soltanto la riproduzione che consenta uno sfruttamento economico e,*

non essendo l'accesso lesivo di tale diritto all'uso economico esclusivo dell'opera, l'ostensione deve essere consentita nelle forme richieste da parte dell'interessato, ossia della visione e dell'estrazione di copia, fermo restando che delle informazioni ottenute dovrà essere fatto un uso appropriato, ossia esclusivamente un uso funzionale all'interesse fatto valere con l'istanza di accesso".

Quanto poi al richiamo all'art 6 del d.lgs. n. 97 del 2016, il giudice di primo grado afferma che l'accesso generalizzato deve essere tenuto distinto dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, ossia dall'accesso c.d. documentale, in quanto la finalità di quest'ultimo ex legge n. 241/1990 è differente da quella sottesa all'accesso generalizzato e consiste nel consentire agli interessati di esercitare al meglio le facoltà partecipative e/o oppositive e difensive che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Sotto il profilo soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso ex legge 241/1990, il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un *"interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"*, mentre il diritto di accesso generalizzato e quello "semplice" non sono collegati alla tutela di una situazione giuridica soggettiva, ma sono riconosciuti proprio *"allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico"*.

Alla luce di tali conclusioni, è possibile affermare che nel caso di specie il g.a. abbia effettuato un bilanciamento di interessi tra la tutela della proprietà intellettuale e il diritto di accesso, facendo prevalere quest'ultimo in ragione dell'utilizzo dell'algoritmo dalla p.a. per il perseguimento di un interesse pubblicistico. In questo caso l'algoritmo non costituisce un bene protetto come opera dell'ingegno secondo una concezione privatistica, ma diviene parte integrante del procedimento amministrativo, in quanto il suo impiego è funzionale all'assunzione di decisioni da parte della p.a. stessa. E' allora necessario garantirne la trasparenza tramite l'accesso documentale ex legge n. 241 del 1990, la quale consente un accesso agli atti più penetrante rispetto a quello consentito nell'ipotesi dell'accesso generalizzato in cui le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno profondo ma più esteso.

3. L'ACCESSO "CIVICO SEMPLICE" E "GENERALIZZATO" ALL'ALGORITMO

Sulla base del decreto trasparenza anche le società pubbliche e le società private che perseguono un pubblico interesse sono obbligate alla pubblicazione sui propri siti internet di documenti, informazioni e dati concernenti la propria organizzazione e attività e chiunque ha diritto di accedere a tali dati.

Tuttavia risulta difficile immaginare un obbligo in capo alle società pubbliche e alle società private che svolgono una funzione di pubblico interesse di pubblicare sui propri siti istituzionali i codici sorgenti sorgente del *software* dell'algoritmo. Infatti, come rilevato anche dal TAR Lazio nella sentenza n. 3769/2017, l'accesso all'algoritmo è consentito quando il singolo esercita il proprio diritto di accesso "documentale", il quale è il solo a consentire un bilanciamento tra il diritto alla trasparenza e la tutela di un'opera dell'ingegno quale è l'algoritmo. Se ne deduce *a contrario* che l'accesso civico semplice e quello generalizzato, non essendo collegati alla necessità di tutelare una situazione giuridica soggettiva collegata a una presunta lesione subita da un privato all'esito di un procedimento amministrativo, non possono essere così penetranti da giustificare una deroga alla tutela della proprietà intellettuale.

Inoltre, un eventuale obbligo per le società pubbliche e quelle private che perseguono un pubblico interesse di pubblicare i propri codici rischierebbe di creare un *discrimen* rispetto alle società totalmente private le quali non sarebbero tenute alla pubblicazione del linguaggio sorgente e godrebbero di vantaggio competitivo derivate dalla segretezza dell'algoritmo.

Ci si deve allora domandare se sia possibile un intervento dell'ANAC per contrastare l'opacità del processo decisionale algoritmico utilizzato dalle grandi società che detengono i big data. L'attuale quadro normativo induce a escluderlo. Tuttavia, *de iure condendo* si auspica un intervento del legislatore che attribuisca poteri regolatori in materia a un soggetto terzo che sia in grado di vigilare sulla correttezza nella gestione dei Big data e possa accedere direttamente ai codici sorgente algoritmici, così da rompere lo schermo della segretezza, riequilibrando i rapporti tra piccole e grandi imprese, senza rischiare pregiudizi alla tutela della proprietà intellettuale.

4. LA TUTELA DEI CONTROINTERESSATI ALL'OSTENSIONE DELL'ALGORITMO E DEI BIG DATA

Un'altra questione rilevante è relativa alla tutela della riservatezza nell'ipotesi di accesso ai Big data e ai codici algoritmici che consentono di elaborarli. Sul punto vengono in rilievo i limiti al principio della trasparenza imposti per tutelare il diritto alla riservatezza di soggetti controinteressati, i cui dati sensibili potrebbero essere resi pubblici a causa dell'ostensione degli atti. Le limitazioni ai tre tipi di accesso si applicano in linea teorica anche nell'ipotesi dell'esercizio del diritto di accesso ai Big data e ai codici algoritmici.

Nello specifico, il diritto di accesso civico incontra una limitazione dovuta alla particolarità del documento, in quanto è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato, per i procedimenti tributari, per gli atti normativi, amministrativi speciali, di programmazione e pianificazione e per gli atti concernenti procedimenti selettivi da cui si desumono informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi. Emerge da ciò l'attenzione che il legislatore dedica alla tutela della riservatezza dei terzi i cui dati personali siano contenuti nel documento di cui si richiede l'accesso. La P.A. cui è indirizzata la richiesta di accesso infatti, ai sensi dell'art. 3 d.P.R. n. 184/2006, qualora individui controinteressati che potrebbero avere pregiudicato il proprio diritto alla riservatezza, deve comunicare loro la richiesta di accesso ricevuta; entro dieci giorni dalla ricezione di tale comunicazione i controinteressati possono presentare opposizione motivata alla richiesta di accesso.

Il controinteressato che ravvisi una lesione della riservatezza, inoltre, ai sensi dell'art. 12 d.P.R. n. 184/2006 può esperire un ricorso alla Commissione per l'accesso avverso le determinazioni che consentono l'ostensione del documento. La Commissione si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso e può chiedere il parere del Garante per la protezione dei dati personali, il quale, ex art. 31 legge n. 675/1996 ha il potere di vietare in tutto o in parte il trattamento dei dati o disporre il blocco se il trattamento risulta illecito o non corretto, anche quando, in considerazione della natura dei dati o delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati.

Il d.lgs. n. 196/2003, al Titolo IV, Capo I disciplina anche il trattamento dei dati personali che avviene in ambito pubblico mediante l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, ossia quando il titolare del trattamento sia una p.a. Nell'art. 60 d.lgs. n. 196/2003 (Codice della privacy), in particolare, si precisa che quando il trattamento concerne dati sensibili idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale del soggetto controinteressato, il trattamento è consentito solo se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale.

In tutti gli altri casi invece, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali e la relativa tutela giurisdizionale restano disciplinati dalla legge n. 241/1990; si applicherà quindi l'ultimo comma dell'art. 24 di tale legge, il quale prevede che nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile, posto che ai richiedenti deve essere comunque garantito l'accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Anche l'accesso civico sottostà al limite della tutela della riservatezza. L'art. 4 del d.lgs. n. 33/2013 prevede in particolare che nei casi in cui la legge consenta la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni rendano non intellegibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza. Non sono inoltre ostensibili, se non nei casi previsti dalla legge, le notizie concernenti la natura delle infermità o degli impedimenti personali o familiari che causino l'astensione dal lavoro, nonché le notizie concernenti il rapporto di lavoro tra il dipendente e la P.A. idonee a rivelare dati sensibili di cui all'art. 4, comma 1, lett. d) del Codice della privacy.

Le limitazioni relative all'accesso civico generalizzato sono indicate dall'art. 5-*bis*, commi 1, 2 e 3 del d.lgs. n. 33/2013, il quale prevede eccezioni a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni. La norma distingue due tipi di eccezioni: assolute e relative. Al ricorrere di queste eccezioni, le amministrazioni, rispettivamente, devono o possono rifiutare l'accesso generalizzato.

L'accesso generalizzato è escluso nei casi indicati al comma 3 dell'art. 5-*bis*, e dunque quando una norma sulla base di una valutazione preventiva e generale, per tutelare interessi prioritari e fondamentali, lo vieti espressamente o la consenta a particolari condizioni, modalità e/o limiti. Solo una fonte di rango legislativo infatti giustifica la compressione del diritto a conoscere. Queste esclusioni (eccezioni assolute) ricorrono in caso di segreto di Stato o nei casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

Al di fuori dei casi indicati, possono sussistere limiti a tutela di interessi pubblici e privati di particolare rilievo elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis* del decreto trasparenza (cc.dd. eccezioni relative o qualificate). Il legislatore non opera qui, come invece nel caso delle eccezioni assolute, un generale elenco di esclusioni all'accesso generalizzato e rinvia a un'attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela degli altri interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore. Per giustificare il rifiuto dell'accesso, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto e deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio. L'amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà: a) indicare chiaramente quale tra gli interessi elencati all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2 viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla *disclosure* dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla *disclosure* è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.

In particolare, ai nostri fini assume particolare rilievo l'eccezione (relativa) di cui alla lett. c) dell'art. 5-*bis* del decreto trasparenza il quale stabilisce che l'accesso generalizzato è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica. Le linee guida dell'ANAC chiariscono che la norma include nella generica definizione di interessi economici e commerciali la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali tutelati dall'ordinamento al fine di garantire il buon funzionamento delle regole del mercato e della libera concorrenza, per cui si può ritenere compreso in tale eccezione anche l'algoritmo, il quale quindi non subisce limiti all'ostensione nell'ipotesi di accesso documentale, ma solo in quella di accesso civico semplice e generalizzato.

Bibliografia

CARLONI E. *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 1° dicembre 2016, 579.

CAUDURO A., *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*", in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 1° settembre 2017, 601.

CAVANILLAS J. M., CURRY E., WAHLSTER W., *New Horizons for a Data-Driven Economy. A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, Springer Open.

DE LAAT P. B., *Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?*, in *ACM SIGCAS Computers and Society*, September 2017.

Linee guida ANAC *"Per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici"*. Delibera n. 8 del 17 giugno 2015.

Linee guida ANAC *"Indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013 Art. 5- bis, comma 6, del D.lgs. n. 33 del 14/03/2013 recante Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni"*. Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

MALGIERI G., COMANDÉ G., *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, V. 7, Issue 4, 1 November 2017, 243-265.

SAVINO M., *Il F.O.I.A. italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo - il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 5, 593 (commento alla normativa).

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

(Marco Cappai, Sara Perugini¹)²

L'AGCM di fronte alle sfide della *data economy*

Molte le riflessioni teoriche sorte intorno all'impatto concorrenziale della data driven economy, dei Big Data, dell'algoritmo. Altrettanto si è letto riguardo alle ripercussioni che tali fenomeni producono sul benessere dei consumatori e sulla protezione dei relativi dati personali. In queste poche pagine si tenterà di ragionare sugli strumenti dei quali l'AGCM disporrebbe per orientare eventuali azioni di intervento.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. DATA RUSH. – 3. API (APPLICATION PROGRAMMING INTERFACE). – 4. LE INIZIATIVE INTRAPRESE DALL'AGCM NEL CAMPO DELLA DATA DRIVEN ECONOMY. – 5. LE AZIONI DELLE ALTRE AUTORITÀ DELLA CONCORRENZA E GLI OSTACOLI DA AFFRONTARE. – 6. POSSIBILI INIZIATIVE DA INTRAPRENDERE IN AMBITO CONSUMERISTICO. – 7. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA

(Sara Perugini)

Il Rapporto dello scorso anno si è chiuso con una constatazione: stiamo assistendo ad una vera e propria “rivoluzione industriale” (c.d. *Data Revolution*) in cui poche imprese multinazionali accumulano ed elaborano mediante “algoritmi” (ossia modelli matematici tradotti in codice informatico) ingenti masse di dati personali e comportamentali, al fine di ricavarne come *output* una programmazione più mirata delle strategie commerciali e degli investimenti.

A differenza delle precedenti rivoluzioni, quella in corso è caratterizzata da effetti istantanei sui confini e sulle adiacenze tra i settori – potenzialmente demoliti e ricostruiti in pochi mesi o addirittura settimane o giorni – e da un individuo-consumatore-utente che in ambiente digitale, pur rimanendo al centro degli obiettivi perseguiti dalle politiche europee, appare sostanzialmente sempre meno autonomo e oggetto di manipolazione da parte dell'intelligenza artificiale (definita in sociologia con il termine “algocrazia” A. ANEESH, *Virtual Migration*, Stanford, 2006).

Si pensi, banalmente, a Google che consente di scremare i risultati di una ricerca sulla base della storia di navigazione dell'utente orientandoli secondo una corrispondenza decrescente o a Twitter e Instagram, che un tempo mostravano i *post* secondo un rigido criterio cronologico e che ora mettono in cima alla pagina quello che a loro giudizio potrebbe maggiormente interessare all'utente.

Si tratta di fenomeni che rappresentano solo la punta di un *iceberg* potenzialmente in grado di generare cambiamenti sul comportamento umano e, per quanto qui di interesse, sulle dinamiche stesse di domanda e offerta che per anni

¹Le opinioni espresse dall'Autore non impegnano in alcun modo l'Istituzione cui appartiene.

²Il presente contributo è frutto della riflessione comune degli Autori. Sono tuttavia specificatamente da attribuirsi a Sara Perugini i paragrafi 1, 4 e 6 e a Marco Cappai i paragrafi 2, 3 e 5.

hanno assicurato la democrazia del mercato (“*capitalismo della sorveglianza*” espressione coniata da J.B. Foster e R. McChesney e resa nota da Shoshana Zuboff in un articolo dal titolo “*Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*”).

Ai fini dell’indagine che ci occupa, tuttavia, è sufficiente rilevare come l’individuo-consumatore – destinatario di una sempre più capillare e sofisticata personalizzazione dei contenuti da parte di *software* in grado di *targettizzare* e tarare di continuo i messaggi (anche commerciali) su ciò che già è e già desidera con conseguenti effetti limitativi, oltre che della capacità di scelta anche del senso critico – presenti una scarsa sensibilità riguardo al valore (anche economico) dei propri dati personali e una generalizzata propensione a cederli in cambio di servizi o beni (apparentemente) “gratuiti”.

Di qui la diffusione di tecniche sempre più sofisticate da parte delle *Big Tech* che, come si vedrà a breve, sfruttano la posizione di debolezza dei consumatori cercando di acquisire, a loro insaputa, dati generati dai propri utenti anche in ambienti terzi rispetto a quelli di proprio stretto dominio.

In tale contesto, nell’ambito del presente contributo si è scelto di focalizzare l’analisi su uno specifico modello di acquisizione e condivisione dei dati (c.d. *data rush*), al fine di verificare quale ruolo possa essere giocato, almeno per ciò che attiene all’aspetto puramente commerciale, da un’*authority* trasversale come l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), munita di poteri di *enforcement* sia in materia di tutela della concorrenza che di tutela del consumatore.

2. DATA RUSH

(Marco Cappai)

Nel 2013 Cukier e Mayer-Schönberger hanno visto nelle tecniche di *Big Data & Big Analytics* una carica “rivoluzionaria”, un’attitudine a mutare il modo stesso di osservare la realtà. L’idea di fondo è che la correlazione algoritmica tra una moltitudine di eventi sia in grado di spiegare la realtà meglio di un’indagine mirata sul nesso causale che lega un *cluster* di eventi selezionati. Questo approccio innovativo predilige l’ampiezza e la freschezza del *dataset* all’accuratezza del dato raccolto. Se così è, l’insieme di riferimento (“N”) abbraccia il tutto, e l’errore, su larga scala, diviene trascurabile. In gergo statistico: “*N = All*”. Due anni dopo Huberty ha obiettato che, per una serie di motivi, il ragionamento illustrato non regge. Tra questi, in primo luogo, il fatto che le informazioni raccolte dalle *data driven company* provengono tutte dal mondo digitale e anzi, all’interno di questo, da sotto-ambienti digitali. Vi è però una significativa fetta di popolazione che ancora sfugge a questi ambienti. Coloro che li frequentano, per di più, si comportano comunque in modo diverso a seconda degli ambiti, digitali o reali, all’interno dei quali si muovono. Di qui la conclusione: “*N ≠ All*”.

Obiezioni probabilmente vere nel 2015, data in cui Huberty ha pubblicato il suo contributo, ma già oggi, a cinque anni di distanza, meno attuali e inevitabilmente esposte, negli anni a venire, a un processo di progressiva erosione.

Le *Big Tech* hanno infatti compreso l’esigenza di colmare questo *gap* e, attraverso i propri comportamenti, stanno evidenziando una crescente propensione ad andare a cercare i dati anche al di fuori dei “territori” di proprio stretto dominio, in modo da poter soddisfare la condizione *N=All*. Con espressione a effetto, si è parlato al riguardo di *data rush*.

La strategia espansiva sottostante sembra articolarsi in due fasi: la prima, consistente nell’attrarre al mondo *online* tutti gli aspetti della vita reale (comunicazione, commercio, rapporti sociali, informazione, intrattenimento, ecc.); la seconda, consistente nel creare dei passaggi obbligati o colli di bottiglia, una rete tentacolare e capillare di arterie su cui far viaggiare i dati e delle quali acquisire poi il controllo.

3. API (*Application Programming Interface*)

(Marco Cappai)

Uno strumento chiave per conseguire questo risultato sono le APIs (*Application Programming Interface*), delle forme di linguaggio automatizzato che consentono alle *Big Tech* di mettere in comunicazione due o più siti o *app* e di alimentare un flusso di dati bidirezionale.

Un primo esempio sono le APIs di Facebook. Esse consentono alla piattaforma di acquisire i dati generati dai propri utenti su siti terzi attraverso meccanismi di raccordo che si attivano quando l'utente si registra su un sito utilizzando la funzione "accedi con Facebook" oppure quando mette "like" alla pagina del sito collegata con Facebook o in esso incorporata.

Maggiori sono gli utenti registrati su Facebook, maggiore sarà l'incentivo dei siti terzi ad accettare l'accesso agli stessi tramite la piattaforma *social*.

Superata una certa massa critica i *network effect* fanno il resto.

Un ulteriore esempio di utilizzo delle APIs come strumento per acquisire conoscenza è quello offerto dal *marketplace* Amazon.com, che opera sia come "vetrina" per rivenditori *retail* terzi, ospitati sulla piattaforma (c.d. *hosting*) dietro pagamento di una commissione, che come canale di vendita dei beni e servizi offerti direttamente da Amazon.com.

La crescita esponenziale nella capacità della piattaforma di aggregare domanda e offerta (oltre che di gestire logistica e consegne) appare molto allettante per i *retailer* che vogliano avviare delle attività senza sostenere importanti investimenti iniziali, che dunque decidono di aderire massivamente alle condizioni generali di servizio.

Attraverso le APIs, Amazon.com acquisisce i dati generati dai *retailer* sulla propria piattaforma. Tali dati alimentano un (già notevole) serbatoio di informazioni, che poi potrebbe essere utilmente impiegato da Amazon per meglio indirizzare l'attività di vendita svolta in proprio dal *marketplace*.

Analogo meccanismo è poi alla base del servizio Amazon Pay, che consente agli utenti del relativo *marketplace* di utilizzare i propri dati di registrazione al fine di elaborare ("*processing*") i pagamenti effettuati su siti di *e-commerce* terzi (fermo restando l'onere di provvedere al pagamento in capo all'emittitore della carta di debito o credito collegata al profilo utente). Il servizio è gratuito per il consumatore e oneroso per il venditore, cui viene praticata una commissione. In questo modo Amazon.com può dunque entrare in possesso persino di dati di transazione generati al di fuori della propria piattaforma. Aspetto non marginale, se si considera la capacità di tali dati di rivelare, anche in tempo reale, il portafoglio di articoli offerto da un certo venditore all'utente registrato, nonché il relativo prezzo, l'orario della giornata in cui egli procede all'acquisto e quale prodotto o prodotti ha aggiunto, se del caso, al carrello virtuale in occasione della transazione.

4. LE INIZIATIVE INTRAPRESE DALL'AGCM NEL CAMPO DELLA *DATA DRIVEN ECONOMY*

(Sara Perugini)

L'esatta comprensione dei fenomeni sin qui brevemente descritti, non può che muovere da una seppur breve analisi dell'attività svolta dall'AGCM in quella che, come anticipato in premessa, viene definita da molti studiosi la *quarta rivoluzione industriale*.

Che nel campo della *data driven economy* l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato abbia assunto negli ultimi anni una sempre più crescente consapevolezza in merito al ruolo che è chiamata a svolgere lo si vede dalle iniziative intraprese, in materia di tutela sia della concorrenza sia del consumatore.

È la stessa Autorità a rilevare che le principali criticità legate alla attività di raccolta di Big data da parte delle imprese di maggiori dimensioni che operano nei mercati digitali si riscontrano oltre che nell'ambito della *privacy* – laddove i numerosi dati raccolti, che permettono di profilare con molta accuratezza i consumatori, siano utilizzati in violazione delle norme sul trattamento dei dati personali – anche nell'ambito *antitrust* nella misura in cui il controllo dei dati attribuisce all'impresa che li possiede una dominanza anche su altri mercati collegati³ (Relazione annuale 2017).

In ambito concorrenziale, la centralità che nel funzionamento dei mercati assume il rapporto che si instaura tra gli utenti che forniscono dati e le imprese che forniscono i servizi digitali, pone una serie di interrogativi: a quali condizioni il fenomeno dei *Big Data & Big Analytics* può dar luogo a comportamenti anticompetitivi? In che misura gli strumenti di *enforcement* ad oggi esistenti possono risultare utili a ristabilire l'equilibrio concorrenziale del mercato?

Una risposta, lo si auspica, dovrebbe giungere dall'Indagine Conoscitiva congiunta sui Big data la cui conclusione è prevista per la fine del 2018. Secondo quanto emerge dall'*interim report* presentato lo scorso giugno, infatti, l'indagine che, sino ad ora, ha portato all'acquisizione di evidenze statistiche sul ruolo degli utenti come fornitori di dati e sull'utilizzo di tale risorsa da parte delle imprese tradizionali e non, sarà nella seconda fase orientata ad affrontare, tra l'altro, temi quali: i) l'analisi del potere di mercato e degli effetti delle concentrazioni, anche conglomerali, nell'economia digitale; ii) la dimensione qualitativa del confronto concorrenziale in mercati in cui i servizi sono offerti gratuitamente; iii) il ruolo della portabilità per ridurre gli *switching costs* e assicurare la contendibilità dei mercati; iv) gli effetti dell'utilizzo dei dati per profilare e offrire agli utenti servizi e condizioni commerciali personalizzate.

In ambito consumeristico, lo si è già osservato nei Rapporti degli scorsi anni, il tema cruciale è costituito dalla rilevanza economica dei dati e dei contenuti generati e condivisi dagli utenti (*UGC User's generated content*) che rappresentano a tutti gli effetti la controprestazione del servizio offerto dalle diverse piattaforme digitali a titolo gratuito: il controvalore della prestazione fruita dal consumatore-utente è costituito dalla possibilità per l'operatore di ricavare ricchezza dai dati personali sfruttandoli (o cedendoli) su mercati ulteriori o su altri versanti dello stesso mercato (Perugini – 2016; Perugini – 2017).

Sulla base di tale premessa – in assenza della quale, giova ricordare, il gestore della piattaforma che eroga servizio digitale a titolo gratuito, non può considerarsi professionista di cui all'art. 18, lett. b), cod. cons. con conseguente esclusione di un *rapporto di consumo* con i propri utenti – l'Autorità ha chiuso due istruttorie nei confronti di WhatsApp: una in cui l'Autorità ha accertato l'adozione di una pratica commerciale scorretta consistente nell'indurre gli utenti di WhatsApp Messenger ad accettare integralmente i nuovi Termini di Utilizzo, inclusa la "condivisione dei propri dati personali con Facebook", facendo apparire tale ultima condizione come necessaria per la fruizione del servizio a pena di interruzione di funzionamento; un'altra in cui l'Autorità ha rilevato l'adozione di alcune clausole vessatorie nei Termini di Utilizzo.

Nelle istruttorie l'Autorità ha sottolineato che "il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di WhatsApp, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di *marketing*, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente".

³Come nel caso, già sanzionato dalla Commissione europea, di *Google Shopping*. In tal senso Cfr. Relazione annuale 2017.

5. LE AZIONI DELLE ALTRE AUTORITÀ DELLA CONCORRENZA E GLI OSTACOLI DA AFFRONTARE

(Marco Cappai)

Intorno ai modelli di *business* digitali può percepirsi un clima di prudente preoccupazione da parte delle autorità di concorrenza. Se, da un lato, questi modelli vengono significativamente denominati, nella narrativa quotidiana, *disruptive*, vi è al contempo la duplice consapevolezza che essi stiano portando, almeno nel breve periodo, benefici immediati e tangibili ai consumatori e che, da un punto di vista di cultura economica, l'*under enforcement* dovrebbe sempre essere preferito all'*over enforcement*.

In questo contesto – e in mancanza di scelte regolatorie di segno diverso – la tendenza sembra per ora essere quella di non impedire l'acquisizione di dati tramite APIs in quanto tale, bensì di andare a colpire quelle sole ipotesi in cui l'impresa in posizione dominante entri in possesso di tali informazioni con modalità illegittime oppure, pur avendole acquisite in modo formalmente legittimo, ne faccia comunque un uso illecito.

Per il primo profilo, merita di essere richiamato il caso avviato a marzo 2016 dal Bundeskartellamt contro Facebook e giunto, lo scorso 19 dicembre, alla fase della formalizzazione del *preliminary assessment* (cfr. *press release* alla pagina https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html).

L'accusa è in questo caso quella di abusare della posizione dominante detenuta nel mercato (nazionale) dei *social network* “by making the use of its social network conditional on its being allowed to limitlessly amass every kind of data generated by using third-party websites and merge it with the user's Facebook account”.

In particolare, tra i suddetti “*third-party websites*” rientrano sia servizi appartenenti al Gruppo Facebook, come WhatsApp e Instagram, che siti o *app* terzi su cui vengano installate le Facebook APIs.

Gli utenti del *social* non avrebbero infatti modo di rifiutare l'acquisizione di tali dati da parte di Facebook, essendo di fatto costretti ad accettare in blocco la relativa informativa sul trattamento dei dati personali, senza potersi dunque opporre all'acquisizione di dati generati al di fuori della piattaforma.

Da cui – ipotizza l'autorità tedesca – un abuso di posizione dominante per *unfair conditions*, realizzato attraverso l'imposizione di condizioni di utilizzo del servizio contrastanti con la *data protection law*.

Per quanto concerne il secondo profilo, da una conferenza stampa tenuta lo scorso 19 settembre dal Commissario europeo per la concorrenza Margarethe Vestager risulta che la Commissione europea ha avviato delle *informal investigations* (le quali – è noto – non necessariamente sfociano nell'avvio di un procedimento istruttorio) nei confronti di Amazon.com (v. ad es. <https://www.technologyreview.com/the-download/612179/amazon-facing-probe-from-eus-competition-watchdog-over-sales-data/>).

Oggetto delle indagini è comprendere in quale modo il *marketplace* stia utilizzando i dati generati dai *retailer* che operano sulla piattaforma.

Da quello che è dato comprendere dalle notizie di stampa la *theory of harm* sottostante è che, mentre l'acquisizione di simili informazioni per accrescere la qualità del servizio sarebbe lecita (e persino utile), l'uso del patrimonio informativo così raccolto per favorire la vendita dei prodotti o servizi Amazon rispetto a quello dei *retailer* terzi sarebbe considerato come abusivo (si tratterebbe, presumibilmente, di un'ipotesi di abuso per estensione, segnatamente dal mercato delle piattaforme di *marketplace*, in cui Amazon è dominante, a quello delle vendite *online* realizzate sugli stessi *marketplace*).

La linea di (possibile) intervento della Commissione sembrerebbe coerente con l'esito del procedimento recentemente concluso in relazione al caso Google Shopping (2018): vi è una piattaforma (lì un *search engine*, qui un *marketplace*) e vi

sono dei servizi che su quella piattaforma vengono eserciti (lì i *comparison shopping service*, qui l'*e-commerce*). In entrambi i casi, il gestore della piattaforma è attivo anche nel mercato a valle dei servizi e trae in qualche modo vantaggio della posizione dominante detenuta nel mercato a monte, che viene sfruttata per favorire i propri servizi.

Nel caso Google Shopping la pesante sanzione irrogata è stata accompagnata dall'imposizione di alcuni rimedi di carattere essenzialmente comportamentale.

L'avanzare di sospetti simili a quelli che hanno portato alla decisione Google Shopping anche nei confronti di Amazon offre l'occasione per chiedersi se non sia il caso di tornare a occuparsi di struttura, vuoi con una regolazione *ex ante* che imponga una sorta di *unbundling* tra piattaforma e servizio (Khan, in corso di pubblicazione), vuoi con dei rimedi *ex post* di carattere, stavolta, strutturale.

La questione è ben più ampia e involge, a ben vedere, una scelta di fondo circa le finalità e i razionali del diritto della concorrenza.

Khan (2017) ha proposto di abbandonare la visione, propria della Scuola di Chicago, del diritto antitrust come strumento per conseguire primariamente l'efficienza economica e il benessere dei consumatori, osservando che nei mercati digitali, fortemente esposti alla dinamica *winner takes it all*, sarebbe richiesto un approccio più vicino alla Scuola di Harvard e, dunque, maggiormente attento alla "struttura" e al "funzionamento" del mercato stesso. Al contrario, in questi mercati l'intervento a posteriori si rivelerebbe ineffettivo per gli stessi consumatori (anche a voler ammettere che la tutela del *consumer welfare*, tradizionalmente misurata in termini di prezzo e *output*, costituisca la principale finalità del diritto antitrust, aspetto di cui l'autrice dubita).

Lo scritto, rappresentativo di una più estesa corrente di pensiero, ha suscitato grande interesse, scientifico e mediatico, ma anche molte critiche da parte della "comunità antitrust" più tradizionalista, che, sull'assunto che non necessariamente grande è male, predica il minimo intervento pubblico sul mercato e rifugge la considerazione di variabili extra-economiche all'interno di questa disciplina, massimamente orientata al rigore tecnico (Shapiro, 2017; Hovenkamp, 2018).

Guardando oltre la diatriba sui limiti e le finalità del diritto della concorrenza, l'impressione è che le posizioni statunitensi più "interventiste" stiano proponendo delle misure che in Europa, ove mai recepite, verrebbero attuate con strumenti regolatori (verso i quali gli US sono scarsamente inclini) piuttosto che con istruttorie antitrust.

6. POSSIBILI INIZIATIVE DA INTRAPRENDERE IN AMBITO CONSUMERISTICO

(Sara Perugini)

Se come appena evidenziato gli strumenti di intervento in ambito concorrenziale appaiono, almeno allo stato, difficilmente applicabili, lo stesso non può dirsi con riferimento all'*enforcement* in ambito consumeristico che, non a caso, è stato ampiamente utilizzato dall'Autorità nei confronti di importanti piattaforme digitali come WhatsApp e Facebook.

Superate le iniziali perplessità circa la possibilità di qualificare come rapporto di consumo il servizio offerto da una piattaforma a titolo gratuito, di fronte a un modello di *business* come quello in esame che sfrutti l'acquisizione di dati tramite APIs generati dagli utenti in altri ambienti e al di fuori della piattaforma (come ad esempio nel caso Facebook), non sembra difficile immaginare contestazioni di illeciti consumeristici.

Difatti, da un lato, sotto il profilo informativo l'attività di raccolta e utilizzo a fini commerciali di dati che il consumatore cede potrebbe risultare, al ricorrere di determinate condizioni, non adeguatamente fornita nella fase di conclusione

del contratto (di attivazione dell'*account*) con la conseguente configurabilità di una pratica ingannevole; dall'altro, potrebbe ipotizzarsi una pratica aggressiva in violazione degli artt. 24 e 25 cod. cons. nel caso in cui la condivisione di *default* dei dati raccolti dalla piattaforma con altre società appartenenti allo stesso gruppo avvenga senza un esplicito e autonomo consenso dell'utente-consumatore.

Ciò del resto è quanto avvenuto nel caso avviato nei confronti di Facebook ancora in corso, nel quale, come è dato apprendere dal comunicato stampa, viene ipotizzata la scorrettezza di due distinte pratiche commerciali consistenti rispettivamente: a) nel non aver fornito all'utente, adeguatamente e immediatamente, in fase di attivazione dell'*account*, l'informativa dell'attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati che egli cede incluse le informazioni generate dall'uso da parte dell'utente Facebook di *app* di società appartenenti al gruppo e dall'accesso a siti *web/app* di terzi; b) nell'aver esercitato un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali, in cambio dell'utilizzo di Facebook, presterebbero il consenso alla raccolta e all'utilizzo di tutte le informazioni che li riguardano (informazioni del proprio profilo FB, quelle derivanti dall'uso di FB e dalle proprie esperienze su siti e app di terzi), in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso e a mantenere lo *status quo* per evitare di subire limitazioni nell'utilizzo del servizio in caso di deselezione.

Tuttavia, lo sfruttamento di dati acquisiti in un ambiente diverso da quello proprio della piattaforma, potrebbe generare anche ulteriori ipotesi di scorrettezza.

E così, ad esempio, un servizio che presenti come caratteristica essenziale la condivisione esclusiva del patrimonio informativo raccolto con altro soggetto appartenente allo stesso Gruppo potrebbe agevolare un grado di profilazione dei propri clienti tale da consentire di applicare loro prezzi personalizzati, ossia ritagliati individualmente e riflettenti il massimo che, in base alle proprie preferenze e disponibilità economiche, un determinato individuo è pronto a pagare in un determinato momento per un determinato bene o servizio (c.d. prezzo di riserva).

In questa ipotesi, certamente di non facile dimostrazione, potrebbe ipotizzarsi la sussistenza di una pratica commerciale scorretta nel caso in cui la raccolta dei dati dell'utente verrebbe sfruttata al fine di ottenere il massimo profitto fissando un prezzo diverso rispetto a quello che potrebbe essere praticato in sua assenza, senza che il consumatore venga adeguatamente informato di tale circostanza.

Più in generale, come già osservato nei precedenti Rapporti (Perugini – 2016), appare sempre più plausibile e auspicabile che, sul piano europeo e nazionale, vengano intensificati gli interventi di *public enforcement* in grado di garantire, anche in tale contesto, la salvaguardia dei diritti degli utenti mediante l'applicazione del quadro normativo vigente, accertando la sussistenza di eventuali pratiche commerciali ingannevoli o aggressive poste in essere dalla piattaforma nei confronti degli utenti (artt. 18 e ss. cod. cons.) ovvero vagliando i contratti che regolano il rapporto tra piattaforma e utente alla luce della disciplina in materia di clausole vessatorie (artt. 33 e ss. cod. cons.). E così se per un verso, l'omissione da parte dei *social media* di informazioni circa l'utilizzo dei dati per scopi commerciali integra una violazione dell'art. 22, cod. cons. dell'art. 7 della Direttiva 2005/29/CE attuato in Italia (come accertato dall'AGCM nel caso WhatsApp); l'utilizzo da parte delle piattaforme di false recensioni positive configura una azione ingannevole a sensi dell'art. 21, comma 1, lett. f) cod. cons. e la condotta del terzo professionista che rilasci false recensioni presentandosi come consumatore nell'ambito di gruppi ristretti dovrà considerarsi contraria all'art. 23, lett. aa) cod. cons. che considera di per sé ingannevole la pratica commerciale consistente nel presentarsi contrariamente al vero come consumatore; per altro verso, le clausole che stabiliscono come sede del foro competente sulle controversie località diverse da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore o che contengono esclusioni e limitazioni dei diritti del consumatore in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista, ampiamente diffuse nelle condizioni contrattuali dei *social media* integrano clausole vessatorie, in violazione dell'art. 33, comma 2, lett. u) e lett. b) cod. cons.

7. CONCLUSIONI

(Marco Cappai, Sara Perugini)

La *data driven economy* si caratterizza per l'attitudine a "inghiottire" qualsiasi mercato, attraverso una manovra a due tempi che mira in un primo momento all'acquisizione di dati e, in un secondo momento, allo sfruttamento di tali *input* produttivi nei mercati (o nei versanti di mercato) dove quel *know-how* può essere trasformato in valore.

A facilitare l'ascesa delle *Big Tech* concorrono due fattori.

In primo luogo, la scarsa leva negoziale esercitata dal versante delle piattaforme popolato da "professionisti" rispetto alle piattaforme stesse, la cui importanza economica sta aumentando esponenzialmente in ragione dei *positive loop* generati dai *network effect*.

Per tentare di controbilanciare questo forte squilibrio di forza contrattuale, a livello europeo si è proposto di riscoprire la categoria concettuale di "*relative dominance*" (i.e. dipendenza economica). Ove corredata di adeguati strumenti di *public enforcement* (cfr., ad esempio, ai poteri attribuiti all'AGCM dall'art. 9, comma 3-*bis* della legge n. 192 del 1998), questa iniziativa potrebbe consentire di colpire tutti quei comportamenti non sanzionabili né come illecito concorrenziale (per difetto di posizione dominante) né come illecito consumeristico (perché attinenti a rapporti B2B), ma comunque iniqui per il contraente debole e dannosi per la collettività (c.d. *Platform-to-Business Proposal of Regulation* 2018).

In secondo luogo, occorre tenere a mente i forti *deficit* cognitivi che, ad oggi, i consumatori ancora mostrano in ambiente digitale. A prescindere dalle risposte che vengono fornite dai campioni statistici intervistati in merito all'importanza della *privacy*, i fatti evidenziano ancora una scarsa sensibilità dei consumatori riguardo al valore (anche economico) dei propri dati personali e una generalizzata propensione di questi a cederli in cambio di servizi o beni (apparentemente) "gratuiti".

In questo contesto – in attesa di più chiari indirizzi da Bruxelles in merito alla posizione "europea" di fronte alle sfide lanciate dalla *data economy* – una mirata attività di *enforcement* dell'AGCM in materia di tutela del consumatore può rivelarsi sin da subito preziosa e utile per evitare il crearsi di indebite rendite di posizione a danno della collettività.

Bibliografia

ANEESH A., *Virtual Migration*, Stanford, 2006.

CAPPAL M., *Social economy, gestione dei dati e tutela della concorrenza*, in *Consumerism 2017. Dalla sharing alla social alla data economy*, in <http://www.consumersforum.it/files/ricerche/Consumerism2017.pdf>, 40 e ss.

CUKIER K., MAYER-SCHÖENBERGER V., *The rise of Big Data: how it's changing the way we think about the world*, in *Foreign Affairs*, V. 92, 2013, Issue 3, 28 e ss.

HOVENKAMP H., *Whatever did happen to the antitrust movement?*, in *Faculty Scholarship*, No 1964, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1964

HUBERTY M., *Awaiting the Second Big Data Revolution: From digital noise to value creation*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, V. 15, 2015, 35 e ss.

KHAN L.M., *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 126:710(2017), 710 e ss., <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>

KHAN L.M., *The Separation of Platforms and Commerce*, in corso di pubblicazione in *Columbia Law Review*, V. 119 (abstract del 15 maggio 2018 in <https://ssrn.com/abstract=3180174>);

PERUGINI S., *Social economy e tutela del consumatore: il ruolo dell'AGCM*, in *Consumerism 2017. Dalla sharing alla social alla data economy*, in <http://www.consumersforum.it/files/ricerche/Consumerism2017.pdf>, 29 e ss.

PERUGINI S., *I mercati della condivisione sociale in Europa e in Italia. Il ruolo cruciale dell'AGCM*, in *Consumerism 2016. Dalla sharing alla social economy*, in http://www.consumersforum.it/files/eventi/2016/Report_sito_CF.zip, 35 e ss.

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, 26.4.2018, COM(2018) 238 final.

SHAPIRO C., *Antitrust in a Time of Populism*, 24 ottobre 2017, in corso di pubblicazione in *International Journal of Industrial Organization*, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3058345>

ZUBOFF S., *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, 2015.

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI⁴

(Aldo Corvino, Paolo Occhiuzzi)

SOMMARIO: 1. IL MERCATO DEI TRASPORTI E I BIG DATA TRA RICONFIGURAZIONE DEL MERCATO E POSSIBILE INGRESSO DI NUOVI OPERATORI. – 2. LO STATO DEL MERCATO DEI TRASPORTI E LE REGOLE: TENDENZE EVOLUTIVE. – 3. IL RUOLO DEL REGOLATORE. – 4. I CONSUMATORI E LE TUTELE.

1. IL MERCATO DEI TRASPORTI E I BIG DATA TRA RICONFIGURAZIONE DEL MERCATO E POSSIBILE INGRESSO DI NUOVI OPERATORI

(Aldo Corvino)

La rapida evoluzione tecnologica sta modificando il modo in cui le persone e le cose vengono trasportate da un luogo ad un altro: si hanno a disposizione mezzi più potenti, veloci, confortevoli e – auspicabilmente – sicuri; non sembra poi così lontana, addirittura, la prospettiva di automobili che si guidino da sole.

Queste innovazioni tecnologiche, per quanto incredibili nei loro esiti, ed incredibilmente veloci nel loro avvicinarsi, probabilmente non porrebbero l'osservatore del mercato dinanzi ad un mutamento strutturale dello stesso: certo, l'innovazione potrebbe favorire l'ingresso di alcune imprese e lasciarne altre indietro; questo, tuttavia, entro certi limiti, sarebbe fisiologico.

Ma la rivoluzione tecnologica in atto non si limita a questo.

È noto che ogni attività compiuta in rete rilascia informazioni, e che tale enorme quantità di informazioni può essere oggi non solo immagazzinata, ma anche trattata al fine di scoprire correlazioni e informazioni implicite. E, come è stato rilevato da chi ha studiato il fenomeno dei big data, l'accumulazione di una immensa quantità di dati personali, combinata a sapienti tecnologie per estrarre da lì, anche tramite l'intelligenza artificiale, indicazioni sul comportamento degli individui e soprattutto sulle preferenze di ciascuno, conduce ad un cambiamento epocale della struttura del mercato.

Tradizionalmente chi desiderava usufruire di un servizio di trasporto confrontava quanto il mercato gli offriva senza poter valutare tutte le informazioni e con il rischio comunque di prendere decisioni non razionali. Oggi i Big data sembrano consentire di raggiungere transazioni ottimali, in quanto, nel suggerire l'accoppiamento ideale tra chi richiede e chi offre il servizio, possono tenere conto di un notevole numero di informazioni, e suggerire una scelta sulla scorta delle preferenze manifestate dall'utente. Si pensi a BlaBlaCar ed in particolare all'importanza che ha la conversazione nel suggerire accoppiamenti ideali tra la domanda e l'offerta del servizio.

⁴Il par. 1 e il par. 4 sono di Aldo Corvino; il par. 2 e il par. 3 sono di Paolo Occhiuzzi (le opinioni espresse dall'Autore non impegnano l'Istituzione cui appartiene).

Sono queste, a ben vedere, le innovazioni che possono condurre ad un cambiamento strutturale del mercato. E con tale cambiamento non sembra azzardato ipotizzare una sostituzione dei suoi attori. Infatti, come è noto, le informazioni, per la gran parte, sono oggi nelle mani di alcuni soggetti (su tutti, Google, Amazon, Facebook e Apple), che hanno accumulato, e continuano ad accumulare, immense quantità di dati personali. Tali dati potrebbero permettere loro di conquistare altri settori, diversi da quelli nei quali fino ad oggi hanno concentrato la loro attività.

Si potrebbe obiettare, non senza validi e ragionevoli argomenti, che per entrare nel mercato dei trasporti sono necessari ingenti investimenti di capitale, e sono peraltro richieste autorizzazioni amministrative. Certo, ai giganti della rete i capitali non mancano, e potrebbero ottenere le relative autorizzazioni, ma potrebbe comunque obiettarsi – e qui sta il punto – che nel mercato dei trasporti le informazioni hanno un ruolo meno importante rispetto a quello che hanno in altri mercati.

Sennonché, gli spostamenti delle persone, e soprattutto delle merci, sono complessi, e richiedono trasporti costruiti integrando anche diverse modalità. Per spostarsi da un luogo ad un altro si possono avere più opzioni a disposizione, anche cumulate. Il trasporto multimodale – come rileva l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (pagg. 19 e 20 del Quinto rapporto annuale al parlamento del 20 giugno 2018) – diventa allora essenziale.

E qui il ruolo dei Big data può diventare decisivo. Proprio il passaggio a un diverso modo di progettare gli spostamenti, con l'aiuto di mappe in grado di suggerire il percorso migliore, il mezzo di trasporto più adatto alla persona che intende spostarsi, con la combinazione di diversi mezzi di trasporto, e l'effetto di rete, che consente ai colossi del web di poter contare su enormi piattaforme, già note e frequentate da chiunque, unitamente al feedback che piattaforme così popolate consentono, sembra non escludere l'eventualità di un loro ingresso nel settore dei trasporti. Come esattamente rilevato dall'ART nel rapporto annuale, l'applicazione delle tecniche predittive consente di sviluppare piani tariffari e altre offerte di soluzioni integrate multimodali e – come conferma ancora l'ART – non appare esagerato affermare che sistemi "intelligenti" (ITS) che consentono, tra l'altro, di accedere ai profili di consumo e individuare le caratteristiche dei bacini di utenza e le modalità più indicate e meno onerose per il soddisfacimento della domanda, stanno trasformando il mondo dei trasporti e della logistica, facendo dei dati la nuova risorsa scarsa essenziale per ogni futuro sviluppo dei trasporti (pag. 17 del Quinto rapporto annuale al parlamento del 20 giugno 2018).

Se è così, è allora decisamente urgente approfondire la materia: il cambiamento appena descritto potrebbe infatti portare benefici e pericoli.

Da un lato, le nuove tecnologie infondono dinamismo nei mercati dei trasporti. La diffusione delle piattaforme digitali amplia le scelte per passeggeri e utenti, facilitando l'utilizzo di soluzioni multimodali di trasporto e di servizi integrati di mobilità. Ciò sembra poter condurre ad un modo di spostarsi più adatto alle esigenze di ciascuno. E anche gli interessi generali ne potrebbero trarre utilità. La tutela dell'ambiente infatti potrebbe avere grossi benefici dalle politiche dei trasporti basate sui Big data: più che mezzi di trasporto meno inquinanti, l'ambiente troverebbe infatti giovamento dalla programmazione di un numero inferiore di viaggi, con carichi maggiori, e dunque meglio organizzati.

Dall'altro lato, i pericoli più evidenti riguardano, ovviamente, la *privacy* e la struttura concorrenziale del mercato. Qui c'è da considerare che in alcuni mercati vi sono già operatori che dispongono di un gran numero di informazioni, e ciò è vero soprattutto per gli *incumbent*. Si potrebbe allora pensare che le minacce maggiori potrebbero provenire da parte di tali soggetti, più che dai giganti della rete. Tuttavia, nemmeno quest'ultima possibilità può escludersi, in quanto gli operatori tradizionali hanno accumulato informazioni in un'epoca analogica, e comunque le tecnologie a loro disposizione, così come la loro rete, non sono paragonabili a quelle di soggetti nati nell'epoca dell'economia digitale e che hanno fatto della raccolta di dati il loro principale business.

In ogni caso, che sia un operatore esistente o un gigante della rete, vi è da considerare che chi avrà la base di utenza più ampia potrà contare anche sul vantaggio degli effetti feedback: come è stato notato, i servizi basati su sistemi di *machine learning* alimentati da dati di feedback "comprano" l'innovazione a costi decrescenti man mano che la base utenti

cresce, in quanto i dati di feedback consentono di sviluppare beni e servizi sempre più conformi ai desideri dell'utenza.

Le conclusioni dell'ART, a questo proposito, sono condivisibili. Infatti, "talune posizioni monopolistiche consolidate potrebbero essere scalzate; altre, trovando il proprio fattore di espansione negli effetti di rete, potrebbero invece dare vita a nuovi monopoli digitali. Si diffonde, intanto, un modello di impresa di trasporto il cui esercizio non dipende necessariamente dall'accesso e uso di infrastrutture fisiche". È bene allora approfondire il tema e non farsi trovare impreparati, tenendo presente che il modello di impresa che si va diffondendo non è necessariamente legato all'accesso e all'uso di infrastrutture fisiche, ma le relative imprese dovranno comunque essere considerate imprese di trasporto, come chiarito dalla Corte di Giustizia nel caso Uber (Corte Giust. UE, Grande Sez., 20.12.2017, causa C-434/15).

2. LO STATO DEL MERCATO DEI TRASPORTI E LE REGOLE: TENDENZE EVOLUTIVE

(Paolo Occhiuzzi)

È ormai noto che la disponibilità e l'utilizzo dei dati hanno reso possibile l'ingresso, anche nel settore dei trasporti, di nuovi operatori fisici e virtuali. Il problema per il mercato risiede dunque nella tassonomia e "gestione" del fenomeno, anche al fine di individuare le tutele per i concorrenti, per le nuove figure professionali e, in ultima analisi, per i consumatori.

È certo infatti che la tecnologia ha reso concrete attività d'impresa che non possono essere inquadrare negli istituti e negli schemi della disciplina classica dei trasporti. In taluni altri casi, invece, le novità insite nei nuovi modelli d'impresa, per quanto innovativi, non sono tali da giustificare una revisione delle regole giuridiche esistenti che – mediante alcuni adattamenti, anche solo interpretativi – potrebbero risultare ancora idonee a disciplinare la nuova realtà.

La questione sulla quale riflettere è pertanto la seguente: è davvero opportuno/necessario definire nuove regole?

Nel settore dei trasporti, il problema della ridefinizione delle regole ha riguardato prevalentemente l'attività di intermediazione, presupposto per la successiva attività di condivisione, che viene esercitata di norma da operatori economici che, con le loro applicazioni *software* mobile (*apps*) mettono in contatto diretto i privati che esprimono il bisogno di mobilità con altri privati disposti a soddisfare tale esigenza.

Il diretto rapporto fra privati ha però creato tensioni in un mercato fortemente regolato e controllato da professionisti.

Le regole che caratterizzano il mercato del trasporto, ad esempio per il trasporto locale non di linea, sono state in parte messe in crisi non solo dall'erogazione non professionale dei servizi, ma anche dall'utilizzo delle piattaforme online di intermediazione ad opera dei professionisti medesimi, desiderosi di svincolarsi da alcuni vincoli ritenuti, alla luce del progresso tecnologico, oramai obsoleti.

Sono state dunque espresse da più parti valutazioni concorrenziali sia con riferimento a quella tipologia di servizi che utilizzano piattaforme digitali per connettere autisti professionisti dotati di licenza taxi o autorizzazione NCC con la domanda finale (come UBER Black o Mytaxi), sia con riguardo all'altra tipologia di servizi che, tramite la piattaforma, mette in connessione autisti non professionisti e la domanda finale (come il servizio UBER Pop, attualmente inibito sull'intero territorio nazionale da alcune decisioni del Tribunale civile di Milano).

Al di là delle “questioni” concorrenziali, e tornando sul piano delle regole, il quadro d’insieme è certamente più complesso alla luce della già citata sentenza della Corte di Giustizia di Giustizia su Uber in cui si è affermato che il “servizio d’intermediazione deve quindi essere considerato parte integrante di un servizio complessivo in cui l’elemento principale è un servizio di trasporto e, di conseguenza, rispondente non alla qualificazione di “servizio della società dell’informazione” [...] ma di “servizio nel settore dei trasporti”.

Sulla natura di UBER anche il Tribunale di Roma (Ordinanza del Tribunale civile di Roma del 7 aprile 2017) aveva affermato che su “[...] I Uber Bv non costituisce un mero mediatore tra autisti e utenti, ma, tramite la gestione di un sistema integrato, in cui è imprescindibile sia il ruolo del gestore dell’app che quello dei singoli autisti aderenti alla piattaforma, esercita un’attività organizzata a scopo di lucro, tramite la quale, a seguito della predetta adesione degli autisti muniti di autorizzazione al servizio ncc, esercita un servizio pubblico non di linea con modalità che costituiscono una violazione delle norme pubblicistiche dettate al riguardo. Il pieno coinvolgimento dell’Uber Bv nell’esercizio del servizio consegue proprio all’indissolubilità della connessione tra il servizio organizzato e promosso dalla Uber Bv e l’attività dei singoli autisti muniti di autorizzazione al servizio di ncc”.

Il precipitato di tale impostazione è forse paradossale: nella misura in cui le piattaforme introducono un servizio di trasporto aggiuntivo nel mercato, anch’esse sono sottoposte alla medesima disciplina degli operatori del trasporto cc.dd. “puri”.

Ed è così che anche nel settore del trasporto su gomma, il legislatore nazionale con il decreto legge n. 24 aprile 2017, n. 50, coordinato con la legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96, aveva obbligato le mandatarie di raggruppamenti di imprese (leggasi, principalmente, Flixbus) a munirsi di mezzi propri per l’esercizio dell’impresa di trasporto di persone, con buona pace di qualsivoglia diverso strumento giuridico che consenta il raggiungimento dei medesimi risultati di trasporto.

Ma gli interventi normativi e giurisprudenziali non riescono, anche per la varietà delle piattaforme oggi esistenti, a coprire tutti i modelli di impresa.

Si pensi a MyTaxi che, ben lungi dal modello Uber, non immette nel mercato un nuovo e distinto servizio di trasporto rispetto a quello già esistente ma si limita a smistare le corse di tassisti già in esercizio, attraverso la geo-localizzazione. Oltre alla prenotazione, l’app offre la possibilità di pagare direttamente con lo smartphone (con carta di credito), e la possibilità di accedere a un sistema di *rating* dei tassisti che consente ai passeggeri di valutare la qualità complessiva del servizio. Dal lato del consumatore il servizio offerto da Mytaxi presenta modalità di funzionamento sostanzialmente analoghe (ma non identiche) a quelle del servizio reso dalle app dedicate utilizzate dai radiotaxi, poiché in entrambi i casi l’utente installa sul proprio dispositivo mobile un’applicazione *software* con funzione di geolocalizzazione.

Ed ancora. Così come in altri settori dei servizi già interessati dalla liberalizzazione, come il trasporto aereo, si sono diffusi attori come le piattaforme di visualizzazione, prenotazione e vendita dei biglietti (GDS), che rendono maggiormente visibili le offerte dei vettori e semplificano la ricerca e l’acquisto della soluzione più efficiente ed economica tra quelle proposte per i viaggiatori. Per i clienti, le funzionalità di tali piattaforme comportano la riduzione dei tempi di ricerca, di scelta e di acquisto, ma soprattutto, comportano la riduzione della spesa come effetto diretto della competizione generata tra gli operatori stessi. Ai GDS si rivolgono soprattutto i piccoli vettori, mentre i grandi, che pure hanno contratti con gli stessi, preferiscono valorizzare i loro portali (attraverso politiche di fidelizzazione).

In estrema sintesi, sembra quasi che non si trovi il coraggio di prendere atto che le modalità di offerta dei beni e dei servizi, e i beni e i servizi stessi, sono cambiati nel tempo.

E mentre le Corti cercano di “incasellare” nelle distinte discipline vigenti i nuovi fenomeni di impresa, da un’angolazione più ampia ci si accorge che tale sforzo è forse addirittura “inattuale” in quanto le preferenze e le esigenze dei consumatori, come è stato anticipato, sono ormai rivolte ad altre frontiere: *interoperabilità* e *multimodalità*.

La concorrenza e la somministrazione di nuovi servizi rendono difatti evidenti le numerose opportunità che possono derivare dalla connessione delle distinte modalità di trasporto. Non a caso, la Commissione Europea e l’Autorità dei trasporti – che ha peraltro condotto un’iniziativa di approfondimento nell’ambito dell’IRG-Rail (il *network* che riunisce 31 regolatori di paesi UE e non del settore ferroviario) – hanno osservato come la multimodalità e l’interoperabilità rappresenti il nodo centrale ed attuale del settore dei trasporti.

E che l’integrazione sia la strada per la formazione di un mercato unico, sembra trovare conferma – quantomeno nel settore del trasporto ferroviario – dalle disposizioni della Direttiva 2016/2370/UE che modifica la Direttiva 2012/34/UE per quanto riguarda l’apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia e la governance dell’infrastruttura ferroviaria, in fase di recepimento nell’ordinamento nazionale, con lo schema di decreto.

La richiamata Direttiva 2016/2370/UE completa il disegno del provvedimento di “Recast”, intervento normativo di sintesi tra le precedenti norme europee in materia ferroviaria, allo scopo di attivare lo spazio unico europeo, liberalizzare l’accesso al mercato nazionale anche dei servizi di trasporto passeggeri e completando la riforma della governance dei gestori dell’infrastruttura.

Con riferimento a quanto qui d’interesse, la Direttiva promuove sistemi comuni d’informazione e di emissione di biglietti cumulativi sviluppati dal mercato, al fine di consentire ai passeggeri di accedere ai dati necessari per pianificare viaggi e prenotare biglietti all’interno dell’Unione.

Sotto tale auspicio, il legislatore unionale tenta di incentivare le imprese ferroviarie a lavorare allo sviluppo di tali sistemi che consentano opzioni di mobilità multimodale, transfrontaliera e porta a porta.

Per permettere la realizzazione di tali sistemi, tuttavia, è necessario che le imprese ferroviarie mettano a disposizione in maniera non discriminatoria e in un formato interoperabile tutti i pertinenti dati necessari per pianificare viaggi e prenotare biglietti, senza che ciò abbia effetti negativi sulla concorrenza.

In piena sintonia con le previsioni della Direttiva, lo schema di decreto legislativo di recepimento prevede (art. 11, che introduce l’art. 13 *bis* al d.lgs. 15 luglio 2015, n. 112) l’istituzione di un sistema comune di informazione e di biglietteria integrata. Tuttavia, esso ne limita la portata ai soli servizi di trasporto passeggeri resi in regime di libero mercato escludendo quelli soggetti a contribuzione pubblica, come i servizi regionali o a media-lunga percorrenza.

Come correttamente osservato dall’Autorità dei Trasporti, in sede di audizione del Presidente Camanzi dinanzi alla Commissione Trasporti della Camera dei Deputati sul decreto legislativo di recepimento, tale struttura non appare coerente con le finalità di efficace diffusione di tale sistema che dovrebbe, al contrario, includere da subito anche i servizi di trasporto passeggeri assoggettati ad obblighi di servizio pubblico. L’inserimento di tali servizi nel sistema appare necessario per due ordini di ragioni: in primo luogo, poiché rappresentano la maggioranza dei servizi di trasporto fruiti dagli utenti e, secondariamente, per garantire una efficace mobilità “*end-to-end*” degli utenti. La limitazione ai soli servizi a mercato, al contrario, priverebbe il sistema integrato della sua effettiva portata innovativa e, se imposta, si tradurrebbe in un mero onere a carico dei soli servizi a libero mercato, senza evidenti benefici per la mobilità delle persone.

Il mondo dei trasporti sta dunque cambiando e anche gli stessi vettori, i prestatori di servizi e gestori delle infrastrutture

optano per soluzioni gestionali e societarie innovative. In altre parole, si superano i modelli industriali classici di aggregazione secondo logiche di economie di scala per proporre nuove formule di integrazione e di multimodalità.

Questa nuova tendenza genera due distinte conseguenze concrete.

Nel mercato della generazione dei servizi, si assiste, alla crescita del numero degli operatori attivi in almeno due modalità di trasporto (si pensi ai maggiori *players* del trasporto ferroviario passeggeri che ormai sono attivi sia su rotaia che su gomma) con la diretta – quanto inevitabile – conseguenza che le condizioni di accesso ai centri di servizio e alle infrastrutture di connessione intermodale assumono primaria importanza.

Nel mercato digitale e, dunque, dei servizi di trasporto della *new economy*, nascono invece nuove piattaforme tecnologiche per la mobilità di persone e merci con modelli eterogenei: si supera il paradigma della mera intermediazione tra domanda e offerta e di visualizzazione, prenotazione e vendita dei biglietti, per approdare a modelli più complessi in cui la piattaforma è messa a disposizione da gruppi integrati verticalmente, proprietari di *asset* strategici materiali (i.e. stazioni, reti ferroviarie, materiale rotabile e altri impianti strumentali ai servizi di trasporto) e immateriali (i.e. informazioni sui propri utenti) e presenti in diversi settori della mobilità con proiezione internazionale.

Il costante processo di digitalizzazione nell'accesso e nel funzionamento dei trasporti rende ormai possibile intendere la mobilità come un servizio: *"Mobility as a service"*, cioè *"a mobility distribution model in which a customer's major transportation needs are met by services integrating transportation infrastructures, transportation services, information and payment services, and others more. This approach is possible thanks to the increased use of ICT in transport, the removal of barriers between different transport modes and their users, as well as the emergence of new collaborative economy solutions"* (Documento di lavoro dei servizi della Commissione Europea sull'implementazione del Libro Bianco sui trasporti SWD (2016) 226 final).

In tale quadro, ancora una volta gli studiosi del mercato hanno sottolineato con forza gli evidenti benefici concorrenziali per i consumatori finali derivanti da una generale affermazione di queste nuove piattaforme multimodali. Queste infatti permettono la comunicazione fra domanda e offerta di servizi di mobilità e garantiscono maggiore facilità di fruizione del servizio, migliore copertura di una domanda spesso insoddisfatta, migliore qualità del servizio e riduzione dei costi per l'utenza nonché, nella misura in cui disincentivano l'uso del mezzo privato, un decongestionamento del traffico urbano, con conseguente miglioramento delle condizioni di offerta del servizio di trasporto pubblico di linea e di circolazione del traffico privato.

Si pensi a quanto è successo in Italia con la creazione della nuova piattaforma lanciata dal gruppo FS che si propone di rivoluzionare il modo di viaggiare, garantendo al cittadino non più un servizio da stazione a stazione, ma da porta a porta. La piattaforma permette infatti di comperare biglietti della metro, del trasporto pubblico locale, del treno (regionale e lunga percorrenza) nonché dell'autobus.

Di fronte a questo nuovo cambiamento, l'interrogativo per gli studiosi non muta: sono necessarie nuove regole? Questo approccio multimodale genera rischi di carattere concorrenziale?

Sotto tale profilo, invero, nel mondo in divenire del settore dei trasporti, alcune posizioni di monopolio, sfruttando gli effetti di rete, potrebbero generare nuove forme di posizione dominante – o anche monopoli – nel settore digitale.

Diversamente, se si pensa ad un modello di impresa di trasporto il cui esercizio non dipende necessariamente dall'accesso e uso di infrastrutture fisiche, talune posizioni dominanti o monopolistiche potrebbero essere erose da nuovi

operatori totalmente virtuali.

È certo che, per altro verso, si pone il problema dell'accesso ai dati, dell'interconnessione dei sistemi informativi nonché della stessa gestione dell'immensa mole di dati sensibili dei consumatori (preferenze/abitudini/attitudine al viaggio/sistemi di pagamento).

Da un punto di vista strettamente consumeristico, è bene invece guardare alle informazioni rese al consumatore dalle nuove piattaforme, alla trasparenza dei meccanismi di funzionamento delle medesime e alle discriminazioni di prezzo di cui si parlerà *infra*.

Temi sui quali l'Autorità di regolazione svolgerà certamente un ruolo di primo piano.

3. IL RUOLO DEL REGOLATORE

(Paolo Occhiuzzi)

Con sfumature e toni diversi, la maggior parte dei sostenitori del c.d. *platform capitalism* ritengono che, per favorirne e stimolarne lo sviluppo e la capacità innovativa, le piattaforme e gli "operatori virtuali" dovrebbero essere lasciati il più possibile libere da lacci regolativi.

Tuttavia è innegabile che con l'avvento di tali piattaforme nascono conflitti che toccano non solo gli operatori già attivi nel settore dei trasporti (*incumbents*), ma anche e soprattutto i nuovi attori del mercato.

Si pensi al settore dei trasporti non di linea e al già citato caso Uber. La riforma del settore si intreccia per certi versi con una questione di più ampio respiro: la regolazione della *sharing economy* che, a sua volta, rimanda al tema più generale del rapporto fra regolazione e innovazione.

Volendo semplificare una realtà molto complessa può dirsi che dal dibattito dottrinale sulla regolazione delle nuove forme di impresa emergono tre possibili approcci.

Ai due poli opposti si collocano quello di *regulation up*, consistente nell'assoggettamento dei servizi erogati tramite le piattaforme informatiche alla disciplina esistente; e quello di *regulation down*, ossia la deregolamentazione della loro attività o comunque l'assoggettamento a una disciplina minima. Il terzo, intermedio, consiste nell'introduzione di una disciplina *ad hoc* per i nuovi servizi, fatta di regole più leggere rispetto a quelle cui sono sottoposti gli operatori tradizionali.

Invero, al di là delle teoriche posizioni dottrinali, risulta forse ormai improbabile prescindere da un approccio *case-by-case* e settoriale che tenga in adeguata considerazione non solo le peculiarità che tradizionalmente caratterizzano il settore di riferimento e lo distinguono dagli altri, ma anche la tipologia di servizi *on demand* creatisi nel mercato.

Ed è allora indispensabile, nelle scelte del regolatore, distinguere fra attività in cui è presente una componente virtuale che coesiste con un servizio fisico di trasporto (casi Uber/BlablaCar/Flixbus) e attività in cui l'elemento innovativo è rappresentato quasi esclusivamente da un nuovo modo di fare impresa e dalla fornitura di un servizio digitale totalmente innovativo (Nugo/MyTaxi).

Nel primo caso, è ormai opportuno un contributo chiarificatore da parte dei legislatori ai diversi livelli coinvolti, evitan-

do il costante intervento dei giudici per rispondere ad imprescindibili necessità.

In sintesi, il punto è valutare se la nuova tecnologia, cioè la piattaforma, vada ricondotta all'interno del preesistente panorama legale e regolatorio utilizzando una disciplina/regolazione omogenea o se sia necessario immaginare regolazioni differenziate non solo in considerazione della diversità dei servizi offerti ma in particolare delle specificità della tecnologia.

Si tratta, in buona sostanza di comprendere se le imprese basate su piattaforma siano in competizione con le imprese tradizionali sfidandole sul loro stesso mercato oppure se si ricavino un proprio e nuovo mercato, in quanto la piattaforma trasforma la natura stessa della transazione differenziandola da quella tradizionale.

In questa prospettiva è di interesse quanto affermato dall'ART nella stessa segnalazione laddove riconosce che il fenomeno dei *"servizi tecnologici per la mobilità"* intercetta una domanda diversa da quella tradizionale resa disponibile con diverse modalità di erogazione.

Ne consegue, come una *"idonea regolazione"* dovrebbe valorizzare *"le diverse modalità di soddisfazione della domanda di mobilità"* e assecondare *"la segmentazione del mercato riducendo così il rischio di distorsioni"*. Obiettivo prioritario è, allora, quello *"di far emergere questo nuovo mercato in modo che la domanda e l'offerta di servizi possano operare in modo trasparente e nel rispetto dei regimi applicabili alla attività economica di impresa"* (Quinto rapporto annuale al parlamento del 20 giugno 2018).

Nel secondo caso, ovverosia per un'attività di impresa multimodale totalmente virtuale, la gestione e l'utilizzo del dato rappresentano i punti cruciali. Tali piattaforme, grazie all'uso dei dati, permettono di creare una domanda inespressa e potenziale di servizi di trasporto a basso costo e aggiunge una variabile nuova rispetto al servizio pubblico.

Il problema risiede dunque nell'accesso al dato e nella gestione del dato posseduto dall'impresa. Ma sul punto, non esistono regole nazionali o unionali né, al contempo, esistono regole adottate dall'Autorità di settore.

Tale stallo è tuttavia preoccupante. C'è il rischio infatti che in assenza di un intervento settoriale, soprattutto l'operatore che detiene – non per merito ma per la posizione storicamente detenuta sul mercato dei trasporti – un database informativo irripetibile possa agevolmente raggiungere una posizione di monopolio anche nel mercato digitale dei servizi innovativi e non.

Allo stesso modo, tale assenza di obblighi permette all'operatore OTT operante in un mercato distinto di intervenire nel mercato dei trasporti con *assets* non detenuti dagli altri *players* del settore.

4. I CONSUMATORI E LE TUTELE

(Aldo Corvino)

L'evoluzione del mercato dei trasporti sopra tratteggiata pone diversi problemi, ad alcuni dei quali si è già fatto riferimento. Da un lato, il rilascio di immense quantità di dati personali, a fronte di servizi, alcune volte gratuiti, o comunque scontati, pone innanzitutto un problema ormai tutt'altro che nuovo: il controllo dei dati personali. Dall'altro lato, la trasformazione del mercato dei trasporti in un mercato ricco di dati, e basato su questi ultimi, con la possibilità di ingresso di nuovi operatori, già colossi del *web*, porta con sé problemi di tipo concorrenziale che discendono dalla concentrazione di potere in mano a pochi operatori.

Si vuole infine richiamare l'attenzione su altri due problemi che riguardano direttamente i consumatori e le tutele a

loro disposizione: le discriminazioni di prezzo, frutto del nuovo meccanismo di accoppiamento tra domanda ed offerta; l'individuazione del soggetto responsabile, e della relativa disciplina, in caso di trasporto multimodale.

Da tempo le imprese individuano gruppi di utenti ai quali offrire prodotti e servizi a prezzi diversi, come nel caso – il più tradizionale – dei prezzi ridotti per bambini ed anziani, in considerazione della presunta minore capacità di spesa di questi soggetti (c.d. discriminazione di terzo grado); oppure offrono prezzi differenziati legati alle caratteristiche del servizio offerto, con sconti basati sulle quantità di beni e servizi acquistati, o con maggiorazioni di prezzo maggiore per i trasporti nelle ore di punta, o ancora con riduzioni di prezzo per chi acquista biglietti con largo anticipo (c.d. discriminazione di secondo grado).

I Big data consentono però quella che prima sembrava un'operazione difficilmente realizzabile: la formazione di prezzi personalizzati per ogni singolo individuo, che consente all'impresa di vendere il bene o il servizio esattamente al prezzo che l'utente è disponibile a spendere (c.d. discriminazione di primo grado). Questo meccanismo provoca – comprensibilmente – una istintiva repulsione, perché permette all'impresa di estrarre tutto il valore possibile da ogni singola transazione, consentendo inoltre di vendere il servizio in modo completamente slegato dai costi necessari per produrlo e di appropriarsi di tutto il margine. Tuttavia, vi è da dire che, come ha evidenziato chi si è occupato del fenomeno, in realtà tale meccanismo consente anche – e si tratta dell'altra faccia della medaglia – a utenti che non avrebbero acquistato il servizio ad un prezzo standard di avere accesso allo stesso. A ben vedere, si tratta, allora, di un meccanismo che consente di drenare risorse da una fascia di consumatori (i più ricchi) ad un'altra fascia di consumatori (i più poveri).

Da un punto di vista strettamente giuridico può essere dubbia la illiceità della pratica dei prezzi personalizzati: le imprese sarebbero infatti libere di applicare prezzi diversi, come del resto si faceva abitualmente prima dell'avvento dell'economia di massa, quando gli scambi erano preceduti da trattative. C'è però un punto importante: i consumatori devono essere messi in condizione di sapere che il prezzo al quale viene loro proposto il bene o il servizio è un prezzo personalizzato, e devono essere informati circa il modo in cui quel prezzo personalizzato è stato individuato. Chi si è occupato del tema ha sostenuto che la disciplina da utilizzare in tal caso non dovrebbe essere quella delle pratiche commerciali scorrette, ma quella della *privacy*, ritenuta geneticamente idonea a fronteggiare tale problema, in particolare con riferimento al consenso per il trattamento dei dati personali che – per inciso – sembra essere problematico nel caso di trattamento tramite Big data, in quanto non è possibile prevedere in anticipo quali trattamenti saranno eseguiti e quali informazioni si otterranno.

Il problema della responsabilità nel trasporto multimodale si è già posto da tempo con riferimento al trasporto delle merci. Il trasporto multimodale nasce, infatti, come è noto, per il trasporto merci, a seguito dell'utilizzo di tecniche di c.d. "unitizzazione dei carichi", e cioè a seguito dell'utilizzo dei *containers*, i quali hanno agevolato il trasporto mediante l'utilizzo di distinti mezzi concepiti unitariamente. Le caratteristiche del trasporto multimodale sono state individuate nella pluralità dei modi con cui avviene il trasporto e nell'unicità della fonte negoziale in forza della quale sorge l'obbligo di trasporto da un luogo ad un altro. Dunque, l'identificazione del responsabile non sembrava presentare problemi in quanto una delle caratteristiche del trasporto multimodale era individuata proprio nella presenza di un soggetto responsabile dell'intero trasporto. Il profilo più problematico riguardava, invece, la disciplina della responsabilità, soprattutto per quanto riguarda la limitazione della responsabilità del vettore, che era disciplinata in modo diverso. Da un lato, era necessario coordinare le diverse normative applicabili in relazione ai differenti ordinamenti nazionali collegati al percorso previsto nel contratto di trasporto; dall'altro lato, si dovevano pure coordinare le diverse normative specifiche riguardanti ciascuna delle forme di trasporto di cui il trasporto multimodale si componeva, in quanto negli anni le diverse tipologie di trasporto sono state disciplinate distintamente con separate Convenzioni internazionali. A tale problema sono state date diverse risposte: i) ritenere il trasporto multimodale disciplinato dal codice civile (ed era la teoria maggioritaria); ii) ritenere ciascuna tratta del trasporto multimodale disciplinata in base alla normativa interna ed uniforme ad essa propria; iii) ritenerlo assoggettato alla disciplina applicabile alla tratta prevalente di cui era composto.

Oggi il problema sembra porsi in modo parzialmente diverso.

Similmente a quanto avveniva in passato, ci si chiede, ad esempio, se è applicabile la disciplina del trasporto aereo (il Regolamento CE n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato) nel caso in cui la prima tratta del viaggio, venduto unitariamente, nella quale si è verificato il ritardo, non è stata effettuata con trasporto aereo ma, ad esempio, ferroviario. E anche qui potrebbe sostenersi che ciascuna tratta è disciplinata dalla normativa europea che si riferisce al mezzo di trasporto adoperato, oppure potrebbe sostenersi la tesi secondo cui l'unitarietà del viaggio e la prevalenza della tratta aerea dovrebbero portare a ritenere applicabile il relativo regolamento anche alle tratte effettuate con mezzi di trasporto diversi.

Da un altro punto di vista, però, il problema della responsabilità si pone in modo nuovo, perché si cala nel contesto dell'economia digitale, in cui, come è ormai noto, chi domanda un bene o un servizio si rivolge a piattaforme che ritengono di svolgere il ruolo di meri intermediari. Dunque, non sembra possibile affidarsi sempre alla unicità della fonte negoziale per individuare un unico responsabile con la stessa sicurezza con cui lo si faceva in passato per il trasporto multimodale di merci. Anche da qui, dunque, emerge l'opportunità di una regolazione più aderente al contesto attuale che chiarisca anche i criteri di identificazione dei soggetti responsabili e la disciplina della loro responsabilità.

Bibliografia

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI, Quinto rapporto annuale al parlamento del 20 giugno 2018.

AMMANNATI L., *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *Federalismi*, 2018.

CARUSO E., *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 31, n. 95, 1, 2018, 223-264.

Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *The implementation of the 2011 White Paper on Transport "Roadmap to a Single European transport Area – towards a competitive and resource-efficient transport system" five years after its publication: achievements and challenges* (SWD (2016) 226 final).

MAYER-SCHONBERGER V., RAMGE T., *Reinventare il capitalismo dell'era dei big data*, Milano, 2018.

MAGGIOLINO M., *Big data e prezzi personalizzati*, in *Conc. e merc.* 2016, 95 e ss.

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE

(Cristiana Lauri)

“Lo spirito dell’algoritmo. responsabilità (delle imprese), competenze (delle autorità), tutele (dei consumatori)”

Nello scenario regolato da ARERA si creano “dialoghi” virtuosi tra imprese, autorità e consumatori, nell’ottica di massimizzare l’efficienza in ognuno dei settori regolati: energia, gas, acqua, teleriscaldamento, teleraffrescamento, rifiuti. I tratti unificanti di tale processo sono la tutela dell’ambiente, la sicurezza dei sistemi, l’impiego delle tecnologie e le garanzie per gli utenti.

In un contesto oggetto di profondo mutamento, la resilienza del sistema è data dalla capacità di creare e mantenere condizioni adeguate affinché le imprese possano entrare nei mercati e gli utenti usufruire di servizi aderenti alle proprie esigenze. Le potenzialità maggiori sembrano essere offerte da novità quali gli smart meters, l’IoT, la blockchain, e – in prospettiva – gli smart contracts. Tema di fondo, aperto, resta quello della gestione della mole di dati, nella consapevolezza del valore che l’algoritmo è capace di generare.

Energia, reti e ambiente: la pan-efficienza dell’algoritmo

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. LA RESILIENZA DEL SISTEMA. – 3. IL PROBLEMA: L’INGRESSO NEI MERCATI. – 4. LE COMPETENZE DI ARERA. – 5. GLI EFFETTI SUI CONSUMATORI. – 6. QUESTIONI APERTE.

1. PREMESSA

L’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) è l’evoluzione dell’AEEGSI.

Il cambio nome non è casuale. L’Autorità ha vissuto negli anni una progressiva crescita, attraendo alle sue competenze mercati nuovi e diversi tra loro. Istituita dalla legge n. 481/1995 con competenze in tema di energia elettrica e gas, ha avvocato a sé il sistema idrico, i settori del teleriscaldamento e del teleraffrescamento e, da ultimo, quello dei rifiuti. A tale ampliamento di competenze corrisponde la nuova denominazione, che vede accanto all’energia e alle reti – tra cui non possono non ricomprendersi le reti smaterializzate – il bene ambiente. Un esito senz’altro spontaneo avendo riguardo ai principi inizialmente posti a presidio della materia della tutela ambientale che progressivamente hanno iniziato a conformare l’azione dei mercati stessi, essenzialmente in ragione della stretta interdipendenza tra attività economiche afferenti all’Autorità e sfruttamento delle risorse naturali.

Nel segno di tale approccio di tipo trasversale, il generale principio di sostenibilità – economica, ambientale e sociale – si declina nell’obiettivo dell’efficienza e qualifica tali mercati, uniti non soltanto dall’azione di un regolatore unico ma anche dall’attuazione di un set di strumenti comuni.

L’obiettivo dell’efficienza è evidente nelle due leve essenziali del sistema: la tutela ambientale e l’impiego delle tecnologie avanzate.

In tale scenario sembrano crearsi “dialoghi” virtuosi tra imprese, autorità e consumatori, in un’ottica di “pan-efficientismo” intersettoriale.

L’impostazione emerge con chiarezza già lanciando uno sguardo sommario all’attività di ARERA.

Accanto ad un’intensa attività regolatoria verticale nei settori (energia elettrica, gas naturale, servizio idrico, teleriscaldamento e teleraffreddamento, ciclo dei rifiuti urbani e assimilati), si sviluppa una altrettanto significativa attività intersettoriale, avente ad oggetto il contesto internazionale, i mercati *retail*, la tutela dei consumatori, la disciplina della vigilanza e del contenzioso, l’attuazione della regolazione, l’organizzazione e le risorse.

2. LA RESILIENZA DEL SISTEMA

Date tali premesse, avendo riguardo alla direzione intrapresa in sede europea è possibile misurare la resilienza del sistema regolato da ARERA.

La necessità di ri-plasmare i mercati in considerazione di un efficientismo di tipo ambientale è stata ben delineata dal “Pacchetto” in tema di economia circolare, intervenuto trasversalmente ponendo obiettivi ambiziosi e incisivi nella transizione verso la *blue economy*. In tale direzione vanno due comunicazioni recanti, rispettivamente, *Verso un’economia circolare: programma per un’Unione europea a zero rifiuti* e *L’anello mancante – Piano d’azione europea per l’economia circolare*, pienamente contestualizzati nella cornice tracciata dalla Comunicazione *Europa 2020 – una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020.

Dal “Pacchetto” sono originate una serie di modifiche significative nella legislazione relativa al ciclo dei rifiuti e assimilati.

In materia di energia e sviluppo delle infrastrutture, i lavori delle istituzioni si sono concentrati sul c.d. Pacchetto CEP (*Clean Energy for all Europeans*) del 30 novembre 2016, contenente proposte legislative su efficienza energetica, energie rinnovabili, assetto del mercato dell’energia elettrica e approvvigionamento elettrico, norme sulla *governance* per l’Unione dell’energia.

Del 2017 è anche il Regolamento UE 1038/2017 relativo alla sicurezza dell’approvvigionamento di gas, che tra le altre cose prevede l’inserimento di un meccanismo di solidarietà e cooperazione tra stati limitrofi in caso di emergenza energetica.

Sono inoltre entrati in vigore tre regolamenti che attuano le disposizioni del Terzo Pacchetto per il settore elettrico (il Regolamento UE 2125/2017 istitutivo delle Linee guida per i mercati del bilanciamento – vale a dire i mercati utilizzati dagli operatori di rete per l’approvvigionamento, anche a livello transfrontaliero delle risorse di riserva necessarie per mantenere il sistema in equilibrio in tempo reale –; il Regolamento UE 2126/2017 che istituisce un codice di rete in materia di emergenza e ripristino dell’energia elettrica; il Regolamento UE 1485/2017 che stabilisce orientamenti in materia di gestione del sistema di trasmissione dell’energia elettrica) e due per il settore del gas naturale (il Regolamento UE 459/2017 che ha determinato una modifica del Codice di rete per i meccanismi di allocazione della capacità sui sistemi di trasmissione e il Regolamento UE 460/2017 per l’armonizzazione delle tariffe di trasporto del gas naturale).

Nell’ambito del progetto politico di un’Unione dell’energia, il Pacchetto CEP costituisce la chiave di volta per il conseguimento dei due obiettivi ambientali di lungo termine: circa il 50% di produzione da fonti rinnovabili entro il 2030; elettricità a zero emissioni entro il 2050.

Si tratta, è evidente, di obiettivi che richiedono azioni concrete dal lato sia del legislatore sia del regolatore, chiamati

ad adeguare i mercati alla rapida ascesa delle energie rinnovabili e all'impiego delle tecnologie più efficienti disponibili, nonché a stimolare chiari segnali in termini di prezzi con l'obiettivo di favorire la transizione energetica.

Le azioni fondamentali sono chiare: una piena integrazione delle energie rinnovabili e della domanda nei sistemi; il rafforzamento della tutela dei consumatori i quali vengono incoraggiati ad adottare scelte informate e consapevoli e un coinvolgimento attivo anche e soprattutto attraverso l'utilizzo di nuove tecnologie; la tutela del diritto di accesso ai dati coinvolti, nel delicato bilanciamento con il diritto alla *privacy*; la revisione del quadro regolatorio europeo anche a mezzo del rafforzamento dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali (ACER) e della promozione della dimensione regionale nell'integrazione dei mercati; l'armonizzazione e lo sviluppo delle norme relative alla sicurezza degli approvvigionamenti.

Proprio la sicurezza e la condizione imposta dal fattore ambientale, naturale e climatico hanno rappresentato sempre più fattori di conformazione dell'attività legislativa e regolatoria.

Si pensi, tra le altre, alle molteplici modifiche apportate dalla legge n. 45/2017 recante *“Nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017”* o alla legge n. 96/2017 recante *“Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo, con previsioni in tema di ricarica dei veicoli alimentati con energia elettrica; rimodulazione degli incentivi per i titolari di impianti di generazione di energia elettrica alimentati da bioliquidi sostenibili”*. Sul punto l'Autorità ha introdotto Linee guida funzionali alla selezione degli investimenti secondo un'analisi di rischio, elaborate nel 2015 nell'ambito del *“Tavolo sulla resilienza”*. È stato inoltre adottato il documento per la consultazione 645/2017/R/eel contenente gli orientamenti in materia di resilienza delle reti di trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica, in un contesto di eventi meteorologici sempre più frequenti, intensi e vasti. Con la delibera 31/2018/R/eel, l'Autorità ha poi introdotto obblighi di predisposizione dei Piani per la resilienza per tutte le imprese distributrici, e di integrazione dei Piani di sviluppo con Sezioni dedicate all'incremento della resilienza delle reti di distribuzione dell'energia elettrica per le principali imprese distributrici.

3. IL PROBLEMA: L'INGRESSO NEI MERCATI

In un contesto caratterizzato dalla rapida transizione verso l'energia pulita il tema centrale è rendere il mercato più competitivo e integrato nonché in grado di trasferire i benefici conseguiti al consumatore, in una sorta di interscambio virtuoso per le parti.

I due parametri della *“smartizzazione”* dei mercati e dell'efficienza ambientale guidano anche i meccanismi di ingresso negli stessi. La doppia lettura offre infatti l'occasione per comprendere chi e a quali condizioni può entrare nei mercati regolati da ARERA.

Un esempio per tutti: con riferimento all'energia elettrica, il discorso non può che riguardare il completamento della transizione al mercato libero, prevista per il 2019. Qui la battaglia per l'ingresso nel mercato da parte degli operatori si gioca non soltanto sulla questione, centrale, dei prezzi, ma anche su altre componenti che assumono valenza crescente a valle. Da un lato i servizi extra, (tra cui *energy management*, accumulo di produzione fotovoltaica, etc.) con la conseguente possibilità di massimizzare lo sforzo contrattuale da parte dei consumatori; dall'altro la trasparenza nelle condizioni contrattuali e di prezzo nei confronti dei consumatori, che dal mercato libero attendono bollette con costi suddivisi in maniera più esplicita, dinamicità dal lato dell'offerta e nelle operazioni di *switching*. I principi chiave dell'integrazione consistono dunque nella rimozione degli ostacoli ai segnali di prezzo e nella piena responsabilizzazione rispetto alle fonti energetiche rinnovabili nella partecipazione ai mercati.

In disparte il costo della materia prima, la partita degli *incomers* non potrà che essere giocata sul terreno dell'offerta di tariffe aderenti agli stili di consumo – monoraria, multioraria.

E tale partita, inevitabilmente, riguarda l'impiego delle migliori tecnologie, anche con riferimento agli altri ambiti regolati da ARERA. Recentemente: Google ha acquisito Nest, lanciando il termostato intelligente; NBloT, viene utilizzata da Olivetti e la torinese Smat nel settore idrico; il settore degli *smart metering* in Italia ha ottenuto apprezzamento dalla Commissione UE tanto da condurre Enel a replicare la tecnologia nelle controllate in altri paesi.

Il tema delle barriere all'ingresso nella tensione tra smartizzazione del settore e tutela ambientale è stato oggetto anche del dibattito in tema di risorse idriche e in particolare nell'ambito della WAREG, sulla base di quanto registrato dai membri nei rispettivi stati.

Resta infine aperta la partita sul settore dei rifiuti, in considerazione dei poteri dell'Autorità finalizzati a “migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale, nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, superando così le procedure di infrazione già avviate con conseguenti benefici economici a favore degli enti locali interessati da dette procedure”.

4. LE COMPETENZE DI ARERA

A questioni di ampio respiro, corrisponde un'ascesa della prospettiva internazionale e sovranazionale anche nell'azione regolatoria.

In tal senso si contestualizza la collaborazione dell'Autorità italiana con gli altri regolatori europei. Con riferimento all'energia elettrica ciò avviene sia nella prospettiva multilaterale, nell'ambito dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) e del Consiglio europeo dei regolatori dell'energia (CEER) e delle piattaforme regionali previste dai nuovi regolamenti europei per il mercato elettrico, sia attraverso incontri bilaterali per l'approfondimento di discussione su tematiche di comune interesse, nella prospettiva dell'Unione.

Tali contesti risultano ormai essenziali per lo scambio di *best practices* nonché nell'affrontare i temi dell'innovazione di sistema. In particolare, ad esempio, il CEER ha iniziato a occuparsi delle tematiche legate alle tecnologie *smart* in ambito domestico nonché ai temi della *cybersecurity* per le infrastrutture energetiche.

Per ciò che attiene alle risorse idriche, nel 2017 si è costituito il *network WAREG-European Water Regulators*, associazione no profit di diritto italiano con sede presso l'Autorità. Il primo *output* significativo è rappresentato dall'adozione del rapporto *Analysis of Water Efficiency KPIs in WAREG Member Countries*. Nell'ambito della stessa riunione, su richiesta della DG Environment della Commissione UE è stata svolta una stima del fabbisogno di investimenti in Europa nel decennio 2017-2027, di 200 miliardi di euro, evidenziando alcune criticità comuni: obsolescenza delle reti idriche e fognarie; copertura incompleta delle reti idriche e fognarie nel territorio nazionale; carenze nelle infrastrutture di depurazione; necessità di incrementare la capacità produttiva e di stoccaggio di acqua; necessità di recupero integrale dei costi per i servizi idrici domestici e industriali; mancato raggiungimento degli standard di qualità della risorsa idrica imposti dalla legislazione comunitaria.

Si tratta di un mercato in forte trasformazione e in via di unificazione: si pensi all'imminente riforma della Direttiva europea sulle acque potabili.

Con riguardo all'energia elettrica, sul piano interno prosegue la delicata regolazione del passaggio verso il mercato libero, l'ultimo esito del quale è rappresentato dalla delibera 449/2018/R/eel, recante il completamento della disciplina della Tutela SIMILE, che individua l'offerta da applicare, trascorsi 24 mesi dalla data di attivazione della fornitura di Tutela SIMILE, in assenza di diversa scelta da parte dei clienti finali.

Le cautele nell'azione svolta da ARERA nella fase di transizione sono significative.

Con riguardo ai prezzi è stato previsto l'inserimento della tariffa PLACET, consistente in un prezzo libero a condizioni equiparate di tutela: qui il ruolo dell'Autorità è massimo, in quanto ne fissa le condizioni contrattuali, pur a fronte di prezzi stabiliti dal fornitore.

Su altro fronte appare inoltre condivisibile il contenuto (peraltro non nuovo) della segnalazione 733/2017/l/eel a Governo e Parlamento con cui l'Autorità ha evidenziato in relazione all'entrata in vigore dal 1 gennaio 2018 delle componenti tariffarie a copertura degli oneri generali di sistema, criticità nell'individuare una struttura di corrispettivi aderenti ai costi, in quanto tali oneri non corrispondono a uno specifico servizio ma sono utilizzati per coprire l'esigenza di gettito delle politiche pubbliche – come l'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili – che non trovano copertura nella fiscalità generale.

Infine, come anticipato, la legge 27 dicembre 2017, n. 205 ha attribuito all'Autorità funzioni di regolazione e controllo del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, da esercitarsi *“con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481”* e già esercitati negli altri settori di competenza.

Le funzioni conferite all'Autorità sono ampie (cfr. comma 527, lett. a-n), tra le altre, significative: l'emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e la definizione di indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi; la definizione dei livelli di qualità dei servizi, la diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell'utenza; la tutela dei diritti degli utenti, anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati; la definizione di schemi tipo dei contratti di servizio; la predisposizione e l'aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione; la formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati.

Con la deliberazione 4 gennaio 2018, 1/2018/A, ARERA ha avviato le necessarie attività funzionali alla prima operatività dei predetti compiti di regolazione e controllo. Con le successive deliberazioni 15 febbraio 2018, 82/2018/R/rif e 5 aprile 2018, 225/2018/R/rif e 226/2018/R/rif, sono poi stati avviati tre procedimenti per l'adozione di provvedimenti rispettivamente in materia di: predisposizione di un sistema di tutele per la gestione dei reclami e delle controversie degli utenti; regolazione tariffaria; regolazione in materia di qualità del servizio.

La mutiformità dei temi oggetto dell'azione regolatoria di ARERA e la trasversalità dei principi che la conformano, nel segno degli obiettivi di massima efficienza, si giova in misura crescente dei percorsi di collaborazione con le altre autorità.

In tal senso si legge quella con l'AGCM nel campo della tutela dei consumatori, con particolare riguardo alle pratiche commerciali scorrette nei settori regolati (si ricordi il Protocollo di intesa integrativo in materia di tutela del consumatore dell'ottobre 2014 e il contestuale Gruppo di lavoro permanente che ne sovrintende e monitora l'attuazione), nel cui contesto l'AGCM ha reso due pareri in tema di compratori privati di offerte di energia elettrica e gas.

È proseguita inoltre la collaborazione con AGCom, nell'ambito del Protocollo generale di intesa del 2015. In tale conte-

sto si inserisce la delibera 289/2017/R/eel con cui si avviava l'istruttoria congiunta sulla valutazione di soluzioni tecnologiche standardizzate per le funzionalità incrementalmente degli *smart meter* di energia elettrica.

Ulteriore azione congiunta è quella tra ARERA e ANAC (di cui al Protocollo del 2016) relativa alla corretta applicazione della normativa in tema di appalti pubblici, trasparenza e anticorruzione nei settori regolati dall'*Authority*.

Volgendo lo sguardo ad un futuro non troppo lontano, nuovi spazi di collaborazione tra autorità saranno offerte dall'introduzione dei nuovi *meter* 5G, con particolare riferimento alla domotica e alle ricadute sul piano concorrenziale.

Nel documento AGCom in cui sono presentati gli esiti delle attività del Gruppo di Lavoro per l'analisi delle tecnologie di comunicazione dei dati nei sistemi di *smart metering* vengono descritti i modelli di business oggetto di audizione mettendo in evidenza le principali relazioni tra gli *stakeholder*. Tra le varie ipotesi vi è quella in cui l'operatore di rete offre una piattaforma all'utente per la fornitura di servizi di domotica (*smart home*) compresi i servizi per il controllo dei consumi di elettricità, gas, acqua, calore, tramite *monitoring* e *alert*.

Tra i possibili vantaggi derivanti dall'utilizzo del 5G di prossima futura introduzione vi sono risultati concreti sui dispositivi IoT – tra cui la possibilità di connettere i *device* anche in assenza della rete Wi-Fi nonché le prospettive relative alla domotica. Ipotesi che ricadono nel mercato, in crescita, dello *smart building* e che verosimilmente contribuirà a rivoluzionare un settore in situazione di forte transizione, quale quello dell'edilizia.

Sul punto sarà necessaria l'interazione tra Autorità. Un primo esempio concreto è dato dalla segnalazione dell'AGCM AS1493 – Procedure per l'assegnazione dei diritti d'uso di frequenze per favorire la transizione verso la tecnologia 5G, del 22 marzo 2018, con cui l'*Authority* ha svolto alcune considerazioni in merito agli aspetti concorrenziali concernenti le misure attuative delle disposizioni di cui all'articolo 1, commi 1026-1046, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 recante *"Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020"* in tema di assegnazione delle frequenze per i servizi di telecomunicazione mobile a banda larga. A tal proposito si legge che *"tali procedure di selezione su base competitiva dovranno essere definite in coerenza con l'obiettivo di garantire l'utilizzo dello spettro, assicurando il più ampio livello di copertura e di accesso a tutti gli utenti ai servizi basati sulla tecnologia 5G, sul territorio nazionale, tenuto conto della durata dei diritti d'uso concessi, garantendo benefici socio-economici a lungo termine"*.

Nella visione dell'Autorità tali procedure rappresentano un'opportunità per garantire e ampliare condizioni di mercato concorrenziali e che incentivino gli investimenti nei servizi di telecomunicazione mobile (settore che, come noto, presenta le caratteristiche di un mercato oligopolistico, con un elevato livello di concentrazione).

A tali presupposti, si affiancano inoltre le previsioni contenute nella Consultazione pubblica sulle procedure di assegnazione delle frequenze di cui alla Delibera AGCom n. 89/18/CONS, che attribuiscono riserve a favore di taluni operatori e che limitano l'acquisizione delle frequenze, misure che appaiono necessarie a scongiurare il rischio che gli operatori storici, mediante *overbidding* e altri atteggiamenti, precludano l'accesso alle frequenze ai nuovi operatori.

Dalla lettura degli atti regolatori – ma anche del Quadro strategico 2015-2018 così come dalla Relazione annuale resa dall'Autorità – emergono sovente formule aperte, a denotare una consapevolezza della stessa ARERA circa la necessaria formazione progressiva dei propri ambiti interventi, che avanzano di pari passo all'affermarsi delle tecnologie nei settori considerati.

È in questo contesto che trovano spazio le riflessioni relative a strumenti nuovi e non ancora oggetto di attività regolatoria specifica, ma verso cui prevedibilmente ARERA convergerà nel medio periodo. Uno di essi è senz'altro rappresentato dagli *smart contracts* – si tratta di una sorta di "traduzione" in codice, o meglio, di algoritmi *software*, di un contratto, tale da verificare in automatico l'avverarsi delle condizioni predeterminate dalle parti e di conseguenza eseguire determinate azioni in automatico –.

Altri mercati regolati hanno già colto le potenzialità dello strumento: l'assicurativo relativamente al rilevamento dati

grazie a strumenti IoT; i media, con i *digital rights management* per l'erogazione e l'accesso a servizi multimediali.

Il settore regolato da ARERA appare ambiente ideale per lo sviluppo di questo mercato; ciò ancor più laddove tali contratti si basino su *blockchain*, che permettono di programmare con istruzioni estensibili l'accordo commerciale e l'esecuzione dello stesso. La tecnologia *blockchain* è infatti in grado di supportare gli *smart contracts* relativamente a una pluralità di impieghi nel settore energetico.

In primo luogo, considerando che i *meter* di nuova generazione consentono un controllo in tempo reale, il contratto potrebbe adeguarsi istantaneamente in funzione delle variabili, prima tra tutte i consumi effettivi. In tal senso la tecnologia *blockchain* potrebbe apportare significativi miglioramenti nel settore dell'energia con riferimento al consumo di elettricità, consentendo di mettere in contatto diretto il produttore con il consumatore e di innovare la gestione del flusso di distribuzione dell'energia: l'implementazione all'interno della *blockchain* di *smart contracts* permetterebbe di regolare l'erogazione di energia in base alla disciplina definita nel contratto intelligente, tracciando il consumo di energia, producendo altresì la documentazione necessaria ai fini amministrativi, contabili e fiscali – funzionalità replicabile anche con riferimento ai certificati verdi.

Del resto le potenzialità della *blockchain* come strumento di rivoluzione nel campo dell'energia sono già state individuate rispetto ad alcune attività specifiche. Si pensi allo scambio di energia P2P – *energy sharing* – che permette agli utenti finali di scambiarsi reciprocamente elettricità autoprodotta e ricevere pagamenti in tempo reale in assenza di intermediari; o ancora alla gestione dei servizi operativi di *microgrid*, che consente di misurare i consumi – aggregando i *big data* emergenti – e di svolgere transazioni molto rapide e localizzate, attraverso una gestione della rete granulare. O alle condizioni per l'accesso al mercato di nuovi intermediari – rivenditori – fornendo l'infrastruttura necessaria.

Con riferimento al mercato all'ingrosso l'infrastruttura *blockchain* è in grado di supportare la gestione e l'ottimizzazione rapida ed a basso costo del dispacciamento di energia, mediante l'aggregazione dei dati, il servizio di compensazione e riconciliazione (applicazione già sperimentata da alcune aziende per l'interscambio di energia nei mercati transfrontalieri).

Guardando da vicino l'IoT – *Internet of Things* – la potenzialità più interessante è quella di creare una *blockchain* che registri e regoli l'*asset management* di oggetti quali contatori intelligenti, reti e impianti di generazione, ad esempio i pannelli solari. In tal modo si innoverebbe l'intero processo: l'energia prodotta in impianti distribuiti (campi eolici, campi di pannelli solari, anche di modeste dimensioni come quelli dei *prosumers*) potrebbe essere trasportata ai consumatori finali utilizzando reti più piccole in sostituzione delle grandi reti di distribuzione di oggi; i contatori intelligenti misurerebbero la quantità di energia prodotta e consumata, mentre le attività negoziali sarebbero controllate da *smart contract* ed eseguite a mezzo della *blockchain*.

Per tale via, la catena degli attori nel sistema di produzione e distribuzione dell'energia risulterebbe radicalmente disintermediata e il consumatore finale potrebbe guadagnare in termini di maggiore controllo sulla filiera e dunque di maggiore autonomia sui propri contratti di fornitura di energia.

Un esempio recente è dato dall'esperienza di Brooklyn, dove microreti collegano le case che hanno pannelli solari sui tetti con i vicini che vogliono acquistare energia verde generata localmente, secondo il modello *sharing*. I partecipanti installano contatori intelligenti – *blockchain based* – per tracciare l'energia generata e consumata; i contratti intelligenti tra vicini consentono e registrano le cessioni in maniera automatica.

In questa direzione sembra volgere lo sguardo anche l'UE, che ha inaugurato un progetto pilota, approvato e finanziato nel bilancio 2018, riguardante l'impiego della tecnologia *blockchain* negli scambi di energia fra *prosumer*, saltando l'intermediazione di operatori elettrici e finanziari e relativi i costi che ne derivano per i destinatari finali.

La direzione tracciata da tutte queste esperienze è chiara: il sistema elettrico potrebbe diventare un *network* di enormi proporzioni formato da milioni di "microreti" interagenti tra loro.

Significativo sul punto è il progetto di Enel, che ha rivisto il piano industriale al 2019 aumentando gli investimenti per la digitalizzazione e integrazione delle reti di distribuzione con gli impianti di produzione, i sistemi di accumulo, gli impianti fotovoltaici domestici e il sistema di ricarica delle auto elettriche, nell'intento di creare una grande *smart grid*, basata sull'utilizzo di Big data e *blockchain*.

Ulteriori impatti significativi nell'impiego di tali soluzioni riguardano l'utilizzo di energia nella mobilità – ricarica delle auto elettriche – ma anche nella *building automation* dove l'integrazione tra *blockchain* e *smart devices* potrebbe semplificare la comunicazione diretta tra i diversi sistemi intelligenti all'interno delle stesse abitazioni ai fini dell'approvvigionamento energetico di volta in volta necessario.

Dalla breve panoramica proposta, sono evidenti le potenzialità emergenti per l'intero settore. In generale, il grande vantaggio della *blockchain* applicata nei sistemi energetici è la maggior trasparenza nelle operazioni di compravendita di energia tra gli attori e i sistemi di distribuzione.

Profili di svantaggio sono invece stati individuati con riferimento al dispendio energetico richiesto, in ragione dell'elevata potenza di calcolo necessaria per la risoluzione degli algoritmi e l'aggiunta di nuovi blocchi di dati. In tal senso si giungerebbe al paradosso di veicolare la tecnologia verso un impatto ambientale maggiore anziché minore. Al fine di verificare tale aspetto, alcuni studi si vanno indirizzando verso la previsione di un monitoraggio sulle operazioni svolte sulla *blockchain*, ruolo che verosimilmente potrà in prospettiva essere stabilizzato ed affidato ad un soggetto dotato delle capacità tecniche e di neutralità richieste, quale potrebbe essere la stessa *Authority*.

5. GLI EFFETTI SUI CONSUMATORI

Nella complessità del contesto delineato ogni singola componente sembra convergere verso la centralità del consumatore, anello di congiunzione di mercati "datificati". Ciò è evidente nel settore dell'energia elettrica, con l'esperienza degli *smart meters*; ma anche nei settori in cui strumenti analoghi risultano in via di progressiva affermazione come quello dei consumi idrici e della produzione di rifiuti e assimilati.

Il consumatore detentore dei dati è l'unità minima di quei mercati, parametro essenziale per monitorare le ricadute delle scelte di sistema, per modulare le strategie degli operatori economici che si affacciano nei mercati regolati dall'Autorità e per misurare l'obiettivo di efficienza.

Ineliminabile è il ruolo dell'Autorità nella garanzia di un *floor* minimo di tutele, che si atteggia diversamente a seconda del segmento considerato. Con riferimento all'ultima fase di transizione verso il mercato libero nel settore dell'energia elettrica l'attenzione è massima: si richiede un delicato bilanciamento tra i benefici che la transizione verso l'energia pulita e la creazione di un mercato più competitivo e integrato possono offrire al consumatore e i sacrifici imposti relativamente alla progressiva cessione dei propri dati di consumo.

A fronte dei vantaggi sperati – condizioni più eque per la fornitura di energia, maggiore trasparenza, di opportunità di scelta, partecipazione attiva al sistema dell'energia – si impone particolare cautela nella gestione di specifici meccanismi.

Come noto, l'obbligo di passare al mercato libero scatterà il 1° luglio 2019, secondo uno schema di transizione simile a quanto avvenuto nel settore della telefonia.

Le criticità che potrebbero emergere sembrano essere già state individuate dall'Autorità e riguardano i prevedibili disagi in termini di attivazione ed esecuzione del contratto. Ad esempio, con riferimento all'allaccio, le regole fissate da ARERA prevedono la possibilità di ottenere un indennizzo solo nel caso in cui l'allacciamento abbia richiesto dei lavori

“semplici” su impianti già esistenti e non per lavori “complessi” i quali necessitano di realizzazione, sostituzione o modifica di parti significative dell’impianto; indennizzi sono previsti anche per eventuali ritardi post-allaccio (automatici per i clienti domestici). Per ciò che attiene a eventuali modifiche contrattuali unilaterali, laddove previsto da espresse riserve, sono posti obblighi di informativa scritta e di preavviso. Interessante è inoltre l’ipotesi del recesso, essenziale per fruire di offerte più convenienti senza incorrere in penali o spese di chiusura, pur nel termine stabilito dall’Autorità. Altre questioni riguardano inoltre la variazione di potenza di fornitura, in cui vengono coinvolti sia il venditore sia il distributore, nonché la richiesta di voltura, che il venditore potrebbe anche rifiutare.

Con riferimento ai prezzi, si è aperta la seconda fase del “Portale Offerte”, il sito dell’ARERA, gestito da Acquirente Unico, destinato a famiglie e piccole imprese allo scopo di confrontare e scegliere più semplicemente le offerte di luce e gas. Accanto alle offerte PLACET (i contratti standard), sono progressivamente inserite anche le proposte del mercato libero.

Con riguardo alle tutele dal 1° gennaio 2018 lo “Sportello per il consumatore di energia” dell’Autorità, istituito nel 2009 e gestito con l’avallo di Acquirente Unico, ha esteso i suoi servizi anche al settore idrico (si v. la delibera 900/2017/E/idr), con il nome di “Sportello per il consumatore Energia e Ambiente”. Nella prima fase esso risulta attivo solo al fine di ottenere informazioni sul bonus sociale idrico, mentre ulteriori servizi saranno oggetto di sviluppo progressivo.

A tali tutele, che rappresentano il *floor* di base, si affiancano quelle legate alla conoscenza del profilo del proprio consumo energetico.

All’esigenza risponde il progetto *Open meter*, in cui i contatori raccolgono dati di consumo con granularità fino a 15 minuti e sono connotati da un protocollo di comunicazione aperto e pubblico che consente la trasmissione dei dati di misura tra il contatore e i dispositivi di domotica.

Al processo di implementazione degli *smart metering* si è affiancata una attenta attività regolatoria. Con delibera 87/2016/R/eel, erano state definite le specifiche funzionali dei misuratori intelligenti di energia elettrica in bassa tensione e i livelli attesi di performance dei sistemi di *smart metering* di seconda generazione (sistemi 2G). Per quanto riguarda la configurazione dei misuratori, era stata prevista la possibilità di configurare una pluralità di informazioni contrattuali, alcune minime, da visualizzare sul *display* – il codice cliente assegnato dal venditore corrente, la potenza contrattuale impegnata e il gruppo PESSE5 – altre invece definibili da parte del venditore.

Con la successiva delibera 229/2017/R/eel, è stata individuata la configurazione di default dei misuratori 2G non trattati orari al fine di permetterne un corretto funzionamento. Tale configurazione di *default* prevede la garanzia del massimo livello di riservatezza dei dati visualizzabili sul *display* prima della configurazione del misuratore da parte dei venditori, allo scopo di evitare utilizzi distorti dei dati stessi, a insaputa del cliente. Con la delibera 88/2018/R/eel, infine, a seguito della consultazione con gli operatori (delibera 466/2017/R/eel) sono state definite le disposizioni funzionali alla valorizzazione e visualizzazione sul *display* del misuratore 2G delle informazioni configurabili da parte dei venditori. La delibera ha anche previsto che il processo di configurazione delle informazioni contrattuali sia pienamente interoperabile con il SII, affinché le controparti commerciali associate a ciascun punto di prelievo possano configurare direttamente – senza la necessità di intermediazione con altro soggetto – le informazioni di propria competenza.

La consapevolezza dei consumi da parte di famiglie e imprese rappresenta la moneta di scambio da spendere nel mercato libero per scegliere l’offerta in grado di soddisfare le esigenze di consumo coniugandole con le potenzialità di risparmio.

Tali strumenti sembrano ormai offrire un maggior controllo anche da remoto in termini di sicurezza – ad esempio tramite *smartphone* – per monitorare eventuali guasti, interruzioni, superamenti dei limiti di potenza.

Vantaggi incisivi si prospettano anche in termini di sistema complessivamente considerato.

Ci si riferisce ad esempio alla possibilità per la domanda di partecipare attivamente al mercato dell'energia e/o dei servizi su vasta scala, attraverso contratti di *demand side response* (di questo è consapevole l'Autorità, che già nel quadro strategico 2015-2018 aveva annoverato tale ipotesi tra gli esiti futuribili nel mercato regolato). Da ciò deriverebbero vantaggi concreti, non da ultimo l'eventuale possibilità di distacco dei carichi da remoto in caso di picchi di domanda.

In tale contesto si colloca un progressivo processo di trasformazione dei consumatori in *prosumers*, che attraverso una partecipazione attiva ai mercati potrebbero contribuire alla modulazione dei flussi con propri impianti fotovoltaici quale anello essenziale del processo di integrazione del sistema.

6. QUESTIONI APERTE

Osservare oggi l'azione di ARERA considerando la pluralità dei mercati regolati e il loro stato di avanzamento è senz'altro poco agevole. Emerge un sistema eterogeneo e a più velocità ma resiliente rispetto ad altri settori e ben ancorato a principi che conformano l'azione trasversalmente.

Se la chiave di lettura offerta dall'ordinamento risulta chiara, decisamente più complessa è la partita sul versante dell'offerta, chiamata a conformarsi ai nuovi strumenti a costo dell'esclusione dai mercati. Tali nuovi strumenti riguardano ormai la conoscenza delle esigenze di consumo nonché l'offerta di dispositivi in grado di aumentare la qualità dei servizi, delle attività produttive, della vita domestica.

In questa direzione va il SII, che si occupa dell'aggregazione di flussi di dati provenienti dagli *smart meters* gestiti dai distributori – si ricordi che sul punto l'Autorità ha emanato un documento in consultazione per l'interfaccia unica per l'accesso ai dati di consumo utilizzando il SII; riferimenti sono inoltre nella legge sulla concorrenza 124/2017 riguardo la realizzazione di un portale finalizzato all'esposizione in modalità *Open data* delle offerte nel mercato –.

La fase di transizione verso mercati sempre più aperti e la previsione di un equilibrio a formazione progressiva lascia aperta la partita degli operatori rispetto alla gestione dei dati. Resta infatti sullo sfondo l'ipotesi – solcata in altri sistemi – secondo cui a gestire i contatori e, in generale, la mole di dati di cui il mercato si nutre, possa essere una terza parte, diversa dal distributore.

Soggetti specializzati nella raccolta, distribuzione e analisi dei dati che potrebbe aprire nuove potenzialità di mercato e restituire dinamicità ma anche tratti di uniformità quale valore aggiunto da spendere su mercati contigui. Del resto a fronte dell'estensione delle competenze dell'autorità, appare facilmente ipotizzabile l'imminente utilizzo di questi sistemi anche nei settori di recente attrazione, non da ultimo quello dei rifiuti. E, in ciò, le potenzialità della regolazione non sarebbero affatto secondarie. Al contrario, l'azione di regolazione, al "demansionamento" rispetto ad alcune competenze originarie, sostituirebbe nuovi ruoli di garanzia, essenziali per gli obiettivi di efficienza e circolarità delle risorse nel sistema complessivamente inteso.

Le esperienze di *data hub* – perché no, a controllo pubblico – con piattaforme aperte di scambio dati, rappresentano la sfida sullo sfondo cui la stessa Autorità dovrebbe guardare, in una stagione in cui l'algoritmo permea di sé l'intero sistema, facendosi motore del sistema *blue economy*, innescando meccanismi virtuosi tra imprese, regolatori e consumatori in grado di stabilizzare l'intero assetto di mercato nel segno della massima efficienza.

Che sia questa la futura via per un mercato trasparente, consapevole, resiliente? All'ARERA è consegnato l'interrogativo.

Bibliografia

AA. Vv., *Annuario di diritto dell'energia 2018*, Bologna, 2018.

AA. Vv., *Annuario di diritto dell'energia 2017*, Bologna, 2017.

AA. Vv., *Annuario di diritto dell'energia 2016*, Bologna, 2016.

AGCOM, *Esiti delle attività del Gruppo di Lavoro per l'analisi delle tecnologie di comunicazione dei dati nei sistemi di smart metering*, in www.agcom.it

ARERA, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, in www.arera.it, 31 marzo 2018.

DEL FUNGO M., *Blockchain ed energy sharing: una rivoluzione nel campo dell'energia?*, in www.altalex.com, 12 luglio 2018.

GIORDANO A., *Come la tecnologia blockchain può rivoluzionare anche il settore energetico*, in www.qualenergia.it, 21 dicembre 2016.

SUSANI L., LEONARDI M., RANCI P., *Poveri d'energia*, Bologna, 2016.

www.ec.europa.eu

www.agcm.it

www.agcom.it

www.arera.it

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

(Valentina Angelini, Francesca Pellicanò, Rosaria Petti)

Algoritmi e diritto: l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

SOMMARIO: 1. I SIGNORI DELLA RETE: QUALE ASSETTO COMPETITIVO NELLA *DATA DRIVEN INNOVATION*?. – 2. DALLA CONCORRENZA IN RETE ALLA CONQUISTA DEI MERCATI *OFFLINE*. – 3. GLI ALGORITMI: QUALI RISCHI E TUTELE PER I CONSUMATORI?. – 4. I CONSUMATORI E LA (DIS)INFORMAZIONE AL TEMPO DELLA “DITTATURA” DEGLI ALGORITMI: ALCUNE RIFLESSIONI. – 5. “ALGOCRAZIA” E AUTORITÀ. – 6. REGOLAZIONE “À-LA-CARTE” VS. AUTO-CO-REGOLAMENTAZIONE. UN ESEMPIO DI NUOVO APPROCCIO REGOLAMENTARE: IL TAVOLO PER IL PLURALISMO *ONLINE*.

1. I SIGNORI DELLA RETE: QUALE ASSETTO COMPETITIVO NELLA *DATA DRIVEN INNOVATION*?

(Rosaria Petti)

“Data is the new oil”, “data driven innovation”. Al di là degli slogan, ciò che emerge è il ruolo sempre più pervasivo che i Big data svolgono nelle moderne economie. Cambia il paradigma commerciale tradizionale e i modelli di *business* fanno dei dati la risorsa chiave per eccellenza. Un cambiamento che non riguarda solo le aziende *high-tech* e di alto profilo, ma anche le industrie *low-tech*. In termini più tecnici potremmo rilevare le caratteristiche che influiscono sulla struttura dei mercati digitali, favorendo lo sfruttamento degli effetti di rete anche in mercati apparentemente diversi e distanti da quelli in cui l’impresa digitale originariamente si è affermata. Le principali caratteristiche sembrano essere l’esistenza di effetti di rete rilevanti, la struttura economica a più versanti e la riduzione dei costi di produzione e dei cc.dd. *sunk costs*. Del resto che le piattaforme digitali siano protagoniste non solo della concorrenza in Internet, ma anche dell’assetto competitivo di molti mercati *online* è stato ampiamente dimostrato dai casi Uber e Airbnb. Fattispecie queste che hanno impegnato, ad ampio raggio, regolatori e autorità antitrust e hanno suscitato interrogativi sull’efficacia delle norme in materia di concorrenza in relazione al paradigma della *sharing economy*⁵. Se da un lato è emersa la necessità di un cambiamento radicale, dall’altro è stata evidenziata l’opportunità di operare un mero adeguamento della disciplina. A chi ha manifestato l’esigenza che il diritto antitrust si debba astenere dall’intervento nei mercati ad alto contenuto tecnologico, capaci di rimediare autonomamente ai propri fallimenti, si è opposto chi ritiene imprescindibile regolamentare le piattaforme digitali, in quanto non solo strumenti dominanti del mercato ma anche capaci di creare informazione commerciale e influenzare dunque le scelte dei consumatori. Le riflessioni che ne conseguono sono abbastanza automatiche, se si considera che gli effetti prodotti dalle piattaforme *multi-sided* incidono sulla definizione di mercato rilevante e quindi sulla nozione stessa di potere di mercato. Esso risulta ormai legato alla quantità di dati di

⁵Sul tema dell’economia collaborativa, si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni Un’agenda europea per l’economia collaborativa, SWD(2016) 184 final, giugno 2016.

cui un soggetto economico dispone per orientare le scelte – economiche e non – dei suoi fruitori, futuri o comunque potenziali clienti. I contorni del mercato, quindi, *locus artificialis* creato dal diritto – per riprendere le parole di Natalino Irti – appaiono di ardua definizione. Una difficoltà manifestata anche dal legislatore comunitario, che, forse con eccessiva semplificazione, è giunto a individuare un mercato digitale unico, il quale pare più frutto di una mera astrazione che di una compiuta analisi antitrust⁶. Il *Single Digital Market* infatti costituisce un aggregato macroeconomico, all'interno del quale sono presenti diversi comparti, ciascuno dei quali corrisponde, per il diritto della concorrenza, a un autonomo mercato, o più esattamente a un insieme di mercati. Ecco che allora, a fronte di cambiamenti tecnologici sempre più rapidi, anche i tradizionali strumenti di analisi sembrano vacillare. Sorge quindi, quasi sottovoce, un quesito: lo sviluppo dell'economia digitale ci richiede di superare gli schemi tradizionali? Forse già l'autonomia dei comportamenti può essere più indicativa del potere di mercato di ciascun operatore od occorre ancora ancorarlo agli schemi classici di definizione del mercato rilevante? Seguendo questo approccio, i parametri su cui eravamo abituati a operare sono destinati a scontrarsi con la nuova realtà di mercato: pensiamo al fatturato, elemento principale nell'analizzare le operazioni di concentrazione. Ebbene, se prodotti e servizi sono offerti a prezzi nulli in termini monetari, ecco che allora anche questo diviene non perfettamente rappresentativo del valore dell'impresa. Certo non sempre il potere economico si traduce in potere di mercato, ma sicuramente questo costituisce un elemento da cui partire. In tal senso, l'interim report dell'Indagine Conoscitiva congiunta sui Big data⁷, presentata lo scorso giugno, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha confermato, mediante evidenze statistiche, l'esistenza di un prezzo implicito del dato. Analizzando un campione di oltre un milione di *app* – pari all'80% degli applicativi disponibili nello *store* di Google, Agcom ha misurato una relazione inversa tra gratuità delle *app* e numero di informazioni sensibili cedute da parte degli utenti. Più permessi vengono richiesti per l'accesso a un determinato servizio online e meno risulta il costo relativo.

2. DALLA CONCORRENZA IN RETE ALLA CONQUISTA DEI MERCATI OFFLINE

(Rosaria Petti)

Nell'ambito che ci occupa, quello appunto dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, poi, basti altresì considerare come il business delle piattaforme *online*, alimentato dai dati, trovi le risorse per competere con gli operatori di telefonia, offrendo servizi voce, dati, messaggistica; oppure ancora come esso sia capace di competere con gli editori tradizionali, offrendo una selezione di notizie sapientemente orientata sulla base delle azioni compiute in Rete dagli utenti. Ma volendo proseguire nell'analisi, molti potrebbero essere gli esempi da elencare che stanno scuotendo i mercati tradizionali. Si pensi, ad esempio, al *copyright* sulle reti digitali, la cui tutela ha investito AGCom con il Regolamento sulle reti di comunicazione elettronica, e ancor più recentemente il legislatore comunitario, chiamato all'adozione della proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, sottoposta lo scorso 11 settembre al voto in seduta plenaria del Parlamento europeo e adottata, pur tra vibranti polemiche, segnando l'avvio dei negoziati con il Consiglio dell'Unione e la Commissione. Le criticità principali rilevate dalle voci contrarie ruotano intorno agli artt. 11 e 13 della proposta, concernenti, rispettivamente, il compenso spettante agli editori per lo sfruttamento di un contenuto digitale protetto da *copyright* (c.d. *link tax*) e la predisposizione di filtri automatici che impediscano la diffusione *online* di opere senza il consenso dell'autore⁸.

Indipendentemente dalle tesi avanzate nel dibattito, ciò che emerge è il ruolo sempre più pregnante delle piattaforme

⁶*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM/2015/0192 final, May 2015.

⁷*Big Data*, Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva, di cui alla delibera n. 217/17/CONS.

⁸Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel Mercato Unico Digitale, SWD(2016) 301 final e SWD(2016) 302 final, settembre 2016.

e del modello di *business* da esse proposto. Se sono evidenti le sfide che i nuovi mercati digitali costituiscono per la proprietà intellettuale e per i diritti degli autori, interpreti ed esecutori, non sembrano indenni anche gli altri mercati tradizionali. Analizzando infatti il settore postale, il recente intervento di AGCom nei confronti di Amazon⁹ ha scosso anche il mercato dei servizi di consegna dei pacchi. Oltre alla sanzione inflitta, è interessante l'avvio di un'analisi di mercato per valutare le prospettive concorrenziali e gli effetti sulla regolamentazione esistente e su eventuali rimedi idonei per ripristinare condizioni concorrenziali a tutela del benessere degli utenti. Se infatti da un lato l'*e-commerce* condiziona sempre più i servizi di logistica e *delivery*, nonché il perimetro di attività degli operatori tradizionali nei mercati postali, dall'altro l'infinita mole di dati detenuta dal soggetto potrebbe incidere in modo sempre più pervasivo sulle scelte dei consumatori. Talune sono quindi le conseguenze di medio-lungo periodo che coinvolgono i rapporti di forza tra operatori online e quelli tradizionali, destinati inevitabilmente a mutare a danno dei secondi.

Ecco che allora occorre, almeno apparentemente, dare credito allo slogan iniziale. Se oltre un secolo fa, il petrolio ha guidato lo sviluppo di innovazioni, ha alimentato una forza economica che ha inesorabilmente cambiato il modo in cui le persone vivevano e lavoravano, oggi sono i dati ad alimentare un cambiamento molto simile e le imprese, sfruttando questi nuovi input, sono intente a trasformare i dati in profitto. Come il petrolio, però, anche i dati devono essere elaborati per creare qualcosa di valore: un greggio che deve essere raffinato (e quindi scomposto e analizzato) per essere realmente utilizzato attraverso l'uso degli algoritmi. A ben vedere però l'analogia "*data is oil*" sembra vacillare se si considerano le significative differenze tra beni tangibili (come il petrolio) e i dati.

Dal lato delle aziende, questi ultimi presentano costi marginali di produzione e diffusione prossimi allo zero e sono facilmente reperibili. Non sono fungibili in quanto, diversamente dal petrolio, non possono essere sostituiti tra loro. Non sono né esclusivi, in quanto nessuna impresa è in grado di controllarne l'intera produzione e diffusione, né rivali poiché il consumo non ne riduce la disponibilità per gli altri. Ciò vale anche per i consumatori: il "pagamento" per accedere a un sito web o per usufruire di servizi attraverso l'inserimento dei dati non determina una riduzione di questi: i consumatori, pur avendo effettuato la transazione, hanno ancora la stessa quantità di dati. Mentre poi per un prodotto come il petrolio la tensione tra domanda e offerta, dovuta alla presenza di una risorsa scarsa, darà origine a un prezzo di equilibrio, tale meccanismo non si risconterà con i dati.

3. GLI ALGORITMI: QUALI RISCHI E TUTELE PER I CONSUMATORI?

(Rosaria Petti)

L'orientamento manifestato in sede europea, da ultimo con il Regolamento generale sulla protezione dei dati¹⁰, considera l'aspetto *privacy* come preminente per la tutela dell'individuo. In altri termini, una forte tutela della *privacy* contribuirebbe a garantire una certa capitalizzazione da parte degli individui sui loro dati. Una concezione, quella sviluppata, quasi proprietaria: allo stesso modo del proprietario terriero che possiede l'appezzamento in cui insiste il petrolio, così il titolare del dato viene garantito mediante la "proprietà" sul dato. Ma il concetto di bene che qui ci occupa non può essere normativamente legato alla corporeità dell'oggetto. Si tratta di una questione non di poco momento per il giurista formatosi all'ombra della tradizione romanistica perché dalla qualificazione della forma di appartenenza di un bene dipende l'utilità – giuridicamente tutelata – che se ne può trarre. Sorgono quindi alcune domande: i dati ap-

⁹Delibera n. 400/18/CONS recante Ordinanza ingiunzione a società del Gruppo Amazon per l'esercizio di attività postale senza titolo abilitativo (art. 6 del d. Lgs. N. 261/1999 e art. 8 del regolamento approvato con delibera n. 129/15/CONS).

¹⁰Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati)

partengono a chi li genera, al proprietario dell'oggetto che li produce o a colui che li registra, o ancora a chi li elabora? Quesiti a prima vista banali, ma in realtà complessi, cui non può fornirsi una univoca risposta. Come è stato opportunamente rilevato in dottrina, infatti, la pretesa appropriativa rischia di apparire presuntuosa e utopistica, tenuto conto anche che la detenzione in sé dei dati non genera valore, se non attraverso un'attenta analisi per mezzo di strumenti c.d. *data analytics*. Se schemi generali di titolarità risultano di scarsa utilità in termini pratici, ecco che allora al centro del dibattito si pone sempre l'algoritmo. Non a caso le recenti decisioni europee in materia si sono concentrate proprio su di esso. Nel caso Google Shopping, ad esempio, la Commissione ha rilevato un vantaggio illecito conferito dalla società al proprio servizio di acquisti comparativi mediante la programmazione e l'utilizzazione dell'algoritmo in maniera non imparziale, penalizzando sistematicamente i risultati dei servizi concorrenti che non venivano inclusi nei sistemi dell'algoritmo.¹¹ Una spirale turbinosa se si considera che nei *double sided markets* la domanda proviene dal consumatore che effettua la ricerca, il quale ottiene il servizio, sì a un prezzo nullo in termini puramente monetari, ma fornendo le proprie preferenze e abitudini. In tal modo ne deriva un significativo beneficio per la piattaforma, che nel medio periodo è in grado di migliorare qualità e precisione degli algoritmi di ricerca. La domanda però proviene anche dai fruitori dei servizi pubblicitari, i quali pagano per le inserzioni abbinate ai risultati della ricerca, così valorizzando il servizio attraverso il numero dei *click*. Ma in questo sistema quali sono le ricadute per il consumatore? Certamente il suo benessere risulta compromesso quando l'opacità dei risultati di ricerca non gli consente di migliorare il risultato informativo atteso, con la conseguenza che saranno mostrati all'utente solo contenuti filtrati sulla base delle scelte compiute da un algoritmo parziale. In altri termini gli algoritmi possono indirizzare ampiamente le scelte degli individui. Sui consumatori si è riversato anche il pericolo di intese restrittive, fra algoritmi e accordi collusivi. Negli Stati Uniti, ad esempio, alcuni studiosi hanno rilevato come i Big data possano favorire tali accordi tra imprese a danno finale dei consumatori. Accade quindi che, come nelle classiche ipotesi di *hub and spoke*, l'algoritmo potrebbe produrre effetti anticompetitivi. Ciò avverrebbe nel caso in cui venga utilizzato il medesimo algoritmo da parte di diversi operatori per esempio al fine di determinare il prezzo di mercato da praticare. Se infatti il singolo accordo verticale tra lo sviluppatore dell'algoritmo e l'impresa committente potrebbe non produrre effetti significativi, una rete di accordi verticali simili che coinvolga imprese concorrenti potrebbe favorire una cospirazione *hub and spoke* nella quale lo sviluppatore dell'algoritmo nel suo ruolo di *hub* agevolerebbe il raggiungimento tra le diverse imprese committenti di un accordo collusivo.

Ancora un'ulteriore ipotesi di condotta anticompetitiva potrebbe verificarsi quando i singoli concorrenti creino e utilizzino algoritmi per conseguire un obiettivo specifico come quello della massimizzazione dei profitti. In tal senso deve segnalarsi come, in seguito alla diffusione degli acquisti online effettuati dai consumatori, si siano sviluppate pratiche discriminatorie legate al prezzo, attraverso cui l'impresa offre lo stesso bene o servizio a prezzi differenti (discriminazione nel prezzo) a seconda della disponibilità a pagare dei singoli consumatori (o prezzo di riserva), così come individuata dagli operatori tramite tecniche di *Big data analytics*. Se la discriminazione è attuata in modo efficace può permettere all'impresa di raggiungere il massimo profitto disponibile nel mercato, lasciando i consumatori senza nessun guadagno dalle transazioni. Ne deriva infatti che la ricchezza aggiuntiva prodotta viene redistribuita esclusivamente alle imprese. In questi casi, il dibattito dottrinario che ne è conseguito, non ancora adeguatamente sviluppato, propone interessanti soluzioni. A un estremo si colloca la proposta di un'istituzione *ad hoc* che presieda alla programmazione al funzionamento degli algoritmi, mediante una forma di monitoraggio particolarmente intrusivo e non del tutto efficiente, cui si contrappone una soluzione che, prendendo in prestito la terminologia in materia di *privacy*, si potrebbe definire "antitrust by design". In tal senso infatti se opportunamente sviluppati gli algoritmi potrebbero essere impostati per non raggiungere o facilitare il raggiungimento di un equilibrio collusivo. Un sistema questo che, attraverso una programmazione mirata, potrebbe garantire la tutela della concorrenza se a dotarsi di questi strumenti siano anche le autorità di vigilanza e i consumatori.

¹¹Decisione Commissione europea, press release 27.06.2017, www.europa.eu.

4. I CONSUMATORI E LA (DIS)INFORMAZIONE AL TEMPO DELLA “DITTATURA” DEGLI ALGORITMI: ALCUNE RIFLESSIONI

(Valentina Angelini)

Qualche anno fa, ben prima che scoppiasse il caso *Cambridge Analytica*, Stefano Rodotà si era acutamente interrogato sull'opportunità che la società odierna, contornata da procedure automatizzate e da algoritmi, potesse essere realmente espressione di democrazia informativa.

Se la possibilità di fruire di un'infinità di informazioni ha reso i consumatori-utenti di oggi soggetti più liberi e potenzialmente più edotti e aggiornati rispetto al passato grazie ai mezzi di comunicazioni presenti nell'era digitale, bisogna tuttavia ammettere che tali strumenti si sono trasformati – con il passare del tempo – da oggetti tramite i quali possiamo ottenere più notizie in strumenti di potenziale manipolazione proprio tramite le informazioni che noi stessi divulghiamo.

Come rilevato nelle pagine che precedono, i dati sono il petrolio (greggio) dell'era che stiamo vivendo e gli algoritmi sono il mezzo tramite il quale “raffinare” una molteplicità di informazioni al fine di creare valore.

Tuttavia gli algoritmi sono diventati qualcosa di più di un tramite per l'uomo. Sono strumenti che ci suggeriscono prodotti o notizie sulla base di informazioni costruite, a loro volta, su quelle acquisite dai nostri comportamenti, dai nostri gusti e dal nostro modo di utilizzare la Rete. Possiamo, quindi, affermare di essere giunti nell'era della soggettività dell'algoritmo, o per riprendere le parole di Rodotà, della dittatura dell'algoritmo.

Ciò, non solo comporta la necessità di osservare l'avvenuta inversione del ruolo di questi mezzi – pensati inizialmente come un aiuto per l'uomo ed ora diventati “soggetti” aventi un ruolo attivo sulle nostre scelte di consumo e non – ma porta a ripensare anche al rapporto fra libertà d'espressione, potere e democrazia.

Siamo noi che scegliamo cosa leggere, cosa comprare, quale musica ascoltare o questa è oramai solo un'illusione alla mercé di procedure automatizzate dotate di un potere potenzialmente infinito?

In altri termini, ci viene suggerito ciò che desideriamo o finiamo per desiderare ciò che ci viene suggerito?

Il *profiler*¹²/consumatore, oggi, sembra infatti divenuto qualcuno prigioniero di meccanismi superiori e per lui incontrollabili.

Com'è noto molte delle nostre relazioni – professionali e sociali – si svolgono su *social network* che utilizzano sofisticati algoritmi di *machine learning* per decidere cosa mostrarci nei loro *news feed* in base a quello che conoscono di noi e delle nostre abitudini.

Sono paradigmatiche, in questo senso, piattaforme come Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat o LinkedIn. Analogamente, anche Amazon o Netflix ci indicano libri, film o altri oggetti che potrebbero piacerci, dimostrando di conoscere molto bene i nostri gusti.

Pertanto oggi, come sottolineato dal Presidente Cardani in occasione della Presentazione dell'ultima Relazione annuale Agcom al Parlamento, stiamo vivendo in un'epoca di trasformazione dei dati in cui “Facebook ha trasformato in dati le relazioni sociali, LinkedIn quelle lavorative; Twitter le opinioni e gli orientamenti; Amazon le propensioni al consumo, i gusti le capacità di spesa; Google, ragionevolmente, tutto questo, tutto insieme”¹³.

Una delle potenzialità degli algoritmi risiede, quindi, nella capacità di influenzare i comportamenti e le scelte (commer-

¹²Cfr. L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2017 n. 8, 317.

¹³Cfr. Presentazione alla Relazione del Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni Angelo Marcello Cardani presentata al Parlamento l'11 luglio 2018.

ciali e non) del consumatore.

Ciò che tuttavia è maggiormente meritevole di attenzione è da ricercare nella loro potenziale capacità di manipolare i consumatori-elettori, soprattutto in ambito politico, attraverso strategie di disinformazione e di polarizzazione per opera delle piattaforme sociali.

Di recente, all'indomani delle più attuali campagne elettorali in Italia ed all'estero, si è infatti acceso un dibattito pubblico proprio sugli effetti distorsivi circa le modalità di funzionamento degli algoritmi, i quali possono concorrere alla diffusione di *fake news* sui *social network* volte a condizionare i risultati politici. Basti pensare, ad esempio, al caso *Russiagate*.

Guardando al nostro Paese, come risulta dal Rapporto sul consumo di Informazione presentato lo scorso febbraio dall'AGCom¹⁴, più della metà degli italiani – il 54,5% – accede all'informazione *online* prevalentemente attraverso fonti algoritmiche (in particolare *social network* e motori di ricerca). Nonostante dalla questa indagine emerga che la televisione è ancora il mezzo con la maggiore valenza informativa sia in termini di frequenza di accesso che relativamente allo scopo informativo, la ricerca registra l'ascesa della forza informativa della Rete, reputata da oltre un quarto della popolazione italiana il mezzo più importante per informarsi.

Ciò che preoccupa, guardando alle fonti algoritmiche come strumento informativo, è l'elemento di accidentalità e casualità che lega i fruitori delle notizie con la scoperta delle stesse. L'utente, infatti, spesso è poco consapevole circa sia la natura sia la provenienza dell'informazione. Ne consegue che la fruizione di un'informazione guidata da un processo automatizzato è molto diversa dalla scelta attiva e consapevole che soggiace al processo editoriale umano, poiché questa non tiene conto di elementi essenziali per una corretta valutazione della notizia quali la credibilità, la qualità giornalistica e la rilevanza in termini di pubblico interesse della stessa.

È chiaro che, negli ultimi anni, il modello di creazione e consumo di informazioni è mutato (e continua a trasformarsi).

In particolare, siamo passati da un paradigma mediato (ad esempio dai giornalisti) ad un processo di selezione delle informazioni disintermediato, fondato sulla capacità degli algoritmi di profilare su di noi le notizie ed i contenuti in generale.

Questo fenomeno di disintermediazione produce nei riguardi dell'utente, da un lato la tendenza a selezionare le informazioni più aderenti al proprio sistema di credenze (*confirmation bias*) e, dall'altro, a formare gruppi di persone affini, dove polarizzare la propria visione (*echo-chamber*)¹⁵. Il pericolo è che questo possa generare una radicalizzazione delle idee dell'utente, falsando il concetto di democrazia e libertà e portando ad un pericoloso effetto di "polarizzazione della conoscenza" e alla creazione di bolle ideologiche.

La facoltà di riconoscere la presenza di notizie false viene pregiudicata nell'ambito dei meccanismi pocanzi descritti e l'utente, raggiunto esclusivamente dalle fonti per lui socialmente e politicamente rilevanti (ed affini), sarà poco incentivato ad aprirsi al dialogo con chi ha opinioni politiche (e non) diverse dalle proprie.

Una delle sfide che dovrà affrontare nei prossimi anni l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, quindi, sarà proprio quella di tutelare l'informazione in qualità di bene pubblico, che come tale dovrà essere trasparente, autorevole e volta a garantire e promuovere il pluralismo informativo.

¹⁴Cfr. AGCom, Rapporto sul consumo di informazione, 2018, 51.

¹⁵Si veda in tal senso AA.VV., *Users Polarization on Facebook and Youtube*, Tobias Preis, 2016.

5. “ALGOCRAZIA” E AUTORITÀ

(Francesca Pellicanò ¹⁶)

In tempi ancora recenti, il tema Big data interessava pressoché esclusivamente l’ambito economico, e in particolare quello della pubblicità *online*. La gestione di grandi quantità di dati veniva utilizzata per profilare crescenti masse di clienti e per orientare in modo più perfezionato gli investimenti pubblicitari per *target* e *cluster*. È ciò che chiamiamo “uso primario” dei Big data.

L’“uso secondario” dei Big data, ovvero l’uso effettuato tendenzialmente per finalità differenti rispetto a quelle per cui i dati sono stati prodotti e su cui è stato chiesto il consenso, è sempre più invalso e ancor più foriero di questioni regolatorie. Certamente, da un lato, gli utilizzi e le finalità secondarie saranno difficilmente già note o prevedibili alle imprese quando il consenso viene richiesto, ma tuttavia, dall’altro, non sarebbe possibile né teorizzare una richiesta di consenso per ogni singolo trattamento dei dati, né un consenso generico sul trattamento dei dati, che porterebbe all’annullamento di qualsiasi tutela effettiva¹⁷.

In sociologia viene ormai utilizzato il termine “algocrazia”¹⁸ per intendere la prevaricazione dell’algoritmo sulle nostre determinazioni individuali, rendendoci inesorabilmente e inconsapevolmente complici di un opaco uso delle informazioni che immettiamo in rete, limitati nella facoltà di controllo della diffusione di queste. La questione suscita chiaramente la sensibilità dei regolatori, ma richiama anche la competenza e l’affidabilità professionale dei gestori di piattaforme e degli altri soggetti coinvolti nella filiera nonché la capacità di discernimento degli utenti.

Un’eco che si riverbera anche nelle parole del Presidente dell’AGCom Cardani, che nella relazione annuale al Parlamento tenuta nel luglio 2018 si è in larga parte incentrato proprio sul tema che qui ci interessa, l’uso secondario di Big data e la trasparenza e neutralità dell’algoritmo, con cenni anche al “tema del governo eterodiretto delle opinioni pubbliche mondiali attraverso Big data e *data learning*” e soffermandosi, *in primis*, sui rischi che da questo possono derivare: un oligopolio di multinazionali caratterizzate da un elevato grado di integrazione in tutte le fasi, ponendo elevate barriere all’entrata; tendenze devianti del mercato, asimmetrie informative tra operatori ed utenti.

Tutto ciò si trasla anche sul piano dei diritti fondamentali della persona, in quanto i rischi di alterazione dell’ecosistema informativo e la sempre più intensa polarizzazione delle opinioni causano un’esposizione sovradimensionata dell’ecosistema digitale, decuplicando l’esposizione all’incitazione all’odio, alla violenza, al terrorismo e implicando i delicati temi della tutela della dignità della persona, della protezione dei minori, del contrasto ad ogni forma di discriminazione e di illegalità, in breve dei diritti fondamentali, che sono meritevoli di tutela in egual misura, non solo offline ma anche online.

Per quanto la gestione dei Big data fornisca opportunità senza precedenti alle amministrazioni come alle imprese, è necessario una base di regole che possa garantire gli appropriati livelli di tutela.

Tutto ciò impone un ripensamento del paradigma della regolamentazione, il cui *focus* dovrà essere spostato dalle infrastrutture – e dalla loro apertura per favorire l’ingresso di nuovi operatori nel mercato – al consumatore, o meglio all’individuo, e alla tutela dei diritti fondamentali.

¹⁶Le posizioni espresse dall’Autrice sono personali e non impegnano in alcun modo l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

¹⁷V. MAYER SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, trad. it. R. Merlini, Milano, 2013, 206-213.

¹⁸Felice espressione coniata dal sociologo A. ANEESH, *Virtual Migration*, Stanford, 2006.

6. REGOLAZIONE “À-LA-CARTE” VS. AUTO-CO-REGOLAMENTAZIONE. UN ESEMPIO DI NUOVO APPROCCIO REGOLAMENTARE: IL TAVOLO PER IL PLURALISMO ONLINE

(Francesca Pellicanò)

Le piattaforme, insomma, hanno acquisito – nei confronti sia degli individui, sia delle imprese concorrenti – un peso e un potere inedito e inizialmente impensabile, e che non fatica, quindi, a tradursi in potere politico.

L'Autorità non può però attendere un più aggiornato supporto legislativo, che sconterà sempre e comunque l'assenza di tempestività e quindi, conseguentemente, di decisività e incisività, annacquandosi inesorabilmente lungo il decorso mai adeguatamente breve dell'*iter* legislativo.

Diventa necessario ed urgente che il regolatore appronti strumenti di tutela di quei diritti fondamentali già ricordati, che costituiscono parte della sua *core mission* istitutiva. Occorre che AGCom determini le priorità da seguire, utilizzando gli strumenti già a disposizione e le competenze già attribuite *in nuce* dalla legge, partendo dalla valorizzazione degli strumenti di autoregolamentazione e di co-regolamentazione in modo da costituire quel sostrato di regole minime che sopra si menzionava. Al momento, in assenza di specifici interventi normativi e in virtù della zona “grigia” che ne deriva dal punto di vista normativo e regolamentare, le iniziative per fronteggiare le violazioni online sono troppo spesso lasciate alla buona volontà degli operatori, gestori di piattaforme, social media e così via. Ciò comporta il rischio, come spesso avviene in pratica, di un intervento limitato o approcci di reazioni diverse sulla base di ciò che è conveniente per ogni *provider*.

Viene spacciata per “autoregolamentazione”, ma più propriamente, ad avviso di chi scrive, dovrebbe chiamarsi iniziativa di *policy* “à-la-carte”, in cui non vi è un comune approccio di un settore dell'industria ma la decisione arbitraria del singolo *provider*: ad esempio, in riferimento a un contenuto illecito, un *social network* o un motore di ricerca potrebbe decidere di filtrarlo o rimuoverlo, mentre un altro *provider* potrebbe semplicemente abbassarne il *rank*, o addirittura il medesimo soggetto potrebbe cambiare la risposta alla medesima violazione a seconda della sensibilità del paese cui afferisce. Un approccio armonizzato dovrebbe essere il risultato da raggiungere, che offra trasparenza e uniformità. E ben può rientrare nei compiti di un regolatore la facilitazione di simili iniziative, promuovendole o stabilendo standard minimi.

Un caso-scuola che può essere esaminato quale prototipo di un nuovo modello di integrazione regolamentare afferisce proprio alla sfida menzionata in chiusura del precedente paragrafo: nel novembre 2017, infatti, AGCom, con la delibera n. 423/17/CONS ha istituito il “Tavolo Tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali”, con cui ha inteso perseguire l'obiettivo di promuovere l'autoregolamentazione delle piattaforme e lo scambio di buone prassi per l'individuazione e il contrasto dei fenomeni di disinformazione online frutto di strategie mirate. In particolare, lo scopo principale del Tavolo è favorire la condivisione di informazioni, il confronto e l'emersione di idonee metodologie di rilevazione, nonché l'individuazione degli strumenti di trasparenza, delle regole e tecniche di intervento più adeguate a garantire, specie nel corso delle campagne elettorali, parità di trattamento per tutti i soggetti politici presenti sulle piattaforme e correttezza e imparzialità dell'informazione per gli utenti.

Il fenomeno della disinformazione *online*, illustrato nel paragrafo 4, colpisce direttamente l'obiettività, completezza, lealtà e imparzialità dell'informazione, che sono identificati dall'art. 3 del Testo unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici quali principi fondamentali del sistema dei servizi audiovisivi. L'art. 7 del TUSMAV, nel qualificare l'informazione come un servizio di interesse generale, stabilisce una serie di previsioni sull'informazione sui media, in particolare la garanzia generale di una rappresentazione veritiera dei fatti e degli eventi, così da favorire la libera formazione di opinioni.

La pervasività dell'utilizzo di Internet e, in particolare, dei *social media* come strumento di informazione, valutate con-

giuntamente all'assenza di un intervento legislativo di aggiornamento da troppo a lungo atteso, hanno indotto l'AGCom, soggetto deputato dalla legge ad assicurare la correttezza e imparzialità dell'informazione nonché la parità di accesso ai mezzi di informazione con riferimento alla comunicazione politica ed elettorale, a valutare forme di intervento diverse.

L'AGCom ha dunque istituito il Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza sulle piattaforme digitali, chiamando a partecipare tutti gli *stakeholder* rappresentativi dei vari settori interessati dal tema, il compito di facilitare, promuovere e rafforzare il coordinamento tra gli attori economici e istituzionali operanti nel sistema dell'informazione *online*, favorendo lo scambio di dati, studi e buone pratiche. L'iniziativa vede la partecipazione della quasi totalità degli *stakeholder*, tra cui Google, Facebook, rappresentanti dei principali gruppi editoriali della stampa e radiotelevisione, le rispettive associazioni di categoria, rappresentanti del mondo del giornalismo, del *fact-checking*, e della componente pubblicitaria.

Il ruolo che svolge AGCom è di impulso e di coordinamento tra i diversi attori operanti nel settore dell'informazione *online* per favorire l'autoregolamentazione su base volontaria, ai fini di contrasto dei fenomeni di disinformazione online.

Il Tavolo ha il compito di facilitare, promuovere e rafforzare il coordinamento tra gli attori economici e istituzionali operanti nel sistema dell'informazione *online*, favorendo lo scambio di dati, studi e buone pratiche, con particolare riguardo a: strategie di prevenzione, metodologie di rilevazione, strumenti di blocco o rimozione di contenuti *online* qualificabili come lesivi della correttezza, dell'imparzialità e del pluralismo dell'informazione; tecniche di intervento più idonee a garantire parità di trattamento e imparzialità a favore di tutti i soggetti che utilizzano le piattaforme digitali per finalità sia di informazione sia di comunicazione politica, al fine di concorrere efficacemente alla formazione di una opinione pubblica informata in modo imparziale e corretto.

Il Tavolo, in particolare, persegue i seguenti obiettivi:

- definizione di metodologie di classificazione e rilevazione dei fenomeni di disinformazione *online*, nonché delle possibili strategie di prevenzione e contrasto, ivi compresi: (i) gli strumenti di segnalazione e eventuale inibizione dell'accesso a contenuti *online* qualificabili come lesivi della correttezza, dell'imparzialità e del pluralismo dell'informazione, in coerenza con gli orientamenti europei adottati in materia; (ii) gli strumenti di controllo delle strategie di disinformazione alimentate da *account* falsi o inesistenti e legate a flussi economici, anche esteri, associati all'inserzionismo *online*;
- definizione dei sistemi di monitoraggio dei flussi economici, da fonti nazionali ed estere, volti al finanziamento dei contenuti lesivi di cui sopra;
- raccolta e analisi delle buone pratiche adottate, anche all'estero, dalle imprese del settore per finalità di contrasto alla diffusione di strategie di disinformazione;
- individuazione delle opportune iniziative di autoregolamentazione dell'attività editoriale e di distribuzione delle notizie online;
- individuazione delle principali criticità e condivisione di proposte operative per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme distributive di informazione *online*.

Al fine di assicurare forme di autoregolamentazione adeguate alla garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione *online*, il Tavolo promuove l'adozione di codici di condotta e buone pratiche e si prefigge obiettivi di breve, medio e lungo periodo. I primi erano rappresentati dalle elezioni politiche del 4 marzo 2018, con riferimento alle quali il Tavolo ha lanciato una prima, concreta iniziativa: le "Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online

durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018”, un primo intervento di autoregolamentazione promosso dall’Autorità e cui hanno aderito Google e Facebook. In particolare, sulla base delle iniziative discusse nell’ambito del Tavolo tecnico, e tenuto conto dei compiti istituzionali che la legge affida all’Autorità in materia di *par condicio* elettorale, sono stati identificati i principi generali che informano la materia e che, in quanto tali, sono applicabili a tutti i mezzi di informazione, comprese le piattaforme digitali. Pertanto, le linee guida evidenziano alcuni profili di particolare rilevanza unitamente a spunti derivanti dalla legge 22 febbraio 2000, n. 28, rielaborati per ben adattarsi anche all’ambiente digitale: parità di accesso, trasparenza dei messaggi pubblicitari elettorali, contenuti illeciti e contenuti la cui diffusione è vietata dalla legge (quali ad esempio i sondaggi, la cui diffusione è vietata dall’art. 8 della legge n. 28/2000), comunicazione istituzionale e silenzio elettorale.

Relativamente agli obiettivi di medio periodo, questi si sostanziano in attività di studio, ricerca, approfondimento delle metodologie per la classificazione e l’individuazione di fenomeni di disinformazione *online*, possibili strategie a contrasto di questa, inclusi strumenti per segnalare e possibilmente ottenere la rimozione del contenuto disinformativo, lo studio dei flussi economici e di finanziamento delle strategie di disinformazione, anche pubblicitario. Ciò consentirà di raggiungere l’obiettivo di lungo termine, ovvero consolidate *best practices* e strumenti di autoregolamentazione a garanzia di un’informazione online corretta, pluralistica e imparziale.

Per far ciò, il Tavolo ha istituito cinque gruppi di lavoro incentrati su specifici aspetti del fenomeno della disinformazione online:

- a) metodologie di classificazione e rilevazione dei fenomeni di disinformazione online;
- b) definizione dei sistemi di monitoraggio dei flussi economici pubblicitari, da fonti nazionali ed estere, volti al finanziamento dei contenuti *fake*;
- c) *fact-checking*: organizzazione, tecniche, strumenti ed effetti;
- d) *media literacy* e disinformazione online;
- e) progettazione e realizzazione di campagne informative su disinformazione rivolte ai consumatori.

Il Tavolo rappresenta un inedito approccio regolamentare, di stimolo al confronto, alla ricerca comune e allo scambio di buone prassi, che può agevolmente adattarsi a una pluralità di settori, consentendo di sopperire alle lacune o ai ritardi del legislatore, consentendo anche un intervento, su base, si ricorda, non coercitiva ma volontaria, più elastico e adattabile alle mutate circostanze, evitando il cosiddetto “affanno del regolatore”.

Bibliografia

- AA.VV., *Users Polarization on Facebook and Youtube*, Public Library of Science, 2016, Vol. 11, n. 8.
- AVITABILE L., *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2017, n. 8
- CARDON D., *Che cosa sognano gli algoritmi*, Segrate, 2016.
- CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R. (diretto da), *Concorrenza, Mercato e Diritto dei Consumatori*, Torino, 2018
- CELLINI P., *Economia digitale*, Luiss University Press, 2012
- COLANGELO G., MAGGIOLINO M., *Big Data as Misleading Facilities*, in *Europe an Competition Journal*, n. 249, 2017
- COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, fasc. n. 3, 2016, 425-460
- COLANGELO M., MAGGIOLINO M., *Uber and the challenges for antitrust law and regulation*, in *Medialaws* n. 1/2018.
- CASTELS M., *Comunicazione e potere*, Milano, 2017.
- EZRACHI A., STUCKE M.E., *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, Oxford Legal Studies Research Paper no. 18/2015 e University of Tennessee Legal Studies Research Paper no. 267, 2015
- FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017
- GHIDINI G., *Big data fra potere di mercato e potere di orientamento informativo e di opinione*, Relazione svolta in occasione del Convegno "Big data e concorrenza," organizzato a Roma presso l'Università Luiss Guido Carli, con il patrocinio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in data 9 novembre 2016, reperibile sul sito www.agcm.it
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998
- ITALIANO G. F., *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. Pizzetti (a cura di) *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 207 e ss.
- LEONINI L., *Un algoritmo ci seppellirà?*, *Il Mulino*, 6 novembre 2017
- MAGGIOLINO M., *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Conc. e merc.*, 2016, 95-138
- MAGGIOLINO M., *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, 344
- MAGGIOLINO M., *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in V. Falce, G. Colangelo (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017, 45
- MANDEL M., *The Economic Impact of Data: Why Data Is Not Like Oil*, *Progressive Policy Institute*, July 2017

MANNONI S., STAZI G., *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli 2018.

MAYER SCHÖNBERGER V., CUKIER K. N., *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

NICITA A., *Odio, pluralismo e democrazia*, in *La Repubblica*, 18 dicembre 2017

NICITA A., *I big data, la privacy e la prova concorrenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2018

OLIVIERI G., *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Rivista delle Società*, fasc. 4, 2017, 815

RIVA G., *I social network*, Bologna, 2016

RODOTÀ S., *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma, 2014, 33-40

VAN 'T SPIJKER A., *The New Oil: Using Innovative Business Models to turn Data Into Profit*, Technics Publications, LLC, USA, 2014

ZENO-ZENCOVICH V., *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Medialaws* n. 2/2018.

BANCA D'ITALIA

L'ingresso degli *OVER THE TOP* nel mercato dei servizi di pagamento

(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. L'EFFETTO “*DISRUPTIVE*” DELLA PSD2 E L'INGRESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI PAGAMENTO DI NUOVI *PLAYERS*. – 3. LE STRATEGIE DEGLI OTT E I LIVELLI DI RESILIENZA DEL SETTORE BANCARIO. – 4. IL MERCATO DEI BIG DATA: OTT, SISTEMA BANCARIO, CONSUMATORI E REGOLATORI: QUESTIONI *IN FIERI*. – 5. IL FUTURO DEI DATI PERSONALI TRA PSD2, GDPR E OTT. – 6. LA BANCA D'ITALIA IN UN'OTTICA *FORWARD-LOOKING*.

1. INTRODUZIONE

(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)

Nell'ormai nota era del FinTech, lo *status quo* dell'intero ecosistema bancario è minato fin dalle fondamenta dagli effetti “*disruptive*” delle nuove tecnologie digitali, le quali determinano la rapida obsolescenza delle tradizionali soluzioni organizzative e dei classici modelli imprenditoriali degli istituti di credito, come, ad esempio, il rapporto diretto tra clienti ed istituti bancari, l'*home banking* e finanche il più innovativo *telephone banking*.

Anche l'intero ecosistema dei servizi di pagamento è stato coinvolto in pieno da tali effetti, con ripercussioni tanto più evidenti e, allo stesso tempo, rilevanti non appena si consideri che questi servizi sono “*essenziali per il funzionamento di attività economiche e sociali cruciali*”¹⁹ e si collocano “al cuore del sistema bancario, del suo funzionamento e del rapporto tra banca e cliente”, essendo, non a caso, una tra le principali fonti “di ricavi del sistema”²⁰.

Uguualmente certo è, infatti, che anche il settore relativo ai servizi di pagamento elettronici stia subendo dei radicali cambiamenti in diretta conseguenza della crescente innovazione tecnologica e delle nuove soluzioni che essa costantemente elabora e sviluppa. Basti, al riguardo, accennare all'impatto che su tali servizi hanno recentemente avuto fenomeni quali quelli del “*mobile money*”, dei “*mobile payments*”²¹, e dei metodi di pagamento *contactless* e c.d. “*tap&go*”.

Per l'effetto, il mercato dei pagamenti (elettronici) al dettaglio è destinato a subire profonde trasformazioni (molte delle quali sono, di fatto, già *in fieri*), che sono tutte accomunate da un *trend* improntato alla semplificazione, alla velocizzazione ed alla disintermediazione tra le banche tradizionali ed i propri clienti, assecondando quella che è stata definita, in modo calzante, la “voglia dei «*digital addicted*» di vivere l'esperienza bancaria secondo i paradigmi presenti nel

¹⁹Considerando n. 7 della Direttiva 2015/2366/UE.

²⁰R. FERRARI, *L'era del fintech*, Milano, 2016, 50.

²¹Cfr., in argomento, I. C. PANETTA, S. LEO, *Mobile Payment Industry: Caratteristiche operative e modelli di business*, Milano, 2017; WORLD ECONOMIC FORUM AND DELOITTE, *The Future of Financial Services – How disruptive innovations are reshaping the way financial services are structured, provisioned and consumed*, Giugno 2015, disponibile al seguente link: http://www3.weforum.org/docs/WEF_The_future_of_financial_services.pdf

settori dell'*entertainment* e del vivere *social*”²².

Tale metamorfosi del mercato dei servizi di pagamento è, al contempo, effetto e causa dell’irrompere, su tale scenario competitivo, di nuovi *players* non bancari, ossia: per un verso, i cc.dd. *Third Party Providers* (TPP), quali le imprese e le startup FinTech, il *core business* delle quali è appunto rappresentato dalla tecnologia digitale applicata alla finanza; e, peraltro verso, gli *Over The Top* (OTT) quali Google, Facebook, Amazon, PayPal, per limitarsi ai principali, la forza dei quali è essenzialmente insita: (i) nella loro natura extra-territoriale²³(*rectius*, transnazionale) che li svincola dall’assoggettamento alle regole giuridiche e fiscali dei singoli Ordinamenti nazionali; (ii) e nella loro capacità di offrire servizi su scala globale e dunque non limitata ad una platea di clienti geograficamente circoscritta.

L’avvento sul mercato di tali nuovi protagonisti ha, quale inevitabile effetto, quello di indurre profonde trasformazioni nei modelli di *business* dei tradizionali “*Incumbents*”, rappresentati dai gruppi bancari, costretti a tenersi “al passo con i tempi” al fine di rispondere, nell’offerta di prodotti e servizi, alla crescente domanda di canali digitali da parte degli utenti.

Alla base di tutto ciò, infatti, occorre evidenziare come l’evoluzione tecnologica in atto abbia comportato profonde trasformazioni nella *user experience* e la genesi di nuove abitudini e di inediti bisogni da parte dei consumatori, i quali sono sempre più propensi ad abbandonare l’utilizzo del denaro contante, preferendo effettuare i pagamenti con carte di debito o di credito, o mediante l’utilizzo sempre più frequente dei propri *personal computer*, *tablet* e *smartphone*, o effettuando acquisti in modalità *contactless* in pochi “*click*” presso negozi virtuali sparsi in tutto il mondo, o ancora pagando telematicamente le proprie utenze domestiche o gli altri servizi di cui usufruiscono, come ad esempio, quelli di trasporto o di parcheggio delle autovetture.

Correlativamente, nasce l’esigenza di rinnovate misure di tutela dei clienti *retail*, in termini sia di sicurezza e trasparenza delle transazioni, sia, soprattutto di protezione dei loro dati personali.

Ed infatti, la rilevanza di tali dati ha già assunto, ed è destinata ad assumere nel futuro, un ruolo sempre più strategico, unitamente agli algoritmi utilizzati con crescente potenza di calcolo ai fini della profilazione dei singoli utenti.

Non a caso, si è evidenziato come la “sigla FinTech” fosse stata “in origine coniata proprio per designare piattaforme creditizie *peer-to-peer* in cui la funzione di valutazione del merito di credito fosse gestita da un algoritmo in grado di usare sapientemente quei dati” che tutti i clienti, siano essi “singoli o imprese”, disseminano quotidianamente “in rete: i famosi Big data”; ciò, in particolare, sul presupposto che “un algoritmo, se ben disegnato, sia molto più efficiente di qualunque impiegato bancario in carne e ossa nel decidere sul merito di credito di chiunque: specie se questo chiunque è una famiglia che chiede un mutuo o una piccola impresa che chiede un prestito; cioè, soggetti che non hanno bilanci ben strutturati da valutare con ragionevole certezza”²⁴.

Alla luce di tutto ciò, non può stupire la cospicua attenzione prestata al fenomeno dal legislatore europeo, che, attento alle rapide “metamorfosi” degli strumenti tecnici di pagamento, è pronto ad adeguare ad esse il quadro regolamentare, non solo a tutela dei consumatori, ma anche a salvaguardia della concorrenza e della competitività delle (nuove e vecchie) imprese e del (corretto funzionamento del) mercato interno.

Si spiega in tal modo la ragione per cui i servizi di pagamento ed il connesso utilizzo strategico dei *Big data analytics* siano stati oggetto di due importanti provvedimenti normativi comunitari, divenuti entrambi cogenti nel 2018.

²²L. POZZOLI, D. LUPO, C. SCATTONE, *The open Banking Quantum Leap*, White Paper, NTT Data, 2018, 3, su <https://it.nttdata.com>.

²³G. VANNUCCHI, *Internet e le dinamiche dei ruoli degli OTT (“Over the Top”) e Telco nel panorama ICT*, in “Mondo Digitale”, novembre 2015, 5.

²⁴Associazione Bancaria Italiana Inaugurazione del Corso di Alta formazione per gli Amministratori e gli Organi di controllo delle imprese bancarie Fintech e Diritto Palazzo Altieri Roma, 10 maggio 2018 Fintech e regole Considerazioni conclusive del Direttore Generale della Banca d’Italia e Presidente dell’IVASS Salvatore Rossi.

Si tratta, in primo luogo, della c.d. Direttiva PSD2²⁵, che l'Italia ha provveduto ad attuare entro il termine previsto del 13 gennaio 2018 con d.lgs. n. 218 del 2017²⁶ e che, per quel che qui più rileva, obbliga le Banche, previa necessaria autorizzazione dei clienti, a condividere i dati dei propri clienti con i nuovi attori del FinTech ai quali si è fatto già cenno, secondo un fenomeno ormai conosciuto come “*open banking*”; e, in secondo luogo, del Regolamento UE 2016/679²⁷, noto come GDPR (ovvero “*General Data Protection Regulation*”), direttamente applicabile in tutti gli Stati membri a far data dal 25 maggio 2018, il cui obiettivo è quello di dettare regole uniformi in tutta l'Unione al fine di rafforzare la protezione dei dati personali dei singoli consumatori.

Il legislatore europeo ha inteso, in tal modo, disciplinare con un apposito *framework* normativo le più recenti prassi e tendenze del mercato dei servizi di pagamento, perseguendo il duplice e complementare obiettivo di promuovere la concorrenza tra i nuovi *players* non bancari ed i tradizionali *Incumbents*, garantendo al medesimo tempo, ai clienti *retail*, *standards* di efficienza e sicurezza elevati ed uniformi in tutta l'Unione europea.

2. L'EFFETTO “*DISRUPTIVE*” DELLA PSD2 E L'INGRESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI PAGAMENTO DI NUOVI *PLAYERS*

(Vincenzo Flocari, Alfonso Ingenito)

Nonostante i notevoli progressi in termini di integrazione del mercato interno dei servizi di pagamento compiuti grazie alla prima *Payment Services Directive* (c.d. PSD1)²⁸, lo scenario regolamentare da quest'ultima delineato ha mostrato ben presto limiti e lacune, a fronte dell'inesorabile sviluppo delle innovazioni tecnologiche, e, per quanto già detto, dell'ingresso sulla scena competitiva dei TPP, quali protagonisti aventi natura non bancaria.

Al riguardo, è sufficiente considerare che negli ultimi anni si è assistito: (i) ad una crescita esponenziale della mole dei pagamenti elettronici tramite dispositivi mobili; (ii) alla diffusione di canali di pagamento sempre più alternativi, come, ad esempio, l'addebito su bolletta o il pagamento tramite credito telefonico; (iii) all'aumento della complessità e del numero delle fasi in cui si articola la filiera dei pagamenti, (iv) e, per quel che qui più rileva, all'avvento di nuove tipologie di servizi non solo di pagamento, ma complementari a questi ultimi.

Per l'effetto, la palese inadeguatezza e la frammentarietà del contesto normativo “inaugurato” dalla PSD1, è stata tale da rappresentare non soltanto un freno all'attività degli operatori professionali, ma anche uno svantaggio ai danni dei consumatori, in termini di tutela e di minori possibilità di scelta tra i servizi offerti dal mercato. Tant'è, che, dato “*il numero di modifiche*” che avrebbero dovuto essere apportate alla PSD1, si è ritenuto opportuno “*abrogarla e sostituirla*”²⁹ con la PSD2.

²⁵Direttiva 2015/2366/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le dirr. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE) n. 1093/2010, e abroga la dir. 2007/64/CE.

²⁶L'Italia ha attuato la Dir. 2015/2366 con il d. lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, Recepimento della dir 2015/2366/UE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le Dir. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, nonché adeguamento delle disposizioni interne al reg. (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

²⁷Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)

²⁸Direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle dir. 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la dir. 97/5/CE.

²⁹Cfr. il Considerando n. 113 della Direttiva 2015/2366/UE.

È così che tale ultimo provvedimento, ponendosi comunque in piena continuità con gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva 2007/64/CE, si propone, in via generale, di: (i) rafforzare la concorrenza e l'innovazione nel settore dei sistemi di pagamento nell'Unione, implementando la diffusione di pagamenti transnazionali all'interno dell'area Euro e dei Paesi dell'Unione, favorendone in tal modo anche la crescita economica; (ii) concorrere ad un mercato dei pagamenti europeo (soprattutto al dettaglio) maggiormente integrato, efficiente e competitivo; (iii) stabilire una cornice di regole unica, al fine di incoraggiare il mercato transfrontaliero dei servizi di pagamento, *“consentendo ai prestatori di servizi nuovi ed esistenti di offrire i propri servizi in un quadro regolamentare chiaro e armonizzato, indipendentemente dal modello commerciale da essi applicato”*³⁰; (iv) innalzare corrispondentemente la tutela dei consumatori, contribuendo a rendere più sicuri i pagamenti elettronici, incoraggiando, in un'ottica c.d. *cashless*, la diffusione di quelli aventi ad oggetto somme di denaro anche esigue; (v) incoraggiare, conseguentemente, una maggiore trasparenza nei servizi di pagamento, stabilendo precisi oneri informativi a carico dei prestatori di servizi di pagamento per quanto concerne i diritti e gli obblighi inerenti all'offerta (ed al conseguente utilizzo) dei servizi stessi.

La pervasività della disciplina della PSD2 è palese già dalla ampia definizione che essa fornisce dei *“servizi di pagamento”*³¹, nei quali sono espressamente ricompresi: (i) i servizi *“che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento”* e quelli *“che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento”*, oltre a *“tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento”*; (ii) l'esecuzione *“di operazioni di pagamento, incluso il trasferimento di fondi, su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utente o presso un altro prestatore di servizi di pagamento”*, quali, in particolare, l'esecuzione di *“addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum”*, di *“operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o analogo dispositivo”*, di *“bonifici, inclusi ordini permanenti”*; (iii) l'esecuzione di *“operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utente di servizi di pagamento”* e in particolare l'esecuzione di *“addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum”*, di *“operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o analogo dispositivo”*, di *“bonifici, inclusi ordini permanenti”*; (iv) l'emissione di *“strumenti di pagamento e/o convenzionamento di operazioni di pagamento”*; (v) le *“rimesse di denaro”*³².

Per quel che più rileva, oltre a tali attività la PSD2 ha incluso nel novero dei servizi di pagamento, per un verso, i servizi *“di disposizione di ordine di pagamento”*; e, per altro verso, i servizi *“di informazione sui conti”*³³, la cui espressa disciplina rappresenta la principale novità della PSD2.

Quest'ultima, in particolare, definisce il *“servizio di disposizione di ordine di pagamento”* (nella versione inglese del provvedimento, *“Payment Initiation Service”* o PIS) come un *“servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento”*³⁴ e il *“servizio di informazione sui conti”* (in inglese, *“Account Information Service”* o AIS) come il *“servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento”*³⁵.

A ciò occorre aggiungere che, al fine di consentire la prestazione di tali due servizi alle corrispondenti tipologie di TPP non bancari (ovvero ai *Payment Initiation Service Providers* – PISP – e dagli *Account Information Service Provider* o AISP, nel caso in cui essi offrano, rispettivamente il primo o il secondo dei predetti servizi), la PSD2 obbliga espressamente le banche a mettere a loro disposizione i *database* relativi ai conti correnti detenuti dai propri clienti, a condizione che questi ultimi forniscano la propria espressa autorizzazione.

³⁰Considerando n. 33 della Direttiva 2015/2366/UE.

³¹Cfr. art. 4, punto 3 della Direttiva 2015/2366/UE.

³²Allegato I della Direttiva 2015/2366/UE.

³³Cfr. Allegato I della Direttiva 2015/2366/UE.

³⁴Art. 4, par. 15 della Direttiva 2015/2366/UE.

³⁵Art. 4, par. 16 della Direttiva 2015/2366/UE.

La conseguenza è tanto evidente, quanto rilevante: il prezioso patrimonio informativo, precedentemente detenuto in via esclusiva dagli istituti di credito, potrà essere utilizzato da tali *Third Party Providers*, ai quali sarà pertanto consentita (ed anzi dovrà essere garantita), a seconda del servizio prestato, previa espressa autorizzazione degli utenti, l'esecuzione di ordini di pagamento (PISP) o la lettura delle operazioni relative ai conti correnti dei clienti (AISP)³⁶.

Il “dialogo” e la condivisione delle informazioni tra i vecchi ed i nuovi *players* del mercato dei servizi di pagamento avverrà mediante l'implementazione di apposite interfacce digitali, le cc.dd. *Application Programming Interfaces* (APIs) le quali consentiranno ai TPP di integrare nei propri *software* i servizi PIS ed AIS, utilizzando, in tal modo, le infrastrutture informatiche delle banche di radicamento dei conti.

Tutto ciò sarà possibile in totale assenza di rapporti contrattuali dei TPP con gli istituti di credito presso cui sono radicati i conti, dal momento che la PSD2 obbliga questi ultimi a garantire l'esecuzione dei servizi PIS o AIS a semplice richiesta dei TPP, purché, ovviamente, autorizzati dai clienti.

Indubbi sono i vantaggi di cui questi ultimi beneficeranno, dal momento che essi potranno usufruire in modo più efficiente, rapido e veloce dei servizi PIS e AIS, utilizzando esclusivamente le applicazioni *software* predisposte dai TPP, tra le quali, peraltro, avranno ampia possibilità di scelta a seconda delle proprie esigenze e preferenze.

Se questo è un vantaggio certo per i clienti, costi e rischi conseguenti a tale scelta si pongono in una duplice prospettiva. Da un lato, e assume rilievo centrale vi è la sicurezza, dall'altro lato la PSD2 prevede il diritto di accesso solo a favore delle terze parti (fintech o bigtech che siano) e non anche a favore delle banche, che non hanno quindi alcun diritto in base alla PSD2 di accedere ai dati detenuti dalle terze parti. Tale mancanza di reciprocità non può che essere vista (almeno) come un elemento di criticità sotto un profilo di equa competizione, e dunque con riflessi per i consumatori, che meritano di essere considerati.

Altrettanto facili da intuire sono, tuttavia, i corrispondenti rischi insiti in tale nuova configurazione degli assetti e degli schemi di pagamento, in termini sia di possibili utilizzi illeciti di tali servizi, sia soprattutto di furti tanto delle risorse economiche, quanto dei (non meno rilevanti) dati personali.

Rendendosi, dunque, necessario predisporre adeguate misure di tutela al fine di garantire la sicurezza dei consumatori e degli utenti nell'utilizzo dei servizi PIS o AIS, l'EBA, come previsto dalla PSD2³⁷, ha elaborato appositi *standard* di sicurezza (c.d. *Regulatory Technical Standards* o RTS), al complementare fine di: (i) “assicurare un livello adeguato di sicurezza per gli utenti di servizi di pagamento e i prestatori di servizi di pagamento mediante l'adozione di requisiti efficaci e basati sul rischio”; (ii) “assicurare la sicurezza dei fondi e dei dati personali degli utenti di servizi di pagamento”; (iii) “garantire e mantenere la concorrenza equa tra i prestatori di servizi di pagamento”; (iv) “assicurare la neutralità dei modelli tecnologici e commerciali”; (v) “permettere lo sviluppo di mezzi di pagamento accessibili, innovativi e di facile utilizzo”.

Tali RTS sono stati trasfusi nel Regolamento Delegato (UE) 2018/389³⁸, che si applicherà a decorrere dal 14 settembre 2019.

In tal modo, si è definitivamente formalizzato l'ingresso nel mercato dei pagamenti dei TPP non bancari, i quali, previa autorizzazione delle competenti Autorità di vigilanza dei singoli Paesi membri dell'UE, potranno per quanto detto, disporre ordini di pagamento su richiesta dell'utente ed avranno accesso alle informazioni sulle movimentazioni dei conti correnti degli utenti.

³⁶Cfr. artt. 35 e 36 della Direttiva 2015/2366/UE.

³⁷Cfr. art. 98 della Direttiva 2015/2366/UE.

³⁸Regolamento Delegato (UE) 2018/389 della Commissione del 27 novembre 2017 che integra la direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente e gli standard aperti di comunicazione comuni e sicuri

Questi ultimi, dal proprio canto, potranno effettuare pagamenti o visualizzare le movimentazioni bancarie dei propri conti correnti per il solo tramite dei *Third Party Providers*, in assenza, cioè, di ogni intervento o altra attività da parte delle proprie banche di radicamento.

3. LE STRATEGIE DEGLI OTT E I LIVELLI DI RESILIENZA DEL SETTORE BANCARIO

(Vincenzo Floccari, Alfonso Ingenito)

L'espresso riconoscimento dei *Payment Initiator Service Providers* (PISP) e degli *Account Information Service Providers* (AISP)³⁹, quali nuovi attori del mercato dei pagamenti è percepito dagli istituti finanziari "tradizionali" potenzialmente pericoloso per i nuovi scenari competitivi di cui esso è foriero⁴⁰.

Le Banche si trovano, dunque, al centro di una profonda e rapida trasformazione che richiede risposte immediate ed altrettanto rapidi adeguamenti al nuovo contesto competitivo. La posta in gioco, infatti, è il rischio di cedere una parte fondamentale dei propri ricavi ai nuovi *digital players*, come nel caso degli OTT, alcuni dei quali stanno sviluppando al loro interno servizi simili a quelli bancari, avvantaggiati da una consolidata logica *user experience* e da un rapporto diretto con i propri clienti.

Il modello di *business* della maggior parte degli OTT, infatti, è di tipo B2C, ossia *Business to Consumer*, ed ha la propria forza nella flessibilità dei servizi offerti dalle varie piattaforme e nella capacità da parte dei *providers* di sfruttare al meglio gli enormi flussi di dati che i clienti disseminano quotidianamente in rete⁴¹, essendo infatti in grado di coniugare efficacemente i dati dei conti correnti bancari, a quelli derivanti dalla profilatura degli utenti basata sui Big data.

Appoggiandosi, infatti, alle infrastrutture di reti già esistenti, gli OTT si sono contraddistinti non solo per la capacità di generare grande valore economico, ma anche per il rigore con cui sono riusciti a controllare nel tempo le proprie infrastrutture digitali e le interfacce utente, rendendo, così, possibile una profilazione puntuale e globale dei fruitori dei loro servizi.

Sebbene sia piuttosto complesso stilare un elenco preciso degli OTT, non solo per i tanti servizi/prodotti offerti, non facilmente classificabili in categorie omogenee, ma anche per il fatto che sempre più *Over The Top* sono attivi su più tipologie di servizi, quelli che, potenzialmente, potranno efficacemente agire anche da "banca" sono, a tutt'oggi, un numero limitato: si tratta, infatti, dei cosiddetti "Giganti del web"⁴².

Jeff Bezos, fondatore, presidente e amministratore di una delle più grandi società di commercio elettronico al mondo, Amazon, può essere considerato il pioniere delle incursioni da parte di un OTT nel settore bancario. Nel 2008, a seguito del *credit crunch*, conseguenza della bolla immobiliare dei *subprime*, quando il sistema creditizio fu attraversato da una contrazione dell'offerta e la classe imprenditoriale iniziò a vedersi negare la maggior parte dei prestiti, Bezos fondò Amazon Lending (operativa finora negli Stati Uniti, Gran Bretagna e Giappone), una piattaforma destinata a erogare prestiti a piccole e medie imprese presenti, in qualità di rivenditori, sulla sua piattaforma. L'attività finanziaria di Bezos poté da subito fare affidamento sul fornitissimo *database* a disposizione di Amazon, relativo a ogni rivenditore che operava sulla propria piattaforma (avendo accesso a informazioni, anche in tempo reale, impenetrabili ad altri operatori) garantendosi, così, due livelli di guadagno: quello derivante dagli interessi e quello conseguente agli incrementi

³⁹A. VELLA, *I «digital payments» riscriveranno strategie e operatività delle banche*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 settembre 2017.

⁴⁰A. FROLLÀ, *Banche l'avanzata del fintech accelera la rivoluzione del settore*, 22 gennaio 2018, su <http://www.repubblica.it>

⁴¹A. SÁNCHEZ, B. CARRO, *Digital Services in the 21st Century: a Strategic and Business Perspective*, IEEE Press, New York, 2017.

⁴²MEDIOBANCA, *Websoft. Software & Web Companies (2012-1027)*, R&S - Ricerche e Studi S.p.A. (Area studi Mediobanca), Milano, 14 novembre 2017, 10 e 17, su <https://www.mbres.it/>[...]

delle vendite delle aziende finanziate⁴³.

Il meccanismo studiato dal *team* di Bezos prevede un algoritmo capace: (i) di analizzare i dati delle imprese richiedenti un finanziamento da diversi punti di vista (commerciale e finanziario) e, a seconda dei risultati ottenuti, (ii) di “invitare” quelle che si erano distinte per essere più meritevoli di credito a presentare l'*application* e a fare richiesta di prestito che, una volta concesso, viene erogato nel volgere di qualche ora (grazie alla velocità dell'algoritmo utilizzato).

I prestiti, che devono essere restituiti in un periodo inferiore a 12 mesi, vanno da un minimo di 1.000 a un massimo di 750 mila dollari, con tassi di interesse che variano dal 6 al 17%⁴⁴. Gli importi dovuti sono trattenuti in modo automatico dal conto di ciascun utente ogni due settimane, permettendo, in questo modo, ad Amazon Lending di monitorare l'eventuale emersione di una difficoltà da parte del rivenditore il quale, laddove si trovi impossibilitato a far fronte alla rata, si vedrà congelare la merce detenuta nei magazzini di Amazon (per lo meno fino al momento del pagamento del dovuto). Si parla, finora, di circa 20 mila imprese che avrebbero avuto accesso al credito di Amazon Lending e a circa 3 miliardi di dollari concessi in prestito⁴⁵. Grazie ad Amazon Lending, il titolo in borsa della società con sede a Seattle ha superato la soglia di 1000 dollari ad azione. Negli ambienti vicini a Bezos si vocifera di un futuro (e imminente) accordo con la Bank of America Merrill Lynch che permetterebbe ad Amazon Lending di estendere ulteriormente i propri servizi finanziari; la presunta *partnership* con il colosso americano della finanza è stato interpretato, da una parte, come la volontà di Bezos di rendere evidente il suo interesse nei confronti del mondo finanziario, e, dall'altra, come una possibile manovra per garantirsi la copertura di un soggetto terzo⁴⁶.

Nonostante ogni OTT abbia optato per una diversa strategia, più recentemente, sulla scia di Amazon, anche Facebook, la nota “azienda” di Mark Zuckerberg, ha acquistato una licenza bancaria in Irlanda (aprendosi alla possibilità di offrire in futuro imminente prestiti personali ai suoi 2,07 miliardi di utenti) mentre nel Regno Unito e negli Stati Uniti ha iniziato a sperimentare la possibilità di vendere e ricevere pagamenti all'interno della sua “APP”⁴⁷; come è stato evidenziato “*with PSD2, Facebook has the possibility of becoming their own payments processor as a PISP [...] and connecting to bank accounts directly through APIs. Facebook may then ask consumers for permission to use their bank details as a payment method. Once you give permission, Facebook will be able to securely access your bank account and collect their payment*”⁴⁸.

Di fronte ad un simile scenario tanto dinamico quanto incerto, è lecito interrogarsi su cosa accadrà al sistema bancario una volta che “colossi” come Apple, Google, Facebook o Alibaba entreranno appieno nel settore finanziario⁴⁹, quali saranno le risposte delle banche, dei regolatori e dei consumatori; e se per molti il futuro è a tinte fosche, altri intravedono nuove sfide e nuove opportunità.

Secondo i dati resi noti dal *Disruptability Index*, il livello di disgregazione del settore bancario, oggi 0.46 punti su 1, salirà, nei prossimi tre anni, a 0.70⁵⁰, un *trend* che evidenzia come quello del credito sarà uno dei settori maggiormente colpiti dalla *disruption technology* a meno che non dimostri di saper cogliere nella sfida al cambiamento un'opportunità per ripensare le proprie logiche e le proprie strategie, per aprirsi all'*open innovation* sviluppando collaborazioni con

⁴³B. SIMONETTA, *Ecco le app digitali che hanno rivoluzionato i pagamenti e ora puntano al credito*, 13 gennaio 2018, su <http://www.ilsole24ore.com>

⁴⁴F. MORANDI, C. MORANDIE., L. FININI, *Come sviluppare una digitalbank di successo. Un nuovo banking model*, Milano, 2017, 76 e ss.

⁴⁵F. COLLI VIGNARELLI, *Amazon dichiara guerra alle banche, già erogati, 3 miliardi di prestiti alle piccole imprese*, 12 giugno 2017, su <https://it.businessinsider.com>

⁴⁶B. SIMONETTA, *Amazon si accorda con Merrill Lynch: Bezos presta soldi alle aziende*, in “Il Sole 24 ore.com”, 16 febbraio 2018.

⁴⁷OLTREBANCA, *Facebook ha una licenza bancaria. Ora potrebbe offrire prestiti a 2 miliardi di utenti*, 24 gennaio 2018, su <http://www.economyup.it>

⁴⁸C. HERNAES, *What Facebook's European payment license could mean for banks*, 12 gennaio 2017, su <https://techcrunch.com>

⁴⁹S. TORRINI *Fintech, che cosa succederà con l'ingresso di Apple, Alibaba, Amazon, Google e Facebook*, 15 maggio 2018, su <http://www.startmag.it>

⁵⁰ACCENTURE, *Disruption Nedd Not Be an Enigma*, 2018, 11, su [https://www.accenture.com\[...](https://www.accenture.com[...)

tutti i nuovi *players* del settore (FinTech comprese) e sviluppare sistemi in grado di soddisfare i bisogni dei clienti del terzo Millennio.

Alcuni osservatori sostengono che il futuro delle banche sia estremamente incerto e che l'unica salvezza per gli istituti di credito sia quella di replicare il modello *open platform* degli OTT, trasformandosi, cioè, a propria volta in *players* digitali, riformulando la propria *value proposition*, gestendo in modo innovativo i Big data ed individuando piattaforme tecnologiche dotate di capacità analitica e strumenti di *analytics*⁵¹.

In assenza di ciò, un possibile scenario che si prospetta per le banche, considerando che gli *Over The Top* stanno attendendo il settembre 2019 per poter fornire anche servizi di pagamento, è quello di perdere oltre il 29.5% dei sui ricavi connessi a tale *business*⁵², sempre che non si individuino le strategie idonee per contrastare quello che, a detta di molti, è un “destino” segnato.

Di fronte a un futuro incerto, seppure ricco di promesse, la Banca di Italia, a seguito del recepimento nell'ordinamento nazionale della PSD2, (i) ha elaborato una serie di riflessioni e di analisi riguardanti, ad esempio, i possibili impatti della nuova disciplina su alcuni servizi bancari tradizionali come quelli di tesoreria e di cassa prestiti; (ii) ha messo a disposizione degli istituti di credito determinati strumenti, alcuni dei quali rientrano specificatamente nell'ambito della PSD2, come il *Gateway PSD2 CBI*, destinato a semplificare il confronto e il colloquio tra operatori bancari e OTT⁵³; (iii) nel marzo del 2018 ha diffuso una prima “Comunicazione” rivolta agli Istituti di pagamento (IP) e agli Istituti di moneta elettronica (IMEL) sottolineando la necessità, per tali operatori, di effettuare idonee verifiche di conformità dei propri assetti organizzativi alla nuova disciplina.

Nel momento in cui gli OTT entreranno, grazie al nuovo contesto normativo europeo, a pieno titolo nel settore finanziario, quelle che saranno più colpite saranno sia le piccole imprese FinTech (per le loro minori dimensioni e il potere economico ridotto) sia le banche tradizionali, il cui livello di resilienza sarà messo a dura prova. L'ingresso nella finanza dei colossi tecnologici come Amazon o Facebook configura un'ipotesi preoccupante che richiede un forte impegno per rivisitare la regolamentazione da parte anche delle Autorità di vigilanza.

Il livello di resilienza degli *Incumbents* dipenderà dunque anche dalla capacità del sistema bancario di considerare il cambiamento come un'opportunità e non una minaccia; la maggior parte degli osservatori e degli esperti ritiene che le risposte vadano ricercate in una *partnership* tra gruppi bancari e OTT (oltre agli altri TPP operanti in settori sinergici come il *Retail* o il *Mobile/Higt-Tech*)⁵⁴.

Di fronte a scenari che, per adesso, non sono del tutto prevedibili soprattutto nel medio-lungo periodo, sarà necessario un “gioco competitivo-collaborativo”⁵⁵ e gli istituti di credito, sebbene possano fare affidamento su servizi bancari più evoluti rispetto a quelli potenzialmente forniti nel breve dagli OTT, corrono il rischio di rivelarsi meno preparati a confrontarsi con una nuova clientela, quella dei nativi digitali cresciuta, e completamente a proprio agio, con i linguaggi e le logiche della rete. Si tratterà, dunque, di superare quel *digital-divide* che tiene legate le banche di “vecchia” impostazione a un *modus operandi* consolidato ma ormai obsoleto e conquistare, attraverso strategie e competenze inedite, nuovi *users* e più vasti mercati.

⁵¹INDRA, *La nuova banca, una piattaforma al servizio del tuo benessere finanziario*, 2017, su <https://www.indracompany.com>.

⁵²DELOITTE, *Payment 2020*, 6 giugno 2017, su <https://www2.deloitte.com>.

⁵³CIPA (Convenzione Interbancaria per l'Automazione), *Iniziativa in materia di automazione interbancaria e sistema dei pagamenti*, periodo 1.1.2018 – 30.6.2019, aprile 2018, p. 6 su <https://www.cipa.it/attivita/iniziative/iniziative.pdf>

⁵⁴Dopo 72 ore dal lancio, *Apple Pay* aveva attivato un milione di carte tramite *iPhone*, mentre Alibaba (azienda cinese fondata nel 1999), con *Ali Pay*, ha aperto un fondo di investimento che finora ha raccolto 95 miliardi. L. LUCAS, *Chinese money market becomes world's biggest*, 26 aprile 2017, su <https://www.ft.com>

⁵⁵G. SANTAMBROGIO, *Il sistema delle banche di fronte alle nuove sfide competitive*, 2018, su <https://rulingcompanies.org> preda

4. IL MERCATO DEI BIG DATA: OTT, SISTEMA BANCARIO, CONSUMATORI E REGOLATORI: QUESTIONI IN FIERI

(Vincenzo Flocari, Alfonso Ingenito)

I Big data, secondo l'*Interim Report 2018* (nato dallo sforzo congiunto di AGCom, Garante per la protezione dei dati personali e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)⁵⁶, stanno trasformando i mercati e sollevando una serie di questioni da risolvere rispetto al ruolo che politica e regolatori dovranno assumere per garantire la tutela dei consumatori⁵⁷ in termini di *privacy*, tutela dei dati personali ma anche, a livello finanziario, di un controllo sul *floor* minimo applicabile correttamente ai tassi di interesse in modo che risultino allineati con le varie (e future) previsioni contrattuali siglate tra nuovi *players* finanziari e le generazioni di nuovi correntisti⁵⁸.

Nel *Report* si evidenzia il fatto che i dati, nell'era dell'economia digitale, sono diventati una merce di scambio e questo in virtù del fatto che "il vero valore della transizione tra consumatori e imprese non riguarda il consumo di beni e servizi [...] ma dallo scambio (per lo più implicito) delle informazioni sottostanti"⁵⁹. Nell'era digitale, il dato equivale a un bene economico ed esiste uno scambio implicito tra utenti, sviluppatori di *app* e piattaforme e poiché il mercato digitale è gestito da poche e grandi multinazionali del calibro di Google, Amazon e Facebook che stanno per fare il loro ingresso anche nel settore finanziario, un settore in cui, tradizionalmente, i dati giocano un ruolo fondamentale, va da sé che si viene a delineare una situazione che, sebbene renda controverso parlare in termini di un "mercato rilevante" dei Big data⁶⁰, certamente, in un'ottica futura, solleva non pochi interrogativi sulle conseguenze di un uso non regolamentato e poco trasparente di algoritmi e di quelle che, secondo Datamation, saranno le soluzioni applicative che giocheranno un ruolo significativo nella gestione dei Big data come *machine learning*, *predictive analytics*, *IoT* ed *edge computing*⁶¹.

Di fronte alla disinvoltura con cui gli *OTT* si confrontano con i Big data, il sistema bancario si sta preparando, entro il 2020, a utilizzare maggiore potenza di calcolo per il *cloud* e per i *data center* proprietari; un altro degli obiettivi del sistema finanziario è quello di migliorare l'obsolescenza, la complessità e la stratificazione delle applicazioni *core*, svuotando i sistemi *legacy* dell'intelligenza per riversarli in tecnologie come *Artificial Intelligence* e *Big data analytics*. Consapevole del fatto che per vincere la sfida contro gli *OTT* e gli altri *player* del settore finanziario, le banche stanno intraprendendo un percorso che prevede di fornire ai clienti un'esperienza lungo i *customer journey* completamente digitale. In considerazione delle tante e numerose minacce insite nell'adozione di un sistema sempre più digitalizzato, gli istituti finanziari dovranno dotarsi degli strumenti idonei per affrontare la crescita di vulnerabilità e i *cyber* rischi. Potrebbe rivelarsi utile, inoltre, creare un circuito virtuoso tra banche e FinTech in modo da frenare l'avanzata degli *OTT* e l'apertura verso nuovi *business* (come quello del *wealth management* o la gestione dei *non performing loan*) capaci di contrastare la concorrenza di *player* specializzati⁶².

Le banche, tuttavia, non sono le uniche a essere allertate dalla prossima entrata in campo degli *OTT*, anche i regolatori, infatti, sono chiamati a trovare risposte alle sfide di un futuro sempre più imminente. Rispetto al punto la Banca d'Italia e la Banca Centrale Europea hanno organizzato una conferenza internazionale per dialogare su temi come l'innovazione tecnologica e sui riflessi che questa sta avendo sui pagamenti istantanei, sulle monete virtuali, le transazioni tramite

⁵⁶AGCOM, *Big Data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*; Servizio economico-statistico, giugno 2018, su <http://www.agcom.it>

⁵⁷E. SEGANTINI, *Regolamentare oppure no? Il dilemma dei big data*, in *Corriere della Sera*, 19 giugno 2018.

⁵⁸A. TENCATI, *Gli operatori finanziari creditori dei consumatori*, Vicalvi, 2016, 207 e ss.

⁵⁹E. SEGANTINI, *Regolamentare oppure no?*, cit., 37.

⁶⁰V. COMANDINI, *Google e i Mercati dei Servi di Ricerca su Internet*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 3, 2013, 546 ss.; P. SABBATINI, *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 3, 2012, 95-518; S. TUCKER DARREN, B. WELLFORDHILL, *Big Mistakes Regarding Big Data*, dicembre 2014, su <http://www.antitrustsource.com>

⁶¹DATAMATION, *Big Data Trends*, 24 gennaio 2018, su <http://www.datamation.com>

⁶²ACCENTURE, *Banking in 2018. 10 key trends to watch*, 2018, su <https://www.accenture.com>

blockchain e la *cyber security*. Visco e Mersch hanno convenuto sul fatto che la competizione tra banche e *non banche*, finanza e tecnologia finanziaria, impone un dialogo costante tra regolatori e mercato nell'ottica di facilitare l'introduzione di innovazioni e benefici su ampia scala, come nel caso dei bonifici istantanei (in 10 secondi fino a 15 mila euro), sistema al quale hanno aderito finora 34 Paesi dell'area S.E.P.A. (*Single Euro Payment Area*), con cui le banche nazionali stanno tentando di fare concorrenza alle *startup* delle FinTech⁶³. Uno dei propositi, e degli obiettivi, della BCE è quello di realizzare una maggiore stretta collaborazione con le banche dell'Eurosistema per regolare i pagamenti tra le banche centrali (*Target Instant Payment Settlement*)⁶⁴. Delle norme che disciplineranno l'entrata in vigore della PSD2, invece, si è occupata l'EBA⁶⁵ che, non solo, ha previsto come tutelare i dati personali dei correntisti, il tipo di comunicazione tra banca e FinTech, il periodo di transizione necessario tra la data di applicazione delle PSD2 (13 gennaio 2018) e quella del *Regulation Technical Standards* (18 mesi dopo la pubblicazione dell'atto delegato nella G.U.U.E.)⁶⁶, ma anche i modi dell'*mPymment*, di quelli con WeChat (della cinese Tencent), con Messenger di Facebook e con WhatsApp⁶⁷.

I clienti, da parte loro, hanno aumentato le loro aspettative, e il crescente utilizzo di Internet e *device* elettronici, li ha resi sempre più attratti da soluzioni tecnologiche e a quella tipologia di *experience* offerte dagli OTT che sono in grado di garantire (a differenza dei circuiti tradizionali) servizi apparentemente "gratuiti" (nel senso che lo scambio non è più servizio-denaro ma servizio-dati)⁶⁸. Sono già stati registrati dei cambiamenti nei comportamenti della clientela che, sempre più *digital addicted*, ha diminuito le interazioni con le filiali, producendo un calo della transazionalità allo sportello (motivo per cui le banche ne hanno ridotto il numero in molti Paesi dell'Unione europea)⁶⁹, aumentato la richiesta di servizi di gestione remota e a distanza, spingendo le banche ad aumentare punti di *cashligh* o *cashless* e a snellire le proprie procedure. L'utente del futuro sarà sempre più esigente in termini di rapidità ed efficienza dei servizi offerti e i *trend* già in atto indicato al sistema finanziario la necessità di passare dagli *analytics* descrittivi a quelli predittivi e prescrittivi. Secondo *Accenture Future Work Research* le aziende specializzate in servizi finanziari che investiranno nelle tecnologie digitali registreranno una crescita di ricavi superiore al 30% entro il 2022, miglioreranno la *customer experience* (garantendo contenuti e offerte personalizzate), si riveleranno in grado di usare dati per semplificare operazioni tradizionalmente complesse e ripetitive e potranno selezionare le richieste della clientela attraverso *chatbots*, *voice assistant* e piattaforme *conversational*⁷⁰.

5. IL FUTURO DEI DATI PERSONALI TRA PSD2, GDPR E OTT

(Vincenzo Flocari, Alfonso Ingenito)

Il GDPR, entrato in vigore il 25 maggio 2018, ha apportato una serie di novità e cambiamenti i quali, sommandosi alla

⁶³L. ZORLONI, *Bonifici istantanei: cosa sono, quando partono, chi può farli*, 22 novembre 2017, su <http://www.wired.it>

⁶⁴EUROPEAN CENTRAL BANK, *Target Instant Payments Settlements (TIPS)*, 9 febbraio 2017, su <https://www.ecb.europa.eu>

⁶⁵EUROPEAN COMMISSION, *Payment Services Directive (PSD2): Regulatory Technical Standards (RRS) enabling consumers to benefit from safer and more innovative electronic payments*, Brussels, 27 novembre 2017, su <http://www.europa.eu>

⁶⁶D. JEGESON., *PSD2 e il nuovo standard tecnico RTS per l'autenticazione forte*, 2018 su <http://www.aicel.org>

⁶⁷L. GAROFALO, *Psde, per gli OTT che ti fanno anche da banca c'è da aspettare il 2019*, 15 gennaio 2018, su <https://www.key4biz.it>

⁶⁸Sulla questione della presunta o effettiva gratuità dei servizi offerti dai grandi *Internet service provider* è in corso da tempo in vivace dibattito che contrappone, da una parte, la fornitura da parte di aziende come Amazon o Facebook di servizi non a pagamento in cambio di dati forniti dagli utenti e di una scelta (più o meno inconsapevole) da parte loro di aumentare la propria dipendenza dalle loro infrastrutture informatiche e le piattaforme digitali. A. SORO, *Persone in rete. I dati tra poteri e diritti*, Roma, 2018.

⁶⁹Solo in Italia, dal 2009 al 2016, sono stati chiusi 3.972 sportelli su tutto il territorio nazionale mentre Intesa, Unicredits, Mps, Banco Popolare e Ubi, dal 2009 al 2015, hanno chiuso (o ceduto) 4.438 filiali e nel 2019 è prevista la chiusura di altre 2809 unità. ADNKRONOS, *Banche, chiuderanno altri 3 mila sportelli*, 2 gennaio 2018, su <http://www.adnkronos.com>

⁷⁰ACCENTURE, *Workforce Market Place. Invent Your Future*, Technology Vision 2017, su <https://www.accenture.com>

PSD2, non potranno che produrre significative conseguenze anche sul sistema bancario. Anche solo da un punto di vista organizzativo, gli istituti bancari saranno chiamati a rivedere la propria *governance*, il che potrebbe tradursi nell'inaugurazione di nuovi uffici preposti alla tutela dei dati (*Data Protection Officer*, DPO)⁷¹, ma anche, a monte, dell'adozione di nuovi modelli operativi di *governance*. Per l'ulteriore effetto, non è da escludersi la genesi di un contenzioso legale tra banche e clienti, ove venisse violata la *privacy* di questi ultimi.⁷²

È, pertanto, auspicabile, da parte degli istituti di credito, che siano implementati gli attuali processi di sviluppo e di pianificazione del trattamento dei dati personali, individuandone la corretta base giuridica ai fini della piena legittimità in punto di acquisizione e gestione, ivi comprese le infrastrutture digitali deputate alla raccolta dei Big data. Nel momento in cui, inoltre, gli OTT entreranno a pieno titolo nel mercato dei servizi di pagamento, le banche, attualmente titolari del trattamento dei dati personali dei loro clienti, dovranno rendere accessibili tali dati ai TPP, nell'ottica di creare un mercato dei servizi di pagamento "aperto ed equo". Si è già detto che questo approccio legislativo non convince appieno sotto il profilo della mancanza di reciprocità con le banche, per un'effettiva concorrenza meglio sarebbe che i dati divengano reciprocamente accessibili.

A seguito di siffatto obbligo di condivisione imposto alle banche, ed alla conseguente perdita di controllo, da parte di queste ultime, sull'utilizzo dei dati da parte degli OTT, sorgono inoltre potenziali rischi inerenti all'uso illegittimo (se non addirittura fraudolento) che di tali dati possano compiere i *Third Party Providers*.

L'effettivo svolgimento, da parte dei TPP, dei nuovi servizi disciplinati dalla PSD2 renderà anche obsolete alcune soluzioni finora utilizzate nel sistema dei pagamenti come i *token* (per il fatto di non garantire il *dynamic lining*), i codici inviati tramite SMS (per la vulnerabilità del protocollo SS7) e il *TouchID* sugli *smarthphone* (per il fatto di non poter garantire che il soggetto che autorizza la transazione sia il legittimo titolare del conto)

Attualmente, il settore bancario presenta numerose criticità che vanno dalla mancata protezione dei dati (per carenza o difetti di approntate misure di sicurezza) alle aporie conseguenti alle comunicazioni non autorizzate di dati ai terzi; problemi, questi, spesso legati a fenomeni di *data leakage* e di *data breach*, o ad insufficienti livelli di sicurezza delle transazioni bancarie, interbancarie e di *home banking*.

A fronte di ciò, nel rinnovato contesto dei servizi di pagamento inaugurato dalla PSD2, le misure di tutela degli utenti sono affidate oltre che ai già citati RTS elaborati dall'EBA (ed alla *Strong Customer Authentication* disciplinata in dettaglio dal Regolamento delegato UE 2018/389), anche al Regolamento UE n. 910/2014 (*electronic Identification Authentication and Signature*, eIDAS) in tema di *Trust Services* e di Identità digitale, con il quale il legislatore comunitario si è posto l'obiettivo di fornire una base normativa per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli Stati membri (si pensi al *Qualified Webside Authentication Certificate*, noto con l'acronimo QWAC, e dagli *Electronic Seals*). Ai TPP, invece, una volta ottenuta l'autorizzazione a operare sul mercato, sarà richiesto di rivolgersi a un *Qualified Trust Service Provider* (ad esempio InfoCert o Edicom) per certificare la loro identità e per poter interagire con gli altri *players* dell'ecosistema dei pagamenti⁷³.

Tuttavia se con la PSD2, il legislatore sembra essersi mosso in una direzione di maggiore apertura, trasparenza, innovazione e abbattimento delle barriere all'entrata di nuovi *players* il GDPR pare dirigersi nella direzione opposta, nel momento in cui sottopone a un controllo più stringente la raccolta, la condivisione e la gestione dei dati personali. Non bisogna dimenticare che lo stesso regolamento europeo da ultimo citato pone come principio base quello dell'autodeterminazione informativa del proprietario dei dati, ovvero il diritto del singolo a stabilire autonomamente se cedere e far utilizzare da terzi informazioni che lo riguardano (non a caso, le parole chiave dell'approccio adottato dal legislatore comunitario sono *accountability* del titolare dei dati, *privacy by design* e rischio del trattamento).

⁷¹G. BUTTI, *Banche e DPO*, 6 agosto 2017, in <http://europrivacy.info>

⁷²E. CANAVÀ, *La nuova disciplina europea: novità nel settore bancario*, 15 febbraio 2018, su <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>

⁷³INOCERT, *I pilastri della PSD2: più concorrenza e tutele per gli utenti finali*, 6 giugno 2018 su <http://futurodigitale.infocert.it>

6. LA BANCA D'ITALIA IN UN'OTTICA *FORWARD LOOKING*

(Vincenzo Flocari, Alfonso Ingenito)

Secondo i risultati di un'indagine conoscitiva resi noti da Banca d'Italia nel 2017, rispetto alle FinTech e alle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari, la situazione del sistema bancario nazionale si rivela, ad una attenta analisi, piuttosto sconcertante. L'Autorità di vigilanza, infatti, ha evidenziato la necessità di aumentare gli investimenti in innovazione competitiva ed ha espresso una sostanziale disapprovazione avverso le motivazioni addotte dagli operatori del sistema bancario a fondamento della chiusura dimostrata nei confronti delle FinTech, ovvero ragioni inerenti alla scarsa chiarezza del quadro normativo, il carattere non ben delineato del mercato, i rischi legati alla *cybersecurity*. Per l'Autorità di Vigilanza, quindi, in una prospettiva *forward looking*, l'entrata in scena degli OTT non potrà che aprire un nuovo capitolo nella storia del sistema bancario dei pagamenti, che imporrà alle banche nuove strategie e nuovi approcci al fine di non perdere il proprio ruolo di protagoniste⁷⁴.

Nonostante sia innegabile un interesse da parte dell'intero settore bancario italiano nei confronti del fenomeno FinTech⁷⁵, le azioni finora poste in essere evidenziano una scarsa propensione a modificare il tradizionale modello di *business* utilizzato dalla maggior parte degli istituti di credito. Sarebbe necessario, dunque, non solo aumentare i finanziamenti per permettere agli intermediari "di riorganizzare il proprio modello imprenditoriale, ottimizzando i processi interni, accrescendo la sicurezza e la tempestività delle operazioni e favorendo lo sviluppo di nuove attività"⁷⁶, ma anche differenziare l'offerta dal punto di vista qualitativo, al fine di adeguarla alla crescente domanda di servizi digitali dei clienti.

In particolare, la Banca d'Italia ha individuato la necessità, da parte degli istituti di credito nazionali, di attuare sinergie con i TPP, nell'ottica di un progressivo abbandono della logica dello sviluppo "*in house*" del proprio *business*. In una prospettiva futura, le banche italiane dovranno destinare maggiori investimenti anche alla sicurezza informatica e allo sviluppo di c.d. *open APIs*, riammodernando e predisponendo ad una condivisa integrazione le infrastrutture informatiche ormai obsolete.

La valutazione dei rischi tecnologici legati all'uso di *data learning*, Big data, servizi in *outsourcing* e *cloud*, esporranno gli istituti finanziari a crescenti rischi di tipo *cyber*; di conseguenza la Banca d'Italia suggerisce anche la necessità di definire più elevati (e dunque adeguati) livelli *standard* di sicurezza informatica⁷⁷.

Dai vertici della Banca d'Italia emerge chiara la consapevolezza che, nei prossimi dieci anni, le banche italiane dovranno affrontare la difficile "sfida" derivante dall'ingresso, nell'agone del mercato dei servizi di pagamento, dei TPP (e, in particolare, degli OTT). Parole d'ordine saranno: investire in innovazione; aumentare il ricorso alle tecnologie informatiche; sostituire attività, strategie e canali tradizionali con servizi digitali aperti e condivisi; adottare un approccio maggiormente strategico nella gestione dei Big data. Secondo Fabio Panetta, vicedirettore di Banca d'Italia, la PSD2 favorirà la concorrenza al punto che "le banche potranno creare delle *joint venture* e offrire prodotti con aziende innovative", agevolandosi "la creazione di piattaforme, che sono un canale unico che consente di interagire simultaneamente con tante controparti e offrire a basso costo prodotti per molti clienti"⁷⁸.

Di fronte a un futuro che appare incerto, non essendo ancora possibile pronosticare le quote di mercato che gli *Over The Top* saranno in grado di sottrarre ai tradizionali istituti di credito, la resilienza dell'attuale sistema dei pagamenti

⁷⁴BANCA D'ITALIA, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017, su <http://www.bancaditalia.it>

⁷⁵NETCONSULTING 3 – PWC, *Le aziende del Fintech in Italia 2017, 2018*, su <http://www.pwc.com>

⁷⁶BANCA D'ITALIA, *Fintech in Italia*, cit., 26.

⁷⁷*Ivi*, 27.

⁷⁸M. ZATTERIN, "I nostri istituti fuori gioco, se non innovano. Amazon può diventare un big del credito", 2 gennaio 2018, su <http://www.lastampa.it>

dipenderà dalle capacità di innovazione, dalla attitudine al dialogo con i nuovi *players* del mercato, dall'adozione di logiche proattive, ma anche dalle scelte dei Regolatori, ai quali spetta il delicato compito di creare un contesto normativo adeguato e favorevole allo sviluppo dei nuovi servizi digitali, provvedendo affinché i vantaggi che da essi conseguono possano riverberarsi a favore dei consumatori.

Bibliografia

ACCENTURE, *Banking in 2018. 10 key trends to watch*, 2018, su <https://www.accenture.com>

ACCENTURE, *Disruption Nedd Not Be an Enigma*, 2018, 11, su <https://www.accenture.com>[...]

ACCENTURE, *Workforce Market Place. Invent Your Future*, Technology Vision 2017, su <https://www.accenture.com>

ADNKRONOS, *Banche, chiuderanno altri 3 mila sportelli*, 2 gennaio 2018, su <http://www.adnkronos.com>

AGCOM, *Big Data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*; Servizio economico-statistico, giugno 2018, su <http://www.agcom.it>

BANCA D'ITALIA, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017, su <http://www.bancaditalia.it>

BUTTI G., *Banche e DPO*, 6 agosto 2017, in <http://europrivacy.info>

CANAVÀ E., *La nuova disciplina europea: novità nel settore bancario*, 15 febbraio 2018, su <http://www.diritto24.ilsole-24ore.com>

CIPA (Convenzione Interbancaria per l'Automazione), *Iniziative in materia di automazione interbancaria e sistema dei pagamenti*, periodo 1.1.2018 – 30.6.2019, aprile 2018, p. 6 su <https://www.cipa.it/attivita/iniziative/iniziative.pdf>

COLLI VIGNARELLI F., *Amazon dichiara guerra alle banche, già erogati, 3 miliardi di prestiti alle piccole imprese*, 12 giugno 2017, su <https://it.businessinsider.com>

COMANDINI V., *Google e i Mercati dei Servi di Ricerca su Internet*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 3, 2013, 546 ss.;

DATAMATION, *Big Data Trends*, 24 gennaio 2018, su <http://www.datamation.com>

DELOITTE, *Payment 2020*, 6 giugno 2017, su <https://www2.deloitte.com>.

EUROPEAN CENTRAL BANK, *Target Instant Payments Settlements (TIPS)*, 9 february 2017, su <https://www.ecb.europa.eu>

EUROPEAN COMMISSION, *Payment Services Directive (PSD2): Regulatory Technical Standards (RRS) enabling consumers to benefit from safer and more innovative electronic payments*, Brussels, 27 november 2017, su <http://www.europa.eu>

FERRARI R., *L'era del fintech*, Milano, 2016, 50

FROLLÀ A., *Banche l'avanzata del fintech accelera la rivoluzione del settore*, 22 gennaio 2018, su <http://www.repubblica.it>

GAROFALO L., *Psde, per gli OTT che ti fanno anche da banca c'è da aspettare il 2019*, 15 gennaio 2018, su <https://www.key4biz.it>

HERNAES C., *What Facebook's European payment license could mean for banks*, 12 gennaio 2017, su <https://techcrunch.com>

INDRA, *La nuova banca, una piattaforma al servizio del tuo benessere finanziario*, 2017, su <https://www.indracompany.com>.

INFOCERT, *I pilastri della PSD2: più concorrenza e tutele per gli utenti finali*, 6 giugno 2018 su <http://futurodigitale.info-cert.it>

JEGESON D., *PSD2 e il nuovo standard tecnico RTS per l'autenticazione forte*, 2018 su <http://www.aicel.org>

MEDIOBANCA, *Websoft. Software & Web Companies (2012-2027)*, R&S - Ricerche e Studi S.p.A. (Area studi Mediobanca), Milano, 14 novembre 2017, 10 e 17, su [https://www.mbres.it/\[...\]](https://www.mbres.it/[...])

MORANDI F. , MORANDIE C., FININI L., *Come sviluppare una digitalbank di successo. Un nuovo banking model*, Milano, 2017, 76 e ss.

NETCONSULTING 3 – PWC, *Le aziende del Fintech in Italia 2017*, 2018, su <http://www.pwc.com>

OLTREBANCA, *Facebook ha una licenza bancaria. Ora potrebbe offrire prestiti a 2 miliardi di utenti*, 24 gennaio 2018, su <http://www.economyup.it>

PANETTA I. C., LEO S., *Mobile Payment Industry: Caratteristiche operative e modelli di business*, Milano, 2017

PITRUZZELLA G., *Fintech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-credizio-assicurativo*, Intervento al Convegno ABI, 10 maggio 2018, 20, su <https://www.startmag.it>

POZZOLI L., LUPO D., SCATTONE C., *The open Banking Quantum Leap*, White Paper, NTT Data, 2018, 3, su <https://it.ntt-data.com>.

SABBATINI P., *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 3, 2012, 95-518;

SÁNCHEZ A., CARRO B., *Digital Services in the 21st Century: a Strategic and Business Perspective*, IEEE Press, New York, 2017.

SANTAMBROGIO G., *Il sistema delle banche di fronte alle nuove sfide competitive*, 2018, su <https://rulingcompanies.org> preda

SEGANTINI E., *Regolamentare oppure no? Il dilemma dei big data*, in *Corriere della Sera*, 19 giugno 2018.

SIMONETTA B., *Amazon si accorda con Merrill Lynch: Bezos presta soldi alle aziende*, in "Il Sole 24 ore.com", 16 febbraio 2018.

SIMONETTA B., *Ecco le app digitali che hanno rivoluzionato i pagamenti e ora puntano al credito*, 13 gennaio 2018, su <http://www.ilsole24ore.com>

SORO A., *Persone in rete. I dati tra poteri e diritti*, Roma, 2018.

TENCATI A., *Gli operatori finanziari creditori dei consumatori*, Vicalvi, 2016, 207 e ss.

TORRINI S., *Fintech, che cosa succederà con l'ingresso di Apple, Alibaba, Amazon, Google e Facebook*, 15 maggio 2018, su <http://www.startmag.it>

TUCKER DARREN S. WELLFORDHILL, B., *Big Mistakes Regarding Big Data*, dicembre 2014, su <http://www.antitrustsource.com>

VANNUCCHI G., *Internet e le dinamiche dei ruoli degli OTT ("Over the Top") e Telco nel panorama ICT*, in "Mondo Digitale", novembre 2015, 5.

VELLA A., *I «digitalpayments» riscriveranno strategie e operatività delle banche*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 settembre 2017

WORLD ECONOMIC FORUM AND DELOITTE, *The Future of Financial Services – How disruptive innovations are reshaping the way financial services are structured, provisioned and consumed*, Giugno 2015, disponibile al seguente link: http://www3.weforum.org/docs/WEF_The_future_of_financial_services.pdf

ZATTERIN M., *"I nostri istituti fuori gioco, se non innovano. Amazon può diventare un big del credito"*, 2 gennaio 2018, su <http://www.lastampa.it>

ZORLONI L., *Bonifici istantanei: cosa sono, quando partono, chi può farli*, 22 novembre 2017, su <http://www.wired.it>

Processi di automatizzazione nel mercato finanziario

SOMMARIO: 1. IMPRESE FINTECH E PROBLEMI DI REGOLAMENTAZIONE. – 2. CONSULENZA FINANZIARIA AUTOMATIZZATA. – 3. ANALISI DEL MERCATO FINANZIARIO ALLA LUCE DELLO SVILUPPO DEL *TRADING* AD ALTA FREQUENZA. – 4. ANALISI DELL'IMPATTO DEGLI HFT SUL MERCATO FINANZIARIO. – 5. STRUMENTI DI REGOLAZIONE E CONTROLLO DEGLI HFT.

1. IMPRESE FINTECH E PROBLEMI DI REGOLAMENTAZIONE

(Giorgia Biferali)

Con il termine FinTech o finanza tecnologica si allude all'utilizzo delle nuove tecnologie nel settore dei servizi finanziari, ossia ai prodotti, applicazioni, processi e modelli di business che hanno trasformato il modo tradizionale di fornire servizi bancari e finanziari. Il Parlamento europeo nella Proposta di Risoluzione su "Tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario" (Aprile 2017) ha definito la finanza tecnologica l'attività finanziaria resa possibile o offerta attraverso le nuove tecnologie, che interessa l'intero settore finanziario in tutte le sue componenti, dal settore bancario a quello assicurativo, i fondi pensione, la consulenza in materia di investimenti, i servizi di pagamento e le infrastrutture di mercato.

Le imprese FinTech attraverso l'applicazione delle nuove tecnologie in continua evoluzione, quali l'intelligenza artificiale, il *cloud computing* e la tecnologia di registro distribuito (DLT), hanno sviluppato attività di finanziamento, di promozione degli investimenti, di gestione del risparmio e di consulenza divenendo una nuova componente dell'industria finanziaria che ha messo in discussione i modelli tradizionalmente adottati dagli intermediari assoggettati alle regole di vigilanza. Tali imprese, infatti, facendo leva su innovazioni di processo o di prodotto o su nuovi canali e modalità distributive e moltiplicando i mercati su cui si incontrano la domanda e l'offerta di servizi finanziari, propongono alla clientela servizi specializzati in determinati ambiti operativi.

Sebbene la presenza di tali imprese nel settore finanziario comporti una serie di vantaggi, tra i quali la riduzione dei costi e i miglioramenti in termini di efficienza e concorrenza, la tecnologia finanziaria solleva importanti questioni di ordine normativo. In particolare, l'assenza di una disciplina armonizzata a livello europeo ha creato un quadro normativo disomogeneo che autorizza possibili arbitraggi regolamentari, permettendo alle imprese di scegliere di dirottare verso Paesi con regolamentazioni meno stringenti. Infatti, le imprese FinTech, offrendo servizi tramite canali distributivi telematici, hanno la capacità di superare i limiti operativi legati alla territorialità e di agire, dunque, *cross border*.

L'attività telematica *cross border* unita all'utilizzo di dati sensibili relativi ai clienti e alla scarsa trasparenza nelle fasi del processo di gestione del rapporto con la clientela possono, inoltre, provocare rischi informatici e di frode. Il rischio informatico può avvenire mediante il fallimento dei sistemi informatici o il *cyber risk*.

Ai rischi informatici sono soggette tutte le imprese che utilizzano canali informatici, ma le imprese FinTech che operano in ambito finanziario, quali sistemi aperti che basano le loro attività su supporti digitali, sono più vulnerabili, soprattutto perché i dati possono essere trasferiti presso terzi operatori che a loro volta hanno la facoltà di venderli ad altri soggetti in contesti giurisdizionali diversi. Per quanto riguarda il rischio di frode, invece, la carenza di trasparenza nelle fasi di processo di gestione del rapporto con la clientela aumenta il rischio di comportamenti scorretti.

Il problema della regolamentazione è al centro del dibattito nazionale e sovranazionale e la sfida posta dalle imprese FinTech consiste nello stabilire se la regolamentazione debba essere adattata in modo incrementale ai vari tipi di imprese, o riformata radicalmente adottando regimi speciali e/o introducendo esenzioni *ad hoc* come i *sandbox* regolamentari.

Le imprese FinTech per le attività che svolgono nel mercato finanziario possono essere ritenute intermediari finanziari o consulenti in materia finanziaria, pertanto, in base al principio della “neutralità tecnologica” – secondo il quale l’attenzione è rivolta al tipo di attività esercitata e non allo strumento con cui viene svolta – si pongono analoghe esigenze di tutela e regolamentazione, ossia per i consulenti assicurare la tutela della clientela e per gli intermediari finanziari garantire condizioni di sana, prudente, corretta ed efficiente gestione dei mercati finanziari e di stabilità sistemica. L’inquadramento delle imprese FinTech tra gli intermediari finanziari e i consulenti in materia finanziaria permetterebbe un’estensione dell’attuale regolamentazione di questi ultimi a tali imprese. Tuttavia, le attività innovative e la specificità operativa che le connotano richiedono sia una riflessione su nuovi paradigmi normativi e regolamentari, sia un’azione coordinata a livello internazionale delle Autorità di vigilanza che possano agire in misura più uniforme in una rinnovata cornice giuridica.

2. CONSULENZA FINANZIARIA AUTOMATIZZATA

(Giorgia Biferali)

Tra le attività di intermediazione finanziaria che svolgono le imprese FinTech vi è l’attività di consulenza finanziaria automatizzata su prodotti di terzi oppure su prodotti a marchio proprio.

L’attività di consulenza rientra tra i servizi tradizionalmente offerti dagli intermediari vigilati. In particolare, la consulenza in materia di investimenti avente ad oggetto strumenti finanziaria costituisce servizi di investimento e, dunque, attività riservata a specifici soggetti e consiste nella prestazione di raccomandazioni personalizzate circa una o più operazioni relative a un determinato strumento finanziario, offerti dall’intermediario autorizzato su propria iniziativa o su richiesta del cliente. La personalizzazione del consiglio racchiude il concetto di adeguatezza, nel senso che i suggerimenti devono essere “adatti” al cliente, basati sulle sue personali caratteristiche. La regola della valutazione dell’adeguatezza è, infatti, nell’ottica della tutela dell’investitore, il perno su cui ruota la disciplina dei servizi finanziari e impone all’intermediario di verificare, in via preventiva e sulla base di informazioni ricevute dal cliente, che lo specifico strumento finanziario o il servizio di investimento consigliato sia adeguato rispetto agli obbiettivi di investimento e alla capacità finanziaria del cliente.

La qualità della valutazione di adeguatezza dipende dagli strumenti di rilevazione delle informazioni (i questionari) e dalle politiche e procedure aziendali che governano l’intero processo di rilevazione e di utilizzo delle informazioni stesse nell’ambito della prestazione del servizio di consulenza (c.d. flusso informativo tra cliente e consulente).

Al fine di aumentare il livello di protezione degli investitori la Direttiva 2014/65/UE (Mifid II) ha previsto, in tema di consulenza in materia di investimenti alla clientela, sia obblighi informativi più stringenti a carico degli intermediari, al fine di permettere al cliente di avere contezza di eventuali conflitti di interessi e di tutti i costi del servizio di consulenza vera

e propria, sia un tipo di questionario teso a raccogliere maggiori informazioni riguardo le reali attitudini e conoscenze finanziarie del cliente.

In particolare, l'art. 24-*bis* Tuf stabilisce che l'impresa di investimento, in tempo utile prima della prestazione delle consulenze, è tenuta ad informare il cliente specificando: i) se la consulenza è fornita su base indipendente o meno; ii) se la consulenza è basata su un'analisi del mercato ampia o più ristretta delle varie tipologie di strumenti finanziari, e in particolare se la gamma è limitata agli strumenti finanziari emessi o forniti da entità che hanno stretti legami con l'impresa di investimento o altro stretto rapporto legale o economico, come un rapporto contrattuale talmente stretto da comportare il rischio di compromettere l'indipendenza della consulenza prestata; iii) se l'impresa di investimento fornirà ai clienti la valutazione periodica dell'adeguatezza degli strumenti finanziari ad essi raccomandati. Se l'impresa di investimento informa il cliente che la consulenza in materia di investimenti è fornita su base indipendente, essa: a) valuta una congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che devono essere sufficientemente diversificati in termini di tipologia ed emittenti o fornitori di prodotti da garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano opportunamente soddisfatti e non devono essere limitati agli strumenti finanziari emessi o forniti dall'impresa di investimento stessa o da entità che hanno con essa stretti legami o da altre entità che hanno con l'impresa di investimento stretti legami o rapporti legali o economici – come un rapporto contrattuale – tali da comportare il rischio di compromettere l'indipendenza della consulenza prestata; b) non accetta e trattiene onorari, commissioni o altri benefici monetari o non monetari pagati o forniti da terzi o da una persona che agisce per conto di terzi in relazione alla prestazione del servizio ai clienti.

La consulenza automatizzata è una modalità di offerta di un servizio che ricalca l'attività di consulenza finanziaria tradizionale, ma si caratterizza per l'utilizzo del supporto digitale. Infatti, le imprese FinTech che offrono servizi di consulenza finanziaria operano esclusivamente online e si avvalgono di algoritmi che analizzano i dati senza che l'investitore venga in contatto con un consulente che possa interagire con lui in maniera diretta. L'utilizzo degli algoritmi consente di elaborare le informazioni inserite *online* dall'utente e di formulare strategie di investimento definite in base agli obiettivi di rischio/rendimento desunti da tali informazioni.

Il servizio di consulenza automatizzata si distingue in diversi modelli organizzativi e di business. Un primo modello si caratterizza per l'automatizzazione del servizio offerto in tutte le sue fasi (*Robo advice* c.d. puro). Un secondo modello si fonda sull'unione dell'elemento umano e di quello digitale nelle varie fasi della catena del valore (*Robo advice* c.d. ibrido). Infine, un terzo modello che pone gli strumenti automatizzati a supporto del consulente professionale (*Robo for advisor*).

L'utilizzo combinato di un software di intelligenza artificiale e l'analisi di grandi dati comporta un miglioramento dei servizi di consulenza finanziaria e una riduzione dei costi. La consulenza automatizzata è, infatti, in grado di fornire strumenti di pianificazione per aiutare i clienti ad aumentare i loro tassi di risparmio e, fornendo un maggiore accesso alla consulenza ad un costo inferiore, può raggiungere clienti che le tradizionali società di consulenza finanziaria non hanno ancora servito. Inoltre, la consulenza sugli investimenti automatizzati stimola la concorrenza, in quanto motiva i consulenti tradizionali ad adottare strumenti automatizzati di consulenza sugli investimenti per gestire i portafogli dei clienti e ad utilizzare il proprio tempo per assistere i clienti con altre decisioni finanziarie.

Tuttavia, tale servizio presenta determinati profili di rischio. In particolare, la mancanza dell'interazione umana solleva dubbi circa l'acquisizione dell'informazioni personali dei clienti e il corretto adempimento degli obblighi informativi a carico dell'impresa di consulenza. Per quanto riguarda le informazioni personali acquisite dai clienti, queste sono ottenute mediante questionari compilati *online* e possono risultare non vere e non sufficienti oppure possono essere utilizzate non correttamente. In un certo senso, la presenza fisica del consulente facilita la raccolta di informazioni più attente alle esigenze del cliente ed evita rischi di sovrastima da parte dei clienti delle proprie conoscenze o esperienze e, dunque, risulta più tutelante della relazione consulente-cliente. Per quanto riguarda, invece, gli obblighi di informazione a carico dell'impresa che gestisce la piattaforma di consulenza, potrebbero apparire poco chiare al cliente

le informazioni sugli strumenti finanziari e sulle strategie di investimento proposte, sui rischi associati e su i costi e gli oneri connessi.

Ciò che desta maggiori preoccupazioni e su cui il dibattito europeo si è più soffermato è l'algoritmo e il suo funzionamento. La raccolta automatizzata di informazioni determina un alto rischio di errori per i quali risulta difficile l'assegnazione delle responsabilità in caso di danni economici, in quanto in un ambiente automatizzato può essere difficile identificare l'attore responsabile e individuare ciò che non ha funzionato. Sul punto parte della dottrina si è domandata se il regolatore possa spingersi sino a valutare la correttezza e l'efficacia delle metodologie adottate nella costruzione di siffatte raccomandazioni o se sia sufficiente prevedere informazioni precontrattuali riguardanti il funzionamento dell'algoritmo nel rispetto della trasparenza.

Nel Regno Unito la Financial Conduct Authority (FCA) ha optato per un approccio sperimentale mediante l'utilizzo di *regulatory sandbox* (*Robo advice an FCA perspective*, 2017). Questo programma di sperimentazione permette di testare il servizio di consulenza automatizzata focalizzando l'attenzione sui risultati che il modello di *business* genera e consentendo alle imprese coinvolte di verificare i propri modelli di *business* in un "ambiente sicuro".

Sulla questione è intervenuta di recente l'Esma (*Final Report* recante le linee guida in tema di adeguatezza nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione del portafoglio, 28 Maggio 2018), che – stabilendo che le linee guida si applichino indistintamente a tutte le imprese che forniscono servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione dei portafogli a prescindere dai mezzi di comunicazione utilizzati con i clienti (art. 7), e, quindi, estendendo il perimetro di applicazione delle norme Mifid II – ha semplificato l'elenco delle informazioni da trasmettere al cliente. Difatti, al fine di evitare un sovraccarico di informazioni da trasmettere al cliente e migliorare la comprensione sui servizi prestati attraverso un sistema automatizzato l'Esma ha eliminato alcune informazioni preliminari quali quelle relative all'utilizzo e al funzionamento di un algoritmo. Ciò tenuto conto che le imprese che si avvalgono di un sistema automatizzato sono in ogni caso tenute ad adempiere agli obblighi di informazione previsti dall'art. 24-bis Tuf e alle disposizioni di attuazione del Regolamento delegato UE n. 565/2017.

Nell'ottica di tutelare il cliente e migliorare la sua comprensione, l'Esma stabilisce che le informazioni da trasmettere al cliente includono: i) una chiara illustrazione sul reale coinvolgimento umano e sulla possibilità o meno di contattare il personale dell'impresa; ii) una chiara spiegazione sul fatto che le risposte fornite dai clienti avranno un ruolo rilevante nel determinare l'adeguatezza delle decisioni di investimento raccomandate; iii) una descrizione circa le fonti informative usate per generare una consulenza di investimento o fornire il servizio di gestione del portafoglio (ad esempio, se viene utilizzato un questionario online le imprese dovrebbero spiegare che le risposte al questionario possono costituire l'unica base per il consiglio o se l'impresa ha accesso ad altre informazioni del cliente); iv) un chiarimento sulle modalità e sulla tempistica di aggiornamento delle informazioni del cliente con riguardo alla sua situazione finanziaria (art. 20).

Sempre nella prospettiva di tutelare il cliente e di garantire che le informazioni siano chiare e precise, l'Autorità ha anche suggerito alle imprese che si avvalgono di sistemi di automatizzazione di dare rilievo alle informazioni rilevanti mediante, ad esempio, l'utilizzo di *design features* come le finestre di *pop-up*.

Con tali linee guida, l'Esma ha focalizzato l'attenzione sul piano della *governance* dell'algoritmo piuttosto che sul piano della trasparenza nei confronti del cliente, ritenendo che l'algoritmo debba essere supervisionato dal punto di vista della sua robustezza e validità e non sul suo funzionamento.

Tuttavia, in aggiunta a quanto previsto dall'Esma, sembra opportuno individuare in capo ai gestori delle piattaforme l'obbligo di informare in via preventiva il cliente sulle modalità di funzionamento dell'algoritmo, sulle sue modalità di acquisizione e di elaborazione dei dati, nonché sulle sue modalità di apprendimento.

All'imposizione di tale obbligo si oppongono due ordini di problemi: il primo consiste nel fatto che troppe informazioni o informazioni troppo complesse rischiano di confondere invece che aiutare il cliente; il secondo è costituito dall'opa-

cità dell'algoritmo dovuta alla capacità di autoapprendimento proprio di quest'ultimo che rende difficilmente prevedibile le modalità in cui esso elabora i dati per la prestazione della consulenza.

Il primo problema è superato dal rilievo che le informazioni da fornire devono essere essenziali ed adeguate al fine di consentire al cliente di utilizzarle per venire ad un "giudizio informato e consapevole" per l'adozione delle proprie scelte di investimento. Di conseguenza troppe informazioni o informazioni troppo complesse non fanno parte del contenuto dell'obbligo informativo di cui si discute.

Il secondo problema può essere superato informando il cliente, sempre in modo adeguato ed essenziale, dei livelli di opacità insiti nell'utilizzazione di un algoritmo.

Al riguardo, l'Autorità di vigilanza potrebbe farsi carico del compito di individuare il tipo di informazioni necessarie e sufficienti allo scopo in base alle caratteristiche tecniche e funzionali degli algoritmi utilizzati per la consulenza.

3. ANALISI DEL MERCATO FINANZIARIO ALLA LUCE DELLO SVILUPPO DEL *TRADING* AD ALTA FREQUENZA

(Francesca Andreani)

Negli ultimi anni l'interazione avvenuta fra progresso tecnologico e mondo della finanza ha portato l'inizio di un processo di automazione del *trading*, contribuendo alla creazione di un mercato caratterizzato da uno scambio altamente reattivo ed efficiente.

Tale meccanismo di automazione è basato sull'utilizzo dell'algoritmo, che consente di eseguire calcoli anche molto complessi, inviando ordini alle piattaforme nel giro di pochi secondi.

All'interno del *genus trading* algoritmico, si innesta la *species* del *trading* ad alta frequenza o *high-frequency trading* (di seguito "HFT"), utilizzato dai cc.dd. "OTT" e che a breve sarà oggetto di un'analisi più approfondita.

Si parla di negoziazione algoritmica quando per qualsiasi processo di ordine o di generazione della quotazione o per qualsiasi processo volto a ottimizzare l'esecuzione dell'ordine, un sistema automatizzato prende le decisioni in qualsiasi fase dell'inizializzazione, della generazione, della trasmissione o dell'esecuzione degli ordini o delle quotazioni in base a parametri predeterminati (art. 18, Regolamento Delegato UE 2017/565).

Gli HFT si contraddistinguono dagli operatori di borsa tradizionali per il rilevante impiego di supporti informatici estremamente elaborati, tanto in termini di *software*, quanto in termini di *hardware*, che permettono di vincere la concorrenza attraverso investimenti algoritmici al fine di poter procedere ad una velocità elevata all'immissione, modifica e cancellazione di ordini sul mercato.

La rapidità con cui è possibile effettuare le operazioni finanziarie rappresenta l'elemento in grado di reagire in modo vincente agli *input* di mercato: attualmente, per portare un esempio, le operazioni hanno raggiunto tempo di latenza inferiore ad un millisecondo, laddove per latenza deve intendersi il lasso temporale impiegato da un ordine per raggiungere la piattaforma di negoziazione prestabilita.

A fronte di una maggiore efficienza data dall'utilizzo degli HFT, deve darsi atto della difficoltà di identificare e monitorare gli stessi poiché utilizzano strategie profondamente eterogenee, nonostante la dottrina si sia sforzata di individuare le strategie utilizzate al fine di comprendere il fenomeno e, quindi, controllarlo.

Nel 2014 l'ESMA (*European Securities and Markets Authority*) ha pubblicato un report attraverso il quale ha cercato di analizzare l'attività degli HFT nel mercato finanziario partendo da due indicatori: uno basato sulle dichiarazioni delle stesse aziende che utilizzano HFT; l'altro di tipo indiretto basato su analisi statistiche che prendono in considerazione il

periodo di negoziazione e gli ordini effettuati.

Nel 2015 è stato pubblicato un ulteriore report sulle norme tecniche del Regolamento MAR in cui si statuisce che qualsiasi piattaforma di negoziazione dovrà essere utilizzata in modo tale da evitare manipolazione di mercato e gli operatori dovranno dotarsi di meccanismi attraverso i quali rivedere e monitorare gli ordini inseriti al fine di analizzare la sessione di negoziazione effettuata con HFT (ESMA, 2015).

Nonostante gli sforzi di analisi, il problema della difficoltà di controllare il *trading* algoritmico persiste e da qualche anno a questa parte si sta cercando di dare una soluzione maggiormente incisiva attraverso analisi il più possibile empiriche.

4. ANALISI DELL'IMPATTO DEGLI HFT SUL MERCATO FINANZIARIO

(Francesca Andreani)

Ciò premesso, è agevole comprendere la difficoltà di delineare questo fenomeno in maniera minuziosa, con la conseguenza che sussistono ancora profondi dubbi circa l'impatto che gli HFT potrebbero avere sul mercato della negoziazione finanziaria: in particolare, è difficile prevedere se il loro utilizzo avrà impatto positivo o negativo per il mondo della finanza, in quanto le strategie basate sugli algoritmi risultano di gran lunga più efficienti rispetto a quelle tradizionali ma, dall'altro lato, è difficile immaginare la totale scomparsa dell'intervento umano nel mondo degli investimenti finanziari.

Vero è che l'utilizzo di un *trading* completamente automatizzato elimina le variabili di natura psicologica che interessano il *trader*-investitore nei suoi processi decisionali; inoltre, consente di monitorare il mercato finanziario giorno e notte e con un approccio altamente scientifico.

Tuttavia, è possibile cogliere anche rilevanti svantaggi dovuti all'utilizzo degli HFT: essi, infatti, operano attraverso società non vigilate che utilizzano piattaforme anonime e non trasparenti, poiché volumi, prezzi e quantità possono essere decise da chi immette gli ordini, senza l'obbligo di informare gli altri operatori, rimanendo private tutte le altre informazioni, si parla in questo caso di *dark pool*.

Le conseguenze che derivano dall'utilizzo di questo sistema non sono di poco conto in quanto, attraverso l'utilizzo di tali piattaforme, è possibile evitare la perdita economica derivante dall'immissione di consistenti ordini finanziari nei mercati regolamentati da parte dei grandi investitori, poiché si possono rendere le quotazioni indifferenti rispetto alle operazioni di acquisto e vendita dei titoli azionari e ciò comporta una diminuzione dei costi anche per i piccoli investitori.

A fronte di un vantaggio economico, però, si registrano conseguenze negative sul piano del mercato finanziario: la non trasparenza negli investimenti, se da un lato avvantaggia i grandi investitori che hanno maggiore libertà di movimento, dall'altro lato aumenta l'asimmetria informativa con i piccoli investitori, anche sul fronte della determinazione dei prezzi.

Un altro rischio che l'uso degli HFT comporta è quello del c.d. *flash crash* causato da una eccessiva pressione ribassista che crea disordine nel mercato: in particolare, gli HFT forniscono liquidità in risposta ad un rilevante ordine di vendita, per poi seguire la direzione del mercato sottraendo liquidità allo stesso.

Inoltre, emerge anche il fenomeno riguardante l'utilizzo di *software* che analizzano grandi quantità di dati (cc.dd. Big data) e che permettono di alimentare la negoziazione algoritmica direttamente attraverso i dati immessi nei *social network*, creando un aumento delle oscillazioni dei valori dei titoli e, quindi, instabilità nel mercato finanziario (Relazione per l'anno 2015, Consob, 2016).

Di fronte a situazioni di tal genere risulta particolarmente importante la presenza di *traders* tradizionali sul mercato

finanziario, in grado di fornire la liquidità di cui il mercato stesso ha bisogno in determinate situazioni.

Tuttavia, la capacità degli HFT di destabilizzare il mercato attraverso la loro elevata velocità scoraggia gli *slow traders* ad immettersi nel mercato per il timore di incorrere in consistenti perdite a causa della concorrenza con gli HFT, creando un fenomeno di c.d. selezione avversa.

Tale volatilità causata dagli HFT diventa un'arma a doppio taglio in quanto, se da un lato proprio in tali situazioni diventa più facile vincere la concorrenza con gli *slow traders*, dall'altro lato proprio gli HFT sono la causa di questa situazione che crea destabilizzazione nel mercato in quanto nei momenti di maggiore liquidità la volatilità del mercato diminuisce, mentre nei giorni di minore liquidità la volatilità aumenta.

Gli HFT acuiscono tale situazione poiché danno la possibilità ai *traders* di commercializzare e pubblicare contemporaneamente ordini simili su diverse piattaforme di *trading* che possono essere successivamente cancellati, con il rischio di avere più ordini rispetto a quelli necessari: tale duplicazione e cancellazione degli ordini in sovrabbondanza porta ad una sovrastima di liquidità disponibile in mercati frammentati (ESMA 2016).

5. STRUMENTI DI REGOLAZIONE E CONTROLLO DEGLI HFT

(Francesca Andreani)

La sempre maggiore incidenza sui volumi di negoziazione degli scambi riconducibili agli *high frequency traders* ha fatto sorgere l'esigenza, sia negli USA sia a livello europeo, di adottare una regolamentazione per l'operatività di tali *traders*.

In particolare, la normativa statunitense ha intrapreso un percorso volto a identificare l'attività di soggetti che, negoziando attraverso numerosi ordini, hanno la capacità di influenzare, anche sfavorevolmente e in maniera molto rapida, il mercato dei prezzi. Per questo motivo le Autorità di vigilanza statunitensi hanno cercato di rendere più semplice il lavoro di raccolta ed elaborazione di dati utili all'attività di vigilanza. Con più dati a disposizione le stesse autorità possono, infatti, reprimere più agevolmente gli illeciti e controllare il mercato in maniera più efficiente; ma non solo: sono stati facilitati anche i compiti di valutazione dell'impatto delle negoziazioni ad alta frequenza sui mercati, soprattutto in periodi di elevata volatilità. Con la messa in atto della normativa in questione gli HFTr vengono considerati dalle Autorità di vigilanza come *large traders* con tutti gli obblighi informativi che la regolamentazione della categoria stessa comporta.

Su un fronte parzialmente diverso, la SEC (*Securities and Exchange Commission*) ha introdotto un obbligo di registrazione per alcuni *broker-dealer* ad alta frequenza; tale obbligo richiede loro di registrarsi presso la *Financial Industry Authority* (FINRA): un organismo creato a seguito della fusione del comitato di regolamentazione del *National Association of Securities Dealers* e del *New York Stock Exchange*. Tale Autorità agisce come organismo di prima linea per gli operatori *broker-dealer*. Mediante la registrazione, FINRA esegue un'analisi sul soggetto, richiedendo diverse informazioni e norme riguardanti le procedure interne.

A livello europeo, nel 2004 è stata emanata la Direttiva comunitaria 2004/39/CE Mifid I (*Markets in Financial Instrumental Directive*), seguita dalla Direttiva 2014/65/UE Mifid II che, sulla scia di quanto previsto negli Stati Uniti, ha imposto alle imprese che effettuano negoziazione algoritmica precisi obblighi di notifica e trasparenza al fine di effettuare un controllo quanto più analitico possibile.

Inoltre, è stato emanato il Regolamento MAR in materia di abuso di informazioni privilegiate, comunicazione illecita di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, nonché misure per prevenire gli abusi di mercato, onde garantire l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e accrescere la tutela degli investitori e la fiducia in tali mercati (art. 1,

Ai sensi dell'art. 17 Mifid II, le imprese di investimento che effettuano negoziazione algoritmica rientrano nell'applicazione della Direttiva Mifid II, anche se tale attività è svolta per conto proprio. In secondo luogo, al fine di migliorare l'aspetto organizzativo ed evitare in tal modo disordine nel mercato finanziario, le società di investimento che utilizzano tecniche di *trading* automatico sono obbligate a predisporre un sistema di controllo al fine di garantire la resilienza dei sistemi di *trading*. Alcune imprese devono dotarsi di appropriate soglie di *trading* per prevenire l'invio di ordini errati, i quali potrebbero causare disordini sul mercato o abusi dello stesso. Oltre a ciò, ogni impresa di investimento ha l'obbligo di prevedere delle disposizioni di continuità in modo tale da affrontare qualsiasi fallimento del proprio sistema di *trading*. Infine, grava sulle imprese un obbligo di notifica alle autorità competenti; in particolare, esse sono tenute a fornire una descrizione dettagliata della natura delle strategie utilizzate, dei dettagli circa i parametri di *trading* o limiti ai quali il sistema è soggetto, unitamente alle altre eventuali informazioni richieste dall'autorità. Una specifica disposizione è stata prevista per le società di *trading* ad alta frequenza, le quali hanno l'obbligo di registrare in maniera analitica e con una sequenza temporale precisa tutti gli ordini effettuati, incluse le cancellazioni, gli ordini eseguiti e le quotazioni nelle piattaforme finanziarie, mettendole a disposizione dell'autorità su sua richiesta.

In terzo luogo, le società di investimento coinvolte in attività di *trading* automatico che operano utilizzando strategie di *market making*, devono svolgere tale attività in modo continuo, eccetto circostanze particolari, al fine di fornire liquidità in modo regolare e, di conseguenza, relativamente prevedibile sul mercato di riferimento.

In quarto e ultimo luogo, i mercati regolamentati europei devono attivare effettivi sistemi e procedure al fine di testare i vari *software* algoritmici e limitare la percentuale di ordini non eseguiti, in modo da poter rallentare il flusso di ordine nel caso in cui si prospetti il rischio di superare la soglia massima di resilienza nel mercato.

Nel 2011 l'ESMA (*European Securities and Markets Authority*) ha emanato Orientamenti, confluiti nel TUF, al fine di fornire una regolamentazione unitaria per tutti i paesi membri dell'Unione europea che devono adottare norme coordinate a livello internazionale; tali orientamenti non devono essere considerati come nuovi obblighi della normativa primaria e secondaria ma, piuttosto, una specificazione di regole già previste nel quadro normativo vigente che tengano in considerazione i cambiamenti che l'uso degli HFT inevitabilmente comporta.

In particolare, gli operatori che accedono alle piattaforme di negoziazione devono utilizzare un sistema regolamentato e multilaterale basato su modalità di *Direct Market Access* e *Sponsored Access*, in modo tale che tutti i partecipanti al mercato rimangano responsabili di tutti i messaggi inviati attraverso il proprio codice identificativo.

Per quanto riguarda il Regolamento MAR, invece, l'attività HFT viene inserita tra le condotte che, a determinate condizioni specificate nel Regolamento stesso, sono considerate suscettibili nella fattispecie penale di abuso di mercato.

Emerge, quindi, che l'obiettivo del legislatore europeo non è quello di precludere il *trading* algoritmico ma quello di evitare la fuga della liquidità dai mercati che subirebbero in questo modo uno *shock* eccessivo e di sviluppare, quindi, una gestione più completa di tale rischio attraverso il rispetto del principio di trasparenza da parte delle Sim e delle Banche Italiane. Difatti, l'approccio che le autorità a livello europeo e a livello internazionale stanno avendo non è di chiusura verso l'utilizzo degli HFT – che comunque devono essere considerati come una modalità operativa e non una strategia a sé stante – ma di potenziamento del controllo delle imprese che effettuano *trading* algoritmico al fine di eliminare o diminuire sensibilmente il rischio di abuso di mercato.

Appare senza dubbio importante il primo approccio che il legislatore europeo ha adottato emanando determinate norme volte a controllare, attraverso la notifica che le Sim e le Banche Italiane devono dare, l'attività di *trading* algoritmico; tuttavia, è altrettanto chiara la presenza di zone ancora prive di una regolamentazione specifica.

Infatti, resta ancora difficile capire quando l'attività degli *high frequency traders* configuri fattispecie di abuso o manipolazione del mercato, che in ultima analisi possono avere forti impatti sulle condizioni di negoziazione

degli operatori tradizionali: l'immissione e cancellazione di ordini in pochi millisecondi può, infatti, falsare la formazione dei prezzi e quindi costringere gli investitori tradizionali a concludere operazioni a condizioni meno favorevoli.

Dalla lettura degli Orientamenti dell'ESMA, analizzati ed interpretati anche dalla Consob, emerge la necessità di mantenere una regolamentazione unitaria per tutti gli stati membri dell'UE, contenente specifici obblighi a carico di chi effettua la negoziazione attraverso gli HFT al fine di delineare in maniera sempre più netta il confine tra ciò che costituisce abuso e ciò che, invece, rimane lecito.

La Consob si è dovuta occupare, oltre al rischio sistemico che le nuove tecnologie creano nel mercato finanziario, anche della gestione della tutela dei singoli investitori e a tal proposito ha emanato Linee Guida riguardanti il processo di gestione degli obblighi relativi alla pubblicazione di informazioni privilegiate, rivolte non solo ai soggetti che utilizzano *trading* tradizionale, ma altresì alle imprese che svolgono attività di negoziazione algoritmica e ad alta frequenza.

È stata prevista la redazione di una *insider list*, contenente i nomi delle persone che hanno accesso alle informazioni privilegiate riguardanti l'emittente.

Una volta redatta la lista, è dovere dell'emittente proteggere le informazioni privilegiate vietando l'accesso ai soggetti diversi da quelli che devono accedervi per il normale svolgimento della propria attività professionale.

Le informazioni che riguardano direttamente l'emittente devono essere comunicate al pubblico e, successivamente, devono essere mantenute sul sito internet dell'emittente per almeno cinque anni.

Gli HFT, infatti, essendo completamente automatizzati sono molto più difficili da controllare e, nonostante in Europa il *trading* algoritmico sia riservato solamente ad alcune categorie di imprese, rimane pur sempre un'alea di incertezza sull'utilizzo che viene fatto delle informazioni che il singolo investitore fornisce nel momento in cui chiede di iscriversi alla piattaforma per iniziare ad investire.

In conclusione, il *trading* algoritmico ha sicuramente il pregio di consentire investimenti sul mercato finanziario in maniera più rapida, più efficiente ed anche più economica, rendendo tali operazioni agevoli anche per i piccoli investitori. Il rovescio della medaglia mostra, tuttavia, rischi di utilizzo distorto delle informazioni che si tramutano in abusi di mercato che colpiscono in prima battuta proprio i piccoli investitori i quali, spinti dalla possibilità di risparmiare tempo e denaro, diventano vittime di un sistema che, essendo sempre più veloce e perspicace, diventa però anche sempre più pericoloso.

Bibliografia

AA.VV., *Il trading ad alta frequenza. Caratteristiche, effetti, questioni di policy*, Discussion papers CONSOB, Dicembre 2012

M. BOFONDI, GOBBI G., *The Big Promise of Fintech*, in *European economy*, 2017

BRUCKNER M. A., *Fintech's promises and perils the promise and perils of algorithmic lenders' use of big data*, in *Chicago-Kent Law Review*, 3, 2018

CARACINO U., MARGARIA R., *Negoziazione algoritmica e mirror trading: dinamiche operative e qualificazioni giuridiche*, in *Riv. dir. banc., Approfondimenti*, Settembre 2015

COMMISSIONE EUROPEA, Regolamento delegato UE n. 565/2017, che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva, 25 aprile 2016

COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione riguardante i servizi finanziari destinati ai consumatori: prodotti migliori, maggiore scelta*, COM (2017) 139 final, 23 marzo 2017

COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, COM (2018) 109 final, 8 marzo 2018

COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA (CONSOB), *Relazione per l'anno 2015*, Marzo 2016

COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA (CONSOB), *Gestione delle informazioni privilegiate*, Linee Guida Ottobre 2017

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *High-frequency trading activity in EU equity markets*, Economic Report, No. 1, 2014

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Automated Trading Guidelines*, Marzo 2015

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Final Report. Draft technical standards on the Market Abuse Regulation*, Settembre 2015

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Order duplication and liquidity measurement in EU equity markets*, giugno 2016

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Final Report, Guidelines on certain aspects of the Mifid II suitability requirements*, 28 maggio 2018

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY (FCA), *Robo advice an FCA perspective*, 2017, in www.fca.org.uk

FERRARINI G., *Regulating FinTech: Crowdfunding and Beyond*, in *European economy*, 2017

FRANZA E., *Mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione, internalizzatori sistematici ed il direct market access. Criticità emerse in applicazione Mifid I e prospettive nella Mifid II*, in *Riv. dir. bancario, Approfondimenti*, Luglio 2016

IEMMA P., N. CUPPINI, ORIGONI G., *Market Abuse Regulation: le norme tecniche di attuazione del Regolamento (UE) n. 596/2014*, in *Riv. dir. bancario, Approfondimenti*, Maggio 2016

R. LENER, *La digitalizzazione della consulenza finanziaria: i Robo advice e le regole Mifid*, in *FCHUB*, 6 giugno 2018

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, Regolamento 596/2014 che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, 16 aprile 2014

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, Regolamento 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, 15 maggio 2014

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, Direttiva 2014/65/UE, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (Mifid II), 15 maggio 2014

PARLAMENTO EUROPEO, *Proposta di Risoluzione su Tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*, 28 Aprile 2017

M.T. PARACAMPO, *L'adeguatezza della consulenza finanziaria automatizzata nelle line guida dell'ESMA tra algo-governance e nuovi poteri di supervisione*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2018

C. SCHENA, A. TANDA, C. ARLOTTA, G. POTENZA, *Lo sviluppo del Fintech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni Fintech CONSOB*, 2018

Insurtech. una ricognizione empirica e giuridica

Le nuove frontiere tecnologiche della c.d. data driven innovation hanno inaugurato una stagione di profondi cambiamenti imprenditoriali, in termini strutturali quanto operativi, alla quale il settore assicurativo non è rimasto estraneo. Con il termine Insurtech, infatti, si è inteso coniare un appellativo ascrivibile proprio al complesso di imprese fortemente permeate dall'utilizzo delle nuove tecnologie per ideare ed offrire prodotti assicurativi.

Le novità imprenditoriali così introdotte hanno e, ancora di più avranno, importanti ricadute sia sul fronte della clientela che quello della concorrenza B2B. Infatti, ciò si sta traducendo, rispettivamente, in un'offerta di polizze altamente individualizzate e suscettibili di utilizzo flessibile, ma anche in una crescente difficoltà degli operatori tradizionali ad adattare la propria struttura organizzativa alla crescente domanda di prodotti smart, con conseguente perdita di competitività.

I molteplici cambiamenti fin qui richiamati, infine, non potranno che porre altrettante sfide normative ai legislatori nazionali ed europei. Le stesse autorità di vigilanza si troveranno sempre di più di fronte ad una pletora di soggetti vigilati eterogenea, ma non per questo esonerata dal rispetto di cautele e garanzie tecniche imprescindibili ad un'adeguata tutela degli assicurati.

SOMMARIO: 1. INSURTECH: IL MERCATO ASSICURATIVO NELL'ERA DIGITALE. – 2. EFFETTI SUI CONSUMATORI: BENEFICI E RISCHI. – 3. GLI EFFETTI SUL MERCATO: LA RESILIENZA DEL SETTORE ASSICURATIVO. – 4. LA RISPOSTA DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA: DIMENSIONE NAZIONALE ED EUROPEA.

1. INSURTECH: IL MERCATO ASSICURATIVO NELL'ERA DIGITALE

(Camilla Tabarrini)

Nel corso dell'ultimo decennio, l'avvento di nuove tecnologie (e.g. Big data, *Machine Learning*, *Artificial Intelligence* e *Cloud Computing*), si è progressivamente tradotto in declinazioni imprenditoriali innovative, caratterizzanti quella che oggi è comunemente riconosciuta come la quarta rivoluzione industriale (c.d. "industry 4.0"): la digitalizzazione⁷⁹

Utilizzando la terminologia di Schumpeter, tale fenomeno sarebbe ascrivibile a quel ben noto processo di distruzione creativa ontologicamente connaturato al mercato capitalistico, che anzi da tale dinamismo industriale trae la sua linfa vitale⁸⁰.

Il settore assicurativo, al pari di quello bancario-finanziario, da un lato, non è nuovo a cicliche ondate di innovazione, dall'altro, non è rimasto estraneo alla costante quanto inarrestabile penetrazione delle *Information and Communica-*

⁷⁹Data-Driven Innovation. *Big Data for Growth and Well-Being*, OECD publishing, Parigi, 2015, 22 e ss.

⁸⁰J. A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Oxon, Routledge Classics, 2010, 71 e ss.

tion Technologies nella sua *value chain*.

Con il termine *Insurtech*, infatti, si indica l'ecosistema di tutte quelle imprese (prevalentemente *start-up*) che, compiendo pionieristici investimenti in tecnologie innovative, ne acquisiscono il controllo delle potenzialità per sfruttarlo quale vantaggio competitivo per monetizzarne l'impiego nel settore assicurativo, individuando nuovi prodotti, ovvero rendendo più efficiente l'offerta di quelli già in commercio⁸¹.

A differenza di tutte le altre rivoluzioni industriali, tuttavia, quella digitale presenta delle peculiarità che la rendono particolarmente dirompente (*rectius "disruptive"*): (i) la tendenza alla semplificazione dei prodotti attraverso la personalizzazione automatizzata dell'offerta; (ii) l'attitudine alla disintermediazione del crescente numero di piattaforme *peer-to-peer online* in grado di favorire l'incontro diretto di domanda e offerta; (iii) il costante rafforzamento del potere di mercato dei cc.dd. *Bigtechs* (e.g. i GAFAA), con conseguente trasformazione oligopolistica del mercato; (iv) la crescente centralità delle preferenze dei consumatori (i.e. *demand-driven economy* o *consumer-empowered economy*), grazie alla diffusione delle sempre più sofisticate tecniche di profilazione⁸².

Con specifico riferimento al settore assicurativo, inoltre, le imprese *Insurtech* appaiono accomunate anche dalla specializzazione in una particolare linea di *business* (e.g. casa, salute, veicoli, [...]) e da uno spiccato approccio *user-centric*, che si traduce in una copertura assicurativa altamente flessibile e aderente alle specifiche esigenze di ciascun cliente: la c.d. *Usage-based insurance (UBI)*⁸³.

A tale ultimo fine, un ruolo determinante è stato svolto dal crescente successo dell'*Internet of Things* (IoT), specialmente con riguardo a dispositivi di telematica e *wearables*. Si tratta di dispositivi fisici ad alta intensità tecnologica in grado di inviare, ricevere ed archiviare informazioni relative al loro utilizzo, così come di eseguire comandi⁸⁴.

Una tipica applicazione assicurativa dell'IoT è quella dei dispositivi di *on-board diagnostics* (OBD), ovvero scatole nere installate sui veicoli al fine di fornire informazioni sul comportamento del guidatore quali posizione geografica, velocità, accelerazioni e frenate, vibrazioni e, non da ultimo, la dinamica di eventuali impatti. Tali dati, associati a informazioni personali del guidatore (e.g. età, sesso, professione, [...]), e grazie all'uso di sofisticati software di elaborazione dati, rendono possibile l'offerta di polizze cc.dd. *pay-as-you-drive*, in grado di assicurare non soltanto premi più economici, ma servizi accessori quali assistenza stradale immediata e 24/7 anche in caso di incidenti, monitoraggio degli spostamenti del veicolo in caso di furto, nonché gestione online della polizza, incluso l'accesso a tutte le informazioni sul proprio comportamento e associato *risk score*⁸⁵.

Recenti studi dimostrano che al 2025 l'88% delle automobili avrà dispositivi telematici integrati. Peraltro, alcune case automobilistiche come Tesla hanno già annunciato l'intenzione di sfruttare i dati ottenuti dai dispositivi installati sulle proprie automobili per offrire contestualmente polizze assicurative personalizzate ai propri clienti⁸⁶.

Allo stesso modo, la società finanziaria del gruppo *Renault (RCI Bank and Services)* ha recentemente concluso un accordo con *Octo Telematics* per la fornitura, da parte di quest'ultima, di servizi di *Big data analytics* da sfruttare per

⁸¹V. RICCIARDI, *InsurTech Definition as Its Own Manifesto*, in S. L.B. VANDERLINDEN, S. M. MILLIE, N. ANDERSON, S. CHISHTI, *The Insurtech Book*, Wiley, Chichester (UK), 2018, 6 e ss.

⁸²A. RUTHEMEIER, C. MACHT, *Digital Transformation*, in *Insurance- Four Common Factors from Other Industries*, in S. L.B. VANDERLINDEN, S. M. MILLIE, N. ANDERSON, S. CHISHTI, *The Insurtech Book*, Wiley, cit., 2018, 13 e ss.

⁸³D. TURNER, M. SCHROECK, R. SHOCKLEY, *Analytics: The real-world use of big data in financial services*, IBM Institute for Business Value in collaborazione con la Saïd Business School, University of Oxford, maggio 2013.

⁸⁴BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices. Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, Bank for International Settlements, febbraio 2018, 43.

⁸⁵J. BISKER, M. BREADING, *Insurance in the Age of Analytics. IBM Watson and the Era of Information-led Transformation*, IBM Smarter Insurance, Executive white paper, aprile 2012, 3-7.

⁸⁶*The quest for Telematics 4.0 Creating sustainable value propositions supporting car-web integration*, ERNST & YOUNG, 2013, 1.

offrire ai clienti (che acconsentono ad includere un dispositivo *Octo* a bordo del proprio veicolo) *UBI* e altri servizi personalizzati⁸⁷.

Dal canto loro, gli operatori tradizionali del settore (cc.dd. *Incumbents*) più lungimiranti stanno investendo in innovazione per colmare il *gap* tecnologico e preservare la propria competitività. Un esempio è quello della *Insurtech Sandbox* promossa da *Lloyd's* che, su ammissione della stessa compagnia, per la prima volta in 330 anni di storia, si apre al dialogo con *start-up* tecnologiche di tutto il mondo dando loro accesso all'*expertise* di specialisti assicurativi e riassicurativi in cambio di supporto alla sua evoluzione digitale che, in questa prima fase, si focalizza su quattro aspetti tra cui spiccano il potenziamento della sottoscrizione *data driven* delle polizze e la creazione di nuovi prodotti assicurativi *smart*. Con la prima, si intende ricercare nuove categorie di dati da utilizzare per un più efficace *risk pooling*, nonché nuove di tecniche di individuazione ed elaborazione del rischio. Con la seconda, invece, si mira ad ampliare la gamma dei rischi assicurabili, sia avvalendosi di formule *usage-based* per abbattere la diseconomicità di micro-polizze o di polizze ad utilizzo flessibile, sia individuando nuove tipologie di rischi assicurabili (e.g. veicoli senza guidatore o *cybersecurity*). Particolare interesse, infine, suscita quella che *Lloyd's* ha definito la *wildcard*, intesa come un'opportunità per le *start-up* di mostrare tecnologie assicurative "*we didn't know we needed*". Nella dichiarazione socratica con cui il colosso finanziario ammette di "non sapere cosa non sa", ma di voler essere aperto a idee *out-of-the-box*, si legge tutta la reale portata di quel *gap* che oggi esiste tra *tech start-ups* e *incumbents* e che promette di stravolgere gli equilibri del mercato assicurativo così come lo conosciamo⁸⁸.

Questa lungimirante iniziativa, tuttavia, rimane un caso isolato in uno scenario in cui seppure il 74% degli *incumbents* è consapevole della portata dirompente che le nuove tecnologie avranno sul proprio modello di business nel prossimo futuro, soltanto il 43% ha posto l'innovazione al centro della propria strategia imprenditoriale, e solo il 14% vi sta effettivamente investendo⁸⁹.

Al contrario, nuove imprese *Insurtech* nascono a ritmi costanti⁹⁰. Tra quelle che suscitano maggiore attenzione (e timore), vi è sicuramente la (per ora) statunitense Lemonade, un'applicazione per smartphone basata esclusivamente su intelligenza artificiale in grado di offrire assicurazioni sulla casa a premi di 5\$ per affittuari e 25\$ per proprietari, così come di chiudere una pratica di sinistro in tre secondi. Altra particolarità della *start-up* è quella di essere nata come una vera e propria impresa assicurativa, non come una *tech company* poi entrata nel mercato tramite accordi con *incumbents*. Il passo successivo sarà quello di sfruttare tecnologie API per integrare Lemonade in siti *web* ed *app* al fine di consentire la sottoscrizione istantanea di polizze in sede di acquisti *online*⁹¹.

Questo è solo uno dei molteplici esempi di *start-up Insurtech* in ascesa, ai quali si associano poi le altrettanto temute *partnerships* tra i Bigtechs e i maggiori *incumbents* (le cc.dd. *champions leagues*) come quella recentemente resa pubblica tra Amazon, Berkshire Hathaway e JPMorgan Chase che promette di rivoluzionare il sistema statunitense delle assicurazioni sanitarie⁹².

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, le potenzialità dirompenti delle *start-up* che cavalcano l'onda della digitalizzazioni

⁸⁷Octo Telematics partner di RCI Bank & Services, Octo Global, 11 maggio 2018, <<https://www.octotelematics.com/it/news/octo-telematics-partners-with-rci-bank-and-services-to-provide-global-telematics-data-analysis-for-vehicles>>; Octo Telematics Partners with RCI Bank and Services to Provide Global Telematics Data Analysis for Vehicles, RCI Bank and Services, Londra, 20 marzo 2018, <<https://www.rcibank.com/en/news/octo-telematics-partners-rci-bank-and-services-provide-global-telematics-data-analysis-vehicles>>.

⁸⁸Lloyd's Lab begins global search for tech talent, Lloyd's, 11 giugno 2018, <<https://www.lloydslab.com/lloyds-lab-begins-global-search-for-tech-talent>>.

⁸⁹"*Insurtech*" will transform insurance, but pace of adoption is slow (Editorial, The Business Times Singapore, April 20, 2018).

⁹⁰K. HEINZ PASSLER, "Real" InsurTech Startups do it Differently, in S. L.B. VANDERLINDEN, S. M. MILLIE, N. ANDERSON, S. CHISHTI, *The Insurtech Book*, Wiley, cit., 24 e ss.

⁹¹C. LEWIS, *At last. Faster, fairer, cheaper insurance cover. Disruptor companies are shaking up the industry*, *The Times*, Londra, 7 luglio 2018.

⁹²M. VALSANIA, *Jp Morgan, Amazon e Buffett alla rivoluzione del welfare*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 31 gennaio 2018.

si infrangono contro persistenti barriere normative, e spesso mancano di quell'*expertise* professionale che consente di adeguare un business con vocazione internazionale alle specificità locali. Gli *incumbents*, perciò, mantengono un vantaggio competitivo che però si affievolisce a ritmi inclementi man a mano che i nuovi operatori maturano esperienza e raccolgono la fiducia di una clientela di *millennials* e nativi digitali insofferenti verso prodotti complessi, poco trasparenti e troppo rigidi per potersi adattare alle mutate e mutevoli esigenze di una generazione ormai totalmente digitale⁹³.

2. EFFETTI SUI CONSUMATORI: BENEFICI E RISCHI

(Camilla Tabarrini)

La breve rassegna empirica fin qui condotta dimostra come *Big data analytics*, intelligenza artificiale e IoT stiano progressivamente rivoluzionando l'industria assicurativa, specialmente rispetto al rafforzato ruolo dei dati nel nuovo modello d'impresa.

La prepotente emersione di cc.dd. *user-generated contents* (i.e. generati dagli utenti attraverso attività di *e-commerce*, *browsing* o *social networking*), infatti, pur non avendo alterato la centralità dei dati quali strumento per valutare il rischio e proteggere l'assicurato dalle perdite che il suo verificarsi potrebbe causargli (modello "*understand and protect*"), ha reso possibile lo sviluppo di un'analisi dinamica e continua di dati comportamentali molto più vari e aggiornati in tempo reale.

Ciò si traduce in un allineamento premio-rischio talmente individualizzato da consentire non soltanto l'offerta di *UBI* e polizze *on-demand*, ma anche lo svolgimento di una funzione sociale di riduzione del rischio attraverso l'incentivazione di condotte virtuose (modello "*predict and prevent*"). Infatti, il monitoraggio digitale costante del comportamento dell'assicurato attraverso dispositivi telematici o di *wearables* (nel caso, ad esempio, di assicurazioni sanitarie), specialmente se associato ad un accesso libero del cliente ai dati che lo riguardano, consente una riduzione dell'asimmetria informativa C2B tale da rendere l'assicurato stesso, da un lato, consapevole dei criteri di determinazione del proprio profilo di rischio, e dall'altro, incentivato a tenere condotte tali da prevenirlo o, quantomeno, mitigarlo, sortendo così benefici economici in termini di ridotti premi assicurativi⁹⁴.

L'analisi incrociata di dati strutturati (e.g. contabilità, contrattualistica, etc.) e non strutturati (e.g. profili *social*), inoltre, potrebbe anche tradursi in ridotti costi di gestione dei sinistri e contrasto alle frodi assicurative, consentendo di avere un riscontro digitale della dinamica dell'impatto, della posizione dei veicoli al momento dell'evento, nonché dell'esistenza di preesistenti relazioni tra le parti⁹⁵.

A fronte di tali indubbi vantaggi, tuttavia, si pongono non trascurabili problemi tecnico-normativi ed etici.

In primo luogo, la crescente individualizzazione delle polizze può provocare l'insostenibilità economica delle coperture assicurative per categorie di clienti soggetti a rischi più elevati. Ciò pone problemi di natura equitativa, specialmente se si prendono in considerazione rischi che non possono essere evitati (e.g. assicurazioni obbligatorie) o gruppi sociali più vulnerabili (e.g. assicurazione sanitaria per soggetti malati). Per di più, la diffusione della personalizzazione automatizzata dell'offerta assicurativa pone anche la necessità di ripensare la normativa sulla trasparenza, poiché tende a

⁹³Insurance's new normal Driving innovation with InsurTech, Global InsurTech Report, PwC, 2017.

⁹⁴B. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018, 7-10.

⁹⁵Ivi, 33.

rendere più difficoltosa la comparabilità dei prodotti, con conseguenti ripercussioni negative anche sulla concorrenza⁹⁶.

In secondo luogo, il trattamento differenziato della clientela in funzione del diverso profilo di rischio, che è da sempre alla base del corretto funzionamento del sistema assicurativo, se alimentato da informazioni personali sempre più dettagliate acquisite da parti terze (quali piattaforme *e-commerce* o *social network*), potrebbe portare ad utilizzare informazioni che, seppure in prospettiva economica aumenterebbero l'efficienza del sistema grazie a classificazioni del rischio marcatamente più accurate, allo stesso tempo potrebbero generare offerte finali percepite come ingiuste dalla clientela in quanto altamente intrusive, eccessivamente paternalistiche o persino lesive del proprio diritto all'autodeterminazione informativa intesa quale controllo sulla propria identità digitale⁹⁷.

In altri termini, violare quella che oggi viene definita come c.d. "*contextual integrity*", avvalendosi di dati forniti spontaneamente dagli utenti in contesti distinti ed apparentemente non comunicanti (e.g. rete di "amicizie" risultanti dai *social* e pratica assicurativa di un sinistro), può minare il ragionevole affidamento dell'utente sulle finalità di trattamento dei dati personali forniti, sì spontaneamente, ma per finalità totalmente eterogenee, provocando una generalizzata resistenza a condividere informazioni personali con i vari operatori⁹⁸.

Tale sfiducia, peraltro, nel quadro normativo riscritto dal GDPR, assume una rilevanza economica, prima ancora che etica, assolutamente primaria. La disciplina della portabilità, infatti, attribuisce al consenso dell'interessato (i.e. persona individuata o individuabile a cui le informazioni sono riferibili), un ruolo fondamentale nel nuovo regime di circolazione dei dati, ergendolo a custode dei futuri equilibri mercato (sul punto si veda meglio *sub para* 3).

3. GLI EFFETTI SUL MERCATO: LA RESILIENZA DEL SETTORE ASSICURATIVO

(Camilla Tabarrini)

Da quanto finora osservato, emerge chiaramente come a creare valore per le imprese assicurative non sia il singolo dato riferibile al cliente, ma la capacità di acquisire e processare grandi quantità e varietà di dati (i.e. Big data) al fine di trarne inferenze di carattere predittivo o descrittivo sulle mutevoli preferenze dei consumatori a livello aggregato e individuale: i *metadata*⁹⁹.

Nell'era della digitalizzazione, infatti, la capacità di estrarre informazioni da informazioni (i.e. *data mining*) è uno degli *assets* imprescindibili per garantire la competitività di un'impresa, specialmente se, come quelle assicurative, ha sempre visto nella valutazione ed elaborazione di dati a fini predittivi il suo *core business*. Tuttavia, l'efficacia delle tecniche di *Knowledge Discovery in Databases*, pilastro della *data driven innovation*, presuppone un avanzato *know-how* tecnologico in termini di *Advanced Data Analytics*, così come l'accesso a imponenti quantità di dati personali¹⁰⁰.

Eppure, sotto entrambi questi ultimi profili le grandi imprese tecnologiche attive su base globale quali Google, Amazon, Facebook, Apple e Alibaba (noti con l'acronimo GAFAA) godono di uno strategico vantaggio competitivo sugli *Incumbents*, potendo vantare un'architettura imprenditoriale flessibile e ad alta intensità tecnologica, un potere economico non paragonabile a quello di nessun operatore assicurativo e, soprattutto, l'accesso ad un vastissimo patrimonio informativo relativo ad una base di clientela globale, processato e rielaborato attraverso avanzati sistemi di *Data Analytics*¹⁰¹.

⁹⁶Ivi, 13.

⁹⁷Ivi, 12.

⁹⁸Ivi, 29-30.

⁹⁹V. ZENO-ZENCOVICH, *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution"* in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, 29 e ss.

¹⁰⁰L. COLONNA, *A Taxonomy and Classification of Data Mining*, in *SMU Sci. & Tech. L. Rev.*, 2013, 16, 309, 315 e ss.

¹⁰¹F. VESSIA, *Big Data e Profili di Concorrenza*, in M. T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici*

Peraltro, la dimensione transazionale dei servizi digitali consente ai GAFAA, ma anche alle *start-up* tecnologiche, di aggirare agevolmente i vincoli normativi regionali. Sul punto, però, il GDPR oggi impone il rispetto delle cautele ivi sancite ai titolari o responsabili di trattamento di dati riferibili a persone che si trovano nell'Unione, indipendentemente dal luogo nel quale viene effettuato il trattamento, proprio al fine di arginare il fenomeno dell'arbitraggio regolamentare¹⁰².

Il principale vantaggio competitivo dei GAFAA, quindi, è quello di saper monetizzare il proprio *dataset*, sfruttando l'asimmetria informativa nelle relazioni interprofessionali per individuare ed inserirsi nei settori produttivi maggiormente redditizi, anticipando le tendenze di mercato e le esigenze dei consumatori (c.d. *cream skimming*) contraendo sensibilmente il margine di guadagno degli *incumbents*¹⁰³.

Questo appena descritto, è stato definito come lo scenario dell'"assicurazione a due velocità", inteso come un contesto sociale dove le società tecnologiche (*Bigtechs e start-up*), in mancanza di un obbligo normativo di condividere le informazioni personali dei propri clienti con gli *incumbents*, ne controllano l'utilizzo e la circolazione. Ne consegue che, da un lato, come empiricamente riscontrabile (vedi *supra* §1), solo gli assicuratori economicamente più forti sono in grado di instaurare *partnerships* per l'accesso a tali *datasets* ed *expertise* di *data analytics*; dall'altro, l'unico strumento normativo per contenere l'emersione di oligopoli/monopoli informativi è, allo stato attuale, l'esercizio del diritto alla portabilità dei propri dati personali da parte dei singoli consumatori. È questo, infatti, il compromesso normativo raggiunto dal GDPR per ottenere un equo temperamento tra le esigenze concorrenziali del mercato digitale e quelle di tutela della *privacy* dei cittadini¹⁰⁴.

In questo senso si spiega il ruolo strategico che gioca, nel definire i futuri assetti di mercato, la fiducia dei consumatori nella capacità di tutti gli operatori coinvolti (siano GAFAA o *incumbents*) di assicurare un utilizzo dei dati personali trasparente, coerente alle finalità imprenditoriali per cui sono stati richiesti e protetto da eventuali attacchi cibernetici. Al contrario, si determinerebbe un contesto di c.d. "*digital backlash*" dove la generalizzata resistenza dei consumatori a condividere in rete o con gli *incumbents* i propri dati personali per il timore di utilizzi per finalità improprie o da parte di soggetti terzi, condurrebbe ad una progressiva scomparsa della *data economy* europea, a detrimento tanto della competitività del mercato unico digitale europeo, quanto dei significativi benefici sociali in termini di *welfare*¹⁰⁵.

I Big data, infatti, in quanto beni immateriali, non consumabili e perciò suscettibili di utilizzo congiunto (i.e. non rivali), alimentano un *Single Digital Market* tanto più competitivo quanto più ampia è la circolazione transfrontaliera di grandi quantità e varietà di dati¹⁰⁶. Ciò anche in quanto, in uno scenario privo di ostacoli normativi alla circolazione dei dati e permeato da una diffusa apertura alla condivisione degli stessi (i.e. "*digital society scenario*"), il vantaggio competitivo imputabile all'oligopolio informativo dei *Bigtechs* verrebbe sensibilmente attenuato, riducendo il ritorno economico di un loro eventuale ingresso nel settore assicurativo al punto da mitigarne l'attrattività. In questo modo verrebbe preservata sia la concorrenza, che i richiamati benefici sociali derivanti da un corretto impiego delle tecnologie assicurative in termini di ampliamento della gamma di rischi assicurabili, maggiore economicità delle polizze e stimolo a comporta-

di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari, Torino, 2017, 92 e ss.

¹⁰²Cfr. F. DI RESTA, *La Nuova "Privacy Europea". I principali adempimenti del regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Torino, 2018, 89 e ss e 146; F. PIZZETTI, *Privacy e il Diritto Europeo alla Protezione dei Dati Personali. Il Regolamento Europeo 2016/679*, Torino, 2016, 62.

¹⁰³D. PORRINI, *Asimmetrie Informative e Concorrenzialità nel Mercato Assicurativo: che Cosa Cambia con i Big Data?*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, 139.

¹⁰⁴A. PISAPIA, *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Torino, 2018, 142; Linee guida sul diritto alla portabilità dei dati, Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, versione emendata del 5 aprile 2017, 4; W. MAXWELL, G. DE STEFANO, *The Connected Car: How European Data Protection, Smart Transport Systems, and Competition Law Intersect*, 4, 2018, 255, 257.

¹⁰⁵B. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, cit., 26.

¹⁰⁶Commissione Europea, Comunicazione "Building a European Data Economy", Bruxelles COM (2017) 9 final, 5; Commission Staff Working Document, Bruxelles SWD (2017) 2 final, 14 e ss; Commissione Europea, Comunicazione "Verso uno spazio comune europeo dei dati", Bruxelles COM (2018) 232 final, 3 e ss.
on the free flow of data and emerging issues of the European data economy

menti virtuosi da parte degli assicurati¹⁰⁷.

In ultima analisi, lo scenario più favorevole alla sopravvivenza degli *incumbents* assicurativi è quello in cui i cittadini, consapevoli delle ricadute giuridiche ed economiche di una condivisione indiscriminata di dati personali in rete, decidono di adottare un atteggiamento di *self-restraint* nelle interazioni *web* e di affidare il trattamento dei propri dati personali a specifici operatori, selezionati in base alla loro capacità di assicurarne una sicura e controllata circolazione.

Il delineato equilibrio normativo apparentemente raggiunto rispetto ai dati personali con il GDPR è, tuttavia, reso sensibilmente più precario dal confuso quadro normativo riferibile alla circolazione dei dati non personali e anonimizzati (i.e. non più riferibili ad una persona indenticata o identificabile). L'inapplicabilità delle tutele sancite dal Regolamento UE 679/2016 (inclusa la disciplina della portabilità) a siffatti dati, ne accentua l'oggettivizzazione, portandoli ad essere assimilati a qualsiasi altro bene suscettibile di diritto di proprietà o altra forma di escludibilità in capo al titolare del loro trattamento¹⁰⁸.

Ciò ripropone, con rinnovato rigore, il rischio di un possibile *data lock-up*, specialmente se calato in un quadro normativo frammentato e dominato dal fantasma del diritto *sui generis* potenzialmente invocabile dai creatori di dati anonimizzati (quali quelli generati da dispositivi IoT o dal *web*) in virtù dell'art. 7 della Database Directive¹⁰⁹. L'ormai quasi quindicennale interpretazione restrittiva adottata dalla CGUE nel caso *British Horseracing Board* relativamente alla non applicabilità della norma a *spin-off databases* costituiti tramite un'organizzazione meccanica di dati prodotti in modo automatizzato, potrebbe vacillare a fronte di tecnologie digitali che rendono sempre più incerto il confine tra produzione e raccolta dei dati¹¹⁰.

In tal caso, *gli Incumbents* potrebbero reagire alle ostruzionistiche rivendicazioni di proprietà su dati non strutturati da parte dei GAFAA concentrando sforzi e risorse sulla riorganizzazione e monetizzazione dei dati strutturati. Questi ultimi, tuttavia, nell'era dei Big data, potranno effettivamente contrastare l'oligopolio informativo e la superiorità tecnologica dei *Bigtechs* soltanto se alla loro maggiore attendibilità qualitativa si affiancherà una dimensione quantitativamente adeguata ad alimentare tecniche di *data mining* a fine predittivo. Ciò sarà però concretamente realizzabile soltanto se, con lungimirante spirito di collaborazione, *gli Incumbents* riusciranno a superare la loro storica resistenza a condividere i propri *assets* informativi in tempo utile a riequilibrare quella richiamata asimmetria interprofessionale che rende tanto proficue condotte di *cream skimming* da parte dei GAFAA.

Eppure, nonostante qualche passo in questa direzione stia stato mosso, il mercato assicurativo tradizionale non sembra aver fretta di far fronte comune. Al di là dell'Archivio Integrato Antifrode dell'IVASS (entrato a pieno regime lo scorso giugno al fine precipuo di potenziare il contrasto alle frodi assicurative)¹¹¹, infatti, l'unico tentativo di creazione di una piattaforma integrata di condivisione di informazioni a fini di quotazione del rischio in fase di sottoscrizione è la *Blockchain Insurance Industry Initiative* (B3i)¹¹².

Creata a fine 2016, la B3i nasceva dalla collaborazione di Generali Global Corporate & Commercial Italia, AIG e Unipol-Sai (dal lato assicuratori) con AON e WillisTowers (quali rappresentanti del fronte dei broker) supportata dall'expertise tecnologica del centro di eccellenza di Capgemini Italia, al fine di tentare una gestione ottimizzata dei tempi di negoziazione e quotazione di contratti di riassicurazione, ramo *property*, tramite una *Blockchain* privata. In particolare, la tec-

¹⁰⁷B. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, cit., 20 e ss.

¹⁰⁸H. ZECH, *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11, 2016, 460 e ss.

¹⁰⁹Direttiva 96/9/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

¹¹⁰Commissione Europea, *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Bruxelles SWD(2018) 146 final, 35ss.

¹¹¹IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2017*, Roma, 27 giugno 2018, 123 ss.

¹¹²*The Blockchain Insurance Industry Initiative. By the Market, for the Market*. <<https://b3i.tech/home.html>>

nologia *Corda* di R3 alimentava una piattaforma di scambio di dati di rischio con un modello standardizzato a cui ogni compagnia o broker italiano poteva accedere previa autorizzazione dei partecipanti (i.e. *permissioned ledger*), al fine ultimo di condividere e sincronizzare in tempo reale le informazioni necessarie a produrre le relative polizze in tempi ridotti fino al 90% e in modo trasparente, verificabile e tracciato per tutti gli aderenti all'iniziativa¹¹³.

Nonostante il successo del progetto abbia portato il consorzio, lo scorso marzo, ad evolversi in un'autonoma entità giuridica con proprio capitale e proprietà intellettuale, allo stato attuale, l'azienda B3i Services AG "con mentalità di start-up, ma sostenuta da operatori del settore" rimane un *unicum*¹¹⁴.

La Commissione, dal canto suo, ha ritenuto sproporzionato un intervento legislativo di riforma della Database Directive, preferendo concentrare sforzi e risorse verso la creazione di un quadro normativo complementare a quello delineato dal regolamento GDPR per i dati personali. È questa l'esigenza a cui risponde la proposta di regolamento europeo sul c.d. *free-flow of non personal data*, volto a favorire la mobilità transfrontaliera anche dei dati non personali, così come l'effettività del controllo da parte delle Autorità nazionali competenti, e la mitigazione degli effetti distorsivi del c.d. *vendor lock-in*, ovvero la dipendenza tecnologica dei *professional users* rispetto ai prestatori di servizi digitali, i quali spesso abusano della loro superiore expertise tecnologica al fine di ostacolare il trasferimento dei dati raccolti per conto del professionista presso altri operatori, ovvero presso il proprio sistema *in-house*¹¹⁵.

Al contrario, nessuna delle fin qui richiamate minacce alla resilienza del settore assicurativo tradizionale sembrerebbero porsi nel caso in cui i *Bigtechs* decidessero di non competere con gli *Incumbents* per la titolarità dell'intera relazione col cliente, limitandosi a instaurare *partnerships* con gli assicuratori tradizionali, dotandoli dell'infrastruttura tecnologica necessaria a ristrutturare il proprio modello d'impresa. È questa l'ipotesi che, in ambito bancario, il Comitato di Basilea ha definito della "*distributed bank*"¹¹⁶.

In ambito assicurativo tale scenario sembrerebbe concretizzarsi nelle recenti iniziative di *Insurance-as-a-Service*, inteso come uno spazio (e.g. APIs o piattaforme) dove start-up (ma potenzialmente anche *Bigtechs*) consentono agli *Incumbents* di sfruttare segmenti della *value chain* assicurativa tecnologicamente precostituiti, previa iscrizione al servizio. In questo senso, i prestatori di Ins.-a-a-S non operano come assicuratori, ma aiutano le compagnie assicurative a processare le proprie informazioni (*Process Digitation*), a digitalizzare l'intera infrastruttura imprenditoriale (*Full Stock*), ovvero singoli *core processes* assicurativi (*Digital Core Elements*). Sembrerebbe collocarsi in questo solco l'offerta cloud di Amazon Web Service, rivolta a istituti assicurativi desiderosi di accedere alle risorse tecniche necessarie per dotarsi di un'infrastruttura innovativa e scalabile¹¹⁷.

Analoga è finalità della formula *Insurance-as-a-Service*, ovvero consentire alle compagnie assicurative di offrire dei prodotti complessi ed altamente personalizzati in modo trasparente, attraverso un *format* quanto più possibile intuitivo per il cliente. È questo lo scopo annunciato, ad esempio, di upGRAPE, la prima piattaforma italiana di Ins.-a-a-S sviluppata dallo storico broker Mansutti, operativa dal prossimo ottobre¹¹⁸.

¹¹³«Generali aderisce alla blockchain insurance industry initiative b3i» (6 febbraio 2017) <<https://www.generali.com/it/media/press-releases/all/2017/Generali-Group-joins-Blockchain-Insurance-Initiative-B3i>>.

¹¹⁴«I fondatori di b3i lanciano la start-up blockchain» (27 marzo 2018) <<https://www.generali.com/it/media/press-releases/all/2018/B3i-founders-form-blockchain-startup>>.

¹¹⁵Commissione Europea, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union, Bruxelles COM (2017) 495 final; Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union, Bruxelles COM(2017) 495 final, 15 e ss.

¹¹⁶BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, Bank for International Settlements, febbraio 2018, 18 e 26.

¹¹⁷A. VERKHOVODOV, 'Insurance-as-a-service: an introduction' <www.medium.com>.

¹¹⁸Insurtech, Mansutti presenta upGRAPE, piattaforma assicurativa che si "ispira" a Netflix (18 aprile 2018) <www.insurtech-ne.com>.

Dichiaratamente ispirata dalla flessibilità e trasparenza del modello Netflix, tale piattaforma ripropone, tuttavia, la lunga serie di interrogativi sollevati dall'inquadramento giuridico del servizio Uber, con il quale presenta innegabili affinità. Applicando in via analogica la ricostruzione operata dalla Corte di Giustizia nella sentenza C-434/2015 del 20 dicembre 2017 al caso Uber, infatti, si tratta pur sempre di un'infrastruttura informatica che svolge una funzione che va ben oltre la mera intermediazione cliente-assicuratore, poiché predeterminando aspetti "direttamente organizzativi e propulsivi" del servizio assicurativo che il cliente può acquistare (e.g. condizioni di fruibilità e modalità di prestazione a cui gli assicuratori aderenti devono sottostare) si erge a gestore responsabile dell'organizzazione di un nuovo e diverso servizio complessivo, di cui i prodotti assicurativi sono solo un elemento, seppure principale¹¹⁹. Da notare, tuttavia, che nel caso upGRAPE il servizio non è offerto da un *Bigtech*, ma da uno stesso *Incumbent*, seppure rappresentativo della categoria dei *broker*, rafforzando così il richiamo ad una funzione di intermediazione. Rimane perciò da verificare se i *Bigtechs* riterranno economicamente conveniente inserirsi nel mercato assicurativo in tale limitata veste, rinunciando all'offerta diretta di prodotti assicurativi propri, specialmente se, come avvenuto per Uber, saranno comunque giudicati vincolati dallo stesso regime giuridico degli operatori assicurativi. Possibilità, quest'ultima, resa ancora più verosimile dalla riformulazione in senso funzionale e tecnologicamente neutrale dell'art. 106 del d.lgs. 209/2005 in sede di recepimento della Direttiva 016/97/UE sulla distribuzione assicurativa, su cui ci si soffermerà meglio nel prossimo paragrafo.

4. LA RISPOSTA DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA: DIMENSIONE NAZIONALE ED EUROPEA

(Andrea Luberti)

Da quanto sopra evidenziato emerge che il fenomeno della *Insurtech* deve essere opportunamente studiato, anche in relazione ai profili più strettamente giuridici attinenti alla configurazione del contratto di assicurazione, per evitare che tale termine finisca per costituire una parola-*passpartout* (in tal senso IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2017, Considerazioni del Presidente*, Roma, 2018) priva di una effettiva pregnanza tecnica, ma utilizzabile solo in senso descrittivo.

Infatti, la tecnologia della quarta rivoluzione industriale, nel mercato assicurativo, può trovare un duplice ambito applicativo. In prima istanza, essa può agevolare la conclusione di contratti di assicurazione tramite l'estrema semplificazione dell'incontro tra domanda e offerta mentre, a un successivo livello, essa consente l'applicazione di condizioni contrattuali (soprattutto in relazione alla prestazione del contraente, vale a dire la quantificazione del premio) maggiormente rispondenti al rischio effettivamente sostenuto dall'impresa.

Ovviamente, grazie ai moderni strumenti tecnologici, i due diversi ambiti possono agevolmente combinarsi e consentire la predisposizione di prodotti il più possibile appetibili dal contraente e, in un secondo momento, l'adattamento della prestazione pecuniaria al comportamento tenuto dall'assicurato ovvero alle sue caratteristiche. Il campo elettivo (ma non ovviamente esclusivo) di tali tecnologie pare essere, in particolare, quello delle coperture temporanee di breve durata (si pensi a quelle collegate al settore dei viaggi e del turismo) che, per le loro peculiarità, richiedono una particolare immediatezza tra il momento dell'offerta e quello della conclusione.

Sotto il profilo della disciplina di diritto positivo, non è allo stato riscontrabile uno specifico intervento regolamentare dedicato alla materia. Se ne può desumere un atteggiamento sostanzialmente cauto delle autorità di vigilanza nazionali ed europee. Tale opzione può essere giustificata, da un lato, dalla relativa novità del fenomeno, dall'altro, invece, dalla volontà di non interferire con il delicato processo di implementazione della Direttiva 2016/97 del 20 gennaio 2016 (Di-

¹¹⁹R. LOBIANCO, *Servizi di mobilità a contenuto tecnologico nel settore del trasporto di persone con conducente: brevi riflessioni sulla natura giuridica del fenomeno Uber*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3, 2018, 1046.

rettiva sulla distribuzione assicurativa o IDD).

Tale atto normativo ha, da un lato, abrogato la previgente Direttiva 2002/92 del 9 dicembre 2002 (Direttiva sull'intermediazione assicurativa), dall'altro ha inteso disciplinare in modo almeno minimale la tutela dei contraenti indipendentemente dal "*canale di distribuzione*" attraverso cui il contraente stipula il contratto assicurativo.

Il concetto in questione è comprensivo non solo dell'insieme degli intermediari di assicurazione, ma anche del collocamento di prodotti assicurativi operato direttamente dalle imprese di assicurazione.

La nozione di *canale di distribuzione* comprende, inoltre, l'intermediazione di prodotti assicurativi da parte di soggetti che svolgano altra attività a titolo principale e rispetto a cui il prodotto assicurativo è un servizio accessorio (come nel caso della fornitura di contratti di viaggio o del noleggio di autoveicoli). Infine, il concetto delineato comprende altresì i cosiddetti *preventivatori*, vale a dire i siti (raggiungibili anche tramite le applicazioni da dispositivo mobile) che comparano i premi proposti da una serie di imprese collegate al fine di promuovere la conclusione dei relativi contratti.

Il termine sopra evidenziato consente, allora, di spiegare la diversa terminologia enfatizzata dalla nuova direttiva, che incentra la propria disciplina non già sull'*attività* (di intermediazione) quanto sul *prodotto* oggetto della distribuzione assicurativa, indipendentemente dalle relative modalità.

Nel nostro ordinamento, la Direttiva è stata puntualmente trasposta dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68 che ha, tra l'altro, profondamente riformulato l'art. 106 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), in un'ottica di maggiore chiarezza rispetto al testo della Direttiva, riformulato, tra gli altri, l'art. 106.

Tale disposizione, che in precedenza definiva, per l'appunto, l'intermediazione assicurativa, attualmente detta una definizione di distribuzione come l'attività consistente "*nel proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza o compiere altri atti preparatori relativi alla conclusione di tali contratti o nella conclusione di tali contratti, ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati*".

L'articolo specifica inoltre che rientra in tale attività "*la fornitura, tramite un sito internet o altri mezzi, di informazioni, relativamente a uno o più contratti di assicurazione, anche confrontati o ordinati, sulla base di criteri eventualmente scelti dal cliente, in termini di premi ed eventuali sconti applicati o di ulteriori caratteristiche del contratto, se il cliente è in grado di concludere direttamente o indirettamente lo stesso*".

La definizione in esame dovrebbe consentire, allora, di porre alcuni argini alla indiscriminata operatività nel mercato assicurativo di soggetti tecnicamente non idonei, perché (anche in base al riformulato art. 109 del Codice delle assicurazioni private) i soggetti che operano nel campo della distribuzione assicurativa, sinanco i titolari dei relativi siti, saranno tenuti alla registrazione in un elenco degli intermediari assicurativi e riassicurativi, anche operanti a titolo accessorio.

Tale precisazione porrà delicati problemi di compatibilità con l'ordinamento del ruolo svolto dalle GAFAA, perché lo spostamento dell'obiettivo sul prodotto oggetto dell'attività più che sull'attività stessa potrebbe ricomprendere nella distribuzione finalizzata alla conclusione indiretta anche la produzione di *link* o collegamenti operativi similari. In altri termini, a seguito dell'attuazione della Direttiva, il discrimine (nell'ambito della più vasta nozione di distribuzione) tra intermediazione operata in via principale e intermediazione operata a titolo accessorio non assumerà più rilievo, se non per alcune fattispecie minimali, ai fini dell'esenzione dalla disciplina di settore, ma solo a quelli più limitati dell'applicazione di un regime di operatività semplificato.

Ovviamente, le profonde modificazioni legislative daranno luogo, a breve, a una serie di interventi regolamentari dell'*Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo*, al fine di puntualizzare sotto il piano applicativo il dato legislativo.

L'attuale assenza di una vera e propria regolamentazione di settore non deve, tuttavia, essere scambiata per un disinteresse delle autorità di regolazione per l'argomento.

Preme menzionare, innanzitutto, il *Rapporto finale* elaborato dal *Joint committee* in materia di Big data in data 15 marzo 2018¹²⁰.

Tale organismo rappresenta il coordinamento delle autorità di supervisione europee sul settore finanziario, nello specifico rappresentate dall'Autorità bancaria europea (EBA), dall'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e dall'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA).

Il *Rapporto* sottolinea, tra l'altro, l'esigenza di promuovere una cultura di mercato improntata non al solo rispetto delle regole, ma anche orientata ai seguenti principi: "*fair, transparent and non-discriminatory treatment of consumers, when using Big-Data technologies*".

Analoghe considerazioni sono state effettuate dall'autorità di settore (come accennato, l'EIOPA) nel resoconto della tavola rotonda (in data 28 aprile 2017) *How technology and data are reshaping the insurance landscape*, con una maggiore enfasi sugli aspetti di analisi economica del mercato¹²¹.

Ultimo, ma non di minore importanza, è il progetto *Insurance Blockchain Sandbox*, curato dall'IVASS assieme a operatori del settore, al fine di valutare l'impatto e l'utilizzazione della tecnologia *blockchain* nel settore assicurativo.¹²²

Bibliografia

"*Insurtech*" will transform insurance, but pace of adoption is slow (Editorial, The Business Times Singapore, April 20, 2018).

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, Bank for International Settlements, febbraio 2018, 18 e 26.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices. Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, Bank for International Settlements, febbraio 2018, 43.

BISKER J., BREADING M., *Insurance in the Age of Analytics. IBM Watson and the Era of Information-led Transformation, IBM Smarter Insurance*, Executive white paper, aprile 2012, 3-7.

COLONNA L., *A Taxonomy and Classification of Data Mining*, in *SMU Sci. & Tech. L. Rev.*, 2013, 16, 309, 315 e ss.

Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union, Bruxelles COM(2017) 495 final, 15 e ss.

Commission Staff Working Document, Bruxelles SWD (2017) 2 final, 14 e ss; Commissione Europea,

¹²⁰https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2018-04_joint_committee_final_report_on_big_data.pdf. Il rapporto rappresenta la conclusione finale di un Discussion paper pubblicato a far data dal 19 dicembre 2016, e aperto ai commenti e agli interventi degli *stakeholders* del settore.

¹²¹https://eiopa.europa.eu/Publications/Reports/08.0_EIOPA-BoS17-165_EIOPA_InsurTech_Roundtable_summary.pdf. Al meeting, i cui esiti sono sintetizzati nel documento, hanno partecipato, secondo quanto riferito, più di sessanta partecipanti.

¹²²Per il sito del relativo progetto si rinvia a <https://www.insuranceblockchainsandbox.com/>.

Commissione Europea, Comunicazione “Building a European Data Economy”, Bruxelles COM (2017) 9 final, 5;

Commissione Europea, Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Bruxelles SWD (2018) 146 final, 35 e ss.

Commissione Europea, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union, Bruxelles COM (2017) 495 final;

Comunicazione “Verso uno spazio comune europeo dei dati”, Bruxelles COM (2018) 232 final, 3 e ss. on the free flow of data and emerging issues of the European data economy

Data-Driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being, OECD publishing, Parigi, 2015, 22 e ss.

DI RESTA F., *La Nuova “Privacy Europea”. I principali adempimenti del regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Torino, 2018, 89 e ss e 146;

ERNST & YOUNG *The quest for Telematics 4.0 Creating sustainable value propositions supporting car-web integration*, 2013, 1.

HEINZ PASSLER K., “Real” InsurTech Startups do it Differently, in S. L.B. VANDERLINDEN, S. M. MILLIE, N. ANDERSON, S. CHISHTI, *The Insurtech Book*, Wiley, cit., 24 e ss.

https://eiopa.europa.eu/Publications/Reports/08.0_EIOPA-BoS17-165_EIOPA_InsurTech_Roundtable_summary.pdf.

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2018-04_joint_committee_final_report_on_big_data.pdf. Il rapporto rappresenta la conclusione finale di un Discussion paper pubblicato a far data dal 19 dicembre 2016, e aperto ai commenti e agli interventi degli stakeholders del settore.

Insurance’s new normal Driving innovation with InsurTech, *Global InsurTech Report*, PwC, 2017.

Insurtech, Mansutti presenta upGRAPE, piattaforma assicurativa che si “ispira” a Netflix (18 aprile 2018) <www.insur-zine.com>

IVASS, Relazione sull’attività svolta dall’Istituto nell’anno 2017, Roma, 27 giugno 2018, 123 e ss.

KELLER B., *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018

LEWIS C., *At last. Faster, fairer, cheaper insurance cover. Disruptor companies are shaking up the industry*, *The Times*, Londra, 7 luglio 2018

Linee guida sul diritto alla portabilità dei dati, Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, versione emendata del 5 aprile 2017, 4;

Lloyd’s Lab begins global search for tech talent, *Lloyd’s*, 11 giugno 2018, <<https://www.lloyds-lab.com/lloyds-lab-begins-global-search-for-tech-talent>>.

LOBIANCO R., *Servizi di mobilità a contenuto tecnologico nel settore del trasporto di persone con conducente: brevi riflessioni sulla natura giuridica del fenomeno Uber*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3, 2018, 1046.

MAXWELL W., DE STEFANO G., *The Connected Car: How European Data Protection, Smart Transport Systems, and*

Competition Law Intersect, 4, 2018, 255, 257.

Octo Telematics partner di RCI Bank & Services, Octo Global, 11 maggio 2018, <<https://www.octotelematics.com/it/news/octo-telematics-partners-with-rci-bank-and>>;

Octo Telematics Partners with RCI Bank and Services to Provide Global Telematics Data Analysis for Vehicles, RCI Bank and Services, Londra, 20 marzo 2018, <<https://www.rcibs.com/en/news/octo-telematics-partners-rci-bank-and-services-provide-global-telematics-data-analysis-vehicles>>.

PISAPIA A., *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Torino, 2018, 142;

PIZZETTI F., *Privacy e il Diritto Europeo alla Protezione dei Dati Personali. Il Regolamento Europeo 2016/679*, Torino, 2016, 62.

PORRINI D., *Asimmetrie Informative e Concorrenzialità nel Mercato Assicurativo: che Cosa Cambia con i Big Data?*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, 139.

RICCIARDI V., *InsurTech Definition as Its Own Manifesto*, in S. L.B. VANDERLINDEN, S. M. MILLIE, N. ANDERSON, S. CHISHTI, *The Insurtech Book*, Wiley, Chichester (UK), 2018, 6 e ss.

RUTHEMEIER A., MACHT C., *Digital Transformation*, in *Insurance- Four Common Factors from Other Industries*, in S. L.B. VANDERLINDEN, S. M. MILLIE, N. ANDERSON, S. CHISHTI), *The Insurtech Book*, Wiley, cit., 2018, 13 e ss.

SCHUMPETER J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Oxon, Routledge Classics, 2010, 71 e ss.

The Blockchain Insurance Industry Initiative. By the Market, for the Market. <<https://b3i.tech/home.html>>

TURNER D., SCHROECK M., SHOCKLEY R., *Analytics: The real-world use of big data in financial services*, IBM Institute for Business Value in collaborazione con la Saïd Business School, University of Oxford, maggio 2013.

VALSANIA M., *Jp Morgan, Amazon e Buffett alla rivoluzione del welfare*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 31 gennaio 2018.

VERKHOVODOV A., 'Insurance-as-a-service: an introduction' < www.medium.com>.

VESSIA F., *Big Data e Profili di Concorrenza*, in M. T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, 92 e ss.

www.insuranceblockchainsandbox.com/.

ZECH H., *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11, 2016, 460 e ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution"* in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, 29 e ss.

PRIVACY

L'algoritmo nella data economy

(Guido d'Ippolito, Angelica Saccoccio, Susanna Sandulli)

Dati personali e non, uso primario e secondario. Partire dalle definizioni aiuta a ipotizzare e prevenire le patologie. Il principio di "limitazione delle finalità" ex art. 5, comma 1, lett. d) del GDPR, che vieta i trattamenti di dati personali incompatibili con gli scopi iniziali per i quali sono stati originariamente raccolti e trattati, costituisce una traccia di un percorso appena avviato e che si preannuncia lungo.

Quanto alla tutela dei consumatori, una eventuale assenza di neutralità dell'algoritmo e l'ingresso degli OTT in nuovi settori di mercato fanno sorgere la necessità di ripensare gli strumenti di tutela, in quanto l'attuale sistema di protezione dell'interessato, anche alla luce del nuovo Regolamento GDPR, appare ancora insoddisfacente, in termini assoluti e in relazione alle regolazioni settoriali, in alcuni ambiti non perfettamente compatibili. Le soluzioni fornite dal regolamento attualmente in discussione (c.d. e-privacy) appaiono non risolutive.

SOMMARIO: 1. CYBERSPAZIO, TRA NUOVE SFIDE E TUTELA DEI DATI PERSONALI. – 2. L'USO SECONDARIO DEI BIG DATA. – 2.1. CONDIZIONI DI LICEITÀ NELL'ENTRATA IN UN NUOVO MERCATO. – 2.2. RIMEDI EX ANTE AVVERSO TRATTAMENTI ABUSIVI DEI DATI. – 3. LA TUTELA DEGLI INTERESSATI È ANCORA POSSIBILE?

La velocità del progresso tecnologico costringe a cambiare l'uso quotidiano delle parole e per commentare la cronaca serve non l'evoluzione ma la rivoluzione. Un sistema ordinato di regole non è più l'obiettivo: troppo evidente l'inadeguatezza. Non sono le categorie giuridiche a non tenere, saltano anche quelle logiche quando abbandoniamo il codice per abbracciare *standard* e *rules* o quando gli *smart contracts* del contratto non hanno i requisiti e diventano ciascuno sistema che basta a se stesso. I codici nazionali, rassegnati ormai all'erompere vulcanico della regolazione che crea territori nuovi e fertili, perdono ogni rilevanza quando agenzie europee e autorità indipendenti costringono ad aggiornare l'elenco delle fonti e la gerarchia è mobile, che atti non vincolanti lo diventano per prassi (come gli standard EBA, quando applicati dagli istituti).

Normale che in un simile quadro, in cui i silos regolatori verticali si scontrano come gli oceani a Capo Horn o si allontanano creando vuoti, ogni disciplina di sistema orizzontale diventi isola o almeno zattera. Concorrenza, tutele dei consumatori e dei dati, appunto. Devono evolvere anch'esse, adattare lo sguardo prima ancora che la mira, ma hanno il vantaggio di doversi occupare solo di regolare, non anche di trovare la giusta distanza dagli altri regolatori, che non ci sono silos da avvicinare o allontanare. Questo vale certamente per il garante della tutela dei dati personali e per il complesso sistema di regole che è chiamato ad applicare. Certo, agli incroci con i silos verticali non ci sono semafori ma rotonde; si tratta di condividere regole minime di competenza o principi, sufficienti per superare i contrasti tra tutela dei dati e promozione della concorrenza nel settore bancario (PSD2) come anche tra la competenza, concorrente infine, tra AGCom e AGCM per (alcune) tutele.

E quindi, nell'ambiente digitale, sempre lo stesso ma sempre nuovo, non merita solo tutela il dato personale; l'ano-

nimizzazione del dato va declinata e garantita in ogni fase; la portabilità del dato diventa strumento concorrenziale decisivo ma presuppone una disciplina del diritto al consenso (revocabile), che non è freno ma garanzia. Che il dato personale deve circolare ma è un diritto fondamentale e occorre stabilire un nucleo minimo di tutela che non può essere compresso da un legittimo interesse al trattamento del dato, a garanzia di quel *welfare* europeo che l'Unione condivide in modo inclusivo come la democrazia, quando accetta le richieste di adesione di nuovi stati.

Le riforme sono ormai europee e con regolamenti, lo spazio discrezionale degli Stati membri si riduce, sul piano normativo. Non su quello esecutivo, che i regolamenti non sono *self-executing* in tutte le loro parti e il legislatore nazionale interviene (così, in Italia, il d. lgs. n. 101/18 completa il regolamento GDPR) e per il resto, l'adeguamento alla velocità rivoluzionaria dei mercati spetta all'Autorità garante nazionale, che definisce gli equilibri, nuovi e mutevoli, tra utilizzo e riutilizzo, tutele e libertà, in collegamento sussidiario ascendente e discendente con lo *European Protection Board* (EPB). Il Garante indica un percorso e un obiettivo, con linee-guida generali (condivise con lo EPB) o con soluzioni specifiche ma applicabili *erga omnes*. Accetta la sfida del mercato e lo accompagna, costruendo certezze preventive; le sanzioni (*via* attività ispettiva e reclami) sono residuali.

1. CYBERSPAZIO, TRA NUOVE SFIDE E TUTELA DEI DATI PERSONALI

(Angelica Saccoccio)

Nella fase iniziale di affermazione di Internet si immaginava la disintermediazione di numerosi settori. In realtà, nonostante alcuni operatori siano scomparsi dal mercato, altri si sono affermati con successo; si pensi ad Amazon o eBay, ormai dotati di un potere di mercato tale da consentire loro di imporre a fornitori e produttori di commercializzare i propri prodotti tramite le piattaforme *e-commerce* proprietarie.

Re-intermediazione è il fenomeno generato dallo sviluppo esponenziale di internet che consente la nascita e lo sviluppo di nuove attività di intermediazione tipiche dei mercati digitali.

Questo contesto ha favorito lo sviluppo delle piattaforme *online* che al pari di altri mercati – *media* e moneta elettronica – rappresentano un tipico esempio di mercato a due versanti, in quanto agevolano l'incontro tra domanda e offerta.

In virtù della funzione che svolgono nel mercato, questi operatori raccolgono informazioni dettagliate – relative alla provenienza, la capacità di spesa, l'indice di gradimento dei consumatori – riguardo a un intero settore, senza sostenere i relativi costi di acquisizione; talvolta, infatti, sono gli stessi utenti che per poter usufruire gratuitamente del servizio offerto, o in altri casi tramite i propri giudizi sotto forma di *feedback*, le forniscono.

Nello specifico, i dati sensibili di un “*prosumer*” registrato ad una piattaforma digitale o dalla stessa “schedato” divengono oggetto di scambio all'interno della piattaforma e della rete che attraverso una critica analisi svolta con l'ausilio di algoritmi matematici carpisce informazioni utili per finalità di natura economica e commerciale.

I dati rappresentano, quindi, l'anima dello sviluppo sociale ed economico e interessano in misura trasversale tutti i settori della moderna economia in quanto costituiscono una risorsa preziosa, poiché consentono ad aziende pubbliche e private di elaborare strategie di crescita.

Tuttavia, molte imprese digitali non hanno fin da subito colto le potenzialità derivanti dall'uso dei Big data per lo sviluppo del proprio *business* e iniziano oggi a dotarsi degli strumenti idonei. In particolare, facendo ricorso all'uso degli algoritmi è possibile elaborare le informazioni, ovvero i dati in una chiave di lettura inedita, individuando correlazioni impercettibili altrimenti; ciò favorisce, evidentemente, gli operatori in grado di elaborare una mole consistente di dati.

Dunque, il “*datum*” indica la descrizione elementare codificata di un'entità fisica o astratta, la manifestazione di un

evento o di un fenomeno o ancora l'interazione fra due entità. La descrizione può essere qualitativa o quantitativa: i dati si presentano sotto forma sia di numeri o lettere sia di immagini statiche o in movimento o di suoni e possono essere raccolti, conservati e veicolati tramite supporti fisici e informatici.

I dati possono essere raccolti con diverse modalità e secondo le finalità di utilizzo. In particolare è possibile rilevare i dati singolarmente quando non sono stati oggetto di alcuna elaborazione ("*raw data*") o è possibile organizzare i dati in insiemi (*dataset*).

Sono considerati "dati personali" le informazioni che consentono di identificare o rendono identificabile una persona fisica nonché le informazioni inerenti alle abitudini, lo stile di vita, la salute e la situazione economica di una persona, distinguendosi in dati che permettono l'identificazione diretta ovvero indiretta (rispettivamente, ad esempio, il nome o il cognome e il codice fiscale della persona).

Nella macro-categoria dei dati personali vi sono poi i "dati sensibili" che costituiscono un insieme definito di informazioni, quali l'orientamento politico o religioso nonché i dati giudiziari della persona.

Da ultimo, il Regolamento UE 2016/679, entrato in vigore il 25 maggio 2018 in tutti gli Stati membri con l'obiettivo di introdurre un'unica legislazione in materia di *privacy* ha fornito una definizione di dato personale (art. 4): "*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (interessato) che identifichi o renda identificabile una persona fisica e che possa fornire dettagli sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica, ecc.*". Rientrano nel perimetro della definizione il dato biometrico, sanitario e genetico.

All'art. 9 il Regolamento stabilisce che è vietato trattare i dati che per loro natura sono maggiormente sensibili ovvero i dati che rivelino le opinioni politiche, le condizioni di salute, le convinzioni religiose, l'orientamento sessuale, l'origine razziale o etnica nonché i dati genetici, dotando in tal modo di maggiore rigore la definizione di dato personale.

Gli intermediari *online*, quindi, come sopra detto, in funzione del ruolo di preminente rilievo ricoperto nell'ambiente digitale raccolgono e classificano una quantità enorme di dati personali o sensibili degli utenti. La domanda è quindi: quali sono le responsabilità delle piattaforme *online* per il trattamento di dati personali?

Nel corso degli anni, la tutela del diritto alla *privacy* nel *cyberspazio* ha assunto in Europa rilievo crescente, tanto da aver rappresentato oggetto di una normativa in continua evoluzione che tenta di tenere il passo dell'evoluzione tecnologica.

In particolare, il Regolamento UE 2016/679, che abroga la precedente normativa di settore, si applica a tutti i trattamenti di dati personali effettuati da un titolare o responsabile, sia esso stabilito o meno nel territorio dell'Unione, purché il trattamento: concerna dati personali di soggetti stabiliti nell'Unione o sia inerente all'offerta di beni e servizi nell'Unione o al monitoraggio di soggetti all'interno dell'Unione, ovvero, comporti azioni di *data tracking*, *data profiling* e *data mining*. Le piattaforme digitali saranno assoggettate a tale disciplina indipendentemente dal luogo di stabilimento.

Tra le novità più rilevanti ai fini di questa illustrazione, l'art. 4 comma 7 statuisce che il titolare del trattamento dati è "*la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali*". Il comma 8 ribadisce poi che il responsabile del trattamento è "*la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento*", introducendo la distinzione tra titolare e responsabile, assente nel precedente impianto normativo. Diverso è quindi il soggetto che determina le modalità e i mezzi del trattamento, ovvero il titolare, e il soggetto che effettua il trattamento dei dati, ovvero il responsabile. Secondo quanto disposto dall'art. 82 del Regolamento, a chi subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione al Regolamento medesimo è riconosciuto il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento, sempre che non

dimostrino che l'evento dannoso non è in alcun modo imputabile al titolare del trattamento e il responsabile ha rispettato le indicazioni ricevute dal titolare.

L' "eccezione domestica" è applicabile alle sole persone fisiche che siano utenti dei servizi quando il trattamento dei dati non avvenga per fini professionali o commerciali. Le piattaforme digitali non potranno beneficiare di tale esenzione, in quanto operano in qualità di professionisti; la disciplina previgente richiedeva la necessità di valutare caso per caso il ruolo delle piattaforme digitali nel trattamento dati.

La riforma ha reso chiara l'esigenza di responsabilizzare gli utenti nonché di migliorare la sicurezza dei loro dati a partire dalla verifica del livello di protezione dei propri *account*, ovvero, dei propri profili, non solo *social*. Inoltre, poiché l'apposizione di divieti circa la raccolta e il trattamento dei dati potrebbe determinare forti limitazioni all'innovazione, è auspicabile che si raggiunga un giusto equilibrio tra le potenzialità del *data driven innovation* e la protezione dei dati personali, affidando alla regolazione tale attività, prevedendo i pericoli derivanti dall'uso abusivo dei dati.

2. L' USO SECONDARIO DEI BIG DATA

(Guido d'Ippolito)

Il recente sviluppo economico, dominato sempre più dal ruolo delle piattaforme digitali quali nuovi modelli di *"two sided market"*, si basa così tanto sulla raccolta massiva e successiva rielaborazione di dati da poter ormai parlare di *"economia dei dati"*. Tanto più questo vale per i cc.dd. operatori *Over The Top* per i quali informazioni e dati (personali e non) diventano *asset* importanti nei rispettivi *business model*.

Per quanto di interesse per la presente trattazione, con specifico riferimento alla normativa in materia di protezione dei dati personali seppur con una imprescindibile prospettiva *antitrust*, si possono iniziare a intravedere nel mercato alcune tendenze meritevoli di maggior approfondimento.

I fornitori di servizi digitali già da tempo hanno iniziato a raccogliere dati personali su vasta scala per svolgere la loro attività. Tuttavia, una volta raggiunta una posizione dominante nel mercato di riferimento, questi stessi fornitori si sono rivolti verso mercati attigui, contigui o diversi. Per far ciò hanno iniziato a elaborare i dati raccolti anche per fornire altri servizi in altrettanti mercati oppure a vendere tali dati a un'altra impresa che li rielabora per fornire servizi in un mercato distinto.

Si registra così un comportamento che può integrare la fattispecie di *"uso secondario o alternativo di Big data"*.

Fattispecie questa che ha riflessi simultaneamente sia in materia di protezione dei dati personali, sia in ambito di tutela della concorrenza che del consumatore/utente. Ed infatti se tale fenomeno può portare a integrare comportamenti anti-competitivi o ipotesi di abuso di posizione dominante, allo stesso tempo potrebbe porsi in contrasto con i principi relativi al trattamento lecito e corretto dei dati personali andando così a ledere gli interessi di quel soggetto che contemporaneamente riveste il ruolo di consumatore, utente, interessato del trattamento.

Scopo di tale trattazione è analizzare il fenomeno dal punto di vista della normativa in materia di protezione dei dati personali. Ciò non al fine di vietare e quindi ostacolare lo sviluppo e le tendenze degli operatori del mercato, bensì con l'intento di porre dei paletti, disegnare un perimetro di liceità all'interno del quale le imprese possono muoversi nel rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti, andando ad inibire e sanzionare solo quei comportamenti integranti fenomeni abusivi. Che questo sia il corretto *modus operandi* emerge dal fatto che la disciplina in tema di *data protection*, specie dopo il Regolamento generale sulla protezione dei dati UE 2016/679, non ha come obiettivo vietare l'uso di dati personali ma bilanciare due interessi ugualmente meritevoli di tutela: la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali

delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, e la libera circolazione di tali dati e quindi l'incentivo alle più innovative attività di impresa.

L'indagine sarà quindi condotta sulla base di alcuni istituti in materia di *data protection* ma tenendo conto della normativa *antitrust* laddove anche questa ha come scopo garantire la correttezza e il rispetto dei diritti all'interno dei mercati al fine di permetterne lo sviluppo generale. Da più parti è infatti sottolineata la necessità oltre che l'utilità di una convergenza tra queste due discipline in modo da meglio affrontare le nuove sfide poste dall'economia digitale. In tal senso si potrebbe dire che sia la normativa *data protection* che quella *antitrust* hanno in comune l'obiettivo di permettere un utilizzo lecito dei dati, personali e non, per creare quel clima di fiducia indispensabile per lo sviluppo dell'economia digitale nel mercato interno. Tanto le norme in materia di competizione e tutela del consumatore quanto le norme sulla protezione dei dati personali possono quindi essere usate come strumento per promuovere l'efficienza nei mercati digitali e incoraggiare l'innovazione.

All'esito della trattazione, si cercherà di individuare alcuni rimedi e strumenti per inibire e reprimere comportamenti scorretti e lesivi dei diritti in gioco.

Con riferimento all'uso secondario o alternativo di dati gli istituti coinvolti al fine di verificarne la liceità sono: il principio di limitazione delle finalità del trattamento dei dati personali e, in conseguenza di questo, le basi di liceità del trattamento.

Tra i rimedi ad abusi nell'utilizzo dei dati suscettibili di integrare una distorsione del mercato si possono annoverare soprattutto gli istituti della c.d. *privacy by design* e *by default* e il nuovo diritto alla portabilità dei dati. Questi istituti suscitano particolare interesse perché si pongono come rimedi *ex ante*, inibitori di comportamenti scorretti e che si inseriscono nella tematica dei *privacy-enhancing services*. Con riferimento ai rimedi *ex post* si può ricorrere ai tradizionali strumenti di *public enforcement* in mano alle autorità amministrative indipendenti, all'autorità giudiziaria e agli altri organi e soggetti coinvolti.

2.1. CONDIZIONI DI LICEITÀ NELL'ENTRATA IN UN NUOVO MERCATO

Con riferimento al corretto trattamento di dati personali, il passaggio dal mercato in cui tradizionalmente opera una certa impresa ad un nuovo mercato è da considerarsi legittimo in presenza di alcune condizioni. Il primo è quello in cui l'impresa X, operante nel mercato X, nel momento in cui decida di entrare anche nel mercato Y per svolgere un nuovo servizio Y, predisponga una nuova attività di trattamento. Questo vuol dire realizzare un nuovo *data base* nel quale raccogliere i dati necessari per la nuova attività.

Diversamente, qualche attenzione in più sarà necessaria nel momento in cui l'impresa X decida di offrire il nuovo servizio Y nel mercato Y usando però i dati precedentemente raccolti e trattati per il servizio X. Che questo possa essere un comportamento particolarmente profittabile per grandi multinazionali del digitale, in particolare i cc.dd. soggetti "GAFA", è di facile intuizione laddove la disponibilità di enormi quantità di dati e, soprattutto, la possibilità di incrociarli con i nuovi dati derivanti dall'ulteriore attività potrebbe comportare un vantaggio competitivo distorsivo delle dinamiche nel nuovo mercato. Tale conseguenza può essere evitata applicando il principio di limitazione della finalità del trattamento dei dati personali.

L'art. 5 del Regolamento generale individua i "*principi applicabili al trattamento di dati personali*". Per quanto di interesse per questa trattazione si può quindi ricordare che i dati personali devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in un modo che non sia incompatibile con tali finalità (principio di limitazione della finalità). Ancora, i dati personali trattati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario

rispetto alle finalità per le quali sono trattati (principio di minimizzazione dei dati).

Il principio di limitazione delle finalità si pone come presidio per garantire la fiducia, la prevedibilità, la certezza del diritto nonché l'uso trasparente dei dati personali da parte dei titolari del trattamento. Ma soprattutto può dimostrarsi particolarmente utile laddove vieta che i dati raccolti per un certo trattamento siano poi usati per un ulteriore trattamento non compatibile con quello originario.

Dunque e in modo più corretto, il principio di limitazione della finalità vieta tutti quei trattamenti secondari o ulteriori di dati che siano incompatibili con gli scopi iniziali per i quali erano stati raccolti.

Applicando tale principio al caso pratico oggetto di analisi in questo volume si arriverebbe alle seguenti conclusioni. Se l'impresa X, nel momento in cui entra nel mercato Y basa la sua attività sull'acquisizione di nuovi dati e, quindi, su un nuovo trattamento, *nulla quaestio*. Se invece intende utilizzare i dati già raccolti anche per la nuova attività nell'ulteriore mercato questo potrebbe non essere ammissibile laddove integri una violazione del principio di limitazione delle finalità.

In altri termini, il titolare del trattamento non può utilizzare i dati precedentemente raccolti per un fine ulteriore e incompatibile con quello originario. In questo modo, la normativa in materia di *data protection* produce effetti rilevanti anche ai sensi della tutela della concorrenza laddove impedisce che alcuni soggetti traggano vantaggi competitivi eccessivi, alterando la concorrenza nei mercati e sfruttando dati e asset strategici già in loro possesso e preclusi ai concorrenti.

La questione si sposta così sul concetto di "compatibilità" del trattamento ulteriore con quello originario. In questo caso la compatibilità deve essere valutata non solo alla luce di fattori come il contesto in cui sono stati raccolti i dati, le ragionevoli aspettative degli interessati, la natura dei soggetti che tratteranno i dati, l'impatto di tale ulteriore trattamento e le salvaguardie a tutela dell'interessato, ma anche collegarlo al concetto di "sostituibilità" utilizzato nell'applicazione delle regole di concorrenza per determinare quali prodotti possono essere considerati concorrenti nello stesso mercato.

In questo modo, per considerare un trattamento secondario o alternativo di dati in un nuovo mercato come compatibile col trattamento originario bisognerà verificare anche se il trattamento secondario sia diretto o meno a una finalità sostitutiva di quella originaria. Nel caso in cui un'impresa rielabora i dati già in suo possesso per fornire un altro servizio in un nuovo mercato, se tale servizio appartiene a un mercato del tutto separato e non è concorrente con quello originario, allora questo servizio sarebbe considerato non sostituibile con il servizio per il quale i dati sono stati originariamente raccolti. Pertanto si arriverebbe alla conclusione che i dati siano elaborati per scopi incompatibili e non sostituibili, eventualmente anche all'insaputa degli interessati, e quindi non sarebbero utilizzabili perché in violazione del principio di limitazione della finalità del trattamento. Tale conclusione potrebbe essere più evidente nei casi in cui i due tipi di servizi siano percepiti dai clienti in modo molto diverso.

Ecco quindi che, così come l'applicazione delle regole di concorrenza potrebbe aiutare a evidenziare casi di violazione della legge sulla protezione dei dati, allo stesso tempo quest'ultima può essere utile per evitare distorsioni della concorrenza.

Tale incompatibilità col principio di limitazione della finalità potrebbe essere risolta dal titolare individuando un corretto fondamento di liceità per l'utilizzo ulteriore dei dati già in suo possesso. In particolare, al fine di usare i dati in suo possesso e incrociarli con quelli ottenuti dalla nuova attività, laddove possibile, il titolare potrebbe o richiedere un nuovo consenso agli interessati oppure fare ricorso al legittimo interesse o eventualmente ricorrere alle altre condizioni di cui all'art. 6 del Regolamento generale. Fermo restando che sarebbe preferibile che tali modifiche non avvengano in corso d'opera e che, in ogni caso, siano sempre portate a conoscenza dell'interessato con un'idonea informativa.

Con riferimento al consenso, questo è sicuramente lo strumento che più dà all'interessato il controllo sui propri dati,

anche grazie alla possibilità riconosciuta dall'art. 7, comma 3, GDPR di revocare il consenso in qualsiasi momento.

Ciò non toglie però che l'istituto del consenso rimane tutt'oggi un'arma a doppio taglio per l'interessato. È infatti ormai comprovata la tendenza dell'interessato, o dell'utente di Internet in generale, a non leggere le informative e concedere il proprio consenso con eccessiva superficialità.

In altri casi il titolare del trattamento potrebbe ritenere, in conformità al principio di *accountability*, di fondare il trattamento secondario di dati sulla base del legittimo interesse. Così facendo, fermo il rispetto degli obblighi generali imposti dal GDPR, il titolare eviterebbe l'eventualità che l'interessato non acconsenta al trattamento o revochi il consenso ma si esporrebbe a un più pervasivo scrutinio da parte delle autorità di controllo sul corretto bilanciamento dei suoi interessi con quelli degli interessati.

2.2. RIMEDI EX ANTE AVVERSO TRATTAMENTI ABUSIVI DEI DATI

Di particolare interesse con riferimento all'uso abusivo dei dati già raccolti e poi elaborati in ulteriori mercati per finalità ulteriori sono quei rimedi che rientrano nel concetto di *privacy-enhancing services*. Con tale termine si fa riferimento a quelle tecnologie, tecniche e servizi che tutelano la *privacy* delle persone limitando, riducendo, eliminando o impedendo di raccogliere ed elaborare quei dati non necessari al trattamento ad oggetto. L'importanza e l'interesse per tali sistemi è evidente nella misura in cui vengono a creare dei rimedi *ex ante* già a monte del trattamento, nella c.d. fase zero, impedendo o limitando le possibilità di usi distorti e rischiosi dei dati personali.

In questa categoria rientrano istituti come la minimizzazione dei dati ma anche la limitazione del tempo di conservazione. Particolare attenzione la destano gli istituti della "protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita" di cui all'art. 25 del Regolamento generale e il diritto alla portabilità dei dati di cui all'art. 20 del Regolamento generale.

Con riferimento ai primi, l'art. 25 comma 1 GDPR dispone che il titolare del trattamento metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate per attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati quali la minimizzazione.

Il concetto a cui la norma fa riferimento è quello comunemente conosciuto come *privacy by design* che impone al titolare, già in una fase antecedente e preparatoria del trattamento, di impostare tale trattamento in modo da raccogliere solo i dati pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del trattamento (principio di minimizzazione).

Il secondo comma del medesimo art. 25 impone invece al titolare del trattamento di adottare misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento.

In questo caso ci troviamo in una fase in cui il trattamento dei dati è iniziato e può proseguire secondo diverse modalità. La norma, con riferimento al concetto di *privacy by default*, stabilisce che in assenza di alcun intervento o scelta da parte dell'interessato il trattamento deve svolgersi in automatico secondo le modalità meno invasive della sfera privata dell'interessato e quindi raccogliendo meno dati possibile.

Queste due norme, ancorché non idonee a impedire del tutto o porre rimedio a un uso ulteriore dei dati personali non corretto, possono comunque operare come limite al rischio di trattamenti scorretti riducendo il numero di dati a disposizione del titolare e aumentando la tutela che l'ordinamento appresta nei confronti dell'interessato.

L'art. 20 del Regolamento generale prevede invece il diritto alla portabilità dei dati, per tale intendendosi il diritto dell'interessato di ricevere i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e conseguentemente

il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento, anche direttamente dal vecchio al nuovo titolare.

La valenza di tale norma è specificamente quella di una tutela *antitrust* contro fenomeni di *lock-in*.

Con riferimento al caso di uso secondario di Big data oggetto della presente indagine, questa norma più che una valenza inibitoria ha lo scopo di riequilibrare le posizioni di forza tra i soggetti coinvolti, permettendo all'interessato di spostare i propri dati ad un altro titolare del trattamento esplicitando quindi l'intenzione di ricevere un certo servizio, in via esclusiva o anche cumulativa, da parte di un altro titolare del trattamento.

Dunque, il diritto alla portabilità dei dati potrebbe porsi come strumento di prevenzione di fenomeni di abuso di posizione dominante, sia per esclusione che per sfruttamento, evitando che i consumatori si trovino bloccati in determinati servizi a causa di condizionamenti tecnologici o di altra natura. Inoltre, la portabilità dei dati potrebbe consentire ai consumatori di usufruire dei servizi a valore aggiunto di imprese terze facilitando l'accesso al mercato da parte di concorrenti, aumentando la scelta del consumatore e tutelando la concorrenza.

In concreto quindi, se l'impresa X entra nel mercato Y per offrire il servizio Y, i suoi profitti e quote di mercato potrebbero essere ridotti dalla scelta dell'interessato di preferire comunque di ricevere il servizio da un'impresa già operante nel mercato. Potrebbe essere un'ipotesi poco applicata ma comunque, in astratto, possibile.

Infine, la dottrina ha prospettato ulteriori rimedi *ex ante* avverso l'uso secondario abusivo di Big data. Rimedi però ancora oggetto di valutazione in quanto alcuni rischierebbero di essere rigettati dal mercato e comunque applicabili in presenza di determinate condizioni e salvaguardie.

Tra questi, l'obbligo per una società in posizione dominante di cedere copia dei propri *database*; reintrodurre l'offerta di servizi a pagamento al fine di ridurre al minimo la necessità della raccolta e la conservazione di dati; individuare dei limiti proporzionali per la conservazione dei dati; implementare e incentivare la portabilità dei dati; porre in essere controlli rigorosi e un'interpretazione restrittiva del concetto di "compatibilità" del trattamento ulteriore con quello originario.

3. LA TUTELA DEGLI INTERESSATI È ANCORA POSSIBILE?

(Susanna Sandulli)

Come è stato evidenziato nel corso del presente lavoro, il trattamento dei dati personali, specialmente dei Big data, viene attuato tramite algoritmi che permettono di effettuare previsioni comportamentali e di risultato e che per tale ragione vengono denominati *algoritmi predittivi*.

Gli algoritmi vengono utilizzati per rivelare anomalie, ad esempio mediante l'identificazione delle voci, ovvero applicati attraverso regole di associazione per individuare le abitudini di acquisto guardando al carrello dell'acquirente; l'aspetto che, tuttavia, cattura l'attenzione dei giuristi, i quali si avvicinano da profani ad un mondo governato dalla scienza e dalla matematica, è la *predictive analytics*, in quanto la prevedibilità è diventata fondamentale per il sistema economico moderno.

Ciò porta, inevitabilmente, a chiedersi se finiremo per applicare gli algoritmi anche al mondo giuridico. Sarà un calcolo matematico a determinare la pena o l'attività di valutazione della giustizia sarà ancora affidata al giudice?

Riallacciandosi a quanto detto nel Rapporto dell'anno precedente, occorre partire da un assunto fondamentale, ossia che i dati personali hanno un valore economico fondamentale per il mercato, costituendo il perno della nuova economia, tanto che oltre il 70% delle operazioni finanziarie viene effettuato sulla base degli algoritmi.

Rispetto a questi ultimi, la tematica è stata affrontata anche dal Garante per la protezione dei dati personali, il quale ha sottolineato gli aspetti problematici che la caratterizzano.

Anzitutto, agli algoritmi vengono spesso delegate procedure fondamentali come la raccolta delle impronte digitali, affidando, così, ad una macchina l'aspetto più intimo della persona; essi, pertanto, sono in grado non solo di determinare la nostra percezione della realtà, ma altresì la nostra identità e sotto aspetto può notarsi come siano diverse le problematiche che possono riverberarsi in capo all'interessato.

In primo luogo, identità personale e identità digitale non possono essere più guardate in una prospettiva differente, in quanto il mondo virtuale è in grado di mettere a rischio la sfera privata degli utenti in modo più insidioso rispetto alla realtà materiale: una volta che la notizia è stata immessa nella rete, infatti, sarà molto difficile cancellarla in modo definitivo, in quanto il diritto all'oblio, sebbene espressamente riconosciuto dal Regolamento 2016/679, non può essere sempre esercitato.

Invero, l'art. 17 del Regolamento, nel prevedere il diritto dell'interessato ad essere "dimenticato" dalle banche dati ovvero dei motori di ricerca, stabilisce altresì che il diritto all'oblio non trovi applicazione qualora, ad esempio, il trattamento dei dati personali sia necessario per esercitare il diritto all'informazione, il diritto alla libertà di espressione ovvero per l'adempimento di un obbligo legale; sebbene, *prima facie*, sembri trattarsi di casi specifici, non dobbiamo dimenticare che la problematica principale che concerne il *right to be forgotten* deriva dalle stesse caratteristiche di Internet.

Infatti, nel momento in cui il dato personale dell'utente viene immesso nella rete, l'interessato ne perde il controllo, poiché la notizia può essere eliminata dal sito sorgente ma permanere su altri, magari nascosti e, pertanto, il dato personale è destinato a rimanere nel mondo virtuale per un lasso di tempo indeterminato.

A prescindere dal settore in cui gli algoritmi operino, il problema risiede nel fatto che essi non sono "matematica pura" e, pertanto, non sono infallibili né, soprattutto, neutrali, ma rappresentano il frutto di opinioni umane espresse in forma matematica, le quali, inevitabilmente, risentono dell'epoca storica e delle precomprensioni di chi li determina; difetta proprio quella terzietà che dovrebbe caratterizzare le tecnologie più avanzate.

Questa mancanza di neutralità si ripercuote anche con riferimento alla ricerca di notizie e informazioni *online*. In base alla gerarchizzazione dei siti, gli internauti non approfondiscono la propria conoscenza, ma si limitano a leggere solo una percentuale minima di fonti; si tratta di un problema molto simile a quello affrontato lo scorso anno in tema di *fake news*, per cui l'utente non è alla ricerca della verità, ma solo di una conferma delle proprie opinioni già consolidate.

Per tale ragione, si parla spesso di *big nudging*, intendendo con tale espressione che attraverso gli algoritmi di profilazione si persuade il consumatore ad adottare un comportamento socialmente desiderabile.

In altre parole, il rischio è quello di iniquità e, quindi, come sottolineato dal Presidente Antonello Soro, è necessario predisporre *un'etica dell'algoritmo*.

Le criticità ora evidenziate paiono acuirsi in un'ottica di allargamento del mercato, ossia nel caso in cui un OTT, come Amazon, entri in un mercato differente da quello abituale, giacché, come detto, si potrebbe giungere a distorsioni concorrenziali e ad una condivisione generalizzata dei dati personali, foriera di una paralisi della *privacy*.

Lo sviluppo di queste nuove tecnologie digitali, il moltiplicarsi delle banche dati, la costante condivisione di dati personali attraverso i *social* e il consolidamento dei *brand* tecnologici nell'economia obbligano a ripensare alle forme di tutela per gli interessati; in questo contesto che desta giustificate preoccupazioni, un ruolo fondamentale è quello delle norme del Regolamento GDPR relative alla contestabilità e alla trasparenza del processo decisionale automatizzato, le quali prevedono che il diritto all'autodeterminazione informativa debba essere salvaguardato, in quanto solamente il diritto alla protezione dei dati personali inteso come potere di controllo da parte dell'interessato può fungere da strumento per tutelare la libertà e la dignità del singolo.

Il Regolamento, infatti, pur mantenendo ben saldi gli assiomi della Direttiva 95/46/CE, prevede una serie di ulteriori strumenti al fine di garantire una più efficace protezione dell'interessato e, al contempo, lo sviluppo di un mercato improntato sulla circolazione dei dati personali.

Sono principalmente tre gli istituti che possono assolvere a tale funzione di tutela, ossia il consenso, il diritto di revoca *ex art. 7* e la tecnica della pseudonimizzazione.

Per quanto concerne il consenso, in realtà, può notarsi come larga parte delle volte esso si configuri per lo più come un "atto dovuto"; invero, qualora l'interessato non autorizzi il titolare a trattare i suoi dati personali, egli non potrà accedere al servizio o procedere all'acquisto del bene. Inoltre, come detto, il fenomeno del *no reading* relativo all'informativa indebolisce la funzione di tale istituto di attribuire all'interessato un controllo sui propri dati personali.

Pertanto, sebbene non si possa prescindere dalla manifestazione del consenso, forse si dovrebbe ripensare alle modalità con cui esso viene prestato, ipotizzando, ad esempio, procedure semplificate che permettano all'interessato di comprendere in modo effettivo il significato del trattamento da lui stesso autorizzato.

L'efficacia del consenso può venire meno mediante il ricorso all'istituto della revoca, la quale si configura come un atto recettizio a forma libera attraverso cui si esercita, in ogni tempo e senza condizionamenti, un diritto di natura inderogabile e gratuita.

La revoca è, dunque, espressione di un potere di controllo esercitato dall'interessato e tale istituto, non essendo disciplinato né dalla Direttiva 95/46 né dal Codice della privacy, ad esclusione dei servizi di comunicazione elettronica *ex artt. 123 e 126*, costituisce una delle novità più rilevanti del nuovo impianto normativo; sebbene sia, quindi, necessario attendere i prossimi mesi prima di poter esprimere una valutazione, alcuni dubbi già sussistono in quanto, in assenza di un'espressa richiesta da parte dell'interessato, il titolare del trattamento può conservare i dati personali facendoli circolare e, dunque, contestualmente alla revoca, è necessario richiedere anche la cancellazione.

Infine, una delle novità più rilevanti introdotte dal Regolamento riguarda la tecnica della pseudonimizzazione, la quale viene annoverata dall'art. 25, n. 2, fra le PET (*Privacy Enhancing Technologies*), ossia fra gli strumenti reattivi che limitano solamente i danni a seguito della lesione.

La pseudonimizzazione, la quale viene espressamente indicata al considerando 78 come strumento volto a garantire il rispetto dei principi relativi alla protezione dei dati personali, è una tecnica attraverso cui i dati personali di un individuo non possono essere attribuiti ad un interessato specifico senza che vengano utilizzate informazioni aggiuntive, non risultando, inoltre, necessario il consenso dell'interessato qualora le informazioni siano conservate separatamente; pertanto, come previsto dal considerando 26, i dati pseudonimizzati sono considerati informazioni relative ad una persona fisica identificabile e, dunque, sarà compito del titolare rispettare i principi previsti dalla normativa.

Ciò, tuttavia, non pare sufficiente a garantire una tutela effettiva dell'interessato, in quanto non può escludersi *a priori* un accorpamento delle informazioni aggiuntive con i dati trattati dal titolare, pervenendo, così, all'identificazione dell'interessato.

Tali perplessità, inoltre, paiono aumentare in ragione del fatto che attraverso la *Big data analytic* la possibilità di estrapolare informazione personali anche da meri frammenti non correlati accresce notevolmente il rischio di reidentificazione anche di dati personali *prima facie* anonimi.

Alla luce delle considerazioni ora esposte, sebbene il Regolamento si configuri come un indubbio passo in avanti per garantire una disciplina che si basi sul contemperamento delle due opposte esigenze della protezione dell'interessato e della circolazione dei dati personali nella *data economy*, non può dirsi che il risultato raggiunto sia ancora pienamente soddisfacente; gli strumenti di tutela, infatti, sono ancora pensati in un'ottica meramente successiva ed individuale, quando, invece, sarebbe stato più opportuno introdurre un apparato rimediale che intervenisse in una fase preventiva, rendendo l'interessato maggiormente edotto delle nuove tecnologie e delle diverse attività potenzialmente lesive della

sua *privacy*.

Da quanto sinora brevemente esposto, emerge chiaramente l'opportunità che venga preservato l'intervento umano nel processo decisionale, anche se governato dagli algoritmi; molto spesso, invero, questi sono in grado di incidere in modo significativo anche sui diritti individuali e, dunque, la necessità che un soggetto "diversamente non-neutrale" si affianchi ad essi durante l'elaborazione della decisione pare essenziale, in quanto gli uomini non possono diventare *robot*.

Stiamo già assistendo a mutamenti importanti ed inevitabili del panorama economico internazionale, ma l'uomo non può divenire oggetto di un potere che lo trascende e il limite principale va rinvenuto nel citato concetto di *dignità* e, per tale ragione, la protezione dei dati personali diviene essenziale, si è liberi solamente quando si agisce e non quando si reagisce.

Non bisogna, poi, sottovalutare la circostanza per cui gli effetti collaterali derivanti dalla "discriminazione dell'algoritmo", come nel caso della c.d. giustizia predittiva, assumono una dimensione collettiva ed essendo oramai il mondo moderno proiettato in un'ottica di mercato in cui gli OTT non limiteranno la propria attività al settore di appartenenza, bensì si introdurranno in nuovi ambiti, è opportuno verificare quale sia l'effettivo *discrimen* fra il concetto di vantaggio economico e quello di utilità sociale; certamente questi nuovi scenari economici sono allettanti, ma i loro effetti a favore dei consumatori paiono a breve termine e, pertanto, le nuove tecnologie debbono essere rilette alla luce della disciplina della protezione della *privacy*.

La tradizionale contrapposizione fra l'interesse del mercato-impresa e quella dell'interessato deve essere letta in una chiave diversa da quanto fatto sinora e ciò che occorre fare è rispondere ad una sola domanda: può ancora un mondo improntato sulla *data economy* garantire una tutela completa ed effettiva dell'interessato?

Bibliografia

ALLEGRI M.R., *Ubi socialia, ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018

Article 29 Working Party, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, WP259, 28 November 2017

Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, WP203, 2 April 2013

Article 29 Working Party, *Parere 15/2011 sulla definizione di consenso*, WP187, 13 luglio 2011

BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016

CALIFANO L., COLAPIETRO C., *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto della protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017.

CALIFANO L., *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Roma, 2016

CALIFANO L., *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, a cura di G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino, Roma, 2016

CALIFANO L., *Diritto all'anonimato della madre naturale più "flessibile": la Consulta apre la strada e il Garante privacy la percorre*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 143-145

CALIFANO L., *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, a cura di Licia Califano, Carlo Colapietro, Napoli, 2014, 35-65

CICCIA MESSINA A., BERNARDI N., *Privacy e regolamento europeo*, Milanofiori Assago, 2017

COMMISSIONE EUROPEA, nella COM (2007) 228: "*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Promoting Data Protection by Privacy Enhancing Technologies (PETs)*"

CONSEIL D'EUROPE, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 23 gennaio 2017

D'ORAZIO R., *Protezione dei dati by default e by design*, in S. Sica – V. D'Antonio – G. M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Wolters Kluwer Italia, 2016

DE KERCKHOVE D., *Decidere nell'era della datacrazia*, intervento al Convegno "Decisione robotica", Accademia dei Lincei, Roma, 5 luglio 2018

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014

FINOCCHIARO G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, 2017

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7598686>

Indagine conoscitiva sui Big Data dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

ITMEDIA CONSULTING con il contributo scientifico dell'Università Bocconi, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Roma, Gennaio 2018

LILLÀ MONTAGNANI M., *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018

MAGLIO M., POLINI M., TILLI N. (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, Santarcangelo di Romagna, 2017

MAGNANI A. (a cura di), *Il potere degli algoritmi, cosa sono, come funzionano e perché servono alle aziende*, 30 novembre 2017, *Il sole 24 ore*

PIZZETTI F., *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016

SORO A., *Big Data e Libertà nella dimensione digitale*, Intervento consultabile sul sito <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9036954>

SORO A., *Persone in rete. Dati tra poteri e diritti*, Roma, 2018

SORO A., *Prefazione*, in *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, a cura di G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino, Roma, 2016

SORO A., *Liberi e connessi*, Torino, 2016

TALIA D., *La società calcolabile e i big data: Algoritmi e persone nel mondo digitale*, Soveria Mannelli, 2018

BIBLIOGRAFIA

AA. Vv., *Annuario di diritto dell'energia* 2016, Bologna, 2016

AA. Vv., *Annuario di diritto dell'energia* 2017, Bologna, 2017

Aa. Vv., *Annuario di diritto dell'energia* 2018, Bologna, 2018

Aa.Vv., *Il trading ad alta frequenza. Caratteristiche, effetti, questioni di policy*, Discussion papers Consob, Dicembre 2012

Aa.Vv., *Users Polarization on Facebook and Youtube*, Public Library of Science, 2016, Vol. 11, n. 8

ACCENTURE, *Banking in 2018. 10 key trends to watch*, 2018, su <https://www.accenture.com>

ACCENTURE, *Disruption Nedd Not Be an Enigma*, 2018, 11, su [https://www.accenture.com\[...\]](https://www.accenture.com[...])

ACCENTURE, *Workforce Market Place. Invent Your Future, Technology Vision* 2017, su <https://www.accenture.com>

AGCOM, *Esiti delle attività del Gruppo di Lavoro per l'analisi delle tecnologie di comunicazione dei dati nei sistemi di smart metering*, in www.agcom.it

AGCOM, *Big Data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*; Servizio economico-statistico, giugno 2018, su <http://www.agcom.it>

ALLEGRI M.R., *Ubi socialia, Ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018

AMMANNATI L., *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *Federalismi*, 2018

ADNKRONOS, *Banche, chiuderanno altri 3 mila sportelli*, 2 gennaio 2018, su <http://www.adnkronos.com>

ANEESH A., *Virtual Migration*, Stanford, 2006

ARERA, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, in www.arera.it, 31 marzo 2018.

Article 29 Working Party, *Parere 15/2011 sulla definizione di consenso*, WP187, 13 luglio 2011

Article 29 Working Party, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, WP259, 28 November 2017

Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, WP203, 2 April 2013

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI - Quinto rapporto annuale al parlamento del 20 giugno 2018.

AVITABILE L., *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2017, n. 8

BANCA D'ITALIA, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017, su <http://www.bancaditalia.it>

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices Implications of fintech developments for banks and bank*

supervisors, *Bank for International Settlements*, febbraio 2018,

BISKER J., BREADING M., *Insurance in the Age of Analytics. IBM Watson and the Era of Information-led Transformation, IBM Smarter Insurance*, Executive white paper, aprile 2012, 3-7

BUTTI G., *Banche e DPO*, 6 agosto 2017, su <http://europrivacy.info>

BOFONDI M., GOBBI G., *The Big Promise of Fintech*, in *European economy*, 2017

BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016

BRUCKNER M. A., *Fintech's promises and perils the promise and perils of algorithmic lenders' use of big data*, in *Chicago-Kent Law Review*, 3, 2018

BUZZACCHI C., *La politica europea per i "big data" e la logica del "single market": prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Conc. e merc.*, 2016, 153 e ss.

CALIFANO L., COLAPIETRO C., *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto della protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017

CALIFANO L., *Diritto all'anonimato della madre naturale più "flessibile": la Consulta apre la strada e il Garante privacy la percorre*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 143-145

CALIFANO L., *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, a cura di G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino, Roma, 2016

CALIFANO L., *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Roma, 2016

CALIFANO L., *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, a cura di Licia Califano, Carlo Colapietro, Napoli, 2014, 35-65

CANAVÀ E., *La nuova disciplina europea: novità nel settore bancario*, 15 febbraio 2018, in <http://www.diritto24.ilsole-24ore.com>

CAPPALÀ M., *Social economy, gestione dei dati e tutela della concorrenza*, in *Consumerism 2017. Dalla sharing alla social alla data economy*, in <http://www.consumersforum.it/files/ricerche/Consumerism2017.pdf> 40 e ss.

CARACINO U., MARGARIA R., *Negoziazione algoritmica e mirror trading: dinamiche operative e qualificazioni giuridiche*, in *Rivista di diritto bancario, Approfondimenti*, Settembre 2015

CARDON D., *Che cosa sognano gli algoritmi*, Segrate, 2016

CARLONI E., *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 1° dicembre 2016, 579

CARUSO E., *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 31, n. 95, 2018, 223-264.

CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R. (diretto da), *Concorrenza, Mercato e Diritto dei Consumatori*, Torino, 2018

CASTELLS M., *Comunicazione e potere*, Milano, 2017.

CAUDURO A., *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 1° settembre 2017, 601

CAVANILLAS J. M., CURRY E., WAHLSTER W., *New Horizons for a Data-Driven Economy. A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, Springer Open

CELLINI P., *Economia digitale*, Luiss University Press, 2012

CICCIA MESSINA A., BERNARDI N., *Privacy e regolamento europeo*, Milanofiori Assago, 2017

CIPA (Convenzione Interbancaria per l'Automazione), *Iniziativa in materia di automazione interbancaria e sistema dei pagamenti*, periodo 1.1.2018 – 30.6.2019, aprile 2018, p. 6 su <https://www.cipa.it/attivita/iniziative/iniziative.pdf>

COLLI VIGNARELLI F., *Amazon dichiara guerra alle banche, già erogati, 3 miliardi di prestiti alle piccole imprese*, 12 giugno 2017, in <https://it.businessinsider.com>

COLONNA L., *A Taxonomy and Classification of Data Mining*, in *SMU Sci. & Tech. L. Rev.*, 2013, 16, 309 e ss.

COMANDINI V., *Google e i Mercati dei Servi di Ricerca su Internet*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 3, 2013, 541 e ss.

Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union, Bruxelles COM (2017) 495 final, 15 e ss.

COMMISSION STAFF Working Document, Bruxelles SWD (2017) 2 final

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione "Verso uno spazio comune europeo dei dati" Bruxelles COM (2018) 232 final

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione "Building a European Data Economy", Bruxelles COM (2017) 9 final

COMMISSIONE EUROPEA, *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Bruxelles SWD (2018) 146 final

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union*, Bruxelles COM (2017) 495 final

COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, fasc. n. 3, 2016, 425-460

COLANGELO G., MAGGIOLINO M., *Big Data as Misleading Facilities*, in *Europe an Competition Journal*, n. 249, 2017

COLANGELO M., MAGGIOLINO M., *Uber and the challenges for antitrust law and regulation*, in *Medialaws*, n. 1/2018

COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, COM (2018) 109 final, 8 marzo 2018

COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione riguardante i servizi finanziari destinati ai consumatori: prodotti migliori, maggiore scelta*, COM (2017) 139 final, 23 marzo 2017

COMMISSIONE EUROPEA, *Regolamento delegato UE n. 565/2017, che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva*, 25 aprile 2016

COMMISSIONE EUROPEA, COM (2007) 228: *“Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Promoting Data Protection by Privacy Enhancing Technologies (PETs)”*

CONSEIL D'EUROPE, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 23 gennaio 2017

COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA (CONSOB), *Gestione delle informazioni privilegiate*, Linee Guida Ottobre 2017

COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA (CONSOB), *Relazione per l'anno 2015*, Marzo 2016

CUKIER K., MAYER-SCHÖENBERGER V., *The rise of Big Data: how it's changing the way we think about the world*, in *Foreign Affairs*, Vol. 92(2013), Issue 3, 28 e ss.

D'ORAZIO R., *Protezione dei dati by default e by design*, in S. Sica, V. D'Antonio, G. M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Roma, 2016

Data-Driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being, OECD publishing, Parigi, 2015, 22 e ss.

DATAMATION, *Big Data Trends*, 24 gennaio 2018, su <http://www.datamation.com>

DE KERCKHOVE D., *Decidere nell'era della datacrazia*, intervento al Convegno “Decisione robotica”, Accademia dei Lincei, Roma, 5 luglio 2018

DE LAAT P. B., *Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?*, in *ACM SIGCAS Computers and Society*, September 2017

DEL FUNGO M., *Blockchain ed energy sharing: una rivoluzione nel campo dell'energia?*, in www.altalex.com, 12 luglio 2018

DELOITTE, *Payment 2020*, 6 giugno 2017, su <https://www2.deloitte.com>.

DI RESTA F., *La Nuova “Privacy Europea”. I principali adempimenti del regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Torino, 2018

Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *The implementation of the 2011 White Paper on Transport “Roadmap to a Single European transport Area – towards a competitive and resource-efficient transport system” five years after its publication: achievements and challenges* (SWD (2016) 226 final).

ERNST & YOUNG *The quest for Telematics 4.0 Creating sustainable value propositions supporting car-web integration*, 2013, 1.

EUROPEAN CENTRAL BANK, *Target Instant Payments Settlements (TIPS)*, 9 february 2017, su <https://www.ecb.europa.eu>

EUROPEAN COMMISSION, *Payment Services Directive (PSD2): Regulatory Technical Standards (RRS) enabling consumers to benefit from safer and more innovative electronic payments*, Brussels, 27 november 2017, su <http://www.europa.eu>

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014

- EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Automated Trading Guidelines*, Marzo 2015
- EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Final Report. Draft technical standards on the Market Abuse Regulation*, Settembre 2015
- EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *High-frequency trading activity in EU equity markets*, Economic Report, No. 1, 2014
- EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Order duplication and liquidity measurement in EU equity markets*, giugno 2016
- EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), *Final Report, Guidelines on certain aspects of the Mifid II suitability requirements*, 28 maggio 2018
- EZRACHI A., STUCKE M.E., *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, Oxford Legal Studies Research Paper no. 18/2015 e University of Tennessee Legal Studies Research Paper no. 267, 2015
- FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017
- FALCONE M., *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della "rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2017, 421 e ss.
- FALCONE M., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 1° settembre 2017, 601 e ss.
- FERRARI R., *L'era del fintech*, Milano, 2016
- FERRARINI G., *Regulating FinTech: Crowdfunding and Beyond*, in *European economy*, 2017
- FESTA M. - SERAFINI S., *La trasparenza del mercato immobiliare nell'era dei big data*, in *Quaderni dell'Osservatorio, Appunti di Economia immobiliare*, VI, 2017 31 e ss.
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY (FCA), *Robo advice an FCA perspective*, 2017, su www.fca.org.uk
- FINOCCHIARO G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, 2017
- <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7598686>
- FRANZA E., *Mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione, internalizzatori sistematici ed il direct market access. Criticità emerse in applicazione Mifid I e prospettive nella Mifid II*, in *Riv. dir. bancario, Approfondimenti*, Luglio 2016
- FROLLÀ A., *Banche l'avanzata del fintech accelera la rivoluzione del settore*, 22 gennaio 2018, in <http://www.repubblica.it>
- GAROFALO L., *Psde, per gli OTT che ti fanno anche da banca c'è da aspettare il 2019*, 15 gennaio 2018, su <https://www.key4biz.it>
- GHIDINI G., *Big data fra potere di mercato e potere di orientamento informativo e di opinione*, Relazione svolta in occasione del Convegno "Big data e concorrenza," organizzato a Roma presso l'Università Luiss Guido Carli, con il patrocinio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in data 9 novembre 2016, su www.agcm.it

GIORDANO A., *Come la tecnologia blockchain può rivoluzionare anche il settore energetico*, in www.qualenergia.it, 21 dicembre 2016

HERNAES C., *What Facebook's European payment license could mean for banks*, 12 gennaio 2017, su <https://techcrunch.com>

HOVENKAMP H., *Whatever did happen to the antitrust movement?*, in *Faculty Scholarship*, No 1964, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1964

HUBERTY M., *Awaiting the Second Big Data Revolution: From digital noise to value creation*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, Vol. 15, 2015, 35 e ss.

'Insurtech' will transform insurance, but pace of adoption is slow, Editorial, The Business Times Singapore, April 20, 2018

IEMMA P. CUPPINI, N., ORIGONI G., *Market Abuse Regulation: le norme tecniche di attuazione del Regolamento (UE) n. 596/2014*, in *Riv. dir. bancario, Approfondimenti*, Maggio 2016

Indagine conoscitiva sui Big Data dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

INDRA, *La nuova banca, una piattaforma al servizio del tuo benessere finanziario*, 2017, su <https://www.indracompany.com>.

INFOCERT, *I pilastri della PSD2: più concorrenza e tutele per gli utenti finali*, 6 giugno 2018 su <http://futurodigitale.infocert.it>

Insurance's new normal Driving innovation with InsurTech, Global InsurTech Report, PwC, 2017.

INSURTECH, Mansutti presenta upGRAPE, piattaforma assicurativa che si "ispira" a Netflix (18 aprile 2018) <www.insurzine.com>.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998

ITALIANO G. F., *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. Pizzetti (a cura di) *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 207 e ss.

ITMEDIA CONSULTING con il contributo scientifico dell'Università Bocconi, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Roma, Gennaio 2018

IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2017*, Roma, 27 giugno 2018, 123 e ss.

JEGESON D., *PSD2 e il nuovo standard tecnico RTS per l'autenticazione forte*, 2018 su <http://www.aicel.org>

KELLER B., *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018, 7-10.

KHAN L.M., *The Separation of Platforms and Commerce*, in corso di pubblicazione in *Columbia Law Review*, Vol. 119 (abstract del 15 maggio 2018 in <https://ssrn.com/abstract=3180174>)

KHAN L.M., *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 126:710(2017), 710 e ss., <https://www.yalelawjournal>.

org/note/amazons-antitrust-paradox

LENER R., *La digitalizzazione della consulenza finanziaria: i Robo advice e le regole Mifid*, in FCHUB, 6 giugno 2018

LEONINI L., *Un algoritmo ci seppellirà?*, in Il Mulino, del 6 novembre 2017

LEWIS C., *At last. Faster, fairer, cheaper insurance cover. Disruptor companies are shaking up the industry*, in The Times, Londra, 7 luglio 2018

LILLÀ MONTAGNANI M., *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018

Linee guida ANAC “*Indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013 Art. 5- bis, comma 6, del D.lgs. n. 33 del 14/03/2013 recante Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*”. Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

Linee guida ANAC “*Per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*”. Delibera n. 8 del 17 giugno 2015.

Linee guida *sul diritto alla portabilità dei dati*, Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, versione emendata del 5 aprile 2017, 4

Lloyd’s Lab begins global search for tech talent, Lloyd’s, 11 giugno 2018, su <<https://www.lloyds-lab.com/lloyds-lab-begins-global-search-for-tech-talent>>

LOBIANCO R., *Servizi di mobilità a contenuto tecnologico nel settore del trasporto di persone con conducente: brevi riflessioni sulla natura giuridica del fenomeno Uber*, in Responsabilità Civile e Previdenza, 3, 2018, 1046

LUCAS L., *Chinese money market becomes world’s biggest*, 26 aprile 2017, su <https://www.ft.com>

MAGGIOLINO M., *Big data e prezzi personalizzati*, Conc. e merc., 2016, 95 e ss.

MAGGIOLINO M., *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in V. Falce, G. Colangelo (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell’innovazione*, Bologna, 2017, 45

MAGGIOLINO M., *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018

MAGGIOLINO M., *Il riutilizzo dell’informazione detenuta dal settore pubblico. alcune riflessioni di politica e diritto della concorrenza*, Conc. e merc., 2012, 765 e ss.

MAGLIO M., POLINI M., TILLI N. (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, Santarcangelo di Romagna, 2017

MAGNANI A. (a cura di), *Il potere degli algoritmi, cosa sono, come funzionano e perché servono alle aziende*, in Il sole 24 ore, 30 novembre 2017

MALGIERI G., COMANDÉ G., *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in International Data Privacy Law, Volume 7, Issue 4, 1 November 2017, 243-265

MANDEL M., *The Economic Impact of Data: Why Data Is Not Like Oil*, Progressive Policy Institute, July 2017

- MANNONI S., STAZI G., *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018
- MAYER SCHÖNBERGER V., CUKIER K. N., *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, 2013.
- MAYER-SCHONBERGER V., RAMGE T., *Reinventare il capitalismo dell'era dei big data*, Milano, 2018
- MAXWELL W., DE STEFANO G., *The Connected Car: How European Data Protection, Smart Transport Systems, and Competition Law Intersect*, 4, 2018, 255 e ss.
- MEDIOBANCA, *Websoft. Software & Web Companies (2012-1027)*, R&S - Ricerche e Studi S.p.A. (Area studi Mediobanca), Milano, 14 novembre 2017, 10 e ss, su <https://www.mbres.it/>
- MORANDI F., MORANDI C., FININI L., *Come sviluppare una digitalbank di successo. Un nuovo banking model*, Milano, 2017
- NETCONSULTING 3 – PWC, *Le aziende del Fintech in Italia 2017*, 2018, su <http://www.pwc.com>
- NICITA A., *I big data, la privacy e la prova concorrenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2018
- NICITA A., *Odio, pluralismo e democrazia*, *La Repubblica*, 18 dicembre 2017
- Octo Telematics partner di RCI Bank & Services, Octo Global*, 11 maggio 2018, <<https://www.octotelematics.com/it/news/octo-telematics-partners-with-rci-bank-and>>
- Octo Telematics Partners with RCI Bank and Services to Provide Global Telematics Data Analysis for Vehicles, RCI Bank and Services*, Londra, 20 marzo 2018, <<https://www.rcibs.com/en/news/octo-telematics-partners-rci-bank-and-services-provide-global-telematics-data-analysis-vehicles>>
- OLIVIERI G., *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Rivista delle Società*, fasc. 4, 2017, 815
- OLTREBANCA, *Facebook ha una licenza bancaria. Ora potrebbe offrire prestiti a 2 miliardi di utenti*, 24 gennaio 2018, su <http://www.economyup.it>
- PANETTA I. C., LEO S., *Mobile Payment Industry: Caratteristiche operative e modelli di business*, Milano, 2017
- PARACAMPO M.T., *L'adeguatezza della consulenza finanziaria automatizzata nelle linee guida dell'ESMA tra algogovernance e nuovi poteri di supervisione*, in *Riv. dir. Bancario*, 2018
- PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Direttiva 2014/65/UE, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (Mifid II)*, 15 maggio 2014
- PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Regolamento 596/2014 che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione*, 16 aprile 2014
- PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Regolamento 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012*, 15 maggio 2014
- PARLAMENTO EUROPEO, *Proposta di Risoluzione su Tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*, 28 Aprile 2017
- PASSLER K. H., *"Real" InsurTech Startups do it Differently*, in SABINE L.B. VANDERLINDEN et al. (eds), *The Insurtech Book*, Wiley, Chichester (UK), 2018, 24 e ss.

PERUGINI S., *I mercati della condivisione sociale in Europa e in Italia. Il ruolo cruciale dell'AGCM*, in *Consumerism 2016. Dalla sharing alla social economy*, su http://www.consumersforum.it/files/eventi/2016/Report_sito_CF.zip, 35 e ss.

PERUGINI S., *Social economy e tutela del consumatore: il ruolo dell'AGCM*, in *Consumerism 2017. Dalla sharing alla social alla data economy*, in <http://www.consumersforum.it/files/ricerche/Consumerism2017.pdf>, 29 e ss.

PISAPIA A., *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Torino, 2018

PITRUZZELLA G. *Fintech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-credizio-assicurativo*, Intervento al Convegno ABI, 10 maggio 2018, p. 20, su <https://www.startmag.it>

PIZZETTI F., *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016

PIZZETTI F., *Privacy e il Diritto Europeo alla Protezione dei Dati Personali. Il Regolamento Europeo 2016/679*, Torino, 2016

PONTI B., *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa. I limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2007, 991 e ss.

PORRINI D., *Asimmetrie Informative e Concorrenzialità nel Mercato Assicurativo: che Cosa Cambia con i Big Data?*, in *Conc. e merc.*, 1, 2016, 139

POZZOLI L., LUPO D., SCATTONE C., *The open Banking Quantum Leap*, White Paper, NTT Data, 2018, 3, su <https://it.ntt-data.com>.

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, 26.4.2018, COM (2018) 238 final;

RICCIARDI VALENTINO, *InsurTech Definition as Its Own Manifesto*, in SABINE L.B. VANDERLINDEN, SHAN M. MILLIE, NICOLE ANDERSON, SUSANNE CHISHTI, *The Insurtech Book*, Wiley, Chichester (UK), 2018, 6 e ss.

RIVA G., *I social network*, Bologna, 2016

RODOTÀ S., *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Bari, 2014, 33-40

RUTHEMEIER ALEX e CHRISTIAN MACHT, *Digital Transformation in Insurance- Four Common Factors from Other Industries*, in SABINE L.B. VANDERLINDEN et al. (eds), *The Insurtech Book*, Wiley, Chichester (UK), 2018, 13 e ss.

SABBATINI P., *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato, concorrenza regole*, 3, 2012, 495-518

SÁNCHEZ A., CARRO B., *Digital Services in the 21st Century: a Strategic and Business Perspective*, IEEE Press, New York, 2017.

SANTAMBROGIO G., *Il sistema delle banche di fronte alle nuove sfide competitive*, 2018, su <https://rulingcompanies.org> preda

SAVINO M., *Il F.O.I.A. italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo - il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 5, 593

SCHENA C., TANDA A., ARLOTTA C., POTENZA G., *Lo sviluppo del Fintech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni Fintech CONSOB*, 2018

SCHUMPETER JOSEPH A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Oxon, Routledge Classics, 2010, 71 e ss.

SEGANTINI E., *Regolamentare oppure no? Il dilemma dei big data*, in "Corriere della Sera", 19 giugno 2018

SHAPIRO C., *Antitrust in a Time of Populism*, 24 ottobre 2017, in corso di pubblicazione in *International Journal of Industrial Organization*, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3058345>

SIMONETTA B., *Amazon si accorda con Merrill Lynch: Bezos presta soldi alle aziende*, in *Il Sole 24 ore.com*, 16 febbraio 2018

SIMONETTA B., *Ecco le app digitali che hanno rivoluzionato i pagamenti e ora puntano al credito*, 13 gennaio 2018, su <http://www.ilsole24ore.com>

SORO A., *Big Data e Libertà nella dimensione digitale*, Intervento consultabile sul sito <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9036954>

SORO A., *Liberi e connessi*, Torino, 2016

SORO A., *Persone in rete. Dati tra poteri e diritti*, Roma, 2018

SORO A., *Prefazione*, in *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, a cura di G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino, Roma, 2016

SUSANI L., LEONARDI M., RANCI P., *Poveri d'energia*, Bologna, 2016

TALIA D., *La società calcolabile e i big data: Algoritmi e persone nel mondo digitale*, Soveria Mannelli, 2018

TENCATI A., *Gli operatori finanziari creditori dei consumatori*, Vicalvi, 2016, 207 e ss.

The Blockchain Insurance Industry Initiative. By the Market, for the Market, <<https://b3i.tech/home.html>>

TORRINI S., *Fintech, che cosa succederà con l'ingresso di Apple, Alibaba, Amazon, Google e Facebook*, 15 maggio 2018, su <http://www.startmag.it>

TUCKER DARREN S., wellfordhill b., *Big Mistakes Regarding Big Data*, dicembre 2014, su <http://www.antitrustsource.com>

TURNER DAVID, MICHAEL SCHROECK e REBECCA SHOCKLEY, *Analytics: The real-world use of big data in financial services*, IBM Institute for Business Value in collaborazione con la Saïd Business School, University of Oxford, maggio 2013

VALSANIA M., *Jp Morgan, Amazon e Buffett alla rivoluzione del welfare*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2018

VAN 'T SPIJKER A., *The New Oil: Using Innovative Business Models to turn Data Into Profit*, Technics Publications, LLC, USA, 2014

VANNUCCHI G., *Internet e le dinamiche dei ruoli degli OTT ("Over the Top") e Telco nel panorama ICT*, in *Mondo Digitale*, novembre 2015, 1 e ss.

VELLA A., *I «digital payments» riscriveranno strategie e operatività delle banche*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 settembre 2017

VERKHOVODOV A., *Insurance-as-a-service: an introduction* in < www.medium.com >

VESSIA F., *Big Data e Profili di Concorrenza*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un*

mercato unico tecnologico dei servizi finanziari, Torino, 2017, 92 e ss.

WORLD ECONOMIC FORUM AND DELOITTE, *The Future of Financial Services – How disruptive innovations are reshaping the way financial services are structured, provisioned and consumed*, Giugno 2015, su http://www3.weforum.org/docs/WEF_The_future__of_financial_services.pdf

ZATTERIN M., *I nostri istituti fuori gioco, se non innovano. Amazon può diventare un big del credito*, 2 gennaio 2018, su <http://www.lastampa.it>

ZECH H., *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11, 2016, 460 e ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Medialaws*, n. 2/2018

ZENO-ZENCOVICH V., *Ten Legal Perspectives on the “Big Data Revolution”*, in *Conc. e merc.*, 1, 2016, 29 e ss.

ZORLONI L., *Bonifici istantanei: cosa sono, quando partono, chi può farli*, 22 novembre 2017, su <http://www.wired.it>

ZUBOFF S., *“Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization”*, 2015

www.agcm.it

www.agcom.it

www.arera.it

www.ec.europa.eu

www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2018-04_joint_committee_final_report_on_big_data.pdf. https://eiopa.europa.eu/Publications/Reports/08.0_EIOPA-BoS17-165_EIOPA_InsurTech_Roundtable_summary.pdf.

www.insuranceblockchainsandbox.com/.

Gli Autori

GLI AUTORI

Antonio Affinito

Dottorando di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Francesca Andreani

Dottoranda di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Valentina Angelini

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Fabio Bassan

Professore ordinario di Diritto internazionale – Università Roma Tre

Giorgia Biferali

Assegnista di ricerca in Grande distribuzione organizzata e abuso di dipendenza economica – Università Roma Tre

Dottore di ricerca in Diritto Privato per l'Europa – Università Roma Tre

Marco Cappai

Dottorando di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Aldo Corvino

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Guido d'Ippolito

Dottorando di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Vincenzo Floccari

Dottorando di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Alfonso Ingenito

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Cristiana Lauri

Dottore di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori – Università Roma Tre

Andrea Luberti

Magistrato

Dottore di ricerca presso la Scuola dottorale internazionale di diritto ed economia "Tullio Ascarelli"

Paolo Occhiuzzi

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Funzionario a contratto presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Francesca Pellicanò

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Funzionario di ruolo presso l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Rosaria Petti

Dottorando di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Sara Perugini

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Funzionario di ruolo presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Serafina Piantedosi

Dottoranda di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Maddalena Rabitti

Professore ordinario di Diritto dell'economia – Università Roma Tre

Liliana Rossi Carleo

Professore emerito di Diritto privato – Università Roma Tre

Angelica Saccoccio

Dottoranda di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Susanna Sandulli

Dottoranda di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Camilla Tabarrini

Dottoranda di ricerca in Diritto Mercato e Persona – Università Ca' Foscari

Imprese e loro associazioni di categoria

AGOS



UNIONCAMERE



FEDERDISTRIBUZIONE
LE AZIENDE DELLA DISTRIBUZIONE MODERNA



INTESA  SANPAOLO

Posteitaliane



UPA
UTENTI PUBBLICITÀ ASSOCIATI



Associazioni di Consumatori





Consumers' Forum è un'associazione indipendente e unica in tutta Europa che dal 1999 riunisce imprese e consumatori per facilitare il dialogo, promuovere le politiche consumeriste e migliorare la qualità di vita dei cittadini.

Fanno parte di Consumers' Forum le più importanti associazioni di consumatori, istituzioni, numerose imprese industriali e di servizi e le loro rappresentanze.

L'associazione è luogo di confronto sui diritti dei consumatori e favorisce il "dialogo aperto" tra le parti.

Consumers' Forum

Via degli Scipioni, 8 00192 Roma RM
tel. 06-39725486 fax 06-39887519
segreteria@consumersforum.it
www.consumersforum.it

