

Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali

La regolazione dei mercati
in trasformazione

a cura di

L. Ammannati, A. Canepa,
G.L. Greco, U. Minneci



Giappichelli

Sezione I

*Verso la regolazione
delle piattaforme digitali*

Verso un diritto delle piattaforme digitali?*

Laura Ammannati

SOMMARIO: 1. Alcuni temi di contesto. – 2. Regolazione e concorrenza di fronte all’innovazione. – 2.1. Nuove imprese e nuovi servizi. – 2.2. Quali regole? – 3. Piattaforme, *Big Data* e algoritmi.

1. Alcuni temi di contesto

Negli anni recenti la *platform economy* ha rappresentato, secondo un’espressione usata ormai nel linguaggio corrente, una ‘innovazione epocale’. Il modello di *business* centrato sulla piattaforma si è diffuso in molte aree dell’economia. In più l’evoluzione tecnologica ha prodotto una differenziazione tra le varie tecnologie, dalle piattaforme di prima generazione come Google e Yahoo alla creazione dei mercati on line come eBay o Amazon fino alla più recente generazione che ha interessato l’economia dei servizi (da Uber e Lyft a Airbnb a Taskrabbat alle piattaforme di *crowdfunding* o *social lending* solo per fare qualche esempio).

Le relative imprese si differenziano significativamente in considerazione dei mercati di riferimento, del grado di potere che esercitano all’interno dei rispettivi mercati e dei conseguenti effetti delle loro attività sulla concorrenza. Inoltre, ciò che in particolar modo distingue le piattaforme più recenti dalle altre, è la loro intrinseca capacità di trasformare i mercati, le imprese che producono beni e servizi e le relative transazioni.

Le piattaforme non sono soltanto una sfida per i tradizionali modelli di *business* ma anche per legislatori e regolatori. Infatti il dibattito sulle regole reagisce a quelle ‘minacce’ che hanno ad oggetto il crescente potere delle piattaforme sui mercati, gli effetti sul mercato del lavoro così come la tutela di consumatori e utenti e dei dati che essi forniscono costantemente.

La ‘rivoluzione’ delle piattaforme digitali, in particolare di quelle che operano sui mercati dei servizi, è stata definita in vari modi. I nomi più usati soprattutto in

* Questo contributo riproduce, con qualche modifica di stile, un articolo pubblicato su *federalismi.it* (3 aprile 2019). Una prima versione dell’articolo era stata presentata al convegno “*I servizi di pagamento nell’era della digitalizzazione: innovazione tecnologica, esigenze della clientela e regolazione*” (Taormina, 15-16 febbraio 2018).

una prima fase sono stati *sharing economy*¹ o *P2P economy*² o *on-demand economy*³. Tuttavia nessuna di queste definizioni sembra catturare completamente l'essenza del mutamento di paradigma riguardo i modi in cui si produce, si lavora, si consuma, si finanziano attività, e così via.

La stessa Commissione Europea nella comunicazione sul mercato unico digitale⁴ ha incontrato difficoltà nel definire il termine piattaforma anche se, invece, nel documento che apriva la consultazione sul tema si faceva riferimento alla piattaforma come all'impresa che opera su mercati "bilaterali" o "multilaterali" (*two/multi – sided markets*)⁵ in quanto, grazie alla tecnologia, sono in grado di mettere in contatto gruppi differenti di utenti ed in particolare quelli di compratori e venditori.

Al di là di questo confronto definitorio che ha portato, almeno in una prima fase, ad enfatizzare un elemento piuttosto che un altro, qui il termine piattaforma sarà utilizzato nella sua accezione generica per indicare un intermediario specializzato nel promuovere il coordinamento di due o più gruppi di soggetti diversi. In più non bisogna dimenticare che queste imprese non hanno che pochi *asset* reali e che il loro valore è racchiuso nella tecnologia e nell'innovazione, nel loro brand e nella platea degli utenti.

In questo senso un'opinione originariamente condivisa, ma poi messa in dubbio dalla 'giurisprudenza Uber', è che le società che usano le piattaforme si caratterizzino non tanto per la vendita di servizi o prodotti quanto per consentire accessi al software o, per meglio dire, all'algoritmo che mette in relazione gruppi di soggetti interdipendenti.

E ancora, la piattaforma non rappresenta un nuovo paradigma solo per la definizione dei modelli di *business* in costante evoluzione ma anche per molte ca-

¹ In sintesi la *sharing economy* è stata definita come "any marketplace that uses the Internet to bring together distributed networks of individuals to share or exchange otherwise underutilized assets" e comprende beni o servizi condivisi o scambiati "for fee or for free" (v. il report elaborato per la FTC da KOOPMAN, MITCHELL, THIERER, *The sharing economy: issues facing platforms, participants, and regulators*, Mercatus Center-Georg Mason University, Arlington, maggio 2016, p. 2).

² Questa definizione è stata proposta in particolare con riferimento alle piattaforme di intermediazione caratterizzate dalla fluidificazione del confine tra consumatori e prestatori e realizzano transazioni decentralizzate tra individui atomizzati (v. FINGLETON, STALLBRASS, *Imprese peer-to-peer, regolamentazione e concorrenza*, in MCR, 2015).

³ MASELLI, LENAERTS, BEBLAVY, *Five things we need to know about the on-demand economy*, in CEPS Essay, 2016, ritengono la definizione di *sharing economy* precisa ma restrittiva e più adeguata quella di *on-demand economy* come area che può racchiudere tre gruppi, cioè (1) la stessa *sharing economy*, (2) le piattaforme che prevedono un'asta per la fornitura del servizio e (3) la c.d. *product-service economy* che consiste in una relazione *business-to-consumer*.

⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final (6 maggio 2015).

⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, September 2015 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>).

tegorie tradizionali del diritto, dalle regole per la tutela del consumatore, a quelle relative ad autorizzazioni e licenze, o alla organizzazione dei servizi e dei mercati finanziari, alle regolazioni urbanistiche, alle regole in materia di concorrenza.

In questo quadro una questione aperta è se le piattaforme debbano essere regolate. Ed eventualmente in che modo. Comunque l'interrogativo che si è posto fin dall'inizio riguarda l'oggetto della regolazione. Cioè se questo sia rappresentato dalla piattaforma in quanto tecnologia o, in altri termini, dall'algoritmo su cui si fonda.

In ogni caso legislatori e regolatori non possono sottrarsi dall'affrontare il tema della relazione tra regolazione e tecnologia laddove questa muta l'assetto dei mercati, dei rapporti (anche contrattuali) tra nuovi operatori e utenti, i caratteri dell'attività e, non da ultimo, le preferenze e i comportamenti degli individui. La piattaforma non soltanto riduce, come detto frequentemente, i costi di transazione. Piuttosto modifica la natura stessa della transazione differenziandola da quella tradizionale in quanto induce nuove preferenze e quindi un diverso tipo di domanda.

Il fatto che i meccanismi incorporati nella tecnologia influenzino e trasformino i comportamenti degli individui ci riconduce all'idea che la tecnologia sia in modo crescente utilizzata con intento 'normativo'. Infatti, già negli anni '90, riflettendo sui mutamenti in atto da almeno un paio di decenni, autori come Reidenberg⁶ o Lessig⁷ hanno coniato espressioni come "*lex informatica*" o "*code is law*" nel senso che nell'era del c.d. cyber-spazio la tecnologia rappresenta un ulteriore modo di regolazione dei comportamenti umani. Il codice è, quindi, una forma di regolazione che definisce il tipo di azioni consentite o impedita. In questa prospettiva ha senso ricordare che Lessig ha avuto il merito di evidenziare come hardware e software condizionino il comportamento degli attori che si confrontano nel cyber-spazio⁸.

Anche in considerazione del difficile rapporto tra tecnologia e regolazione, il ruolo e la posizione delle piattaforme può essere considerato da una diversa angolazione contrapponendo un approccio 'funzionale' a quello tipicamente 'strutturale'. In questa prospettiva la regolazione dovrebbe essere mirata principalmente alla funzione della piattaforma come "*gatekeeper*", in quanto grazie al controllo sul flusso dei dati può decidere chi è abilitato o meno ad accedere alla infrastruttura⁹.

Certamente la crescente attenzione da parte del legislatore e dei regolatori per questo aspetto è stata indotta dal costante incremento del valore commerciale della raccolta dei dati e del loro utilizzo accresciuto in modo esponenziale

⁶ REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in 76 *Tex. L. Rev.* 553 (1997-1998), (http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/42).

⁷ LESSIG, *Code And Other Laws Of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

⁸ Termine che include tutti i sistemi digitali di connessione, acquisizione e condivisione delle informazioni – dagli smartphone ai terminali GPS –, ma il termine è divenuto sinonimo di Internet.

⁹ La contrapposizione tra i due approcci in LYNKEY, *Regulating 'Platform Power'*, in *LSE Working papers* 1/2017, p. 4 ss.

grazie alla rapida diffusione dell'uso delle piattaforme da parte di un enorme numero di utenti. Di conseguenza un obiettivo fondamentale appare quello di tutelare l'utente attraverso strumenti di protezione dei dati personali.

In questo contesto è necessario fare fin da adesso un riferimento agli strumenti di profilazione dell'individuo secondo la definizione data dal GDPR¹⁰. In effetti tali strumenti possono assumere una rilevanza pervasiva nel momento in cui i c.d. algoritmi di profilazione utilizzano la vasta quantità di informazioni personali prodotte e raccolte nel web anche unitamente a quelle provenienti dal meccanismo dei *cookies*¹¹.

Allo stato attuale si sta assistendo ad una forte espansione su tutti i mercati come quelli finanziari o dei servizi e del commercio della nuova generazione di algoritmi che prende decisioni, conclude negoziazioni e esegue transazioni al posto del consumatore e dell'utente. Basti ricordare come nella vita quotidiana i c.d. 'assistenti digitali' (Siri, Google Assistant, Alexa o Cortana, solo per citare i più noti) non solo ci forniscono le informazioni quanto piuttosto anticipano ed esaudiscono nostri bisogni e richieste¹². La questione cruciale, non ancora sufficientemente analizzata, è che questo radicale cambiamento tecnologico mette a rischio la capacità umana di compiere scelte autonome. Si pone, quindi, come obiettivo irrinunciabile capire se e, se sì, a quali condizioni possiamo decidere di rinunciare alla propria libertà di scelta.

Tuttavia, il lato 'positivo' della profilazione mostra come questa tecnologia possa produrre benefici in vari settori ed anche in quello finanziario. Infatti la prospettiva di una segmentazione granulare potenzialmente migliore della clientela non ha ricadute solo sulle strategie di marketing ma può migliorare la qualità dei prodotti e servizi adeguandoli alle preferenze degli utenti e, come già accennato, può condurre ad una riduzione dei costi e consentire l'accesso a un crescente numero di servizi e beni¹³.

¹⁰ Regolamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati (art. 4, c. 4).

¹¹ MATTASSOGLIO, *Algoritmi e regolazione: mito o realtà*, 8 (paper presentato al 4° Convegno ADDE, Venezia 29-30 novembre 2018), ora in ANTONUCCI, DE POLI, URBANI (a cura), *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 57-65.

¹² STUCKE, EZRACHI, *Is Your Digital Assistant Devious?*, in *Legal Studies – The University of Tennessee, Research Paper #304*, September 2016; GAL, *Algorithmic challenges to autonomous choice*, 2017 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2971456).

¹³ Tra l'altro l'European Banking Authority nel *Report on innovative uses of consumer data by financial institutions* (28 June 2017) afferma che "the EBA considers that, if risks are mitigated, innovative uses of data may have benefits for consumers by enhancing product quality and offering them more tailored services adapted to their needs and a better insight into their financial situation. They might also lead to cost savings for consumers, although not necessarily through cost savings on marketing campaigns achieved by financial institutions being passed on to consumers, which remains questionable, but for example through offering consumers targeted discounts with specific trading partners. In turn, financial institutions may also benefit from enhanced cost/revenue efficiency, better risk management and regulatory compliance" (p. 9).

Non da ultimo, in questo contesto si pone anche il problema di indagare se l'accumulo di *big data* da parte delle piattaforme, così come la loro crescita dimensionale, non rappresentino una minaccia anche per la concorrenza¹⁴.

Non è possibile qui trattare in modo approfondito tutte le tematiche appena indicate. Mi limiterò a ritornare su alcuni elementi che consentano di iniziare una riflessione, da un lato, sulle possibili strategie di regolazione adeguate a bilanciare tutela dei diritti ed evoluzione tecnologica e, dall'altro, sul crescente potere delle piattaforme come 'controllori' dei flussi informativi che pone problemi di una *governance* dei dati che abbia ad oggetto la relazione tra protezione e mercato dei dati e gli effetti di una eventuale regolazione¹⁵.

2. Regolazione e concorrenza di fronte all'innovazione

Come anticipato, il nostro discorso fa riferimento prevalentemente alle piattaforme che forniscono servizi, ed in particolare quelli finanziari. In prima approssimazione è utile ricordare alcuni dei più evidenti effetti dell'attività delle piattaforme.

Innanzitutto l'introduzione delle piattaforme digitali e l'automatizzazione di molti processi influisce sulla riduzione dei costi di transazione. Infatti, almeno a prima vista, sempre più i costi di ricerca, negoziazione, decisione e *enforcement* sono sostituiti dall'operatività dell'algoritmo che riduce l'intervento umano e, presumibilmente, l'incertezza e le difficoltà nella negoziazione e nella decisione come nel caso di fissazione del prezzo di servizi o di beni. Le metodologie basate su algoritmi tendono a ridurre i processi di elaborazione di un giudizio ad una serie finita di passaggi che si presume possano, ad esempio, razionalizzare le operazioni finanziarie e sostituire a intermediari inefficienti sistemi di decisioni sane e corrette. In secondo luogo, se si guarda all'innovazione tecnologica in un'ottica comportamentale, è evidente che si producono nuovi comportamenti dei consumatori e nuovi stili di approccio alle attività economiche. In effetti gran parte del valore prodotto dalle nuove tecnologie sta proprio nella differenziazione rispetto ai tradizionali modelli. Inoltre, l'enorme massa di dati raccolti e disponibili per essere organizzati e utilizzati consente, come già accennato, una segmentazione granulare degli utenti dei servizi e un crescente perfezionamento della profilazione che, a seconda dei mercati, può avere effetti negativi incrementando i profili di rischio come nel caso del mercato assicurativo *retail*¹⁶ o

¹⁴ V. tra l'altro COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *MCR*, 3, 2016.

¹⁵ V. il rapporto *Economia dei Dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, realizzato da IT Media Consulting e Università Bocconi, gennaio 2018.

¹⁶ V. sul punto lo studio svolto dalla Financial Conduct Authority (FCA) sull'uso dei *big data* nel mercato assicurativo: *Call for Inputs: Big Data in retail general insurance*, November 2015, in particolare p. 10 ss. sui mutamenti derivanti dalla micro-segmentazione del rischio e dalle politiche di prezzo per gli utenti.

può avere effetti discriminatori derivanti da politiche di prezzo. Ma su questo torneremo più avanti.

Infine, un ulteriore effetto riguarda la reciproca posizione sui mercati degli operatori tradizionali e dei *new comers*, cioè gli operatori di piattaforme digitali che realizzano transazioni in base ad algoritmi. Cioè se questi ultimi siano in competizione con le imprese tradizionali sfidandole sul loro stesso mercato oppure se si ricavano un proprio e nuovo mercato piuttosto che aggiungere semplicemente un competitore su un mercato già esistente¹⁷. In tal senso, come è sottolineato con grande efficacia nel rapporto della *House of Lords* del 2016 la crescita dell'economia digitale produce una profonda incertezza riguardo l'applicazione di una regolazione, per lo più disegnata nel periodo pre-digitale, ai nuovi modelli di *business*. "The dynamics of the digital economy ... disrupt existing markets and simultaneously challenge the (sector specific) rules that govern those markets". Di conseguenza gran parte delle attività digitalizzate si collocano "above the law"¹⁸. In sintesi il tema che regolatori e legislatori si trovano ad affrontare è se l'innovazione può essere ricondotta all'interno del preesistente panorama legale e regolatorio utilizzando una regolazione tradizionale oppure se è necessario immaginare regolazioni differenziate in considerazione della diversità dei servizi offerti ma anche delle specificità della tecnologia.

2.1. Nuove imprese e nuovi servizi

Sul punto relativo alle regole applicabili alle piattaforme e ai servizi che esse forniscono un esempio paradigmatico è rappresentato dal caso Uber. Comunque, al di là di questo particolare caso, il settore del trasporto ha visto la nascita di diverse tipologie di piattaforme: da una parte, appunto, le piattaforme che offrono servizi di intermediazione su richiesta e con finalità commerciale, dall'altra, "le piattaforme attraverso le quali si promuovono forme di condivisione di servizi di trasporto di natura non commerciale, 'di cortesia', rese in modo non professionale da conducenti che condividano, in tutto o in parte, con una o più altre persone messe in contatto tramite servizi dedicati forniti da intermediari anche attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici, un itinerario prefissato dal conducente, percorso con un mezzo di loro proprietà"¹⁹. In questo secondo caso il riferimento è a piattaforme tipo BlaBlaCar che si qualifica come piattaforma di *carpooling* e per le sue caratteristiche è diversa da quella di Uber.

Tuttavia anche fenomeni di *shared mobility* dove la piattaforma si limita ad in-

¹⁷LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Research Paper*, No. 16-212, University of San Diego, March 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2742380), p. 19.

¹⁸THE HOUSE OF LORDS EU Internal Market Sub-Committee, *Online Platforms and the EU Digital Single Market*, 2016, §§ 373-374.

¹⁹Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), *Atto di segnalazione al Governo e Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità*, del 21 maggio 2015, pp. 5-6.

intermediare domanda e offerta, senza influire sulla attività e limitando l'aspetto economico a forme di condivisione delle spese, possono avere effetti di grande rilievo sui servizi di trasporto, sulla loro organizzazione nonché sul loro finanziamento. Nel caso di una piattaforma come BlaBlaCar è evidente l'effetto di sostituzione dei tradizionali servizi di trasporto di medio-lunga distanza grazie ad un uso più efficiente e sostenibile dei veicoli privati. La potenziale espansione dell'effetto di sostituzione dei servizi tradizionali di trasporto pubblico di medio-lunga distanza (treni e autobus) può condurre, oltre che ad una contrazione degli introiti degli operatori tradizionali, pubblici e privati, che può ripercuotersi sul finanziamento delle infrastrutture, ad una riduzione della frequenza del servizio e quindi ad una minore garanzia della sua continuità, intesa come uno dei tratti costitutivi della erogazione dei servizi di interesse economico generale²⁰.

Infatti il trasporto pubblico di passeggeri, secondo la definizione del Regolamento CE del 2007, include "i servizi di trasporto di passeggeri di interesse economico generale offerti al pubblico senza discriminazione e in maniera continuativa". In questa sequenza a cascata si colloca un altro fondamentale elemento, cioè il finanziamento degli obblighi di servizio pubblico che potrebbe trovare un ulteriore limite nei minori introiti degli operatori. Da un altro punto di vista, quello del rapporto tra servizi pubblici di trasporto di medio-lunga distanza e trasporto urbano, gli scenari possibili sono diversi a seconda che l'espansione della *shared mobility* nel trasporto urbano produca una contrazione della proprietà privata dei veicoli e quindi, indirettamente, un incremento della domanda di trasporto pubblico di lunga distanza. Oppure prosegua il trend visibile in alcune aree per cui, ad esempio, il *carpooling* di lunga distanza abbia una crescita più rapida della sostituzione delle auto private nelle aree urbane.

È quindi opportuno verificare se la soluzione più adeguata consista, come proposto dal Parlamento europeo, in una "integrazione" nel quadro regolatorio esistente delle soluzioni offerte dalla *shared mobility* (*carsharing*, *bykesharing*, *carpooling*, ed anche Uber), sebbene con qualche specifico adattamento. Perciò si deve avere particolare attenzione agli effetti di queste nuove forme di trasporto sull'ecosistema esistente, cioè sugli obiettivi prioritari della politica dei trasporti come de-carbonizzazione, sicurezza, riduzione delle congestioni, spostamento tra i vari modi di trasporto, e così via²¹.

La revisione delle politiche dei trasporti così come delle strategie di regolazione non può prescindere dai mutamenti, anche comportamentali, indotti dall'innovazione tecnologica, in quanto i nuovi sistemi di *data mining*, grazie alla vasta platea di riferimento, acquisiscono informazioni di enorme valore sui passeggeri, i loro movimenti, consumi e abitudini, sulla loro localizzazione fisica e

²⁰ Il primo servizio di interesse economico generale ad essere modificato radicalmente dalla digitalizzazione e dal conseguente effetto di sostituzione è stato quello postale.

²¹ V. in particolare lo studio elaborato per il Parlamento europeo e pubblicato in EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES-STRUCTURAL AND COHESION POLICIES, *Infrastructure funding challenges in the sharing economy*, 2017, p. 68 ss.

così via, nonché sullo stato e l'utilizzo delle infrastrutture nel senso ampio del termine.

A di là del tema, pur cruciale, della raccolta e organizzazione dei dati che accomuna le diverse tipologie di piattaforme, una prima risposta alla domanda se la piattaforma vada ricondotta all'interno del preesistente panorama legale e regolatorio o se sia necessario immaginare regolazioni differenziate è stata fornita dalla Corte di Giustizia. Come noto, nella decisione sul caso Uber assimila le attività (di trasporto) esercitate dai diversi attori del mercato ed estende regole e standard tradizionali ai nuovi operatori.

La Corte ha confermato quanto sostenuto dall'Avvocato Generale nelle conclusioni del maggio 2017, e cioè che la piattaforma Uber “non si limita a mettere in relazione domanda e offerta, ma crea, essa stessa, l'offerta, oltre a disciplinarne le caratteristiche essenziali e a organizzarne il funzionamento”. Quindi non può essere vista come “un semplice intermediario tra conducenti e passeggeri” e sarebbe errato “equiparare Uber alle piattaforme di intermediazione”. Al contrario, Uber “funge da vero e proprio organizzatore e operatore di servizi di trasporto urbano” dal momento che “la prestazione di messa in contatto del passeggero con il conducente non è [...] né autonoma, né principale rispetto alla prestazione di trasporto”²². Nella sua sentenza la Corte ha ribadito 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”²³.

Non è questa la sede per un discorso più approfondito sulla posizione di Uber contrapposta al regime tradizionale dei taxi. Tuttavia, riguardo l'assimilazione delle attività e la sottoposizione alle stesse regole sostenuta dalla Corte europea, una recente sentenza statunitense fornisce elementi di riflessione che vanno al di là dello specifico settore. Infatti questa afferma che il possesso di una licenza (o di un titolo autorizzativo equivalente) conferisce un diritto esclusivo a utilizzare il prodotto soggetto a licenza, ma non riconosce alcun diritto a vietare ad un concorrente di offrire un prodotto sostitutivo e conseguentemente

²² V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar nella causa C-434/15 – Asociación Professional Elite Taxi c. Uber System Spain SL – dell'11 maggio 2017, nn. 43, 56, 57, 61, e 65. Inoltre l'esercizio da parte di Uber di un servizio di trasporto è confermato, sempre a giudizio dell'Avvocato Generale, dal fatto che l'applicazione Uber contiene anche un sistema di valutazione della condotta dei conducenti (inclusa l'esclusione dalla piattaforma) e che l'impresa esercita un controllo seppure indiretto sulla qualità della prestazione dei conducenti, sul prezzo (anche se l'algoritmo lo modifica in funzione dell'intensità della domanda), sulle condizioni minime di sicurezza come sulla condotta dei conducenti. Tuttavia questo controllo non pare esercitato nel quadro di un classico rapporto di subordinazione gerarchica tale da configurare necessariamente i conducenti come suoi dipendenti (v. nn. 48-52, e 54).

²³ CORTE DI GIUSTIZIA (GRANDE SEZIONE), 20 dicembre 2017, rinvio pregiudiziale C-434/15 – Asociación Professional Elite Taxi c. Uber System Spain SL, n. 40, ed anche nn. 35, 37, e 38.

non ritiene legittimo uniformare la regolazione che grava sulle due tipologie di prodotti²⁴.

Se consideriamo, invece, i mercati finanziari e il vivace dibattito sul Fin-tech²⁵, le istituzioni europee sembrano adottare un approccio in base al quale, al di là della diversità dei soggetti che esercitano determinate attività, legislazione e regolazione nell'area del Fintech dovrebbero seguire un principio per cui "same services and same risks: the same rules should apply, regardless of the type of legal entity concerned or its location in the Union", unitamente al rispetto di principi chiave come la proporzionalità in rapporto al rischio e la neutralità tecnologica²⁶.

Favorevole ad un approccio basato sul tipo di attività appare anche la posizione dell'*European Security and Market Authority* (ESMA) nella risposta alla consultazione aperta dalla Commissione sul Fintech quando afferma che "ESMA supports this approach which ensure a level playing field among stakeholders operating in the digital and 'traditional' markets as well as ensuring a similar level of protection for consumers of financial services; Regarding how best to regulate Fintech start-ups, one should be cautious about the idea of regulating and supervising these companies in a different manner for the reason that they are start-ups and they would need more flexibility to develop. What should be regulated is the provision of a service or an activity independent of the form of the firm providing this service or activity"²⁷.

Certo questo approccio avrebbe il vantaggio di livellare il campo da gioco per tutti gli operatori che forniscono i nuovi servizi tecnologici, evitando il pericolo evidenziato dai Lord che i *new comers* sfuggano a qualsiasi regola. Ma con quali conseguenze?

Una risposta motivata richiede certamente un livello di indagine empirica e

²⁴ V. La sentenza, *Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago* (2016 WL5859703, 2016), ha riguardato la legittimità di un'ordinanza della città di Chicago che permetteva ai "fornitori in rete di servizi di trasporto" ("*transportation network providers*", ovvero Uber soprattutto, ma anche Lyft) di operare in città con regole (su licenze e tariffe ad esempio) diverse rispetto a quelle applicate ai taxi. La sentenza ritiene anche illegittima la richiesta di equiparare la regolazione che grava sulle due categorie, in quanto prevale l'idea che il servizio offerto dai tassisti e quello offerto dai *providers* come Uber non siano assimilabili (sulla questione v. BOITANI, COLOMBO, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di co-esistenza?*, in MCR, 1, 2017, p. 67 ss. dove è citata la sentenza cui ci si riferisce).

²⁵ Con il termine FinTech si fa riferimento sia a livello europeo che da parte degli *standard-setters* internazionale a "technologically enabled financial innovation that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on financial markets and institutions and the provision of financial services" (v. <http://www.fsb.org/what-we-do/policy-development/additional-policy-areas/monitoring-of-fintech/>).

²⁶ EU PARLIAMENT-Committee on Economic and Monetary Affairs, *Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector*, (2016/2243(INI)), 28 April 2017, nn. 4-6.

²⁷ ESMA, *Response to the Commission Consultation Paper on Fintech: A more competitive and innovative financial sector*, nn. 34 e 35. V. anche EBA, *The EBA's Fintech roadmap. Conclusions from the consultation on the EBA's approach to financial technology (fintech)* (15 March 2018), n. 17.

di riflessione ancora in divenire. A ragione la stessa *European Banking Authority* nel *Discussion Paper* su FinTech del 2017 sostiene che “although it is currently too early to evaluate the full disruptive potential of FinTech for the European banking sector, it is possible that these innovative services and new market entrants will, over time, impact existing business models and, inevitably, credit institutions’ risk profiles”²⁸. Inoltre la stessa EBA nel *FinTech Road Map* del 2018 sottolinea come, in termini di rischio, le istituzioni creditizie abbiano manifestato preoccupazione per gli effetti potenzialmente *disruptive* dell’ingresso dei Big Tech nel settore finanziario. Quindi, proprio in considerazione delle capacità di espansione e di influenza di questi soggetti globali, sembra opportuna la prospettiva di mantenere un campo livellato e la regola ‘same activities, same risks, same rules, same supervision’²⁹.

D’altra parte possiamo trarre interessanti suggestioni dai primi risultati che emergono dalla introduzione di misure ‘sperimentali’ e flessibili come, ad esempio, gli *innovation hubs* o il regime di *sandbox*. Come noto, nel caso di quest’ultimo si tratta di un programma che mette a disposizione delle nuove imprese strumenti regolatori di sostegno all’innovazione sia per quanto riguarda i prodotti, i servizi o i modelli di *business* agevolandone la crescita e il rafforzamento sui mercati. Certamente il progetto non sembra fornire certezze riguardo agli esiti del confronto tra *incumbent* e operatori innovativi Fintech.

In ogni caso non bisogna neppure enfatizzare la presenza di operatori proiettati verso l’uso delle nuove tecnologie per la creazione di prodotti o servizi innovativi e *disruptive* sui mercati tradizionali. Come affermato dalla stessa FCA nel report del 2017, “the majority of technology-use cases we have seen so far have been the new application of technologies to traditional products or services, as opposed to using technologies to create entirely new products”³⁰.

2.2. Quali regole?

A questo punto è evidente che il dibattito si è mosso tra due interrogativi che possiamo più o meno sintetizzare così: da un lato, se di fronte alla innovazione tecnologica appare necessario utilizzare una regolazione omogenea o regimi differenziati in considerazione della diversità dei servizi offerti e delle diverse esigenze cui essi rispondono. Dall’altro, se dobbiamo considerare inevitabile una pesante deregolamentazione nelle aree caratterizzate da forte innovazione oppure mantenere regole e standard tradizionali estendendoli alle nuove imprese.

La necessità di un contesto regolatorio per entrambe le tipologie di operatori è sostenuta quasi unanimemente. Così come sembra in atto una tendenza a su-

²⁸ EBA, *Discussion paper on the EBA’s approach to financial technology (FinTech)*, EBA/DP/2017/02 (4 August 2017), nn. 72-76 e 81.

²⁹ EBA, *The EBA’s Fintech roadmap*, n. 29.

³⁰ FCA, *Regulatory sandbox lessons learned report*, October 2017, in partic. p. 9 ss.

perare il tradizionale approccio basato sulle caratteristiche dell'impresa a favore di uno correlato alle caratteristiche dell'attività, tradizionale o Fintech.

Indipendentemente dall'approccio, le opinioni si diversificano riguardo il tipo e l'intensità dell'intervento regolatorio. Per alcuni è opportuno evitare l'intervento di un regolatore pubblico in quanto "markets, competition, reputational systems, and ongoing innovation often solve problems better than regulation when they are given a chance to do so". Infatti in questa prospettiva si ritiene che gli *incumbent* che si oppongono ai *new comers* o alla crescente concorrenza da parte loro cercheranno di esercitare la loro influenza su legislatori e regolatori per introdurre "outmoded regulations on new entrants in the name of fairness. Incumbents argue that they still face these various regulatory burdens and that new entrants should as well. These burdens include licensing requirements, price controls, service area restrictions, marketing limitations, and technology standards". D'altra parte gli stessi sostenitori della deregolamentazione osservano che "exempting newcomers from traditional regulations could place incumbents at a disadvantage. Such regulatory asymmetries represent a legitimate policy problem"³¹. In effetti, di fronte al difficile bilanciamento tra le esigenze confliggenti di vecchi e nuovi operatori, la soluzione ritenuta più adeguata è quella di livellare il campo da gioco "by 'deregulating down' to put everyone on equal footing, not by 'regulating up' to achieve parity"³².

Certamente le piattaforme enfatizzano forme di *self-regulation* basate su fiducia e reputazione, come trasparenza e monitoraggio di massa che possono contribuire al conseguimento di un "giusto equilibrio tra le esigenze di prevedibilità, flessibilità ed efficienza e la necessità di sviluppare soluzioni a prova di futuro". In effetti tra gli obiettivi dichiarati dalla Commissione europea riguardo il ruolo delle piattaforme nel mercato unico digitale c'è quello di promuovere l'adozione da parte delle piattaforme stesse di misure di autoregolazione coordinate a livello UE. Un periodico esame di queste "iniziative volontarie" dovrebbe consentire una verifica del rispetto dei diritti fondamentali degli utenti e di un loro completo esercizio³³.

È vero che gli interventi legislativi possono soffocare l'innovazione imponendo barriere all'accesso dei mercati o rallentando l'espansione e la crescita delle imprese in caso di imposizione di licenze e autorizzazioni. Tuttavia è altrettanto vero che la mancanza totale di regole può aprire la strada a pesanti conflitti tra

³¹ Report elaborato per la Federal Trade Commission da KOOPMAN, MITCHELL, THIERER, *The sharing economy: issues facing platforms, participants, and regulators*, cit., pp. 5-6.

³² KOOPMAN, MITCHELL, THIERER, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, in *J. Bus. Entrepreneurship & L.*, 2015, 2, p. 544: "Policymakers should relax old rules on incumbents as new entrants and new technologies challenge the status quo. By extension, new entrants should only face minimal regulatory requirements as more onerous and unnecessary restrictions on incumbents are relaxed".

³³ COMMISSIONE EUROPEA, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, COM(2016) 288 (25 maggio 2016), pp. 5 e 10. V. anche LOBEL, *The Law of the Platform*, cit., p. 42 ss.

innovazione e altri valori tutelati come, tra l'altro, la tutela del risparmiatore, come la crisi dei mercati finanziari ha insegnato, o del consumatore, i diritti dei lavoratori, o il divieto di comportamenti discriminatori.

In questa prospettiva la domanda che ricorre più frequentemente è se i regolatori siano in grado di perseguire obiettivi come la protezione del consumatore, la sicurezza o la tutela della salute evitando allo stesso tempo di gelare l'innovazione, ostacolare l'ingresso di nuovi soggetti e la concorrenza.

Una risposta 'saggia' la ritroviamo nelle parole dell'allora *chair* della FTC, Edith Ramirez, la quale sottolinea come misure di regolazione ben costruite e mirate siano necessarie per assicurare che questi nuovi modelli di *business* consentano una appropriata tutela dei consumatori. Ma che, allo stesso tempo, queste misure debbono rispondere al principio di proporzionalità, cioè non superare quanto strettamente necessario a perseguire gli obiettivi prescelti. In sostanza i regolatori dovrebbero evitare di imporre regolazioni obsolete alle imprese innovatrici. E ogni misura regolatoria, seppure necessaria, dovrebbe essere commisurata agli specifici obiettivi pubblici meritevoli di tutela e sufficientemente flessibile da consentire nuove forme di concorrenza³⁴.

La complessità di questa realtà rende difficile la scelta di strumenti regolatori in grado di bilanciare le diverse dimensioni. Comunque riporta alla nostra attenzione modelli di regolazione come la *principles based regulation* già criticata ampiamente alla luce della esperienza della crisi finanziaria ma in grado di garantire una elevata flessibilità per i destinatari e di facilitare il regolatore di fronte ad una realtà imprevedibile³⁵. Oppure viene prospettato un nuovo modello di regolatore, un "*adaptive regulator*", la cui attività deve essere improntata, tra l'altro, ad un approccio incrementale, sperimentale e flessibile³⁶.

In pratica, come testimoniato nel report del *Financial Stability Board* (FSB) sul Fintech, alcuni paesi, anche dell'Unione europea hanno introdotto o pensano di introdurre regimi diversificati in particolare nell'area dei sistemi di pagamento, e del *crowdfunding* e *lending*³⁷. Proprio con riferimento al *crowdfunding* (sia *lending-based* che *equity-based*) la Commissione, nella proposta di regolazione presentata l'8 marzo 2018, sembra aver scelto un approccio alternativo a quello consistente nel ricondurre questo strumento all'interno delle discipline europee esistenti³⁸.

³⁴FEDERAL TRADE COMMISSION, *The "Sharing" Economy. Issues facing Platforms, Participants & Regulators*, November 2016, pp. 51-52.

³⁵BLACK, *The rise, fall and fate of principles based regulation*, in LSE WP 17/2010.

³⁶RANCHORDÁS, *Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2015 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2492798).

³⁷FINANCIAL STABILITY BOARD, *Financial Stability Implications from FinTech*, giugno 2017, p. 25 ss.

³⁸La proposta è disponibile in https://ec.europa.eu/info/publications/180308-proposal-crowdfunding_en [Il Regolamento è stato pubblicato nel 2020, per questo v. Regolamento (UE)

Nell'ottica europea, anche della *Capital Market Union*, il *crowdfunding*, rappresentando un'importante alternativa al credito bancario, sembra rispondere all'obiettivo di promuovere il finanziamento dell'innovazione, delle start-up e delle società non quotate. In questa prospettiva la Commissione ha proposto la creazione di un regime europeo differenziato, basato sulla normativa esistente ma adeguato al settore, al quale le piattaforme possono decidere di aderire (*opt-in*) per condurre la loro attività di *crowdfunding* in regime di mutuo riconoscimento negli altri Stati membri, lasciando invece le piattaforme operative solo a livello nazionale soggette ai regimi previsti dai singoli paesi membri³⁹.

In effetti all'interno dell'Unione gli Stati membri hanno adottato diverse soluzioni regolatorie. In alcuni casi riportando il *crowdfunding* all'interno di normative riguardanti diverse aree come istituti di pagamento, imprese di investimento, fondi di investimento; in altri adottando una normativa specifica, in altri ancora lasciando il settore non regolato. Le diverse opzioni regolatorie creavano ostacoli alla operatività *cross-border* delle piattaforme oltre al permanere di forti disparità di trattamento per investitori e piattaforme all'interno del mercato unico⁴⁰.

3. Piattaforme, Big Data e algoritmi

Nella proposta di regolamento “*on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*” dell'aprile 2018 la Commissione fornisce alcuni interessanti dati. E cioè che allo stato attuale più di un milione di imprese europee vendono i loro prodotti attraverso piattaforme *online* per raggiungere più facilmente i loro clienti. Ed inoltre che circa il 60% dei consumi privati e il 30% dei consumi pubblici di beni e servizi è realizzato grazie ad intermediari *online*. Conseguentemente rileva come la crescente intermediazione di transazioni attraverso piattaforme *online* ha condotto ad una progressiva dipendenza del *business* dalle piattaforme che assumono sempre più il ruolo di *gatekeeper* nei confronti di mercati e consumatori⁴¹.

2020/1503 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 ottobre 2020 *relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese, e che modifica il regolamento (UE) 2017/1129 e la direttiva (UE) 2019/1937*].

³⁹Per un primo commento della proposta v. MACCHIAVELLO, *La proposta della Commissione europea di un regolamento in materia di crowdfunding*, in *Diritto Bancario*, 12 marzo 2018.

⁴⁰Per una interessante riflessione sul contesto italiano e sulle prospettive di evoluzione europea, v. MINNECI, *Equity crowdfunding: gli strumenti a tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 2.

⁴¹COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, COM(2018) 238 final (26 aprile 2018), p. 1: “The providers of online intermediation services covered by the present initiative include in principle online e-commerce market places, online software application stores and online social media. These different types of online intermediation services all aim to facilitate, through the provision of information society services, the initiating of direct transactions between contractually bound business users and consumers, irrespective of whether the ultimate transactions are executed

Inoltre, come già evidenziato in altri documenti, “alcune piattaforme online sono ormai assunte al rango di operatori concorrenti in molti comparti dell’economia e l’uso che fanno del loro potere di mercato pone vari interrogativi sui quali è utile un’analisi più approfondita che vada oltre l’applicazione del diritto della concorrenza in casi specifici”⁴². In effetti, il potere acquisito dalle piattaforme non è esclusivamente riconducibile al potere economico, cioè al potere di mercato, sottoposto al controllo da parte del diritto antitrust.

Il passaggio ad una economia basata sulla informazione ha sbaragliato molti dei concetti economici tradizionali. Diversamente da quanto affermato nel diritto antitrust per cui solo i soggetti che svolgono attività economica possono avere potere di mercato, nell’economia digitale questo criterio è più complesso dato che i nuovi servizi o prodotti sono offerti ai consumatori attraverso meccanismi non sempre ed esclusivamente mediati dal pagamento di un corrispettivo in denaro. Infatti, “in markets where offerings are free at the point of access but subsidised through advertising or other revenue streams, traditional tools for market definition seem an odd-fit”⁴³.

Da questo diverso punto di vista le importanti implicazioni per gli individui derivanti dal ruolo cruciale esercitato dalle piattaforme non sono rilevabili dalle analisi economiche e dal diritto antitrust. Il potere delle piattaforme risiede in gran parte nel loro più generale ruolo di ‘controllori’ dei flussi di informazioni e di dati⁴⁴. Perciò, anche in questa prospettiva, le piattaforme assumono un connotato di *gatekeeper*⁴⁵. In tal modo l’oggetto potenziale della regolazione si sposta dalla tecnologia agli effetti dirompenti della stessa come l’accesso all’informazione o il controllo dei flussi informativi attraverso il loro uso e sfruttamento.

In modo crescente le piattaforme, grazie all’enorme massa di dati raccolti e a disposizione per essere organizzati e utilizzati, consentono una sempre più sofisticata segmentazione granulare degli utenti dei servizi e un crescente perfezionamento della profilazione dei clienti che, a seconda dei mercati, può avere pesanti effetti sui consumatori e utenti (più in generale sui cittadini). In effetti gran

online or offline. [...] online intermediation services frequently facilitate direct communications between individual business users and consumers through an embedded online communications interface”. [Il Regolamento definito P2B è stato pubblicato nel 2019, Regolamento UE 2019/1150 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 *che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online*].

⁴² COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final (6 maggio 2015), p. 13.

⁴³ *Ibidem*, p. 7. Sull’uso di “free-as-in-gratis” divenuto dominante nei mercati digitali moderni e sul mito del “free” che ne è derivato, v. NEWMAN *The Myth of Free*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86, 2017 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2827277).

⁴⁴ LYNKEY, *Regulating ‘Platform Power’*, cit., p. 9 ss.

⁴⁵ Come noto il termine non è tipico soltanto del modo digitale ed è stato più in generale usato in relazione al potere che differenti soggetti esercitano sui flussi informativi come ad es. le agenzie di rating. Sul punto v. AMMANNATI, *Il ‘valore’ del rating nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del rating o superare il rating?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 2, p. 7.

parte della rilevanza delle piattaforme deriva dalla possibilità di sfruttare i *big data* trasformando in particolare i dati personali in un valore economico nel momento stesso in cui creano, all'interno di insiemi di dati utili, correlazioni al di là di qualsiasi possibilità umana⁴⁶.

In sostanza i *big data* rappresentano input fondamentali per la creazione di valore nell'economia digitale. Perciò, da più parti ci si interroga se i *big data* rappresentino una sorta di *essential facility*, cioè di infrastruttura, che al pari delle reti fisiche o dei *database* protetti da proprietà intellettuale, non è duplicabile e non è riproducibile da parte dei concorrenti. Il dibattito sul punto è aperto, anche perché altri sostengono che i dati siano riproducibili disponendo delle condizioni di base, in particolare di meccanismi di profilazione. In ogni caso il tema è complesso anche in considerazione del fatto che il ruolo e il valore dei dati cambia a seconda dei modi e degli obiettivi per i quali sono raccolti e utilizzati.

In questo quadro i *gatekeeper*, grazie al controllo che esercitano sui flussi informativi, inclusi quelli relativi ai dati personali, configurano le relazioni tra utenti/consumatori e piattaforme. Infatti quanto più la piattaforma sarà in grado di accumulare dati sugli utenti attraverso processi di raccolta e profilazione tanto più crescerà il suo potere, anche di mercato, grazie ad una costante crescita dimensionale e ad una crescente inerzia del consumatore che riceverà proposte di beni e servizi sempre più personalizzate. Indubbiamente questo può avere effetti negativi da un punto di vista concorrenziale in quanto rende costoso il *switching* nel senso di ridurre la propensione alla ricerca di alternative.

Come anticipato, un approccio regolatorio dovrebbe sperimentare meccanismi di 'governance dei dati' finalizzata a verificare le interrelazioni tra mercato e protezione dei dati. Anche se non possiamo approfondire il tema, le garanzie a protezione della privacy e dei dati personali in atto nell'Unione europea sono di indubbia rilevanza. In particolare gli strumenti previsti dal GDPR come l'anonimizzazione dei dati, la portabilità o il diritto alla rettifica e all'oblio⁴⁷.

⁴⁶ Come è stato spiegato brillantemente da YEUNG ('*Hypernudge*': *Big Data as a mode of regulation by design*, *Information Communication and Society*, May 2016, p. 2) citando (COHEN, *Configuring the Networked Self*, Yale University Press, New Haven, 2012, p. 19), "Big Data is essentially shorthand for the combination of a technology and a process. The technology is a configuration of information-processing hardware capable of sifting, sorting and interrogating vast quantities of data very quickly. The process involves mining data for patterns, distilling the patterns into predictive analytics, and applying the analytics to new data. Together, the technology and the process comprise a methodological technique that utilises analytical software to identify patterns and correlations through the use of machine learning algorithms applied to (often unstructured) data items contained in multiple data sets, converting these data flows into a particular, highly data-intensive form of knowledge".

⁴⁷ Regolamento (UE) 2016/679 *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, in particolare gli artt. 16, 17 e 20 e per un primo commento v. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2016, e SPINA, *Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati. Commento al Regolamento (UE) 2016/679*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016. Sulla anonimizzazione v. D'ACQUISTO, NALDI, *Big Data e privacy by design. Anonimizzazione Pseudoanonimizzazione Sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017, in particolare pp. 29-40 e cap. 2.

Il regolamento rappresenta una importante barriera a protezione dei diritti sopra i dati personali come alcuni recenti casi hanno dimostrato. Tuttavia gli strumenti di difesa qui disponibili si scontrano con la limitata consapevolezza degli utenti sia dei propri diritti che della qualità dei dati che forniscono quotidianamente alle piattaforme. Inoltre, lo scudo del GDPR potrebbe essere almeno in parte indebolito a partire dalla recente regolazione sulla libera circolazione dei dati non personali⁴⁸. Questi possono essere accumulati e processati ovunque nell'Unione e sottoposti a controllo da parte delle autorità pubbliche alle quali è garantito l'accesso ai dati. Certamente dal punto di vista del mercato dei dati e del rafforzamento dell'economia il punto ora dibattuto è che, in alcuni casi, dati non sensibili possono essere riaggregati grazie agli algoritmi così che i titolari potrebbero essere di nuovo identificati ma sottraendoli questa volta alle garanzie del GDPR.

A questo punto si apre un altro fronte, cioè quello relativo al ruolo degli algoritmi, al loro funzionamento, e al modo di produrre decisioni. Come è stato sottolineato, gli algoritmi sembrano racchiudere due automatismi correlati, ma diversi tra loro: da un lato, “they automate the process of subjecting data to analysis, undertaking tasks that would be impossible to perform manually”; dall'altro, “the results of these analyses help to automate second and very different set of operations: decision-making”⁴⁹.

Questa ‘rivoluzione’ si è ormai affermata in alcuni mercati, in particolare su quelli finanziari a cominciare dal *trading online* al *high frequency trading* fino alla recente e crescente introduzione della consulenza finanziaria automatizzata, cioè dei *robo advisor*.

Ritornando su quanto anticipato nel paragrafo introduttivo, l'algoritmo assume una funzione regolatoria all'interno dei diversi sistemi in quanto può identificare e mettere in atto automaticamente i meccanismi necessari a perseguire l'obiettivo predefinito. Semplificando le riflessioni elaborate da Karen Yeung⁵⁰ in una sua iniziale analisi della regolazione algoritmica possiamo identificare due ampi modi di regolazione messi in atto indifferentemente da parte di soggetti pubblici o privati. Da un lato, quello identificabile come “*intelligent enforcement*”

⁴⁸ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

⁴⁹ BAROCAS, HOOD, ZIEWITZ., *Governing Algorithms: A Provocation Piece* (Paper prepared for the “Governing Algorithms” conference, May 16-17, 2013, at New York University), p. 5 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2245322).

⁵⁰ YEUNG, che propone una definizione di regolazione algoritmica come ‘a system that regulates a domain of activity through continual *computational* generation of knowledge from data emitted directly from numerous dynamic components within and pertaining to the regulated environment that is collected and fed into the system (preferably in real time on a continuous basis) in order to identify and, if necessary, automatically execute, refinements to the system's operations with the aim of achieving a pre-specified goal (*Algorithmic regulation and intelligent enforcement, in Regulation scholarships in crisis?*, edited by Lodge, in *LSE*, DP No. 84, October 2016, p. 54).