

BlogDUE

Gli accordi sul commercio digitale tra liberalizzazione degli scambi e protezione dei dati personali e della *privacy*: implicazioni per la politica commerciale comune dell'Unione europea

Virginia Remondino (Dottoranda di ricerca in Diritto europeo presso l'Università di Bologna) – 6 maggio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La rilevanza del commercio digitale internazionale. – 3. La disciplina del commercio digitale negli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e/o conclusi dall'UE con Paesi terzi. – 4. L'ambito d'applicazione materiale degli accordi *ad hoc* sul commercio digitale. – 5. Riflessioni conclusive: l'annosa scelta della base giuridica.

1. Con [decisione](#) del 6 giugno 2023, il Consiglio dell'Unione europea ha ufficialmente autorizzato la Commissione, a seguito della [raccomandazione](#) adottata da quest'ultima nell'aprile 2023, ad avviare i negoziati per le “discipline del commercio digitale” tra l'Unione e, rispettivamente, Singapore e la Repubblica di Corea (di seguito Corea). L'avvio formale dei negoziati con Singapore è stato [annunciato](#) il 20 luglio 2023, seguito alcuni mesi dopo, il 31 ottobre 2023, da [quello](#) tra l'Unione e la Corea. Nella [Dichiarazione congiunta](#) del vicepresidente esecutivo della Commissione europea, Valdis Dombrovskis, e del ministro coreano del commercio, Dukgeun Ahn, la necessità di siglare un accordo *ad hoc* sul commercio digitale (ACD) affonderebbe le proprie radici nella volontà delle parti di garantire la certezza del diritto alle imprese ed ai consumatori coinvolti nel commercio digitale, attraverso il consolidamento della loro tutela nelle transazioni *online* e la creazione di un ambiente digitale libero, aperto ed equo. Simili considerazioni sono state avanzate nella [Dichiarazione congiunta](#) del vicepresidente Dombrovskis e del ministro per il commercio e l'industria di Singapore, nonché nell'ambito del [secondo consiglio del partenariato digitale UE-Corea](#), tenutosi il 26 marzo 2024.

Su questo sfondo, il presente contributo intende analizzare le proposte testuali degli accordi sul commercio digitale, così come avanzate dalla Commissione europea. A tal fine, l'analisi si concentra sull'ambito di applicazione materiale degli ACD, valutandone le innovazioni rispetto alla disciplina dei precedenti accordi di libero scambio (ALS). Non vengono prese

in considerazione in questa sede iniziative apparentemente paragonabili, ma all'atto pratico diverse, come la conclusione del [Protocollo](#) all'[accordo di partenariato economico tra l'Unione ed il Giappone](#) relativo, unicamente, ai flussi transfrontalieri di dati.

Più precisamente, l'indagine è strutturata come segue. Svolte alcune considerazioni circa la rilevanza del commercio digitale internazionale (v. *infra*, par. 2), si fornirà una ricostruzione della sua attuale disciplina negli accordi di libero scambio (ALS) di nuova generazione ad oggi negoziati e/o conclusi dall'UE con Paesi terzi (v. *infra*, par. 3). Successivamente, l'analisi si soffermerà sulle proposte testuali degli accordi sul commercio digitale [UE-Singapore](#) e [UE-Corea](#) (v. *infra*, par. 4). Come si dimostrerà, tali proposte mirano ad emendare ed integrare la disciplina del commercio elettronico contenuta negli accordi di libero scambio in vigore tra l'Unione e, rispettivamente, la Corea e Singapore. Ciò in un'ottica di coerenza con l'evoluzione del diritto UE nel campo del mercato unico digitale e con i più recenti accordi di libero scambio negoziati dall'Unione con Paesi terzi, in cui si assiste ad una estensione dell'ambito d'applicazione *ratione materiae* dei capi rubricati come “commercio digitale”, in particolare sotto il profilo della disciplina dei dati. Da tale prospettiva, verranno avanzate alcune riflessioni circa la scelta della base giuridica degli ACD. Nello specifico, ci si domanderà se il ricorso al solo art. 207 TFUE possa legittimare l'Unione a disciplinare, all'interno degli accordi sul commercio digitale, interessi di natura non prettamente commerciale, segnatamente la tutela dei dati personali e della *privacy* (v. *infra*, par. 5).

2. La negoziazione di accordi sul commercio digitale intende far fronte ai mutamenti che hanno interessato il commercio internazionale negli ultimi decenni, ove, all'alba della quarta rivoluzione industriale (v. L. FLORIDI, *The Fourth Revolution: How the Infosphere Is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014), un [ruolo sempre più predominante](#) è stato assunto dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), con in testa internet. Secondo un recente [studio](#) elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo (OCSE), il processo di transizione digitale che sta attualmente investendo la maggior parte dei Paesi della comunità internazionale ha profondamente trasformato il tessuto economico globale, facilitando il coordinamento delle catene del valore globale, aiutando la diffusione di tecnologie e *know-how*, nonché mediante una più stretta ed immediata interazione tra produttori (*business-to-business*) e tra produttori e consumatori (*business-to-consumer*) (v. M. BURRI, R. POLANCO, [Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset](#), in *Journal of International Economic Law*, 2020, p. 187 ss.).

Al contempo, la trasformazione da un commercio di tipo “analogico” ad uno di natura digitale solleva alcune sfide senza precedenti relative, in particolare, all'acquisita centralità dei dati ed ai loro flussi transfrontalieri, definiti in dottrina come “the backbone of [digital] trade” (così v. W. BERKA, [CETA, TTIP, TiSA, and Data Protection](#), in S. GRILLER, W. OBWEXER, E.

VRANES (eds.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA: New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, 2017, p. 175 ss. Tra i numerosi contributi in dottrina, v. *inter alia* G. M. RUOTOLO, [The EU Data Protection Regime and the Multilateral Trading System: Where Dream and Day Unite](#), in *Questions of International Law*, 2018, p. 5 ss.; S. SALUZZO, *Cross-border Data Flows and International Trade Law: the Relationship between EU Data Protection Law and the GATS*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 807 ss.).

La necessità di far fronte alle innovazioni ed agli ostacoli generati dalle tecnologie digitali sul commercio internazionale non è dunque passata inosservata, essendo stata affrontata, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, in seno all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Eppure, nonostante il raggiungimento di alcuni importanti traguardi, tra cui l'accordo sulla [moratoria](#) all'imposizione di dazi doganali sulle trasmissioni elettroniche, il sistema di norme OMC non risulterebbe, ad oggi, adatto ad affrontare le nuove sfide poste dal commercio digitale (v. M. BURRI, [Towards a New Treaty on Digital Trade](#), in *Journal of World Trade*, 2021, p. 77 ss.).

In questo contesto, l'Unione europea ha perciò cercato di ritagliarsi un ruolo di primo piano nella definizione delle regole riguardanti il commercio digitale internazionale. Nella [comunicazione](#) del 2021 "Riesame della politica commerciale – Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva", la Commissione ha enfatizzato che la trasformazione digitale deve rappresentare una "priorità fondamentale" per la politica commerciale comune dell'UE, per due ordini di motivi. In primo luogo, il settore digitale viene considerato un ambito economico destinato ad affrontare un'intensa concorrenza internazionale. Da tale prospettiva, la Comunicazione sottolinea che la riforma dell'OMC, accompagnata dalla stipula di ambiziosi accordi commerciali bilaterali, sia indispensabile per combattere le distorsioni della concorrenza, fornendo un "quadro concordato per il commercio digitale".

In secondo luogo, sulla scorta del c.d. "effetto Bruxelles" (v. A. BRADFORD, [The Brussels Effect: How the European Union Rules the World](#), Oxford, 2019), la Comunicazione pone l'accento sull'esigenza per l'Unione di "proietta[re] verso l'esterno la sua agenda digitale", al fine di salvaguardare la piena realizzazione di quest'ultima da un contesto globale che potrebbe "mette[re] alla prova l'approccio alla digitalizzazione basato sui valori dell'UE" (v. E. FAHEY, [The European Union as a Digital Trade Actor: the Challenge of Being a Global Leader in Standard-Setting](#), in *International Trade Law and Regulation*, 2021, p. 155 ss.; H. ROBERTS, J. COWLS, F. CASOLARI, J. MORLEY, M. TADDEO, L. FLORIDI, [Safeguarding European Values with Digital Sovereignty: an Analysis of Statements and Policies](#), in *Internet Policy Review*, 2021, p. 1 ss.). Tale orientamento è stato recentemente riaffermato dal Consiglio nelle proprie [Conclusioni](#) sulla diplomazia digitale dell'UE, in cui viene sottolineata la necessità di una leadership dell'Unione nelle questioni digitali basata sui diritti umani, essenziale al fine di "rafforzare l'autonomia strategica dell'UE, preservando nel contempo un'economia aperta" (v. sul tema D. BROEDERS, F. CRISTIANO, M. KAMINSKA, [In Search of Digital Sovereignty](#)

and Strategic Autonomy: Normative Power Europe to the Test of Its Geopolitical Ambitions, in *Journal of Common Market Studies*, 2023, p. 1261 ss.; S. POLI, *Reinforcing Europe's Technological Sovereignty Through Trade Measures: The EU and Member States' Shared Sovereignty*, in *europeanpapers.eu*, 2023, p. 429 ss.).

3. All'interno del contesto delineato, l'Unione europea ha, a partire dalla nota [comunicazione](#) del 2006 "Europa globale", negoziato e concluso ambiziosi trattati bilaterali di libero scambio, anche noti in dottrina come "accordi di libero scambio di nuova generazione" (v. G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021). Si tratta, nello specifico, di accordi internazionali i quali contengono "oltre alle tradizionali disposizioni riguardanti la riduzione dei dazi doganali e degli ostacoli non tariffari incidenti sugli scambi di merci e di servizi, anche *disposizioni in diverse materie connesse al commercio*" ([parere della Corte del 16 maggio 2017, 2/15](#), punto 17, enfasi aggiunta), tra cui figura la disciplina del commercio digitale. Quest'ultimo, in assenza di un'[univoca definizione](#) in sede internazionale, è stato [concettualizzato dalla Commissione europea](#) come ricomprensivo sia "la fornitura fisica di beni e servizi il cui acquisto avviene digitalmente", sia "la fornitura digitale di beni e servizi". Il commercio digitale innova dunque rispetto al "commercio elettronico", il quale, nelle parole di Alschner, "does not change what is traded (goods and services including their digital avatars) but how it is traded (online)". Diversamente, il commercio digitale concerne altresì lo scambio dei c.d. *digital assets*, tra cui possono ricomprendersi i *software* e dati (v. W. ALSCHNER, *E-commerce or Digital Trade? Why the Difference Should Matter to Trade Lawyers*, in D. COLLINS, M. GEIST (eds.), *Research Handbook on Digital Trade*, Cheltenham, UK, 2023, p. 54 ss.).

Il cambio di paradigma segnato dal passaggio dal "commercio elettronico" al "commercio digitale" si riflette pienamente nei [molteplici](#) ALS di nuova generazione ad oggi negoziati e/o conclusi dall'UE. Gli accordi più risalenti di questo tipo, tra cui [l'accordo di libero scambio firmato tra l'Unione europea e la Corea nel 2010](#), nonché [l'accordo di libero scambio firmato tra l'UE e Singapore nel 2018](#), includono una sezione dedicata al "commercio elettronico" all'interno dei capi inerenti alla prestazione transfrontaliera di servizi ed alla libertà di stabilimento. La disciplina ivi contenuta è piuttosto scarna, limitandosi a riportare gli obiettivi e i principi che ne sono alla base, gli ambiti di cooperazione su questioni di regolamentazione ed alcune specifiche fattispecie tecniche (*i.e.*, dazi doganali sulle trasmissioni per via elettronica, prestazione elettronica di servizi e firme elettroniche). Diversamente, gli accordi di libero scambio di nuova generazione recentemente conclusi o attualmente in corso di negoziazione regolamentano nello specifico la disciplina del commercio digitale. Ci si riferisce, segnatamente, all'[accordo di libero scambio tra l'UE e la Nuova Zelanda](#), firmato nel luglio del 2023; all'[accordo di libero scambio tra l'Unione ed il Cile](#), firmato nel dicembre 2023; all'[accordo "di principio" raggiunto con il Messico](#) nell'aprile 2018; ovvero

all'[accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione](#) concluso tra l'Unione ed il Regno Unito a seguito del recesso di quest'ultimo dall'UE, *ex art. 50 TUE* (v. F. CASOLARI, *Il recesso dall'Unione Europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1006 ss.; C. HILLION, [Withdrawal Under Article 50 TEU: An Integration-Friendly Process](#), in *Common Market Law Review*, 2018, p. 29 ss.). Infatti, tali accordi ricomprendono un capo propriamente dedicato al commercio digitale, che amplia la disciplina sostanziale della materia rispetto ai precedenti ALS, in particolare con riguardo ai flussi transfrontalieri di dati ed alla tutela dei dati personali e della *privacy* (v., in relazione all'accordo concluso con la Nuova Zelanda, M. BURRI, K. KUGLER, A. D. KER, [Digital Trade in the EU–New Zealand Free Trade Agreement: an Appraisal](#), in *Legal Issues of Economic Integration*, 2024, p. 11 ss.). Riferimenti espliciti al commercio digitale ed alla salvaguardia dei dati personali possono riscontrarsi già nei preamboli di alcuni dei summenzionati accordi: nell'undicesimo considerando del preambolo dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione e il Regno Unito, per esempio, le parti riconoscono "l'importanza di agevolare nuove opportunità per le imprese e i consumatori con il commercio digitale e di eliminare gli inutili ostacoli al flusso di dati e agli scambi per via elettronica, nel rispetto delle norme delle parti sulla protezione dei dati personali".

Passando all'analisi delle clausole operative, queste includono, sulla scia delle "[clausole orizzontali](#)" elaborate dalla Commissione nel maggio 2018, una disposizione riguardante la "protezione dei dati personali e della vita privata", alla quale si accompagna una clausola inerente alla disciplina dei flussi transfrontalieri di dati. A tali disposizioni se ne affiancano poi altre aventi carattere eminentemente tecnico. Queste riguardano sia fattispecie riconducibili alla disciplina del commercio elettronico, tra cui la stipula di contratti per via elettronica, sia disposizioni proprie del commercio digitale, ad esempio il "trasferimento del codice sorgente o accesso a tale codice" (v., a titolo esemplificativo, l'art. 207 UE-Regno Unito ASCC).

Riepilogando, si può dunque affermare che l'ambito d'applicazione materiale dei capitoli riguardanti il commercio digitale contenuti negli ALS ha subito nel corso degli ultimi anni una significativa evoluzione. Se accordi più risalenti, tra cui gli ALS conclusi con la Corea e Singapore, prevedono una disciplina piuttosto basilare, gli accordi negoziati più di recente dall'Unione ne ampliano il contenuto, in particolare sotto il profilo della regolamentazione dei flussi transfrontalieri di dati e della tutela dei dati personali e della *privacy*.

4. Le proposte testuali degli ACD si inseriscono sulla scia tracciata dai capitoli dedicati al commercio digitale di cui alla seconda categoria di accordi di libero scambio poc'anzi esaminata, andando ad emendare ed integrare la disciplina del commercio elettronico propria degli ALS conclusi, rispettivamente, con la Corea e Singapore (art. 28 UE-Corea ACD; art. 28 UE-Singapore ACD). Come si vedrà, la disciplina sostanziale delle suddette proposte non innova radicalmente rispetto a questi ultimi, soffermandosi sulla

regolamentazione dei flussi transfrontalieri di dati e sulla tutela dei dati personali e della *privacy*, nonché sulle molteplici fattispecie tecniche che caratterizzano il commercio digitale. Ciò non sorprende particolarmente, se si tiene conto di due differenti ordini di motivi. *In primis*, le proposte testuali di accordo sul commercio digitale si ispirano ai [Partenariati digitali](#) ed ai Principi sul commercio digitale firmati dall'Unione con la [Corea](#) nel novembre 2022 e con [Singapore](#) nel febbraio 2023. Questi ultimi ricalcano la struttura dei capitoli riguardanti il commercio digitale, così come inclusi negli ALS di nuova generazione recentemente conclusi dall'Unione, quale l'accordo con la Nuova Zelanda. In secondo luogo, come anticipato, gli accordi sul commercio digitale mirano ad emendare ed integrare le disposizioni sul commercio elettronico proprie degli accordi di libero scambio in vigore con la Corea e Singapore e che risulterebbero [inadeguate](#) a fronteggiare le nuove sfide insite nell'espansione del commercio digitale internazionale. In tal senso, è la stessa decisione del Consiglio che autorizza la Commissione ad avviare i negoziati per le discipline del commercio digitale a sottolineare che gli accordi di libero scambio conclusi con la Corea e Singapore “provide for substantial commitments for trade in goods and services between the parties, *but they do not include comprehensive rules on digital trade*”.

Venendo quindi ai contenuti previsti dalle proposte testuali di accordo, queste sono introdotte da una clausola riaffermante il diritto di ciascuna parte di legiferare (*right to regulate*), al fine di raggiungere obiettivi politici legittimi. Tale diritto viene poi riconosciuto, sebbene in maniera indiretta, dalla previsione di clausole di eccezione generale (art. 19 UE-Corea ACD; art. 19 UE-Singapore ACD). Queste rimandano alle eccezioni generali incluse negli accordi di libero scambio in vigore tra le parti, le quali si applicheranno *mutatis mutandis* agli accordi sul commercio digitale. La rilevanza del rinvio a tali clausole non deve essere sottovalutata. Esse mirano infatti ad integrare, all'interno degli accordi commerciali, i c.d. “interessi non-economici”, che, in assenza di apposite clausole, potrebbero venire sacrificati sull'altare del più generale obiettivo di liberalizzazione che contrassegna gli scambi commerciali internazionali (v. sul tema E. BARONCINI, *Organo d'appello dell'OMC e non-trade values*, in M. A. LUPOI (a cura di), *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, Perugia, 2019, p. 175 ss.; S. DI BENEDETTO, [Modelli giuridici di eccezione e integrazione di valori non commerciali: dall'esperienza del diritto GATT/OMC ai regimi di protezione degli investimenti esteri](#), in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 405 ss.).

Da questa prospettiva, all'interno delle proposte testuali di accordi sul commercio digitale, la volontà di bilanciare obiettivi di natura economica, quale la facilitazione degli scambi mediante il commercio elettronico (art. 1 UE-Corea ACD; art. 1 UE-Singapore ACD), con finalità non strettamente commerciali, trova altresì terreno fertile nell'inserimento di una clausola *ad hoc* dedicata alla protezione dei dati personali e della *privacy* (art. 6 UE-Corea ACD; art. 6 UE-Singapore ACD), ove le parti riconoscono che la protezione dei dati personali e la tutela della vita privata costituiscono un diritto

fondamentale. Di conseguenza, si ribadisce che “each Party may adopt and maintain the safeguards it deems appropriate to ensure the protection of personal data and privacy, including through the adoption and application of rules for the cross-border transfer of personal data” (art. 6, par. 2, UE-Corea ACD; art. 6, par. 2, UE-Singapore ACD). Con specifico riguardo alla normativa dell’UE in materia di trasferimento transfrontaliero di dati personali, v. C. CELLERINO, [Trasferimenti internazionali di dati personali e clausole contrattuali tipo dopo Schrems II](#), in *Il diritto dell’Unione europea*, 2021, p. 351 ss.). Come si avrà modo di vedere nel prosieguo (*infra*, par. 5), l’integrazione negli ACD di disposizioni riguardanti interessi non prettamente economici solleva alcuni importanti quesiti circa la possibilità per l’Unione di concludere tali accordi sulla base del solo art. 207 TFUE, richiedendo un’attenta analisi del legame intercorrente tra le suddette clausole e gli scambi commerciali internazionali.

Alle clausole riguardanti la protezione dei dati personali e della *privacy* si affiancano poi disposizioni riguardanti i “flussi transfrontalieri di dati” (art. 5 UE-Corea ACD; art. 5 UE-Singapore ACD). Esse pongono in essere l’impegno per le parti di assicurare i flussi transfrontalieri di dati mediante la previsione di specifici divieti, tra cui prescrivere l’utilizzo di strutture di calcolo o di elementi di rete nel territorio della parte per l’elaborazione dei dati. In linea con quanto precisato dalla [Strategia europea per i dati](#), emerge in questo modo l’approccio “aperto ma assertivo” dell’Unione rispetto alla regolamentazione dei flussi internazionali di dati. Ciò mediante l’inclusione negli ACD di disposizioni dedicate, da un lato, alla libera circolazione transfrontaliera di dati e, dall’altro, alla tutela dei dati personali e della *privacy*, nel rispetto del diritto primario dell’UE, nonché in coerenza con la relativa disciplina interna (v. ampiamente F. FERRI, [Transizione digitale e valori fondanti dell’Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo](#), in *Il diritto dell’Unione europea*, 2022, p. 277 ss.).

5. Alla luce di quanto precede, l’avvio dei negoziati per gli accordi sul commercio digitale solleva alcuni quesiti circa l’idoneità del solo art. 207 TFUE a disciplinare, all’interno di accordi commerciali, interessi di natura non strettamente economica, nel caso di specie la tutela dei dati personali e della *privacy*. Si intende fare riferimento alla questione della base giuridica sostanziale degli accordi sul commercio digitale, ossia all’individuazione della disposizione che collega “tal[i] accord[i] ad un settore d’azione dell’Unione” (così M. GATTI, [La base giuridica dell’accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito \(TCA\)](#), in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 96 ss., p. 98). Trattasi di questione che, nonostante appaia di natura squisitamente tecnica, presenta in realtà “un’importanza di natura costituzionale” (v. [parere della Corte del 6 dicembre 2001, Parere 2/00](#), punto 5), andando, in particolare, ad incidere sulla suddivisione delle competenze tra l’Unione ed i suoi Stati membri.

Ebbene, come anticipato, la summenzionata decisione del Consiglio autorizzante la Commissione ad avviare i negoziati con Singapore e la Corea

indica quale base giuridica sostanziale degli ACD il solo art. 207, par. 4, TFUE. Da tale decisione deriva, come principale conseguenza, l'esclusione degli Stati membri dal processo di negoziazione e conclusione degli ACD, rientrando questi ultimi all'interno delle competenze esclusive dell'Unione. Tali accordi non saranno perciò conclusi mediante l'impiego della forma dell'accordo misto, venendo a configurarsi come “*EU-only Agreements*” (in generale sul tema, v. D. KLEIMANN, [The Legitimacy of 'EU-Only' Preferential Trade Agreements](#), in M. HAHN, G. VAN DER LOO (eds.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy*, Leiden, 2021, p. 461 ss.).

Alla luce della ricostruzione precedentemente svolta, ci si può tuttavia domandare se detta base giuridica possa ritenersi sufficiente. Ciò in quanto, come esaminato, gli ACD non si limitano a disciplinare gli aspetti prettamente tecnici riguardanti il commercio digitale, prevedendo altresì clausole concernenti interessi non-economici, *i.e.* la protezione dei dati personali e della *privacy*. Ambiti d'azione che, a livello interno, sono stati regolamentati mediante il ricorso a diverse basi giuridiche, tra cui ricordiamo l'art. 16 TFUE (come è avvenuto nel caso del [Regolamento generale sulla protezione e la libera circolazione dei dati personali delle persone fisiche \(GDPR\)](#), nonché, congiuntamente all'art. 114 TFUE, con riguardo alla proposta di [Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale](#)). Ebbene, l'utilizzo di tale base giuridica, rientrando nell'alveo delle competenze concorrenti dell'Unione, comporterebbe una possibile partecipazione degli Stati membri alla conclusione degli accordi, verificandosi il caso della *c.d. facultative mixity*. Spetterà dunque al Consiglio decidere (discrezionalmente) se esercitare detta competenza, al momento di autorizzare la firma dell'accordo (v. sul tema R. BARATTA, *Sugli accordi misti: spunti di prassi recente*, in U. LEANZA, A. TIZZANO, T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, R. MASTROIANNI, P. DE PASQUALE, R. CICCONE (a cura di), *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, p. 1369 ss.).

La problematica poc'anzi esposta non è da considerarsi prettamente speculativa, essendo la Corte di giustizia già stata chiamata a pronunciarsi circa la possibilità per l'Unione di includere, all'interno dei propri accordi internazionali conclusi *ex art. 207 TFUE*, disposizioni che mirano a raggiungere obiettivi di natura non-economica (v., *inter alia*, [parere della Corte del 4 ottobre 1979, 1/78](#); [sentenza della Corte del 29 marzo 1990, causa 62/88, Repubblica ellenica c. Consiglio](#); [sentenza della Corte del 12 dicembre 2002, causa C-281/01, Commissione c. Consiglio dell'Unione europea](#)). Tale problematica è poi emersa, con specifico riferimento agli ALS di nuova generazione, nel già menzionato *Parere 2/15*.

È dunque lecito chiedersi se la tutela dei dati personali e della *privacy*, in quanto interessi non (strettamente) commerciali, possa essere pienamente ricompresa nell'ambito della politica commerciale comune, *ex art. 207 TFUE*. Facendo propria l'argomentazione avanzata dalla Corte nel *Parere 2/15* (punti 141-147), si potrebbe rispondere affermativamente a questa domanda. Invero, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la PCC deve essere “condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione”

(art. 207, par. 1, TFUE. V. A. ASTERITI, [Article 21 TEU and the EU's Common Commercial Policy: a Test of Coherence](#), in M. BUNGENBERG, M. KRAJEWSKI, C. TAMS, J. P. TERHECHTE, A. R. ZIEGLER (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2017*, Cham, 2017, p. 111 ss.; A. DIMOPOULOS, [The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy](#), in *European Foreign Affairs Review*, 2010, p. 153 ss.). Questi ultimi, come noto, includono l'obbligo per l'Unione di contribuire alla tutela dei diritti umani (art. 3, par. 5, TUE) e delle libertà fondamentali (art. 21, par. 1, TUE), tra cui rientrano il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali (artt. 7 e 8 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Di conseguenza, tali diritti dovranno necessariamente essere promossi dall'Unione nei propri accordi internazionali in materia di politica commerciale comune. D'altronde, sono le medesime proposte testuali degli ACD a sostenere tale lettura, evidenziando che "each party recognises that the protection of personal data and privacy is a fundamental right".

Se così è, è lecito allora porsi una domanda: "where does the use of general objectives end, and where does mixity starts?" (così v. C. BEAUCILLON, [Opinion 2/15: Sustainable is the New Trade. Rethinking Coherence for the New Common Commercial Policy](#), in *europeanpapers.eu*, 2017, p. 819 ss., p. 819). In effetti, una volta appurato che la tutela dei dati personali e della *privacy* possono costituire parte integrante della PCC (in quanto rientranti negli obiettivi generali dell'azione esterna dell'UE), occorre stabilire se e in che misura le disposizioni degli ACD in materia presentino un "nesso specifico" con gli scambi commerciali internazionali (*Parere 2/15*, cit., punto 37). Ciò implica, secondo una costante giurisprudenza della CGUE, che le clausole in esame debbono essere "sostanzialmente destinate" a promuovere, facilitare o disciplinare i suddetti scambi, producendo altresì effetti "diretti ed immediati su di essi" (v., *inter alia*, [sentenza della Corte del 22 ottobre 2013, causa C-137/12, Commissione c. Consiglio](#), punto 57; [sentenza della Corte del 18 luglio 2013, causa C-414/11, Daiichi Sankyo](#), punto 51).

In astratto, la configurazione di tale test potrebbe condurre ad una limitazione dell'ambito operativo della PCC, riconducendo al suo alveo unicamente quelle disposizioni degli ACD che, pur mirando a conseguire gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione, presentino un legame qualificato con gli scambi commerciali internazionali, nel senso sopra richiamato. In concreto, tuttavia, la Corte gode di un ampio margine di manovra nell'applicazione di detto test. Come è stato efficacemente affermato in dottrina, "the Court [in Opinion 2/15] was satisfied with broadly appreciated effects on the [PCC], which can either be sector-oriented or, on the contrary, rather transversal" (così v. C. BEAUCILLON, *op. cit.*, p. 824). Dunque, la semplice affermazione delle parti secondo cui "high standards in [personal data and privacy protection] contribute to trust in the digital economy and to the development of trade" (art. 6, par. 1, UE-Corea ACD; art. 6, par. 1, UE-Singapore ACD), potrebbe essere ritenuta sufficiente dalla CGUE al fine di ricondurre le disposizioni riguardanti la protezione dei dati personali e della *privacy* all'interno della PCC, soddisfacendo il test del nesso specifico. L'argomentazione avanzata dalla

Corte nel *Parere 2/15* non appare, però, del tutto esauriente. Infatti, come sostenuto in dottrina, “it will not necessarily be easy to take an objective view of how [the test] should be – and would be – applied in specific cases; *it is a test which favour flexibility over predictability*” (così M. CREMONA, [Shaping EU Trade Policy Post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017](#), in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 231 ss., p. 242, enfasi aggiunta).

Nondimeno, le disposizioni riguardanti la tutela dei dati personali e della *privacy*, di cui agli ACD, potrebbero venire ugualmente ricondotte all’art. 207 TFUE mediante l’esplicito impiego di un ulteriore test, al quale la Corte non si riferisce nel *Parere 2/15* (sul punto, v. E. NEFRAMI, *The Dynamic of the EU Objectives in the Analysis of the External Competence*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, p. 63 ss., p. 72). Si intende fare riferimento al test relativo al c.d. centro di gravità dell’atto, test, peraltro, che dovrebbe sempre trovare applicazione in caso di conflitto tra basi giuridiche (sul punto v. C. ECKES, *EU Powers Under External Pressure: How the EU’s External Actions Alter its Internal Structures*, Oxford, p. 116), essendo esso stesso funzionale all’applicazione del test del nesso specifico (in questo senso, si v. sentenza della Corte del 22 ottobre 2013, causa C-137/12, cit., punti 52-58). Ciò garantirebbe peraltro che la scelta della base giuridica dell’accordo internazionale risulti basata su “elementi oggettivi, che possano essere sottoposti a sindacato giurisdizionale, in particolare sul contenuto e sulla finalità dell’atto di cui trattasi” (v. [sentenza della Corte del 2 settembre 2021, causa C-180/20, Commissione c. Consiglio \(accordo con l’Armenia\)](#), punto 15).

Come noto, il test relativo al centro di gravità prevede che, “se l’esame di un atto dell’Unione dimostra che esso persegue una duplice finalità o che possiede una duplice componente, e se una di esse è identificabile come principale o preponderante mentre l’altra è solo accessoria, l’atto deve fondarsi su una sola base giuridica, vale a dire quella richiesta dalla finalità o dalla componente principale o preponderante” (*ibid.*, punto 34). Ora, posto che, come rilevato, gli ACD presentano una duplice componente, appare evidente che le disposizioni riguardanti la tutela dei dati personali e della *privacy* possano considerarsi meramente accessorie rispetto alla componente principale degli stessi, *i.e.* le disposizioni tecniche che regolamentano il commercio digitale (v. capo II UE-Corea ACD; capo II UE-Singapore ACD). Ciò sia da un punto di vista quantitativo sia, significativamente, qualitativo, non costituendo tali clausole alcun nuovo obbligo in capo alle parti contraenti.

Insomma, l’art. 207 TFUE sembrerebbe comunque idoneo a fungere da legittima base giuridica degli ACD. Nondimeno, considerati i dubbi che potrebbero sorgere a riguardo, occorre delineare con chiarezza le ragioni che sono alla base di tale scelta. In questo senso, nell’eventualità di una richiesta di parere alla CGUE, *ex art.* 218, par. 11, TFUE, l’esplicito riferimento da parte dei giudici di Lussemburgo al test del centro di gravità dell’atto potrebbe conferire maggiore solidità alla determinazione della base giuridica degli accordi in esame, in tal modo (parafrasando le parole di Cremona) “favouring predictability over flexibility”.

ABSTRACT (ITA)

Il presente contributo si propone di analizzare le proposte testuali di accordo sul commercio digitale (ACD) recentemente avanzate dalla Commissione europea, al fine di esaminarne l'ambito di applicazione *ratione materiae*. Lo scopo dello studio è duplice. *In primis*, si determinano le innovazioni apportate dagli ACD ai capi riguardanti il commercio elettronico di cui agli accordi di libero scambio di nuova generazione conclusi dall'Unione europea con Paesi terzi. Come si dimostrerà, gli accordi sul commercio digitale ampliano significativamente l'ambito di applicazione materiale di questi ultimi, in particolare con riguardo alla disciplina dei dati. Da tale prospettiva ed in secondo luogo, l'analisi si sofferma sulla scelta della base giuridica degli ACD, valutando se il ricorso al solo art. 207 TFUE possa legittimare l'Unione a disciplinare, all'interno di tali accordi, interessi non prettamente commerciali, segnatamente la tutela dei dati personali e della *privacy*.

ABSTRACT (ENG)

The present contribution aims at analysing the textual proposals of the digital trade agreements (DTAs) recently put forward by the European Commission, in order to assess their scope of application *ratione materiae*. The objective of the study is twofold. *In primis*, the innovative aspects brought about by the DTAs on the e-commerce chapters proper of the EU's new generation free trade agreements concluded with third Countries are to be determined. As it will be demonstrated, digital trade agreements significantly broaden the material scope of application of these latter ones, in particular with regard to data regulation. From this perspective and secondly, the analysis focuses on the choice of the legal basis of the DTAs, by assessing whether the recourse to Art. 207 TFEU alone can legitimize the Union to regulate, within the aforesaid agreements, not purely commercial objectives, notably the protection of personal data and privacy.