

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

In che misura il contratto di adesione e il contratto di scambio di certificati verdi (e di energia) sono contratti telematici? Quali sono le eventuali conseguenze?

Jacopo Gallo Curcio

Novembre 2003

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1. Introduzione; 2. I contratti dei mercati elettrici; 2.1 I contratti di adesione; 2.2 I contratti di scambio; **3. I contratti telematici;** 3.1 La firma digitale; **4. Conclusione.**

1. Introduzione

Forse perché la c.d. “borsa elettrica” non è ancora partita, pochi conoscono il Gestore del mercato elettrico S.p.a. (GME) e le sue attività istituzionali. L’articolo 5 del Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (D. lgs. n. 79/99) dispone che il GME organizzi “*il mercato secondo criteri di neutralità, trasparenza, obiettività, nonché concorrenza tra produttori, assicurando altresì la gestione economica di un’adeguata disponibilità della riserva di potenza*”. Le regole del mercato sono state definite dal GME stesso attraverso: (i) la Disciplina del mercato elettrico (Disciplina), approvata dal Ministero dell’industria, del commercio e dell’artigianato con decreto del 9 maggio 2001; (ii) le Istruzioni alla Disciplina del mercato elettrico (Istruzioni), approvate dal Ministero delle attività produttive con decreto del 14 marzo 2003, limitatamente alle contrattazioni dei certificati verdi; (iii) le Disposizioni tecniche di funzionamento (Dtf) che rappresentano un’ulteriore fonte normativa di ultimo livello, a carattere strettamente tecnico e organizzativo.

A oggi si è dato avvio al solo mercato dei certificati verdi. Il GME, secondo quanto disposto dall’articolo 6 del decreto 11 novembre 1999, organizza la relativa sede di contrattazione. Gli operatori, al fine di partecipare allo scambio di tali titoli, debbono seguire una procedura di ammissione che prevede la presentazione di una domanda e la stipula di un contratto di adesione. Una volta ammesso, l’operatore potrà partecipare alle sedute del mercato e in tale sede acquistare i titoli, attraverso l’uso di strumenti informatici e mediante reti di telecomunicazione. Analogo discorso è da ripetersi per i mercati dell’energia, di prossima apertura, per la cui ammissione è previsto il medesimo meccanismo.

2. I contratti dei mercati elettrici

Non è oggetto di questo breve articolo la disamina delle regole dei mercati elettrici. Al contrario, in questa sede si vuol verificare l'applicabilità delle nuove regole sui contratti telematici a quelli di ammissione e di scambio nei c.d. mercati elettrici.

2.1 I contratti di adesione.

Al fine della partecipazione ai vari mercati elettrici, i soggetti aventi titolo devono assumere la qualifica di operatore, attraverso la presentazione di una domanda di ammissione e la stipula di un contratto di adesione. In entrambi i casi si tratta di un prestampato in formato *pdf*, pubblicato sul sito *internet* del GME, non modificabile, ma solamente scaricabile. Il documento non può, quindi, essere alterato, ma deve essere compilato a mano e poi inviato per posta ordinaria al GME. Successivamente, il Gestore procederà alla verifica della completezza e dell'esattezza dei documenti inviati e ammetterà al mercato il soggetto richiedente che abbia ottemperato a tutte le condizioni. Questi assumerà la qualifica di operatore e riceverà una delle due copie del contratto controfirmato dal GME. In questo caso, come appare evidente, non ci troviamo di fronte a un contratto telematico, poiché la modalità di stipula dello stesso prevede l'uso della posta ordinaria, attraverso documenti cartacei.

2.2 I contratti di scambio.

Una volta ammesso, l'operatore ha diritto (ma non è necessario che lo eserciti sempre) di partecipare alle varie sessioni di mercato. Qualora decida di parteciparvi, potrà acquistare o vendere certificati verdi (o quantità di energia) attraverso gli strumenti informatici (*computer*) e grazie alle reti di telecomunicazione (*internet*), con l'ausilio di uno specifico programma che abbina le proposte corrispondenti. La modalità di accesso al mercato dei certificati verdi (per quanto riguarda i mercati dell'energia, invece, non ci

sono ancora indicazioni in tal senso dato che non si è ancora dato avvio alla borsa elettrica, ma è previsto che la dinamica sia comunque analoga) è stata definita attraverso la Dtf n. 02/03 (“*Modalità di accesso al sistema informatico del Mercato dei certificati verdi e di immissione delle proposte*”) che dà applicazione concreta all’articolo 88, comma 6, delle Istruzioni¹. L’operatore, attraverso un proprio “codice conto” e un “pin” (ma non la firma digitale), potrà accedere al sistema durante le ore delle sessioni di mercato. Una volta entrato, potrà formulare proposte che il sistema abbinerà automaticamente. Nel momento in cui avviene l’incontro delle offerte si considera concluso il contratto, cosa della quale gli operatori sono messi a conoscenza attraverso la schermata del *computer* stesso. E’ quindi evidente che in questo caso ci troviamo di fronte a un’ipotesi di contratto concluso per via telematica, per il quale bisognerà vedere se e in che modo valga la nuova disciplina sui contratti telematici.

3. I contratti telematici

A tal fine è necessario, anzitutto, rendere chiaro che quando si parla di contratto telematico non ci si riferisce a una nuova fattispecie di contratto, quanto piuttosto a un qualsiasi tipo di contratto stipulato mediante l’uso di strumenti informatici e di reti di telecomunicazione. La “telematicità” inciderebbe, per così dire, sulla forma e non sull’oggetto del contratto. Inoltre, i contratti telematici si suddividono in due categorie principali: (i) *business to consumer* (B2C) e (ii) *business to business* (B2B). Mentre i primi sono contratti che si concludono con i piccoli consumatori (a esempio, l’acquisto su *internet* di prodotti alimentari), i secondi sono accordi conclusi tra aziende

¹ “*Le modalità di accesso al sistema informatico del mercato dei certificati verdi e di immissione delle proposte sono definite nelle Disposizioni tecniche di funzionamento*” (articolo 88, comma 6).

(a esempio, la fornitura di un particolare prodotto). A questi ultimi e non ai primi si fa riferimento.

Chiariti questi importanti presupposti, va ricordato che il primo atto normativo riferito al caso in esame risale alla prima legge Bassanini 15 marzo 1997, n. 59 (l. n. 59/97)², che ha rinviato a successivi regolamenti, la definizione della disciplina delle modalità di applicazione. Tra questi si rammentano il Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513 (D.P.R. n. 513/97) e il Decreto del Presidente della Repubblica 20 ottobre 1998, n. 428 (D.P.R. n. 428/98), regolamenti andati a confluire nel Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 (D.P.R. n. 445/00). La norma di riferimento al caso in esame è l'articolo 11 del D.P.R. n. 445/00 che statuisce: *“i contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica mediante l'uso della firma digitale secondo le disposizioni del presente testo unico sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge”*.

La norma, seppur breve, pone qualche problema interpretativo.

Anzitutto la congiunzione “o”, nel definire i modi della stipula del contratto (...*con strumenti informatici o per via telematica...*), risulta fuorviante. Da un lato, l'informatica è *“la scienza che consente di ordinare, trattare e trasmettere le informazioni attraverso l'elaborazione elettronica, offrendo la possibilità di organizzare le ingenti masse di dati prodotte dal moderno sviluppo sociale, scientifico e tecnologico”*³. Mentre, dall'altro lato, la telematica è stata definita come *“la scienza dei collegamenti tra i computers e terminali remoti attraverso la rete telefonica”*⁴. Nonostante questa differenza, permane tra le due discipline una stretta

² *“Gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge”* (articolo 15, comma 2).

³ Devoto – Oli, Dizionario della lingua italiana, voce “Informatica”, Le Monnier, 2002-2003.

⁴ Borruso, *Computer e diritto*, Milano 1988.

connessione. Infatti, senza gli strumenti informatici non può utilizzarsi la rete telematica e senza quest'ultima l'uso dei primi è notevolmente ridotto. E' chiaro, quindi, che la congiunzione "o" non può avere valore disgiuntivo, quanto piuttosto di equivalenza (come per chiarire, ampliandolo, il concetto).

Il secondo problema riguarda l'inciso "*mediante l'uso della firma digitale*".

A una prima lettura, si potrebbe essere indotti a credere che solo i contratti, stipulati con strumenti informatici o per via telematica, dotati di firma digitale, saranno considerati validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge. In tal modo, l'inciso avrebbe valore di condizione necessaria. Tale impostazione sarebbe suffragata da un dato storico. Infatti, come si è detto, il D.P.R. n. 445/00 ha sostituito il D.P.R. n. 513/97, attuativo dell'articolo 15 della l. n. 59/97. La formulazione della norma è analoga a quella attuale, ma priva dell'inciso "*mediante l'uso della firma digitale*". Tuttavia, poiché apporre la firma digitale su un documento informatico equivale a trasformarlo in una scrittura privata, la diretta conseguenza di una tale impostazione sarebbe introdurre una nuova ed ulteriore ipotesi tra quelle previste all'articolo 1350 c.c., ovvero tra gli atti che devono farsi per iscritto, sotto pena di nullità.

In realtà, la novità introdotta dal legislatore del 2000 non può essere interpretata nel modo suddetto per una serie di ragioni.

In primo luogo vi è il dato letterale: la norma non richiede la firma digitale sotto pena di nullità dell'atto, come altrimenti è previsto all'articolo 1325, punto 4, c.c..

In secondo luogo vengono in evidenza considerazioni sistemiche: come si è sottolineato all'inizio, il carattere telematico dei contratti incide sulla modalità di conclusione del contratto, ovvero sulla sua forma e non sull'oggetto. Al contrario, l'articolo 1350 c.c. elenca l'oggetto di quei

contratti che dovranno concludersi per iscritto. Quindi, proprio perché i contratti telematici non sono una nuova fattispecie contrattuale, ma una modalità di stipula degli stessi, non è accettabile l'interpretazione che vede nell'articolo 11 del D.P.R. n. 445/00 un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie di cui all'articolo 1350 c.c..

In terzo luogo vi sono ragioni logiche che non possono essere sottaciute: l'avvento del documento informatico e delle modalità telematiche ha risposto essenzialmente all'esigenza di celerità degli scambi e alla semplificazione delle procedure (non è un caso che la materia *de quo* sia scaturita dalla Delega al Governo per "*il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*"). Sarebbe, quindi, illogico rendere tale procedura molto più complicata, dato che per firma digitale si intende "*il risultato della procedura informatica (validazione) basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al sottoscrittore tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici*" (articolo 1, lettera n), D.P.R. n. 445/00). Imporre una procedura così lunga e complessa, al fine di dare validità ed efficacia ai contratti telematici, sarebbe una violazione della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 (Dir. 2000/31/CE)⁵ e vorrebbe dire ridimensionare il vantaggio apportato da queste nuove tecnologie, tanto da disincentivarne l'uso.

Conseguentemente, non pare che questa possa essere la corretta interpretazione della norma. La novità introdotta dal legislatore deve, allora, avere un altro significato.

⁵ Gli Stati membri "*assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia*" (articolo 9, comma 1).

3.1 La firma digitale

L'articolo 10 del D.P.R. n. 445/00 richiama le distinzioni proposte dalla Direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 (Dir. 1999/93/CE) che ha distinto il documento informatico sottoscritto con firma digitale *tout court* (cd. "*firma elettronica avanzata*"⁶) da quello sottoscritto con firma elettronica⁷. Nel primo caso, il documento è equiparato alla scrittura privata ai sensi dell'articolo 2702 c.c., nel secondo caso, si soddisfa il requisito legale della forma scritta e si attribuisce efficacia probatoria ai sensi dell'articolo 2712 c.c.. Quindi, solo con la firma digitale si equipara il documento informatico a una scrittura privata e si possono, in tal modo, concludere per via telematica quei contratti che il codice civile, o altra legge, vuole stipulati in forma scritta. Conseguentemente, l'apposizione della firma digitale su un documento informatico consente di superare l'obiezione della dottrina italiana anteriore al D.P.R. n. 513/97, che pur considerando il documento informatico come documento scritto, aveva negato la configurabilità di una scrittura privata in forma informatica per l'impossibilità di apporvi l'elemento essenziale della sottoscrizione⁸.

Quindi, riassumendo, (i) tutti i contratti potrebbero potenzialmente essere telematici; (ii) i contratti telematici sono comunque sottoposti alla disciplina generale del codice civile e (iii) la firma digitale equipara il documento informatico alla scrittura privata.

⁶ Per "*firma elettronica avanzata*" si intende quella che "*soddisfi i seguenti requisiti: a) essere connessa in maniera unica al firmatario; b) essere idonea ad identificare il firmatario; c) essere creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare il proprio controllo esclusivo; d) essere collegata ai dati cui si riferisce in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di detti dati*" (articolo 2, n. 2, Dir. 1999/93/CE).

⁷ Per "*firma elettronica*" si intendono "*i dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici ed utilizzata come metodo di autenticazione*" (articolo 2, n. 1, Dir. 1999/93/CE).

⁸ Giannantonio, Manuale di diritto dell'informatica, Padova, 1997, p. 363 e segg.

4. Conclusione

Sulla base di quest'ultima impostazione e non di quella precedentemente esposta, i contratti di scambio di certificati verdi (o di energia), non rientrando nelle ipotesi dell'articolo 1350 c.c., possono essere conclusi senza la forma scritta e quindi senza la firma digitale, cosa che, peraltro, non è stata prevista neppure dalle regole del mercato. Quindi, i contratti legati ai mercati elettrici, siglati nel modo previsto dalle regole del mercato senza la firma digitale, sono pienamente validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge.

Tuttavia, vanno precisate alcune ultime considerazioni.

Da un lato, nel mercato dei certificati verdi le parti del contratto di adesione sono l'operatore ammesso e il GME, mentre i successivi accordi relativi allo scambio dei titoli sono stipulati tra i vari operatori ammessi alle contrattazioni. Dall'altro lato, nei mercati dell'energia (ovvero, in particolare, nel Mercato del giorno prima⁹ e nel Mercato di aggiustamento¹⁰), il contratto di adesione e i successivi contratti di scambio sono tutti siglati dall'operatore ammesso e dal GME, che in questo caso è, quindi, controparte anche nella compravendita effettiva di energia.

Dato quanto sopra, la ricostruzione fin'ora esposta si adatta al mercato dei certificati verdi, mentre, per i mercati dell'energia (relativamente ai quali, tuttavia, si ricorda che si attendono l'avvio e l'approvazione delle Istruzioni da parte del Ministero delle attività produttive), si ritiene opportuno presentare un'ulteriore osservazione.

⁹ Per "mercato del giorno prima" si intende "la sede di negoziazione delle offerte di acquisto e vendita di energia elettrica per ciascun periodo rilevante del giorno successivo" (articolo 1, lettera y), Disciplina).

¹⁰ Per "mercato di aggiustamento" si intende "la sede di negoziazione delle offerte di acquisto e vendita di energia elettrica per l'aggiustamento dei programmi di immissione e prelievo definiti sul mercato del giorno prima dell'energia" (articolo 1, lettera aa), Disciplina).

L'articolo 1352 c.c. ("Forme convenzionali") dispone che *"se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo"*. In effetti, nel contratto di adesione al mercato non c'è una disposizione che si esprima esplicitamente in tal senso, mentre numerosi sono i richiami alla Disciplina, alle Istruzioni o alle Dtf. In particolare, l'articolo 2.2 del contratto di adesione ("Obblighi del contraente") dispone che *"il contraente si impegna a: rispettare la Disciplina, le Istruzioni e le Dtf e a mantenersi aggiornato circa le eventuali modifiche di tali atti"*. E' chiaro un implicito rinvio a quelle norme che, citate nelle premesse (lettere C ed E¹¹), esplicitamente, *"costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto"* (articolo 1.2 del Contratto di adesione). Dalla lettura delle attuali regole del mercato si evince che l'abbinamento delle offerte si effettua attraverso un meccanismo telematico. Quindi, il contratto di adesione sarebbe una sorta di contratto quadro che definisce gli elementi più importanti dei contratti successivi, tra i quali l'oggetto, che le medesime parti decideranno se e quando concludere in concreto.

Come si vede, quindi, anche questa ipotesi è tranquillamente riconducibile a una delle fattispecie già disciplinate dal codice civile.

¹¹ Richiamano rispettivamente la Disciplina e le Istruzioni.