

UNIVERSITATEA DE VEST DIN TIMIȘOARA  
FACULTATEA DE DREPT  
ȘCOALA DOCTORALĂ DE DREPT

TEZĂ DE DOCTORAT

*INTERVENȚIONISMUL ÎN CONTRACTELE BANCARE.  
O PERSPECTIVĂ LAW & ECONOMICS*

REZUMAT

COORDONATOR ȘTIINȚIFIC  
PROF. UNIV. DR. LUCIAN BERCEA

DOCTORAND  
ASTRID MARIA BOLEA

Timișoara  
2024

**INTERVENȚIONISMUL ÎN CONTRACTELE BANCARE  
O PERSPECTIVĂ LAW & ECONOMICS**

**Cuprins**

<i>Introducere</i> .....	4
<b>PARTEA I: TEORII LAW &amp; ECONOMICS CU PRIVIRE LA INTERVENȚIONISMUL ÎN CONTRACTE</b> .....	8
<b>Capitolul I. Conceptualizarea intervenționismului</b> .....	8
I.1. Concept și clasificare .....	8
I.1.1. Introducere despre intervenționism .....	8
I.1.2. Paternalismul utilitarist.....	12
I.1.3. Paternalismul libertarian .....	15
I.1.4. Alte variații ale paternalismului .....	21
I.2. Justificare și alternative .....	22
I.2.1. Corectarea eșecurilor pieței .....	22
I.2.2. Rolul (re)distributiv al dreptului.....	28
I.2.3. Corelarea intervenționismului în contracte.....	33
I.3. Întrebările propuse.....	38
<b>Capitolul II. Teoria instituțională asupra contractului</b> .....	41
II.1. Centralismul dreptului .....	41
II.2. Elementul volițional – instrumentul schimbării de paradigmă .....	45
II.3. Critica centralismului – exemplul lex mercatoria .....	47
II.4. Argumentul guvernantei contractuale .....	49
<b>Capitolul III. Teoria realistă asupra contractului. Normele-cadru și justiția distributivă</b> .....	54
<b>Capitolul IV. Teoria relațională asupra contractului. Doctrina lui Ian R. Macneil</b> 59	
<b>Capitolul V. Teoria evoluției normelor și a instituțiilor</b> .....	69
V.1. Preliminarii – emergența din teoria sistemelor .....	69
V.2. Conceptele juridice .....	71
<b>Capitolul VI. Teoria economică a contractului</b> .....	74
VI.1. Moartea contractului. Doctrina lui Stewart Macaulay .....	74
VI.2. Tipuri de norme și eficiența contractuală. Doctrina lui Robert E. Scott .....	80
VI.3. Adaptabilitatea și particularizarea contractului .....	89
VI.4. Minimalismul contractual ca formalism de tip nou.....	93
<b>Capitolul VII. Teoria comportamentală a contractului</b> .....	103
VII.1. Eficiența clauzelor și bounded rationality .....	103
VII.2. Complexitatea contractelor din perspectivă comportamentală .....	107
VII.2.1. Perspectiva profesionistului .....	107
VII.2.2. Perspectiva consumatorului: complexitatea, atenția, erorile .....	109
<b>Corelații și concluzii aferente primei părți</b> .....	113
<b>PARTEA a II-a: REGLEMENTAREA ȘI INTERVENȚIA EX ANTE ÎN CONTRACTE</b> .....	116

<b>Capitolul I. Considerații cu privire la normativizare .....</b>	<b>116</b>
I.1. Necesitatea unei analize economice .....	116
I.2. Teorema lui Coase.....	119
I.3. Situația particulară a intervenției în domeniul contractelor bancare.....	121
<b>Capitolul II. Mandatory disclosure system.....</b>	<b>124</b>
II.1. Market for lemons. Auto-reglementarea.....	124
II.2. Regim de răspundere alternativă: contributory negligence .....	127
II.3. Teoria bunurilor publice .....	128
II.4. Transparență imperativă vs. transparență voluntară .....	130
<b>Capitolul III. Conținutul contractual impus. <i>The paper deal.</i> .....</b>	<b>133</b>
III.1. Informațiile pre-contractuale .....	133
III.2. Informațiile contractuale.....	135
III.2.1. Conținutul contractual.....	135
III.2.2. Informații financiare: dobânda anuală efectivă.....	138
III.2.3. Informații financiare: costuri. ....	141
III.3. Drepturi specifice privind contractele bancare .....	143
III.4. Cadrul de reglementare a clauzelor abuzive.....	150
<b>Capitolul IV. Conținutul contractual impus. <i>The real deal</i> – privire din perspectiva costurilor profesioniștilor .....</b>	<b>156</b>
IV.1. Analiză economică efectuată de profesionist .....	156
IV.2. Analiza de conformitate efectuată de profesionist .....	158
IV.3. Supravegherea prudențială și protecția consumatorilor .....	163
<b>Capitolul V. Conversia valutară .....</b>	<b>167</b>
V.1. Conversia creditelor în valută.....	167
V.2. Conversia creditelor în franci elvețieni.....	168
V.3. O perspectivă law & economics asupra concluziilor instanței constituționale...	170
<b>Capitolul VI: Plafonarea dobânzilor .....</b>	<b>175</b>
<b>Capitolul VII: Darea în plată .....</b>	<b>178</b>
VII.1. Legea dării în plată.....	178
VII.2. Instanța constituțională. Intervenție la intervenție .....	181
VII.3. Impreviziunea din perspectiva dării în plată. O altă formă de intervenție? .....	183
VII.4. O perspectivă law & economics asupra instituției dării în plată .....	188
<b>Capitolul VIII. Suportul durabil. Exemplificare privind formalismul și intervenționismul excesiv.....</b>	<b>191</b>
<b>Corelații și concluzii aferente celei de-a doua părți .....</b>	<b>200</b>
<b><i>PARTEA A III-A: INTERVENȚIA EX POST ÎN CONTRACTE. TIPOLOGII DE INTERVENȚIE ÎN JURISPRUDENȚA EUROPEANĂ.....</i></b>	<b>202</b>
<b>Capitolul I. Necesitatea unei analize economice a intervenției <i>ex post</i> în contract</b>	<b>202</b>
I.1. Introducere .....	202
I.2. Delimitarea cercetării și scop .....	203
I.3. Utilitatea cercetării .....	206
I.4. Metodă.....	207
<b>Capitolul II. Instrumentarul intervenției în contract: elemente <i>core</i>.....</b>	<b>208</b>
II. 1. Principiile .....	208
II.1.1. Conceptualizare .....	208

II.2. Meta-conceptele .....	213
II.2.1. Prevalența intereselor economice ale consumatorului .....	214
II.2.2. Efectul cumulativ al clauzelor contractuale .....	218
II.2.3. Intervenția din oficiu. Posibilitatea acoperirii lacunelor la nivelul contractului. .....	224
II.2.4. Consumatorul mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat .....	228
II.2.5. Prevederea consecințelor economice. Aprecierea economică de natură cantitativă. .....	229
II.2.6. Meta-conceptul transparenței. Un principiu general și aplicații tot mai specifice .....	233
<b>Capitolul III. Instrumentarul intervenției – aspecte substanțiale .....</b>	<b>243</b>
III.1. Evaluarea bonității .....	243
II.2. Costul total al creditului .....	247
II.3. Costuri suplimentare ca urmare a utilizării capitalului .....	249
II.4 Conversia creditelor în valută: arena întâlnirii principiului transparenței, dezechilibrului dintre prestații și standardului consumatorului.....	252
II.5. Exigibilitate imediată a datoriei .....	256
II.6. Completarea contractului – ceci n'est pas une pipe.....	259
II.7. Compensație. Restituire .....	268
<b>Capitolul IV. Instrumentarul intervenției – aspecte procedurale .....</b>	<b>273</b>
IV.1. Autonomia procedurală .....	273
IV.2. Problema cheltuielilor de judecată .....	274
IV.3. Problema măsurilor provizorii.....	276
IV.4. Principiul autorității de lucru judecat .....	277
IV.5. Prescripția extinctivă .....	279
<b>Capitolul V. Intervenția judiciară <i>ex officio</i> .....</b>	<b>284</b>
<b>Capitolul VI. Analiză empirică a instrumentarului CJUE .....</b>	<b>292</b>
VI.1. Outcome prediction. Studiu de caz – utilizarea principiilor de către CJUE.....	292
VI.1.1. Descrierea studiului de caz .....	292
VI.1.2. Interpretarea rezultatelor .....	293
VI.2. Outcome prediction. Index de măsurare a gradului de intervenție.....	294
VI.2.1. Exemplificare #1: aplicare selecției de cauze privind intervenție din oficiu.....	297
VI.2.2. Exemplificare #2: aplicare comparativă între două cauze .....	298
VI.2.3. Exemplificare #3: aplicare selecției de cauze privind transparența costurilor.....	299
<b>Corelații și concluzii aferente celei de-a treia părți.....</b>	<b>301</b>
<b><i>Concluzii</i>.....</b>	<b>303</b>
<b><i>Bibliografie</i>.....</b>	<b>308</b>

# INTERVENȚIONISMUL ÎN CONTRACTELE BANCARE. O PERSPECTIVĂ LAW & ECONOMICS

## Rezumat

**Cuvinte cheie:** *intervenționism; contracte bancare; protecția consumatorului; jurisprudență CJUE; clauze abuzive; reglementare; drept bancar; law & economics; instituții de credit.*

### 1. Introducere

Lucrarea *Intervenționismul în contractele bancare. O perspectivă law & economics* studiază intervenționismul în contracte, din perspectiva analizei economice a dreptului. Sfera predilectă a lucrării de față este industria bancară și, în mod specific, contractele încheiate între bănci și consumatori. Cercetarea nu conține decât cu titlu incidental o analiză a dreptului pozitiv și a jurisprudenței naționale românești, lucrând cu un instrumentar alcătuit din doctrina *law & economics* și din curente conexe, care fie urmăresc să se delimiteze de analiza economică a dreptului, fie au fost puternic modelate de aceasta, din reglementările relevante la nivel european și din jurisprudența CJUE.

Este posibil ca acest studiu să contrarieze o parte din audiență, forțând anumite limite ale înțelegerii juridice convenționale îmbrățișate la nivel academic și practic, îndrăznind să se alăture lui Stewart Macaulay și să afirme: da, contractul – în înțelesul său clasic – a murit. Convențiile care se încheie în economiile contemporane între profesioniști și consumatori nu se mai identifică cu instituția contractului clasic. Intervențiile în contracte au avut ca efect atenuarea elementului indispensabil *negotium iuris*, care a fost înlocuit de *template*-uri - matrici contractuale cu un conținut predefinit prin lege sau practici sectoriale ori corporative. Voința contractuală a fost substituită cu o aparentă transparență a textului, care să garanteze protecție mai degrabă profesionistului autor al contractului decât consumatorului cititor, voința concordantă a fost în mod frecvent simulată de o întâlnire a unei oferte formulate către persoane absente, în mediul virtual / digital / electronic (nu știm niciodată *who is out there*) și o acceptare fără rezerve clădită pe o prezumție de conformitate a produsului (și a contractului) cu așteptările proprii, trecute nu întotdeauna total, și nu întotdeauna garantat, prin filtrul unei raționalități care se dorește a fi perfecte. Toată această operațiune a contractării între profesioniști și consumatori se desfășoară pe un teren baricadat (și nu delimitat) de un cadru normativ puternic intervenționist, cu o tendință de supra-reglementare a profesionistului (care este, aproape invariabil, tratat ca potențial autor al unor abuzuri) și de redistribuire a riscurilor contractuale în sarcina sa.

În această lucrare, am încercat să arătăm că reglementarea în sine, acționând în scopul de a corecta o serie de eșecuri ale pieței, a dat naștere unor noi dezechilibre. Intervențiile nu îndeplinesc întotdeauna criteriul eficienței, iar studiile *law & economics* ajută în explorarea fenomenului. În demersul de asigurare a unei protecții cvasi-absolute consumatorilor, alimentată în mod deosebit de jurisprudența fluctuantă din ultimii ani a CJUE, contractul a ajuns o simplă matrice semnată benevol (și fără o lectură anterioară) de către consumator. Acest comportament este exact opusul așteptărilor din partea „consumatorului mediu, suficient de

bine informat și de atent” (standardul de referință al Curții de Justiție a Uniunii Europene), care predominant statistic se dovedește a fi insuficient de informat și de atent. Observăm transferarea din sarcina consumatorului a unor standarde minime de diligență, prudență și informare, în sarcina profesionistului, unde aceste standarde de conduită primesc o valență aproape absolută, ridicate chiar la rang de reguli care instituie obligații pozitive și sancțiuni corelative.

## 2. Terminologie

Necesitatea intervenției statului în raporturile private se concretizează odată cu apariția eșecurilor pieței, concept utilizat pentru justificarea diverselor tipologii de intervenție care se pot manifesta în variate tipuri de intensitate, adaptate nevoii de corectare. În ceea ce privește raporturile dintre particulari și, în mod specific, raporturile de dreptul consumului, intervenția este predominant identificată sub forma unui regim-cadru alcătuit din norme imperative prevăzute cu sancțiuni aferente, alături de un număr redus relativ de norme dispozitive, o minimă flexibilitate în aplicare, o minimă tendință de stimulare a soluțiilor negociate și o favorizare a interpretărilor pe care aplicarea *ad literam* a legii le generează, manifestată prin intermediul diverselor pârghii introduse la nivelul reglementării (precum conținutul precontractual și contractual exhaustiv) și ale intervenției judiciare (precum instrumentarul clauzelor abuzive).

Utilizăm termenul „intervenționism” pentru a defini ceea ce se poate identifica sub forma unei politici, respectiv a unei tendințe de intervenție în raporturile private de dreptul consumului și, în mod specific, în contractele încheiate între consumatori și profesioniștii din domeniul bancar. Această politică, respectiv această tendință se concretizează prin îmbinarea mai multor elemente, de la reglementările sectorial bancare, la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum și prin captarea tuturor înclinațiilor favorizate de diverse fenomene ce au loc în domeniul protecției consumatorului, de la reglementări *per se* la nivel european cu obligația transpunerii lor naționale (e.g: directivele privind creditele de consum, directiva privind clauzele abuzive), la reglementări pur naționale (e.g: Legea dării în plată, proiectele de acte normative privind conversia valutară, proiectele de acte normative privind plafonarea dobânzilor), și până la orientarea intervenției în contracte a instanțelor naționale de către CJUE.

## 3. Teză

Am identificat suficiente susțineri în analiza economică a contractului și în curente conexe potrivit cărora instituția contractului ar trebui utilizată în considerarea caracteristicii intrinseci a acestuia de instrument de esența raporturilor economice private. Teza pe care o avansăm este cea potrivit căreia contractul este un instrument adaptabil (evolutiv), nu doar datorită propensității la evoluție a instituției în sine, în contextul global actual, ci privind contractul ca instrument de infrastructură care să susțină și să faciliteze relația economică privată pe care o guvernează. Această caracteristică a contractelor văzute ca mecanisme fundamentale ale pieței este, din punctul nostru de vedere, predominant incompatibilă cu orice intervenție la nivelul contractului, de la impunerea unui conținut contractual standard prin efectul legii și până prin modificarea diverselor elemente sau clauze pe parcursul executării contractului prin hotărârea judecătorului. Arătăm faptul că, privită prin lentila analizei economice a dreptului, intervenția în contract nu are mereu o finalitate precisă, predictibilă și

măsurabilă, și nici una eficientă din punct de vedere economic și că există contradicții în abordările nearmonizate la nivel legislativ, dar și la nivel judiciar european. Intervenția în contracte nu reușește, din punctul nostru de vedere, să remedieze eșecurile pieței mai departe de momentul etapei precontractuale, a formării contractului. Eforturile legislativelor europene sau naționale și ale aparatului judiciar european par a se opri la nivelul transparenței clauzelor, încercările de intervenție normativă mai departe de acest moment neconcretizându-se în altceva decât în tentative cu efecte difuze, a căror valoare nu a fost în mod suficient potențată prin practica judiciară fluctuantă a CJUE.

Lucrarea nu dorește a fi neapărat o critică a intervenționismului, în general, și a intervenționismului de tip *hard*, în special. Scopul său este, dintr-o perspectivă de *law & economics*, să se alăture contribuțiilor analizei economice a dreptului existente deja în spațiul juridic românesc și să încerce o analiză din această perspectivă a intervenționismului *ex ante* și *ex post*. Accentul în prezenta lucrare este plasat pe instituția contractului în raporturile specifice între profesioniști și consumatori și într-un domeniu sectorial specific, cel bancar, din două perspective: în primul rând, a doctrianelor contractuale recente care fie anihilează aproape complet utilitatea contractelor în mediul de afaceri, fie reconfigurează instituția contractului într-un instrument adaptabil (evolutiv), astfel cum dorim să arătăm, prin intermediul căruia relația dintre părți se poate adapta în funcție de un context dorit și care are rolul unui spațiu de negociere mereu disponibil și în privința căruia, atât la nivel de formă, cât și la nivel substanțial, formalismul nu se justifică. În al doilea rând, din perspectiva intervenției în contract, faptul că materia protecției consumatorilor este una puternic intervenționistă și protecționistă, în concurs cu apariția fenomenului standardizării contractuale, este un dat care, din perspectiva noastră, nu este privit critic și analizat suficient.

Viziunea acestei lucrări este dinspre profesionist spre consumator. Până acum, atenția a fost acordată predominant, la nivel legislativ, judiciar, chiar doctrinar, consumatorilor, categorie de subiecți de drept cu un statut aparte, punct central într-un cadru legislativ suprasaturat. Contractele încheiate cu consumatorii au fost și continuă să fie obiectul celor mai dure tipuri de intervenție *în* contract, iar, în ultimii ani, accentul s-a mutat înspre o intervenție *prin* contract în raporturi de drept privat, în diverse maniere care au depășit prin consecințe eșecurile pieței care le-ar fi justificat. Corelativ, acest lucru se traduce în costuri actuale sau potențiale semnificative pentru profesioniști. O perspectivă a profesionistului considerăm că poate fi utilă *post factum* în analiza judiciară, în analiza extra-judiciară realizată de către organisme de tip SAL ori chiar pentru cea realizată de către autorități cu competență în domeniul protecției consumatorului, fie în cadrul controalelor periodice, fie în cadrul unor dispute cu consumatorii.

#### **4. Limitele cercetării**

O limitare asumată a lucrării este restrângerea sferei jurisprudențiale analizate, în primul rând, la jurisprudența CJUE, și, în al doilea rând, la jurisprudența CJUE privind domeniul clauzelor abuzive prin intermediul trimiterilor preliminare în cadrul cărora au fost surprinse aspecte tranzitând de la interpretarea dreptului european, la interpretarea diverselor prevederi naționale și la analizarea clauzelor contractuale *per se*. Considerăm că această arie de cercetare, deși fără a include jurisprudența națională, este suficient de ofertantă pentru a permite o analiză suficient de generoasă a intervenționismului *ex post* și surprinderea diverselor

grade de intervenție, împreună cu un instrumentar propriu al CJUE care să ne permită să avansăm un model de măsurare și, eventual, de preîntâmpinare a gradului de intruziune al instanței europene în raport de această cazuistică specifică.

Lucrarea se referă la „contracte bancare” într-un sens foarte generic și are în vedere tipurile de contracte cel mai frecvent întâlnite la nivelul industriei financiar-bancare (contractele de credit, contractele de servicii de plată, contractele de cont curent cu servicii de bază, contractele de depozit). Nu este de interes în mod direct pentru analiza noastră particularitatea fiecărui contract în ceea ce privește calificarea sa juridică, după cum nu este de interes în mod direct pentru analiza noastră nici particularitatea produselor sau serviciilor financiar-bancare pe care aceste contracte le reglementează la nivel convențional (credite, depozite, plăți). Ceea ce urmărim în mod principal este analiza reglementării acestor tipuri de contracte și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene asociată acestei reglementări, din perspectiva intervenției în raporturile economice private, precum și a justificării juridice, respectiv a eficienței sale din punct de vedere economic.

Din perspectiva doctrinelor contractuale care servesc ca sursă de cercetare a primei părți, nu ne dorim importarea pur și simplu a unor asemenea doctrine, nici nu milităm pentru transplantarea formală a unor concepte de la nivelul dreptului anglo-saxon și american în dreptul continental și, specific, în dreptul românesc. Nu este intenția acestei lucrări nici să reviziteze o serie de concepte și teorii din analiza economică a dreptului, unele dintre acestea fiind deja introduse la nivelul doctrinei juridice românești. Scopul nostru este de a prezenta o serie de teorii și studii, din perspectiva *law & economics*, care fie nu au fost încă introduse la nivelul doctrinei juridice în România, fie nu au fost abordate din acest unghi.

## **5. Structură și conținut**

### *5.1. Partea I. Teorii law & economics privind intervenționismul în contracte.*

În prima parte a lucrării prezentăm teza caracterului adaptabil (evolutiv) al contractului, incompatibil cu intervențiile normative și judiciare. Am dorit să ilustrăm conturarea, în cadrul curentului analizei economice a contractului, a elementelor unei doctrine alternative, care propune regândirea contractului ca instrument de fixare adaptabilă a relației dintre părți, atât la nivelul intrinsec al cadrului de guvernare pe care îl reprezintă raportul contractual pentru tranzacția economică, cât și la nivelul extern, prin poziționarea părților și interacțiunea lor în piață prin intermediul contractului. Am identificat particularitățile doctrinelor pe care le-am analizat nu doar la nivel descriptiv, ci și analitic. Am utilizat caracteristicile principale ale acestora pentru a le imprima contractelor, care astfel pot fi abordate din diverse unghiuri: instituțional, realist, relațional, economic, comportamental.

Ceea ce am observat este că, indiferent de sursa curentului doctrinar la care ne raportăm, tendința în propunerile teoretice este înspre o liberalizare a dreptului aplicabil raporturilor private, al căror element juridic central este contractul. Argumentul caracterului instituțional și al centralismului dreptului pe care l-am explorat arată că ordinea juridică a agenților economici privați nu ar putea exista fără o anumită reglementare, dar și că existența unui cadru juridic nu este suficientă prin sine însăși pentru operarea respectivului sistem, o serie de alți factori, de esența relațiilor contractuale, trebuind să fie luați în calcul. Contractele pot fi văzute ca unități autonome cu o ordine juridică proprie și o guvernare internă, ceea ce tinde spre întărirea



autonomiei și a libertății contractuale. Atât argumentele din realism, cât și cele din teoria relațională tind înspre adaptarea relațiilor dintre părți, adaptarea sistemelor și adaptarea contractelor, animate de argumentul evolutiv care arată faptul că evoluția normelor este posibilă, nicăieri, însă, motorul flexibilizării și adaptabilității nefiind dreptul. Principalele concluzii ale acestei abordări a instituției contractului, în timp ce păstrează intacte meritele mai ales de ordin practic ale standardizării contractuale, arată și neajunsurile acesteia, iar aceste neajunsuri sunt aproape mereu asociate, cu titlu de motiv sau de pretext, intervenției în contracte, sau, prin intermediul contractelor, în tranzacțiile economice private. Este motivul pentru care susținem că acest profil al contractului ar trebui să fie văzut ca incompatibil cu înclinațiile intervenționiste.

## 5.2. Partea a II-a. Reglementarea și intervenția *ex ante* în contracte.

Partea a II-a privește intervenționismul *ex ante*, specific reglementării sectorial bancare, unde am analizat, prin lupa analizei economice, reglementările relevante la nivelul industriei financiare europene și naționale. Evoluția contractului, care presupune și o evoluție a abordării relațiilor contractuale, trebuie favorizată sau cel puțin nu trebuie împiedicată de către sistemul juridic. Analiza privește intervenția *ex ante*, materializată în cadrul legislativ în domeniul protecției consumatorului reprezentat de directivele privind contractele de credit și directiva privind clauzele abuzive, urmate de cadrul de reglementare național, predominant reprezentat de actele normative de transpunere, dar și de legislații naționale specifice domeniului protecției consumatorului nefundamentate într-un echivalent reglementar european, precum conversia creditelor în franci elvețieni, proiectele de acte normative privind plafonarea dobânzilor și legea dării în plată. Nu am realizat o analiză exhaustivă a textului acestor acte normative și nici o analiză exhaustivă a tuturor actelor normative care ar putea fi relevante sectorial, întrucât volumul unei astfel de cercetări ar depăși finalitatea acestei lucrări. Am identificat aspectele principale, concretizate ca fenomene juridice, la nivelul reglementării și al practicii în piața bancară, care reprezintă apanajul unei abordări intervenționiste de tip *hard* în sfera raporturilor private de afaceri. Astfel, punctele de interes în cadrul acestei părți a lucrării, cu finalitatea propusă de a realiza o analiză a reglementării ca formă de intervenție *ex ante* în contracte și de a observa în ce măsură aceasta se justifică sau nu din perspectivă *law and economics*, sunt: fenomenul transparentizării ca imperativ de reglementare (*mandatory disclosure system*), conținutul contractual impus la rang normativ (pre-contractual și contractual, informativ și substanțial), cadrul interdicției clauzelor abuzive, analiza reglementărilor pur naționale operând în afara unui context european de transpunere (conversia creditelor în valută, plafonarea dobânzilor și darea în plată). În finalul secțiunii, am realizat o exemplificare extinsă a cerinței suportului durabil ca exemplu de formalism și reglementare excesivă în reglementarea contractelor.

Concluzia la care am ajuns este că normativizarea transparenței la nivel de reglementare prezintă merite și avantaje și are sens în corectarea asimetriei informaționale. Ceea ce nu este, însă, clar, este imperativul și necesitatea supra-reglementării transparenței și impunerea ei la rang normativ, prin introducerea unei obligații pozitive de transparență în sarcina profesionistului acționând în relația cu un consumator, în măsura în care deja clauzele abuzive sunt interzise printr-o normă imperativă. În al doilea rând, se poate admite necesitatea reglementării suplimentare a unei obligații de transparență a profesionistului față de

consumator, însă eficiența acestora nu este absolută și nici nu rezultă în mod necesar. Tendința pieței bancare, în general, și aversiunea la risc, în mod special, a profesioniștilor oferind servicii bancare în piețele cu tendințe puternic intervenționiste precum România, este de auto-reglementare, iar profesioniștii pot identifica faptul că transparența este, de fapt, în interesul lor și le poate servi nu doar la perspectiva pe termen lung asupra afacerii, ci și la eficientizarea unor costuri pe termen scurt spre mediu în relațiile cu consumatorii, respectiv la potențialul de creștere a utilității așteptate. Din perspectiva consumatorilor, punerea la dispoziție a informațiilor clare și transparente poate aduce un avantaj informațional și o suficientă bază pentru impulsivitate, prin chiar această transparență concretizându-se, spre exemplu, superioritatea unui produs față de unul similar oferit de un competitor.

Acestor dificultăți li se adaugă tărâmul incert al mecanismului clauzelor abuzive, utilizate ca un real instrumentar de intervenție în contract și de ghidare a unei tendințe intervenționiste generale în materia contractelor încheiate cu profesioniștii în domeniul bancar. Am realizat o radiografie a principalelor reglementări relevante în materia protecției consumatorilor de produse și servicii financiare și am identificat contractul ca obiect al acestor intervenții, dar și contractul ca instrument de ghidare a intervențiilor. În cursul observării diferitelor grade de intervenție *ex ante*, am identificat o serie de fenomene: formalismul excesiv, supra-reglementarea, lipsa de uniformitate și convergență normativă, tendința de sancționare a profesionistului. Nu am identificat o miză clară a intervențiilor de un anumit tip, care să justifice alegerea unei abordări de reglementare mai puternic sau mai moderat intervenționiste, respectiv care să confirme un rezultat net pozitiv în eficientizarea situației consumatorilor, în corectarea eșecurilor sau în optimizarea dinamicilor de pe piață între consumatori și profesioniști.

### 5.3. Partea a III-a. Intervenția *ex post* în contracte – jurisprudența europeană

Partea a III-a este dedicată analizei intervenției *ex post*, atât la nivelul legislației europene și naționale de transpunere, cât și la nivelul contractelor din cauzele din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, cu predilecție jurisprudența ultimilor ani, care a fost analizată exhaustiv. La rândul ei, această parte este împărțită în două secțiuni: în cadrul primei secțiuni, am identificat și analizat acele soluții jurisprudențiale ale CJUE care pot servi ca instrument util nu doar în ilustrarea nivelului de intervenție în contract, ci și în setarea unor așteptări legitime în ceea ce privește trimiterile preliminare în domeniul contractelor bancare încheiate cu consumatorii din perspectiva CJUE. Am utilizat metoda critică și logică (deductivă) pentru a analiza hotărârile Curții și pentru a identifica tipologiile de intervenție pe care CJUE le utilizează în domeniul specific al contractelor bancare, motiv pentru care ne vom axa pe jurisprudența în domeniul clauzelor abuzive, de altfel și cea mai semnificativă. În cadrul cercetării, am utilizat inclusiv un tip de raționament deconstructivist, prin încercarea de a inventaria și califica instrumentarul de intervenție utilizat de CJUE, respectiv instrumentarul, principiile și meta-conceptele (mutații ale conceptelor autonome), pe care le denumim elemente *core*, incluzând atât elemente substanțiale în formarea și executarea contractelor, cât și o serie de elemente procedurale. Am identificat, astfel, principalele arii predilecte de intervenție și o serie de elemente care, în opinia noastră, constituie instrumentarul de intervenție al CJUE în contracte.

În cadrul cele de-a doua secțiuni a acestei părți a lucrării, am efectuat o analiză empirică a instrumentarului CJUE identificat, sens în care am realizat: a). un studiu de caz pentru a exemplifica utilizarea de către CJUE a unei părți din instrumentarul propriu, aspect ca are potențialul de a indica tendința de intervenție a CJUE, și 2). am propus un model simplu de calcul pe care l-am determinat ca urmare a analizei efectuate, care se reflectă în particularizarea formulei propuse și care considerăm că poate fi un instrument util în identificarea, în linii foarte mari, a concluziilor CJUE în funcție de precedent, ideologie și raționament (interpretare), identificate istoric.

## 6. Concluzii

Una dintre tezele avansate este că dreptul contractelor trebuie să ofere un cadru de guvernare relației contractuale și o arenă constantă de flexibilitate și negociere, care să permită evoluția raportului contractual în sine și evoluția contractului ca instrument care acționează pe piață. Am arătat, în prima parte a lucrării, că un caracter specific imprimat contractului astfel cum este el poziționat în raporturile de afaceri la acest moment este cel de adaptabilitate, aspect incompatibil cu intervențiile *hard* în mod deosebit și parțial compatibil cu intervenții mai *soft*. Ca urmare a intervențiilor în contract, acesta devine din mecanism de cooperare, un mecanism de aderare și, în ultimă instanță, de conflict, cu o utilitate reziduală.

Contractele standard reprezintă un instrument de reglementare (*regulatory instrument*). Teza de față încearcă să analizeze de ce contractul a devenit un instrument de reglementare și să extindă analiza de la un simplu instrument de reglementare la un instrument de intervenție într-un raport juridic de drept privat chiar de dreptul consumului, chiar justificat de considerente de ordine publică de protecție a părții vulnerabile. O problemă specifică este cea a conținutului contractual exhaustiv, pe care reglementarea actuală îl impune profesioniștilor, mai ales la nivelul produselor și serviciilor reglementate. Suportarea costurilor din perspectiva standardizării contractelor va plana mai degrabă asupra puterii statale, fie ea executivă manifestată prin intermediul autorităților cu competențe de supraveghere în materie și a căror atribuție este să se asigure de conformarea profesioniștilor cu conținutul contractual minim, fie prin puterea judiciară. Secundar, va plana asupra profesioniștilor, din perspectiva costurilor conformității cu conținutul contractual minim. Din punctul nostru de vedere, tendințele intervenției sunt de supra-sanționare a profesioniștilor cu (aproape) orice preț.

Din perspectiva jurisprudenței CJUE, în cauzele în care Curtea părea a se îndepărta de ceea ce ar fi însemnat o intervenție și mai puternică a instanțelor naționale în contracte, o analiză a costurilor presupuse și a intereselor „sacrificate” ale profesionistului au arătat că, din perspectiva optimizării costurilor și a urmării dezideratului protecției intereselor consumatorului, intervenția ar fi putut conduce la rezultate mai eficiente. Similar, în ipoteza trimiterii părților la negocieri, am observat faptul că apelul CJUE la această soluție are loc cu titlu subsidiar, preferință acordându-se manierelor de intervenție consacrate: eliminarea clauzelor abuzive din contract și, în măsura posibilului, salvarea convenției, cu eventuala completare a lacunelor contractuale. Scopul reglementării și, în mod prezumat, și al intervenției CJUE este acela de a asigura un nivel ridicat de protecție efectivă a intereselor economice ale consumatorilor, de a proteja consumatorii de efectele clauzelor abuzive, dată fiind vulnerabilitatea lor din perspectiva nivelului de informații deținute și a puterii de negociere. La fel de adevărat este, atunci, că scopul directivelor privind activitatea de creditare și armonizarea

ei la nivelul Uniunii Europene prin întregul cadru de prudență bancară este de a asigura stabilitatea financiară a sistemului, dar și de a contura o piață atractivă a creditelor operând într-o competiție a prețurilor efectivă, cu limitarea practicilor incorecte și abuzive ale comercianților. Din punctul nostru de vedere, însă, disproporția este deloc neglijabilă între efortul constant impus profesioniștilor de educare forțată a consumatorilor și efortul minim așteptat și tolerat din partea unor consumatori care în mod conștient, normal informați fiind și suficient de atenți, se implică în angajamente al căror traiect va fi starea de supraîndatorare.

Probabil cel mai important aspect pe care l-am identificat în cercetarea noastră a fost constatarea că manierele de intervenție, bazate sau nu pe o analiză proprie și cântărire adecvată a necesității și proporționalității intervenției, trebuie comparate, revizitate și adaptate. Astfel de politici intervenționiste, pe lângă o reevaluare periodică pe care ar trebui să o suporte după o anumită perioadă, trebuie analizate în mod special din perspectiva instrumentelor utilizate. Cu precădere din perspectiva contractului, întrucât acesta este elementul central al analizei noastre, studiile de tipul analizei economice a dreptului au dezvoltat semnificativ instituția contractului în ultimele decenii. Meritul acestor analize este ancorarea în realitatea economică și verificarea impactului și eficienței normelor din perspectiva maximizării valorii sociale, a efectelor distributive a resurselor și costurilor, a corectării eșecurilor piețelor. Stagnarea politicii intervenționiste și păstrarea ei la același nivel care, poate, a fost justificat din anumite considerente la momentul implementării sale originare, cu ignorarea acestui calup de cercetare, într-un domeniu în care utilitatea acestor studii este mai mult decât evidentă și în contextul global al sofisticării piețelor, al avântului digitalizării și al structurii piețelor și industriilor, nu va duce la corectarea eșecurilor pieței.

**WEST UNIVERSITY OF TIMISOARA  
FACULTY OF LAW  
DOCTORAL SCHOOL OF LAW**

**PHD THESIS**

***INTERVENTIONISM IN BANKING CONTRACTS.  
A LAW & ECONOMICS PERSPECTIVE***

**SUMMARY**

**SCIENTIFIC COORDINATOR  
Prof. univ. dr. LUCIAN BERCEA**

**PhD CANDIDATE  
ASTRID MARIA BOLEA**

**Timisoara  
2024**

# INTERVENTIONISM IN BANKING CONTRACTS

## A LAW & ECONOMICS PERSPECTIVE

### Contents

<i>Introduction</i> .....	4
<b><i>PART I: LAW &amp; ECONOMICS THEORIES OF INTERVENTIONISM IN CONTRACTS</i></b> .....	<b>9</b>
<b>Chapter I. Conceptualization of interventionism</b> .....	<b>9</b>
I.1. Concept and classification .....	9
I.1.1. Introduction on interventionism .....	9
I.1.2. Utilitarian paternalism .....	13
I.1.3. Libertarian paternalism .....	16
I.1.4. Other variations of paternalism .....	22
I.2. Justification and alternatives .....	23
I.2.1. Correcting market failures .....	23
I.2.2. The (re)distributive role of law .....	29
I.2.3. Correlating interventionism in contracts.....	34
I.3. Proposed questions.....	39
<b>Chapter II. Institutional theory of the contract</b> .....	<b>42</b>
II.1. Centralism of law .....	42
II.2. The element of will – the instrument of paradigm shift .....	46
II.3. Criticism of centralism – the example of <i>lex mercatoria</i> .....	48
II.4. The contractual governance argument .....	50
<b>Chapter III. Realist theory of contract. Framework norms and distributive justice...</b>	<b>55</b>
<b>Chapter IV. Relational theory of contract. The doctrine of Ian R. Macneil.....</b>	<b>60</b>
<b>Chapter V. The theory of the evolution of norms and institutions</b> .....	<b>70</b>
V.1. Preliminaries – emergence from theory of systems.....	70
V.2. Legal concepts .....	72
<b>Chapter VI. The economic theory of the contract</b> .....	<b>75</b>
VI.1. The death of the contract. Stewart Macaulay's doctrine .....	75
VI.2. Types of norms and contractual efficiency. The Doctrine of Robert E. Scott.....	81
VI.3. Adaptability and customization of the contract .....	90
VI.4. Contractual minimalism as a new type of formalism .....	94
<b>Chapter VII. Behavioral theory of contract</b> .....	<b>104</b>
VII.1. Clause efficiency and bounded rationality .....	104
VII.2. The complexity of contracts from a behavioral perspective .....	108
VII.2.1. The perspective of the professional .....	108
VII.2.2. The consumer perspective: complexity, attention, errors .....	110
<b>Correlations and conclusions related to the first part</b> .....	<b>114</b>
<b><i>PART II: REGULATION AND EX ANTE INTERVENTION IN CONTRACTS</i></b> .....	<b>117</b>
<b>Chapter I. Considerations regarding standardization</b> .....	<b>117</b>
I.1. The need for an economic analysis .....	117
I.2. Coase Theorem .....	120
I.3. The particular situation of intervention in the field of banking contracts .....	122

<b>Chapter II. Mandatory disclosure system .....</b>	<b>125</b>
II.1. Market for lemons. Self-regulation.....	125
II.2. Alternative liability regime: contributory negligence.....	128
II.3. The theory of public goods.....	129
II.4. Imperative transparency vs. voluntary transparency.....	131
<b>Chapter III. The mandatory contractual content. <i>The paper deal</i>.....</b>	<b>134</b>
III.1. Pre-contractual information.....	134
III.2. Contract Information.....	136
III.2.1. Contractual content.....	136
III.2.2. Financial information: APR.....	139
III.2.3. Financial information: costs.....	142
III.3. Specific rights regarding banking contracts.....	144
III.4. The regulatory framework of abusive clauses.....	151
<b>Chapter IV. The contractual content imposed. <i>The real deal</i> – view from the perspective of the costs of professionals.....</b>	<b>157</b>
IV.1. Economic analysis performed by a professional.....	157
IV.2. Compliance analysis performed by the professional.....	159
IV.3. Prudential supervision and consumer protection.....	164
<b>Chapter V. Currency conversion.....</b>	<b>168</b>
V.1. Conversion of foreign currency loans.....	168
V.2. Conversion of Swiss francs loans.....	169
V.3. A <i>law &amp; economics</i> perspective on the conclusions of the Constitutional Court..	171
<b>Chapter VI: Interest capping initiatives.....</b>	<b>176</b>
<b>Chapter VII: Debt discharge.....</b>	<b>179</b>
VII.1. The debt discharge law.....	179
VII.2. The Constitutional Court. Intervention on intervention.....	182
VII.3. Unpredictability from the perspective of payment. Another form of intervention? .....	184
VII.4. A <i>law &amp; economics</i> perspective on the debt discharge mechanism.....	189
<b>Chapter VIII. Durable medium. Exemplifying formalism and excessive interventionism.. .....</b>	<b>192</b>
<b>Correlations and conclusions related to the second part.....</b>	<b>201</b>
<b><i>PART III: EX POST INTERVENTION IN CONTRACTS. TYPES OF INTERVENTION IN EUROPEAN JURISPRUDENCE.....</i></b>	<b>203</b>
<b>Chapter I. The need for an economic analysis of the intervention <i>ex post</i> in the contract.....</b>	<b>203</b>
I.1. Introduction.....	203
I.2. Research delimitation and purpose.....	204
I.3. Usefulness of research. ....	207
I.4. Method.....	208
<b>Chapter II. Instrumental intervention in the contract: elements <i>core</i>.....</b>	<b>209</b>
II. 1. The principles.....	209
II.1.1. Conceptualization.....	209
II.2. Meta-concepts.....	214
II.2.1. The prevalence of the economic interests of the consumer.....	215
II.2.2. Cumulative effect of contractual clauses.....	219

II.2.3. <i>Ex officio</i> intervention. The possibility of covering gaps in the contract. ....	225
II.2.4. The average consumer, normally informed and sufficiently attentive and circumspect.....	229
II.2.5. Anticipation of economic consequences. Quantitative economic assessment.	230
II.2.6. The meta-concept of transparency. A general principle and increasingly specific applications.....	234
<b>Chapter III. Intervention tools – substantial aspects.....</b>	<b>244</b>
III.1. Credit rating.....	244
II.2. The total cost of lending.....	248
II.3. Additional costs for the use of capital.....	250
II.4 Conversion of foreign currency loans: the meeting arena of the principle of transparency, the imbalance between benefits and the consumer standard.....	253
II.5. Acceleration of the loan.....	257
II.6. Completing the contract - ceci n'est pas une pipe.....	260
II.7. Compensation. Refund.....	269
<b>Chapter IV. Intervention tools – procedural aspects.....</b>	<b>274</b>
IV.1. Procedural autonomy.....	274
IV.2. The issue of court costs.....	275
IV.3. The issue of provisional measures.....	277
IV.4. The principle of res judicata authority.....	278
IV.5. Statute of limitations.....	280
<b>Chapter V. <i>Ex officio</i> judicial intervention.....</b>	<b>285</b>
<b>Chapter VI. Empirical analysis of the CJEU framework.....</b>	<b>293</b>
VI.1. Outcome prediction. Case study – use of the principles by the CJEU.....	293
VI.1.1. Description of the case study.....	293
VI.1.2. Interpretation of results.....	294
VI.2. Outcome prediction. Index measuring the degree of intervention. ....	295
VI.2.1. Example #1: Application of ex officio case selection.....	298
VI.2.2. Example #2: Comparative application between two cases.....	299
VI.2.3. Example #3: Application of case selection on cost transparency.....	300
<b>Correlations and conclusions related to the third part ...</b>	<b>302</b>
<b>Conclusions .....</b>	<b>304</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>309</b>



# INTERVENTIONISM IN BANKING CONTRACTS. A PERSPECTIVE LAW & ECONOMICS

## SUMMARY

**Keywords:** *interventionism; banking contracts; consumer protection; ECJ case-law; unfair terms; regulation; banking law; law & economics; credit institutions.*

### 1. Introduction

The paper entitled *Interventionism in banking contracts. A law & economics perspective* analyses the interventionism into private agreements from an economic analysis of law perspective. The focus of this paper is the banking industry and, specifically, the contracts concluded between banks and consumers. The research only incidentally contains an angle on positivism of Romanian regulations and domestic case-law, since it mainly employs the *law & economics* doctrine, relevant regulations at European level and CJEU case-law, as well as and related movements that either seek to distance themselves from the economic analysis of law, or have been strongly shaped by it.

This study is likely to antagonize part of its audience by pushing certain limits of the conventional legal understanding that has been endorsed at an academic and practical level, as well as by daring to join Stewart Macaulay and proceed to asserting that: yes, the contract – in its classical sense – is dead. Agreements concluded between professionals and consumers within contemporary economies are no longer identified with the parameters of the classical contractual institution. The contractual interventions have resulted in the mitigation of the essential element of *negotium iuris*, which has been replaced by *templates*—contractual matrices with predefined content that was either established by law, or by sectoral or corporate practices. The contractual will has been substituted with an apparent transparency of the contractual wording, which is rather intended to protect the professional (author of the contract) than the consumer who reads it. The mutual agreement is often simulated by the meeting of an offer, which aimed at absent persons in a virtual/digital/electronic environment (where we never truly know *who is out there*), and the open acceptance that is built on the presumption that the product (and the contract) meets one's expectations, although these have not always been entirely and surely rationally filtered. This process of contracting between professionals and consumers takes place on a barricaded field (rather than a level-playing field) built on a strongly interventionist regulatory framework, with a tendency towards over-regulation of the professional's conduct (who is almost invariably treated as a potential perpetrator of abuses) and the redistribution of contractual risks onto them.

In this paper we attempted to show that regulation itself, acting to correct a series of market failures, has given rise to new imbalances. The interventions do not always meet the criterion of efficiency, and *law & economics* studies help explore this phenomenon. In the pursuit of providing a quasi-absolute protection to consumers, particularly fueled by the fluctuating case-law of CJEU in recent years, the contract has become a simple template which is voluntarily (and without prior reading) signed by the consumer. This behavior is the exact opposite of the expectations for the "average consumer, who is reasonably well-informed and

reasonably observant and circumspect" (the consumer standard referred to by the Court of Justice of the European Union), who statistically proves to be insufficiently informed and circumspect. We observe a transfer of the minimum standards of diligence, prudence, and awareness, from the consumer to the professional, where these standards of conduct gain an almost absolute value, even elevated to the status of rules that impose positive obligations and corresponding sanctions.

## **2. Terminology**

The necessity of state intervention in private affairs becomes obvious with the emergence of market failures, a concept used to justify various types of intervention that can manifest in varying degrees of intensity which are tailored according to the specific need of remediation. Within the relationships between private individuals, and specifically within the context of consumer law, intervention is predominantly identified in the form of a framework regime consisting of mandatory rules accompanied by corresponding sanctions, along with a relatively small number of default rules, a minimal flexibility in their application, a minimal tendency to encourage negotiated solutions, and an overall preference for interpretations generated by the textual application of the law. This is manifested through various mechanisms introduced at regulatory level (such as a comprehensive pre-contractual and contractual content) and judicial intervention (such as the framework for handling unfair terms).

We use the concept "interventionism" to define what can be identified as a policy or tendency of intervention in private consumer law relations, and specifically in the agreements concluded between consumers and professionals in the banking sector. This policy or tendency materializes through a combination of elements, which vary from sector-specific banking regulations to the case-law of CJEU, as well as by capturing all the inclinations favored by various phenomena in the field of consumer protection. These range from European-level regulations that require national transposition (e.g. directives on consumer credit, the directive on unfair terms), to purely national regulations (e.g. the debt discharge law - *legea dării în plată*), the draft laws on currency conversion, draft laws on interest rate caps), and even to the orientation of contract intervention by national courts as guided by the CJEU.

## **3. Thesis**

We have identified enough arguments in the economic analysis of contracts and related currents suggesting that the agreement, as an institution, should be used considering its intrinsic characteristic as an instrument essential to private economic relationships. The thesis we advance is that the contract is an adaptable (evolving) instrument, not only because of the inherent propensity for evolution within the institution itself in the current global context, but also in order to regard the contract as an infrastructure instrument designed to support and facilitate the private economic relationship it governs. From our point of view, this characteristic of contracts, seen as fundamental market mechanisms, is predominantly incompatible with any intervention at the contractual level, ranging from the imposition of standard contractual content by law, to the amendment of various elements or clauses during the contract's execution by judicial intervention. We claim that, viewed through the lens of economic analysis of law, intervention in contracts does not always have a precise, predictable,

and measurable outcome, nor is it economically efficient, and there are contradictions in the unharmonized approaches at domestic legislative level, as well at European judiciary level. In our view, intervention in contracts fails to remedy market failures beyond the pre-contractual stage and the contract formation stage. The efforts of European or national legislatures and the European judicial apparatus seem to not go any further than dealing with clause transparency, since attempts at a normative level beyond this point result in merely diffuse attempts the value of which has not been sufficiently enhanced by the fluctuating judicial practice of the CJEU.

The aim of this paper is not necessarily that of a critique of interventionism in general, or of hard interventionism, in particular. Its aim, from a *law & economics* perspective, is to contribute to the existing economic analysis of law within the Romanian doctrine and to attempt an analysis of *ex ante* and *ex post* interventionism from this angle. The focus of this paper is placed on the institution of the contract within the specific relationships between professionals and consumers, particularly in the banking sector, from two perspectives: first, the recent contractual doctrines that either almost completely nullify the utility of contracts in the business environment or reconfigure the institution of the contract into an adaptable (evolving) instrument. We aim to show that this adaptability allows the relationship between the parties to adjust according to a desired context and to function as a framework of ongoing negotiation, where formalism, both in form and substance, is not justified. Secondly, from our point of view, the fact that consumer protection is a heavily interventionist and protectionist area, in conjunction with the emergence of contractual standardization, is a given which is insufficiently challenges and analysed.

The angle of this paper is from the professional's perspective towards the consumer. Until now, the focus has predominantly been on consumers at regulatory, judicial, and even doctrinal levels, considering them as a special category of legal subjects and the central point in an oversaturated regulatory framework. Contracts concluded with consumers have been and continue to be the targets of some of the harshest types of contract intervention, given that in recent years the focus has shifted towards intervention through contracts in private law relationships, in various ways that have exceeded, in terms of consequences, the market failures that would have justified them. This translates, consequently, into significant current or potential costs for professionals. We believe that a perspective from the professional's side can be useful *post factum* in judicial analysis, in extra-judicial analysis conducted by alternative dispute resolution bodies (ADR), or even in analyses carried out by authorities with competence in consumer protection field.

#### **4. Research limitations**

A recognized limitation of this paper is the narrowing of the jurisprudential scope only to CJEU case-law, and secondly to the CJEU case-law concerning unfair terms through preliminary rulings, which cover aspects transitioning from the interpretation of European law to the interpretation of various national provisions and the analysis of contractual clauses *per se*. We believe that this research area, although not including national jurisprudence, is sufficiently rich to allow for a comprehensive analysis of *ex post* interventionism and to capture the various degrees of intervention, along with the CJEU's own toolkit, enabling us to propose a model for measuring and potentially preventing the degree of intrusion by the European court.

The paper refers to "banking contracts" in a very general sense, considering the most commonly encountered types of contracts within the financial-banking industry (credit agreements, payment services framework agreements, basic current account agreements, deposit terms and conditions). The particularities of each contract regarding its legal classification are not of direct interest for our analysis, nor are the specificities of banking products or services governed by these contracts (such as loans, deposits, payments). What we primarily aim to analyze is the regulation of these types of contracts and the associated case-law of the Court of Justice of the European Union, from the perspective of intervention in private economic relations, as well as its legal justification and economic efficiency.

From the perspective of contractual doctrines that serve as the research source for the first part, we do not intend to simply import such doctrines, nor do we advocate for the formal transplantation of concepts from Anglo-Saxon and American law into continental law, specifically into Romanian law. It is also not the intention of this work to revisit a series of concepts and theories from the economic analysis of law, some of which have already been introduced into Romanian legal doctrine. Our goal is to present a series of theories and studies from the law & economics perspective that have either not yet been introduced into Romanian legal doctrine or have not been approached from this angle.

## **5. Structure and contents**

### *5.1. Part I. Law & economics theories on interventionism in contracts.*

In the first part of the paper, we introduce the thesis of the adaptable (evolving) nature of the contract and its incompatible nature with normative and judicial interventions. We aimed to illustrate the development of an alternative doctrine within the current economic analysis of contracts movement, as we propose a rethinking of the contract as an instrument for the adaptive structuring of the relationship between parties—both at an intrinsic level, as the contract is the governance structure for the economic transaction, and at the external level, by positioning the parties and their interactions in the market through the lens of the agreement. We analyzed the particularities of these doctrines not only descriptively but also analytically. We used their main characteristics and applied them as perspective on contracts analysis from a variety of angles: institutional, realist, relational, economic, and behavioral.

What we observed is that, regardless of the doctrinal movement we refer to, the tendency in theoretical proposals is towards the liberalization of the law applicable to private relationships, where the agreement plays a central role. The institutional character and legal centralism arguments which we explored show that the legal order of private economic agents could not exist without certain regulation, but also that the existence of a legal framework is not sufficient by itself for the operation of that system; a series of other factors, essential to contractual relationships, must also be taken into account. Contracts can be seen as autonomous units with their own legal order and internal governance, and this tends to strengthen the autonomy and contractual freedom. Both realism and relational theory arguments lean towards the adaptation of relationships between parties, systems, and contracts, driven by the evolutionary argument, which shows that the evolution of norms is possible, though the engine of flexibility and adaptability is nowhere to be found in the law itself. The main conclusions of this approach, while keeping intact the practical merits of contractual standardization, also

highlight its shortcomings; these shortcomings are almost always associated, either as a reason or a pretext, with intervention in contracts or, through contracts, in private economic transactions. This is why we argue that from this perspective, agreements should be regarded as incompatible with interventionist tendencies.

## 5.2. Part II: Regulation and *ex ante* Intervention in contracts

Part II focuses on *ex ante* interventionism, specifically within the banking sector regulation, where we analyzed through the lens of economic analysis the relevant regulations at both the European and national levels of the financial industry. The evolution of contracts, which also implies an evolution in the approach to contractual relationships, must be encouraged or at least not hindered by the legal system. We examine *ex ante* intervention as materialized in the legislative framework for consumer protection, by means of the directives on credit agreements and the directive on unfair terms, followed then by the national regulatory framework, predominantly consisting of the transposition regulation as well as specific national laws not based on an equivalent European regulation, such as the conversion of loans contracted in Swiss francs, draft laws on interest rate caps, and the law on debt discharge. We did not conduct an exhaustive analysis of the text of these regulations, nor of all the potentially relevant sector-level regulations, as the scope of such research would exceed the purpose of this paper. Instead, we identified the main aspects, materialized as legal phenomena, within the regulation and practice in the banking market, which represent the hallmarks of a hard interventionist approach in the sphere of private business relations.

The points of interest in this part of the paper, aimed at analyzing regulation as a form of *ex ante* intervention in contracts and observing to what extent it is justified from a *law & economics* perspective, include: the phenomenon of transparency as a regulatory imperative (mandatory disclosure system), the imposed contractual content (pre-contractual and contractual, informational and substantive), the framework for prohibiting unfair terms, the analysis of purely national regulations operating outside a European transposition context (currency loan conversion, interest rate caps, and the law on debt discharge). In the final section, we provided an extended example of the requirement for durable medium as an example of formalism and excessive regulation in contract regulation.

The conclusion we have reached is that the normative standardization of transparency at the regulatory level has its merits and advantages for correcting informational asymmetry. However, what is not clear is the imperative and necessity of over-regulating transparency and imposing it at normative level by introducing a positive obligation of transparency incumbent upon professionals when dealing with consumers, especially since unfair terms are already prohibited by mandatory norms. Secondly, while additional regulation of a professional's transparency obligation towards the consumer may be necessary, its efficiency is neither absolute nor necessarily evident. The general trend of the banking market and the specific risk aversion of professionals offering banking services in strongly interventionist markets like Romania is towards self-regulation. Professionals may find that transparency is actually in their interest and can serve not only their long-term business outlook but also the efficiency of short-to medium-term costs in their relationships with consumers and the potential for increased expected utility. From the consumer's perspective, the availability of clear and transparent information can provide an informational advantage and a sufficient basis for decision-making,

for example by highlighting the superiority of one product over a similar one offered by a competitor.

We add to these challenges the uncertain field of unfair term which used as a real tool of intervention in contracts and in guiding a general interventionist trend in banking contracts. We conducted an overview of the main relevant for financial products and services, and we identified that the contract is both the object of these interventions as well as a tool for intervention. When observing the different degrees of *ex ante* intervention, we identified several phenomena: excessive formalism, over-regulation, lack of uniformity and normative convergence, and the tendency to overly-sanction the professional. We did not identify a clear ground would justify the preference for a stronger or moderate interventionist regulatory approach, just as we did not find confirmation of a net positive outcome in improving consumer situations, correcting failures, or optimizing market dynamics between consumers and professionals.

### *5.3. Part III: Ex post intervention in contracts – European case-law*

Part III is dedicated to analyzing ex post intervention, both at the level of European legislation and its national transpositions, as well as in the context of certain contract within the CJEU case-law, with a particular focus on performing an exhaustive analysis of the most recent case-law. This part is divided into two sections: in the first section, we identified and analyzed the CJEU's judicial decisions that can serve as useful tools not only in illustrating the level of intervention in contracts but also in setting legitimate expectations regarding preliminary rulings in the area of banking contracts concluded with consumers from the CJEU's perspective. We used a critical and logical (deductive) method to analyze the Court's rulings and identify the types of intervention the CJEU employs in the specific field of banking contracts, focusing primarily on to unfair terms case-law, which is also the most significant. In our research, we also employed a deconstructivist reasoning approach, attempting to inventory and classify the intervention tools used by the CJEU, specifically the tools, principles, and meta-concepts (mutations of autonomous concepts), which we refer to as *core* elements. These include both substantive elements in the formation and execution of contracts, as well as a series of procedural elements. Thus, we identified the main areas of targeted intervention and a series of elements that all amount to the CJEU's framework for intervening in contracts. In the second section of this part, we conducted an empirical analysis of the identified CJEU framework. In this regard, we carried out: a) a case study to exemplify the CJEU's use of part of its framework, which has the potential to indicate the CJEU's intervention trends, and b) we proposed a simple calculation model that we developed as a result of the analysis conducted. This model reflects the customization of the proposed formula, which we believe can be a useful tool in broadly identifying the CJEU's conclusions based on precedent, ideology, and reasoning (interpretation), all historically identified.

## **6. Conclusions**

One of the proposed theses is that contract law should provide a governance framework for contractual relationships and a constant arena of flexibility and negotiation, allowing for the evolution of the contractual relationship itself and the evolution of the contract as an instrument operating in the market. In the first part of the paper, we demonstrated that a specific

characteristic imprinted on contracts as they are positioned in business relations at this moment is that of adaptability, a trait which is incompatible with hard interventions and partially compatible with mild interventions. A result of intervention is their transformation from cooperation mechanisms into mechanisms of adherence and, ultimately, mechanisms of conflict, with only a residual utility.

Standard contracts represent a regulatory instrument. This thesis attempts to analyze why the contract has become a regulatory instrument and to extend the analysis from a simple regulatory instrument to an intervention tool in a private law relationship, particularly in consumer law, justified by considerations of public order for protecting the vulnerable party. A specific issue is the exhaustive contractual content that current regulation imposes on professionals, especially regarding regulated products and services. The burden of the costs associated with contract standardization is likely to fall on the state, whether through the executive power, i.e. supervisory authorities responsible for ensuring that professionals comply with minimum contractual content, or through the judiciary. Secondly, it will fall on professionals, from the perspective of the costs associated with complying with the minimum contractual content. From our point of view, the trends in intervention tend towards over-penalizing professionals at (almost) any cost.

From the perspective of CJE case-law, in cases where the Court seemed to distance itself from what would have been an even stronger intervention by national courts in contracts, an analysis of the presumed costs and the "sacrificed" interests of the professional has shown that, from the perspective of cost optimization and the goal of protecting consumer interests, the intervention could have led to more efficient outcomes. Similarly, in the hypothesis of referring the parties to negotiations, we observed that the CJEU's recourse to this solution is a subsidiary one, as preference is given to established intervention methods: eliminating unfair terms from the contract and, where possible, salvaging the agreement with the potential filling of contractual gaps. The purpose of regulation and, presumably, the CJEU's intervention is to ensure a high level of effective protection of consumers' economic interests and to protect consumers from the effects of unfair terms, given their vulnerability in terms of information asymmetry and bargaining power. It is, however, just as true that the purpose of the directives on credit activity and its harmonization at the European Union level, through the entire prudential banking framework, is to ensure the financial stability of the system and to shape an attractive credit market operating within effective price competition, with the limitation of unfair and abusive practices by traders. However, from our point of view, there is a significant disproportion between the constant effort imposed on professionals to forcibly educate consumers and the minimal effort expected and tolerated from consumers who consciously, while being normally informed and sufficiently attentive, engage in commitments that may lead to a state of over-indebtedness.

Perhaps the most important aspect identified in our research was that intervention methods, whether based on, or lacking an analysis and proper weighing of the necessity and proportionality, must be regularly compared, revisited, and adapted. Such interventionist policies, in addition to undergoing periodic reevaluation after a certain period, should be analyzed particularly from the perspective of the tools used. Especially from the perspective of contracts, as they are the central element of our analysis, *law & economics* studies have significantly developed the institution of contracts over the past decades. The merit of these

analyses lies in their grounding in economic reality and the assessment of the impact and efficiency of norms from the perspective of maximizing social value, the distributive effects of resources and costs, and correcting market failures. The stagnation of interventionist policy and maintaining it at the same level, which may have been justified by certain considerations at the time of its original implementation, will not lead to the correction of market failures, while ignoring this body of research in a field where the utility of these studies is more than evident, and especially in the global context of market sophistication, the accelerated nature of digitalisation and markets and industries structures.