

Intervenționismul în contractele bancare încheiate cu consumatorii: reglementarea și intervenția *ex ante*. O perspectivă law & economics

Interventionism in banking contracts concluded with consumers: regulation and *ex ante* intervention. A law & economics perspective

Drd. Astrid Maria BOLEA

Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara

Abstract

This text aims to study interventionism (understood as politics or as a tendency of public intervention in private relations) in contracts ex ante, from the perspective of the economic analysis of law. The main area of analysis is the banking industry and, specifically, contracts between banks and consumers. The arguments advanced by the various theories integrated into economic analysis of law are applied to the normative requirements of transparency imposed in order to correct the informational asymmetry, the idea put forward being that over-regulation is contrary to the imperative of economic efficiency.

Keywords: *interventionism, consumer agreements, banking contracts, contractual transparency, informational asymmetry, over-regulation, economic efficiency.*

Rezumat

Acest text își propune să studieze intervenționismul (înțeles ca politică respectiv ca tendință de intervenție publică în raporturile private) în contracte ex ante, din perspectiva analizei economice a dreptului. Sfera predilectă a analizei este industria bancară și, în mod specific, contractele încheiate între bănci și consumatori. Argumentele avansate de diferitele teorii integrate curentului analizei economice a dreptului sunt aplicate cerințelor normative de transparență impuse în scopul corectării asimetriei informaționale, ideea avansată fiind aceea că supra-reglementarea este contrară imperativului eficienței economice.

Cuvinte-cheie: *intervenționism, contracte încheiate cu consumatorii, contracte bancare, transparența contractuală, asimetrie informațională, supra-reglementare, eficiență economică.*

I. Conceptualizarea intervenționismului

I.1. Intervenționismul ca politică publică și/sau tendință. 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 litteram* 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. Distinctă de conceptul intervenționismului este intervenția concretă în contract, un instrument legislativ manifestat *ex ante*, sau unul judiciar manifestat *ex post*, care poate lua diverse forme, de la impunerea unui conținut contractual minim, interzicerea utilizării anumitor tipuri de clauze, extragerea clauzelor abuzive și până la adaptarea convenției și eventuala sa completare utilizând dispoziții supletive compatibile.

Acest text își propune să studieze intervenționismul în contracte *ex ante*, din perspectiva analizei economice a dreptului. Sfera predilectă a lucrării de față este industria bancară și, în mod specific, contractele încheiate între bănci și consumatori¹. 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 – matrice contractuale cu un conținut predefinit prin lege sau practici sectoriale ori corporative². 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.

1.2. Momentele de referință în creionarea tendinței intervenționiste. Sfera protecției consumatorului la nivel european și național a cunoscut o serie succesivă de instrumente adresate în mod specific consumatorului de credite. În decursul anilor, emergența acestor instrumente a cunoscut un traiect ascendent, de la politici protecționiste care au vizat configurația contractului, la instrumente ce dădeau puteri unilaterale consumatorului precum dreptul de retragere din contract și dreptul la rambursarea anticipată a împrumutului, schematizarea insolvenței persoanei fizice și mecanismul soluționării alternative a litigiilor în raporturilor consumatorilor cu instituțiile financiare, urmate de o serie de instrumente normative ce au avut ca efecte depășirea statutului de mecanisme cu rolul unic al reglării stării de supraîndatorare a consumatorilor: conversia creditelor, darea în plată, plafonarea

¹ Ne referim la „contracte bancare” într-un sens generic și avem 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 din perspectiva intervenției în raporturile economice private, precum și a justificării juridice, respectiv a eficienței sale din punct de vedere economic.

² Pentru o analiză a contractelor standard, a se vedea L. Bercea, *Contractul de adeziune. O analiză structurală și funcțională a standardizării contractuale*, în Revista Română de Drept Privat nr. 4/2020, p. 367-430; pentru o analiză a clauzelor standard neuzuale, I.F. Popa, „*Tirană*” clauzelor neuzuale, în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2016, p. 135-154; cu privire la clauzele abuzive ca tip de clauză standard, M. Gherghe, R. Rizoiu, *Avem o clauză abuzivă: cum procedăm?*, în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2018, p. 242-272.

dobânzilor și, în paralel, tendințele de intervenție și de ghidare a intervențiilor de către CJUE³. Diversele instrumentele de intervenție normativă concentrate, inițial, asupra prevenirii și corectării supraîndatorării consumatorilor, cu reechilibrarea contractelor dezzechilibrate, au tranzitat înspre afectarea dreptului profesionistului de a obține restituirea sumei împrumutate în virtutea contractului, precum criza francilor elvețieni și încercarea unei legiferări în domeniul conversiei creditelor în franci elvețieni în perioada 2014-2016, mecanismul dării în plată concretizat la momentul 2015-2016 și încercările repetate de plafonare a dobânzilor în perioada 2018-2020.

În anul 2010, a fost adoptată Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori⁴, abrogând Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor persoane fizice și restricționând, cu unele excepții, aplicarea Legii nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare la contractele încheiate cu persoanele juridice. Prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 50/2010 s-a asigurat transpunerea în dreptul românesc a Directivei 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori (*Consumer Credit Directive* – CCD⁵) și alinierea la cadrul de reglementare unitar european⁶.

Începând cu 2014 a început să se concretizeze ceea ce urma să fie descrisă ca și criza francilor elvețieni, lansând o serie de tendințe de legiferare blocate în controlul de constituționalitate. 2015-2016 a culminat cu proiectul privind Legea dării în plată, al cărui parcurs a implicat întreaga industrie bancară națională.

În anul 2016, a fost adoptată Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile⁷, asigurând transpunerea în dreptul intern a Directivei 2014/17/EU privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale (*Mortgage Credit Directive* – MCD⁸). La scurt timp, atât la nivelul CCD, cât și la nivelul MCD, a operat o modificare prin Regulamentul UE 2016/1011 privind indicii utilizați ca indici de referință în cadrul instrumentelor financiare și al contractelor financiare⁹, care a stabilit obligativitatea statelor membre de a asigura informarea consumatorilor, în ipoteza acordării unui credit care se raportează la un indice de referință în sensul reglementării europene relevante, asupra denumirii respectivului indice, a administratorului acestuia, precum și a potențialelor implicații asupra situației patrimoniale a consumatorilor¹⁰. 2016 a fost și momentul la care banca centrală a inițiat un semnal de alarmă privind aglomerarea normativă caracterizată de o listă de coerență și convergență ca având potențialul creării prin ea însăși a unui dezechilibru în piață prin pericolul de manifestare a unui risc sistemic¹¹. Problema emergenței împrumuturilor în franci elvețieni s-a acutizat în contextul dreptului la conversia creditului în

³ A se vedea L. Bercea, *Protecția consumatorilor prin conversia creditelor în valută*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 6/2016, p. 19-53.

⁴ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori (denumită, în cele ce urmează, „O.U.G. nr. 50/2010”).

⁵ Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori și de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului (denumită, în cele ce urmează, „CCD”).

⁶ A se vedea, pentru o analiză a unor mecanisme din acest act normativ, L. Bercea, *Drept bancar. Studii*, Editura Universul Juridic, București, 2014.

⁷ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori (denumită, în cele ce urmează, „OUG nr. 52/2016”).

⁸ Directiva 2014/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 februarie 2014 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale și de modificare a Directivelor 2008/48/CE și 2013/36/UE și a Regulamentului (UE) nr. 1093/2010 (denumită, în cele ce urmează, „MCD”).

⁹ Regulamentul (UE) 2016/1011 al Parlamentului European și al Consiliului din 8 iunie 2016 privind indicii utilizați ca indici de referință în cadrul instrumentelor financiare și al contractelor financiare sau pentru a măsura performanțele fondurilor de investiții și de modificare a Directivelor 2008/48/CE și 2014/17/UE și a Regulamentului (UE) nr. 596/2014, (denumit în cele ce urmează „Regulamentul UE 2016/1011”).

¹⁰ Art. 57 și 58 Regulamentul UE 2016/1011.

¹¹ A se vedea Banca Națională a României, *Raportul asupra Stabilității Financiare*, 7 aprilie 2016, Cuvânt de deschidere în cadrul conferinței de presă organizată de Banca Națională a României, accesat la adresa: <http://www.bnrr.ro/Mugur-Isarescu,-guvernatorul-BNR-Raportul-asupra-Stabilitatii-Financiare,-7-aprilie-2016-13892.aspx>.

valută acordat consumatorilor¹², cu declararea proiectului legislativ privitor la conversia creditului în franci elvețieni ca fiind neconstituțional în 2017¹³.

Perioada 2018-2020 a fost caracterizată de o serie de încercări de plafonare a dobânzilor, respectiv de limitare a dobânzilor excesive și de limitare a acțiunilor de recuperare a creanțelor, cu intervenții multiple respinse ca urmare a unor sesizări de neconstituționalitate.

Începând cu anii 2012-2013 și până în prezent, jurisprudența evolutivă a Curții de Justiție a Uniunii Europene a funcționat în paralel cu efectul dezvoltării unui veritabil instrumentar de intervenție, în diverse intensități și maniere, fie în mod direct prin adăugarea la textul directivelor europene relevante prin interpretarea evolutivă a acestora, fie ghidând intervențiile judecătorilor naționali în sensul extinderii puterilor acestora de intervenire în convențiile private.

1.3. Clasificarea diverselor tipuri de intervenții. Într-o încercare de definire, poate fi denumită intervenție în contract impunerea la nivel normativ sau judiciar, oricând pe parcursul executării contractului, inclusiv în perioada activării remediilor, și până la momentul încetării producerii efectelor sale, a unei conduite sau unor efecte ale contractului. Intervenția în contract are legătură cu „paternalismul” contractual, deși între cele două nu există sinonimie perfectă. Pentru a stabili o legătură conceptuală între acestea, deși nu una perfectă, considerăm corectă afirmația potrivit căreia paternalismul (contractual) este abordarea care stabilește și justifică direcția și gradul de intervenție (în contract). Principalele obiecții la adresa paternalismului, inclusiv a justificării care ține de asigurarea bunăstării indivizilor, sunt limitarea autonomiei și a libertății personale, iar, la nivelul raporturilor economice, limitarea autonomiei de voință și a libertății contractuale, cu posibilitatea limitării exercițiului unor drepturi și a executării unor obligații, deformarea concurenței, interferența în jocul forțelor pieței care, lăsate „libere”, ar găsi o soluție care să asigure un anumit nivel de echilibru și eficiență¹⁴. Orice atingere a libertății și autonomiei, asociate bunăstării indivizilor, trebuie investigată cu un ochi critic, deși, din punct de vedere economic, respectarea preferințelor indivizilor nu este în sine un deziderat. Paternalismul în general poate fi definit ca o ingerință în libertatea de acțiune a indivizilor, utilizând ca justificări aspecte care țin de bunăstare, nevoi, interese sau valori¹⁵.

Din perspectiva clasificării mecanismelor de intervenție contractuală, distingem între intervenții prin reglementare, în general intervenții *ex ante*, și intervenții judiciare, în general *ex post*, în funcție de momentul în care elementul intervenționist se manifestă asupra raportului pe care îl influențează. Intervenția *ex ante* este prescrisă prin forța legii și operează înaintea formării contractului, având ca obiect predilect impunerea unui conținut contractual exhaustiv și a unui cadru de reglementare a obligațiilor pre-contractuale incumbând unilateral profesionistului. Intervenția judiciară *ex post* este efectuată de către instanța de judecată și operează oricând pe parcursul executării unui contract, din momentul în care acesta este format și produce efecte și până la momentul încetării lui. Această tipologie de intervenție este ilustrată în jurisprudența CJUE, ca principal motor al extinderii ariei de reglementare a dreptului Uniunii Europene și a drepturilor naționale.

Formele de intervenție în contract mai pot fi clasificate în funcție de o serie de elemente specifice, ținând de categoria de persoane pe care o protejează, precum nivelul de capacitate și raționalitate a persoanelor protejate (e.g., minori, persoane cu afecțiuni psihice, persoanele sub curatelă), acțiunea intervenției (e.g., intervenții care previn o acțiune, impun o acțiune, interzic o acțiune), finalitatea intervenției (e.g., protejarea persoanelor vulnerabile, redistribuirea câștigurilor, alocarea resurselor), niciunul dintre acești parametri de clasificare nefiind, însă, protejat de critici privind, predominant,

¹² A se vedea, pentru o trecere în revistă a justificărilor emergenței creditării în franci elvețieni și pentru o analiză a evoluției cursurilor de schimb medii anuale ale monedei naționale în raport cu CHF, EUR și USD, L. Bercea, *Protecția consumatorilor prin conversia creditelor în valută*, cit. supra, p. 19-53.

¹³ A se vedea, pentru o analiză a acestui act normativ, M. Nicolae, I.F. Popa (coord.), M. Avram, L. Bercea, A.M. Murgoci-Luca, R. Rizoiu, V. Stoica, C. Zamșa, *Credite pentru consumatori. Provocări legislative și tensiuni constituționale românești*, Ed. Solomon, București, 2017.

¹⁴ J. Feinberg, *Legal Paternalism*, Canadian Journal of Philosophy, Vol. 1, Nr. 1, 1971, p. 105-124.

¹⁵ G. Dworkin, *Paternalism*, în R.A. Wasserstrom (ed.), *Morality and the Law*, Wadsworth Publishing Company, 1971, p. 181.

legitimitatea intervențiilor¹⁶. Există intervenții *soft*, de regulă identificate prin preponderența normelor dispozitive care ghidează destinatarii normei în loc să le impună o anumită conduită (la rândul său, acest paternalism *soft* având diverse grade de intensitate – *mild, very mild*), și intervenții *hard*, caracterizate de norme imperative urmate de sancțiuni posibile. O intervenție *hard* se manifestă, de regulă, atunci când capacitatea indivizilor de a lua decizii raționale este semnificativ afectată, pe când paternalismul *soft* susține intervenția inclusiv atunci când decizia este complet voluntară și informată¹⁷.

Există intervenții pure și impure, în funcție de categoria de subiecți ale căror beneficii ar trebui să fie promovate prin restricțiile respective¹⁸. Intervenția predilectă prin cadrul de reglementare, respectiv intervenție judiciară *ex post* în dreptul consumului, sunt exemple de intervenții impure, în cadrul cărora nu există o identitate între categoria de subiecți a căror bunăstare este protejată (consumatorii) și categoria de subiecți a căror libertate este, în fapt, restricționată (profesioniștii). O altă posibilă exemplificare a unei tipologii de intervenționism impur se poate înregistra inclusiv în cadrul aceleiași categorii protejate (consumatorii), când, spre exemplu, intervenția urmărește consumatorii vulnerabili, având, însă, ca efect extinderea asupra unei mase eterogene de consumatori (cei nevulnerabili) și a limitării libertății inclusiv a acestora¹⁹. Nu în ultimul rând, nu toate intervențiile au nuanțele paternalismului, John Stuart Mill ridicând această problemă prin ilustrarea situației reglementării orelor de muncă și a legilor penale. Intervenția legii este uneori necesară nu pentru a înlătura sau a substitui rațiunea și judecata indivizilor în ceea ce privește, la urma urmei, propriul interes, ci pentru rolul de legitimare și de validare al legii, efecte fără de care indivizii nu ar avea puterea ei înșiși să pună în aplicare judecata respectivă altfel decât printr-un efort colectiv deliberat cu privire la un interes, în fond, propriu²⁰.

II. Considerații cu privire la normativizare

Trecerea prin întregul instrumentar de teorii din zona analizei economice a ceea ce presupune sau ar trebui să presupună reglementarea este imposibilă dată fiind sursa semnificativă de studii în acest domeniu care este, în continuare, în plină evoluție. Astfel, ne vom limita la o serie de teorii, concepte sau instrumente pe care le considerăm relevante având în vedere finalitatea acestei lucrări, respectiv la a trece configurația intervenționismului în contractele încheiate cu consumatorii în domeniul bancar prin filtrul analizei economice a dreptului.

II.1. Bunăstarea, alocarea eficientă a resurselor, rolul distributiv al dreptului. Situația în care o reglementare dă naștere unui raport costuri – beneficii pozitiv, deci când valoarea beneficiilor este mai mare decât cea a costurilor implicate, este considerată a fi eficientă din punctul de vedere al costurilor (*cost-effective*)²¹. Din perspectiva criteriilor bunăstării și alocării eficiente de a resurse, precum și la

¹⁶ *Ibidem*. A se vedea și D.-A. Cărmădăriu, *Contractul standard în afaceri. O perspectivă de law and economics*, Biblioteca de Drept Privat, Tomul 34, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 416-417. De asemenea, o serie de teorii explică diversele nivele de compatibilitate cu abordările paternaliste, de la *mental state theories* și care se concentrează pe fericirea adusă indivizilor corelativ cu absența neplăcerilor sau a durerii, teoriile obiective care justifică intervenția câtă vreme se maximizează bunăstarea individului, identificată printr-o listă clară de lucruri, precum sănătate, autonomie, realizări, teoriile preferințelor ideale (*ideal preferences theories*) care validează intervențiile în măsura în care idealurile personale sunt îndeplinite, teoria preferințelor actuale sau reale (*actual preferences theory*) care se referă, similar, la dorințele efective (*idem*, p. 319-323).

¹⁷ A se vedea D.N. Husak, *Legal Paternalism* în H. LaFollette, *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, 2005, p. 387-412; J.D. Hodson, *Legal Paternalism*, în J.D. Hodson, *The Ethics of Legal Coercion*, Philosophical Studies Series, Springer Dordrecht, 2012.

¹⁸ G. Dworkin, *op. cit.*

¹⁹ A se vedea, cu privire la eterogenitatea categoriilor de consumatori protejați normativ, L. Bercea, *Standardul „consumatorului mediu” și consimțământul pentru prelucrarea datelor cu caracter personal*, în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2018, p. 26-51.

²⁰ J.S. Mill, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, ed. William James Ashley, London: Longmans, Green and Co., ediția a VII-a, 1909.

²¹ H.A. Luth, *Behavioral Economics in Consumer Policy – The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited*, 2010, p. 19.

urmărirea unui rol distributiv care nu poate fi negat politicilor publice de ordin protecționist, se poate afirma că, atâta vreme cât reglementările au ca efect creșterea sau descreșterea nivelului bunăstării sociale (*social welfare*) a indivizilor a căror conduită este reglementată, acestea sunt eficiente sau ineficiente din punct de vedere economic, iar juridic acest lucru trebuie să fie relevant. Suntem, însă, conștienți de faptul că bunăstarea (sau utilitatea) poate fi înțeleasă în mai multe feluri, fie ca o stare mentală, sens înțeles de Bentham și aplicat în doctrina juridică și la nivel de politici guvernamentale, fie în sens obiectiv, prin raportare la anumite capacități, stări, acțiuni (*objective-good*), fie sub forma preferințelor și a alegerilor exercitate²². Însă perspectiva potrivit căreia bunăstarea este elementul central al scopului contractelor, deși cea mai „populară” și acceptată la nivel extins, nu este nici ea unanim acceptată. Există, la nivelul curentului *law & economics*, sau chiar la nivelul studiilor efectuate de autori care nu se identifică neapărat ca aparținând acestui curent, alte viziuni, în special din perspectiva normativă a analizei economice a dreptului, care susțin că utilizarea criteriului bunăstării este o simplificare nerealistă a eforturilor necesare în evaluarea reformelor juridice, în care intervin, de regulă, considerente adiționale de ordin moral, politic, social, care complică substanțial orice analiză²³. Întotdeauna considerentele de ordin politic, social, moral pun probleme atât la nivelul factorilor de decizie politică, cât și la nivelul analiștilor, sens în care s-a subliniat că este mai ușor să se identifice norme sociale, însă este dificil de stabilit cu certitudine dacă ele promovează valori morale, sau, din contră, interferează cu acestea. Aceste considerente nu pot fi evitate și ignorate, altfel rezultatele generate de analiză nu vor fi funcționale²⁴.

II.2. Caracterul instituțional al reglementării. Un alt aspect care nu poate fi ignorat este ce anume asigură continuitatea fenomenului reglementării la nivelul diverselor sectoare, mai departe de justificări normative, utilitatea economică sau socială. Este ceea ce Posner descrie ca fiind caracterul instituțional al activității de reglementare. Întrucât factorii de decizie de la nivel legislativ sunt invariabil implicați, într-o formă sau alta, în afacerile unei anumite industrii, aceștia sunt în mod firesc expuși presiunilor din partea grupurilor de interese. Este evident faptul că susceptibilitatea acestora la presiuni poate distorsiona anumite judecăți economice sănătoase, însă rolul important al presiunii grupurilor de interes trebuie luat în calcul. În măsura în care acțiunea de reglementare și reglementarea însăși sunt influențate de aceste presiuni pentru a oferi anumite beneficii private pe care, de altfel, piața liberă le-ar refuza, se vor genera o serie de rezultate economice care vor deveni, cu timpul, înrădăcinate și o serie de interese care se vor opune eliminării sau minimizării puterii de reglementare, indiferent de considerații de ordinul bunăstării. Normele de protecție a consumatorului sunt un astfel de exemplu de reglementare²⁵. Posner continuă argumentul punctând relevanța credinței proprii a celor responsabili pentru textele normative în eficacitatea reglementării, credință pe care o descrie ca exagerată. Ironic, această credință exagerată are corolarul unei neîncrederi la fel de exagerate în puterea forțelor pieței, scrie Posner, validând astfel și credința unei justificări solide a faptului că reglementarea este în mod manifest o alternativă superioară, controlul reglementar trebuind continuat și chiar extins cu orice preț²⁶. Posner încheie ideea menționând faptul că problematici economice impersonale și rareori simple par a fi astfel blocate într-un „război între bine și rău”, deplasându-se semnificativ atenția de la o examinare rațională a problemelor, cu efectul extinderii reglementării mai departe de o durată minimă utilă.

²² A se vedea E.A. Posner, *The Boundaries of Normative Law and Economics*, Yale Journal on Regulation, Vol. 38, 2021, p. 657-677 – versiunea inițială fiind sub forma Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, nr. 914, 2020.

²³ E. A. Posner explică faptul că abordările centrate pe criteriul bunăstării (*welfarism*) utilizează criteriul eficienței Kaldor-Hicks, sau criteriul Pareto, ambele putând bloca redistribuirea resurselor având în vedere că unul dintre aspectele centrale ale abordărilor centrate pe criteriul bunăstării presupun că într-o societate în care există inegalități de resurse Guvernul trebuie să intervină pentru a asigura redistribuirea.

²⁴ E.A. Posner, *op. cit.*, p. 676.

²⁵ R.A. Posner, *Natural Monopoly and Its Regulation*, Stanford Law Review, Vol. 21, 1968, p. 548-643. Pentru o teză similară, a se vedea V. Goldberg, *Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand*, The Journal of Law & Economics, Vol. 17, Nr. 2, 1974.

²⁶ *Idem*, p. 624-625.

II.3. Reglementarea în contextul încercării de reconfigurare a teoriei generale a contractelor. În ultimii ani, s-a concretizat o regândire a dreptului contractelor, astfel cum am arătat în prima parte a lucrării, cu influențe venind din partea diverselor școli de gândire juridică. Nu toate contribuțiile aduse acestei „noi” paradigme contractuale pot fi reținute, la fel cum nu toate contribuțiile au fost unitare și au urmărit conturarea unei teorii contractuale alternative. Sfera contractuală reprezintă în sine o ordine juridică, izolată și limitată la partenerii contractuali între care, în temeiul principiului relativității, se produc efectele juridice ale contractului²⁷. Dintr-o altă perspectivă, însă, se poate analiza respectivul contract în contextul mai amplu al pieței în care operează, cu atât mai mult cu cât relația contractuală a părților, în special într-un raport de dreptul consumului, este predispusă șocurilor și volatilității, iar nevoia de reglementare și de stabilitate financiară devine esențială. Un asemenea demers de avansare a unei teorii generale alternative a contractelor prezintă o serie de dificultăți care își au originea în chiar fondul problemelor identificate ca „denaturând” dreptul tradițional al contractelor de la ceea ce ar trebui el să reprezinte. Dacă una dintre ideile principale avansate este cea a dreptului contractelor ca un regim constituit din norme dispozitive cu caracter supletiv, cu o parte de drept procedural care să se aplice de către instanță în ipoteza unui litigiu, dreptul contractelor rămânând la stabilirea unui cadru general al relațiilor contractuale, problema pe care o întâmpină o potențială reformă a noului drept al contractelor este evidentă. Similară este ipoteza teoriilor avansate în sensul inexistenței, sau chiar al „abolirii” dreptului contractelor. O reconfigurare, deci, a dreptului contractelor este problematică din cel puțin două motive. Pe de o parte, din perspectiva diferențelor fundamentale între sistemele de drept, încercarea de uniformizare a dreptului contractelor nu ar face altceva decât să readucă în discuție incompatibilitățile funcționale subliniate de teoriile comparatiste. Pe de altă parte, întrucât izvorul predominant al noilor teorii contractuale este doctrina americană, nici în cadrul sistemului de drept de tip *common-law* nu există o uniformitate de viziune la nivel teoretic care să evidențieze o îmbrățișare a acestor tip de teorii. Discuțiile pe marginea Codului Comercial Uniform nu s-au limitat la șocul produs de realiști precum Karl Llewellyn²⁸. Cu toate acestea, se observă o răspândire și o toleranță progresivă a teoriilor de tipul analizei economice a dreptului și ale curentului *law & society* în sistemele de drept continental, precum și ale studiilor empirice din sfera acestora care propun abordări interdisciplinare ale sistemului juridic.

III. Situația particulară a intervenției în domeniul contractelor bancare.

III.1. Contextul reglementării (în domeniul) contractelor bancare. În sistemele de *common-law*, statul se identifică prin puterea legislativă și judiciară, care au fost direct implicate în influențarea, directă sau indirectă, a configurației pieței bancare și a unora dintre efectele ce au loc pe piața bancară, fie în avantajul, fie în dezavantajul anumitor grupuri sociale, iar acest aspect este nu doar cunoscut, ci utilizat în explicitarea anumitor politici sectoriale, spre exemplu în cazul pieței bancare. Viziunea neo-clasică a analizei economice a dreptului conceptualizează efectele de pe piață (*market outcomes*) ca o reflecție a unor schimburi reciproc benefice realizate pe baza unor norme de drept privat al căror principal scop

²⁷ Nu se poate nega faptul că înțelegerile contractuale au puterea ele însele să creeze sau asigure ordinea socială în nucleul contractual în care acestea produc efecte. Spre exemplu, dacă un contract ajunge să fie un standard (cum este fenomenul standardizării contractelor cadru), bazându-se pe o lungă tradiție de utilizare a respectivului contract tip, acesta nu face altceva decât să reflecte dreptul cutumiar; dacă un contract are puterea de a crea o nouă practică profesională într-o ipoteză factuală nouă, acesta are aptitudinea de a adăuga la dreptul cutumiar. Iar din moment ce comerțul operează într-un cadru perpetuu evolutiv și evoluează și el concomitent, poate lua naștere „un drept nou” – a se vedea în acest sens B. L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, Southern Economic Journal, Vol. 55, Nr. 3, 1989, p. 658. Tot în susținerea acestei idei, despre o ordine socială în cadrul relației contractuale, se pot aminti concluziile lui Milgrom și Roberts, care scriu despre formele „mai mici” de organizare ca fiind cele mai mici „unități autonome funcționale”. Acestea pot fi formele convenționale, spre exemplu, contractele sinalagmatice, cărora le este recunoscută o autonomie funcțională – a se vedea în acest sens P. Milgrom, J. Roberts, *Economics, Organization & Management*, Prentice Hall, 1992, p. 20, p. 20-21. Pentru analize ale relației dintre contractele reglementate special și cele nereglementate, a se vedea L. Bercea (ed.), *Contractele nenumite în afaceri*, Universul Juridic, București, 2017.

²⁸ K.N. Llewellyn, *What Price Contract? – An Essay in Perspective*, Yale Law Journal, Vol. 40, Nr. 5, 1931, p. 704-751.

este reducerea costurilor de tranzacție²⁹. La această viziune s-au adăugat, în decursul timpului, multe altele, noi, precum contextul instituțional social și politic din partea relațiilor și dinamicilor din piață, în cadrul cărora și dreptul joacă un anumit rol, toate interacțiunile din cadrul pieței fiind contingente.

Sectorul bancar face obiectul unei reglementări speciale, justificate de acțiunile de atragere de depozite și acordare de credite oferite prin diverse produse și servicii de către instituțiile acreditate, guvernate de o lege specială aplicabilă și, firește, de contracte specifice. Scopul unei reglementări a activității de creditare și a aspectelor care țin de supraîndatorarea consumatorilor de produse și servicii bancare este acela de a-i proteja pe consumatorii cu venituri de un nivel redus, precum și pe cei în alt mod vulnerabili, și să asigure o redistribuire a resurselor între consumatori și creditorii acestora³⁰. Firește că acest aspect a presupus modificări în chiar structura și optica pieței bancare, prin schimbarea balanței puterii într-o astfel de piață, principalele metode de intervenție fiind: impunerea, sub cupola principiului transparenței, a furnizării unor informații în etapa ante-contractuală, impunerea unui conținut contractual minim, perioada de răzgândire acordată consumatorilor, reglementarea termenilor și a condițiilor contractuale, prin impunerea unor norme imperative la nivelul contractelor cadru de prestări servicii de plată, a contractelor de cont curent cu servicii de bază (mențiune cu rol exemplificativ) și a contractelor de credit, restricționarea remediilor neexecutării contractuale invocate de către profesioniști, controlul direct dual al profesioniștilor, din perspectiva supravegherii conduitei pe piață în materia protecției consumatorului și prin impunerea unui cadru de autorizare a activităților reglementate pe piață și concentrarea supravegherii acestora, impunerea unui cadru de prudență bancară care să cuprindă reguli de creditare supravegheate centralizat de către banca centrală, suplimentar cerințelor generale de protecție a consumatorului.

III.2. Configurația reglementării (în domeniul) contractelor bancare. Protecția consumatorului de produse și servicii bancare, domeniu asupra căruia ne vom concentra în secțiunile ce urmează, cuprinde un instrumentar de norme cu rol predominant redistributiv și punitiv, focalizarea fiind asupra redistribuirii resurselor într-o manieră optimă între creditori și debitori. Însă, când se pune problema identificării sursei care creează diversele dezechilibre între consumatori și profesioniști, respectiv eșecurile pieței care de regulă se corectează prin intervenția statală, fie ea legislativă, executivă sau judiciară, s-a subliniat faptul că întregul context social care poate da naștere dezechilibrelor și inegalităților într-o piață poate să fie responsabil, de la statutul social, la venituri, la educație, aspecte demografice, la rasă și gen³¹. S-a subliniat inclusiv faptul că teza potrivit căreia intervenția pe piața bancară și a creditelor, în mod special, ar distorsiona un flux natural care s-ar regăsi într-o stare de echilibru și ar opera în condiții de eficiență ar fi falsă, întrucât nu există o stare „primară”, „naturală” la care să ne raportăm în discuția despre o piață a creditării și dinamicile din aceasta. Suntem de acord cu acest argument, însă observăm și faptul că el vine predominant dintr-o zonă non-juridică. Este evident faptul că normele și întreg cadrul de reglementare la nivel sectorial este puternic influențat de politicile publice care primează la un anumit moment într-un context social. Însă considerăm că nivelul de intervenție nu poate rămâne liniar în decursul unor perioade semnificative, ci trebuie reevaluat și particularizat în funcție de modul cum raporturile juridice reglementate s-au adaptat ca urmare a intervenției în respectiva piață.

III.3. Absența unei reanalizări a reglementărilor. Menținerea unor măsuri intervenționiste fixe într-un sector caracterizat în mod fundamental de o elasticitate puternică, din perspectiva unor factori precum digitalizarea, mobilitatea comercială, mișcările capitalurilor, libertatea prestării serviciilor transfrontalier și libertatea de stabilire, este greșită la nivel obiectiv. Chiar dacă măsurile în cauză au corectat, într-o anumită măsură, eșecurile informaționale și au avantajat una dintre categoriile destinate, respectiv consumatorii, evaluarea periodică a răspunsului la astfel de măsuri este, din

²⁹ A se vedea I. Ramsay, *Consumer Credit Law, Distributive Justice and the Welfare State*, în *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, Nr. 2, 1995, p. 177-197.

³⁰ A se vedea, pentru o analiză a reglementărilor aplicabile activității de creditare bancară, L. Bercea, *Creditul bancar. What's in a name?*, în L. Bercea (ed.), *Contractele nenumite în afaceri*, Editura Universul Juridic, București, 2017.

³¹ I. Ramsay, *op. cit.*, p. 178.

punctul nostru de vedere, necesară. Intervenția la nivelul contractelor ar trebui să opereze ca măsură temporară pentru corectarea unor neajunsuri, dezechilibre sau deficiențe. Inclusiv teoria efectului distributiv subliniază caracterul temporar al măsurilor, câtă vreme alocarea sau realocarea resurselor, indiferent de natura acestora, are loc, respectiv până când aceasta își atinge ținta de eficiență: o distribuție eficientă sau o distribuție echitabilă. Sunstein a scris despre un paradox fundamental al statului cu putere de reglementare, respectiv faptul că eforturile de redistribuire a resurselor prin intermediul legislației ajung să îi prejudicieze pe cei mai vulnerabili membri ai societății – aspect criticat de susținătorii politicilor intervenționiste de protecție a consumatorilor³².

În cele ce urmează vom analiza manifestarea intervenționismului *ex ante* în contractele bancare prin utilizarea unei abordări specifice analizei economice a contractelor. Punctul central de interes în următoarele pagini este fenomenul transparentizării, cu finalitatea transparenței informaționale ca imperativ de reglementare (*mandatory disclosure system*), analizat prin lupa teoriei *market for lemons*, teoria neglijenței contributive și teoria bunurilor publice, ale căror particularități vom încerca să le surprindem printr-un exercițiu de aplicare la nivel contractual în sfera bancară.

IV. Reglementarea transparenței ca *mandatory disclosure system*

IV.1. *Market for lemons*. Auto-reglementarea.

IV.1.1. Teoria *market for lemons*. Transparența informațională este consacrată ca principalul remediu, în mod deosebit la nivelul sectorului bancar, de corectare a eșecului pieței de tipul asimetriilor informaționale dintre consumatori și profesioniști și de reechilibrare economică și juridică a dezechilibrului astfel creat. Puterea furnizării (obligatorii) de informații stă în efectul potențial de corectare a asimetriei redată de eșecul pieței privind informarea optimă a consumatorilor, precum și în valoarea de optimizare socială pe care aceasta o poate aduce. Doctrina s-a poziționat, cu privire la acestea, de ambele părți ale balanței în analiza eficienței măsurilor de tip *hard* (*disclosure mandates*), iar studii care dovedesc eficiența, respectiv ineficiența unor astfel de măsuri de transparență impună la nivel de reglementare au asigurat o plajă de discuție suficient de largă³³. Am identificat și analizat critic principalele contribuții pe acest subiect și le vom reflecta în cele ce urmează, pentru a arăta faptul că discuția privind necesitatea reglementării prin intervenție normativă de tip *hard* a unui sistem imperativ de transparență este extrem de complexă și polarizată. Se poate observa că viziunea majoritară la nivelul analizei economice a dreptului nu pare a valida superioritatea, în termeni de eficiență, a unui sistem imperativ al transparenței în piețele reglementate. Asta arată, mai departe, faptul că impunerea unui sistem de informații pre-contractuale și contractuale la nivel de legislație este în mod iluzoriu prezentată ca unica soluție de corectare a deficiențelor sistemice de informare asimetrică între consumatori și profesioniștii din industria bancară.

Analiza economică a dreptului a semnalat faptul că reglementarea transparenței și a *mandatory disclosure*, deși aduce îmbunătățiri și efecte benefice asupra consumatorilor, nu rezolvă problemele pieței. Consumatorii în continuare vor deveni parte a unor contracte al căror conținut le este mai degrabă străin și din care nu vor putea să iasă altfel decât cu suportarea unor consecințe drastice, iar orice intervenție a instanței, dacă va însemna reechilibrarea raportului obligațional, la nivel economic și juridic, pentru consumator, va presupune o dezechilibrare a acestuia pentru profesionist, aspect mai degrabă ignorat atât la nivel judiciar, cât și legislativ.

³² C. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, 1990, Harvard University Press, Cambridge.

³³ G.L. Albano, A. Lizzeri, *Strategic Certification and Provision of Quality*, *International Economics Review*, Vol. 42, nr. 1, 2001 – în special, capitolul *Effectiveness of Mandatory Disclosure for Consumer Policy*, p. 35-47. M. J. Fishman, K.M. Hagerty, *Mandatory vs. Voluntary Disclosure in Markets with Informed and Uninformed Customers*, *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 19, Nr. 1, 2003, p. 45-63, C. E. Schneider, O. Ben-Shahar, *The Failure of Mandated Disclosure*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, nr. 516, 2010; L. Sanxi, M. Peitz, X. Zhao, *Information Disclosure and Consumer Awareness*, Working Paper Series, nr. 14-28, 2014. Pentru aplicarea la nivelul dreptului românesc, a se vedea L. Bercea, *Market for Lemons. O aplicație la încheierea contractelor standard între profesioniști și consumatori*, în D.-A. Popescu, I.-F. Popa (ed.), *Liber Amicorum Liviu Pop*, Universul Juridic, București, 2015, p. 68-75.

Akerlof utiliza în anii 1970 piața mașinilor second-hand, denumite în slang-ul american „lămâi” (*lemons*), pentru a articula o serie de aspecte privind nivelul de calitate al produsului, respectiv maniera în care calitatea mai bună sau mai slabă a respectivului produs va fi prezentată la vânzare unui consumator³⁴. Dinamica informațiilor se concretizează într-o asimetrie: vânzătorii mașinilor dețin mai multe informații decât potențialii cumpărători, informații care pot face distincția între o mașină premium și o eventuală „lămâie”. Prețul de vânzare pe piață a „lămâilor” este același, întrucât potențialul cumpărător nu poate ști cu certitudine care sunt problemele intrinseci mașinii, plecând de la prezumția că, cel puțin în aparență, atât o mașină premium, cât și o „lămâie” arată identic. De asemenea, întrucât există riscul ca o mașină să fie „lămâie”, cumpărătorii expuși acestei incertitudini nu vor fi dispuși să plătească mai mult de un preț mediu, aspect care îi va forța pe proprietarii mașinilor premium să părăsească această piață (*the good cars may be driven out of the market by the lemons*). Odată ce un produs de o calitate superioară părăsește piața, nivelul prețului mediu va scădea, cu riscul de a înregistra un efect ulterior progresiv de scădere, în ceea ce se mai numește și *death spiral*. Akerlof utilizează exemplul pieței mașinilor second-hand într-o descriere a lipsei de onestitate pe piață, care ar fi segregată între vânzări oneste și mai puțin oneste, cu calitatea produselor exagerată sau nerealist prezentată. Principalul risc, pe lângă cel evident al plății unui anumit preț pentru un produs de o calitate inferioară care ar fi tranzacționat la aceeași valoare cu un produs de o calitate superioară, este cel al dispariției produselor superioare, din punct de vedere calitativ, de pe piață. Acest din urmă risc se conturează întocmai din cauza pericolului existenței produselor mai puțin oneste, prezentate însă la un standard ridicat și tranzacționate la același preț ca un produs superior întocmai pentru că este imposibilă compararea clară, funcțională, a caracteristicilor produselor. Cu alte cuvinte, costul lipsei de onestitate în afaceri poate fi evaluat și cuantificat din punct de vedere economic, iar el prezintă un pericol câtă vreme problema se concentrează asupra unei abilități a cumpărătorului să identifice corect calitatea produsului.

IV.1.2. Aplicarea teoriei market for lemons în alte piețe reglementate. Aplicarea teoriei *market for lemons* la piața securitizărilor în contextul furnizării obligatorii, potrivit unor reglementări clare de tip *hard law*, a unui set de date specifice privind configurația produsului sau serviciului, arată că valori mobiliare de valoare inferioare vor fi mai ieftin de oferit pe piață, „lămâile” ajungând să domine piața pe măsură ce calitatea investițiilor se deteriorează³⁵. Cu toate acestea, alternativa imediată nu ar fi neapărat tratarea și impunerea la nivel legislativ a unei obligații de transparență în sarcina actorilor de pe piața securitizărilor, ci identificarea metodelor prin care emitenții/distribuitorii de scheme de investiții de o calitate superioară (*seller of high quality securities*) să poată fi identificați pe piață. Una dintre aceste metode este chiar transparentizarea, desigur, în limitele normale ale afacerii, prin protejarea secretului de afaceri și/sau reținerea unui avantaj competitiv.

S-a subliniat, însă, că inclusiv în astfel de situații există riscul ca participanții concurenți de pe piață, poate nu la fel de sofisticăți, să mimeze acest comportament, dând naștere unei false divulgări de informații care să aibă efectul de a eroda conținutul informațional, aducând consumatorii în aceeași situație de dificultate de a distinge între tipurile de investiții³⁶. În ipoteza existenței reglementării și a unei norme care să impună obligația unilaterală de transparență din partea profesionistului, însă, comportamentul mimetic ar putea fi identificat prin ridicarea potențialelor costuri pentru fabricarea unor astfel de informații sau prin furnizarea unor informații fără suficientă bază reală. Punerea în aplicare a unei astfel de norme nu ar mai justifica necesitatea verificării din partea consumatorilor a acurateții informațiilor puse la dispoziție de profesioniști, cel puțin la un nivel ideal operând prezumția veridicității informației puse la dispoziția consumatorilor.

IV.1.3. Problema costurilor și a onestității pe piață. Desigur că punerea în aplicare a normelor necesită o discuție distinctă. Costurile pe care asigurarea unui cadru eficient de punere în executare a

³⁴ G.A. Akerlof, *The Market for „Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, Nr. 3, 1970, p. 488-500.

³⁵ F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, în Virginia Law Review, Vol. 70, Nr. 4, 1984, p. 669-715.

³⁶ *Idem*, p. 674-675.

normelor nu pot fi ignorate în discuția privind eficiența măsurii reglementării, de la investigare, impunerea de măsuri de remediere, sancționare, intervenția instanței și soluționarea pe cale judiciară a eventualei dispute³⁷. Discuția se separă în continuare în ceea ce privește maniera de implementare, întrucât punerea în executare la nivel suboptimal este o realitate care trebuie, de asemenea, luată în calcul: măsuri ineficiente sau disproportionale, identificarea eronată a participanților pe piață care, spre exemplu, nu au eludat prevederile legale, interpretarea în funcție de diverse contexte a anumitor situații factuale etc. Corelativ, se poate discuta despre riscul unei puneri în aplicare excesive (*over-enforcement*).

S-a arătat, însă, faptul că pentru orice acțiune pentru care legea prevede o sancțiune de nivel administrativ, există un nivel optim de punere în aplicare a normei în care trebuie să se asigure un echilibru între costurile punerii în executare (auditul, inspecția, solicitarea de informații, rapoartele, perioada de remediere, întrebările suplimentare și, practic, tot parcursul procedurii până la impunere eventuală a unei sancțiuni) și câștigul pe care îl generează reducerea incidenței unor fapte ilicite similare³⁸. Sunt, la nivel ideal, imposibil de identificat toate posibilele încălcări ale legii sau neconformități cu aceasta, iar o rațiune economică ce ar putea justifica această imperfecțiune se regăsește în faptul că un nivel optim de identificare și sancționare va permite fără doar și poate ca anumite fapte să scape acestui control, în principal deoarece costurile identificării tuturor acestor abateri sau neconformități pot exceda costurilor neconformării în sine³⁹.

În concluzie, cel mai eficient rezultat din punct de vedere economic ar fi scenariul în care costurile de punere în executare sunt minime, iar onestitatea pe care Akerlof o sublinia poate fi într-adevăr identificată prin verificarea unor surse credibile sau prin utilizarea expertizei unor profesioniști independenți, care să producă o expertiză echidistantă de profil asupra diverselor aspecte verificate. O piață competitivă în cadrul căreia există o paletă largă de produse și servicii similare între care consumatorii au libertatea alegerii, care înregistrează un număr de vânzări și, implicit, de clienți, arată faptul că respectivii clienți aleg să utilizeze serviciile oferite. Fidelizarea respectivilor clienți arată prin ea însăși faptul că valoarea cumulată obținută de către aceștia este suficientă, din perspectiva informațiilor puse la dispoziție, pentru a se putea considera că respectiva piață este eficientă într-o manieră rezonabilă.

IV.1.4. Critica teoriei market for lemons. S-a dovedit, însă, și reversul teoriei lui Akerlof, utilizându-se un model care căuta să răspundă la întrebarea dacă piața liberă oferă suficiente stimulente (*incentives*) prin ea însăși, sub formă de auto-reglementare, fără necesitatea intervenției normative sau judiciare, pentru transparentizarea informațiilor despre calitatea produselor și serviciilor⁴⁰. Presupunția acestor studii a fost că, în pofida costurilor ridicate pe care transparentizarea le presupune, transparența este totuși fezabilă, iar lipsa de onestitate nu este un indicator median general aplicabil astfel cum a presupus Akerlof. Aspectele reputaționale, planificarea pe termen lung și continuitatea afacerii, precum și riscul de litigii și pierderi predominant financiare, dar și reputaționale, pe cale judiciară acționează în sensul descurajării participanților la piață să se îndeparteze de adevăr și să fabrice sau să ascundă adevărul prin utilizarea unor *false claims*.

Impunerea furnizării de informații și a anumitor standarde de transparență prin norme imperative nu este necesară întrucât, pe de o parte, se presupune că forțele pieței echilibrează prin ele însele asimetria informațională, cu potențialul de a o eficientiza și utiliza pentru o optimizare atât a propriei afaceri, cât și a interacțiunilor cu *stakeholder*-ii din piață. Pe de altă parte, această reglare poate funcționa dat fiind faptul că o serie de posibile riscuri, cum ar fi litigiile cu posibilitatea pretinderii, de către consumatori, a unor daune al căror cuantum este lăsat la aprecierea instanței, operează ca o impulsie necesară și suficientă pentru a concretiza o practică în rândul participanților pe piață în sensul mobilizării unei furnizări voluntare și corecte de informații.

³⁷ *Idem*, p. 677-678.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ B. Jovanovic, *Truthful Disclosure of Information*, The Bell Journal of Economics, Vol. 13, Nr. 1, 1982, p. 36-44.

IV.2. Regim de răspundere alternativă: contributory negligence

IV.2.1. Neglijența contributivă sau precauția ca formă de responsabilizare. O altă perspectivă relevantă pentru lucrarea de față este cea care analizează sistemul transparenței, respectiv obligațiile transparentizării în ceea ce privește interacțiunile cu consumatorii din punctul de vedere al sistemului răspunderii civile. Un sistem de răspundere strict ar creiona o anumită tendință în rândul consumatorilor, respectiv un anumit standard de diligență – unul minim, sau, în orice caz, diminuat, având în vedere faptul că aceștia ar fi compensați integral pentru pierderile suferite. Este motivul pentru care o posibilă remediere ar putea veni prin modificarea regimului răspunderii, care în mod automat ar presupune o reconfigurare a standardului de diligență al consumatorului. Un regim de răspundere bazată pe o neglijență contributivă (*contributory negligence*) sau un sistem de precauție din partea consumatorilor ar însemna că răspunderea profesioniștilor nu ar mai fi angajată automat, iar consumatorii ar avea un anumit grad de culpă dacă nu respectă măsurile de precauție corespunzătoare, având în vedere informațiile primite. O minimă responsabilizare a consumatorilor ar putea avea un impact semnificativ asupra transparentizării informațiilor privind produsele și serviciile bancare.

Odată ce consumatorii și-ar însuși astfel de măsuri de precauție, respectiv când informațiile primite de aceștia nu ar fi neapărat favorabile (ci, spre exemplu, ar prezenta o serie de riscuri evidente ce le-ar putea complica situația patrimonială în lipsa unei cântăriri adecvate), se va înregistra o fluctuație la nivelul cererii. S-a arătat că într-o astfel de situație, profesioniștii nu ar fi răspunzători să suporte doar prejudiciul creat consumatorilor, ci și costul precauțiilor consumatorilor. Profesioniștii ar putea fi, deci, impulsionați să furnizeze în mod voluntar inclusiv informațiile mai puțin favorabile consumatorilor, respectiv cele care ar avea potențialul scăderii atractivității produsului sau serviciului. Justificarea se regăsește în încercarea de minimizare a prejudiciului preconizat plus costurile precauției, consumatorii fiind la rândul lor încurajați să optimizeze nivelul propriu de precauție, odată ce valoarea unor potențiale riscuri proprii (pentru consumatori sau pentru profesioniști) se concretizează⁴¹. Această propunere se corelează și cu abordările economiei comportamentale, unde transparența nu trebuie privită în antiteză cu autonomia sau ca afectând-o pe aceasta într-un mod negativ; din contră, transparența ar trebui să profite autonomiei personale a indivizilor în luarea deciziilor, să crească eficiența acestora și chiar să ajute la alinierea eșecurilor pieței rezultând din informații asimetrice cu impulsurile nealiniată⁴².

IV.3. Teoria bunurilor publice

IV.3.1. Un (nou?) eșec al pieței: problema free rider. Teoria bunurilor publice (*public goods theory*) este utilizată la rândul ei în analiza economică pentru a justifica intervenția normativă din perspectiva necesităților de informare, a avantajelor informațiilor și a costurilor asociate procurării, respectiv divulgării acestora. Cele două trăsături ale teoriei bunurilor publice, principiul non-excluderii și principiul consumului non-rival, arată faptul că, pe de o parte, bunurile publice nu pot fi excluse sau limitate de la utilizarea consumatorilor, respectiv consumatorii nu pot fi limitați să se bucure de beneficiile pe care acestea le oferă, iar pe de altă parte, faptul că nu se reduce disponibilitatea bunului prin consum și nici nu îl limitează pentru consumul celorlalți, astfel că utilitatea celorlalți nu este diminuată prin utilizarea de către o singură persoană. Teoria bunurilor publice a ajutat în identificarea unui alt eșec al pieței, respectiv problema *free rider*. Acest eșec al pieței se caracterizează prin neparticiparea și neimplicarea consumatorilor în producerea sau punerea la dispoziție a bunului public, însă acestea au, totuși, puterea non-excluderii și cea a non-rivalității. Intervenția se justifică în astfel de cazuri, fiind evident faptul că o contribuție voluntară în scenariul bunurilor publice este puțin probabilă, justificându-se nevoia de intervenție pentru a suplini reticența pieței de a interveni voluntar pentru asigurarea bunăstării comunitare.

IV.3.2. Aplicare la nivelul pieței investițiilor. Teoria a fost aplicată și în sectorul financiar, predominant în sfera securitizărilor și a dinamicilor în relațiile de tranzacționare prin intermediari ce oferă

⁴¹ A se vedea M.A. Polinsky, S. Shavell, *Mandatory Versus Voluntary Disclosure of Product Risks*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper, nr. 327, Garvan Law and Economics Discussion Paper nr. 564, 2006.

⁴² G. Loewenstein, C.R. Sunstein, R. Golman, *Disclosure: Psychology Changes Everything*, în *Annual Review of Economics*, Vol. 6, Nr. 1, 2014, p. 392.

servicii de brokeraj, respectiv prin raportare la cercetarea de piață în domeniul securitizărilor care prezintă caracteristicile teoriei bunurilor publice prin identificarea celor două elemente ale non-excluderii și consumului non-competitiv. Odată produsă și sub condiția de a fi disponibilă public în mod neîngrădit, această cercetare poate fi utilizată și accesată pentru fundamentarea deciziilor investiționale și, similar, mai mulți investitori pot beneficia de pe urma acestei informații în mod non-competitiv, fără reducerea utilității așteptate pentru alți potențiali investitori. Legătura cu furnizarea de informații este evidentă: o piață a securitizărilor transparentă asigură integritate și eficiență, având rolul de a crește încrederea în investitori, de a minimiza costurile căutării și de a maximiza beneficiile scontate⁴³. Dintr-o altă perspectivă, s-a arătat că, atunci când există costuri semnificative care să aibă impact asupra efortului de identificare a informațiilor relevante, iar beneficiile se întind asupra unei largi părți din populație, actorii privați nu vor avea motivația necesară să obțină informația. Astfel, un sistem normativ imperativ care să impună transparentizarea informațiilor ar avea efectul unei distribuții eficiente a informațiilor cu valoare socială⁴⁴.

IV.3.3. Aplicare la nivelul sectorului bancar. Din perspectiva noastră, teoria bunului public își poate găsi o aplicare particulară suplimentară, din perspectiva informațiilor disponibile la nivel public cu privire la contractele încheiate cu consumatorii, devenite bun public ca efect al standardizării masive și uniforme într-o anumită piață bancară. Pe lângă diluarea naturii contractuale ca principală problemă, asupra căreia ne-am concentrat *supra*, standardizarea contractuală, în încercarea de corectare a unui eșec al pieței respectiv cel al asimetriei informaționale, poate genera o aplicare distinctă. Consumatorii într-un raport obligațional de drept bancar care aderă la un contract de adeziune pot fi considerați ca beneficiari (în sensul lui *free rider*) ai informațiilor publice colectate și puse la dispoziția publicului în ceea ce privește contractele standard utilizate în masă la nivel sectorial, la care nu au contribuit în virtutea caracterului ne-negociat, scris în prealabil și propus la nivel de ofertă de către profesionistul – instituție de credit. Cercetările și studiile existente la nivel public cu privire la contractele standard, comparațiile între diversele tipologii practicate de profesioniști, informațiile privind reputația băncilor și practicile înregistrate în materia contractării vor putea fi utilizate, similar exemplului investițional, din perspectiva canalizării unei decizii a consumatorului în sensul contractării cu un anumit profesionist sau cu altul.

Prima caracteristică a non-excluderii este în mod cert prezentă. Cea de-a doua caracteristică a non-rivalității considerăm că este și ea prezentă: uniformizarea ofertelor pe piață și, prin transparentizarea obligatorie, uniformizarea produselor și a serviciilor pe o piață clar determinată, va anihila avantajul concurențial între profesioniști. Orice profesionist emergent pe piață nu va avea o altă opțiune, pentru asigurarea avantajului concurențial, decât să transparentizeze o serie de caracteristici potențial superioare celor prezente. Condiția non-rivalității pare a fi, din perspectiva noastră, îndeplinită și ne permite să afirmăm că poate fi susținută o imprimare a caracterului de bun public al informațiilor publice ce permit comparația între tipologii contractuale, produse, servicii și profesioniști. Emergența tehnologiilor disruptive și a unor noi jucători pe piața financiar-bancară ar constitui un impuls concurențial suficient care să asigure transparența costurilor, riscurilor și a caracteristicilor esențiale ale produselor pe piața românească.

IV.4. Transparența imperativă v. voluntară.

IV.4.1. Regimul imperativ. Pot fi puse în balanță un sistem de norme imperative, respectiv un sistem de transparență voluntară⁴⁵. Ambele regimuri au potențialul de a prezenta o maximizare a beneficiilor atât pentru profesioniști, cât și pentru consumatori. Un sistem imperativ prezintă avantaje clare pentru consumatori: informațiile sunt disponibile imediat, ajutând la luarea deciziilor prin punerea la dispoziție

⁴³ A se vedea, pentru beneficiile unui sistem obligatoriu de transparență dar și pentru eventuale provocări, John C. Coffee Jr., *Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System*, Virginia Law Review, Vol. 70, Nr. 4, 1984, în *Fifty Years of Federal Securities Regulation: Symposium on Contemporary Problems in Securities Regulation*, p. 717-753.

⁴⁴ C.R. Sunstein, *op. cit.*, p. 396.

⁴⁵ Pentru o analiză a controlului costurilor în contractele standard, Y. Atamer, P. Pichonnaz (eds.), *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*, Springer, 2020; în special., pentru situația României, A. Almășan, L. Bercea, *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Romania*, în Y. Atamer, P. Pichonnaz (eds.), *op. cit.*, p. 507-530.

a informațiilor pe criteriul transparenței. Din perspectiva profesionistului, un sistem imperativ ar presupune costuri de implementare, de conformitate, poate chiar posibile expuneri la riscul răspunderii prin transparentizarea unor carențe de conformitate, precum și reducerea motivației de a oferi anumite produse și servicii. Avantajul uniformizării și al standardizării va putea aduce, însă, și o uniformizare a ofertelor și dificultăți din perspectiva unui consumator de a alege între oferte care ajung să fie foarte similare. Există variabile: însă efortul profesioniștilor de a obține, reflecta și pune la dispoziție informațiile pot în egală măsură să influențeze eficiența sistemelor, la fel și caracteristicile sau natura produsului, diversele preferințe ale consumatorilor sau anumite dinamici de pe piață la un anumit moment, care înclină preferințele într-o direcție sau alta. Totodată, dacă informațiile relevante sunt corect selectate normativ, alegerea economică a consumatorului poate fi facilitată.

IV.4.2. Regimul voluntar. Un sistem voluntar de oferire a informațiilor, pe de altă parte, aduce beneficiul deciziei profesioniștilor asupra informațiilor cu efect potențial de risc pe care să le pună la dispoziția consumatorilor, un anumit grad de flexibilitate și o relaxare din perspectiva posibilei răspunderi pentru o neconformare la obligația de a pune informațiile la dispoziție. Ceea ce este interesant, însă, este faptul că selecția pe care profesioniștii o vor efectua va putea genera informații incomplete, a căror natură incompletă să poată chiar să transpară consumatorilor ca fiind evidentă. Caracterul incomplet sau netransparent va putea conduce prin el însuși la rezultate suboptimale din perspectiva alegerilor consumatorilor⁴⁶, iar relevarea lipsei de transparență poate conduce la un prejudiciu reputațional suferit de profesionist.

Problema a fost analizată și din perspectiva teoriei mandatului (*agency cost theory*)⁴⁷, iar una dintre întrebările centrale a fost de ce sau cât de necesare sunt furnizările de informații specifice (*specific disclosures*), având în vedere capacitatea piețelor de a se autoregla luând în considerare dinamicile concurențiale, așteptările părților, respectiv considerații de economie comportamentală care plasează interesul propriu într-un punct central⁴⁸. Actorii de pe piață vor putea alege furnizarea benevolă de informații, câtă vreme acest fapt le va aduce beneficii superioare costurilor asociate cu procurarea acestor informații, chiar în absența unei norme imperative⁴⁹. Furnizarea de informații impusă la nivel de reglementare printr-un set de norme imperative se poate dovedi superfluă, mai ales când informațiile sunt verificabile în mod relativ facil de către consumatori, iar costurile asociate informării nu sunt semnificative, motiv pentru care nu ar trebui observat un comportament diferit al profesionistului în ipoteza unei modificări legislative abrupte, spre exemplu.

IV.4.3. Complexitatea adăugată de contextul pieței. Există însă o serie de limitări când scenariul devine mai complex, iar complexitatea adăugată înseamnă multiplicarea numărului de produse sau servicii oferite, respectiv a numărului de atribute ale respectivelor produse sau servicii. Eterogenitatea ofertelor pare să scadă motivația profesioniștilor de a furniza în mod transparent și voluntar consumatorilor informații cu privire la calitatea produselor, acest fapt având potențialul de a elasticiza cererea și, deci, de a da naștere unor interese competitive ce s-ar putea concretiza prin oferirea unor produse similare de către profesioniști care nu le oferiseră până la acel moment, urmată de o scădere a prețurilor pe piață determinată întocmai de intensificarea competiției⁵⁰. Din această perspectivă, opinia opusă a fost cea preferată, în sensul susținerii argumentului potrivit căruia intervenția statului sub forma normativizării specifice a transparenței are puterea de a înregistra modificări în comportamentul pe piață al profesioniștilor și de a avea impact asupra deciziei consumatorilor, care, altfel, s-ar confrunta cu

⁴⁶ A se vedea pentru viziunea comparativă, mai ales, a celor două sisteme, A.M. Polinsky, S. Shavell, *op. cit.*, p. 360-379.

⁴⁷ Asociată teoriei lui Berle și Means – a se vedea A.A. Berle, G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan, 1932. De asemenea, O. Weinstein, *Firm, Property and Governance: From Berle and Means to the Agency Theory and Beyond*, Accounting, Economics, and Law, Vol. 2, Nr. 2, Art. 2, 2012.

⁴⁸ Paul G. Mahoney, *Mandatory Disclosure as a Solution to Agency Problems*, University of Chicago Law Review, Vol. 62, Nr. 3, article 2, 1995, p. 1047-1112.

⁴⁹ A se vedea Stephen A. Ross, *Disclosure Regulation in Financial Markets: Implications of Modern Finance Theory and Signaling Theory*, în F.R. Edwards, *Issues in Financial Regulation*, New York: McGraw-Hill, 1979.

⁵⁰ V.J. Hotz, M. Xiao, *Strategic Information Disclosure: The Case of Multi-Attribute Products with Heterogeneous Consumers*, National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper Series, 2006.

informații incomplete: consumatorii ar observa că le lipsesc informații esențiale privind calitatea produsului, pe când profesioniștii ar putea remarca faptul că furnizarea informațiilor nu le aduce un câștig net prin raportare la costurile de obținere și de furnizare efectivă a informației. Un argument care a fost avansat în acest sens este că preferințele consumatorilor *vis-a-vis* de aceste atribute ale produselor sunt un element cheie la care să se raporteze analiza eventualelor beneficii ale divulgării voluntare a informației de către profesionist.

Concluzii. O concluzie a paragrafelor anterioare ar fi 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 acesteia nu este absolută și nici nu rezultă în mod necesar. Se poate recunoaște că 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 impulsione, prin chiar această transparență concretizându-se, spre exemplu, superioritatea unui produs față de unul similar oferit de un competitor.

Din alt punct de vedere, însă în același context, punerea la dispoziție a informațiilor într-o manieră cât mai transparentă pentru consumatori, chiar în lipsa unei jurisprudențe CJUE și a unor texte de lege, ar putea să fie preferată și implementată de către unii profesioniști. Încercarea de preîntâmpinare a unor potențiale costuri și chiar reducerea acestora ar fi astfel posibil, în special în privința unor potențiale litigii care să înregistreze costuri pentru profesionist, de la timp și resurse umane, până la acordarea de daune-interese pentru repararea prejudiciului, urmate inevitabil de un potențial prejudiciu reputațional. Similar, punerea la dispoziția consumatorilor a informațiilor transparente și corecte, chiar în lipsa unei codificări a unei obligații pozitive sau a unei jurisprudențe CJUE, ca decizie de afaceri la nivelul organizației, nu este nerealistă în contextul preîntâmpinării și evitării costurilor potențiale, fie complet voluntar, fie activate cu prilejul unui control tematic din partea autorității cu competențe în sfera protecției consumatorului, înaintea, însă, aplicării vreunei sancțiuni.

De asemenea, o analiză simplă de tip cost-beneficiu ar putea arăta că, din punct de vedere operațional, un grad cât mai ridicat de transparentizare din partea profesionistului ar putea reduce sau simplifica, din perspectiva volumului și, poate, chiar a complexității conținutului, reclamațiile și plângerile de la consumatori, primite atât în mod direct, cât și escaladate către autoritățile competente, organele judiciare sau centrele alternative de soluționare a diferendelor între profesioniști și consumatorii din sectorul bancar. Exemple practice sunt multiple pentru a arăta faptul că normativizarea excesivă a transparenței, printr-o abordare paternalistă dură, este o măsură care nu este justificată nici la nivel social, dată fiind reacția pieței la, spre exemplu, reclamații recurente din partea consumatorilor, nici la nivel competitiv, dată fiind adaptarea rapidă a pieței în funcție de nevoile concurențiale, pentru a capta sau recâștiga clientela, nici la nivel normativ, dată fiind abilitatea pieței de a se auto-reglementa, și nici la nivel economic, dată fiind abilitatea pieței de a identifica ineficiențele și de a le acoperi prin corectarea practicilor comerciale.