Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JÄÄSKINEN
föredraget den 17 september 2015 [1]

Mål C-312/14

Banif Plus Bank Zrt.
mot
Márton Lantos and Mártonné Lantos

(begäran om förhandsavgörande från Ráckevei Járásbíróság (Ungern))

”Upptagande till sakprövning — Investerarskydd — Kreditavtal i utländsk valuta — Begreppet finansiellt instrument enligt artikel 4.1 punkt 17 i direktiv 2004/39/EG — Begreppet investeringstjänster enligt artikel 14.1 punkt 2 i direktiv 2004/39 — Omständigheter under vilka leverantörer av sådana tjänster ska bedöma tjänsternas lämplighet för kunderna — Giltighet av avtal som strider mot dessa krav — Sanktioner enligt artikel 51 i direktiv 2004/39”

I – **Inledning**

1. Med denna begäran om förhandsavgörande vill Ráckevei Járásbíróság, Ungern, (distriktsdomstol i Ráckeve) bland annat få klarhet i vilka slag av instrument som omfattas av direktiv 2004/39 [2]. Den ställer också frågan huruvida det enligt samma direktiv föreligger en skyldighet att bedöma lämpligheten av investeringstjänster och finansiella produkter för enskilda kunder. Domstolen har fått dessa frågor i samband med en tvist om ett kreditavtal i utländsk valuta som ingåtts för att finansiera ett bilköp. På grund av bristande precisering i beskrivningen av både de relevanta omständigheterna och den nationella rätten kan enligt min uppfattning begäran om förhandsavgörande emellertid inte tas upp till sakprövning.

2. Begäran om förhandsavgörande avser ett svårt socialt och ekonomiskt problem av stor betydelse i många medlemsstater. Olyckligtvis utgör inte beslutet om hänskjutande och rättegången vid den nationella domstolen ett lämpligt tillfälle för att utveckla domstolens praxis i denna fråga vilket snarare borde ske i samband med prövning av unionsrättsliga bestämmelser om konsumentskydd, särskilt direktiv 2008/48 [3], än i samband med bestämmelser om skydd för investerare.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG (EUT L 145, s. 1).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal och om upphävande av rådets direktiv 87/102/EEG (EUT L 133, s. 66). Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/17/EU av den 4 februari 2014 om konsumentkreditavtal som avser bostadsfastighet och om ändring av direktiven 2008/48/EG och 2013/36/EU och förordning (EU) nr 1093/2010 (EUT L 60, s. 34) som innehåller ett kapitel om kreditavtal i utländsk valuta, är däremot helt klart inte tillämpligt i förevarande mål.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *EU rätten*

1. Direktiv 2004/39

3. Skälen 2 och 31 till direktiv 2004/39 har följande lydelse:

”(2) Under senare tid har antalet aktiva investerare på de finansiella marknaderna ökat, och dessa erbjuds ett allt mer mångfacetterat och vittomfattande utbud av tjänster och instrument. Med hänsyn till denna utveckling bör gemenskapens rättsliga ramar omfatta hela skalan av verksamheter som riktar sig till investerarna. Det krävs därför föreskrifter som skapar den grad av harmonisering som krävs för att sörja för en hög nivå på skyddet av investerarna och för att på grundval av hemlandstillsyn ge värdepappersföretagen möjlighet att erbjuda tjänster inom hela gemenskapen, som utgör en inre marknad. Mot denna bakgrund bör direktiv 93/22/EEG ersättas med ett nytt direktiv.

…

(31) Detta direktiv syftar bl.a. till att skydda investerarna. Åtgärder för att skydda investerare bör anpassas till de särskilda förhållanden som råder för varje kategori av investerare (icke-professionella, professionella och motparter).”

4. I artikel 1 i direktiv 2004/39 föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv skall tillämpas på värdepappersföretag och reglerade marknader.

2. Följande bestämmelser skall också tillämpas på kreditinstitut som är auktoriserade enligt direktiv 2000/12/EG när de tillhandahåller ett eller flera slag av investeringstjänster och/eller utför investeringsverksamhet:

— …

— Kapitel II i avdelning II exklusive artikel 23.2 andra stycket.

— …”

5. Artikel 4.1 punkterna 2, 6 och 17 i direktiv 2004/39 innehåller följande definitioner:

”2. *investeringstjänster och investeringsverksamhet*: någon av de tjänster och de verksamheter som anges i avsnitt A i bilaga 1 i fråga om de instrument som anges i avsnitt C i bilaga 1.

…

6. handel för egen räkning: handel i finansiella instrument med utnyttjande av eget kapital.

…

17. *finansiellt instrument*: sådana instrument som anges i bilaga 1 avsnitt C.”

6. Under avdelning II, kapitel II i direktiv 2004/39, i avsnitt 2, med rubriken Bestämmelser om investerarskydd, finns artikel 19, med rubriken ”Uppföranderegler vid tillhandahållande av investeringstjänster till kunder”. Punkterna 4, 5 och 9 däri har följande lydelse:

”4. När värdepappersföretaget tillhandahåller investeringsrådgivning eller portföljförvaltning, skall det inhämta nödvändiga upplysningar om kundens eller den presumtiva kundens kunskaper och erfarenhet på det för den specifika produkten eller tjänsten relevanta investeringsområdet samt dennes finansiella ställning och investeringsmål, så att företaget kan rekommendera kunden eller den presumtiva kunden de investeringstjänster och finansiella instrument som är lämpliga för denne.

5. Medlemsstaterna skall se till att värdepappersföretag vid tillhandahållande av andra investeringstjänster än de i punkt 4 begär att kunden eller den presumtiva kunden lämnar upplysningar om sin kunskap och erfarenhet på det för den erbjudna eller efterfrågade specifika produkten eller tjänsten relevanta investeringsområdet så att värdepappersföretaget kan bedöma om den tänkta investeringstjänsten eller produkten är passande för kunden.

I det fall där värdepappersföretaget mot bakgrund av de upplysningar som erhållits i enlighet med föregående stycke anser att produkten eller tjänsten inte är passande för kunden eller den presumtive kunden, skall värdepappersföretaget göra kunden eller den presumtiva kunden uppmärksam på detta. Denna information får lämnas i standardiserad form.

I det fall där kunden eller den presumtiva kunden väljer att inte lämna de upplysningar som anges i första stycket, eller lämnar otillräckliga upplysningar om sin kunskap och erfarenhet, skall värdepappersföretaget varna kunden eller den presumtiva kunden för att ett sådant beslut innebär att företaget inte kan avgöra om den tänkta tjänsten eller produkten är passande för denne. Denna information får lämnas i standardiserad form.

…

9. I det fall en investeringstjänst erbjuds som del av en finansiell produkt för vilken det redan finns andra regler i gemenskapslagstiftning eller gemensamma europeiska normer för kreditinstitut och konsumentkrediter avseende riskbedömning av kunder och/eller informationskrav, skall denna tjänst inte därutöver omfattas av förpliktelserna enligt denna artikel.”

7. Artikel 51.1 i direktiv 2004/39 föreskriver att medlemsstaterna ska sörja för att lämpliga administrativa åtgärder kan vidtas eller administrativa sanktioner beslutas mot ansvariga personer när bestämmelser som antagits vid genomförandet av direktivet inte har följts. Medlemsstaterna skall se till att alla åtgärder är effektiva, proportionerliga och avskräckande.[4]

8. Bland de ”investeringstjänster och investeringsverksamheter” som förtecknas i avsnitt A i bilaga 1 nämns ”handel för egen räkning”. Bland de sidotjänster som förtecknas i avsnitt B finns ”valutatjänster om dessa har samband med investeringstjänster”. Bland de finansiella instrument som förtecknas i avsnitt C finns ”optioner, terminskontrakt, swappar, räntesäkringsavtal och varje annat derivatkontrakt som avser värdepapper, valutor, räntor eller avkastningar, eller andra derivatinstrument, finansiella index eller finansiella mått som kan avvecklas fysiskt eller kontant”.

4 — Detta omnämns utan att det påverkar förfarandena för återkallande av auktorisation eller medlemsstaternas rätt att besluta om straffrättsliga sanktioner.

2. Direktiv 2008/48

9. Artikel 1 i direktiv 2008/48, med rubriken ”Syfte”, har följande lydelse:

”Syftet med detta direktiv är att harmonisera vissa aspekter av medlemsstaternas lagar och andra författningar om kreditavtal för konsumenter.”

10. I artikel 2 i direktiv 2008/48, med rubriken ”Tillämpningsområde”, föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska gälla kreditavtal.

2. Detta direktiv ska inte gälla följande:

…

h) Kreditavtal vilka ingås med värdepappersföretag enligt definitionen i artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument [9] eller med kreditinstitut enligt definitionen i artikel 4 i direktiv 2006/48/EG i syfte att göra det möjligt för en investerare att genomföra en transaktion med hjälp av ett eller flera av de instrument som förtecknas i avsnitt C i bilaga 1 till direktiv 2004/39/EG, när det värdepappersföretag eller kreditinstitut som beviljar krediten medverkar i transaktionen.”

…

11. I artikel 3, med rubriken ”Definitioner”, i direktiv 2008/48 anges följande:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

…

c) *kreditavtal*: ett avtal genom vilket en kreditgivare lämnar eller förbinder sig att lämna en konsument en kredit i form av betalningsanstånd, lån eller annan liknande finansieringsform, med undantag för avtal om fortlöpande tillhandahållande av tjänster eller om fortlöpande leveranser av varor av samma slag, där konsumenten betalar genom avbetalningar så länge som varorna eller tjänsterna tillhandahålls.”

B – *Nationell rätt*

12. Artikel 231 i Republiken Ungerns civillag [5] (nedan kallad civillagen) har följande lydelse:

”1. Om inte annat föreskrivs ska en penningskuld betalas i den valuta som är lagligt betalningsmedel på den ort där förpliktelsen ska fullgöras.

2. Skulder som angetts i en annan valuta eller i guld ska omräknas enligt växelkursen (priset) som gäller på orten och dagen för betalning.”

13. Kúria, i dess egenskap av Ungerns högsta domstol, fastställde i dom 6/2013 PJE en bindande tolkning av nationell rätt avseende kreditavtal i utländsk valuta. Med stöd av artikel 231 i civillagen klassificerade Kúria krediter i utländsk valuta som valutakrediter. Den konstaterade att en skuld i utländsk valuta föreligger som en följd av dessa valutakrediter men att i motsats till en verklig

5 — A Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvről szoló 1959. évi IV. (Ptk.).

valutakredit (som innehåller ett villkor om verkställighet i en utländsk valuta) är valutan i ett kreditavtal i utländsk valuta angiven som den valuta i vilken betalningsförpliktelserna ska värderas medan den valuta med vilken betalning faktiskt erläggs är forint. Kúria tolkade följaktligen denna transaktion så att den innebar att penningflödet som var angivet i utländsk valuta var fiktivt och att penningflödet i ungerska forinter var reellt.

III – **Faktiska omständigheter, förfarandet och tolkningsfrågorna**

14. I begäran om förhandsavgörande anges att ”den 11 juni 2008 ingick det finansiella institutet Banif Plus Bank Zrt. (nedan kallad banken), kärande, ett kreditavtal i utländsk valuta med den förste svaranden, en kund av ungersk nationalitet, på grundval av 523 § i lag IV 1959 i Republiken Ungerns civillag … . Syftet med kreditavtalet var att ange villkoren för tillhandahållandet av ett penningbelopp (tillhandahållande av en tjänst) och för återbetalning av krediten (vederlag). Villkoren i kreditavtalet omfattade de väsentliga kontraktsbestämmelserna om det fiktiva penningflödet (registrerat) i utländsk valuta och det verkliga penningflödet i forinter.”

15. I begäran om förhandsavgörande anges sedan att ”när banken beviljade krediten beräknade banken motsvarande belopp i utländsk valuta av det belopp som den skulle utge i forinter enligt den växelkurs som gällde den dag som bestämts tidigare och i enlighet med artikel 231 civillagen. [Sedan] köpte banken den valutan av kunden; den valuta som (hade registrerats som) hans skuld enligt den faktiska växelkursen för köp av utländsk valuta som gällde vid tiden för utbetalning av krediten (transaktion enligt den gällande växelkursen) och utbetalade motsvarande belopp i forinter till kunden. [Senare] sålde banken den registrerade valutan till kunden i utbyte mot forinter enligt den faktiska växelkursen för försäljning av utländsk valuta som gällde vid tiden för återbetalning av krediten (transaktion enligt den framtida växelkursen som gällde vid tiden för återbetalning) för att kunden i utländsk valuta skulle kunna uppfylla sin återbetalningsskyldighet som var registrerad i utländsk valuta”.

16. Begäran om förhandsavgörande tillägger att mot bakgrund av ”att kreditavtalet i utländsk valuta, som är föremål för tvisten vid den nationella domstolen, har en penningmarknadsdimension (bestående i kreditavtalet) och en möjlig kapitalmarknadsdimension (bestående i transaktionerna avseende växelkurs för valutor) uppkommer tveksamhet beträffande tolkningen av begreppen finansiella instrument och den investeringsverksamhet som bedrivs genom ett finansiellt instrument”.

17. Under dessa omständigheter har den nationella domstolen hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

”1. Ska det anses att, enligt artikel 4.1.2 (investeringstjänster och investeringsverksamhet), artikel 4.1.17 (finansiella instrument) och bilaga 1, avsnitt C, punkt 4 (valutaterminskontrakt, derivatinstrument) i [direktiv 2004/39], erbjudandet om en (växelkurs)transaktion till en kund som, i rättslig form av ett kreditavtal i utländsk valuta, består i en spottransaktion vid tiden för utbetalning av krediten och en framtida transaktion vid tiden för återbetalning, som genomförs genom omräkning till forinter av ett belopp som registrerats i utländsk valuta och som utsätter klientens kredit för effekter och risker (valutarisker) på kapitalmarknader, utgör ett finansiellt instrument?

2. Ska det anses att, enligt artikel 4.1.6 (handel för egen räkning) och bilaga 1, avsnitt A, punkt 3 (handel för egen räkning) i [direktiv 2004/39], bedrivande av handel för egen räkning avseende det finansiella instrument som beskrivits i den första frågan utgör en investeringstjänst eller investeringsverksamhet?

3. Ska det finansiella institutet utföra den kontroll avseende lämplighet som krävs enligt artikel 19.4 och 19.5 i [direktiv 2004/39] med beaktande av att valutaterminskontraktet – som är en investeringstjänst avseende finansiella derivatinstrument – erbjöds som del av en annan

finansiell produkt (det vill säga ett kreditavtal) och att derivatinstrumentet i sig utgör ett komplicerat finansiellt instrument? Ska det anses att artikel 19.9 i [direktiv 2004/39] inte är tillämplig, eftersom lämplighetsbedömningen är väsentlig på grund av att transaktionen innehåller ett derivatinstrument och att de risker som kunden utsatts för avseende krediten och det finansiella instrumentet i grunden är olika?

4. Medför ett kringgående av artikel 19.4 och 19.5 i [direktiv 2004/39] att kreditavtalet mellan banken och kunden är ogiltigt?”

18. Skriftliga yttranden har mottagits från svarandena, Márton Lantos och Mártonné Lantos, den ungerska, den tyska, och den polska regeringen, Förenade kungarikets regering och från kommissionen. Ingen förhandling har ägt rum.

IV – **Upptagande till sakprövning**

19. Enligt min uppfattning kan inte begäran om förhandsavgörande tas upp till sakprövning av följande skäl.

20. Jag påminner om att den information som ges i begäran om förhandsavgörande ska ge domstolen, medlemsstaterna och andra som har rätt att avge yttranden en god förståelse av bakgrunden och de tillämpliga bestämmelserna i det nationella målet och ange skälen till varför den nationella domstolen anser det vara oklart hur unionsrätten ska tolkas och till att den anser det nödvändigt att ställa tolkningsfrågor till domstolen. Det är viktigt att betona att informationen i begäran om förhandsavgörande inte endast är till för att domstolen ska kunna ge ett användningsbart svar utan även för att ge medlemsstaternas regeringar och andra berörda parter möjligheten att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i stadgan för Europeiska unionens domstol. [6]

21. Dessa krav på vad en begäran om förhandsavgörande ska innehålla framgår uttryckligen av artikel 94 i rättegångsreglerna och återges dessutom i Europeiska unionens domstols rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande. [7] Det framgår särskilt av punkt 22 i rekommendationerna att en begäran om förhandsavgörande ska ”vara kortfattad men tillräckligt utförlig och innehålla samtliga relevanta upplysningar, så att EU-domstolen, och berörda som har rätt att inkomma med yttrande till domstolen kan få *en god förståelse* av bakgrunden och de tillämpliga bestämmelserna i målet vid den nationella domstolen” (min kursivering).

22. Beslutet om hänskjutande utgör grunden för förfarandet vid domstolen. Därför är det nödvändigt att den nationella domstolen, i själva beslutet om hänskjutande, klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till målet vid den domstolen och åtminstone i någon mån förklarar varför den begär tolkning av just de angivna unionsbestämmelserna samt redogör för det samband som den funnit föreligga mellan dessa bestämmelser och den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet. [8] Domstolen har slagit fast att de nationella domstolarna ”ytterst noggrant” måste iaktta kraven beträffande innehållet i en begäran om förhandsavgörande, [9] men enligt min uppfattning uppfyller beslutet om hänskjutande inte dessa krav.

6 — Se beslut Herrenknecht (C-366/14, EU:C:2014:2353, punkterna 14, 15 och 17 och där angiven rättspraxis).

7 — EUT C 338, 2012, s. 1.

8 — Beslut Talasca (C-19/14, EU:C:2014:2049), punkt 20 och där angiven rättspraxis.

9 — Ibid., punkt 21.

23. Den begränsade information om faktiska omständigheter som ges i beslutet om hänskjutande återges i punkterna 14–16 i detta förslag till avgörande.[10] Det saknas därför i stor omfattning information om de faktiska omständigheterna i beslutet om hänskjutande som krävs innan tolkningsfrågorna kan ges ett meningsfullt svar. På denna punkt avser jag till exempel exakt vilka kontraktsvillkor som är föremål för tvist och en detaljerad beskrivning av vad som inträffat mellan parterna som föranlett tvisten mellan dem om deras rättigheter och skyldigheter.[11] Beslutet om hänskjutande saknar till och med information om i vilken utländsk valuta avtalet ingicks.[12]

24. Kommissionen uppger i sina skriftliga yttranden att den har studerat den nationella domstolens akt varför avsaknaden av faktiska omständigheter, för kommissionen, delvis har åtgärdats. Domstolsakten har emellertid inte tillställts medlemsstaternas regeringar. De har måst fatta sina beslut om de ska intervenera i målet på grundval av beslutet om hänskjutande och allmän kunskap om krediter i utländsk valuta som ges till konsumenter.

25. Som flera regeringar påpekat i sina skriftliga yttranden är de omständigheter som redovisats dessutom i vissa avseenden oförståeliga. Som en följd därav har ett problem uppstått beträffande sambandet mellan tolkningsfrågorna.

26. Den ungerska regeringen framhåller att den nationella domstolen hänvisar till nationella bestämmelser om investeringskrediter och valutaswapkontrakt utan att ange huruvida avtalet i fråga hör till någon av dessa kategorier. Den tyska regeringen hänvisar till att beslutet om hänskjutande anger att kreditavtalet i utländsk valuta skulle bestå i ett kontantköp när krediten utbetalas och ett framtida köp vid tiden för återbetalning. Enligt denna regering är det svårt att förstå varför den nationella domstolen har uppfattningen att fråga är om ett framtida valutaköp när den förklarar att växelkursen på dagen för återbetalning gäller. Även den ungerska regeringen har svårt att förstå om den nationella domstolen anser att parternas avtal utgör en termintransaktion i utländsk valuta (på en OTC-marknad) eller om den endast avser att hänvisa till legaldefinitionen av detta begrepp.[13]

27. De faktiska omständigheterna har inte angetts på ett sätt som är tillräckligt konsekvent och precist för att göra det möjligt för domstolen att avgöra huruvida det som beskrivs i beslutet om förhandsavgörande utgör ett ”finansiellt instrument” i den mening som avses i direktiv 2004/39. Som framhållits i de skriftliga yttrandena av den tyska regeringen och Förenade kungarikets regering föreligger en brist på klarhet i fråga om det slag av transaktion som banken företagit med gäldenären och en viss tvetydighet. Den tyska regeringen tillägger att beslutet om hänskjutande ibland ger intryck av att köp och försäljning av utländsk valuta kommer att äga rum, samtidigt som emellertid ett fiktivt flöde av utländsk valuta beskrivs. Det är oklart vilka valutaköp och betalningsflöden som faktiskt har förekommit. Enligt Förenade kungarikets regering är det oklart huruvida avtalet består av två separata instrument eller ett mellanting och huruvida det verkligen är fråga om en kombination av en spottransaktion och en terminsaffär och inte en kombination av två spottransaktioner.

10 — För fullständighetens skull tillägger jag att det finns en kort beskrivning av parternas olika uppfattning i förevarande rättsliga fråga som även omfattar en mycket kort hänvisning till deras motstridiga uppfattningar om tillämpligheten av direktiv 2004/39. En sammanfattning av några klart relevanta bestämmelser i ungersk rätt finns också i denna handling, men inget mer.

11 — Enligt gäldenärernas yttranden tycks det nationella målet gälla bankens krav på betalning av krediten. Márton Lantos är huvudgäldenär men Mártonné Lantos har också stämts av banken med stöd av nationella bestämmelser om solidariskt ansvar för makar för krediter avseende egendom i äktenskapet. Deras yttranden innefattar även en beskrivning av kontraktsvillkoren, som endast i korta drag berör de relevanta bestämmelserna i kreditavtalet. Det senare har bifogats gäldenärernas skriftliga yttrande.

12 — Medan beslutet om hänskjutande saknar uppgift om den utländska valutan i fråga framgår det av olika skriftliga yttranden att avtalen ingicks i schweiziska franc.

13 — Själv har jag svårt att förstå varför gäldenärerna behövde ett lån av banken om de kunde sälja det ifrågavarande beloppet i schweiziska francs till banken. Det anges i hänskjutandet att ”[Sedan] köpte banken av kunden den valutan”. Kommissionen nämner emellertid med stöd av akten i det nationella målet att en kredit i scweiziska francs beviljades men utbetalades och skulle återbetalas i ungerska forinter. Enligt gäldenärernas yttranden innebär avtalskonstruktionen i fråga, åtminstone delvis, ett instrument avseende en investering i schweiziska francs.

28. Härutöver är betydelsen av de nationella bestämmelserna, till vilka beslutet om hänskjutande hänvisar, oklar i det att det inte framgår vilket samband de har med de påstått relevanta unionsrättsliga bestämmelserna. Till följd härav är det svårt för dem som inte har djupa kunskaper i ungersk rätt att förstå begäran om hänskjutande. [14]

29. Slutligen, frågan om banken är skyldig att göra den lämplighetskontroll som föreskrivs i artiklarna 19.4 och 19.5 i direktiv 2004/39 eller är befriad från att göra det enligt artikel 19.9 i samma direktiv är omöjlig att svara på beroende på otillräcklig information i beslutet om hänskjutande. Det som domstolen ombeds att göra på denna punkt är att avgöra huruvida direktiv 2004/39 är tillämpligt eller någon annan EU-rättsakt som är avsedd att skydda konsumentintressen, såsom direktiv 2008/48. Som kommer att framgå av diskussionen nedan är det mitt intryck på grund av tillgänglig information att tvisten i fråga inte omfattas av direktiv 2004/39 utan snarare regleras av direktiv 2008/48. Jag konstaterar vidare att nationell lagstiftning som införlivar direktiv 2004/39 gäller för investeringskrediter. [15] Sådana krediter omfattas å andra sidan inte av tillämpningsområdet för direktiv 2008/48 och inte heller definieras de som finansiella tjänster eller finansiella instrument i direktiv 2004/39. Jag anser därför inte att domstolen har tillräcklig information för att besvara fråga 3.

V – **Bedömning**

A – *Inledande kommentarer*

30. För det fall domstolen ändå anser att tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning ska jag kort behandla de rättsliga frågor som jag anser kan vara av betydelse för svaren på dem.

31. För det första uppställer jag en hypotes att målet rör ett avtal om kredit i utländsk valuta till en fysisk person, närmare bestämt till en konsument. Svarandenas skriftliga yttranden i det nationella målet visar att syftet med krediten var att finansiera ett bilköp. [16]

32. Jag påminner om att generaladvokaten Wahl i målet Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:85, punkt 1) uttalade följande: ”[F]örevarande mål rör konsumentkreditavtal i utländsk valuta. Avtalstypen är relativt vanligt förekommande i vissa av Europeiska unionens medlemsstater, och den kan vid första påseendet uppfattas som fördelaktig av låntagarna på grund av den lägre räntesatsen jämfört med den räntesats som generellt tillämpas. Efter den internationella finanskrisen i slutet av 2000-talet har den emellertid visat sig vara problematisk för många privatpersoner till följd av vissa valutors värdeminskning i förhållande till den utländska valutan (i synnerhet schweiziska franc). Låntagare har tvingats återbetala månadsbelopp i inhemsk valuta som varit avsevärt högre än vad de skulle ha fått betala om beloppen hade beräknats på grundval av den växelkurs som tillämpades då lånebeloppet utbetalades. Missräkningarna har varit sådana att det som en dominoeffekt fått avsevärda effekter på banksektorn i vissa medlemsstater.” [17]

14 — Jag noterar att den ungerska regeringens skriftliga yttranden beskriver de tillämpliga bestämmelserna mer i detalj än beslutet om hänskjutande men den regeringen anser att hänskjutandet inte kan tas upp till sakprövning, bland annat, på grund av bristande klarhet avseende betydelsen av de nationella bestämmelserna däri.

15 — Se artikel 4, punkt 6 i lag CXXXVIII från 2007, som trädde i kraft den 1 december 2007 varigenom direktiv 2004/39 införlivades i ungersk rätt (a befektetési vállalkozásokról és az árutőzsdei szolgáltatókról, valamint az általuk végezhető tevékenységek szabályairól szóló 2007. évi CXXXVIII. Törvény).

16 — Det framgår av svarandenas skriftliga yttranden i målet vid den nationella domstolen att Márton Lantos den 11 juni 2008 ingick ett konsumentkreditavtal i schweiziska francs med banken för att finansiera förvärvet av ett motorfordon.

17 — Generaladvokaten Wahl förklarade vidare (i fotnot 2 i förslaget till avgörande) att enligt den hänskjutande domstolen i det målet uppgick de ungerska hushållens skulder till kreditinstitut till 32,56 procent av bruttonationalprodukten (BNP) enligt uppgifter för andra halvåret 2012 från Magyar Nemzeti Bank (Ungerns centralbank), och att därav ett belopp på 5 289 miljarder HUF, motsvarande 18,54 procent av BNP, avsåg krediter i utländsk valuta i likhet med den som var i fråga i det nationella målet Kásler. Vad särskilt gäller krediter i schweiziska francs har de erbjudits i stor skala inte endast i Ungern utan även i andra medlemsstater, exempelvis Polen och Kroatien.

33. Den ungerska lagstiftaren har reagerat i anledning av de ungerska hushållens allt mer ökade skuldbörda med ett lagstiftningspaket som huvudsakligen var inriktat mot att skydda skuldsatta fastighetsägare. De vidtagna åtgärderna gör det möjligt, bland andra initiativ, att slutbetala skulder i utländsk valuta till en fast förmånlig växelkurs med stöd av ett statligt program och rätt att kräva omvandling av hypotekskrediter i utländsk valuta. De har dessutom begränsat användningen av bostadsfastigheter som säkerhet och infört räntesubventionerade krediter i forinter såväl som socialunderstöd för skuldsatta personer som riskerar vräkning på grund av svårigheter som de utsatts för vid återbetalning av krediter i utländsk valuta. [18]

34. Det är också lämpligt att erinra sig de grundläggande rättsliga begreppen i fråga om penningförpliktelser, det vill säga *nominellt belopp*, som anger måttet för penningförpliktelsen, och *fullgörelsebeloppet* som är det belopp varmed fullgörelse sker. [19] Åtskillnad mellan nominellt belopp och fullgörelsebeloppet med en valutaklausul gör det möjligt för borgenären att överföra risken för minskning av det externa och/eller interna värdet av fullgörelsebeloppet till gäldenären som samtidigt kan dra nytta av en lägre nominell ränta. Det är på grund härav som krediter i utländsk valuta har fått så stor spridning i vissa medlemsstater. Valutaklausulen innebär att gäldenären ådrar sig en skyldighet att betala ett obestämt men bestämbart belopp. Fråga är likväl om en penningförpliktelse som kan infrias genom betalning av beloppet i fråga med fullgörelsebeloppet. [20]

35. Mot bakgrund av ovanstående förefaller den faktiska situationen i fråga handla om en kredit beviljad av banken till en konsument där det överenskomna nominella beloppet är schweiziska franc vilket värde bestämmer kreditbeloppet och dess avbetalningar medan fullgörelsebeloppet är ungerska forinter.

B – *Begreppen finansiellt instrument och investeringstjänst (Frågorna 1 och 2)*

36. Beslutet om hänskjutande antyder att den hänskjutande domstolen har uppfattningen att de fiktiva flödena av ifrågavarande schweiziska franc utgör ett finansiellt instrument, i detta fall ett derivatinstrument som till exempel en valutaterminstransaktion mellan banken och kunden där den förstnämnde handlar för egen räkning, uppenbarligen på en OTC-marknad [21] eller liknande.

37. Här måste jag först behandla en grundläggande fråga. Syftet med direktiv 2004/39 är att skydda investerare. [22] En investerare i det direktivets mening är den som investerar eller avser att investera sitt eget eller lånat kapital i ett finansiellt instrument i vinstsyfte eller åtminstone för att skydda värdet på sitt eget kapital. Domstolsakten utvisar att kunden inte avsåg att investera något kapital utan hans syfte var att av banken låna det belopp som han behövde för att finansiera köpet av en varaktig konsumtionsvara, en bil. Jag är inte övertygad att, ifall det är vad gäldenärerna vill påstå i sina yttranden, det skulle ha varit en investering i schweiziska franc av någon av parterna. Även om det inte är rättsligt avgörande för lösning av tvisten är inte skydd för investeringar enligt direktiv 2004/39 enligt min uppfattning avsett att omfatta situationer i vilka konsumenter finansierar konsumtion i motsats till investeringar som i ekonomiska termer är en form av sparande.

18 — Se bland andra initiativ lag LXXV från juni 2011 om bindning av växelkurs som används för beräkning av hypotekskrediter i utländsk valuta och om tvångsförsäljning av egendom för bostadsändamål och regeringsdekret nr 341/2011 om stöd för bostadsräntor och lag CLXXIII från 2013 om ett tak för växelkurser.

19 — Proctor, Ch., Kleiner, C. och Mohs, Fl. (red.), *Mann on the Legal Aspect of Money*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 127.

20 — Ibid., s. 104. I direktiv 2014/17, artikel 4 punkt 28 definieras ”lån i utländsk valuta” som ett kreditavtal där krediten är a) denominerad i en annan valuta än den i vilken konsumenten erhåller sin inkomst eller innehar de tillgångar från vilka krediten ska återbetalas, eller b) denominerad i en annan valuta än valutan i den medlemsstat där konsumenten är bosatt.

21 — Det hänvisas i begäran om förhandsavgörande till flera nationella bestämmelser om valutatermintransaktioner som sker på OTC-marknaden.

22 — Se skälen 2 och 31 i direktiv 2004/39.

38. Den hänskjutande domstolen och svaranden i det nationella målet ger intryck av att de har den inställningen att fråga är om en transaktion i en valutatermin som utgör ett derivatkontrakt i den mening som avses i direktiv 2004/39, bilaga 1, avsnitt C, punkt 4.[23] Enligt min uppfattning är denna inställning inte rättsligt hållbar av de skäl jag ska ange nedan.

39. Jag erinrar om att enligt artikel 4.1.2 i direktiv 2004/39 betyder ”Investeringstjänster och investeringsverksamhet” någon av de tjänster och verksamheter som anges i avsnitt A i bilaga 1 i fråga om de instrument som anges i avsnitt C i bilaga 1. ”Handel för egen räkning” betyder enligt artikel 4.1.6 i direktiv 2004/39 handel i finansiella instrument med utnyttjande av eget kapital som utmynnar i genomförandet av transaktioner i ett eller flera finansiella instrument. ”Finansiellt instrument” betyder enligt artikel 4.1.17 de instrument som anges i avsnitt C i bilaga 1.

40. Ifrågavarande upplägg (ett kreditavtal i utländsk valuta som beviljats en konsument eller den däri ingående framtida transaktionen om den senare kan rättsligt sett skiljas från krediten) kan endast omfattas av en av bestämmelserna i direktiv 2004/39, nämligen punkt 4 i avsnitt C i bilaga 1 i direktivet. Enligt dess villkor omfattar finansiella instrument ”optioner, terminskontrakt, swappar, räntesäkringsavtal och *varje annat derivatkontrakt* som avser värdepapper, valutor, räntor eller avkastningar, eller andra derivatinstrument, finansiella index eller finansiella mått som kan avvecklas fysiskt eller kontant” (min kursivering).

41. Jag anser att det inte är nödvändigt att göra en bedömning av exakt till vilken kategori ifrågavarande finansiella upplägg hör bland dem som förtecknas i punkt 4 i avsnitt C i bilaga 1. Samtliga är derivatkontrakt eller derivatinstrument och som framhållits av den polska regeringen i dess skriftliga yttranden är derivatinstrument sådana som kan användas för hedging eller spekulativa syften på grund av att *ett framtida pris, kurs eller värde* av den underliggande tillgången *är bestämt i förväg*.[24]

42. Detta bygger på utsikten att det faktiska framtida priset, kursen eller värdet avseende den underliggande tillgången kommer att skilja sig från vad som avtalats därom. Denna omständighet skapar vidare i derivatinstrumentet ett självständigt ekonomiskt värde till skillnad från avtal som endast förutsätter genomförandet i framtiden av en transaktion avseende den underliggande tillgången till ett faktiskt värde på dagen för fullgörelse.[25]

43. Enligt villkoren beträffande valuta i kreditavtalet i det nationella målet ska varje infriande av penningförpliktelser i schweiziska franc ske genom ungerska forinter till den kurs som gäller vid tiden för återbetalning av krediten eller amorteringar därav. Denna anknytning till den faktiska kursen för schweiziska franc medför att konstruktionen saknar vad som är grunden för ett terminskontrakt.

23 — Se punkt 16 ovan. Svarandena i det nationella målet påstår dessutom att avtalskonstruktionen är ett blandat kontrakt som å ena sidan är ett kreditavtal och å andra sidan en framtida växelkurstransaktion och en överföring av valutarisk, varvid dessa senare delar är finansiella tjänster avseende finansiella instrument.

24 — Som den tyska regeringen har påpekat finns det inte någon gemensam rättsligt bindande definition av derivatinstrument i EU-rätten men många EU-rättsakter hänvisar till begreppet. Enligt de definitioner som har antagits av Internationella valutafonden finns det exempelvis ”två typer av finansiella derivat, dels ett terminskontrakt, som är ovillkorligt, avtalar parterna att utbyta, på en viss dag, en specificerad kvantitet av en underliggande tillgång (verklig eller finansiell) till ett överenskommet pris (lösenbeloppet), dels ett optionsavtal, där köparen förvärvar en rätt av säljaren att köpa eller sälja (beroende på om det är en köp- eller säljoption) en specificerad underliggande tillgång till lösenbeloppet, på eller före en viss dag. Till skillnad från skuldinstrument medför finansiella derivat inga ökade investeringsinkomster, och det utges inte heller kapitalbelopp som ska återbetalas”. Se avsnitt FD3 i Financial Derivatives. *A Supplement to the fifth edition (1993) of the Balance of Payments Manual*, International Monetary Fund, 2000. Finns att tillgå från en länk vid http://www.imf.org/external/pubs/ft/fd/2000/finder.pdf..

25 — Om A lämnar B en kredit på 100 000 EUR (nominellt belopp) som ska återbetalas i US dollar (fullgörelsebelopp) till den kurs som gäller på betalningsdagen ska B betala tillbaka 100 000 USD om kursen den dagen är 1 USD/EUR men 120 000 USD om kursen är 1.2 USD/EUR. Om A och B kommer överens i kreditavtalet att kursen för återbetalning är 1.2 USD/EUR oberoende av vilken kurs som faktiskt gäller den dagen, något som rättsligt sett utgör ett valutaterminskontrakt, har den framtida valutaklausulen i transaktionen på dagen för betalning noll värde om den faktiska kursen är 1.2 USD/EUR (eftersom 100 000 EUR är lika med 120 000 USD). Om kursen den dagen emellertid är 1 USD/EUR har den framtida delen av transaktionen ett separat värde på 20 000 EUR/USD på grund av att borgenären som tillägg till kapitalet på 100 000 EUR (som är lika med 100 000 USD som betalas av gäldenären) också får 20 000 USD (som är ett lika stort belopp i euro), vilket motsvarar skillnaden mellan den avtalade kursen och den faktiska kursen.

Detta beror på att den förmodade framtida transaktionen i avtalet inte har något annat rättsligt eller ekonomiskt värde i förhållande till kreditavtalet som sådant.[26] Som den tyska regeringen har anmärkt förutsätter det i huvudsak att infriande av en skuld i utländsk valuta sker med nationell valuta men till gällande kurs på betalningsdagen och därför inte innebär någon relevant skillnad i förhållande till en sedvanlig kredit i utländsk valuta.

44. Det förefaller faktiskt som om det påstådda terminskontraktet endast är ett komplicerat sätt att formulera en klausul om utländsk valuta som är tillämplig på krediten och som överför risken för värdeminskning av den nationella valutan från borgenären till gäldenären.[27]

45. Vad gäller fråga 2 erinrar jag om att enligt artikel 4.1.2 i direktiv 2004/39 betyder ”Investeringstjänster och investeringsverksamhet” någon av de tjänster och de verksamheter som anges i avsnitt A i bilaga 1 i fråga om de instrument som anges i avsnitt C i bilaga 1. På grund av de skäl som angetts ovan följer härav att det inte är fråga om något finansiellt instrument i den mening som avses i avsnitt C i bilaga 1 i direktiv 2004/39. Tillämpligheten av avsnitt A i den bilagan är också utesluten. Som en följd härav är inte direktivet tillämpligt i sig.

46. Om frågorna 1 och 2 ska besvaras, ska de därför enligt min uppfattning besvaras så, att ett kreditavtal i utländsk valuta som utbetalas och återbetalas i nationell valuta till den kurs som gäller på dagen för betalning varken i sig är eller innehåller ett finansiellt instrument eller en finansiell tjänst i den mening som avses i direktiv 2004/39 varför direktivet inte är tillämpligt på avtalskonstruktionen.

C – *Tolkning av artikel 19.9 i direktiv 2004/39 (fråga 3)*

47. Fråga 3 avser det finansiella institutets skyldighet enligt artikel 19.4 och 19.5 i direktiv 2004/39 att göra en lämplighetskontroll. Enligt frågan skulle detta med nödvändighet vara följden om ett finansiellt instrument hade erbjudits som del av en annan finansiell produkt (det vill säga ett kreditavtal). Som jag förklarat ovan förefaller denna beskrivning av avtalskonstruktionen enligt min uppfattning rättsligt sett inte vara korrekt och direktivet är inte tillämpligt på omständigheterna i det nationella målet.

48. Den nationella domstolen frågar dessutom om artikel 19.9 i direktiv 2004/39 är tillämplig eller inte. Enligt artikel 19.9 i direktiv 2004/39 är förpliktelserna enligt artikel 19.9 inte tillämpliga om fråga är om investeringstjänster för vilka ”det redan finns andra regler i gemenskapslagstiftning eller gemensamma europeiska normer” på relevanta områden. Enligt fråga 3 är de risker som kunden utsätts för avseende krediten och det finansiella instrumentet i grunden olika varför lämplighetsutvärderingen är väsentlig på grund av att transaktionen innehöll ett derivatinstrument. Återigen, frågan förutsätter det ovan beskrivna antagandet om att det föreligger ett finansiellt instrument, ett antagande som jag inte delar.

49. På grund av dessa skäl är det inte nödvändigt att domstolen besvarar denna tolkningsfråga. Jag lämnar emellertid följande synpunkter i andra hand.

50. Domstolen uttalade i domen Genil 48 och Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, punkt 48) att ”… artikel 19.9 i direktiv 2004/39 ska tolkas på så sätt att en investeringstjänst endast ska anses erbjudas som del av en finansiell produkt om tjänsten utgör en integrerad del av produkten när kunden erbjuds produkten, och på så sätt att de regler i unionslagstiftningen och gemensamma europeiska normer som denna bestämmelse hänvisar till måste möjliggöra en riskbedömning av kunder och/eller innehålla informationskrav, vilka även omfattar den investeringstjänst som utgör en integrerad del av den aktuella finansiella produkten, för att denna tjänst inte längre ska omfattas av de skyldigheter som anges i nämnda artikel 19”.

26 — Med antagande att det inte finns några begränsningar för kapitalrörelser eller valutakontroller.

27 — Det skyddar emellertid inte borgenären mot värdeminskning av den utländska valutan i förhållande till den nationella valutan.

51. Båda villkoren är uppfyllda i förevarande mål. Det påstådda valutaterminskontraktet utgjorde en integrerad del av kreditupplägget när det erbjöds kunden. Jag betonar att syftet med krediten var att finansiera ett bilköp, vilken omständighet medför att fråga är om ett konsumentkreditavtal. Det är därför inte nödvändigt att diskutera om krediter som lämnas för investeringar i finansiella instrument skulle som sådana eller analogt omfattas av direktiv 2004/39.

52. Direktiv 2008/48 om konsumentkreditavtal fastställer informationskrav avseende krediter av ifrågavarande slag.[28] Finansiella institut är därför skyldiga att lämna information till kunder om krediter som innebär förpliktelser eller transaktioner i utländsk valuta och att bedöma kundernas kreditvärdighet.

53. På grund av dessa skäl är det rätta svaret på fråga 3 att enligt artikel 19.9 i direktiv 2004/39 krävs inte någon lämplighetskontroll enligt den artikeln i en sådan situation som föreligger i det nationella målet.

D – *Civilrättsliga sanktioner vid överträdelse av direktiv 2004/39 (fråga 4)*

54. Den hänskjutande domstolen efterfrågar i fråga 4 huruvida ett kringgående av artikel 19.4 och 19.5 i direktivet skulle medföra att kreditavtalet mellan banken och kunden är ogiltigt.

55. Artikel 51.1 i direktiv 2004/39 föreskriver åläggande av administrativa sanktioner för den ansvariga personen när bestämmelser som antagits vid genomförandet av direktivet inte följts. Direktivet medför emellertid ingen skyldighet att föreskriva civilrättsliga sanktioner

56. Såsom domstolen uttalade i domen Genil 48/Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, punkt 57) anges det i artikel 51 i direktiv 2004/39 ”inte att medlemsstaterna måste föreskriva att avtalsrättsliga konsekvenser ska inträda om avtal ingås i strid med de skyldigheter som följer av bestämmelserna i nationell rätt genom vilka artikel 19.4 och 19.5 i direktiv 2004/49 införlivats. Det anges inte heller något om vilka dessa konsekvenser skulle kunna vara. I avsaknad av unionslagstiftning på området ankommer det på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning fastställa vilka avtalsrättsliga konsekvenser som uppkommer vid underlåtenhet att uppfylla dessa skyldigheter. Detta gäller dock under förutsättning att principerna om likvärdighet och effektivitet följs”.

57. Svaret på fråga 4 skulle därför vara att det ankommer på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning fastställa vilka avtalsrättsliga konsekvenser som uppkommer om ett värdepappersföretag som erbjuder en investeringstjänst inte uppfyller kravet på utvärdering i artikel 19.4 och 19.5 i direktiv 2004/39. Detta gäller dock under förutsättning att principerna om likvärdighet och effektivitet följs.

58. Trots ovanstående synpunkter i andra hand ska det enligt min uppfattning fastställas att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning.

VI – **Förslag till avgörande**

59. På grund av dessa skäl föreslår jag att domstolen förklarar att begäran om förhandsavgörande från Ráckevei Járásbíróság i mål C-312/14 inte tas upp till sakprövning.

28 — Artikel 4 i direktiv 2008/48 innehåller omfattande förpliktelser beträffande reklam. Artiklarna 5 och 6 fastställer skyldigheter avseende information som ska tillställas konsumenten före ingåendet av ett kreditavtal. Denna information omfattar särskilt villkoren beträffande tillämpningen av krediträntan (artikel 5.1 f), och skyldigheten att ingå ett kompletterande avtal för att erhålla krediten eller för att erhålla den på de villkor som anges i marknadsföringen (artikel 5.1 k). Slutligen krävs det enligt artikel 8 att kreditgivarna bedömer konsumenternas kreditvärdighet innan avtal ingås med dem.