Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 10 септември 2019 година [1]

Дело C-125/18

Marc Gómez del Moral Guasch
срещу
Bankia SA

(Преюдициално запитване, отправено от Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Първоинстанционен съд № 38, Барселона, Испания)

„Преюдициално запитване — Защита на потребителите — Неравноправни клаузи в потребителските договори — Договор за ипотечен кредит — Променлив лихвен процент — Референтен индекс за ипотечните кредити (IRPH) — Индекс, произтичащ от подзаконова или административна разпоредба — Едностранно въвеждане от продавача или доставчика — Контрол за прозрачност от националния съд — Степен на информираност, която се изисква от банката“

Съдържание

I. Въведение 2

II. Правна уредба 3

А. Правото на Съюза 3

Б. Испанското право 5

III. Фактите в основата на спора в главното производство и преюдициалните въпроси 9

IV. Производството пред Съда 12

V. Анализ 12

А. Предварителни бележки 13

1. IRPH Cajas: колебания и механизъм за определянето му 13

2. Решението от 14 декември 2017 г. 15

1 Език на оригиналния текст: френски.

Б. По преюдициалните въпроси 16

1. По първия преюдициален въпрос: обхватът на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13 16

а) Кратко припомняне на практиката на Съда 18

б) Попада ли спорната клауза в обхвата на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13? 18

2. По втория преюдициален въпрос: обхватът и съдържанието на контрола за прозрачност на спорната клауза съгласно член 4, параграф 2 от Директива 93/13 22

а) По буква а) от втория въпрос 22

1) Решение Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid 22

2) Позицията на испанското правителство 23

3) Последици от нетранспонирането на член 4, параграф 2 от Директива 93/13 ... 24

б) По букви б) и в) от втория въпрос 26

1) Припомняне на практиката на Съда относно обхвата на изискваната степен на информираност в рамките на изискването за прозрачност на договорните клаузи, изведено от член 4, параграф 2 и от член 5 от Директива 93/13 27

2) Приложение в конкретния случай 28

VI. Заключение 33

I. Въведение

1. В днешно време придобиването на недвижим имот рядко се осъществява без да се използва кредит. От незапомнени времена погасяването на месечните вноски по ипотечния кредит се нарежда сред съпътстващите ежедневието дейности[2]. При тегленето на кредит средният потребител по принцип разполага с различни източници на информация, като брошурите или практическите ръководства, които се предоставят от банковите институции, но и от сдружения за защита на потребителите, чиято цел е да предложат на потенциалните купувачи различна информация, като максимална задлъжнялост, фиксирани или променливи лихвени проценти и референтни индекси.

2 От първите клинописни текстове на древна Месопотамия се установява, че са съществували договори за кредит. Във всеки случай съществуват доказателства за отпускането на кредити срещу лихви още през шумерската епоха (3000 г. пр.н.е.—1900 г. пр.н.е.) и за налагането на максимални прагове за тези лихви с различни политически разпоредби (през различни периоди най-разпространеният лихвен процент е 33,3 % в зърно и 20 % в пари). В законника на Хамурапи, около 1800 г. пр.н.е., изрично са посочени ограничения върху лихвените проценти, както и подробните правила за тях и последиците от неплащането им. Вж. *Santamaría Aquilué* R. El tipo de interés en las operaciones de préstamo: a vueltas con la usura. UPNA, Pampelune, 2014, p. 6—7.

2. Поради техническия характер на информацията относно ипотечното кредитиране обаче средният потребител често не може да разбере някои понятия като „лихвен процент“ (фиксиран или променлив), „референтен индекс“ или „годишен процент на разходите“ (ГПР), и по-специално разликите между тях. Същото важи за механизма за определяне или за конкретното изчисляване не само на променливите лихвени проценти, но и на официалните референтни индекси за ипотечните кредити и ГПР, въз основа на които се изчисляват тези лихвени проценти. В този контекст степента на информираност, която се изисква да предостави продавачът или доставчикът, е от решаващо значение, за да може средният потребител да разбере действителната цена на своя кредит.

3. Настоящото преюдициално запитване, отправено до Съда от Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Първоинстанционен съд № 38, Барселона, Испания), се отнася до тълкуването на Директива 93/13/ЕИО[3], и по-специално на член 1, параграф 2, член 4, параграф 2 и членове 5 и 8 от нея. Преюдициалното запитване е отправено в рамките на спор между г-н Marc Gómez del Moral Guasch и банковата институция Bankia SA относно твърдяна неравноправност на клауза в договор за ипотечен кредит, сключен между тези две страни, която обвързва променливия лихвен процент по кредита с един от официалните референтни индекси за ипотечните кредити (IRPH) (наричана по-нататък „спорната клауза“), а именно IRPH Cajas (IRPH на спестовните каси).

4. Поставените с това запитване преюдициални въпроси предоставят на Съда възможността да уточни практиката си, която по-специално се отнася, от една страна, до обхвата на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13, и от друга страна, до обхвата и съдържанието на контрола за прозрачност на спорната клауза съгласно член 4, параграф 2 и член 5 от посочената директива.

II. Правна уредба

A. Правото на Съюза

5. Съображения 13, 19 и 20 от Директива 93/13 гласят:

„като има предвид, че законовите и подзаконовите разпоредби на държавите членки, определящи пряко или непряко условията в потребителски договори, се предполага да не съдържат неравноправни клаузи; като има предвид, че следователно не е необходимо да се включват условия, които отразяват задължителни нормативни или административни разпоредби[…]; като има предвид, че в този смисъл изразът „задължителни законови или подзаконови разпоредби“ в член 1, параграф 2[от тази директива] също включва правила, които според правните норми при отсъствие на други уговорки, се прилагат между договарящи се страни;

[…]

като има предвид, че по смисъла на настоящата директива, преценка на нерав[но]правния характер не се извършва въз основа на клаузи, които описват общия предмет на договора, нито пък на съотношението качество/цена на доставените стоки или предоставените услуги; като има предвид, че общият предмет на договора и съотношението качество/цена могат въпреки това да се вземат под внимание при преценка[та] за добросъвестност на други условия; […]

3 Директива на Съвета от 5 април 1993 година относно неравноправните клаузи в потребителските договори (ОВ L 95, 1993 г., стр. 29; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 2, стр. 273).

като има предвид, че договорите следва да се съставят на ясен, разбираем език, а [...] при съмнение от [страна на потребителя], се приема най-благоприятното за него тълкуване“.

6. Съгласно разпоредбите на член 1, параграф 2 от Директива 93/13:

„Договорни условия, които отразяват задължителни законови или подзаконови разпоредби, [...] не са предмет на разпоредбите на настоящата директива“.

7. Член 3, параграф 3 от тази директива предвижда:

„Приложението съдържа примерен и неизчерпателен списък на клаузи, които се смятат за неравноправни“.

8. Член 4, параграф 2 от посочената директива гласи:

„Преценката за неравноправния характер на клаузите не се свързва нито с основния предмет на договора, нито със съответствието на цената и възнаграждението, от една страна, и по отношение на доставените стоки или предоставените услуги, от друга, при условие че тези клаузи са изразени на ясен и разбираем език“.

9. Точка 1, буква л) и точка 2, букви в) и г) от приложението към Директива 93/13, озаглавено „Условия, посочени в член 3, параграф 3“, гласят:

„1. Условия, които имат за предмет или резултат:

[...]

л) допускане цената на стоките да се определя към датата на доставката им или разрешаване на продавача на стоки или на доставчика на услуги да увеличава цената, без в двата посочени случая да даде съответното право на потребителя да се откаже от договора, в случай че смята окончателната цена за твърде висока спрямо първоначално договорената при сключване на договора;

[...]

2. Букви [...] л) обхващат:

[...]

в) букви [...] л) не се прилагат за:

— сделки с прехвърляеми акции, финансови инструменти и други продукти или услуги, когато цената е свързана с флуктуации на котировките на фондовата борса, или с индекс, или с процент на финансовия пазар, които продавачът или доставчикът не контролират;

[...]

г) буква л) не възпрепятства условия по индексиране на цената, когато последните са законосъобразни, при условие че методът на променяне на цените е описан изрично“.

Б. Испанското право

10. Член 1303 от Código Civil (Граждански кодекс) има следния текст:

„При обявяване на договора за недействителен всяка от страните е длъжна да върне на другата получените по този договор вещи заедно с плодовете и платената цена заедно с лихвите, освен ако в следващите членове не е предвидено друго“.

11. Член 80, параграф 1, буква а) от Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Преработен текст на Общия закон за защита на потребителите и ползвателите и на някои допълнителни закони), приет с Real Decreto Legislativo 1/2007 (Кралски законодателен декрет 1/2007) от 16 ноември 2007 г.[4], в редакцията му, приложима към спора в главното производство (наричан по-нататък „LGDCU“), гласи:

„1. Клаузите в договори с потребители и ползватели, които не са договорени индивидуално, […] трябва да отговарят на следните изисквания:

а) Точност, яснота и опростеност на редакцията, с възможност за непосредствено разбиране, без препратки към текстове или документи, които не са предоставени предварително или при сключването на договора и към които във всеки случай трябва да бъде направена изрична препратка в договорния документ“.

12. Член 82, параграфи 1 и 2 от LGDCU предвижда:

„1. Неравноправни са всички клаузи, които не са индивидуално договорени, и всички практики, за които не е дадено изрично съгласие, ако в нарушение на изискванията за добросъвестност създават в ущърб на потребителя и на ползвателя значителна неравнопоставеност между правата и задълженията на страните, произтичащи от договора.

2. […] Когато продавач или доставчик твърди, че определена клауза е договорена индивидуално, той следва да докаже това“.

13. Член 83 от LGDCU има следното съдържание:

„Неравноправните клаузи са недействителни по право и се считат за несъществуващи. За целта съдът, след като изслуша страните, обявява за недействителни неравноправните клаузи от договора, който обаче остава задължителен за страните, ако може да продължи да съществува и без тези клаузи“.

14. Orden del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Наредба на Министерството за подпомагане на дейността на министър-председателя за прозрачност на финансовите условия по ипотечните кредити) от 5 май 1994 г.[5], изменена с Министерска наредба от 27 октомври 1995 г.[6] (наричана по-нататък „Наредбата от 5 май 1994 г.“), се прилага само за кредитите на физически лица, обезпечени с жилищна ипотека, ако размерът на поисканията кредит е 150 000 EUR или по-малко. Тази наредба, която понастоящем е отменена, е в сила от 11 август 1994 г. до 29 април 2012 г.,

4 BOE № 287 от 30 ноември 2007 г., стр. 49181.

5 BOE № 112 от 11 май 1994 г., стр. 14444.

6 BOE № 261 от 1 ноември 1995 г., стр. 31794.

датата, на която новата Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Наредба 2899/2011 на Министерството на икономиката и финансите за прозрачност и защита на клиентите на банкови услуги) от 28 октомври 2011 г. (наричана по-нататък „Наредба 2899/2011“)[7], влиза в сила[8].

15. Втора допълнителна разпоредба от Наредбата от 5 май 1994 г. гласи:

„Централната банка на Испания, въз основа на доклад на Dirección General del Tesoro y Política Financiera [Главна дирекция на финансите и финансовата политика], определя с циркулярно писмо съвкупност от официални референтни индекси или лихвени проценти, които могат да се прилагат от кредитните институции към ипотечните кредити с променлив лихвен процент, и периодично публикува стойността им“.

16. Член 6, параграф 2, букви a) и b) и член 6, параграф 3, точки 1 и 2 от Наредбата от 5 май 1994 г. предвижда:

„2. За кредитите с променлив лихвен процент, предмет на настоящата наредба, кредитните институции могат да използват само референтни индекси или лихвени проценти, които отговарят на следните условия:

a) не зависят изключително от самата кредитна институция и същата не може да им влияе посредством споразумения или практики, умишлено установяващи паралел с тези на други институции;

b) данните, на които се основава индексът, са събирани съгласно математически обективна методика.

3. За кредитите с променлив лихвен процент, предмет на настоящата наредба, няма задължение за индивидуално уведомяване на кредитополучателя относно промените на приложимия лихвен процент, когато са налице следните две условия:

1. договорено е да се използва един от официалните референтни индекси или лихвени проценти, посочени във втора допълнителна разпоредба от настоящата наредба;

2. приложимият към кредита лихвен процент е определен по начина, предвиден в клауза 3a, параграф 1, буква a) или b) от приложение II към настоящата наредба“.

17. IRPH в трите му варианта, а именно IRPH на банките (наричан по-нататък „IIRPH Bancos“), IRPH на спестовните каси (наричан по-нататък „IRPH Cajas“) и IRPH на всички кредитни институции (наричан по-нататък „IRPH Entidades“), е официален индекс, въведен с разпоредба 6a от Circular 8/1990 del Banco de Españaa, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (циркулярно писмо 8/1990 на Централната банка на Испания до кредитните институции относно прозрачността на сделките и защитата на клиентите) от 7 септември 1990 г.[9], изменено с Circular 5/1994 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección

7 BOE № 261 от 29 октомври 2011 г., стр. 113242.

8 Вж. точка 21 от настоящото заключение.

9 BOE № 226 от 20 септември 1990 г., стр. 27498.

de la clientela (циркулярно писмо 5/1994 на Централната банка на Испания до кредитните институции за изменение на циркулярно писмо 8/1990 относно прозрачността на сделките и защитата на клиентите) от 22 юли 1994 г.[10] (наричано по-нататък „циркулярно писмо 8/1990“). Алинея 4 от изложението на мотивите към циркулярно писмо 5/1994 гласи:

„В крайна сметка избраните референтни проценти са ГПР. Средните проценти по ипотечните кредити за закупуване на жилище по пазарна цена са именно такива, тъй като включват и ефекта на комисионите. Следователно директното им използване като договорни проценти означава [ГПР] по ипотечните сделки да надхвърли прилагания на пазара годишен процент. За да се изравни [ГПР] по тези сделки с пазарния ГПР, е необходимо да се приложи отрицателен спред, чийто размер е различен в зависимост от комисионите по сделката и периодичността на плащане на вноските […]“.

18. Втора разпоредба от циркулярно писмо 8/1990, озаглавена „Информация относно приложимите лихвени проценти“, се отнася до информацията, която трябва да се изпраща на Централната банка на Испания, за да може последната да изготвя и публикува някои референтни индекси или лихвени проценти за ипотечния пазар. Тази разпоредба има следното съдържание:

„[…] До петнадесето число на всеки месец банките, спестовните каси, Обединението на испанските спестовни каси, клоновете на чуждестранни кредитни институции и дружествата за ипотечно кредитиране изпращат на Централната банка на Испания информация относно средните стойности на лихвените проценти за сделките по кредитите и депозитите в [испански] песети [(ESP)], които са били сключени или подновени в Испания през предходния месец“.

19. Разпоредба 6а от циркулярно писмо 8/1990, озаглавена „Ипотечни кредити“, съдържа следната препратка към IRPH Cajas в параграф 3, буква b):

„3. За целите на втора допълнителна разпоредба от наредбата за ипотечното кредитиране за официални се считат следните референтни индекси или лихвени проценти, чието определение и начин на изчисляване са установени в приложение VIII:

b) средният лихвен процент по ипотечните кредити за срок от повече от три години, отпускани от спестовните каси за закупуване на жилище по пазарна цена.

[…]

Централната банка на Испания надлежно оповестява тези индекси, които във всички случаи се публикуват ежемесечно в *Boletín Oficial del Estado*“.

20. Определението и математическата формула за изчисляване на тези индекси се съдържат в приложение VIII към циркулярно писмо 8/1990. В параграф 2 от приложение VIII към това циркулярно писмо IRPH Cajas е определен като „[п]ростата средна стойност на среднопретеглените лихвени проценти за главниците по кредитите, обезпечени с ипотека, със срок от три години или повече за закупуване на жилище по пазарна цена, които са отпуснати

10 BOE № 184 от 3 август 1994 г., стр. 25106. В това циркулярно писмо са предвидени общо шест индекса: IRPH Bancos, IRPH Cajas, IRPH Entidades, индексът CECA (индекс на Обединението на испанските спестовни каси), вътрешната норма на доходност на вторичния пазар на държавни облигации с остатъчен матуритет между две и шест години и лихвеният процент на междубанковия пазар в Мадрид (на английски език: „Madrid Interbank Offered Rate“, наричана по-нататък „MIBOR“). MIBOR отпада, след като през 1999 г. в Испания е въведен междубанковият лихвен процент в евро (наричан по-нататък „Euribor“), на английски език: „Euro Interbank offered Rate“ („Euribor“).

или подновени от всички спестовни каси през месеца, за който се отнася индексът. Тези среднопретеглени лихвени проценти са ефективните годишни лихви, които всички спестовни каси обявяват за тези матуритети пред Централната банка на Испания съгласно втора разпоредба.

Формулата за изчисляване на този лихвен процент е следната:

$$Ica = \frac{\sum ica}{\text{nca}}$$

Ica = сбора от ica/nca

където:

Ica = средната стойност на среднопретеглените лихвени проценти на всички спестовни каси,

ica = среднопретегления лихвен процент по кредитите на всяка спестовна каса,

nca = броя на спестовните каси, които са предоставили данни“.

21. IRPH Cajas и IRPH Bancos, както и индексът CECA престават да бъдат официални референтни лихвени проценти с влизането в сила на Наредба 2899/2011 и на Circular 5/2012, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (циркулярно писмо 5/2012 на Централната банка на Испания до кредитните институции и доставчиците на платежни услуги относно прозрачността на банковите услуги и отговорността при отпускането на кредити) от 27 юни 2012 г. (наричано по-нататък „циркулярно писмо 5/2012“) [11].

22. IRPH Cajas е заменен от IRPH за всички испански кредитни институции (наричан по-нататък „IRPH Conjunto de Entidades“), който понастоящем съгласно Наредба 2899/2011 е един от шестте официални референтни индекса в Испания.

23. Член 27 от Наредба 2899/2011, озаглавен „Официални лихвени проценти“, съдържа препратка към IRPH Conjunto de Entidades в параграф 1, буква а). За изготвянето на този IRPH са взети стойностите на сделките, които кредитните институции действително са сключили със своите клиенти през всеки един период. Тази разпоредба гласи:

„Следните официални лихвени проценти се публикуват на месечна база с цел да бъдат прилагани от кредитните институции при условията, установени в настоящата министерска наредба: а) среден лихвен процент по ипотечните кредити за срок от повече от три години, отпускани от кредитните институции в Испания за закупуване на жилище по пазарна цена“.

24. Испанските финансови органи, а именно Централната банка на Испания и Dirección General del Tesoro (Главна дирекция на финансите), създават IRPH Conjunto de Entidades, който става официален от момента на включването му в посочените по-горе циркулярни писма на Централната банка на Испания и на публикуването му в *Boletín Oficial del Estado*.

11 BOE № 161 от 6 юли 2012 г., стр. 48855.

25. В петнадесета допълнителна разпоредба от Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Закон 14/2013 за насърчаване и интернационализиране на предприемачеството)[12] от 27 септември 2013 г. (наричан по-нататък „Закон 14/2013), озаглавена „Преходен режим за отпадането на референтни индекси или лихвени проценти“, се определя датата, от която Централната банка на Испания престава да публикува IRPH Cajas и IRPH Bancos, както и индекса CECA. Тази разпоредба има следното съдържание:

„1. Считано от 1 ноември 2013 г., следните официални индекси, приложими към заемите или ипотечните кредити съгласно действащото законодателство, престават да се публикуват на страницата на Централната банка на Испания в интернет и отпадат напълно:

[…]

b) средният лихвен процент по ипотечните кредити за срок от повече от три години, отпускани от спестовните каси за закупуване на жилище по пазарна цена [IRPH Cajas];

c) референтната активна лихва на спестовните каси [CECA].

2. Считано от следващата актуализация на приложимите проценти, лихвените проценти, посочени в параграф 1, се заменят с предвидения в договора заместващ референтен лихвен процент или индекс.

3. Ако в договора не е предвиден референтен лихвен процент или индекс или ако същият е сред отпадналите индекси или лихвени проценти, замяната се извършва в полза на официалния лихвен процент, наречен „среден лихвен процент по ипотечните кредити за срок от повече от три години, отпускани от кредитните институции в Испания за закупуване на жилище по пазарна цена“, към който се прилага спред, равен на средната аритметична стойност на отклоненията между отпадналия и цитирания по-горе лихвен процент, изчислени въз основа на данните, налични между датата на сключването на договора и датата на ефективната замяна на лихвения процент.

Замяната на лихвените проценти съгласно настоящия параграф води до автоматична новация на договора, като вписаната ипотека нито променя, нито губи своя ред.

4. Страните не могат да искат изменение, едностранно изменение или разваляне на договора за заем или кредит по съдебен ред на основание на прилагането на настоящата разпоредба“.

III. Фактите в основата на спора в главното производство и преюдициалните въпроси

26. На 19 юли 2001 г. г-н Gómez del Moral Guasch сключва с Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, понастоящем Bankia, договор за ипотечен кредит в размер на 132 222,66 EUR, за да финансира придобиването на жилище.

27. Първата част на клауза 3а от този договор за кредит, която се отнася до реда и условията за изчисляване на променливия лихвен процент по посочения кредит (IRPH Cajas), има следното съдържание:

„Клауза 3а. Променлив лихвен процент

12 BOE № 233 от 28 септември 2013 г., стр. 78787.

1. Договореният лихвен процент се определя на шестмесечна основа, считано от подписването на договора, като този за първия шестмесечен период е посочен във финансова клауза 3. Процентът за следващите шестмесечни периоди е валидният при актуализацията среден лихвен процент по ипотечните кредити за срок от повече от три години, отпускани от спестовните каси за закупуване на жилище по пазарна цена, който Централната банка на Испания публикува официално и периодично в *Boletín Oficial del Estado* за ипотечните кредити с променлив лихвен процент за закупуване на жилище, закръглен към по-високия четвърт процентен пункт и увеличен с 0,25 процентни пункта [sic]“.

28. Заместващата лихва, приложима при същите условия като отнасящите се до предходния референтен процент, е индексът CECA.

29. На 18 април 2017 г. г-н Gómez del Moral Guasch предявява иск пред Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Първоинстанционен съд № 38, Барселона), с който моли да се установи недействителността на тази клауза поради неравноправния ѝ характер, като изтъква, че повечето ипотечни кредити обикновено се индексирали спрямо по-принцип по-изгодния Euribor [13].

30. В това отношение запитващата юрисдикция уточнява, че индексирането спрямо IRPH, използвано при ипотечните кредити с променлив лихвен процент и представляващо приблизително 10 % от кредитите, отпуснати в Испания, действително е по-неблагоприятно за потребителя от индексирането спрямо Euribor, което се използвало в 90 % от ипотечните кредити. Тя посочва, че прибягването до IRPH увеличава разходите за потребителя с около 18 000—21 000 EUR на ипотечен кредит в сравнение с Euribor, и иска да се установи степента на информираност, с която е разполагал ищецът в главното производство при сключването на разглеждания договор.

31. Запитващата юрисдикция обосновава настоящото преюдициално запитване със съмненията, които има по въпроса дали спорната клауза, определяща лихвения процент въз основа на законоустановен индекс като IRPH, е изключена от приложното поле на Директива 93/13 и дали тази директива трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска националният съд да контролира неравноправния характер на тази клауза.

32. Съмненията на запитващата юрисдикция са свързани по-специално с въпроса дали обстоятелството, че IRPH се урежда с административна разпоредба, възпроизведена в договора за ипотечен кредит под формата на договорна клауза, което означава, че тази разпоредба не е нито задължителна, нито диспозитивна, води до неприложимост на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13 към спорната клауза. В това отношение, основавайки се по-специално на решения Andriciuc и др. [14] и Kušionová [15], тази юрисдикция счита, че подобна разпоредба не е задължителна, доколкото представлява административна разпоредба, уреждаща променлива възнаградителна лихва, включена в договора по избор на продавача или доставчика. Тя изтъква, че тъй като единствената причина за обвързването с IRPH е спорната клауза, продавачът или доставчикът разполага с възможност да използва други индекси за индексирането на ипотечния кредит. Тази юрисдикция уточнява също, че при липса на споразумение между страните посочената разпоредба не е диспозитивна.

13 Към момента на сключване на договора Euribor не е сред официалните референтни индекси, предвидени в циркулярно писмо 8/1990. Както е видно от становището на испанското правителство обаче, официален референтен индекс, обвързан с колебанията на Euribor, е въведен с Circular 7/1999 del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990 (циркулярно писмо 7/1999 на Централната банка на Испания до кредитните институции за изменение на циркулярно писмо 8/1990) от 29 юни 1999 г. (BOE № 163 от 9 юли 1999 г., стр. 26016).

14 Решение от 20 септември 2017 г. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 28, 29 и 31).

15 Решение от 10 септември 2014 г. (C-34/13, EU:C:2014:2189, т. 77—79).

33. Запитващата юрисдикция посочва, че в решение № 669/2017 [16] Tribunal Supremo (Върховен съд, Испания) обаче неотдавна се е произнесъл в обратния смисъл, като е приел, че самият IRPH Entidades не попада в приложното поле на Директива 93/13, тъй като е определен със законова разпоредба. Запитващата юрисдикция уточнява също, че тъй като е постановено от пленум, това решение представлява задължителна съдебна практика, която трябва да се прилага пряко от всички испански съдилища.

34. Запитващата юрисдикция иска да се установи каква информация трябва да предоставя продавачът или доставчикът, когато сключва с потребители договори за ипотечен кредит с променлива лихва, индексирана спрямо законоустановен индекс като IRPH, чиято формула за изчисляване е сложна и не съвсем прозрачна за средния потребител, и какви са последиците от констатирането на неравноправния характер на спорната клауза. В това отношение тя отбелязва, че испанският законодател не е транспонирал изключението, установено в член 4, параграф 2 от Директива 93/13, за да гарантира по-високо равнище на защита на потребителите от предвиденото в посочената директива, и иска да се установи дали прилагането на тази разпоредба е в съответствие с разпоредбите на Директивата.

35. При тези обстоятелства с решение от 16 февруари 2018 г., постъпило в секретариата на Съда същия ден, Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Първоинстанционен съд № 38, Барселона) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли [IRPH CAJAS] да бъде предмет на съдебен контрол, в смисъл че съдът трябва да провери дали той е разбираем за потребителя, без за тази проверка да е пречка обстоятелството, че индексът е уреден от подзаконови или административни разпоредби, защото подобна хипотеза не е предвидена в член 1, параграф 2 от Директива [93/13], тъй като в конкретния случай не става въпрос за задължителна разпоредба, а за променлива възнаградителна лихва, която продавачът или доставчикът включва по свой избор в договора?

2) а) С оглед на член 4, параграф 2 от Директива 93/13, която не е транспонирана в испанския правов ред, в противоречие ли е с тази директива и с член 8 обстоятелството, че испанска юрисдикция се позовава и прилага член 4, параграф 2 от същата директива, при положение че тази разпоредба не е транспонирана в испанския правов ред по волята на законодателя, който е искал да предостави пълна защита по отношение на всички клаузи, които продавач или доставчик може да включи в потребителски договор, в това число отнасящите се до основния предмет на договора, дори те да са съставени на ясен и разбираем език?

б) Във всички случаи с оглед на разбирането на съществена клауза, по-конкретно на IRPH, необходимо ли е да се предоставя информация, или да се дава гласност относно следните факти или данни или относно част от тях:

i) обяснения относно начина на определяне на референтния индекс, тоест предоставяне на информация, че освен номиналния лихвен процент този индекс включва комисионите и останалите разходи, че той представлява проста непретеглена средна стойност, че продавачът или доставчикът е длъжен да знае и да уведомява за обстоятелството, че се прилага отрицателен спред и че предоставените данни не са публично достояние, за разлика от другия обичаен индекс — Euribor;

16 Решение от 14 декември 2017 г. (ES:TS:2017:4308) (наричано по-нататък „решението от 14 декември 2017 г.“).

ii) обяснения относно минали и бъдещи колебания на IRPH чрез предоставяне и публикуване на графики, показващи по ясен и разбираем за потребителя начин колебанията на този специфичен индекс спрямо Euribor — обичайният индекс за обезпечените с ипотека кредити.

в) Ако Съдът на Европейския съюз приеме, че запитващата юрисдикция трябва да прецени неравноправния характер на договорните клаузи и да определи всички последици, произтичащи от националното право, непредоставянето на информация относно посочените факти или данни прави ли клаузата неразбираема, тъй като тя е неясна за средния потребител (член 4, параграф 2 от Директива 93/13), или непредоставянето на информацията предполага нелоялно поведение от страна на продавача или доставчика, поради което потребителят не би приел кредитът му да се определя спрямо IRPH, ако беше надлежно информиран?

3) Ако клаузата относно IRPH CAJAS бъде обявена за недействителна, при липса на споразумение, или ако то е по-неблагоприятно за потребителя, коя от следните две последици би била в съответствие с член 6, параграф 1 и член 7, параграф 1 от Директива 93/13:

а) приспособяване на договора чрез прилагане на обичаен заместващ индекс[, Euribor], тъй като става дума за договор, който е свързан главно с наличието на изгодна лихва за кредитната институция, [която има качеството на] продавач или доставчик, или

б) преустановяване на прилагането на лихвения процент, като единственото задължение в този случай е за погасяване на главницата по отпуснатия кредит в определения от кредитодателя или кредитополучателя срок?“.

IV. Производството пред Съда

36. С определение на председателя на Съда от 10 април 2018 г. искането на Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Първоинстанционен съд № 38, Барселона) за разглеждане на настоящото дело по реда на бързото производство, предвидено в член 105, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда, е отхвърлено.

37. Писмени становища представят страните в главното производство, испанското правителство и правителството на Обединеното кралство, както и Европейската комисия. Устните становища на същите страни са изслушани в съдебното заседание, проведено на 25 февруари 2019 г.

V. Анализ

38. Поставените от запитващата юрисдикция преюдициални въпроси се отнасят до три проблемни области, а именно, първо, обхвата на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13, второ, обхвата и съдържанието на контрола за прозрачност на спорната клауза съгласно член 4, параграф 2 от тази директива, и накрая, трето, последиците от констатирането на неравноправния характер на тази клауза.

39. Преди да разгледам тези проблемни области, нека подчертая, че всички — запитващата юрисдикция, страните в главното производство, испанското правителство и Комисията — изтъкват характеристиките на IRPH Cajas, който присъства както в спорната клауза, така и в решението на Tribunal Supremo (Върховен съд) от 14 декември 2017 г.

40. Ето защо ми се струва необходимо да изложа някои съображения по тези две точки.

A. Предварителни бележки

1. IRPH Cajas: колебания и механизъм за определянето му

41. Запитващата юрисдикция посочва, че към момента на подписване на договора за ипотечен кредит, сключен между ищеца в главното производство и Bankia, спорната клауза предвижда за целите на определянето на лихвения процент по кредита да се прилага IRPH Cajas, наречен така, доколкото за изчисляването му се вземат предвид само сделките за ипотечно кредитиране, осъществени от спестовните каси[17].

42. От представената от запитващата юрисдикция правна уредба е видно, че към онзи момент IRPH Cajas е един от „референтните индекси, основани на сделките за ипотечно кредитиране“ и въведен с член 6a, параграф 3, буква b) от циркулярно писмо 8/1990, и следователно има официален и законоустановен характер[18]. Запитващата юрисдикция обаче уточнява, че след влизането в сила на Наредба 2899/2011 IRPH Cajas (както и IRPH Bancos, и индексът CECA) вече не е официален референтен индекс и че за ипотечните кредити, използващи тези индекси, е предвиден преходен режим[19].

43. Относно този преходен режим испанското правителство посочва, че съгласно петнадесета допълнителна разпоредба, параграфи 2 и 3 от Закон 14/2013 отпадналите лихвени проценти се заменят с „предвидения в договора заместващ референтен лихвен процент или индекс“ и че ако в договора не е предвиден заместващ референтен лихвен процент или индекс или ако същият е сред индексите или лихвите, които предстои да отпаднат — както е в разглежданията случай[20] — въпросният лихвен процент или индекс се заменя с официалния лихвен процент, наречен „среден лихвен процент по ипотечните кредити за срок от повече от три години, отпускани от кредитните институции в Испания за закупуване на жилище по пазарна цена“ [IRPH Conjunto de Entidades], към който се прилага спред, равен на средната аритметична стойност на разликите между отпадналия и цитирания по-горе лихвен процент, изчислени въз основа на наличната информация между датата на сключването на договора и датата на ефективната замяна на лихвения процент“[21].

44. Това правителство подчертава и че съгласно петнадесета допълнителна разпоредба, параграф 3 от Закон 14/2013 тази замяна води до автоматична новация на договора, като вписаната ипотека нито променя, нито губи своя ред. То добавя, че петнадесета допълнителна разпоредба, параграф 4 от посочения закон предвижда, че страните нямат право да оспорват по съдебен ред изменението, едностранното изменение или разваляне на договора за заем или кредит. Така понастоящем индексът, фигуриращ в клауза 3a от договора, е IRPH Conjunto de Entidades.

17 От становището на Bankia е видно, че разглежданият в главното производство договор за ипотечен кредит предвижда променлив лихвен процент в размер на 5,25 % за първите шест месеца, а за останалия срок на кредита — индексиран спрямо IRPH Cajas променлив лихвен процент, увеличен със спред в размер на 0,25 процентни пункта. Тя посочва също, че срокът за погасяване е определен на 300 месеца (25 години) и че кредитополучателят плаща договорените суми от датата на сключване на ипотечния кредит.

18 Според запитващата юрисдикция IRPH Cajas е нормативно уреден и следователно законен референтен индекс за ипотечни кредити. Вж. точки17—19 от настоящото заключение.

19 От писменото становище на испанското правителство е видно, че съгласно единствената преходна разпоредба на Наредба 2899/2011 IRPH Cajas, IRPH Bancos и индексът CECA продължават да се публикуват и ще се считат за годни за използване до установяването на преходен режим за съответните кредити. Според това правителство обаче кредитните институции не могат да прилагат тези референтни индекси в новите договори за ипотечни кредити.

20 В случая заместващият референтен индекс в договора за кредит е индексът CECA, който също престава да бъде сред официалните референтни индекси с влизането в сила на Наредба 2899/2011 и на циркулярно писмо 5/2012. Вж. точки 21 и 28 от настоящото заключение.

21 Вж. точки 22—25 от настоящото заключение.

45. Що се отнася до механизма за определяне на IRPH Cajas, запитващата юрисдикция посочва, на първо място, че този индекс се изчислява въз основа на данните, които спестовните каси предоставят всеки месец на Централната банка на Испания, и съответства на проста средна стойност, доколкото всички спестовни каси са от еднакво значение, независимо от обема на отпуснатите от тях кредити. Поради това според тази юрисдикция, ако дадена спестовна каса е загубила пазарен дял, тъй като е увеличила лихвените проценти или комисионите през съответния месец, това обстоятелство не се отразява на нейното влияние в IRPH. Така, колкото по-малко са касите, толкова по-голямо е влиянието върху IRPH Cajas на останалите спестовни каси и следователно всяка спестовна каса може да влияе върху резултата на този индекс, като увеличава прилаганите от нея лихви или комисиони през съответния месец.

46. На второ място, запитващата юрисдикция посочва, че сред информацията, която спестовните каси предоставят за изчисляването на средната аритметична стойност на IRPH, са ГПР, разходите и комисионите, доколкото последните представляват повече от четвърт процентен пункт върху номиналната лихва, както и че са включени клаузи за „долен праг“ или за закръгляване нагоре към следващото цяло число.

47. На трето място, запитващата юрисдикция посочва, че съгласно националната правна уредба лихвените проценти, които са намалени по силата на субсидии или споразумения в полза на работници и служители — и които можели да намалят резултата — не се вземат предвид при изчисляването на IRPH.

48. На четвърто място, запитващата юрисдикция уточнява, че тъй като среднопретеглените лихвени проценти са ГПР, за да може IRPH да отразява средните пазарни лихви, е необходимо, както посочва Централната банка на Испания[22], да се приложи отрицателен спред в размер, зависещ от прилаганите комисиони, с което да се компенсира техният инфлационен ефект. В настоящия случай обаче и като цяло се прилага положителен спред, а именно IRPH Cajas + 0,25 процентни пункта.

49. На пето място, запитващата юрисдикция добавя, че в клоновете на Bankia IRPH се рекламира на клиентите като по-малко променлив, по-сигурен и по-стабилен индекс в сравнение с Euribor[23], така че следва да се постави и въпросът дали различните графики, изготвени въз основа на данните на Централната банка на Испания, които са били известни на Bankia към онзи момент, е трябвало да бъдат представени, за да може потребителят да се запознае с колебанията на всеки от лихвените проценти (IRPH и Euribor).

50. На последно място, запитващата юрисдикция посочва, че всички тези данни, освен математическата формула, която също допринася за разбираемостта и която се съдържа в параграф 1 от приложение VIII към циркулярно писмо 8/1990, сочат, че като цяло IRPH е сложен индекс, което може да изисква повече информация и публичност, доколкото той представлява съществен елемент на договора.

22 Вж. алинея 4 от изложението на мотивите към циркулярно писмо 5/1994. Вж. също точка 17 от настоящото заключение.

23 Запитващата юрисдикция препраща към следните интернет адреси:
http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf и
https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf.

2. Решението от 14 декември 2017 г.

51. От акта за преюдициално запитване, както и от писмените становища на испанското правителство и на Комисията е видно, че в решението си от 14 декември 2017 г. Tribunal Supremo (Върховен съд) се произнася по договорна клауза, подобна на разглежданата по главното производство клауза, която предвижда прилагането на IRPH Entidades [24].

52. При условие че запитващата юрисдикция евентуално извърши последващи проверки, от писменото становище на испанското правителство следва, че Tribunal Supremo (Върховен съд) е взел предвид изложените по-долу факти.

53. Най-напред, Tribunal Supremo (Върховен съд) констатира, че IRPH Entidades е законово определен и уреден индекс, който е включен в договора за ипотечен кредит с променлив лихвен процент от банковата институция — доставчик на услугата, чрез общо договорно условие. Впрочем „страната, включила предварително формулираната клауза, не определя референтния индекс в договора, а препраща към един от официалните индекси, които законът е предвидил за този вид договори. Ето защо публичната администрация трябва да следи дали тези индекси спазват правната уредба в областта на банковата прозрачност, поради което този контрол не попада в обхвата на компетентността на гражданските съдилища. […] Следователно *самият* индекс не може да е предмет на контрол за прозрачност съгласно Директива 93/13“ [25].

54. По-нататък, след като разглежда клаузата, Tribunal Supremo (Върховен съд) приема, че тя отговаря на изискванията на контрола за прозрачност както от формална, така и от материалноправна гледна точка. Той изтъква, от една страна, че формално погледнато, клаузата според него изпълнява „критерия за включване“, както той го нарича, тъй като тя е граматически ясна, разбираема и позволява на кредитополучателя да разбере и да приеме, че променливият лихвен процент в договора му за ипотечен кредит се изчислява спрямо фиксиран лихвен процент, контролиран от Централната банка на Испания. От друга страна, от материалноправна гледна точка според него клаузата е прозрачна и позволява да се установи икономическата тежест на заема. Той счита, че потребителят би могъл да разбере, че трябва да плаща сума, равна на сбора от индекса и спреда. В този смисъл, видно от становището на испанското правителство, Tribunal Supremo (Върховен съд) приема, че когато става дума за официален индекс, относително осведомен среден потребител лесно може да се запознае с различните системи за изчисляване и да сравни използваните възможности и че от институцията не може да се изисква нито да предлага различни индекси, нито да обяснява как се изчислява индексът.

55. В това отношение Tribunal Supremo (Върховен съд) не счита за релевантен факта, че Euribor е бил по-благоприятен за потребителя, тъй като „ретроспективният поглед“ не може да се използва като насока за целите на контрола за прозрачност [26]. Освен това той приема, че този довод не отчита факта, че лихвеният процент съответства не на индекса, а на индекса, увеличен със спреда и че не е установено, че спредовете, прилагани към индексирани спрямо Euribor кредити, са били по-изгодни от спредовете, прилагани към индексирани спрямо IRPH кредити. Той твърди също, че статистически погледнато, спредовете на IRPH са дори по-ниски и че този довод не отчита факта, че по-големият или по-малък размер на спредовете зависи и от други договорни аспекти (място на получаване на заплатата, свързващи елементи и др.). Tribunal

24 Комисията насочва вниманието към факта, че „това решение, макар да представлява тълкуване на разпоредби на Директива 93/13 от юрисдикция от последна инстанция, е постановено, без до Съда да е отправян разглеждания по настоящото дело преюдициален въпрос“.

25 Курсивът е мой.

26 Tribunal Supremo (Върховен съд) се позовава в това отношение на съображенията на Съда в точки 53 и 54 от решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703).

Supremo (Върховен съд) уточнява, че от значение е не разликата между IRPH и Euribor, а бъдещите колебания на IRPH и че от банката не може да се изисква да познава тези колебания, нито да информира кредитополучателя за тях. Освен това предходните колебания в стойностите на Euribor и на IRPH са относително еднакви.

56. Накрая, Tribunal Supremo (Върховен съд) в заключение посочва, че ще е налице противоречие, ако се твърди, че банката е знаела, че IRPH ще е по-изгоден от Euribor, при положение че IRPH е използван в по-малко от 15 % от кредитите. По същите причини можело да се отмени и препращането към Euribor при по-малко благоприятни колебания на този индекс.

57. След като представих съображенията на запитващата юрисдикция и доводите на страните, ще пристъпя към анализа на правните проблеми, повдигнати с преюдициалните въпроси.

Б. По преюдициалните въпроси

1. По първия преюдициален въпрос: обхватът на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13

58. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали IRPH Cajas може да бъде предмет на контрол за прозрачност съгласно Директива 93/13. Както обаче изтъкват Bankia, испанското правителство и Комисията, тъй като IRPH Cajas се урежда с подзаконови разпоредби, самият той не може да бъде предмет на такъв контрол.

59. Според мен този въпрос е различен от това дали договорна клауза, която се съдържа в договор за ипотечен кредит, сключен между потребител и продавач или доставчик, и която предвижда прилагането на този индекс за целите на изчисляването на променливия лихвен процент по посочения кредит, както е в делото по главното производство, попада в приложното поле на Директива 93/13.

60. В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика в рамките на въведеното с член 267 ДФЕС производство за сътрудничество с националните юрисдикции Съдът трябва да даде на запитващата юрисдикция полезен отговор, който да ѝ позволи да реши спора, с който е сезирана, и че с оглед на това при необходимост Съдът следва да преформулира поставения му въпрос [27].

61. В случая считам, че първият преюдициален въпрос трябва да се разбира като целящ по същество да се установи дали член 1, параграф 2 от Директива 93/13 трябва да се тълкува в смисъл, че от приложното ѝ поле се изключва клауза от договор, сключен между потребител и продавач или доставчик, като разглежданата в главното производство, която определя лихвен процент въз основа на един от шестте официални законоустановени референтни индекса, които могат да се прилагат от кредитните институции по ипотечните кредити с променлив лихвен процент.

27 Вж. решения от 17 юли 1997 г., Krüger (C-334/95, EU:C:1997:378, т. 22 и 23), от 8 декември 2011 г., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, т. 18) и от 21 декември 2016 г., Ucar и Kilic (C-508/15 и C-509/15, EU:C:2016:986, т. 51).

62. В самото начало следва да се разгледа доводът на испанското правителство, че доколкото IRPH Cajas е официален законоустановен индекс, който се урежда с подзаконови или административни разпоредби, публикувани всеки месец в *Boletín Oficial del Estado*, въпросът за контрола за прозрачност на този индекс не попада в приложното поле на Директива 93/13 съгласно член 1, параграф 2. Следователно, тъй като посоченият индекс не може да бъде обявен за неравноправен, включването му в спорната клауза е без значение за това тълкуване.

63. В това отношение испанското правителство и Bankia изтъкват, че след отмяната на IRPH Cajas индексът, който понастоящем се прилага към разглеждания в главното производство договор за ипотечен кредит, а именно IRPH Conjunto de Entidades, е наложен по силата на задължителна правна разпоредба, а именно петнадесета допълнителна разпоредба, параграф 2 от Закон 14/2013. Следователно след влизането му в сила IRPH Conjunto de Entidades се прилагало задължително, така че установеното от законодателя равновесие било спазено. Освен това Bankia уточнява, че съгласно Закон 14/2013 страните не могат да искат изменение, едностранно изменение или разваляне на договора за заем или кредит по съдебен ред на основание прилагането на петнадесета допълнителна разпоредба, параграф 4 от Закон 14/2013. Поради това те твърдят, че IRPH Cajas не попада в приложното поле на Директива 93/13 съгласно член 1, параграф 2.

64. От запознаването с представения от запитващата юрисдикция правен и фактически контекст обаче разбирам, че към момента на сключване на разглеждания в главното производство договор за ипотечен кредит, моментът, който националният съд трябва да вземе предвид, за да прецени неравноправния характер на договорната клауза [28], включеният в спорната клауза IRPH за целите на изчисляването на променливия лихвен процент е не IRPH Conjunto de Entidades — заменил IRPH Cajas по силата на петнадесета допълнителна разпоредба, параграф 2 от Закон 14/2013 и водещ до автоматична новация на договора — а въведеният с циркулярно писмо 8/1990 IRPH Cajas. Обстоятелството, че IRPH Conjunto de Entidades е официалният референтен индекс, който понастоящем се съдържа в клауза 3а от договора за ипотечен кредит, и че същият е законоустановен по силата на задължителна разпоредба, а именно петнадесета допълнителна разпоредба, параграф 2 от Закон 14/2013, е без значение за анализа на спорната клауза, която в редакцията ѝ към момента на сключване на договора предвижда прилагането на IRPH Cajas.

65. При това положение е очевидно, че въпросът се отнася до спорната клауза, с която се предвижда прилагането на IRPH Cajas [29]. За да отговоря на този въпрос, ще представя накратко, на първо място, релевантната практика на Съда относно тълкуването на член 1, параграф 2 от Директива 93/13 и ще разгледам, на второ място, в светлината на тази съдебна практика дали спорната клауза попада в приложното поле на Директива 93/13.

28 Припомням, че „съгласно член 4, параграф 1 от Директива [93/13] при преценката за неравноправност на дадена договорна клауза трябва да се отчита характерът на стоките или услугите, за които е сключен договорът, да се вземат предвид всички обстоятелства, довели до сключването му, към момента на самото сключване“ (решения от 4 юни 2009 г., Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, т. 39), от 9 ноември 2010 г., VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, т. 42), от 14 март 2013 г., Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, т. 71) и от 26 януари 2017 г., Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, т. 61). По този въпрос вж. също моето заключение по дела Abanca Corporación Bancaria и Bankia (C-70/17 и C-179/17, EU:C:2018:724, т. 70).

29 Самото испанско правителство посочва в точки 8 и 17 от своето писмено становище, че спорната клауза в делото по главното производство е клаузата, предвиждаща прилагането на IRPH Cajas, и че Наредбата от 5 май 1994 г. е била приложима към момента на сключване на ипотечния кредит, предмет на настоящото преюдициално запитване.

а) Кратко припомняне на практиката на Съда

66. В самото начало следва да се припомни, че служебен контрол от националния съд може да се изисква само ако се отнася до договорна клауза, която попада в приложното поле на Директива 93/13, така както е определено в член 1 от същата [30]. Съгласно член 1, параграф 2 от Директива 93/13 договорните клаузи, които отразяват задължителни законови или подзаконови разпоредби, са изключени от нейното приложно поле.

67. В решение RWE Vertrieb [31] Съдът за първи път изяснява понятието „задължителни законови или подзаконови разпоредби“ по смисъла на член 1, параграф 2 от Директива 93/13. В това отношение Съдът припомня, че тази разпоредба въвежда изключение от приложното поле на Директивата относно клаузите, които отразяват задължителни законови или подзаконови разпоредби [32]. Това изключение се прилага при наличие на две условия. От една страна, договорната клауза трябва да отразява законова или подзаконова разпоредба, и от друга страна, тази разпоредба трябва да е задължителна [33].

68. За да установи дали тези условия са изпълнени, Съдът приема, че националният съд трябва да провери дали тази клауза отразява разпоредбите от националното право, които се прилагат в отношенията между договарящите страни независимо от волята им (задължително) или които са с допълващ характер и следователно се прилагат по подразбиране, т.е. когато в това отношение между страните не е уговорено друго [34].

69. Така националният съд трябва да провери дали разглежданата в главното производство клауза отразява задължителни разпоредби на националното право по смисъла на член 1, параграф 2 от Директива 93/13 [35], като отчита факта, че с оглед по-специално на целта на посочената директива, а именно защита на потребителите, предвиденото в тази разпоредба изключение трябва да се тълкува стриктно [36].

70. След като представих накратко общия контекст на съдебната практика относно тълкуването на тази разпоредба, ще я приложа към разглежданото в настоящия случай дело.

б) Попада ли спорната клауза в обхвата на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13?

71. Най-напред следва да се подчертае, както е видно от предходните точки от настоящото заключение, ако договорна клауза отразява задължителна или диспозитивна законова или подзаконова разпоредба, въпросът дали тази клауза попада в приложното поле на Директива 93/13 не се поставя. Всъщност подобна клауза просто не е предмет на разпоредбите на тази директива.

30 Вж. в този смисъл решение от 3 април 2019 г., Aqua Med (C-266/18, EU:C:2019:282, т. 28).

31 Решение от 21 март 2013 г. (C-92/11, EU:C:2013:180).

32 Решение от 21 март 2013 г., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, т. 25).

33 Вж. решения от 10 септември 2014 г., Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, т. 78) и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 28). Според Съда това изключване на действието на режима по Директива 93/13 се обосновава с факта, че по принцип може с основание да се предполага, че националният законодател е постигнал баланс между всички права и задължения на страните по някои договори. Вж. също решения от 21 март 2013 г., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, т. 28) и от 20 септември 2018 г., OTP Bank и OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, т. 53).

34 Вж. решение от 21 март 2013 г., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, т. 26). Вж. също решения от 10 септември 2014 г., Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, т. 76) и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 27). Вж. също съображение 13 от Директива 93/13.

35 Вж. в този смисъл решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 30), както и заключението на генералния адвокат Wahl (C-186/16, EU:C:2017:313, т. 59). Вж. също решение от 26 януари 2017 г., Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, т. 69 и 70).

36 Вж. решения от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 31) и от 10 септември 2014 г., Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, т. 77).

72. Ако обаче националният съд приеме, че разглежданата разпоредба не задължава банковата институция да избере един измежду предвидените от тази разпоредба официални референтни индекси, а позволява използването на други референтни индекси, въпросът дали договорната клауза, която възпроизвежда тази разпоредба, попада в приложното поле на Директива 93/13 несъмнено би бил релевантен. Всъщност е ясно, че подобна клауза попада в приложното поле на тази директива. Това щеше да е вярно според мен и ако тази разпоредба налагаше на банковата институция да избере един измежду предвидените в нея официални референтни индекси [37].

73. В случая запитващата юрисдикция счита, че спорната клауза, която е съставена предварително от банковата институция, отразява разпоредби на националното право. Тя обаче твърди, че установените в практиката на Съда условия за прилагане на изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13 не са изпълнени. Всъщност, от една страна, националната разпоредба, съдържаща се в спорната клауза, не била задължителна, доколкото става въпрос за подзаконова или административна разпоредба, с която се урежда променлива възнаградителна лихва, включена *факултативно* в договора на продавача или доставчика, в смисъл че независимо от избора на страните, IRPH Cajas не се прилагал задължително. От друга страна, тази разпоредба не била диспозитивна при липса на договорено споразумение [38].

74. В случая, що се отнася до включения в спорната клауза IRPH Cajas, от правната уредба по настоящото дело е видно, че втора допълнителна разпоредба от цитираната от запитващата юрисдикция Наредба от 5 май 1994 г. упълномощава Централната банка на Испания да определи с циркулярно писмо (циркулярно писмо 8/1990, изменено с циркулярно писмо 5/1994, което понастоящем е отменено, но което е било в сила към момента на сключване на договора), „съвкупност от официални референтни индекси или лихвени проценти, които *могат* да се прилагат от кредитните институции към ипотечните кредити с променлив лихвен процент“ [39].

75. От становището на Bankia е видно, че съгласно член 6, параграф 2 от Наредбата от 5 май 1994 г. за кредитите с променлив лихвен процент, предмет на тази наредба, кредитните институции могат да използват само референтни индекси или лихвени проценти, *„които отговарят на следните условия*: a) не зависят изключително от самата кредитна институция и същата не може да им влияе посредством споразумения или практики, умишлено установяващи паралел с тези на други институции; b) данните, на които се основава индексът, са събирани съгласно математически обективна методика“.

76. От становището на Bankia е видно и че съгласно член 6, параграф 3, точки 1 и 2 от Наредбата от 5 май 1994 г. „[з]а кредитите с променлив лихвен процент, предмет на [тази] наредба, няма задължение за индивидуално уведомяване на кредитополучателя относно промените на приложимия лихвен процент, когато са налице следните две условия: 1. *договорено е* да се използва един от официалните референтни индекси или лихвени проценти, посочени във втора допълнителна разпоредба от [тази наредба]; 2. приложимият към кредита лихвен процент е определен по начина, предвиден в клауза 3a, параграф 1, буква a) или b) от приложение II към [нея]“ [40].

37 Вж. точка 83 от настоящото заключение.

38 Съгласно испанската доктрина, в която е коментирано решението от 14 декември 2017 г., става дума за разпоредба, която не е нито императивна, нито диспозитивна. Вж. *Cámara Lapuente*, S. „IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca „normas“. Transparencia lejos del suelo“. Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil), Mariano Yzquierdo Tolsada (coord.), № 9, Dykinson, 2017, p. 211—236, и по-специално p. 219 и 222.

39 Вж. точка 15 от настоящото заключение. Курсивът е мой.

40 Курсивът е мой.

77. В това отношение, както посочва испанското правителство в писменото си становище, в приложение II към Наредбата от 5 май 1994 г., озаглавено „Финансови клаузи в договорите за ипотечни кредити, които са предмет на настоящата наредба“, се посочва информацията, която трябва да се съдържа в тези клаузи. От това становище е видно, че точка 3а от това приложение II, озаглавена „Променлив лихвен процент“, предвижда по-специално че при определянето му променливият лихвен процент трябва да бъде в една от предвидените в тази разпоредба форми. В точка 3а, букви a), b) и c) от посоченото приложение II се посочва, че променливият лихвен процент се определя чрез прилагането на референтен индекс, *или* съгласно буква d) от тази разпоредба *„[n]о всеки друг начин*, стига той да е ясен, конкретен и разбираем за кредитополучателя и да е в съответствие със закона“ [41].

78. Съответно изглежда — при условие че запитващата юрисдикция евентуално извърши последващи проверки — че Наредбата от 5 май 1994 г. не налага за кредитите с променлив лихвен процент да се използва един от шестте официални референтни индекса, в това число IRPH Cajas, а установява, както е видно от националните разпоредби, цитирани в становището на Bankia и посочени в точка 75 от настоящото заключение, условията, на които трябва да отговарят „референтните индекси или лихвени проценти“, за да могат да бъдат използвани от банковите институции. Следователно договарящите страни *не трябва задължително* да избират между шестте официални референтни индекса, предвидени в циркулярно писмо 8/1990 [42]. В това отношение, макар несъмнено да е вярно, че шестте официални референтни индекса, определени в циркулярно писмо 8/1990, по принцип изпълняват двете цитирани условия, все пак и при условие че запитващата юрисдикция евентуално извърши последващи проверки, Bankia е разполагала с възможност, както следва от точка 3а, буква d) от приложение II към Наредбата от 5 май 1994 г. [43], да определя променливия лихвен процент „по всеки друг начин стига той да е ясен, конкретен и разбираем за кредитополучателя и да е в съответствие със закона“. Именно в този контекст запитващата юрисдикция изтъква възможността за използване, към момента на сключване на договора, а именно 19 юли 2001 г., на установения през 1999 г. в Испания Euribor [44]. Следва да се припомни, както е видно от правната уредба по настоящото дело, че в случая към момента на сключване на договора Euribor не е сред шестте официални индекса, предвидени в циркулярно писмо 8/1990. Както посочва запитващата юрисдикция обаче, в момента на сключване на договора банката е можела да избере Euribor като референтен индекс.

79. Този извод се потвърждава от писменото становище на Bankia, в което тя ясно заявява, че „ *договарящите страни не са задължени да изберат IRPH*“ [45].

41 Вж. точка 18 от становището на испанското правителство.

42 От правната уредба по настоящото дело е видно, че сред шестте официални референтни индекса, предвидени в циркулярно писмо 8/1990, освен вече посочените (IRPH Bancos, IRPH Cajas и IRPH Entidades) фигурират и следните три референтни индекса: индексът CECA, вътрешната норма на доходност на вторичния пазар на държавни облигации с остатъчен матуритет между две и шест години и MIBOR. Последният отпада, след като през 1999 г. в Испания е въведен Euribor. Както е видно от писменото становище на испанското правителство, с циркулярно писмо 7/1999 на Централната банка на Испания е въведен допълнителен официален референтен индекс, обвързан с колебанията на Euribor. Вж. бележка под линия 13 от настоящото заключение.

43 Вж. точка 77 от настоящото заключение.

44 Вж. бележки под линия 13 и 42 от настоящото заключение.

45 Курсивът е мой. Според Bankia императивният характер на IRPH се дължи на това, че веднъж избран, индексът в своята цялост става част от договора за ипотечен кредит и не подлежи на изменение с този договор, от който страните не могат да се отклоняват. Не приемам този довод. Според мен, макар банковата институция да не може да наложи в предварително формулирана клауза нито определянето на даден официален референтен индекс, нито начина му на изчисляване, тя винаги може да изисква въвеждането на спреда, който прилага по отношение на индекса, какъвто е случаят по главното производство, когато въпреки препоръките на Централната банка на Испания за прилагане на отрицателен спред с цел съгласуване на ГПР по тази сделка с пазарния такъв Bankia избира да приложи положителен спред в размер на 0,25 процентни пункта.

80. Накрая, следва да се подчертае, че в писменото си становище Комисията отбелязва, че като разглежда *прозрачността на въпросната клауза*, без да поставя под въпрос приложимостта на Директива 93/13, самият Tribunal Supremo (Върховен съд) имплицитно признава в решението си от 14 декември 2017 г., че предвиденото в член 1, параграф 2 от Директива 93/13 изключение не се прилага за договорната клауза, предвиждаща прилагането на IRPH Cajas.

81. Впрочем Комисията посочва също, че в решението от 14 декември 2017 г. е представено особеното мнение на двама съдии от тази висша юрисдикция, г-н Francisco Javier Orduña Moreno и г-н Francisco Javier Arroyo Fiestas, съгласно което „предметът на този [съдебен] контрол не е самият индекс като отражение на законова или административна разпоредба, която да му придава официален характер, *а използването или употребата му в общите условия*“ [46]. Освен това в посоченото становище се уточнява, що се отнася до критерия за задължителния характер на националната разпоредба, че „това не е така и в конкретния случай, тъй като продавачът или доставчикът използва *един от седемте референтни индекса*, разрешени към онзи момент (сред които индексът MIBOR, индексът CECA и Euribor); следователно IRPH Entidades не е единственият индекс, който може да се използва като референтна стойност, и прилагането му не е задължително за продавача или доставчика“ [47].

82. С оглед на факта, че изключението по член 1, параграф 2 от Директива 93/13 следва да се тълкува стриктно, и при условие че запитващата юрисдикция евентуално извърши последващи проверки, от гореизложените съображения следва, че спорната клауза попада в приложното поле на Директива 93/13 и че потенциално неравноправният характер на тази договорна клауза подлежи на съдебен контрол.

83. При всички положения, както вече посочих в точка 72 от настоящото заключение, считам, че дори запитващата юрисдикция да приеме, че приложимите към главното производство разпоредби са задължителни за банковите институции, че спорната клауза попада в приложното поле на Директива 93/13. Всъщност самият факт, че национална разпоредба позволява на банкова институция да включи по свой избор в общите условия на договора за ипотечен кредит индекс, който е избрала измежду няколко официални референтни индекса, посочени в тази разпоредба, според мен е достатъчен, за да се приеме, че подобна разпоредба *не е задължителна* по смисъла на член 1, параграф 2 от Директива 93/13 и съответно, че тази директива е приложима. Всъщност според мен е ясно, че предвиденото в тази разпоредба изключение не може да се приложи към договорна клауза, отразяваща законова или подзаконова разпоредба, която стеснява или ограничава автономната воля на страните, *без обаче да я отменя*.

84. Освен това не виждам как държава членка би могла да твърди, че договорна клауза не е неравноправна, ако същата отразява задължителна разпоредба, която по съдържанието си е несъвместима с полезното действие на Директива 93/13.

85. Ето защо с оглед на изложените по-горе съображения считам, че Директива 93/13 трябва да се тълкува в смисъл, че договорна клауза, сключена между потребител и продавач или доставчик, като разглежданата в главното производство, която определя лихвен процент въз основа на един от шестте официални законоустановени референтни индекса, които могат да се прилагат от кредитните институции по ипотечните кредити с променлив лихвен процент, не е изключена от приложното поле на тази директива.

46 Курсивът е мой.

47 Курсивът е мой.

2. По втория преюдициален въпрос: обхватът и съдържанието на контрола за прозрачност на спорната клауза съгласно член 4, параграф 2 от Директива 93/13

86. С втория си въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали Директива 93/13, и по-специално член 8 от нея, допуска възможността национална юрисдикция да приложи член 4, параграф 2 от тази директива, за да не се извърши преценка на евентуално неравноправния характер на договорна клауза, съставена на ясен и разбираем език, която се отнася до основния предмет на договора, когато същата тази разпоредба не е транспонирана във вътрешния правен ред от националния законодател. Освен това запитващата юрисдикция иска да се установи евентуално каква информация трябва да предостави продавачът или доставчикът съгласно член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13, за да изпълни изискването за прозрачност на договорна клауза, определяща лихвения процент въз основа на законоустановен референтен индекс като IRPH Cajas, чиято математическа формула за изчисляване е сложна и не съвсем прозрачна за средния потребител. Накрая тя поставя въпроса дали непредоставянето на информация трябва да се разглежда като недобросъвестност.

а) По буква а) от втория въпрос

87. Преди да заема становище по първата част на втория въпрос, който се отнася до тълкуването не само на член 4, параграф 2 от Директива 93/13, но и на членове 5 и 8 от тази директива, следва да уточня контекста, в който е поставен този въпрос. Ето защо ще започна с припомняне на практиката на Съда.

1) Решение Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid

88. Що се отнася до въпроса дали член 8 от Директива 93/13 допуска възможността национална юрисдикция да приложи член 4, параграф 2 от тази директива, за да не се извърши преценка на евентуално неравноправния характер на договорна клауза, съставена на ясен и разбираем език, която се отнася до основния предмет на договора, когато същата тази разпоредба не е транспонирана във вътрешния правен ред от националния законодател, държа най-напред да подчертая, че Съдът вече е отговорил на този въпрос в решение Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid[48].

89. В това решение Съдът най-напред отбелязва, както посочва запитващата юрисдикция в настоящото дело, че „както се установява от представената на Съда преписка, Закон 7/1998[49] не транспонира във вътрешното право член 4, параграф 2 от Директива [93/13]“[50]. По-нататък Съдът посочва, че според испанското законодателство национална юрисдикция обаче може при всички положения да преценява в рамките на спор относно договор, сключен между продавач или доставчик на услуги и потребител, неравноправния характер на клауза, която не е била индивидуално договорена, която се отнася именно до основния предмет на този договор, дори в случаите, когато тази клауза е била предварително изготвена от продавача или доставчика на услуги на ясен и разбираем език[51]. При това положение Съдът в крайна сметка приема, че като допуска пълен съдебен контрол на неравноправния характер на клаузи като посочените в член 4,

48 Решение от 3 юни 2010 г. (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 44). Преюдициалните въпроси по това дело са отправени от Tribunal Supremo (Върховен съд).

49 Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (Закон 7/1998 относно общите условия по договорите) от 13 април 1998 г. (BOE № 89 от 14 април 1998 г.).

50 Решение от 3 юни 2010 г., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 41).

51 Вж. решение от 3 юни 2010 г., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 42).

параграф 2 от Директива 93/13, съдържащи се в договор, сключен между продавач или доставчик на услуги и потребител, „[…] испанско законодателство дава възможност, в съответствие с член 8 от [тази директива], да се осигури на потребителите по-високо от установеното в нея ниво на ефективна защита[52].

2) Позицията на испанското правителство

90. В настоящото дело испанското правителство счита[53], че макар член 4, параграф 2 от Директива 93/13 несъмнено формално да не е транспониран в испанското право, тази липса на формално транспониране не може да се тълкува, както прави запитващата юрисдикция, като изрична воля на испанския законодател да позволи контрола на неравноправния характер на елементите, отнасящи се до основния предмет на договора, когато същите са съставени на ясен и разбираем език[54]. В това отношение това правителство изтъква, че след постановяването на решение Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid[55], в решението си от 18 юни 2012 г.[56] Tribunal Supremo (Върховен съд) приема, че волята на законодателя е била да транспонира член 4, параграф 2 от Директива 93/13 в испанското право и че реформата, извършена със Закон 7/1998, свидетелства за изричното транспониране на този член[57].

91. Не споделям становището на испанското правителство в това отношение. Всъщност според мен неговите доводи са в противоречие с практиката на Съда относно транспонирането на директивите, и по-специално с принципите на правна сигурност, прозрачност и лоялно сътрудничество.

52 Решение от 3 юни 2010 г., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 43).

53 Тази позиция се споделя от Bankia, която твърди, че „съгласно течение в доктрината и в съдебната практика член 4, параграф 2 от Директива 93/13 всъщност е транспониран в испанския правен ред“.

54 В подкрепа на този довод испанското правителство прилага към писменото си становище статия от доктрината, в която се подчертава, че нетранспонирането на член 4, параграф 2 от Директива 93/13 със Закон 7/1998 всъщност произтича от „грешка, допусната вследствие на небрежност при гласуването в парламента и довела до отстраняването на буквалната формулировка на посочената разпоредба от законодателния текст“. Според автора тази грешка не е поправена с последващите законодателни реформи, като същият уточнява, че оттогава не само в доктрината, но и в националната съдебна практика се спори по въпроса за последиците от тази грешка, поне до решението на Tribunal Supremo (Върховен съд) № 241/2013 от 9 май 2013 г. (ES:TS:2013:1916). В това отношение авторът заключава по-специално че Tribunal Supremo (Върховен съд) е направил опит да преустанови тази несигурност в Испания, но че испанският законодател, въпреки че е имал няколко възможности да изясни въпроса за транспонирането на член 4, параграф 2 от Директива 93/13, „изглежда няма намерение да направи това“. Съответно посоченият автор твърди, че въпросът за неравноправните клаузи, отнасящи се до съществени елементи на договора, не е разгледан „нито в одобрените от испанския парламент през май 2013 г. правни реформи за адаптиране на испанската система към решение от 14 март 2013 г., Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), нито в проекта за транспониране на Директива 2011/83[/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2011 година относно правата на потребителите, за изменение на Директива 93/13/ЕИО на Съвета и Директива 1999/44/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и за отмяна на Директива 85/577/ЕИО на Съвета и Директива 97/7/ЕО на Европейския парламент и на Съвета (ОВ L 304, 2011 г., стр. 64)]“. Вж. *Cámara Lapuente*, S. ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo“. Cuadernos de Derecho Transnacional. vol.5(2), 2013, p. 209—233, по-специално p. 226, 227 и 233.

55 Решение от 3 юни 2010 г. (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 44).

56 ES:TS:2012:5966.

57 В писменото си становище испанското правителство посочва откъс от второто правно основание на решението от 18 юни 2012 г. на Tribunal Supremo (Върховен съд): „Така при изменението на предишния общ закон за защита на потребителите от 1984 г. и с добавянето на новия член 10, параграф 1, буква c) общият израз „справедливо равновесие на насрещните престации“ е заменен със „значителна неравнопоставеност между правата и задълженията“, в съответствие с разпоредбите на директивата, целящи да се ограничи възможността за контрол по същество, който може да се извършва относно евентуална неравноправност на клаузата; следователно може да се твърди, че няма контрол на цените, нито на равновесието на престациите в тесния смисъл на думата“. Според това правителство на последно място в това решение Tribunal Supremo (Върховен съд) добавя, че „макар доктрината да не е единодушна в това отношение, с оглед на телеологичното прилагане на член 4, параграф 2 от Директива 93/13 следва да се заключи, че и да са изключени от контрола по същество, основните елементи на договора все пак могат да бъдат предмет на контрол относно критерия за включване и за прозрачност (член 5, параграф 5 и член 7 от Закон 7/1998 за общите договорни условия и член 10, параграф 1, буква a) от Общия закон за защита на потребителите)“. Испанското правителство уточнява също, че Tribunal Supremo (Върховен съд) е потвърдил това съдебно решение в решението си от 9 май 2013 г. (ES:TS:2013:1916).

3) Последици от нетранспонирането на член 4, параграф 2 от Директива 93/13

92. Съгласно член 288, трета алинея ДФЕС директивата е акт, който обвързва по отношение на постигането на даден резултат от държавите членки, до които е адресиран, като оставя на националните власти свобода при избора на формата и средствата за постигане на този резултат. От това следва, че Кралство Испания, подобно на всяка държава членка, може да избира формата и средствата за прилагане на директивите.

93. Общоизвестно е също, че транспонирането на директивите е процесът на преобразуване на директивите в разпоредби на националното право от компетентния национален законодателен орган или органи[58]. В този контекст *принципът на правна сигурност* изисква държавата членка да приеме необходимите законови, подзаконови и административни разпоредби, за да гарантира пълното транспониране на разпоредбите на дадена директива в националното право[59]. Макар да не е необходимо да се транспонират пряко или изрично всички разпоредби на дадена директива, *задължението за прозрачност* може на практика да наложи определено поведение, и по-специално предоставянето на определена информация на Комисията[60]. Всъщност „към основанието за задължението, изведено от самата директива и от нейното задължително действие“ съгласно член 288, трета алинея ДФЕС, се добавя и „вторичното задължение“, изведено от член 4, параграф 3 ДЕС, „което предполага *лоялно сътрудничество* между националните органи и Съюза при прилагането на правилата, произтичащи от Договорите“[61].

94. По-конкретно, не трябва да се забравя, че в рамките на тълкуването на член 288, трета алинея ДФЕС, който е предмет на богата съдебна практика, макар да е вярно, че транспонирането на директивите във вътрешното право не изисква непременно предприемането на законодателни действия във всяка държава членка, разглежданото национално право все пак трябва ефективно да гарантира, че директивата се прилага в нейната цялост, че правното положение, произтичащо от това право *е достатъчно точно и ясно* и че на носителите на права е предоставена възможност да се запознаят с правата си в пълния им обем и при необходимост да се позоват на тях пред националните юрисдикции[62].

95. В това отношение Съдът вече е приел, че дори ако установена национална съдебна практика тълкува разпоредби на вътрешното право в смисъл, който се счита за съответстващ на изискванията на дадена директива, тя не би могла да има яснотата и точността, които се налагат от изискването за *правна сигурност*, като в частност такъв е случаят със защитата на потребителите[63]. Това важи в още по-голяма степен в случаите, когато трайно установена национална съдебна практика тълкува и прилага нетранспонирана от националния законодател

58 Вж. *Prechal*, S. Directives in EC Law. 2nd édition, Oxford EC Law Library, Oxford, 2009, p. 6.

59 Относно принципа на правна сигурност и транспонирането на директивите вж. *Tridimas*, T. 2nd édition, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, p. 246 и 247.

60 Вж. в този смисъл Prechal, S., op. cit., стр. 6.

61 *Simon*, D. Le Système juridique communautaire. 3ème édition, Presse universitaires de France, Paris, 2006, p. 328—332. Курсивът е мой.

62 Вж. решения от 23 май 1985 г., Комисия/Германия (29/84, EU:C:1985:229, т. 23), от 23 март 1995 г., Комисия/Гърция (C-365/93, EU:C:1995:76, т. 9), от 10 май 2001 г., Комисия/Нидерландия (C-144/99, EU:C:2001:257, т. 17), от 9 септември 2004 г., Комисия/Испания (C-70/03, EU:C:2004:505, т. 36) и от 23 април 2009 г., Комисия/Белгия (C-292/07, непубликувано, EU:C:2009:246, т. 120). Според генералния адвокат Tizzano „държавите членки трябва да предвидят *прецизна правна уредба* в съответната област, която да привежда националния правен ред в съответствие с разпоредбите на директивата. Тази правна уредба трябва да е определена по начин, който да не допуска *никакво съмнение или неяснота* не само по отношение на съдържанието на приложимата национална правна уредба и на нейното съответствие с директивата, но и по отношение на формалната стойност на тази правна уредба и пригодността ѝ да се използва като релевантно правно основание за регламентирането на сектора“. Вж. заключението на генералния адвокат Tizzano по дело Комисия/Нидерландия (C-144/99, EU:C:2001:50, т. 15). Курсивът е мой.

63 Вж. решения от 10 май 2001 г., Комисия/Нидерландия (C-144/99, EU:C:2001:257, т. 21) и от 10 юли 2014 г., Комисия/Белгия (C-421/12, EU:C:2014:2064, т. 46). Вж. също решение от 9 декември 2003 г., Комисия/Италия (C-129/00, EU:C:2003:656, т. 33): „Когато дадено национално законодателство е предмет на разнопосочни тълкувания в съдебната практика, които могат да бъдат взети предвид и някои от които водят до прилагане на посоченото законодателство в съответствие с правото[на Съюза], а други до прилагане, несъвместимо с това право, следва най-малкото да се приеме, че това законодателство не е достатъчно ясно, за да осигури прилагане, съвместимо с правото[на Съюза]“.

разпоредба на директива. Съответно подобна национална съдебна практика не би могла да има яснотата и точността, необходими, за да може се използва като релевантно правно основание за уреждането на защитата на потребителите, или както е в случая, за да се транспонира изключението по член 4, параграф 2 от Директива 93/13.

96. При това положение, макар от прочита на представената на Съда преписка по настоящото дело да разбирам, че с решенията си от 18 юни 2012 г.[64] и от 9 май 2013 г.[65] Tribunal Supremo (Върховен съд) се е опитал да предложи разрешение на проблема относно противоречивата предходна съдебна практика, и по-специално да осигури съгласуваността на националния правния ред, задача на испанския законодател е евентуално да се намеси и да предприеме подходящите мерки, ако реши да транспонира член 4, параграф 2 от Директива 93/13, което, предвид припомнената в точки 94 и 95 от настоящото заключение съдебна практика, не личи да е станало нито от акта за преюдициално запитване, нито от прочита на представената на Съда преписка.

97. Освен това следва да се припомни, на първо място, че както следва от постоянната практика на Съда, член 4, параграф 2 от Директива 93/13 *не е императивна и задължителна разпоредба*, която като такава задължително трябва да бъде транспонирана от държавите членки. Всъщност тази разпоредба предвижда ограничаване на правата, които правните субекти черпят от правото на Съюза. В това отношение Съдът вече е постановил, че за да се гарантират конкретно преследваните от тази директива цели за защита на потребителите, всяко транспониране на тази разпоредба е трябвало да бъде пълно, така че забраната за преценка на неравноправния характер на клаузите да се отнася единствено до тези, които са изразени на ясен и разбираем език[66].

98. На второ място, както беше припомнено в точка 89 от настоящото заключение, нетранспонирането във вътрешното право означава, че като допуска пълен съдебен контрол на неравноправния характер на клаузите в договор, сключен между продавач или доставчик и потребител, като посочените в член 4, параграф 2 от Директива 93/13, испанското законодателство дава възможност, в съответствие с член 8 от тази директива, да се осигури на потребителите по-високо от установеното в посочената директива ниво на защита, при това дори ако тази клауза се отнася до основния предмет на договора или до съотношението качество/цена на услугата.

99. На трето и последно място, що се отнася до изискването по член 4, параграф 2 от Директива 93/13 договорната клауза да бъде съставена на ясен и разбираем език, съгласно постоянната съдебна практика това изискване е припомнено и в член 5 от тази директива[67] и следователно, както подчертава Комисията в писменото си становище, контролът за прозрачност на клаузата е част от преценката за неравноправния ѝ характер по смисъла на член 3, параграф 1 от посочената директива. Поради това в рамките на преценката за неравноправния характер на договорните клаузи съгласно член 3, параграф 1 от същата директива испанските юрисдикции трябва да проверят прозрачността на тези клаузи съгласно член 5 от тази директива.

64 ES:TS:2012:5966.

65 ES:TS:2013:1916.

66 Вж. решения от 10 май 2001 г., Комисия/Нидерландия (C-144/99, EU:C:2001:257, т. 22) и от 3 юни 2010 г., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 39).

67 Вж. в този смисъл решения от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 69), от 9 юли 2015 г., Bucura (C-348/14, непубликувано, EU:C:2015:447, т. 49) и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 44). Вж. също съображение 20 от Директива 93/13.

100. При тези обстоятелства считам, че член 8 от Директива 93/13 не допуска национална юрисдикция да може да приложи член 4, параграф 2 от тази директива, за да не извърши преценка за евентуално неравноправен характер на клауза като разглежданата в главното производство, съставена на ясен и разбираем език, която се отнася до основния предмет на договора, когато тази разпоредба не е транспонирана във вътрешния правен ред от националния законодател.

б) По букви б) и в) от втория въпрос

101. Целта на втората и третата част на втория въпрос е да се установи каква информация трябва да предостави продавачът или доставчикът, за да изпълни съгласно член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13 изискването за прозрачност на договорна клауза, определяща променливия лихвен процент въз основа на законоустановен референтен индекс като IRPH Cajas, чиято математическа формула за изчисляване е сложна и не съвсем прозрачна за средния потребител. Запитващата юрисдикция иска също така да се установи дали непредоставянето на информация трябва да се разглежда като недобросъвестност.

102. В това отношение испанското правителство и Bankia изтъкват, че доколкото IRPH Cajas е официален индекс, който се публикува всеки месец в *Boletín Oficial del Estado* и който е предмет на циркулярно писмо 8/1990, *определението* за IRPH Cajas, което се съдържа в спорната клауза, е установено с националната правна уредба[68]. Испанското правителство подчертава също, че в *това циркулярно писмо* се установява *формулата за изчисляване на IRPH Cajas*, както и информацията, която банковата институция трябва да предостави на потребителя преди сключването на договора за ипотечен кредит[69].

103. Макар да е съгласно, че информацията, предоставена на потребителя от банковата институция, действително трябва да съдържа достатъчно разяснения не само относно компонентите, които съставят избрания референтен индекс, но и относно миналите колебания на този индекс, испанското правителство счита, че изискването на потребителя да се предоставят сведения относно конкретния механизъм за определяне на референтния индекс, с други думи, точната методика за изчисляването му, не било полезно, тъй като приложимата математическа формула щяла да направи информацията по-неразбираема и следователно по-непрозрачна за потребителя. Посоченото правителство твърди и че не може да се иска становище относно възможните бъдещи колебания, тъй като, от една страна, банковата институция не разполага с тази информация, и от друга страна, неравноправният характер на дадена клауза трябва да се преценява към момента на сключване на договора. Към този момент обаче бъдещите колебания били без значение. Накрая, това правителство подчертава, че не можело да се изисква в предназначените за потребителите информационни материали да се включват графики, илюстриращи миналите колебания на IRPH Cajas спрямо Euribor.

68 Вж. точки 19 и 20 от настоящото заключение. Определението на IRPH Cajas следва да се разграничи от математическата формула за неговото изчисляване. Всъщност от акта за преюдициално запитване, както и от становищата на ищеца в главното производство, на Bankia и на испанското правителство е видно, че в спорната клауза се съдържат определението на IRPH Cajas и методиката за изчисляване на *променливия лихвен процент* по заема (IRPH Cajas + спред), докато конкретното математическо уравнение за изчисляване на IRPH Cajas е посочено в параграф 2 от приложение VIII към циркулярно писмо 8/1990 и не фигурира в клаузата. Вж. бележка под линия 78 от настоящото заключение.

69 Вж. точка 20 от настоящото заключение.

104. Както посочих в точки 95—101 от настоящото заключение и както е видно от акта за преюдициално запитване и от представената на Съда преписка по делото, испанският законодател не е транспонирал във вътрешното право член 4, параграф 2 от Директива 93/13. Според мен от това следва, че в рамките на преценката за неравноправния характер на договорните клаузи съгласно член 3, параграф 1 от тази директива испанските юрисдикции трябва да проверят прозрачността на тези клаузи съгласно член 5 от посочената директива [70].

105. Ако Съдът стигне до същия извод, ще трябва да се уточни каква информация е длъжна да предоставя банковата институция на потребителите в рамките на контрола за прозрачност. Преди да я определя, ще представя практиката на Съда относно изискваната степен на информираност в рамките на тълкуването на член 4, параграф 2 и на член 5 от Директива 93/13.

1) Припомняне на практиката на Съда относно обхвата на изискваната степен на информираност в рамките на изискването за прозрачност на договорните клаузи, изведено от член 4, параграф 2 и от член 5 от Директива 93/13

106. В самото начало следва да се припомни, че що се отнася до член 5 от Директива 93/13, Съдът многократно е постановявал, че за потребителя е от основно значение да бъде информиран преди сключването на договора за договорните условия и за последиците от това сключване. Именно въз основа на тази информация този потребител взема решение дали да се обвърже с условията, изготвени предварително от продавача или доставчика [71]. Следва също да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда след решение Kásler и Káslerné Rábai [72] изискването за прозрачност на договорните клаузи, което произтича от член 4, параграф 2 и от член 5 от Директива 93/13, не може да бъде ограничено единствено до разбираемия характер на тези клаузи от формална и граматическа гледна точка. Напротив, доколкото въведената с тази директива система за защита се основава на идеята, че потребителят е в положението на по-слабата страна в отношенията с продавача или доставчика, по-специално по отношение на степента му на информираност, това изискване, въведено от същата директива, за изразяване на ясен и разбираем език на договорните клаузи и съответно за прозрачност трябва да се тълкува разширително [73].

107. Следователно според Съда изискването договорните клаузи да са изразени на ясен и разбираем език следва да се схваща като налагащо и задължение в договора да е прозрачно изложен точният механизъм, за който се отнася съответната клауза, както и евентуално отношението между този механизъм и механизма, предвиден в други клаузи, така че потребителят да може да предвиди въз основа на ясни и разбираеми критерии произтичащите за него икономически последици [74].

70 В това отношение следва да се уточни, че изискването за прозрачност се прилага най-вече в случай на ограничаване на правата, които правният субект черпи от правото на Съюза.

71 Вж. по-специално решения от 21 март 2013 г., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, т. 44), от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 70), от 21 декември 2016 г., Gutiérrez Naranjo и др. (C-154/15, C-307/15 и C-308/15, EU:C:2016:980, т. 50) и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 48).

72 Решение от 30 април 2014 г. (C-26/13, EU:C:2014:282).

73 Вж. решения от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 71 и 72), от 23 април 2015 г., Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, т. 40), от 9 юли 2015 г., Bucura (C-348/14, непубликувано, EU:C:2015:447, т. 52) и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 44). Вж. също решение от 20 септември 2018 г., OTP Bank и OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, т. 73), както и определение от 22 февруари 2018 г., ERSTE Bank Hungary (C-126/17, непубликувано, EU:C:2018:107, т. 29).

74 Вж. решения от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 75) и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 45).

108. Съдът постановява също, че този въпрос трябва да бъде разгледан от запитващия съд от гледна точка на всички относими фактически елементи, сред които са публичността и информацията, предоставена от кредитодателя при договаряне на договор за кредит[75]. Съдът по-специално уточнява, че задача на националния съд при отчитане на всички обстоятелства във връзка със сключването на договора е да провери дали в разглежданото дело потребителят е бил уведомен за *всички обстоятелства*, които са могли да дадат отражение върху обхвата на неговото задължение, като му позволят включително и да изчисли общата цена на своя заем. Впрочем Съдът е извел обстоятелствата, които играят определяща роля при тази преценка, а именно, от една страна, въпросът дали клаузите са изразени на ясен и разбираем език, така че да позволят на средния потребител, т.е. на нормално осведомения и в разумни граници наблюдателен и съобразителен потребител, да изчисли тази цена, и от друга страна, обстоятелството, свързано с непосочването в договора за кредит на данните, които от гледна точка на характера на стоките или услугите, предмет на този договор, се считат за *съществени*[76].

109. На поставените от запитващата юрисдикция въпроси следва да се отговори именно в светлината на тази съдебна практика.

2) Приложение в конкретния случай

110. Запитващата юрисдикция трябва да извърши необходимите проверки в светлината на съдебната практика, припомнена в предходните точки, за да определи от гледна точка на всички относими фактически елементи, свързани със сключването на договора, включително публичността и информацията, предоставена от кредитодателя при договаряне на кредит, дали предоставената информация е достатъчна, за да позволи на средния потребител да разбере *методиката за изчисляване на променливия лихвен процент*, приложим към посочения кредит, и съответно да изчисли общата цена на своя кредит[77], или напротив, по-специално предвид обстоятелството, че става въпрос за ипотечен кредит, е трябвало да бъдат предоставени други данни, които се считат за съществени.

111. По-конкретно информацията, за която запитващата юрисдикция иска да се установи дали е задължително да бъде предоставяна от банковата институция на потребителите за разбирането на икономическите последици от спорната клауза, се отнасят до: i) конкретната математическата формула за изчисляване на IRPH Cajas (по-специално обстоятелството, че освен номиналния лихвен процент този индекс включва комисионите и останалите разходи и че той представлява проста непретеглена средна стойност)[78]; ii) задължението на банковите институции да прилагат отрицателен спред съгласно националната правна уредба[79]; iii) обстоятелството, че предоставената информация не е публично достояние, за разлика от Euribor; iv) миналите колебания на IRPH Cajas, и v) прогноза за бъдещите колебания на референтния индекс спрямо други официални референтни индекси, и по-специално Euribor[80].

75 Вж. решения от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 74), от 26 февруари 2015 г., Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, т. 75) и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 46).

76 Вж. решения от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 47 и цитираната съдебна практика).

77 Следва да се припомни, че доколкото предварително изготвена договорна клауза, съдържаща се в договора за ипотечен кредит, сключен между потребител и продавач или доставчик, предвижда прилагането на референтен индекс за целите на изчисляването на променливия лихвен процент по посочения кредит, използването на този индекс като елемент на посочената клауза от продавача или доставчика попада изцяло в обхвата на контрола за прозрачност съгласно член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13.

78 Вж. по този въпрос точки 45 и 46 от настоящото заключение. От становището на ищеца в главното производство е видно, че трябва да се прави разграничение между: а) *референтен индекс*, какъвто е по-специално Euribor, б) *лихвен процент*, който представлява сумата от сбора от референтния индекс и спреда (Euribor + спред), и в) ГПР, който представлява сумата от сбора от референтния индекс и спреда плюс комисионите плюс разходите (Euribor + спред + комисиони + разходи). Припомням още, че от алинея 4 от изложението на мотивите към циркулярно писмо 5/1994 е видно, че предвидените в него референтни индекси, един от които е IRPH Cajas, представляват ГПР.

79 Вж. по този въпрос точка 48 от настоящото заключение.

80 Вж. точка 50 от настоящото заключение.

112. Вярно е, разбира се, както констатира запитващата юрисдикция, че спорната клауза е граматически ясна и разбираема, в смисъл че позволява на средния потребител да разбере и да приеме, че приложимият към ипотечния му кредит променлив лихвен процент се изчислява спрямо официален референтен индекс (IRPH Cajas). Освен това тази клауза позволява на потребителя да разбере, от една страна, че този референтен индекс се определя като „среден лихвен процент по ипотечните кредити за срок от повече от три години, отпускани от спестовните каси за закупуване на жилище по пазарна цена“, и от друга страна, че посоченият индекс е „закръглен към по-високия четвърт процентен пункт и увеличен с 0,25 процентни пункта“ (IRPH Cajas + спред или разлика).

113. Следва обаче да се установи и дали спорната клауза отговаря на изискването за прозрачност, въведено от Директива 93/13, по-специално с оглед на задължението, което произтича от практиката на Съда, изложена в точка 107 от настоящото заключение, в договора да е „прозрачно изложен точният механизъм, за който се отнася съответната клауза“. В този контекст би могъл да се постави следният въпрос: трябва ли средният потребител, за да разбере *методиката за изчисляване на лихвения процент*, приложим към ипотечния кредит, от която е видно, че трябва да заплати сума, равна на сбора от референтния индекс и спреда (IRPH Cajas + спред или разлика), да може да разбира и точния механизъм за определяне на референтния индекс, съдържащ се в тази методика за изчисляване?

114. Отговорът на този въпрос, който съвсем логично следва да е положителен, обаче е ирелевантен, когато трябва да се установи дали банковата институция е изпълнила въведеното от Директива 93/13 изискване за съставяне на договорните клаузи на ясен и разбираем език и съответно за прозрачност. Всъщност поставеното от тази директива изискване за прозрачност на договорните клаузи, чиято цел е да се даде възможност на средния потребител да прецени икономическите последици от своя кредит, не следва да се бърка със задължението за консултиране, което не е предвидено в посочената директива.

115. Освен това, както ще обясня по-нататък, макар да считам, че съдебната практика, посочена в точка 107 от настоящото заключение, е от особено значение за настоящото дело, съществуват фактически различия, които разграничават настоящото дело от делата, по които са постановени по-специално решения Kásler и Káslerné Rábai[81] и Andriciuc и др.[82]. Тези различия ме карат да подходя нюансирано към последиците, които следва да се изведат от тази съдебна практика, за делото в главното производство.

116. На първо място, в делата, по които са постановени решения Kásler и Káslerné Rábai[83] и Andriciuc и др.[84], става въпрос за договори за кредит в чуждестранна валута, в швейцарски франкове (CHF), като разглежданите клаузи поставят курсовия риск изцяло в тежест на кредитополучателя[85]. В този контекст, като постановява, че изискването за прозрачност „следва да се схваща като налагащо задължение […] в договора да е прозрачно изложен точният механизъм […] посочен във въпросната клауза“, Съдът изрично препраща към „механиз[ма] на

81 Решение от 30 април 2014 г. (C-26/13, EU:C:2014:282).

82 Решение от 20 септември 2017 г. (C-186/16, EU:C:2017:703).

83 Решение от 30 април 2014 г. (C-26/13, EU:C:2014:282).

84 Решение от 20 септември 2017 г. (C-186/16, EU:C:2017:703).

85 По-конкретно тези клаузи предвиждат, че за изчисляването на погасителните вноски по кредита се прилага обменният курс продава за чуждестранната валута (решение от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, т. 24) и че кредитът трябва да бъде погасяван в същата валута, в която е бил договорен (решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др., C-186/16, EU:C:2017:703, т. 9).

конвертиране на чуждестранната валута“ и към „отношението между този механизъм и механизма, предвиден в другите клаузи, свързани с отпускането на кредита“[86], така че потребителят да може да предвиди въз основа на ясни и разбираеми критерии произтичащите за него *икономически последици*[87].

117. На второ място, според Съда това изискване за прозрачност на договорните клаузи означава, че среден потребител, относително осведомен и в разумни граници наблюдателен и съобразителен, може не само да установи „възможното поскъпване или обезценяване на чуждестранната валута“, в която кредитът е бил договорен, но и да „прецени *потенциално значимите икономически последици* от подобна клауза върху финансовите му задължения“[88]. Всъщност, от една страна, кредитополучателят трябва да е добре осведомен, че със сключването на договор за кредит в чуждестранна валута той се излага на определен риск, свързан с обменния курс, който евентуално ще му бъде икономически трудно да понесе при обезценяване на валутата, в която получава доходите си. От друга страна, банковата институция трябва да представи възможните промени в обменните курсове и рисковете, свързани с вземането на кредит в чуждестранна валута, по-специално когато потребителят кредитополучател не получава доходите си в тази валута[89].

118. Според мен изразът *„потенциално значими икономически последици“* е един от ключовите елементи в тази съдебна практика. Всъщност тези последици представляват основанието за задължението на банковите институции да предоставят на потребителите достатъчна информация, която да позволява на последните да вземат решения, основани на добра информираност и благоразумие[90]. Това означава, че целта на поставеното от Директива 93/13 изискване за прозрачност е не само да се предотвратят потенциално значимите икономически последици за потребителя, но и тези последици да не бъдат нито алеаторни, нито непредвидими. Всъщност средният потребител трябва да може да предвиди цената на своя кредит, без да е изложен на непредвидим риск от промяна на произтичащата от него икономическа тежест.

119. За разлика обаче от договора за ипотечен кредит в чуждестранна валута, който с оглед на курсовия риск в тежест на кредитополучателя може да има потенциално значими икономически последици за него, които ще му бъде трудно да понесе[91], в настоящото дело икономическите последици, които произтичат от разглеждания в главното производство ипотечен кредит, чийто променлив лихвен процент е изчислен въз основа на официален референтен индекс, не могат да се определят като „потенциално значими“ по смисъла на практиката на Съда. Всъщност потребителят е можел да предвиди и изчисли икономическата тежест, която произтича от

86 Действително има разлика между обменния валутен курс купува към момента на отпускане на кредита и обменния валутен курс продава към момента на погасяването му. Вж. в това отношение решение от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 53 и 74).

87 Решение от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 73 и 74). Що се отнася по-специално до договорните клаузи, позволяващи на кредитодателя да променя едностранно лихвения процент, вж. решение от 26 февруари 2015 г., Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, т. 74).

88 Решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 51). Курсивът е мой.

89 Решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 50).

90 Следва да се припомни, че в решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 49) Съдът препраща към Препоръка ЕССР/2011/1 на Европейския съвет за системен риск от 21 септември 2011 г. относно предоставяне на кредити в чуждестранна валута (ОВ C 342, 2011 г., стр. 1).

91 Например от практиката на Съда относно изискването за прозрачност на договорните клаузи при подписване на друг вид договор, а именно застрахователен договор едновременно със сключването на два договора за кредит, вж. решение от 23 април 2015 г., Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, т. 47). Това дело се отнася до контрола за прозрачност на клауза в застрахователния договор, с която се гарантира поемането на плащанията на дължимите на заемодателя погасителни вноски при пълна неработоспособност на заемателя (който вследствие на трудова злополука се оказва в положение на частична трайна неработоспособност). В решението си Съдът отчита факта, че при липса на прозрачно обяснение относно точния застрахователен механизъм, свързан с поемане на плащанията на вноските по кредита в рамките на съвкупността от договори, е възможно потребителят да не може да предвиди въз основа на ясни и разбираеми критерии произтичащите за него потенциално значими икономически последици.

кредита, и е бил в състояние да я прецени преди сключването на договора. Следователно, освен факта, че към кредита му се прилага променлив лихвен процент, ищецът в главното производство не е изложен на непредвидим риск от промяна на произтичащата от неговия кредит икономическа тежест.

120. Всъщност, макар ищецът в главното производство да не е бил в състояние да разбере точния механизъм за определяне на компонентите на методиката за изчисляване на приложимия към кредита му променлив лихвен процент, а именно на IRPH Cajas, чийто механизъм за определяне не може да се изведе от текста на спорната клауза, въз основа на договора за кредит той е можел да разбере, че за всяка вноска трябва да плаща определена сума, която в по-голяма или в по-малка степен е една и съща, а именно сума, равна на сбора от IRPH Cajas и спреда.

121. Както посочих в точки 113 и 114 от настоящото заключение, считам, че за да може да се приеме, че действително разбира начина на изчисляване на приложимия към кредита му променлив лихвен процент, към който препраща спорната клауза, средният потребител трябва да може да получи достъп до важна информация с оглед на характера на стоките или услугите, за които е сключен този договор, а именно факта, че IRPH Cajas е *годишен процент на разходите* по договорите, сключени от спестовните каси през референтния месец. Конкретната математическа формула за изчисляване на този индекс към момента на сключване на договора обаче се съдържа не в спорната клауза, а в параграф 2 от приложение VIII към циркулярно писмо 8/1990.

122. Въпреки това не може да се приеме, че на ищеца в главното производство не е дадена възможност „да предвиди въз основа на ясни и разбираеми критерии произтичащите за него икономически последици“ [92], тъй като и при условие че запитващата юрисдикция евентуално извърши последващи проверки, от една страна, той е знаел, че размерът на вноските, които е трябвало да плаща представлява сума, раван на сбора от IRPH Cajas и спреда, и от друга страна, информацията относно точния механизъм за определяне на IRPH Cajas е достъпна, тъй като се публикува в *Boletín Oficial del Estado*. Всъщност, доколкото това математическо уравнение за изчисляване на IRPH Cajas е общодостъпно, потребителят е можел да узнае, от една страна, че IRPH Cajas, използван за изчисляването на променливия лихвен процент по договора му, е сбор от: i) средната стойност на индексите, използвани от спестовните каси през референтния месец, ii) средния размер на спредовете, добавени към тези индекси от същите тези институции, и iii) средния размер на относимите към същите тези сделки комисиони и разходи, и от друга страна, че към тази сума, която представлява IRPH Cajas, банковата институция добавя свързаните с кредита комисиони и разходи.

123. Освен това обстоятелството, че IRPH Cajas е официален референтен индекс, публикуван в *Boletín Oficial del Estado*, позволява да се предположи, че за средния потребител е сравнително лесно да получи достъп до системите за изчисляване на различните официални индекси и да сравни различните възможности, предлагани от банковите институции. При това положение от банката не може да се изисква да предлага на потребителите различни референтни индекси. Всъщност задължението за предоставяне на информация, за което става дума в практиката на Съда, не е задължение за консултиране и следователно то по никакъв начин не включва задължение за банковата институция да използва или да предлага на потребителя различни официални индекси.

92 Решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 45 и цитираната съдебна практика).

124. Всички изложени по-горе съображения ме карат да заключа, че банковата институция е изпълнила изискването за прозрачност, въведено с Директива 93/13. Все пак задача на запитващата юрисдикция е да извърши необходимите проверки в това отношение, и по-специално да установи дали преди сключването на договора за кредит Bankia е предоставила на ищеца в главното производство достатъчна информация, която да му позволи да вземе решение, основано на добра информираност и благоразумие. Следователно посочената юрисдикция трябва да провери, като вземе предвид всички относими фактически елементи, свързани със сключването на договора, включително публичността и информацията, предоставена от Bankia при договарянето на този договор, дали тази банкова институция е изпълнила предвидените в циркулярно писмо 8/1990 задължения за предоставяне на информация.

125. При тези обстоятелства и с цел да насочи запитващата юрисдикция при нейните проверки следва да се приеме, че информацията, която продавачът или доставчикът трябва да предостави, за да изпълни съгласно член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13 изискването за прозрачност на договорна клауза, определяща променлив лихвен процент въз основа на законоустановен референтен индекс като IRPH Cajas, чиято математическа формула за изчисляване е сложна и не съвсем прозрачна за средния потребител, трябва, от една страна, да е достатъчна, за да позволява на потребителя да вземе решение, основано на добра информираност и благоразумие, относно *методиката за изчисляване на лихвения процент*, който се прилага към договор за ипотечен кредит, и съставящите я компоненти, посредством посочване не само на *пълното определение на референтния индекс*, използван от тази методика за изчисляване, но и на относимите разпоредби на националната правна уредба, уреждащи този индекс, и от друга страна, миналите колебания на избрания референтен индекс [93].

126. Задача на националния съд обаче е да провери, в рамките на контрола за прозрачност на спорната клауза и като вземе предвид всички обстоятелства, довели до сключването на договора, от една страна, дали в договора тази методика за изчисляване на лихвения процент е изложена прозрачно, така че потребителят да може да прецени въз основа на ясни и разбираеми критерии произтичащите за него икономически последици, и от друга страна, дали този договор изпълнява всички задължения за предоставяне на информация, предвидени в националната правна уредба.

127. Накрая, следва да се приеме, че ако с оглед на съображенията, които Съдът ще предостави в отговор на поставените въпроси, запитващата юрисдикция заключи, че изискването за съставяне на договорните клаузи на ясен и разбираем език и съответно за прозрачност е изпълнено, това не променя факта, че във всички случаи евентуалният неравноправен характер на спорната клауза трябва да се подложи на преценка по същество за евентуално наличие на значителна неравнопоставеност в ущърб на потребителя между правата и задълженията, произтичащи от договора [94]. В този контекст националният съд трябва да установи, като вземе предвид критериите, посочени в член 3, параграф 1 и член 5 от Директива 93/13, дали с оглед

93 В това отношение от становището на испанското правителство е видно, че сред минималните елементи, които трябва да се съдържат в информационната брошура за ипотечните кредити във връзка с променливия лихвен процент, в приложение VII към циркулярно писмо 8/1990 фигурира референтният индекс, и по-специално неговите колебания „през двете предходни календарни години, както и последната му налична стойност“. Като се има предвид обаче, че икономическите прогнози винаги са несигурни, а някои променливи, каквито са референтните индекси, трудно могат да бъдат предвидени, според мен не е разумно да се изисква от банковата институция да предоставя на потребителя прогнози за бъдещите колебания на предлагания референтен индекс.

94 Вж. в този смисъл решение от 14 март 2013 г., Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, т. 69), както и заключението на генералния адвокат Kokott по това дело (C-415/11, EU:C:2012:700, т. 74).

на специфичните обстоятелства по настоящото дело [95] клауза като разглежданата в главното производство отговаря и на поставените от тази директива изисквания за добросъвестност и равнопоставеност [96]. Този въпрос обаче надхвърля предмета на настоящото преюдициално запитване, поради което няма да го разглеждам по-задълбочено.

128. Предвид отговора, който предлагам да се даде на буква б) от втория въпрос, считам, че не следва да се отговаря на буква в) от втория въпрос, с която се цели да се установи дали непредоставянето на информация трябва да се разглежда като недобросъвестност [97], нито на третия въпрос, отнасящ се до последиците от констатирането на неравноправния характер на тази клауза.

VI. Заключение

129. Предвид всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Първоинстанционен съд № 38, Барселона, Испания), по следния начин:

„1) Директива 93/13/ЕИО на Съвета от 5 април 1993 година относно неравноправните клаузи в потребителските договори трябва да се тълкува в смисъл, че договорна клауза, сключена между потребител и продавач или доставчик, като разглежданата в главното производство, която определя лихвен процент въз основа на един от шестте официални законоустановени референтни индекса, които могат да се прилагат от кредитните институции по ипотечните кредити с променлив лихвен процент, не е изключена от приложното поле на тази директива.

2) Член 8 от Директива 93/13 не допуска национална юрисдикция да може да приложи член 4, параграф 2 от тази директива, за да не извърши преценка за евентуално неравноправен характер на клауза като разглежданата в главното производство, съставена на ясен и разбираем език, която се отнася до основния предмет на договора, когато последната разпоредба не е транспонирана във вътрешния правен ред от националния законодател.

Информацията, които продавачът или доставчикът трябва да предостави на потребителя, за да изпълни съгласно член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13 изискването за прозрачност на договорна клауза, определяща променлив лихвен процент въз основа на законоустановен референтен индекс като референтния индекс на ипотечните кредити на спестовните каси (IRPH Cajas), чиято математическа формула за изчисляване е сложна и не съвсем прозрачна за средния потребител, трябва:

– от една страна, да е достатъчна, за да позволява на потребителя да вземе решение, основано на добра информираност и благоразумие, относно методиката за изчисляване на лихвения процент, който се прилага към договор за ипотечен кредит, и съставящите я

95 В това отношение запитващата юрисдикция би трябвало по-специално да провери дали, както следва от акта за преюдициално запитване, банковите институции действително могат да влияят на IRPH Cajas. По-конкретно имам предвид предоставените от запитващата юрисдикция обяснения относно механизма за определяне на IRPH Cajas. Вж. точки 45—47 от настоящото заключение.

96 Вж. в този смисъл решение от 26 март 2019 г., Abanca Corporación Bancaria и Bankia (C-70/17 и C-179/17, EU:C:2019:250, т. 50 и цитираната съдебна практика). Относно обстоятелството, че въведената с Директива 93/13 система за защита се основава на идеята, че потребителят е в положението на по-слабата страна в отношенията с продавача или доставчика, вж. по-специално решения от 3 юни 2010 г., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 27) и от 26 март 2019 г., Abanca Corporación Bancaria и Bankia (C-70/17 и C-179/17, EU:C:2019:250, т. 49). Вж. също заключението ми по съединени дела Abanca Corporación Bancaria и Bankia (C-70/17 и C-179/17, EU:C:2018:724, т. 65—82).

97 Трябва да се посочи, че запитващата юрисдикция не уточнява разпоредбите на правото на Съюза, в светлината на които трябва да се разгледа недобросъвестността на продавача или доставчика. Във всички случаи следва да се припомни съображение 16 от Директива 93/13, което гласи, че „изискването за добросъвестност може да се изпълни от продавача или доставчика, когато постъпва добросъвестно и равнопоставено с другата страна, отчитайки законните ѝ интереси“.

компоненти, посредством посочване не само на пълното определение на референтния индекс, използван от тази методика за изчисляване, но и на относимите разпоредби на националната правна уредба, уреждащи този индекс, и

– от друга страна, миналите колебания на избрания референтен индекс.

Задача на националния съд обаче е да провери, в рамките на контрола за прозрачност на спорната клауза и като вземе предвид всички обстоятелства, довели до сключването на договора, от една страна, дали в договора тази методика за изчисляване на лихвения процент е изложена прозрачно, така че потребителят да може да прецени въз основа на ясни и разбираеми критерии произтичащите за него икономически последици, и от друга страна, дали този договор изпълнява всички задължения за предоставяне на информация, предвидени в националната правна уредба“.