Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 10. september 2019[1]

Sag C-125/18

Marc Gómez del Moral Guasch
mod
Bankia SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (retten i første instans nr. 38 i Barcelona, Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – forbrugerbeskyttelse – urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler – aftale om lån med pant i fast ejendom – variabel rente – referenceindeks for lån med pant i fast ejendom (IRPH) – indeks, der er fastsat ved lov eller administrativ forskrift – den erhvervsdrivendes ensidige indførelse – den nationale rets kontrol af gennemsigtigheden – det informationsniveau, som banken skal sikre«

Indhold

I. Indledning 2

II. Retsforskrifter 3

A. EU-retten 3

B. Spansk ret 4

III. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, og de præjudicielle spørgsmål 9

IV. Retsforhandlingerne ved Domstolen 11

V. Bedømmelse 11

A. Indledende bemærkninger 12

1. IRPH Cajas: udvikling og funktion 12

2. Dom af 14. december 2017 14

1 – Originalsprog: fransk.

B. De præjudicielle spørgsmål 15

1. Om det første præjudicielle spørgsmål: rækkevidden af den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse 15

a) Kort gennemgang af Domstolens praksis 16

b) Er det omtvistede kontraktvilkår omfattet af den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse? 17

2. Om det andet præjudicielle spørgsmål: omfanget og indholdet af kontrollen med det omtvistede kontraktvilkårs gennemsigtighed i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 ... 20

a) Om det andet spørgsmål, litra a) 20

1) Dommen i sagen Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid 20

2) Den spanske regerings holdning 21

3) Konsekvenserne af den manglende gennemførelse i national ret af artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 22

b) Om det andet spørgsmål, litra b) og c) 24

1) Redegørelse for Domstolens praksis om rækkevidden af det krævede informationsniveau i forbindelse med kontraktvilkårenes gennemsigtighed, der følger af artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13 25

2) Anvendelse på den foreliggende sag 26

VI. Forslag til afgørelse 30

I. Indledning

1. I vore dage er køb af en ejendom uden optagelse af et lån en sjældenhed. Betaling af månedlige afdrag på et lån med pant i fast ejendom har siden tidernes morgen været almindelig praksis [2]. Når forbrugeren skal optage et lån, råder denne i princippet over forskellige informationskilder som f.eks. brochurer eller praktiske vejledninger fra bankerne, men også fra forbrugerbeskyttelsesorganisationerne, som oplyser de potentielle købere om visse ting som f.eks. maksimal låntagning, fast eller variabel rente og referenceindekser.

2. Eftersom informationen om lån med pant i fast ejendom er meget teknisk, er gennemsnitsforbrugeren imidlertid ofte ude af stand til at forstå visse begreber som f.eks. »rente« (fast eller variabel), »referenceindeks« eller »årlige omkostninger i procent« (ÅOP) og navnlig forskellene mellem disse begreber. Det samme gælder funktionen eller den konkrete beregning ikke blot af variable

2 – Beviser for, at der har foreligget en låneaftale, stammer fra de første kileskrifter fra det gamle Mesopotamien. Under alle omstændigheder foreligger der bevis for, at der har eksisteret lån med renter i den sumeriske periode (3000 f.Kr. til 1900 f.Kr.), og forskellige politiske bestemmelser fastsatte maksimumsgrænser for disse renter (den mest gængse til forskellig tid var 33,3% i korn og 20% penge). Hammurabis lov fra omkring 1800 f.Kr. fastsatte udtrykkeligt grænser for renterne samt detaljerede lovregler for disse renter og konsekvenserne af en manglende betaling. Jf. R. Santamaría Aquilué, *El tipo de interés en las operaciones de préstamo: a vueltas con la Usura*, UPNA, 2014, s. 6 og 7.

renter, men også af de officielle referenceindekser for lån med pant i fast ejendom og ÅOP, på grundlag af hvilke disse renter beregnes. I denne sammenhæng har det informationsniveau, der kræves af den erhvervsdrivende, afgørende betydning for, at gennemsnitsforbrugeren er i stand til at forstå de reelle omkostninger, der er forbundet med lånet.

3. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse, der er indgivet af Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (retten i første instans nr. 38 i Barcelona, Spanien), vedrører fortolkningen af direktiv 93/13/EØF [3], særlig artikel 1, stk. 2, og artikel 4, stk. 2, samt artikel 5 og 8. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Marc Gómez del Moral Guasch og pengeinstituttet Bankia SA (herefter »Bankia«) om den angiveligt urimelige karakter af et kontraktvilkår i en aftale om lån med pant i fast ejendom, der er indgået mellem disse to parter, og som gør lånets variable rente afhængig af et af de officielle referenceindekser (IRPH) for lån med pant i fast ejendom (herefter »det omtvistede kontraktvilkår«), nemlig IRPH Cajas (sparekassernes IRPH).

4. De præjudicielle spørgsmål, der vil blive behandlet i dette forslag til afgørelse, giver Domstolen lejlighed til at præcisere sin praksis vedrørende dels rækkevidden af den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse, dels omfanget og indholdet af kontrollen af det omtvistede kontraktvilkårs gennemsigtighed i henhold til direktivets artikel 4, stk. 2, og artikel 5.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

5. 13., 19. og 20. betragtning til direktiv 93/13 har følgende ordlyd:

»[D]et antages, at de love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne, som direkte eller indirekte fastsætter vilkårene for forbrugeraftaler, ikke indeholder urimelige kontraktvilkår; det forekommer derfor ikke nødvendigt at lade kontraktvilkår, der afspejler love eller bindende administrative bestemmelser […], være underlagt bestemmelserne i dette direktiv; udtrykket »love og bindende administrative bestemmelser« [i dette direktivs artikel 1, stk. 2] omfatter ligeledes de regler, som ifølge lovgivningen gælder mellem de kontraherende parter, når der ikke er aftalt anden ordning.

[…]

[V]ed anvendelsen af dette direktiv bør vurderingen af, om et vilkår er urimeligt, ikke omfatte vilkår, der omhandler aftalens hovedgenstand eller forholdet mellem leverancens eller ydelsens kvalitet og pris; der kan imidlertid tages hensyn til aftalens hovedgenstand og forholdet mellem kvalitet og pris ved vurderingen af, om andre kontraktvilkår er urimelige; […]

[K]ontrakterne skal være formuleret på en klar og forståelig måde […], og i tvivlstilfælde gælder den fortolkning, der er mest fordelagtig for forbrugeren.«

6. Følgende fremgår af artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13:

»Kontraktvilkår, som afspejler love eller bindende administrative bestemmelser […], er ikke underlagt dette direktivs bestemmelser.«

3 – Rådets direktiv af 5.4.1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (EFT 1993, L 95, s. 29).

7. Direktivets artikel 3, stk. 3, bestemmer følgende:

»Bilaget indeholder en vejledende og ikke-udtømmende liste over de kontraktvilkår, der kan betegnes som urimelige.«

8. Direktivets artikel 4, stk. 2, bestemmer følgende:

»Vurderingen af, om kontraktvilkårene er urimelige, omfatter hverken definitionen af aftalens hovedgenstand eller overensstemmelsen mellem pris og varer eller mellem tjenesteydelser og betalingen herfor, for så vidt disse vilkår er affattet klart og forståeligt.«

9. I bilaget til direktiv 93/13 med overskriften »Kontraktvilkår som omhandlet i artikel 3, stk. 3« er punkt 1, litra l), og punkt 2, litra c) og d), affattet således:

»1. Kontraktvilkår, hvis formål eller virkning er følgende:

[…]

l) at bestemme, at vareprisen skal afgøres på leveringstidspunktet, eller at tillade sælgeren af en vare eller leverandøren af tjenesteydelser at sætte prisen op, uden at forbrugeren i begge tilfælde har en tilsvarende ret til at annullere kontrakten, hvis den endelige pris er for høj i forhold til den pris, der blev aftalt ved kontraktens indgåelse

[…]

2. Rækkevidden af litra […] l)

[…]

c) Litra […] 1) gælder ikke for:

– forretninger i forbindelse med værdipapirer, finansielle instrumenter og andre varer eller tjenesteydelser, hvis pris er bundet til svingninger i en kurs, et børsindeks eller en finansmarkedsrente, som den erhvervsdrivende ikke har indflydelse på

[…]

d) Litra l) er ikke til hinder for lovformelige prisreguleringsklausuler, såfremt retningslinjerne for prissvingningerne er udførligt beskrevet i kontrakten.«

B. Spansk ret

10. Artikel 1303 i Código Civil (den borgerlige lovbog) er affattet således:

»Når en forpligtelse er erklæret ugyldig, skal de kontraherende parter gensidigt levere de ting tilbage, der var genstand for kontrakten, inklusive udbytter heraf og prisen med renter, dog med forbehold for nedenstående artikler.«

11. Artikel 80, stk. 1, litra a), i texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (omarbejdning af den generelle lov om beskyttelse af forbrugere og brugerrelaterede forhold og anden tilknyttet lovgivning), der blev godkendt ved Real Decreto Legislativo 1/2007 (kongeligt lovdekret nr. 1/2007) af 16. november 2007 [4] i den version, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »LGDCU«), bestemmer:

»1. I kontrakter med forbrugere og brugere, som anvender vilkår, der ikke har været genstand for individuel forhandling […] skal disse vilkår opfylde følgende krav:

a) være affattet tydeligt, klart og enkelt, således at de kan forstås umiddelbart uden henvisning til tekster eller dokumenter, som ikke er fremlagt forud for eller samtidig med kontraktindgåelsen, og der skal under alle omstændigheder udtrykkeligt henvises hertil i kontraktdokumentet.«

12. I LGDCU's artikel 82, stk. 1 og 2, bestemmes det:

»1. Alle kontraktvilkår, der ikke har været genstand for individuel forhandling, og alle former for praksis, hvorom der ikke er udtrykkelig enighed, anses for urimelige, hvis de til trods for kravene om god tro bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser til skade for forbrugeren eller brugeren.

2. […] Hvis en erhvervsdrivende hævder, at et bestemt kontraktvilkår har været genstand for individuel forhandling, har han bevisbyrden.«

13. LGDCU's artikel 83 er affattet således:

»Urimelige kontraktvilkår er uden videre ugyldige og betragtes, som om de ikke var aftalte. Med henblik herpå skal retten efter at have hørt parterne erklære urimelige vilkår i kontrakten ugyldige. Kontrakten er imidlertid stadig bindende for parterne, hvis kontrakten kan opretholdes uden sådanne vilkår.«

14. Orden del Ministerio de la Presidencia sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (ministerielt dekret om gennemsigtige finansielle betingelser for lån med pant i fast ejendom) af 5. maj 1994 [5], som ændret ved ministerielt dekret af 27. oktober 1995 [6](herefter »dekretet af 5. maj 1994«), finder udelukkende anvendelse på lån, hvor pantet i fast ejendom vedrørte en bolig, indgået af fysiske personer, for så vidt som det lån, der anmodes om, er på højst 150 000 EUR. Dette dekret, der nu er ophævet, var gældende fra den 11. august 1994 til den 29. april 2012, hvor det nye Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (ministerielt dekret om gennemsigtighed og beskyttelse af brugerne af bankydelser) af 28. oktober 2011 (herefter »dekret nr. 2899/2011«) [7] trådte i kraft [8].

15. Den anden tillægsbestemmelse i dekretet af 5. maj 1994 bestemte:

»Banco de España fastsætter i et cirkulære på grundlag af en rapport fra Dirección General del Tesoro y Política Financiera [(generaldirektoratet for statsfinanser og finanspolitik)] en række officielle indekser eller referencesatser, som kreditinstitutterne kan anvende på lån med pant i fast ejendom med variabel rente, og offentliggør regelmæssigt værdien.«

4 – BOE nr. 287 af 30.11.2007, s. 49181.

5 – BOE nr. 112 af 11.5.1994, s. 14444.

6 – BOE nr. 261 af 1.11.1995, s. 31794.

7 – BOE nr. 261 af 29.10.2011, s. 113242.

8 – Jf. punkt 21 i nærværende forslag til afgørelse.

16. Artikel 6, stk. 2, litra a) og b), og artikel 6, stk. 3, nr. 1 og 2, i dekretet af 5. maj 1994 bestemte følgende:

»2. I forbindelse med lån med variabel rente, der er omfattet af dette dekret, kan kreditinstitutterne kun anvende indekser eller referencesatser, der opfylder følgende betingelser:

a) De fastsættes ikke udelukkende af selve kreditinstituttet og kan ikke påvirkes af dette i henhold til aftaler eller praksis, der bevist er parallelle med andre institutters.

b) De oplysninger, som indekset er baseret på, indsamles i henhold til en objektiv matematisk metode.

3. I forbindelse med lån med variabel rente, der er omfattet af dette dekret, er det ikke et krav, at låntagerne individuelt skal have meddelelse om udsving i den gældende rentesats, når følgende to betingelser er opfyldt:

1. Det er aftalt, at der skal anvendes et officielt referenceindeks eller en officiel rentesats blandt de indekser og satser, der er omhandlet i anden tillægsbestemmelse i nærværende dekret.

2. Den rente, der finder anvendelse på lånet, er fastsat på den i vilkår 3a, stk. 1, litra a) eller b), i bilag II til nærværende dekret omhandlede måde.«

17. IRPH i de tre varianter, nemlig bankernes IRPH (herefter »IRPH Bancos«), sparekassernes IRPH (herefter »IRPH Cajas«) og alle kreditinstitutternes IRPH (herefter »ERPH Entidades«), er et officielt indeks, der blev indført med bestemmelse 6a i circular 8/1990 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (Banco de Españas cirkulære nr. 8/1990 rettet til kreditinstitutterne om transaktioners gennemsigtighed og beskyttelse af kunderne) af 7. september 1990[9] således som ændret ved 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 de la clientela (Banco de Españas cirkulære nr. 5/1994 rettet til kreditinstitutterne *om* ændring af cirkulære nr. 8/1990 om transaktioners gennemsigtighed og beskyttelse af kunderne) af 22. juli 1994[10] (herefter »cirkulære nr. 8/1990«). Følgende fremgår af fjerde afsnit i begrundelsen for cirkulære nr. 5/1994:

»De valgte referencesatser er i sidste ende ÅOP. De gennemsnitlige satser i forbindelse med lån med pant i fast ejendom med henblik på erhvervelse af en bolig med fri prisfastsættelse, er fuldt og helt ÅOP, eftersom de endvidere omfatter virkningen af gebyrer. Hvis de således anvendes direkte og ganske enkelt som aftalte rentesatser, forudsætter det, at [ÅOP] i forbindelse med lån med pant i fast ejendom sættes højere end den rentesats, der anvendes på markedet. For at tilpasse lånets ÅOP til ÅOP på markedet ville det være nødvendigt at anvende en negativ margen, hvis værdi ville variere afhængigt af gebyrerne i tilknytning til lånet og afdragshyppigheden […]«

9 – BOE nr. 226 af 20.9.1990, s. 27498.

10 – BOE nr. 184 af 3.8.1994, s. 25106. I henhold til dette cirkulære var der i alt seks indekser: IRPH Bancos, IRPH Cajas, IRPH Entidades, CECA-indekset (den spanske sparekassesammenslutnings indeks), den interne rentabilitetssats på det sekundære marked for offentlig gæld med en restløbetid fra to til seks år og den gældende sats på interbankmarkedet i Madrid (på engelsk: »Madrid InterBank Offered Rate«, herefter »Mibor«). Mibor udgik med indførelsen i Spanien i 1999 af interbanksatsen, der udbydes i euro (herefter »Euribor«), på engelsk: Euro Interbank offered Rate (»Euribor«).

18. Bestemmelse 2 i cirkulære nr. 8/1990 med overskriften »oplysninger om de anvendte rentesatser« vedrørte de oplysninger, som skal meddeles Banco de España, således at denne kan fastsætte og offentliggøre referenceindekser eller referencesatser på markedet for lån med pant i fast ejendom. Denne bestemmelse havde følgende ordlyd:

»[…] Banker, sparekasser, den spanske sparekassesammenslutning, filialer af udenlandske kreditinstitutter og kreditforeninger meddeler inden for de første 14 dage af hver måned Banco de España oplysninger om gennemsnitsrentesatserne for ind- og udlånstransaktioner, der er gennemført i [spanske] pesetas [(ESP)] i Spanien, uanset om de er blevet indgået eller fornyet i den foregående måned.«

19. Bestemmelse 6a i cirkulære nr. 8/1990 med overskriften »lån med pant i fast ejendom« henviste i stk. 3, litra b), til IRPH Cajas-indekset på følgende måde:

»3. Med henblik på anden tillægsbestemmelse i dekretet om lån med pant i fast ejendom betragtes følgende referenceindekser eller -rentesatser, for hvilke definitionen og beregningsmetoden findes i bilag VIII, som officielle:

b) gennemsnitsrentesatsen for lån med pant i fast ejendom med en løbetid på over tre år med henblik på køb af en bolig med fri prisfastsættelse, der ydes af sparekasserne.

[…]

Banco de España offentliggør på passende vis disse indekser, der under alle omstændigheder offentliggøres månedligt i *Boletín Oficial del Estado*.«

20. Definitionen af og den matematiske beregningsformel for disse indekser findes i bilag VIII til cirkulære nr. 8/1990. I bilag VIII, stk. 2, til dette cirkulære defineres IRPH Cajas-indekset som »[d]et simple gennemsnit af de gennemsnitlige renter vægtet med hovedstolen for lån, der er sikret ved pant i fast ejendom, på mindst tre års løbetid i forbindelse med køb af privat ejendom med fri prisfastsættelse, som alle sparekasser har oprettet eller fornyet i den måned, som indekset vedrører. Disse vægtede gennemsnitlige renter er de årlige ækvivalente rentesatser, som alle sparekasser opgiver til Banco de España for disse løbetider i henhold til bestemmelse 2.

Beregningsformlen for denne sats er:

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

Ica = summen af ica/nca

hvor:

Ica = gennemsnittet af de gennemsnitlige vægtede renter fra alle sparekasserne

ica = den gennemsnitlige vægtede rente for lånene hos de enkelte sparekasser

nca = antallet af indberettende sparekasser«.

21. IRPH Cajas og IRPH Bancos samt CECA-indekset ophørte med at være officielle referencesatser med ikrafttrædelsen af dekret nr. 2899/2011 og 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 (Banco de Españas cirkulære nr. 5/2012 rettet til kreditinstitutterne og betalingstjenesteudbydere om banktjenesters gennemsigtighed og ansvar i

forbindelse med långivning) af 27. juni 2012 (herefter »cirkulære nr. 5/2012«) [11].

22. IRPH Cajas er blevet erstattet af IRPH for alle spanske kreditinstitutter (herefter »IRPH Conjunto de Entidades«), som i øjeblikket i henhold til dekret nr. 2899/2011 er et af de seks officielle referenceindekser, der findes i Spanien.

23. Artikel 27 i ministerielt dekret nr. 2899/2011 med overskriften »officielle rentesatser« henviser i stk. 1, litra a), til IRPH Conjunto de Entidades. Ved fastsættelsen af denne IRPH anvendes værdierne af de transaktioner, som kreditinstitutterne reelt har indgået med deres kunder i løbet af hver enkelt periode. Følgende fremgår af denne bestemmelse:

»Med henblik på kreditinstitutternes anvendelse af de officielle rentesatser på de i nærværende ministerielle dekret opstillede betingelser offentliggøres der månedligt: a) gennemsnitsrentesatsen for lån med pant i fast ejendom med en løbetid på over tre år med henblik på køb af en bolig i fri handel, der ydes af kreditinstitutterne i Spanien.«

24. IRPH Conjunto de Entidades blev udarbejdet af de spanske finansmyndigheder, dvs. Banco de España og Dirección General del Tesoro (generaldirektoratet for finansforvaltning), og fik officiel karakter, da det blev medtaget i ovennævnte cirkulærer fra Banco de España og offentliggjort i *Boletín Oficial del Estado*.

25. Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (lov nr. 14/2013 af 27.9.2013 om støtte til iværksættere og deres internationalisering) [12] af 27. september 2013 (herefter »lov nr. 14/2013«) fastsætter i 15. tillægsbestemmelse med overskriften »overgangsordning for udfasning af referenceindekser eller rentesatser« den dato, fra hvilken IRPH Cajas og IRPH Bancos samt CECA-indekset ikke længere offentliggøres af Banco de España. Denne bestemmelse er affattet således:

»1. Fra den 1. november 2013 ophører de officielle indekser, der finder anvendelse på lån eller kreditter med pant i fast ejendom i henhold til gældende lovgivning, med at blive offentliggjort på Banco de Españas internetsted, og de udgår helt:

[…]

b) gennemsnitsrentesatsen for lån med pant i fast ejendom med en løbetid på over tre år med henblik på køb af en bolig med fri prisfastsættelse, der ydes af sparekasserne [IRPH Cajas]

c) sparekassernes faktiske rentesats [CECA].

2. Henvisningerne til de i det foregående afsnit omhandlede satser erstattes fra den kommende revision af de gældende takster af den referencesats eller det referenceindeks, der er fastsat i kontrakten.

3. Såfremt der ikke er fastsat en referencesats eller et referenceindeks i aftalen, eller hvis der er tale om et af de indekser eller en af de satser, der udgår, erstattes de med den officielle rentesats kaldet »den gennemsnitlige sats for lån med pant i fast ejendom med en løbetid på mere end tre år til erhvervelse af en bolig med fri prisfastsættelse, der indrømmes af kreditinstitutterne i Spanien« ledsaget af en margen svarende til det aritmetiske gennemsnit af forskellen mellem den udgåede sats og ovennævnte sats beregnet på grundlag af de oplysninger, der er tilgængelige mellem datoen for aftalens indgåelse og den dato, hvor den nye sats træder i kraft.

11 – BOE nr. 161 af 6.7.2012, s. 48855.

12 – BOE nr. 233 af 28.9.2013, s. 78787.

Udskiftningen af satserne i henhold til nærværende stykke medfører automatisk en fornyelse af aftalen uden ændring eller tab af den opførte prioritetsrækkefølge.

4. Parterne har ingen mulighed for at kræve en ændring, en ensidig ændring eller en opsigelse af lånet eller kreditten som modydelse til anvendelsen af nærværende bestemmelse.«

III. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, og de præjudicielle spørgsmål

26. Den 19. juli 2001 tegnede Marc Gómez del Moral Guasch et lån med pant i fast ejendom på 132 222,66 EUR hos Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, nu Bankia, til finansiering af et boligkøb.

27. Første del af låneaftalens vilkår 3a vedrørende beregningsmetoden for den variable rente, der finder anvendelse på det pågældende lån (IRPH Cajas), er affattet således:

»Vilkår 3a. Variabel rente

Første. Den aftalte rente fastsættes i halvårlige perioder regnet fra datoen for aftalens indgåelse, og renten for det første halvår fremgår af det tredje finansielle vilkår. For de efterfølgende halvårlige perioder svarer rentesatsen til gennemsnitssatsen for lån med pant i fast ejendom, der er optaget hos sparekasser på mere end tre års løbetid i forbindelse med køb af privat ejendom med fri prisfastsættelse, som er gældende på tidspunktet for den rentetilpasning, som Banco de España regelmæssigt offentliggør i *Boletín Oficial del Estado* for lån med variabel rente med pant i fast ejendom med henblik på boligkøb, afrundet op til nærmeste kvarte procentpoint, forhøjet med 0,25 procentpoint [sic].«

28. Den sats, der anvendes deklaratorisk i henhold til det samme kriterium som den foregående referencesats, er CECA-indekset.

29. Den 18. april 2017 anlagde Marc Gómez del Moral Guasch sag ved Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (retten i første instans nr. 38 i Barcelona) med påstand om, at det omtvistede kontraktvilkår erklæres ugyldigt på grund af dets urimelige karakter med den begrundelse, at størstedelen af lånene med pant i fast ejendom normalt indeksreguleres efter Euribor [13], der generelt er mere fordelagtigt.

30. I denne forbindelse har den forelæggende ret præciseret, at indeksreguleringen efter IRPH, der anvendes på lån med pant i fast ejendom med variabel rente, og som udgør omkring 10% af de lån, der ydes i Spanien, rent faktisk er mindre favorabel for forbrugeren end indeksreguleringen efter Euribor, der anvendes i forbindelse med omkring 90% af lånene mod pant i fast ejendom. Den har anført, at anvendelsen af IRPH medfører en ekstraomkostning for forbrugeren på 18 000-21 000 EUR pr. lån med pant i fast ejendom i forhold til Euribor, og den er i tvivl om, hvilken information sagsøgeren i hovedsagen har modtaget i forbindelse med indgåelsen af den pågældende aftale.

13 – På tidspunktet for indgåelse af aftalen var Euribor ikke et af de officielle referenceindekser i henhold til cirkulære nr. 8/1990. Det fremgår imidlertid af den spanske regerings bemærkninger, at et officielt referenceindeks, der følger Euribor, blev indført ved Circular 7/1999 del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990 (Banco de Españas cirkulære nr. 7/1999 rettet til kreditinstitutterne om ændring af cirkulære nr. 8/1990) af 29.6.1999 (BOE nr. 163 af 9.7.1999, s. 26016).

31. Den forelæggende ret har begrundet anmodningen om en præjudiciel afgørelse med den tvivl, som den nærer med hensyn til spørgsmålet, om det omtvistede kontraktvilkår, der fastsætter en rentesats på grundlag af et lovbestemt indeks som IRPH, er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/13, og om dette direktiv skal fortolkes således, at det er til hinder for, at den nationale ret kan efterprøve, om dette vilkår er urimeligt.

32. Den forelæggende rets tvivl vedrører navnlig spørgsmålet, om den omstændighed, at IRPH er omfattet af en administrativ bestemmelse, der er gengivet i aftalen om lån med pant i fast ejendom i form af et kontraktvilkår, således at denne bestemmelse hverken er absolut eller deklaratorisk, medfører, at undtagelsen i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 ikke finder anvendelse på det omtvistede kontaktvilkår. Den forelæggende ret skønner i denne henseende på grundlag af navnlig dommen i sagen Andriciuc m.fl.[14] og Kušionová-dommen[15], at en sådan bestemmelse ikke er absolut, eftersom der er tale om en administrativ bestemmelse om en variabel ordinær rente, som det står den erhvervsdrivende frit for at medtage i aftalen. Den har anført, at det var muligt for den erhvervsdrivende at benytte andre indekser med henblik på indeksregulering af lån med pant i fast ejendom, eftersom anvendelsen af IRPH udelukkende fremgår af det omtvistede kontraktvilkår. Den forelæggende ret har ligeledes præciseret, at den pågældende bestemmelse ikke er deklaratorisk, hvis der ikke findes en aftale mellem parterne.

33. Den forelæggende ret har anført, at Tribunal Supremo (øverste domstol, Spanien) i sin dom nr. 669/2017 af 14. december 2017[16] imidlertid for nylig har fastslået det modsatte, idet den fandt, at selve IRPH Entidades ikke er omfattet af direktiv 93/13, eftersom det er fastsat ved lov. Den forelæggende ret har også præciseret, at denne dom, eftersom den er blevet afsagt i plenum, udgør en bindende retspraksis, som alle de spanske domstole skal anvende direkte.

34. Den forelæggende ret ønsker oplyst, hvilke oplysninger den erhvervsdrivende skal give, når denne indgår aftaler om lån med pant i fast ejendom med variabel rente, der indeksreguleres efter et ved lov fastsat indeks såsom IRPH, hvis beregningsformel er kompleks og meget lidt gennemskuelig for gennemsnitsforbrugeren, og hvilke konsekvenser det vil have, hvis det fastslås, at det omtvistede kontraktvilkår er urimeligt. Den har i denne henseende anført, at den spanske lovgiver ikke har gennemført den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse for at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau end det, der er fastsat i dette direktiv, og ønsker oplyst, om det er i overensstemmelse med nævnte direktivs bestemmelser at anvende denne bestemmelse.

35. Under disse omstændigheder har Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (retten i første instans nr. 38 i Barcelona) ved dom af 16. februar 2018, indgået til Domstolens Justitskontor den 16. februar 2018, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Bør [IRPH Cajas] underkastes domstolsprøvelse, således at det skal undersøges, om det er forståeligt for forbrugeren, uden at det er en hindring, at det er underlagt administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, idet der ikke er tale om et af de i artikel 1, stk. 2, i [Rådets] direktiv [93/13], eftersom det ikke drejer sig om en obligatorisk bestemmelse, men den erhvervsdrivende kan vælge at indføje denne variable ordinære rente i aftalen?

2) a) Er det i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13, som ikke er gennemført i spansk ret, i strid med direktiv 93/13 og artikel 8 heri, at en spansk domstol henviser til og anvender artikel 4, stk. 2, i nævnte direktiv, når denne bestemmelse ikke er blevet gennemført i spansk ret efter lovgivers ønske, idet denne ønskede en fuldstændig beskyttelse af alle de vilkår, som den erhvervsdrivende kan indføje i en forbrugeraftale, herunder dem, der berører aftalens hovedgenstand, også selv om de er affattet klart og forståeligt?

14 – Dom af 20.9.2017 (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 28, 29 og 31).

15 – Dom af 10.9.2014 (C-34/13, EU:C:2014:2189, præmis 77-79).

16 – Dom nr. 669/2017 (ES:TS:2017:4308) (herefter »dom af 14. december 2017«).

b) Er det under alle omstændigheder nødvendigt at fremkomme med oplysninger eller reklame om følgende omstændigheder eller forhold eller nogle af disse med henblik på forståelsen af det væsentlige vilkår, dvs. IRPH?

   i) En forklaring af, hvordan referencesatsen beregnes, dvs. at det skal oplyses, at dette indeks omfatter gebyrer og øvrige omkostninger ud over den nominelle rente, at der er tale om et simpelt ikke-vægtet gennemsnit, at den erhvervsdrivende bør vide og oplyse om, at han burde anvende en negativ margen, samt at de formidlede oplysninger ikke er offentlige, modsat Euribor-satsen, der normalt anvendes.

   ii) En redegørelse for indeksets tidligere og mulige fremtidige udvikling, herunder oplysning og offentliggørelse af grafer, der klart og tydeligt forklarer forbrugeren udviklingen i denne specifikke rentesats i forhold til Euribor, som normalt anvendes i forbindelse med lån sikret ved pant i fast ejendom.

c) Og såfremt Domstolen konkluderer, at det påhviler den forelæggende ret at vurdere, om kontraktvilkårene er urimelige, og udlede alle konsekvenserne heraf i henhold til national ret, ønskes oplyst, om manglende oplysninger om ovenstående ikke udgør en manglende forståelse af vilkåret, idet vilkåret ikke fremgår klart for den gennemsnitlige forbruger (artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13), eller at udeladelsen af disse oplysninger indebærer en urimelig behandling fra den erhvervsdrivendes side, og at forbrugeren, såfremt denne havde fået de relevante oplysninger, ikke havde valgt at optage et lån på grundlag af IRPH.

3) Såfremt IRPH Cajas erklæres ugyldigt, hvilken af de to følgende konsekvenser er da i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, og artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/13, hvis aftalen ikke består, eller hvis den er mere skadelig for forbrugeren?

   a) Kontrakten tilpasses under anvendelse af det normale erstatningsindeks, Euribor, idet der er tale om en aftale, der i det væsentlige er knyttet til en rente, der er til fordel for virksomheden, [som er] erhvervsdrivende.

   b) Rentesatsen bortfalder, og låntageren eller debitoren er kun forpligtet til at tilbagebetale den lånte kapital inden for den fastlagte frist.«

IV. Retsforhandlingerne ved Domstolen

36. Ved kendelse af 10. april 2018 har Domstolens præsident ikke taget anmodningen fra Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (retten i første instans nr. 38 i Barcelona) om, at den foreliggende sag undergives en fremskyndet procedure, jf. artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement, til følge.

37. Parterne i hovedsagen, den spanske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. De samme procesdeltagere deltog i retsmødet den 25. februar 2019 og afgav mundtlige indlæg.

V. Bedømmelse

38. Den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål vedrører tre problematikker, nemlig for det første rækkevidden af den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse, for det andet rækkevidden og indholdet af kontrollen af det omtvistede kontraktvilkårs gennemsigtighed i henhold til direktivets artikel 4, stk. 2, og endelig for det tredje konsekvenserne, hvis det fastslås, at dette vilkår er urimeligt.

39. Inden jeg går over til at undersøge disse problematikker, skal det fremhæves, at den forelæggende ret, parterne i hovedsagen, den spanske regering og Kommissionen alle har henvist til de særlige karakteristika i forbindelse med det omtvistede kontraktvilkår samt til Tribunal Supremos [øverste domstol] dom af 14. december 2017.

40. Derfor er det efter min opfattelse relevant at fremsætte nogle bemærkninger til disse to punkter.

A. Indledende bemærkninger

1. IRPH Cajas: udvikling og funktion

41. Den forelæggende ret har oplyst, at det omtvistede kontraktvilkår på tidspunktet for underskrivelse af aftalen om et lån med pant i fast ejendom mellem sagsøgeren i hovedsagen og Bankia, bestemte, at der ved fastsættelsen af renten på lånet skulle anvendes IRPH Cajas, der kaldes således, fordi der ved beregningen af dette indeks kun tages hensyn til de lånetransaktioner mod pant i fast ejendom, som er foretaget af sparekasserne [17].

42. Det fremgår af den retlige ramme, således som den forelæggende ret har beskrevet den, at IRPH Cajas på dette tidspunkt var et af »referenceindekserne baseret på lån med pant i fast ejendom«, som blev indført med bestemmelse 6a, stk. 3, litra b), i cirkulære nr. 8/1990, og at det derfor havde en officiel og lovbestemt karakter [18]. Den forelæggende ret har imidlertid præciseret, at IRPH Cajas (samt IPRH Bankos og CECA-indekset) med ikrafttrædelsen af dekret nr. 2899/2011 ophørte med at være et officielt referenceindeks, og at der blev indført en overgangsordning for lån med pant i fast ejendom, der anvendte disse indekser [19].

43. Hvad angår overgangsordningen har den spanske regering oplyst, at 15. tillægsbestemmelse, stk. 2 og 3, i lov nr. 14/2013 bestemmer, at henvisningerne til de udgåede satser erstattes af »den erstatningsreferencesats eller det erstatningsreferenceindeks, der er fastsat i aftalen«, og at såfremt der ikke er fast en erstatningssats eller et erstatningsindeks i aftalen, eller såfremt der er tale om en af de satser eller et af de indekser, der udgår – hvilket er tilfældet i den foreliggende sag [20] – erstattes den pågældende sats eller det pågældende indeks af »den officielle rentesats, kaldet »gennemsnitssatsen for lån med pant i fast ejendom med en løbetid på mindst tre år med henblik på erhvervelse af en bolig med fri prisfastsættelse, der indrømmes af kreditinstitutterne i Spanien« [IRPH Conjunto de Entidades], på hvilken der anvendes en margen svarende til det aritmetiske gennemsnit af forskellene mellem den sats, der udgår, og ovennævnte sats beregnet på grundlag af de oplysninger, der foreligger mellem datoen for indgåelse af aftalen og den dato, hvor satsen reelt erstattes« [21].

17 – Det fremgår af Bankias indlæg, at den i hovedsagen omhandlede aftale om lån med pant i fast ejendom fastsatte en variabel rente på 5,25% i de seks første måneder og i resten af lånets løbetid en variabel rente, der indeksreguleres efter IRPH Cajas forhøjet med en margen på 0,25 procentpoint. Det fremgik ligeledes af aftalen, at tilbagebetalingsfristen var på 300 måneder (25 år), og at låntageren efter optagelsen af lånet mod pant i fast ejendom skulle betale de aftalte beløb.

18 – Ifølge den forelæggende ret er IRPH Cajas et referenceindeks for lån med pant i fast ejendom, der er reguleret, normgivende og dermed lovbestemt. Jf. punkt 17-19 i nærværende forslag til afgørelse.

19 – Det fremgår af den spanske regerings skriftlige bemærkninger, at det fremgik af den eneste overgangsbestemmelse i dekret nr. 2899/2011, at IRPH Cajas, IRPH Bancos og CECA-indekset fortsat ville blive offentliggjort og ville blive anset for at være egnet til alle formål, så længe overgangsordningen for de pågældende lån ikke var fastsat. Ifølge den spanske regering kunne kreditinstitutterne imidlertid ikke anvende disse referenceindekser i nye aftaler om lån med pant i fast ejendom.

20 – I den foreliggende sag var det alternative referenceindeks CECA-indekset, der ligeledes ophørte med at være et af de officielle referenceindekser med ikrafttrædelsen af ministerielt dekret nr. 2899/2011 og cirkulære nr. 5/2012. Jf. punkt 21 og 28 i nærværende forslag til afgørelse.

21 – Jf. punkt 22-25 i nærværende forslag til afgørelse.

44. Den spanske regering har ligeledes fremhævet, at denne erstatning i henhold til 15. tillægsbestemmelse, stk. 3, i lov nr. 14/2013 indebar en automatisk fornyelse af aftalen, uden at det opførte låns prioritetsrækkefølge ændres eller forsvinder. Den har tilføjet, at det fremgår af 15. tillægsbestemmelse, stk. 4, til nævnte lov, at parterne ikke havde mulighed for at indbringe ændringen, den ensidige ændring eller opsigelsen af lånet eller kreditten for domstolene. Det indeks, der fremgår af vilkår 3a i aftalen, er således på nuværende tidspunkt IRPH Conjunto de Entidades.

45. Hvad angår funktionen af IRPH Cajas har den forelæggende ret oplyst for det første, at dette indeks blev beregnet på grundlag af de oplysninger, som sparekasserne hver måned fremsendte til Banco de España, og svarede til et simpelt gennemsnit, idet alle sparekasser blev vægtet ens uanset antallet af bevilgede lån. Ifølge den forelæggende ret ændredes en sparekasses repræsentativitet i forhold til IRPH Cajas ikke, hvis den en måned forhøjede sine renter eller gebyrer og mistede markedsandele. Jo færre sparekasser, desto mere indflydelse på sparekassernes IRPH Cajas havde de tilbageværende således, og dermed kunne alle sparekasser påvirke resultatet for dette indeks ved at forhøje de anvendte renter eller gebyrer for en given måned.

46. For det andet har den forelæggende ret oplyst, at de af sparekasserne fremsendte oplysninger, som bruges ved beregningen af det aritmetiske gennemsnit for IRPH, omfattede ÅOP inklusive gebyrer og omkostninger, idet disse udgør omkring 0,25 procentpoint mere end den nominelle rente og omfatter »gulvklausuler« eller afrunding opad.

47. For det tredje har den forelæggende ret oplyst, at de satser, der var blevet nedsat som følge af tilskud eller medarbejderaftaler – og som ville have nedbragt resultatet – i henhold til den nationale lovgivning ikke indgik i beregningen af IRPH.

48. For det fjerde har den forelæggende ret præciseret, at eftersom de vægtede gennemsnitssatser er ÅOP, var det, for at IRPH afspejlede den gennemsnitlige markedsrente, nødvendigt, således som Banco de España havde anført [22], at anvende en negativ margen, hvis værdi afhænger af de anvendte gebyrer, for at kompensere for gebyrernes indflydelse på inflationen. I den foreliggende sag og generelt set anvendes der imidlertid en positiv margen: IRPH Cajas + 0,25 procentpoint.

49. For det femte har den forelæggende ret tilføjet, at IRPH i Bankias afdelinger blev markedsført som et indeks, der var mindre svingende, mere sikkert og mere stabilt end Euribor [23], således at der ligeledes kan herske tvivl om, hvorvidt de forskellige grafer, der er udarbejdet på grundlag af de oplysninger fra Banco de España, som Bankia havde kendskab til, skulle have været fremlagt, således at forbrugeren kunne få kendskab til udviklingen i hver enkelt af disse satser (IRPH og Euribor).

50. Den forelæggende ret har til sidst oplyst, at alle disse oplysninger ud over den matematiske formel, der også er et element, der indgår i vilkårenes forståelighed, og som fremgår af bilag VIII, stk. 1, til cirkulære nr. 8/1990, indikerer, at IRPH alt i alt er et komplekst indeks, hvilket kunne kræve yderligere oplysninger og reklame, eftersom dette indeks er et væsentligt element i aftalen.

22 – Jf. fjerde afsnit i begrundelsen til cirkulære nr. 5/1994. Jf. ligeledes punkt 17 i nærværende forslag til afgørelse.

23 – Den forelæggende ret har henvist til følgende websteder: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf og https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf

2. Dom af 14. december 2017

51. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen og af den spanske regerings og Kommissionens skriftlige bemærkninger, at Tribunal Supremo (øverste domstol) i dom af 14. december 2017 udtalte sig om et kontraktvilkår svarende til det i den foreliggende sag omhandlede, der indebar anvendelse af IRPH Entidades [24].

52. Det fremgår af den spanske regerings skriftlige bemærkninger, at Tribunal Supremo (øverste domstol) havde prøvet nedenstående elementer, jf. den forelæggende rets eventuelle efterfølgende prøvninger.

53. For det første konstaterede Tribunal Supremo (øverste domstol), at IRPH Entidades er et ved lov fastsat og lovbestemt indeks, det kreditinstitut, der yder lånet mod pant i fast ejendom med variabel rente, på forhånd havde indsat i aftalen som et generelt kontraktvilkår. »Den part, der på forhånd indsætter et vilkår, fastsætter [imidlertid] ikke referenceindekset ved kontrakt, men henviser til et af de ved lov fastsatte officielle indekser for denne type kontrakter. Det påhviler følgelig den offentlige forvaltning at sikre, at disse indekser overholder lovgivningen om gennemsigtighed inden for banksektoren, idet kontrollen af gennemsigtigheden ikke kan være genstand for et civilt søgsmål. […] Følgelig kan dette indeks *som sådan* ikke gøres til genstand for en kontrol af gennemsigtigheden i lyset af direktiv 93/13« [25].

54. Dernæst konkluderede Tribunal Supremo (øverste domstol) efter at have analyseret vilkåret, at det levede op til kontrollen af gennemsigtigheden i formel såvel som i materiel henseende. Den har gjort gældende dels, at vilkåret ud fra et formelt synspunkt efter rettens opfattelse opfyldte det, som den kaldte »indsættelseskriteriet«, idet vilkåret var grammatisk klart, forståeligt og gjorde det muligt for låntageren at forstå og acceptere, at den variable rente i tilknytning til lånet mod pant i fast ejendom beregnes med henvisning til en fast sats, der kontrolleres af Banco de España. Dels var vilkåret ifølge Tribunal Supremo (øverste domstol) gennemsigtigt i materiel henseende og gjorde det muligt for forbrugeren at gøre sig bekendt med de økonomiske omkostninger af lånet. Den fandt, at forbrugeren kunne forstå, at denne skulle betale summen af indekset og margenen. I denne henseende skønnede Tribunal Supremo (øverste domstol), som det fremgår af den spanske regerings bemærkninger, at det, når der var tale om et officielt indeks, var nemt for en rimeligt velunderrettet gennemsnitsforbruger at gøre sig bekendt med de forskellige beregningsmekanismer og sammenligne de anvendte valgmuligheder, og at det ikke kunne kræves af kreditinstituttet, at det tilbyder andre indekser eller forklarer, hvordan indekset beregnes.

55. I denne henseende fandt Tribunal Supremo (øverste domstol) det ikke relevant, at Euribor havde udviklet sig mere gunstigt for forbrugeren, i det omfang, at »tilbageblik« ikke kunne tjene som grundlag for en kontrol af gennemsigtigheden [26]. Derudover fandt Tribunal Supremo (øverste domstol), at dette ræsonnement ikke tog hensyn til den omstændighed, at renten ikke svarer til indekset, men til indekset plus margenen, og at det ikke var blevet påvist, at de margener, der var blevet anvendt på lån, der indeksreguleres efter Euribor, var mere gunstige end dem, der anvendes på IRPH. Den fastslog ligeledes, at margenerne i tilknytning til IRPH endog rent statistisk var lavere, og at dette ræsonnement heller ikke tog hensyn til den omstændighed, at margenerne varierer afhængigt af andre kontraktbestemmelser (domicilering af lønnen, tilknytning osv.). Tribunal Supremo (øverste

24 – Kommissionen har henledt opmærksomheden på den omstændighed, at »denne dom, selv om der er tale om en fortolkning af bestemmelserne i direktiv 93/13 foretaget af en ret i sidste instans, blev afsagt, uden at Domstolen fik forelagt det i den foreliggende sag omhandlede præjudicielle spørgsmål«.

25 – Min fremhævelse.

26 – Tribunal Supremo (øverste domstol) baserede sig i denne henseende på Domstolens overvejelser i præmis 53 og 54 i dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703).

domstol) præciserede, at det vigtigste ikke var forskellen mellem IRPH og Euribor, men den fremtidige udvikling i IRPH, og at det hverken kunne kræves af banken, at den har kendskab til denne udvikling, eller at den informerer låntageren herom. Desuden havde værdien af Euribor og IRPH tidligere udviklet sig relativt ens.

56. Endelig konkluderede Tribunal Supremo (øverste domstol), at det var selvmodsigende at fastslå, at banken vidste, at IRPH ville være mere fordelagtig end Euribor, når IRPH kun var blevet anvendt i forbindelse med mindre end 15% af lånene. Af samme årsager kunne henvisningen til Euribor være blevet annulleret, hvis udviklingen i dette indeks havde været mindre gunstig.

57. Efter at have redegjort for de faktorer, som den forelæggende ret og parterne har fremført, vil jeg nu gå over til at bedømme de juridiske problemstillinger, som de præjudicielle spørgsmål giver anledning til.

B. De præjudicielle spørgsmål

1. Om det første præjudicielle spørgsmål: rækkevidden af den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse

58. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om IRPH Cajas kan gøres til genstand for en kontrol af gennemsigtigheden på grundlag af direktiv 93/13. Som Bankia, den spanske regering og Kommissionen har gjort gældende, er det imidlertid ikke sandsynligt, at IRPH Cajas, der er omfattet af lovbestemmelser, vil kunne være omfattet af en sådan efterprøvelse.

59. Et andet spørgsmål er efter min opfattelse, om et kontraktvilkår i en aftale om et lån med pant i fast ejendom, der er indgået mellem en forbruger og en erhvervsdrivende, hvorefter dette indeks skal anvendes til beregning af den variable rente i tilknytning til dette lån, som det er tilfældet i hovedsagen, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/13.

60. Det skal i denne henseende anføres, at det i henhold til fast retspraksis tilkommer Domstolen inden for rammerne af samarbejdet med de nationale domstole, som er indført ved artikel 267 TEUF, at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den, og at det i denne henseende i givet fald påhviler Domstolen at omformulere de spørgsmål, der forelægges den[27].

61. I den foreliggende sag er jeg af den opfattelse, at det første præjudicielle spørgsmål skal opfattes således, at det nærmere bestemt ønskes oplyst, om artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 skal fortolkes således, at et kontraktvilkår aftalt mellem en forbruger og en erhvervsdrivende som det i hovedsagen omhandlede, der fastsætter en rente på grundlag af et af de seks officielle og ved lov fastsatte referenceindekser, som kreditinstitutterne kan anvende på lån med pant i fast ejendom med variabel rente, er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

62. Indledningsvis skal den spanske regerings argument om, at spørgsmålet om kontrol af gennemsigtigheden af IRPH Cajas, eftersom der er tale om et officielt og ved lov fastsat indeks, som er omfattet af love eller administrative bestemmelser, der hver måned offentliggøres i *Boletín Oficial del Estado*, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/13 i henhold til dets artikel 1, stk. 2. Eftersom nævnte indeks ikke kan betragtes som urimeligt, har medtagelsen heraf i det omtvistede kontraktvilkår ikke indflydelse på denne fortolkning.

27 – Dom af 17.7.1997, Krüger (C-334/95, EU:C:1997:378, præmis 22 og 23), af 8.12.2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, præmis 18), og af 21.12.2016, Ucar og Kilic (C-508/15 og C-509/15, EU:C:2016:986, præmis 51).

63. Den spanske regering og Bankia har i denne henseende gjort gældende, at det indeks, der nu anvendes på aftalen om det i hovedsagen omhandlede lån med pant i fast ejendom, nemlig IRPH Conjunto de Entidades, efter ophævelsen af IRPH Cajas er blevet indført i henhold til en bindende lovbestemmelse, nemlig 15. tillægsbestemmelse, stk. 2, i lov nr. 14/2013. Følgelig har anvendelsen af IRPH Conjunto de Entidades været obligatorisk, siden dets ikrafttræden, således at den ligevægt, som lovgiver har indført, respekteres. Endvidere har Bankia præciseret, at lov nr. 14/2013 bestemmer, at parterne ikke har nogen mulighed for at kræve en ændring, en ensidig ændring eller en opsigelse af lånet eller kreditten som modydelse til anvendelsen af 15. tillægsbestemmelse, stk. 4, i lov nr. 14/2013. De har derfor anført, at IRPH Cajas ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/13 i henhold til direktivets artikel 1, stk. 2.

64. Det fremgår imidlertid efter min opfattelse af de relevante retsregler og faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har redegjort for, at det IRPH, der optrådte i det omtvistede kontraktvilkår med henblik på beregning af den variable rente på tidspunktet for indgåelsen af den i hovedsagen omhandlede aftale om et lån med pant i fast ejendom, som er det tidspunkt, fra hvilket den nationale ret skal vurdere, om et kontraktvilkår er urimeligt [28], ikke var IRPH Conjunto de Entidades – der i henhold til 15. tillægsbestemmelse, stk. 2, i lov nr. 14/2013 er trådt i stedet for IRPH Cajas, og som medfører en automatisk fornyelse af kontrakten – men IRPH Cajas, der blev indført ved cirkulære nr. 8/1990. Den omstændighed, at IRPH Conjunto de Entidades i dag er det officielle referenceindeks, der optræder i vilkår 3a i aftalen om lån med pant i fast ejendom, og at det er blevet indført ved lov i henhold til en bindende bestemmelse, nemlig 15. tillægsbestemmelse, stk. 2, i lov nr. 14/2013, er uden betydning for bedømmelsen af det omtvistede kontraktvilkår om, at IRPH Cajas skal anvendes, således som det blev affattet på tidspunktet for indgåelse af aftalen.

65. Det er således indlysende, at spørgsmålet vedrører det omtvistede kontraktvilkår, der bestemmer, at IRPH Cajas skal anvendes [29]. Med henblik på en besvarelse af spørgsmålet vil jeg først redegøre kort for Domstolens relevante praksis vedrørende fortolkningen af artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13, og dernæst vil jeg på baggrund af denne retspraksis undersøge, om det omtvistede kontraktvilkår er omfattet af direktiv 93/13.

a) Kort gennemgang af Domstolens praksis

66. Indledningsvis skal det fremhæves, at det kun kan kræves, at den nationale retsinstans foretager en undersøgelse ex officio, hvis der er tale om et kontraktvilkår, som er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/13, således som dette er fastlagt i direktivets artikel 1 [30]. I henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 er kontraktvilkår, som afspejler love eller bindende administrative bestemmelser, ikke omfattet af direktivets anvendelsesområde.

28 – Det skal anføres, at »det i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv [93/13] skal vurderes, om et kontraktvilkår er urimeligt, under hensyn til hvilken type varer eller tjenesteydelser aftalen omfatter, og ved på tidspunktet for aftalens indgåelse at tage hensyn til alle omstændighederne i forbindelse med dens indgåelse«. Dom af 4.6.2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, præmis 39), af 9.11.2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, præmis 42), af 14.3.2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, præmis 71), og af 26.1.2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, præmis 61). Vedrørende dette spørgsmål jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Abanca Corporación Bancaria og Bankia (C-70/17 og C-179/17, EU:C:2018:724, punkt 70).

29 – Den spanske regering har selv i punkt 8 og 17 i sine skriftlige bemærkninger anført, at det i den foreliggende sag omtvistede kontraktvilkår er det vilkår, hvoraf det fremgår, at IRPH Cajas skal anvendes, og at dekretet af 5. maj 1994 fandt anvendelse på tidspunktet for optagelse af det lån med pant i fast ejendom, der er genstand for den foreliggende præjudicielle forelæggelse.

30 – Jf. i denne retning dom af 3.4.2019, Aqua Med (C-266/18, EU:C:2019:282, præmis 28).

67. I RWE Vertrieb-dommen [31] belyste Domstolen for første gang begrebet »love eller bindende administrative bestemmelser« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13. Domstolen har i denne forbindelse fremhævet, at der med denne bestemmelse indføres en udelukkelse fra direktivets anvendelsesområde, der vedrører kontraktvilkår, som afspejler love eller bindende administrative bestemmelser [32]. Denne udelukkelse forudsætter, at to betingelser er opfyldt. For det første skal kontraktvilkåret afspejle en lov eller en administrativ bestemmelse, og for det andet skal denne bestemmelse være bindende [33].

68. For at fastslå, om disse betingelser er opfyldt, har Domstolen fastslået, at det tilkommer den nationale ret at efterprøve, om dette kontraktvilkår afspejler de bestemmelser i national ret, der finder anvendelse mellem de kontraherende parter uanset deres valg (er bindende), eller de kontraktvilkår i disse bestemmelser, som har deklaratorisk karakter og derfor uden videre finder anvendelse, dvs. når der ikke findes en anden ordning mellem parterne herom [34].

69. Den nationale retsinstans skal således efterprøve, om det i hovedsagen omhandlede kontraktvilkår afspejler bindende bestemmelser i national ret som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 [35], under hensyntagen til den omstændighed, at den med denne artikel indførte undtagelse, navnlig under hensyn til dette direktivs formål, dvs. forbrugerbeskyttelse, skal fortolkes strengt [36].

70. Efter at jeg således har redegjort for den generelle retspraksis vedrørende fortolkningen af denne bestemmelse, vil jeg nu anvende den på den foreliggende sag.

b) Er det omtvistede kontraktvilkår omfattet af den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse?

71. Indledningsvis skal det, som det også fremgår af de foregående punkter i nærværende forslag til afgørelse, fremhæves, at såfremt et kontraktvilkår afspejler en bindende eller deklaratorisk lov eller administrativ bestemmelse, opstår spørgsmålet, om dette vilkår er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/13, ikke. Et sådant kontraktvilkår er ganske enkelt ikke underlagt dette direktivs bestemmelser.

72. Hvis den nationale retsinstans derimod er af den opfattelse, at den pågældende bestemmelse ikke forpligter banken til at vælge et officielt referenceindeks blandt de i denne bestemmelse omhandlede indekser, men tillader anvendelsen af andre referenceindekser, er spørgsmålet, om det kontraktvilkår, hvoraf dette indeks fremgår, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/13, uden tvivl relevant. Det er således indlysende, at et sådant vilkår er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. Det samme gælder efter min opfattelse, hvis denne bestemmelse pålagde banken at vælge et officielt referenceindeks blandt de i denne bestemmelse omhandlede indekser [37].

31 – Dom af 21.3.2013 (C-92/11, EU:C:2013:180).

32 – Dom af 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, præmis 25).

33 – Jf. dom af 10.9.2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, præmis 78), og af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 28). Ifølge Domstolen er denne udelukkelse fra anvendelsen af ordningen i direktiv 93/13 begrundet i den omstændighed, at det principielt må lægges til grund, at den nationale lovgiver har foretaget en afbalanceret afvejning af alle kontrahenternes rettigheder og forpligtelser. Jf. ligeledes dom af 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, præmis 28), og af 20.9.2018, OTP Bank og OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, præmis 53).

34 – Jf. dom af 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, præmis 26). Jf. også dom af 10.9.2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, præmis 76), og af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 27). Jf. også 13. betragtning til direktiv 93/13.

35 – Jf. i denne retning dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 30), og generaladvokat Wahls forslag til afgørelse (C-186/16, EU:C:2017:313, punkt 59). Jf. ligeledes dom af 26.1.2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, præmis 69 og 70).

36 – Jf. dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 31), og af 10.9.2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, præmis 77).

37 – Jf. punkt 83 i nærværende forslag til afgørelse.

73. I den foreliggende sag er den forelæggende ret af den opfattelse, at det omtvistede kontraktvilkår, som banken har fastsat på forhånd, afspejler bestemmelser i national ret. Den har imidlertid fastslået, at de betingelser for, at den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse finder anvendelse, der er opstillet i Domstolens praksis, ikke er opfyldt. Dels er den nationale bestemmelse i det omtvistede kontraktvilkår ikke bindende, for så vidt som der er tale om en lov eller en administrativ bestemmelse, der fastsætter en variabel og ordinær rente, som den erhvervsdrivende kan *vælge* at medtage i kontrakten, dvs. at IRPH Cajas ikke finder obligatorisk anvendelse uanset parternes valg. Dels er denne bestemmelse ikke deklaratorisk, når der ikke er aftalt en ordning [38].

74. Med hensyn til IRPH Cajas, som indgår i det omtvistede kontraktvilkår, fremgår det af retsforskrifterne i den foreliggende sag, at den anden tillægsbestemmelse til dekretet af 5. maj 1994, som den forelæggende ret har henvist til, gav Banco de España bemyndigelse til ved hjælp af et cirkulære (cirkulære nr. 8/1990, som ændret ved cirkulære nr. 5/1994, der nu er udgået, men som var gældende på tidspunktet for indgåelse af aftalen) at fastsætte »en række officielle indekser eller referencesatser, som kreditinstitutterne *kan* anvende på lån med pant i fast ejendom med variabel rente« [39].

75. Det fremgår af Bankias bemærkninger, at artikel 6, stk. 2, i dekretet af 5. maj 1994 bestemmer, at kreditinstitutterne i forbindelse med lån med variabel rente, der er omfattet af dette dekret, udelukkende kunne anvende indekser og referencesatser, *der opfylder følgende to betingelser*: a) at de ikke udelukkende afhænger af kreditinstituttet selv og ikke kan påvirkes af kreditinstituttet i kraft af aftaler eller praksis, der bevist svarer til andre kreditinstitutters aftaler eller praksis, b) at de oplysninger, som indekset er baseret på, er indsamlet i henhold til en objektiv matematisk metode.

76. Det fremgår ligeledes af Bankias bemærkninger, at artikel 6, stk. 3, nr. 1 og 2, i dekretet af 5. maj 1994 bestemte, at »i forbindelse med lån med variabel rente, der er underlagt [dette dekret], er det ikke et krav, at låntageren skal gives individuel meddelelse om ændringer i den gældende rente, når følgende to situationer gør sig gældende: 1) Det *er aftalt*, at der anvendes et af de officielle referenceindekser eller en af de officielle referencesatser, der er fastsat i den anden tillægsbestemmelse [til dette dekret], og 2) at den rente, der finder anvendelse på lånet, er fastsat efter den i kontraktvilkår 3a, stk. 1, litra a) eller b) i bilag II [til dekretet] omhandlede metode« [40].

77. I denne forbindelse fremgik det, som den spanske regering har anført i sine skriftlige bemærkninger, af bilag II til dekretet af 5. maj 1994 med overskriften »finansielle vilkår i aftaler om lån med pant i fast ejendom, der er omfattet af dette dekret«, hvilke oplysninger disse kontraktvilkår skal omfatte. Det fremgår af disse bemærkninger, at punkt 3a i bilag II med overskriften »variabel rente« navnlig bestemte, at når den variable rente fastsættes, skal den oplyses ved hjælp af en af de i denne bestemmelse omhandlede metoder. Punkt 3a, litra a), b) og c), i bilag II henviste til fastsættelsen af den variable rente ved hjælp af et referenceindeks *eller* i henhold til nævnte bestemmelses litra d), »*[p]å enhver anden måde*, forudsat at den er klar, konkret og forståelig for låntageren og i overensstemmelse med lovgivningen« [41].

78. Det fremgår således med forbehold for den forelæggende rets eventuelle efterprøvelse, at dekretet af 5. maj 1994 ikke i forbindelse med lån med variabel rente krævede, at et af de seks officielle referenceindekser, herunder IRPH Cajas, anvendtes, men i stedet, som det fremgår af de af Bankia anførte nationale bestemmelser, der fremgår af punkt 75 i nærværende forslag til afgørelse, fastsatte de betingelser, som »referenceindekserne eller referencesatserne« skulle opfylde, for at bankerne kunne

38 – Ifølge den spanske retsvidenskab, hvori kommenteres dom af 14. december 2017, er der tale om en bestemmelse, som hverken er bindende eller deklaratorisk. Jf. S. Cámara Lapuente, »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 (red.), nr. 9, Dykinson, 2017, s. 211-236, navnlig s. 219 og 222.

39 – Jf. punkt 15 i nærværende forslag til afgørelse. Min fremhævelse.

40 – Min fremhævelse.

41 – Jf. punkt 18 i den spanske regerings bemærkninger.

anvende dem. De kontraherende parters valg *skulle således ikke obligatorisk foretages* mellem de seks officielle indekser i cirkulære nr. 8/1990[42]. Selv om det i denne henseende ganske vist er korrekt, at de seks officielle referenceindekser i cirkulære nr. 8/1990 principielt opfyldte de to opstillede betingelser, står det ikke desto mindre fast, med forbehold for den forelæggende rets eventuelle yderligere efterprøvelse, at Bankia, som det fremgår af punkt 3a, litra d), i bilag II til dekretet af 5. maj 1994[43], havde mulighed for at fastsætte den variable rente »på enhver anden måde, der var klar, konkret og forståelig for låntageren og i overensstemmelse med lovgivningen«. Det er i denne kontekst, at den forelæggende ret har henvist til muligheden for, på tidspunktet for indgåelse af aftalen, nemlig den 19. juli 2001, at anvende Euribor, der blev indført i Spanien i 1999[44]. Det skal fremhæves, at det fremgår af retsforskrifterne i den foreliggende sag, at Euribor på tidspunktet for indgåelsen af den omhandlede aftale ikke udgjorde en del af de seks officielle indekser i cirkulære nr. 8/1990. Som den forelæggende ret har anført, kunne banken have valgt Euribor som referenceindeks på tidspunktet for indgåelse af aftalen.

79. Denne konklusion underbygges af Bankias skriftlige bemærkninger, i hvilke den klart fastslog, at »IRPH *ikke [va]r obligatorisk for de kontraherende parter*«[45].

80. Endelig skal det fremhæves, at Kommissionen i sine skriftlige bemærkninger har anført, at Tribunal Supremo (øverste domstol), for så vidt som den har efterprøvet det pågældende *kontraktvilkårs gennemsigtighed*, uden at sætte spørgsmålstegn ved anvendeligheden af direktiv 93/13, selv indirekte fastslog i dom af 14. december 2017, at den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse ikke fandt anvendelse på et kontraktvilkår, der bestemte, at IRPH Cajas skulle anvendes.

81. Desuden har Kommissionen ligeledes anført, at dom af 14. december 2017, indeholder en dissens fra to dommere ved denne høje ret, nemlig Francisco Javier Orduña Moreno og Francisco Javier Arroyo Fiestas, hvorefter »genstanden for denne [domstols]prøvelse er ikke indekset som sådan, dvs. som en afspejling af love eller bindende administrative bestemmelser, der gør det offentligt, *men brugen af det eller anvendelsen af det i generelle vilkår*«[46]. Det præciseres ligeledes i denne dissens vedrørende kriteriet om, at den nationale bestemmelse skal være bindende, at »det er heller ikke tilfældet i den foreliggende sag, eftersom den erhvervsdrivende anvender *et af de syv referenceindekser*, der var tilladt på det pågældende tidspunkt (herunder Mibor-indekset, CECA-indekset og Euribor); følgelig var IRPH Entidades ikke det eneste indeks, der kunne tjene som referenceværdi, og anvendelsen af det var ikke bindende for den erhvervsdrivende«[47].

82. Henset til, at den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse skal fortolkes strengt, og med forbehold for den eventuelle efterprøvelse, som den forelæggende ret skal foretage, fremgår det af de foregående betragtninger, at det omtvistede kontraktvilkår er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/13, og at dette kontraktvilkårs potentielt urimelige karakter kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse.

42 – Det fremgår af retsforskrifterne i den foreliggende sag, at de seks officielle referenceindekser i cirkulære nr. 8/1990 ud over de allerede nævnte referenceindekser (IRPH Bancos, IRPH Cajas og IRPH Entidades) omfattede følgende tre referenceindekser: CECA-indekset, den interne rentabilitetssats på det sekundære marked for offentlig gæld med en restløbetid fra to til seks år og Mibor. Mibor udgik, da Euribor blev indført i Spanien i 1999. Som det fremgår af den spanske regerings skriftlige bemærkninger, blev der indført et ekstra officielt referenceindeks med tilknytning til Euribor med Banco de Españas cirkulære nr. 7/1999. Jf. fodnote 13 i nærværende forslag til afgørelse.

43 – Jf. punkt 77 i nærværende forslag til afgørelse.

44 – Jf. fodnote 13 og 42 i nærværende forslag til afgørelse.

45 – Min fremhævelse. Ifølge Bankia skyldes IRPH's bindende karakter den omstændighed, at når dette indeks først er valgt, indarbejdes det i aftalen om lån med pant i fast ejendom i dens helhed uden kontraktændringer, en aftale, som parterne ikke kan unddrage sig. Jeg kan ikke tiltræde dette argument. Selv om banken hverken kan »forhåndsbestemme« fastsættelsen af et officielt referenceindeks eller dets beregningsmetode, kan den efter min opfattelse altid fastsætte den margen, den anvender på indekset, som det er tilfældet i den foreliggende sag, hvor Bankia, til trods for henstillingerne fra Banco de Españas vedrørende anvendelse af en negativ margen med henblik på at bringe ÅOP for denne transaktion på linje med ÅOP på markedet, valgte at anvende en positiv margen på 0,25 procentpoint.

46 – Min fremhævelse.

47 – Min fremhævelse.

83. Under alle omstændigheder og som allerede anført i punkt 72 i nærværende forslag til afgørelse er jeg af den opfattelse, at det omtvistede kontraktvilkår er omfattet af direktiv 93/13, selv om den forelæggende ret er af den opfattelse, at de gældende bestemmelser i den foreliggende sag var obligatoriske for bankerne. Alene den omstændighed, at en national bestemmelse gør det muligt for en bank at vælge at medtage et blandt flere officielle referenceindekser anført i denne bestemmelse i de generelle vilkår i aftalen om lån med pant i fast ejendom, er efter min opfattelse tilstrækkelig til, at en sådan bestemmelse kan anses for *ikke at være bindende* i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/13, og at direktivet derfor finder anvendelse. Det er således for mig indlysende, at den i denne bestemmelse omhandlede undtagelse ikke kan finde anvendelse på et kontraktvilkår, der afspejler love eller administrative bestemmelser, der indskrænker eller begrænser parternes partsautonomi *uden dog helt at fjerne den*.

84. Desuden kan jeg ikke se, hvordan en medlemsstat kan fastslå, at et kontraktvilkår ikke er urimeligt, når dette vilkår afspejler en bindende bestemmelse, hvis indhold er i strid med den effektive virkning af direktiv 93/13.

85. Henset til det foregående er jeg derfor af den opfattelse, at direktiv 93/13 skal fortolkes således, at et kontraktvilkår, der er aftalt mellem en forbruger og en erhvervsdrivende som det i hovedsagen omhandlede, der fastsætter en rente på grundlag af et af de seks officielle og ved lov fastsatte referenceindekser, som kreditinstitutterne kan anvende på lån med pant i fast ejendom med variabel rente, ikke er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

2. Om det andet præjudicielle spørgsmål: omfanget og indholdet af kontrollen med det omtvistede kontraktvilkårs gennemsigtighed i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13

86. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 93/13, navnlig artikel 8, er til hinder for, at en national retsinstans kan anvende direktivets artikel 4, stk. 2, som grundlag for ikke at prøve, om et kontraktvilkår, der er affattet klart og forståeligt, og som vedrører aftalens hovedgenstand, er urimeligt, når den nationale lovgiver ikke har gennemført denne bestemmelse i national ret. Den forelæggende ret ønsker desuden i givet fald oplyst, hvilke oplysninger den erhvervsdrivende skal give for at overholde kravet i artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13 om gennemsigtighed af et kontraktvilkår, der fastsætter en rente på grundlag af et ved lov fastsat referenceindeks som f.eks. IRPH Cajas, hvis matematiske beregningsformel er kompleks og meget lidt gennemsigtig for gennemsnitsforbrugeren. Endelig ønsker den oplyst, om fraværet af oplysninger skal betragtes som urimeligt.

a) Om det andet spørgsmål, litra a)

87. Inden jeg tager stilling til det andet spørgsmåls første del, der vedrører fortolkningen ikke blot af artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13, men også af direktivets artikel 5 og 8, vil jeg præcisere den kontekst, i hvilken spørgsmålet er stillet. Jeg vil således starte med at redegøre for Domstolens praksis.

1) Dommen i sagen Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid

88. Med hensyn til spørgsmålet, om artikel 8 i direktiv 93/13 er til hinder for, at en national ret kan anvende direktivets artikel 4, stk. 2, som grundlag for en vurdering af, om et kontraktvilkår, der er affattet klart og forståeligt, og som vedrører aftalens hovedgenstand, er urimeligt, når den nationale lovgiver ikke har gennemført denne bestemmelse i national ret, skal jeg indledningsvis fremhæve, at Domstolen allerede har besvaret dette spørgsmål i dommen i sagen Caja de Ahorros y Monte de

Piedad de Madrid [48].

89. I denne dom fastslog Domstolen først og fremmest, som den forelæggende ret har anført i den foreliggende sag, at »det fremgår af sagsakterne for Domstolen, at lov nr. 7/1998 [49] ikke gennemførte […] artikel 4, stk. 2, [i direktiv 93/13] i intern ret« [50]. Domstolen fastslog dernæst, at det fulgte heraf, at en national ret i spansk retsorden under alle omstændigheder i en tvist vedrørende en kontrakt, der er indgået mellem en erhvervsdrivende og en forbruger, kan vurdere, om et kontraktvilkår, som ikke er blevet individuelt forhandlet, og som bl.a. vedrører aftalens hovedgenstand, er urimeligt, selv i tilfælde, hvor dette vilkår på forhånd er blevet affattet klart og forståeligt af den erhvervsdrivende [51]. Under disse omstændigheder fastslog Domstolen, at de spanske forskrifter gør det muligt – idet de åbner for en fuldstændig retslig kontrol af, om vilkår, såsom dem, der er omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13, og som er fastsat i en aftale mellem en erhvervsdrivende og en forbruger, er urimelige, »gør det muligt […] – i overensstemmelse med direktivets artikel 8 at sikre forbrugeren et højere effektivt beskyttelsesniveau end det, der er fastsat i direktivet« [52].

2) Den spanske regerings holdning

90. I den foreliggende sag er den spanske regering af den opfattelse [53], at artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 ganske vist ikke er blevet formelt gennemført i national spansk ret, men at denne manglende formelle gennemførelse i modsætning til det af den forelæggende ret anførte ikke kan fortolkes som et udtryk for den spanske lovgivers udtrykkelige ønske om at tillade kontrol af, om aspekter, der vedrører aftalens hovedgenstand, er urimelige, når de er affattet klart og forståeligt [54]. I denne henseende har den spanske regering gjort gældende, at Tribunal Supremo (øverste domstol) efter afsigelsen af dommen i

48 – Dom af 3.6.2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, præmis 44). Tribunal Supremo (øverste domstol) havde fremsat de præjudicielle spørgsmål i denne sag.

49 – Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (lov 7/1998 om generelle aftalevilkår) af 13.4.1998 (BOE nr. 89 af 14.4.1998).

50 – Dom af 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, præmis 41).

51 – Jf. dom af 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, præmis 42).

52 – Dom af 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, præmis 43).

53 – Bankia er enig heri og har anført, at »ifølge en strømning i retslitteraturen og i retspraksis, er artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 ganske enkelt blevet gennemført i national spansk retsorden«.

54 – Den spanske regering har til støtte for dette argument vedhæftet sine skriftlige bemærkninger en artikel i litteraturen, hvori det fremhæves, at den manglende gennemførelse af artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 ved lov nr. 7/1998 rent faktisk skyldes »en uagtsom fejl begået i forbindelse med afstemningen i parlamentet, som medførte, at ordlyden af den pågældende bestemmelse i den juridiske tekst blev slettet«. Ifølge denne forfatter blev denne fejl ikke berigtiget i forbindelse med senere lovgivningsreformer, og forfatteren præciserer ligeledes, at ikke blot litteraturen, men også national retspraksis siden har været delt med hensyn til konsekvenserne af denne fejl, i det mindste indtil Tribunal Supremo (øverste domstol) afsagde sin dom nr. 241/2013 den 9.5.2013 (ES:TS:2013:1916). Forfatteren konkluderer i denne henseende, at Tribunal Supremo (øverste domstol) har forsøgt at sætte en stopper for denne uvisse situation i Spanien, men at den spanske lovgiver, til trods for at denne har haft flere lejligheder til at tydeliggøre spørgsmålet om gennemførelse eller manglende gennemførelse af artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13, »ikke ser ud til at være tilbøjelig til at gøre det«. Den pågældende forfatter fastslår således, at »hverken de lovreformer, som det spanske parlament vedtog i maj 2013 for at tilpasse den spanske ordning til dom af 14.3.2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), eller udkastet til gennemførelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU [af 25.10.2011 om forbrugerrettigheder, om ændring af Rådets direktiv 93/13/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF samt om ophævelse af Rådets direktiv 85/577/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF]« (EUT 2011, L 304, s. 64) vedrørte spørgsmålet om urimelige vilkår, der vedrører væsentlige elementer i aftalen. Jf. S. Cámara Lapuente, »¿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*, bind 5(2), 2013, s. 209-233, særlig s. 226, 227 og 233.

sagen Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid[55] i sin dom af 18. juni 2012[56] fandt, at den spanske lovgiver havde ønsket at gennemføre artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 i national spansk ret, og at den reform, der blev foretaget ved lov nr. 7/1998, var et udtryk for en udtrykkelig gennemførelse af denne artikel[57].

91. Jeg er ikke enig i den spanske regerings holdning i denne henseende. Dens ræsonnement er således efter min opfattelse i strid med Domstolens praksis om gennemførelse af direktiver i national retsorden, og navnlig med principperne om retssikkerhed, gennemsigtighed og loyalt samarbejde.

3) Konsekvenserne af den manglende gennemførelse i national ret af artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13

92. I henhold til ordlyden af artikel 288, stk. 3, TEUF er et direktiv med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at vælge form og midler for at opnå dette mål. Det følger heraf, at Kongeriget Spanien ligesom enhver anden medlemsstat kan vælge form og midler for gennemførelsen af direktiverne.

93. Det er også velkendt, at gennemførelsen i national ret af direktiverne betegner den/de kompetente nationale lovgivende myndigheds/myndigheders proces med at omdanne direktiverne til bestemmelser i national ret[58]. I denne henseende kræver *retssikkerhedsprincippet*, at en medlemsstat vedtager de love og administrative bestemmelser, der er nødvendige for at sikre en fuldstændig gennemførelse af et direktivs bestemmelser i national ret[59]. Selv om ikke alle et direktivs bestemmelser behøver at blive gennemført direkte eller udtrykkeligt, kan *forpligtelsen til gennemsigtighed* faktisk kræve en bestemt adfærd, navnlig meddelelse af visse oplysninger til Kommissionen[60]. »[P]å grundlag af forpligtelsen i selve direktivet og dets obligatoriske virkning« i henhold til artikel 288, stk. 3, TEUF kan således nævnes den »subsidiære forpligtelse« i artikel 4, stk. 3, TEU, »der indebærer et *loyalt samarbejde* mellem de nationale myndigheder og Unionen om gennemførelsen af de opgaver, der følger af traktaterne«[61].

55 – Dom af 3.6.2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, præmis 44).

56 – ES:TS:2012:5966.

57 – Den spanske regering har i sine skriftlige bemærkninger gengivet et uddrag af anden præmis i Tribunal Supremos (øverste domstol) dom af 18.6.2012: »I forbindelse med ændringen af den tidligere generelle lov om forbrugerbeskyttelse fra 1984 ved indførelsen af en ny artikel 10, stk. 1, litra c), blev det brede udtryk »den rette balance mellem parterne« således erstattet af »en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser« i overensstemmelse med direktivets bestemmelser, der har til formål at begrænse den indholdskontrol, der kan foretages af vilkårets eventuelle urimelige karakter. Det kan således fastslås, at der hverken foretages en vurdering af priser eller af balancen mellem ydelserne som sådan«. Ifølge den spanske regering har Tribunal Supremo (øverste domstol) i denne dom tilføjet, at »[…] selv om litteraturen ikke er entydig i denne henseende, må det på grundlag af en teleologisk anvendelse af artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 konkluderes, at selv om de væsentlige elementer i aftalen er udelukket fra en indholdskontrol, kan de gøres til genstand for en kontrol af indsættelsen og gennemsigtigheden [artikel 5, stk. 5, og artikel 7 i lov nr. 7/1998 om generelle aftalevilkår og artikel 10, stk. 1, litra a), i den generelle lov om forbrugerbeskyttelse]«. Den spanske regering har ligeledes præciseret, at Tribunal Supremo (øverste domstol) stadfæstede denne afgørelse ved dom af 9.5.2013 (ES:TS:2013:1916).

58 – Jf. S. Prechal, *Directives in EC Law*, 2. udgave, Oxford EC Law Library, Oxford, 2009, s. 6.

59 – Vedrørende retssikkerhedsprincippet og gennemførelse af direktiver i national ret se T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2. udgave, Oxford EC Law Library, 2006, s. 246 og 247.

60 – Jf. i denne retning S. Prechal, op.cit., s. 6.

61 – D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 3. udgave, Presse universitaires de France, Paris, 2006, s. 328-332. Min fremhævelse.

94. Man bør nærmere bestemt i forbindelse med fortolkningen af artikel 288, stk. 3, TEUF, der har været genstand for en righoldig retspraksis, huske på, at selv om der ikke nødvendigvis kræves lovgivning med henblik på gennemførelsen af et direktiv i hver enkelt medlemsstat, skal de pågældende nationale retsforskrifter imidlertid give en sikker hjemmel for, at direktivet efterleves fuldt ud, at retstilstanden med hjemmel i nævnte retsforskrifter er *tilstrækkelig bestemt og klar*, og at de af direktivet omfattede sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og i givet fald kan håndhæve rettighederne ved de nationale domstole [62].

95. Domstolen har i denne henseende allerede fastslået, at en national retspraksis – forudsat at den godtgøres at foreligge – hvorefter bestemmelser i national ret fortolkes på en måde, der anses for at være i overensstemmelse med de krav, der opstilles i et direktiv, ikke kan have den klarhed og præcision, der er nødvendig for at opfylde kravet om *retssikkerhed*, hvilket specielt er tilfældet på forbrugerbeskyttelsesområdet [63]. Dette gælder i endnu højere grad, når en national, veletableret retspraksis fortolker og anvender en bestemmelse i et direktiv, som den nationale lovgiver ikke har gennemført i national ret. En sådan national retspraksis kan følgelig ikke tilstrækkeligt klart og præcist godtgøre, at den er egnet til at tjene som et passende retsgrundlag for fastsættelse af regler på forbrugerbeskyttelsesområdet eller, som det er tilfældet i den foreliggende sag, for gennemførelse af den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 omhandlede undtagelse i national ret.

96. Selv om jeg, efter at have læst sagsakterne for Domstolen i den foreliggende sag, kan forstå, at Tribunal Supremo (øverste domstol) med sine domme af 18. juni 2012 [64] og 9. maj 2013 [65] har forsøgt at rette op på en tidligere selvmodsigende retspraksis og navnlig sikre sammenhæng i national ret, tilkommer det således den spanske lovgiver i givet fald at gribe ind og træffe passende foranstaltninger, såfremt den ønsker at gennemføre artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13, hvilket, henset til den i punkt 94 og 95 i nærværende forslag til afgørelse omhandlede retspraksis, hverken fremgår af forelæggelsesafgørelsen eller af sagsakterne for Domstolen.

97. Desuden skal det for det første fremhæves, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 *ikke er en ufravigelig og bindende bestemmelse*, som medlemsstaterne som sådan skal gennemføre i national ret. Denne bestemmelse begrænser således de rettigheder, som den retsundergivne har i henhold til EU-retten. Domstolen har i denne henseende allerede fastslået, at enhver gennemførelse af direktivets artikel 4, stk. 2, med henblik på konkret at sikre dets formål om at beskytte forbrugerne skal være fuldstændig, hvorfor forbuddet mod at vurdere, om vilkår er urimelige, udelukkende vedrører de vilkår, der er affattet klart og forståeligt [66].

62 – Jf. dom af 23.5.1985, Kommissionen mod Tyskland (29/84, EU:C:1985:229, præmis 23), af 23.3.1995, Kommissionen mod Grækenland (C-365/93, EU:C:1995:76, præmis 9), af 10.5.2001, Kommissionen mod Nederlandene (C-144/99, EU:C:2001:257, præmis 17), af 9.9.2004, Kommissionen mod Spanien (C-70/03, EU:C:2004:505, præmis 36), og af 23.4.2009, Kommissionen mod Belgien (C-292/07, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:246, præmis 120). Ifølge generaladvokat Tizzano skal »medlemsstaterne […] skabe en *præcis lovramme* for det pågældende område, som bringer den nationale retsorden i overensstemmelse med direktivet. Denne lovramme skal fastsættes således, at der *ikke består nogen tvivl eller uklarhed*, ikke alene med hensyn til indholdet af de nationale bestemmelser, der finder anvendelse, og deres overensstemmelse med direktivet, men også med hensyn til bestemmelsernes formelle status og deres egnethed til at tjene som et passende retsgrundlag for reguleringen af området«. Jf. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Kommissionen mod Nederlandene (C-144/99, EU:C:2001:50, punkt 15). Min fremhævelse.

63 – Jf. dom af 10.5.2001, Kommissionen mod Nederlandene (C-144/99, EU:C:2001:257, præmis 21), og af 10.7.2014, Kommissionen mod Belgien (C-421/12, EU:C:2014:2064, præmis 46). Jf. ligeledes dom af 9.12.2003, Kommissionen mod Italien (C-129/00, EU:C:2003:656, præmis 33): »Når en national lovgivning i retspraksis er genstand for forskellige fortolkninger, der kan tages i betragtning, og hvoraf nogle medfører en anvendelse af bestemmelsen, der er forenelig med [EU-retten], mens andre medfører en anvendelse, der er uforenelig med denne, må det fastslås, at denne lovgivning i det mindste ikke er tilstrækkelig klar til at sikre en anvendelse, der er forenelig med [EU-retten].«

64 – ES:TS:2012:5966.

65 – ES:TS:2013:1916.

66 – Dom af 10.5.2001, Kommissionen mod Nederlandene (C-144/99, EU:C:2001:257, præmis 22), og af 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, præmis 39).

98. For det andet indebærer den manglende gennemførelse i national ret, som allerede anført i punkt 89 i nærværende forslag til afgørelse, at den spanske lovgivning ved at tillade en domstolsprøvelse af, om vilkår i en kontrakt mellem en erhvervsdrivende og en forbruger er urimelige således som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13, gør det muligt i henhold til nævnte direktivs artikel 8 at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau end det, der fastsættes med nævnte direktiv, også selv om dette vilkår vedrører aftalens hovedgenstand eller forholdet mellem kvalitet og pris for ydelsen.

99. For det tredje og sidste vedrørende kravet om, at et kontraktvilkår i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 skal være affattet klart og forståeligt, fremgår det af fast retspraksis, at dette krav ligeledes findes i nævnte direktivs artikel 5[67], og følgelig, som Kommissionen har fremhævet i sine skriftlige bemærkninger, at kontrollen med vilkårets gennemsigtighed udgør en del af den vurdering af, om vilkåret er urimeligt, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 3, stk. 1. De spanske retsinstanser er således i forbindelse med vurderingen af, om kontraktvilkår er urimelige, i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 93/13 forpligtede til at efterprøve disse vilkårs gennemsigtighed i overensstemmelse med direktivets artikel 5.

100. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at artikel 8 i direktiv 93/13 er til hinder for, at en national retsinstans kan anvende dette direktivs artikel 4, stk. 2, som grundlag for ikke at bedømme et vilkår som det i hovedsagen omhandlede, der er affattet klart og forståeligt, og som vedrører aftalens hovedgenstand, når den nationale lovgiver ikke har gennemført denne bestemmelse i national ret.

b) Om det andet spørgsmål, litra b) og c)

101. Det andet spørgsmåls anden og tredje del vedrører spørgsmålet om, hvilke oplysninger den erhvervsdrivende skal give for at overholde kravet i artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13 om gennemsigtighed af et kontraktvilkår, der fastsætter en rente på grundlag af et ved lov fastsat referenceindeks som f.eks. IRPH Cajas, hvis matematiske beregningsformel er kompleks og meget lidt gennemsigtig for gennemsnitsforbrugeren. Den forelæggende ret ønsker ligeledes oplyst, om manglende oplysninger skal betragtes som urimeligt.

102. Den spanske regering og Bankia har i denne henseende gjort gældende, at for så vidt som IRPH Cajas var et officielt indeks, der månedligt blev offentliggjort i *Boletín Oficial del Estado*, og som var omfattet af cirkulære nr. 8/1990, indeholder det omtvistede kontraktvilkår *definitionen* af IRPH Cajas som fastsat ved national lovgivning[68]. Den spanske regering har ligeledes fremhævet, at *dette cirkulære* fastsatte *beregningsformlen for IRPH Cajas* og de oplysninger, som banken skulle give forbrugeren inden indgåelsen af kontrakten om lån med pant i fast ejendom[69].

103. Selv om den spanske regering er enig i, at de oplysninger, som banken giver forbrugeren, rent faktisk skal indeholde en tilstrækkelig forklaring ikke blot af de elementer, som referenceindekset består af, men også af den tidligere udvikling i indekset, er den af den opfattelse, at kravet om, at forbrugeren skal informeres om, hvordan referenceindekset rent faktisk fungerer, dvs. den nøjagtige beregningsformel, ikke er hensigtsmæssigt, for så vidt som den matematiske formel, der finder anvendelse, ville gøre oplysningerne mindre forståelige og dermed mindre gennemsigtige for

67 – Jf. i denne retning dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 69), af 9.7.2015, Bucura (C-348/14, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:447, præmis 49), og af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 44). Jf. også 20. betragtning til direktiv 93/13.

68 – Jf. punkt 19 og 20 i nærværende forslag til afgørelse. Der skal sondres mellem definitionen af IRPH Cajas og den matematiske beregningsformel. Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen og af de bemærkninger, som sagsøgeren i hovedsagen, Bankia og den spanske regering har fremsat, at det omtvistede kontraktvilkår indeholder definitionen af IRPH Cajas og beregningsmetoden for lånets *variable rente* (IRPH Cajas + margen), mens den konkrete matematiske ligning til beregning af IRPH Cajas var fastsat i bilag VIII, stk. 2, til cirkulære nr. 8/1990, men ikke fremgår af vilkåret. Jf. fodnote 78 i nærværende forslag til afgørelse.

69 – Jf. punkt 20 i nærværende forslag til afgørelse.

forbrugeren. Den spanske regering har ligeledes gjort gældende, at der ikke kan kræves en udtalelse om den eventuelle fremtidige udvikling, dels fordi banken ikke er i besiddelse af disse oplysninger, dels fordi det skal vurderes på tidspunktet for indgåelse af kontrakten, om et vilkår er urimeligt. På dette tidspunkt er den fremtidige udvikling imidlertid irrelevant. Endelig har den spanske regering fremhævet, at der ikke kan stilles krav om, at der i reklamer henvendt til forbrugerne medtages kurver over den tidligere udvikling i IRPH Cajas i forhold til Euribor.

104. Som anført i punkt 95-101 i nærværende forslag til afgørelse, og som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen og sagsakterne for Domstolen, har den spanske lovgiver ikke gennemført artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/13 i national ret. Det følger efter min opfattelse heraf, at de spanske retsinstanser i forbindelse med vurderingen af, om kontraktvilkår er urimelige, i henhold til artikel 3, stk. 1, i dette direktiv er forpligtede til at efterprøve disse vilkårs gennemsigtighed i henhold til artikel 5 i nævnte direktiv [70].

105. Hvis Domstolen skulle nå frem til den samme konklusion, skal det i forbindelse med kontrollen med gennemsigtigheden præciseres, hvilke oplysninger banken skal give forbrugerne. Inden jeg fastsætter disse oplysninger, vil jeg redegøre for Domstolens praksis om det krævede informationsniveau i forbindelse med fortolkningen af artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13.

1) Redegørelse for Domstolens praksis om rækkevidden af det krævede informationsniveau i forbindelse med kontraktvilkårenes gennemsigtighed, der følger af artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13

106. Det skal indledningsvis fremhæves, at Domstolen gentagne gange i forbindelse med artikel 5 i direktiv 93/13 har fastslået, at det har afgørende betydning for forbrugeren, at han før indgåelsen af en aftale oplyses om kontraktvilkårene og konsekvenserne af denne indgåelse af en aftale. Det er bl.a. på grundlag af disse oplysninger, at forbrugeren tager stilling til, om han ønsker at lade sig binde kontraktmæssigt af de vilkår, som den erhvervsdrivende forinden har udarbejdet [71]. Det skal også fremhæves, at det siden dommen i sagen Kásler og Káslerné Rábai [72] har fremgået af Domstolens faste praksis, at kravet om kontraktvilkårs gennemsigtighed, således som det følger af artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13, ikke kan indskrænkes til, at kontraktvilkår formelt set blot skal være affattet grammatisk klart og forståeligt. Tværtimod hviler den ved nævnte direktiv indførte beskyttelsesordning på den betragtning, at forbrugeren befinder sig i en svagere stilling end den erhvervsdrivende hvad angår bl.a. informationsniveau, hvorfor dette krav om kontraktvilkårenes gennemsigtighed, der er fastsat i direktivet, skal fortolkes bredt [73].

107. Ifølge Domstolen skal kravet om, at et kontraktvilkår skal være affattet klart og forståeligt, derfor forstås således, at det også kræves, at aftalen på gennemsigtig vis beskriver, hvordan den mekanisme, som det omhandlede vilkår henviser til, konkret fungerer, og i givet fald forholdet mellem denne mekanisme og den, der er fastsat i andre vilkår, således at denne forbruger på grundlag af klare og forståelige kriterier sættes i stand til at vurdere, hvilke økonomiske følger aftalen kan få for ham [74].

70 – Det skal i denne henseende præciseres, at kravet om gennemsigtighed navnlig finder anvendelse, når der er tale om begrænsninger af de rettigheder, som den retsundergivne har i henhold til EU-retten.

71 – Jf. navnlig dom af 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, præmis 44), af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 70), af 21.12.2016, Gutiérrez Naranjo m.fl. (C-154/15, C-307/15 og C-308/15, EU:C:2016:980, præmis 50), og af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 48).

72 – Dom af 30.4.2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

73 – Dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 71 og 72), af 23.4.2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, præmis 40), af 9.7.2015, Bucura (C-348/14, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:447, præmis 52), og af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 44). Jf. også dom af 20.9.2018, OTP Bank og OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, præmis 73), og kendelse af 22.2.2018, ERSTE Bank Hungary (C-126/17, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:107, præmis 29).

74 – Jf. dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 75), og af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 45).

108. Domstolen har ligeledes fastslået, at det påhviler den forelæggende ret at undersøge dette spørgsmål på baggrund af alle relevante faktiske omstændigheder, herunder den reklame og de oplysninger, som långiver fremkom med under forhandlingen af låneaftalen [75]. Domstolen har bl.a. præciseret, at det påhviler den nationale ret, når denne tager alle omstændighederne i forbindelse med indgåelse af aftalen i betragtning, at efterprøve, om forbrugeren i den omhandlede sag er blevet meddelt *samtlige de enkeltheder*, der kan have indflydelse på omfanget af vedkommendes forpligtelse, og som navnlig gør det muligt for denne at vurdere de samlede omkostninger ved lånet. Domstolen har desuden udledt de enkeltheder, der ved denne vurdering spiller en afgørende rolle, nemlig dels hvorvidt vilkårene er udarbejdet på en klar og forståelig måde, således at de gør det muligt for en gennemsnitsforbruger, dvs. en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet forbruger, at vurdere sådanne omkostninger, dels den omstændighed, som er forbundet med en manglende angivelse i kreditaftalen af de oplysninger, som anses for at være *væsentlige* i forhold til arten af de af denne aftale omfattede varer eller tjenesteydelser [76].

109. Den forelæggende rets spørgsmål skal besvares i lyset af denne retspraksis.

2) Anvendelse på den foreliggende sag

110. I lyset af den i de foregående punkter omhandlede retspraksis, påhviler det den forelæggende ret at foretage den nødvendige prøvelse for på grundlag af alle de relevante faktiske omstændigheder i tilknytning til indgåelse af aftalen, herunder den reklame og de oplysninger, som banken fremkom med under forhandlingen af låneaftalen, at fastslå, om de formidlede oplysninger var tilstrækkelige til at gøre det muligt for gennemsnitsforbrugeren at forstå *beregningsmetoden for den variable rente*, der anvendes på nævnte lån, og dermed vurdere de samlede omkostninger i forbindelse med lånet [77], eller om der tværtimod burde have været meddelt andre elementer, der kan anses for at være væsentlige, henset navnlig til den omstændighed, at der er tale om et lån med pant i fast ejendom.

111. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om banken skal give forbrugerne følgende oplysninger, for at de kan forstå de økonomiske konsekvenser af det omtvistede kontraktvilkår: i) den konkrete matematiske beregningsformel for IRPH Cajas (navnlig den omstændighed, at dette referenceindeks omfatter gebyrer og andre omkostninger ud over den nominelle rente, og at der er tale om et simpelt ikke-vægtet gennemsnit) [78], ii) bankernes forpligtelse til at anvende en negativ margen i henhold til national lovgivning [79], iii) den omstændighed, at de oplysninger, der gives, ikke er offentlige, modsat Euribor, iv) den tidligere udvikling i IRPH Cajas, og v) den forventede fremtidige udvikling i referenceindekset i tilknytning til andre officielle referenceindekser, navnlig Euribor [80].

112. Det er ganske vist korrekt, således som den forelæggende ret har anført, at det omtvistede kontraktvilkår i grammatisk henseende er affattet klart og forståeligt i den forstand, at gennemsnitsforbrugeren ville være i stand til at forstå og acceptere, at den variable rente i forbindelse med et lån med pant i fast ejendom beregnes med henvisning til et officielt referenceindeks (IRPH Cajas). Dette vilkår gør det ligeledes muligt for forbrugeren at forstå dels, at dette referenceindeks er

75 – Jf. dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 74), af 26.2.2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, præmis 75), og af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 46).

76 – Jf. dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

77 – Det skal fremhæves, at for så vidt som det af et kontraktvilkår, der er udformet på forhånd, og som indgår i lånet mod pant i fast ejendom indgået mellem en forbruger og en erhvervsdrivende, fremgår, at der skal anvendes et referenceindeks til beregningen af den variable rente på lånet, er den erhvervsdrivendes anvendelse af dette indeks som et element i det pågældende vilkår fuldt ud omfattet af kontrollen af gennemsigtigheden i henhold til artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13.

78 – Jf. i denne henseende punkt 45 og 46 i nærværende forslag til afgørelse. Det fremgår af de af sagsøgeren i hovedsagen fremsatte bemærkninger, at der bør sondres mellem: a) et *referenceindeks*, som det navnlig er tilfældet med Euribor, b) en *rente*, der er resultatet af summen af et referenceindeks og margenen (Euribor + margenen), og c) ÅOP, der er resultatet af summen af referenceindekset plus margenen plus gebyrer plus øvrige omkostninger (Euribor + margenen + gebyrer + omkostninger). Det skal endvidere fremhæves, at det fremgår af fjerde afsnit i begrundelsen til cirkulære nr. 5/1994, at de deri omhandlede referenceindekser, herunder IRPH Cajas, var ÅOP.

79 – Jf. i denne henseende punkt 48 i nærværende forslag til afgørelse.

80 – Jf. punkt 50 i nærværende forslag til afgørelse.

fastsat som »gennemsnitsrentesatsen for lån med pant i fast ejendom med en løbetid på over tre år med henblik på køb af en bolig med fri prisfastsættelse, der ydes af sparekasserne«, dels, at nævnte indeks »afrundet op til nærmeste kvarte procentpoint, forhøjet med 0,25 procentpoint« (IRPH Cajas + margen eller difference).

113. Det skal imidlertid afgøres, om det omtvistede kontraktvilkår opfylder det i direktiv 93/13 opstillede krav om gennemsigtighed, navnlig henset til den forpligtelse, der følger af den i punkt 107 i nærværende forslag til afgørelse omhandlede praksis fra Domstolen, hvorefter aftalen »på gennemsigtig vis beskriver, hvordan den mekanisme, som det omhandlede vilkår henviser til, konkret fungerer«. I denne forbindelse kan følgende spørgsmål stilles: Hvis gennemsnitsforbrugeren skal kunne forstå beregningsmetoden i forbindelse med den rente, der anvendes på lånet mod pant i fast ejendom, hvoraf det fremgår, at forbrugeren skal betale summen af referenceindekset og margenen (IRPH Cajas + margen eller difference), er det så ikke nødvendigt, at denne også kan forstå, hvordan det referenceindeks, der er indeholdt i denne beregningsmetode, helt nøjagtigt fungerer?

114. Svaret på dette spørgsmål, der rent logisk må være bekræftende, er imidlertid irrelevant, når det skal afgøres, om banken har overholdt kravet om, at kontraktvilkårene skal affattes klart og forståeligt, og dermed kravet om gennemsigtighed i henhold til direktiv 93/13. Nævnte direktivs krav om kontraktvilkårenes gennemsigtighed, der har til formål at sætte gennemsnitsforbrugeren i stand til at vurdere de økonomiske konsekvenser af lånet, må således ikke forveksles med rådgivningsforpligtelsen, der ikke er omfattet af nævnte direktiv.

115. Selv om jeg endvidere er af den opfattelse, at den i punkt 107 i nærværende forslag til afgørelse omhandlede retspraksis har særlig betydning for den foreliggende sag, findes der, som jeg vil redegøre for i det følgende, faktuelle forskelle, der adskiller den foreliggende sag fra de sager, der gav anledning til navnlig dommen i sagen Kásler og Káslerné Rábai[81] og dommen i sagen Andriciuc m.fl.[82]. Disse forskelle foranlediger mig til at nuancere de konsekvenser, der i hovedsagen skal drages af denne retspraksis.

116. For det første var der i de sager, der gav anledning til dommen i sagen Kásler og Káslerné Rábai[83] og dommen i sagen Andriciuc m.fl.[84], tale om låneaftaler optaget i en udenlandsk valuta, nemlig schweizerfranc (CHF), og i henhold til de omtvistede kontraktvilkår blev valutarisikoen alene båret af låntageren[85]. I denne forbindelse henviste Domstolen, idet den fastslog, at kravet om gennemsigtighed »skal forstås således, […] at aftalen klart skal beskrive, hvordan den [mekanisme], som det omhandlede vilkår henviser til, konkret fungerer«, udtrykkeligt til »konverteringsmekanismen for den udenlandske valuta« og »forholdet mellem denne mekanisme og den, der er fastsat i andre vilkår vedrørende udbetaling af lånet«[86], således at denne forbruger på grundlag af klare og forståelige kriterier kan forudse, hvilke *økonomiske følger* aftalen kan få for ham[87].

117. For det andet indebærer dette krav om kontraktvilkårenes gennemsigtighed ifølge Domstolen, at en almindelig oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger ikke blot er i stand til at forstå »muligheden for stigning eller fald i værdien af den udenlandske valuta, som lånet er optaget i«, men også »til at vurdere de *potentielt alvorlige økonomiske følger*, som et sådant aftalevilkår

81 – Dom af 30.4.2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

82 – Dom af 20.9.2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

83 – Dom af 30.4.2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

84 – Dom af 20.9.2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

85 – Disse vilkår bestemte nærmere bestemt, at salgskursen i udenlandsk valuta skulle anvendes til at beregne tilbagebetalingen af lånet (dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 24), og at kreditten skulle tilbagebetales i samme valuta som den, der var indgået aftale om (dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl., C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 9).

86 – Der fandtes således en forskel mellem købskursen, som anvendes ved udbetalingen af lånet, og salgskursen, som anvendes ved tilbagebetalingen af lånet. Jf. i denne henseende dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 53 og 74).

87 – Dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 73 og 74). Vedrørende navnlig kontraktvilkår, der giver långiveren mulighed for ensidigt at ændre renten, jf. dom af 26.2.2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, præmis 74).

kan have for dennes økonomiske forpligtelser« [88]. Låntageren skal således for det første oplyses klart om den omstændighed, at denne ved at underskrive en låneaftale, der er affattet i en udenlandsk valuta, udsætter sig for en valutarisiko, som eventuelt vil være økonomisk vanskelig for denne at påtage sig i tilfælde af en devaluering af den valuta, som låntagerens indtægter udbetales i. For det andet skal banken oplyse om de mulige udsving i valutakursen og de risici, som optagelse af et lån i udenlandsk valuta medfører, navnlig når låntagerens indtægter ikke udbetales i denne valuta [89].

118. Det følger efter min opfattelse heraf, at ordene »*potentielt alvorlige økonomiske følger*« er et af nøgleelementerne i denne retspraksis. Disse følger udgør således grundlaget for bankernes forpligtelse til at give forbrugerne tilstrækkelige oplysninger til, at de gør det muligt for disse at træffe velunderbyggede og forsigtige beslutninger [90]. Det betyder, at kravet om gennemsigtighed i direktiv 93/13 ikke blot har til formål at undgå de potentielt alvorlige økonomiske følger for forbrugeren, men også at sikre, at disse følger hverken er usikre eller uforudsigelige. Gennemsnitsforbrugeren skal således være i stand til at forudsige låneomkostningerne uden at blive udsat for en uforudsigelig risiko for udsving i den økonomiske byrde, det medfører.

119. I modsætning til en aftale om optagelse af lån med pant i fast ejendom i udenlandsk valuta, der henset til den valutarisiko, som låntageren bærer, kan have potentielt alvorlige økonomiske følger, som eventuelt vil være vanskelige for denne at påtage sig [91], kan de økonomiske følger af det i hovedsagen omhandlede lån med pant i fast ejendom, hvis variable rente beregnes på grundlag af et officielt referenceindeks, derimod ikke betegnes som »potentielt alvorlige« i den betydning, hvori dette udtryk skal forstås i Domstolens praksis. Forbrugeren kunne således forudse og beregne den økonomiske byrde, som lånet medførte, og denne var i stand til at vurdere denne byrde, inden aftalens indgåelse. Ud over den omstændighed, at lånet havde en variabel rente, er sagsøgeren i hovedsagen ikke udsat for nogen uforudsigelig risiko for en ændring i den økonomiske byrde, som lånet medfører.

120. Selv om sagsøgeren i hovedsagen ikke var i stand til at forstå, hvordan et af elementerne i metoden til beregning af den variable rente, nemlig IRPH Cajas, der fandt anvendelse på lånet, konkret fungerede, idet funktionsmåden ikke fremgår af det omtvistede kontraktvilkårs ordlyd, var denne i stand til på grundlag af låneaftalen at forstå, at han i forbindelse med hvert afdrag skulle betale et bestemt beløb, der var mere eller mindre stabilt, nemlig summen af IRPH Cajas plus margenen.

121. Som anført i punkt 113 og 114 i nærværende forslag til afgørelse er jeg af den opfattelse, at gennemsnitsforbrugeren, for at denne kan anses for reelt at have forstået den metode til beregning af den variable rente, der anvendes på lånet, og som nævnte omtvistede vilkår henviser til, skal have adgang til en vigtig oplysning i forhold til arten af de af denne aftale omfattede varer eller tjenesteydelser, nemlig at IRPH Cajas er en *faktisk årlig sats* i forbindelse med aftaler indgået af sparekasserne i referencemåneden. Den konkrete matematiske beregningsformel til beregning af dette indeks på tidspunktet for indgåelsen af aftalen fremgik imidlertid ikke af det omtvistede kontraktvilkår, men af bilag VIII, stk. 2, til cirkulære nr. 8/1990.

88 – Dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 51). Min fremhævelse.

89 – Dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 50).

90 – Det skal fremhæves, at Domstolen i dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 49), henviste til Det Europæiske Udvalg for Systemiske Risicis henstilling ERSB/2011/1 af 21.9.2011 om långivning i udenlandsk valuta (EUT 2011, C 342, s. 1).

91 – Et eksempel på Domstolens praksis om kontraktvilkårs gennemsigtighed i forbindelse med indgåelse af en anden type kontrakt, nemlig en forsikringsaftale i tilknytning til indgåelsen af to aftaler om lån, findes i dom af 23.4.2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, præmis 47). Denne sag vedrørte kontrol af gennemsigtigheden af en klausul i en forsikringsaftale om garanti for overtagelse af forfaldne afdrag til långiveren i tilfælde af låntagerens fuldstændige uarbejdsdygtighed (låntageren var efter en arbejdsulykke permanent delvist uarbejdsdygtig). Domstolen fastslog i sin dom, at det var muligt, at forbrugeren i mangel af en gennemsigtig forklaring af, hvordan forsikringsmekanismen vedrørende overtagelse af forfaldne afdrag på lånet konkret fungerede i det samlede aftalekompleks, ikke var i stand til på grundlag af klare og forståelige kriterier at forudse, hvilke potentielt alvorlige økonomiske følger aftalen kunne få for ham.

122. Sagsøgeren i hovedsagen kan imidlertid ikke anses for ikke »på grundlag af klare og forståelige kriterier [at kunne] forudse, hvilke økonomiske følger aftalen kan få for ham« [92], eftersom denne, med forbehold for den forelæggende rets senere efterprøvelse, dels var bekendt med, at de afdrag, der skulle betales, var summen af IRPH Cajas plus margenen, og at de konkrete oplysninger om IRPH Cajas' funktion var tilgængelige, eftersom de blev offentliggjort i *Boletín Oficial del Estado*. For så vidt som denne matematiske ligning til beregning af IRPH Cajas var tilgængelig for offentligheden, kunne forbrugeren således forstå dels, at IRPH Cajas, der blev anvendt til beregning af den variable rente i forbindelse med aftalen, var summen af i) gennemsnittet af de indekser, som sparekasserne anvendte for referencemåneden, ii) gennemsnittet af de margener, som de samme institutter lagde oven i disse indekser, og iii) gennemsnittet af gebyrer og omkostninger, der er forbundet med disse transaktioner, dels den omstændighed, at banken til dette beløb, som udgjorde IRPH Cajas, lagde gebyrer og omkostninger, der var knyttet til lånet.

123. Desuden gør den omstændighed, at IRPH Cajas er et officielt referenceindeks, der offentliggøres i *Boletín Oficial del Estado*, det muligt at antage, at det er relativt let for en forbruger at få adgang til systemer til beregning af de forskellige officielle indekser og at sammenligne de forskellige muligheder, som bankerne tilbyder. Det kan således ikke kræves af banken, at den tilbyder forbrugerne forskellige referenceindekser. Den oplysningspligt, der henvises til i Domstolens praksis, er nemlig ikke en rådgivningsforpligtelse og indebærer dermed ikke på nogen måde, at banken skal anvende eller tilbyde forbrugeren forskellige officielle indekser.

124. Alle ovenstående betragtninger foranlediger mig til at konkludere, at banken har overholdt kravet om gennemsigtighed i direktiv 93/13. Det påhviler imidlertid den forelæggende ret at foretage den nødvendige prøvelse i denne henseende og navnlig at kontrollere, om Bankia inden aftalens indgåelse er fremkommet med tilstrækkelige oplysninger til sagsøgeren i hovedsagen til, at denne kunne træffe en velunderbygget og forsigtig beslutning. Det tilkommer således denne ret under hensyntagen til alle de relevante omstændigheder i tilknytning til indgåelsen af aftalen, herunder den reklame og de oplysninger, som Bankia fremkom med under forhandlingen af låneaftalen, at kontrollere, om banken har overholdt oplysningspligten i henhold til cirkulære nr. 8/1990.

125. Under disse omstændigheder skal det som en vejledning for den forelæggende ret, når den skal foretage denne kontrol, anføres, at de oplysninger, som en erhvervsdrivende skal give for at opfylde kravet i artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13 om gennemsigtighed af et kontraktvilkår, der fastsætter en rente på grundlag af et ved lov fastsat referenceindeks som IRPH Cajas, hvis matematiske formel til beregning er kompleks og meget lidt gennemsigtig for gennemsnitsforbrugeren, dels skal være oplysninger, der sætter forbrugeren i stand til at træffe velunderbyggede og forsigtige beslutninger med hensyn til denne *beregningsmetode af renten*, der finder anvendelse på lån finansiering af fast ejendom, og de elementer, der indgår i den, og præcisere ikke blot *den fuldstændige definition af det referenceindeks*, der anvendes i forbindelse med denne beregningsmetode, men også de relevante nationale lovbestemmelser, der ligger til grund for dette indeks, dels den tidligere udvikling i det valgte referenceindeks [93].

126. Det påhviler imidlertid den forelæggende ret under kontrollen af det omtvistede kontraktvilkårs gennemsigtighed og under hensyntagen til omstændighederne omkring indgåelsen af aftalen at kontrollere dels, om aftalen på gennemsigtig vis redegør for denne beregningsmetode af renten, således at forbrugeren sættes i stand til på grundlag af præcise og forståelige kriterier at vurdere de økonomiske følger for denne, dels, om aftalen overholder alle de oplysningsforpligtelser, der er fastsat i national ret.

92 – Dom af 20.9.2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

93 – I denne henseende fremgår det af den spanske regerings bemærkninger, at bilag I til cirkulære nr. 8/1990 oplistede de minimumsoplysninger, som skulle fremgå af oplysningsbrochurerne om lån med pant i fast ejendom vedrørende den variable rente, referenceindekset, navnlig dets udvikling »i de to forudgående kalenderår samt den seneste værdi, der er tilgængelig«. Eftersom de økonomiske forudsigelser altid er usikre, og nogle variabler som f.eks. referenceindekser er svære at forudsige, er det derimod efter min opfattelse ikke hensigtsmæssigt at pålægge banken at give forbrugeren oplysninger om den forventede udvikling i det tilbudte referenceindeks.

127. Endelig skal det fastslås, at såfremt den forelæggende ret skulle nå frem til den konklusion, at kravet om, at kontraktvilkårene skal være affattet klart og forståeligt, og dermed kravet om gennemsigtighed i lyset af de elementer, som Domstolen vil fremkomme med som svar på de forelagte spørgsmål, er blevet overholdt, står det ikke desto mindre fast, at det omtvistede kontraktvilkårs eventuelt urimelige karakter under alle omstændigheder skal realitetsbehandles, eftersom der eventuelt findes en betydelig uligevægt til skade for forbrugeren mellem parternes rettigheder og forpligtelser i henhold til aftalen [94]. I denne forbindelse påhviler det den forelæggende ret på grundlag af de i artikel 3, stk. 1, og artikel 5 i direktiv 93/13 opstillede kriterier at afgøre, om et vilkår, som det i hovedsagen omhandlede, henset til de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende sag [95], ligeledes opfylder nævnte direktivs krav om god tro og ligevægt [96]. Dette spørgsmål går dog videre end den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, og jeg vil ikke behandle det yderligere.

128. Henset til den foreslåede besvarelse af det andet spørgsmål, litra b), er jeg af den opfattelse, at det er ufornødent at besvare dette spørgsmåls litra c), der vedrører spørgsmålet, om manglende oplysninger skal betragtes som urimeligt [97], og det tredje spørgsmål om konsekvenserne af, at vilkåret erklæres urimeligt.

VI. Forslag til afgørelse

129. Henset til samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (retten i første instans nr. 38 i Barcelona, Spanien) stillede præjudicielle spørgsmål således:

»1) Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler skal fortolkes således, at et kontraktvilkår aftalt mellem en forbruger og en erhvervsdrivende som det i hovedsagen omhandlede, der fastsætter en rente på grundlag af et af de seks officielle og ved lov fastsatte referenceindekser, som kreditinstitutterne kan anvende på lån med pant i fast ejendom med variabel rente, ikke er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

2) Artikel 8 i direktiv 93/13 er til hinder for, at en national retsinstans kan anvende dette direktivs artikel 4, stk. 2, som grundlag for ikke at bedømme den eventuelt urimelige karakter af et vilkår, som det i hovedsagen omhandlede, der er affattet klart og forståeligt, og som vedrører aftalens hovedgenstand, når den nationale lovgiver ikke har gennemført denne bestemmelse i national ret.

94 – Jf. i denne retning dom af 14.3.2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, præmis 69), og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i denne sag (C-415/11, EU:C:2012:700, punkt 74).

95 – I denne henseende skal den forelæggende ret navnlig efterprøve, om bankerne, som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, reelt var i stand til at påvirke IRPH Cajas. Jeg henviser navnlig til den forelæggende rets redegørelse for IRPH Cajas' funktion. Jf. punkt 45-47 i nærværende forslag til afgørelse.

96 – Jf. i denne retning dom af 26.3.2019, Abanca Corporación Bancaria og Bankia (C-70/17 og C-179/17, EU:C:2019:250, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis). Vedrørende den omstændighed, at det beskyttelsessystem, der indføres ved direktiv 93/13, er baseret på tanken om, at forbrugeren befinder sig i en svagere stilling i forhold til den erhvervsdrivende, jf. navnlig dom af 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, præmis 27), og af 26.3.2019, Abanca Corporación Bancaria og Bankia (C-70/17 og C-179/17, EU:C:2019:250, præmis 49). Jf. også mit forslag til afgørelse Abanca Corporación Bancaria og Bankia (C-70/17 og C-179/17, EU:C:2018:724, punkt 65-82).

97 – Det skal anføres, at den forelæggende ret ikke har præciseret, hvilke EU-retlige bestemmelser der skal ligge til grund for prøvelsen af den erhvervsdrivendes urimelige handling. Under alle omstændigheder skal det fremhæves, at det fremgår af 16. betragtning til direktiv 93/13, at »den erhvervsdrivende kan opfylde kravet om god tro ved at handle loyalt og rimeligt med den anden part, hvis legitime interesser han skal tage hensyn til«.

Den erhvervsdrivende skal give forbrugeren følgende oplysninger for at overholde kravet i artikel 4, stk. 2, og artikel 5 i direktiv 93/13, om gennemsigtighed af et kontraktvilkår, der fastsætter en rente på grundlag af et ved lov fastsat referenceindeks såsom sparekassernes referenceindeks for lån med pant i fast ejendom (IRPH Cajas), hvis matematiske beregningsformel er kompleks og meget lidt gennemsigtig for gennemsnitsforbrugeren:

– dels tilstrækkelige oplysninger til, at forbrugeren kan træffe velunderbyggede og forsigtige beslutninger vedrørende den metode til beregning af den rentesats, der finder anvendelse på låneaftalen, og de elementer, der indgår i den, idet ikke blot den fuldstændige definition af det referenceindeks, der anvendes i forbindelse med nævnte referencemetode, men også de relevante bestemmelser i den nationale lovgivning vedrørende dette indeks præciseres

– dels den tidligere udvikling i det valgte referenceindeks.

Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret under kontrollen af det omtvistede kontraktvilkårs gennemsigtighed og under hensyntagen til omstændighederne omkring indgåelsen af aftalen at kontrollere dels, om aftalen på gennemsigtig vis redegør for denne metode til beregning af renten, således at forbrugeren sættes i stand til på grundlag af præcise og forståelige kriterier at vurdere de økonomiske følger for denne, dels, om aftalen overholder alle de oplysningsforpligtelser, der er fastsat i national ret.«