Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 10 września 2019 r.[1]

Sprawa C-125/18

Marc Gómez del Moral Guasch
przeciwko
Bankia SA

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (sąd pierwszej instancji nr 38 w Barcelonie, Hiszpania)]

Odesłanie prejudycjalne – Ochrona konsumentów – Nieuczciwe warunki w umowach konsumenckich – Umowa o kredyt hipoteczny – Zmienna stopa procentowa – Wskaźnik referencyjny dla kredytów hipotecznych (IRPH) – Wskaźnik wynikający z przepisu wykonawczego lub administracyjnego – Jednostronne wprowadzenie przez przedsiębiorcę – Przeprowadzana przez sąd krajowy kontrola przejrzystości – Zakres informacji, jakich należy wymagać od banku

Spis treści

I. Wprowadzenie 2

II. Ramy prawne 3

A. Prawo Unii 3

B. Prawo hiszpańskie 4

III. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne ... 9

IV. Postępowanie przed Trybunałem 12

V. Analiza 12

A. Uwagi wstępne 13

1. Wskaźnik IRPH Cajas: zmiany wartości i zasada działania 13

2. Wyrok z dnia 14 grudnia 2017 r. 14

1 Język oryginału: francuski.

B. W przedmiocie pytań prejudycjalnych 16

1. W przedmiocie pytania pierwszego : zakres wyjątku przewidzianego w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 16

a) Krótkie przypomnienie orzecznictwa Trybunału 17

b) Czy sporny warunek umowny jest objęty wyjątkiem przewidzianym w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13? 18

2. W przedmiocie pytania drugiego : zakres i treść kontroli przejrzystości spornego warunku umownego na podstawie art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 21

a) W przedmiocie pytania drugiego lit. a) 22

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

2) Stanowisko rządu hiszpańskiego 22

3) Konsekwencje braku transpozycji art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 23

b) W przedmiocie pytania drugiego lit. b) i c) 25

1) Przypomnienie orzecznictwa Trybunału dotyczącego zakresu informacji wymaganych w ramach wymogu przejrzystości warunków umownych, wynikającego z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 26

2) Zastosowanie w niniejszej sprawie 27

VI. Wnioski 32

I. Wprowadzenie

1. W dzisiejszych czasach nieruchomości rzadko nabywa się bez korzystania z kredytu. Spłata rat kredytu hipotecznego od dawna należy do czynności dnia codziennego [2]. Na etapie ubiegania się o kredyt konsument ma zasadniczo do dyspozycji różne źródła informacji, takie jak broszury czy praktyczne przewodniki pochodzące od instytucji bankowych – ale także od organizacji zajmujących się ochroną konsumentów – mające na celu zapoznanie potencjalnych nabywców z różnymi elementami, takimi jak maksymalne zadłużenie, stała lub zmienna stopa procentowa czy wskaźniki referencyjne.

2. Ze względu na techniczny charakter informacji dotyczących kredytów hipotecznych przeciętny konsument często nie jest jednak w stanie zrozumieć niektórych pojęć, takich jak pojęcia „stopy procentowej" (stałej lub zmiennej), „wskaźnika referencyjnego" czy „rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania" (RRSO), a w szczególności różnic między tymi pojęciami. Odnosi się to również do

2 W pierwszych tekstach sporządzonych pismem klinowym w starożytnej Mezopotamii odnajdujemy wzmianki świadczące o istnieniu umowy pożyczki. W każdym razie istnieją dowody na to, że oprocentowane pożyczki były udzielane w okresie sumeryjskim (od. 3000 r. p.n.e. do 1900 r. p.n.e.), a różne regulacje polityczne wprowadzały ograniczenia co do maksymalnej wysokości odsetek (najczęściej spotykana w różnych okresach maksymalna wysokość odsetek wynosiła 33,3% w zbożu i 20% w złocie). Kodeks Hammurabiego, który powstał około 1800 r. p.n.e. wyraźnie odnosił się do ograniczeń wysokości stóp procentowych, a także do szczegółowych uregulowań dotyczących tych stóp i konsekwencji braku spłaty odsetek. Zobacz R. Santamaría Aquilué, *El tipo de interés en las operaciones de préstamo: a vueltas con la usura*, UPNA, Pampeluna, 2014, s. 6–7.

funkcjonowania lub konkretnego obliczania nie tylko zmiennych stóp procentowych, ale także oficjalnych wskaźników referencyjnych dla kredytów hipotecznych i RRSO, na podstawie których są obliczane stopy procentowe. W tym kontekście zakres informacji, których udzielenia wymaga się od przedsiębiorcy, ma kluczowe znaczenie dla umożliwienia przeciętnemu konsumentowi zrozumienia, jaki jest rzeczywisty koszt zaciągniętego przezeń kredytu.

3. Będące przedmiotem niniejszego postępowania odesłanie prejudycjalne, z którym do Trybunału zwrócił się Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (sąd pierwszej instancji nr 38 w Barcelonie, Hiszpania), dotyczy wykładni dyrektywy 93/13/EWG[3], a w szczególności art. 1 ust. 2, art. 4 ust. 2, jak też art. 5 i 8 tego aktu prawnego. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został przedstawiony w ramach sporu Marca Gómeza del Morala Guascha z instytucją bankową Bankia SA w przedmiocie potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku zamieszczonego w zawartej między tymi stronami umowie o kredyt hipoteczny, uzależniającego wysokość zmiennej stopy procentowej kredytu od jednego z oficjalnych wskaźników referencyjnych dla kredytów hipotecznych (IRPH) (zwanego dalej „spornym warunkiem umowy"), a mianowicie wskaźnika IRPH Cajas (IRPH oferowanych przez kasy oszczędnościowe).

4. Przedstawione w niniejszej sprawie pytania prejudycjalne stwarzają Trybunałowi okazję do doprecyzowania orzecznictwa dotyczącego w szczególności, po pierwsze, zakresu wyjątku przewidzianego w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13, a po drugie, zakresu i treści kontroli przejrzystości spornego warunku umownego, zgodnie z art. 4 ust. 2 i art. 5 tej dyrektywy.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

5. Motywy trzynasty, dziewiętnasty i dwudziesty dyrektywy 93/13 stanowią:

„zakłada się, iż obowiązujące w państwach członkowskich przepisy ustawowe i wykonawcze, które bezpośrednio lub pośrednio ustalają warunki umów konsumenckich, nie zawierają nieuczciwych warunków; w związku z tym nie wydaje się konieczne rozpatrywanie warunków umowy, które są zgodne z obowiązującymi przepisami ustawowymi lub wykonawczymi […]; użyte w art. 1 ust. 2 [tej dyrektywy] sformułowanie »[bezwzględnie] obowiązujące przepisy ustawowe lub wykonawcze« obejmuje również zasady, które zgodnie z prawem będą stosowane między umawiającymi się stronami z zastrzeżeniem, że nie dokonano żadnych innych uzgodnień;

[…]

do celów niniejszej dyrektywy ocena nieuczciwego charakteru warunków nie będzie dotyczyła warunków określających główny przedmiot umowy oraz stosunku jakości towarów i usług do ich ceny; główny przedmiot umowy i stosunek jakości towaru do jego ceny może jednak być brany pod uwagę przy ocenie uczciwości innych postanowień umownych; […]

umowy powinny być sporządzane prostym i zrozumiałym językiem, […] a wszelkie wątpliwości powinny być interpretowane na jego korzyść".

3 Dyrektywa Rady z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.U. 1993, L 95, s. 29 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 15, t. 2, s. 288).

6. Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13:

„Warunki umowy odzwierciedlające obowiązujące przepisy ustawowe lub wykonawcze […] nie będą podlegały przepisom niniejszej dyrektywy”.

7. Artykuł 3 ust. 3 tej dyrektywy stanowi:

„Załącznik zawiera przykładowy i niewyczerpujący wykaz warunków, które mogą być uznane za nieuczciwe”.

8. Artykuł 4 ust. 2 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Ocena nieuczciwego charakteru warunków nie dotyczy ani określenia głównego przedmiotu umowy, ani relacji ceny i wynagrodzenia do dostarczonych w zamian towarów lub usług, o ile warunki te zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem”.

9. Załącznik do dyrektywy 93/13, zatytułowany „Warunki określone w art. 3 ust. 3” w pkt 1 lit. l) oraz w pkt 2 lit. c) i d) stanowi:

„1. Warunki, których celem lub skutkiem jest:

[…]

l) możliwość ustalania ceny towaru w momencie dostawy lub umożliwienie sprzedawcy towarów lub dostawcy usług podwyższenia cen bez zapewnienia konsumentowi prawa do unieważnienia umowy, jeśli w obu przypadkach cena jest zbyt wysoka w stosunku do cen obowiązujących w chwili składania zamówienia;

[…]

2. Zakres lit. […] l)

[…]

c) Nie stosuje się lit. […] l) do:

– transakcji w obrocie papierami wartościowymi, instrumentami finansowymi lub innymi produktami lub usługami, których cena związana jest ze zmianami notowań giełdowych indeksu lub stopy rynku finansowego, nad którymi sprzedawca czy też dostawca nie ma żadnej kontroli;

[…]

d) Stosowanie lit. l) nie narusza warunków indeksacji cen, o ile jest to zgodne z prawem, pod warunkiem że zostanie jasno przedstawiona metoda, według której następują zmiany cen”.

B. Prawo hiszpańskie

10. Artykuł 1303 Código Civil (hiszpańskiego kodeksu cywilnego) stanowi:

„W przypadku stwierdzenia nieważności zobowiązania strony umowy zobowiązane są wzajemnie do zwrotu rzeczy, które stanowiły przedmiot umowy, wraz z ich pożytkami oraz ceny wraz z odsetkami, z zastrzeżeniem kolejnych artykułów”.

11. Artykuł 80 ust. 1 lit. a) texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (jednolitego tekstu ustawy powszechnej o ochronie konsumentów i użytkowników oraz innych ustaw dodatkowych) zatwierdzonego Real Decreto Legislativo 1/2007 (królewskim dekretem ustawodawczym 1/2007) z dnia 16 listopada 2007 r.[4], w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu rozpatrywanego w postępowaniu głównym (zwanej dalej „LGDCU"), stanowi:

„1. W umowach z konsumentami i użytkownikami zawierających warunki, które nie zostały indywidualnie wynegocjowane […], warunki te muszą spełniać następujące wymagania:

a) sformułowanie warunków w sposób precyzyjny, jasny i prosty, umożliwiający bezpośrednie zrozumienie, bez odesłań do tekstów lub dokumentów, które nie zostały udostępnione przed zawarciem umowy lub w chwili jej zawierania, przy czym w każdym przypadku w umowie muszą znajdować się wyraźne odniesienia do tych tekstów lub dokumentów".

12. Artykuł 82 ust. 1 i 2 LGDCU stanowi:

„1. Za nieuczciwe uznaje się wszelkie warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, oraz wszelkie praktyki, na które nie została wyrażona wyraźna zgoda, a które wbrew wymogom dobrej wiary powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron, ze szkodą dla konsumenta i użytkownika.

2. […] Jeśli przedsiębiorca twierdzi, że dany warunek umowny został wynegocjowany indywidualnie, ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na nim".

13. Artykuł 83 LGDCU ma następujące brzmienie:

„Nieuczciwe warunki są nieważne z mocy samego prawa i uznaje się je za nieistniejące. W tym celu po wysłuchaniu stron sąd stwierdza nieważność nieuczciwych warunków zawartych w umowie, która jednak nadal wiąże strony na takich samych zasadach, o ile może ona nadal istnieć bez tychże warunków umownych".

14. Orden del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (rozporządzenie ministra prezydencji w sprawie przejrzystości warunków finansowych kredytów hipotecznych) z dnia 5 maja 1994 r.[5], zmienione rozporządzeniem z dnia 27 października 1995 r.[6](zwane dalej „rozporządzeniem z dnia 5 maja 1994 r.") miało zastosowanie wyłącznie do kredytów zaciąganych przez osoby fizyczne, w wypadku których przedmiotem zabezpieczenia hipotecznego jest lokal mieszkalny, o ile kwota wnioskowanego kredytu nie przekraczała 150 000 EUR. To uchylone już rozporządzenie obowiązywało od dnia 11 sierpnia 1994 r. do dnia 29 kwietnia 2012 r., to jest do dnia, w którym nowe Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (rozporządzenie 2899/2011 w sprawie przejrzystości i ochrony użytkowników usług bankowych) z dnia 28 października 2011 r. (zwane dalej „rozporządzeniem 2899/2011")[7] weszło w życie[8].

4 BOE nr 287 z dnia 30 listopada 2007 r., s. 49181.

5 BOE nr 112 z dnia 11 maja 1994 r., s. 14444.

6 BOE nr 261 z dnia 1 listopada 1995 r., s. 31794.

7 BOE nr 261 z dnia 29 października 2011 r., s. 113242.

8 Zobacz pkt 21 niniejszej opinii.

15. Drugi przepis dodatkowy rozporządzenia z dnia 5 maja 1994 r. stanowił:

„Na podstawie sprawozdania Dirección General del Tesoro y Política Financiera [dyrekcji generalnej ds. skarbu i polityki finansowej] bank centralny Hiszpanii określa w drodze okólnika wszystkie oficjalne wskaźniki lub stopy referencyjne, jakie mogą być stosowane przez instytucje kredytowe do kredytów hipotecznych o zmiennej stopie procentowej, i regularnie publikuje ich wartość".

16. Artykuł 6 ust. 2 lit. a) i b), a także art. 6 ust. 3 pkt 1ª i 2ª rozporządzenia z dnia 5 maja 1994 r. stanowił:

„2. W wypadku kredytów o zmiennej stopie procentowej objętych zakresem regulacji niniejszego rozporządzenia instytucje kredytowe mogą posługiwać się jedynie wskaźnikami lub stopami referencyjnymi, które spełniają następujące warunki:

a) nie są uzależnione wyłącznie od samej instytucji kredytowej i nie mogą być kształtowane przez tę instytucję na podstawie porozumień lub praktyk świadomie zbieżnych z tymi, które stosują inne instytucje;

b) dane, na których opiera się dany wskaźnik, są uzyskiwane przy użyciu obiektywnej metody matematycznej.

3. W wypadku kredytów o zmiennej stopie procentowej objętych zakresem regulacji niniejszego rozporządzenia obowiązek indywidualnego informowania kredytobiorcy o zmianach obowiązującej stopy procentowej nie istnieje, jeżeli spełnione są dwa następujące warunki:

1ª uzgodniono, że będą stosowane jeden z oficjalnych wskaźników lub jedna z oficjalnych stóp, o których mowa w drugim przepisie dodatkowym do niniejszego rozporządzenia;

2ª obowiązującą stopę procentową kredytu ustala się w trybie przewidzianym w przepisie 3a ust. 1 lit. a) lub b) załącznika II do niniejszego rozporządzenia".

17. IRPH w trzech wariantach, a mianowicie IRPH banków (zwany dalej „IRPH Bancos"), IRPH kas oszczędnościowych (zwany dalej „IRPH Cajas") i IRPH wszystkich instytucji kredytowych (zwany dalej „IRPH Entidades"), jest oficjalnym wskaźnikiem wprowadzonym przez przepis 6a circular 8/1990 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (skierowanego do instytucji kredytowych przez bank centralny Hiszpanii okólnika 8/1990 w sprawie przejrzystości transakcji i ochrony klientów) z dnia 7 września 1990 r.[9], zmienionego circular 5/1994 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre

9 BOE nr 226 z dnia 20 września 1990 r., s. 27498.

transparencia de las operaciones y protección de la clientela (skierowanym do instytucji kredytowych przez bank centralny Hiszpanii okólnikiem 5/1994 dotyczącym zmiany okólnika 8/1990 w sprawie przejrzystości transakcji i ochrony klientów) z dnia 22 lipca 1994 r.[10]. (zwanego dalej „okólnikiem 8/1990"). Akapit czwarty uzasadnienia dotyczącego okólnika 5/1994 stanowił:

„Wybrane stopy referencyjne są ostatecznie [RRSO]. Średnie stopy kredytów hipotecznych przeznaczanych na zakup lokali mieszkalnych na warunkach rynkowych, są nimi w pełni, ponieważ obejmują one także prowizję. Posługiwanie się nimi bezpośrednio i po prostu jako stopami umownymi oznacza więc, że [RRSO] danej transakcji hipotecznej będzie przekraczać wysokość stopy stosowanej na rynku. Dla zrównania [RRSO] takiej transakcji z [RRSO] rynkową niezbędne jest zastosowanie ujemnej marży, której wartość podlega zmianom w zależności od wysokości prowizji pobieranych za daną transakcję i od częstotliwości wpłat […]".

18. Przepis 2 okólnika 8/1990, zatytułowany „Informacje na temat obowiązujących stóp procentowych", dotyczył informacji, które powinny być przekazywane bankowi Hiszpanii, tak aby mógł on ustalić i opublikować określone wskaźniki lub stopy referencyjne na rynku kredytów hipotecznych. Przepis ten miał następujące brzmienie:

„[…] Banki, kasy oszczędnościowe, konfederacja hiszpańskich kas oszczędnościowych, oddziały zagranicznych instytucji kredytowych i przedsiębiorstwa udzielające kredytów hipotecznych przekazują bankowi centralnemu Hiszpanii, w ciągu pierwszych piętnastu dni każdego miesiąca, informacje na temat średnich stóp transakcji kredytowych i depozytowych w pesetach [hiszpańskich (ESP)], które zostały zainicjowane lub odnowione w Hiszpanii w poprzednim miesiącu".

19. Przepis 6a okólnika 8/1990, zatytułowany „Kredyty hipoteczne", odnosił się w ust. 3 lit. b) do IRPH Cajas w następujący sposób:

„3. Do celów drugiego przepisu dodatkowego rozporządzenia w sprawie kredytów hipotecznych za oficjalne uznaje się następujące wskaźniki lub stopy, których definicje i sposoby obliczania określono w załączniku VIII:

b) średnią stopę dla kredytów hipotecznych oferowanych przez kasy oszczędnościowe na okres co najmniej trzech lat na zakup lokalu mieszkalnego na warunkach wolnorynkowych.

[…]

Bank centralny Hiszpanii podaje te wskaźniki do wiadomości w odpowiedni sposób, a w każdym wypadku publikuje je co miesiąc w *Boletín Oficial del Estado*".

20. Definicję i wzór matematyczny służący do obliczania tych wskaźników przedstawiono w załączniku VIII do okólnika 8/1990. Ustęp 2 załącznika VIII do tego okólnika definiuje IRPH Cajas jako „[p]rostą średnią ze średnich ważonych stóp procentowych dla głównych operacji dotyczących kredytów hipotecznych udzielonych na okres co najmniej trzech lat na zakup lokali mieszkalnych na warunkach rynkowych, rozpoczętych lub odnowionych w miesiącu, którego dotyczy wskaźnik, przez wszystkie kasy oszczędnościowe. Te średnie ważone stopy procentowe są rocznymi stopami równoważnymi zadeklarowanymi bankowi centralnemu Hiszpanii dla tych okresów przez wszystkie kasy oszczędnościowe, zgodnie z przepisem 2.

10 BOE nr 184 z dnia 3 sierpnia 1994 r., s. 25106. Okólnik ten przewidywał łącznie sześć wskaźników: IRPH Bancos, IRPH Cajas, l'IRPH Entidades, wskaźnik CECA (wskaźnik konfederacji hiszpańskich kas oszczędnościowych), stopę wewnętrznej rentowności na rynku wtórnym zadłużenia publicznego, którego pozostały okres spłaty wynosi od dwóch do sześciu lat oraz stopę obowiązującą na rynku międzybankowym w Madrycie (w języku angielskim „Madrid InterBank Offered Rate", zwaną dalej „MIBOR"). Stopa MIBOR przestała być stosowana z chwilą wprowadzenia w Hiszpanii, w 1999 r., stopy międzybankowej w walucie euro (zwanej dalej „EURIBOR", w języku angielskim: „Euro Interbank offered Rate").

Stopa ta jest obliczana według następującego wzoru:

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

Ica = suma ica/nca

gdzie:

Ica = średnia ze średnich ważonych stóp procentowych wszystkich kas oszczędnościowych;

ica = średnia ważona stopa procentowa kredytów oferowanych przez każdą kasę;

nca = liczba kas składających deklarację".

21. IRPH Cajas i IRPH Bancos, a także wskaźnik CECA przestały być oficjalnymi stopami referencyjnymi z chwilą wejścia w życie rozporządzenia 2899/2011 i 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 (skierowanego do instytucji kredytowych i podmiotów świadczących usługi płatnicze okólnika 5/2012 banku centralnego Hiszpanii w sprawie przejrzystości usług bankowych i odpowiedzialności w dziedzinie przyznawania pożyczek) z dnia 27 czerwca 2012 r. (zwanego dalej „okólnikiem 5/2012") [11].

22. Wskaźnik IRPH Cajas został zastąpiony IRPH dla wszystkich hiszpańskich instytucji kredytowych (zwanym dalej „IRPH Conjunto de Entidades"), który jest obecnie – zgodnie z rozporządzeniem 2899/2011 – jednym z sześciu oficjalnych wskaźników referencyjnych, jakie istnieją w Hiszpanii.

23. Artykuł 27 rozporządzenia 2899/2011, zatytułowany „Oficjalne stopy procentowe", odnosi się w ust. 1 lit. a) do wskaźnika IRPH Conjunto de Entidades. Wskaźnik ten jest ustalany na podstawie wartości transakcji rzeczywiście zawartych przez instytucje kredytowe z ich klientami w trakcie każdego z okresów. Przepis ten stanowi:

„Do celów stosowania przez podmioty udzielające kredytów, na warunkach określonych w niniejszym rozporządzeniu, co miesiąc publikuje się następujące oficjalne stopy procentowe: a) średnią stopę dla kredytów hipotecznych udzielonych na okres co najmniej trzech lat na zakup lokali mieszkalnych na wolnym rynku przez instytucje kredytowe w Hiszpanii".

24. Wskaźnik IRPH Conjunto de Entidades został stworzony przez hiszpańskie organy finansowe, a mianowicie bank centralny Hiszpanii i Dirección General del Tesoro (dyrekcję generalną skarbu państwa) i uzyskał oficjalny charakter z chwilą zamieszczenia go we wspomnianych wyżej okólnikach banku centralnego Hiszpanii i opublikowania w *Boletín Oficial del Estado*.

11 BOE nr 161 z dnia 6 lipca 2012 r., s. 48855.

25. Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (ustawa 14/2013 o wspieraniu przedsiębiorców i ich internacjonalizacji) [12] z dnia 27 września 2013 r. (zwana dalej „ustawą 14/2013") w swym piętnastym przepisie dodatkowym, zatytułowanym „System przejściowy wycofywania wskaźników referencyjnych lub stóp procentowych", określa datę, od której wskaźniki IRPH Cajas, IRPH Bancos i CECA przestaną być publikowane przez bank centralny Hiszpanii. Przepis ten ma następujące brzmienie:

„1. Od dnia 1 listopada 2013 r. następujące oficjalne wskaźniki mające zastosowanie do pożyczek lub kredytów hipotecznych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa przestaną być publikowane na stronie internetowej banku centralnego Hiszpanii i zostaną całkowicie wycofane:

[…]

b) średnia stopa dla kredytów hipotecznych oferowanych przez kasy oszczędnościowe na okres co najmniej trzech lat na zakup lokalu mieszkalnego na wolnym rynku [IRPH Cajas];

c) aktywna stopa referencyjna kas oszczędnościowych [CECA].

2. Z dniem najbliższego przeglądu obowiązujących stóp odniesienia do stóp, o których mowa w poprzednim ustępie, zostaną zastąpione przewidzianymi w umowie stopą zastępczą lub zastępczym wskaźnikiem referencyjnym.

3. W wypadku gdy w umowie nie przewidziano stopy lub wskaźnika referencyjnego lub gdy taka stopa lub wskaźnik zaliczają się do stóp lub wskaźników, które zostały wycofane, zastąpienia dokonuje się na rzecz oficjalnej stopy procentowej zwanej »średnią stopą dla kredytów hipotecznych oferowanych przez instytucje kredytowe w Hiszpanii na zakup lokalu mieszkalnego na wolnym rynku« powiększonej o marżę odpowiadającą średniej arytmetycznej różnicy między wycofaną stopą a stopą wskazaną powyżej, obliczonej na podstawie danych dostępnych w okresie między dniem zawarcia umowy a dniem, w którym zastąpienie stopy wywarło skutek.

Zastąpienie stopy zgodnie z niniejszym ustępem pociąga za sobą automatyczną nowację umowy, a ustanowiona hipoteka nie ulega zmianie ani nie traci swej rangi.

4. Stronom nie przysługuje żaden środek zaskarżenia, który zmierzałby do dochodzenia zmiany, jednostronnej zmiany bądź wypowiedzenia pożyczki lub kredytu w reakcji na zastosowanie niniejszego przepisu".

III. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne

26. W dniu 19 lipca 2001 r. M. Gómez del Moral Guasch podpisał z Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, obecnie Bankia, umowę o kredyt hipoteczny w wysokości 132 222,66 EUR przeznaczony na sfinansowanie zakupu lokalu mieszkalnego.

27. Pierwsza część postanowienia 3a umowy o kredyt, dotyczącego sposobu obliczania zmiennej stopy procentowej mającej zastosowanie do tego kredytu (IRPH Cajas) ma następujące brzmienie:

„Postanowienie 3a. Zmienna stopa procentowa.

12 BOE nr 233 z dnia 28 września 2013 r., s. 78787.

Po pierwsze: Uzgodniona stopa procentowa będzie ustalana na okresy sześciomiesięczne, licząc od dnia podpisania umowy, przy czym w ciągu pierwszych sześciu miesięcy będzie obowiązywała stopa określona w trzecim postanowieniu finansowym. W kolejnych okresach sześciomiesięcznych będzie miała zastosowanie oficjalna średnia stopa procentowa dla kredytów hipotecznych oferowanych przez kasy oszczędnościowe na okres co najmniej trzech lat na zakup lokali mieszkalnych na warunkach rynkowych, obowiązująca w chwili aktualizacji, publikowana okresowo przez bank centralny Hiszpanii w *Boletín Oficial del Estado* w odniesieniu do mieszkaniowych kredytów hipotecznych ze zmiennym oprocentowaniem, zaokrąglona w górę do jednej czwartej punktu procentowego, powiększona o 0,25 punktu procentowego [sic]".

28. Stopą o charakterze zastępczym, która może być stosowana według tych samych kryteriów co wskazana wyżej stopa referencyjna, jest wskaźnik CECA.

29. W dniu 18 kwietnia 2017 r. M. Gómez del Moral Guasch wniósł pozew do Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (sądu pierwszej instancji nr 38 w Barcelonie), w którym domaga się stwierdzenia nieważności spornego postanowienia ze względu na jego nieuczciwy charakter, powołując się na okoliczność, że większość kredytów hipotecznych jest zazwyczaj indeksowana w oparciu o wskaźnik EURIBOR [13], który generalnie jest bardziej korzystny.

30. Sąd odsyłający wyjaśnia w tym względzie, że indeksacja w oparciu o wskaźnik IRPH, stosowana w wypadku kredytów hipotecznych o zmiennej stopie procentowej w odniesieniu do około 10% kredytów udzielonych w Hiszpanii jest w istocie mniej korzystna dla konsumenta niż indeksacja w oparciu o wskaźnik EURIBOR, który jest wykorzystywany w odniesieniu do 90% kredytów hipotecznych. Sąd ten wskazuje, że zastosowanie wskaźnika IRPH zamiast wskaźnika EURIBOR pociąga za sobą dodatkowy koszt dla konsumenta rzędu 18 000–21 000 EUR dla pojedynczego kredytu hipotecznego, i stawia pytanie, jaki był zakres informacji, którymi dysponował powód w postępowaniu głównym w chwili zawarcia spornej umowy.

31. Sąd odsyłający uzasadnia swój wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wątpliwościami, jakie żywi w odniesieniu do kwestii, czy sporny warunek umowny określający stopę procentową w oparciu o przewidziany w przepisie prawa wskaźnik taki jak IRPH jest wyłączony z zakresu stosowania dyrektywy 93/13 i czy wskazaną dyrektywę należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona zbadaniu tego warunku przez sąd krajowy w celu ustalenia, czy ma on nieuczciwy charakter.

32. Wątpliwości sądu odsyłającego dotyczą w szczególności kwestii, czy okoliczność, że wskaźnik IRPH jest regulowany przez przepis administracyjny, który został odzwierciedlony w umowie o kredyt hipoteczny w postaci warunku umownego, wobec czego przepis ten nie ma charakteru ani bezwzględnie obowiązującego, ani dyspozytywnego, skutkuje tym, że wyjątek przewidziany w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 nie ma zastosowania do spornego warunku umownego. W tym względzie sąd odsyłający twierdzi, powołując się w szczególności na wyroki Andriciuc i in. [14] i Kušionová [15], że przepis taki nie jest bezwzględnie obowiązujący, ponieważ jest to przepis administracyjny, który reguluje zmienne odsetki stanowiące wynagrodzenie i który jest fakultatywnie włączany przez przedsiębiorcę do umowy. Sąd ten podnosi, że skoro wskaźnik IRPH jest wprowadzany jedynie na mocy spornego warunku umownego, to na potrzeby indeksacji kredytu hipotecznego przedsiębiorca mógł posłużyć się innymi wskaźnikami. Sąd odsyłający wyjaśnia również, że w braku porozumienia między stronami wskazany przepis nie ma charakteru dyspozytywnego.

13 W chwili zawarcia umowy wskaźnik EURIBOR nie zaliczał się do oficjalnych wskaźników referencyjnych przewidzianych w okólniku 8/1990. Z uwag przedstawionych przez rząd hiszpański wynika jednak, że oficjalny wskaźnik referencyjny powiązany z poziomem wskaźnika EURIBOR został wprowadzony Circular 7/1999 del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990 (skierowanym do instytucji kredytowych okólnikiem 7/1999 banku centralnego Hiszpanii w sprawie zmiany okólnika 8/1990) z dnia 29 czerwca 1999 r. (BOE nr 163 z dnia 9 lipca 1999 r., s. 26016).

14 Wyrok z dnia 20 września 2017 r. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 28, 29, 31).

15 Wyrok z dnia 10 września 2014 r. (C-34/13, EU:C:2014:2189, pkt 77–79).

33. Sąd odsyłający wskazuje, że Tribunal Supremo (sąd najwyższy, Hiszpania) w wyroku nr 669/2017 [16] zajął jednak niedawno stanowisko przeciwne, orzekając, że IRPH Entidades w ścisłym rozumieniu nie podlegał dyrektywie 93/13, ponieważ został on ustanowiony przez przepis prawa. Sąd odsyłający wyjaśnia także, że wskazany wyrok, wydany przez pełny skład orzekający, ma status orzeczenia wiążącego i bezpośrednio stosowanego przez wszystkie sądy hiszpańskie.

34. Sąd odsyłający dąży do ustalenia, jakie informacje powinny zostać przekazane przez przedsiębiorcę, w sytuacji gdy zawiera on z konsumentami umowy o kredyt hipoteczny o zmiennej stopie procentowej, indeksowane w oparciu o przewidziany prawem wskaźnik taki jak IRPH, którego sposób obliczania jest złożony i mało przejrzysty dla przeciętnego konsumenta, a także jakie są konsekwencje stwierdzenia, że sporny warunek umowny ma nieuczciwy charakter. Podnosi on w tym względzie, że hiszpański ustawodawca nie dokonał transpozycji wyłączenia ustanowionego w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 w celu zapewnienia wyższego poziomu ochrony konsumentów niż poziom przewidziany w dyrektywie 93/13 oraz dąży do ustalenia, czy zastosowanie tego przepisu jest zgodne z przepisami wskazanej dyrektywy.

35. W tych okolicznościach Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (sąd pierwszej instancji nr 38 w Barcelonie) orzeczeniem z dnia 16 lutego 2018 r., które wpłynęło do sekretariatu Trybunału w tym samym dniu, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy [IRPH Cajas] powinien podlegać ochronie sądowej w tym sensie, że sąd powinien zbadać, czy wskaźnika ten jest zrozumiały dla konsumenta, bez względu na fakt, iż wskaźnik ten podlega uregulowaniu w przepisach wykonawczych lub administracyjnych, ponieważ przypadek taki nie został przewidziany w art. 1 ust. 2 dyrektywy [93/13], gdyż nie chodzi tu o warunek obowiązkowy, lecz o zmienne odsetki stanowiące wynagrodzenie, [postanowienie w przedmiocie których jest] opcjonalnie zawierane w umowie przez przedsiębiorcę?

2 a) Czy, zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, nietransponowanej do hiszpańskiego porządku prawnego, sprzeczne z dyrektywą 93/13 oraz jej art. 8 jest powoływanie się przez hiszpański sąd na przepis art. 4 ust. 2 wspomnianej dyrektywy oraz jego stosowanie, jeżeli nie został on transponowany do hiszpańskiego porządku prawnego zgodnie z wolą prawodawcy, który miał na celu zapewnienie pełnej ochrony wszystkich warunków, które przedsiębiorca mógłby zapisać w umowie zawartej z konsumentami, w tym dotyczących głównego przedmiotu umowy, nawet gdyby zostały one sporządzone prostym i zrozumiałym językiem?

b) W każdym razie, czy dla zrozumienia mającego zasadnicze znaczenie warunku, a mianowicie dotyczącego wskaźnika IRPH, konieczne jest przeprowadzenie działań informacyjnych lub promocyjnych dotyczących poniższych faktów lub danych, bądź któregoś z nich?

   (i) Wyjaśnienie, w jaki sposób jest obliczana stopa referencyjna, to znaczy poinformowanie, że powyższy wskaźnik obejmuje prowizje oraz pozostałe koszty związane z odsetkami nominalnymi, że jest to prosta średnia nieważona, że przedsiębiorca musiał wiedzieć i poinformować o konieczności skorygowania tego wskaźnika o ujemną marżę oraz że przekazane dane nie są udostępniane publicznie, w odróżnieniu od innej powszechnie stosowanej stopy procentowej, EURIBOR.

16 Wyrok z dnia 14 grudnia 2017 r. (ES:TS:2017:4308) (zwany dalej „wyrokiem z dnia 14 grudnia 2017 r.”).

(ii) Wyjaśnienie, w jaki sposób powyższy wskaźnik zmieniał się w przeszłości oraz jak może zmieniać się w przyszłości, poprzez poinformowanie konsumenta i przedstawienie mu wykresów wyjaśniających mu prostym i zrozumiałym językiem wahań tej konkretnej stopy procentowej w odniesieniu do stopy EURIBOR, zazwyczaj stosowanej w przypadku kredytów hipotecznych.

c) Na wypadek stwierdzenia przez Trybunał, że to do sądu odsyłającego należy zbadanie nieuczciwego charakteru warunków umownych oraz ustalenie wszystkich skutków, jakie mogą zostać wyprowadzone z tego faktu zgodnie z prawem krajowym, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału z zapytaniem, czy brak udzielenia informacji w powyższym zakresie nie powodowałby braku zrozumienia warunku ze względu na jego niejasny dla przeciętnego konsumenta charakter (art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13), czy też brak udzielenia tej informacji wiązałby się ze stosowaniem przez przedsiębiorcę nieuczciwych praktyk [wobec konsumenta], w związku z czym, gdyby konsument został należycie poinformowany, nie wyraziłby zgody na zastosowanie wskaźnika IRPH jako referencyjnego w odniesieniu do swojego kredytu?

3) W przypadku stwierdzenia nieważności wskaźnika IRPH Cajas, który z dwóch skutków przedstawionych poniżej byłby, w przypadku braku uzgodnień umownych w tym zakresie, lub gdyby okazały się one bardziej niekorzystne dla konsumenta, zgodny z art. 6 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13?

a) zmiana umowy polegająca na zastosowaniu zwyczajowego wskaźnika zastępczego, EURIBOR, gdyż chodzi tu o umowę związaną w głównej mierze z interesem [korzystnym dla] podmiotu [udzielającego kredytów] [mającego status] przedsiębiorcy.

b) zaprzestanie naliczania odsetek, przy utrzymaniu w mocy jedynie obowiązku zwrotu pożyczonego kapitału przez kredytobiorcę lub dłużnika w terminie określonym w umowie".

IV. Postępowanie przed Trybunałem

36. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 10 kwietnia 2018 r. oddalono wniosek Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (sądu pierwszej instancji nr 38 w Barcelonie) o rozpatrzenie niniejszej sprawy w trybie przyspieszonym na podstawie art. 105 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem.

37. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez strony postępowania głównego, rząd hiszpański, rząd Zjednoczonego Królestwa, a także Komisję Europejską. Te same podmioty przedstawiły również uwagi ustnie na rozprawie, która odbyła się w dniu 25 lutego 2019 r.

V. Analiza

38. Pytania prejudycjalne przedstawione przez sąd odsyłający dotyczą trzech zagadnień, a mianowicie, po pierwsze, zakresu wyjątku przewidzianego w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13, po drugie, zakresu i treści kontroli przejrzystości spornego warunku umownego zgodnie z art. 4 ust. 2 tej dyrektywy, i wreszcie, po trzecie, konsekwencji stwierdzenia nieuczciwego charakteru tego warunku.

39. Przed przystąpieniem do analizy tych zagadnień należy podkreślić, że zarówno sąd odsyłający, strony postępowania głównego, rząd hiszpański, jak i Komisja, powołują się na specyficzne cechy wskaźnika IRPH Cajas określone w spornym warunku umownym i na wyrok Tribunal Supremo (sądu najwyższego) z dnia 14 grudnia 2017 r.

40. Uważam zatem, że jest wskazane przedstawienie kilku uwag w odniesieniu do tych dwóch kwestii.

A. Uwagi wstępne

1. Wskaźnik IRPH Cajas: zmiany wartości i zasada działania

41. Sąd odsyłający wskazuje, że w chwili podpisania umowy o kredyt hipoteczny zawartej między powodem a przedsiębiorstwem Bankia sporny warunek umowny przewidywał zastosowanie – w celu ustalenia stopy procentowej kredytu – wskaźnika IRPH Cajas określanego tym mianem ze względu na to, że przy jego obliczaniu uwzględniane były wyłącznie transakcje dotyczące kredytów hipotecznych zawierane przez kasy oszczędnościowe [17].

42. Z opisanych przez sąd odsyłający ram prawnych wynika również, że wskaźnik IRPH Cajas był w owym czasie jednym ze „wskaźników referencyjnych opartych na kredytach hipotecznych" wprowadzonych przez przepis 6a ust. 3 lit. b) okólnika 8/1990, wobec czego miał on charakter oficjalny i jest ustanowiony w przepisach prawa [18]. Sąd odsyłający wyjaśnia jednak, że z dniem wejścia w życie rozporządzenia 2899/2011 wskaźnik IRPH Cajas (a także wskaźniki IRPH Bancos i CECA) przestał być oficjalnym wskaźnikiem referencyjnym i że dla kredytów hipotecznych posługujących się tymi wskaźnikami przewidziano system przejściowy [19].

43. W odniesieniu do tego systemu przejściowego rząd hiszpański wskazał, że piętnasty przepis dodatkowy ust. 2 i 3 ustawy 14/2013 stanowi, że odniesienia do wycofanych stóp zostają zastąpione „zastępczą stopą lub zastępczym wskaźnikiem referencyjnym przewidzianym w umowie", oraz że w przypadku braku umownej stopy zastępczej lub umownego wskaźnika zastępczego lub w przypadku gdy taka stopa lub taki wskaźnik jest jednym ze wskaźników lub jedną ze stóp, których zniesienie jest przewidziane – co ma miejsce w niniejszej sprawie – [20] dana stopa lub dany wskaźnik zostają zastąpione „oficjalną stopą procentową określaną mianem »średniej stopy dla kredytów hipotecznych oferowanych przez instytucje kredytowe w Hiszpanii na okres dłuższy niż trzy lata na zakup lokalu mieszkalnego na warunkach rynkowych« [IRPH Conjunto de Entidades], powiększoną o marżę odpowiadającą średniej arytmetycznej różnic między wycofaną stopą a stopą wspomnianą powyżej, obliczonych na podstawie informacji dostępnych między dniem zawarcia umowy a dniem, w którym dana stopa została rzeczywiście zastąpiona" [21].

44. Rząd hiszpański podkreślił także, że zgodnie z piętnastym przepisem dodatkowym ust. 3 ustawy 14/2013 zastąpienie to skutkowało automatycznym odnowieniem umowy, a ustanowiona hipoteka nie podlegała zmianie ani nie traciła swej rangi. Rząd ten dodał, że piętnasty przepis dodatkowy ust. 4 rzeczonej ustawy przewidywał, że strony nie są uprawnione do kwestionowania na drodze sądowej zmiany, jednostronnej modyfikacji ani wypowiedzenia pożyczki lub kredytu. A zatem wskaźnikiem, który obecnie figuruje w postanowieniu 3a umowy, jest IRPH Conjunto de Entidades.

17 Z uwag przedstawionych przez przedsiębiorstwo Bankia wynika, że umowa o kredyt hipoteczny, o której mowa w postępowaniu głównym, przewidywała zmienną stopę procentową wynoszącą 5,25% przez pierwsze sześć miesięcy, a przez pozostały okres spłaty kredytu – zmienną stopę procentową indeksowaną w oparciu o wskaźnik IRPH Cajas powiększony o marżę w wysokości 0,25 punktu procentowego. Przedsiębiorstwo to wskazuje także, że okres spłaty został ustalony na 300 miesięcy (25 lat) i że od dnia udzielenia kredytu hipotecznego kredytobiorca zobowiązany jest do zapłaty uzgodnionych kwot.

18 Według sądu odsyłającego wskaźnik IRPH Cajas jest uregulowanym w przepisach, normatywnym, a wobec tego legalnym wskaźnikiem referencyjnym dla kredytów hipotecznych. Zobacz pkt 17–19 niniejszej opinii.

19 Z przedstawionych przez rząd hiszpański uwag na piśmie wynika, że jedyny przepis przejściowy rozporządzenia 2899/2011 przewidywał, że wskaźniki IRPH Cajas, IRPH Bancos i CECA będą nadal publikowane i uznawane za w pełni zdatne do wykorzystania dopóty, dopóki nie zostanie ustanowiony system przejściowy dla kredytów, do których są one stosowane. Rząd ten twierdzi jednak, że owe wskaźniki referencyjne nie mogły być stosowane przez instytucje kredytowe do nowych umów o kredyt hipoteczny.

20 W niniejszej sprawie zastępczym wskaźnikiem referencyjnym w umowie kredytowej był wskaźnik CECA, który również przestał być jednym z oficjalnych wskaźników referencyjnych z dniem wejścia w życie rozporządzenia 2899/2011 i okólnika 5/2012. Zobacz pkt 21 i 28 niniejszej opinii.

21 Zobacz pkt 22–25 niniejszej opinii.

45. Co się tyczy zasady działania wskaźnika IRPH Cajas, sąd odsyłający wyjaśnia w pierwszej kolejności, że wskaźnik ten był obliczany na podstawie danych przekazywanych co miesiąc bankowi centralnemu Hiszpanii przez kasy oszczędnościowe i odpowiadał on prostej średniej, przy czym wszystkie kasy oszczędnościowe miały takie samo znaczenie, niezależnie od wysokości udzielonych kredytów. W ocenie tego sądu reprezentatywność danej kasy oszczędnościowej w ramach wskaźnika IRPH Cajas nie ulegała zatem zmianie, w sytuacji gdy kasa ta traciła udział w rynku w efekcie podwyższenia w danym miesiącu stóp procentowych lub prowizji. W konsekwencji wraz ze zmniejszaniem się liczby kas oszczędnościowych zwiększał się wpływ pozostałych kas na wskaźnik IRPH Cajas, wobec czego każda kasa oszczędnościowa mogła wywierać wpływ na wartość tego wskaźnika poprzez podwyższenie stosowanych przez nią w danym miesiącu odsetek lub prowizji.

46. W drugiej kolejności sąd odsyłający wskazuje, że informacje dostarczane przez kasy oszczędnościowe w celu uzyskania średniej arytmetycznej wskaźnika IRPH obejmowały RRSO, koszty i prowizje stanowiące w przybliżeniu ponad jedną czwartą punktu procentowego powyżej nominalnej stopy oprocentowania, i że stosowane były także klauzule „dolnego progu" bądź klauzule przewidujące zaokrąglanie w górę do pełnej jednostki.

47. W trzeciej kolejności sąd odsyłający wskazuje, że zgodnie z uregulowaniami krajowymi przy obliczaniu wskaźnika IRPH nie były brane pod uwagę stopy obniżone w związku z dotacjami lub w ramach umów na rzecz pracowników, które zmniejszałyby wartość tego wskaźnika.

48. W czwartej kolejności sąd odsyłający wyjaśnia, że skoro średnie stopy ważone były RRSO, to aby wskaźnik IRPH odzwierciedlał średnie oprocentowanie rynkowe, konieczne jest – jak wskazał bank centralny Hiszpanii [22] – zastosowanie, dla zrównoważenia inflacyjnego skutku prowizji, ujemnej marży, której wielkość zależała od stosowanych prowizji. Niemniej w omawianym przypadku, jak również co do zasady, stosowano dodatnią marżę, a mianowicie IRPH Cajas + 0,25 punktu procentowego.

49. W piątej kolejności sąd odsyłający nadmienia, że w oddziałach przedsiębiorstwa Bankia wskaźnik IRPH był polecany klientom jako podlegający mniejszym wahaniom, pewniejszy i stabilniejszy niż wskaźnik EURIBOR [23], wobec czego należy także postawić sobie pytanie, czy poszczególne wykresy pochodzące z danych banku centralnego Hiszpanii i znane wówczas przedsiębiorstwu Bankia należało udostępniać konsumentom, tak aby mogli oni zapoznać się ze zmianami wartości każdego ze wskaźników (IRPH i EURIBOR).

50. Sąd odsyłający wskazuje wreszcie, że wszystkie te dane, poza wzorem matematycznym, który także przyczynia się do ich zrozumienia i który przedstawiono w ust. 1 załącznika VIII do okólnika 8/1990, świadczą o tym, że IRPH jest ogólnie wskaźnikiem złożonym, wobec czego konieczne może być przekazanie bardziej szczegółowych informacji i publikacji na jego temat, jako że jest on zasadniczym elementem umowy.

2. Wyrok z dnia 14 grudnia 2017 r.

51. Z treści postanowienia odsyłającego, jak też uwag na piśmie przedstawionych przez rząd hiszpański i Komisję wynika, że w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. Tribunal Supremo (sąd najwyższy) wypowiedział się w przedmiocie warunku umownego podobnego do warunku analizowanego w postępowaniu głównym, który przewidywał zastosowanie wskaźnika IRPH Entidades [24].

22 Zobacz akapit czwarty przedstawienia motywów okólnika 5/1994. Zobacz również pkt 17 niniejszej opinii.

23 Sąd ten odsyła do następujących stron internetowych: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf i https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf.

24 Komisja zwraca uwagę na fakt, że „choć wyrok ten zawiera interpretację przepisów dyrektywy 93/13 przez sąd ostatniej instancji, to jednak jego wydanie nie było poprzedzone zwróceniem się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym, które jest rozpatrywane w niniejszej sprawie".

52. Z zastrzeżeniem dokonania przez sąd odsyłający ewentualnych dalszych ustaleń z przedstawionych przez rząd hiszpański uwag na piśmie wynika, że Tribunal Supremo (sąd najwyższy) uwzględnił okoliczności przedstawione poniżej.

53. Przede wszystkim Tribunal Supremo (sąd najwyższy) stwierdził, że wskaźnik IRPH Entidades jest wskaźnikiem zdefiniowanym i uregulowanym w przepisie prawa, który został wprowadzony przez będącą kredytodawcą instytucję bankową do umowy o kredyt hipoteczny o zmiennej stopie procentowej jako ogólny warunek umowny. Jednakże „strona, która zamieszcza w umowie uprzednio zredagowany warunek, nie definiuje w umowie wskaźnika referencyjnego, lecz odsyła do jednego z oficjalnych wskaźników uregulowanych w przepisach prawa w odniesieniu do tego rodzaju umów. Wobec tego to administracja publiczna ma za zadanie zapewnić, aby wskaźniki te były zgodne z uregulowaniami dotyczącymi przejrzystości działalności bankowej, a kontrola ta nie wchodzi zatem w zakres kompetencji sądów cywilnych. A zatem ów wskaźnik, *jako taki*, nie może być przedmiotem kontroli przejrzystości w świetle dyrektywy 93/13” [25].

54. Następnie Tribunal Supremo (sąd najwyższy) uznał – po przeanalizowaniu tego warunku umownego – że jest on zgodny z wymogami kontroli przejrzystości, zarówno pod względem formalnym, jak i pod względem materialnym. Sąd ten podniósł, po pierwsze, że z formalnego punktu widzenia warunek ten spełnia jego zdaniem kryterium, które określił mianem „kryterium zamieszczenia w umowie”, ponieważ jest on jasny pod względem gramatycznym, zrozumiały i pozwala kredytobiorcy zrozumieć i zaakceptować fakt, że zmienne oprocentowanie jego umowy o kredyt hipoteczny będzie obliczane na podstawie stopy określanej i kontrolowanej przez bank centralny Hiszpanii. Po drugie, co do istoty, warunek ten jest jego zdaniem przejrzysty i pozwala poznać zakres obciążenia ekonomicznego. Sąd ten uznał, że konsument mógł zrozumieć, że jest zobowiązany do zapłaty kwoty będącej sumą wskaźnika i marży. W tym względzie Tribunal Supremo (sąd najwyższy) uznał, jak wynika z uwag rządu hiszpańskiego, że w zetknięciu z oficjalnym wskaźnikiem przeciętny, normalnie poinformowany konsument mógł łatwo zapoznać się z różnymi metodami jego obliczania i porównać zastosowane opcje, oraz że od instytucji kredytowej nie można wymagać, aby zaproponowała inne wskaźniki ani aby wyjaśniła, w jaki sposób wskaźnik ten został ustalony.

55. W tym względzie Tribunal Supremo (sąd najwyższy) nie uznał, że okoliczność, iż wskaźnik EURIBOR był korzystniejszy dla konsumenta, ma istotne znaczenie, ponieważ kontrola przejrzystości nie może przebiegać podług założenia o jej retrospektywnym charakterze [26]. Sąd ten uznał ponadto, iż rozumowanie to nie uwzględnia faktu, że stopa procentowa nie odpowiada wskaźnikowi, ale wskaźnikowi powiększonemu o marżę, i że nie dowiedziono, jakoby marże stosowane w odniesieniu do kredytów indeksowanych wskaźnikiem EURIBOR były korzystniejsze niż marże stosowane do kredytów indeksowanych wskaźnikiem IRPH. Stwierdził on także, że statystycznie marże doliczane do wskaźnika IRPH były nawet niższe i że rozumowanie to nie uwzględnia także faktu, iż poziom marży różni się w zależności od innych danych umownych (domicylowanie wynagrodzenia, powiązanie usług bankowych itp.). Tribunal Supremo (sąd najwyższy) wyjaśnił, że istotne znaczenie ma nie różnica między wskaźnikami IRPH a EURIBOR, ale przyszłe zmiany wskaźnika IRPH, i że nie można wymagać od banku, aby wiedział, jak wskaźnik ten będzie się kształtował w przyszłości, ani aby informował o tym kredytobiorcę. Ponadto notowane w przeszłości zmiany wartości wskaźników EURIBOR i IRPH były względnie podobne.

56. Tribunal Supremo (sąd najwyższy) doszedł wreszcie do wniosku, że wewnętrznie sprzeczne jest twierdzenie, iż bank wiedział, że wskaźnik IRPH jest bardziej korzystny niż wskaźnik EURIBOR, skoro wskaźnik IRPH był stosowany jedynie do niespełna 15% kredytów. Z tych samych względów można by unieważnić zastosowanie wskaźnika EURIBOR, gdyby kształtował się on mniej korzystnie.

25 Wyróżnienie moje.

26 Tribunal Supremo (sąd najwyższy) oparł się w tym zakresie na rozważaniach Trybunału zawartych w pkt 53 i 54 wyroku z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703).

57. Po przedstawieniu okoliczności opisanych przez sąd odsyłający i strony przejdę teraz do analizy zagadnień prawnych podniesionych w ramach pytań prejudycjalnych.

B. W przedmiocie pytań prejudycjalnych

1. W przedmiocie pytania pierwszego : zakres wyjątku przewidzianego w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13

58. Poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy wskaźnik IRPH Cajas może być przedmiotem kontroli przejrzystości na podstawie dyrektywy 93/13. Jednakże – jak podniosły przedsiębiorstwo Bankia, rząd hiszpański i Komisja – skoro wskaźnik IRPH jest uregulowany w przepisach rozporządzeń, to nie może on sam w sobie być przedmiotem tego rodzaju kontroli.

59. Inną kwestią jest według mnie ustalenie, czy zamieszczony w umowie o kredyt hipoteczny zawartej między konsumentem a przedsiębiorcą warunek umowny przewidujący zastosowanie tego wskaźnika do celów obliczania zmiennej stopy procentowej tego kredytu, tak jak w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, jest objęty zakresem zastosowania dyrektywy 93/13.

60. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem do tego ostatniego należy udzielenie sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu i z tego też względu Trybunał musi w razie potrzeby przeformułować przedłożone mu pytanie [27].

61. W tym wypadku uważam, że pierwsze pytanie prejudycjalne należy rozumieć w ten sposób, że zmierza ono zasadniczo do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, iż z zakresu zastosowania tej dyrektywy jest wyłączony warunek umowy zawartej między konsumentem a przedsiębiorcą, taki jak ten, o którym mowa w postępowaniu głównym, określający stopę procentową w oparciu o jeden z sześciu oficjalnych i przewidzianych prawem wskaźników referencyjnych, jakie mogą być stosowane przez instytucje kredytowe w odniesieniu do kredytów hipotecznych o zmiennej stopie procentowej.

62. Na wstępie należy zbadać argument rządu hiszpańskiego, według którego, skoro wskaźnik IRPH Cajas jest oficjalnym i legalnym wskaźnikiem, uregulowanym w przepisach wykonawczych lub administracyjnych publikowanych co miesiąc w *Boletín Oficial del Estado*, to kwestia kontroli przejrzystości tego wskaźnika nie jest objęta zakresem zastosowania dyrektywy 93/13, zgodnie z jej art. 1 ust. 2. Skoro rzeczonego wskaźnika nie można zatem uznać za nieuczciwy, jego uwzględnienie w spornym warunku umownym nie ma wpływu na tę interpretację.

63. Rząd hiszpański i Bankia podniosły w tym względzie, że po zniesieniu wskaźnika IRPH Cajas obecnie stosowany do umowy o kredyt hipoteczny, o której mowa w postępowaniu głównym, wskaźnik, a mianowicie IRPH Conjunto de Entidades, został wprowadzony na podstawie legalnego i bezwzględnie obowiązującego przepisu, a mianowicie piętnastego przepisu dodatkowego ust. 2 ustawy 14/2013. Tak więc wskaźnik IRPH Conjunto de Entidades jest obligatoryjnie stosowany od chwili jego wejścia w życie, wobec czego zachowana została równowaga ustanowiona przez prawodawcę. Co więcej, przedsiębiorstwo Bankia uściśliło, iż ustawa 14/2013 stanowi, że stronom nie przysługuje żaden

27 Wyroki: z dnia 17 lipca 1997 r., Krüger (C-334/95, EU:C:1997:378, pkt 22, 23); z dnia 8 grudnia 2011 r., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, pkt 18); z dnia 21 grudnia 2016 r., Ucar i Kilic (C-508/15 i C-509/15, EU:C:2016:986, pkt 51).

środek zaskarżenia, który umożliwiałby dochodzenie zmiany, jednostronnej modyfikacji lub wypowiedzenia warunków pożyczki lub kredytu w reakcji na zastosowanie piętnastego przepisu dodatkowego ust. 4 ustawy 14/2013. Podmioty te twierdzą zatem, że wskaźnik IRPH Cajas nie jest objęty zakresem zastosowania dyrektywy 93/13 na podstawie jej art. 1 ust. 2.

64. Po zapoznaniu się z przedstawionym przez sąd odsyłający stanem prawnym i faktycznym rozumiem jednak, że w chwili zawarcia umowy o kredyt hipoteczny, o której mowa w postępowaniu głównym, czyli w chwili, którą za punkt odniesienia powinien przyjąć sąd krajowy w celu dokonania oceny nieuczciwego charakteru warunku umownego [28], wskaźnikiem IRPH przewidzianym w spornym warunku umownym do celów obliczania zmiennej stopy procentowej nie był wskaźnik IRPH Conjunto de Entidades – który zastąpił wskaźnik IRPH Cajas na podstawie piętnastego przepisu dodatkowego ust. 2 ustawy 14/2013, co pociągnęło za sobą automatyczne odnowienie umowy – ale wskaźnik IRPH Cajas, wprowadzony okólnikiem 8/1990. Okoliczność, że wskaźnik IRPH Conjunto de Entidades jest obecnie oficjalnym wskaźnikiem referencyjnym, który figuruje w postanowieniu 3a umowy o kredyt hipoteczny, i że został on narzucony przez prawo, na podstawie bezwzględnie obowiązującego przepisu, a mianowicie piętnastego przepisu dodatkowego ust. 2 ustawy 14/2013, nie ma wpływu na analizę spornego warunku umownego przewidującego zastosowanie wskaźnika IRPH Cajas w brzmieniu, jakie nadano mu w chwili zawarcia umowy.

65. Oczywiste jest zatem, że zagadnienie występujące w niniejszej sprawy dotyczy spornej klauzuli umownej przewidującej zastosowanie wskaźnika IRPH Cajas [29]. W celu jego rozstrzygnięcia w pierwszej kolejności przedstawię zwięźle istotne orzecznictwo Trybunału dotyczące wykładni art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13, a w drugiej kolejności zbadam kwestię, czy w świetle tego orzecznictwa sporny warunek umowny podlega dyrektywie 93/13.

a) Krótkie przypomnienie orzecznictwa Trybunału

66. Tytułem wstępu należy przypomnieć, że kontrola przeprowadzana z urzędu przez sąd krajowy, może być wymagana tylko i wyłącznie w odniesieniu do warunku umownego objętego zakresem stosowania dyrektywy 93/13, zdefiniowanym przez jej art. 1 [30]. Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 warunki umowy odzwierciedlające bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawowe lub wykonawcze są wyłączone z zakresu zastosowania tej dyrektywy.

28 Przypomnę, że „zgodnie z art. 4 ust. 1 dyrektywy [93/13] przy ocenie nieuczciwego charakteru warunku umownego należy uwzględnić rodzaj towarów lub usług, których umowa dotyczy, wraz z odniesieniem, w czasie wykonania [zawarcia] umowy, do wszelkich okoliczności związanych z wykonaniem [zawarciem] umowy. Wyroki: z dnia 4 czerwca 2009 r., Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, pkt 39); z dnia 9 listopada 2010 r., VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, pkt 42); z dnia 14 marca 2013 r., Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, pkt 71); z dnia 26 stycznia 2017 r., Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, pkt 61). W odniesieniu do tej kwestii zob. także moja opinia w sprawach połączonych Abanca Corporación Bancaria i Bankia (C-70/17 i C-179/17, EU:C:2018:724, pkt 70).

29 Sam rząd hiszpański wskazuje w pkt 8 i 17 swych uwag na piśmie, że spornym w postępowaniu głównym warunkiem umownym jest warunek przewidujący zastosowanie wskaźnika IRPH Cajas i że w chwili zawarcia umowy o kredyt hipoteczny, będącej przedmiotem niniejszego odesłania prejudycjalnego, zastosowanie miało rozporządzenie z dnia 5 maja 1994 r.

30 Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 kwietnia 2019 r., Aqua Med (C-266/18, EU:C:2019:282, pkt 28).

67. W wyroku RWE Vertrieb [31] Trybunał po raz pierwszy wyjaśnił pojęcie „[bezwzględnie] obowiązujących przepisów ustawowych lub wykonawczych", którym posłużono się w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13. W tym względzie Trybunał przypomniał, że przepis ten ustanawia wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy, obejmujące warunki umowy odzwierciedlające bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawowe lub wykonawcze [32]. Zastosowanie tego wyłączenia wymaga spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, warunek umowny musi odzwierciedlać przepis ustawowy lub wykonawczy, a po drugie przepis ten musi mieć charakter bezwzględnie wiążący [33].

68. Trybunał orzekł, że aby stwierdzić, czy przesłanki te są spełnione, sąd krajowy musi ustalić, czy ten warunek umowny odzwierciedla przepisy prawa krajowego, które znajdują zastosowanie wobec stron umowy niezależnie od ich wyboru (są bezwzględnie wiążące), czy też mają charakter dyspozytywny, a więc dochodzą do głosu w braku odmiennych ustaleń między stronami [34].

69. W związku z tym sąd krajowy powinien zbadać, czy rozpatrywany w postępowaniu głównym warunek umowny odzwierciedla bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa krajowego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 [35], z uwzględnieniem faktu, że w świetle w szczególności celu tej dyrektywy, a mianowicie ochrony konsumentów, wyjątek przewidziany w tym przepisie podlega ścisłej wykładni [36].

70. Po zwięzłym przypomnieniu ogólnego kontekstu orzeczniczego dotyczącego wykładni tego przepisu, przejdę teraz do jego zastosowania w niniejszej sprawie.

b) Czy sporny warunek umowny jest objęty wyjątkiem przewidzianym w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13?

71. Na wstępie należy podkreślić, że – jak wynika z poprzednich punktów niniejszej opinii – jeżeli dany warunek umowny odzwierciedla bezwzględnie obowiązujące lub dyspozytywne przepisy ustawowe lub wykonawcze, to nie powstaje kwestia, czy warunek ten jest objęty zakresem zastosowania dyrektywy 93/13. Taki warunek umowny po prostu nie podlega przepisom tej dyrektywy.

72. Jeżeli natomiast sąd krajowy uzna, że badany przepis nie zobowiązuje instytucji bankowej do wyboru któregoś z oficjalnych wskaźników referencyjnych przewidzianych w tym przepisie, lecz pozwala posłużyć się innym wskaźnikiem referencyjnym, to kwestia, czy odzwierciedlający ten przepis warunek umowny jest objęty zakresem zastosowania dyrektywy 93/13, niewątpliwie będzie mieć znaczenie. Jest bowiem jasne, że tego rodzaju warunek umowny jest objęty zakresem zastosowania tej dyrektywy. Tak samo byłoby według mnie w sytuacji, gdyby wskazany przepis zobowiązywał instytucję bankową do wyboru jednego z przewidzianych w nim oficjalnych wskaźników referencyjnych [37].

31 Wyrok z dnia 21 marca 2013 r. (C-92/11, EU:C:2013:180).

32 Wyrok z dnia 21 marca 2013 r., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, pkt 25).

33 Wyroki: z dnia 10 września 2014 r., Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, pkt 78); z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 28). W ocenie Trybunału to wyłączenie stosowania przepisów dyrektywy 93/13 jest uzasadnione okolicznością, iż co do zasady można zasadnie przypuszczać, że ustawodawca krajowy dokonał wyważenia ogółu praw i obowiązków stron określonych umów. Zobacz także wyroki: z dnia 21 marca 2013 r., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, pkt 28); z dnia 20 września 2018 r., OTP Bank i OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, pkt 53).

34 Wyrok z dnia 21 marca 2013 r., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, pkt 26). Zobacz także wyroki: z dnia 10 września 2014 r., Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, pkt 76); z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 27). Zobacz także motyw trzynasty dyrektywy 93/13.

35 Zobacz podobnie wyrok z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 30); a także opinia rzecznika generalnego N. Wahla w tej sprawie (C-186/16, EU:C:2017:313, pkt 59). Zobacz także wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, pkt 69, 70).

36 Zobacz wyroki: z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 31); z dnia 10 września 2014 r., Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, pkt 77).

37 Zobacz pkt 83 niniejszej opinii.

73. W niniejszej sprawie sąd odsyłający stoi na stanowisku, że sporny warunek umowny, zredagowany uprzednio przez instytucję bankową, odzwierciedla przepisy prawa krajowego. Twierdzi on jednak, że nie są spełnione ustanowione w orzecznictwie Trybunału przesłanki zastosowania wyłączenia ustanowionego w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13. Po pierwsze, przepis krajowy odzwierciedlony w spornym warunku umownym nie jest bowiem bezwzględnie obowiązujący, ponieważ jest to przepis wykonawczy lub administracyjny regulujący zmienne odsetki stanowiące wynagrodzenie, włączany do umowy przez przedsiębiorcę *fakultatywnie*, co oznacza, że wskaźnik IRPH Cajas nie jest stosowany obligatoryjnie i niezależnie od woli stron. Po drugie, przepis ten nie jest stosowany uzupełniająco, w wypadku gdy strony nie uregulowały tej kwestii w umowie [38].

74. W tym wypadku, co się tyczy zawartego w spornym warunku umownym wskaźnika IRPH Cajas, z ram prawnych niniejszej sprawy wynika, że przytoczony przez sąd odsyłający drugi przepis dodatkowy rozporządzenia z dnia 5 maja 1994 r. uprawniał bank centralny Hiszpanii do określenia w drodze okólnika (okólnik 8/1990, zmieniony okólnikiem 5/1994, uchylonego już, ale obowiązującego w dniu zawarcia umowy okólnika 5/1994) „wszystkie oficjalne wskaźniki lub stopy referencyjne, jakie *mogą* być stosowane przez instytucje kredytowe do kredytów hipotecznych o zmiennej stopie procentowej” [39].

75. Z treści uwag przedstawionych przez przedsiębiorstwo Bankia wynika, że rozporządzenie z dnia 5 maja 1994 r. przewidywało w art. 6 ust. 2, że do podlegających temu rozporządzeniu kredytów o zmiennej stopie procentowej instytucje kredytowe mogły stosować jako wskaźniki lub stopy referencyjne jedynie *„te, które spełniają następujące dwa kryteria*: a) nie są uzależnione wyłącznie od samej instytucji kredytowej i nie mogą być kształtowane przez tę instytucję na podstawie porozumień lub praktyk świadomie zbieżnych z tymi, które stosują inne instytucje; b) dane, na których opiera się wskaźnik, są gromadzone zgodnie z obiektywną metodą matematyczną”.

76. Z uwag przedstawionych przez przedsiębiorstwo Bankia wynika również, że art. 6 ust. 3 pkt 1[a] i 2[a] rozporządzenia z dnia 5 maja 1994 r. przewidywał, że „w wypadku [podlegających temu rozporządzeniu] kredytów o zmiennej stopie procentowej nie ma obowiązku informowania kredytobiorcy indywidualnie o zmianach obowiązującej stopy procentowej, jeżeli spełnione są następujące dwie przesłanki: 1) *uzgodniono*, że, stosowane będą jeden z oficjalnych wskaźników lub jedna z oficjalnych stóp referencyjnych, o których mowa w drugim przepisie dodatkowym [tego rozporządzenia]; 2) obowiązującą stopę procentową kredytu ustala się w trybie przewidzianym w przepisie 3a ust. 1 lit. a) lub b) załącznika II do [tego rozporządzenia]” [40].

77. W tym względzie – jak wskazał rząd hiszpański w swych uwagach na piśmie – załącznik II do rozporządzenia z dnia 5 maja 1994 r., zatytułowany „Warunki finansowe w podlegających niniejszemu rozporządzeniu umowach o kredyt hipoteczny” określał informacje, jakie powinny być zawarte w tych warunkach. Z treści tych uwag wynika, że pkt 3a wspomnianego załącznika II, zatytułowany „Zmienna stopa procentowa” przewidywał w szczególności, że przy określaniu zmiennej stopy procentowej stopę tę należy wyrazić w jednej z przewidzianych w tym przepisie form. Punkt 3a lit. a), b) i c) wskazanego załącznika II odnosił się do definiowania zmiennej stopy procentowej poprzez zastosowanie wskaźnika referencyjnego, *lub*, w myśl lit. d) tego przepisu, „w *jakikolwiek inny sposób*”, o ile jest on jasny, konkretny, zrozumiały dla kredytobiorcy i zgodny z prawem” [41].

38 W hiszpańskiej doktrynie wyrok z dnia 14 grudnia 2017 r. jest komentowany w ten sposób, że jego przedmiotem jest przepis, który nie jest ani bezwzględnie obowiązujący, ani dyspozytywny. Zobacz 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 (coord.), nº 9, Dykinson, 2017, s. 211–236, w szczególności, s. 219 i 222.

39 Zobacz pkt 15 niniejszej opinii. Wyróżnienie moje.

40 Wyróżnienie moje.

41 Zobacz pkt 18 uwag rządu hiszpańskiego.

78. Wydaje się zatem – z zastrzeżeniem dokonania przez sąd odsyłający ewentualnych dalszych ustaleń – że rozporządzenie z dnia 5 maja 1994 r. nie wymagało stosowania w odniesieniu do kredytów o zmiennej stopie procentowej jednego z sześciu oficjalnych wskaźników referencyjnych, do których zaliczał się wskaźnik IRPH Cajas, ale określał, jak wynika z przepisów krajowych przytoczonych przez Bankia w jego uwagach i wspomnianych w pkt 75 niniejszej opinii, wymogi, jakie powinny spełniać wskaźniki lub stopy referencyjne", aby mogły one być stosowane przez instytucje bankowe. Wobec powyższego możliwość wyboru wskaźnika przez strony umowy *nie musi być zawężana* do wyboru spośród sześciu oficjalnych wskaźników przewidzianych w okólniku 8/1990 [42]. W tym względzie należy stwierdzić, że choć sześć oficjalnych wskaźników referencyjnych określonych w okólniku 8/1990 co do zasady spełnia wprawdzie dwa opisane wyżej wymogi, to jednak – z zastrzeżeniem dokonania przez sąd odsyłający ewentualnych dalszych ustaleń – przedsiębiorstwo Bankia miało, jak wynika z pkt 3a lit. d) załącznika II do rozporządzenia z dnia 5 maja 1994 r. [43], możliwość określenia zmiennej stopy procentowej „w jakikolwiek inny sposób, o ile jest ona jasna, konkretna, zrozumiała dla kredytobiorcy i zgodna z prawem". To w tym kontekście sąd odsyłający wspomina o możliwości posłużenia się – w chwili zawarcia umowy, czyli w dniu 19 lipca 2001 r. – wskaźnikiem EURIBOR, który został wprowadzony w Hiszpanii w 1999 r. [44]. Należy przypomnieć, że z ram prawnych niniejszej sprawy wynika, iż w chwili zawarcia umowy wskaźnik EURIBOR nie był jednym z sześciu oficjalnych wskaźników przewidzianych w okólniku 8/1990. Jednakże, jak wskazał sąd odsyłający, wskaźnik EURIBOR mógł zostać wybrany przez bank, w chwili zawarcia umowy, jako wskaźnik referencyjny.

79. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w treści uwag na piśmie przedstawionych przez przedsiębiorstwo Bankia, w których przedsiębiorstwo to jasno stwierdza, że „*wskaźnik IRPH nie był narzucany stronom umowy w sposób obligatoryjny*" [45].

80. Należy wreszcie podkreślić, że Komisja wskazuje w swych uwagach na piśmie, że sam Tribunal Supremo (sąd najwyższy) w zakresie, w jakim zbadał on *przejrzystość* rozpatrywanego *warunku umownego* bez podawania w wątpliwość zastosowania dyrektywy 93/13, przyznał w sposób dorozumiany, w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r., że wyjątek przewidziany w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 nie ma zastosowania do warunku umownego przewidującego stosowanie wskaźnika IRPH Cajas.

81. Ponadto Komisja wskazuje również, że wyrok z dnia 14 grudnia 2017 r. zawiera zdanie odrębne zredagowane przez dwóch sędziów tego sądu najwyższego, a mianowicie Francisca Javiera Orduñę Morena i Francisca Javiera Arroyę Fiestasa, w myśl którego „przedmiotem tej kontroli [sądowej] nie jest sam wskaźnik, czyli wskaźnik rozumiany jako odzwierciedlenie ustanawiającego go przepisu ustawowego lub administracyjnego, *ale jego użycie lub zastosowanie w warunkach ogólnych*" [46]. W rzeczonym zdaniu odrębnym wskazano także, w odniesieniu do kryterium bezwzględnie obowiązującego charakteru przepisu krajowego, że „nie jest tak również w tym wypadku, zważywszy,

42 Jak wynika z ram prawnych niniejszej sprawy, do sześciu oficjalnych wskaźników referencyjnych przewidzianych w okólniku 8/1990 należały, poza wspomnianymi już wskaźnikami referencyjnymi (IRPH Bancos, IRPH Cajas i IRPH Entidades), jeszcze trzy następujące wskaźniki referencyjne: wskaźnik CECA, wewnętrzna stopa rentowności na rynku wtórnym długu publicznego, którego pozostający okres spłaty wynosi od dwóch do sześciu lat, i wskaźnik MIBOR. Ostatni z tych wskaźników przestał być stosowany po wprowadzeniu w Hiszpanii, w 1999 r., wskaźnika EURIBOR. Jak wynika z treści uwag na piśmie przedstawionych przez rząd hiszpański, dodatkowy oficjalny wskaźnik referencyjny związany z zachowaniem wskaźnika EURIBOR został wprowadzony w drodze okólnika 7/1999 banku centralnego Hiszpanii. Zobacz przypis 13 niniejszej opinii.

43 Zobacz pkt 77 niniejszej opinii.

44 Zobacz przypisy 13 i 42 niniejszej opinii.

45 Wyróżnienie moje. Według przedsiębiorstwa Bankia imperatywny charakter wskaźnika IRPH wynika z faktu, że z chwilą podjęcia decyzji o jego wyborze jest on w całości wpisywany w treść umowy o kredyt hipoteczny, bez jego modyfikacji w drodze umowy, przy czym strony nie mogą uniknąć związania się tą umową. Nie zgadzam się z tym argumentem. Według mnie, nawet jeśli instytucja bankowa nie może narzucić w ramach uprzednio zredagowanej klauzuli definicji oficjalnego wskaźnika referencyjnego, ani sposobu jego obliczania, to jednak może ona narzucić marżę, jaką zastosuje do tego wskaźnika, co miało miejsce w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w której – wbrew zaleceniom banku centralnego Hiszpanii dotyczącym stosowania ujemnej marży w celu zrównania RRSO tej transakcji z rynkową RRSO – przedsiębiorstwo Bankia postanowiło zastosować marżę dodatnią wynoszącą 0,25 punktu procentowego.

46 Wyróżnienie moje.

że przedsiębiorca stosuje *jeden z siedmiu* dopuszczalnych wówczas *wskaźników referencyjnych* (w tym wskaźniki MIBOR, CECA i EURIBOR), wobec czego wskaźnik IRPH Entidades nie był jedynym wskaźnikiem, który mógł posłużyć za wartość referencyjną, a jego zastosowanie nie było obowiązkowe dla przedsiębiorcy”[47].

82. W obliczu okoliczności, że wyjątek ustanowiony w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować ściśle i z zastrzeżeniem dokonania przez sąd odsyłający ewentualnych dalszych ustaleń, z przedstawionych wyżej rozważań wynika, że sporny warunek umowny jest objęty zakresem zastosowania dyrektywy 93/13 i że potencjalnie nieuczciwy charakter tego warunku umownego może być przedmiotem kontroli sądowej.

83. W każdym razie, jak wskazałem już w pkt 72 niniejszej opinii, mimo iż w ocenie sądu odsyłającego mające zastosowanie w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym przepisy były bezwzględnie wiążące dla instytucji bankowych, uważam, że sporny warunek umowny podlega przepisom dyrektywy 93/13. Sama okoliczność, że przepis krajowy pozwala instytucji bankowej na włączenie w sposób fakultatywny do ogólnych warunków umowy o kredyt hipoteczny wskaźnika wybranego spośród kilku oficjalnych wskaźników referencyjnych wskazanych w tym przepisie, w mojej ocenie wystarczy bowiem, by uznać, że tego rodzaju przepis nie jest bezwzględnie obowiązujący w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 i że wobec tego dyrektywa ta znajduje zastosowanie. Otóż jasne jest dla mnie to, że przewidziany w tym przepisie wyjątek nie może mieć zastosowania do warunku umownego odzwierciedlającego przepis ustawowy lub wykonawczy, który zawęża lub ogranicza autonomię woli stron, *nie eliminując jej*.

84. Co więcej, nie dostrzegam powodu, dla którego państwo członkowskie mogłoby twierdzić, że warunek umowny nie ma nieuczciwego charakteru, ponieważ odzwierciedla on bezwzględnie obowiązujący przepis, którego treść stoi w sprzeczności ze skutecznością (effet utile) dyrektywy 93/13.

85. Dlatego, w świetle przedstawionych wyżej rozważań, stoję na stanowisku, że dyrektywę 93/13 należy interpretować w ten sposób, że z zakresu jej zastosowania nie jest wyłączony warunek umowy zawartej między konsumentem a przedsiębiorcą, taki jak ten, o którym mowa w postępowaniu głównym, określający stopę procentową w oparciu o jeden z sześciu oficjalnych i przewidzianych prawem wskaźników referencyjnych, jakie mogą być stosowane przez instytucje kredytowe w odniesieniu do kredytów hipotecznych o zmiennej stopie procentowej.

2. W przedmiocie pytania drugiego : zakres i treść kontroli przejrzystości spornego warunku umownego na podstawie art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13

86. Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy dyrektywa 93/13, a w szczególności jej art. 8, sprzeciwia się temu, aby sąd krajowy mógł zastosować art. 4 ust. 2 tej dyrektywy w celu odstąpienia od oceny potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku umownego wyrażonego prostym i zrozumiałym językiem oraz dotyczącego głównego przedmiotu umowy, takiego jak warunek, o którym mowa w postępowaniu głównym, w sytuacji gdy wskazany przepis nie został transponowany przez krajowego ustawodawcę do jego porządku prawnego. Sąd krajowy dąży ponadto do ustalenia, jakie informacje powinny w stosownym wypadku zostać przekazane przez przedsiębiorcę – zgodnie z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 – w celu spełnienia wymogu przejrzystości warunku umownego określającego stopę procentową na podstawie przewidzianego prawem wskaźnika referencyjnego takiego jak wskaźnik IRPH Cajas, którego wzór matematyczny jest złożony i mało przejrzysty dla przeciętnego konsumenta. Sąd ten dąży wreszcie do ustalenia, czy nieudzielenie informacji w tym zakresie należy uznać za postępowanie nieuczciwe.

47 Wyróżnienie moje.

a) W przedmiocie pytania drugiego lit. a)

87. Przed zajęciem stanowiska w przedmiocie pierwszej części pytania drugiego, która dotyczy wykładni nie tylko art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, ale także art. 5 i 8 tej dyrektywy, należy przybliżyć kontekst, w którym pytanie to zostało zadane. Rozpocznę zatem od przypomnienia orzecznictwa Trybunału.

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

88. W odniesieniu do kwestii, czy art. 8 dyrektywy 93/13sprzeciwia się temu, aby sąd krajowy mógł zastosować art. 4 ust. 2 tej dyrektywy w celu odstąpienia od oceny potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku umownego wyrażonego prostym i zrozumiałym językiem oraz dotyczącego głównego przedmiotu umowy, takiego jak warunek, o którym mowa w postępowaniu głównym, w sytuacji gdy ten drugi z wymienionych przepisów dyrektywy nie został transponowany przez krajowego ustawodawcę do jego porządku prawnego, pragnę na wstępie podkreślić, że Trybunał udzielił już odpowiedzi na to pytanie w wyroku Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid [48].

89. W wyroku tym Trybunał stwierdził przede wszystkim, że – jak wskazał sąd odsyłający w niniejszej sprawie – „z przedstawionych Trybunałowi akt sprawy wynika, że w ustawie 7/1998 [49] nie dokonano transpozycji do prawa wewnętrznego art. 4 ust. 2 dyrektywy [93/13]” [50]. Trybunał stwierdził następnie, że w hiszpańskim porządku prawnym sąd krajowy w każdej sytuacji w ramach sporu dotyczącego umowy zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem może zatem dokonać oceny nieuczciwego charakteru warunku, który nie był negocjowany indywidualnie, dotyczącego w szczególności głównego przedmiotu tej umowy, nawet w przypadkach, w których warunek ten został sformułowany wcześniej przez przedsiębiorcę prostym i zrozumiałym językiem [51]. W tych okolicznościach Trybunał doszedł do wniosku, że dopuszczając pełną kontrolę sądową nieuczciwego charakteru warunków, takich jak wskazane w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, zamieszczonych w umowie zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem, „[…] uregulowanie hiszpańskie pozwala zgodnie z art. 8 [tej] dyrektywy zapewnić konsumentowi wyższy stopień ochrony niż ustanowiony w dyrektywie” [52].

2) Stanowisko rządu hiszpańskiego

90. W niniejszej sprawie rząd hiszpański twierdzi [53], że choć art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 nie został, co prawda, formalnie transponowany do prawa hiszpańskiego, to ów brak formalnej transpozycji nie może być interpretowany – jak czyni to sąd odsyłający – jako wyraźna wola dopuszczenia przez hiszpańskiego ustawodawcę kontroli nieuczciwego charakteru elementów, które dotyczą głównego

48 Wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r. (C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 44). Pytania prejudycjalne w tej sprawie zostały przedstawione przez Tribunal Supremo (sąd najwyższy).

49 Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (ustawa 7/1998 w sprawie ogólnych warunków umów) z dnia 13 kwietnia 1998 r. (BOE nr 89 z dnia 14 kwietnia 1998 r.).

50 Wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 41).

51 Zobacz wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 42).

52 Wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 43).

53 Pogląd ten podziela przedsiębiorstwo Bankia, które utrzymuje, że „zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwem art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 został w rzeczywistości przetransponowany do hiszpańskiego porządku prawnego”.

przedmiotu umowy, w sytuacji gdy są one wyrażone prostym i zrozumiałym językiem [54]. W tym względzie rząd ten podnosi, że po wydaniu wyroku Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid [55] Tribunal Supremo (sąd najwyższy) uznał, w wyroku z dnia 18 czerwca 2012 r. [56], że wolą ustawodawcy było dokonanie transpozycji art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 do prawa hiszpańskiego i że reforma wprowadzona ustawą 7/1998 świadczy o wyraźnej transpozycji tego artykułu [57].

91. Nie podzielam stanowiska rządu hiszpańskiego w tym względzie. W mojej ocenie jego rozumowanie stoi bowiem w sprzeczności z orzecznictwem Trybunału dotyczącym transpozycji dyrektyw, a w szczególności z zasadami pewności prawa, przejrzystości i lojalnej współpracy.

3) Konsekwencje braku transpozycji art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13

92. Zgodnie z art. 288 akapit trzeci TFUE dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Oznacza to, że Królestwo Hiszpanii, tak samo jak każde inne państwo członkowskie, może wybrać formę i środki wdrażania dyrektyw.

93. Dobrze wiadomo również, że transpozycja dyrektyw oznacza proces przekształcania dyrektyw przez właściwe krajowe organy prawodawcze w przepisy prawa krajowego [58]. W tym kontekście *zasada pewności prawa* wymaga od państwa członkowskiego przyjęcia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do zapewnienia pełnej transpozycji do prawa krajowego przepisów dyrektywy [59]. Nawet jeśli nie wszystkie przepisy dyrektywy muszą być przedmiotem bezpośredniej i wyraźnej transpozycji, to wypełnienie *obowiązku zachowania przejrzystości* może faktycznie wymagać określonego zachowania, w szczególności zaś podania pewnych informacji do wiadomości Komisji [60].

54 Na poparcie tego argumentu rząd hiszpański załączył do swych uwag na piśmie artykuł doktryny prawniczej, w którym podkreśla się, że brak transpozycji art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 w drodze ustawy 7/1998 jest w istocie skutkiem „wynikającego z niedbalstwa błędu popełnionego przy głosowaniu parlamentarnym, który pociągnął za sobą usunięcie literalnego brzmienia rzeczonego przepisu z tekstu prawnego". Autor tego artykułu twierdzi, że błąd ten nie został skorygowany na etapie późniejszych reform legislacyjnych, i wyjaśnia, że od tego czasu nie tylko w doktrynie, ale i w orzecznictwie sądów krajowych były wyrażane odmienne poglądy na temat konsekwencji tego błędu, przynajmniej do czasu wydania wyroku Tribunal Supremo (sądu najwyższego) nr 241/2013 z dnia 9 maja 2013 r. (ES:TS:2013:1916). W tym względzie autor artykułu dochodzi w szczególności do wniosku, że Tribunal Supremo (sąd najwyższy) próbował położyć kres tej niepewnej sytuacji w Hiszpanii, ale hiszpański ustawodawca, mimo że miał szereg możliwości wyjaśnienia, czy art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 został przetransponowany, ,,nie wydaje się gotowy, aby tego dokonać". I tak wskazany autor twierdzi, że „ani reformy prawne przyjęte przez hiszpański parlament w maju 2013 r. w celu dostosowania hiszpańskiego systemu do wyroku z dnia 14 marca 2013 r., Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), ani projekt transpozycji dyrektywy 2011/83[/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. 2011, L 304, s. 64)]" nie odnosiły się do kwestii nieuczciwych warunków umownych dotyczących zasadniczych elementów umowy. Zobacz 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*, vol. 5(2), 2013, s. 209–233, a w szczególności s. 226, 227, 233.

55 Wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r. (C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 44).

56 ES:TS:2012:5966.

57 Rząd hiszpański przytoczył w swych uwagach na piśmie fragment drugiej podstawy prawnej wyroku Tribunal Supremo (sądu najwyższego) z dnia 18 czerwca 2012 r.: „Tak więc w związku ze zmianą dawnej ustawy ogólnej z 1984 r. w sprawie ochrony konsumentów poprzez dodanie nowego art. 10, w ust. 1 lit. c) szerokie sformułowanie »właściwa równowaga świadczeń wzajemnych« zostało zastąpione wyrażeniem »istotna nierównowaga między prawami a zobowiązaniami«, zgodnie z przepisami dyrektywy mającymi na celu ograniczenie kontroli merytorycznej, jaka może być przeprowadzana w odniesieniu do potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku umowy; można zatem stwierdzić, że nie przeprowadza się kontroli cen ani równoważności świadczeń w ścisłym rozumieniu". Według rządu hiszpańskiego Tribunal Supremo (sąd najwyższy) nadmienił w tym wyroku, że ostatecznie „chociaż stanowiska doktryny nie są w tym względzie jednomyślne, to należy stwierdzić, w drodze wykładni celowościowej art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, że choć zasadnicze elementy umowy są wyłączone z zakresu kontroli merytorycznej, to jednak mogą one być przedmiotem kontroli dotyczącej kryterium sposobu zamieszczenia ich w umowie i przejrzystości [art. 5 ust. 5 oraz art. 7 ogólnej ustawy w sprawie ochrony konsumentów]". Rząd hiszpański wyjaśnia także, że Tribunal Supremo (sąd najwyższy) potwierdził to orzeczenie wyrokiem z dnia 9 maja 2013 r. (ES:TS:2013:1916).

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

59 W przedmiocie zasady pewności prawa i transpozycji dyrektyw zob. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd édition, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, s. 246, 247.

60 Zobacz podobnie S. Prechal, op.cit., s. 6.

Otóż „na podstawie zobowiązania wywiedzionego z samej dyrektywy i z jej wiążącego skutku" przewidzianego w art. 288 akapit trzeci TFUE należy uwzględnić także „zobowiązanie uzupełniające" wynikające z art. 4 ust. 3 TUE, który wymaga lojalnej współpracy między organami krajowymi a Unią przy wdrażaniu reguł określonych w traktatach"[61].

94. Ściślej rzecz ujmując, nie należy zapominać o tym, że w ramach wykładni art. 288 akapit trzeci TFUE, który był przedmiotem obszernego orzecznictwa, o ile jest oczywiste, że transpozycja dyrektywy niekoniecznie wymaga podjęcia działań legislacyjnych w każdym państwie członkowskim, o tyle jednak nieodzowne jest, aby prawo krajowe zagwarantowało skutecznie pełne stosowanie dyrektywy, w taki sposób, aby sytuacja prawna wynikająca z tego prawa była *wystarczająco jasna i precyzyjna*, i aby beneficjenci uzyskali pełne rozeznanie w przysługujących im prawach, a w razie konieczności mogli dochodzić ich przed sądem[62].

95. Trybunał orzekł już w tym względzie, że orzecznictwo krajowe, zakładając, że jest ono utrwalone, dotyczące wykładni przepisów prawa wewnętrznego w sposób uważany za zgodny z wymogami dyrektywy, nie może osiągnąć jasności i precyzji wymaganych w celu spełnienia wymogu *pewności prawa*, przy czym tak jest w szczególności w dziedzinie ochrony konsumentów[63]. Jest tak tym bardziej w sytuacji, gdy przedmiotem utrwalonego orzecznictwa krajowego jest wykładnia i stosowanie przepisu dyrektywy, którego ustawodawca krajowy nie transponował. Orzecznictwo takie nie jest zatem na tyle jasne i precyzyjne, aby mogło posłużyć za właściwą podstawę prawną do uregulowania ochrony konsumentów, czy – jak w niniejszej sprawie – do dokonania transpozycji wyjątku przewidzianego w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13.

96. Dlatego, nawet jeśli w świetle treści akt przedstawionych Trybunałowi w niniejszej sprawie w wyrokach z dnia 18 czerwca 2012 r.[64] i z dnia 9 maja 2013 r.[65] Tribunal Supremo (sąd najwyższy) próbował, jak rozumiem, wyeliminować sprzeczności wynikające z wcześniejszego orzecznictwa i zapewnić w szczególności spójność krajowego porządku prawnego, to jednak hiszpański ustawodawca ma za zadanie w stosownym wypadku zainterweniować i przyjąć właściwe środki, jeżeli zamierza dokonać transpozycji art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, co – w świetle orzecznictwa przypomnianego w pkt 94 i 95 niniejszej opinii – nie wynika ani z postanowienia odsyłającego, ani z treści przedstawionych Trybunałowi akt.

97. Ponadto należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 *nie jest przepisem bezwzględnie obowiązującym i wiążącym*, który powinien być transponowany jako taki przez państwa członkowskie. Przepis ten przewiduje bowiem ograniczenie praw jednostek wynikających z prawa Unii. W tym względzie Trybunał orzekł

61 D. Simon, *Le Système juridique communautaire*, 3ème édition, Presse universitaires de France, Paryż, 2006, s. 328–332. Wyróżnienie moje.

62 Zobacz wyroki: z dnia 23 maja 1985 r., Komisja/Niemcy (29/84, EU:C:1985:229, pkt 23); z dnia 23 marca 1995 r., Komisja/Grecja (C-365/93, EU:C:1995:76, pkt 9); z dnia 10 maja 2001 r., Komisja/Niderlandy (C-144/99, EU:C:2001:257, pkt 17); z dnia 9 września 2004 r., Komisja/Hiszpania (C-70/03, EU:C:2004:505, pkt 36); z dnia 23 kwietnia 2009 r., Komisja/Belgia (C-292/07, niepublikowany, EU:C:2009:246, pkt 120). Według rzecznika generalnego A. Tizzana „państwa członkowskie powinny ustanowić *precyzyjne ramy prawne* w danej dziedzinie, czyniące krajowy porządek prawny zgodnym z przepisami dyrektywy. Owe ramy prawne powinny zostać określone w taki sposób, aby nie pozostawiały żadnych wątpliwości czy dwuznaczności, nie tylko co do treści obowiązujących przepisów krajowych i ich zgodności z dyrektywą, ale także co do formalnej wartości tych przepisów i ich zdolności do stania się podstawą prawną właściwą do uregulowania danego sektora". Zobacz opinia rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie Komisja/Niderlandy (C-144/99, EU:C:2001:50, pkt 15). Wyróżnienie moje.

63 Zobacz wyroki: z dnia 10 maja 2001 r., Komisja/Niderlandy (C-144/99, EU:C:2001:257, pkt 21); z dnia 10 lipca 2014 r., Komisja/Belgia (C-421/12, EU:C:2014:2064, pkt 46). Zobacz także wyrok z dnia 9 grudnia 2003 r., Komisja/Włochy (C-129/00, EU:C:2003:656, pkt 33): „[w] przypadku gdy wykładnia sądowa przepisów prawa krajowego, jaką można wziąć pod uwagę, wykazuje rozbieżności, przy czym jedne rozstrzygnięcia skutkują stosowaniem tych przepisów zgodnie z prawem [Unii], inne zaś prowadzą do ich stosowania niezgodnie z [tym] prawem, należy stwierdzić, iż przepisy te są co najmniej niedostatecznie jasne, by zapewnić stosowanie zgodne z prawem [Unii]".

64 ES:TS:2012:5966.

65 ES:TS:2013:1916.

już, że dla konkretnego zapewnienia celów ochrony konsumentów określonych w dyrektywie każda transpozycja tego przepisu powinna spełniać wymogi pozwalające uznać ją za kompletną, z tym skutkiem, że zakaz dokonywania oceny nieuczciwego charakteru warunków dotyczy wyłącznie tych, które zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem [66].

98. W drugiej kolejności należy stwierdzić, jak przypomniano w pkt 89 niniejszej opinii, że brak transpozycji do prawa wewnętrznego oznacza, iż dopuszczając pełną kontrolę sądową nieuczciwego charakteru warunków zamieszczonych w umowie zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem, takich jak te, o których mowa w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, przepisy hiszpańskie pozwalają na zapewnienie konsumentowi, zgodnie z art. 8 tej dyrektywy, poziomu skutecznej ochrony wyższego niż ustalony przez rzeczoną dyrektywę, i to nawet wtedy, gdy warunek ten dotyczy głównego przedmiotu umowy lub stosunku jakości do ceny świadczenia.

99. W trzeciej i ostatniej kolejności, w odniesieniu do wymogu, aby postanowienie umowne zostało zredagowane prostym i zrozumiałym językiem, w myśl art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, należy zaznaczyć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wymóg ten został również przypomniany w art. 5 tej dyrektywy [67], a w konsekwencji – co podkreśliła Komisja w swych uwagach na piśmie – kontrola przejrzystości warunku umownego jest częścią oceny nieuczciwego charakteru, która wynika z art. 3 ust. 1 rzeczonej dyrektywy. A zatem w ramach oceny nieuczciwego charakteru warunków umownych na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 sądy hiszpańskie są zobowiązane do zbadania przejrzystości tych warunków na podstawie art. 5 wskazanej dyrektywy.

100. W tym stanie rzeczy jestem zdania, że art. 8 dyrektywy 93/13 sprzeciwia się temu, aby sąd krajowy mógł zastosować art. 4 ust. 2 tej dyrektywy w celu odstąpienia od oceny potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku umownego wyrażonego prostym i zrozumiałym językiem oraz dotyczącego głównego przedmiotu umowy, takiego jak warunek, o którym mowa w postępowaniu głównym, w sytuacji gdy wskazany przepis nie został transponowany przez krajowego ustawodawcę do jego porządku prawnego.

b) W przedmiocie pytania drugiego lit. b) i c)

101. Części druga i trzecia pytania drugiego dotyczą kwestii, jakie informacje powinny zostać przekazane przez przedsiębiorcę w celu spełnienia – zgodnie z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 – wymogu przejrzystości warunku umownego określającego stopę procentową na podstawie przewidzianego prawem wskaźnika referencyjnego takiego jak wskaźnik IRPH Cajas, którego wzór matematyczny jest złożony i mało przejrzysty dla przeciętnego konsumenta. Sąd odsyłający dąży także do ustalenia, czy nieudzielenie takich informacji należy uznać za postępowanie nieuczciwe.

66 Zobacz wyroki: z dnia 10 maja 2001 r., Komisja/Niderlandy (C-144/99, EU:C:2001:257, pkt 22); z dnia 3 czerwca 2010 r., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 39).

67 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 69); z dnia 9 lipca 2015 r., Bucura (C-348/14, niepublikowany, EU:C:2015:447, pkt 49); z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 44). Zobacz także motyw dwudziesty dyrektywy 93/13.

102. Rząd hiszpański i przedsiębiorstwo Bankia podnoszą w tym względzie, że skoro wskaźnik IRPH Cajas był oficjalnym wskaźnikiem publikowanym co miesiąc w *Boletín Oficial del Estado* i objętym okólnikiem 8/1990, to sporny warunek umowny zawiera *definicję* wskaźnika IRPH Cajas określoną w uregulowaniu krajowym [68]. Rząd hiszpański podkreśla również, że *okólnik ten* określał *wzór służący do obliczania wskaźnika IRPH Cajas*, a także informacje, jakie powinny zostać udzielone konsumentowi przez instytucję bankową przed zawarciem umowy o kredyt hipoteczny [69].

103. Chociaż rząd hiszpański zgadza się z tym, że informacje dostarczane konsumentowi przez instytucję bankową powinny rzeczywiście zawierać wystarczające wyjaśnienia nie tylko w odniesieniu do elementów, z których złożony jest wybrany wskaźnik referencyjny, ale także w odniesieniu do tego, jak zmieniał się ten wskaźnik w przeszłości, to jednak rząd ten uważa, iż wymóg poinformowania konsumenta o konkretnym sposobie funkcjonowania wskaźnika referencyjnego, czyli o dokładnej metodzie jego obliczania, nie byłby przydatny, ponieważ podanie stosownego wzoru matematycznego skutkowałoby tym, że informacje stałyby się mniej zrozumiałe i mniej przejrzyste dla konsumenta. Rząd hiszpański utrzymuje również, że nie można wymagać ostrzeżenia o możliwych przyszłych zmianach wskaźnika, gdyż, po pierwsze, instytucja bankowa nie dysponuje takimi informacjami, a po drugie, nieuczciwy charakter warunku umownego winien być oceniany według stanu na dzień zawarcia umowy. Tymczasem w owym dniu przyszłe zmiany wartości wskaźnika nie mają znaczenia. Rząd hiszpański podkreśla wreszcie, iż nie można wymagać zamieszczania w materiałach reklamowych skierowanych do konsumentów wykresów obrazujących przeszłe zmiany wartości wskaźnika IRPH Cajas na tle wskaźnika EURIBOR.

104. Jak wskazałem w pkt 95–101 niniejszej opinii i jak wynika z postanowienia odsyłającego oraz z przedstawionych Trybunałowi akt sprawy, hiszpański prawodawca nie dokonał transpozycji art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 do prawa wewnętrznego. Wynika stąd moim zdaniem, że sądy hiszpańskie są zobowiązane – w ramach oceny nieuczciwego charakteru warunków umownych na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 – do zbadania przejrzystości tych warunków na podstawie art. 5 dyrektywy 93/13 [70].

105. Jeżeli Trybunał dojdzie do tego samego wniosku, należało będzie ustalić, jakie informacje powinny zostać przekazane konsumentom przez instytucję bankową w ramach kontroli przejrzystości. Zanim określę zakres tych informacji, przedstawię orzecznictwo Trybunału dotyczące zakresu informacji wymaganych w ramach wykładni art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13.

1) Przypomnienie orzecznictwa Trybunału dotyczącego zakresu informacji wymaganych w ramach wymogu przejrzystości warunków umownych, wynikającego z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13

106. Na wstępie należy przypomnieć, że w odniesieniu do art. 5 dyrektywy 93/13 Trybunał wielokrotnie orzekał, że przed zawarciem umowy informacja o warunkach umownych i skutkach owego zawarcia ma fundamentalne znaczenie dla konsumenta. To w szczególności na podstawie tych informacji konsument podejmuje decyzję, czy zamierza związać się warunkami umownymi sformułowanymi uprzednio przez przedsiębiorcę [71]. Należy również przypomnieć, że zgodnie

68 Zobacz pkt 19, 20 niniejszej opinii. Należy dokonać rozróżnienia między definicją wskaźnika IRPH Cajas a wzorem matematycznym służącym do jego obliczania. Zarówno z postanowienia odsyłającego, jak i z uwag przedstawionych przez powoda w postępowaniu głównym, przedsiębiorstwo Bankia i rząd hiszpański wynika bowiem, że sporny warunek umowny zawiera definicję wskaźnika IRPH Cajas i określa metodę obliczania *zmiennej stopy procentowej* kredytu (wskaźnik IRPH Cajas + marża), podczas gdy konkretne równanie matematyczne służące do obliczania wskaźnika IRPH Cajas zostało przedstawione w ust. 2 załącznika VIII do okólnika 8/1990, lecz nie zamieszczono go w treści warunku umownego. Zobacz przypis 78 niniejszej opinii.

69 Zobacz pkt 20 niniejszej opinii.

70 W tym względzie należy uściślić, że wymóg przejrzystości ma zastosowanie przede wszystkim w odniesieniu do ograniczeń uprawnień, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii.

71 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 21 marca 2013 r., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, pkt 44); z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 70); z dnia 21 grudnia 2016 r., Gutiérrez Naranjo i in. (C-154/15, C-307/15 i C-308/15, EU:C:2016:980, pkt 50); z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 48).

z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, począwszy od wyroku Kásler i Káslerné Rábai[72], wymogu przejrzystości postanowień umownych wynikającego z art. 4 ust. 2 i z art. 5 dyrektywy 93/13 nie można zawężać do zrozumiałości tych warunków pod względem formalnym i gramatycznym. Przeciwnie, ponieważ ustanowiony przez wskazaną dyrektywę system ochrony opiera się na założeniu, że konsument jest stroną słabszą niż przedsiębiorca, między innymi ze względu na stopień poinformowania, wymóg wyrażania warunków umownych prostym i zrozumiałym językiem, a więc wymóg przejrzystości ustanowiony w owej dyrektywie, musi podlegać wykładni rozszerzającej[73].

107. Wobec powyższego w ocenie Trybunału wymóg, aby warunek umowny był wyrażony prostym i zrozumiałym językiem, należy rozumieć w ten sposób, że obejmuje on także nakaz, aby umowa przedstawiała w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu, do którego odnosi się ów warunek, a także, w zależności od przypadku, związek między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach, tak by konsument był w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wypływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne[74].

108. Trybunał orzekł także, że kwestia ta powinna zostać rozpatrzona przez sąd odsyłający w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, do których zaliczają się formy reklamy i informacji stosowane przez kredytodawcę w procesie negocjacji umowy kredytu[75]. Trybunał wyjaśnił w szczególności, że do sądu krajowego należy ustalenie, z uwzględnieniem ogółu okoliczności zawarcia umowy, czy w rozpatrywanej sprawie konsumentowi podano *wszystkie informacje* mogące mieć wpływ na zakres jego obowiązków i pozwalające mu ocenić między innymi całkowity koszt kredytu. Trybunał określił zresztą elementy, które odgrywają decydującą rolę w ramach tej oceny, a są to, po pierwsze, kwestia, czy warunki umowne zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem, w taki sposób, że umożliwiają przeciętnemu konsumentowi, czyli konsumentowi właściwie poinformowanemu oraz dostatecznie uważnemu i rozsądnemu, na ocenę tego kosztu, i po drugie, okoliczność związana z brakiem wskazania w umowie kredytu informacji uważanych w świetle charakteru towarów i usług będących jego przedmiotem za *istotne*[76].

109. Na pytania przedłożone przez sąd odsyłający należy odpowiedzieć w świetle tego orzecznictwa.

2) Zastosowanie w niniejszej sprawie

110. W świetle orzecznictwa przypomnianego w poprzednich punktach do sądu odsyłającego należy dokonanie niezbędnych analiz w celu ustalenia, w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych towarzyszących zawarciu umowy, w tym reklam i informacji przekazanych przez instytucję bankową w ramach negocjacji umowy kredytowej, czy przekazane informacje były

72 Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. (C-26/13, EU:C:2014:282).

73 Zobacz wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 71, 72); z dnia 23 kwietnia 2015 r., Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, pkt 40); z dnia 9 lipca 2015 r., Bucura (C-348/14, niepublikowany, EU:C:2015:447, pkt 52); z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 44). Zobacz także wyrok z dnia 20 września 2018 r., OTP Bank i OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, pkt 73); a także postanowienie z dnia 22 lutego 2018 r., ERSTE Bank Hungary (C-126/17, niepublikowane, EU:C:2018:107, pkt 29).

74 Zobacz wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 75); z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 45).

75 Zobacz wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 74); z dnia 26 lutego 2015 r., Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, pkt 75); z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 46).

76 Zobacz wyrok z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo).

wystarczające, aby umożliwić przeciętnemu konsumentowi zrozumienie *metody obliczania zmiennej stopy procentowej* stosowanej do tego kredytu, a w konsekwencji do oceny całkowitego kosztu kredytu [77], czy też przeciwnie, biorąc pod uwagę w szczególności fakt, że chodziło o kredyt hipoteczny, inne elementy uznane za istotne powinny były zostać przekazane.

111. Ściślej rzecz ujmując, informacje, co do których sąd odsyłający chce ustalić, czy ich przekazanie konsumentom przez instytucję bankową jest niezbędne do zrozumienia konsekwencji ekonomicznych spornego warunku umownego, dotyczą i) konkretnego wzoru matematycznego służącego do obliczania wskaźnika IRPH Cajas (w szczególności faktu, że ten wskaźnik referencyjny obejmuje poza oprocentowaniem nominalnym także prowizje i inne koszty i że chodzi tu o zwykłą średnią nieważoną) [78]; ii) obowiązku stosowania przez instytucje bankowe ujemnej marży zgodnie z przepisami krajowymi [79]; iii), okoliczności, że dostarczone informacje nie są dostępne publicznie, w przeciwieństwie do wskaźnika EURIBOR; iv) zmian wartości wskaźnika IRPH Cajas w przeszłości oraz v) prognozowania przyszłych zmian wartości wskaźnika referencyjnego na tle innych oficjalnych wskaźników referencyjnych, w szczególności zaś wskaźnika EURIBOR. [80]

112. Prawdą jest – jak stwierdził sąd odsyłający – że sporny warunek umowny jest jasny i zrozumiały pod względem gramatycznym, w tym sensie, że pozwala przeciętnemu konsumentowi zrozumieć i zaakceptować, że zmienna stopa procentowa mająca zastosowanie do jego kredytu hipotecznego jest obliczana poprzez odniesienie do oficjalnego wskaźnika referencyjnego (IRPH Cajas). Warunek ten pozwala także konsumentowi zrozumieć, po pierwsze, że ów wskaźnik referencyjny definiuje się jako „średnią stopę procentową dla kredytów hipotecznych oferowanych przez kasy oszczędnościowe na okres co najmniej trzech lat na zakup lokali mieszkalnych na warunkach rynkowych", a po drugie, że ów wskaźnik jest „zaokrąglany w górę do jednej czwartej punktu procentowego i powiększany o 0,25 punktu procentowego" (wskaźnik IRPH Cajas + marża lub dyferencjał).

113. Jednakże należy jeszcze ustalić, czy sporny warunek umowny spełnia wymóg przejrzystości ustanowiony w dyrektywie 93/13, w szczególności w świetle obowiązku wynikającego z orzecznictwa Trybunału przedstawionego w pkt 107 niniejszej opinii, według którego umowa powinna przedstawiać „w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu, do którego odnosi się ów warunek". W tym kontekście można postawić następujące pytanie: czy dla zrozumienia *metody obliczania stopy procentowej* mającej zastosowanie do kredytu hipotecznego, z której wynika, że konsument jest zobowiązany do uiszczania kwoty stanowiącej sumę wskaźnika referencyjnego i marży (IRPH Cajas + marża lub dyferencjał) nie jest niezbędne, aby przeciętny konsument był również w stanie zrozumieć, jak dokładnie działa wskaźnik referencyjny uwzględniony w ramach tej metody obliczania?

114. Odpowiedź na to pytanie, która zgodnie z zasadami logiki jest twierdząca, nie ma jednak znaczenia, w sytuacji gdy chodzi o ustalenie, czy wymóg wyrażania warunków umownych prostym i zrozumiałym językiem, a więc wymóg przejrzystości ustanowiony w dyrektywie 93/13, został spełniony przez instytucję bankową. Ustanowionego w tej dyrektywie wymogu przejrzystości warunków umownych, który ma na celu umożliwienie przeciętnemu konsumentowi oceny skutków gospodarczych zaciągniętego kredytu, nie należy bowiem mylić z obowiązkiem doradczym, którego rzeczona dyrektywa nie przewiduje.

77 Należy przypomnieć, że w zakresie, w jakim zredagowany uprzednio warunek umowny zamieszczony w umowie o kredyt hipoteczny zawartej między konsumentem a przedsiębiorcą przewiduje stosowanie wskaźnika referencyjnego do celów obliczania zmiennej stopy oprocentowania tego kredytu, wykorzystanie przez przedsiębiorcę tego wskaźnika jako składnika rzeczonego warunku umownego, podlega w pełni kontroli przejrzystości, zgodnie z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13.

78 Zobacz w tym względzie pkt 45 i 46 niniejszej opinii. Z treści uwag przedstawionych przez powoda w postępowaniu głównym wynika, że należy dokonać rozróżnienia pomiędzy: a) *wskaźnikiem referencyjnym* takim jak na przykład EURIBOR, b) *stopą procentową*, stanowiącą sumę wskaźnika referencyjnego i marży (EURIBOR + marża) i c) RRSO, stanowiącą sumę wskaźnika referencyjnego, marży, prowizji i kosztów (EURIBOR + mrża + prowizje + koszty). Przypomnę jeszcze, że z przedstawienia motywów okólnika 5/1994 wynika, iż przewidziane w tym akcie wskaźniki referencyjne, do których należał wskaźnik IRPH Cajas, były to RRSO.

79 Zobacz w tym względzie pkt 48 niniejszej opinii.

80 Zobacz pkt 50 niniejszej opinii.

115. Ponadto, jak wyjaśnię poniżej, choć stoję na stanowisku, że orzecznictwo wspomniane w pkt 107 niniejszej opinii ma szczególne znaczenie dla niniejszej sprawy, to jednak okoliczności faktyczne niniejszej sprawy cechują pewne różnice względem okoliczności faktycznych, jakie istniały w szczególności w sprawach, w których zapadły wyroki Kásler i Káslerné Rábai [81] oraz Andriciuc i in. [82]. Różnice te skłaniają mnie do zniuansowania konsekwencji, jakie należy wyciągnąć z tego orzecznictwa dla sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym.

116. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że sprawy, w których zapadły wyroki Kásler i Káslerné Rábai [83] i Andriciuc i in. [84], dotyczyły umów o kredyt denominowany w walucie obcej, a mianowicie we frankach szwajcarskich (CHF), których sporne warunki przerzucały ryzyko kursowe w całości na kredytobiorcę [85]. W tym kontekście Trybunał – orzekając, że wymóg przejrzystości „powinien być […] rozumiany jako nakazujący […], by umowa przedstawiała w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu, do którego odnosi się ów warunek" – odnosi się wyraźnie do „mechanizmu wymiany waluty obcej", jak też do „związku między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach dotyczących uruchomienia kredytu" [86], tak by konsument był w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wypływające dla niego z tej umowy *konsekwencje ekonomiczne* [87].

117. W drugiej kolejności należy wskazać, że w ocenie Trybunału ów wymóg przejrzystości warunków umownych zakłada, że właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument będzie mógł nie tylko dowiedzieć się o „możliwości wzrostu lub spadku wartości waluty obcej", ale także *oszacować – potencjalnie istotne – konsekwencje ekonomiczne* takiego warunku dla swoich zobowiązań finansowych" [88]. Z jednej bowiem strony kredytobiorca musi zostać jasno poinformowany, że podpisując umowę kredytu denominowaną w obcej walucie, ponosi pewne ryzyko kursowe, które z ekonomicznego punktu widzenia może okazać się dla niego trudne do udźwignięcia w przypadku dewaluacji waluty, w której otrzymuje wynagrodzenie. Z drugiej strony instytucja bankowa musi przedstawić ewentualne wahania kursów wymiany i ryzyko wiążące się z zaciągnięciem kredytu w walucie obcej, zwłaszcza w przypadku, gdy konsument będący kredytobiorcą nie uzyskuje dochodów w tej walucie [89].

118. Według mnie wyrażenie „*potencjalnie istotne konsekwencje ekonomiczne*" stanowi jeden z kluczowych elementów tego orzecznictwa. Konsekwencje te leżą bowiem u podstaw ciążącego na instytucjach bankowych obowiązku dostarczania konsumentom informacji wystarczających do podjęcia przez nich świadomej i rozważnej decyzji [90]. Oznacza to, że ustanowiony w dyrektywie 93/13 wymóg przejrzystości ma na celu nie tylko uniknięcie potencjalnie istotnych dla konsumenta konsekwencji

81 Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. (C-26/13, EU:C:2014:282).

82 Wyrok z dnia 20 września 2017 r. (C-186/16, EU:C:2017:703).

83 Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. (C-26/13, EU:C:2014:282).

84 Wyrok z dnia 20 września 2017 r. (C-186/16, EU:C:2017:703).

85 Ściślej rzecz ujmując, warunki te przewidywały, że wysokość rat kredytu była obliczana na podstawie kursu sprzedaży obcej waluty (wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 24) i że kredyt ten miał być spłacany w walucie, w której został udzielony (wyrok z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in., C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 9).

86 Istniała bowiem różnica między kursem kupna, stosowanym do uruchomienia kredytu, a kursem sprzedaży, stosowanym do jego spłaty. Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 53, 74).

87 Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 73, 74). Co się tyczy w szczególności warunków umownych pozwalających kredytodawcy na jednostronną zmianę stopy procentowej, zob. wyrok z dnia 26 lutego 2015 r., Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, pkt 74).

88 Wyrok z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 51) Wyróżnienie moje.

89 Wyrok z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 50).

90 Należy przypomnieć, że w wyroku z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 49), Trybunał powołuje się na zalecenie Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego ERRS/2011/1 z dnia 21 września 2011 r. dotyczące kredytów w walutach obcych (Dz.U. 2011, C 342, s. 1).

ekonomicznych, ale także zapewnienie, by konsekwencje te nie były przypadkowe czy nieprzewidywalne. Przeciętny konsument powinien bowiem być w stanie przewidzieć koszt swego kredytu bez narażania się na nieprzewidywalne ryzyko zmiany związanego z nim obciążenia ekonomicznego.

119. Natomiast w przeciwieństwie do umowy o kredyt hipoteczny denominowany w walucie obcej, która – ze względu na ciążące na kredytobiorcy ryzyko kursowe – może wywierać po jego stronie trudne do udźwignięcia, potencjalnie istotne konsekwencje ekonomiczne [91], w niniejszej sprawie konsekwencje ekonomiczne wiążące się z kredytem hipotecznym, o którym mowa w postępowaniu głównym i którego zmienna stopa procentowa jest obliczana na podstawie oficjalnego wskaźnika referencyjnego, nie mogą zostać uznane za „potencjalnie istotne" w rozumieniu orzecznictwa Trybunału. Związane z kredytem obciążenie ekonomiczne było bowiem przewidywalne i możliwe do obliczenia przez konsumenta, który był w stanie oszacować je przed zawarciem umowy. Oznacza to, że oprócz faktu, że kredyt jest oprocentowany według zmiennej stopy procentowej, powód w postępowaniu głównym nie jest narażony na nieprzewidywalne ryzyko zmiany obciążenia ekonomicznego związanego z udzielonym mu kredytem.

120. Otóż, nawet jeśli powód w postępowaniu głównym nie był w stanie poznać konkretnego sposobu działania jednego z elementów metody obliczania zmiennej stopy procentowej mającej zastosowanie do udzielonego mu kredytu, a mianowicie IRPH Cajas, którego sposób działania nie wynika z treści spornego warunku umownego, to jednak był on w stanie zrozumieć, na podstawie umowy o kredyt, że przy każdorazowej spłacie raty kredytu należy uiścić określoną kwotę, bardziej lub mniej stabilną, a mianowicie kwotę będącą sumą IRPH Cajas i marży.

121. Jak wskazałem w pkt 113 i 114 niniejszej opinii, uważam, że aby móc uznać, że przeciętny konsument rzeczywiście zrozumiał sposób obliczania zmiennej stopy procentowej mającej zastosowanie do kredytu, do którego odnosi się sporny warunek umowny, konsument ten powinien być w stanie posiąść ważną – w świetle charakteru towarów lub usług będących przedmiotem umowy – informację, a mianowicie informację, że IRPH Cajas jest to *rzeczywista roczna stopa oprocentowania* umów zawartych przez kasy oszczędnościowe w miesiącu przyjętym za okres referencyjny. Konkretny wzór matematyczny umożliwiający obliczenie tego wskaźnika zawarty był jednak – według stanu na dzień zawarcia umowy – nie w treści spornego warunku umownego, ale w ust. 2 załącznika VIII do okólnika 8/1990.

122. Nie można jednak uznać, że powód w postępowaniu głównym nie był „w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wypływających dla niego z tej umowy konsekwencji ekonomicznych" [92], w sytuacji gdy – z zastrzeżeniem dokonania przez sąd odsyłający ewentualnych dalszych ustaleń – po pierwsze, miał on świadomość faktu, że kwota należnych rat stanowi sumę wskaźnika IRPH Cajas i marży, a po drugie, informacje dotyczące konkretnej zasady działania wskaźnika IRPH Cajas były dostępne, skoro zostały opublikowane w *Boletín Oficial del Estado*. Ponieważ równanie matematyczne służące do obliczenia wskaźnika IRPH Cajas było dostępne publicznie, konsument mógł zrozumieć, po pierwsze, że wskaźnik IRPH Cajas wykorzystywany przy obliczaniu zmiennej stopy procentowej jego umowy stanowił sumę i) średniej wskaźników

91 Tytułem przykładu orzecznictwa Trybunału dotyczącego wymogu przejrzystości warunków umownych w ramach przystąpienia do innego rodzaju umowy, a mianowicie umowy ubezpieczenia powiązanej z zawarciem dwóch umów o kredyt, zob. wyrok z dnia 23 kwietnia 2015 r., Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, pkt 47). Sprawa ta dotyczyła kontroli przejrzystości warunku zawartego w umowie ubezpieczenia, który miał na celu zagwarantowanie przejęcia zobowiązania do spłaty należnych kredytodawcy rat w wypadku całkowitej niezdolności do pracy kredytobiorcy (który w następstwie wypadku przy pracy stał się częściowo trwale niezdolny do pracy). Trybunał uwzględnił w tym wyroku okoliczność, że w braku przejrzystego wyjaśnienia konkretnego działania mechanizmu ubezpieczeniowego dotyczącego przejęcia zobowiązania do spłaty rat kredytu w ramach całego stosunku umownego, konsument nie byłby w stanie ocenić, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, potencjalnie istotnych konsekwencji ekonomicznych, jakie wynikają dla niego z tej umowy.

92 Wyrok z dnia 20 września 2017 r., Andriciuc i in. (C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

stosowanych przez kasy oszczędnościowe w miesiącu referencyjnym, ii) średniej marż, o które kasy te powiększały owe wskaźniki oraz iii) średniej prowizji i kosztów związanych z tymi transakcjami, a po drugie, że do uzyskanej w ten sposób sumy, stanowiącej wskaźnik IRPH Cajas, instytucja bankowa dodawała prowizje i koszty związane z kredytem.

123. Ponadto okoliczność, iż wskaźnik IRPH Cajas jest oficjalnym wskaźnikiem referencyjnym publikowanym w *Boletín Oficial del Estado* pozwala założyć, że przeciętny konsument może stosunkowo łatwo uzyskać dostęp do systemów obliczania różnych oficjalnych wskaźników i porównać różne warianty proponowane przez instytucje bankowe. Nie można zatem wymagać od banków, aby oferowały konsumentom różne wskaźniki referencyjne. Obowiązek informacyjny, do którego odnosi się orzecznictwo Trybunału, nie jest bowiem obowiązkiem doradczym, a zatem nie oznacza on wcale, że instytucja bankowa powinna stosować lub proponować konsumentom różne oficjalne wskaźniki.

124. Całość powyższych rozważań skłania mnie do wniosku, że instytucja bankowa spełniła wymóg przejrzystości ustanowiony w dyrektywie 93/13. Jednakże zadaniem sądu odsyłającego jest dokonanie niezbędnych ustaleń w tym względzie, a w szczególności zbadanie, czy przed zawarciem umowy o kredyt przedsiębiorstwo Bankia przekazało powodowi w postępowaniu głównym informacje wystarczające do tego, aby mógł on podjąć rozważną i w pełni świadomą decyzję. Do sądu tego należy zatem ustalenie – przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności faktycznych towarzyszących zawarciu umowy, w tym reklam i informacji przekazanych przez przedsiębiorstwo Bankia na etapie negocjowania tej umowy – czy wskazana instytucja bankowa wypełniła obowiązki informacyjne przewidziane w okólniku 8/1990.

125. W tych okolicznościach w celu udzielenia sądowi odsyłającemu wskazówek pomocnych przy dokonywaniu tych ustaleń należy stwierdzić, że informacje, które powinny zostać przekazane przez przedsiębiorcę w celu spełnienia – zgodnie z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 – wymogu przejrzystości warunku umownego określającego stopę procentową na podstawie przewidzianego prawem wskaźnika referencyjnego, takiego jak wskaźnik IRPH Cajas, którego wzór matematyczny jest skomplikowany i mało przejrzysty dla przeciętnego konsumenta, powinny, po pierwsze, być wystarczające do tego, aby konsument mógł podjąć rozważną i w pełni świadomą decyzję odnośnie do *metody obliczania stopy procentowej* mającej zastosowanie do umowy o kredyt hipoteczny oraz jej składników, i wskazywać nie tylko kompletną definicję wskaźnika referencyjnego, którym posłużono się w ramach owej metody obliczania, ale także właściwe przepisy krajowe regulujące ten wskaźnik, a po drugie, odnosić się do zmian wartości wybranego wskaźnika referencyjnego w przeszłości[93].

126. Sąd krajowy powinien jednak ustalić – na etapie kontroli przejrzystości spornego warunku umownego i z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących zawarciu umowy – po pierwsze, czy w tej umowie przedstawiono w przejrzysty sposób tę metodę obliczania stopy procentowej, dzięki czemu konsument jest w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wypływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne, a po drugie, czy w ramach tej umowy wypełniono wszystkie obowiązki informacyjne przewidziane w przepisach prawa krajowego.

127. Należy wreszcie stwierdzić, że nawet jeśli sąd odsyłający uzna, że wymóg wyrażenia warunków umownych prostym i zrozumiałym językiem, czyli wymóg przejrzystości został spełniony – w świetle informacji, jakie Trybunał przedstawi w odpowiedzi na skierowane do niego pytania – to i tak sporny warunek umowny powinien w każdym wypadku zostać poddany ocenie w odniesieniu do kwestii, czy ma on nieuczciwy charakter co do istoty, z uwzględnieniem ewentualnego istnienia znaczącej

93 Z uwag przedstawionych przez rząd hiszpański wynika w tym względzie, że załącznik VII do okólnika 8/1990 wskazywał, że do minimalnych elementów, które muszą być zawarte w broszurach informacyjnych dotyczących kredytów hipotecznych o zmiennej stopie procentowej, należy wskaźnik referencyjny, a w szczególności dane o zmianach jego wartości „o okresie dwóch lat kalendarzowych poprzedzających ostatni dostępny odczyt". Natomiast mając na uwadze fakt, że prognozy ekonomiczne są zawsze niepewne i że niektóre zmienne, takie jak wskaźniki referencyjne, są trudne do przewidzenia, stawianie instytucji bankowej wymogu przekazania konsumentowi prognoz dotyczących przyszłych wartości proponowanego wskaźnika referencyjnego nie wydaje mi się słuszne.

nierównowagi wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta [94]. W tym ramach sąd krajowy powinien ustalić, biorąc pod uwagę kryteria określone w art. 3 ust. 1 i w art. 5 dyrektywy 93/13, czy w świetle konkretnych okoliczności niniejszej sprawy [95] warunek umowny taki jak ten badany w postępowaniu głównym spełnia także sformułowane w tej dyrektywie wymogi dobrej wiary i równowagi [96]. Kwestia ta wykracza jednak poza zakres niniejszego odesłania prejudycjalnego i nie będzie przedmiotem dalszej analizy.

128. W świetle zaproponowanej przeze mnie odpowiedzi na lit. b) pytania drugiego uważam, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na lit. c) tego pytania, które dotyczy kwestii, czy nieudzielenie informacji należy uznać za postępowanie nieuczciwe [97], ani na pytanie trzecie, które dotyczy konsekwencji stwierdzenia, że warunek ten ma nieuczciwy charakter.

VI. Wnioski

129. W świetle całości powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne zadane przez Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (sąd pierwszej instancji nr 38 w Barcelonie, Hiszpania) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

1) Dyrektywę Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich należy interpretować w ten sposób, że z zakresu zastosowania tej dyrektywy nie jest wyłączony warunek umowy zawartej między konsumentem a przedsiębiorcą, taki jak ten, o którym mowa w postępowaniu głównym, określający stopę procentową w oparciu o jeden z sześciu oficjalnych i przewidzianych prawem wskaźników referencyjnych, jakie mogą być stosowane przez instytucje kredytowe w odniesieniu do kredytów hipotecznych o zmiennej stopie procentowej.

2) Artykuł 8 dyrektywy 93/13 sprzeciwia się temu, aby sąd krajowy mógł zastosować art. 4 ust. 2 tej dyrektywy w celu odstąpienia od oceny potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku umownego wyrażonego prostym i zrozumiałym językiem oraz dotyczącego głównego przedmiotu umowy, takiego jak warunek, o którym mowa w postępowaniu głównym, w sytuacji gdy wskazany przepis nie został transponowany przez krajowego ustawodawcę do jego porządku prawnego.

   Informacje, które powinny zostać przekazane przez przedsiębiorcę w celu spełnienia – zgodnie z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 – wymogu przejrzystości warunku umownego określającego stopę procentową na podstawie przewidzianego prawem wskaźnika referencyjnego,

94 Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, pkt 69), a także przedstawiona w tej sprawie opinia rzecznik generalnej J. Kokott (C-415/11, EU:C:2012:700, pkt 74).

95 W tym względzie sąd odsyłający powinien w szczególności ustalić, czy – jak wynika z postanowienia odsyłającego – instytucje bankowe były realnie w stanie wywierać wpływ na wartość wskaźnika IRPH Cajas. Mam tu na myśli w szczególności przedstawione przez sąd odsyłający wyjaśnienia dotyczące zasady działania wskaźnika IRPH Cajas. Zobacz pkt 45–47 niniejszej opinii.

96 Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 marca 2019 r., Abanca Corporación Bancaria i Bankia (C-70/17 i C-179/17, EU:C:2019:250, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo). W odniesieniu do okoliczności, że system ochrony ustanowiony w dyrektywie 93/13 opiera się na założeniu, iż konsument jest stroną słabszą niż przedsiębiorca, zob. w szczególności wyroki: z dnia 3 czerwca 2010 r., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 27); z dnia 26 marca 2019 r., Abanca Corporación Bancaria i Bankia (C-70/17 i C-179/17, EU:C:2019:250, pkt 49). Zobacz także moja opinia w sprawach połączonych Abanca Corporación Bancaria i Bankia (C-70/17 i C-179/17, EU:C:2018:724, pkt 65–82).

97 Należy zaznaczyć, że sąd odsyłający nie wskazał przepisów prawa Unii, w świetle których należy zbadać kwestię braku uczciwości przedsiębiorcy. W każdym wypadku należy przypomnieć, że motyw szesnasty dyrektywy 93/13 stanowi, iż „sprzedawca lub dostawca spełnia wymóg działania w dobrej wierze, jeżeli traktuje on drugą stronę umowy w sposób sprawiedliwy i słuszny, należycie uwzględniając jej prawnie uzasadnione roszczenia”.

takiego jak wskaźnik referencyjny dla kredytów hipotecznych oferowanych przez kasy oszczędnościowe (IRPH Cajas), którego wzór matematyczny jest skomplikowany i mało przejrzysty dla przeciętnego konsumenta, powinny:

– po pierwsze, być wystarczające do tego, aby konsument mógł podjąć rozważną i w pełni świadomą decyzję odnośnie do metody obliczania stopy procentowej mającej zastosowanie do umowy o kredyt hipoteczny oraz jej składników, i wskazywać nie tylko kompletną definicję wskaźnika referencyjnego, którym posłużono się w ramach owej metody obliczania, ale także właściwe przepisy krajowe regulujące ten wskaźnik oraz,

– po drugie, odnosić się do zmian wartości wybranego wskaźnika referencyjnego w przeszłości.

Sąd krajowy powinien jednak ustalić – na etapie kontroli przejrzystości spornego warunku umownego i z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących zawarciu umowy – po pierwsze, czy w tej umowie przedstawiono w przejrzysty sposób tę metodę obliczania stopy procentowej, dzięki czemu konsument jest w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wynikające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne, a po drugie, czy w ramach tej umowy wypełniono wszystkie obowiązki informacyjne przewidziane w przepisach prawa krajowego.