Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MACIEJ SZPUNAR
10 päivänä syyskuuta 2019[1]

Asia C-125/18

Marc Gómez del Moral Guasch
vastaan
Bankia SA

(Ennakkoratkaisupyyntö – Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Barcelonan alioikeus nro 38, Espanja))

Ennakkoratkaisupyyntö – Kuluttajansuoja – Kuluttajasopimusten kohtuuttomat ehdot – Kiinnelainasopimus – Vaihtuva korko – Kiinnelainojen viiteindeksi (IRPH) – Asetukseen tai hallinnolliseen määräykseen perustuva indeksi – Elinkeinonharjoittajan yksipuolisesti käyttöön ottama indeksi – Kansallisen tuomioistuimen suorittama avoimuutta koskeva valvonta – Pankilta edellytettävät tiedot

Sisällys

I Johdanto 2

II Asiaa koskevat oikeussäännöt 3

A Unionin oikeus 3

B Espanjan oikeus 4

III Pääasian tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset 8

IV Asian käsittely unionin tuomioistuimessa 11

V Asian tarkastelu 11

A Alustavat huomautukset 11

1. IRPH Cajas -indeksi: kehitys ja toiminta 11

2. 14.12.2017 annettu tuomio 13

1 Alkuperäinen kieli: ranska.

B Ennakkoratkaisukysymykset 14

1. Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun poikkeuksen ulottuvuus 14

a) Lyhyt katsaus unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön 16

b) Kuuluuko riidanalainen ehto direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamisalaan? 16

2. Toinen ennakkoratkaisukysymys: riidanalaisen ehdon avoimuutta koskevan valvonnan ulottuvuus ja sisältö direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan perusteella 19

a) Toisen kysymyksen a kohta 20

1) Tuomio Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid 20

2) Espanjan hallituksen kanta 20

3) Direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan täytäntöön panematta jättämisen seuraus 21

b) Toisen kysymyksen b ja c kohta 23

1) Yhteenveto unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joka koskee direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohtaan ja 5 artiklaan perustuvan sopimusehtojen avoimuutta koskevan vaatimuksen perusteella edellytettyjen tietojen sisältöä 24

2) Soveltaminen käsiteltävään asiaan 25

VI Ratkaisuehdotus 29

I Johdanto

1. Kiinteistöä hankitaan nykyään harvoin turvautumatta lainaan. Kiinnelainan kuukausittaisten lyhennyserien maksaminen on ollut osa arkipäiväistä toimintaa jo varhaisista ajoista lähtien.[2] Lainan ottamista varten keskivertokuluttajalla on lähtökohtaisesti käytettävissään useita tietolähteitä, kuten pankeilta mutta myös kuluttajansuojajärjestöiltä saatavia esitteitä tai oppaita, joilla on tarkoitus antaa mahdollisille ostajille tietoa eri kysymyksistä, kuten velkakatosta, kiinteistä tai vaihtuvista koroista ja viiteindekseistä.

2 Muinaisen Mesopotamian ensimmäiset nuolenpääkirjoitukset ovat osoituksena lainasopimusten tekemisestä. Joka tapauksessa on olemassa todisteita, jotka koskevat korollisia lainoja sumerilaisena kautena (3000 eaa.–1900 eaa.), ja erilaisissa poliittisissa säännöstöissä asetettiin ylärajoja näille koroille (eri aikakausina tavanomaisin oli 33,3 prosenttia viljana ja 20 prosenttia hopeana). Hammurabin laissa, joka on 1800-luvulta ennen ajanlaskun alkua, viitattiin nimenomaisesti korkorajoituksiin sekä niitä koskevaan yksityiskohtaiseen säännöstöön ja maksamatta jättämisen seurauksiin. Ks. Santamaría Aquilué, R., *El tipo de interés en las operaciones de préstamo: a vueltas con la Usura*, UPNA, Pamplona, 2014, s. 6–7.

2. Kiinnelainoja koskevien tietojen teknisyyden vuoksi keskivertokuluttaja ei kuitenkaan usein voi ymmärtää tiettyjä käsitteitä, kuten (kiinteä tai vaihtuva) korko, viiteindeksi tai todellinen vuosikorko, ja erityisesti näiden käsitteiden välisiä eroja. Sama koskee paitsi vaihtuvien korkojen myös näiden korkojen laskemisen perustana olevien kiinnelainojen virallisten viiteindeksien ja todellisten vuosikorkojen toimintaa tai konkreettista laskemista. Tässä yhteydessä elinkeinonharjoittajalta edellytettävillä tiedoilla on ratkaisevan tärkeä merkitys, jotta keskivertokuluttaja voi ymmärtää lainansa todelliset kulut.

3. Käsiteltävänä oleva ennakkoratkaisupyyntö, jonka Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (Barcelonan alioikeus nro 38, Espanja) on esittänyt unionin tuomioistuimelle, koskee direktiivin 93/13/ETY[3] ja erityisesti sen 1 artiklan 2 kohdan, 4 artiklan 2 kohdan ja 5 ja 8 artiklan tulkintaa. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Marc Gómez del Moral Guasch ja Bankia SA -niminen pankki, ja se koskee näiden osapuolten välisen kiinnelainasopimuksen kohtuuttomaksi väitettyä ehtoa, jonka mukaan lainan vaihtuvaan korkoon sovelletaan yhtä kiinnelainojen virallisista viiteindekseistä (jäljempänä riidanalainen ehto) eli IRPH Cajas -indeksiä (säästöpankkien kiinnelainojen viiteindeksi).

4. Unionin tuomioistuimella on tässä pyynnössä esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten vuoksi mahdollisuus täsmentää oikeuskäytäntöään, joka koskee muun muassa direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun poikkeuksen soveltamisalaa sekä riidanalaisen ehdon avoimuutta koskevan valvonnan ulottuvuutta ja sisältöä tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan perusteella.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

5. Direktiivin 93/13 johdanto-osan 13., 19. ja 20. perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”jäsenvaltioiden lakien ja asetusten, joissa suoraan tai välillisesti vahvistetaan kuluttajasopimusten ehdot, osalta oletetaan, että ne eivät sisällä kohtuuttomia ehtoja; tämän vuoksi ei ole tarpeen saattaa tämän direktiivin säännöksiä koskemaan ehtoja, joissa heijastuvat pakolliset lait tai asetukset – –; tässä suhteessa [tämän direktiivin] 1 artiklan 2 kohdan ilmaisu ’pakolliset lait ja asetukset’ kattaa myös ne säännöt, joita lain mukaan sovelletaan sopimuspuolten välillä silloin, kun muusta järjestelystä ei ole sovittu,

– –

tämän direktiivin tarkoituksen mukaisesti kohtuuttoman luonteen arviointi ei saa kohdistua ehtoihin, jotka koskevat sopimuksen pääkohdetta tai tavaroiden ja palvelujen hinta-laatusuhdetta; sopimuksen pääkohde ja hinta-laatusuhde voidaan kuitenkin ottaa huomioon arvioitaessa muiden ehtojen kohtuutonta luonnetta; – –

sopimukset on laadittava selvin ja ymmärrettävin ilmaisuin – –, ja epäselvässä tapauksessa on kuluttajalle suotuisimman tulkinnan oltava etusijalla.”

6. Direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tämän direktiivin säännökset eivät koske pakollisia lakeja tai asetuksia heijastavia sopimusehtoja – –”

3 Kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista 5.4.1993 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1993, L 95, s. 29).

7. Tämän direktiivin 3 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Liitteessä on ohjeellinen luettelo, joka ei ole tyhjentävä, niistä ehdoista, joita voidaan pitää kohtuuttomina.”

8. Kyseisen direktiivin 4 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Sopimusehtojen kohtuuttoman luonteen arviointi ei saa koskea sopimuksen pääkohteen määrittelyä, hinnan tai korvauksen riittävyyttä eikä vastineena toimitettavia palveluja ja tavaroita, jos ehdot on laadittu selkeästi ja ymmärrettävästi.”

9. Direktiivin 93/13 liitteessä, jonka otsikkona on ”Ehdot, joita tarkoitetaan 3 artiklan 3 kohdassa”, olevan 1 kohdan l alakohdassa ja 2 kohdan c ja d alakohdassa todetaan seuraavaa:

”1. Ehdot, joiden tarkoituksena tai seurauksena on:

– –

l) sen salliminen, että tavaroiden hinnat määrätään luovutushetkellä tai että tavaroiden myyjälle tai palvelujen toimittajalle annetaan oikeus korottaa niiden hintaa antamatta kummassakaan tapauksessa kuluttajalle vastaavaa oikeutta peruuttaa sopimus, jos lopullinen hinta on liian korkea suhteessa sopimuksen tekohetkellä sovittuun hintaan;

– –

2. Edellä – – l alakohdan soveltamisala

– –

c) Edellä – – l alakohtaa ei sovelleta:

– kauppaan, jota käydään arvopapereilla, rahoitusvälineillä ja muilla tuotteilla tai palveluilla, joiden hinta on sidoksissa pörssikurssien vaihteluihin, pörssi-indeksiin tai rahoitusmarkkinatasoon, jota elinkeinonharjoittaja ei valvo;

– –

d) Edellä l alakohta ei estä hintaindeksiehtoja, jos ne ovat laillisia ja jos hintojen vaihtelumenetelmä esitetään yksityiskohtaisesti.”

B Espanjan oikeus

10. Espanjan siviililain (Código Civil) 1303 §:n sanamuoto on seuraava:

”Jos sopimusvelvoite todetaan pätemättömäksi, sopimuspuolten on palautettava toisilleen sopimuksen kohde, tuotto ja hinta korkoineen, ellei seuraavissa pykälissä säädetystä muuta johdu.”

11. Kuluttajien ja käyttäjien suojasta annetun yleisen lain sekä muiden täydentävien lakien uudelleen laaditun tekstin (texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), joka hyväksyttiin 16.11.2007 annetulla kuninkaan asetuksella (Real Decreto Legislativo) 1/2007,[4] sellaisena kuin se oli voimassa pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikaan (jäljempänä LGDCU), 80 §:n 1 momentin a kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Kuluttajien ja käyttäjien kanssa tehtyihin sopimuksiin sisältyvien ehtojen, joista ei ole neuvoteltu erikseen – –, on täytettävä seuraavat vaatimukset:

a) Niiden on oltava täsmällisesti, selkeästi ja yksinkertaisesti laadittuja ja heti ymmärrettävissä, eikä niissä saa olla viittauksia teksteihin tai asiakirjoihin, joita ei ole toimitettu ennen sopimuksen tekemistä tai sopimuksenteon yhteydessä, ja niihin on joka tapauksessa viitattava nimenomaisesti sopimusasiakirjassa.”

12. LGDCU:n 82 §:n 1 ja 2 momentissa säädetään seuraavaa:

”1. Kohtuuttomina pidetään kaikkia sellaisia sopimusehtoja, joista ei ole erikseen neuvoteltu, sekä kaikkia käytäntöjä, joista ei ole nimenomaisesti sovittu, jos ne lojaliteettiperiaatteen vastaisesti aiheuttavat kuluttajan ja käyttäjän vahingoksi huomattavan epätasapainon osapuolten sopimuksesta johtuvien oikeuksien ja velvollisuuksien välille.

2. – – Jos elinkeinonharjoittaja väittää, että tietystä ehdosta on neuvoteltu erikseen, sillä on tästä seikasta todistustaakka.”

13. LGDCU:n 83 §:n sanamuoto on seuraava:

”Kohtuuttomat sopimusehdot ovat pätemättömiä suoraan lain nojalla, ja niistä ei katsota sovitun. Tässä tarkoituksessa tuomioistuin toteaa sopimukseen sisältyvien kohtuuttomien ehtojen pätemättömyyden sopimuspuolia kuultuaan. Sopimus kuitenkin sitoo samoin ehdoin edelleen sopimuspuolia, jos se voi pysyä voimassa ilman kohtuuttomia ehtoja.”

14. Kiinnelainojen rahoitusehtojen avoimuudesta 5.5.1994 annettua ministeriön asetusta (Orden del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios),[5] sellaisena kuin se on muutettuna 27.10.1995 annetulla ministeriön asetuksella[6] (jäljempänä 5.5.1994 annettu asetus), sovellettiin yksinomaan luonnollisten henkilöiden ottamiin lainoihin, joiden vakuutena oleva kiinnitys kohdistui asuntoon, edellyttäen, että haetun lainan suuruus oli enintään 150 000 euroa. Tämä sittemmin kumottu asetus oli voimassa 11.8.1994–29.4.2012, minkä jälkeen uusi pankkipalvelujen avoimuudesta ja asiakassuojasta 28.10.2011 annettu ministeriön asetus 2899/2011 (Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, jäljempänä asetus 2899/2011)[7] tuli voimaan.[8]

15. Kyseisen 5.5.1994 annetun asetuksen toisessa lisäsäännöksessä säädettiin seuraavaa:

”Espanjan pankki määrittelee Dirección General del Tesoro y Política Financieran [valtiovarain- ja rahoituspolitiikan hallinto] mietinnön perusteella antamallaan yleiskirjeellä viralliset indeksit tai viitekorot, joita luottolaitokset voivat soveltaa vaihtuvakorkoisiin kiinnelainoihin, ja julkaisee säännöllisesti niiden arvot.”

4 BOE nro 287, 30.11.2007, s. 49181.

5 BOE nro 112, 11.5.1994, s. 14444.

6 BOE nro 261, 1.11.1995, s. 31794.

7 BOE nro 261, 29.10.2011, s. 113242.

8 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 21 kohta.

16. Kyseisen 5.5.1994 annetun asetuksen 6 §:n 2 momentin a ja b kohdassa ja 6 §:n 3 momentin 1 ja 2 kohdassa säädettiin seuraavaa:

”2. Luottolaitokset voivat käyttää tämän asetuksen soveltamisalaan kuuluvien vaihtuvakorkoisten lainojen indekseinä tai viitekorkoina ainoastaan seuraavat edellytykset täyttäviä indeksejä tai viitekorkoja:

a) ne eivät riipu yksinomaan luottolaitoksesta itsestään, eikä luottolaitos voi vaikuttaa niihin sopimuksin tai muiden luottolaitosten käytäntöihin nähden tietoisesti rinnakkaisin käytännöin

b) indeksin perusteena olevat tiedot hankitaan matemaattisesti objektiivisella menetelmällä.

3. Tämän asetuksen soveltamisalaan kuuluvien vaihtuvakorkoisten lainojen osalta lainanottajalle ei ole pakko ilmoittaa erikseen sovellettavan koron vaihteluista, jos seuraavat kaksi edellytystä täyttyvät:

1. virallisen indeksin tai viitekoron käyttämisestä on sovittu tämän asetuksen toisessa lisäsäännöksessä tarkoitettujen keskuudessa

2. lainaan sovellettava korko on määritelty tämän asetuksen liitteessä II olevan 3 bis ehdon 1 kohdan a tai b alakohdassa.”

17. IRPH, jonka kolme muunnelmaa ovat pankkien IRPH-indeksi (jäljempänä IRPH Bancos), säästöpankkien IRPH-indeksi (jäljempänä IRPH Cajas) ja kaikkien luottolaitosten IRPH-indeksi (jäljempänä IRPH Entidades), on liiketoimien avoimuudesta ja asiakassuojasta 7.9.1990 luottolaitoksille annetun Espanjan pankin yleiskirjeen 8/1990 (circular 8/1990 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela),[9] sellaisena se kuin se on muutettuna liiketoimien avoimuudesta ja asiakassuojasta annetun yleiskirjeen 8/1990 muuttamisesta 22.7.1994 luottolaitoksille annetulla Espanjan pankin yleiskirjeellä 5/1994 (circular 5/1994 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; jäljempänä yleiskirje 8/1990),[10] 6 bis §:llä käyttöön otettu virallinen indeksi. Yleiskirjeen 5/1994 perustelujen neljännessä kohdassa todettiin seuraavaa:

”Valitut viitekorot ovat viime kädessä todellisia vuosikorkoja. Markkinahintaisten asuntojen ostoon myönnettävien kiinnelainojen keskikorot ovat nimenomaan todellisia korkoja, koska niihin sisältyy myös palkkioiden vaikutus. Jos niitä käytettäisiin suoraan sopimuskorkoina, kiinnelainan todellinen vuosikorko olisi määritettävä markkinakorkoa suuremmaksi. Jotta toimenpiteen todellinen vuosikorko saadaan vastaamaan markkinakorkoa, on tarpeen soveltaa negatiivista marginaalia, jonka arvo vaihtelee liiketoimesta veloitettavien palkkioiden suuruuden ja takaisinmaksuerien maksuvälin mukaan – –”

18. Yleiskirjeen 8/1990 2 §, jonka otsikkona on ”Tiedot sovelletuista korkokannoista”, koski Espanjan pankille toimitettavia tietoja, jotta se voi vahvistaa ja julkaista kiinnelainamarkkinoiden tiettyjä indeksejä tai viitekorkoja. Siinä todettiin seuraavaa:

”– – pankit, säästöpankit, Espanjan säästöpankkien keskusliitto, ulkomaisten luottolaitosten tytäryhtiöt ja kiinnelainayhtiöt ilmoittavat Espanjan pankille kunkin kuukauden ensimmäisten 15 päivän kuluessa tiedot edellisen kuukauden aikana Espanjassa toteutetuista tai uudistetuista luottotoimista ja talletuksista [Espanjan] pesetoina [(ESP)].”

9 BOE nro 226, 20.9.1990, s. 27498.

10 BOE nro 184, 3.8.1994, s. 25106. Tämän yleiskirjeen mukaan indeksejä oli kaikkiaan kuusi: IRPH Bancos, IRPH Cajas, IRPH Entidades, CECA-indeksi, sisäinen tuottoaste julkisen velan, jonka jäljellä oleva maturiteetti on kahdesta kuuteen vuotta, jälkimarkkinoilla ja Madridin pankkienvälisillä markkinoilla voimassa oleva korko (englanniksi Madrid InterBank Offered Rate, jäljempänä MIBOR). MIBOR lakkasi, kun Espanjassa otettiin vuonna 1999 käyttöön pankkienvälinen euromääräinen korko, englanniksi ”Euro Interbank Offered Rate” (jäljempänä euribor).

19. Yleiskirjeen 8/1990 6 bis §, jonka otsikkona on ”Kiinnelainat”, 3 momentin b kohdassa viitattiin IRPH Cajas -indeksiin seuraavasti:

”3. Kiinnelainoista annetun asetuksen toista lisäsäännöstä sovellettaessa virallisiksi katsotaan seuraavat indeksit tai viitekorot, joiden määritelmät ja laskentatavat vahvistetaan liitteessä VIII:

b) säästöpankkien markkinahintaisten asuntojen ostoon myöntämien yli kolmivuotisten kiinnelainojen keskikorko.

– –

Espanjan pankki tiedottaa asianmukaisesti näistä indekseistä, jotka julkaistaan joka tapauksessa kuukausittain Espanjan virallisessa lehdessä.”

20. Näiden indeksien määritelmä ja matemaattinen laskentakaava sisältyvät yleiskirjeen 8/1990 liitteeseen VIII. Tämän yleiskirjeen liitteessä VIII olevan 2 kohdan mukaan IRPH Cajas -indeksillä tarkoitetaan ” kaikkien säästöpankkien indeksin viitekuukauden aikana myöntämien tai uusimien, markkinahintaisten asuntojen ostoon tarkoitettujen vähintään kolmivuotisten kiinnelainojen pääomalla painotettujen keskikorkojen yksinkertaista keskiarvoa. Nämä painotetut keskikorot ovat kaikkien säästöpankkien 2 §:n mukaisesti näiden maturiteettien osalta Espanjan pankille ilmoittamia vastaavia vuotuisia korkoja.

Tämän koron laskentakaava on seuraava:

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

Ica = ica-korkojen summa / nca

jossa:

Ica = kaikkien säästöpankkien painotettujen keskikorkojen keskiarvo

ica = kunkin säästöpankin myöntämien lainojen painotettu keskikorko

nca = tietoja toimittaneiden säästöpankkien lukumäärä.”

21. IRPH Cajas ja IRPH Bancos sekä Espanjan säästöpankkien keskusliiton indeksi (jäljempänä CECA-indeksi) lakkasivat olemasta virallisia viitekorkoja asetuksen 2899/2011 ja pankkipalvelujen avoimuudesta ja lainanantoon liittyvästä vastuusta 27.6.2012 luottolaitoksille ja maksupalvelujen tarjoajille annetun Espanjan keskuspankin yleiskirjeen 5/2012 (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, jäljempänä yleiskirje 5/2012) [11] tultua voimaan.

22. IRPH Cajas -indeksi on korvattu IRPH Conjunto de Entidades -indeksillä (kaikkien Espanjan luottolaitosten IRPH), joka on asetuksen 2899/2011 mukaan nykyään yksi kuudesta virallisesta viiteindeksistä Espanjassa.

11 BOE nro 161, 6.7.2012, s. 48855.

23. Asetuksen 2899/2011 27 §:n, jonka otsikkona on ”Viralliset korkokannat”, 1 momentin a kohdassa viitataan IRPH Conjunto de Entidades -indeksiin. Tämä kiinnelainoihin sovellettava viiteindeksi vahvistetaan luottolaitosten kunakin jaksona asiakkaidensa kanssa todellisuudessa toteuttamien liiketoimien arvojen perusteella. Tässä säännöksessä säädetään seuraavaa:

”Jotta luottolaitokset voivat soveltaa niitä tässä ministeriön asetuksessa vahvistetuin edellytyksin, seuraavat viralliset korkokannat julkaistaan kuukausittain: a) Espanjan luottolaitosten markkinahintaisten asuntojen ostoon myöntämien yli kolmivuotisten kiinnelainojen keskikorko.”

24. Espanjan finanssiviranomaiset eli Espanjan pankki ja Dirección General del Tesoro (valtiovarainhallinto) ottivat käyttöön IRPH Conjunto de Entidades -indeksin, joka sai virallisen aseman siitä lähtien, kun se sisällytettiin edellä mainittuihin Espanjan pankin yleiskirjeisiin ja julkaistiin Espanjan virallisessa lehdessä.

25. Yrittäjien tuesta ja kansainvälistämisestä 27.9.2013 annetun lain 14/2013 (Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, jäljempänä laki 14/2013) [12] 15. lisäsäännöksessä, jonka otsikkona on ”Viiteindeksien tai korkokantojen lakkaamista koskeva siirtymäjärjestely”, säädetään päivästä, josta lähtien Espanjan pankki ei enää julkaise IRPH Cajas - ja IRPH Bancos -indeksejä ja CECA-indeksiä. Tämän säännöksen sanamuoto on seuraava:

”1. Seuraavia voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti kiinnelainoihin sovellettavia virallisia indeksejä, jotka lakkaavat kokonaan, ei julkaista 1.11.2013 lähtien Espanjan pankin verkkosivustolla:

– –

b) säästöpankkien markkinahintaisten asuntojen ostoon myöntämien yli kolmivuotisten kiinnelainojen keskikorko [IRPH Cajas]

c) säästöpankkien aktiivinen viitekorko [CECA].

2. Edellisessä momentissa tarkoitetut viittaukset korkoihin korvataan sovellettavien korkojen seuraavasta tarkistuksesta lähtien sopimuksessa määrätyllä korvaavalla korolla tai viiteindeksillä.

3. Jollei sopimuksessa ole määrätty korkoa tai viiteindeksiä tai jos siinä on määrätty lakkautettavasta indeksistä tai korosta, indeksi tai korko korvataan virallisella korkokannalla, joka on nimeltään ’Espanjan luottolaitosten markkinahintaisten asuntojen ostoon myöntämien yli kolmivuotisten kiinnelainojen keskikorko’, jonka marginaali vastaa poistetun koron ja edellä mainitun korkokannan välisten erotusten, jotka lasketaan sopimuksentekopäivän ja koron korvaamispäivän välillä saatavilla olevien tietojen perusteella, aritmeettista keskiarvoa.

Korkojen korvaaminen tämän momentin mukaisesti johtaa automaattisesti sopimuksen uusiutumiseen ilman, että kiinnityksen etusijajärjestys muuttuisi tai että sen etusija menetettäisiin.

4. Osapuolilla ei ole oikeussuojakeinoja, joiden avulla he voisivat vaatia lainan tai luoton muuttamista, yksipuolista muuttamista tai irtisanomista vastineena tämän säännöksen soveltamisesta.”

III Pääasian tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

26. Gómez del Moral Guasch ja Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, josta on tullut Bankia, tekivät 19.7.2001 kiinnelainasopimuksen, jolla pankki myönsi 132 222,66 euron lainan asunnon oston rahoittamiseksi.

12 BOE nro 233, 28.9.2013, s. 78787.

27. Tämän lainasopimuksen 3 bis -ehdon ensimmäisen osan, joka koskee kyseiseen lainaan sovellettavan vaihtuvan koron (IRPH Cajas -indeksi) laskentaa, sanamuoto on seuraava:

”3 bis ehto. Vaihtuva korko

1. Sopimuksen mukaista korkoa tarkistetaan puolivuosittain sopimuksen tekopäivästä lukien, ja ensimmäisen puolivuotiskauden ajan sovelletaan tämän lainasopimuksen 3 rahoitusehdon mukaista korkoa. Sitä seuraavina puolivuotiskausina sovelletaan koron tarkistushetkellä voimassa olevaa säästöpankkien markkinahintaisten asuntojen ostoon myöntämien yli kolmivuotisten asuntolainojen keskikorkoa, jonka Espanjan pankki julkaisee virallisesti ja määräajoin vaihtuvakorkoisille asuntolainoille Espanjan virallisessa lehdessä, pyöristettynä seuraavaan korkeampaan prosenttiyksikön neljännekseen ja korotettuna 0,25 prosenttiyksiköllä.”

28. Edelliseen viitekorkoon nähden samalla perusteella sovelletaan dispositiivisesti CECA-indeksiä.

29. Gómez del Moral Guasch nosti 18.4.2017 Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelonassa kanteen, jossa hän vaati tämän ehdon toteamista pätemättömäksi kohtuuttomana, koska suurin osa kiinnelainoista on tavallisesti sidottu euriboriin,[13] joka on yleensä edullisempi.

30. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin täsmentää tältä osin, että vaihtuvakorkoisissa kiinnelainoissa sovellettu IRPH-indeksisidonnaisuus, joka koskee noin 10:tä prosenttia Espanjassa myönnetyistä lainoista, on kuluttajalle vähemmän edullinen kuin sitominen euriboriin, jota käytetään 90 prosentissa kiinnelainoista. Kyseinen tuomioistuin toteaa, että IRPH-indeksiin sitominen aiheuttaa kuluttajalle noin 18 000–21 000 euron lisäkulut kiinnelainaa kohti verrattuna euriboriin, ja pohtii, mitä tietoja pääasian kantaja on saanut kyseisen sopimuksen tehdessään.

31. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin perustelee käsiteltävää ennakkoratkaisupyyntöä epäilyillään siitä, onko riidanalainen ehto, jolla vahvistetaan korko IRPH-indeksin kaltaisen laillisen indeksin perusteella, jätettävä direktiivin 93/13 soveltamisalan ulkopuolelle, ja siitä, onko tätä direktiiviä tulkittava siten, että se on esteenä sille, että kansallinen tuomioistuin valvoo tämän ehdon kohtuuttomuutta.

32. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epävarmuus liittyy muun muassa kysymykseen siitä, onko sen seurauksena, että IRPH-indeksiä säännellään hallinnollisella määräyksellä, joka on toistettu kiinnelainasopimukseen otetussa sopimusehdossa, jolloin tämä määräys ei ole pakottava eikä dispositiivinen, se, että direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdan poikkeusta ei voida soveltaa riidanalaiseen ehtoon. Kyseinen tuomioistuin katsoo tältä osin muun muassa tuomioon Andriciuc ym.[14] ja tuomioon Kušionová[15] vedoten, että tällainen määräys ei ole pakottava, koska kyse on hallinnollisesta määräyksestä, joka koskee lainapääomalle maksettavaa vaihtuvaa korkoa, jonka elinkeinonharjoittaja on omavalintaisesti sisällyttänyt sopimukseen. Se toteaa, että koska IRPH-indeksiä sovelletaan pelkästään riidanalaisen ehdon perusteella, elinkeinonharjoittajalla oli mahdollisuus turvautua muihin indekseihin kiinnelainan indeksiin sitomiseksi. Kyseinen tuomioistuin täsmentää vielä, että osapuolten sopimuksen puuttuessa kyseistä määräystä ei sovelleta dispositiivisesti.

13 Sopimuksentekohetkellä euribor ei ollut yksi yleiskirjeessä 8/1990 tarkoitetuista virallisista viiteindekseistä. Espanjan hallituksen huomautuksista ilmenee kuitenkin, että euriboriin sidottu virallinen viiteindeksi otettiin käyttöön yleiskirjeen 8/1990 muuttamisesta 29.6.1999 luottolaitoksille annetulla Espanjan pankin yleiskirjeellä 7/1999 (Circular 7/1999 del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990; BOE nro 163, 9.7.1999, s. 26016).

14 Tuomio 20.9.2017 (C-186/16, EU:C:2017:703, 28, 29 ja 31 kohta).

15 Tuomio 10.9.2014 (C-34/13, EU:C:2014:2189, 77–79 kohta).

33. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että Tribunal Supremo (ylin tuomioistuin, Espanja) on kuitenkin antamassaan tuomiossa nro 669/2017 [16] ottanut äskettäin päinvastaisen kannan katsoessaan, että IRPH Entidades -indeksi ei varsinaisesti kuulu direktiivin 93/13 soveltamisalaan, koska se on vahvistettu lailla. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin täsmentää lisäksi, että tämä täysistunnossa annettu tuomio on sitovaa ja kaikissa Espanjan tuomioistuimissa sellaisenaan sovellettavaa oikeuskäytäntöä.

34. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii, mitä tietoja elinkeinonharjoittajan on toimitettava tehdessään kuluttajien kanssa IRPH:n kaltaiseen lailliseen indeksiin, jonka laskentakaava on monimutkainen eikä kovin avoin keskivertokuluttajan kannalta, sidottuja vaihtuvakorkoisia kiinnelainasopimuksia ja mitä seurauksia riidanalaisen ehdon kohtuuttomaksi toteamisella olisi. Se toteaa tältä osin, että Espanjan lainsäätäjä ei ole saattanut direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa säädettyä poikkeusta osaksi kansallista lainsäädäntöä, jotta kuluttajalle varmistettaisiin direktiivissä 93/13 säädettyä korkeampi suojan taso, ja pyrkii selvittämään, onko tämän säännöksen soveltaminen direktiivin säännösten mukaista.

35. Tässä tilanteessa Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona on 16.2.2018 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimen kirjaamoon 16.2.2018, päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko tuomioistuimen arvioitava IRPH Cajas -indeksin] laillisuus tutkimalla, voidaanko sitä pitää kuluttajan kannalta ymmärrettävänä, ilman että tämän tutkimiselle on esteenä se, että IRPH Cajas -indeksiä säännellään asetuksilla ja hallinnollisilla määräyksillä, koska kyse ei ole direktiivin [93/13] 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetusta tapauksesta, joka perustuisi pakottavaan säännökseen, vaan elinkeinonharjoittaja on omavalintaisesti sisällyttänyt sopimukseen tällaisen lainapääomalle maksettavan vaihtuvan koron?

2) a) Onko direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan, jota ei ole saatettu osaksi Espanjan lainsäädäntöä, perusteella pidettävä kyseisen direktiivin ja sen 8 artiklan vastaisena sitä, että espanjalainen tuomioistuin tukeutuu mainittuun 4 artiklan 2 kohtaan ja soveltaa sitä, vaikka se on lainsäätäjän tahdosta jätetty saattamatta osaksi Espanjan lainsäädäntöä, jotta kaikkiin elinkeinonharjoittajien kuluttajien kanssa tekemiinsä sopimuksiin sisällyttämiin ehtoihin, myös niihin, jotka koskevat sopimuksen pääkohteen määrittelyä ja jotka on laadittu selkeästi ja ymmärrettävästi, voitaisiin soveltaa täysimääräistä kuluttajansuojaa?

b) Edellyttääkö olennaisen sopimusehdon, tässä tapauksessa IRPH-indeksin, ymmärtäminen joka tapauksessa sitä, että tiedotetaan tai mainostetaan seuraavista seikoista ja tiedoista tai ainakin joistakin niistä, toisin sanoen

i) selitetään, miten viitekorko muodostuu, eli tiedotetaan, että indeksiin sisältyvät nimelliskoron lisäksi palkkiot ja muut kulut, että se on yksinkertainen painottamaton keskiarvo, että elinkeinonharjoittajan tiedossa on oltava se ja tämän on tiedotettava siitä, että siihen sovelletaan negatiivista marginaalia, ja etteivät siitä annettavat tiedot ole julkisia toisin kuin tavanomaisesta indeksistä eli euriborista annettavat tiedot

ii) selitetään, miten indeksi on aiemmin kehittynyt ja miten se voi tulevaisuudessa kehittyä, antamalla tietoja ja julkaisemalla kaavioita, joissa kuluttajalle selvitetään selkeästi ja ymmärrettävästi kyseisen koron kehitys suhteessa euriboriin, joka on tavanomainen kiinnelainoihin sovellettava korko?

16 Tuomio 14.12.2017 (ES:TS:2017:4308) (jäljempänä 14.12.2017 annettu tuomio).

3) Jos unionin tuomioistuin toteaa, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tutkittava sopimusehtojen kohtuuttomuus ja tehtävä siitä kaikki päätelmät kansallisen oikeutensa mukaisesti, onko siinä tapauksessa, ettei kaikista näistä seikoista ole annettu tietoja, oletettava, ettei sopimusehtoa ole ymmärretty, koska se ei ole direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla selkeä keskivertokuluttajalle, tai merkitseekö tietojen antamatta jättäminen, ettei elinkeinonharjoittaja ole kohdellut kuluttajaa lojaalisti ja ettei kuluttaja siten olisi hyväksynyt lainansa viitekoroksi IRPH-indeksiä, jos hänelle olisi annettu asianmukaisesti tietoa?

3) Jos IRPH Cajas -indeksi todetaan pätemättömäksi, kumpi seuraavista seurauksista, joita on sovellettava, jollei kuluttajan kanssa muuta sovita tai jos tämä muu sopimus on kuluttajalle vahingollisempi, on direktiivin 93/13 6 artiklan 1 kohdan ja 7 artiklan 1 kohdan mukainen?

   a) Muutetaan sopimusta soveltamalla vakiintunutta korvaavaa indeksiä eli euribor-indeksiä, koska kyseessä on sopimus, jonka tarkoituksena on lähinnä tuottaa korkotuloja elinkeinonharjoittajalle eli pankille.

   b) Luovutaan soveltamasta korkoa, jolloin lainanottajan tai velallisen ainoaksi velvollisuudeksi jäisi maksaa lainattu pääoma takaisin sopimuksen mukaisina eräpäivinä.”

IV Asian käsittely unionin tuomioistuimessa

36. Unionin tuomioistuimen presidentti hylkäsi 10.4.2018 antamallaan määräyksellä Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelonan pyynnön tämän asian käsittelemisestä unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 105 artiklan 1 kohdassa tarkoitetussa nopeutetussa menettelyssä.

37. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet pääasian asianosaiset, Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset sekä Euroopan komissio. Samojen osapuolten suulliset huomautukset kuultiin 25.2.2019 pidetyssä istunnossa.

V Asian tarkastelu

38. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät ennakkoratkaisukysymykset koskevat kolmea ongelmakohtaa, ensinnäkin direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun poikkeuksen ulottuvuutta, toiseksi riidanalaisen ehdon avoimuutta koskevan valvonnan ulottuvuutta ja sisältöä tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohdan perusteella ja kolmanneksi tämän ehdon kohtuuttomaksi toteamisen seurauksia.

39. Ennen näiden ongelmakohtien tarkastelua on syytä tuoda esille, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin, pääasian asianosaiset, Espanjan hallitus ja komissio ovat kaikki viitanneet riidanalaiseen ehtoon sisältyvän IRPH Cajas -indeksin erityispiirteisiin sekä 14.12.2017 annettuun tuomioon.

40. Tämän vuoksi on mielestäni paikallaan esittää joitakin huomautuksia näistä kahdesta seikasta.

A Alustavat huomautukset

1. IRPH Cajas -indeksi: kehitys ja toiminta

41. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että pääasian kantajan ja Bankian välillä tehdyn kiinnelainasopimuksen allekirjoitushetkellä riidanalaisessa ehdossa määrättiin lainan koron määräytymisessä sovellettavan IRPH Cajas -indeksiä, joka on nimetty tällä tavoin sen vuoksi, että sen laskennassa otetaan huomioon ainoastaan säästöpankkien toteuttamat kiinnelainoja koskevat

toimet.[17]

42. Asiaa koskevista oikeussäännöistä, sellaisina kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on ne selostanut, ilmenee, että IRPH Cajas -indeksi oli tuolloin yksi yleiskirjeen 8/1990 6 bis §:n 3 momentin b kohdalla käyttöön otetuista ”kiinnelainoihin perustuvista viiteindekseistä” ja että se oli siten virallinen ja laillinen.[18] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin täsmentää kuitenkin, että asetuksen 2899/2011 voimaantulosta lähtien IRPH Cajas -indeksi (samoin kuin IRPH Bancos- ja CECA-indeksit) lakkasi olemasta virallinen viiteindeksi ja että näitä indeksejä käyttävien kiinnelainojen osalta oli säädetty siirtymäjärjestelystä.[19]

43. Espanjan hallitus toteaa tästä siirtymäjärjestelystä, että lain 14/2013 15. lisäsäännöksen 2 ja 3 momentin mukaan viittaukset lakkautettuihin korkoihin korvataan ”sopimuksessa määrätyllä korvaavalla korolla tai viiteindeksillä” ja että jollei sopimuksessa ole määrätty korvaavaa korkoa tai indeksiä tai jos siinä on määrätty lakkautettavasta indeksistä tai korosta – kuten tässä tapauksessa[20] –, kyseinen korko tai indeksi korvataan ”virallisella korkokannalla, joka on nimeltään ’Espanjan luottolaitosten markkinahintaisten asuntojen ostoon myöntämien yli kolmivuotisten kiinnelainojen keskikorko’ [IRPH Conjunto de Entidades], jonka marginaali vastaa poistetun koron ja edellä mainitun korkokannan välisten erotusten, jotka lasketaan sopimuksentekopäivän ja koron korvaamispäivän välillä saatavilla olevien tietojen perusteella, aritmeettista keskiarvoa”.[21]

44. Kyseinen hallitus korostaa myös, että lain 14/2013 15. lisäsäännöksen 3 momentin mukaan tämä korvaaminen merkitsi automaattisesti sopimuksen uusiutumista ilman, että kiinnityksen etusijajärjestys muuttuisi tai että sen etusija menetettäisiin. Se lisää, että kyseisen lain 15. lisäsäännöksen 4 momentin mukaan osapuolilla ei ollut oikeutta riitauttaa tuomioistuimessa lainan tai luoton muuttamista, yksipuolista muuttamista tai irtisanomista. Siten sopimuksen 3 bis ehtoon tällä hetkellä sisältyvä indeksi on IRPH Conjunto de Entidades -indeksi.

45. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa ensinnäkin IRPH Cajas -indeksin toiminnasta, että tämä indeksi laskettiin säästöpankkien Espanjan pankille kuukausittain toimittamien tietojen perusteella ja se vastasi yksinkertaista keskiarvoa siten, että kaikilla säästöpankeilla oli sama painoarvo myönnettyjen lainojen volyymistä riippumatta. Kyseisen tuomioistuimen mukaan säästöpankin edustavuutta IRPH Cajas -indeksissä ei muutettu, jos se menetti markkinaosuuden nostettuaan kuukauden aikana korkoja tai palkkiota. Tämän seurauksena oli se, että mitä enemmän säästöpankkien lukumäärä pieneni, sitä enemmän jäljelle jäävien säästöpankkien vaikutus IRPH Cajas -indeksiin kasvoi, minkä vuoksi mikä tahansa säästöpankki saattoi vaikuttaa tämän indeksin lopputulokseen nostamalla kyseisen kuukauden aikana soveltamiaan korkoja tai palkkioita.

46. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa toiseksi, että säästöpankkien toimittamat tiedot IRPH-indeksin aritmeettisen keskiarvon saamiseksi sisälsivät todellisen vuosikoron, kulut ja palkkiot, jotka vastasivat arvion mukaan yli prosenttiyksikön neljännestä nimelliskoron lisäksi, sekä vähimmäiskorkoehtoja tai ehtoja, joissa määrättiin pyöristämisestä seuraavaan korkeampaan yksikköön.

17 Bankian huomautuksista ilmenee, että pääasiassa kyseessä olevan kiinnelainasopimuksen mukaan ensimmäisten kuuden kuukauden aikana sovellettiin 5,25 prosentin vaihtuvaa korkoa ja jäljellä olevana laina-aikana IRPH Cajas -indeksiin sidottua vaihtuvaa korkoa korotettuna 0,25 prosenttiyksikön marginaalilla. Se toteaa myös, että takaisinmaksuajaksi oli vahvistettu 300 kuukautta (25 vuotta) ja että lainanottajan oli määrä maksaa sovitut summat kiinnelainan ottamispäivästä lähtien.

18 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan IRPH Cajas -indeksi on säännelty, normatiivinen ja siten laillinen kiinnelainojen viiteindeksi. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 17–19 kohta.

19 Espanjan hallituksen kirjallisista huomautuksista ilmenee, että asetuksen 2899/2011 ainoan siirtymäsäännöksen mukaan IRPH Cajas, IRPH Bancos ja CECA-indeksi oli määrä julkaista edelleen, ja niiden katsottaisiin soveltuvan kaikin tavoin niin kauan kuin kyseisten lainojen osalta ei ole säädetty siirtymäjärjestelystä. Kyseisen hallituksen mukaan luottolaitokset eivät kuitenkaan voineet käyttää näitä viiteindeksejä uusissa kiinnelainasopimuksissa.

20 Tässä tapauksessa lainasopimuksessa korvaava viiteindeksi oli CECA-indeksi, joka niin ikään lakkasi olemasta yksi virallisista viiteindekseistä asetuksen 2899/2011 ja yleiskirjeen 5/2012 tultua voimaan. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 21 ja 28 kohta.

21 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 22–25 kohta.

47. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa kolmanneksi, että kansallisen säännöstön mukaisesti IRPH-indeksiä laskettaessa ei otettu huomioon korkoja, joita oli laskettu avustusten tai työntekijöiden hyväksi tehtyjen sopimusten vuoksi ja jotka olisivat pienentäneet lopputulosta.

48. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin täsmentää neljänneksi, että koska painotetut keskikorot olivat todellisia vuosikorkoja, jotta IRPH-indeksi heijastaisi markkinoiden keskikorkoja, palkkioiden inflatorisen vaikutuksen kompensoimiseksi oli Espanjan pankin esittämän mukaisesti [22] tarpeen soveltaa negatiivista marginaalia, jonka arvo riippui sovelletuista palkkioista. Käsiteltävässä asiassa ja yleisesti sovellettiin positiivista marginaalia, joka oli IRPH Cajas + 0,25 prosenttiyksikköä.

49. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa viidenneksi, että Bankian toimipaikoissa IRPH-indeksiä mainostettiin asiakkaille indeksinä, jonka volatiliteetti on pienempi ja joka on varmempi ja vakaampi kuin euribor, [23] minkä vuoksi on myös pohdittava, olisiko Espanjan pankin tietoihin perustuvat ja tuolloin Bankian tiedossa olleet eri kaaviot pitänyt toimittaa kuluttajalle, jotta tämä olisi saanut tietoonsa kunkin koron (IRPH ja euribor) kehityksen.

50. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa vielä, että kaikki nämä tiedot pikemminkin osoittavat, niiden ymmärrettävyyteen niin ikään liittyvän ja yleiskirjeen 8/1990 liitteessä VIII olevaan 1 kohtaan sisältyvän matemaattisen kaavan lisäksi, että IRPH on kokonaisuudessaan monimutkainen indeksi, joka voisi edellyttää enemmän tietoa ja tiedottamista, koska se on sopimuksen keskeinen osa.

2. 14.12.2017 annettu tuomio

51. Ennakkoratkaisupyynnöstä sekä Espanjan hallituksen ja komission kirjallisista huomautuksista ilmenee, että Tribunal Supremo on 14.12.2017 antamassaan tuomiossa ottanut kantaa pääasiassa kyseessä olevan ehdon kanssa samankaltaiseen sopimusehtoon, jossa määrättiin IRPH Entidades -indeksin soveltamisesta. [24]

52. Jollei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mahdollisista myöhemmistä tarkistuksista muuta johdu, Espanjan hallituksen kirjallisista huomautuksista ilmenee, että Tribunal Supremo on ottanut huomioon jäljempänä selostettavat seikat.

53. Tribunal Supremo totesi, että IRPH Entidades on laillisesti määritelty ja säännelty indeksi, jonka lainanantajapankki on ottanut vaihtuvakorkoista kiinnelainaa koskevaan sopimukseen yleisen sopimusehdon perusteella. Kuitenkaan ”sopimuspuoli, joka sisällyttää ennalta laaditun ehdon, ei määrittele sopimuksessa viiteindeksiä vaan viittaa yhteen tämänkaltaisille sopimuksille laissa säädetyistä virallisista indekseistä. Tämän vuoksi viranomaisen on huolehdittava siitä, että nämä indeksit ovat pankkien avoimuutta koskevan säännöstön mukaisia, ja tämä valvonta jää siten siviilituomioistuinten toimivallan ulkopuolelle. – – Indeksi *sellaisenaan* ei siten voi olla avoimuutta koskevan valvonnan kohteena direktiivin 93/13 perusteella”. [25]

54. Sopimusehtoa tarkasteltuaan Tribunal Supremo totesi, että se läpäisi avoimuutta koskevan valvonnan sekä muodolliselta että aineelliselta kannalta. Sen mukaan muodolliselta kannalta ehto täytti sen sisällyttämiskriteeriksi kutsuman kriteerin, sillä se oli kieliopillisesti selkeä ja ymmärrettävä ja lainanottaja saattoi sen avulla ymmärtää ja hyväksyä sen, että hänen kiinnelainasopimuksensa vaihtuva korko lasketaan Espanjan pankin vahvistaman ja valvoman koron perusteella. Aineelliselta kannalta ehto oli sen mukaan avoin, ja sen avulla henkilö saattoi olla tietoinen lainan taloudellisesta rasitteesta.

22 Ks. yleiskirjeen 5/1994 perustelujen neljäs kohta. Ks. myös tämän ratkaisuehdotuksen 17 kohta.

23 Kyseinen tuomioistuin viittaa seuraaviin verkkosivuihin: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf ja https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf.

24 Komissio kiinnittää huomiota siihen, että ”vaikka tässä tuomiossa on annettu asiaa viimeisenä oikeusasteena käsitelleen tuomioistuimen tulkinta direktiivin 93/13 säännöksistä, se on annettu ilman, että unionin tuomioistuimelle olisi esitetty nyt käsiteltävää ennakkoratkaisukysymystä”.

25 Kursivointi tässä.

Se totesi, että kuluttaja saattoi ymmärtää, että hänen oli maksettava indeksin ja marginaalin yhteenlaskettu summa. Tässä tarkoituksessa Tribunal Supremo katsoi, kuten Espanjan hallituksen huomautuksista ilmenee, että koska kyse oli virallisesta indeksistä, tavanomaisesti valistuneen keskivertokuluttajan oli helppoa tuntea eri laskentajärjestelmät ja vertailla käytettyjä eri vaihtoehtoja ja että pankilta ei voitu edellyttää, että se tarjoaa eri indeksejä tai selittää, miten indeksi oli vahvistettu.

55. Tribunal Supremo ei tältä osin pitänyt olennaisena sitä, että euribor oli kuluttajalle edullisempi, koska ”jälkikäteen todettu vääristymä” ei voi ohjata avoimuutta koskevaa valvontaa.[26] Se katsoi myös, että tässä päättelyssä ei otettu huomioon sitä, että korko ei vastaa indeksiä vaan indeksiä marginaalilla korotettuna, ja ettei ollut osoitettu, että euriboriin sidottujen lainojen marginaalit olisivat olleet edullisempia kuin IRPH-indeksiin sidottujen lainojen. Lisäksi se totesi, että tilastollisesti IRPH-indeksin marginaalit olivat jopa alempia ja että tässä päättelyssä ei liioin otettu huomioon sitä, että marginaalit ovat enemmän tai vähemmän suuria muiden sopimuksen tietojen perusteella (palkkatili, sidokset jne.). Tribunal Supremo täsmensi, että tärkeänä ei ollut pidettävä IRPH-indeksin ja euriborin välistä eroa vaan IRPH-indeksin tulevaa kehitystä ja että pankilta ei voitu edellyttää, että se olisi tietoinen tästä kehityksestä tai ilmoittaisi siitä lainanottajalle. Lisäksi euriborin arvo ja IRPH:n arvo olivat aiemmin kehittyneet suhteellisen samankaltaisesti.

56. Tribunal Supremo katsoi lopuksi, että oli ristiriitaista todeta pankin tienneen, että IRPH-indeksi olisi euriboria edullisempi, kun IRPH-indeksiä oli käytetty vain alle 15 prosentissa lainoja. Samoista syistä viittaus euriboriin olisi voitu poistaa, jos sen kehitys olisi ollut vähemmän suotuisa.

57. Selostettuani ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ja osapuolten esittämät seikat tarkastelen seuraavaksi ennakkoratkaisukysymyksiin liittyviä oikeudellisia ongelmia.

B Ennakkoratkaisukysymykset

1. Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun poikkeuksen ulottuvuus

58. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy, voiko IRPH Cajas -indeksi olla avoimuutta koskevan valvonnan kohteena direktiivin 93/13 perusteella. Kuten Bankia, Espanjan hallitus ja komissio ovat todenneet, koska IRPH Cajas -indeksistä säädetään asetuksella, se ei kuitenkaan voi itsessään olla tällaisen valvonnan kohteena.

59. Mielestäni tämä kysymys poikkeaa kysymyksestä siitä, kuuluuko kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan väliseen kiinnelainasopimukseen sisältyvä sopimusehto, jonka mukaan tätä indeksiä sovelletaan kyseisen lainan vaihtuvan koron laskemisessa, direktiivin 93/13 soveltamisalaan vai ei.

60. Tältä osin on muistettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kansallisten tuomioistuinten ja unionin tuomioistuimen välille SEUT 267 artiklalla luodussa yhteistyömenettelyssä unionin tuomioistuimen tehtävänä on antaa kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllinen vastaus, jonka perusteella kansallinen tuomioistuin voi ratkaista siinä vireillä olevan asian, ja tämän vuoksi unionin tuomioistuimen on tarvittaessa muotoiltava sille esitetty kysymys uudelleen.[27]

26 Tribunal Supremo tukeutuu tässä tarkoituksessa unionin tuomioistuimen 20.9.2017 antaman tuomion Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703) 53 ja 54 kohdassa esitettyihin perusteluihin.

27 Ks. tuomio 17.7.1997, Krüger (C-334/95, EU:C:1997:378, 22 ja 23 kohta); tuomio 8.12.2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, 18 kohta) ja tuomio 21.12.2016, Ucar ja Kilic (C-508/15 ja C-509/15, EU:C:2016:986, 51 kohta).

61. Käsiteltävässä tapauksessa ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys on mielestäni ymmärrettävä siten, että sillä pyritään selvittämään, onko direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisen sopimuksen ehto, jossa vahvistettu korko perustuu yhteen niistä kuudesta virallisesta laillisesta viiteindeksistä, joita luottolaitokset voivat soveltaa vaihtuvakorkoisiin kiinnelainoihin, jää tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

62. Aluksi on tutkittava Espanjan hallituksen väite, jonka mukaan kysymys IRPH Cajas -indeksin avoimuutta koskevasta valvonnasta ei kuulu direktiivin 93/13 soveltamisalaan sen 1 artiklan 2 kohdan perusteella, koska tämä indeksi on virallinen laillinen indeksi, jota säännellään Espanjan virallisessa lehdessä kuukausittain julkaistavilla asetuksilla tai hallinnollisilla määräyksillä. Koska kyseistä indeksiä ei siis voida todeta kohtuuttomaksi, sen sisällyttämisellä riidanalaiseen ehtoon ei ole vaikutusta tähän tulkintaan.

63. Espanjan hallitus ja Bankia vetoavat siihen, että IRPH Cajas -indeksin poistamisen jälkeen pääasiassa kyseessä olevaan kiinnelainasopimukseen tällä hetkellä sovellettu indeksi eli IRPH Conjunto de Entidades -indeksi on vahvistettu pakottavalla lainsäännöksellä, nimittäin lain 14/2013 15. lisäsäännöksen 2 momentilla. Tämän vuoksi IRPH Conjunto de Entidades -indeksin soveltaminen on sen voimaantulosta lähtien pakollista, joten lainsäätäjän vahvistamaa tasapainoa noudatetaan. Lisäksi Bankia täsmentää, että laissa 14/2013 säädetään, että osapuolilla ei ole oikeussuojakeinoja, joiden avulla he voisivat vaatia lainan tai luoton muuttamista, yksipuolista muuttamista tai irtisanomista vastineena lain 14/2013 15. lisäsäännöksen 4 momentin soveltamisesta. Ne väittävät siten, että IRPH Cajas -indeksi ei kuulu direktiivin 93/13 soveltamisalaan sen 1 artiklan 2 kohdan perusteella.

64. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämien asiaa koskevien oikeussääntöjen ja tosiseikkojen perusteella ymmärrän asian kuitenkin siten, että pääasiassa kyseessä olevan kiinnelainasopimuksen tekohetkellä eli ajankohtana, joka huomioon ottaen kansallisen tuomioistuimen on arvioitava sopimusehdon kohtuuttomuutta,[28] riidanalaiseen ehtoon vaihtuvan koron laskemiseksi otettu IRPH-indeksi ei ollut IRPH Conjunto de Entidades -indeksi – joka korvasi IRPH Cajas -indeksin sopimuksen automaattiseen uusiutumiseen johtavan lain 14/2013 15. lisäsäännöksen 2 momentin nojalla – vaan yleiskirjeellä 8/1990 käyttöön otettu IRPH Cajas -indeksi. Se, että IRPH Conjunto de Entidades -indeksi on nykyään virallinen viiteindeksi, joka sisältyy kiinnelainasopimuksen 3 bis ehtoon, ja että se on vahvistettu laillisesti pakottavan säännöksen eli lain 14/2013 15. lisäsäännöksen 2 momentin nojalla, ei vaikuta riidanalaisen ehdon, jossa määrätään IRPH Cajas -indeksin soveltamisesta, sellaisena kuin tämä ehto oli laadittu sopimuksen tekohetkellä, arviointiin.

65. On näin ollen ilmeistä, että kysymys koskee riidanalaista ehtoa, jossa määrätään IRPH Cajas -indeksin soveltamisesta.[29] Tähän kysymykseen vastaamiseksi selostan ensin lyhyesti unionin tuomioistuimen asian kannalta merkityksellisen oikeuskäytännön, joka koskee direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdan tulkintaa, ja toiseksi tutkin tämän oikeuskäytännön valossa, kuuluuko riidanalainen ehto direktiivin 93/13 soveltamisalaan vai ei.

28 Palautettakoon mieleen, että ”direktiivin [93/13] 4 artiklan 1 kohdan mukaan sopimusehdon kohtuuttomuutta on arvioitava ottaen huomioon sopimuksen kohteena olevien tavaroiden ja palvelujen luonne ja pitäen silmällä sopimuksentekohetkellä kaikkia sopimuksen tekoon liittyviä olosuhteita”. Tuomio 4.6.2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, 39 kohta); tuomio 9.11.2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, 42 kohta); tuomio 14.3.2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, 71 kohta) ja tuomio 26.1.2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, 61 kohta). Ks. tästä kysymyksestä myös ratkaisuehdotukseni Abanca Corporación Bancaria ja Bankia (C-70/17 ja C-179/17, EU:C:2018:724, 70 kohta).

29 Espanjan hallitus toteaa itse kirjallisten huomautustensa 8 ja 17 kohdassa, että riidanalainen ehto on pääasian tapauksessa IRPH Cajas -indeksiä koskeva ehto ja että 5.5.1994 annettua asetusta sovellettiin tämän ennakkoratkaisupyynnön kohteena olevan kiinnelainasopimuksen tekohetkellä.

a) Lyhyt katsaus unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön

66. Aluksi on todettava, että kansallisen tuomioistuimen viran puolesta suorittamaa valvontaa voidaan edellyttää vain, jos on kyse direktiivin 93/13 soveltamisalaan, sellaisena kuin se on määritelty direktiivin 1 artiklassa, kuuluvasta sopimusehdosta.[30] Direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdan mukaan pakottavia lakeja tai asetuksia heijastavat sopimusehdot eivät kuulu sen soveltamisalaan.

67. Unionin tuomioistuin selvensi tuomiossa RWE Vertrieb[31] ensimmäisen kerran direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua pakottavien lakien tai asetusten käsitettä. Unionin tuomioistuin totesi, että tässä säännöksessä säädetään tämän direktiivin soveltamisalaan kohdistuvasta poikkeuksesta, joka koskee pakottavia lakeja tai asetuksia heijastavia sopimusehtoja.[32] Tämä soveltamisalan ulkopuolelle jättäminen edellyttää kahden ehdon täyttämistä. Yhtäältä sopimusehdon on heijastettava lain tai asetuksen säännöstä, ja toisaalta tämän säännöksen on oltava pakottava.[33]

68. Sen ratkaisemiseksi, täyttyvätkö nämä edellytykset, unionin tuomioistuin totesi, että kansallisen tuomioistuimen on tarkistettava, heijastaako tämä ehto kansallisen oikeuden säännöksiä, joita sovelletaan sopimuspuolten välillä niiden tahdosta riippumatta (pakottavasti), vai säännöksiä, jotka ovat dispositiivisia ja joita sovelletaan siis suoraan lain nojalla silloin, kun sopimuspuolten välillä ei ole sovittu muusta järjestelystä.[34]

69. Kansallisen tuomioistuimen on siten tarkistettava, heijastaako pääasiassa kyseessä oleva sopimusehto direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla kansallisen lainsäädännön pakottavia säännöksiä,[35] ja otettava huomioon se, että tässä säännöksessä säädettyä poikkeusta on tulkittava suppeasti, kun otetaan huomioon tämän direktiivin tavoite eli kuluttajien suojaaminen.[36]

70. Esiteltyäni lyhyesti tämän säännöksen tulkintaa koskevan yleisen oikeuskäytännön sovellan sitä seuraavaksi unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi saatettuun asiaan.

b) Kuuluuko riidanalainen ehto direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamisalaan?

71. Heti alkuun on korostettava, että – kuten tämän ratkaisuehdotuksen edellä olevista kohdista ilmenee – jos sopimusehto heijastaa pakottavaa tai dispositiivista lakia tai asetusta, kysymys direktiivin 93/13 soveltamisalasta ei tule esille. Tällaiseen sopimusehtoon ei vain yksinkertaisesti sovelleta tämän direktiivin säännöksiä.

30 Ks. vastaavasti tuomio 3.4.2019, Aqua Med (C-266/18, EU:C:2019:282, 28 kohta).

31 Tuomio 21.3.2013 (C-92/11, EU:C:2013:180).

32 Tuomio 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, 25 kohta).

33 Ks. tuomio 10.9.2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, 78 kohta) ja tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 28 kohta). Unionin tuomioistuimen mukaan tämä direktiivin 93/13 säännösten soveltamisen poissulkeminen on oikeutettua sillä perusteella, että lähtökohtaisesti on oikeutettua olettaa, että kansallinen lainsäätäjä on saattanut tasapainoon tiettyjen sopimusten sopimuspuolten kaikki oikeudet ja velvollisuudet. Ks. myös tuomio 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, 28 kohta) ja tuomio 20.9.2018, OTP Bank ja OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, 53 kohta).

34 Ks. tuomio 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, 26 kohta) Ks. myös tuomio 10.9.2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, 76 kohta) ja tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 27 kohta). Ks. myös direktiivin 93/13 johdanto-osan 13. perustelukappale.

35 Ks. vastaavasti tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 30 kohta) ja julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus (C-186/16, EU:C:2017:313, 59 kohta). Ks. myös tuomio 26.1.2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, 69 ja 70 kohta).

36 Ks. tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 31 kohta) ja tuomio 10.9.2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, 77 kohta).

72. Jos kansallinen tuomioistuin sen sijaan katsoo, että kyseessä olevassa säännöksessä ei velvoiteta pankkia valitsemaan virallista viiteindeksiä tässä säännöksessä säädettyjen viiteindeksien joukosta vaan annetaan mahdollisuus turvautua muihin viiteindekseihin, kysymys siitä, kuuluuko tämän säännöksen toistava sopimusehto direktiivin 93/13 soveltamisalaan, olisi epäilemättä merkityksellinen. On nimittäin selvää, että tällainen sopimusehto kuuluisi tämän direktiivin soveltamisalaan. Näin olisi mielestäni myös tilanteessa, jossa tässä säännöstössä pankki velvoitettaisiin valitsemaan virallinen viiteindeksi siinä säädettyjen viiteindeksien joukosta. [37]

73. Tässä tapauksessa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että riidanalainen ehto, jonka pankki on laatinut ennalta, heijastaa kansallisen oikeuden säännöksiä. Se toteaa kuitenkin, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamiselle asetetut edellytykset eivät täyty. Kansallinen säännös, joka sisältyy riidanalaiseen ehtoon, ei ole pakottava, koska kyse on asetuksesta tai hallinnollisesta määräyksestä, joka koskee lainapääomalle maksettavaa vaihtuvaa korkoa, jonka elinkeinonharjoittaja on *omavalintaisesti* sisällyttänyt sopimukseen, jolloin IRPH Cajas -indeksin soveltaminen ei ole pakollista osapuolten tahdosta riippumatta. Tätä säännöstä ei myöskään sovelleta dispositiivisesti, jos muusta järjestelystä ei ole sovittu. [38]

74. Siltä osin kuin tässä tapauksessa on kyse riidanalaiseen ehtoon sisällytetystä IRPH Cajas -indeksistä, käsiteltävää asiaa koskevista oikeussäännöistä ilmenee, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitseman 5.5.1994 annetun asetuksen toisessa lisäsäännöksessä annettiin Espanjan pankille oikeus määritellä yleiskirjeellä (8/1990, sellaisena kuin se on muutettuna yleiskirjeellä 5/1994, joka on sittemmin kumottu mutta joka oli voimassa sopimuksen tekohetkellä) ”viralliset indeksit tai viitekorot, joita luottolaitokset *voivat* soveltaa vaihtuvakorkoisiin kiinnelainoihin”. [39]

75. Bankian huomautuksista ilmenee, että 5.5.1994 annetun asetuksen 6 §:n 2 momentissa säädettiin, että luottolaitokset voivat käyttää tämän asetuksen soveltamisalaan kuuluvien vaihtuvakorkoisten lainojen indekseinä tai viitekorkoina ainoastaan ”*indeksejä tai viitekorkoja, jotka täyttävät seuraavat kaksi edellytystä*: a) ne eivät riipu yksinomaan luottolaitoksesta itsestään, eikä luottolaitos voi vaikuttaa niihin sopimuksin tai muiden luottolaitosten käytäntöihin nähden tietoisesti rinnakkaisin käytännöin; b) indeksin perusteena olevat tiedot hankitaan matemaattisesti objektiivisella menetelmällä”.

76. Bankian huomautuksista ilmenee niin ikään, että 5.5.1994 annetun asetuksen 6 §:n 3 momentin 1 ja 2 kohdassa säädettiin, että ”tämän asetuksen soveltamisalaan kuuluvien vaihtuvakorkoisten lainojen osalta lainanottajalle ei ole pakko ilmoittaa erikseen sovellettavan koron vaihteluista, jos seuraavat kaksi edellytystä täyttyvät: 1. virallisen indeksin tai viitekoron käyttämisestä *on sovittu* tämän asetuksen toisessa lisäsäännöksessä tarkoitettujen keskuudessa; 2. lainaan sovellettava korko on määritelty tämän asetuksen liitteessä II olevan 3 bis ehdon 1 kohdan a tai b alakohdassa”. [40]

77. Kuten Espanjan hallitus toteaa kirjallisissa huomautuksissaan, 5.5.1994 annetun asetuksen liitteessä II, jonka otsikkona on ”Tämän asetuksen soveltamisalaan kuuluvien kiinnelainasopimusten rahoitusehdot”, ilmoitettiin tiedot, joiden täytyy ilmetä näistä ehdoista. Näiden huomautusten mukaan tässä liitteessä II olevassa 3 bis kohdassa, jonka otsikkona on ”Vaihtuva korko”, todettiin muun muassa, että vaihtuvaa korkoa määriteltäessä tämä korko on ilmaistava jossakin tässä säännöksessä

37 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 83 kohta.

38 Espanjan oikeuskirjallisuudessa, jossa on kommentoitu 14.12.2017 annettua tuomiota, katsotaan, että kyse on säännöksestä, joka ei ole pakottava eikä dispositiivinen. Ks. Cámara Lapuente, S., ”IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca ’normas’. Transparencia lejos del suelo”, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Mariano Yzquierdo Tolsada (toim.), nro 9, Dykinson, 2017, s. 211–236, erityisesti s. 219 ja 222.

39 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 15 kohta. Kursivointi tässä.

40 Kursivointi tässä.

tarkoitetussa muodossa. Kyseisessä liitteessä II olevan 3 bis kohdan a, b ja c alakohdassa viitattiin vaihtuvan koron määritelmiin ja säädettiin viitekoron soveltamisesta *tai* sen määrittelemisestä tämän säännöksen d alakohdan nojalla ”*millä tahansa muulla tavalla*, kunhan se on selkeä, konkreettinen ja lainanottajan kannalta ymmärrettävä sekä lain mukainen”.[41]

78. Jollei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mahdollisista myöhemmistä tarkistuksista muuta johdu, näyttää siis siltä, että 5.5.1994 annetussa asetuksessa ei velvoitettu käyttämään vaihtuvakorkoisissa lainoissa jotakin kuudesta virallisesta viiteindeksistä, IRPH Cajas -indeksi mukaan luettuna, vaan – kuten tämän ratkaisuehdotuksen 75 kohdassa tarkoitetuista, Bankian huomautuksissa mainituista kansallisista säännöksistä ilmenee – asetettiin edellytykset, jotka ”indeksien tai viitekorkojen” on täytettävä, jotta pankit voivat käyttää niitä. Siten sopimuspuolten valintaa *ei ollut suoritettava ehdottomasti* yleiskirjeessä 8/1990 tarkoitettujen kuuden virallisen viiteindeksin välillä.[42] Vaikka pitää toki paikkansa, että yleiskirjeessä 8/1990 määritellyt kuusi virallista viiteindeksiä täyttivät lähtökohtaisesti edellä mainitut kaksi edellytystä, jollei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mahdollisista myöhemmistä tarkistuksista muuta johdu, Bankialla oli kuitenkin, kuten 5.5.1994 annetun asetuksen liitteessä II olevan 3 bis kohdan d alakohdasta ilmenee,[43] mahdollisuus määritellä vaihtuva korko ”millä tahansa muulla tavalla, kunhan se on selkeä, konkreettinen ja lainanottajan kannalta ymmärrettävä sekä lain mukainen”. Tässä yhteydessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa mahdollisuuteen käyttää sopimuksentekohetkellä eli 19.7.2001 euriboria, joka otettiin Espanjassa käyttöön vuonna 1999.[44] Tätä asiaa koskevista oikeussäännöistä on muistettava ilmenevän, että sopimuksentekohetkellä euribor ei ollut yksi yleiskirjeessä 8/1990 tarkoitetuista kuudesta virallisesta indeksistä. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, pankki olisi kuitenkin voinut sopimuksentekohetkellä valita euriborin viiteindeksiksi.

79. Tätä johtopäätöstä tukevat Bankian kirjalliset huomautukset, joissa se toteaa selvästi, että ” *sopimuspuolten ei ollut pakko* valita IRPH:ää”.[45]

80. On vielä syytä korostaa, että komission kirjallisten huomautusten mukaan Tribunal Supremo on, siltä osin kuin se on tutkinut kyseessä olevan *ehdon avoimuutta* kyseenalaistamatta direktiivin 93/13 sovellettavuutta, implisiittisesti itse tunnustanut 14.12.2017 antamassaan tuomiossa, että direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa säädettyä poikkeusta ei sovellettu sopimusehtoon, jossa määrättiin IRPH Cajas -indeksin soveltamisesta.

81. Komissio toteaa myös, että 14.12.2017 annettuun tuomioon sisältyy tämän ylimmän tuomioistuimen kahden tuomarin, Francisco Javier Orduña Morenon ja Francisco Javier Arroyo Fiestasin, eriävä mielipide, jonka mukaan ”tämän [tuomioistuin]valvonnan kohteena ei ole indeksi sellaisenaan, toisin sanoen sen viralliseksi saattaman lain tai hallinnollisen määräyksen heijastumana, *vaan sen käyttö yleisissä sopimusehdoissa*”.[46] Tässä mielipiteessä täsmennetään myös siltä osin kuin kyse on kansallisen säännöksen pakottavuutta koskevasta kriteeristä, että ”tästä ei liioin ole kyse

41 Ks. Espanjan hallituksen huomautusten 18 kohta.

42 Tätä asiaa koskevista oikeussäännöistä ilmenee, että yleiskirjeessä 8/1990 tarkoitettujen kuuden virallisen viiteindeksin joukossa olivat paitsi jo mainitut viiteindeksit (IRPH Bancos, IRPH Cajas ja IRPH Entidades) myös seuraavat kolme muuta viiteindeksiä: CECA-indeksi, sisäinen tuottoaste julkisen velan, jonka jäljellä oleva maturiteetti on kahdesta kuuteen vuotta, jälkimarkkinoilla ja MIBOR. Viimeksi mainittu lakkasi, kun Espanjassa otettiin vuonna 1999 käyttöön euribor. Kuten Espanjan hallituksen kirjallisista huomautuksista ilmenee, euriboriin sidottu uusi viiteindeksi otettiin käyttöön Espanjan pankin yleiskirjeellä 7/1999. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 13.

43 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 77 kohta.

44 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteet 13 ja 42.

45 Kursivointi tässä. Bankian mukaan IRPH-indeksin pakottavuus perustuu siihen, että sen jälkeen, kun tämä indeksi on kerran valittu, se sisällytetään kiinnelainasopimukseen kokonaisuudessaan tekemättä muutosta sopimukseen, josta sopimuspuolet eivät voi vetäytyä. En yhdy tähän näkemykseen. Katson, että vaikka pankki ei voi sisällyttää ennalta laadittuun ehtoon virallisen viiteindeksin määritelmää eikä myöskään sen laskentatapaa, se voi aina määrätä indeksiin soveltamastaan marginaalista, kuten pääasian tapauksessa, jossa huolimatta Espanjan pankin suosituksista, jotka koskevat negatiivisen marginaalin soveltamista tämän toimenpiteen todellisen vuosikoron saamiseksi vastaamaan markkinakorkoa, Bankia oli päättänyt soveltaa 0,25 prosenttiyksikön suuruista positiivista marginaalia.

46 Kursivointi tässä.

käsiteltävässä asiassa, sillä elinkeinonharjoittaja käyttää *yhtä seitsemästä viiteindeksistä*, jotka olivat tuolloin sallittuja (ja joihin kuuluvat Mibor-indeksi, CECA-indeksi ja euribor); tämän vuoksi IRPH Entidades -indeksi ei ollut ainoa indeksi, jota voitiin käyttää viitearvona, eikä sen soveltaminen ollut elinkeinonharjoittajalle pakollista”. [47]

82. Kun otetaan huomioon, että direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa säädettyä poikkeusta on tulkittava suppeasti, ja jollei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mahdollisista myöhemmistä tarkistuksista muuta johdu, edellä esitetyistä perusteluista seuraa, että riidanalainen ehto kuuluu direktiivin 93/13 soveltamisalaan ja että tuomioistuin voi tutkia tämän sopimusehdon mahdollisen kohtuuttomuuden.

83. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 72 kohdassa on jo todettu, vaikka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoisi, että pääasiassa sovellettavat säännökset olivat pankeille pakottavia, mielestäni riidanalainen ehto kuuluu direktiivin 93/13 soveltamisalaan. Pelkästään se, että pankki voi kansallisen säännöksen perusteella omavalintaisesti sisällyttää kiinnelainasopimuksen yleisiin sopimusehtoihin indeksin valittuaan sen tässä säännöksessä mainittujen useiden virallisten viiteindeksien joukosta, on mielestäni riittävä peruste katsoa, että tällainen säännös *ei ole* direktiivin 93/13 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla *pakottava* ja että tätä direktiiviä voidaan siis soveltaa. Pidän selvänä, että tässä säännöksessä säädettyä poikkeusta ei voida soveltaa sopimusehtoon, joka heijastaa lakia tai asetusta, joka rajoittaa sopimuspuolten tahdonautonomiaa *sitä kuitenkaan poistamatta*.

84. En myöskään ymmärrä, miten jäsenvaltio voisi todeta, että sopimusehto ei ole kohtuuton, jos se heijastaa pakottavaa säännöstä, jonka sisältö on ristiriidassa direktiivin 93/13 tehokkaan vaikutuksen kanssa.

85. Edellä esitetyn perusteella katson näin ollen, että direktiiviä 93/13 on tulkittava siten, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välinen sopimusehto, jossa vahvistettu korko perustuu yhteen niistä kuudesta virallisesta laillisesta viiteindeksistä, joita luottolaitokset voivat soveltaa vaihtuvakorkoisiin kiinnelainoihin, ei jää tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

2. Toinen ennakkoratkaisukysymys: riidanalaisen ehdon avoimuutta koskevan valvonnan ulottuvuus ja sisältö direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan perusteella

86. Toisella kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään, onko direktiivi 93/13 ja erityisesti sen 8 artikla esteenä sille, että kansallinen tuomioistuin voisi soveltaa tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohtaa ollakseen arvioimatta selkeästi ja ymmärrettävästi laaditun ja sopimuksen pääkohdetta koskevan sopimusehdon mahdollista kohtuuttomuutta, kun kansallinen lainsäätäjä ei ole saattanut tätä viimeksi mainittua säännöstä osaksi kansallista oikeusjärjestystä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy lisäksi, mitä tietoja elinkeinonharjoittajan on toimitettava noudattaakseen direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan mukaisesti sellaisen sopimusehdon avoimuutta koskevaa vaatimusta, jossa vahvistettu korko perustuu IRPH Cajas -indeksin kaltaiseen lailliseen viiteindeksiin, jonka matemaattinen laskentakaava on monimutkainen eikä kovin avoin keskivertokuluttajan kannalta. Lopuksi se kysyy, onko tietojen toimittamatta jättämistä pidettävä sopimattomana menettelynä.

47 Kursivointi tässä.

a) Toisen kysymyksen a kohta

87. Ennen kuin otetaan kantaa toisen kysymyksen ensimmäiseen osaan, joka koskee paitsi direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan myös tämän direktiivin 5 ja 8 artiklan tulkintaa, on täsmennettävä, missä asiayhteydessä tämä kysymys on esitetty. Aloitan siten palauttamalla mieleen unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön.

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

88. Siltä osin kuin kyse on siitä, onko direktiivin 93/13 8 artikla esteenä sille, että kansallinen tuomioistuin voisi soveltaa tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohtaa ollakseen arvioimatta selkeästi ja ymmärrettävästi laaditun ja sopimuksen pääkohdetta koskevan sopimusehdon mahdollista kohtuuttomuutta, kun kansallinen lainsäätäjä ei ole saattanut tätä viimeksi mainittua säännöstä osaksi kansallista oikeusjärjestystä, korostan heti alkuun, että unionin tuomioistuin on jo vastannut tähän kysymykseen tuomiossa Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.[48]

89. Tässä tuomiossa unionin tuomioistuin toi aluksi esille – kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on nyt käsiteltävässä asiassa todennut –, että ”direktiivin [93/13] 4 artiklan 2 kohtaa ei ole pantu täytäntöön lailla 7/1998,[49] kuten unionin tuomioistuimelle jätetyistä asiakirjoista ilmenee”.[50] Tämän jälkeen unionin tuomioistuin totesi, että Espanjan oikeusjärjestyksessä kansallinen tuomioistuin voi elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välistä sopimusta koskevassa asiassa siten kaikissa olosuhteissa arvioida sellaisen sopimusehdon kohtuuttomuutta, josta ei ole erikseen neuvoteltu ja joka koskee muun muassa kyseisen sopimuksen pääkohdetta, silloinkin kun elinkeinonharjoittaja on laatinut tämän sopimusehdon edeltä käsin selkeästi ja ymmärrettävästi.[51] Näin ollen unionin tuomioistuin totesi, että koska Espanjan lainsäädännössä sallitaan direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun kaltaisten, elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välillä tehdyn sopimuksen sopimusehtojen kohtuuttomuuden täydellinen tuomioistuinvalvonta, ”[Espanjan] lainsäädännöllä varmistetaan [tämän] direktiivin 8 artiklan mukaisesti kuluttajalle tässä artiklassa säädettyä korkeampi suojan taso”.[52]

2) Espanjan hallituksen kanta

90. Käsiteltävässä asiassa Espanjan hallitus katsoo,[53] että vaikka direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohtaa ei tosin ole muodollisesti saatettu osaksi Espanjan lainsäädäntöä, tätä muodollisen täytäntöönpanon puuttumista ei pidä tulkita, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tekee, Espanjan lainsäätäjän nimenomaiseksi tahdoksi sallia sopimuksen pääkohdetta koskevien seikkojen kohtuuttomuuden

48 Tuomio 3.6.2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, 44 kohta). Tässä asiassa ennakkoratkaisukysymykset oli esittänyt Tribunal Supremo.

49 Yleisistä sopimusehdoista 13.4.1998 annettu laki 7/1998 (La Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (BOE nro 89, 14.4.1998)).

50 Tuomio 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, 41 kohta).

51 Ks. tuomio 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, 42 kohta).

52 Tuomio 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, 43 kohta).

53 Bankia yhtyy tähän kantaan katsoessaan, että ”oikeustieteen ja oikeuskäytännön suuntauksen mukaan direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohta on saatettu asianmukaisesti osaksi Espanjan oikeusjärjestystä”.

valvonta silloin, kun nämä ehdot on laadittu selkeästi ja ymmärrettävästi.[54] Kyseinen hallitus väittää tältä osin, että tuomion Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid[55] jälkeen Tribunal Supremo on 18.6.2012 antamassaan tuomiossa[56] katsonut, että lainsäätäjän tahtona oli saattaa direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohta osaksi Espanjan lainsäädäntöä ja että lailla 7/1998 toteutettu lainsäädäntöuudistus osoitti, että tämä artikla oli pantu nimenomaisesti täytäntöön.[57]

91. En yhdy Espanjan hallituksen kantaan tältä osin. Sen päättely on mielestäni ristiriidassa direktiivien täytäntöönpanoa koskevan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa ja erityisesti oikeusvarmuuden, avoimuuden ja vilpittömän yhteistyön periaatteiden kanssa.

3) Direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan täytäntöön panematta jättämisen seuraus

92. SEUT 288 artiklan kolmannen kohdan mukaisesti direktiivi velvoittaa saavutettavaan tulokseen nähden jokaista jäsenvaltiota, jolle se on osoitettu, mutta jättää kansallisten viranomaisten valittavaksi muodon ja keinot tämän tuloksen saavuttamiseksi. Tästä seuraa, että Espanjan kuningaskunta, samoin kuin jokainen jäsenvaltio, voi valita direktiivien täytäntöönpanon muodon ja keinot.

93. On niin ikään hyvin tiedossa, että direktiivien täytäntöönpanolla tarkoitetaan menettelyä, jolla toimivaltaiset kansalliset lainsäädäntöelimet muuttavat direktiivit kansallisen oikeuden säännöksiksi.[58] Tässä yhteydessä *oikeusvarmuuden periaate* edellyttää, että jäsenvaltio antaa tarvittavat lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset varmistaakseen direktiivin säännösten saattamisen täysin osaksi kansallista lainsäädäntöä.[59] Vaikka direktiivin kaikkia säännöksiä ei ole tarpeen panna suoraan tai nimenomaisesti täytäntöön, *avoimuutta koskeva velvollisuus* voi tosiasiallisesti edellyttää tietynlaista menettelytapaa, kuten tiettyjen tietojen ilmoittamista komissiolle.[60] SEUT 288 artiklan kolmannen kohdan mukaiseen

54 Espanjan hallitus on tämän väitteensä tueksi liittänyt kirjallisiin huomautuksiinsa oikeustieteellisen artikkelin, jossa korostetaan, että se, että lailla 7/1998 ei ole pantu direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohtaa täytäntöön, johtuu itse asiassa ”parlamentin äänestyksessä huolimattomuudesta tehdystä virheestä, jonka seurauksena lakitekstistä on poistettu kyseisen säännöksen sanatarkka muotoilu”. Kyseisen kirjoittajan mukaan tätä virhettä ei ole korjattu myöhemmillä lainsäädäntöuudistuksilla, ja hän korostaa, että siitä lähtien paitsi oikeuskirjallisuudessa myös kansallisessa oikeuskäytännössä on esitetty vastakkaisia näkemyksiä tämän virheen seurauksista, ainakin Tribunal Supremon 9.5.2013 antamaan tuomioon nro 241/2013 (ES:TS:2013:1916) saakka. Tältä osin kyseinen kirjoittaja päättelee, että Tribunal Supremo on yrittänyt lopettaa tämän epävarman tilanteen Espanjassa, mutta Espanjan lainsäätäjä – huolimatta siitä, että sillä on ollut useita tilaisuuksia selventää kysymystä siitä, onko direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohta pantu täytäntöön vai ei – ”ei näytä olevan siihen halukas”. Kyseinen kirjoittaja toteaa, että ”Espanjan parlamentin toukokuussa 2013 hyväksymissä lainsäädäntöuudistuksissa, joilla Espanjan järjestelmä on saatettu vastaamaan 14.3.2013 annettua tuomiota Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), tai [kuluttajan oikeuksista, neuvoston direktiivin 93/13/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 1999/44/EY muuttamisesta sekä neuvoston direktiivin 85/577/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/7/EY kumoamisesta 25.10.2011 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston] direktiivin 2011/83[/EU (EUVL 2011, L 304, s. 64)] täytäntöönpanoehdotuksessa” ei ole käsitelty kysymystä kohtuuttomista sopimusehdoista, jotka koskevat sopimuksen olennaisia osia. Ks. Cámara Lapuente, S., ”¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, osa 5(2), 2013, s. 209–233 ja erityisesti s. 226, 227 ja 233.

55 Tuomio 3.6.2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, 44 kohta).

56 ES:TS:2012:5966.

57 Espanjan hallitus on kirjallisissa huomautuksissaan esittänyt seuraavan otteen Tribunal Supremon 18.6.2012 antaman tuomion toisesta oikeudellisesta perustelusta: ”Kun aiempaa vuoden 1984 yleistä kuluttajansuojalakia muutettiin lisäämällä siihen uusi 10 §, sen 1 momentin c kohdan laaja ilmaisu ’sopimuspuolten oikea tasapaino’ korvattiin ilmaisulla ’huomattava epätasapaino osapuolten oikeuksien ja velvollisuuksien välillä’ niiden direktiivin säännösten mukaisesti, joilla on tarkoitus rajoittaa sopimusehdon mahdollisesta kohtuuttomuudesta suoritettavaa aineellista tutkintaa; voidaan siis todeta, ettei hintoihin tai varsinaiseen suoritusten tasapainoon kohdistu valvontaa”. Tämän hallituksen mukaan Tribunal Supremo totesi tässä tuomiossa lisäksi, että ” vaikka oikeuskirjallisuudessa ei vallitse tästä yksimielisyyttä, on katsottava direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan teleologisen soveltamisen perusteella, että vaikka sopimuksen olennaiset osat jäisivät aineellisen tutkinnan ulkopuolelle, ne voivat kuitenkin olla sisällyttämis- ja avoimuuskriteeriä koskevan valvonnan kohteena [yleisistä sopimusehdoista annetun lain 7/1998 5 §:n 5 momentti ja 7 § ja yleisen kuluttajansuojalain 10 §:n 1 momentin a kohta]”. Espanja hallitus täsmentää myös, että Tribunal Supremo on vahvistanut tämän ratkaisun 9.5.2013 antamassaan tuomiossa (ES:TS:2013:1916).

58 Ks. Prechal, S., *Directives in EC Law*, 2. painos, Oxford EC Law Library, Oxford, 2009, s. 6.

59 Ks. oikeusvarmuuden periaatteesta ja direktiivien täytäntöönpanosta Tridimas, T., *The General Principles of EU La*w, 2. painos, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, s. 246 ja 247.

60 Ks. vastaavasti em. Prechal, S., s. 6.

”itse direktiiviin perustuvaan velvoitteeseen ja sen sitovaan vaikutukseen” on lisättävä myös SEU 4 artiklan 3 kohtaan perustuva ”toissijainen velvoite”, ”joka edellyttää kansallisten viranomaisten ja unionin viranomaisten välistä *vilpitöntä yhteistyötä* perussopimuksen määräysten täytäntöönpanossa”.[61]

94. Täsmällisemmin todettuna laajan oikeuskäytännön kohteena olevan SEUT 288 artiklan kolmannen kohdan tulkinnan yhteydessä on katsottu, että vaikka direktiivin täytäntöönpano ei välttämättä edellytäkään lainsäädäntötoimia kaikissa jäsenvaltioissa, on kuitenkin välttämätöntä, että kansallisessa oikeudessa taataan tosiasiallisesti direktiivin täysimääräinen soveltaminen, että asianomaisesta laista johtuva oikeudellinen tilanne on *riittävän täsmällinen ja selvä* ja että oikeudensaajat ovat tietoisia kaikista oikeuksistaan ja voivat tarpeen vaatiessa toteuttaa ne kansallisessa tuomioistuimessa.[62]

95. Unionin tuomioistuin on jo todennut tältä osin, että kansallinen vakiintunutkaan oikeuskäytäntö, jolla tulkitaan kansallisen oikeuden säännöksiä yhdenmukaisesti direktiivissä säädettyjen edellytysten kanssa, ei voi olla riittävän selvää ja täsmällistä, jotta sillä täytettäisiin *oikeusvarmuuden* vaatimukset, ja tämä pätee erityisesti kuluttajien suojan alalla.[63] Tämä pätee sitä suuremmalla syyllä, kun vakiintuneessa kansallisessa oikeuskäytännössä tulkitaan ja sovelletaan direktiivin säännöstä, jota kansallinen lainsäätäjä ei ole pannut täytäntöön. Tällainen kansallinen oikeuskäytäntö ei voi olla riittävän selvää ja täsmällistä, jotta se voisi olla asianmukainen oikeusperusta kuluttajansuojaa koskevalle sääntelylle tai, kuten tässä tapauksessa, direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa säädetyn poikkeuksen täytäntöön panemiseksi.

96. Vaikka unionin tuomioistuimelle tässä asiassa toimitetun asiakirja-aineiston perusteella Tribunal Supremo pyrki 18.6.2012[64] ja 9.5.2013[65] antamillaan tuomioilla ymmärtääkseni paikkaamaan aiempaa ristiriitaista oikeuskäytäntöä ja varmistamaan muun muassa kansallisen oikeusjärjestyksen johdonmukaisuuden, on Espanjan lainsäätäjän tehtävänä tarvittaessa ryhtyä toimenpiteisiin ja toteuttaa asianmukaiset toimenpiteet, jos se haluaa saattaa direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan osaksi kansallista lainsäädäntöä, mikä ei tämän ratkaisuehdotuksen 94 ja 95 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö huomioon ottaen käy ilmi ennakkoratkaisupyynnöstä tai unionin tuomioistuimelle toimitetusta asiakirja-aineistosta.

97. Lisäksi on syytä muistuttaa ensinnäkin, että unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohta *ei ole pakottava ja sitova säännös*, joka jäsenvaltioilla olisi velvollisuus panna täytäntöön sellaisenaan. Tällä säännöksellä näet rajoitetaan unionin oikeuteen perustuvia yksityisten oikeuksia. Unionin tuomioistuin on tältä osin jo todennut, että jotta tämän direktiivin mukaiset kuluttajansuojaan liittyvät tavoitteet taattaisiin käytännössä, kyseinen säännös oli aina pantava täytäntöön kokonaisuudessaan, joten ainoastaan selkeästi ja ymmärrettävästi laadittujen sopimusehtojen kohtuuttomuuden arviointi on kiellettyä.[66]

61 Simon, D., *Le Système juridique communautaire*, 3. painos, Presses universitaires de France, Pariisi, 2006, s. 328–332. Kursivointi tässä.

62 Ks. tuomio 23.5.1985, komissio v. Saksa (29/84, EU:C:1985:229, 23 kohta); tuomio 23.3.1995, komissio v. Kreikka (C-365/93, EU:C:1995:76, 9 kohta); tuomio 10.5.2001, komissio v. Alankomaat (C-144/99, EU:C:2001:257, 17 kohta); tuomio 9.9.2004, komissio v. Espanja (C-70/03, EU:C:2004:505, 36 kohta) ja tuomio 23.4.2009, komissio v. Belgia (C-292/07, ei julkaistu, EU:C:2009:246, 120 kohta). Julkisasiamies Tizzanon mukaan ”tätä tarkoitusta varten [jäsenvaltioiden] on vahvistettava kulloinkin kyseessä olevalla alalla *täsmälliset oikeussäännöt*, joilla kansallinen oikeusjärjestys saatetaan yhdenmukaiseksi direktiivin säännösten kanssa. Kyseisten kansallisten säännösten sanamuodon on oltava sellainen, *ettei* niiden sisällöstä tai niiden yhdenmukaisuudesta direktiivin kanssa *ole epäselvyyttä*, eikä myöskään niiden muodollisesta arvosta tai niiden kelpoisuudesta toimia asianmukaisena oikeudellisena perustana kyseisellä alalla”. Ks. julkisasiamies Tizzanon ratkaisuehdotus komissio v. Alankomaat (C-144/99, EU:C:2001:50, 15 kohta). Kursivointi tässä.

63 Ks. tuomio 10.5.2001, komissio v. Alankomaat (C-144/99, EU:C:2001:257, 21 kohta) ja tuomio 10.7.2014, komissio v. Belgia (C-421/12, EU:C:2014:2064, 46 kohta). Ks. myös tuomio 9.12.2003, komissio v. Italia (C-129/00, EU:C:2003:656, 33 kohta): ”Jos tuomioistuinten kansallista lainsäädäntöä koskevat, huomioon otettavat tulkinnat poikkeavat toisistaan siten, että osassa päädytään soveltamaan tätä lainsäädäntöä tavalla, joka ei ole ristiriidassa [unionin] oikeuden kanssa, ja osassa tavalla, joka on ristiriidassa sen kanssa, on todettava ainakin, että tämä lainsäädäntö ei ole kyllin selvää, jotta varmistettaisiin sen soveltaminen tavalla, joka on sopusoinnussa [unionin] oikeuden kanssa.”

64 ES:TS:2012:5966.

65 ES:TS:2013:1916.

66 Ks. tuomio 10.5.2001, komissio v. Alankomaat (C-144/99, EU:C:2001:257, 22 kohta) ja tuomio 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, 39 kohta).

98. Toiseksi on huomattava, että – kuten tämän ratkaisuehdotuksen 89 kohdassa on todettu – direktiivin osaksi kansallista oikeusjärjestystä saattamatta jättäminen merkitsee sitä, että koska Espanjan lainsäädännössä sallitaan direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun kaltaisten, elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välillä tehdyn sopimuksen sopimusehtojen kohtuuttomuuden täydellinen tuomioistuinvalvonta, tällä lainsäädännöllä varmistetaan tämän direktiivin 8 artiklan mukaisesti kuluttajalle tässä direktiivissä säädettyä korkeampi suojan taso silloinkin, jos tämä ehto koskee sopimuksen pääkohdetta tai suorituksen hinta-laatusuhdetta.

99. Kolmanneksi on vielä todettava vaatimuksesta, jonka mukaan sopimusehto on laadittava direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan mukaisesti selkeästi ja ymmärrettävästi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tästä vaatimuksesta muistutetaan myös tämän direktiivin 5 artiklassa,[67] ja näin ollen – kuten komissio korostaa kirjallisissa huomautuksissaan – ehdon avoimuuden valvonta on osa kyseisen direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua kohtuuttomuuden arviointia. Espanjalaisten tuomioistuinten on siten arvioidessaan sopimusehtojen kohtuuttomuutta direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdan mukaisesti tutkittava näiden ehtojen avoimuus tämän direktiivin 5 artiklan nojalla.

100. Tässä tilanteessa katson, että direktiivin 93/13 8 artikla on esteenä sille, että kansallinen tuomioistuin voisi soveltaa tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohtaa ollakseen arvioimatta pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen, selkeästi ja ymmärrettävästi laaditun ja sopimuksen pääkohdetta koskevan sopimusehdon mahdollista kohtuuttomuutta, kun kansallinen lainsäätäjä ei ole saattanut tätä säännöstä osaksi kansallista oikeusjärjestystä.

b) Toisen kysymyksen b ja c kohta

101. Toisen kysymyksen toinen ja kolmas osa koskevat sitä, mitä tietoja elinkeinonharjoittajan on toimitettava noudattaakseen direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan mukaisesti sellaisen sopimusehdon avoimuutta koskevaa vaatimusta, jossa vahvistettu vaihtuva korko perustuu IRPH Cajas -indeksin kaltaiseen lailliseen viiteindeksiin, jonka matemaattinen laskentakaava on monimutkainen eikä kovin avoin keskivertokuluttajan kannalta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy myös, onko tietojen toimittamatta jättämistä pidettävä sopimattomana menettelynä.

102. Espanjan hallitus ja Bankia väittävät tältä osin, että koska IRPH Cajas -indeksi oli Espanjan virallisessa lehdessä kuukausittain julkaistu ja yleiskirjeellä 8/1990 säännelty virallinen indeksi, riidanalainen ehto sisältää kansallisessa säännöstössä vahvistetun IRPH Cajas -indeksin *määritelmän*.[68] Espanjan hallitus korostaa myös, että *tässä yleiskirjeessä* vahvistettiin *IRPH Cajas -indeksin laskentakaava* sekä tiedot, jotka pankin on toimitettava kuluttajalle ennen kiinnelainasopimuksen tekemistä.[69]

103. Vaikka Espanjan hallitus on yhtä mieltä siitä, että tietojen, jotka pankin on annettava kuluttajalle, on sisällettävä riittävä selitys paitsi valitun viiteindeksin muodostavista osatekijöistä myös tämän indeksin aiemmasta kehityksestä, se katsoo, että vaatimus, jonka mukaan kuluttajalle on annettava tietoa viiteindeksin konkreettisesta toiminnasta eli sen täsmällisestä laskentatavasta, ei ole tarpeen, koska sovellettava matemaattinen kaava tekisi tiedoista vähemmän ymmärrettäviä ja siten vähemmän avoimia kuluttajan kannalta. Kyseinen hallitus väittää niin ikään, ettei lausuntoa tulevasta kehityksestä

67 Ks. vastaavasti tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 69 kohta); tuomio 9.7.2015, Bucura (C-348/14, ei julkaistu, EU:C:2015:447, 49 kohta) ja tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 44 kohta). Ks. myös direktiivin 93/13 johdanto-osan 20. perustelukappale.

68 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 19 ja 20 kohta. On tehtävä ero IRPH Cajas -indeksin määritelmän ja sen matemaattisen laskentakaavan välillä. Ennakkoratkaisupyynnöstä sekä pääasian kantajan, Bankian ja Espanjan hallituksen huomautuksista ilmenee, että riidanalainen ehto sisältää IRPH Cajas -indeksin määritelmän ja lainan *vaihtuvan koron* laskentatavan (IRPH Cajas + marginaali), kun taas IRPH Cajas -indeksin konkreettinen matemaattinen laskentakaava on vahvistettu yleiskirjeen 8/1990 liitteessä VIII olevassa 2 kohdassa mutta ei sisälly sopimusehtoon. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 78.

69 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 20 kohta.

voida vaatia, koska pankilla ei ole tätä tietoa ja koska sopimusehdon kohtuuttomuutta on arvioitava sopimuksentekohetkellä. Tulevalla kehityksellä ei ole merkitystä kyseisenä ajankohtana. Tämä hallitus korostaa vielä, ettei kuluttajille tarkoitettuihin ilmoituksiin voida edellyttää sisällytettävän kaavioita, joilla selitetään IRPH Cajas -indeksin aiempaa kehitystä euriboriin verrattuna.

104. Kuten olen todennut tämän ratkaisuehdotuksen 95–101 kohdassa ja kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ja unionin tuomioistuimelle toimitetusta asiakirja-aineistosta ilmenee, Espanjan lainsäätäjä ei ole saattanut direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohtaa osaksi kansallista oikeusjärjestystä. Tästä seuraa nähdäkseni, että espanjalaisten tuomioistuinten on arvioidessaan sopimusehtojen kohtuuttomuutta direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdan mukaisesti tutkittava nähden ehtojen avoimuus direktiivin 93/13 5 artiklan nojalla.[70]

105. Jos unionin tuomioistuin päätyy samaan lopputulokseen, on täsmennettävä, mitä tietoja pankin on toimitettava kuluttajalle, avoimuutta koskevan valvonnan yhteydessä. Ennen näiden tietojen määrittämistä selostan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön, joka koskee direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan tulkinnan yhteydessä edellytettyjä tietoja.

1) Yhteenveto unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joka koskee direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohtaan ja 5 artiklaan perustuvan sopimusehtojen avoimuutta koskevan vaatimuksen perusteella edellytettyjen tietojen sisältöä

106. Heti alkuun on huomattava, että unionin tuomioistuin on todennut useita kertoja direktiivin 93/13 5 artiklasta, että ennen sopimuksen tekemistä tiedoilla sopimusehdoista ja sopimuksen tekemisen seurauksista on kuluttajalle perustavanlaatuinen merkitys. Kuluttaja päättää nimenomaan näiden tietojen perusteella, haluaako hän tehdä sopimuksen elinkeinonharjoittajan kanssa sitoutumalla tämän aiemmin laatimiin ehtoihin.[71] On myös muistutettava, että tuomiosta Kásler ja Káslerné Rábai[72] lähtien unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sopimusehtojen avoimuutta koskeva vaatimus, sellaisena kuin se esitetään direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa ja 5 artiklassa, ei voi rajoittua ainoastaan sopimusehtojen muodolliseen ja kieliopilliseen ymmärrettävyyteen. Koska kyseisellä direktiivillä toteutettu suojajärjestelmä perustuu ajatukseen siitä, että kuluttaja on elinkeinonharjoittajaan nähden heikompi osapuoli muun muassa tietojen puolesta, kyseisen direktiivin vaatimusta siitä, että sopimusehdot on laadittava selkeästi ja ymmärrettävästi, ja siten avoimuutta koskevaa vaatimusta on päinvastoin tulkittava laajasti.[73]

107. Unionin tuomioistuimen mukaan vaatimuksen, jonka mukaan sopimusehto on laadittava selkeästi ja ymmärrettävästi, on ymmärrettävä edellyttävän myös sitä, että sopimuksessa esitetään avoimesti sen mekanismin konkreettinen toiminta, johon asianomaisessa ehdossa viitataan, sekä tarvittaessa tämän mekanismin ja muissa sopimusehdoissa määrätyn mekanismin välinen suhde siten, että kuluttajalla on mahdollisuus täsmällisten ja helppotajuisten perusteiden nojalla arvioida, minkälaisia taloudellisia seurauksia siitä hänelle aiheutuu.[74]

70 Tältä osin on täsmennettävä, että avoimuutta koskeva vaatimus koskee ennen kaikkea tapausta, jossa unionin oikeuteen perustuvia yksityisten oikeuksia rajoitetaan.

71 Ks. mm. tuomio 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, 44 kohta); tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 70 kohta); tuomio 21.12.2016, Gutiérrez Naranjo ym. (C-154/15, C-307/15 ja C-308/15, EU:C:2016:980, 50 kohta) ja tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 48 kohta).

72 Tuomio 30.4.2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

73 Ks. tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 71 ja 72 kohta); tuomio 23.4.2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, 40 kohta); tuomio 9.7.2015, Bucura (C-348/14, ei julkaistu, EU:C:2015:447, 52 kohta) ja tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 44 kohta). Ks. myös tuomio 20.9.2018, OTP Bank ja OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, 73 kohta) ja määräys 22.2.2018, ERSTE Bank Hungary (C-126/17, ei julkaistu, EU:C:2018:107, 29 kohta).

74 Ks. tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 75 kohta) ja tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 45 kohta).

108. Unionin tuomioistuin on myös todennut, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tutkittava tätä kysymystä kaikkien olennaisten tosiseikkojen, joihin kuuluvat lainanantajan lainasopimusta koskevien neuvottelujen yhteydessä antamat ilmoitukset ja tiedot, perusteella.[75] Unionin tuomioistuin on täsmentänyt, että kun kansallinen tuomioistuin ottaa huomioon kaikki sopimuksen tekemiseen liittyvät olosuhteet, sen tehtävänä on tässä yhteydessä varmistaa, että käsiteltävässä asiassa kuluttajalle on annettu tiedoksi *kaikki seikat*, jotka voivat vaikuttaa hänen sitoumuksensa laajuuteen ja joiden avulla hän voi arvioida muun muassa lainansa kokonaiskustannuksia. Unionin tuomioistuin on myös vahvistanut tämän arvioinnin kannalta ratkaisevat seikat, joita ovat yhtäältä se, onko ehdot laadittu selkeästi ja ymmärrettävästi, jotta keskivertokuluttaja – eli tavanomaisen valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen kuluttaja – voi niiden perusteella arvioida tällaisia kustannuksia, ja toisaalta se, onko luottosopimuksessa jätetty mainitsematta tietoja, joita pidetään sopimuksen kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen luonteen kannalta *keskeisinä*.[76]

109. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämään kysymykseen on vastattava tämän oikeuskäytännön valossa.

2) Soveltaminen käsiteltävään asiaan

110. Edellä olevissa kohdissa mieleen palautetun oikeuskäytännön valossa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tehtävä tarvittavat tarkistukset, jotta kaikkien sopimuksentekoon liittyvien olennaisten tosiseikkojen, joihin kuuluvat pankin lainasopimusta koskevien neuvottelujen yhteydessä antamat ilmoitukset ja tiedot, perusteella voidaan määrittää, olivatko toimitetut tiedot riittäviä, jotta keskivertokuluttaja voi ymmärtää tähän lainaan sovellettavan *vaihtuvan koron laskentatavan* ja siten arvioida lainansa kokonaiskustannukset,[77] vai olisiko sen sijaan pitänyt toimittaa muita keskeisiksi katsottuja tietoja, kun otetaan huomioon muun muassa se, että kyse on kiinnelainasta.

111. Tarkemmin ottaen tiedot, joista ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy, onko pankin välttämättä toimitettava ne kuluttajalle, jotta tämä ymmärtäisi riidanalaisen ehdon taloudelliset seuraukset, koskevat i) IRPH Cajas -indeksin konkreettista matemaattista laskentakaavaa (muun muassa sitä, että tähän viiteindeksiin sisältyvät nimelliskoron lisäksi palkkiot ja muut kulut ja että se on yksinkertainen painottamaton keskiarvo);[78] ii) pankkien velvollisuutta soveltaa negatiivista marginaalia kansallisen säännöstön mukaisesti;[79] iii) sitä, että annettavat tiedot eivät ole julkisia toisin kuin euriborista annettava tiedot; iv) IRPH Cajas -indeksin aiempaa kehitystä ja v) ennustetta viiteindeksin tulevasta kehityksestä suhteessa muihin virallisiin viiteindekseihin, kuten euriboriin.[80]

112. Pitää varmasti paikkansa, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on todennut, että riidanalainen ehto on kieliopillisesti selkeä ja ymmärrettävä siten, että keskivertokuluttaja voi sen avulla ymmärtää ja hyväksyä sen, että hänen kiinnelainansa vaihtuva korko lasketaan virallisen viiteindeksin (IRPH Cajas) perusteella. Kuluttaja voi tämän ehdon perusteella myös ymmärtää, että

75 Ks. tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 74 kohta); tuomio 26.2.2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, 75 kohta) ja tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 46 kohta).

76 Ks. tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 47 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

77 On huomattava, että koska kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan väliseen kiinnelainasopimukseen sisältyvän ennalta laaditun sopimusehdon mukaan kyseisen lainan vaihtuvan koron laskemiseksi sovelletaan viiteindeksiä, se, että elinkeinonharjoittaja käyttää tätä indeksiä kyseisen ehdon osana, kuuluu kokonaan avoimuutta koskevaan valvontaan direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan mukaisesti.

78 Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen 45 ja 46 kohta. Pääasian kantajan huomautuksista ilmenee, että on pidettävä erillään a) *viiteindeksi*, kuten euribor, b) *korko*, joka on viiteindeksin ja marginaalin yhteenlaskettu summa (euribor + marginaali), ja c) *todellinen vuosikorko*, joka on viiteindeksin ja marginaalin sekä palkkioiden ja kulujen yhteenlaskettu summa (euribor + marginaali + palkkiot + kulut). Muistutan vielä, että yleiskirjeen 5/1994 perusteluiden neljännestä kohdasta ilmenee, että siinä tarkoitetut viiteindeksit, joihin IRPH Cajas -indeksi kuului, olivat todellisia vuosikorkoja.

79 Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen 48 kohta.

80 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 50 kohta.

tämä viiteindeksi määritellään ”säästöpankkien markkinahintaisten asuntojen ostoon myöntämien yli kolmivuotisten kiinnelainojen keskikoroksi” ja että kyseinen indeksi ”pyöristetään seuraavaan korkeampaan prosenttiyksikön neljännekseen ja korotetaan 0,25 prosenttiyksiköllä” (IRPH Cajas + marginaali tai lisämarginaali).

113. On kuitenkin vielä ratkaistava, täyttääkö riidanalainen ehto direktiivissä 93/13 asetetun avoimuutta koskevan vaatimuksen, kun otetaan erityisesti huomioon tämän ratkaisuehdotuksen 107 kohdassa selostetusta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraava velvollisuus, jonka mukaan sopimuksessa on esitettävä ”avoimesti sen mekanismin konkreettinen toiminta, johon asianomaisessa ehdossa viitataan”. Tässä yhteydessä voitaisiin pohtia seuraavaa kysymystä: pitäisikö keskivertokuluttajan ymmärtääkseen kiinnelainaan sovellettavan *koron laskentatavan*, josta ilmenee, että kuluttajan on maksettava viiteindeksin ja marginaalin yhteenlaskettu summa (IRPH Cajas + marginaali tai lisämarginaali), ymmärtää myös tähän laskentatapaan sisältyvän viiteindeksin täsmällinen toiminta?

114. Tähän kysymykseen annettavalla vastauksella, joka on loogisesti myöntävä, ei kuitenkaan ole merkitystä, kun asiassa on selvitettävä, onko pankki noudattanut direktiivissä 93/13 asetettua vaatimusta siitä, että sopimusehdot on laadittava selkeästi ja ymmärrettävästi, ja siten avoimuutta koskevaa vaatimusta. Tässä direktiivissä asetettua sopimusehtojen avoimuutta koskevaa vaatimusta, jonka tarkoituksena on antaa keskivertokuluttajalle mahdollisuus arvioida lainansa taloudellisia seurauksia, ei pidä sekoittaa neuvonantovelvollisuuteen, josta ei säädetä kyseisessä direktiivissä.

115. Kuten selitän jäljempänä, vaikka mielestäni tämän ratkaisuehdotuksen 107 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö on erityisen merkityksellinen käsiteltävän asian kannalta, tosiseikkoja koskevat erot erottavat käsiteltävän asian muun muassa asioista, joissa annettiin tuomio Kásler ja Káslerné Rábai[81] ja tuomio Andriciuc ym.[82] Näiden erojen vuoksi täsmennän, mitä johtopäätöksiä tästä oikeuskäytännöstä on tehtävä pääasian tapauksessa.

116. Ensinnäkin tuomion Kásler ja Káslerné Rábai[83] ja tuomion Andriciuc ym.[84] taustalla olleet asiat koskivat ulkomaanvaluutan eli Sveitsin frangin (CHF) määräisiä lainasopimuksia, joiden ehtojen perusteella valuuttariski lankesi kokonaan lainanottajalle.[85] Todetessaan tässä yhteydessä, että avoimuutta koskeva vaatimus ”tarkoittaa – – sitä, että sopimuksessa ilmaistaan avoimesti, miten kyseisessä sopimusehdossa tarkoitettu – – menettely käytännössä toimii”, unionin tuomioistuin viittaa nimenomaisesti ”ulkomaanvaluutan vaihtomenettelyyn” sekä siihen, ”minkälainen suhde kyseisellä menettelyllä on siihen menettelyyn, josta on määrätty lainan antamista koskevissa muissa sopimusehdoissa”,[86] siten että kuluttajalla on mahdollisuus täsmällisten ja helppotajuisten perusteiden nojalla arvioida, minkälaisia *taloudellisia seurauksia* siitä hänelle aiheutuu.[87]

117. Unionin tuomioistuin katsoi toiseksi, että tämä sopimusehtojen avoimuutta koskeva vaatimus edellyttää, että tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen keskivertokuluttaja voi paitsi olla tietoinen siitä ”mahdollisuudesta, että ulkomaanvaluutan”, jonka määräisenä laina on otettu, ”arvo voi nousta tai laskea”, myös ”arvioida, mitä *mahdollisesti merkittäviä*

81 Tuomio 30.4.2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

82 Tuomio 20.9.2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

83 Tuomio 30.4.2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

84 Tuomio 20.9.2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

85 Näissä sopimusehdoissa määrättiin, että lainan lyhennyserien määrän laskemiseen sovellettiin ulkomaanvaluutan myyntikurssia (tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, 24 kohta) ja että luotto oli maksettava takaisin samassa valuutassa, jossa luotto oli otettu (tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym., C-186/16, EU:C:2017:703, 9 kohta).

86 Lainan antamiseen sovellettavan ostokurssin ja lainan takaisinmaksuun sovellettavan myyntikurssin välillä oli ero. Ks. tältä osin tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 53 ja 74 kohta).

87 Tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 73 ja 74 kohta). Ks. mm. sopimusehdoista, joiden perusteella lainanantaja voi muuttaa yksipuolisesti korkoa, tuomio 26.2.2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, 74 kohta).

taloudellisia seurauksia tällaisesta ehdosta aiheutuu hänen taloudellisille velvoitteilleen”.[88] Lainanottajalle on yhtäältä kerrottava selkeästi, että jos hän tekee ulkomaanvaluutan määräisen lainasopimuksen, hän altistuu valuuttariskille, jonka kantaminen voi olla hänelle taloudellisesti vaikeaa, jos rahayksikön, jonka määräisenä hän saa tulonsa, arvo alenee. Pankin on toisaalta annettava tietoja valuuttakurssin mahdollisista vaihteluista ja ulkomaanvaluutan määräisen lainan ottamiseen sisältyvistä riskeistä varsinkin, jos lainaa ottava kuluttaja ei saa tulojaan kyseisessä valuutassa.[89]

118. Nähdäkseni ilmaisu ”*mahdollisesti merkittävät taloudelliset seuraukset*” on yksi tämän oikeuskäytännön keskeisistä seikoista. Nämä seuraukset ovat perustana pankkien velvollisuudelle antaa kuluttajille riittävät tiedot, jotta nämä voivat tehdä niiden pohjalta perusteltuja ja harkittuja päätöksiä.[90] Tämä merkitsee sitä, että direktiivissä 93/13 asetetulla avoimuutta koskevalla vaatimuksella pyritään paitsi välttämään mahdollisesti merkittävät taloudelliset seuraukset kuluttajalle myös siihen, etteivät nämä seuraukset olisi sattumanvaraisia tai ennakoimattomia. Keskivertokuluttajan on nimittäin voitava ennakoida lainansa kulut ilman, että hän altistuu siitä seuraavan taloudellisen rasitteen vaihtelua koskevalle ennakoimattomalle riskille.

119. Toisin kuin ulkomaanvaluutan määräisenä tehdyn kiinnelainasopimuksen, jolla voi lainanottajaan kohdistuvan valuuttariskin vuoksi olla mahdollisesti merkittäviä taloudellisia seurauksia, joiden kantaminen voi olla hänelle vaikeaa,[91] käsiteltävässä tapauksessa pääasiassa kyseessä olevan kiinnelainan, jonka vaihtuva korko lasketaan virallisen viiteindeksin perusteella, taloudellisia seurauksia ei voida pitää unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla ”mahdollisesti merkittävinä”. Lainasta seuraava taloudellinen rasite oli kuluttajan ennakoitavissa ja laskettavissa, ja tämä saattoi arvioida sen ennen sopimuksen tekemistä. Sen lisäksi, että pääasian kantajan lainaan sovelletaan vaihtuvaa korkoa, hän ei siis altistu lainastaan seuraavan taloudellisen rasitteen vaihtelua koskevalle ennakoimattomalle riskille.

120. Vaikka pääasian kantaja ei olisi kyennyt käsittämään, miten hänen lainaansa sovellettavan vaihtuvan koron laskentatavan yksi osatekijä eli IRPH Cajas -indeksi, jonka toimintatapa ei ilmene riidanalaisen ehdon sanamuodosta, käytännössä toimii, hän saattoi ymmärtää lainasopimuksen perusteella, että hänen oli kunkin lyhennyserän yhteydessä maksettava määrätty, enemmän tai vähemmän kiinteä määrä eli IRPH Cajas -indeksin ja marginaalin yhteenlaskettu summa.

121. Kuten totesin tämän ratkaisuehdotuksen 113 ja 114 kohdassa, jotta keskivertokuluttajan voidaan katsoa todella ymmärtäneen lainaansa sovellettavan vaihtuvan koron laskentatavan, johon riidanalaisessa ehdossa viitataan, mielestäni hänen on voitava saada tämän sopimuksen kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen luonteeseen liittyvä tärkeä tieto eli se, että IRPH Cajas -indeksi on säästöpankkien tekemien sopimusten *todellinen vuosikorko* viitekuukautena. Sopimuksentekohetkellä tämän indeksin konkreettinen matemaattinen laskentakaava ei sisältynyt riidanalaiseen ehtoon vaan yleiskirjeen 8/1990 liitteessä VIII olevaan 2 kohtaan.

88 Tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 51 kohta). Kursivointi tässä.

89 Tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 50 kohta).

90 On huomattava, että 20.9.2017 antamassaan tuomiossa Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 49 kohta) unionin tuomioistuin viittaa Euroopan järjestelmäriskikomitean valuuttamääräisestä luotonannosta 21.9.2011 antamaan suositukseen CERS/2011/1 (EUVL 2011, C 342, s. 1).

91 Ks. esimerkkinä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joka koskee vaatimusta sopimusehtojen avoimuudesta sitouduttaessa toisentyyppiseen sopimukseen eli vakuutussopimukseen kahden lainasopimuksen tekemisen yhteydessä, tuomio 23.4.2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, 47 kohta). Tämä asia koski vakuutussopimuksen sellaisen ehdon avoimuutta, jonka tarkoituksena oli turvata lainanantajalle maksamatta olevista lyhennyksistä huolehtiminen lainanottajan täyden työkyvyttömyyden tapauksessa (kyseisessä tapauksessa lainanottaja oli tullut työtapaturman seurauksena pysyvästi osittain työkyvyttömäksi). Unionin tuomioistuin otti tuomiossaan huomioon sen, että koska sopimuskokonaisuudessa ei ollut ilmaistu avoimesti, miten lainan lyhennyksistä huolehtimista koskeva vakuutusmenettely käytännössä toimii, kuluttajalla ei välttämättä ollut mahdollisuutta täsmällisten ja helppotajuisten perusteiden nojalla arvioida, minkälaisia mahdollisesti merkittäviä taloudellisia seurauksia siitä hänelle aiheutuu.

122. Ei voida kuitenkaan katsoa, että pääasian kantajalla ei olisi ollut ”mahdollisuutta täsmällisten ja helppotajuisten perusteiden nojalla arvioida, minkälaisia taloudellisia seurauksia siitä hänelle aiheutuu”, [92] sillä jollei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mahdollisista myöhemmistä tarkistuksista muuta johdu, hän oli tietoinen siitä, että maksettavien lyhennyserien määrä oli IRPH Cajas -indeksin ja marginaalin yhteenlaskettu summa, ja IRPH Cajas -indeksin konkreettista toimintaa koskevat tiedot olivat saatavilla, koska ne julkaistiin Espanjan virallisessa lehdessä. Koska tämä IRPH Cajas -indeksin matemaattinen laskentakaava oli yleisön saatavilla, kuluttaja saattoi ymmärtää, että hänen sopimuksensa vaihtuvan koron laskentaan käytetty IRPH Cajas -indeksi saatiin laskemalla yhteen i) säästöpankkien viitekuukautena käyttämien indeksien keskiarvo, ii) samojen pankkien näihin indekseihin lisäämien marginaalien keskiarvo ja iii) näihin toimiin liittyvien palkkioiden ja kulujen keskiarvo ja että pankki lisäsi tähän IRPH Cajas -indeksin muodostavaan summaan lainaan liittyvät palkkiot ja kulut.

123. Lisäksi sen vuoksi, että IRPH Cajas -indeksi on Espanjan virallisessa lehdessä julkaistu viiteindeksi, voidaan olettaa, että keskivertokuluttajan on suhteellisen helppoa saada tietoonsa virallisten indeksien laskentatavat ja vertailla pankkien tarjoamia eri vaihtoehtoja. Näin ollen ei voida edellyttää, että pankki tarjoaa kuluttajalle eri viiteindeksejä. Oikeuskäytännössä tarkoitettu tiedonantovelvollisuus ei nimittäin ole neuvonantovelvollisuus, eikä se siten merkitse pankille asetettua velvollisuutta käyttää tai tarjota kuluttajalle erilaisia virallisia indeksejä.

124. Kaiken edellä esitetyn perusteella katson, että pankki on noudattanut direktiivissä 93/13 asetettua avoimuutta koskevaa vaatimusta. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on kuitenkin tehtävä tältä osin tarvittavat tarkistukset ja tarkistettava muun muassa, onko Bankia ennen lainasopimuksen tekemistä antanut pääasian kantajalle riittävät tiedot, jotta tämä voi tehdä niiden pohjalta perustellun ja harkitun päätöksen. Kyseisen tuomioistuimen on siten otettava huomioon kaikki sopimuksen tekemiseen liittyvät asian kannalta merkitykselliset tosiseikat, mukaan lukien Bankian tämän sopimuksen neuvottelemisen yhteydessä antamat ilmoitukset ja tiedot, ja tarkistettava, onko tämä pankki noudattanut yleiskirjeessä 8/1990 asetettuja tiedonantovelvollisuuksia.

125. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ohjaamiseksi sen tarkistuksissa on näissä olosuhteissa katsottava, että tietojen, jotka elinkeinonharjoittajan on toimitettava noudattaakseen direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan mukaisesti sellaisen sopimusehdon avoimuutta koskevaa vaatimusta, jossa vahvistettu vaihtuva korko perustuu IRPH Cajas -indeksin kaltaiseen lailliseen viiteindeksiin, jonka matemaattinen laskentakaava on monimutkainen eikä kovin avoin keskivertokuluttajan kannalta, on yhtäältä oltava riittäviä, jotta kuluttaja voi tehdä niiden pohjalta perustellun ja harkitun päätöksen siltä osin kuin kyse on kiinnelainasopimukseen sovellettavan *koron laskentatavasta* ja sen muodostavista osatekijöistä, siten että näissä tiedoissa täsmennetään paitsi kyseisessä laskentatavassa käytetyn *viiteindeksin täydellinen määritelmä* myös tätä indeksiä sääntelevät asian kannalta merkitykselliset kansallisen säännöstön säännökset, ja toisaalta koskettava valitun viiteindeksin aiempaa kehitystä. [93]

126. Kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin riidanalaisen ehdon avoimuutta koskevassa valvonnassa otettava huomioon kaikki sopimuksen tekemiseen liittyvät olosuhteet ja tarkistettava yhtäältä, esitetäänkö sopimuksessa avoimesti tämä koron laskentatapa siten, että kuluttajalla on mahdollisuus täsmällisten ja helppotajuisten perusteiden nojalla arvioida, minkälaisia taloudellisia seurauksia siitä hänelle aiheutuu, ja toisaalta, noudatetaanko tässä sopimuksessa kaikkia kansallisessa säännöstössä asetettuja tiedonantovelvollisuuksia.

92 Tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

93 Espanjan hallituksen huomautuksista ilmenee, että yleiskirjeen 8/1990 liitteessä VII ilmoitettiin vähimmäisseikkoina, jotka kiinnelainasopimuksia koskevien esitteiden on sisällettävä vaihtuvan koron osalta, viiteindeksi ja muun muassa sen kehitys ”kahtena edellisenä kalenterivuotena sekä viimeisin saatavilla oleva arvo”. Kun otetaan huomioon, että taloudelliset ennusteet ovat aina epävarmoja ja että tiettyjä muuttujia, kuten viiteindeksejä, on vaikeaa ennakoida, nähdäkseni ei sen sijaan ole järkevää edellyttää, että pankki toimittaisi kuluttajalle esitettyä viiteindeksiä koskevat tulevat ennusteet.

127. Lopuksi on todettava, että jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoisi, että vaatimusta siitä, että sopimusehdot on laadittava selkeästi ja ymmärrettävästi, ja siten avoimuutta koskevaa vaatimusta on unionin tuomioistuimen esitettyihin kysymyksiin antamaan vastaukseen sisältyvien seikkojen perusteella noudatettu, riidanalaisen ehdon mahdollista aineellista kohtuuttomuutta on kuitenkin joka tapauksessa arvioitava siltä kannalta, aiheutuuko kuluttajan vahingoksi mahdollisesti huomattava epätasapaino osapuolten sopimuksesta johtuvien oikeuksien ja velvollisuuksien välille.[94] Kansallisen tuomioistuimen on tässä yhteydessä ratkaistava direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa ja 5 artiklassa vahvistettujen kriteerien perusteella, täyttääkö pääasiassa kyseessä olevan kaltainen ehto käsiteltävän asian olosuhteissa[95] myös tässä direktiivissä asetetut lojaliteettiperiaatteen mukaiset ja tasapainon vaatimukset.[96] Tämä kysymys menee kuitenkin käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön kohdetta pidemmälle, enkä siten käsittele sitä sen enempää.

128. Toisen kysymyksen b kohtaan ehdottamani vastauksen vuoksi mielestäni asiassa ei ole tarpeen vastata tämän toisen kysymyksen c kohtaan, joka koskee sitä, onko tietojen toimittamatta jättämistä pidettävä sopimattomana menettelynä,[97] eikä myöskään kolmanteen kysymykseen, joka koskee tämän sopimusehdon kohtuuttomaksi toteamisen seurauksia.

VI Ratkaisuehdotus

129. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelonan esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista 5.4.1993 annettua neuvoston direktiiviä 93/13/ETY on tulkittava siten, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välinen sopimusehto, jossa vahvistettu korko perustuu yhteen niistä kuudesta virallisesta ja laillisesta viiteindeksistä, joita luottolaitokset voivat soveltaa vaihtuvakorkoisiin kiinnelainoihin, ei jää tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

2) Direktiivin 93/13 8 artikla on esteenä sille, että kansallinen tuomioistuin voisi soveltaa tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohtaa ollakseen arvioimatta pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen, selkeästi ja ymmärrettävästi laaditun ja sopimuksen pääkohdetta koskevan sopimusehdon mahdollista kohtuuttomuutta, kun kansallinen lainsäätäjä ei ole saattanut tätä säännöstä osaksi kansallista oikeusjärjestystä.

   Tietojen, jotka elinkeinonharjoittajan on toimitettava kuluttajalle noudattaakseen direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan mukaisesti sellaisen sopimusehdon avoimuutta koskevaa vaatimusta, jossa vahvistettu vaihtuva korko perustuu IRPH Cajas -indeksin kaltaiseen lailliseen viiteindeksiin, jonka matemaattinen laskentakaava on monimutkainen eikä kovin avoin keskivertokuluttajan kannalta, on

94 Ks. vastaavasti tuomio 14.3.2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, 69 kohta) ja julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus tässä asiassa (C-415/11, EU:C:2012:700, 74 kohta).

95 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen pitäisi tässä yhteydessä muun muassa tarkistaa, saattoivatko pankit, kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, todella vaikuttaa IRPH Cajas -indeksiin. Viittaan erityisesti ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toimittamiin selityksiin IRPH Cajas -indeksin toiminnasta. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 45–47 kohta.

96 Ks. vastaavasti tuomio 26.3.2019, Abanca Corporación Bancaria ja Bankia (C-70/17 ja C-179/17, EU:C:2019:250, 50 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. siitä, että direktiivillä 93/13 toteutettu suojajärjestelmä perustuu ajatukseen siitä, että kuluttaja on elinkeinonharjoittajaan nähden heikompi osapuoli, tuomio 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, 27 kohta) ja tuomio 26.3.2019, Abanca Corporación Bancaria ja Bankia (C-70/17 ja C-179/17, EU:C:2019:250, 49 kohta) Ks. myös ratkaisuehdotukseni yhdistetyissä asioissa Abanca Corporación Bancaria ja Bankia (C-70/17 ja C-179/17, EU:C:2018:724, 65–82 kohta).

97 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei täsmennä, minkä unionin oikeuden säännösten valossa elinkeinonharjoittajan sopimatonta menettelyä on tutkittava. Joka tapauksessa on todettava, että direktiivin 93/13 johdanto-osan 16. perustelukappaleen mukaan ”vilpittömän mielen vaatimuksen voi täyttää elinkeinonharjoittaja, joka kohtelee oikeudenmukaisesti ja kohtuullisesti toista osapuolta, jonka lailliset edut hänen on otettava huomioon”.

– yhtäältä oltava riittäviä, jotta kuluttaja voi tehdä niiden pohjalta perustellun ja harkitun päätöksen siltä osin kuin kyse on kiinnelainasopimukseen sovellettavan koron laskentatavasta ja sen muodostavista osatekijöistä, siten että näissä tiedoissa täsmennetään paitsi kyseisessä laskentatavassa käytetyn viiteindeksin täydellinen määritelmä myös tätä indeksiä sääntelevät asian kannalta merkitykselliset kansallisen säännöstön säännökset, ja

– toisaalta koskettava valitun viiteindeksin aiempaa kehitystä.

Kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin riidanalaisen ehdon avoimuutta koskevassa valvonnassa otettava huomioon kaikki sopimuksen tekemiseen liittyvät olosuhteet ja tarkistettava yhtäältä, esitetäänkö sopimuksessa avoimesti tämä koron laskentatapa siten, että kuluttajalla on mahdollisuus täsmällisten ja helppotajuisten perusteiden nojalla arvioida, minkälaisia taloudellisia seurauksia siitä hänelle aiheutuu, ja toisaalta, noudatetaanko siinä kaikkia kansallisessa säännöstössä asetettuja tiedonantovelvollisuuksia.