Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
30 päivänä tammikuuta 2020[1]

Asia C-452/18

XZ
vastaan
Ibercaja Banco, SA

Ennakkoratkaisupyyntö – Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (Teruelin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ja tutkintatuomioistuin nro 3, Espanja)

Ennakkoratkaisupyyntö – Kuluttajasopimusten kohtuuttomat ehdot – Direktiivi 93/13/ETY – Kiinnelainasopimus – Ehto, jolla rajoitetaan korkokannan vaihtelua (vähimmäiskorkoehto) – Avoimuuden puuttuminen – Kohtuuttomuus – Sopimuspuolten tekemä sopimus, jolla uudistetaan vähimmäiskorkoehto, vahvistetaan kiinnelainasopimuksen voimassaolo ja luovutaan vastavuoroisesti riitauttamasta sitä tuomioistuimessa – Yhteensopivuus direktiivin 93/13 kanssa – Edellytykset

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön on esittänyt Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (Teruelin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ja tutkintatuomioistuin nro 3, Espanja) riita-asiassa, jossa ovat vastakkain XZ ja Ibercaja Banco, SA (jäljempänä Ibercaja). Kyse on siitä, että pääasian asianosaisia yhdisti vaihtuvakorkoinen kiinnelainasopimus. Tässä sopimuksessa oli vähimmäiskorkoehto, joka rajoitti tämän korkokannan vaihtelua. Tribunal Supremon (ylin tuomioistuin, Espanja) tuomiossa on kyseenalaistettu tällaisen ehdon yhteensopivuus kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista annetun direktiivin 93/13/ETY[2] täytäntöönpanosta annetun Espanjan lainsäädännön kanssa. Tässä asiayhteydessä XZ ja Ibercaja tekivät sopimuksen, jonka oikeudellisesta luonnehdinnasta ne ovat eri mieltä ja jolla uudistettiin kyseinen ehto, vahvistettiin kyseisen luottosopimuksen voimassaolo ja luovuttiin vastavuoroisesti sen riitauttamisesta tuomioistuimessa.

2. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kysymyksillään unionin tuomioistuimelta, onko tällainen sopimus direktiivin 93/13 mukainen. Nämä kysymykset antavat unionin tuomioistuimelle tilaisuuden ratkaista ensi kertaa, voiko kuluttaja luopua sopimuksella vetoamasta tietyn ehdon tässä direktiivissä tarkoitettuun kohtuuttomuuteen ja millä edellytyksillä hän voi siitä luopua. Tästä kysymyksestä riippuu erityisesti se, miten laajasti kuluttaja ja elinkeinonharjoittaja voivat tehdä itsenäisesti sopimuksia vahvistaakseen tai uudistaakseen mahdollisesti kohtuuttoman sopimusehdon sovittelumenettelyssä, erityisesti sovintoja, ratkaistakseen tätä koskevat erimielisyytensä tuomioistuimen ulkopuolella.

1 Alkuperäinen kieli: ranska.

2 5.4.1993 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1993, L 95, s. 29).

3. Selitän tässä ratkaisuehdotuksessa, että direktiivissä 93/13 ei lähtökohtaisesti kielletä kuluttajaa ja elinkeinonharjoittajaa tekemästä sopimusta, jolla kuluttaja luopuu vetoamasta olemassa olevan ehdon kohtuuttomuuteen. Tällaisen sopimuksen on kuitenkin täytettävä tässä direktiivissä asetetut vaatimukset ja erityisesti siinä säädetty avoimuutta koskeva pakottava vaatimus. Ehdotan siis, että unionin tuomioistuin omaksuisi näkemyksen, joka mahdollistaa muun muassa sellaisten ”todellisten” sovintojen voimassaolon suojaamisen, joita tehdessään kuluttajat ovat olleet kaikista seikoista tietoisia, samalla kun kielletään elinkeinonharjoittajien pakottamat sovinnot, jotka vain vaikuttavat vapaaehtoisesti tehdyiltä.

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

A Direktiivi 93/13

4. Direktiivin 93/13 3 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Sopimusehtoa, josta ei ole erikseen neuvoteltu, pidetään kohtuuttomana, jos se hyvän tavan vastaisesti aiheuttaa kuluttajan vahingoksi huomattavan epätasapainon osapuolten sopimuksesta johtuvien oikeuksien ja velvollisuuksien välille.

2. Sopimusehtoa ei koskaan pidetä erikseen neuvoteltuna, jos se on ennakolta laadittu, eikä kuluttaja ole näin ollen voinut vaikuttaa sen sisältöön, varsinkaan ennakolta muotoiltujen vakiosopimusten yhteydessä.

Ehdon tai yksittäisen ehdon tietyistä osista erikseen neuvotteleminen ei sulje pois tämän artiklan soveltamista sopimuksen muihin osiin, jos sopimuksen yleinen arviointi osoittaa, että kyseessä on kaikesta huolimatta ennakolta muotoiltu vakiosopimus.

Jos elinkeinonharjoittaja väittää, että vakioehdosta on erikseen neuvoteltu, todistustaakka tästä seikasta on hänellä.

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

5. Tämän direktiivin 4 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Sopimusehdon kohtuuttomuutta arvioidaan ottaen huomioon sopimuksen kohteena olevien tavaroiden ja palvelujen luonne ja viitaten sopimuksentekohetkellä kaikkiin sopimuksen tekoon liittyviin olosuhteisiin sekä kaikkiin muihin sopimuksen ehtoihin tai toiseen sopimukseen, josta se on riippuvainen, sanotun kuitenkaan rajoittamatta 7 artiklan soveltamista.

2. 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.”

6. Kyseisen direktiivin 6 artiklan 1 kohdan sanamuoto on seuraava:

”Jäsenvaltioiden on säädettävä, että elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisen sopimuksen kohtuuttomat ehdot eivät sido kuluttajia niiden kansallisen lainsäädännön mukaisesti ja että sopimus jää muilta osin osapuolia sitovaksi, jos sopimus voi olla olemassa ilman kohtuuttomia ehtoja.”

7. Saman direktiivin liitteessä, jonka otsikkona on ”Ehdot, joita tarkoitetaan 3 artiklan 3 kohdassa”, olevassa 1 kohdan q alakohdassa mainitaan ehdot, joiden tarkoituksena tai seurauksena on ”kuluttajan oikeuden nostaa kanne tai käyttää muita oikeuskeinoja poissulkeminen tai rajoittaminen, erityisesti vaatimalla kuluttajaa viemään riitatapaukset yksinomaisesti välitysmenettelyyn, jota oikeudelliset säännökset eivät koske, rajoittamalla sopimattomasti kuluttajan saatavilla olevia todisteita tai määräämällä kuluttajalle todistustaakka, jonka olisi sovellettavan lainsäädännön mukaan oltava sopimuksen toisella osapuolella”.

B Espanjan lainsäädäntö

8. Direktiivi 93/13 on saatettu osaksi Espanjan lainsäädäntöä lähinnä yleisistä sopimusehdoista 13.4.1998 annetulla lailla 7/1998 (ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación), joka on kodifioitu yhdessä muiden, unionin kuluttajansuojaa koskevien direktiivien täytäntöönpanemiseksi annettujen säännösten kanssa kuluttajien ja käyttäjien suojasta annetun yleisen lain sekä muiden täydentävien lakien uudelleen laatimisesta 16.11.2007 annetulla kuninkaan asetuksella 1/2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, jäljempänä kuninkaan asetus 1/2007).

9. Kuninkaan asetuksen 1/2007 10 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Luopuminen etukäteen oikeuksista, joita tässä lainsäädännössä annetaan kuluttajille ja käyttäjille, on pätemätön, samoin kuin toimet, joita toteutetaan lain kiertämiseksi, siten kuin [Espanjan] siviilikoodeksin 6 §:ssä säädetään.”

10. Kuninkaan asetuksen 1/2007 83 §:n 1 momentissa säädetään, että ”kohtuuttomat sopimusehdot ovat suoraan lain nojalla pätemättömiä, ja niistä ei katsota sovitun”.

III Pääasian kohteena oleva riita, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa

11. XZ osti kiinteistön rakennuttajalta 23.12.2011 allekirjoitetulla virallisella asiakirjalla. Tätä omaisuutta rasitti kiinnitys, joka oli tehty Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragónin hyväksi vakuutena sellaisen lainan takaisinmaksusta, jonka viimeksi mainittu oli myöntänyt kyseiselle rakennuttajalle 23.7.2010 tehdyn sopimuksen [3] mukaisesti. Ostaessaan tämän omaisuuden XZ tuli tämän sopimuksen sopimuspuoleksi kyseisen rakennuttajan sijaan.

12. Kiinnelainasopimuksessa määrättiin, että kyseiseen lainaan sovellettaisiin vaihtuvaa korkokantaa. Tämän sopimuksen yhdellä ehdolla rajoitettiin kuitenkin tätä vaihtelua määräämällä vuosittaiseksi enimmäiskoroksi 9,75 prosenttia ja vuosittaiseksi vähimmäiskoroksi 3,25 prosenttia.

3 Jäljempänä kiinnelainasopimus.

13. Ibercaja, josta oli tullut Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragónin seuraaja kyseisen lainan sopimuspuolena,[4] teki 4.3.2014 XZ:n kanssa sopimuksen, jonka otsikkona oli ”lainaa muuttava uudistamissopimus”. Tässä sopimuksessa määrättiin erityisesti tähän lainaan sovellettavan vähimmäiskorkokannan alentamisesta 2,35 prosenttiin seuraavasta kuukausierästä lähtien siihen saakka, kunnes se olisi maksettu kokonaan takaisin. Kyseiseen sopimukseen otettiin myös ehto, jossa todettiin seuraavaa:

”Sopimuspuolet vahvistavat lainan voimassaolon ja soveltamisen, pitävät sen ehtoja asianmukaisina ja luopuvat näin ollen nimenomaisesti ja vastavuoroisesti nostamasta mitään sellaista kannetta toista sopimuspuolta vastaan, joka perustuisi sopimuksen tekemiseen ja ehtoihin sekä tähän mennessä tehtyihin suorituksiin ja maksuihin, jotka ne tunnustavat sopimuksen mukaisiksi.”

14. Tähän samaan sopimukseen sisältyi lisäksi käsin kirjoitettu maininta, jonka XZ oli kirjoittanut ja varustanut allekirjoituksellaan Ibercajan antaman mallin mukaisesti ja jossa XZ totesi seuraavaa:

”Olen tietoinen ja ymmärrän, että lainani korkokanta ei laske milloinkaan 2,35 prosentin vuotuista nimelliskorkoa alemmaksi.”

15. XZ maksoi lainan viimeisen kuukausierän 14.1.2016.

16. XZ nosti 1.2.2017 kanteen Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruelissa ja vaati kiinnelainasopimuksen vähimmäiskorkoehdon toteamista kohtuuttomuuden perusteella pätemättömäksi sekä Ibercajan velvoittamista palauttamaan tämän ehdon mukaisesti suoritetut summat.

17. Ibercaja on kiistänyt kyseisessä tuomioistuimessa kyseisen ehdon kohtuuttomuuden ja vastustanut vaadittua palauttamista vedoten muun muassa sen ja XZ:n välillä tehtyyn lainaa muuttavaan uudistamissopimukseen. XZ on vedonnut tässä yhteydessä siihen, että direktiivin 93/13 6 artiklan 1 kohdan sääntöä, jonka mukaan kohtuuttomat ehdot ”eivät sido kuluttajia”, on laajennettava koskemaan tällaista sopimusta, joten sitä pitäisi samalla tavoin kuin tätä ehtoa pitää pätemättömänä.

18. Näissä olosuhteissa Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Teruel on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko periaate, jonka mukaan pätemättömät ehdot eivät sido kuluttajia (– – direktiivin [93/13] 6 artikla), ulotettava koskemaan myös myöhemmin tehtyjä näitä ehtoja koskevia sopimuksia ja oikeustoimia, kuten lainaa muuttavaa uudistamissopimusta?

Koska ehdoton pätemättömyys merkitsee sitä, että pätemätöntä sopimusehtoa ei ollut koskaan olemassa sopimuksen oikeudellis-taloudellisen olemassaolon aikana, voidaanko päätellä, että myös myöhempiä oikeustoimia eli lainaa muuttavaa uudistamissopimusta ja niiden vaikutuksia tähän sopimusehtoon ei ole olemassa oikeudellisessa todellisuudessa ja niitä on pidettävä pätemättöminä ja vaikutuksettomina?

2) Voivatko asiakirjat, joilla muutetaan sopimusehtoja tai sovitaan sopimusehdoista, joista ei ole erikseen neuvoteltu ja jotka eivät todennäköisesti täytä kohtuuttomuuden puuttumista ja avoimuutta koskevia edellytyksiä, olla direktiivin 93/13 3 artiklassa tarkoitettuja yleisiä sopimusehtoja, jolloin niitä koskevat samat pätemättömyysperusteet kuin alkuperäisiä uudistettuja tai sovinnolla muutettuja asiakirjoja?

4 Ennakkoratkaisupyynnöstä ja Ibercajan huomautuksista ilmenee, että päivänä, jota ei ole ilmoitettu, Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón yhdistyi Banco Grupo Cajatrés S.A:n kanssa. Tämän jälkeen 23.5.2013 tämä laitos yhdistyi Ibercajan kanssa ennen kuin sulautui lopulta siihen 1.10.2014.

3) Onko lainaa muuttavaan uudistamissopimukseen sisältyvän oikeussuojakeinoista luopumisen oltava myös pätemätön, koska asiakkaiden allekirjoittamissa sopimuksissa ei ilmoitettu heille, että kyseessä oli pätemätön sopimusehto, eikä mainittu myöskään rahamäärää tai taloudellista arvoa, joka heillä oli oikeus saada palautuksena koroista, jotka oli maksettu alun perin määrättyjen ”vähimmäiskorkoehtojen” perusteella?

   Tällä tavoin asiakas siis allekirjoitti luopuvansa vaatimuksesta ilman, että pankki olisi ilmoittanut, mistä hän luopuu ja miten suuresta rahamäärästä hän luopuu.

4) Onko tarkasteltaessa lainaa muuttavaa uudistamissopimusta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön ja direktiivin [93/13] 3 artiklan 1 kohdan ja 4 artiklan 2 kohdan valossa katsottava, että siihen sisältyvä uusi vähimmäiskorkoehto ei edelleenkään ole avoin, koska pankki ei edelleenkään täytä sille kuuluvia avoimuusperusteita, jotka on vahvistettu 9.5.2013 annetussa Tribunal Supremon (ylin tuomioistuin) tuomiossa, eikä ole ilmoittanut asiakkaalle kyseisen kiinnelainasopimuksen ehdon todellisista taloudellisista kustannuksista siten, että hän saisi selville korkokannan (ja siihen perustuvan kuukausierän), jota hänen olisi maksettava, jos sovelletaan uutta vähimmäiskorkoehtoa, ja korkokannan (ja siihen perustuvan kuukausierän), jota hänen olisi maksettava, jos mitään vähimmäiskorkoehtoa ei sovellettaisi vaan sovellettaisiin kiinnelainalle sovittua korkokantaa ilman alarajaa?

   Olisiko toisin sanoen rahalaitoksen pitänyt määrätessään tietyn asiakirjan ”vähimmäiskorkoehtoja” koskevaksi uudistamissopimukseksi täyttää avoimuutta koskevat edellytykset, jotka on yksilöity direktiivin [93/13] 3 artiklan 1 kohdassa ja 4 artiklan 2 kohdassa, ja ilmoittaa kuluttajalle niistä määristä, jotka tämä on menettänyt ”vähimmäiskorkoehtojen” soveltamisen vuoksi, sekä korkokannasta, jota sovellettaisiin, mikäli näitä ehtoja ei olisi, ja jos se ei ole menetellyt näin, ovatko myös nämä asiakirjat pätemättömiä?

5) Voidaanko lainaa muuttavan uudistamissopimuksen yleisiin ehtoihin sisältyvää kanteita koskevaa ehtoa pitää sisältönsä vuoksi kohtuuttomana direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa, luettuna yhdessä kohtuuttomia ehtoja koskevan liitteen ja erityisesti tämän liitteen [1 kohdan q alakohdan] kanssa – –, koska sillä rajoitetaan kuluttajien oikeutta käyttää oikeuksia, joita voi syntyä tai jotka voivat ilmetä sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen, kuten tapahtui mahdollisuudelle vaatia maksettujen korkojen täysimääräistä palauttamista ([tuomion Gutiérrez Naranjo ym.[5]] perusteella)?”

19. Välipäätös, joka on päivätty 26.6.2018, saapui unionin tuomioistuimen kirjaamoon 11.7.2018. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Ibercaja, Espanjan hallitus sekä Euroopan komissio. Samat osapuolet ja asianosaiset sekä XZ olivat edustettuina istunnossa, joka pidettiin 11.9.2019.

IV Oikeudellinen arviointi

20. Nyt käsiteltävän asian taustalla on ongelma, joka liittyy luottosopimuksissa käytettäviin vähimmäiskorkoehtoihin.[6] Muistutettakoon lyhyesti, että käytäntö, jota erityisesti espanjalaiset pankit käyttivät maailmantaloutta vuosina 2007–2012 ravistelleen finanssikriisin alla ja aikana, oli tarjota vaihtuvakorkoisia kiinnelainoja, jotka sisälsivät tällaisen ehdon, jolla pyrittiin rajoittamaan tämän koron vaihtelua. Tämä ehto tarkoittaa tarkemmin sanottuna sitä, että jos kyseinen korko alenee siinä

5 Tuomio 21.12.2016 (C-154/15, C-307/15 ja C-308/15, EU:C:2016:980; jäljempänä tuomio Gutiérrez Naranjo).

6 Tämä ongelma on jo tuotu unionin tuomioistuimen tietoon. Ks. erityisesti tuomio 14.4.2016, Sales Sinués ja Drame Ba (C-381/14 ja C-385/14, EU:C:2016:252), tuomio Gutiérrez Naranjo sekä määräys 14.11.2013, Banco Popular Español ja Banco de Valencia (C-537/12 ja C-116/13, EU:C:2013:759).

määrättyä vähimmäistasoa alemmaksi, lainanottajan on maksettava tätä tasoa vastaava korko.[7] Käytännössä vähimmäiskorkoehdoista siis seuraa, että espanjalaisia kuluttajia estetään hyötymästä tästä finanssikriisin aikana tapahtuneesta korkojen romahduksesta, samalla kun luottolaitoksia suojataan kielteisiltä vaikutuksilta, joita tällä romahduksella olisi pitänyt olla niiden katteisiin.[8]

21. Vähimmäiskorkoehtojen käyttö ei ole kuitenkaan jäänyt seurauksitta espanjalaisten pankkien kannalta. Tribunal Supremo katsoi 9.5.2013 antamassaan tuomiossa,[9] että näistä kolmen käyttämissä yleisissä ehdoissa olleet vähimmäiskorkoehdot olivat kohtuuttomia avoimuuden puuttumisen vuoksi, ja totesi ne näin ollen pätemättömiksi. Tämä tuomioistuin rajoitti kuitenkin tuomionsa ajallisia vaikutuksia siten, että ne eivät koskeneet muun muassa summia, joita kuluttajat olivat suorittaneet näiden ehtojen perusteella ennen tuomion julistamispäivää.[10] Vaikka pääasian asianosaiset ovat eri mieltä siitä, miten laajaa julkisuutta tämä tuomio sai julistamisaikanaan, on mielestäni mahdollista todeta varmuudella, että se on vähintään herättänyt vakavia epäilyksiä siitä, rasittiko sama avoimuuden puute myös muiden pankkien käyttämiä vähimmäiskorkoehtoja.

22. Ibercaja omaksui tässä asiayhteydessä heinäkuun 2013 aikana sisäisen toimintamallin, jonka mukaan tiettyjen tai jopa kaikkien sen asiakkaiden, joilla oli vähimmäiskorkoehdon sisältävä kiinnelaina,[11] kanssa tehtiin ns. ”lainaa muuttava uudistamissopimus”. Tässä sopimuksessa määrättiin erityisesti kyseisen asiakkaan lainaan sovellettavan vähimmäiskorkoehdon alentamisesta, joka tuli voimaan seuraavasta kuukausierästä lähtien ja oli voimassa tämän lainan päättymiseen saakka, sekä siitä, että nimenomaisesti ja vastavuoroisesti luovuttaisiin riitauttamasta kyseisen lainan ehtoja tuomioistuimessa. Ibercaja teki tällaisen sopimuksen XZ:n kanssa 4.3.2014.

23. Unionin tuomioistuin, jonka käsiteltäväksi useat espanjalaiset tuomioistuimet olivat saattaneet kysymyksen päätelmistä, joita niiden piti tehdä vähimmäiskorkoehdon toteamisesta kohtuuttomaksi, antoi 21.12.2016 tuomion Gutiérrez Naranjo. Unionin tuomioistuin totesi kyseisessä tuomiossa lähinnä, että direktiivin 93/13 6 artiklan 1 kohdassa velvoitetaan kansallinen tuomioistuin, joka toteaa tällaisen ehdon kohtuuttomaksi, lähtökohtaisesti jättämään sitä soveltamatta ja määräämään kuluttajalle palautettaviksi summat, jotka hän on maksanut sen mukaisesti.[12] Unionin tuomioistuin täsmensi lisäksi, että tämä säännös on esteenä sille, että palautusoikeutta rajoitettaisiin ajallisesti, kuten Tribunal Supremo oli tehnyt 9.5.2013 antamassaan tuomiossa.[13]

24. XZ, joka oli todennäköisesti saanut innoituksen tästä unionin tuomioistuimen tuomiosta, vaati 1.2.2017 ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa nostamallaan kanteella sitä toteamaan hänen kiinnelainasopimuksensa vähimmäiskorkoehdon kohtuuttomuuden perusteella pätemättömäksi ja velvoittamaan Ibercajan palauttamaan hänelle tämän ehdon mukaisesti suoritetut summat.[14]

7 Ks. tuomio Gutiérrez Naranjo, 18 kohta.

8 Ilmiön laajuus oli huomattava: esimerkiksi peräti kolmannes kaikista Espanjassa vuoden 2010 aikana tehdyistä kiinnelainoista sisälsi tällaisen ehdon (ks. Zunzunegui, F., ”Mortgage Credit – Mis-selling of Financial Products – Study requested by the ECON committee”, *European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies*, 6.2018, s. 23–32 viittauksineen).

9 Tuomio nro 241/2013 (jäljempänä Tribunal Supremon 9.5.2013 antama tuomio tai 9.5.2013 annettu tuomio; ES:TS:2013:1916).

10 Tribunal Supremo on pysyttänyt tämän ratkaisun myöhemmin (ks. esim. tuomio 25.3.2015, nro 139/2015 (ES:TS:2015:1280) ja tuomio 29.4.2015, nro 222/2015 (ES:TS:2015:2207)). Ks. tuomio Gutiérrez Naranjo, 18–21 ja 67 kohta.

11 Ibercajan mukaan sen työntekijöiden piti ehdottaa lainaa muuttavaa uudistamissopimusta vain asiakkaille, jotka olivat tehneet Tribunal Supremon 9.5.2013 antaman tuomion jälkeen valituksen sopimuksensa mukaisesta vähimmäiskorkoehdosta. XZ:n mukaan tällaisten sopimusten tekeminen kuului sitä vastoin kampanjaan, joka kohdistui kaikkiin asiakkaisiin, joiden sopimukseen sisältyi tällainen vähimmäiskorkoehto, olivatpa he tehneet tästä valituksen tai eivät. Täsmennettäköön, että pääasian asianosaisten kesken on ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa riidanalaista, oliko XZ itse tehnyt tällaisen valituksen (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 80 kohta).

12 Eli konkreettisesti vähimmäiskorkoehdon mukaisesti maksettujen summien ja niiden summien, jotka olisi suoritettu, jos vähimmäiskorkoehtoa ei olisi ollut olemassa ja olisi sovellettu vaihtuvaa korkokantaa, välinen erotus.

13 Ks. tuomio Gutiérrez Naranjo, 61–75 kohta sekä tämän ratkaisuehdotuksen 21 kohta.

14 XZ:n tapaus ei ole millään muotoa yksittäistapaus. Espanjalaisissa tuomioistuimissa on esitetty yli miljoona vaatimusta vähimmäiskorkoehdon nojalla suoritettujen summien palauttamiseksi (ks. em. teos Zunzunegui, F., s. 6). Ks. Tribunal Supremon 9.5.2013 antaman tuomion ja tuomion Gutiérrez Naranjo vaikutuksesta Espanjan talouteen International Monetary Fund, *IMF Country Report N° 17/345, Spain: Financial Sector Assessment Program – Technical Note on Supervision of Spanish Banks – Select[ed] issues*, 13.11.2017, s. 8, 10, 23 ja 53, jonka mukaan vähimmäiskorkoehdon sisältävien kiinnelainojen markkinointi aiheuttaa tälle kansantaloudelle järjestelmäriskin.

25. Tässä tuomioistuimessa esitetty keskeinen kysymys koskee oikeudellisia seurauksia, joita XZ:n ja Ibercajan 4.3.2014 tekemällä lainaa muuttavalla uudistamissopimuksella voi olla näiden vaatimusten kannalta.

26. Pankki näet väittää, että tämä sopimus estää sen, että XZ voisi vedota kiinnelainasopimuksessa alun perin määrätyn vähimmäiskorkoehdon kohtuuttomuuteen. Sen tätä koskevat perustelut perustuvat Tribunal Supremon 11.4.2018 antamaan tuomioon,[15] jossa tämä on antanut ratkaisun samanlaisista Ibercajan kahden muun asiakkaansa kanssa tekemistä sopimuksista. Tämä tuomioistuin katsoi lähinnä, että tällainen sopimus on *sovinto*,[16] jonka sopimuspuolet ovat tehneet ratkaistakseen tuomioistuimen ulkopuolella lopullisesti epävarman tilanteen, jonka sen 9.5.2013 antama tuomio oli aiheuttanut niiden luottosopimuksiin sisältyneen vähimmäiskorkoehdon voimassaolosta, sellaisia vastavuoroisia myönnytyksiä vastaan, jotka sisältävät tämän ehdon mukaisen koron alentamisen. Näin ollen tuomioistuin ei voi sen mielestä tutkia kyseisen ehdon kohtuuttomuutta, koska tämä sovinto on sopimuspuolia sitova. Tribunal Supremo on todennut tässä yhteydessä, että direktiivi 93/13 ei ole esteenä sille, että elinkeinonharjoittaja ja kuluttaja sopivat siitä, että ne ratkaisevat riitansa tuomioistuimen ulkopuolella. Tämä tuomioistuin on lisäksi katsonut, että riidanalaiset sopimukset olivat kuluttajien kannalta avoimia.[17]

27. XZ puolestaan väittää, että lainaa muuttavaa uudistamissopimusta on pidettävä pätemättömänä eikä se siis voi estää ennakkoratkaisua pyytänyttä tuomioistuinta tutkimasta hänen vaatimuksiaan. Hänen tätä koskevat perustelunsa perustuvat puolestaan edellisessä kohdassa mainittuun Tribunal Supremon 11.4.2018 antamaan tuomioon liittyneeseen eriävään mielipiteeseen.[18] Siinä esitetään lähinnä, että tällainen sopimus ei ole sovinto vaan asianomaisten asiakkaiden kiinnelainasopimuksiin sisältyvän vähimmäiskorkoehdon *uudistamissopimus*,[19] eikä tällainen uudistaminen ole kansallisen lainsäädännön nojalla pätevä.[20] Joka tapauksessa yhtäältä direktiivin 93/13 6 artiklan 1 kohta on hänen mielestään esteenä sille, että sopimuspuolet muuttavat kohtuutonta ehtoa tai pysyttävät sen tai että kuluttaja luopuu oikeudestaan riitauttaa se tuomioistuimessa. Toisaalta tällainen sopimus ei ole hänen mielestään avoin, koska siihen ei sisälly tietoja, joiden avulla kuluttajat kykenisivät ymmärtämään taloudelliset ja oikeudelliset seuraukset, joita sen tekemisestä aiheutuu heille. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin vaikuttaa olevan samaa mieltä.

28. Totean heti aluksi, että vaikka kahdesta edellisestä kohdasta ilmenee, että pääasian asianosaisten kesken on riidanalaista, miten lainaa muuttavaa uudistamissopimusta pitäisi luonnehtia oikeudellisesti, tämä kysymys kuuluu, kuten komissio esittää, yksinomaan Espanjan lainsäädännön alaan, joten ei ole unionin tuomioistuimen vaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä ratkaista se.

15 Tuomio nro 205/2018 (jäljempänä Tribunal Supremon 11.4.2018 antama tuomio tai 11.4.2018 annettu tuomio; ES:TS:2018:1238).

16 Espanjan siviilikoodeksin 1809 §:n mukaan sovinto on sopimus, jolla kaikki sopimuspuolet antamalla, lupaamalla tai pysyttämällä jotain välttävät riidan syntymisen tai päättävät riidan, joka oli pantu vireille.

17 Ks. yksityiskohtaisemmin tämän ratkaisuehdotuksen 82 kohta.

18 Jäljempänä tuomari Orduña Morenon eriävä mielipide.

19 Uudistamissopimus on muun muassa Espanjan siviilikoodeksin 1203 §:ssä tarkoitettu sopimus, jolla sopimuspuolet, joita sitoo olemassa oleva velvoitesuhde, muuttavat tätä velvoitetta tai korvaavat sen toisella velvoitteella.

20 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 31.

29. On sitä vastoin unionin tuomioistuimen tehtävänä tarkastella direktiivin 93/13 valossa tapausta, jossa 1) kuluttajaa ja elinkeinonharjoittajaa sitoo sopimus, 2) on ilmennyt vakavia epäilyjä tämän sopimuksen jonkin ehdon [21] mahdollisesta direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta kohtuuttomuudesta ja 3) sopimuspuolet ovat myöhemmällä sopimuksella uudistaneet kyseisen ehdon, [22] vahvistaneet alkuperäisen sopimuksen voimassaolon ja luopuneet vastavuoroisesti riitauttamasta sitä tuomioistuimessa. On tarkemmin sanoen määritettävä aluksi, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää ensimmäisessä kysymyksessään, onko kyseisen direktiivin 6 artiklan 1 kohta *lähtökohtaisesti* esteenä sille, että tällaisella sopimuksella on sitova vaikutus kuluttajaan nähden. Esitän tämän ratkaisuehdotuksen ensimmäisessä osassa syyt, joiden vuoksi näin ei mielestäni ole (A jakso).

A Kuluttajan mahdollisuus uudistaa mahdollisesti kohtuuton ehto, vahvistaa sen pätevyys ja/tai luopua sen riitauttamisesta tuomioistuimessa (ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys)

30. Muistutettakoon, että direktiivin 93/13 6 artiklan 1 kohdassa säädetään, että ”elinkeinonharjoittajan kuluttajan kanssa tekemässä sopimuksessa olevat kohtuuttomat ehdot eivät sido kuluttajia niiden kansallisen lainsäädännön mukaisesti”. Tämän säännöksen nojalla kansallisen tuomioistuin on todetessaan tietyn sopimuksen kohtuuttomaksi tehtävä tästä kaikki päätelmät, jotka kansallisen lainsäädännön nojalla johtuvat tästä toteamuksesta, jotta varmistetaan, että tämä ehto ei sido kuluttajaa. Kyseinen tuomioistuin on näet velvollinen jättämään soveltamatta kyseistä ehtoa, jotta se ei vaikuttaisi sitovasti kuluttajaan nähden. [23]

31. Unionin tuomioistuin täsmensi tuomiossa Gutiérrez Naranjo vielä, että ”on lähtökohtaisesti katsottava, ettei kohtuuttomaksi todettu sopimusehto ole koskaan ollut olemassa, minkä vuoksi sillä ei voi olla vaikutuksia kuluttajaan nähden”. Näin ollen siitä, että tällainen ehto todetaan kohtuuttomaksi tuomioistuimessa, ”on lähtökohtaisesti seurattava sen oikeudellisen ja tosiasiallisen tilanteen palauttaminen, jossa kuluttaja olisi, jos tällaista ehtoa ei olisi ollut olemassa”. Jos kyseinen ehto velvoittaa kuluttajan summien maksamiseen, tuomioistuimen velvollisuus sivuuttaa sen soveltaminen ”sisältää lähtökohtaisesti sen, että nämä määrät on vastaavasti palautettava”. [24]

32. Jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaisi pääasian oikeudenkäynnissä, että kiinnelainasopimukseen sisältyvä vähimmäiskorkoehto on direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla kohtuuton, se olisi näin ollen lähtökohtaisesti velvollinen tämän direktiivin 6 artiklan 1 kohdan mukaisesti jättämään tämän ehdon soveltamatta ja velvoittamaan Ibercajan palauttamaan XZ:lle kyseisen ehdon mukaisesti suoritetut määrät.

21 Ibercaja ja Espanjan hallitus ovat korostaneet, että Tribunal Supremo ei todennut 9.5.2013 annetussa tuomiossa pätemättömäksi kaikkia vähimmäiskorkoehtoja vaan ainoastaan ehdot, joita sen käsiteltävänä olleen kieltokanteen osalta vastaajina olleet kolme pankkia käyttivät. Lisäksi tämän tuomion mukaisesti vähimmäiskorkoehdot ovat kohtuuttomia vain siltä osin kuin ne eivät ole avoimia, mikä tuomioistuimen on todettava tapauskohtaisesti. Sillä hetkellä, jona pääasian asianosaiset tekivät lainaa muuttavan uudistamissopimuksen, kiinnelainasopimuksen mukaista vähimmäiskorkoehtoa ei ollut riitautettu tuomioistuimessa. XZ ja komissio väittävät kuitenkin, että tällä tuomiolla asetetut avoimuuden edellytykset ovat erittäin ankaria, joten on olemassa vähintään hyvin suuri todennäköisyys sille, että riidanalainen vähimmäiskorkoehto on kohtuuton. Niiden mukaan lähes 97 prosentissa tapauksista kuluttajat ovat voittaneet kohtuuttomia ehtoja, mukaan lukien vähimmäiskorkoehdot, koskevat oikeudenkäynnit. Muistutettakoon, että unionin tuomioistuin ei antanut tuomiossa Gutiérrez Naranjo ratkaisua vähimmäiskorkoehtojen kohtuuttomuudesta. Se piti niiden kohtuuttomuutta lähtökohtana. Nyt käsiteltävässä asiassakaan ei ole unionin tuomioistuimen tehtävänä ratkaista tätä kysymystä itse.

22 Se, mikä uudistetaan, ei ole varsinaisesti ehto vaan siitä johtuva velvoite. Puhun tässä ratkaisuehdotuksessa kuitenkin yksinkertaisuuden vuoksi ”ehdon uudistamisesta”.

23 Ks. esim. tuomio 6.10.2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, 58 kohta); tuomio 15.3.2012, Pereničová ja Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, 30 kohta); tuomio 14.6.2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, 65 kohta) sekä tuomio 30.5.2013, Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340, 41 kohta).

24 Tuomio Gutiérrez Naranjo, 61 ja 62 kohta.

33. Tribunal Supremon 11.4.2018 antamassaan tuomiossa Espanjan lainsäädännöstä omaksuman tulkinnan mukaan lainaa muuttava uudistamissopimus kuitenkin *estää sen, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tutkii tämän vähimmäiskorkoehdon kohtuuttomuutta koskevan kysymyksen*.[25] Espanjan hallitus esittää tarkemmin sanoen, että vaikka XZ ei voisi enää vaatia tuomioistuinta valvomaan kiinnelainasopimukseen alun perin sisältyneen vähimmäiskorkoehdon voimassaoloa, hän voisi sitä vastoin riitauttaa kyseisen sopimuksen mukaisen uuden vähimmäiskorkoehdon voimassaolon.

34. Näissä olosuhteissa tulee esiin kysymys siitä, onko direktiivin 93/13 6 artiklan 1 kohta, kuten XZ väittää,[26] lähtökohtaisesti esteenä sille, että kuluttaja ja elinkeinonharjoittaja tekevät sopimuksen mahdollisesti kohtuuttoman ehdon uusimisesta, sen pätevyyden vahvistamisesta[27] ja/tai luopumisesta sen riitauttamisesta tuomioistuimessa – tai tarkemmin sanoen siitä, onko tämä säännös esteenä sille, että tämä sopimus sitoo kuluttajaa.

35. Kuten olen edellä todennut, en ole tätä mieltä. Tämä kysymys edellyttää näet mielestäni monisyisempää vastausta.

36. Käsitykseni mukaan XZ:n lähestymistapa perustuu unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jossa on katsottu, että koska kuluttaja on elinkeinonharjoittajaan nähden heikompi osapuoli sekä neuvotteluaseman että tietojen puolesta, direktiivin 6 artiklan 1 kohta on pakottava säännös, jolla pyritään korvaamaan muodollinen tasapaino, joka sopimuksessa perustetaan sopimuspuolten oikeuksien ja velvollisuuksien välille, todellisella tasapainolla, jolla voidaan palauttaa sopimuspuolten välinen yhdenvertaisuus; tämän säännöksen on katsottava lisäksi olevan sellaisia kansallisia sääntöjä vastaava normi, jotka kuuluvat kansallisen oikeusjärjestyksen perusteisiin.[28]

37. Myönnän, että kun tätä oikeuskäytäntöä luetaan yhdessä tämän ratkaisuehdotuksen 30 ja 31 kohdassa mainitun oikeuskäytännön kanssa, se muistuttaa jossain määrin eri jäsenvaltioiden, muun muassa Espanjan kuningaskunnan, lainsäädännössä olevaa *ehdotonta pätemättömyyttä* koskevaa käsitettä.[29] Se on lisäksi nimenomaisesti seuraamus, josta Espanjan lainsäädännössä säädetään siinä tapauksessa, että sopimusehto todetaan kohtuuttomaksi.[30] Ehdotonta pätemättömyyttä koskeva käsite ei jätä mitään tilaa sopimuspuolten tahdolle. Nämä eivät voi vahvistaa tai uusia velvoitetta, joka on tullut tällä tavoin pätemättömäksi. Ne eivät voi myöskään sopia tällaisesta velvoitteesta:

25 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 26 kohta.

26 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 27 kohta.

27 Tarkoitan tällä käsitteellä toimea, jolla sopimuspuoli luopuu vetoamasta pätemättömyysperusteeseen, mistä säädetään muun muassa Espanjan siviilikoodeksin 1309–1313 §:ssä).

28 Ks. esim. tuomio 26.10.2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, 25, 36 ja 37 kohta); tuomio 6.10.2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, 30, 51 ja 52 kohta) sekä tuomio 17.5.2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, 26, 27, 34 ja 35 kohta).

29 Muistutettakoon, että useiden valtioiden, kuten Belgian kuningaskunnan, Ranskan tasavallan ja Espanjan kuningaskunnan, lainsäädännössä erotetaan toisistaan sopimusten ”ehdoton” pätemättömyys ja ”suhteellinen” pätemättömyys. Ehdoton pätemättömyys syntyy suoraan lain nojalla, ja tuomioistuimen on todettava se viran puolesta. Sitä vastoin suhteelliseen pätemättömyyteen voi vedota tuomioistuimessa vain osapuoli, jota lailla pyritään suojelemaan, ja tuomioistuin antaa siitä tarvittaessa ratkaisun. On yleisesti kiistatonta, että näiden kahden seuraamuksen välisenä erotteluperusteena on rikotun säännön peruste sen mukaan, pyritäänkö sillä suojelemaan yleistä etua vai yksityisiä intressejä. Ensin mainitussa tapauksessa pätemättömyys on ehdotonta, jälkimmäisessä suhteellista. Ks. esim. julkisasiamies Trstenjakin ratkaisuehdotus Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:295, 51 kohta oikeustapausviittauksineen).

30 Ks. kuninkaan asetuksen 1/2007 83 §:n 1 momentti.

tuomioistuimen on todettava viran puolesta sen pätemättömyys ja näiden liiketoimien vaikutuksettomuus. XZ:n mukaan kuluttaja ja elinkeinonharjoittaja eivät siis voi uudistaa tai vahvistaa kohtuutonta ehtoa eivätkä sopia siitä. Mahdollinen sopimuspuolten välinen sopimus ei voi estää tuomioistuinta tutkimasta tietyn sopimusehdon kohtuuttomuutta. [31]

38. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei kuitenkaan todellisuudessa mennä näin pitkälle. Se on näet todennut vakiintuneesti – ja tämä seikka on mielestäni oleellisen tärkeä –, että *kuluttaja voi luopua vetoamasta sopimusehdon kohtuuttomuuteen*. [32] Unionin tuomioistuimen mukaan ”direktiivissä 93/13 ei mennä niin pitkälle, että siinä säädetty järjestelmä kuluttajien suojaamiseksi elinkeinonharjoittajien kohtuuttomilta sopimusehdoilta tehtäisiin pakolliseksi”, [33] ja ”kuluttajan oikeus tehokkaaseen suojaan sisältää kuitenkin myös mahdollisuuden luopua vetoamasta oikeuksiinsa”. [34]

39. Unionin tuomioistuin täsmensi siten tuomiossa Banif Plus Bank, [35] että kansallisen tuomioistuimen on tarpeen vaatiessa otettava huomioon ”kuluttajan ilmaisema tahto – –, kun kuluttaja on tietoinen kohtuuttoman ehdon sitomattomuudesta mutta kuitenkin toteaa, että hän vastustaa sen huomiotta jättämistä, ja antaa näin vapaaehtoisen ja tietoisen suostumuksensa kyseiseen ehtoon”.

40. Toisin kuin komissio katsoo, mielestäni näillä seikoilla ei ole merkitystä vain tilanteessa, jossa tuomioistuin on todennut sopimusehdon kohtuuttomuuden viran puolesta ja ilmoittanut siitä kuluttajalle. Siitä ilmenee mielestäni yleisempi näkemys, jonka mukaan kuluttaja voi luopua vetoamasta tietyn ehdon kohtuuttomuuteen, kunhan tämä luopuminen perustuu, kuten unionin tuomioistuin totesi viimeksi mainitussa tuomiossa, *hänen vapaaehtoiseen ja tietoiseen suostumukseensa*.

41. Tämä näkemys kuvastaa mielestäni unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön sisältyvää ajatusta, jonka mukaan direktiivillä 93/13 pyritään erityisesti estämään se, että kuluttaja tekee sitoumuksia, joita hän ei tiedä tai joiden ulottuvuutta hän ei todellisuudessa ymmärrä. [36] Jos kuluttaja sitä vastoin tietää oikeudelliset seuraukset, joita hänelle aiheutuu siitä, että hän luopuu tässä direktiivissä hänelle annetusta suojasta, tällainen luopuminen on tämän direktiivin mukaista.

42. Jos kuluttajan on katsottava tietävän toimintansa seuraukset, kun hän saatumaan tuomioistuimelta tiedon ehdon kohtuuttomuudesta luopuu vetoamasta siihen tässä tuomioistuimessa, tämä ei merkitse sitä, että ei olisi olemassa mitään muuta tilannetta, jossa tämä olisi mahdollista. En näe lähtökohtaisesti varsinkaan mitään estettä sille, että kuluttaja käyttää mahdollisuuttaan luopua sopimusteitse, jälleen sillä edellytyksellä, että tämä luopuminen perustuu vapaaehtoiseen ja tietoiseen suostumukseen. Katson tämän viimeksi mainitun seikan osalta, että on kuitenkin vertailtava keskenään kahta eri tapausta.

31 Ks. esim. 16.10.2017 annettu Tribunal Supremon tuomio nro 558/2017. Kyseinen tuomioistuin katsoi tässä tuomiossa, että pankin ja kuluttajan välillä tehty ”uudistamissopimus”, jossa nämä olivat uudistaneet lainasopimukseensa sisältyneen vähimmäiskorkoehdon, oli pätemätön tämän ehdon kohtuuttomuuden vuoksi ja että se oli tästä syystä ehdottoman pätemätön. Ks. myös tuomio 26.2.2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, 37–42 kohta). Tämän tuomion taustalla olleessa asiassa kaksi kuluttajaa oli riitauttanut tuomioistuimessa erilaisia luottosopimuksensa ehtoja. Kansallinen tuomioistuin oli esittänyt unionin tuomioistuimelle useita kysymyksiä direktiivin 93/13 tulkinnasta. Nämä kuluttajat ja vastaajana ollut pankki olivat tehneet tämän jälkeen sovinnon, jonka tarkoituksena oli sopia riita tuomioistuimen ulkopuolella. Tämä pankki oli vedonnut unionin tuomioistuimessa sovintoon perustellakseen sitä, että ennakkoratkaisukysymyksiä ei voitaisi ottaa tutkittavaksi. Kansallinen tuomioistuin oli kuitenkin ilmoittanut unionin tuomioistuimelle, että se ei ollut ottanut tätä sovintoa huomioon sen vuoksi, että riidanalaisten sopimusehtojen väitettyä kohtuuttomuutta koskeva kysymys on *oikeusjärjestyksen perusteita koskeva kysymys, josta sopimuspuolet eivät voi tehdä sovintoa*. Korostettakoon, että unionin tuomioistuin ei ottanut tuomiossaan kantaa tähän seikkaan. Se tyytyi vain toteamaan, että riita oli edelleen vireillä ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa, ja hylkäämään siinä esitetyn oikeudenkäyntiväitteen.

32 Ks. tuomio 4.6.2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, 33 ja 35 kohta).

33 Tuomio 3.10.2019, Dziubak (C-260/18, EU:C:2019:819, 54 kohta).

34 Tuomio 14.4.2016, Sales Sinués ja Drame Ba (C-381/14 ja C-385/14, EU:C:2016:252, 25 kohta). Ks. tämän sanamuodon alkuperästä julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus Duarte Hueros (C-32/12, EU:C:2013:128, 53 kohta).

35 Tuomio 21.2.2013 (C-472/11, EU:C:2013:88, 35 kohta).

36 Ks. erityisesti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, joka koskee sopimusehtojen avoimuuden pakottavuutta ja joka perustuu direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohtaan ja 5 artiklaan (ks. tämän ratkaisuehdotuksen C jakso). Viittaan tässä kuluttajan tietoiseen suostumukseen. Yleisesti se, onko kuluttaja antanut vapaaehtoisesti suostumuksensa, kuuluu tahdonmuodostuksen puutteita koskevan kansallisen lainsäädännön alaan (ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 54).

43. Mielestäni yhtäältä kuluttaja ei voi koskaan luopua alun perin suojasta, jota hän saa direktiivistä 93/13, jos hän ostaa tavaran tai vastaanottaa palvelun elinkeinonharjoittajalta. Myyntisopimuksen tai palvelujen suorittamista koskevan sopimuksen ehdolla, joka merkitsee sen pätevyyden vahvistamista tai sitä, että luovutaan oikeudesta riitauttaa se tuomioistuimesta, ei voi olla minkäänlaista sitovaa vaikutusta kuluttajaan nähden. Unionin eri säädöksissä kielletään lisäksi nimenomaisesti tällainen luopuminen. [37]

44. Tällaista luopumista ei näet voida missään tapauksessa pitää ”tietoisena”. Kukaan ei käsitä tosiasiasiallisesti kuluttajalainsäädännön tarjoaman suojan merkitystä, ennen kuin on aiheutunut vaikeuksia ja hän tarvitsee konkreettisesti tätä suojaa. Näin on mielestäni tulkittava ajatusta *etukäteen tapahtuvasta luopumisesta*: luopuminen tapahtuu ”etukäteen”, jos se tapahtuu ennakolta, silloin kun syntyy sopimussuhde elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välille ja kun kuluttaja ei kuvittele, että sopimussuhteesta voisi tulla ongelmallinen, tai ei pidä tätä riittävän merkittävänä seikkana.

45. Toisaalta sitä vastoin silloin, jos ongelma on syntynyt tässä sopimussuhteessa, jossa on esimerkiksi ilmennyt vakavia epäilyksiä tietyn sopimusehdon mahdollisesta direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta kohtuuttomuudesta ja jossa on mahdollisesti olemassa sopimuspuolten välinen tätä koskeva riita, sitä, että kuluttaja luopuu vetoamasta tämän ehdon sitovan vaikutuksen puuttumiseen, ei pidä tarkastella yhtä ankarasti. Tällaisessa tapauksessa kuluttaja todennäköisesti ymmärtää hänelle tällä direktiivillä annetun suojan merkityksen ja kykenee näin ollen käsittämään tämän luopumisen merkityksen. [38] Kuluttajalla on toisin sanoen mielestäni tietyin edellytyksin mahdollisuus *luopua jälkikäteen* sopimusteitse oikeuksista, joita hänellä on tämän direktiivin perusteella.

46. Tästä seuraa, että tässä jälkimmäisessä tapauksessa kuluttajalla on mielestäni mahdollisuus uusia elinkeinonharjoittajan kanssa tekemällään sopimuksella kyseinen ehto, vahvistaa se tai jopa luopua saattamasta sen kohtuuttomuutta koskevaa kysymystä tuomioistuimen käsiteltäväksi, kunhan hän tekee tämän vapaaehtoisesti ja tietoisesti. [39]

47. Hän voi muun muassa käyttää luopumista koskevaa mahdollisuuttaan tekemällä elinkeinonharjoittajan kanssa kyseistä ehtoa koskevan *sovinnon* tuomioistuimessa tai tuomioistuimen ulkopuolella. Tällaisesta sovinnosta saattaa lisäksi koitua tiettyjä etuja kuluttajalle, kuten se, että hän saa välittömän hyödyn – tämä on nimenomaisesti niiden vastavuoroisten myönnytysten kohde, joita sovintoon on liityttävä – ilman, että hänen tarvitsee riitauttaa tätä samaa ehtoa tuomioistuimessa, vastata oikeudenkäyntikuluista ja odottaa menettelyn lopputulosta, etenkin silloin, jos hän ei ole tätä sovintoa tehdessään varma siitä, että lopputulos on hänelle suotuisa. [40]

37 Ks. esim. kuluttajille tarkoitetuista kiinteää asunto-omaisuutta koskevista luottosopimuksista ja direktiivien 2008/48/EY ja 2013/36/EU sekä asetuksen (EU) N:o 1093/2010 muuttamisesta 4.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/17/EU (EUVL 2014, L 60, s. 34) 41 artiklan a alakohta ja 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) 25 artikla. Ks. myös Espanjan lainsäädännössä kuninkaan asetuksen 1/2007 10 §.

38 Ks. vastaavasti ratkaisu, josta säädetään tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla 12.12.2012 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksessa (EU) N:o 1215/2012 (EUVL 2012, L 351, s. 1) oikeuspaikkalausekkeiden osalta kuluttajasopimuksia koskevissa rajatylittävissä riidoissa. Muistutettakoon, että tämän asetuksen II luvun 4 jaksossa vahvistetaan kuluttajia suojaavat toimivaltasäännökset. Tässä yhteydessä kyseisen asetuksen 19 artiklassa säädetään, että näistä säännöksistä voidaan poiketa ainoastaan oikeuspaikkasopimuksella, joka *tehdään* asianosaisten välisen *riidan syntymisen jälkeen*. Tästä säännöksestä on hyväksytty oikeuskirjallisuudessa selitys, jonka mukaan kuluttaja kykenee ymmärtämään täydellisesti tällaisen sopimuksen seuraukset ja siten antamaan siihen tietoisen suostumuksen vasta silloin, kun hän ymmärtää, mitä riita koskee. Ks. Nielsen, P. A., ”Article 19”, teoksessa Magnus, U., ja Mankowski, P., *Brussels Ibis Regulation – Commentary*, *European Commentaries on Private International Law*, Schmidt, Otto, Dr., KG, Verlag, 2016, s. 519.

39 Unionin tuomioistuimen toteamus, jonka mukaan on katsottava, ettei kohtuuttomaksi todettu sopimusehto ”ole koskaan ollut olemassa”, on siten oikeudellinen fiktio, jota on lievennettävä – unionin tuomioistuin on itsekin korostanut, että näin on vain ”lähtökohtaisesti” (ks. tuomio Gutiérrez Naranjo, 61 kohta). Kuluttajalla on mahdollisuus pitää kyseinen ehto voimassa. Jatkaakseni analogisesti tietyissä jäsenvaltioissa olemassa olevien pätemättömyyden käsitteiden kanssa (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 37 kohta), kohtuuttomia ehtoja koskeva käsite on tältä osin mielestäni rinnastettava *suhteelliseen pätemättömyyteen*, joka saattaa johtaa uudistamiseen tai vahvistamiseen.

40 Ks. vastaavasti julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, 46–52 kohta).

48. Toistan, että jos kuluttaja on tehnyt sovinnon kaikista seikoista tietoisena, en näe estettä sille, että tällainen sopimus on sitova kuluttajankin kannalta. Sovinnon on voitava erityisesti tarjota oikeusvarmuutta sopimuspuolille, mikä edellyttää sitä, että se ei voi jäädä ilman sitovaa vaikutusta johonkin sopimuspuoleen nähden. Kuten jäljempänä selitän, luopuminen tuomioistuimessa nostettavista kanteista vastavuoroisia myönnytyksiä vastaan on myös sovinnon direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu ”pääkohde” eli sopimusvapauden ydin, jota tällä direktiivillä ei lähtökohtaisesti pyritä kyseenalaistamaan.[41]

49. Viimeksi mainittua seikkaa tukevat mielestäni kuluttajariitojen vaihtoehtoisesta riidanratkaisusta annetun direktiivin 2013/11/EU[42] säännökset. Tämän direktiivin mukaisesti kuluttaja ja elinkeinonharjoittaja voivat turvautua vaihtoehtoiseen riidanratkaisumenettelyyn kuluttajasopimusta koskevan erimielisyyden osalta. Jos ne päättävät tässä yhteydessä turvautua menettelyyn, jolla pyritään ratkaisemaan erimielisyys ehdottamalla tiettyä ratkaisua – kuten esimerkiksi sovittelua –, ja jos tämä menettely johtaa vastavuoroisesti hyväksyttävissä olevaan kompromissiin, tämä kompromissi konkretisoidaan yleensä sovinnolla.[43] Unionin lainsäätäjä ei ole varannut tällaisessa tapauksessa kuluttajalle oikeutta vaatia tuomioistuinta tutkimaan tätä erimielisyyttä sovintosopimuksen tekemisestä huolimatta. Unionin lainsäätäjä on päinvastoin tunnustanut, että tällaisella sopimuksella on oikeudellisia seurauksia kuluttajalle.[44] Kyseisessä direktiivissä säädetään kuitenkin takeista, joilla pyritään varmistamaan, että tällaisen sovinnon tekeminen perustuu kuluttajan vapaaehtoiseen ja tietoiseen suostumukseen.[45] Vaikka tätä samaa direktiiviä ei sovelleta sovintosopimuksiin, joita elinkeinonharjoittaja ja kuluttaja tekevät muulla tavoin kuin vaihtoehtoisessa riidanratkaisumenettelyssä,[46] siitä seuraavaa ajattelutapaa voidaan mielestäni soveltaa yleisesti.

50. Toisin kuin komissio katsoo, mielestäni Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artikla ei edellytä erilaista vastausta. Mielestäni tällä artiklalla taataan yhtäältä kuluttajalle tosiasiallinen mahdollisuus ajaa tuomioistuimessa oikeuksia, joita hänellä on direktiivin 93/13 nojalla, varmistamalla, että hänellä on käytettävissään tätä tarkoitusta varten oikeussuojakeinot, joille ei ole asetettu menettelyllisiä edellytyksiä, jotka tekevät oikeuksien käyttämisen suhteettoman vaikeaksi tai mahdottomaksi.[47] Tämän määräyksen tarkoituksena ei ole kuitenkaan pakottaa kuluttajaa käyttämään tätä mahdollisuutta, jos hän päättää tietoisesti luopua siitä. Toisaalta, vaikka myönnän, että tehokasta oikeussuojaa koskeva oikeus on niin perustavanlaatuisen tärkeä, että yksityinen ei voi luopua yleisesti oikeudestaan saattaa asiaa tuomioistuimen käsiteltäväksi, tämä tapaus on kuitenkin erotettava kohdennetusta luopumisesta, joka koskee vain tiettyä ehtoa tai riitaa.

41 Ks. julkisasiamies Trstenjakin ratkaisuehdotus Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2009:682, 40 kohta oikeustapausviittauksineen). Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 73 kohta.

42 Kuluttajariitojen vaihtoehtoisesta riidanratkaisusta sekä asetuksen (EY) N:o 2006/2004 ja direktiivin 2009/22/EY muuttamisesta 21.5.2013 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (vaihtoehtoista kuluttajariitojen ratkaisua koskeva direktiivi) (EUVL 2013, L 165, s. 63).

43 Direktiivillä 2013/11 ei tosin ratkaista sitä kysymystä, mikä on sen toimen luonne tai mitkä ovat sen toimen oikeusvaikutukset, jota on käytettävä vahvistettaessa sopimuspuolten suostumus ehdotettuun ratkaisuun, joten tämä kysymys kuuluu ratkaistavaksi kunkin jäsenvaltion lainsäädännössä. Sovinto on kuitenkin useimmin käytetty keino konkretisoida sovittelusta seuraava sovitteluratkaisu (ks. Caponi, R., ”’Just Settlement’or ’Just About Settlement’? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics”, RabelsZ, nro 79, 2015, s. 117–141).

44 Ks. direktiivin 2013/11 9 artiklan 2 kohdan c alakohta.

45 Ks. direktiivin 2013/11 9 artiklan 2 kohta, jonka sanamuotoa siteerataan tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 75.

46 Direktiiviä 2013/11 ei sen 2 artiklan 2 kohdan e alakohdan mukaan sovelleta ”kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisiin suoriin neuvotteluihin”. Korostan lisäksi, että tämän säännöksen nojalla unionin lainsäätäjä on vain jättänyt kyseisen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle sovinnot, joista on neuvoteltu suoraan elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välillä: se ei ole tässä yhteydessä kieltänyt niitä, vaikka se olisi voinut erittäin hyvin tehdä niin, jos olisi halunnut.

47 Ks. vastaavasti tuomio 1.10.2015, ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637, 59 kohta) ja tuomio 21.4.2016, Radlinger ja Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283, 56 kohta).

51. Tämän täsmennyksen jälkeen ei pidä kuitenkaan unohtaa sitä, että kuluttaja on heikommassa asemassa elinkeinonharjoittajaan nähden sekä neuvotteluaseman että tietojen puolesta.[48] Ei voida jättää huomiotta sitä riskiä, että kuluttajan luopuminen vetoamasta ehdon kohtuuttomuuteen johtuu elinkeinonharjoittajan vallan väärinkäytöstä.[49] Kun kuluttaja tekee elinkeinonharjoittajan kanssa sopimuksen, joka sisältää tällaisen luopumisen, hän ei siis voi luopua kokonaan oikeussuojasta, ja tämä heikompi asema on voitava tasoittaa tuomioistuimen ”aktiivisella toiminnalla”.[50]

52. Huomautettakoon tässä yhteydessä, että tällainen sopimus on lähtökohtaisesti sopimus, jota yhtäältä koskevat siihen sovellettavat yleiset ja erityiset sopimusoikeudelliset säännöt ja joka toisaalta kuuluu, kuten mikä tahansa elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välinen sopimus, direktiivin 93/13 soveltamisalaan.[51] Tämä sopimus sitoo kuluttajaa vain siinä tapauksessa, että se on näiden eri sääntöjen mukainen.

53. Näin ollen tuomioistuimet voivat valvoa kyseistä sopimusta.[52] Huomautettakoon lisäksi, että vaikka pääasian asianosaiset ja muut osapuolet ovat tässä tapauksessa eri mieltä siitä, voiko XZ vaatia tuomioistuinta toteamaan kiinnelainasopimuksessa alun perin olleen vähimmäiskorkoehdon kohtuuttomaksi, kun on tehty lainaa muuttava uudistamissopimus, mikään niistä ei kyseenalaista sitä, että hän voi riitauttaa tässä tuomioistuimessa tämän viimeksi mainitun sopimuksen pätevyyden.[53]

54. Mielestäni tuomioistuin voi tämän laillisuusvalvonnan yhteydessä ryhtyä ”aktiiviseen toimintaan”, joka on tarpeen kuluttajan suojelemiseksi elinkeinonharjoittajan vallan väärinkäyttöä vastaan. Tuomioistuimen on selvitettävä, myös viran puolesta, jos tällainen sopimus esitetään sille, perustuuko kuluttajan luopuminen vetoamasta tietyn ehdon kohtuuttomuuteen hänen vapaaehtoiseen ja tietoiseen suostumukseensa vai päinvastoin tällaiseen väärinkäyttöön. Tämä edellyttää muun muassa[54] sen selvittämistä, onko tämän sopimuksen ehdoista erikseen neuvoteltu vai onko elinkeinonharjoittaja päinvastoin määrännyt niistä, ja jälkimmäisessä tapauksessa sen selvittämistä, onko direktiivistä 93/13 johtuvia avoimuuden, tasapainon ja lojaliteettiperiaatteen pakottavia vaatimuksia noudatettu.

55. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa ensimmäiseen kysymykseen, että jos sopimus sitoo kuluttajaa ja elinkeinonharjoittajaa ja jos on ilmennyt vakavia epäilyksiä tämän sopimuksen jonkin ehdon mahdollisesta tämän direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta kohtuuttomuudesta ja sopimuspuolet ovat muuttaneet kyseistä ehtoa myöhemmällä sopimuksella, vahvistaneet alkuperäisen sopimuksen pätevyyden ja luopuneet vastavuoroisesti riitauttamasta sen ehtoja tuomioistuimessa, tämän direktiivin 6 artiklan 1 kohta ei ole esteenä sille, että tämä sopimus sitoo kuluttajaa, kunhan tämä sopimus perustuu hänen vapaaehtoiseen ja tietoiseen suostumukseensa.

48 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 36 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö.

49 Ks. tästä käsitteestä direktiivin 93/13 johdanto-osan yhdeksäs perustelukappale.

50 Ks. esim. tuomio 27.6.2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, 27 kohta), tuomio 6.10.2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, 31 kohta) sekä tuomio 14.4.2016, Sales Sinués ja Drame Ba (C-381/14 ja C-385/14, EU:C:2016:252, 23 kohta).

51 Kuten direktiivin 93/13 johdanto-osan kymmenennessä perustelukappaleessa todetaan, direktiiviä sovelletaan ”kaikkiin” elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisiin sopimuksiin.

52 Ks. julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, 55 kohta).

53 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 33 kohta.

54 Se, onko kuluttaja antanut vapaaehtoisesti suostumuksensa, kuuluu tahdonmuodostuksen puutteita koskevan kansallisen lainsäädännön alaan. Lisäksi on todettava kuluttajan suostumuksen tietoisesta luonteesta, että jäsenvaltioiden oikeudessa saatetaan säätää takeista, jotka koskevat uudistamisen, vahvistamisen tai sovinnon kaltaisia toimia, juuri sen varmistamiseksi, että sopimuspuolet tekevät tällaisen toimen täysin harkitusti. Ks. esim. Ranskan siviililain 1182 §, jonka mukaan velvoitteen vahvistavassa toimessa on mainittava erityisesti se, miltä osin sopimus oli virheellinen.

56. Tämän vastausehdotuksen perusteella esitän tämän ratkaisuehdotuksen toisessa osassa edellytykset, jotka edellisessä kohdassa tarkoitetun kaltaisen sopimuksen on täytettävä, jotta se olisi direktiivin 93/13 mukainen. Tässä yhteydessä sen mukaisesti, mitä olen esittänyt tämän ratkaisuehdotuksen 54 kohdassa, käsittelen ensin direktiivin 3 artiklan 1 kohdan käsitettä ”sopimusehto, josta ei ole erikseen neuvoteltu”, joka on toisen ennakkoratkaisukysymyksen kohteena (B jakso). Tämän jälkeen tutkin tämän direktiivin mukaisia avoimuuden, tasapainon ja lojaliteettiperiaatteen vaatimuksia, jotka on tuotu esiin kolmannessa, neljännessä ja viidennessä ennakkoratkaisukysymyksessä (C jakso).

B Käsite ”sopimusehto, josta ei ole erikseen neuvoteltu” (toinen ennakkoratkaisukysymys)

57. Käsitykseni mukaan ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii toisella kysymyksellään saamaan täsmennyksiä direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdan käsitteeseen ”sopimusehto, josta ei ole erikseen neuvoteltu” kyetäkseen valvomaan lainaa muuttavan uudistamissopimuksen ehtoja tämän direktiivin mukaisten avoimuuden, tasapainon ja lojaliteettiperiaatteen vaatimusten kannalta. Muistutettakoon, että kyseistä direktiiviä sovelletaan sen 3 artiklan 1 kohdan mukaan vain sopimusehtoihin, joista ei ole neuvoteltu tällä tavoin. Tässä säännöksessä asetetaan siten tätä valvontaa koskeva ennakkoehto. Tähän on mielestäni hyvä tehdä muutamia täsmennyksiä.[55]

58. Direktiivissä 93/13 ei määritellä käsitettä ”sopimusehto, josta ei ole erikseen neuvoteltu”. Tämän direktiivin 3 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä alakohdassa täsmennetään kuitenkin, että sopimusehtoa ei koskaan pidetä erikseen neuvoteltuna, jos se on ”ennakolta laadittu”, eikä kuluttaja ole ”näin ollen voinut vaikuttaa sen sisältöön”, varsinkaan ennakolta muotoiltujen ”vakiosopimusten” yhteydessä.

59. Tästä säännöksestä voidaan mielestäni johtaa useita tärkeitä tietoja. Ensinnäkin ehdosta on ”erikseen neuvoteltu” näiden käsitteiden tavanomaisessa merkityksessä, jos sopimuspuolet ovat keskustelleet sitä erikseen. Tämän jälkeen on todettava, että näin ei ole esimerkiksi silloin, jos elinkeinonharjoittaja on laatinut sen ”ennakolta”, ennen kuin on käyty mitään sopimusehtoa koskevaa keskustelua. Lopuksi, kuten komissio esittää, ratkaiseva edellytys on se, *onko kuluttajalla ollut mahdollisuutta vaikuttaa tämän ehdon sisältöön*.[56]

60. Siitä voidaan lisäksi päätellä, että ehdot, joiden sisältöön kuluttajat eivät voi vaikuttaa, sisältävät erityisesti ehdot, joita on niin sanotuissa vakiosopimuksissa eli sopimuksissa, jotka he voivat vain hyväksyä tai hylätä kokonaisuudessaan, joten heidän harkintavaltansa rajoittuu vain siihen, tekevätkö he sopimuksen elinkeinonharjoittajan kanssa vai eivät. Vakiosopimuksen käsite liittyy myös läheisesti ”yleisten sopimusehtojen” käsitteeseen eli ennalta laadittuihin vakiolausekkeisiin, joita elinkeinonharjoittaja käyttää järjestelmällisesti liikesuhteissaan kuluttajiin järkeistääkseen kustannuksiaan.

61. Vaikka yleiset sopimusehdot ja vakiosopimukset muodostavat siten direktiivin 93/13 ydinkohteen, korostan kuitenkin, että sitä sovelletaan kaikkiin ehtoihin, joista ei ole neuvoteltu. Tämän direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa vain asetetaan silloin, kun kyseessä on ennalta laadittu vakioehto, olettama siitä, että ehdosta ei ole neuvoteltu, mikä voidaan kumota päinvastaisella näytöllä, jonka esittämisestä elinkeinonharjoittajalla on todistustaakka.[57] Päinvastaisessa tapauksessa tätä olettamaa ei sovelleta ja on näin ollen kuluttajan tehtävänä osoittaa, että ehdosta ei ole neuvoteltu.

55 Tähän mennessä unionin tuomioistuin on lähinnä tyytynyt muistuttamaan kansallisia tuomioistuimia direktiivin 93/13 3 artiklan sisällöstä. Ks. määräys 16.11.2010, Pohotovosť (C-76/10, EU:C:2010:685, 57 kohta) ja määräys 3.4.2014, Sebestyén (C-342/13, EU:C:2014:1857, 24 kohta).

56 Ks. samankaltainen määritelmä, II.-1:110 §, 1 kohta, *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Von Bar, C. ym. (toim.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, s. 160). Ks. myös vastaavasti julkisasiamies Tanchevin ratkaisuehdotus OTP Bank ja OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:303, 53 kohta).

57 Vaikka direktiivin 93/13 3 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä alakohdassa pyritäänkin näet toteamaan, että ennalta laadittua ehtoa ”ei koskaan” (eli missään tapauksessa) pidetä erikseen neuvoteltuna, sen kolmannessa alakohdassa annetaan kuitenkin elinkeinonharjoittajalle mahdollisuus osoittaa, että vakioehdosta (joka on lähtökohtaisesti ennalta laadittu) on erikseen neuvoteltu.

62. Pääasian oikeudenkäynnissä on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä ratkaista, onko lainaa muuttavan uudistamissopimuksen ehdoista erikseen neuvoteltu direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla.[58] Sen tarkastelun lähtökohtana on oltava sen selvittäminen, ovatko kyseessä ennalta laaditut vakioehdot – kuten näyttää olevan.[59] Jos tilanne on tosiasiallisesti tällainen, oletetaan tämän direktiivin 3 artiklan 2 kohdan mukaisesti, että tällaisia neuvotteluja ei ole ollut, ja Ibercajan on esitettävä päinvastainen näyttö.

63. Täsmennettäköön tästä viimeksi mainitusta seikasta, että sen ratkaiseminen, onko ehdosta neuvoteltu, edellyttää sitä, että otetaan huomioon sopimuksen tekemiseen liittyneet olosuhteet, kuten komissio perustellusti esittää. Kuluttajalla on ollut mahdollisuus vaikuttaa tietyn ehdon sisältöön, jos sopimuksen tekemistä ovat edeltäneet sopimuspuolten väliset keskustelut, jotka ovat antaneet hänelle tosiasiallisen mahdollisuuden menetellä näin. Elinkeinonharjoittajan on siis esitettävä todisteita, jotka osoittavat paitsi tällaisten keskustelujen olemassaolon myös sen, että kuluttajalla on ollut näiden keskustelujen aikana aktiivinen rooli ehdon sisällön laatimisessa.[60]

64. Tässä tapauksessa havaitaan, että Ibercaja tyytyy lähinnä väittämään, että niiden tietojen mukaan, joita sisältyy sisäiseen asiakirjaan, jolla määritellään toimintamalli, jonka se oli omaksunut asiakkaidensa luottosopimuksissa olleiden vähimmäiskorkoehtojen uudelleenneuvottelun osalta,[61] alin korkotaso, jota sen työntekijät voivat ehdottaa heille tässä yhteydessä, oli 2,75 prosenttia. Se, että XZ:n kanssa tehty lainaa muuttava uudistamissopimus sisältää 2,35 prosentin vähimmäiskorkoehdon, osoittaisi siis, että siitä on neuvoteltu sopimuspuolten kesken. On ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä ratkaista näiden tietojen todistusarvo – ne mielestäni tuskin riittävät osoittamaan edellisessä kohdassa mainittuja seikkoja.[62]

65. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa toiseen kysymykseen siten, että sopimusehdosta ei ole erikseen neuvoteltu direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla, jos kuluttajalla ei ole ollut tosiasiallista mahdollisuutta vaikuttaa sen sisältöön. Tätä seikkaa on arvioitava sopimuksen tekemiseen liittyneiden olosuhteiden ja erityisesti sopimuspuolten välillä tämän ehdon kohteena olevasta aiheesta käytyjen keskustelujen laajuuden perusteella. Jos kyseessä on ennalta laadittu vakioehto, elinkeinonharjoittajan on esitettävä tämän direktiivin 3 artiklan 2 kohdan mukaisesti näyttö siitä, että siitä on neuvoteltu tällä tavoin.

C Direktiivistä 93/13 johtuvien avoimuutta, tasapainoa ja lojaliteettiperiaatteen mukaisuutta koskevien vaatimusten valvonta (kolmas, neljäs ja viides ennakkoratkaisukysymys)

66. Jos katsotaan, että lainaa muuttavan uudistamissopimuksen ehdoista ei ole erikseen neuvoteltu direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee unionin tuomioistuimelta kolmannella, neljännellä ja viidennellä kysymyksellään, sopivatko tämän sopimuksen kaksi pääasiallista ehtoa yhteen tästä direktiivistä johtuvien avoimuutta, tasapainoa

58 Ks. vastaavasti tuomio 16.1.2014, Constructora Principado (C-226/12, EU:C:2014:10, 19 kohta) ja määräys 24.10.2019, Topaz (C-211/17, ei julkaistu, EU:C:2019:906, 46 kohta).

59 Ibercaja myönsi itse, että tällaisten sopimusten tekeminen sen asiakkaiden kanssa perustui yleiseen toimintamalliin (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 22 kohta). Tribunal Supremo totesi lisäksi 11.4.2018 antamassaan tuomiossa, joka edellä mainitsemallani tavalla koskee samanlaisia sopimuksia kuin nyt käsiteltävä asia, että tämän sopimuksen ehdoista ei ollut erikseen neuvoteltu, joten niitä voitiin valvoa direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohtaan perustuvan avoimuutta koskevan vaatimuksen kannalta (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 26 ja 82 kohta).

60 Samansuuntaisesti pelkästään se, että elinkeinonharjoittaja selittää ehdon sisällön kuluttajalle, ei merkitse neuvottelua. Sama pätee siihen, että kuluttaja ei vastusta ehdon sisältöä eikä pyydä selittämään sen sisältöä. Sitä vastoin se, että ehdon sisältöä on muutettu sopimuspuolten välisissä keskusteluissa, on indisio siitä, että siitä on erikseen neuvoteltu. Jos kuluttaja on elinkeinonharjoittajan selitykset kuultuaan tehnyt vastaehdotuksen ja sopimuspuolet ovat keskusteluissa päätyneet kompromissiin, on katsottava, että ehdosta on neuvoteltu (ks. em. Von Bar, C. ym., s. 161 ja 162).

61 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 22 kohta.

62 Sekään, että lainaa muuttava uudistamissopimus sisältää käsin kirjoitetun ehdon, jolla kuluttaja todistaa ymmärtävänsä vähimmäiskorkoehdon mekanismin (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 14 kohta), ei ole omiaan osoittamaan, että tästä ehdosta olisi erikseen neuvoteltu (ks. vastaavasti määräys 24.10.2019, Topaz (C-211/17, ei julkaistu, EU:C:2019:906, 47–51 kohta), eikä etenkään ehdosta, joka merkitsee vastavuoroista luopumista kanteiden nostamisesta tuomioistuimessa.

ja lojaliteettiperiaatteen mukaisuutta koskevien vaatimusten kanssa: yhtäältä ehto, joka merkitsee vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa; toisaalta uusi vähimmäiskorkoehto, jolla muutetaan XZ:aa ja Ibercajaa sitovan kiinnelainasopimuksen vähimmäiskorkoa. Tutkin nämä kaksi ehtoa peräjälkeen.

1. Vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa koskevan ehdon valvonta

67. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kolmas ja viides kysymys koskevat lähinnä sitä, onko direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohtaa, luettuna sen liitteessä olevan 1 kohdan q alakohdan kanssa, tulkittava siten, että ehto, joka merkitsee vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa ja josta ei ole erikseen neuvoteltu, on kyseisessä 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla kohtuuton, jos yhtäältä se estää kuluttajaa käyttämästä oikeuksia, jotka ovat ilmenneet tämän sopimuksen tekemisen jälkeen, kuten mahdollisuus vaatia vähimmäiskorkoehdon nojalla suoritettujen summien palauttamista,[63] ja jos toisaalta siinä ei ilmoiteta kuluttajalle viimeksi mainitun ehdon tai summien, joiden palauttamisen vaatimiseen hänellä saattaisi olla oikeus, mahdollisesta kohtuuttomuudesta.

68. Tässä yhteydessä on muistettava, että direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdan mukaisesti sopimusehtoa, josta ei ole erikseen neuvoteltu, pidetään kohtuuttomana, jos se *hyvän tavan* vastaisesti aiheuttaa kuluttajan vahingoksi *huomattavan epätasapainon* osapuolten sopimuksesta johtuvien oikeuksien ja velvollisuuksien välille. Tämän direktiivin 5 artiklassa säädetään lisäksi, että jos on kyse sopimuksesta, jonka kuluttajalle esitetyt ehdot on laadittu kirjallisesti, ehdot on aina laadittava selkeästi ja ymmärrettävästi, ja tällä viimeksi mainitulla vaatimuksella on yleisesti ymmärretty asetettavan *avoimuutta* koskeva pakottava vaatimus. Lisäksi kyseisen direktiivin liitteessä olevan 1 kohdan q alakohdassa pidetään ehtoina, jotka voivat olla kohtuuttomia, ehtoja, joiden tarkoituksena tai seurauksena on ”kuluttajan oikeuden nostaa kanne tai käyttää muita oikeuskeinoja poissulkeminen tai rajoittaminen”.

69. Komissio väittää tässä yhteydessä, että ehto, joka merkitsee vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa ja josta ei ole erikseen neuvoteltu direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla – kuten tilanne on todennäköisesti lainaa muuttavaan uudistamissopimukseen sisältyvän ehdon osalta –, on *sellaisenaan kohtuuton*, ilman että tarvittaisiin tätä koskevaa täydentävää tutkimusta.[64]

70. Katson omasta puolestani tämän ratkaisuehdotuksen A jaksossa annettujen selvitysten mukaisesti, että vastauksen on oltava moniulotteisempi. Sen lisäksi, että direktiivin 93/13 liitteessä oleva luettelo on sen 3 artiklan 3 kohdan mukaan vain ohjeellinen ja että näin ollen sopimusehtoa ei voida pitää kohtuuttomana yksinomaan sillä perusteella, että se mainitaan siinä,[65] on näet mielestäni pidettävä mielessä *etukäteen tapahtuvan luopumisen* ja *jälkikäteen tapahtuvan luopumisen* välinen ero.

71. Yhtäältä ehtoa, joka merkitsee luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa ja joka sisältyy myyntisopimukseen tai palvelujen suorittamisesta tehtyyn sopimukseen, on tosiasiallisesti pidettävä sellaisenaan kohtuuttomana. Kuten olen näet todennut tämän ratkaisuehdotuksen 43 ja 44 kohdassa, kuluttaja ei voi koskaan luopua etukäteen oikeussuojasta ja oikeuksista, joita hänellä on direktiivin 93/13 nojalla. Tässä yhteydessä on varsin merkityksetöntä, että tämä luopuminen on vastavuoroista.

63 Ks. tuomio Gutiérrez Naranjo, 62 kohta.

64 Ks. oikeuspaikkalausekkeesta, josta ei ole erikseen neuvoteltu ja jossa toimivalta annetaan elinkeinonharjoittajan kotipaikan tuomioistuimille, tuomio 27.6.2000, Océano Grupo Editorial ja Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, 24 kohta).

65 Ks. tuomio 19.9.2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, 45, 46 ja 49 kohta oikeustapausviittauksineen).

72. Toisaalta sitä vastoin katson, että direktiivi 93/13 ei ole lähtökohtaisesti esteenä sopimusehdoille, joiden nojalla luovutaan vastavuoroisesti nostamasta kannetta tuomioistuimessa, jos niistä määrätään sopimuksissa, joiden varsinaisena tarkoituksena on elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisen erimielisyyden ratkaiseminen, kuten sovinnon yhteydessä.

73. Kuten olen todennut tämän ratkaisuehdotuksen 47 kohdassa, tällaisessa asiayhteydessä näet ehdon, jolla luovutaan kanteen nostamisesta tuomioistuimessa, voidaan katsoa kuuluvan tällaisen sopimuksen ”pääkohteeseen” direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla. Muistutettakoon, että unionin tuomioistuimen mukaan tämän käsitteen piiriin kuuluvat sopimusehdot ovat ehtoja, joilla vahvistetaan sopimuksen olennaiset suoritukset ja jotka sellaisenaan määrittävät sopimusta.[66] Tässä yhteydessä erityisesti sovintoon sisältyvä ehto, joka merkitsee luopumista kaikista oikeuksista, kanteista ja vaatimuksista, jotka liittyvät riitaan, joka on johtanut siihen, ja estää samanlaisen kanteen nostamisen tuomioistuimessa tai tällaisen kanteen ajamisen jatkamisen, on varsinainen kohde.[67]

74. Tämän 4 artiklan 2 kohdan nojalla sopimusehtojen mahdollisen kohtuuttomuuden arviointi ei lähtökohtaisesti saa koskea ”sopimuksen pääkohteen” piiriin kuuluvia ehtoja.[68] Siltä osin kuin ehto, joka merkitsee luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa, kuuluu kahdessa edellisessä kohdassa tarkoitettuun erityiseen asiayhteyteen, sitä ei siis voida sellaisenaan pitää kohtuuttomana.

75. Tässä erityisessä asiayhteydessä tällainen ehto ei ole mielestäni myöskään kohtuuton pelkästään sillä perusteella, että se saattaa estää kuluttajaa käyttämästä oikeuksia, jotka ovat ilmenneet ehdon sisältävän sopimuksen tekemisen jälkeen. Tilanne on tässä tapauksessa sellainen, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa viidennessä kysymyksessään, sen palautusta koskevan oikeuden osalta, joka XZ:lla on direktiivin 93/13 6 artiklan 1 kohdan nojalla. Muistutettakoon tässä yhteydessä, että Tribunal Supremo oli vähimmäiskorkoehtoja koskevassa 9.5.2013 antamassaan tuomiossa rajoittanut tuomionsa ajallisia vaikutuksia siten, että sen ei pitänyt koskea ennen tuomion julistamispäivää suoritettuja maksuja. Tämä sopimus tehtiin 4.3.2014 eli tämän tuomion jälkeen mutta kaksi vuotta ennen 21.12.2016 annettua tuomiota Gutiérrez Naranjo, jossa unionin tuomioistuin totesi, että kyseinen 6 artiklan 1 kohta on esteenä tällaiselle rajoitukselle.[69] Sopimusehdon kohtuuttomuutta on arvioitava kuitenkin *kyseessä olevan sopimuksen tekohetken kannalta* ja ottaen huomioon kaikki seikat, joista elinkeinonharjoittaja saattoi olla sopimuksen tekohetkellä tietoinen ja jotka olivat omiaan vaikuttamaan tämän sopimuksen myöhempään täyttämiseen.[70]

66 Ks. tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 49 ja 50 kohta) sekä tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 35 ja 36 kohta).

67 Ks. Espanjan siviilikoodeksin 1816 § ja Caponi, R., ”Agreements Resulting from Mediation: Judiciation Review, Avoidance, and Enforcement” teoksessa Stürner, M. ym., *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2013, Sellier, s. 149 ja sitä seuraavat sivut.

68 Tämän säännöksen mukaisesti ”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”. Ks. tuomio 3.6.2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, 31, 35 ja 40 kohta) sekä tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 41 kohta).

69 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 21 ja 23 kohta.

70 Ks. vastaavasti tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 54 kohta).

76. On ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä selvittää pääasian oikeudenkäynnissä, kuuluuko lainaa muuttavaan uudistamissopimukseen sisältyvä vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa koskeva ehto tosiasiallisesti direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun ”sopimuksen pääkohteeseen”. Tämä riippuu esimerkiksi siitä, onko kyseessä tosiasiallisesti sovinto, kuten Ibercaja väittää. [71]

77. Tarkastelun ei kuitenkaan pidä missään tapauksessa jäädä tähän. Muistutettakoon näet, että direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdan mukaisesti sopimusehtojen kohtuuttoman luonteen arviointi ei saa koskea ”sopimuksen pääkohteen” ehtoja, *jos ehdot on laadittu selkeästi ja ymmärrettävästi*. Tämän direktiivin 5 artiklassa olevaa avoimuuden pakottavaa vaatimusta on siis noudatettava näidenkin ehtojen osalta.

78. Unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä on katsottu tässä yhteydessä, että tämä avoimuuden vaatimus ei voi rajoittua ainoastaan sopimusehtojen muodolliseen ja kieliopilliseen ymmärrettävyyteen. [72] Direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa ja 5 artiklassa edellytetään näiden ehtojen *asiallisen avoimuuden* valvontaa. [73] Sopimusehto on asiallisesti avoin, jos tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen keskivertokuluttaja kykenee ymmärtämään siitä hänelle koituvat (sekä oikeudelliset että taloudelliset) seuraukset. On erityisesti selvitettävä, esitetäänkö riidanalaisessa sopimuksessa avoimesti kyseisen ehdon kohteena olevan mekanismin perusteet ja erityispiirteet. Tässä yhteydessä on merkitystä myös elinkeinonharjoittajan mainonnalla ja sen ennen sopimuksen tekemistä sopimusehdoista ja niistä kuluttajalle aiheutuvista seurauksista antamilla tiedoilla. [74]

79. Kun kyseessä on sopimusehto, joka merkitsee vastavuoroista luopumista riitauttamasta tuomioistuimessa olemassa olevan, sovinnon kaltaiseen sopimukseen sisältyvän ehdon pätevyyttä, keskivertokuluttaja kykenee mielestäni ymmärtämään siitä hänelle koituvat oikeudelliset ja taloudelliset seuraukset, jos hän on tämän sopimuksen tekohetkellä tietoinen virheestä, joka saattaa rasittaa tätä viimeksi mainittua ehtoa, oikeuksista, joita hänellä saattoi olla tässä yhteydessä direktiivin 93/13 nojalla, siitä, että hän saattoi vapaasti tehdä tämän sopimuksen tai kieltäytyä siitä ja saattaa asian tuomioistuimen käsiteltäväksi, sekä siitä, että hän ei voisi tehdä sitä enää sopimuksen tekemisen jälkeen. [75] On ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä selvittää tämä pääasian yhteydessä lainaa muuttavan uudistamissopimuksen määräysten ja Ibercajan XZ:lle ennen sopimuksen tekemistä antamien tietojen perusteella.

71 Tribunal Supremo katsoi tuomiossaan 11.4.2018, että sovinnon edellytykset, siten kuin niistä säädetään siviilikoodeksin 1809 §:ssä (ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 16), täyttyivät pääasian kohteena olevan kaltaisen sopimuksen osalta, koska sopimuspuolet olivat sopineet ratkaisevansa lopullisesti epävarman tilanteen, joka koski vähimmäiskorkoehtojen voimassaoloa, luopumalla tuomioistuimessa nostettavista kanteista vastavuoroisia myönnytyksiä vastaan: yhtäältä luottolaitos, joka sai hyväkseen tietyn vähimmäiskoron, suostui tämän koron alentamiseen, toisaalta kuluttaja, joka ei halunnut vähimmäiskorkoehtoa, suostui maksamaan alemman vähimmäiskoron kuin alun perin oli vahvistettu (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 26 kohta). Tuomari Orduña Moreno puolestaan esitti eriävässä mielipiteessään, että tämä sopimus ei ollut sovinto, koska kyseisestä sopimuksesta ei ilmennyt, että sopimuspuolten välillä olisi ollut riitatilanne. Samoin Audiencia Provincial de Badajoz (Badajozin maakunnallinen ylioikeus, Espanja), joka antoi 26.4.2018 antamassaan tuomiossa nro 168/2018 ratkaisun samankaltaisesta sopimuksesta, totesi, että ei voitu puhua sovinnosta, koska sopimuspuolten välillä ei ollut riitatilannetta. Olen itse epävarma Tribunal Supremon tätä koskevasta analyysistä (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 80 kohta).

72 Ks. tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 71 ja 72 kohta) sekä tuomio 20.9.2018, EOS KSI Slovensko (C-448/17, EU:C:2018:745, 61 kohta).

73 Ks. tuomio Gutiérrez Naranjo, 48–51 kohta.

74 Ks. esim. tuomio 30.4.2014, Kásler ja Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, 73 ja 74 kohta) sekä tuomio 5.6.2019, GT (C-38/17, EU:C:2019:461, 35 kohta). Unionin tuomioistuin on näet toistuvasti todennut, että ennen sopimuksen tekemistä käytettävissä olevilla tiedoilla on kuluttajalle perustavanlaatuinen merkitys. Kuluttaja päättää nimenomaan näiden tietojen perusteella, haluaako hän sitoutua elinkeinonharjoittajan aiemmin laatimiin ehtoihin. Ks. esim. tuomio 21.3.2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, 44 kohta) sekä tuomio 20.9.2017, Andriciuc ym. (C-186/16, EU:C:2017:703, 48 kohta).

75 Mielestäni tässä yhteydessä on mahdollista ottaa vaikutteita tämän ratkaisuehdotuksen 49 kohdassa mainituista takeista, joista unionin lainsäätäjä on säätänyt direktiivissä 2013/11. Kyseisen direktiivin 9 artiklan 2 kohdan mukaan ”vaihtoehtoisissa riidanratkaisumenettelyissä, joissa pyritään ratkaisemaan riita ehdottamalla ratkaisua, jäsenvaltioiden on varmistettava, että – – b) osapuolille ilmoitetaan ennen ehdotetun ratkaisun hyväksymistä tai sen noudattamista, että i) ne voivat valita, hyväksyvätkö ne ehdotetun ratkaisun tai noudattavatko ne sitä; ii) osallistuminen menettelyyn ei sulje pois mahdollisuutta hakea oikeussuojaa oikeudenkäyntimenettelyssä; iii) ratkaisuehdotus saattaa olla erilainen kuin lainsäädäntöä soveltavan tuomioistuimen antama ratkaisu; c) osapuolille ilmoitetaan ennen ratkaisuehdotuksen hyväksymistä tai noudattamista tällaisen ratkaisuehdotuksen hyväksymisen tai noudattamisen oikeudellisista vaikutuksista; d) osapuolilla on kohtuullinen harkinta-aika, ennen kuin he antavat suostumuksensa ratkaisuehdotukseen tai sovintoratkaisuun”.

80. Tämän tuomioistuimen pitäisi tässä yhteydessä selvittää yhtäältä, oliko XZ ennen lainaa muuttavan uudistamissopimuksen tekemistä todella tietoinen virheestä, joka saattoi rasittaa kiinnelainasopimuksen vähimmäiskorkoehtoa, ja oikeuksista, joita hänellä saattoi mahdollisesti olla direktiivin 93/13 nojalla. Huomautettakoon tässä yhteydessä vain, että ei ole varmaa, oliko XZ edes tehnyt Ibercajalle valitusta, jossa hän olisi vaatinut tämän ehdon poistamista, ja oliko tämä pankki esittänyt kyseisen sopimuksen niin, että se ei ollut sovinto, joka perustui tätä kohtaa koskevan sopimuspuolten välisen riidan olemassaoloon,[76] vaan uudistamissopimus, jolla oli tarkoitus mukauttaa kiinnelainasopimusta taloudellisten suhdanteiden muutoksiin. Tässä sopimuksessa sovittu vastavuoroista luopumista koskeva ehto on sellaisenaan moniselitteinen, koska se on erityisen laaja: sitä ei ole kohdistettu vähimmäiskorkoehdon voimassaoloa koskevaan kysymykseen, vaan se kattaa kiinnelainasopimuksen kaikki ehdot.

81. Kyseisen tuomioistuimen pitää selvittää toisaalta, oliko Ibercaja ilmoittanut XZ:lle siitä, että hän sai vapaasti tehdä tämän sopimuksen tai kieltäytyä siitä ja saattaa asian tuomioistuimeen, ja siitä, että hän ei voisi enää tehdä sitä sopimuksen tekemisen jälkeen.[77] Tässä yhteydessä on niin ikään tärkeää tietää, onko XZ:lla ollut kohtuullinen harkinta-aika ennen päätöksensä ilmoittamista. Tässä yhteydessä totean vain, että on kiistatonta, että hänelle ei ollut toimitettu etukäteen sopimusluonnosta[78] ja että hänellä ei ollut myöskään tilaisuutta viedä sitä mukanaan kotiinsa, koska hän joutui tekemään päätöksen paikan päällä.

82. Tribunal Supremo tosin totesi 11.4.2018 antamassaan tuomiossa, että XZ:n kanssa tehdyn kaltainen sopimus täytti avoimuutta koskevan pakottavan vaatimuksen sillä perusteella, että sen vähimmäiskorkoehtoja koskenut 9.5.2013 annettu tuomio oli suuren yleisön tiedossa ja että tämä sopimus sisälsi käsin kirjoitetun ehdon, jolla kuluttaja tunnusti ymmärtäneensä uuden vähimmäiskorkoehdon merkityksen. Minulla on kuitenkin epäilyksiä tämän päätelmän osalta. Tuomion mahdollinen yleinen tunnettuus ei näet mielestäni riitä vapauttamaan elinkeinonharjoittajaa velvollisuudestaan laatia avoimia ehtoja ja toimia muutenkin yhtä avoimesti sopimuksen tekemistä edeltävässä vaiheessa. Toisaalta en ole varma siitä, että käsin kirjoitettu ehto, jonka mallin on antanut pankki ja jossa viitataan siihen, että kuluttaja on ymmärtänyt, että hänen korkokantansa ei laske tietyn kynnyksen alapuolelle, olisi omiaan osoittamaan viimeksi mainitun ymmärtäneen sen luopumisen merkityksen, johon hän on juuri suostunut.

83. Siinä tapauksessa, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin vahvistaisi, että lainaa muuttavan uudistamissopimuksen mukainen vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa koskeva ehto ei ole avoin, tästä seuraisi, että se voisi valvoa tämän ehdon kohtuuttomuutta, vaikka se kuuluisi direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla ”sopimuksen pääkohteeseen”. Tällainen avoimuuden puuttuminen riittäisi kuitenkin mielestäni kyseessä olevan kaltaisen sopimuksen erityisessä asiayhteydessä siihen, että kyseisen ehdon todetaan olevan ristiriidassa direktiivin kanssa, eikä olisi edes tarpeen tutkia sen 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja huomattavaa epätasapainoa ja lojaliteettiperiaatetta koskevia kriteereitä. Jo avoimuuden puuttumisen takia luopumista koskevan

76 Esim. sellaisten sopimusten osalta, joilla annetaan toimivalta rajatylittävissä kuluttajariidoissa (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 38 kohta), katsotaan, että riita syntyy sopimuspuolten kesken, heti kun he ovat erimielisiä tietystä kohdasta ja ilmoitetaan, että oikeudenkäynti on tulossa välittömästi tai lähiaikoina (ks. tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden täytäntöönpanosta yksityisoikeuden alalla 27.9.1968 tehtyä yleissopimusta koskeva P. Jenardin kertomus (EYVL 1979, C 59, s. 1), s. 33). Pelkkä kuluttajan reklamaatio ei riitä, jotta tilanteen voitaisiin katsoa olevan tällainen: lisäksi edellytetään, että elinkeinonharjoittaja on kieltäytynyt hyväksymästä reklamaatiota (em. Nielsen, P. A., s. 520).

77 Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittää, tämä ei merkitse sitä, että elinkeinonharjoittajan pitäisi mainita täsmällinen summa, josta kuluttaja luopuu. Tällainen vaatimus vaikuttaisi minusta epärealistiselta sovintoa koskevan neuvottelun yhteydessä. Unionin tuomioistuin valvoo avoimuutta koskevan pakottavan vaatimuksen yhteydessä myös sitä, ettei mennä pidemmälle kuin elinkeinonharjoittajalta voidaan kohtuudella odottaa (ks. tuomio 19.9.2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, 69 kohta)). Lisäksi tässä tapauksessa pankki ei voinut hetkellä, jona lainaa muuttava uudistamissopimus tehtiin, kohtuudella tietää, että XZ saattaisi saada tällaisen oikeuden palautukseen (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 75 kohta).

78 Direktiivin 93/13 johdanto-osan 20. perustelukappaleessa täsmennetään, että kuluttajalle on tosiasiallisesti annettava tilaisuus tutkia kaikki ehdot. Unionin tuomioistuin on lisäksi jo todennut, että se, että kuluttaja saa sopimuksen etukäteen, myötävaikuttaa avoimuutta koskevan pakottavan velvoitteen noudattamiseen. Ks. vastaavasti määräys 24.10.2019, Topaz (C-211/17, ei julkaistu, EU:C:2019:906, 50 kohta).

ehdon ei nimittäin voisi katsoa perustuvan kuluttajan ”tietoiseen suostumukseen”[79]. Lisäksi avoimuuden puute ja sen tarkoittama tiedon epäsymmetria antaisivat aiheen olettaa, että kyse on huomattavasta epätasapainosta, ja ne viittaisivat siihen, että Ibercaja ei ole noudattanut lojaliteettiperiaatetta.[80]

84. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa kolmanteen ja viidenteen kysymykseen siten, että ehto, joka merkitsee vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa ja josta ei ole erikseen neuvoteltu, on direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla kohtuuton, ellei tästä ehdosta määrätä sopimuksessa, jonka varsinaisena kohteena on kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisen olemassa olevan erimielisyyden ratkaiseminen. Siinäkin tapauksessa tällaisen ehdon on kuitenkin oltava tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan mukaisen avoimuutta koskevan pakottavan vaatimuksen mukainen. Jos tällaisen sopimuksen ehto merkitsee vastavuoroista luopumista olemassa olevan sopimusehdon pätevyyden riitauttamisesta tuomioistuimessa, tavanomaisesti valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan oletetaan kykenevän ymmärtämään siitä hänelle koituvat oikeudelliset ja taloudelliset seuraukset, jos hän on tämän sopimuksen tekohetkellä tietoinen virheestä, joka saattaa rasittaa tätä viimeksi mainittua ehtoa, oikeuksista, joita hänellä saattoi olla tässä yhteydessä direktiivin 93/13 nojalla, siitä, että hän saattoi vapaasti tehdä tämän sopimuksen tai kieltäytyä siitä ja saattaa asian tuomioistuimen käsiteltäväksi, sekä siitä, että hän ei voisi tehdä sitä enää sopimuksen tekemisen jälkeen.

2. Uuden vähimmäiskorkoehdon valvonta

85. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee neljännellä kysymyksellään, rasittaako lainaa muuttavassa uudistamissopimuksessa määrätyn uuden vähimmäiskorkoehdon kaltaista ehtoa direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa ja 5 artiklassa tarkoitettu avoimuuden puuttuminen sillä perusteella, että pankki ei ole ilmoittanut kuluttajalle tässä sopimuksessa tämän ehdon todellisia taloudellisia kustannuksia, jotta hän saisi selville korkokannan, jota sovellettaisiin, ja kuukausierät, joita hänen pitäisi maksaa, jos tätä ehtoa ei olisi.

86. Pääasiassa on todennäköistä, että uusi vähimmäiskorkoehto kuuluu direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun lainaa muuttavan uudistamissopimuksen pääkohteeseen riippumatta siitä, miten tätä sopimusta on kansallisen lainsäädännön mukaan luonnehdittava oikeudellisesti. Jos näet kyseisen sopimuksen tarkoituksena on, kuten XZ väittää, uudistaa kiinnelainasopimuksessa alun perin ollut vähimmäiskorkoehto, tämä uusi ehto voi olla vain sen pääkohde. Jos saman sopimuksen tarkoituksena on, kuten Ibercaja ja Espanjan hallitus väittävät, ratkaista lopullisesti riita vastavuoroisilla myönnytyksillä, kyseinen ehto kuuluu myös pääkohteeseen, koska siinä konkretisoidaan näitä myönnytyksiä.

87. Kuten olen edellä todennut, myös sellaisen ehdon, joka kuuluu tämän 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun ”sopimuksen pääkohteeseen”, on kuitenkin täytettävä avoimuutta koskeva pakottava vaatimus. Kuten olen muistuttanut tässä ratkaisuehdotuksessa, sopimusehto on avoin, jos keskivertokuluttaja kykenee ymmärtämään siitä hänelle aiheutuvat taloudelliset seuraukset. Kun kyseessä on vähimmäiskorkoehto, ehdon sisältävässä sopimuksessa on esitettävä avoimesti tämän ehdon kohteena olevan mekanismin perusteet ja erityispiirteet.[81] Tribunal Supremo on esittänyt tältä osin 9.5.2013 antamassaan tuomiossa edellytyksiä, jotka koskevat tämäntyyppisten ehtojen käyttöä

79 Ks. ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen ehdottamani vastaus.

80 Unionin tuomioistuin on todennut, että jotta voidaan ratkaista, onko sopimusehdon aiheuttama epätasapaino luotu direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla ”hyvän tavan vastaisesti”, kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, voisiko kuluttajaa lojaalisti ja kohtuullisesti kohteleva elinkeinonharjoittaja perustellusti odottaa, että kuluttaja olisi yksilöllisissä sopimusneuvotteluissa hyväksynyt tällaisen ehdon. Ks. esim. tuomio 14.3.2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, 69 kohta).

81 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen78 kohta.

luottosopimuksissa,[82] ja niillä mielestäni konkretisoidaan avoimuuden pakottava vaatimus, jonka unionin tuomioistuin on yleisluontoisesti asettanut. Näitä edellytyksiä on noudatettava tässä tapauksessa riippumatta siitä, että lainaa muuttava uudistamissopimus ei ole sellaisenaan luottosopimus. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on selvittää tämä.

88. On kuitenkin käsiteltävä kahta erityistä seikkaa. Yhtäältä en ole varma siitä, että luottolaitoksen voitaisiin edellyttää selittävän tulevat kuukausierät, joita kuluttajan pitäisi maksaa, jos vähimmäiskorkoehtoa ei olisi. Koska näet korkokanta riippuu taloudellisista suhdanteista, jotka ovat harvoin ennakoitavissa, tällainen vaatimus ei mielestäni ole kohtuullinen.[83] Elinkeinonharjoittajan on enintään esitettävä, kuten Tribunal Supremo on oikeuskäytännössään korostanut, ennusteet korkokannan sopimuksentekopäivänä kohtuudella ennakoitavasta vaihtelusta. Toisaalta katson, että kuluttajan laatima käsin kirjoitettu ehto,[84] jolle Tribunal Supremo antoi 11.4.2018 antamassaan tuomiossa ratkaisevan painoarvon osoituksena avoimuuden pakottavan vaatimuksen noudattamisesta, on kiistatta merkityksellinen indisio, mutta tällainen ehto ei voi yksinään olla ratkaiseva. Tämä käsin kirjoitettu ehto tosin osoittaa, että kuluttajan huomiota on kiinnitetty vähimmäiskorkoehdon vaikutuksiin. Tämä ehto ei kuitenkaan riitä osoittamaan, että unionin tuomioistuimen ja Tribunal Supremon asettamia avoimuutta koskevia ankaria vaatimuksia olisi noudatettu. Tämä käsin kirjoitettu ehto on siis mielestäni indisio, jota on täydennettävä muilla yhtäpitävillä seikoilla.

89. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa neljänteen kysymykseen, että vähimmäiskorkoehtoa, josta ei ole erikseen neuvoteltu, on pidettävä direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa ja 5 artiklassa tarkoitetulla tavalla avoimena, jos kuluttaja kykenee ymmärtämään siitä hänelle aiheutuvat taloudelliset seuraukset. Ehdon sisältävässä sopimuksessa on erityisesti esitettävä avoimesti kyseisen ehdon kohteena olevan mekanismin perusteet ja erityispiirteet. Elinkeinonharjoittajan ei voida sitä vastoin edellyttää esittävän tulevia kuukausieriä, jotka asiakkaan pitäisi maksaa, jos tätä ehtoa ei olisi.

V Ratkaisuehdotus

90. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruelin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

1) Jos sopimus sitoo kuluttajaa ja elinkeinonharjoittajaa ja jos on ilmennyt vakavia epäilyksiä tämän sopimuksen jonkin ehdon mahdollisesta kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista 5.4.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/13/ETY 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta kohtuuttomuudesta ja sopimuspuolet ovat muuttaneet kyseistä ehtoa myöhemmällä sopimuksella, vahvistaneet alkuperäisen pätevyyden ja luopuneet vastavuoroisesti riitauttamasta sen ehtoja tuomioistuimessa, tämän direktiivin 6 artiklan 1 kohta ei ole esteenä sille, että tämä sopimus sitoo kuluttajaa, kunhan tämä sopimus perustuu hänen vapaaehtoiseen ja tietoiseen suostumukseensa.

82 Tribunal Supremo on todennut, että vähimmäiskorkoehto ei ole avoin, jos a) siinä ei ole riittävän selkeitä tietoja siitä, että kyseessä on seikka, jolla määritellään sopimuksen pääasiallinen kohde; b) ehdot lisätään samaan aikaan kuin enimmäiskorkoehdot ja esitetään sen vastikkeena; c) ei ole olemassa simulaatioita erilaisista skenaarioista, jotka koskisivat korkokannan sopimuksentekopäivänä kohtuudella odotettavissa olevaa kehitystä; d) ei ole olemassa selkeitä ja ymmärrettäviä etukäteistietoja kustannuksista verrattuna luottolaitoksen muihin lainamuotoihin – mikäli niitä on olemassa – tai ilmoitusta asiakkaalle siitä, että näitä muotoja ei hänen asiakasprofiilinsa vuoksi tarjota, ja e) vähimmäiskorkoehto sisältyy valtavaan tietomäärään, johon se häviää ja joka vie kuluttajan huomion vääriin asioihin.

83 Tällä ylitettäisiin mielestäni huomattavasti vaatimukset, jotka on asetettu erityisesti direktiivissä 2014/17, joka ei ole ajallisesti sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan mutta joka tarjoaa kuitenkin hyödyllisen vertailukohdan. Tämän direktiivin 14 artiklassa näet säädetään, että luotonantajan on täytettävä ennen sopimuksen tekoa annettavia tietoja koskeva velvollisuutensa käyttämällä kyseisen direktiivin liitteessä II olevaa eurooppalaista standardoitua tietosivua (ESIS). Tämän liitteen 3 kohdan, jonka otsikkona on ”Lainan pääominaisuudet”, 6 alakohdassa määrätään ainoastaan, että ”tässä kohdassa on selitettävä, onko lainakorko kiinteä vai vaihtuva, ja ilmoitettava tarvittaessa jaksot, joina lainakorko pysyy kiinteänä, sekä lainakoron tarkistusten tiheys ja lainakoron vaihtelulle mahdollisesti asetetut rajat, kuten ylä- ja alarajat”.

84 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 14 kohta.

2) Sopimusehdosta ei ole erikseen neuvoteltu direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla, jos kuluttajalla ei ole ollut tosiasiallista mahdollisuutta vaikuttaa sen sisältöön. Tätä seikkaa on arvioitava sopimuksen tekemiseen liittyneiden olosuhteiden ja erityisesti sopimuspuolten välillä tämän ehdon kohteena olevasta aiheesta käytyjen keskustelujen laajuuden perusteella. Jos kyseessä on ennalta laadittu vakioehto, elinkeinonharjoittajan on esitettävä tämän direktiivin 3 artiklan 2 kohdan mukaisesti näyttö siitä, että siitä on neuvoteltu tällä tavoin.

3) Ehto, joka merkitsee vastavuoroista luopumista kanteen nostamisesta tuomioistuimessa ja josta ei ole erikseen neuvoteltu, on direktiivin 93/13 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla kohtuuton, ellei tästä ehdosta määrätä sopimuksessa, jonka varsinaisena kohteena on kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisen olemassa olevan erimielisyyden ratkaiseminen. Siinäkin tapauksessa tällaisen ehdon on kuitenkin oltava tämän direktiivin 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan mukaisen avoimuutta koskevan pakottavan vaatimuksen mukainen. Jos tällaisen sopimuksen ehto merkitsee vastavuoroista luopumista olemassa olevan sopimusehdon pätevyyden riitauttamisesta tuomioistuimessa, tavanomaisesti valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan oletetaan kykenevän ymmärtämään siitä hänelle koituvat oikeudelliset ja taloudelliset seuraukset, jos hän on tämän sopimuksen tekohetkellä tietoinen virheestä, joka saattaa rasittaa tätä viimeksi mainittua ehtoa, oikeuksista, joita hänellä saattoi olla tässä yhteydessä direktiivin 93/13 nojalla, siitä, että hän saattoi vapaasti tehdä tämän sopimuksen tai kieltäytyä siitä ja saattaa asian tuomioistuimen käsiteltäväksi, sekä siitä, että hän ei voisi tehdä sitä enää sopimuksen tekemisen jälkeen.

4) Vähimmäiskorkoehtoa, josta ei ole erikseen neuvoteltu, on pidettävä direktiivin 93/13 4 artiklan 2 kohdassa ja 5 artiklassa tarkoitetulla tavalla avoimena, jos kuluttaja kykenee ymmärtämään siitä hänelle aiheutuvat taloudelliset seuraukset. Ehdon sisältävässä sopimuksessa on erityisesti esitettävä avoimesti kyseisen ehdon kohteena olevan mekanismin perusteet ja erityispiirteet. Elinkeinonharjoittajan ei voida sitä vastoin edellyttää esittävän tulevia kuukausieriä, jotka asiakkaan pitäisi maksaa, jos tätä ehtoa ei olisi.