Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
H. SAUGMANDSGAARD ØE
представено на 30 януари 2020 година[1]

Дело C-452/18

XZ
срещу
Ibercaja Banco SA

(Преюдициално запитване, отправено от Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (Първоинстанционен и следствен съд № 3, Теруел, Испания)

„Преюдициално запитване — Неравноправни клаузи в потребителските договори — Директива 93/13/ЕИО — Договор за ипотечен кредит — Клауза за ограничаване на променливостта на лихвеният процент (клауза за „долен праг“) — Липса на прозрачност — Неравноправен характер — Сключване от страните на споразумение за новация на клаузата за „долен праг“, потвърждаване на валидността на договора за ипотечен кредит и взаимен отказ от оспорването му по съдебен ред — Съвместимост с Директива 93/13 — Условия“

I. Въведение

1. Настоящото преюдициално запитване е отправено от Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (Първоинстанционен и следствен съд № 3, Теруел, Испания) в рамките на спор между XZ и Ibercaja Banco SA (наричана по-нататък „Ibercaja“). По същество, страните в главното производство са обвързани с договор за ипотечен кредит с променлив лихвен процент. В договора е предвидена клауза за „долен праг“, ограничаваща променливостта на посочения процент. Решение на Tribunal Supremo (Върховен съд, Испания) поставя под въпрос съвместимостта на подобна клауза с испанската правна уредба за транспониране на Директива 93/13/ЕИО относно неравноправните клаузи в потребителските договори[2]. В този контекст XZ и Ibercaja сключват споразумение — чиято правна квалификация е предмет на спор помежду им — за новация на въпросната клауза, потвърждаване на валидността на договора за кредит и взаимен отказ от оспорването му по съдебен ред.

2. С въпросите си запитващата юрисдикция иска от Съда да установи дали подобно споразумение е съвместимо с Директива 93/13. Те дават повод на Съда за пръв път да се произнесе дали и евентуално при какви условия потребител може да се откаже чрез договор от възможността да се позове на неравноправния характер, по смисъла на тази директива, на дадена клауза. От този въпрос зависи по-специално обхватът на автономията на потребителя и продавача или доставчика да потвърдят или новират потенциално неравноправна договорна клауза, или пък да сключват споразумения за доброволно уреждане на спор, по-специално спогодби, за да уреждат разногласията си в това отношение извън съда.

1 Език на оригиналния текст: френски.

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

3. В настоящото заключение ще обясня, че Директива 93/13 по принцип не забранява на потребител и на продавач или доставчик да сключат споразумение, с което потребителят се отказва от възможността да се позове на неравноправния характер на вече съществуваща клауза. Подобно споразумение обаче трябва да отговаря на поставените от тази директива изисквания, и по-специално на предвиденото в нея задължение за прозрачност. Ето защо ще предложа на Съда да възприеме подход, който позволява по-специално да се запази валидността на „истинските“ спогодби за доброволно уреждане на спор, сключени от потребителите при пълно познаване на фактите, като същевременно се санкционират наложените от продавачите или доставчиците спогодби, които само изглеждат такива.

II. Правна уредба

A. Директива 93/13

4. Член 3 от Директива 93/13 гласи:

„1. В случаите, когато дадена договорна клауза не е индивидуално договорена, [същата] се счита за неравноправна, когато въпреки изискването за добросъвестност, тя създава в ущърб на потребителя значителна неравнопоставеност между правата и задълженията, произтичащи от договора.

2. Не се счита за индивидуално договорена клауза, която е съставена предварително и следователно потребителят не е имал възможност да влияе на нейното съдържание, по-специално във връзка с договори с общи условия.

Фактът, че някои аспекти от дадена клауза или някоя отделна клауза са индивидуално договорени, не изключва приложението на настоящия член към останалата част на договора, ако общата преценка на договора сочи, че той е договор с общи условия.

Когато продавач или доставчик твърди, че клауза от договор с общи условия е договорена индивидуално, той следва да докаже това с факти.

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

5. Член 4 от тази директива предвижда:

„1. Без да се засяга член 7, преценката за неравноправност на дадена клауза се извършва, като се отчита характера на стоките или услугите, за които е сключен договорът, и се вземат предвид всички обстоятелства, довели до сключването му, към момента на самото сключване, както и всички останали клаузи в договора, или такива, съдържащи се в друг договор, от който той произтича.

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

6. Съгласно член 6, параграф 1 от посочената директива:

„Държавите членки определят изискването, включените неравноправни клаузи в договори между потребители и продавачи или доставчици да не са обвързващи за потребителя, при условията на тяхното национално право, и че договорът продължава да действа за страните по останалите условия, когато може да се изпълнява и без неравноправните клаузи“.

7. В точка 1, буква р) от приложението към същата директива, озаглавено „[Клаузи], посочени в член 3, параграф 3“, са посочени клаузите, които имат за предмет или резултат „изключване или накърняване правото на потребителя да предяви иск или да използва други правни средства по-специално като изисква от потребителя да отнесе спора изключително на арбитраж, който не е съобразен с правните разпоредби, като неоснователно ограничи възможността му за предоставяне на наличните доказателства или да му наложи тежестта на доказване, която, според приложимото право, лежи върху друга страна по договора“.

Б. Испанското право

8. Директива 93/13 е транспонирана в испанското право основно с Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (Закон 7/1998 относно общите условия по договорите) от 13 април 1998 г., който е преработен, заедно с други разпоредби за транспониране на различни директиви на Съюза в областта на защитата на потребителите, с 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 (Кралски законодателен декрет 1/2007 за одобряване на преработения текст на Общия закон за защита на потребителите и ползвателите и други допълващи закони, наричан по-нататък „Кралски законодателен декрет 1/2007“) от 16 ноември 2007 г.

9. Член 10 от Кралски законодателен декрет 1/2007 гласи:

„Предварителният отказ от правата, признати с настоящата уредба на потребителите и ползвателите, е недействителен, както са недействителни и действията, извършени при заобикаляне на закона, съгласно член 6 от [испанския г]раждански[…] кодекс“.

10. В член 83, параграф 1 от Кралски законодателен декрет 1/2007 се предвижда, че „[н]еравноправните клаузи са недействителни по право и се считат за несъществуващи“.

III. Спорът в главното производство, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

11. С официален удостоверителен документ от 23 декември 2011 г. XZ придобива недвижим имот от предприемач. Имотът е обременен с ипотека, учредена в полза на Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón като гаранция за погасяването на кредит, отпуснат от последната на предприемача съгласно договор от 23 юли 2010 г.[3]. Придобивайки посочения имот, XZ заема мястото на въпросния предприемач по договора.

12. В договора за ипотечен кредит се предвижда, че за кредита се прилага променлив лихвен процент. В клауза от договора тази променливост обаче е ограничена, като се посочва „горен праг“ от 9,75 % и „долен праг“ от 3,25 % на годишния лихвен процент.

3 Наричан по-нататък „договорът за ипотечен кредит“.

13. На 4 март 2014 г. Ibercaja, правоприемник на Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón по въпросния кредит [4], сключва с XZ споразумение, озаглавено „договор за новация за изменение на кредита“. В това споразумение по-специално се предвижда намаляване на 2,35 % на „долния праг“ на лихвения процент, приложим по този кредит, считано от следващата месечна вноска по него и до пълното му погасяване. В посоченото споразумение е предвидена и клауза със следния текст:

„Страните потвърждават валидността и действието на договора за кредит, считат условията по него за подходящи и поради това изрично и взаимно се отказват от предприемането на каквито и да било действия една срещу друга във връзка със сключения договор и неговите клаузи, както и с извършените към днешна дата вноски и плащания, които признават за редовни“.

14. В същото споразумение се съдържа и изявление, собственоръчно написано и подписано от XZ по предоставен от Ibercaja образец, с което XZ декларира:

„Наясно съм и разбирам, че лихвеният процент по кредита ми никога няма да спадне под годишния номинален процент от 2,35 %“.

15. На 14 януари 2016 г. XZ погасява последната месечна вноска по кредита.

16. На 1 февруари 2017 г. лицето предявява иск пред Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (Първоинстанционен и следствен съд № 3, Теруел) за обявяване на клаузата за „долен праг“, предвидена в договора за ипотечен кредит, за недействителна поради неравноправност и за осъждане на Ibercaja да възстанови сумите, платени в приложение на тази клауза.

17. Пред тази юрисдикция Ibercaja оспорва твърдението за неравноправност на посочената клауза и възразява срещу поисканото възстановяване, като се позовава по-специално на сключения между нея и XZ „договор за новация за изменение на кредита“. В този контекст последната изтъква, че предвиденото в член 6, параграф 1 от Директива 93/13 правило, съгласно което неравноправните клаузи „не са обвързващи за потребителя“, трябва да се прилага и за такъв договор, така че той, както и въпросната клауза, трябвало да се счита за недействителен.

18. При това положение Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (Първоинстанционен и следствен съд № 3, Теруел) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли принципът на липса на обвързващо действие на недействителните клаузи (член 6 от Директива [93/13]) да се прилага и за сключените относно тези клаузи последващи договори и правни сделки, какъвто е [„договорът за новация за изменение на кредита“]?

След като абсолютната недействителност означава, че въпросната клауза никога не е съществувала в правно-икономическото битие на договора, може ли да се приеме, че извършените впоследствие относно тази клауза правни действия и техните последици за нея, тоест [„договорът за новация за изменение на кредита“], също се заличават от правната действителност и трябва да се считат за несъществуващи и без никакво действие?

4 От акта за преюдициално запитване и от становището на Ibercaja е видно, че на дата, която не се посочва, Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón става част от Banco Grupo Cajatrés S.A. След това, на 23 май 2013 г., тази институция на свой ред става част от Ibercaja, преди в крайна сметка да бъде погълната от нея на 1 октомври 2014 г.

2) Могат ли документите за изменение на недоговорени клаузи или за сключване на спогодба относно тези клаузи, които е възможно да не преминат успешно проверките за липса на неравноправност и за прозрачност, да се определят като общи договорни условия по смисъла на член 3 от Директива 93/13 и съответно за тях да се приложат същите основания за недействителност като за първоначалните документи, предмет на новацията или спогодбата?

3) Трябва ли отказът от предприемане на действия по съдебен ред, съдържащ се в [„договора за новация за изменение на кредита“], също да е недействителен, доколкото подписаните от клиентите договори не им предоставят информация за наличието на недействителна клауза, нито за паричната сума или материалната стойност, която са имали право да получат за възстановяване на платените лихви поради първоначалното прилагане на „клаузите за долен праг“?

   Клиентът съответно подписва отказ от предявяване на иск, без банката да го е информирала от какво [или] от каква парична сума се отказва.

4) Следва ли от анализа на [„договора за новация за изменение на кредита“] с оглед на практиката на Съда […] и на член 3, параграф 1 и член 4, параграф 2 от Директива 93/13, че включената в този договор нова клауза за „долен праг“ отново е опорочена поради липса на прозрачност, след като банката отново не е изпълнила критериите за прозрачност, установени по този повод в решението на Tribunal Supremo (Върховен съд) от 9 май 2013 г., и не е информирала клиента за истинската материална стойност на тази клауза за ипотеката му, за да може да е наясно с лихвения процент (и с произтичащия от това размер на месечната вноска), по който трябва да плаща, ако новата „клауза за долен праг“ бъде приложена, и с лихвения процент (и с произтичащия от това размер на месечната вноска), по който трябва да плаща, ако не се прилага каквато и да било „клауза за долен праг“, а се прилага договореният в договора за ипотечен кредит лихвен процент без долна граница?

   С други думи, трябвало ли е при налагането на документа, определен като „документ за новация“, относно „клаузите за долен праг“ финансовата институция да извърши проверките за прозрачност, предвидени в член 3, параграф 1 и член 4, параграф 2 от Директива 93/13, и да информира потребителя за размера на сумите, с които е ощетен поради прилагането на „клаузите за долен праг“, както и за лихвата, която би се прилагала при липсата на такива клаузи, и дали, след като финансовата институция не е направила това при тези документи, също е налице основание за недействителност?

5) Могат ли клаузите относно действията по съдебен ред, включени в общите условия на [„договора за новация за изменение на кредита“], да се считат за неравноправна поради съдържанието си с оглед на член 3, параграф 1 от Директива 93/13 във връзка с приложението от нея, където са посочени неравноправни клаузи, и по-конкретно [точка1, буква р)] […], тъй като ограничават правото на потребителите да упражнят правата си, които могат да се породят или установят след подписването на договора, както е станало с възможността да се търси пълно възстановяване на платените лихви (съгласно [решение Gutiérrez Naranjo и др.] [5])?“.

19. Актът за преюдициално запитване от 26 юни 2018 г. постъпва в секретариата на Съда на 11 юли 2018 г. Писмени становища представят Ibercaja, испанското правителство и Европейската комисия. Същите страни и заинтересовани лица, както и XZ, са представени в проведеното на 11 септември 2019 г. съдебно заседание за изслушване на устните състезания.

5 Решение от 21 декември 2016 г. (C-154/15, C-307/15 и C-308/15, наричано по-нататък „решение Gutiérrez Naranjo“, EU:C:2016:980).

IV. Анализ

20. В основата на настоящото дело е проблематиката, свързана с клаузите за „долен праг“, използвани в договорите за кредит[6]. Припомням накратко, че практиката, следвана по-специално от испанските банки непосредствено преди и по време на финансовата криза, която разтърси световната икономика в периода 2007—2012 г., беше да се предлагат договори за ипотечни кредити с променлив лихвен процент, съдържащи такава клауза, предназначена да ограничи променливостта на процента. По-конкретно, тази клауза означава, че ако посоченият процент падне под предвидения в нея „долен праг“, кредитополучателят трябва да плаща лихви, съответстващи на този праг[7]. Така на практика клаузите за „долен праг“ не позволяват на испанските потребители да се възползват от спада на лихвените проценти по време на тази финансова криза, като същевременно предпазват кредитните институции от отрицателните последици, които този спад би имал за маржовете им[8].

21. При това положение използването на клаузи за „долен праг“ не остава без последици за испанските банки. В решение от 9 май 2013 г.[9] Tribunal Supremo (Върховен съд) констатира, че клаузите за „долен праг“, съдържащи се в общите условия, прилагани от три от тези банки, са неравноправни поради липса на прозрачност и съответно ги обявява за недействителни. Тази юрисдикция обаче ограничава във времето действието на решението си, което не трябва да се прилага по-специално за сумите, платени от потребителите в приложение на тези клаузи преди датата на неговото публикуване[10]. Макар страните в главното производство да не са на едно мнение относно обхвата на публичността, която придобива това решение при обявяването му, според мен смело може да се твърди, че то поне поражда сериозни съмнения за това дали използваните от други банки клаузи за „долен праг“ не са опорочени поради същата липса на прозрачност.

22. В този контекст, през юли 2013 г. Ibercaja приема вътрешна политика, изразяваща се в сключване с някои от клиентите ѝ — ако не и с всичките — с договор за ипотечен кредит, съдържащ клауза за „долен праг“[11], на споразумение, озаглавено „договор за новация за изменение на кредита“. В това споразумение се предвижда по-специално намаляване на „долния праг“, приложим по кредита на съответния клиент, което влиза в сила, считано от следващата месечна вноска, и се прилага до края на срока на кредита, както и изричен и взаимен отказ от оспорване по съдебен ред на клаузите от посочения договор за кредит. На 4 март 2014 г. Ibercaja сключва такова споразумение с XZ.

6 Тази проблематика вече е поставяна на вниманието на Съда. Вж. по-специално решение от 14 април 2016 г., Sales Sinués и Drame Ba (C-381/14 и C-385/14, EU:C:2016:252), решение Gutiérrez Naranjo и определение от 14 ноември 2013 г., Banco Popular Español и Banco de Valencia (C-537/12 и C-116/13, EU:C:2013:759).

7 Вж. решение Gutiérrez Naranjo, т. 18.

8 Мащабът на явлението бе значителен: ще посоча като пример, че подобна клауза се съдържа в поне една трета от всички ипотечни кредити, предлагани в Испания през 2010 г. (вж. *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, June 2018, 23—32 и цитираните текстове).

9 Решение № 241/2013 (наричано по-нататък „решението на Tribunal Supremo от 9 май 2013 г.“ или „решението от 9 май 2013 г.“, ES:TS:2013:1916).

10 Впоследствие Tribunal Supremo (Върховен съд) потвърждава това разрешение (вж. по-специално решения № 139/2015 от 25 март 2015 г. (ES:TS:2015:1280) и № 222/2015 от 29 април 2015 г. (ES:TS:2015:2207). Вж. решение Gutiérrez Naranjo, т. 18—21 и 67.

11 Според Ibercaja служителите ѝ трябвало да предлагат сключване на „договор за новация за изменение на кредита“ само на клиентите, които след постановяване на решението на Tribunal Supremo (Върховен съд) от 9 май 2013 г. са предявили претенция относно предвидената в договора им клауза за „долен праг“. Според XZ обаче сключването на такива споразумения е част от кампания, насочена към всички клиенти, чийто договор съдържа подобна клауза за „долен праг“, без значение дали са предявили претенция по този въпрос. Уточнявам, че страните по главното производство спорят пред запитващата юрисдикция дали самата XZ е предявила подобна претенция (вж. т. 80 от настоящото заключение).

23. На 21 декември 2016 г. Съдът, сезиран от няколко испански юрисдикции с въпроса за последиците, които трябва да изведат от установяването на неравноправния характер на клауза за „долен праг“, произнася решение Gutiérrez Naranjo. В това решение Съдът постановява по същество, че член 6, параграф 1 от Директива 93/13 задължава националния съд, когато констатира неравноправния характер на такава клауза, по принцип да не я прилага и да разпореди на потребителя да бъдат възстановени сумите, платени в приложение на тази клауза [12]. Освен това Съдът уточнява, че посочената разпоредба не допуска това право на възстановяване да бъде ограничавано във времето, както е направил Tribunal Supremo (Върховен съд) в решението си от 9 май 2013 г. [13].

24. XZ вероятно е научила за това решение на Съда, поради което на 1 февруари 2017 г. сезира запитващата юрисдикция с искане клаузата за „долен праг“, предвидена в договора ѝ за ипотечен кредит, да се обяви за недействителна поради неравноправност и Ibercaja да бъде осъдена да ѝ възстанови сумите, платени в приложение на тази клауза [14].

25. Основният въпрос, повдигнат пред тази юрисдикция, е за правните последици, които „договорът за новация за изменение на кредита“, сключен от XZ и Ibercaja на 4 март 2014 г., може да има по отношение на тези искания.

26. Всъщност банката твърди, че това споразумение не допуска XZ да се позове в съдебно производство на неравноправния характер на клаузата за „долен праг“, предвидена първоначално в договора за ипотечен кредит. Нейните доводи в това отношение са в съзвучие с решение на Tribunal Supremo (Върховен съд) от 11 април 2018 г. [15], в което последният се произнася по идентични споразумения, сключени между Ibercaja и двама други нейни клиенти. По същество тази юрисдикция приема, че подобно споразумение представлява *спогодба* [16], която страните са сключили с цел извънсъдебно и окончателно уреждане на създадената с решението му от 9 май 2013 г. несигурност около валидността на клаузата за „долен праг“, съдържаща се в договорите им за кредит, в замяна на взаимни отстъпки, приели формата на намаляване на предвидения в клаузата праг. От това следва, че съдът не може да разглежда въпроса за неравноправния характер на тази клауза, тъй като посочената спогодба има задължителна сила за страните. В този контекст Tribunal Supremo (Върховен съд) постановява, че Директива 93/13 допуска сключването на спогодби от продавач или доставчик и потребител с цел извънсъдебно уреждане на разногласията помежду им. Освен това тази юрисдикция приема, че разглежданите споразумения са прозрачни за потребителите [17].

27. От своя страна XZ твърди, че „договорът за новация за изменение на кредита“ трябва да се счита за недействителен и че следователно той не е пречка за разглеждането на исканията ѝ от запитващата юрисдикция. Нейните доводи в това отношение пък отразяват особеното мнение, което придружава посоченото в предходната точка решение на Tribunal Supremo от 11 април 2018 г. [18]. По същество в него се твърди, че такова споразумение не представлява спогодба, а

12 Или по-конкретно разликата между сумите, платени съгласно „долния праг“, и тези, които щяха да бъдат платени, ако този праг не съществуваше и ако бе приложен променливият лихвен процент.

13 Вж. решение Gutiérrez Naranjo, т. 61—75, и точка 21 от настоящото заключение.

14 Случаят на XZ далеч не е изолиран. Пред испанските съдилища са подадени над един милион искания за възстановяване на суми, платени в приложение на клауза за „долен праг“ (вж. *Zunzunegui*, F., op. cit., p. 6). По въпроса за въздействието на решението на Tribunal Supremo (Върховен съд) от 9 май 2013 г. и на решение Gutiérrez Naranjo върху испанската икономика вж. International Monetary Fund, IMF Country Report № 17/345, Spain: Financial Sector Assessment Program — Technical Note on Supervision of Spanish Banks — Select[ed] issues, 13 ноември 2017 г., стр. 8, 10, 23 и 53, където предлагането на ипотечни кредити, съдържащи клауза за долен праг, е издигнато до ранга на системен риск за тази икономика.

15 Решение № 205/2018 (наричано по-нататък „решението на Tribunal Supremo от 11 април 2018 г.“ или „решението от 11 април 2018 г.“, ES:TS:2018:1238).

16 Съгласно член 1809 от испанския граждански кодекс спогодбата е договор, с който страните избягват пораждането на спор или прекратяват съществуващ спор, като всяка от тях дава, обещава или задържа нещо.

17 За повече подробности вж. точка 82 от настоящото заключение

18 Наричано по-нататък „особеното мнение на съдия Orduña Moreno“.

договор за *новация*[19] на клаузата за „долен праг“, съдържаща се в договорите за ипотечен кредит на съответните клиенти, като такава новация не е валидна по националното право[20]. Във всички случаи, от една страна, член 6, параграф 1 от Директива 93/13 не допускал страните да изменят или потвърждават неравноправна клауза или пък потребителят да се отказва от правото да я оспори по съдебен ред. От друга страна, подобно споразумение било непрозрачно, тъй като не съдържа информацията, позволяваща на потребителите да разберат икономическите и правните последици, които произтичат за тях от сключването му. Запитващата юрисдикция е по-скоро на същото мнение.

28. В самото начало ще посоча, че макар от двете предходни точки да е видно, че правната квалификация на „договора за новация за изменение на кредита“ е предмет на спор между страните в главното производство, този въпрос, както изтъква Комисията, засяга само испанското право, така че разрешаването му не е задача на Съда, а на запитващата юрисдикция.

29. Съдът обаче е длъжен да анализира в светлината на Директива 93/13 хипотезата, в която 1) потребител и продавач или доставчик са обвързани с договор, 2) възникват сериозни съмнения относно потенциално неравноправния характер, по смисъла на член 3, параграф 1 от тази директива, на клауза от същия договор[21] и 3) с последващо споразумение страните новират въпросната клауза[22], потвърждават валидността на първоначалния договор и взаимно се отказват да го оспорват по съдебен ред. По-специално, следва да се определи, най-напред, както иска запитващата юрисдикция в първия си въпрос, дали член 6, параграф 1 от посочената директива *по принцип* не допуска подобно споразумение да има каквато и да било задължителна сила за потребителя. В първата част на настоящото заключение ще изложа причините, поради които считам, че случаят не е такъв (раздел А).

А. По възможността потребителят да новира потенциално неравноправна клауза, да потвърди нейната валидност и/или да се откаже от оспорването ѝ по съдебен ред (първи преюдициален въпрос)

30. Припомням, че съгласно член 6, параграф 1 от Директива 93/13 „включените неравноправни клаузи в договори между потребители и продавачи или доставчици […] не са обвързващи за потребителя, при условията на тяхното национално право“. По силата на тази разпоредба, когато констатира неравноправния характер на дадена договорна клауза, националният съд трябва да определи всички произтичащи от тази констатация последици съгласно националното право, така че тази клауза да не е обвързваща за потребителя. Всъщност посоченият съд е длъжен да не приложи посочената клауза с цел тя да не породи задължителни последици за потребителя[23].

19 Новацията е договор, предвиден по-специално в член 1203 от испанския граждански кодекс, с който две страни, обвързани от вече съществуващо облигационно отношение, изменят задълженията по него или ги заменят с други.

20 Вж. бележка под линия 31 от настоящото заключение.

21 Ibercaja и испанското правителство подчертават, че в решението от 9 май 2013 г. Tribunal Supremo (Върховен съд) не отменя всички клаузи за „долен праг“, а само използваните от трите банки, за които се отнася предявеният пред него иск за преустановяване на нарушение. Освен това съгласно това решение клаузите за „долен праг“ са неравноправни само доколкото са непрозрачни, което съдът трябва да установи за всеки отделен случай. Впрочем към момента, в който страните в главното производство сключват „договора за новация за изменение на кредита“, клаузата за „долен праг“, предвидена в договора за ипотечен кредит, не е била оспорвана пред съда. XZ и Комисията обаче твърдят, че условията за прозрачност, които това решение поставя, са много строги, така че има поне голяма вероятност спорната клауза за „долен праг“ да е неравноправна. Според тях в почти 97 % от случаите делата за неравноправни клаузи, включително клаузи за „долен праг“, са били спечелени от потребителите. Припомням, че в решение Gutiérrez Naranjo Съдът не се произнася по неравноправния характер на клаузите за „долен праг“. Той изхожда от предпоставката, че те са неравноправни. И по настоящото дело Съдът не следва да се произнася по този въпрос.

22 Строго погледнато, новира се не клаузата, а произтичащото от нея задължение. В настоящото заключение обаче за удобство ще говоря за „новиране на клауза“.

23 Вж. по-специално решения от 6 октомври 2009 г., Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, т. 58), от 15 март 2012 г., Pereničová и Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, т. 30), от 14 юни 2012 г., Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, т. 65), и от 30 май 2013 г., Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340, т. 41).

31. В решение Gutiérrez Naranjo Съдът уточнява още, че за неравноправната клауза „трябва принципно да се счита, че никога не е съществувала, така че тя няма как да има последици за потребителя“. Ето защо установяването по съдебен ред на неравноправността на договорна клауза „поначало трябва да води до връщането на потребителя в правното и фактическо положение, в което той би се намирал при липсата на тази клауза“. Когато въпросната клауза налага на потребителя плащането на парични суми, задължението на националния съд да изключи прилагането ѝ, „по принцип поражда съответния реституционен ефект по отношение на тези суми“ [24].

32. Следователно, ако по делото в главното производство запитващата юрисдикция установи, че клаузата за „долен праг“, съдържаща се в договора за ипотечен кредит, е неравноправна по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, тя по принцип е длъжна, в съответствие с член 6, параграф 1 от тази директива, да не приложи тази клауза и да осъди Ibercaja да възстанови на XZ сумите, платени в приложение на посочената клауза.

33. Съгласно възприетото от Tribunal Supremo (Върховен съд) в решението му от 11 април 2018 г. тълкуване на испанското право „договорът за новация за изменение на кредита“ обаче *е пречка запитващата юрисдикция да разгледа дори самия въпрос за неравноправния характер на тази клауза за „долен праг“* [25]. По-точно, испанското правителство посочва, че макар XZ вече да не може да иска от съда да провери валидността на първоначалната клауза за „долен праг“, съдържаща се в договора за ипотечен кредит, тя същевременно може да оспори валидността на предвидената в това споразумение нова клауза за „долен праг“.

34. При това положение възниква въпросът дали, както твърди XZ [26], член 6, параграф 1 от Директива 93/13 по принцип не допуска потребител и продавач или доставчик да сключат споразумение за новация на потенциално неравноправна клауза, потвърждаване [27] на нейната валидност и/или отказ от оспорването ѝ по съдебен ред, и по-точно дали тази разпоредба допуска това споразумение да има задължителна сила за потребителя.

35. Както посочих по-горе, не споделям това мнение. Всъщност според мен този въпрос изисква нюансиран отговор.

36. Доколкото разбирам, подходът на XZ се основава на практиката на Съда, съгласно която предвид положението на по-слаба страна, в което се намира потребителят спрямо продавача или доставчика от гледна точка както на преговорните възможности, така и на степента на информираност, член 6, параграф 1 от Директива 93/13 представлява *императивна разпоредба*, с която се цели замяната на формалното равновесие, което договорът установява между правата и задълженията на съдоговорителите, с действително равновесие, което може да възстанови равенството между тях, като тази разпоредба освен това трябва да се счита за норма, равностойна на националните правила, които имат ранг на норми от *публичен ред* във вътрешния правопорядък [28].

24 Решение Gutiérrez Naranjo, т. 61 и 62.

25 Вж. точка 26 от настоящото заключение.

26 Вж. точка 27 от настоящото заключение.

27 С този термин визирам акта, с който страна по договор се отказва от възможността да се позове на основание за недействителност, предвиден по-специално в членове 1309—1313 от испанския граждански кодекс.

28 Вж. по-специално решения от 26 октомври 2006 г., Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, т. 25, 36 и 37), от 6 октомври 2009 г., Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, т. 30, 51 и 52), и от 17 май 2018 г., Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, т. 26, 27, 34 и 35).

37. Признавам, че тази съдебна практика, разглеждана във връзка със съдебната практика, припомнена в точки 30 и 31 от настоящото заключение, в известна степен е в съзвучие с режима на *абсолютната недействителност*, съществуващ в правото на различни държави членки, сред които и Кралство Испания[29]. Впрочем именно това е санкцията, предвидена в испанското право при установяване на неравноправност на договорна клауза[30]. Режимът на абсолютната недействителност всъщност не оставя никакво място за волята на страните по договора. Те не могат да потвърдят или новират задължение, засегнато от такава недействителност. Те освен това не могат да сключват спогодби относно подобно задължение: съдът установява служебно неговата недействителност и липсата на действие на тези сделки. Според XZ потребител и продавач или доставчик съответно не могат да новират или потвърдят неравноправна клауза или да сключат спогодба за нея. Евентуалното споразумение между страните не може да попречи на съда да разгледа въпроса за неравноправността на дадена договорна клауза[31].

38. В действителност обаче в практиката си Съдът не стига чак дотам. Всъщност съгласно постоянната съдебно практика — и по мое мнение този въпрос е от решаващо значение — *потребителят може да откаже да се позове на неравноправния характер на договорна клауза*[32]. Според Съда „Директива 93/13 не стига чак до превръщане в задължителна на защитната система срещу използването на неравноправни клаузи от продавачите или доставчиците, въведена с посочената директива в полза на потребителите“[33], и „правото на потребителя на ефективна защита включва възможността той да се откаже от [предявяване на] правата си“[34].

39. Така в решение Banif Plus Bank[35] Съдът уточнява, че националният съд трябва „да отчете евентуално желанието на потребителя, който, макар да знае, че неравноправната клауза е необвързваща, не иска премахването ѝ, като по този начин одобрява доброволно и напълно информирано въпросната клауза“.

40. За разлика от Комисията не мисля, че тези съображения са релевантни само когато съдът установява служебно неравноправния характер на договорна клауза и информира потребителя за това. Според мен от тях произтича по-обща логика, съгласно която последният може да се откаже от правото да се позове на неравноправния характер на дадена клауза, при условие че този отказ е направен, както постановява Съдът в последното решение, *с неговото доброволно и напълно информирано съгласие*.

29 Припомням, че в правото на редица държави, сред които Кралство Белгия, Френската република и Кралство Испания, се прави разлика между „абсолютна“ и „относителна“ недействителност на договорите. Абсолютната недействителност се налага по право и трябва да се установи служебно от съда. Напротив, относителната недействителност може да се изтъкне в съдебно производство само от страната, която законът цели да защити, и евентуално се обявява от съда. Общоприето е, че разграничителният критерий между тези две санкции е основата на нарушеното правило според това дали с него се цели защита на общия интерес или закрила на частните интереси. В първия случай недействителността е абсолютна, а във втория относителна. Вж. по-специално заключението на генералния адвокат Trstenjak по дело Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:295, т. 51 и цитираните текстове).

30 Вж. член 83, параграф 1 от Кралски законодателен декрет 1/2007.

31 Вж. по-специално решение № 558/2017 на Tribunal Supremo (Върховен съд) от 16 октомври 2017 г. В това решение тази юрисдикция приема, че „договор за новация“, сключен между банка и потребител, в който те новират включената в договора им за кредит клауза за „долен праг“, е недействителен, тъй като тази клауза е неравноправна и следователно абсолютно недействителна. Вж. още решение от 26 февруари 2015 г., Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, т. 37—42). По делото, по което е постановено това решение, двама потребители оспорват по съдебен ред различни клаузи от договора им за кредит. Националният съд сезира Съда с редица въпроси относно тълкуването на Директива 93/13. Впоследствие тези потребители и банката ответник сключват спогодба за извънсъдебно уреждане на спора. Тази банка се позовава на него пред Съда, за да обоснове недопустимостта на преюдициалните въпроси. Националната юрисдикция обаче обръща внимание на Съда, че не е взела под внимание тази спогодба, тъй като въпросът за твърдения неравноправен характер на разглежданите договорни клаузи е въпрос, свързан с обществения ред, който не може да бъде предмет на спогодба между страните. Подчертавам, че в решението си Съдът не се произнася по този въпрос. Той само констатира, че спорът продължава да е висящ пред запитващата юрисдикция, и съответно отхвърля повдигнатото пред него възражение за недопустимост.

32 Вж. решение от 4 юни 2009 г., Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, т. 33 и 35).

33 Решение от 3 октомври 2019 г., Dziubak (C-260/18, EU:C:2019:819, т. 54).

34 Решение от 14 април 2016 г., Sales Sinués и Drame Ba (C-381/14 и C-385/14, EU:C:2016:252, т. 25). Вж. относно произхода на тази формулировка заключението на генералния адвокат Kokott по дело Duarte Hueros (C-32/12, EU:C:2013:128, т. 53).

35 Решение от 21 февруари 2013 г. (C-472/11, EU:C:2013:88, т. 35).

41. Според мен тази логика отразява присъстващата в практиката на Съда идея, че Директива 93/13 цели по-специално да не се допусне поемане от потребителя на ангажименти, чийто обхват той не познава или не схваща реално[36]. Напротив, когато потребителят осъзнава правните последици, произтичащи за него от отказа от защитата, която му е предоставена с тази директива, такъв отказ е съвместим с последната.

42. Макар впрочем да се счита, че потребителят осъзнава последиците от своите действия, когато, след като е информиран от съда за неравноправността на дадена клауза, се откаже пред него от възможността да се позове на тази неравноправност, това не означава, че не съществува никаква друга хипотеза, в която това би било възможно. По-специално, не виждам принципна пречка потребител да упражни правото си на отказ чрез договор, отново при условие че този отказ е направен доброволно и напълно информирано. Считам обаче, че по този въпрос трябва да бъдат противопоставени две хипотези.

43. Според мен, от една страна, потребителят не може никога да се откаже предварително от защитата, която черпи от Директива 93/13, когато закупува стока или получава услуга от продавач или доставчик. Клауза от договор за продажба или за предоставяне на услуги, в която се предвижда потвърждаване на неговата валидност или отказ от правото да бъде оспорен по съдебен ред, не може да има каквато и да било задължителна сила за потребителя. Различни инструменти от правото на Съюза впрочем изрично забраняват такъв отказ[37].

44. Всъщност подобен отказ в никакъв случай не би могъл да се счита за „напълно информиран“. Хората схващат реално значението на защитата, предоставена от правото в областта на защитата на потребителите, едва когато възникне трудност и имат конкретна потребност от тази защита. Именно в този смисъл според мен трябва да се разбира идеята за *предварителен отказ*: отказът е „предварителен“, когато е направен изначално, в момента на установяване на договорното правоотношение между продавача или доставчика и потребителя, за което последният не си представя или не обръща достатъчно внимание на възможността то да стане проблематично.

45. За сметка на това, от друга страна, когато в това договорно правоотношение възникне проблем, появят се например, както по делото в главното производство, сериозни съмнения относно потенциално неравноправния характер, по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, на дадена договорна клауза и евентуално е налице разногласие между страните по този въпрос, на факта, че потребителят се отказва от правото да се позове на липсата на обвързващо действие на тази клауза, не трябва да се гледа със същата строгост. В такава хипотеза

36 Вж. по-специално практиката на Съда относно изискването за прозрачност на договорните клаузи, произтичащо от член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13 (вж. раздел B от настоящото заключение). Тук имам предвид виждането за „напълно информирано“ съгласие на потребителя. Въпросът за „доброволния“ характер на даденото съгласие от потребителя за определен договор по принцип се обхваща от националните правила относно пороците в съгласието (вж. бележка под линия 54 от настоящото заключение).

37 Вж. по-специално член 41, буква а) от Директива 2014/17/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 4 февруари 2014 година относно договорите за кредити за жилищни недвижими имоти за потребители и за изменение на директиви 2008/48/ЕО и 2013/36/ЕС и Регламент (ЕС) № 1093/2010 (ОВ L 60, 2014 г., стр. 34) и член 25 от Директива 2011/83/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2011 година относно правата на потребителите, за изменение на Директива 93/13/ЕИО на Съвета и Директива 1999/44/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и за отмяна на Директива 85/577/ЕИО на Съвета и Директива 97/7/ЕО на Европейския парламент и на Съвета (ОВ L 304, 2011 г., стр. 64). Вж. също в испанското право член 10 от Кралски законодателен декрет 1/2007.

потребителят е в състояние да схване значението на защитата, която му се предоставя с тази директива, и съответно да разбере обхвата на този отказ [38]. С други думи, според мен при определени условия потребителят има възможност да *се откаже впоследствие* чрез договор от правата, които черпи от посочената директива.

46. Според мен от това следва, че във втората хипотеза потребителят може чрез договор с продавача или доставчика да новира съответната клауза, да я потвърди или пък да се откаже от отнасянето до съда на въпроса за неравноправния ѝ характер, при условие че прави това доброволно и напълно информирано [39].

47. Той по-специално може да упражни възможността си за отказ, като сключи с продавача или доставчика *спогодба за доброволно уреждане на спор* относно посочената клауза, била тя съдебна или извънсъдебна. Впрочем подобна спогодба може да има някои предимства за потребителя, като това да извлече незабавна полза — каквато именно е целта на взаимните отстъпки, които трябва да се съдържат в една спогодба — без да трябва да оспорва същата клауза по съдебен ред, да понася разходите по делото и да чака изхода от него, още повече че когато сключва тази спогодба, той не е сигурен дали този изход ще бъде благоприятен за него [40].

48. Повтарям, че ако е сключил подобно споразумение при пълно познаване на фактите, не виждам пречка то да има задължителна сила, включително за потребителя. Спогодбата по-специално трябва да може да предложи правна сигурност на страните, което означава, че тя няма как да остане незадължителна за някоя от тях. Освен това, както ще обясня по-нататък, отказът от предприемане на действия по съдебен ред в замяна на взаимни отстъпки е „основният предмет“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 93/13 на една спогодба, т.е. сърцето на договорната автономия, която тази директива по принцип не цели да постави под въпрос [41].

49. Според мен последното се потвърждава от разпоредбите на Директива 2013/11/ЕС за алтернативно решаване на потребителски спорове [42]. Съгласно тази директива, когато между потребител и продавач или доставчик възникне спор относно потребителски договор, те могат да прибягнат до процедура за алтернативно решаване на спорове (АРС). Ако в този контекст те изберат да прибягнат до процедура за решаване на спора, като предложат разрешение — например медиация — и ако тази процедура доведе до взаимно приемлива отстъпка, тази

38 Вж. по аналогия разрешението, предвидено в Регламент (ЕС) № 1215/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2012 година относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (ОВ L 351, 2012 г., стр. 1), относно клаузите за предоставяне на компетентност по трансгранични спорове, свързани с потребителски договори. Припомням, че в глава II, раздел 4 от този регламент се предвиждат правила за компетентност в защита на потребителя. В този контекст в член 19 от посочения регламент се предвижда, че тези правила могат да се дерогират само със споразумения за предоставяне на компетентност, сключени по-специално след възникването на спора, който съществува между страните. Възприетото в доктрината обяснение на това правило е, че потребителят е в състояние да схване изцяло последиците от такова споразумение и следователно напълно информирано да го одобри едва когато знае за какво се отнася спорът. Вж. *Nielsen*, P. A. Article 19. — In: Magnus, U. et Mankowski, P., Brussels Ibis Regulation — Commentary, European Commentaries on Private International Law, Schmidt, Otto, Dr., KG, Verlag, 2016, p. 519.

39 Виждането на Съда, че за неравноправната клауза трябва да се счита, че „никога не е съществувала“, съответно е правна фикция, която трябва да се релативизира — самият Съд впрочем подчертава, че това се прави само „принципно“ (вж. решение Gutiérrez Naranjo, т. 61). Потребителят може да запази въпросната клауза. За да продължим аналогията с режимите на недействителност в правото на някои държави членки (вж. т. 37 от настоящото заключение), режимът на неравноправните клаузи според мен се доближава в това отношение до случаите на относителна недействителност, при които може да се стигне до новация или потвърждаване.

40 Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Wahl по дело Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, т. 46—52).

41 Вж. заключението на генералния адвокат Trstenjak по дело Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2009:682, т. 40 и цитираните текстове). Вж. точка 73 от настоящото заключение.

42 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 21 май 2013 година за изменение на Регламент (ЕО) № 2006/2004 и Директива 2009/22/ЕО (Директива за АРС за потребители) (ОВ L 165, 2013 г., стр. 63).

отстъпка по принцип се материализира чрез спогодба[43]. Впрочем в такава хипотеза законодателят на Съюза не запазва за потребителя правото да поиска от съда да разгледа този спор въпреки сключването на доброволното споразумение. Напротив, посоченият законодател признава, че подобно споразумение има правни последици за потребителя[44]. В посочената директива обаче се предвиждат гаранции, чиято цел е да се гарантира, че сключването на такава спогодба се прави с неговото доброволно и напълно информирано съгласие[45]. Макар тази директива да не се прилага за споразуменията за доброволно уреждане на спор, сключени между продавач или доставчик и потребител извън процедура за АРС[46], според мен произтичащата от нея логика може да бъде генерализирана.

50. За разлика от Комисията не считам, че член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз налага различен отговор. Според мен, от една страна, този член гарантира на потребителя реална възможност да упражни по съдебен ред правата, които черпи от Директива 93/13, като за тази цел му осигурява способи за правна защита, необвързани с процесуални условия, които могат да направят това упражняване изключително трудно и дори невъзможно[47]. Целта на тази разпоредба обаче не е да принуди потребителя да упражни тази възможност, когато той съзнателно реши да се откаже от нея. От друга страна, макар да признавам, че предвид основнополагащото значение на правото на ефективни правни средства за защита частноправен субект по принцип не може да отстъпи правото си на активна процесуална легитимация, тази хипотеза все пак трябва да се разграничи от целенасочения отказ, засягащ конкретна клауза или спор.

51. Въпреки това не трябва да се губи от поглед положението на по-слаба страна на потребителя спрямо продавача или доставчика от гледна точка както на преговорните възможности, така и на степента на информираност[48]. Не може да се пренебрегне опасността отказът на потребителя от позоваване на неравноправния характер на дадена клауза да се дължи на злоупотреба с положение[49] от страна на продавача или доставчика. Сключвайки с продавача или доставчика споразумение за подобен отказ, потребителят съответно не може да се откаже от всякаква съдебна защита и това положение на по-слаба страна трябва да може да се компенсира с „положителна намеса“ на съда[50].

43 Директива 2013/11 действително не урежда въпроса за естеството или за правното действие на инструмента, който трябва да се използва, за да се придаде форма на съгласието на страните с предложеното разрешение, поради което този въпрос се урежда от правото на всяка държава членка. Спогодбата обаче е най-използваният инструмент за материализиране на споразумението за доброволно уреждане на спор вследствие на медиация (вж. *Caponi*, R., „Just Settlement“ or „Just About Settlement“? Mediated Agreements: Comparative Overview of the BASICS. — RabelsZ, n° 79, 2015, 117—141).

44 Вж. член 9, параграф 2, буква в) от Директива 2013/11.

45 Вж. член 9, параграф 2 от Директива 2013/11, възпроизведен в бележка под линия 75 от настоящото заключение.

46 Съгласно член 2, параграф 2, буква д) от Директива 2013/11 тя не се прилага по отношение на „преки преговори между потребителя и търговеца“. Отбелязвам също, че с тази разпоредба законодателят на Съюза само изключва от приложното поле на посочената директива спогодбите, договорени пряко между продавач или доставчик и потребител: той обаче не ги забранява, макар да е можел лесно да го направи, ако такава е била волята му.

47 Вж. в този смисъл решения от 1 октомври 2015 г., ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637, т. 59), и от 21 април 2016 г., Radlinger и Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283, т. 56).

48 Вж. съдебната практика, посочена в точка 36 от настоящото заключение.

49 За това понятие вж. деветото съображение от Директива 93/13.

50 Вж. по-специално решения от 27 юни 2000 г., Océano Grupo Editorial и Salvat Editores (C-240/98—C-244/98, EU:C:2000:346, т. 27), от 6 октомври 2009 г., Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, т. 31), и от 14 април 2016 г., Sales Sinués и Drame Ba (C-381/14 и C-385/14, EU:C:2016:252, т. 23).

52. В това отношение отбелязвам, че подобно споразумение по дефиниция представлява договор, който, от една страна, се подчинява на общите и специалните правила от приложимото по отношение на него договорно право, и от друга страна, като всеки договор между продавач или доставчик и потребител може да попадне в обхвата на Директива 93/13[51]. Споразумението придобива задължителна сила за потребителя само ако съответства на тези различни правила.

53. Следователно посоченото споразумение може да бъде подложено на съдебен контрол[52]. Отбелязвам освен това, че макар в случая страните в главното производство и другите заинтересован лица да спорят дали XZ може да поиска от съда да обяви за неравноправна клаузата за „долен праг“, която първоначално се е съдържалата в договора за ипотечен кредит, предвид сключването на „договора за новация за изменение на кредита“, никой не поставя под въпрос възможността тя да оспори пред този съд валидността на последното споразумение[53].

54. Впрочем считам, че именно в рамките на този съдебен контрол съдът може да извърши „положителната намеса“, която е необходима, за да се защити потребителят от злоупотреба с положение от страна на продавача или доставчика. Когато му е представено подобно споразумение, съдът трябва да провери, включително служебно, дали отказът на потребителя от позоваване на неравноправния характер на дадена клауза е направен доброволно и напълно информирано от него или, напротив, е следствие от такава злоупотреба. Това означава да се провери по-специално[54] дали клаузите от това споразумение са индивидуално договорени или, напротив, са наложени от продавача или доставчика и във втората хипотеза, дали са изпълнени изискванията за прозрачност, равнопоставеност и добросъвестност, произтичащи от Директива 93/13.

55. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на първия въпрос в смисъл, че когато потребител и продавач или доставчик са обвързани с договор, възникнат сериозни съмнения относно потенциално неравноправния характер, по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, на клауза от този договор и с последващо споразумение страните изменят въпросната клауза, потвърдят валидността на първоначалния договор и взаимно се откажат да оспорват неговите клаузи по съдебен ред, член 6, параграф 1 от тази директива допуска посоченото споразумение да има задължителна сила за потребителя, при условие че е сключено с неговото доброволно и напълно информирано съгласие.

56. С оглед на това предложение за отговор във втората част от настоящото заключение ще изложа условията, на които трябва да отговаря споразумение като посоченото в предходната точка, за да е съвместимо с Директива 93/13. В това отношение, в съответствие с посоченото от мен в точка 54 от настоящото заключение, ще се спра, най-напред, на понятието „договорна клауза, която не е индивидуално договорена“ по смисъла на член 3, параграф 1 от тази директива, което е предмет на втория преюдициален въпрос (раздел Б). По-нататък, ще разгледам произтичащите от посочената директива изисквания за прозрачност, равнопоставеност и добросъвестност, които се посочват в третия, четвъртия и петия преюдициален въпрос (раздел В).

51 Както се посочва в десетото съображение от Директива 93/13, тя се прилага за „всички договори“, сключени между продавачи и предоставящи услуги лица, от една страна, и потребители, от друга.

52 Вж. заключението на генералния адвокат Wahl по дело Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, т. 55).

53 Вж. точка 33 от настоящото заключение.

54 Въпросът дали съгласието на потребителя е „доброволно“, трябва да се провери с оглед на националните правила относно пороците в съгласието. Освен това, що се отнася до „пълната информираност“ на съгласието на потребителя, правото на държавите членки може да предвижда гаранции при сделки като новация, потвърждаване или спогодба, именно с цел да се гарантира, че страните сключват такава сделка при пълно познаване на фактите. Вж. като пример в това отношение член 1182 от френския граждански кодекс, в който се предвижда, че в акта, с който се потвърждава дадено задължение, трябва по-специално да се посочи порокът, засягащ договора.

Б. По понятието „договорна клауза, която не е индивидуално договорена“ (втори преюдициален въпрос)

57. Доколкото разбирам, с втория си въпрос запитващата юрисдикция иска да получи уточнения относно понятието „договорна клауза, която не е индивидуално договорена“, съдържащо се в член 3, параграф 1 от Директива 93/13, за да може да направи проверка на клаузите на „договора за новация за изменение на кредита“ от гледна точка на произтичащите от тази директива изисквания за прозрачност, равнопоставеност и добросъвестност. Припомням, че съгласно посочения член 3, параграф 1 тази директива се прилага само за договорните клаузи, които не са договорени по такъв начин. С това посочената разпоредба поставя предварително условие за тази проверка. Впрочем струва ми се, че няколко уточнения по този въпрос действително са добре дошли[55].

58. Директива 93/13 не съдържа определение на понятието „договорна клауза, която не е индивидуално договорена“. В член 3, параграф 2, първа алинея от тази директива обаче се уточнява, че не се счита за индивидуално договорена клауза, която е „съставена предварително“, и „следователно потребителят не е имал възможност да влияе на нейното съдържание“, по-специално във връзка с „договори с общи условия“.

59. Според мен от тази разпоредба може да се направят няколко извода. Най-напред, дадена клауза е „индивидуално договорена“, съгласно обичайното значение на тези термини, когато е била конкретно разисквана между страните. По-нататък, това не е така по-специално когато въпросната клауза е съставена от продавача или доставчика „предварително“, т.е. преди каквото и да било разискване по въпроса, за който тя се отнася. Накрая, както изтъква Комисията, решаващият критерий е *дали потребителят е имал възможност да влияе на съдържанието на тази клауза*[56].

60. От тази разпоредба следва още, че сред клаузите, на чието съдържание потребителите не могат да влияят, се нареждат по-специално тези, които се съдържат в така наречените „договори с общи условия“, тоест договорите, които те могат само да приемат или да откажат изцяло, така че свободата им на действие се свежда до това дали да сключат договор с продавача или доставчика или не. Понятието „договор с общи условия“ впрочем е тясно свързано с понятието „общи условия“, тоест предварително съставените стандартни клаузи, които търговец или доставчик систематично използва в деловите си отношения с потребителите, за да рационализира разходите си.

61. Макар общите условия и договорите с общи условия съответно да са „основната мишена“ на Директива 93/13, подчертавам все пак, че последната се прилага за всички недоговорени клаузи. При предварително съставени стандартни клаузи член 3, параграф 2 от тази директива просто въвежда презумпция за липса на договаряне, която може да бъде оборена чрез доказване на противното, като тежестта за това се носи от продавача или доставчика[57]. В обратния случай тази презумпция не се прилага и следователно потребителят е този, който трябва да докаже липсата на договаряне.

55 Досега Съдът по същество само е припомнял на националните юрисдикции съдържанието на член 3 от Директива 93/13. Вж. определения от 16 ноември 2010 г., Pohotovosť (C-76/10, EU:C:2010:685, т. 57), и от 3 април 2014 г., Sebestyén (C-342/13, EU:C:2014:1857, т. 24).

56 Вж. за подобно определение член II.-1:110, параграф 1 от Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Von Bar, C. et al.(ed.), 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, *München* 2008, p. 160). Вж. също в този смисъл заключението на генералния адвокат Танчев по дело OTP Bank и OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:303, т. 53).

57 Действително, макар от член 3, параграф 2, първа алинея от Директива 93/13 да следва по-скоро, че за предварително съставена клауза трябва „винаги“ (т.е. по необходимост) да се счита, че не е индивидуално договорена, в третата си алинея тази разпоредба все пак дава на продавача или доставчика възможност да докаже, че клауза от договор с общи условия (по презумпция предварително съставена) е индивидуално договорена.

62. По делото в главното производство запитващата юрисдикция трябва да определи дали клаузите на „договора за новация за изменение на кредита“ са договорени индивидуално по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13[58]. Отправна точка в анализа ѝ трябва да бъде проверката дали става въпрос за предварително съставени стандартни клаузи, какъвто изглежда е случаят[59]. Ако това действително е така, липсата на подобно договаряне ще се презумира съгласно член 3, параграф 2 от тази директива и Ibercaja ще трябва да докаже противното.

63. Във връзка с последния аспект уточнявам, че за да се определи дали е имало договаряне трябва, както правилно твърди Комисията, да се разгледат обстоятелствата около сключването на договора. Потребителят е имал възможност да влияе на съдържанието на дадена клауза, когато сключването е предшествано от разисквания между страните, даващи му реална възможност да направи това. Продавачът или доставчикът съответно трябва да представи доказателства не само че е имало подобни разисквания, но и че в хода им потребителят е играл активна роля при съставянето на съдържанието на клаузата[60].

64. В случая отбелязвам, че Ibercaja по същество твърди само че съгласно информацията, която се съдържа във вътрешния документ, определящ възприетата от нея политиката при предоговарянето на клаузите за долен праг в договорите за кредит на нейните клиенти[61], най-ниският праг, който служителите ѝ са можели да им предложат в този контекст, е 2,75 %. Следователно обстоятелството, че в сключения с XZ „договор за новация за изменение на кредита“ се съдържа долен праг от 2,35 %, доказвало наличието на договаряне между страните. Запитващата юрисдикция следва да определи доказателствената стойност на тази информация, която според мен не е достатъчна, за да се установят посочените в предходната точка елементи[62].

65. Предвид изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на втория въпрос в смисъл, че договорна клауза не е индивидуално договорена по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, когато потребителят не е имал реална възможност да влияе на нейното съдържание. Това се преценява с оглед на обстоятелствата около сключването на договора, и по-специално с оглед на обхвата на разискванията между страните по въпроса, за който се отнася тази клауза. В хипотезата на предварително съставена стандартна клауза, в съответствие с член 3, параграф 2 от тази директива продавачът или доставчикът трябва да докаже, че тя е договорена по такъв начин.

58 Вж. по аналогия решение от 16 януари 2014 г., Constructora Principado (C-226/12, EU:C:2014:10, т. 19), и определение от 24 октомври 2019 г., Topaz (C-211/17, непубликувано, EU:C:2019:906, т. 46).

59 Самата Ibercaja признава, че сключването на подобни споразумения с клиентите ѝ се прави в изпълнение на общоприложима политика (вж. т. 22 от настоящото заключение). Освен това в решението от 11 април 2018 г. — което, нека припомня, се отнася до споразумения, идентични на разглежданото в главното производство — Tribunal Supremo (Върховен съд) постановява, че клаузите от тези споразумения не са договорени индивидуално, така че могат да бъдат проверени от гледна точка на изискването за прозрачност, произтичащо от член 4, параграф 2 от Директива 93/13 (вж. т. 26 и 82 от настоящото заключение).

60 В този смисъл обстоятелството, че продавачът или доставчикът е обяснил съдържанието на дадена клауза на потребителя, само по себе си не означава договаряне. Същото важи и за обстоятелството, че потребителят не е възразил срещу съдържанието на дадена клауза или не е поискал разяснения относно нейното съдържание. За сметка на това обстоятелството, че дадена клауза е изменена по същество в хода на контактите между страните, е признак за индивидуално договаряне. Ако, след като изслуша обясненията на продавача или доставчика, потребителят прави насрещно предложение и страните започват разискване, довело до отстъпка, тогава клаузата трябва да се счита за договорена (вж. *Von Bar*, C. et al., op. cit., p. 161 et 162).

61 Вж. точка 22 от настоящото заключение.

62 Аналогично, с обстоятелството, че в „договора за новация за изменение на кредита“ се съдържа собственоръчно написана клауза, с която потребителят потвърждава, че разбира механизма на клаузата за „долен праг“ (вж. т. 14 от настоящото заключение), не може да се докаже наличието на индивидуално договаряне на тази клауза (вж. в този смисъл определение от 24 октомври 2019 г., Topaz, C-211/17, непубликувано, EU:C:2019:906, т. 47—51) или, a fortiori, на клаузата, съдържаща взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред.

B. По проверката на изискванията за прозрачност, равнопоставеност и добросъвестност, произтичащи от Директива 93/13 (трети, четвърти и пети преюдициален въпрос)

66. Ако се допусне, че клаузите от „договора за новация за изменение на кредита“ не са индивидуално договорени по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, с третия, четвъртия и петия си въпрос запитващата юрисдикция иска от Съда разяснения относно съвместимостта с произтичащите от тази директива изисквания за прозрачност, равнопоставеност и добросъвестност на двете основни клаузи от това споразумение: от една страна, клаузата за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред; от друга страна, новата клауза за „долен праг“, с която се променя прагът, фигуриращ в обвързващия XZ и Ibercaja договор за ипотечен кредит. Ще разгледам тези две клаузи поотделно.

1. Проверката на клаузата за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред

67. Третият и петият въпрос на запитващата юрисдикция се отнасят по същество до това дали член 3, параграф 1 от Директива 93/13 във връзка с точка 1, буква р) от приложението към нея трябва да се тълкува в смисъл, че клауза за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред, която не е индивидуално договорена, е неравноправна по смисъла на посочения член 3, параграф 1, след като, от една страна, пречи на потребителя да упражни права, които са били установени след сключването на това споразумение, сред които възможността да поиска възстановяване на сумите, платени в приложение на клаузата за „долен праг“[63], и от друга страна, не информира потребителя за потенциалния неравноправен характер на последната клауза или за сумата, за която може да има право на възстановяване.

68. В това отношение следва да се припомни, че съгласно член 3, параграф 1 от Директива 93/13 договорна клауза, която не е индивидуално договорена, се счита за неравноправна, когато въпреки изискването за *добросъвестност* тя създава в ущърб на потребителя *значителна неравнопоставеност* между правата и задълженията, произтичащи от договора. Освен това в член 5 от тази директива се предвижда, че когато клаузите се предлагат на потребителя в писмен вид, те винаги трябва да се съставят на ясен и разбираем език — изискване, което по принцип се разбира като въвеждащо задължение за *прозрачност*. Освен това в точка 1, буква р) от приложението към посочената директива като клаузи, които могат да бъдат неравноправни, са посочени тези, които имат за предмет или резултат „изключване или накърняване правото на потребителя да предяви иск или да използва други правни средства“.

69. В този контекст Комисията твърди, че клауза за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред, която не е индивидуално договорена по смисъла на посочения член 3, параграф 1 от Директива 93/13 — какъвто най-вероятно е случаят с клаузата, включена в „договора за новация за изменение на кредита“ — е *неравноправна сама по себе си*, без да е необходима допълнителна проверка в това отношение[64].

70. От своя страна и в съответствие с разясненията в раздел А от настоящото заключение считам, че отговорът трябва да бъде по-нюансиран. Всъщност освен обстоятелството, че съгласно член 3, параграф 3 от Директива 93/13 списъкът в приложението към нея е само примерен и че следователно договорна клауза не може да се квалифицира като неравноправна само защото се съдържа в него[65], според мен следва да се има предвид разликата между *предварителен* и *последващ отказ*.

63 Вж. решение Gutiérrez Naranjo, т. 62.

64 Относно клауза за предоставяне на компетентност, която не е индивидуално договорена и която посочва юрисдикциите по седалището на продавача или доставчика, вж. решение от 27 юни 2000 г., Océano Grupo Editorial и Salvat Editores (C-240/98—C-244/98, EU:C:2000:346, т. 24).

65 Вж. решение от 19 септември 2019 г., Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, т. 45, 46 и 49 и цитираната съдебна практика).

71. От една страна, клауза, съдържаща отказ от предприемане на действия по съдебен ред, включена в договор за продажба или за предоставяне на услуги, действително трябва да се счита за неравноправна сама по себе си. Всъщност, както посочих в точки 43 и 44 от настоящото заключение, потребителят никога не може да се откаже предварително от съдебната защита и от правата, които черпи от Директива 93/13. В това отношение обстоятелството, че отказът е взаимен, е без значение.

72. От друга страна обаче считам, че Директива 93/13 по принцип допуска договорните клаузи, в които се предвижда взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред, когато същите са предвидени в споразумения, например спогодба, чийто предмет е именно уреждането на съществуващ спор между продавач или доставчик и потребител.

73. Всъщност, както посочих в точка 47 от настоящото заключение, в такъв контекст може да се счита, че клаузата за отказ от предприемане на действия по съдебен ред се отнася до „основния предмет“ на подобно споразумение по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 93/13. Припомням, че според Съда договорните клаузи, попадащи в обхвата на това понятие, са клаузите, които определят основните престации по разглеждания договор и които сами по себе си го характеризират [66]. В това отношение в самата същност по-специално на спогодбите е да съдържат клауза за отказ от всякакви права, искове и претенции, свързани със спора, довел до сключването им, и да са пречка за предприемането или продължаването между страните на действие по съдебен ред със същия предмет [67].

74. Впрочем съгласно същия член 4, параграф 2 клаузите, отнасящи се до „основния предмет на договора“, по принцип не подлежат на преценка дали евентуално са неравноправни [68]. Следователно, при условие че се вписва в специфичния контекст, посочен в предходните две точки, клауза за отказ от предприемане на действия по съдебен ред не може да се счита за неравноправна сама по себе си.

75. В този специфичен контекст подобна клауза според мен не може да е неравноправна и само поради обстоятелството, че може да попречи на потребителя да упражни права, които са били установени след сключването на съдържащото я споразумение. Както подчертава запитващата юрисдикция в петия си въпрос, настоящият случай е такъв, що се отнася до правото на възстановяване, което XZ черпи от член 6, параграф 1 от Директива 93/13. В това отношение припомням, че в решението от 9 май 2013 г. относно клаузите за „долен праг“ Tribunal Supremo (Върховен съд) ограничава във времето действието на решението си, което не трябва да засяга плащанията, извършени преди неговото публикуване. Това споразумение впрочем е сключено на 4 март 2014 г., тоест след постановяването на въпросното решение, но две години преди решение Gutiérrez Naranjo, произнесено на 21 декември 2016 г., в което Съдът постановява, че посоченият член 6, параграф 1 не допуска подобно ограничаване [69]. Неравноправният характер на дадена договорна клауза обаче се преценява *спрямо момента на сключване на съответния договор*, при отчитане на всички обстоятелства, които продавачът или доставчикът е могъл да знае към този момент и които са могли да се отразят на последващото му изпълнение [70].

66 Вж. решения от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 49 и 50), и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 35 и 36).

67 Вж. член 1816 от испанския граждански кодекс и *Caponi*, R. Agreements Resulting from Mediation:Judiciation Review, Avoidance, and Enforcement. — In: Stürner, M. et al, The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, 2013, Sellier, p. 149 sq.

68 Съгласно тази разпоредба „[п]реценката за неравноправния характер на клаузите не се свързва нито с основния предмет на договора, нито със съответствието на цената и възнаграждението, от една страна, и по отношение на доставените стоки или предоставените услуги, от друга, при условие че тези клаузи са изразени на ясен и разбираем език“. Вж. решения от 3 юни 2010 г., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, т. 31, 35 и 40), и от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 41).

69 Вж. точки 21 и 23 от настоящото заключение.

70 Вж. в този смисъл решение от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 54).

76. По делото в главното производство запитващата юрисдикция ще трябва да провери дали клаузата за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред, включена в „договора за новация за изменение на кредита“, действително се отнася до „основния предмет на договора“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 93/13. Това ще зависи по-специално от отговора на въпроса дали, както твърди Ibercaja, действително става въпрос за спогодба [71].

77. В този контекст при всички положения анализът не трябва да спира дотук. Всъщност припомням, че съгласно член 4, параграф 2 от Директива 93/13 клаузите, отнасящи се до „основния предмет на договора“, не подлежат на преценка дали евентуално са неравноправни, *при условие че са изразени на ясен и разбираем език*. Следователно изискването за прозрачност по член 5 от тази директива трябва да е изпълнено дори за тези клаузи.

78. В това отношение съгласно постоянната практика на Съда това изискване за прозрачност не може да се сведе само до разбираемостта на договорните клаузи от формална и граматическа гледна точка [72]. Член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13 налагат изискване за проверка на *прозрачността по същество* на тези клаузи [73]. Договорна клауза е прозрачна по същество, когато среден потребител, относително осведомен и в разумни граници наблюдателен и съобразителен, може да разбере последиците (както правни, така и икономически), които произтичат за него от тази клауза. Следва да се провери по-специално дали в разглеждания договор причините за механизма, за който се отнася въпросната клауза, и особеностите му са прозрачно изложени. Релевантни в този контекст са също публичността и преддоговорната информация, осигурени от продавача или доставчика относно договорните условия и техните последици за потребителя [74].

79. Когато става въпрос за договорна клауза, която съдържа взаимен отказ от оспорване по съдебен ред на валидността на вече съществуваща клауза и е включена в споразумение като например спогодба, според мен средният потребител може да разбере правните и икономическите последици, произтичащи за него от тази клауза, ако към момента на сключване на споразумението осъзнава порока, който потенциално засяга последната клауза, правата, които може да черпи от Директива 93/13 в това отношение, свободата си да сключи това споразумение или да откаже сключването му и да се обърне към съда, както и обстоятелството, че след

71 В решението си от 11 април 2018 г. Tribunal Supremo (Върховен съд) приема, че условията на спогодбата, предвидени в член 1809 от Гражданския кодекс (вж. бележка под линия 16 от настоящото заключение), са изпълнени при споразумение като разглежданото в главното производство, тъй като намерението на страните е било да уредят окончателно едно положение на несигурност относно валидността на клаузите за „долен праг“, като се откажат от предприемането на действия по съдебен ред в замяна на взаимни отстъпки: от една страна, кредитната институция, в чиято полза съществува определен „долен праг“, се съгласява той да бъде намален, от друга страна, потребителят, който не желае клауза за „долен праг“, се съгласява на по-нисък долен праг от първоначално определения (вж. т. 26 от настоящото заключение). В особеното си мнение съдия Orduña Moreno обаче твърди, че това споразумение не е спогодба, тъй като споразумението не отразява наличието на спорно положение между страните. Освен това в решение № 168/2018 от 26 април 2018 г. Audiencia Provincial de Badajoz (Съд на провинция Бадахос, Испания) се произнася по подобен договор и приема, че не може да се говори за спогодба, тъй като между страните няма спор. Аз самият имам съмнение относно анализа на Tribunal Supremo (Върховен съд) в това отношение (вж. т. 80 от настоящото заключение).

72 Вж. решения от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 71 и 72), и от 20 септември 2018 г., EOS KSI Slovensko (C-448/17, EU:C:2018:745, т. 61).

73 Вж. решение Gutiérrez Naranjo, т. 48—51.

74 Вж. по-специално решения от 30 април 2014 г., Kásler и Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, т. 73 и 74), и от 5 юни 2019 г., GT (C-38/17, EU:C:2019:461, т. 35). Всъщност Съдът многократно е постановявал, че преддоговорната информация е от основно значение за потребителя. Именно въз основа на нея последният взема решение дали желае да се обвърже с условията, изготвени предварително от продавача или доставчика. Вж. по-специално решения от 21 март 2013 г., RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, т. 44), и от 20 септември 2017 г., Andriciuc и др. (C-186/16, EU:C:2017:703, т. 48).

сключването му вече няма да може да направи това[75]. По делото в главното производство запитващата юрисдикция трябва да провери това с оглед на разпоредбите от „договора за новация за изменение на кредита“ и на предоставената от Ibercaja на XZ преддоговорна информация.

80. В този контекст посочената юрисдикция ще трябва да провери, от една страна, дали, преди да сключи „договора за новация за изменение на кредита“, XZ действително е осъзнавала порока, който потенциално е засягал клаузата за „долен праг“, съдържаща се в договора за ипотечен кредит, и правата, които е можела евентуално да черпи от Директива 93/13. В това отношение ще отбележа само, че не е сигурно дали XZ изобщо е подала жалба до Ibercaja за премахване на тази клауза, както и че въпросното споразумение е бил представено от тази банка не като спогодба, разкриваща наличието между страните на спор по този въпрос[76], а като „договор за новация“, предназначен да адаптира договора за ипотечен кредит към промените в икономическата конюнктура. Самата клауза за взаимен отказ, предвидена в това споразумение, е неясна поради твърде широкия си обхват: тя не визира конкретно въпроса за валидността на клаузата за „долен праг“, а всички клаузи в договора за ипотечен кредит.

81. От друга страна, посочената юрисдикция трябва да провери дали Ibercaja е информирала XZ, че е свободна да сключи това споразумение или да откаже сключването му и да се обърне към съда, както и че след сключването му вече няма да може да направи това[77]. В този контекст е от значение и дали XZ е разполагала с разумен срок за размисъл, преди да обяви решението си. В това отношение ще посоча само, че е безспорно, че проектът на споразумение не ѝ е представен предварително[78] и че тя освен това не е имала възможност да го занеса у дома си, а е била принудена да вземе решение на място.

82. В решението си от 11 април 2018 г. Tribunal Supremo (Върховен съд) наистина постановява, че споразумение като сключеното от XZ отговаря на изискването за прозрачност, защото решението му от 9 май 2013 г. относно клаузите за „долен праг“ е било известно на широката общественост и защото това споразумение съдържа собственоръчно написана клауза, в която потребителят признава, че е разбрал значението на новия „долен праг“. Аз обаче имам съмнения относно тази обосновка. Всъщност според мен евентуалната общоизвестност на дадено решение не е достатъчна, за да освободи търговец или доставчик от задължението му да съставя прозрачни клаузи и да действа също така прозрачно в преддоговорната фаза. От друга

75 Според мен тук може да се взаимства от гаранциите, предвидени от законодателя на Съюза в Директива 2013/11 и посочени в точка 49 от настоящото заключение. Съгласно член 9, параграф 2 от тази директива „[п]ри процедури за АРС, които имат за цел решаването на спора чрез предлагане на решение, държавите членки гарантират, че:[…] б) страните, преди да приемат или да спазят предлаганото решение, са уведомени, че: i) имат възможността да приемат, да откажат или да спазят предложеното решение; ii) участието в процедурата не изключва възможността за търсене на защита по съдебен ред; iii) предложеното решение може да се различава от решение, постановено от съд, прилагащ правните норми; в) преди да приемат или спазят предложеното решение, страните са информирани относно правните последици от приемането или спазването на предложеното решение; г) на страните се предоставя разумен срок за размисъл преди да изразят съгласието си за предложеното решение или споразумение по взаимно съгласие“.

76 Например при споразуменията за предоставяне на компетентност при трансгранични потребителски спорове (вж. бележка под линия 38 от настоящото заключение) се приема, че между страните възниква спор, когато между тях съществува разногласие по определен въпрос и има изгледи за незабавна или предстояща процедура (вж. доклада на P. Jenard относно Конвенцията от 27 септември 1968 г. относно компетентността и изпълнението на съдебните решения по граждански и търговски дела (ОВ C 59, 1979 г., стр. 1), p. 33). За да се приеме, че това е така, не е достатъчно потребителят просто да предяви претенция: необходимо е също продавачът или доставчикът да откаже да я уважи (*Nielsen*, P. A., op. cit., p. 520).

77 Това не означава непременно, както посочва запитващата юрисдикция, че продавачът или доставчикът следва да посочи точната сума, от която се отказва потребителят. Такова изискване ми се струва нереалистично при договаряне на спогодба. Впрочем в рамките на изискването за прозрачност Съдът следи да не се надхвърля това, което може разумно да се очаква от продавача или доставчика (вж.решение от 19 септември 2019 г., Lovasné Tóth, C-34/18, EU:C:2019:764, т. 69). Освен това в конкретния случай към момента на сключване на „договора за новация за изменение на кредита“ банката не е можела разумно да знае, че XZ евентуално ще се ползва от подобно право на възстановяване (вж. т. 75 от настоящото заключение).

78 В двадесетото съображение от Директива 93/13 се уточнява, че потребителят действително трябва да има възможност да проучи всички условия по договора. Освен това Съдът вече е постановил, че получаването на договора предварително от потребителя допринася за спазването на изискването за прозрачност. Вж. в този смисъл определение от 24 октомври 2019 г., Topaz (C-211/17, непубликувано, EU:C:2019:906, т. 50).

страна, не съм сигурен, че със собственоръчно написана клауза, чийто образец е наложен от банката и в която се посочва, че потребителят е разбрал, че лихвеният му процент няма да спадне под определен праг, може да се докаже, че последният е разбрал значението на отказа, с който току-що се е съгласил.

83. Ако запитващата юрисдикция потвърди липсата на прозрачност на клаузата за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред, предвидена в „договора за новация за изменение на кредита“, това ще означава, че тя може да провери неравноправния характер на тази клауза дори ако последната се отнася до „основния предмет на договора“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 93/13. При това положение според мен такава липса на прозрачност би била достатъчна, в особения контекст на споразумение като разглежданото, за да се докаже несъвместимостта на въпросната клауза с посочената директива, без дори да е необходимо да се проверяват критериите относно значителната неравноправност и добросъвестността, предвидени в член 3, параграф 1 от нея. Всъщност поради тази липса на прозрачност предвиденият в същата клауза отказ не може да се счита за даден въз основа на „напълно информираното съгласие“ на потребителя[79]. Освен това посочената липса на прозрачност и асиметричната информираност, която тя предполага, според мен позволяват тази значителна неравнопоставеност да се презумира и с тях може да се докаже неизпълнение от страна на Ibercaja на изискването за добросъвестност[80].

84. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на третия и петия въпрос, че клауза за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред, която не е индивидуално договорена, е неравноправна по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, освен в хипотезата на предвиждане на посочената клауза в споразумение, чийто предмет е именно уреждането на съществуващ спор между потребител и продавач или доставчик. Дори и в тази хипотеза обаче такава клауза трябва да съответства на изискването за прозрачност, произтичащо от член 4, параграф 2 и член 5 от посочената директива. Що се отнася до клауза от подобно споразумение, съдържаща взаимен отказ от оспорване по съдебен ред на валидността на вече съществуваща договорна клауза, среден потребител се счита за разбиращ правните и икономическите последици, които произтичат за него от тази клауза, ако към момента на сключване на споразумението осъзнава порока, който потенциално засяга последната клауза, правата, които може да черпи от посочената директива в това отношение, свободата си да сключи това споразумение или да откаже сключването му и да се обърне към съда, както и обстоятелството, че след сключването му вече няма да може да направи това.

2. Проверката на новата клауза за „долен праг“

85. С четвъртия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали клауза като новата клауза за „долен праг“, предвидена в „договора за новация за изменение на кредита“, е опорочена поради липса на прозрачност по смисъла на член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13, тъй като в това споразумение банката не е информирала потребителя за истинската материална стойност на тази клауза, за да може той да е наясно с лихвения процент, който би бил приложим, и с месечните вноски, които би трябвало да плаща, ако посочената клауза я няма.

79 Вж. предлагания от мен отговор на първия преюдициален въпрос.

80 Съдът е постановил, че за да определи дали произтичащата от договорна клауза неравнопоставеност възниква „въпреки изискването за добросъвестност“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, националният съд трябва да провери дали, като постъпва добросъвестно и справедливо с потребителя, продавачът или доставчикът може основателно да очаква, че потребителят ще се съгласи с подобна клауза при индивидуални преговори. Вж. по-специално решение от 14 март 2013 г., Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, т. 69).

86. В главното производство е вероятно новата клауза за „долен праг“ да се отнася до „основния предмет“, по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 93/13, на „договора за новация за изменение на кредита“, при това независимо от правната квалификация, която трябва да се даде на това споразумение по националното право. Всъщност, ако целта на посоченото споразумение, както твърди XZ, е да се новира първоначално съдържалата се в договора за ипотечен кредит клауза за „долен праг“, то тази нова клауза може да е само основният му предмет. Ако предназначението на същото това споразумение, както твърдят Ibercaja и испанското правителство, е окончателното уреждане на спор в замяна на взаимни отстъпки, посочената клауза пак се отнася до този основен предмет, тъй като представлява конкретен израз на тези отстъпки.

87. Както обаче посочих по-горе, дори клауза, която се отнася до „основния предмет на договора“ по смисъла на член 4, параграф 2, трябва да отговаря на изискването за прозрачност. Както бе припомнено в настоящото заключение, договорна клауза е прозрачна, когато среден потребител е в състояние да разбере икономическите последици, които произтичат за него от тази клауза. Що се отнася до клаузата за „долен праг“, в съдържащия я договор трябва прозрачно да са изложени причините за механизма, за който се отнася тя, и особеностите му[81]. В това отношение в решението си от 9 май 2013 г. Tribunal Supremo (Върховен съд) поставя условия за използването на този вид клаузи в договорите за кредит[82], които условия според мен представляват работещ и конкретен израз на общо поставеното от Съда изискване за прозрачност. В конкретния случай тези условия трябва да се спазват, независимо че самият „договор за новация за изменение на кредита“ не е договор за кредит. Запитващата юрисдикция трябва да провери дали това е така.

88. Трябва обаче да се разгледат два конкретни аспекта. От една страна, не съм сигурен, че от кредитната институция може да се изисква за в бъдеще да посочва месечните вноски, които клиентът би трябвало да плаща, ако клаузата за „долен праг“ я няма. Всъщност тъй като лихвеният процент зависи от рядко предвидими икономически колебания, подобно изискване не ми изглежда разумно[83]. Продавачът или доставчикът най-много трябва да посочи, както отбелязва в съдебната си практика Tribunal Supremo (Върховен съд), сценарии за разумно предвидимото поведение на лихвения процент към деня на сключване на договора. От друга страна, що се отнася до собственоръчно написаната от потребителя клауза[84], на която в решението си от 11 април 2018 г. Tribunal Supremo (Върховен съд) придава определяща тежест за доказването на изпълнението на изискването за прозрачност, считам, че макар подобна клауза безспорно да е релевантен признак, тя не може да бъде решаваща сама по себе си. Тази собственоръчно написана клауза наистина доказва, че вниманието на потребителя е било

81 Вж. точка 78 от настоящото заключение.

82 Tribunal Supremo (Върховен съд) постановява, че клауза за „долен праг“ е непрозрачна, доколкото а) липсва достатъчно ясна информация за това, че става въпрос за елемент, определящ основния предмет на договора, б) клаузите са включени заедно с клаузите за горен праг и са представени сякаш са техен противовес, в) липсват симулации на различни сценарии за разумно предвидимото поведение на лихвения процент към деня на сключване на договора, г) липсва предварителна, ясна и разбираема информация за стойността, сравнена с други условия за кредитиране от институцията — ако такива съществуват — или предупреждение до потребителя, че с оглед на профила му тези условия не му се предлагат, и д) клаузата за „долен праг“ е заобиколена от огромно количество данни, които я скриват и отклоняват вниманието на потребителя.

83 По-специално, това според мен доста би надхвърлило изискванията, въведени с Директива 2014/17, която, макар да не е приложима ratione temporis към спора в главното производство, предоставя полезна отправна точка. Всъщност в член 14 от тази директива се предвижда, че кредиторът трябва да изпълни задължението си за предоставяне на преддоговорна информация, използвайки съдържащия се в приложение II към посочената директива европейски стандартизиран информационен формуляр (ЕСИФ). В раздел 3 („Основни характеристики на кредита“), точка 6 от това приложение впрочем се предвижда само че „[в] настоящия раздел се пояснява дали лихвеният процент по кредита е фиксиран, или променлив и ако е приложимо, за кои периоди ще остане фиксиран, периодичността, на която ще бъдат извършвани последващите преразглеждания, и дали съществуват граници за промяната на лихвения процент по кредита, като горна или долна граница“.

84 Вж. точка 14 от настоящото заключение.

привлечено върху последиците от клауза за „долен праг“. Тази клауза обаче не е достатъчна, за да се докаже спазването на строгите условия за прозрачност, въведени от Съда и Tribunal Supremo (Върховен съд). Ето защо според мен признакът, който тази собственоръчно написаната клауза съставлява, трябва да бъде допълнен с други непротиворечиви данни.

89. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на четвъртия въпрос, че клауза за „долен праг“, която не е индивидуално договорена, трябва да се счита за прозрачна по смисъла на член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13, когато потребителят е в състояние да разбере икономическите последици, произтичащи за него от тази клауза. По-конкретно, в съдържащия я договор трябва прозрачно да са изложени причините за механизма, за който се отнася тази клауза, и особеностите му. От продавача или доставчика обаче не може да се изисква да посочва за в бъдеще месечните вноски, които клиентът би трябвало да плаща, ако посочената клауза я няма.

V. Заключение

90. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на въпросите, поставени от Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (Първоинстанционен и следствен съд № 3, Теруел, Испания), както следва:

„1) Когато потребител и продавач или доставчик са обвързани с договор, възникнат сериозни съмнения относно потенциално неравноправния характер — по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13/ЕИО на Съвета от 5 април 1993 година относно неравноправните клаузи в потребителските договори — на клауза от този договор и с последващо споразумение страните изменят въпросната клауза, потвърдят валидността на първоначалния договор и взаимно се откажат да оспорват неговите клаузи по съдебен ред, член 6, параграф 1 от тази директива допуска посоченото споразумение да има задължителна сила за потребителя, при условие че е сключено с неговото доброволно и напълно информирано съгласие.

2) Договорна клауза не е индивидуално договорена по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, когато потребителят не е имал реална възможност да влияе на нейното съдържание. Това се преценява с оглед на обстоятелствата около сключването на договора, и по-специално с оглед на обхвата на разискванията между страните по въпроса, за който се отнася тази клауза. В хипотезата на предварително съставена стандартна клауза, в съответствие с член 3, параграф 2 от тази директива продавачът или доставчикът трябва да докаже, че тя е договорена по такъв начин.

3) Клауза за взаимен отказ от предприемане на действия по съдебен ред, която не е индивидуално договорена, е неравноправна по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 93/13, освен в хипотезата на предвиждане на посочената клауза в споразумение, чийто предмет е именно уреждането на съществуващ спор между потребител и продавач или доставчик. Дори и в тази хипотеза обаче такава клауза трябва да съответства на изискването за прозрачност, произтичащо от член 4, параграф 2 и член 5 от посочената директива. Що се отнася до клауза от подобно споразумение, съдържаща взаимен отказ от оспорване по съдебен ред на валидността на вече съществуваща договорна клауза, среден потребител се счита за разбиращ правните и икономическите последици, които произтичат за него от тази клауза, ако към момента на сключване на споразумението осъзнава порока, който потенциално засяга последната клауза, правата, които може да черпи от посочената директива в това отношение, свободата си да сключи това споразумение или да откаже сключването му и да се обърне към съда, както и обстоятелството, че след сключването му вече няма да може да направи това.

4) Клауза за „долен праг“, която не е индивидуално договорена, трябва да се счита за прозрачна по смисъла на член 4, параграф 2 и член 5 от Директива 93/13, когато потребителят е в състояние да разбере икономическите последици, произтичащи за него от тази клауза. По-конкретно, в съдържащия я договор трябва прозрачно да са изложени причините за механизма, за който се отнася тази клауза, и особеностите му. От продавача или доставчика обаче не може да се изисква да посочва за в бъдеще месечните вноски, които клиентът би трябвало да плаща, ако посочената клауза я няма“.