



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEJA,
predstavljeni 30. januarja 2020¹

Zadeva C-452/18

XZ
proti
Ibercaja Banco SA

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (prvostopenjsko civilno in kazensko sodišče št. 3 v Teruelu, Španija))

„Predhodno odločanje – Nepošteni pogoji v potrošniških pogodbah – Direktiva 93/13/EGS – Pogodba o hipotekarnem kreditu – Pogoj o omejitvi spremenljivosti obrestne mere (pogoj o minimalni obrestni meri) – Nepreglednost – Nepoštenost – Sklenitev dogovora med strankama, ki vsebuje novacijo pogoja o najnižji obrestni meri, potrditev veljavnosti pogodbe o hipotekarnem kreditu in vzajemno odpoved njenemu izpodbijanju pred sodišči – Združljivost z Direktivo 93/13 – Pogoji“

I. Uvod

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe je vložilo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (prvostopenjsko civilno in kazensko sodišče št. 3 v Teruelu, Španija) v okviru spora med osebo XZ in družbo Ibercaja Banco SA (v nadaljevanju: družba Ibercaja). V bistvu je stranki iz postopka v glavni stvari zavezovala pogodba o hipotekarnem kreditu s spremenljivo obrestno mero. S to pogodbo je bil določen pogoj o minimalni obrestni meri, s katerim je bila omejena spremenljivost navedene obrestne mere. S sodbo Tribunal Supremo (vrhovno sodišče, Španija) se je podvomilo o združljivosti tovrstnega pogoja s špansko zakonodajo, s katero je bila prenesena Direktiva 93/13 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah.² V tem okviru sta oseba XZ in družba Ibercaja sklenili dogovor, katerega pravno kvalifikacijo prerokata ter ki vsebuje novacijo zadevnega pogoja, potrditev veljavnosti kreditne pogodbe in vzajemno odpoved njenemu izpodbijanju pred sodišči.

2. Predložitveno sodišče s postavljenimi vprašanji Sodišče sprašuje o združljivosti takega dogovora z Direktivo 93/13. Sodišču se z njimi ponuja priložnost, da prvič presodi, ali se lahko potrošnik – in po potrebi v katerih okoliščinah – pogodbeno odpove uveljavljanju nepoštenosti danega pogoja v smislu te direktive. Od odgovora na to vprašanje je odvisen predvsem obseg avtonomije, ki jo imata potrošnik in prodajalec ali ponudnik za potrditev ali novacijo pogodbenega določila, ki je potencialno nepošten, sklepanje sporazumnih dogovorov, zlasti poravnav, za izvensodno rešitev svojih sporov na tem področju.

¹ Jezik izvirnika: francoščina.

² Direktiva Sveta z dne 5. aprila 1993 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 2, str. 288).

3. V teh sklepnih predlogih bom pojasnil, da Direktiva 93/13 načelno potrošniku in prodajalcu ali ponudniku ne prepoveduje sklenitve dogovora, ki vključuje potrošnikovo odpoved možnosti sklicevanja na nepoštenost predhodno obstoječega pogoja. Vendar mora tak dogovor izpolnjevati zahteve, določene s to direktivo, še zlasti v njej določeno zahtevo po preglednosti. Torej bom Sodišču predlagal, naj sprejme pristop, ki zlasti omogoča ohranitev veljavnosti „resničnih“ sporazumnih poravnav, ki jih potrošniki sklenejo ob polnem poznavanju dejstev, vendar naj hkrati zavrne poravnave, ki jih vsili prodajalec ali ponudnik in so to le na videz.

II. Pravni okvir

A. Direktiva 93/13

4. Člen 3 Direktive 93/13 določa:

„1. Pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nedovoljenega [nepoštenega], če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank.

2. Pogodbeni pogoj [vedno] šteje za pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, če je bil sestavljen vnaprej in potrošnik zato ni mogel vplivati na vsebino določbe, zlasti v okviru vnaprej oblikovane tipske pogodbe.

Dejstvo, da sta se stranki o nekaterih vidikih pogoja ali o posebnem pogoj dogovorili posamično, ne izključuje uporabe tega člena za preostalo pogodbo, če celotna ocena pogodbe pokaže, da gre vendarle za vnaprej oblikovano tipsko pogodbo.

Če prodajalec ali ponudnik trdi, da sta se stranki o tipskem pogoj dogovorili posamično, nosi dokazno breme.

3. Priloga vsebuje okvirni in nedokončani seznam pogojev, ki lahko štejejo za nedovoljene [nepoštenene].“

5. Člen 4 te direktive določa:

„1. Brez poseganja v člen 7 je treba nedovoljenost [nepoštenost] pogodbenega pogoja oceniti ob upoštevanju narave blaga ali storitev, za katero je bila sklenjena pogodba, in s sklicevanjem na vse okoliščine, ki so obstajale v času sklepanja pogodbe ter na vse druge pogoje te pogodbe ali druge pogodbe, od katere je pogoj odvisen.

2. Ocena nedovoljenosti [nepoštenosti] pogojev ne sme biti povezana niti z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe niti z ustreznostjo med ceno in plačilom za izmenjane storitve ali blago, če so pogoji v jasnem, razumljivem jeziku.“

6. Člen 6(1) navedene direktive določa:

„Države članice določijo, da nedovoljeni [nepošteneni] pogoji, uporabljeni v pogodbi, ki jo s potrošnikom sklene prodajalec ali ponudnik, kakor je določeno z nacionalnim pravom, niso zavezujoči za potrošnika in da pogodba še naprej zavezuje obe stranki na podlagi teh pogojev, če je nadaljnji obstoj mogoč brez nedovoljenih [nepoštenih] pogojev.“

7. V Prilogi k isti direktivi, naslovljeni „Pogoji, navedeni v členu 3(3)“, so v točki 1(q) navedeni pogoji, katerih cilj ali učinek je „izključitev ali omejitev potrošnikove pravice do sprožitve pravnega [sodnega] postopka ali drugega pravnega sredstva, zlasti z zahtevo, da potrošnik naslovi spore izključno na arbitražo, za katero ne veljajo pravne določbe, omejitvijo dokazov, ki so mu na voljo[,] ali s prenosom dokaznega bremena, ki ga po veljavnem pravu nosi prodajalec ali ponudnik“.

B. Špansko pravo

8. Direktiva 93/13 je bila v španski pravni red večinoma prenesena z Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (zakon 7/1998 o splošnih pogodbenih pogojih) z dne 13. aprila 1998, ki je bil skupaj z nekaterimi drugimi določbami o prenosu različnih direktiv Unije s področja varstva potrošnikov spremenjen z 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 (kraljeva zakonska uredba 1/2007 o spremembi splošnega zakona o varstvu potrošnikov in uporabnikov ter drugih dopolnilnih zakonov) (v nadaljevanju: kraljeva zakonska uredba 1/2007) z dne 16. novembra 2001.

9. Člen 10 kraljeve zakonske uredbe 1/2007 določa:

„Vnaprejšnja odpoved pravicam, ki jih ta uredba priznava potrošnikom in uporabnikom, je nična; v skladu z določbami člena 6 [španskega] civilnega zakonika pa so nična tudi dejanja, izvedena z namenom, da se obide zakon.“

10. Člen 83 kraljeve zakonske uredbe 1/2007 v odstavku 1 določa, da so „[n]epošteni pogoji [...] nični po samem pravu in se štejejo za neobstoječe“.

III. Spor o glavni stvari, vprašanja za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

11. Oseba XZ je na podlagi javne listine z dne 23. decembra 2011 od nosilca projekta kupila nepremičnino. Ta nepremičnina je bila obremenjena s hipoteko v korist družbe Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón kot jamstvom za vračilo posojila, ki ga je ta dala navedenemu nosilcu projekta na podlagi pogodbe z dne 23. julija 2010.³ Oseba XZ je z nakupom navedene nepremičnine vstopila v pravni položaj nosilca projekta, kar zadeva to pogodbo.

12. Pogodba o hipotekarnem kreditu je določala, da se za navedeno posojilo uporablja spremenljiva obrestna mera. Vendar je bila z enim od pogojev iz te pogodbe navedena spremenljivost omejena, saj je bila z njim na letni ravni najvišja obrestna mera določena na 9,75 %, minimalna obrestna mera pa na 3,25 %.

³ V nadaljevanju: pogodba o hipotekarnem kreditu.

13. Družba Ibercaja kot pravna naslednica družbe Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, kar se tiče zadevnega posojila,⁴ je 4. marca 2014 z osebo XZ sklenila dogovor, poimenovan „pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo“. S tem dogovorom je bilo določeno predvsem znižanje minimalne obrestne mere za to posojilo, in sicer na 2,35 %, od naslednjega mesečnega obroka do dokončnega poplačila posojila. Navedeni dogovor je vseboval tudi pogoj, ki je določal:

„Stranki potrjujeta veljavnost in izvajanje posojila, saj menita, da so pogoji ustrezni, ter se zato izrecno in vzajemno odpovedujeta uveljavljanju kakršnega koli pravnega sredstva zoper drugo stranko, kar se tiče sklenjene pogodbe in njenih pogojev, pa tudi doslej izvedene poravnave in plačila, za katere priznavata, da so ustrezni.“

14. Poleg tega je isti dogovor vseboval še na roko napisan zaznamek, ki ga je napisala in podpisala oseba XZ po modelu, ki ji ga je predložila družba Ibercaja, v katerem je oseba XZ izjavila:

„Zavedam se in razumem, da obrestna mera za moje posojilo nikoli ne bo nižja od nominalnih 2,35 % na leto.“

15. Oseba XZ je 14. januarja 2016 plačala zadnji mesečni obrok posojila.

16. Zadevna stranka je 1. februarja 2017 vložila tožbo pri Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (prvostopenjsko civilno in kazensko sodišče št. 3 v Teruelu), s katero je predlagala, naj se zaradi nepoštenosti ugotovi ničnost pogoja o minimalni obrestni meri, določenega v pogodbi o hipotekarnem kreditu, in naj se družbi Ibercaja naloži vračilo zneskov, plačanih v skladu s tem pogojem.

17. Družba Ibercaja je pred tem sodiščem izpodbijala trditve, da navedeni pogoj ni pošten, in nasprotovala zahtevanemu vračilu, pri čemer se je sklicevala zlasti na „pogodbo o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, ki jo je sklenila z osebo XZ. V tem okviru zadnjenavedena trdi, da je treba pravilo, po katerem nepošteno pogoji „niso zavezujoči za potrošnika“, določeno v členu 6(1) Direktive 93/13, razširiti tudi na tovrstno pogodbo, ki bi jo bilo torej treba obravnavati – enako kot navedeni pogoj – kot nično.

18. V teh okoliščinah je Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (prvostopenjsko civilno in kazensko sodišče št. 3 v Teruelu) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba načelo, da nični pogoji ne zavezujejo (člen 6 [Direktive 93/13]), razširiti tudi na poznejše pogodbe in pravne posle glede teh pogojev, kot je [pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo]?”

In ali je mogoče glede na to, da absolutna ničnost pomeni, da navedeni pogoj ni nikoli obstajal v pravno-finančnem življenju pogodbe, sklepati, da poznejši pravni akti in njihovi učinki na navedeni pogoj, torej [pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo], prav tako izginejo iz pravne resničnosti in jih je treba šteti za neobstoječe in brez vsakršnega učinka?

2. Ali so lahko dokumenti, s katerimi se spremenijo ali uskladijo pogoji, o katerih se stranki nista dogovorili in za kater[e] je verjetno, da ne bi prestal[i] nadzora zaradi nepoštenosti in nepreglednosti, del splošnih pogojev poslovanja v smislu določb člena 3 [Direktive 93/13] in so nični iz istih razlogov kot prvotni dokumenti, ki so bili predmet novacije ali poravnave?

⁴ Iz predložitvene odločbe in stališč družbe Ibercaja je razvidno, da je bila družba Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón na navedeni datum priključena družbi Banco Grupo Cajatrés S.A. Nato se je ta institucija 23. maja 2013 sama priključila družbi Ibercaja, ki jo je ta nazadnje prevzela 1. oktobra 2014.

3. Ali mora biti odpoved sodnim postopkom, ki je določena v [pogodbi o novaciji, s katero se spremeni posojilo⁵], prav tako nična, ker v pogodbah, ki so jih podpisale stranke, ni bilo informacij, iz katerih bi stranke lahko razbrale, da gre za nični pogoj, niti informacij o denarju ali finančnem znesku, do katerega so upravičene zaradi vračila za obresti, ki so jih plačale zaradi ,pogoja o minimalni obrestni meri‘?

Tako se izkaže, da se stranka odpove sodnim postopkom, ne da bi jo banka obvestila, čemu se odpoveduje [ali] kolikšnemu znesku se odpoveduje.

4. Če se [pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo⁶], presoja glede na sodno prakso Sodišča in členov 3(1) in 4(2) Direktive 93/13, ali nov pogoj o minimalni obrestni meri ponovno ne izpolnjuje zahteve po preglednosti in banka ponovno ne izpolnjuje meril preglednosti, določenih v (sodbi Tribunal Supremo (vrhovno sodišče)), z dne 9. maja 2013, ter ne obvesti stranke o resničnem finančnem strošku navedenega pogoja v [njeni hipoteki], tako da bi bila seznanjena z obrestno mero (in posledičnim obrokom), ki bi jo morala plačati v primeru uporabe novega pogoja o najnižji obrestni meri, in z obrestno mero (in posledičnim obrokom), ki bi jo morala plačati, če se ne bi uporabil pogoj o minimalni obrestni meri in bi se uporabila obrestna mera, dogovorjena v pogodbi o hipotekarnem kreditu brez omejitve navzdol?

Drugače povedano, ali bi morala finančna institucija, ko vsili tako imenovani dokument o novaciji ,pogojev o minimalni obrestni meri‘, presojati preglednost, kakor je določeno v členih 3(1) in 4(2) Direktive [93/13], ter potrošnika obvestiti o znesku, za katerega je bil oškodovan zaradi uporabe ,pogojev o minimalni obrestni meri‘, ter o obrestih, ki veljajo v primeru neobstoja navedenih pogojev, ter če tega ne stori, ali je to prav tako razlog za ničnost teh dokumentov?

5. Ali se lahko določbe o sodnih postopkih iz splošnih pogojev poslovanja v zvezi s [pogodbo o novaciji, s katero se spremeni posojilo⁶] po svoji vsebini štejejo za nepošten pogoj v smislu člena 3(1) v povezavi s priložo o nepoštenih pogojih in zlasti s točko 1(q) te priloge [...], ker omejujejo pravico potrošnikov do uveljavljanja pravic, ki lahko nastanejo ali se pojavijo po podpisu pogodbe, kot se je zgodilo z možnostjo zahtevati vračilo plačanih obresti v celoti (na podlagi (sodbe Gutiérrez Naranjo in drugi)⁵)?‘

19. Predložitvena odločba z dne 26. aprila 2018 je v sodno tajništvo Sodišča prispela 11. julija 2018. Pisna stališča so predložile družba Ibercaja, španska vlada in Evropska komisija. Iste stranke in zadevne osebe ter oseba XZ so bile zastopane na obravnavi, ki je potekala 11. septembra 2019.

IV. Analiza

20. Ozadje te zadeve je problematika pogojev o minimalni obrestni meri, ki se uporabljajo v kreditnih pogodbah.⁶ Naj na kratko spomnim, da so se zlasti španske banke v obdobju, ko se je napovedovala kriza, ki je pretresla svetovno gospodarstvo med letoma 2007 in 2012, in med njo posluževale prakse ponujanja hipotekarnih posojil s spremenljivo obrestno mero, ki so vključevala tovrstni pogoj za omejitev spremenljivosti te obrestne mere. Natančneje, ta pogoj pomeni, da mora posojilojemalec, če navedena obrestna mera pade pod najnižji prag, določen s tem pogojem, plačati obresti, ki se ujemajo

⁵ Sodba z dne 21. decembra 2016 (C-154/15, C-307/15 in C-308/15, EU:C:2016:980; v nadaljevanju: sodba Gutiérrez Naranjo).

⁶ Na to problematiko je bilo Sodišče že opozorjeno. Glej zlasti sodbo z dne 14. aprila 2016, Sales Sinués in Drame Ba (C-381/14 in C-385/14, EU:C:2016:252), in sodbo Gutiérrez Naranjo ter sklep z dne 14. novembra 2013, Banco Popular Español in Banco de Valencia (C-537/12 in C-116/13, EU:C:2013:759).

z navedenim pragom.⁷ V praksi je bila posledica pogojev o minimalni obrestni meri ta, da španski potrošniki niso mogli izkoristiti padca obrestnih mer, do katerega je prišlo med navedeno finančno krizo, medtem ko so bile kreditne institucije zavarovane pred negativnimi učinki, ki bi jih moral navedeni padec imeti na njihove marže.⁸

21. Vendar uporaba pogojev o minimalni obrestni meri ni ostala brez posledic niti za španske banke. Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) je v sodbi z dne 9. maja 2013⁹ ugotovilo njihovo nepoštenost zaradi nepreglednosti, zato je za nične razglasilo pogoje o minimalni obrestni meri, vključene v splošne pogoje poslovanja treh od teh bank. Vendar je navedeno sodišče učinke svoje sodbe časovno omejilo, saj se ta zlasti ni nanašala na zneske, ki so jih v skladu s temi pogoji potrošniki plačali pred datumom njene objave.¹⁰ Čeprav se stranki iz postopka v glavni stvari ne strinjata o obsegu seznanjenosti javnosti s to sodbo ob njenem izreku, menim, da je nedvomno mogoče trditi, da so se z njo porodili resni dvomi glede vprašanja, ali pogoji o minimalni obrestni meri, ki so jih uporabljale druge banke, prav tako niso bili pregledni.

22. V takih okoliščinah je družba Ibercaja julija 2013 izoblikovala interno politiko, po kateri je z nekaterimi – ali celo vsemi – strankami s hipotekarnim posojilom, ki je vključevalo pogoj o minimalni obrestni meri,¹¹ sklenila dogovor, poimenovan „pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo“. Ta dogovor je zlasti določal znižanje minimalnega praga, ki se je uporabljal za posojilo zadevne stranke, z učinkom od naslednjega mesečnega obroka do poplačila navedenega posojila, ter izrecno in vzajemno odpoved izpodbijanju pogojev navedenega posojila pred sodišči. Družba Ibercaja je 4. marca 2014 tak dogovor sklenila z osebo XZ.

23. Sodišče je 21. decembra 2016, potem ko mu je več španskih sodišč predložilo vprašanje glede posledic, ki jih morajo izpeljati iz ugotovitve nepoštenosti pogoja o minimalni obrestni meri, izreklo sodbo Gutiérrez Naranjo. V tej sodbi je v bistvu odločilo, da je s členom 6(1) Direktive 93/13 nacionalnemu sodišču naloženo, da mora, če ugotovi nepoštenost takega pogoja, načeloma zavrniti njegovo uporabo in odrediti, da se potrošnikom vrnejo zneski, ki so jih plačali v skladu z njim.¹² Poleg tega je Sodišče pojasnilo, da navedeni člen nasprotuje časovni omejitvi pravice do vračila, kakršno je določilo Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 9. maja 2013.¹³

7 Glej sodbo Gutiérrez Naranjo (točka 18).

8 Ta pojav je imel precejšnje razsežnosti: naj kot primer navedem, da je kar tretjina vseh hipotekarnih posojil, sklenjenih v Španiji leta 2010, vključevala tovrstni pogoj (glej 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*, junij 2018, str. 23–32 in navedene reference).

9 Sodba št. 241/2013 (v nadaljevanju: sodba Tribunal Supremo z dne 9. maja 2013 ali sodba z dne 9. maja 2013, ES:TS:2013:1916).

10 Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) je nato to rešitev potrdilo (glej zlasti sodbi z dne 25. marca 2015, št. 139/2015 (ES:TS:2015:1280), in z dne 29. aprila 2015, št. 222/2015 (ES:TS:2015:2207)). Glej sodbo Gutiérrez Naranjo (točke od 18 do 21 in 67).

11 Po navedbah družbe Ibercaja so morali njeni uslužbenci sklenitev „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, predlagati le strankam, ki so po izreku sodbe Tribunal Supremo z dne 9. maja 2013 vložile pritožbo v zvezi s pogojem o minimalni obrestni meri iz svoje pogodbe. Po drugi strani pa oseba XZ trdi, da so bili taki dogovori del kampanje, v katero so bile vključene vse stranke, katerih pogodba je vključevala tovrstni pogoj o minimalni obrestni meri, ne glede na to, ali so v zvezi z njim vložile pritožbo ali ne. Naj k temu dodam, da je vprašanje, ali je tudi sama oseba XZ vložila tako pritožbo ali ne, predmet spora med strankama iz postopka v glavni stvari pred predložitvenim sodiščem (glej točko 80 teh sklepnih predlogov).

12 Konkretno torej razlika med zneski, plačanimi v skladu z minimalnim pragom, in zneski, ki bi bili plačani, če ta prag ne bi obstajal in bi se uporabljala spremenljiva obrestna mera.

13 Glej sodbo Gutiérrez Naranjo (točke od 61 do 75) in točko 21 teh sklepnih predlogov.

24. Oseba XZ, ki je verjetno izvedela za to sodbo Sodišča, je 1. februarja 2017 pri predložitvenem sodišču vložila tožbo, v kateri je predlagala, naj zaradi nepoštenosti ugotovi ničnost pogoja o minimalni obrestni meri, določenega v njeni pogodbi o hipotekarnem kreditu, in naj se družbi Ibercaja naloži vračilo zneskov, ki jih je zadevna oseba plačala v skladu z navedenim pogojem.¹⁴

25. Osrednje vprašanje, ki se postavlja pred tem sodiščem, je vprašanje pravnih posledic, ki jih ima lahko „pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, sklenjena 4. marca 2014 med osebo XZ in družbo Ibercaja, za te zahtevke.

26. Banka namreč trdi, da ta dogovor nasprotuje možnosti, da se oseba XZ pred sodišči sklicuje na nepoštenost pogoja o minimalni obrestni meri, prvotno določenega v pogodbi o hipotekarnem kreditu. S to utemeljitvijo se je odzvala na sodbo Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) z dne 11. aprila 2018,¹⁵ v kateri se je to izreklo o enakih dogovorih, ki so jih sklenili družba Ibercaja in dve drugi njeni stranki. Navedeno sodišče je v bistvu menilo, da je tovrstni dogovor *poravnava*,¹⁶ ki so jo sklenile stranke za izvensodno in dokončno odpravo negotovosti, nastalo zaradi njegove sodbe z dne 9. maja 2013, kar se tiče veljavnosti pogoja o minimalni obrestni meri iz njihovih kreditnih pogodb, in sicer v zameno za vzajemna popuščanja v obliki znižanja praga, ki je določen v tej določbi. Torej naj sodišče ne bi moglo preučiti vprašanja nepoštenosti tega pogoja, saj naj bi bila navedena poravnava za stranke zavezujoča. V tem okviru je Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) odločilo, da Direktiva 93/13 ne nasprotuje temu, da se prodajalec ali ponudnik in potrošnik pogodita in tako izvensodno rešita svoje spore. Poleg tega je navedeno sodišče menilo, da so zadevni dogovori za potrošnike pregledni.¹⁷

27. Po drugi strani pa oseba XZ trdi, da bi bilo treba „pogodbo o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, obravnavati kot nično in naj zato predložitvenemu sodišču ne bi mogla preprečevati preučitve njenih zahtevkov. Njena utemeljitev v zvezi s tem odraža ločeno odklonilno mnenje, priloženo sodbi Tribunal Supremo z dne 11. aprila 2018,¹⁸ na katero je bilo napoteno v prejšnji točki. V njem se v bistvu trdi, da tak dogovor ni poravnava, ampak je pogodba o *novaciji*¹⁹ pogoja o minimalni obrestni meri iz pogodb o hipotekarnem kreditu zadevnih strank, pri čemer taka novacija v skladu z nacionalnim pravom ni veljavna.²⁰ Vsekakor naj bi, prvič, člen 6(1) Direktive 93/13 nasprotoval temu, da stranke spremenijo ali potrdijo nepošten pogoj ali da se potrošnik odpove izpodbijanju tega pogoja pred sodišči. Drugič, tovrstni dogovor naj ne bi bil dovolj pregleden, saj naj ne bi vseboval informacij, na podlagi katerih bi potrošniki lahko razumeli ekonomske in pravne posledice, ki zanje izhajajo iz njegove sklenitve. Predložitveno sodišče se nagiba k enakemu mnenju.

28. Naj uvodoma navedem, da se strinjam s Komisijo, da to vprašanje – čeprav je iz prejšnjih dveh točk razvidno, da je pravna kvalifikacija „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, med strankama iz postopka v glavni stvari sporna – spada izključno na področje uporabe španskega prava, zato o njem ne more odločiti Sodišče, ampak je za to pristojno predložitveno sodišče.

14 Zadeva osebe XZ še zdaleč ni osamljena. Pri španskih sodiščih je bilo vloženih več kot milijon zahtevkov za vračilo zneskov, plačanih v skladu s pogojem o minimalni obrestni meri (glej Zunzunegui, F., *op. cit.*, str. 6). Glej v zvezi z vprašanjem vpliva sodbe Tribunal Supremo z dne 9. maja 2013 in sodbe Gutiérrez Naranjo na špansko gospodarstvo International Monetary Fund, *IMF Country Report N° 17/345, Spain: Financial Sector Assessment Program – Technical Note on Supervision of Spanish Banks – Select[ed] issues*, 13. november 2017, str. 8, 10, 23 in 53, kjer je trženje hipotekarnih posojil s pogojem o minimalni obrestni meri povzdignjeno na raven sistemskega tveganja za to gospodarstvo.

15 Sodba št. 205/2018 (v nadaljevanju: sodba Tribunal Supremo z dne 11. aprila 2018 ali sodba z dne 11. aprila 2018, ES:TS:2018:1238).

16 V skladu s členom 1809 španskega civilnega zakonika je poravnava pogodba, s katero stranke s tem, da vsaka od njih nekaj da, obljubi ali pridrži, preprečijo potencialni ali končajo že nastali spor.

17 Za več podrobnosti glej točko 82 teh sklepnih predlogov.

18 V nadaljevanju: odklonilno ločeno mnenje sodnika Orduñe Morena.

19 Novacija je pravni posel, določen zlasti v členu 1203 španskega civilnega zakonika, s katerim stranki, ki ju zavezuje že obstoječe obligacijsko razmerje, to obveznost spremenita ali jo nadomestita z drugo.

20 Glej opombo 31 teh sklepnih predlogov.

29. Nasprotno pa je Sodišče pristojno za to, da ob upoštevanju Direktive 93/13 analizira predpostavko, po kateri (1) potrošnika in prodajalca ali ponudnika zavezuje pogodba, (2) so se pojavili resni dvomi o potencialni nepoštenosti v smislu člena 3(1) te direktive ene od določb te pogodbe²¹ ter (3) so stranke s poznejšim dogovorom ovirale zadevni pogoj,²² potrdile veljavnost prvotne pogodbe in se vzajemno odpovedale njenemu izpodbijanju pred sodišči. Natančneje, najprej je treba opredeliti – kot predlaga predložitveno sodišče v prvem vprašanju – ali člen 6(1) navedene direktive *načelno* nasprotuje temu, da bi imel tak dogovor zavezujočo moč za potrošnika. V prvem delu teh sklepnih predlogov bom predstavil razloge, iz katerih menim, da to ni podano (razdelek A).

A. Možnost potrošnika za novacijo potencialno nepoštenega pogoja, potrditev njegove veljavnosti in/ali odpoved njegovemu izpodbijanju pred sodišči (prvo vprašanje za predhodno odločanje)

30. Naj spomnim, da člen 6(1) Direktive 93/13 določa, da „nepošteni pogoji, uporabljeni v pogodbi, ki jo s potrošnikom sklene prodajalec ali ponudnik, kakor je določeno z nacionalnim pravom, niso zavezujoči za potrošnika“. V skladu s to določbo mora nacionalno sodišče, kadar ugotovi nepoštenost danega pogodbenega pogoja, sprejeti vse ustrezne ukrepe, ki v skladu z nacionalnim pravom izhajajo iz te ugotovitve, da bi zagotovilo, da ta za potrošnika ni zavezujoč. To sodišče mora namreč zavrnilo uporabo navedenega pogoja, zato da ta nima zavezujočih učinkov za potrošnika.²³

31. Sodišče je v sodbi Gutiérrez Naranjo še pojasnilo, da je treba za nepošten pogoj „načeloma šteti, da ni nikoli obstajal, tako da ne sme imeti učinkov za potrošnika“. Zato mora biti posledica sodne ugotovitve nepoštenosti pogodbenega pogoja „načeloma to, da se ponovno vzpostavi pravni in dejanski položaj potrošnika, v katerem bi ta bil, če ne bi bilo tega pogoja“. Če zadevni pogoj potrošniku nalaga plačilo denarnih zneskov, obveznost sodišča, da zavrne njegovo uporabo, „načeloma zajema restitucijski učinek glede teh zneskov“.²⁴

32. Zato bi moralo predložitveno sodišče v zadevi v glavni stvari, če bi ugotovilo, da pogoj o minimalni obrestni meri iz pogodbe o hipotekarnem kreditu ni pošten v smislu člena 3(1) Direktive 93/13, načeloma v skladu s členom 6(1) te direktive zavrnilo njegovo uporabo in družbi Ibercaja naložiti, naj osebi XZ vrne zneske, ki jih je plačala zaradi uporabe tega pogoja.

33. Vendar naj bi „pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, po razlagi španskega prava, kakršno je podalo Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 11. aprila 2018, *preprečevala, da bi predložitveno sodišče preučilo samo vprašanje nepoštenosti tega pogoja o minimalni obrestni meri*.²⁵ Natančneje, španska vlada navaja, da oseba XZ sicer sodišču res ne more več predlagati, naj opravi nadzor nad veljavnostjo prvotnega pogoja o minimalni obrestni meri iz pogodbe o hipotekarnem kreditu, lahko pa po drugi strani izpodbija veljavnost novega pogoja o minimalni obrestni meri, določenega v tem dogovoru.

21 Družba Ibercaja in španska vlada sta poudarili, da Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 9. maja 2013 ni razveljavilo vseh pogojev o minimalni obrestni meri, ampak zgolj tiste, ki so jih uporabljale tri banke in zoper katere je bila pri njem vložena opustitvena tožba. Poleg tega pogoji o minimalni obrestni meri v skladu s to sodbo niso pošteni samo takrat, kadar niso pregledni, kar mora sodišče ugotoviti za vsak primer posebej. Vendar se takrat, ko sta stranki iz postopka v glavni stvari sklenili „pogodbo o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, pogoj o minimalni obrestni meri iz pogodbe o hipotekarnem kreditu še ni izpodbijal pred sodišči. Oseba XZ in Komisija kljub temu trdita, da so pogoji glede preglednosti iz te sodbe zelo strogi, zato obstaja vsaj velika verjetnost, da sporni pogoj o minimalni obrestni meri ni pošten. Po njenih navedbah so potrošniki v sodnih postopkih zaradi nepoštenih pogojev, vključno s pogoji o minimalnih obrestnih merah, uspeli v skoraj 97 % primerov. Naj spomnim, da se Sodišče v sodbi Gutiérrez Naranjo ni izreklo o nepoštenosti pogojev o minimalni obrestni meri. Kot izhodišče je vzelo predpostavko, da niso pošteni. Tudi v obravnavani zadevi Sodišče ni pristojno za to, da samo odloči o tem vprašanju.

22 Pravzaprav ni bil noviran pogoj, temveč obveznost, ki iz njega izhaja. Zaradi prikladnosti bo v teh sklepnih predlogih govora o „novaciji klavzule“.

23 Glej zlasti sodbe z dne 6. oktobra 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, točka 58); z dne 15. marca 2012, Pereničová in Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, točka 30); z dne 14. junija 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, točka 65), in z dne 30. maja 2013, Jörös (C-397/11, EU:C:2013:340, točka 41).

24 Sodba Gutiérrez Naranjo (točki 61 in 62).

25 Glej točko 26 teh sklepnih predlogov.

34. V takih okoliščinah se postavlja vprašanje, ali – kot trdi oseba XZ –²⁶ člen 6(1) Direktive 93/13 načelno nasprotuje temu, da potrošnik in prodajalec ali ponudnik skleneta dogovor o novaciji potencialno nepoštenega pogoja, potrditvi²⁷ njegove veljavnosti in/ali odpovedi njegovemu izpodbijanju pred sodišči, oziroma natančneje, ali ta določba nasprotuje temu, da bi imel tak dogovor za potrošnika zavezujoči učinek.

35. Kot sem že navedel, nisem tega mnenja. Menim namreč, da mora biti odgovor na to vprašanje bolj večplasten.

36. Kolikor razumem, pristop osebe XZ temelji na sodni praksi Sodišča, v skladu s katero ob upoštevanju podrejenega položaja potrošnika v primerjavi s prodajalcem ali ponudnikom glede pogajalske moči in ravni obveščenosti, člen 6(1) Direktive 93/13 pomeni zavezujočo določbo, katere namen je formalno ravnotežje med pravicami in obveznostmi sopogodbениkov, določeno s pogodbo, zamenjati z dejanskim ravnotežjem, tako da se med sopogodbениki vzpostavi enakost, poleg tega pa je treba to določbo šteti za določbo, enakovredno nacionalnim pravilom, ki imajo v nacionalnem pravnem redu status določb javnega reda.²⁸

37. Priznati moram, da ta sodna praksa v povezavi s tisto, navedeno v točkah 30 in 31 teh sklepnih predlogov, do določene mere odraža sistem *absolutne ničnosti*, ki obstaja v pravu različnih držav članic, med njimi tudi Kraljevine Španije.²⁹ Prav to sankcijo tudi določa špansko pravo, če se ugotovi nepoštenost pogodbenega pogoja.³⁰ Vendar absolutna ničnost ne pušča nikakršnega prostora za voljo pogodbenih strank. Te ne morejo potrditi ali novirati obveznosti, v zvezi s katero je bila ugotovljena taka ničnost. Niti se ne morejo o tovrstni obveznosti pogoditi: sodišče bo po uradni dolžnosti ugotovilo, da je nična in da so taki postopki brez učinka. Po mnenju osebe XZ potrošnik in prodajalec ali ponudnik torej ne moreta novirati, potrditi ali se pogoditi glede nepoštenega pogoja. Morebitni sporazum med strankama sodišču ne sme preprečevati, da preuči vprašanje določenega nepoštenega pogodbenega pogoja.³¹

26 Glej točko 27 teh sklepnih predlogov.

27 S tem izrazom mislim na akt, s katerim se pogodbeni stranka odpove sklicevanju na razlog za ničnost, ki je med drugim predpisan v členih od 1309 do 1313 španskega civilnega zakonika.

28 Glej zlasti sodbe z dne 26. oktobra 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, točke 25, 36 in 37); z dne 6. oktobra 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, točke 30, 51 in 52), in z dne 17. maja 2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, točke 26, 27, 34 in 35).

29 Naj opozorim, da se v pravu več držav, med njimi Kraljevine Belgije, Francoske republike in Kraljevine Španije, razlikuje med „absolutno“ in „relativno“ ničnostjo pogodb. Absolutna ničnost nastopi po samem pravu in jo mora sodišče ugotoviti po uradni dolžnosti. Nasprotno pa se lahko na relativno ničnost pred sodišči sklicuje le stranka, ki naj bi jo zakonodajca varovala, nato pa jo sodišče izreče, če je to primerno. Na splošno se priznava, da je merilo razlikovanja med tema sankcijama temeljno povezano s kršenim pravilom, in sicer glede na to, ali naj bi se z njim zavarovali splošni ali zasebni interesi. Ničnost je absolutna v prvem primeru, relativna pa v drugem. Glej med drugim sklepne predloge generalne pravobranilke V. Trstenjak v zadevi Martín (C-227/08, EU:C:2009:295, točka 51 in navedene reference).

30 Glej člen 83(1) kraljeve zakonske uredbe 1/2007.

31 Glej zlasti sodbo Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) z dne 16. oktobra 2017, št. 558/2017. V tej sodbi je to sodišče menilo, da je „pogodba o novaciji“, sklenjena med banko in potrošnikom, v kateri sta ta novirala pogoj o minimalni obrestni meri iz svoje posojilne pogodbe, nična, ker ta pogoj ni pošten in je zato absolutno ničen. Glej tudi sodbo z dne 26. februarja 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, točke od 37 do 42). V zadevi, v kateri je bila izrečena ta sodba, sta potrošnika pred sodiščem izpodbijala različne pogoje iz svoje kreditne pogodbe. Nacionalno sodišče je Sodišču predložilo več vprašanj v zvezi z razlago Direktive 93/13. Navedena potrošnika in tožena banka so nato sklenili poravnavo za izvensodno rešitev spora. Navedena banka se je nanjo sklicevala pred Sodiščem v utemeljitev nedopustnosti vprašanj za predhodno odločanje. Vendar je nacionalno sodišče Sodišču pojasnilo, da te poravnave ni upoštevalo, ker je vprašanje domnevne nepoštenosti zadevnih pogodbenih pogojev *vprašanje javnega reda, pri katerem dogovor strank ni mogoč*. Naj poudarim, da Sodišče v sodbi o tem vidiku ni odločilo. Ugotovilo je zgolj to, da postopek pred predložitvenim sodiščem še teče, zato je ugovor nedopustnosti, ki se je uveljavljal pred njim, zavrnilo.

38. Vendar Sodišče v svoji sodni praksi dejansko ne gre tako daleč. Že večkrat je namreč odločilo – kar je po mojem mnenju bistveno – da *se potrošnik lahko odpove sklicevanju na nepoštenost pogodbenega pogoja*.³² Po mnenju Sodišča „Direktiva 93/13 torej [ne] določa, da je sistem varstva proti uporabi nepoštenih pogojev s strani ponudnikov ali prodajalcev, ki je bil vzpostavljen v korist potrošnikov, obvezen“,³³ pri čemer „pravica do učinkovitega varstva potrošnika vključuje pravico, da se odreče uveljavljanju svojih pravic“.³⁴

39. Sodišče je v sodbi Banif Plus Bank³⁵ tako pojasnilo, da mora nacionalno sodišče „po potrebi upošteva[ti] voljo, ki jo je izrazil potrošnik, kadar ta kljub temu, da ve, da [nepošten] pogoj ni zavezujoč, izrazi nasprotovanje njegovi izključitvi, s čimer poda svobodno in informirano soglasje k zadevnim pogojem“.

40. Ne strinjam se s Komisijo, da je treba te preudarke upoštevati zgolj v položaju, ko je sodišče po uradni dolžnosti ugotovilo nepoštenost pogodbenega pogoja in je o tem obvestilo potrošnika. Menim, da iz njih izhaja splošnejša logika, po kateri se lahko ta odpove sklicevanju na nepoštenost danega pogoja, če je ta odpoved – kot je menilo Sodišče v zadnjenavedeni sodbi – posledica *potrošnikovega svobodnega in informiranega soglasja*.

41. Po mojem mnenju je ta logika odraz predpostavke iz sodne prakse Sodišča, da je namen Direktive 93/13 zlasti preprečiti, da potrošnik sprejme zaveze, s katerimi ni seznanjen ali katerih obsega v resnici ne razume.³⁶ Če se torej, nasprotno, potrošnik zaveda pravnih posledic odpovedi, ki zanj izhajajo iz odpovedi varstvu, ki mu ga ponuja ta direktiva, je taka odpoved s to direktivo združljiva.

42. Če se šteje, da se potrošnik zaveda posledic svojih dejanj, ko se pred sodiščem odpove sklicevanju na nepoštenost enega od pogojev po tem, ko ga je sodišče o tem obvestilo, to še ne pomeni, da ne more obstajati noben drug položaj, ko bi bilo to mogoče. Predvsem ne vidim nobene načelne ovire za to, da potrošnik možnost odpovedi uporabi po pogodbeni poti, če je ta odpoved – naj ponovim – posledica svobodnega in informiranega soglasja. V zvezi z zadnjenavedenim vidikom menim, da je vseeno treba razlikovati med dvema primeroma.

43. Menim, da se potrošnik po eni strani ne more nikoli že na samem začetku odpovedati varstvu, ki mu ga zagotavlja Direktiva 93/13, kadar od prodajalca ali ponudnika kupi blago ali prejme storitev. Pogoj prodajne pogodbe ali pogodbe o opravljanju storitev, ki vključuje potrditve veljavnosti tega pogoja ali odpoved pravici do njegovega izpodbijanja pred sodišči, ne more imeti nikakršnega zavezujočega učinka za potrošnika. Taka oblika odpovedi je poleg tega izrecno prepovedana z različnimi instrumenti prava Unije.³⁷

32 Glej sodbo z dne 4. junija 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, točki 33 in 35).

33 Sodba z dne 3. oktobra 2019, Dziubak (C-260/18, EU:C:2019:819, točka 54).

34 Sodba z dne 14. aprila 2016, Sales Sinués in Drame Ba (C-381/14 in C-385/14, EU:C:2016:252, točka 25). Za izvor te formulacije glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Duarte Hueros (C-32/12, EU:C:2013:128, točka 53).

35 Sodba z dne 21. februarja 2013 (C-472/11, EU:C:2013:88, točka 35).

36 Glej predvsem sodno prakso Sodišča v zvezi z zahtevo po preglednosti pogodbenih pogojev, ki izhaja iz člena 4(2) in člena 5 Direktive 93/13 (glej oddelek C teh sklepnih predlogov). Tu se sklicujem na idejo „informiranega“ pristanka potrošnika. Na splošno vprašanje „svobodnega“ pristanka potrošnika na pogodbo spada v okvir nacionalnih pravil na področju napak volje (glej opombo 54 teh sklepnih predlogov).

37 Glej zlasti člen 41(a) Direktive 2014/17/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. februarja 2014 o potrošniških kreditnih pogodbah za stanovanjske nepremičnine in spremembi direktiv 2008/48/ES in 2013/36/EU ter Uredbe (EU) št. 1093/2010 (UL 2014, L 60, str. 34) ter člen 25 Direktive 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta (UL 2011, L 304, str. 64). V španskem pravu glej tudi člen 10 kraljeve zakonske uredbe 1/2007.

44. Take odpovedi namreč ni mogoče nikakor obravnavati kot „informirane“. Vsakdo dejansko ne razume pomena varstva, ki mu ga ponuja potrošniško pravo, dokler ne nastopi težava in to varstvo konkretno potrebuje. Zamisel o *vnaprejšnji odpovedi* je treba po mojem mnenju razumeti v tem smislu: odpoved je „vnaprejšnja“, če je podana vnaprej, to je ob sklenitvi pogodbenega razmerja med prodajalcem ali ponudnikom in potrošnikom, zato si zadnjenavedeni ne predstavlja, da bi lahko to razmerje postalo problematično, ali temu ne pripisuje dovolj velikega pomena.

45. Če pa po drugi strani v tem pogodbenem razmerju nastopi težava, če se na primer pojavijo resni dvomi o potencialni nepoštenosti v smislu člena 3(1) Direktive 93/13 danega pogodbenega pogoja in če med strankami v zvezi s tem morda celo obstaja spor, dejstva, da se potrošnik odpove sklicevanju na nezavezujočo naravo tega pogoja, ni mogoče obravnavati enako strogo. V takem primeru lahko potrošnik razume pomen varstva, ki mu ga ponuja ta direktiva, in torej razume obseg navedene odpovedi.³⁸ Drugače povedano, po mojem mnenju ima potrošnik v nekaterih okoliščinah možnost, da se po pogodbeni poti *pozneje odpove* pravicam, ki jih ima na podlagi navedene direktive.

46. Menim, da iz tega izhaja, da ima v tem drugem primeru potrošnik možnost, da s sporazumom s prodajalcem ali ponudnikom novira zadevni pogoj, ga potrdi ali se odpove temu, da bo pred sodišči uveljavljal njegovo nepoštenost, če to stori svobodno in informirano.³⁹

47. Potrošnik lahko med drugim svojo možnost odpovedi izvršuje tako, da s prodajalcem ali ponudnikom sklene *sporazumno poravnavo* v zvezi z navedenim pogojem, ki je lahko sodna ali izvensodna. Tovrstna poravnava ima namreč lahko nekatere prednosti za potrošnika, na primer pridobitev takojšnje koristi – prav to je cilj vzajemnih popuščanj, ki so pogoj za poravnavo – ne da bi moral ta pogoj izpodbijati pred sodišči, nositi stroške postopka in čakati na njegov izid, kar še toliko bolj velja, ker ob sklenitvi navedene poravnave ne more z gotovostjo napovedati, ali bo ta izid zanj ugoden.⁴⁰

48. Če je potrošnik – naj še enkrat ponovim – ta dogovor sklenil ob polnem poznavanju dejstev, ne vidim nobene ovire za to, da ima tak sporazum zavezujoče učinke tudi za potrošnika. Zlasti mora poravnava strankam ponuditi pravno varnost, kar pomeni, da ne more ostati brez zavezujočega učinka za eno od njih. Poleg tega je odpoved sodnim postopkom v zameno za vzajemna popuščanja – kot bom pojasnil v nadaljevanju – „glavni predmet“ poravnave, kot ga določa člen 4(2) Direktive 93/13, torej samo bistvo pogodbene avtonomije, ki je ta direktiva načeloma ne želi omajati.⁴¹

49. Menim, da je zadnjenavedeni vidik podkrepljen z določbami Direktive 2013/11/EU o alternativnem reševanju potrošniških sporov.⁴² V skladu s to direktivo lahko potrošnik in prodajalec ali ponudnik v primeru spora med njima glede potrošniške pogodbe uporabita postopek alternativnega reševanja sporov (ARS). Če se v tem okviru odločita za uporabo postopka, katerega namen je odprava spora

38 Glej po analogiji rešitev, določeno z Uredbo (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL 2012, L 351, str. 1), kar se tiče pogojev, na podlagi katerih se določi pristojnost v čezmejnih sporih glede potrošniških pogodb. Naj opozorim, da so v oddelku 4 poglavja II te uredbe določena pravila o pristojnosti, ki varujejo potrošnika. V tem okviru člen 19 navedene uredbe določa, da je odstopanje od teh pravil mogoče samo z dogovorom o pristojnosti sodišč, ki je med drugim *sklenjen po tem, ko je prišlo do spora* med strankami. Razlaga, ki jo v zvezi s tem pravilom dopušča doktrina, je, da lahko potrošnik po tem, ko ve, na kaj se nanaša spor, polno razume posledice takega dogovora in torej informirano privoli vanj. Glej Nielsen, P. A., „Article 19“, v Magnus, U., in Mankowski, P., *Brussels Ibis Regulation – Commentary, European Commentaries on Private International Law*, Schmidt, Otto, Dr., KG, Verlag, 2016, str. 519.

39 Trditev Sodišča, da je treba za nepošteni pogoj šteti, „da ni nikoli obstajal“, je torej pravna fikcija, ki jo je treba relativizirati – Sodišče je namreč tudi samo poudarilo, da to drži le „načeloma“ (glej sodbo Gutiérrez Naranjo, točka 61). Potrošnik ima možnost obstoj zadevnega pogoja ohraniti. Naj za nadaljnjo analogijo s sistemi ničnosti, ki obstajajo v pravo nekaterih držav članic (glej točko 37 teh sklepnih predlogov), pripomnim, da je po mojem mnenju sistem nepoštenih pogojev enakovreden *relativnim ničnostim*, v zvezi s katerimi je mogoča novacija ali potrditev.

40 Glej v tem smislu sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Gavrilesco (C-627/15, EU:C:2017:690, točke od 46 do 52).

41 Glej sklepne predloge generalne pravobranilke V. Trstenjak v zadevi Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2009:682, točka 40 in navedene reference). Glej točko 73 teh sklepnih predlogov.

42 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES (Direktiva o alternativnem reševanju potrošniških sporov) (UL 2013, L 165, str. 63).

s predlogom rešitve – na primer za mediacijo – in ta postopek privede do obojestransko sprejemljivega kompromisa, se ta kompromis na splošno udejanji s poravnavo.⁴³ Vendar zakonodajalec Unije za potrošnika v takem primeru ni pridržal pravice, da od sodišča zahteva preučitev tega spora kljub sklenitvi sporazumnega dogovora. Nasprotno, ta zakonodajalec je priznal, da ima tak dogovor za potrošnika pravne posledice.⁴⁴ Vendar navedena direktiva določa jamstva, katerih namen je zagotoviti, da se taka poravnava sklene na podlagi potrošnikovega svobodnega in informiranega soglasja.⁴⁵ Čeprav se ta direktiva ne uporablja za sporazumne dogovore, ki jih skleneta prodajalec ali ponudnik in potrošnik zunaj postopka ARS,⁴⁶ je po mojem mnenju logiko, ki izhaja iz nje, mogoče posplošiti.

50. Ne strinjam se s Komisijo, da člen 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah privede do drugačnega odgovora. Prvič, po mojem mnenju ta člen potrošniku zagotavlja resnično možnost uveljavljanja pravic, ki jih ima na podlagi Direktive 93/13, pred sodišči, tako da mu v ta namen zagotavlja pravna sredstva, v zvezi s katerimi niso določeni postopkovni pogoji, ki bi pretirano otežili ali celo onemogočili uveljavljanje pravic.⁴⁷ Vendar pa namen te določbe ni potrošnika prisiliti k uporabi te možnosti, kadar se zavestno odloči, da se ji bo odpovedal. Drugič, čeprav seveda priznavam, da se posameznik – glede na temeljni pomen pravice do učinkovitega pravnega sredstva – ne more kar na splošno odpovedati pravnemu upravičenju, je treba to možnost kljub vsemu razlikovati od ciljno usmerjene odpovedi, osredotočene na enega od pogojev ali na določen spor.

51. Vendar se kljub temu pojasnilu ne sme spregledati to, da je potrošnik v razmerju do prodajalca ali ponudnika v podrejenem položaju glede pogajalske moči in ravni obveščenosti.⁴⁸ Upoštevati je treba tveganje, da je lahko to, da se potrošnik odpove uveljavljanju nepoštenosti pogoja, posledica zlorabe moči⁴⁹ prodajalca ali ponudnika. Ko torej potrošnik s prodajalcem ali ponudnikom sklene dogovor, ki vključuje tako odpoved, se ne more odpovedati vsakršnemu sodnemu varstvu, hkrati pa mora obstajati možnost, da se ta položaj podrejenosti izravna s „pozitivnim posredovanjem“ sodišča.⁵⁰

52. Naj v zvezi s tem pripomnim, da je tovrstni dogovor že po opredelitvi pogodba, za katero po eni strani veljajo splošna in posebna pravila pogodbenega prava, ki se uporablja zanjo, po drugi strani pa lahko – kot katera koli pogodba med prodajalcem ali ponudnikom in potrošnikom – spada na področje uporabe Direktive 93/13.⁵¹ Zavezujoča pa je izključno takrat, kadar je ta dogovor v skladu s temi različnimi pravili.

43 Drži sicer, da Direktiva 2013/11 ne ureja vprašanja narave ali pravnih učinkov instrumenta, ki ga je treba uporabiti za formalizacijo strinjanja strank glede predlagane rešitve, zato se za to vprašanje uporablja pravo vsake posamezne države članice. Vendar je poravnava najbolj uporabljani instrument za udejanjenje sporazumnega dogovora, doseženega z mediacijo (glej Caponi, R., „Just Settlement‘ or ‚Just About Settlement‘? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics“, *RabelsZ*, št. 79, 2015, str. 117–141).

44 Glej člen 9(2)(c) Direktive 2013/11.

45 Glej člen 9(2) Direktive 2013/11, naveden v opombi 75 teh sklepnih predlogov.

46 Člen 2(2)(e) Direktive 2013/11 določa, da se ta ne uporablja za „neposredna pogajanja med potrošnikom in trgovcem [prodajalcem ali ponudnikom]“. Naj k temu še dodam, da je zakonodajalec Unije s to določbo zgolj izključil poravnave, o katerih se neposredno dogovorita prodajalec ali ponudnik in potrošnik, s področja uporabe navedene direktive: ni pa jih prepovedal, čeprav bi to zlahka storil, če bi želel.

47 Glej v tem smislu sodbi z dne 1. oktobra 2015, *ERSTE Bank Hungary* (C-32/14, EU:C:2015:637, točka 59), in z dne 21. aprila 2016, *Radlinger in Radlingerová* (C-377/14, EU:C:2016:283, točka 56).

48 Glej sodno prakso, navedeno v točki 36 teh sklepnih predlogov.

49 Glede tega pojma glej deveto uvodno izjavo Direktive 93/13.

50 Glej zlasti sodbe z dne 27. junija 2000, *Océano Grupo Editorial in Salvat Editores* (od C-240/98 do C-244/98, EU:C:2000:346, točka 27); z dne 6. oktobra 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, EU:C:2009:615, točka 31), in z dne 14. aprila 2016, *Sales Sinués in Drame Ba* (C-381/14 in C-385/14, EU:C:2016:252, točka 23).

51 Kot je navedeno v deseti uvodni izjavi Direktive 93/13, se ta uporablja za „vse pogodbe“, ki jih skleneta prodajalec ali ponudnik in potrošnik.

53. Torej so lahko pogoji navedenega dogovora predmet nadzora sodišča.⁵² Naj še dodam, da se stranki iz postopka v glavni stvari in druge zadevne stranke v obravnavani zadevi sicer ne strinjajo o tem, ali lahko oseba XZ kljub sklenitvi „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, sodišču predlaga ugotovitev nepoštenosti pogoja o minimalni obrestni meri, prvotno vključenega v pogodbo o hipotekarnem kreditu, vendar nihče ne izpodbija tega, da lahko zadevna oseba pred tem sodiščem izpodbija veljavnost pogojev iz zadnjenavedenega dogovora.⁵³

54. Menim, da lahko v okviru tega sodnega nadzora sodišče opravi „pozitivno posredovanje“, potrebno za zavarovanje potrošnika pred zlorabo moči prodajalca ali ponudnika. Ko je sodišču predložen tak dogovor, mora preveriti – tudi po uradni dolžnosti – ali se je potrošnik uveljavljanju nepoštenosti danega pogoja odpovedal na podlagi svobodnega in informiranega soglasja ali, nasprotno, zaradi take zlorabe. To pomeni, da je treba po eni strani zlasti preveriti,⁵⁴ ali so bili pogoji iz tega dogovora med strankama posamično dogovorjeni ali pa jih je, nasprotno, naložil prodajalec ali ponudnik, po drugi pa še, ali so bile izpolnjene zahteve po preglednosti, ravnotežju in dobri veri, ki izhajajo iz Direktive 93/13.

55. Ob upoštevanju vseh navedenih preudarkov Sodišču predlagam, naj na prvo vprašanje odgovori, da člen 6(1) Direktive 93/13 ne nasprotuje temu, da se – če potrošnika in prodajalca ali ponudnika zavezuje pogodba, vendar so se pojavili resni dvomi o potencialni nepoštenosti v smislu člena 3(1) Direktive 93/13 enega od pogodbenih pogojev ter so stranke s poznejšim dogovorom zadevni pogoj spremenile, potrdile veljavnost prvotne pogodbe in se vzajemno odpovedale izpodbijanju njenih pogojev pred sodišči – temu dogovoru prizna zavezujoči učinek za potrošnika, če ga je ta sklenil na podlagi svobodnega in informiranega soglasja.

56. Glede na zgoraj predlagani odgovor bom v drugem delu teh sklepnih predlogov navedel pogoje, ki jih mora dogovor, na kakršnega je bilo napoteno v prejšnji točki, izpolnjevati za to, da je združljiv z Direktivo 93/13. V zvezi s tem se bom – kot sem navedel v točki 54 teh sklepnih predlogov – najprej vrnil k pojmu „pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično“, v smislu člena 3(1) te direktive, kar je pojem na katerega se nanaša drugo vprašanje za predhodno odločanje (razdelek B). Nato bom preučil še zahteve po preglednosti, ravnotežju in dobri veri, ki izhajajo iz navedene direktive ter na katere je napoteno v tretjem, četrtem in petem vprašanju za predhodno odločanje (razdelek C).

B. Pojem „pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično“ (drugo vprašanje za predhodno odločanje)

57. Kolikor razumem, želi predložitveno sodišče z drugim vprašanjem dobiti pojasnila o pojmu „pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično“, iz člena 3(1) Direktive 93/13, in sicer zaradi možnosti nadzora nad pogoji iz „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, z vidika zahtev po preglednosti, ravnotežju in dobri veri, določenih s to direktivo. Naj opozorim, da se navedena direktiva v skladu s svojim členom 3(1) uporablja le za pogodbene pogoje, o katerih ni takega dogovora. S to določbo je torej postavljen predhodni pogoj za navedeni nadzor. Vendar menim, da bi bilo v zvezi s tem dejansko dobrodošlih nekaj pojasnil.⁵⁵

52 Glej sklepane predloge generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, točka 55).

53 Glej točko 33 teh sklepnih predlogov.

54 Vprašanje, ali je potrošnikov pristanelek „svoboden“, je treba preveriti glede na nacionalna pravila na področju napak volje. Poleg tega lahko glede „informiranosti“ pristanka potrošnika pravo držav članic določa jamstva v zvezi s posli, kot so novacija, potrditev ali poravnava z namenom, da se zagotovi ravno to, da stranki skleneta tak posel ob polnem poznavanju zadeve. Glej, na primer, člen 1182 francoskega civilnega zakonika, ki določa, da mora akt, ki velja za potrditev obveznosti, zlasti navesti napako, ki je podana pri pogodbi.

55 Doslej se je Sodišče večinoma omejilo na to, da je nacionalna sodišča zgolj opozarjala na vsebino člena 3 Direktive 93/13. Glej sklepa z dne 16. novembra 2010, Pohotovost (C-76/10, EU:C:2010:685, točka 57), in z dne 3. aprila 2014, Sebestyén (C-342/13, EU:C:2014:1857, točka 24).

58. Z Direktivo 93/13 navedeni pojem „pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično“, ni opredeljen. Vendar je v členu 3(2), prvi pododstavek, te direktive kljub vsemu pojasnjeno, da se pogodbeni pogoj vedno šteje za pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, če je bil „sestavljen vnaprej“ in potrošnik „zato ni mogel vplivati na vsebino določbe“, zlasti v okviru „vnaprej oblikovane tipske pogodbe“.

59. Menim, da iz te določbe izhaja več sklepov. Najprej, o pogoju se je „dogovorilo posamično“ – v skladu z običajnim pomenom te besedne zveze – če so stranke o njem posebej razpravljale. Dalje, to ne velja zlasti takrat, kadar je prodajalec ali ponudnik zadevni pogoj sestavil „vnaprej“, torej pred kakršno koli razpravo o njegovi vsebini. Nazadnje – kot trdi Komisija – je odločilno merilo odgovor na vprašanje, *ali je imel potrošnik možnost vplivati na vsebino tega pogoja*.⁵⁶

60. Iz tega je še razvidno, da pogoji, na katerih vsebino potrošniki ne morejo vplivati, vključujejo predvsem pogoje iz tako imenovanih „vnaprej oblikovanih tipskih“ pogodb, ki jih je mogoče le sprejeti ali zavrniti kot celoto, tako da je manevrski prostor potrošnikov omejen na odločitev, ali bodo s prodajalcem ali ponudnikom sklenili pogodbo ali ne. Pojem „vnaprej oblikovana tipska pogodba“ je poleg tega tesno povezan s pojmom „splošni pogoji poslovanja“, torej z vnaprej izoblikovanimi tipskimi pogoji, ki jih prodajalec ali ponudnik zaradi racionalizacije stroškov sistematično uporablja v poslovnih odnosih s potrošniki.

61. Čeprav so splošni pogoji poslovanja in vnaprej oblikovane tipske pogodbe „glavna tarča“, v katero meri Direktiva 93/13, moram kljub vsemu poudariti, da se ta uporablja za vse pogoje, ki niso bili dogovorjeni. To preprosto pomeni, da je v primeru vnaprej izoblikovanega tipskega pogoja s členom 3(2) te direktive postavljena domneva o neobstoju dogovora, ki jo je mogoče ovreči z nasprotnim dokazom, katerega breme nosi prodajalec ali ponudnik.⁵⁷ V nasprotnem primeru se ta domneva ne uporablja, zato mora neobstoj dogovora dokazati potrošnik.

62. V zadevi v glavni stvari bo moralo predložitveno sodišče opredeliti, ali sta se stranki o pogojih „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, dogovorili posamično v smislu člena 3(1) Direktive 93/13 ali ne.⁵⁸ V izhodišču svoje analize bo moralo preveriti, ali gre za tipske, vnaprej izoblikovane pogoje – za kar se zdi, da drži.⁵⁹ Če je res tako, se bo neobstoj takega dogovora v skladu s členom 3(2) te direktive domneval, družba Ibercaja pa bo morala predložiti nasprotni dokaz.

⁵⁶ Za podobno opredelitev glej člen II-1:110, odstavek 1, *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Von Bar, C. in drugi (ur.), *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, str. 160). Glej v tem smislu tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca E. Tancheva v zadevi OTP Bank in OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:303, točka 53).

⁵⁷ Prvi pododstavek člena 3(2) Direktive 93/13 namreč res kaže na to, da je treba vnaprej izoblikovani pogoj „vedno“ (torej *nujno*) obravnavati, kot da se stranke o njem niso dogovorile posamično, vendar tretji pododstavek te določbe prodajalcu ali ponudniku kljub temu pušča možnost, da dokaže, da so se stranke o tipskem pogoju (ki je že po predpostavki vnaprej izoblikovan) dogovorile posamično.

⁵⁸ Glej po analogiji sodbo z dne 16. januarja 2014, Constructora Principado (C-226/12, EU:C:2014:10, točka 19), in sklep z dne 24. oktobra 2019, Topaz (C-211/17, neobjavljen, EU:C:2019:906, točka 46).

⁵⁹ Tudi družba Ibercaja priznava, da je bilo sklepanje takih dogovorov s strankami del splošne politike (glej točko 22 teh sklepnih predlogov). Poleg tega je Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 11. aprila 2018, ki se nanaša – naj spomnim – na enake dogovore, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, odločilo, da se stranke o pogojih iz teh dogovorov niso dogovorile posamično, zato jih je mogoče preizkusiti z vidika zahteve po preglednosti, ki izhaja iz člena 4(2) Direktive 93/13 (glej točko 26 teh sklepnih predlogov).

63. Naj v zvezi z zadnjenavedenim vidikom pojasnim, da je treba za opredelitev, ali je potekalo dogovarjanje, upoštevati – kot pravilno trdi Komisija – okoliščine sklenitve pogodbe. Potrošnik je imel možnost vplivati na vsebino danega pogoja, če so pred to sklenitvijo med strankami potekale razprave, med katerimi mu je bila ponujena resnična priložnost, da to stori. Prodajalec ali ponudnik mora torej predložiti ne le dokaze o obstoju takih razprav, ampak tudi o tem, da je imel potrošnik med njihovim potekom dejavno vlogo pri izoblikovanju vsebine pogoja.⁶⁰

64. Naj v obravnavani zadevi pripomnim, da družba Ibercaja v bistvu zgolj trdi, da je iz informacij iz internega dokumenta, v katerem je opredeljena politika, ki jo je sprejela v zvezi s ponovnimi dogovori o pogojih o minimalni obrestni meri iz kreditnih pogodb svojih strank,⁶¹ razvidno, da je najnižji prag, ki so ga njeni uslužbenci lahko predlagali v tem okviru, znašal 2,75 %. Dejstvo, da „pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, sklenjena z osebo XZ, določa 2,35-odstotni minimalni prag, naj bi torej dokazovalo, da sta se stranki o tem dogovorili. Predložitveno sodišče bo moralo opredeliti dokazno moč teh informacij – ki po mojem mnenju le težko zadostujejo kot dokaz elementov, na katere je napoteno v prejšnji točki.⁶²

65. Ob upoštevanju navedenih preudarkov Sodišču predlagam, naj na drugo vprašanje odgovori, da se stranke o pogodbenem pogoju niso dogovorile posamično v smislu člena 3(1) Direktive 93/13, če potrošnik ni imel dejanske možnosti vplivati na njegovo vsebino. Ta vidik se presoja ob upoštevanju okoliščin sklenitve pogodbe in predvsem obsega razprav, ki so potekale med strankami v zvezi z vsebino tega pogoja. V primeru vnaprej izoblikovanega tipskega pogoja mora v skladu s členom 3(2) te direktive prodajalec ali ponudnik predložiti dokaz o takem dogovoru v zvezi s tem pogojem.

C. Preizkus izpolnjevanja zahtev po preglednosti, ravnotežju in dobri veri, ki izhajajo iz Direktive 93/13 (tretje, četrto in peto vprašanje za predhodno odločanje)

66. Če se stranki o pogojih „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, nista dogovorili posamično v smislu člena 3(1) Direktive 93/13, predložitveno sodišče s tretjim, četrtem in petim vprašanjem Sodišče še sprašuje, ali sta z zahtevami po preglednosti, ravnotežju in dobri veri, ki izhajajo iz te direktive, združljiva dva bistvena pogoja iz tega dogovora: prvič, pogoj glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom, in drugič, novi pogoj o minimalni obrestni meri, s katerim je bil spremenjen prag iz pogodbe o hipotekarnem kreditu, ki je zavezovala osebo XZ in družbo Ibercaja. Ta pogoj bom obravnaval zaporedoma.

60 V tem smislu zgolj dejstvo, da je prodajalec ali ponudnik potrošniku pojasnil vsebino pogoja, še ne kaže na dogovor. Enako velja za dejstvo, da potrošnik ni nasprotoval vsebini pogoja ali zahteval pojasnil v zvezi z njegovo vsebino. Nasprotno pa dejstvo, da je bil pogoj med izmenjavami, ki so jih opravile stranke, vsebinsko spremenjen, kaže na posamični dogovor. Če potrošnik po tem, ko sliši pojasnila prodajalca ali ponudnika, da nasprotni predlog in stranki začneta razpravo, ki privede do kompromisa, je treba šteti, da je bil pogoj dogovorjen (glej Von Bar, C. in drugi, *op. cit.*, str. 161 in 162).

61 Glej točko 22 teh sklepnih predlogov.

62 Prav tako niti dejstvo, da „pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, vsebuje na roko napisan zaznamek, da potrošnik potrjuje, da je razumel mehanizem pogoja o minimalni obrestni meri (glej točko 14 teh sklepnih predlogov), ne more dokazovati, da je bil ta pogoj predmet posamičnega dogovora (glej v tem smislu sklep z dne 24. oktobra 2019, Topaz (C-211/17, neobjavljen, EU:C:2019:906, točke od 47 do 51)) ali *a fortiori*, pogoja o vzajemni odpovedi sodnim postopkom.

1. Preizkus pogoja glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom

67. Tretje in peto vprašanje predložitvenega sodišča se v bistvu nanašata na to, ali je treba člen 3(1) Direktive 93/13 v povezavi s točko 1(q) Priloge k tej uredbi razlagati tako, da pogoj glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom, o katerem se stranke niso dogovorile posamično, ni pošten v smislu navedenega člena 3(1), prvič, ker potrošniku preprečuje uveljavljanje pravic, ki so se razkrile po sklenitvi tega dogovora, kot je možnost zahtevati vračilo zneskov, plačanih v skladu s pogojem o minimalni obrestni meri,⁶³ in drugič, ker s tem pogojem potrošnik ni bil obveščen o potencialni nepoštenosti zadnjenavedenega pogoja ali o znesku, ki bi mu bil lahko potencialno vrnjen.

68. V zvezi s tem je treba opozoriti, da v skladu s členom 3(1) Direktive pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nepoštenega, če v nasprotju z zahtevo *dobre vere* v škodo potrošnika povzroči *znatno neravnotežje* v pogodbenih pravicah in obveznostih strank. Poleg tega člen 5 te direktive določa, da morajo biti pogodbeni pogoji, če so potrošniku ponujeni v pisni obliki, vedno sestavljeni v jasnem, razumljivem jeziku, pri čemer se zadnjenavedena zahteva običajno obravnava kot zahteva po *preglednosti*. Poleg tega so v točki 1(q) Priloge k Direktivi 93/13 kot potencialno nepošteni pogoji navedeni pogoji, katerih cilj ali učinek je „izključitev ali omejitev potrošnikove pravice do sprožitve pravnega [sodnega] postopka ali drugega pravnega sredstva“.

69. V tem okviru Komisija trdi, da je pogoj glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom, o katerem se stranke niso dogovorile posamično v smislu člena 3(1) Direktive 93/13 – kar verjetno drži za pogoj iz „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“ – *nepošten sam po sebi*, ne da bi bil v zvezi s tem potreben še dodaten preizkus.⁶⁴

70. Sam menim – v skladu s pojasnili iz razdelka A teh sklepnih predlogov – da mora biti odgovor bolj večplasten. Poleg dejstva, da je seznam iz Priloge k Direktivi 93/13 v skladu s členom 3(3) te direktive zgolj okvirjen in zato ni mogoče šteti, da pogodbeni pogoj ni pošten samo zato, ker je naveden na njem,⁶⁵ je namreč treba po mojem mnenju upoštevati tudi razlikovanje med *vnaprejšnjo odpovedjo* in *poznejšo odpovedjo*.

71. Po eni strani je treba dejansko šteti, da pogoj glede odpovedi sodnim postopkom, vključen v prodajno pogodbo ali pogodbo o opravljanju storitev, sam po sebi ni pošten. Kot je bilo navedeno v točkah 43 in 44 teh sklepnih predlogov, se namreč potrošnik ne more nikoli vnaprej odpovedati sodnemu varstvu in pravicam, ki jih ima na podlagi Direktive 93/13. V zvezi s tem ni pomembno, ali je ta odpoved vzajemna.

72. Po drugi strani pa menim, da Direktiva 93/13 načelno ne nasprotuje pogodbenim pogojem, ki določajo vzajemno odpoved sodnim postopkom, če so ti določeni v dogovorih, kakršen je poravnava, katerih sam cilj je rešitev spora med prodajalcem ali ponudnikom in potrošnikom.

⁶³ Glej sodbo Gutiérrez Naranjo (točka 62).

⁶⁴ V zvezi s pogojem o dodelitvi pristojnosti, o katerem se stranke niso dogovorile posamično in na podlagi katerega je bila pristojnost podeljena sodiščem v kraju, kjer je imel sedež prodajalec ali ponudnik, glej sodbo z dne 27. junija 2000, Océano Grupo Editorial in Salvat Editores (od C-240/98 do C-244/98, EU:C:2000:346, točka 24).

⁶⁵ Glej sodbo z dne 19. septembra 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, točke 45, 46 in 49 ter navedena sodna praksa).

73. Kot sem navedel v točki 47 teh sklepnih predlogov, je namreč mogoče v takih okoliščinah pogoj o odpovedi sodnim postopkom obravnavati, kot da se nanaša na „glavni predmet“ tovrstnega dogovora v smislu člena 4(2) Direktive 93/13. Naj opozorim, da so po mnenju Sodišča pogodbeni pogoji, ki jih opredeljuje ta pojem, pogoji, ki določajo bistvene dajatve iz zadevne pogodbe in ki ji kot taki dajejo bistvene značilnosti.⁶⁶ V zvezi s tem je bistvo poravnave predvsem v tem, da vsebuje pogoj glede odpovedi vsem pravicam, pravnim sredstvom in zahtevkom v zvezi s sporom, zaradi katerega je bila uvedena, ter da preprečuje, da bi stranke vložile ali nadaljevale sodni postopek z istim predmetom.⁶⁷

74. V skladu s členom 4(2) pa se v zvezi s pogoji, ki se nanašajo na „glavni predmet pogodbe“, načeloma ne opravi presoja njihove morebitne nepoštenosti.⁶⁸ Če je torej pogoj glede odpovedi sodnim postopkom umeščen v posebni okvir, na katerega se nanašata prejšnji točki, ga samega po sebi ni mogoče šteti za nepoštenega.

75. Menim, da v tem posebnem okviru tovrstni pogoj ni nepošten samo zato, ker lahko potrošniku prepreči uveljavljanje pravic, ki so se razkrile po sklenitvi dogovora, v katerega je vključen. Kot poudarja predložitveno sodišče v petem vprašanju, se je v obravnavani zadevi to zgodilo v zvezi s pravico do vračila, ki jo ima oseba XZ na podlagi člena 6(1) Direktive 93/13. Naj v zvezi s tem opozorim, da je Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 9. maja 2013 v zvezi s pogoji o minimalni obrestni meri časovno omejilo učinke te sodbe, ki ne sme učinkovati za plačila, opravljena pred datumom njene objave. Ta dogovor je bil sklenjen 4. marca 2014, torej po tej sodbi, vendar dve leti pred izrekom sodbe Gutiérrez Naranjo z dne 21. decembra 2016, v kateri je Sodišče odločilo, da člen 6(1) nasprotuje taki omejitvi.⁶⁹ Vendar se presoja nepoštenosti pogodbenega pogoja opravi *glede na trenutek, ko je bila zadevna pogodba sklenjena*, pri čemer je treba upoštevati vse okoliščine, ki bi jih prodajalec ali ponudnik lahko poznal v navedenem trenutku in ki bi lahko vplivale na poznejše izvajanje navedene pogodbe.⁷⁰

76. V zadevi v glavni stvari bo moralo predložitveno sodišče preveriti, ali se pogoj glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom iz „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, dejansko nanaša na „glavni predmet pogodbe“ v smislu člena 4(2) Direktive 93/13. Kot navaja družba Ibercaja, bo to odvisno zlasti od odgovora na vprašanje, ali gre dejansko za poravnavo.⁷¹

77. Vendar se analiza nikakor ne bo smela končati pri tem. Naj namreč spomnim, da se v skladu s členom 4(2) Direktive 93/13 v zvezi s pogoji, ki se nanašajo na „glavni predmet pogodbe“, ne opravi presoja njihove morebitne nepoštenosti, *če so v jasnem, razumljivem jeziku*. Torej je treba zahtevo po preglednosti iz člena 5 te direktive upoštevati tudi v zvezi s temi pogoji.

66 Glej sodbi z dne 30. aprila 2014, Kásler in Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, točki 49 in 50), in z dne 20. septembra 2017, Andriciuc in drugi (C-186/16, EU:C:2017:703, točki 35 in 36).

67 Glej člen 1816 španskega civilnega zakonika in Caponi, R., „Agreements Resulting from Mediation: Judiciation Review, Avoidance, and Enforcement“, v Stürner, M. in drugi, *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2013, Sellier, str. 149 in naslednje.

68 V skladu s to določbo „[o]cena nedovoljenosti [nepoštenosti] pogojev ne sme biti povezana niti z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe niti z ustreznostjo med ceno in plačilom za izmenjane storitve ali blago, če so pogoji v jasnem, razumljivem jeziku“. Glej sodbi z dne 3. junija 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, točke 31, 35 in 40), in z dne 30. aprila 2014, Kásler in Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, točka 41).

69 Glej točki 21 in 23 teh sklepnih predlogov.

70 Glej v tem smislu sodbo z dne 20. septembra 2017, Andriciuc in drugi (C-186/16, EU:C:2017:703, točka 54).

71 Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) je v sodbi z dne 11. aprila 2018 menilo, da so pogoji za poravnavo, kot so določeni v členu 1809 civilnega zakonika (glej opombo 16 teh sklepnih predlogov), z dogovorom, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, izpolnjeni, saj so želele stranke z njim dokončno odpraviti negotovost glede veljavnosti pogojev o minimalni obrestni meri, tako da so se odpovedale sodnim postopkom v zameno za vzajemna popuščanja: po eni strani se kreditna institucija, ki je uporabljala določen minimalni prag, strinja z znižanjem tega praga, po drugi strani pa se potrošnik, ki ne želi pogoja o minimalni obrestni meri, strinja s tem, da se bo uporabljal prag, nižji od prvotno določenega (glej točko 26 teh sklepnih predlogov). Nasprotno je sodnik Orduña Moreno v odklonilnem ločenem mnenju trdil, da ta dogovor ni poravnava, ker navedeni dogovor ni odražal obstoja spornega položaja med strankama. Prav tako je Audiencia Provincial de Badajoz (sodišče pokrajine Badajoz, Španija) v sodbi z dne 26. aprila 2018, št. 168/2018, v kateri se je izreklo o podobni pogodbi, odločilo, da ni mogoče govoriti o poravnavi, saj med strankama ni bilo spora. Sam izražam dvome glede analize Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v zvezi s tem (glej točko 80 teh sklepnih predlogov).

78. V zvezi s tem je iz ustaljene sodne prakse Sodišča razvidno, da navedene zahteve po preglednosti ni mogoče zožiti zgolj na formalno in slovnično razumljivost pogodbenih pogojev.⁷² Člen 4(2) in člen 5 Direktive 93/13 nalagata nadzor nad *materialno preglednostjo* teh pogojev.⁷³ Pogodbeni pogoj je z materialnega vidika pregleden, če lahko povprečen, normalno obveščen ter razumno pozoren in preudaren potrošnik razume (tako pravne kot ekonomske) posledice, ki zanj iz njega izhajajo. Predvsem je treba preveriti, ali so v zadevni pogodbi pregledno pojasnjeni razlogi in posebnosti mehanizma, na katerega se zadevni pogoj nanaša. V tem okviru je mogoče upoštevati tudi predpogodbeno publiciteto in informacije, ki jih zagotovi prodajalec ali ponudnik glede pogodbenih pogojev in njihovih posledic za potrošnika.⁷⁴

79. Glede pogodbenega pogoja v zvezi z vzajemno odpovedjo izpodbijanju predhodno obstoječega pogoja v sodnih postopkih, ki je vključen v dogovor, kot je poravnava, menim, da lahko povprečni potrošnik razume pravne in ekonomske posledice, ki zanj iz njega izhajajo, če se ob sklenitvi tega dogovora zaveda napake, ki bi bila lahko potencialno podana pri tem zadnjenavedenem pogoju, pravic, ki jih lahko v zvezi s tem uveljavlja na podlagi Direktive 93/13, dejstva, da lahko sam izbere, ali bo dogovor sklenil ali ga bo zavrnil in se obrnil na sodišče, ter dejstva, da tega po sklenitvi dogovora ne bo več mogel storiti.⁷⁵ V zadevi v glavni stvari bo moralo predložitveno sodišče to preveriti ob upoštevanju določil „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, in predpogodbenih informacij, ki jih je družba Ibercaja predložila osebi XZ.

80. V tem okviru bo moralo to sodišče preveriti, prvič, ali se je oseba XZ pred sklenitvijo „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, resnično zavedala napake, ki bi bila potencialno lahko podana pri pogoju o minimalni obrestni meri iz njene hipotekarne kreditne pogodbe, in pravic, ki bi lahko, če bi bilo to primerno, zanj izhajale iz Direktive 93/13. V zvezi s tem bom zgolj pripomnil, da ni gotovo, da je oseba XZ pri družbi Ibercaja sploh vložila pritožbo za črtanje tega pogoja in da ta banka navedenega dogovora ni predstavila kot poravnavo, ki bi kazala na obstoj spora med strankama v zvezi s tem,⁷⁶ ampak kot „pogodbo o novaciji“, katere namen je bil prilagoditi pogodbo o hipotekarnem kreditu spremembam gospodarske konjunktore. Pogoj o vzajemni odpovedi iz tega dogovora je sam po sebi dvoumen, saj je zelo širok: ni namreč ciljno usmerjen na vprašanje veljavnosti pogoja o minimalni obrestni meri, ampak se nanaša na vse pogoje pogodbe o hipotekarnem kreditu.

72 Glej sodbi z dne 30. aprila 2014, Kásler in Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, točki 71 in 72), in z dne 20. septembra 2018, EOS KSI Slovensko (C-448/17, EU:C:2018:745, točka 61).

73 Glej sodbo Gutiérrez Naranjo (točke od 48 do 51).

74 Glej zlasti sodbi z dne 30. aprila 2014, Kásler in Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, točki 73 in 74), in z dne 5. junija 2019, GT (C-38/17, EU:C:2019:461, točka 35). Sodišče je namreč že večkrat odločilo, da je ta predpogodbena obveščenost za potrošnika temeljnega pomena. Ali se želi zavezati s pogoji, ki jih je vnaprej sestavil prodajalec ali ponudnik, se potrošnik odloči zlasti na podlagi te obveščeniosti. Glej zlasti sodbi z dne 21. marca 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, točka 44), in z dne 20. septembra 2017, Andriciuc in drugi (C-186/16, EU:C:2017:703, točka 48).

75 Menim, da se je mogoče na tem mestu zgledovati po jamstvih, ki jih je zakonodajalec Unije določil v Direktivi 2013/11 in na katera je napoteno v točki 49 teh sklepnih predlogov. Člen 9(2) te direktive določa, da „[p]ri postopkih ARS, katerih cilj je rešitev spora s predlaganjem rešitve, države članice zagotovijo, da: [...] (b) sta stranki pred sprejetjem ali upoštevanjem predlagane rešitve obveščeni, da: (i) lahko izbirata, ali bosta sprejeli, zavrnila ali upoštevali predlagano rešitev; (ii) udeležba v postopku ne preprečuje možnosti uporabe pravnih sredstev v okviru sodnega postopka; (iii) je lahko predlagana rešitev drugačna, kot bi bil izid na sodišču, ki uporablja pravna pravila; (c) sta stranki pred sprejetjem ali upoštevanjem predlagane rešitve obveščeni o pravnem učinku sprejetja ali upoštevanja takšne predlagane rešitve; (d) preden stranki privolita v predlagano rešitev ali sporazumni dogovor, imata na voljo razumen čas za razmislek.“

76 Naj kot primer s področja dogovorov o pristojnosti v čezmejnih potrošniških sporih (glej opombo 35 teh sklepnih predlogov) navedem, da se šteje, da je spor med strankami nastal, takoj ko med njimi nastane nesoglasje glede določenega vprašanja in se zdi, da bo kmalu ali v prihodnje uveden postopek (glej poročilo P. Jenarda v zvezi z Konvencije z dne 27. septembra 1968 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL 1979, C 59, str. 1), str. 33). Samo pritožba potrošnika v ta namen še ni dovolj: prodajalec ali ponudnik je moral še odločiti, da ji ne ugodi (Nielsen, P. A., *op. cit.*, str. 520).

81. Navedeno sodišče bo moralo še preveriti, drugič, ali je družba Ibercaja osebo XZ obvestila o tem, da lahko sama izbere, ali bo dogovor podpisala ali ga bo zavrnila in se obrnila na sodišče, ter o tem, da tega po sklenitvi dogovora ne bo več mogla storiti.⁷⁷ V tem okviru je upoštevno tudi to, ali je imela oseba XZ pred sporočitvijo svoje odločitve na voljo razumen čas za razmislek. Naj v zvezi s tem zgolj navedem, da ni sporno, da ji osnutek dogovora ni bil predložen vnaprej⁷⁸ in da prav tako ni imela priložnosti, da bi ga odnesla domov, ampak se je bila prisiljena odločiti na kraju samem.

82. Drži sicer, da je Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 11. aprila 2018 odločilo, da dogovor, kakršnega je sklenila oseba XZ, izpolnjuje zahtevo po preglednosti, ker je bila širša javnost seznanjena z njegovo sodbo z dne 9. maja 2013 v zvezi s pogoji o minimalni obrestni meri in ker je ta dogovor vseboval na roko napisan zaznamek, s katerim je potrošnik potrdil, da je razumel obseg novega minimalnega praga. Vendar se mi v zvezi s tem razlogovanjem porajajo dvomi. Menim namreč, da morebitna splošna seznanjenost z odločbo še ne zadostuje za to, da bi prodajalca ali ponudnika odvezala obveznosti, da sestavi pregledne pogoje in da tudi v predpogodbeni fazi ravna prav tako pregledno. Po drugi strani nisem prepričan, da na roko napisan zaznamek, katerega model vsili banka in ki se nanaša na to, da je potrošnik razumel, da obrestna mera ne bo nižja od določenega praga, lahko kaže na to, da je potrošnik razumel obseg odpovedi, v katero je ravnokar privolil.

83. Če bi predložitveno sodišče potrdilo, da pogoj glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom, določen v „pogodbi o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, ni pregleden, bi to pomenilo, da bi lahko preizkusilo nepoštenost tega pogoja, tudi če bi se nanašal na „glavni predmet pogodbe“ v smislu člena 4(2) Direktive 93/13. Ob tem bi po mojem mnenju taka nepreglednost v posebnih okoliščinah dogovora, kot je obravnavni, zadoščala za dokaz nezdržljivosti tega pogoja s to direktivo, ne da bi bilo treba preizkusiti merili znatnega neravnotežja in dobre vere iz člena 3(1) te direktive. Zaradi te nepreglednosti namreč za odpoved, ki je določena v tem pogoju, ni mogoče šteti, da izhaja iz „informiranega pristanka“ potrošnika.⁷⁹ Poleg tega bi po mojem mnenju ta nepreglednost in asimetrija informacij, ki jo zajema, omogočali domnevo tega znatnega neravnotežja in bi dokazovali, da družba Ibercaja ni izpolnila zahteve po dobri veri.⁸⁰

84. Ob upoštevanju vseh navedenih preudarkov Sodišču predlagam, naj na tretje in peto vprašanje odgovori, da pogoj glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom, ki ni bil predmet posamičnega dogovora, ni pošten v smislu člena 3(1) Direktive 93/13, razen če ta pogoj ni določen v dogovoru, katerega predmet je rešitev spora, ki obstaja med potrošnikom in prodajalcem ali ponudnikom. Vendar mora biti tudi v takem primeru tak pogoj v skladu z zahtevo po preglednosti, ki izhaja iz člena 4(2) in člena 5 te direktive. Glede pogoja v takem dogovoru, ki vključuje vzajemno odpoved izpodbijanju predhodno obstoječega pogodbenega pogoja v sodnih postopkih, se za povprečnega potrošnika šteje, da razume pravne in ekonomske posledice, ki zanj iz njega izhajajo, če se ob sklenitvi tega dogovora zaveda napake, ki je potencialno podana pri tem pogoju, pravic, ki jih lahko v zvezi s tem uveljavlja na podlagi navedene direktive, dejstva, da lahko sam izbere, ali bo dogovor sklenil ali ga bo zavrnil in se obrnil na sodišče, ter dejstva, da tega po sklenitvi dogovora ne bo več mogel storiti.

⁷⁷ To ne pomeni nujno – kot navaja predložitveno sodišče – da bi moral prodajalec ali ponudnik navesti točne zneske, ki se jim potrošnik odpoveduje. Taka zahteva se mi zdi v okviru dogovarjanja o poravnavi nerealistična. Sodišče v okviru zahteve po preglednosti namreč pazi na to, da ne preseže tistega, kar je mogoče od prodajalca ali ponudnika razumno pričakovati (glej sodbo z dne 19. septembra 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, točka 69)). Poleg tega v obravnavani zadevi banka ob sklenitvi „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, ni mogla razumno vedeti, da bi oseba XZ morda pridobila tako pravico do vračila (glej točko 75 teh sklepnih predlogov).

⁷⁸ V dvajseti uvodni izjavi Direktive 93/13 je navedeno, da mora potrošnik dejansko imeti možnost seznaniti se z vsemi pogodbenimi pogoji. Poleg tega je Sodišče že odločilo, da dejstvo, da potrošnik pogodbo prejme vnaprej, prispeva k spoštovanju zahteve po preglednosti. Glej v tem smislu sklep z dne 24. oktobra 2019, Topaz (C-211/17, neobjavljen, EU:C:2019:906, točka 50).

⁷⁹ Glej odgovor, ki ga predlagam na prvo vprašanje za predhodno odločanje.

⁸⁰ Sodišče je glede vprašanja, kdaj je neravnotežje, ki ga povzroči pogodbeni pogoj, „v nasprotju z zahtevo dobre vere“ v smislu člena 3(1) Direktive 93/13, razsodilo, da mora nacionalno sodišče zato preveriti, ali je lahko prodajalec ali ponudnik, če s potrošnikom lojalno in pravično posluje, razumno pričakoval, da bi potrošnik tak pogoj sprejel v okviru posamičnega dogovora. Glej zlasti sodbo z dne 14. marca 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, točka 69).

2. Preizkus novega pogoja o minimalni obrestni meri

85. Predložitveno sodišče s četrtem vprašanjem sprašuje, ali pogoj, kakršen je novi pogoj o minimalni obrestni meri iz „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, ni pregleden v smislu člena 4(2) in člena 5 Direktive 93/13, ker banka potrošnika v tem dogovoru ni obvestila o resnični ekonomski ceni tega pogoja, tako da bi se ta lahko seznanil z obrestno mero, ki bi se uporabljala, in z mesečnimi obroki, ki bi jih moral plačevati, če navedenega pogoja ne bi bilo.

86. V zadevi v glavni stvari je verjetno, da se novi pogoj o minimalni obrestni meri nanaša na „glavni predmet“ v smislu člena 4(2) Direktive 93/13 „pogodbe o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, kar velja ne glede na pravno kvalifikacijo, ki jo je treba uporabiti za ta dogovor na podlagi nacionalnega prava. Če je namreč cilj navedenega dogovora – kot trdi oseba XZ – novacija prvotnega pogoja o minimalni obrestni meri, ki je bil določen v pogodbi o hipotekarnem kreditu, potem je ta novi pogoj lahko le njegov glavni predmet. Če je namen istega dogovora – kot trdita družba Ibercaja in španska vlada – dokončna rešitev spora v zameno za vzajemna popuščanja, potem se navedeni pogoj prav tako nanaša na ta glavni predmet, saj so z njim udejanjena navedena popuščanja.

87. Kot pa sem že navedel, mora tudi pogoj, ki se nanaša na „glavni predmet pogodbe“ v smislu tega člena 4(2), izpolnjevati zahtevo po preglednosti. Kot je bilo navedeno v teh sklepnih predlogih, je pogodbeni pogoj pregleden, če lahko povprečni potrošnik razume ekonomske posledice, ki zanj iz njega izhajajo. Glede pogoja minimalne obrestne mere morajo biti v pogodbi, ki ga vsebuje, pregledno pojasnjeni razlogi in posebnosti mehanizma, na katerega se zadevni pogoj nanaša.⁸¹ V zvezi s tem je Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 9. maja 2013 opredelilo pogoje glede uporabe tovrstnih pogojev v kreditnih pogodbah,⁸² s čimer je po mojem mnenju udejanjilo zahtevo po preglednosti, ki jo je na splošno opredelilo Sodišče. Te pogoje je treba v obravnavani zadevi upoštevati, čeprav „pogodba o novaciji, s katero se spremeni posojilo“, sama zase ni kreditna pogodba. To bi moralo preveriti predložitveno sodišče.

88. Kljub vsemu je treba opozoriti na dva posebna vidika. Prvič, nisem prepričan, ali je od kreditne institucije mogoče zahtevati, da bo vnaprej navedla mesečne obroke, ki bi jih potrošnik moral plačati v primeru neobstoja pogoja o minimalni obrestni meri. Ker so namreč obrestne mere odvisne od ekonomskih sprememb, ki so le redko predvidljive, se mi taka zahteva ne zdi razumna.⁸³ Največ, kar mora prodajalec ali ponudnik navesti, kot je Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) poudarilo v svoji sodni praksi, so scenariji, ki se nanašajo na razumno predvidljivo gibanje obrestnih mer na dan sklenitve pogodbe. Drugič, glede zaznamka, ki ga je na roko napisal potrošnik,⁸⁴ ki mu je Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) v sodbi z dne 11. aprila 2018 pripisalo odločilno težo pri dokazovanju upoštevanja zahteve po preglednosti, menim, da je tak zaznamek sicer nedvomno upošteven indic, ne more pa biti sam po sebi odločilen. Ta ročni zaznamek nedvomno dokazuje, da je bil potrošnik opozorjen na učinke pogoja o minimalni obrestni meri. Vendar ta pogoj ne zadošča za dokaz spoštovanja strogih pogojev preglednosti, ki sta jih določili Sodišče in Tribunal Supremo (vrhovno sodišče). Indic, ki ga pomeni ta ročni zaznamek, mora biti torej po mojem mnenju dopoljen z drugimi skladnimi elementi.

⁸¹ Glej točko 78 teh sklepnih predlogov.

⁸² Tribunal Supremo (vrhovno sodišče) je odločilo, da pogoj o minimalni obrestni meri ni dovolj pregleden, ker (a) ne vsebuje dovolj jasnih informacij o tem, da gre za element, ki opredeljuje glavni predmet pogodbe; (b) so ti pogoji vstavljeni hkrati s pogoji o maksimalni obrestni meri in so predstavljeni, kot da so njihova protivrednost; (c) ne obstajajo simulacije različnih scenarijev glede razumno predvidljivega gibanja obrestnih mer na dan sklenitve pogodbe; (d) ni bilo vnaprejšnjega, jasnega in razumljivega obvestila glede stroškov v primerjavi z drugimi posojilnimi pogoji institucije – če obstajajo – ali opozorila stranki, da ji glede na njen profil ti pogoji niso bili ponujeni, in (e) pogoj o minimalni obrestni meri je med zelo veliko količino podatkov, ki ga prikrivajo in odvrtajo pozornost potrošnika.

⁸³ Predvsem menim, da bi to močno preseгло zahteve, določene z Direktivo 2014/17, ki se za spor o glavni stvari *ratione temporis* sicer ne uporablja, vendar kljub temu ponuja koristno oporo. Ta direktiva v členu 14 namreč določa, da mora dajalec kredita obveznost predložitve predpogodbenih informacij izpolniti prek evropskega standardnega informativnega lista (ESIS) iz Priloge II k tej direktivi. Vendar je v tej prilogi v točki 6 oddelka 3, naslovljenega „Glavni podatki o posojilu“, določeno le, da se „[v] tej rubriki [...] tudi navede, ali je posojilna obrestna mera fiksna ali spremenljiva in po potrebi, v katerih obdobjih bo ostala fiksna; pogostost poznejših sprememb in morebitne omejitve glede spreminjanja posojilne obrestne mere navzgor in navzdol“.

⁸⁴ Glej točko 14 teh sklepnih predlogov.

89. Glede na navedene preudarke Sodišču predlagam, naj na četrto vprašanje odgovori, da je treba pogoj o minimalni obrestni meri, ki ni bil predmet posamičnega dogovora, obravnavati kot pregleden v smislu člena 4(2) in člena 5 Direktive 93/13, če lahko potrošnik razume ekonomske posledice, ki zanj izhajajo iz tega pogoja. Predvsem morajo biti v pogodbi, ki ga vsebuje, pregledno pojasnjeni razlogi in posebnosti mehanizma, na katerega se ta pogoj nanaša. Po drugi strani pa od prodajalca ali ponudnika ni mogoče zahtevati, da vnaprej navede mesečne obroke, ki bi jih stranka morala plačati v primeru neobstoja navedenega pogoja.

V. Predlog

90. Ob upoštevanju vseh navedenih preudarkov Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je postavilo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (prvostopenjsko civilno in kazensko sodišče št. 3 v Teruelu, Španija), odgovori:

1. Člen 6(1) Direktive Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah ne nasprotuje temu, da se – če potrošnika in prodajalca ali ponudnika zavezuje pogodba, vendar so se pojavili resni dvomi o potencialni nepoštenosti v smislu člena 3(1) te direktive enega od pogodbenih pogojev ter so stranke s poznejšim dogovorom zadevni pogoj spremenile, potrdile veljavnost prvotne pogodbe in se vzajemno odpovedale izpodbijanju njenih pogojev pred sodišči – temu dogovoru prizna zavezujoči učinek za potrošnika, če ga je ta sklenil na podlagi svobodnega in informiranega soglasja.
2. Stranke se o pogodbenem pogoju niso dogovorile posamično v smislu člena 3(1) Direktive 93/13, če potrošnik ni imel resnične možnosti vplivati na njegovo vsebino. Ta vidik se presoja ob upoštevanju okoliščin sklenitve pogodbe in predvsem obsega razprav, ki so potekale med strankami v zvezi z vsebino tega pogoja. V primeru vnaprej izoblikovanega tipskega pogoja mora v skladu s členom 3(2) te direktive prodajalec ali ponudnik predložiti dokaz o takem dogovoru v zvezi s tem pojmom.
3. Pogoj glede vzajemne odpovedi sodnim postopkom, ki ni bil predmet posamičnega dogovora, ni pošten v smislu člena 3(1) Direktive 93/13, razen če ta pogoj ni določen v dogovoru, katerega predmet je rešitev spora, ki obstaja med potrošnikom in prodajalcem ali ponudnikom. Vendar mora biti tudi v takem primeru tak pogoj v skladu z zahtevo po preglednosti, ki izhaja iz člena 4(2) in člena 5 te direktive. Glede pogoja v takem sporazumu, ki vključuje vzajemno odpoved izpodbijanju predhodno obstoječega pogodbenega pogoja v sodnih postopkih, se za povprečnega potrošnika šteje, da razume pravne in ekonomske posledice, ki zanj iz njega izhajajo, če se ob sklenitvi tega dogovora zaveda napake, ki je potencialno podana pri tem pogoju, pravic, ki jih lahko v zvezi s tem uveljavlja na podlagi navedene direktive, dejstva, da lahko sam izbere, ali bo dogovor sklenil ali ga bo zavrnil in se obrnil na sodišče, ter dejstva, da tega po sklenitvi dogovora ne bo več mogel storiti.
4. Pogoj o minimalni obrestni meri, ki ni bil predmet posamičnega dogovora, je treba obravnavati kot pregleden v smislu člena 4(2) in člena 5 Direktive 93/13, če lahko potrošnik razume ekonomske posledice, ki zanj izhajajo iz tega pogoja. Predvsem morajo biti v pogodbi, ki ga vsebuje, pregledno pojasnjeni razlogi in posebnosti mehanizma, na katerega se ta pogoj nanaša. Po drugi strani pa od prodajalca ali ponudnika ni mogoče zahtevati, da vnaprej navede mesečne obroke, ki bi jih stranka morala plačati v primeru neobstoja navedenega pogoja.