



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 10 september 2019¹

Mål C-125/18

Marc Gómez del Moral Guasch
mot
Bankia SA

(begäran om förhandsavgörande från Juzgado de Primera Instancia no 38 de Barcelona
(förstainstansdomstol nr 38 i Barcelona, Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande – Konsumentskydd – Oskäligen avtalsvillkor i konsumentavtal – Avtal om hypotekslån – Rörlig räntesats – Referensindex för hypotekslån (IRPH) – Index som följer av en bestämmelse i lag eller annan författning – Ensidigt införande av näringsidkaren – Den nationella domstolens prövning av transparensen – Omfattningen av den information som krävs från banken”

Innehållsförteckning

I. Inledning	2
II. Tillämpliga bestämmelser	3
A. Unionsrätt	3
B. Spansk rätt	4
III. Bakgrunden till det nationella målet och tolkningsfrågorna	9
IV. Förfarandet vid EU-domstolen	11
V. Bedömning	11
A. Inledande anmärkningar	12
1. IRPH Cajas: Utveckling och funktion	12
2. Domen av den 14 december 2017	13
B. Prövning av tolkningsfrågorna	15

¹ Originalspråk: franska.

1. Den första tolkningsfrågan: Räckvidden av undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/104	15
a) Kort erinran om EU-domstolens praxis	16
b) Huruvida det omtvistade avtalsvillkoret omfattas av undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13?	17
2. Den andra tolkningsfrågan: Omfattningen av och innehållet i prövningen av tydligheten i det omtvistade villkoret enligt artikel 4.2 i direktiv 93/13	20
a) Den andra frågan, under a)	20
1) Domen i målet Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid	20
2) Den spanska regeringens ståndpunkt	21
3) Följderna av underlåtenheten att införliva artikel 4.2 i direktiv 90/13	22
b) Den andra frågan, under b) och c)	23
1) Erinran om EU-domstolens rättspraxis avseende omfattningen av den information som krävs inom ramen för kravet på tydlighet i avtalsvillkor som följer av artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13	24
2) Tillämpning i det aktuella fallet	25
VI. Förslag till avgörande	30

I. Inledning

1. I dag är fastighetsförvärv utan upptagande av lån sällsynt. Betalning av månatliga amorteringar på ett hypotekslån hör sedan urminnes tider till det dagliga livet.² För att teckna ett lån förfogar genomsnittskonsumenten i princip över olika informationskällor, såsom broschyrer eller praktiska riktlinjer som härrör från bankinstitut, men även från konsumentskyddsorganisationer, som syftar till att informera potentiella köpare om olika omständigheter, såsom den maximala skuldsättningen, de fasta eller rörliga räntesatserna samt referensindex.

2. På grund av den tekniska karaktären hos informationen om hypotekslån kan genomsnittskonsumenten emellertid oftast inte förstå vissa begrepp, såsom "räntesats" (fast eller rörlig), "referensindex" eller "den årliga effektiva räntan" (den effektiva räntan), och i synnerhet de skillnader som föreligger mellan dessa begrepp. Detta är även fallet vad gäller funktionen eller den konkreta beräkningen inte bara av rörliga räntesatser, utan även av officiella referensindex för hypotekslån och den årliga effektiva räntan (den effektiva räntan) på grundval av vilka dessa räntesatser beräknas. I detta sammanhang är omfattningen av den information som krävs av näringsidkaren av avgörande betydelse för att möjliggöra för genomsnittskonsumenten att förstå den faktiska kostnaden för lånet.

² De första kilskrifterna i det gamla Mesopotamien påvisar förekomsten av låneavtal. Under alla omständigheter finns bevis för förekomsten av lån med ränta som hänför sig till Sumer-perioden (3000 f. Kr. till 1900 f. Kr.) och i olika politiska regleringar fastställs övre gränser för dessa räntor (den vanligaste uppgick vid olika perioder till 33,3 procent i spannmål och 20 procent i silver). Hammurabis lagar ca 1800 f. Kr. innehöll uttryckliga begränsningar av räntesatsen och en detaljerad reglering av dessa och följderna av att dessa inte betalades. Se Santamaría Aquilué, R., *El tipo de interés en las operaciones de préstamo*: a vueltas con la Usura, UPNA, 2014, sidorna 6 och 7.

3. Förevarande begäran om förhandsavgörande som har framställs till EU-domstolen av Juzgado de Primera Instancia no 38 de Barcelona (förstainstansdomstol nr 38 i Barcelona, Spanien), avser tolkningen av direktiv 93/13/EEG,³ i synnerhet av artikel 1.2, artikel 4.2 och artiklarna 5 och 8 i detta direktiv. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål mellan Marc Gómez del Moral Guasch och Bankia SA som är ett bankinstitut i vilket det gjorts gällande att ett villkor i ett avtal om hypotekslån som ingåtts mellan dessa båda parter enligt vilket den rörliga räntesatsen är underkastad ett av de officiella referensindexen för hypotekslån är oskäligt (nedan kallat det omtvistade avtalsvillkoret), nämligen IRPH Cajas (sparbankernas referensindex för hypotekslån).

4. De tolkningsfrågor som framställts i förevarande begäran om förhandsavgörande ger EU-domstolen tillfälle att precisera sin rättspraxis avseende bland annat dels räckvidden av undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13, dels omfattningen av och innehållet i prövningen av tydligheten i det omtvistade avtalsvillkoret enligt artikel 4.2 och artikel 5 i direktivet.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

5. Trettonde, nittonde och tjugonde skälet i direktiv 93/13 har följande lydelse:

”Sådana författningsföreskrifter hos medlemsstaterna som direkt eller indirekt reglerar villkoren för konsumentavtal antas inte innehålla oskäligen villkor. Därför förefaller det inte nödvändigt att villkor som avspeglar bindande författningsföreskrifter I det avseendet omfattar uttrycket ”bindande författningsföreskrifter” i artikel 1.2 [i detta direktiv] även regler som enligt lagstiftningen gäller mellan de avtalsslutande parterna om inget annat har avtalats.

...

Vid tillämpningen av detta direktiv skall inte bedömningen av villkorens oskälighet omfatta villkor som beskriver avtalets huvudföremål eller förhållandet mellan kvaliteten och priset på varorna eller tjänsterna. Avtalets huvudföremål och förhållandet mellan kvaliteten och priset kan likväl tas i beaktande vid bedömningen av skäligheten hos andra villkor

Avtalen skall formuleras på ett klart och begripligt språk ... I tveksamma fall skall den för konsumenten mest gynnsamma tolkningen gälla”.

6. I artikel 1.2 i direktiv 93/13 föreskrivs följande:

”Avtalsvillkor som avspeglar bindande författningsföreskrifter samt bestämmelser ..., är inte underkastade bestämmelserna i detta direktiv.”

7. I artikel 3.3 i direktivet föreskrivs följande:

”Bilagan innehåller en vägledande, inte uttömmande lista på villkor som kan anses oskäligen.”

³ Rådets direktiv av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal (EGT L 95, 1993, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 169).

8. I artikel 4.2 i direktivet föreskrivs följande:

”Bedömningen av avtalsvillkors oskälighet skall inte avse vare sig beskrivningen av avtalets huvudföremål eller å ena sidan förhållandet mellan pris och ersättning och å andra sidan sålda tjänster eller varor; detta gäller i den mån dessa villkor är klart och begripligt formulerade.”

9. I bilagan till direktiv 93/13 med rubriken ”Avtalsvillkor till vilka hänvisas i artikel 3.3” anges följande i punkt 1 l och punkt 2 c och d:

”1. Avtalsvillkor vars mål eller konsekvens är

...

- l. att ange att varans pris skall fastställas vid leveransen eller tillåta att näringsidkaren höjer priset utan att konsumenten i båda fallen har en motsvarande rätt att frånträda avtalet om det slutliga priset är för högt i förhållande till det pris som överenskomms när avtalet ingicks,

...

2. Räckvidd för ... l

...

c) Punkterna ... l gäller inte för

- transaktioner med värdepapper, finansiella instrument eller andra varor eller tjänster där priset varierar med förändringar i en börskurs eller ett börsindex eller en kapitalmarknadsränta som näringsidkaren inte har kontroll över,

...

d) Vad som sägs i punkt 1 hindrar inte lagliga prisindexeringsklausuler, under förutsättning att riktlinjerna för prissvängningarna beskrivs tydligt.”

B. Spansk rätt

10. I artikel 1303 i Código Civil (civillagen) föreskrivs följande:

”Om en förpliktelse förklaras ogiltig, ska avtalsparterna ömsesidigt återställa de saker som avtalet avsåg, inbegripet deras avkastning och köpeskillingen jämte ränta, utan att det påverkar vad som föreskrivs i följande artiklar.”

11. Artikel 80.1 a i texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (omarbetad lydelse av den allmänna lagen till skydd för konsumenter och brukare och andra kompletterande lagar), godkänd genom Real Decreto Legislativo 1/2007 (kungligt lagdekret 1/2007) av den 16 november 2007,⁴ i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad LGDCU), har följande lydelse:

”1. Villkor som ingår i avtal med konsumenter och användare och som inte har varit föremål för individuell förhandling ... ska uppfylla följande rekvisit:

- a) De ska vara precist, klart och enkelt utformade och de ska kunna förstås direkt, utan hänvisning till texter eller handlingar som inte tillhandahållits före eller samtidigt med avtalets ingående eller till texter eller handlingar som det under alla omständigheter uttryckligen ska hänvisas till i avtalet.”

12. I artikel 82.1 och 82.2 i LGDCU föreskrivs följande:

”1. Som oskäligen anses sådana villkor som inte har varit föremål för individuell förhandling och alla förfaranden för vilka samtycke ej uttryckligen har lämnats, vilka i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans mellan parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten eller användaren.

2. ... Om en näringsidkare hävdar att ett visst villkor har varit föremål för individuell förhandling, har han bevisbördan för sitt påstående.”

13. Artikel 83 i LGDCU har följande lydelse:

”Oskäligen avtalsvillkor är ogiltiga och ska behandlas som om de inte utgör en del av avtalet. För detta ändamål ska domstolen, efter att ha hört parterna, förklara de oskäligen villkor som ingår i avtalet ogiltiga, medan avtalet förblir bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskäligen villkoren.”

14. Orden del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (dekret från premiärministerns kansli om tydlighet i de finansiella villkoren för hypotekslån), av den 5 maj 1994,⁵ i dess lydelse enligt dekret av den 27 oktober 1995⁶ (nedan kallat dekret av den 5 maj 1994), är endast tillämpligt på lån som tecknats av fysiska personer vars hypotekariska säkerhet avsåg en bostad, förutsatt att det sökta lånebeloppet är lägre eller lika med 150 000 euro. Detta dekret, som inte längre gäller, var i kraft från och med den 11 augusti 1994 till och med den 29 april 2012, då det nya Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (dekret 2899/2011 om tydlighet och skydd för användare av banktjänster), av den 28 oktober 2011 (nedan kallat dekret 2899/2011)⁷ trädde i kraft.⁸

15. I den andra tilläggsbestämmelsen i dekret av den 5 maj 1994 föreskrevs följande:

”Spaniens centralbank ska på grundval av rapporten från Dirección General del Tesoro y Política Financiera (generaldirektören för statskassan och finanspolitiken), genom ett cirkulär fastställa en rad index eller officiella referensindex som kreditinstituten kan tillämpa på hypotekslån med rörlig räntesats och regelbundet offentliggöra deras värde.”

4 BOE nr 287, av den 30 november 2007, s. 49181.

5 BOE nr 112, av den 11 maj 1994, s. 14444.

6 BOE nr 261, av den 1 november 1995, s. 31794.

7 BOE nr 261, av den 29 oktober 2011, s. 113242.

8 Se punkt 21 i detta förslag till avgörande.

16. I artikel 6.2 a och b och i artikel 6.3 punkterna 1 och 2 i dekret av den 5 maj 1994 föreskrevs följande:

”2. När det gäller lån med rörlig ränta som omfattas av detta dekret kan kreditinstituten endast använda sådana referensindex eller referensräntor som uppfyller följande villkor:

- a) De får varken uteslutande vara beroende av själva kreditinstitutet eller påverkas av detta på grund av avtal eller praxis som medvetet motsvarar dem som används av andra institut.
- b) De uppgifter som ligger till grund för indexet måste ha inhämtats enligt en objektiv matematisk metod.

3. När det gäller lån med rörlig ränta som omfattas av detta dekret är det inte obligatoriskt att enskilda låntagare underrättas om förändringar i den räntesats som är tillämplig när följande två omständigheter föreligger:

1. Parterna har kommit överens om att använda ett officiellt referensindex eller referensräntor i den mening som avses i den andra tilläggsbestämmelsen till detta beslut.
2. Den räntesats som ska tillämpas på lånet ska fastställas på det sätt som anges i klausul 3 bis 1 a eller b i bilaga II till detta dekret.”

17. Referensindexet för hypotekslån (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH)) i dess tre varianter, nämligen IRPH för banker (nedan kallat IRPH Bancos), IRPH för sparbanker (nedan kallat IRPH Cajas) och IRPH för samtliga kreditinstitut (nedan kallade IRPH Entidades) är ett officiellt index som har införts genom bestämmelsen 6 bis i circular 8/1990 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (cirkulär 8/1990 från Spanska centralbanken, till kreditinstituten om insyn i transaktionerna och kundskydd), av den 7 september 1990,⁹ i dess lydelse enligt circular 5/1994 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (cirkulär 5/1994 från Spanska centralbanken till kreditinstitut avseende ändring av cirkulär 8/1990, om insyn i transaktionerna och kundskydd), av den 22 juli 1994¹⁰ (nedan kallat cirkulär 8/1990). I det fjärde stycket i motiveringen till cirkulär 5/1994 angavs följande:

”De referensräntor som valts motsvarar slutligen den årliga effektiva räntan. Den genomsnittliga räntan för hypotekslån för bostadsförvärv på marknadsmässiga villkor motsvarar den effektiva räntan fullt ut, eftersom den även inbegriper provisionens verkan. Följaktligen skulle redan enbart dess direkta användning som ränta i avtalet leda till att den årliga effektiva räntan för hypotekariska transaktionen skulle överstiga den ränta som tas ut på marknaden. För att anpassa den årliga effektiva räntan för denna transaktion till marknadsräntan skulle det vara nödvändigt att tillämpa ett negativt korrekturvärde, vars storlek varierar beroende på provisionen för transaktionen och betalningsfrekvensen ...”

⁹ BOE nr 226, av den 20 september 1990, s. 27498.

¹⁰ BOE nr 184, av den 3 augusti 1994, s. 25106. I detta cirkulär föreskrevs sammanlagt sex index, nämligen IRPH Bancos, IRPH Cajas, IRPH Entidades, CECA-Index (index för de spanska sparbankernas centralförbund), den interna lönsamhetsnivån på andrahandsmarknaden för statsskulden med en återstående löptid på två till sex år och den gällande räntesatsen på interbankmarknaden i Madrid (på engelska: ”Madrid Interbank Offered Rate”, nedan kallad MIBOR). MIBOR har försvunnit sedan den erbjudna interbankräntesatsen i euro infördes i Spanien år 1999 (på engelska: l’Euro Interbank offered Rate) (nedan kallad Euribor).

18. Bestämmelse 2 i cirkulär 8/1990, som har rubriken ”Information om de tillämpade räntesatserna”, avsåg de uppgifter som ska lämnas till Spaniens centralbank för att denna ska kunna fastställa och offentliggöra vissa referensindex eller referensräntor på hypoteksmarknaden. Den bestämmelsen hade följande lydelse:

”... Banker, sparbanker, det spanska sparbanksförbundet, filialer till utländska kreditinstitut och hypotekskreditinstitut ska under den första hälften av varje månad underrätta den spanska centralbanken om de genomsnittliga räntesatserna för de in- och utlåningstransaktioner som genomförts i [spanska] pesetas Spanien [ESP], oavsett om dessa ingåtts eller förnyats under föregående månad.”

19. I punkt 3 b i bestämmelse 6 bis i cirkulär 8/1990, som har rubriken ”Hypotekslån”, hänvisas till indexet IRPH Cajas enligt följande:

”3. Vid tillämpningen av den andra tilläggsbestämmelsen i dekretet om hypotekslån ska följande referensindex eller referensräntor, för vilka beskrivningen och beräkningsmetoden fastställs i bilaga VIII, anses vara officiella

b) den genomsnittliga räntesatsen för hypotekslån med en löptid på mer än tre år som avser förvärv av en bostad på marknadsmässiga villkor som beviljas av sparbanker.

...

Spaniens centralbank ska offentliggöra dessa index i vederbörlig ordning som under alla omständigheter offentliggörs varje månad i *Boletín Oficial del Estado*.”

20. Beskrivningen och metoden för att beräkna dessa index återfinns i bilaga VIII till cirkulär 8/1990. I punkt 2 i bilaga VIII till detta cirkulär beskrivs IRPH Cajas som ”... det enkla genomsnittet av de genomsnittliga kapitalviktade räntesatserna för lånetransaktioner som är förenade med hypotekarisk säkerhet och som har en löptid på tre år eller mer och som avser bostadsförvärv på marknadsmässiga villkor, som samtliga sparbanker har inlett eller förnyat under den månad till vilken referensindexet hänför sig. Vid dessa viktade genomsnittliga räntesatser rör det sig om motsvarande årliga procentsatser som samtliga sparbanker redovisat för Spaniens centralbank för dessa löptider i enlighet med bestämmelse 2.

Metoden för att beräkna denna räntesats är följande:

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

Ica = summan av ica/nca

Varvid:

Ica = genomsnittet av de viktade genomsnittliga räntesatserna för samtliga sparbanker,

ica = viktad genomsnittlig räntesats för lånen hos de enskilda sparbankerna,

nca = antalet rapporterade sparbanker.”

21. IRPH Cajas och IRPH Bancos och indexet CECA upphörde att vara officiella referensräntor vid ikraftträdandet av dekret 2899/2011 och Circular 5/2012, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (cirkulär 5/2012 från Spaniens centralbank, till kreditinstitut och

betaltjänstleverantörer om insyn i banktjänsterna och ansvar vid utlåning) av den 27 juni 2012 (nedan kallat cirkulär 5/2012).¹¹

22. IRPH Cajas ersattes av IRPH Conjunto de Entidades (IRPH för samtliga spanska kreditinstitut), som för närvarande enligt dekret 2899/2011 är ett av de sex officiella referensindex som finns i Spanien.

23. I artikel 27 i dekret 2899/2011, som har rubriken ”Officiella räntesatser”, hänvisas i punkt 1 a till IRPH Conjunto de Entidades. Vid fastställandet av denna IRPH används värdena för de transaktioner som kreditinstituten faktiskt har ingått med sina kunder under varje period. I denna bestämmelse föreskrivs följande:

”Med hänsyn till deras användning av kreditinstituten på de villkor som fastställs i detta dekret kommer följande officiella räntesatser att offentliggöras varje månad: a) Den genomsnittliga räntesatsen för hypotekslån som beviljats av kreditinstitut i Spanien med en löptid på mer än tre år för förvärv av en bostad som säljs på marknadsmässiga villkor.”

24. IRPH Conjunto de Entidades utformades av de spanska finansmyndigheterna, det vill säga Spaniens centralbank och Dirección General del Tesoro (generaldirektoratet för finanser) och blev officiellt så snart det infördes i ovannämnda cirkulär från Spaniens centralbank och offentliggjordes i *Boletín Oficial del Estado*.

25. I Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (lag 14/2013 om stöd till företag och deras internationalisering),¹² av den 27 september 2013 (nedan kallad lag 14/2013), fastställs i tilläggsbestämmelse 15 med rubriken ”Övergångsbestämmelser för upphävande av referensindex eller räntesatser”, den tidpunkt från och med vilken IRPH Cajas och IRPH Bancos och indexet CECA inte längre ska offentliggöras av den spanska centralbanken. Den bestämmelsen har följande lydelse:

”1. Från och med den 1 november 2013 ska följande officiella index som är tillämpliga på lån eller hypotekslån i enlighet med gällande lagstiftning inte längre offentliggöras på Banco de Españas webbplats och upphävas fullständigt:

...

b) den genomsnittliga räntesatsen för hypotekslån som beviljas av sparbankerna [IRPH Cajas] med en löptid på mer än tre år som är avsedda för bostadsförvärv på marknadsmässiga villkor,

c) den aktiva referensräntesatsen för sparbanker [CECA].

2. Hänvisningar till de räntesatser som avses i föregående punkt ska ersättas från och med den kommande översynen av tillämpliga räntesatser med den ersättningsreferensränta eller det ersättningsreferensindex som föreskrivs i avtalet.

¹¹ BOE nr 161, av den 6 juli 2012, s. 48855.

¹² BOE nr 233, av den 28 september 2013, s. 78787.

3. Om det inte fastställs någon referensränta eller referensindex i avtalet eller om den återfinns bland de index eller räntesatser som upphävs, ska den ersättas med den officiella räntesats som kallas 'den genomsnittliga räntesatsen för hypotekslån som beviljas av kreditinstitut i Spanien som har en löptid på mer än tre år och som är avsedda för bostadsförvärv på marknadsmässiga villkor', tillsammans med ett korrekturvärde som motsvarar det aritmetiska medelvärdet av skillnaden mellan den upphävda räntesatsen och den ovannämnda räntesatsen, beräknad på grundval av de uppgifter som var tillgängliga mellan dagen för avtalets ingående och dagen för den nya räntesatsens ikraftträdande.

Om räntesatser ersätts i enlighet med denna punkt medför detta automatiskt en förnyelse av avtalet utan någon ändring eller någon förlust av inbördesordningen.

4. Parterna har ingen möjlighet att kräva en ändring, ensidig ändring eller uppsägning av lånet eller krediten i utbyte mot en tillämpning av denna bestämmelse.”

III. Bakgrunden till det nationella målet och tolkningsfrågorna

26. Den 19 juli 2001 ingick Marc Gómez del Moral Guasch ett avtal om hypotekslån, avseende beloppet 132 222,66 euro, med Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, nu Bankia SA, för att finansiera förvärvet av en bostad.

27. I den första delen av klausul 3 bis i låneavtalet, som avser metoden för beräkning av den rörliga räntesats som är tillämplig på nämnda lån (IRPH Cajas), föreskrivs följande:

”Klausul 3 bis – Rörlig räntesats

1 – Den avtalade räntesatsen ska fastställas för sexmånadersperioder, räknade från dagen för avtalets ingående, och ska för den första sexmånadersperioden vara den som anges punkten i klausul 3 bis om finansiella villkor. För de sexmånadersperioder som därefter följer utgörs den räntesats som ska tillämpas av sparbankernas genomsnittliga ränta för hypotekslån med en löptid på mer än tre år för förvärv av en bostad på marknadsmässiga villkor, som gäller vid justeringstillfället, som Banco de España periodvis offentliggör i *Boletín Oficial del Estado* för hypotekslån med en rörlig räntesats som är avsedda för bostadsförvärv, avrundad till närmast högre fjärdedels procentenhet, ökad med 0,25 procent [sic].”

28. Den ersättningsränta som tillämpades enligt samma kriterium som den föregående referensräntesatsen är indexet CECA.

29. Den 18 april 2017 väckte Marc Gómez del Moral Guasch talan vid Juzgado de Primera Instancia nr 38 de Barcelona (förstainstansdomstol nr 38 i Barcelona) och yrkade att det skulle fastställas att det aktuella avtalsvillkoret var ogiltigt på grund av att det var oskäligt, eftersom vanligtvis Euribor¹³ avtalas som referensindex för de flesta hypotekslån, som i allmänhet är förmånligare.

30. I detta hänseende har den hänskjutande domstolen angett att anknytningen till IRPH, som tillämpas på hypotekslån med rörlig räntesats och som motsvarar ungefär 10 procent av de lån som beviljas i Spanien, rent faktiskt är mindre förmånlig för konsumenten än anknytningen till Euribor, som tillämpas på 90 procent av hypotekslånen. Den har anfört att tillämpningen av IRPH medför en merkostnad för konsumenten på mellan 18 000 och 21 000 euro per hypotekslån i förhållande till Euribor och frågar sig vilka uppgifter käranden erhöll vid ingåendet av det aktuella avtalet.

¹³ Vid tidpunkten för ingåendet av avtalet var Euribor inte ett av de officiella referensindex som föreskrevs i cirkulär 8/1990. Av den spanska regeringens yttrande framgår emellertid att ett officiellt referensindex som följer Euribors utveckling infördes genom Circular 7/1999 del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990 (cirkulär 7/1999 från Spaniens centralbank till kreditinstitut om ändring av cirkulär 8/1990), av den 29 juni 1999 (BOE nr 163 av den 9 juli 1999, s. 26016).

31. Den hänskjutande domstolen motiverar den aktuella begäran om förhandsavgörande med att den är osäker på om det omtvistade avtalsvillkoret, i vilket en räntesats fastställs på grundval av ett lagligt index som IRPH, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13, och om detta direktiv ska tolkas så att det utgör hinder för att den nationella domstolen prövar huruvida detta avtalsvillkor är oskäligt.

32. Den hänskjutande domstolens osäkerhet avser bland annat huruvida den omständigheten att IRPH regleras av en förvaltningsbestämmelse som återges i avtalet om hypotekslån i form av ett avtalsvillkor, så att denna bestämmelse varken är bindande eller dispositiv, medför att undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13 inte är tillämpligt på det omtvistade avtalsvillkoret. Den hänskjutande domstolen anser i det avseendet att en sådan bestämmelse inte är bindande, eftersom det rör sig om en förvaltningsbestämmelse som reglerar rörlig ränta och näringsidkaren självant har infört ett sådant villkor om rörlig ränta i avtalet, och har härvid bland annat hänvisat till domarna i målen *Andriciuc m.fl.*¹⁴ och *Kušionová*.¹⁵ Den har anfört att det var möjligt för näringsidkaren att använda sig av andra index för att knyta an till hypotekslånet, eftersom tillämpningen av IRPH uteslutande framgår av det omtvistade avtalsvillkoret. Den hänskjutande domstolen har även angett att denna bestämmelse, i avsaknad av ett avtal mellan parterna, inte ska tillämpas som en utfyllnadsregel.

33. Den hänskjutande domstolen har angett att Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien), i sin dom nr 669/2017,¹⁶ emellertid nyligen dömde i motsatt riktning då den slog fast att IRPH Entidades i egentlig mening inte omfattas av direktiv 93/13, eftersom det hade fastställts i en lagbestämmelse. Den hänskjutande domstolen har även angett att denna dom, som hade meddelades av rätten i plenum, utgör bindande rättspraxis som direkt ska tillämpas av samtliga spanska domstolar.

34. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i vilka uppgifter som näringsidkaren ska lämna ut när den ingår avtal med konsumenter om hypotekslån med rörlig ränta som anknyter till ett lagligt index såsom IRPH, vars beräkningsmetod är komplicerad och föga transparent för en genomsnittskonsument och följderna av att det omtvistade avtalsvillkoret har fastställts vara oskäligt. Den hänskjutande domstolen har i detta hänseende påpekat att den spanska lagstiftaren inte har införlivat det undantag som föreskrivs i artikel 4.2 i direktiv 93/13 för att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå än den som föreskrivs i direktiv 93/13 och vill få klarhet i huruvida denna bestämmelse är förenlig med direktivets bestämmelser.

35. Mot denna bakgrund beslutade Juzgado de Primera Instancia no 38 de Barcelona (förstainstansdomstolen nr 38 i Barcelona), genom beslut av den 16 februari 2018 som inkom till EU-domstolens kansli samma dag, att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

- ”1) Ska [IRPH Cajas] prövas av domstol, i den meningen att det ska undersökas om det är begripligt för konsumenten, utan att det utgör hinder för vad som föreskrivs i bestämmelser i lagar eller andra författningar, när detta inte är ett sådant fall som föreskrivs i artikel 1.2 i direktiv 93/13, eftersom det inte rör sig om en bindande bestämmelse, utan ett fall där näringsidkaren självant har infört ett sådant villkor om rörlig låneränta i avtalet?
- 2) a) Ska det, enligt artikel 4.2 i direktiv 93/13, som inte har införlivats med den spanska rättsordningen, anses strida mot direktiv 93/13 och i synnerhet dess artikel 8 att en spansk domstol hänvisar till och tillämpar artikel 4.2 i direktivet, när lagstiftaren har avstått från att införliva en sådan bestämmelse med den spanska rättsordningen för att uppnå ett fullständigt skydd i fråga om samtliga villkor som näringsidkaren kan införa i ett avtal som ingås med konsumenter, inklusive de villkor som påverkar avtalets huvudföremål, till och med om de är klart och begripligt formulerade?

¹⁴ Dom av den 20 september 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703, punkterna 28, 29 och 31).

¹⁵ Dom av den 10 september 2014 (C-34/13, EU:C:2014:2189, punkterna 77–79).

¹⁶ Dom av den 14 december 2017 (ES:TS:2017:4308) (nedan kallad dom av den 14 december 2017).

- b) Är det, för att det väsentliga villkoret avseende referensindexet för hypotekslån ska kunna förstås, nödvändigt att i vart fall tillhandahålla information eller reklam om följande omständigheter eller uppgifter, eller någon av dem, nämligen
- (i) att förklara hur referensräntan utformats, det vill säga informera om att nämnda ränta består av provision och andra avgifter som lagts på den nominella räntan, att det rör sig om ett enkelt icke-viktat genomsnitt, att näringsidkaren var skyldig att känna till och meddela att den skulle tillämpa ett negativt korrekturvärde samt att de uppgifter som lämnades inte är offentliga, jämfört med den andra referensränta som vanligen tillämpas, Euribor,
 - (ii) att förklara hur den aktuella referensräntan har utvecklats tidigare och hur den skulle kunna utvecklas i framtiden, genom information och grafik som på ett klart och begripligt sätt visar för konsumenten hur denna särskilda ränta har utvecklats, jämfört med Euribor, som är den referensränta som vanligen tillämpas på hypotekslån?
- c) Mot bakgrund av att EU-domstolen har slagit fast att det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida avtalsvillkor är oskäligen och att bedöma vilka följder detta får enligt dess nationella rätt, innebär då inte en avsaknad av information om alla dessa omständigheter och uppgifter att villkoret inte är begripligt, eftersom detsamma inte är klart för genomsnittskonsumenten [enligt] artikel 4.2 i direktiv 93/13, eller att näringsidkaren har handlat otillbörligt genom att inte tillhandahålla informationen och att konsumenten, om denna hade informerats på ett lämpligt sätt, därför inte skulle ha accepterat att knyta sitt lån till referensindexet för hypotekslån?
- 3) Om [IRPH Cajas] förklaras ogiltigt, vilken av följande två följder är förenlig med artiklarna 6.1 och 7.1 i direktiv 93/13 i avsaknad av avtal eller för det fall ett sådant avtal är skadligare för konsumenten:
- a) En anpassning av avtalet, med tillämpning av ett ersättningsindex som vanligen tillämpas, nämligen Euribor, eftersom det rör sig om ett avtal som huvudsakligen är kopplat till ett lönsamhetsintresse för kreditinstitutet, [som har ställning som] näringsidkare.
 - b) En underlåtenhet att tillämpa räntan, med den enda skyldigheten att återbetala lånebeloppet inom den tid som det avtalats om för låntagaren eller gäldenären?"

IV. Förfarandet vid EU-domstolen

36. Genom beslut av domstolens ordförande av den 10 april 2018 avslogs begäran från Juzgado de Primera Instancia nr 38 de Barcelona (förstainstansdomstol nr 38 i Barcelona) om att målet skulle handläggas skyndsamt i enlighet med artikel 105.1 i domstolens rättegångsregler.

37. Skriftliga yttranden har inkommit från parterna i målet vid den nationella domstolen, från den spanska regeringen, från Förenade kungarikets regering och från Europeiska kommissionen. Samma parter yttrade sig även vid den muntliga förhandlingen den 25 februari 2019.

V. Bedömning

38. De frågor som den hänskjutande domstolen har ställt rör tre frågeställningar, nämligen, för det första, räckvidden av det undantag som avses i artikel 1.2 i direktiv 93/13, för det andra, omfattningen av och innehållet i prövningen av tydligheten i det omtvistade avtalsvillkoret enligt artikel 4.2 i direktivet och slutligen, för det tredje, följderna av att avtalsvillkoret fastställs vara oskäligt.

39. Innan dessa frågeställningar prövas ska det understrykas att den hänskjutande domstolen, parterna i målet vid den nationella domstolen, den spanska regeringen och kommissionen har hänvisat till särdragen hos IRPH Cajas som återfinns i det omtvistade avtalsvillkoret samt till domen från Tribunal Supremo (Högsta domstolen) av den 14 december 2017.

40. Jag anser följaktligen att det finns skäl att göra några anmärkningar avseende dessa båda punkter.

A. Inledande anmärkningar

1. IRPH Cajas: Utveckling och funktion

41. Den hänskjutande domstolen har anfört att det vid tidpunkten för undertecknandet av det avtal om hypotekslån som ingåtts mellan käranden och Bankia, i det omtvistade avtalsvillkoret, vid fastställandet av räntesatsen för lånet, föreskrevs att IRPH Cajas skulle tillämpas, eftersom endast de hypotekslånstransaktioner som hade genomförts av sparbankerna hade beaktats vid dess beräkning.¹⁷

42. Av de tillämpliga bestämmelserna som den hänskjutande domstolen redogjort för framgår att IRPH Cajas vid den tidpunkten var ett av de "referensindex för hypotekslån" som införts genom bestämmelse 6 bis punkt 3 b i cirkulär 8/1990 och följaktligen var officiellt och lagligt.¹⁸ Den hänskjutande domstolen har emellertid klargjort att IRPH Cajas (liksom IRPH Bancos och indexet CECA) sedan ikraftträdandet av dekret 2899/2011 inte längre är ett officiellt referensindex och att en övergångsordning har föreskrivits för de hypotekslån för vilka dessa index tillämpas.¹⁹

43. Vad gäller denna övergångsordning har den spanska regeringen anfört att hänvisningarna till de räntesatser som upphävts enligt tilläggsbestämmelse 15 punkterna 2 och 3 i lag 14/2013 ska ersättas med den "ersättningsreferensränta eller ersättningsreferensindex som föreskrivs i avtalet" och att, om det inte föreskrivs någon ersättningsreferensränta eller ersättningsreferensindex i avtalet – eller för det fall att den hör till ett av de index eller räntesatser som ska upphävas, vilket är fallet i förevarande mål,²⁰ räntesatsen eller indexet i fråga ska ersättas med "en officiell räntesats som kallas för genomsnittlig ränta för hypotekslån med en löptid på mer än tre år som är avsedda för bostadsförvärv på marknadsmässiga villkor som beviljas av kreditinstitut i Spanien (IRPH conjunto de Entidades), på vilket en marginal tillämpas som motsvarar det aritmetiska medelvärdet för skillnaderna mellan den räntesats som upphävs och den som har nämnts ovan, beräknade enligt de uppgifter som fanns tillgängliga mellan den dag då avtalet ingicks och den dag då räntesatsen faktiskt ersattes".²¹

44. Den spanska regeringen underströk även att enligt tilläggsbestämmelse 15 punkt 3 i lag 14/2013, innebar detta ersättande en automatisk förnyelse av avtalet, utan att detta medförde någon ändring eller förlust av in-teckningens plats i förmånsordningen. Den tillade att det i tilläggsbestämmelse 15 punkt 4 i nämnda lag föreskrevs att parterna inte hade rätt att väcka talan vid domstol för att få till stånd en ändring, en ensidig ändring eller hävning av lånet eller krediten. För närvarande är det index som anges i klausul 3 bis i avtalet IRPH Conjunto de Entidades.

17 Av Bankias yttrande framgår att det i det avtal om hypotekslån som är i fråga i målet vid den nationella domstolen föreskrevs en rörlig räntesats på 5,25 procent för de första sex månaderna och, för resten av löptiden, en rörlig räntesats som knöts till IRPH Cajas med tillägg av en marginal på 0,25 procentenheter. Den har även anfört att en återbetalningsfrist på 300 månader (25 år) har fastställts och att låntagaren, från den dagen då hypotekslånet tecknats, skulle betala de överenskomna beloppen.

18 Enligt den hänskjutande domstolen är IRPH Cajas ett referensindex för hypotekslån, som är rättsligt reglerat och följaktligen lagligt. Se punkterna 17–19 i detta förslag till avgörande.

19 Det framgår av den spanska regeringens skriftliga yttrande att det i den enda övergångsbestämmelsen i dekret 2899/2011 föreskrevs att IRPH Cajas, IRPH Bancos och indexet CECA även fortsättningsvis skulle offentliggöras och anses vara lämpliga för alla ändamål så länge en övergångsordning för de berörda lånen inte hade fastställts. Enligt denna regering kunde dessa referensindex emellertid inte tillämpas av kreditinstitut i de nya avtalen om hypotekslån.

20 I förevarande fall motsvarade ersättningsreferensindexet i låneavtalet indexet CECA, som också upphörde att vara ett av de officiella referensindexen vid ikraftträdandet av dekret 2899/2011 och cirkulär 5/2012. Se punkterna 21 och 28 i detta förslag till avgörande.

21 Se punkterna 22–25 i detta förslag till avgörande.

45. Vad gäller IRPH Cajas funktion har den hänskjutande domstolen för det första angett att detta index beräknades på grundval av de uppgifter som sparbankerna varje månad lämnade till den spanska centralbanken och motsvarade ett enkelt genomsnitt, eftersom alla sparbanker tillmäts samma betydelse, oberoende av omfattningen av de beviljade lånen. Den hänskjutande domstolen anser således att representativiteten för en sparbank inom IRPH Cajas därför inte ändras om den förlorar en marknadsandel efter att ha höjt räntesatserna eller provisionerna en månad. Ju lägre antalet sparbanker är, desto större är följaktligen de återstående sparbankernas inflytande över IRPH Cajas, vilket innebär att varje sparbank kunde påverka resultatet av detta index genom att höja den ränta eller den provision som den tillämpade under den aktuella månaden.

46. För det andra har den hänskjutande domstolen anfört att de uppgifter som sparbankerna lämnat för att erhålla det aritmetiska genomsnittet för IRPH omfattade den årliga effektiva räntan, avgifterna och provisionerna, varvid dessa utgör cirka 0,25 procentenheter mer än den nominella räntan och omfattar villkor om räntegolv eller avrundningar uppåt.

47. För det tredje har den hänskjutande domstolen anfört att enligt den nationella lagstiftningen beaktades inte de räntesatser som hade sänkts till följd av subventioner eller avtal till förmån för de anställda – och som hade minskat resultatet – vid beräkningen av IRPH.

48. För det fjärde har den hänskjutande domstolen angett att det med hänsyn till att det vid de vägda genomsnittliga räntesatserna rör sig om den årliga effektiva räntan, för att IRPH ska återspegla de genomsnittliga marknadsräntorna, såsom Centralbanken i Spanien angett,²² var nödvändigt att tillämpa ett negativt korrekturvärde, vars storlek är beroende av den tillämpliga provisionen, för att kompensera inflationseffekten av provisionerna. I förevarande fall tillämpades emellertid allmänt ett positivt korrekturvärde, nämligen IRPH Cajas + 0,25 procentenheter.

49. För det femte har den hänskjutande domstolen tillagt att IRPH i Bankias filialer hade marknadsförts till kunderna som ett index som var mindre volatilt, mer säkert och mer stabilt än Euribor,²³ varför det även finns anledning att fråga sig om de olika grafiska framställningar, som utarbetats på grundval av uppgifter från spanska centralbanken och som Bankia följaktligen hade kännedom om, borde ha ingetts, så att konsumenterna hade kunnat få kännedom om utvecklingen av de enskilda räntesatserna (IRPH och Euribor).

50. Den hänskjutande domstolen har slutligen påpekat att samtliga dessa uppgifter, utöver deras matematiska formel, som utgör en ytterligare aspekt av avtalsvillkorets begriplighet och som framgår av bilaga VIII punkt 1 i cirkulär8/1990, tyder på att IRPH i sin helhet är ett komplext index, vilket skulle kunna kräva ytterligare information och reklam, eftersom detta index är en väsentlig del av avtalet.

2. Domen av den 14 december 2017.

51. Det framgår av beslutet om hänskjutande samt av den spanska regeringens och kommissionens skriftliga yttranden att Tribunal Supremo (Högsta domstolen) i sin dom av den 14 december 2017 uttalat sig om ett avtalsvillkor som liknar det i det nationella målet enligt vilket IRPH Entidades skulle tillämpas.²⁴

52. Med förbehåll för den hänskjutande domstolens eventuella senare kontroller, framgår det av den spanska regeringens skriftliga yttrande att Tribunal Supremo (Högsta domstolen) har beaktat de omständigheter som anges nedan.

²² Se fjärde stycket i motiveringen till cirkulär 5/1994. Se även punkt 17 ovan i detta förslag till avgörande.

²³ Den hänskjutande domstolen har hänvisat till följande webbplatser: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf och https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf.

²⁴ Kommissionen har fäst uppmärksamhet på den omständigheten att ”denna dom, även om den utgör en tolkning av bestämmelserna i direktiv 93/13 av en domstol i sista instans, har meddelats utan att den tolkningsfråga som är aktuell här har ställts till EU-domstolen”.

53. Först och främst konstaterade Tribunal Supremo (Högsta domstolen) att IRPH Entidades är ett index som fastställts och reglerats i lag och som har införts i avtalet om hypotekslån med en rörlig räntesats av det bankinstitut som tillhandahåller tjänsten som ett allmänt avtalsvillkor. "Den part som har infört det villkor som har utarbetats i förväg fastställer [emellertid] inte referensindexet i avtalet, utan hänvisar till ett av de officiella index som regleras i lag för denna typ av avtal. Det ankommer därför på den offentliga förvaltningen att säkerställa att dessa index beaktar lagstiftningen om banksyn varvid de civilrättsliga domstolarna inte har behörighet att göra en prövning av transparensen. Följaktligen kan indexet *som sådant* inte vara föremål för en prövning av transparensen enligt direktiv 93/13."²⁵

54. Efter att ha analyserat avtalsvillkoret slog Tribunal Supremo (Högsta domstolen) fast att avtalsvillkoret såväl formellt som materiellt levde upp till prövningen av transparensen. Den anförde för det första att avtalsvillkoret enligt domstolen formellt sett uppfyllde det som den kallar för "kriteriet för införande", eftersom villkoret var grammatiskt klart, begripligt och gjorde det möjligt för låntagaren att förstå och godta att den rörliga räntan i dess avtal om hypotekslån beräknades med hänvisning till en räntesats som fastställdes och kontrollerades av den spanska centralbanken. För det andra var avtalsvillkoret enligt domstolen i materiellt hänseende tydligt och gjorde det möjligt för låntagaren att få kännedom om kostnaden för lånet. Den fann att konsumenten kunde förstå att han eller hon skulle betala det belopp som blev resultatet av summan av en sammanräkning av indexet och korrekturvärdet. I detta syfte fann Tribunal Supremo (Högsta domstolen), såsom framgår av den spanska regeringens yttrande, att det, när det gäller ett officiellt index, var lätt för en normalt informerad genomsnittskonsument att få kännedom om de olika beräkningsmetoderna och att jämföra de alternativ som använts och att det av bankinstitutet varken kunde krävas att den erbjuder olika index eller att den förklarar hur indexet hade fastställts.

55. I detta avseende fann inte Tribunal Supremo (Högsta domstolen) att den omständigheten att Euribor var förmånligare för konsumenten var relevant, eftersom en "tillbakablick" inte kunde utgöra grund för en prövning av transparensen.²⁶ Den ansåg vidare att detta resonemang inte beaktade den omständigheten att räntesatsen inte motsvarar indexet, utan indexet plus korrekturvärdet, och att det inte hade visats att de korrekturvärden som hade tillämpats på lån som knutits till Euribor var förmånligare än de lån som knutits till IRPH. Den bekräftade även att IRPH:s korrekturvärden statistiskt sett till och med var lägre och anförde att detta resonemang inte heller tog hänsyn till den omständigheten att korrekturvärdena varierade beroende på andra uppgifter i avtalet (löneingång, anknytning och så vidare). Tribunal Supremo (Högsta domstolen) preciserade att det inte var skillnaden mellan IRPH och Euribor som var avgörande, utan den framtida utvecklingen av IRPH, och att man av banken varken kunde kräva att den hade kännedom om denna utveckling eller att den skulle underrätta låntagaren om denna utveckling. Dessutom har värdet på Euribor och värdet på IRPH tidigare utvecklats relativt likartat.

56. Slutligen fann Tribunal Supremo (Högsta domstolen) att det var motsägelsefullt att påstå att banken hade kännedom om att IRPH var förmånligare än Euribor, trots att IRPH endast hade tillämpats i mindre än 15 procent av lånen. Av samma skäl borde hänvisningen till Euribor ha kunnat ogiltigförklaras om dess utveckling hade varit mindre förmånlig.

57. Efter att ha redogjort för de omständigheter som den hänskjutande domstolen och parterna har lagt fram, kommer jag nu att pröva de rättsliga frågor som tolkningsfrågorna gett upphov till.

²⁵ Min kursivering.

²⁶ Tribunal Supremo (Högsta domstolen) stödde sig i detta avseende på EU-domstolens överväganden i punkterna 53 och 54 i domen Andriuc m.fl. av den 20 september 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

B. Prövning av tolkningsfrågorna

1. Den första tolkningsfrågan: Räckvidden av undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13

58. Den hänskjutande domstolen vill genom den första tolkningsfrågan få klarhet i om IRPH Cajas kan vara föremål för en prövning av transparensen enligt direktiv 93/13. Såsom emellertid Bankia, den spanska regeringen och kommissionen har gjort gällande, kan IRPH Cajas i sig inte vara föremål för en sådan prövning, eftersom det regleras i lagbestämmelser.

59. Enligt min mening skiljer sig denna fråga från frågan huruvida ett avtalsvillkor i ett avtal om hypotekslån som ingåtts mellan en konsument och en näringsidkare, enligt vilket detta index ska tillämpas vid beräkningen av den rörliga räntan för lånet, såsom är fallet i det nationella målet, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13.

60. Det ska i detta avseende erinras om att fast rättspraxis ger vid handen att enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer det på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva, och det ankommer i det avseendet på EU-domstolen att i förekommande fall omformulera frågan.²⁷

61. I förevarande fall anser jag att den första tolkningsfrågan ska förstås så, att den syftar till att få klarhet i huruvida artikel 1.2 i direktiv 93/13 ska tolkas så, att ett villkor i ett avtal som ingåtts mellan en konsument och en näringsidkare, såsom det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i vilket en räntesats fastställs på grundval av ett av de sex officiella och lagstadgade referensindex som kreditinstitut kan tillämpa på hypotekslån med rörlig ränta, inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

62. Inledningsvis ska den spanska regeringens argument prövas enligt vilket frågan om prövningen av transparensen i IRPH Cajas som är ett officiellt och i lag fastställt index som regleras i lagbestämmelser eller i förvaltningsbestämmelser vilket varje månad offentliggörs i *Boletín Oficial del Estado*, inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13 enligt artikel 1.2 i direktivet. Eftersom nämnda index därför inte kan förklaras vara oskäligt, påverkar det förhållandet att det införts i det omtvistade avtalsvillkoret inte denna tolkning.

63. I detta hänseende har den spanska regeringen och Bankia gjort gällande att det index som för närvarande tillämpas på det avtal om hypotekslån som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, det vill säga IRPH Conjunto de Entidades, fastställdes i lag efter det att IRPH Cajas upphävdes enligt en bindande lagbestämmelse, nämligen tilläggsbestämmelse 15 punkt 2 i lag 14/2013. Följaktligen är tillämpningen av IRPH Conjunto de Entidades obligatorisk sedan det trädde i kraft, vilket innebär att den balans som lagstiftaren har upprättat har iakttagits. Bankia har dessutom preciserat att parterna enligt lag 14/2013 inte har möjlighet att väcka talan för att få till stånd en ändring, en ensidig ändring eller hävning av lånet eller krediten i utbyte mot tillämpningen av tilläggsbestämmelse 15 punkt 4 i lag 14/2013. De har därför hävdats att IRPH Cajas inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13 enligt artikel 1.2 i direktivet.

64. Enligt min uppfattning framgår det emellertid av de tillämpliga bestämmelserna och de faktiska omständigheterna som den hänskjutande domstolens redogjort för att det IRPH, vid tidpunkten för ingåendet av det avtal om hypotekslån som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, som är den tidpunkt som den nationella domstolen ska beakta vid sin bedömning av huruvida ett avtalsvillkor

²⁷ Dom av den 17 juli 1997, Krüger (C-334/95, EU:C:1997:378, punkterna 22 och 23), dom av den 8 december 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, punkt 18), och dom av den 21 december 2016, Ucar och Kilic (C-508/15 och C-509/15, EU:C:2016:986, punkt 51).

är oskäligt,²⁸ som återfanns i det omtvistade avtalsvillkoret för beräkning av den rörliga räntan inte var IRPH Conjunto de Entidades – som ersatte IRPH Cajas enligt tilläggsbestämmelsen 15 punkt 2 i lag nr 14/2013, som medförde en automatisk förnyelse av avtalet – utan IRPH Cajas – som infördes genom cirkulär 8/1990. Den omständigheten att IRPH Conjunto de Entidades i dag är det officiella referensindexet i klausul 3 bis i avtalet om hypotekslån och att det har fastställts lagligen genom en bindande bestämmelse, nämligen tilläggsbestämmelse 15 punkt 2 i lag 14/2013, saknar betydelse för bedömningen av det omtvistade avtalsvillkoret enligt vilket IRPH Cajas ska tillämpas, såsom det avfattats vid tidpunkten för avtalets ingående.

65. Det är således uppenbart att frågan avser det omtvistade avtalsvillkoret enligt vilket IRPH Cajas ska tillämpas.²⁹ För att besvara denna fråga kommer jag för det första att kort redogöra för relevant rättspraxis från EU-domstolen avseende tolkningen av artikel 1.2 i direktiv 93/13 och för det andra mot bakgrund av denna rättspraxis pröva om det omtvistade avtalsvillkoret omfattas av direktiv 93/13.

a) Kort erinran om EU-domstolens praxis

66. Det ska inledningsvis erinras om att en prövning ex officio som företas av den nationella domstolen endast kan krävas om det rör sig om ett avtalsvillkor som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13, såsom detta definieras i artikel 1 i direktivet.³⁰ Enligt artikel 1.2 i direktiv 93/13 omfattas avtalsvillkor som avspeglar bindande författningsföreskrifter inte av tillämpningsområdet för detta direktiv.

67. I domen i målet RWE Vertrieb³¹ klargjorde domstolen för första gången begreppet bindande författningsföreskrifter i den mening som avses i artikel 1.2 direktiv 93/13. I detta avseende erinrade domstolen om att denna bestämmelse medför ett undantag från direktivets tillämpningsområde som avser avtalsvillkor som avspeglar bindande författningsföreskrifter.³² Det krävs att två villkor är uppfyllda för att detta undantag ska vara tillämpligt. För det första ska avtalsvillkoret avspegla en författningsföreskrift och för det andra ska föreskriften vara bindande.³³

68. För att avgöra huruvida dessa avtalsvillkor är uppfyllda, har domstolen slagit fast att den nationella domstolen ska pröva om detta villkor avspeglar de bestämmelser i nationell rätt som gäller mellan avtalsparterna oberoende av deras val (tvingande) eller om det avspeglar dispositiva bestämmelser, det vill säga bestämmelser som gäller om inget annat har avtalats mellan parterna.³⁴

28 Det ska erinras om att "det följer av artikel 4.1 i direktiv 93/13 att bedömningen av huruvida ett visst avtalsvillkor är oskäligt ska göras med beaktande av vilken typ av varor eller tjänster som avtalet avser och med hänsyn tagen, vid tiden för avtalets ingående, till alla omständigheter i samband med att avtalet ingicks" (dom av den 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punkt 39), dom av den 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, punkt 42), dom av den 14 mars 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punkt 71), och dom av den 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punkt 61). Avseende denna fråga se även mitt förslag till avgörande i målen Abanca Corporación Bancaria och Bankia (C-70/17 och C-179/17, EU:C:2018:724, punkt 70).

29 Den spanska regeringen har själv, i punkterna 8 och 17 i sitt skriftliga yttrande, angett att det omtvistade avtalsvillkoret i målet vid den nationella domstolen är det villkor av vilket det framgår att IRPH Cajas ska tillämpas och att dekretet av den 5 maj 1994 var tillämpligt vid den tidpunkt då det avtal om hypotekslån som var föremål för förevarande begäran om förhandsavgörande ingicks.

30 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 april 2019, Aqua Med (C-266/18, EU:C:2019:282, punkt 28).

31 Dom av den 21 mars 2013 (C-92/11, EU:C:2013:180).

32 Dom av den 21 mars 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punkt 25).

33 Dom av den 10 september 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, punkt 78), och dom av den 20 september 2017, Andriuciu m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 28). Enligt domstolen motiveras detta undantag från tillämpningen av direktiv 93/13 av att det i princip får antas att den nationella lagstiftaren har sett till att det finns en balans mellan avtalsparternas rättigheter och skyldigheter vad gäller vissa avtal (se även dom av den 21 mars 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punkt 28), och dom av den 20 september 2018, OTP Bank och OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, punkt 53).

34 Dom av den 21 mars 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punkt 26). Se även dom av den 10 september 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, punkt 76), och dom av den 20 september 2017, Andriuciu m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 27). Se även trettonde skälet i direktiv 93/13.

69. Den nationella domstolen ska således pröva huruvida det avtalsvillkor som är i fråga i målet vid den nationella domstolen avspeglar bindande nationella föreskrifter i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 93/13,³⁵ med beaktande av att det undantag som föreskrivs i denna bestämmelse ska tolkas restriktivt, särskilt med hänsyn till direktivets syfte, nämligen konsumentskyddet.³⁶

70. Efter att således kort ha redogjort för den allmänna bakgrunden i rättspraxis avseende tolkningen av denna bestämmelse kommer jag nu att tillämpa den på förevarande mål.

b) Huruvida det omtvistade avtalsvillkoret omfattas av undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13?

71. Det ska inledningsvis, såsom även framgår av föregående punkter i detta förslag till avgörande, understrykas att om ett avtalsvillkor avspeglar en tvingande eller dispositiv författningsföreskrift, uppkommer inte frågan huruvida detta villkor omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13. Ett sådant avtalsvillkor är nämligen helt enkelt inte underkastat bestämmelserna i detta direktiv.

72. Om den nationella domstolen däremot anser att den berörda bestämmelsen inte medför en skyldighet för bankinstitutet att välja ett officiellt referensindex bland dem som föreskrivs i denna bestämmelse, utan gör det möjligt att tillämpa andra referensindex, skulle frågan om den avtalsbestämmelse som återger detta index omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13 utan tvivel vara relevant. Det är nämligen klart att ett sådant avtalsvillkor omfattas av direktivets tillämpningsområde. Det skulle enligt min uppfattning förhålla sig på samma sätt om denna lagstiftning skulle innebära en skyldighet för bankinstitutet att välja ett officiellt referensindex bland dem som föreskrivs där.³⁷

73. I förevarande fall anser den hänskjutande domstolen att det omtvistade avtalsvillkoret, som bankinstitutet har utarbetat i förväg, avspeglar bestämmelserna i nationell rätt. Den har emellertid slagit fast att de villkor som fastställts i EU-domstolens praxis inte är uppfyllda för tillämpning av undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13. För det första är den nationella bestämmelsen i det omtvistade avtalsvillkoret inte bindande, eftersom det rör sig om en bestämmelse i lag eller en förvaltningsbestämmelse som reglerar rörlig låneränta och näringsidkaren självant har infört ett sådant villkor om rörlig låneränta i avtalet, vilket innebär att IRPH Cajas inte kan tillämpas obligatoriskt oberoende av parternas val. För det andra är denna bestämmelse inte dispositiv om detta inte har avtalats.³⁸

74. I förevarande fall framgår det av de tillämpliga bestämmelserna, vad gäller IRPH Cajas som återfinns i det omtvistade avtalsvillkoret, att tilläggsbestämmelse 2 i dekret av den 5 maj 1994, som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, ger den spanska centralbanken behörighet att genom ett cirkulär (cirkulär 8/1990, i dess lydelse enligt cirkulär 5/1994, som för närvarande har upphävts men som var i kraft vid tidpunkten för avtalets ingående), fastställa ”en rad officiella referensindex eller referensräntor som *kan* tillämpas av kreditinstitut på hypotekslån med rörlig ränta”.³⁹

35 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 september 2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 30), och förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i det målet (C-186/16, EU:C:2017:313, punkt 59). Se även dom av den 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punkterna 69 och 70).

36 Se dom av den 20 september 2017, Andriciuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 31), och dom av den 10 september 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, punkt 77).

37 Se punkt 83 i förevarande förslag till avgörande.

38 I spansk doktrin, i vilken domen av den 14 december 2017 har kommenterats, anges att det rör sig om en bestämmelse som varken är bindande eller dispositiv. Se Cámara Lapuente, S., ”IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindará a la realidad cualquier cláusula que reproduzca ”normas”. Transparencia lejos del suelo”, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Mariano Yzquierdo Tolsada (utgivare), nr 9, Dykinson, 2017, sidorna 211–236, i synnerhet sidorna 219 och 222.

39 Se punkt 15 i detta förslag till avgörande. Min kursivering.

75. Såsom framgår av Bankias yttrande föreskrevs i dekret av den 5 maj 1994 i artikel 6.2 att kreditinstitut i fråga om lån med rörlig räntesats som omfattas av detta dekret enbart kunde tillämpa sådana referensindex eller referensräntor ”som uppfyller följande två villkor: a) de får varken uteslutande vara beroende av själva kreditinstitutet och får inte påverkas av detta genom avtal eller praxis som medvetet motsvarar avtal eller praxis hos andra kreditinstitut, b) de uppgifter på vilka indexet grundar sig måste ha inhämtats enligt en objektiv matematisk metod”.

76. Det framgår även av Bankias yttrande att det i artikel 6.3 punkterna 1 och 2 i dekret av den 5 maj 1994 föreskrevs att ”det för lån med rörlig ränta som omfattas av [detta dekret] inte är obligatoriskt att individuellt underrätta låntagaren om ändringarna av den tillämpliga räntesatsen om följande två villkor är uppfyllda: 1. Det *har avtalats* att ett av de officiella referensindex eller referensräntor som anges i tilläggsbestämmelse 2 [i detta dekret] ska tillämpas, och att 2) den räntesats som ska tillämpas på lånet har fastställts på det sätt som anges i klausul 3a.1 a eller b i bilaga II [till dekretet]”.⁴⁰

77. Såsom den spanska regeringen har anfört i sitt skriftliga yttrande, angavs i bilaga II till dekretet av den 5 maj 1994, med rubriken ”Finansiella villkor i avtal om hypotekslån som omfattas av detta dekret”, vilka uppgifter som dessa villkor skulle innehålla. Av detta yttrande framgår att det i punkt 3 bis i bilaga II, med rubriken ”Rörlig ränta”, bland annat föreskrevs att den rörliga räntan skulle uttryckas i någon av de former som föreskrivs i denna bestämmelse. I klausul 3 bis punkterna a, b och c i nämnda bilaga II hänvisades till definitionerna av rörlig ränta enligt vilka ett referensindex ska tillämpas *eller*, enligt punkt d i denna bestämmelse, ”[ska fastställas] *på annat sätt* förutsatt att det är klart, konkret och begripligt för låntagaren och är förenligt med gällande rätt”.⁴¹

78. Med förbehåll för den hänskjutande domstolens eventuella senare kontroller, verkar det inte som om det i dekretet av den 5 maj 1994 för lån med rörlig ränta föreskrivs att ett av de sex officiella referensindex, bland annat IRPH Cajas, ska tillämpas, utan, såsom framgår av de nationella bestämmelser till vilka Bankia har hänvisat i sitt yttrande, som anges i punkt 75 i detta förslag till avgörande, i denna bestämmelse fastställs de villkor som ”referensindex eller referensräntan” ska uppfylla för att kunna tillämpas av bankinstitut. De avtalsslutande parternas *måste* följaktligen *inte nödvändigtvis* välja bland de sex officiella referensindex som föreskrivs i cirkulär 8/1990.⁴² Det är i detta avseende visserligen riktigt att de sex officiella referensindex som fastställdes i cirkulär 8/1990 i princip uppfyllde de två ovannämnda villkoren, men att Bankia, med förbehåll för den hänskjutande domstolens eventuella senare kontroller, såsom framgår av punkt 3a bis d i bilaga II till dekretet av den 5 maj 1994,⁴³ hade möjlighet att fastställa den rörliga räntan ”på annat sätt, under förutsättning att detta vara klart, konkret och begripligt för låntagaren och förenligt med gällande rätt”. I detta sammanhang har den hänskjutande domstolen hänvisat till den möjlighet som fanns att vid tidpunkten för avtalets ingående, nämligen den 19 juli 2001, tillämpa Euribor som infördes i Spanien 1999.⁴⁴ Det ska erinras om att det av de tillämpliga bestämmelserna i förevarande fall framgår att Euribor vid tidpunkten för avtalets ingående inte hörde till de sex officiella index som föreskrevs i cirkulär 8/1990. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat hade banken emellertid kunnat välja Euribor som ett referensindex vid tidpunkten för avtalets ingående.

40 Min kursivering.

41 Se punkt 18 i den spanska regeringens yttrande.

42 Det framgår av de tillämpliga bestämmelserna i förevarande mål att bland de sex officiella referensindex som föreskrevs i cirkulär 8/1990 fanns, utöver de index som redan nämnts (IRPH Bancos, IRPH Cajas och IRPH Entidades), följande tre referensindex: indexet CECA, internräntan på sekundärmarknaden för statsskulden med en återstående löptid på två till sex år och Mibor. Mibor upphävdes då Euribor infördes i Spanien år 1999. Såsom framgår av det skriftliga yttrandet från den spanska regeringen infördes ett ytterligare officiellt referensindex som är knutet till Euribors utveckling genom cirkulär 7/1999 från Spaniens centralbank. Se fotnot 13 i detta förslag till avgörande.

43 Se punkt 77 i detta förslag till avgörande.

44 Se fotnoterna 13 och 42 i detta förslag till avgörande.

79. Denna slutsats finner stöd i Bankias skriftliga yttrande, i vilket Bankia tydligt har angett att "IRPH *inte [var] obligatoriskt för de avtalslutande parterna*".⁴⁵

80. Det ska slutligen framhållas att kommissionen i sitt skriftliga yttrande har påpekat att Tribunal Supremo (Högsta domstolen) själv i sin dom av den 14 december 2017 implicit erkände att undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13 inte var tillämplig på det avtalsvillkor i vilket tillämpningen av IRPH Cajas föreskrevs, eftersom den prövade *tydligheten i villkoret* i fråga, utan att ifrågasätta tillämpligheten av direktiv 93/13.

81. För övrigt har kommissionen även påpekat att domen av den 14 december 2017 innehåller en avvikande mening från två domare i denna höga instans, nämligen Francisco Javier Orduña Moreno och Francisco Javier Arroyo Fiestas, enligt vilka "föremålet för denna [domstols]prövning inte är indexet i sig, det vill säga som en avspeglings av en bestämmelse i lag eller en förvaltningsbestämmelse som bekräftar det officiellt, *utan dess bruk eller tillämpning i allmänna villkor*".⁴⁶ Det har i detta förslag till avgörande vad gäller kriteriet den nationella bestämmelsens bindande karaktär klargjorts att "detta inte heller är fallet här, eftersom näringsidkaren tillämpar *ett av de sju referensindex* som var tillåtna på den tiden (bland annat indexet Mibor, indexet CECA och Euribor). IRPH Entidades var därför inte det enda index som kunde tjäna som referensvärde och tillämpningen av detta index var inte bindande för näringsidkaren".⁴⁷

82. Med hänsyn till att undantaget i artikel 1.2 i direktiv 93/13 ska tolkas restriktivt, och med förbehåll för den hänskjutande domstolens eventuella senare kontroller, framgår det av föregående överväganden att det omtvistade avtalsvillkoret omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/13 och att frågan huruvida detta avtalsvillkor kan vara oskäligt kan vara föremål för domstolsprövning.

83. Såsom jag redan har anfört ovan i punkt 72 i detta förslag till avgörande omfattas det omtvistade avtalsvillkoret enligt min mening under alla omständigheter av direktiv 93/13, även om den hänskjutande domstolen skulle anse att de tillämpliga bestämmelserna var bindande för bankinstituten. Enbart den omständigheten att ett bankinstitut enligt en nationell bestämmelse självmant kan införa ett index i de allmänna villkoren i ett avtal om hypotekslån efter att ha valt bland flera officiella referensindex som angetts i denna bestämmelse, räcker, enligt min mening, för att en sådan bestämmelse *inte ska anses vara bindande* i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 93/13 och att detta direktiv följaktligen kan tillämpas. Det står nämligen klart att undantaget i denna bestämmelse inte kan tillämpas på ett avtalsvillkor som avspeglar en författningsföreskrift som inskränker eller begränsar partsautonomin *utan att eliminera den*.

84. Jag förstår inte heller hur en medlemsstat kan göra gällande att ett avtalsvillkor inte är oskäligt, i den mån det avspeglar en bindande bestämmelse, vars innehåll står i strid med den ändamålsenliga verkan av direktiv 93/13.

85. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag följaktligen att direktiv 93/13 ska tolkas så, att ett avtalsvillkor – som ingåtts mellan en konsument och en näringsidkare, såsom det som är i fråga i det nationella målet, där en räntesats fastställs på grundval av ett av de sex officiella och lagstadgade referensindex som kan tillämpas av kreditinstitut på hypotekslån med rörlig ränta – inte undantas från tillämpningsområdet för detta direktiv.

⁴⁵ Min kursivering. Enligt Bankia beror den bindande karaktären hos IRPH på att detta index, när det väl har valts, ingår i avtalet om hypotekslån, som parterna är bundna av, i sin helhet, utan ändringar i avtalet. Jag instämmer inte i detta argument. Enligt min mening kan bankinstitutet i ett i förväg utarbetat avtalsvillkor varken fastställa definitionen av ett officiellt referensindex eller metoden för dess beräkning. Detta gäller emellertid inte för det korrekturvärde som det tillämpar på indexet, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, där Bankia, trots rekommendationerna från Spaniens centralbank avseende tillämpningen av ett negativt korrekturvärde, varigenom den årliga effektiva räntan för denna transaktion skulle anpassas till den på marknaden, valde att tillämpa ett positivt korrekturvärde på 0,25 procentenheter.

⁴⁶ Min kursivering.

⁴⁷ Min kursivering.

2. Den andra tolkningsfrågan: Omfattningen av och innehållet i prövningen av tydligheten i det omtvistade villkoret enligt artikel 4.2 i direktiv 93/13

86. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 93/13, och särskilt artikel 8 i detta, utgör hinder för att en nationell domstol kan tillämpa artikel 4.2 i direktivet för att inte bedöma om ett avtalsvillkor som är klart och begripligt formulerat och som rör avtalets huvudföremål, kan vara oskäligt, när den nationella lagstiftaren inte har införlivat den sistnämnda bestämmelsen i sin rättsordning. Den hänskjutande domstolen vill dessutom, i förekommande fall, få klarhet i vilka uppgifter näringsidkaren ska lämna enligt artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13 för att iaktta kravet på tydlighet i ett avtalsvillkor, i vilket en räntesats fastställts på grundval av ett lagstadgat referensindex, såsom IRPH Cajas, vars matematiska formel för beräkningen är komplicerad och föga öppen för en genomsnittskonsument. Den hänskjutande domstolen vill slutligen få klarhet i om avsaknaden av uppgifter ska betraktas som otillbörlig.

a) Den andra frågan, under a)

87. Innan jag tar ställning till den andra frågans första del, som inte enbart avser tolkningen av artikel 4.2 i direktiv 93/13, utan även av artiklarna 5 och 8 i direktivet, ska det preciseras i vilket sammanhang denna fråga har ställts. Jag kommer således att börja med att erinra om EU-domstolens rättspraxis.

1) Domen i målet *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*

88. När det gäller frågan huruvida artikel 8 i direktiv 93/13 utgör hinder för att en nationell domstol kan tillämpa artikel 4.2 i direktivet för att inte bedöma om ett avtalsvillkor som är klart och begripligt formulerat och som rör avtalets huvudföremål, kan vara oskäligt, när den nationella lagstiftaren inte har införlivat den sistnämnda bestämmelsen i sin rättsordning, vill jag inledningsvis framhålla att EU-domstolen redan har besvarat denna fråga i domen i målet *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*.⁴⁸

89. I denna dom anförde EU-domstolen inledningsvis, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat i förevarande mål, att det ”av de handlingar som ingetts till domstolen [framgår att artikel 4.2 i direktiv 93/13] inte har införlivats med intern rättsordning genom lag nr 7/1998.”^{49 50} EU-domstolen slog därefter fast att en nationell domstol enligt spansk rättsordning under alla omständigheter följaktligen har befogenhet att inom ramen för en tvist avseende ett avtal mellan en näringsidkare och en konsument bedöma huruvida ett avtalsvillkor som inte förhandlats individuellt och som bland annat avser avtalets huvudföremål är oskäligt, även i en sådan situation då villkoret i förväg har formulerats av näringsidkaren på ett klart och begripligt sätt.⁵¹ EU-domstolen konstaterade slutligen mot bakgrund av dessa förhållanden att ”den spanska lagstiftningen innebär att konsumenten, i enlighet med artikel 8 i direktivet, ges ett starkare effektivt skydd än det som direktivet föreskriver” genom att den spanska lagstiftningen tillåter en fullständig domstolsprövning av huruvida sådana villkor som dem som avses i artikel 4.2 i direktivet och som förekommer i avtal mellan en näringsidkare och en konsument är oskäliga.⁵²

48 Dom av den 3 juni 2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, punkt 44). Tolkningsfrågorna i det målet ställdes av Tribunal Supremo (Högsta domstolen).

49 Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (lag 7/1998 om allmänna avtalsvillkor), av den 13 april 1998 (BOE nr 89, av den 14 april 1998).

50 Dom av den 3 juni 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (C-484/08, EU:C:2010:309, punkt 41).

51 Dom av den 3 juni 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (C-484/08, EU:C:2010:309, punkt 42).

52 Dom av den 3 juni 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (C-484/08, EU:C:2010:309, punkt 43).

2) Den spanska regeringens ståndpunkt

90. I förevarande fall anser den spanska regeringen⁵³ att artikel 4.2 i direktiv 93/13 visserligen inte har införlivats formellt med den spanska rättsordningen, men att det förhållandet att den inte har införlivats formellt inte, såsom den hänskjutande domstolen har gjort, kan tolkas som ett uttryck för den spanska lagstiftarens uttryckliga önskemål att möjliggöra en prövning av om delar som avser avtalets huvudföremål är oskäligen när de är klart och begripligt formulerade.⁵⁴ Denna regering har i detta avseende gjort gällande att Tribunal Supremo (Högsta domstolen) efter domen i målet *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*,⁵⁵ i dom av den 18 juni 2012⁵⁶ fann att den spanska lagstiftaren hade önskat att införliva artikel 4.2 i direktiv 93/13 med spansk lagstiftning och att den reform som genomfördes genom lag 7/1998 bekräftar det uttryckliga införlivandet av denna artikel.⁵⁷

91. Jag delar inte den spanska regeringens ståndpunkt i detta avseende. Dess resonemang strider enligt min mening mot EU-domstolens praxis om införlivande av direktiv och i synnerhet mot principerna om rättssäkerhet, transparens och lojalt samarbete.

3) Följderna av underlåtenheten att införliva artikel 4.2 i direktiv 93/13

92. Enligt artikel 288 tredje stycket FEUF ska ett direktiv med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, samtidigt som det överläts åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för att uppnå resultatet. Härav följer att Konungariket Spanien, på samma sätt som alla medlemsstater, kan välja form och tillvägagångssätt för att genomföra direktiven.

93. Det är också väl känt att införlivandet av direktiv är den process för omvandling av direktiv till nationella bestämmelser som genomförs av det eller de behöriga nationella lagstiftande organet eller organen.⁵⁸ I detta avseende krävs enligt *rättssäkerhetsprincipen* att en medlemsstat antar de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att säkerställa att bestämmelserna i ett direktiv fullständigt

53 Denna ståndpunkt delas av Bankia som har gjort gällande att "enligt en strömning i doktrinen och rättspraxis har artikel 4.2 i direktiv 93/13 införlivats med den spanska rättsordningen".

54 Den spanska regeringen har till stöd för detta argument till sitt skriftliga yttrande bifogat en artikel i doktrinen, i vilken det har framhållits att den omständigheten att artikel 4.2 i direktiv 93/13 inte har införlivats genom lag 7/1998 följer av "ett misstag som begåtts av oaktsamhet vid omröstningen i parlamentet, som medförde att ordalydelsen av denna bestämmelse i lagtexten ströks". Enligt denna författare har detta misstag inte rättats till i de senare lagstiftningsreformerna, och författaren har även angett att sedan dess råder det delade meningar vad gäller konsekvenserna av detta misstag inte enbart i doktrinen, utan även i nationell rättspraxis, åtminstone fram till Tribunal Supremos (Högsta domstolen) dom nr 241/2013 av den 9 maj 2013. I detta hänseende har författaren bland annat dragit slutsatsen att Tribunal Supremo (Högsta domstolen) har försökt att få ett slut på denna ovisshet i Spanien, men att den spanska lagstiftaren, trots att den haft flera möjligheter att klargöra huruvida artikel 4.2 i direktiv 93/13 har införlivats eller inte, "inte verkar vara beredd att göra det". Författaren har således hävdad att frågan om oskäligen villkor som avser väsentliga delar av avtalet "varken [har tagits upp i] de rättsliga reformer som godkändes av det spanska parlamentet i maj 2013 för att anpassa det spanska systemet till domen av den 14 mars 2013, *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164), eller i förslaget till införlivande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG". Se *Cámara LaPuente, S., "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo", Cuadernos de Derecho Transnacional*, band 5(2), 2013, sidorna 209–233, särskilt sidorna 226, 227 och 233.

55 Dom av den 3 juni 2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, punkt 44).

56 ES:TS:2012:5966.

57 Den spanska regeringen har i sitt skriftliga yttrande återgett ett utdrag ur den andra rättsliga grunden till Tribunal Supremos (Högsta domstolens) dom av den 18 juni 2012: "Vid ändringen av den tidigare allmänna lagen om skydd för konsumenterna från år 1984 genom den nya artikeln 10, ersattes det bredare uttrycket "en skäligen balans mellan motparterna" i punkt 1 c i denna artikel med "betydande obalans mellan rättigheter och skyldigheter" i enlighet med direktivets bestämmelser som syftade till att begränsa den prövning av innehållet som kunde göras om avtalsvillkoret kunde anses vara oskäligt. Det kan således hävdas att det varken är fråga om prövning av priset eller om balans mellan tjänsterna i egentlig mening." Enligt denna regering har Tribunal Supremo (Högsta domstolen) i denna dom tillagt att slutligen "även om det i detta avseende inte råder enighet i doktrinen, kan genom en teleologisk tolkning av artikel 4.2 i direktiv 93/13 slutsatsen dras att även om de väsentliga delarna av avtalet inte kan vara föremål för en prövning av innehållet, kan de bli föremål för en prövning med avseende på kriteriet införlivande och insyn [artikel 5.5 och artikel 7 i lagen om allmänna avtalsvillkor och artikel 10.1 a i den allmänna lagen om konsumentskydd]". Den spanska regeringen har även anfört att Tribunal Supremo (Högsta domstolen) bekräftade denna dom i domen av den 9 maj 2013 (ES:TS:2013:1916).

58 Se Prechal, S., *Directives in EC Law*, 2:a upplagan, Oxford EC Law Library, Oxford, 2009, s. 6.

införlivas med nationell rätt.⁵⁹ Även om det inte krävs att alla bestämmelser i ett direktiv införlivas direkt eller uttryckligen kan *skyldigheten till transparens* faktiskt kräva ett visst förfarande, nämligen att vissa uppgifter lämnas till kommissionen.⁶⁰ "Den skyldighet som följer av själva direktivet och dess bindande verkan" enligt artikel 288 tredje stycket FEUF förstärks nämligen genom "den subsidiära skyldigheten" som följer av artikel 4.3 FEU "som förutsätter ett *lojalt samarbete* mellan de nationella myndigheterna och unionen vid genomförandet av bestämmelserna i fördraget".⁶¹

94. Det bör närmare bestämt hållas i minnet att om det inom ramen för tolkningen av artikel 288 tredje stycket FEUF, som har prövats många gånger i rättspraxis, inte nödvändigtvis krävs en lagstiftningsåtgärd i varje enskild medlemsstat för att införliva ett direktiv. Däremot är det nödvändigt att bestämmelserna i den nationella rättsordningen säkerställer att direktivet faktiskt tillämpas fullt ut, att den rättsliga situation som följer av dessa bestämmelser är *tillräckligt klar och precis* samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna.⁶²

95. EU-domstolen har i detta avseende även slagit fast att en nationell rättspraxis, om det antas att det är fråga om fast praxis, som innebär att bestämmelser i nationell rätt tolkas på ett sätt som bedöms överensstämma med kraven i ett direktiv inte kan vara så klar och precis att den uppfyller kraven på *rättssäkerhet*. Detta gäller särskilt inom konsumentskyddsområdet.⁶³ Detta gäller särskilt när en bestämmelse i ett direktiv som den nationella lagstiftaren inte har införlivat tolkas och tillämpas i fast praxis. En sådan nationell rättspraxis kan följaktligen inte vara tillräckligt klar och precis för att kunna utgöra en lämplig rättslig grund för att reglera konsumentskyddet eller, såsom i förevarande fall, för att införliva undantaget i artikel 4.2 i direktiv 93/13.

96. Även om jag, vid en läsningen av de handlingar som ingetts till domstolen i förevarande mål, har förstått att Tribunal Supremo (Högsta domstolen), genom domarna av den 18 juni 2012⁶⁴ och av den 9 maj 2013⁶⁵, har försökt avhjälpa tidigare motstridig rättspraxis och bland annat säkerställa samstämmigheten i den nationella rättsordningen, ankommer det, i förekommande fall, på den spanska lagstiftaren att ingripa och vidta lämpliga åtgärder om det finns en avsikt att införliva artikel 4.2 i direktiv 93/13, vilket, mot bakgrund av den rättspraxis som det hänvisas till i punkterna 94 och 95 i detta förslag till avgörande, varken framgår av beslutet om hänskjutande eller av de handlingar i målet som ingetts till EU-domstolen.

59 Avseende rättssäkerhetsprincipen och införlivande av direktiv, se Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2:a upplagan, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, sidorna 246 och 247.

60 Se, för ett liknande resonemang, Prechal, S., ovan, s. 6.

61 Simon, D., *Le système juridique communautaire*, 3:e upplagan, Presse universitaires de France, Paris, 2006, sidorna 328–332. Min kursivering.

62 Dom av den 23 maj 1985, kommissionen/Tyskland (29/84, EU:C:1985:229, punkt 23), dom av den 23 mars 1995, kommissionen/Grekland (C-365/93, EU:C:1995:76, punkt 9), dom av den 10 maj 2001, kommissionen/Nederländerna (C-144/99, EU:C:2001:257, punkt 17), dom av den 9 september 2004, kommissionen/Spanien (C-70/03, EU:C:2004:505, punkt 36), och dom av den 23 april 2009, kommissionen/Belgien (C-292/07, ej publicerad, EU:C:2009:246, punkt 120). Enligt generaladvokaten Tizzano "skall medlemsstaterna föreskriva en *exakt rättslig ram* inom det berörda området, som gör att den nationella rättsordningen överensstämmer med bestämmelserna i direktivet. Denna rättsliga ram skall definieras så att den inte lämnar *något tvivel eller någon tvetydighet*, inte bara vad gäller innehållet i de tillämpliga nationella bestämmelserna och deras överensstämmelse med direktivet, utan även när det gäller det formella värdet av dessa bestämmelser och deras lämplighet att tjäna som rättslig grund för att reglera sektorn." Se förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet kommissionen/Nederländerna (C-144/99, EU:C:2001:50, punkt 15). Min kursivering.

63 Dom av den 10 maj 2001, kommissionen/Nederländerna (C-144/99, EU:C:2001:257, punkt 21), och dom av den 10 juli 2014, kommissionen/Belgien (C-421/12, EU:C:2014:2064, punkt 46). Se även dom av den 9 december 2003, kommissionen/Italien (C-129/00, EU:C:2003:656, punkt 33): "När en nationell lagstiftning är föremål för skilda tolkningar i rättspraxis som kan tas i beaktande – där vissa tolkningar leder till en tillämpning av nämnda lagstiftning som är förenlig med [union]srätten och andra tolkningar till en tillämpning som inte är förenlig härmed – skall det konstateras att denna lagstiftning åtminstone inte är tillräckligt tydlig för att säkerställa en tillämpning som är förenlig med [union]srätten."

64 ES:TS:2012:5966.

65 ES:TS:2013:1916.

97. Det ska vidare för det första erinras om att det framgår av EU-domstolens fasta praxis att artikel 4.2 i direktiv 93/13 *inte utgör en överordnad och tvingande bestämmelse* som, som sådan, måste införlivas av medlemsstaterna. I denna bestämmelse föreskrivs nämligen en begränsning av den enskildes rättigheter enligt unionsrätten. Domstolen har i detta avseende redan slagit fast att för att konkret säkerställa de konsumentskyddsmål som eftersträvas med direktivet, måste varje införlivande av denna bestämmelse alltid vara fullständigt på så sätt att förbudet mot att bedöma oskäligheten av ett avtalsvillkor endast gäller sådana villkor som är klart och begripligt formulerade.⁶⁶

98. För det andra innebär den omständigheten att direktivet inte har införlivats med nationell rätt, såsom det har erinrats om i punkt 89 i förevarande förslag till avgörande, att den spanska lagstiftningen – genom att möjliggöra en fullständig domstolsprövning av huruvida villkor i ett avtal som ingåtts mellan en näringsidkare och en konsument, såsom de som avses i artikel 4.2 i direktiv 93/13, är oskäliga – gör det möjligt att tillförsäkra konsumenten i enlighet med artikel 8 i detta direktiv en högre skyddsnivå än den som föreskrivs i nämnda direktiv, och detta även om detta villkor avser avtalets huvudföremål eller förhållandet mellan kvalitet och pris för tjänsten.

99. Vad slutligen för det tredje gäller kravet på att avtalsvillkor ska vara klart och begripligt formulerade enligt artikel 4.2 i direktiv 93/13, framgår det av fast rättspraxis att detta krav även anges i artikel 5 i direktivet⁶⁷ och att, som kommissionen har påpekat i sitt skriftliga yttrande, prövningen av tydligheten i villkoret följaktligen utgör en del av bedömningen av huruvida villkoret är oskäligt i den mening som avses i artikel 3.1 i nämnda direktiv. De spanska domstolarna är således skyldiga att, i samband med bedömningen av huruvida avtalsvillkor är oskäliga i enlighet med artikel 3.1 i direktiv 93/13, bedöma tydligheten i dessa villkor enligt artikel 5 i detta direktiv.

100. Under dessa omständigheter anser jag att artikel 8 i direktiv 93/13 utgör hinder för en nationell domstol att tillämpa artikel 4.2 i detta direktiv för att inte bedöma om ett avtalsvillkor – såsom det som är i fråga i det nationella målet, som har formulerats på ett klart och begripligt sätt och som rör avtalets huvudföremål – kan vara oskäligt, när denna bestämmelse inte har införlivats i landets rättsordning av den nationella lagstiftaren.

b) Den andra frågan, under b) och c)

101. Den andra och den tredje delen av den andra frågan rör frågeställningen vilka uppgifter som ska lämnas av näringsidkaren för att kravet på tydlighet i en avtalsklausul – i vilken en rörlig ränta fastställs på grundval av ett lagstadgat index, såsom IRPH Cajas, vars matematiska formel för beräkningen är komplicerad och föga transparent för en genomsnittskonsument – ska anses vara uppfyllt enligt artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13. Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida avsaknaden av information ska anses vara otillbörlig.

⁶⁶ Se dom av den 10 maj 2001, kommissionen/Nederländerna (C-144/99, EU:C:2001:257, punkt 22), och dom av den 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punkt 39).

⁶⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 69), dom av den 9 juli 2015, Bucura (C-348/14, ej publicerad, EU:C:2015:447, punkt 49), och dom av den 20 september 2017, Andriuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 44). Se även tjugonde skälet i direktiv 93/13.

102. Den spanska regeringen och Bankia har i detta avseende gjort gällande att eftersom IRPH Cajas var ett officiellt index som varje månad offentliggjordes i *Boletín Oficial del Estado* och omfattades av cirkulär 8/1990, innehåller det omtvistade villkoret *den definition* av IRPH Cajas som fastställts i den nationella lagstiftningen.⁶⁸ Den spanska regeringen har även understrukit att *formeln för beräkning av IRPH Cajas* och de uppgifter som bankinstitutet skulle lämna till konsumenten innan avtalet om hypotekslån ingicks fastställdes i *detta cirkulär*.⁶⁹

103. Även om den spanska regeringen har vitsordat att de uppgifter som bankinstitutet lämnar till konsumenten ska innehålla en tillräcklig förklaring, inte bara vad gäller de delar som det valda referensindexet består av, utan även vad gäller den tidigare utvecklingen av detta index, anser den att kravet på att underrätta konsumenten om referensindexets konkreta funktion, det vill säga dess exakta beräkningsmetod, inte skulle vara användbart, eftersom den tillämpliga matematiska formeln skulle göra informationen mindre begriplig och således mindre tydlig för konsumenten. Den spanska regeringen har även hävdatt att ett utlåtande om den framtida möjliga utvecklingen inte kan krävas för det första på grund av att bankinstitutet inte har tillgång till denna information, och för det andra på grund av att bedömningen av huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt ska göras vid tidpunkten för avtalets ingående. Vid denna tidpunkt skulle den framtida utvecklingen emellertid sakna relevans. Den spanska regeringen har slutligen understrukit att det inte kan krävas att grafiska framställningar införs i reklam som riktar sig till konsumenter som förklarar den tidigare utvecklingen av IRPH Cajas i förhållande till Euribor.

104. Som jag angett i punkterna 95–101 i förevarande förslag till avgörande, och såsom framgår av beslutet om hänskjutande och av de handlingar i målet som ingetts till EU-domstolen, har den spanska lagstiftaren inte införlivat artikel 4.2 i direktiv 93/13 med nationell rätt. Av detta följer, enligt min uppfattning, att de spanska domstolarna, vid bedömningen av huruvida avtalsvillkoren är oskäliga enligt artikel 3.1 i direktiv 93/13, är skyldiga att bedöma tydligheten i dessa villkor enligt artikel 5 i direktivet.⁷⁰

105. Om EU-domstolen kommer fram till denna slutsats ska det preciseras vilka uppgifter som ska lämnas till konsumenterna av bankinstitutet inom ramen för prövningen av transparensen. Innan jag går in på dessa uppgifter kommer jag att redogöra för EU-domstolens praxis avseende omfattningen av den information som krävs vid tolkningen av artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13.

1) Erinran om EU-domstolens rättspraxis avseende omfattningen av den information som krävs inom ramen för kravet på tydlighet i avtalsvillkor som följer av artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13

106. Det ska inledningsvis erinras om att EU-domstolen vid upprepade tillfällen, när det gäller artikel 5 i direktiv 93/13, har slagit fast att det är av grundläggande betydelse för konsumenten att denne i god tid före ingåendet av avtalet underrättas om avtalsvillkoren och om följderna av att avtalet ingås. Det är i synnerhet mot bakgrund av dessa uppgifter som konsumenten avgör om han eller hon vill ingå ett avtal med en näringsidkare och vara bunden av de villkor som näringsidkaren utformat i förväg.⁷¹ Det ska även erinras om att det följer av domstolens fasta praxis sedan domen Kásler och Káslerné Rábai⁷²

⁶⁸ Se punkterna 19 och 20 i detta förslag till avgörande. Det ska göras en åtskillnad mellan definitionen av IRPH Cajas och dess matematiska formel för beräkning. Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande och av kärandens, Bankias och den spanska regeringens yttranden att det omtvistade avtalsvillkoret innehåller definitionen av IRPH Cajas och metoden för att beräkna den *rörliga räntan* för lånet (IRPH Cajas + korrekturvärde), medan den konkreta matematiska ekvationen för beräkningen av IRPH Cajas fastställdes i bilaga VIII punkt 2 i cirkulär 8/1990, men inte finns i villkoret. Se fotnot 78 i detta förslag till avgörande.

⁶⁹ Se punkt 20 i detta förslag till avgörande.

⁷⁰ Det ska i detta avseende klargöras att kravet på transparens framför allt är tillämpligt vid begränsningar av de rättigheter som den enskilde har enligt unionsrätten.

⁷¹ Se bland annat dom av den 21 mars 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punkt 44), dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 70), dom av den 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo m.fl. (C-154/15, C-307/15 och C-308/15, EU:C:2016:980, punkt 50), och dom av den 20 september 2017, Andriuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 48).

⁷² Dom av den 30 april 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

att kravet på att avtalsvillkor ska vara tydliga, såsom följer av artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13, inte kan begränsas till att villkoret i fråga ska vara begripligt i formellt och grammatiskt avseende. Tvärtom vilar det skyddssystem som nämnda direktiv genomför på idén att konsumenten befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren, framför allt i fråga om tillgång till information, varför det krav på att avtalsvillkor ska vara klart och begripligt formulerade, och följaktligen tydliga, som direktivet föreskriver ska tolkas extensivt.⁷³

107. Enligt EU-domstolen innebär följaktligen kravet att ett avtalsvillkor ska vara formulerat på ett sätt som är klart och begripligt även att avtalet på ett tydligt sätt ska ange hur den mekanism som det aktuella avtalsvillkoret hänvisar till konkret fungerar samt hur denna mekanism förhåller sig till den som föreskrivs i andra villkor, så att konsumenten, på grundval av klara och begripliga kriterier, kan bedöma vad de ekonomiska följderna av avtalet blir för vederbörande.⁷⁴

108. EU-domstolen har även slagit fast att denna frågeställning ska prövas av den hänskjutande domstolen utifrån samtliga relevanta faktiska omständigheter, däribland den reklam och de upplysningar som långgivaren tillhandahållit i samband med låneavtalsförhandlingarna.⁷⁵ Domstolen klargjorde i synnerhet att den nationella domstolen, då den beaktar alla omständigheter i samband med att avtalet ingicks, ska pröva om konsumenten, i förevarande fall, upplysts om *samtliga omständigheter* som kan påverka räckvidden av konsumentens förpliktelser bland annat för att kunna beräkna den totala kostnaden för lånet. Domstolen fastställde för övrigt de omständigheter som är av avgörande betydelse vid denna bedömning, nämligen om villkoren har formulerats på ett så pass klart och begripligt sätt att en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument kan bedöma kostnaden i fråga, samt att det i kreditavtalet inte hänvisas till uppgifter som, med hänsyn till den typ av varor och tjänster som avses med detta avtal, är *väsentliga*.⁷⁶

109. Det är mot bakgrund av denna rättspraxis som EU-domstolen ska besvara de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt.

2) Tillämpning i det aktuella fallet

110. Mot bakgrund av den rättspraxis som angetts i de föregående punkterna, ankommer det på den hänskjutande domstolen att göra den prövning som krävs för att – med beaktande av samtliga relevanta faktiska omständigheter i samband med ingåendet av avtalet, inklusive den reklam och de uppgifter som tillhandahållits av bankinstitutet inom ramen för förhandlingarna om låneavtalet – avgöra huruvida de uppgifter som lämnats var tillräckliga för att en genomsnittskonsument skulle kunna förstå den *metod för beräkning av den rörliga räntan* som är tillämplig på lånet och, följaktligen, bedöma den totala kostnaden för lånet,⁷⁷ eller om, tvärtom, bland annat med hänsyn till att det rörde sig om ett hypotekslån, andra omständigheter som ansågs vara väsentliga borde ha lämnats.

⁷³ Dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkterna 71 och 72), dom av den 23 april 2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, punkt 40), dom av den 9 juli 2015, Bucura (C-348/14, ej publicerad EU:C:2015:447, punkt 52), och dom av den 20 september 2017, Andriuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 44). Se även dom av den 20 september 2018, OTP Bank och OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, punkt 73), och beslut av den 22 februari 2018, ERSTE Bank Hungary (C-126/17, ej publicerad, EU:C:2018:107, punkt 29).

⁷⁴ Se dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 75), och dom av den 20 september 2017, Andriuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 45).

⁷⁵ Se dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 74), dom av den 26 februari 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, punkt 75), och dom av den 20 september 2017, Andriuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 46).

⁷⁶ Se dom av den 20 september 2017, Andriuc m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

⁷⁷ Det ska erinras om att i den mån det i ett avtalsvillkor som utarbetats i förväg i ett avtal om hypotekslån mellan en konsument och en näringsidkare, föreskrivs att ett referensindex ska tillämpas vid beräkningen av den rörliga räntan för detta lån, ska näringsidkarens tillämpning av detta index, som del av nämnda villkor, helt och hållet omfattas av prövningen av transparens enligt artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13.

111. De uppgifter, med avseende på vilka den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det är nödvändigt att bankinstitutet ger konsumenterna tillgång till dessa för att de ska kunna förstå de ekonomiska följderna av det omtvistade villkoret, avser i) den konkreta matematiska formeln för beräkning av IRPH Cajas (bland annat den omständigheten att detta referensindex innefattar provisioner och andra avgifter utöver den nominella räntan och att det rör sig om ett enkelt icke-viktat genomsnitt),⁷⁸ ii) skyldigheten för bankinstitutet att tillämpa ett negativt korrekturvärde i enlighet med den nationella lagstiftningen,⁷⁹ iii) den omständigheten att de uppgifter som lämnats inte är offentliga, till skillnad från Euribor, iv) IRPH Cajas tidigare utveckling, och v) prognosen för hur referensindexet kommer att utvecklas i framtiden i förhållande till andra officiella referensindex, bland annat Euribor.⁸⁰

112. Det är visserligen riktigt, såsom den hänskjutande domstolen har konstaterat, att det omtvistade villkoret är grammatiskt klart och begripligt, så att det gör det möjligt för genomsnittskonsumenten att förstå och godta att den rörliga ränta som är tillämplig på dess hypotekslån beräknas med hänvisning till ett officiellt referensindex (IRPH Cajas). Detta villkor gör det även möjligt för konsumenten att förstå dels att detta referensindex definieras som ”den genomsnittliga räntan för hypotekslån med en löptid på mer än tre år som är avsedda för bostadsförvärv på marknadsmässiga villkor som beviljas av sparbankerna”, dels att nämnda index är ”avrundat till närmast högre fjärdedels procentenhet, ökad med 0,25 procent” (IRPH Cajas + korrekturvärde eller differential).

113. Det ska emellertid även fastställas huruvida det omtvistade villkoret uppfyller det krav på transparens som uppställs i direktiv 93/13, i synnerhet mot bakgrund av den skyldighet som följer av den praxis från EU-domstolen som anges i punkt 107 i detta förslag till avgörande, enligt vilken avtalet ska ange ”på ett tydligt sätt hur den mekanism som det aktuella avtalsvillkoret hänvisar till konkret fungerar”. I detta sammanhang kan följande fråga uppkomma: För att förstå den *metod för beräkning av den räntesats* som är tillämplig på hypotekslånet, av vilken det framgår att konsumenten ska betala summan av sammanräkningen av referensindexet och korrekturvärdet (IRPH Cajas + korrekturvärde eller differential), krävs det inte att genomsnittskonsumenten även kan förstå hur referensindexet i denna beräkningsmetod exakt fungerar?

114. Svaret på denna fråga, som logiskt sett är jakande, är emellertid irrelevant när det gäller att avgöra huruvida bankinstitutet har beaktat kravet på en klar och begriplig formulering av avtalsvillkor och följaktligen kravet på tydlighet som uppställs i direktiv 93/13. Kravet på tydlighet i avtalsvillkor som uppställs i detta direktiv och som syftar till att göra det möjligt för genomsnittskonsumenten att bedöma de ekonomiska följderna av sitt lån, ska inte förväxlas med rådgivningsskyldigheten, som inte föreskrivs i nämnda direktiv.

115. Även om jag, som jag kommer att förklara nedan, anser att den rättspraxis som anges i punkt 107 i detta förslag till avgörande är av särskild betydelse i förevarande mål, skiljer sig de faktiska omständigheterna i förevarande mål från de som gett upphov till bland annat domarna i målen Kásler och Káslerné Rábai⁸¹ och Andriciuc m.fl.⁸² Dessa skillnader föranleder mig att nyansera de slutsatser som ska dras av denna rättspraxis i det nationella målet.

⁷⁸ Se i detta avseende punkterna 45 och 46 i detta förslag till avgörande. Det framgår av kändens yttrande att det ska göras åtskillnad mellan a) ett *referensindex*, såsom bland annat Euribor, b) en *räntesats* som är summan av sammanräkningen av ett referensindex och ett korrekturvärde (Euribor + korrekturvärde) och c) en *årlig effektiv ränta* som är summan av sammanräkningen av referensindexet och ett korrekturvärde samt provisioner och avgifter (Euribor + korrekturvärde + provisioner + avgifter). Det ska vidare erinras om att det framgår av fjärde stycket i motiveringen till cirkulär 5/1994 att de referensindex som föreskrevs i detta, däribland IRPH Cajas, motsvarade årliga effektiva räntor.

⁷⁹ Se, i detta avseende, punkt 48 i detta förslag till avgörande.

⁸⁰ Se punkt 50 i detta förslag till avgörande.

⁸¹ Dom av den 30 april 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

⁸² Dom av den 20 september 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

116. För det första rörde det sig i domarna i målen Kásler och Káslerné Rábai⁸³ och Andriciu m.fl.⁸⁴ om låneavtal uttryckta i en utländsk valuta, schweiziska franc (CHF), i vilka avtalsvillkoren innebar att låntagarna helt fick stå för valutarisken.⁸⁵ I detta sammanhang slog EU-domstolen fast att kravet på transparens ”ska tolkas så, ... att avtalet på ett transparent sätt ska ange hur den mekanism ... som det aktuella avtalsvillkoret hänvisar till konkret fungerar” och hänvisade uttryckligen till ”mekanism[en] för växling av den utländska valutan” samt till ”hur denna mekanism förhåller sig till den som föreskrivs i andra villkor angående utbetalningen av lånet”⁸⁶ så att konsumenten, på grundval av klara och begripliga kriterier, kan bedöma vad de *ekonomiska följderna* av avtalet blir för vederbörande.⁸⁷

117. För det andra innebär kravet på tydlighet i avtalsvillkor att en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument inte endast kan förstå ”möjligheten att den utländska valuta som låneavtalet hade ingåtts i kan komma att öka eller minska i värde, utan även bedöma de *potentiellt omfattande ekonomiska konsekvenserna* av detta villkor för hans eller hennes finansiella förpliktelser.”⁸⁸ Låntagaren måste nämligen klart och tydligt informeras om att han eller hon genom att ingå ett avtal om ett lån uttryckt i en utländsk valuta utsätter sig för en valutarisk som eventuellt kan komma att föranleda ekonomiska svårigheter, om den valuta i vilken han eller hon uppbär sina inkomster skulle falla i värde. I ett sådant sammanhang ska det krävas av bankinstitutet, att detta redogör för de möjliga variationerna i växelkurserna och de risker som det med nödvändighet innebär att teckna ett lån i en utländsk valuta, särskilt om låntagaren är en konsument som inte uppbär sina inkomster i den valutan.⁸⁹

118. Enligt min uppfattning utgör uttrycket ”*potentiellt omfattande ekonomiska konsekvenser*” en av de viktigaste delarna i denna rättspraxis. Dessa konsekvenser utgör nämligen grunden för bankinstitutens skyldighet att ge konsumenterna adekvat information för att göra det möjligt för dem att fatta välgrundade och försiktiga beslut.⁹⁰ Detta innebär att kravet på transparens som uppställs i direktiv 93/13 inte enbart syftar till att förhindra potentiellt omfattande ekonomiska konsekvenser för konsumenten, utan även medför att dessa konsekvenser varken är slumpmässiga eller oförutsebara. Genomsnittskonsumenten ska kunna förutse kostnaden för sitt lån, utan att utsättas för en oförutsedd risk för att den ekonomiska bördan därav ändras.

119. Tvärtom – till skillnad från vad som är fallet med ett avtal om hypotekslån som ingåtts i utländsk valuta och som, med hänsyn till den valutarisk som låntagaren utsätts för, kan få potentiellt omfattande ekonomiska konsekvenser, som kan vara svåra för honom eller henne att ta⁹¹ – kan de ekonomiska konsekvenserna av det hypotekslån som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, där den

83 Dom av den 30 april 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

84 Dom av den 20 september 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

85 I dessa avtalsvillkor föreskrevs närmare bestämt att säljkursen för den utländska valutan var tillämplig vid beräkningen av amorteringen av lånet (dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 24) och att lånet skulle återbetalas i samma valuta som krediten beviljats (dom av den 20 september 2017, Andriciu m.fl., C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 9).

86 Det fanns nämligen en skillnad mellan köpkursen, som tillämpades vid utbetalningen av lånebeloppet, och säljkursen, som tillämpades vid lånets återbetalning. Se i detta avseende dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkterna 53 och 74).

87 Dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkterna 73 och 74). Vad bland annat gäller avtalsvillkor som möjliggör för långivaren att ensidigt ändra räntesatsen, se dom av den 26 februari 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, punkt 74).

88 Dom av den 20 september 2017, Andriciu m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 51). Min kursivering.

89 Dom av den 20 september 2017, Andriciu m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 50).

90 Det ska erinras om att domstolen, i dom av den 20 september 2017, Andriciu m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 49) hänvisade till Europeiska systemrisknämndens rekommendation ESRB/2011/1 av den 21 september 2011 om utlåning i utländsk valuta (EUT C 342, 2011, s. 1).

91 Som ett exempel på praxis från EU-domstolen avseende kravet på tydlighet i avtalsvillkor inom ramen för anslutningen till en annan typ av avtal, nämligen ett försäkringsavtal vid ingåendet av två låneavtal, se dom av den 23 april 2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, punkt 47). Detta mål rörde prövningen av tydligheten i ett avtalsvillkor i försäkringsavtalet som avsåg att ge försäkringstäckning för lånebetalningar till långivaren för det fall låntagaren drabbas av total arbetsförmåga (som till följd av en arbetsolycka blev permanent delvis arbetsförmögen). Domstolen beaktande i sin dom den omständigheten att konsumenten, eftersom det inte på ett transparent sätt hade förklarats hur försäkringsmekanismen i samband med övertagandet av den betalningsskyldighet som följer av låneavtalet inom ramen för avtalskomplexet konkret fungerar, inte på grundval av klara och begripliga kriterier kunde bedöma vad de potentiellt omfattande ekonomiska följderna av avtalet blir för honom eller henne.

rörliga räntan beräknas på grundval av ett officiellt referensindex, inte anses vara ”potentiellt omfattande” i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis. Den ekonomiska bördan som följde av lånet kunde nämligen förutses och beräknas av konsumenten, som kunde bedöma den innan avtalet ingicks. Utöver den omständigheten att en rörlig räntesats är tillämplig på kändans lån, är han följaktligen inte utsatt för en oförutsedd risk för förändring av den ekonomiska bördan som följer av hans lån.

120. Även om kändan inte hade möjlighet att konkret förstå hur en av beståndsdelarna i den metod för beräkning av den rörliga räntan som var tillämplig på hans lån, det vill säga IRPH Cajas, vars funktionssätt inte framgår av ordalydelsen i det omtvistade avtalsvillkoret, fungerade, kunde han på grundval av låneavtalet förstå att han för varje återbetalning skulle betala ett visst mer eller mindre stabilt pris, nämligen summan av sammanräkningen av IRPH Cajas och ett korrekturvärde.

121. Som jag har angett i punkterna 113 och 114 i förevarande förslag till avgörande anser jag att genomsnittskonsumenten – för att det ska kunna anses att han faktiskt har förstått det sätt på vilket den rörliga ränta som är tillämplig på hans lån som det hänvisas till i nämnda avtalsvillkor beräknas – ska kunna få tillgång till en betydande uppgift, med hänsyn till den typ av varor eller tjänster som avtalet avser, nämligen den omständigheten att IRPH Cajas är en *årlig effektiv ränta* i de avtal som sparbankerna har ingått för referensmånaden. Den konkreta matematiska formeln för beräkning av detta index återfanns, vid den tidpunkt då avtalet ingicks, emellertid inte i det omtvistade avtalsvillkoret, utan i punkt 2 i bilaga VIII till cirkulär 8/1990.

122. Det kan emellertid inte anses att kändan i det nationella målet inte ”på grundval av klara och begripliga kriterier, [har kunnat] bedöma vad de ekonomiska följderna av avtalet blir för honom”,⁹² eftersom han, med förbehåll för den hänskjutande domstolens senare kontroller, för det första hade kännedom om att storleken på de återbetalningar som skulle göras var summan av sammanräkningen av IRPH Cajas och korrekturvärdet och för det andra att uppgifterna om hur IRPH Cajas konkret fungerar var tillgängliga på grund av att de hade offentliggjorts i *Boletín Oficial del Estado*. Eftersom denna matematiska ekvation för beräkningen av IRPH Cajas var tillgänglig för allmänheten, kunde konsumenten för det första förstå att IRPH Cajas som användes för att beräkna den rörliga räntan i hans avtal var summan av (i) medelvärdet av de index som sparbankerna hade tillämpat för referensmånaden, (ii) medelvärdet av de korrekturvärden som tillagts till dessa index av samma bankinstitut, och (iii) medelvärdet av de provisioner och avgifter som är förenade med dessa transaktioner, och, för det andra, att bankinstitutet till denna summa som utgjorde IRPH Cajas, tillade provisioner och avgifter som var knutna till lånet.

123. Den omständigheten att IRPH Cajas är ett officiellt referensindex som offentliggjorts i *Boletín Oficial del Estado* ger dessutom anledning att anta att det är relativt enkelt för en genomsnittskonsument att få tillgång till systemen för beräkning av olika officiella index och jämföra de olika alternativ som erbjudits av bankinstitutet. Det kan således inte krävas att banken erbjuder konsumenter olika referensindex. Den informationsskyldighet som det hänvisas till i EU-domstolens rättspraxis är nämligen inte en rådgivningsskyldighet, och innebär därför inte på något sätt att bankinstitutet måste tillämpa eller erbjuda konsumenter olika officiella referensindex.

124. Mot bakgrund av det ovan anförda drar jag slutsatsen att bankinstitutet har iakttagit det krav på transparens som uppställs i direktiv 93/13. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att göra den prövning som krävs i detta avseende, varvid den bland annat ska pröva huruvida Bankia, innan låneavtalet ingicks, tillhandahöll kändan tillräcklig information för att göra det möjligt för honom att ta välgrundade och försiktiga beslut. Det ankommer således på den hänskjutande

⁹² Dom av den 20 september 2017, Andriuciu m.fl. (C-186/16, EU:C:2017:703, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

domstolen att – med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i samband med ingåendet av avtalet, inklusive den reklam och de uppgifter som Bankia har lämnat i samband med förhandlingarna om detta avtal – pröva huruvida bankinstitutet har iakttagit den informationsskyldighet som föreskrivs i cirkulär 8/1990.

125. För att vägleda den hänskjutande domstolen vid denna prövning ska man under dessa omständigheter därför utgå från att de uppgifter som näringsidkaren ska lämna ut för att uppfylla kravet på tydlighet i ett avtalsvillkor, i vilken en rörlig räntesats fastställs på grundval av ett lagstadgat referensbelopp som IRPH Cajas, vars matematiska formel för beräkningen är komplicerad och föga transparent för en genomsnittskonsument, enligt artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13, för det första ska vara tillräckliga för att göra det möjligt för konsumenten att fatta välgrundade och försiktiga beslut i fråga om *beräkningsmetoden för den ränta* som är tillämplig på avtalet om hypotekslån och dess beståndsdelar, genom att inte endast den *fullständiga definitionen av det referensindex* som används i denna beräkningsmetod anges, utan även de relevanta bestämmelser i den nationella lagstiftningen som reglerar detta index, och för det andra ska avse den tidigare utvecklingen av det valda referensindexet.⁹³

126. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att, vid prövningen av tydligheten i det omtvistade avtalsvillkoret, med beaktande av samtliga omständigheter som rör ingåendet av avtalet, pröva dels huruvida avtalet på ett transparent sätt redogör för denna metod för beräkning av räntan, så att konsumenten på grundval av klara och begripliga kriterier kan bedöma vad de ekonomiska följderna av avtalet blir för vederbörande, dels om alla de informationsskyldigheter som föreskrivs i den nationella lagstiftningen beaktas i detta avtal.

127. Även om den hänskjutande domstolen drar slutsatsen att kravet på att avtalsvillkor ska vara klart och begripligt formulerade och följaktligen att kravet på transparens har beaktats med hänsyn till de svar som EU-domstolen kommer att ge på de frågor som ställts, ska det icke desto mindre, under alla omständigheter, göras en bedömning av om innehållet i det omtvistade avtalsvillkoret kan vara oskäligt, varvid det ska beaktas om det föreligger en eventuell betydande obalans mellan parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.⁹⁴ Det ankommer i detta sammanhang på den nationella domstolen att med beaktande av de kriterier som fastställs i artikel 3.1 och artikel 5 i direktiv 93/13 avgöra om ett sådant avtalsvillkor som det i förevarande fall, med hänsyn till omständigheterna i förevarande mål,⁹⁵ även uppfyller kraven på god tro och balans som uppställs i detta direktiv.⁹⁶ Denna fråga går emellertid utöver föremålet för förevarande begäran om förhandsavgörande och jag kommer därför inte att undersöka den vidare.

93 I detta avseende framgår det av den spanska regeringens yttrande att det i bilaga VII till cirkulär 8/1990 angavs – som minimiuppgifter avseende den rörliga räntan som ska återfinnas i informationsbroschyrerna om hypotekslån – referensindexet och bland annat dess utveckling ”under de två föregående kalenderåren samt det sista tillgängliga värdet”. Med hänsyn till att de ekonomiska prognoserna alltid är osäkra och att vissa variabler, såsom referensindex, är svåra att förutse, anser jag däremot inte att det är lämpligt att kräva att bankinstitutet tillhandahåller konsumenten framtida prognoser avseende det referensindex som erbjuds.

94 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 mars 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punkt 69), och förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i detta mål (C-415/11, EU:C:2012:700, punkt 74).

95 I detta avseende ska den hänskjutande domstolen bland annat pröva om bankinstitutet, såsom framgår av beslutet om hänskjutande, faktiskt kunde påverka IRPH Cajas. Jag hänför mig särskilt till de förklaringar avseende IRPH Cajas funktion som den hänskjutande domstolen lämnat. Se punkterna 45–47 i detta förslag till avgörande.

96 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria och Bankia (C-70/17 och C-179/17, EU:C:2019:250, punkt 50 och där angiven rättspraxis). Avseende den omständigheten att det skyddssystem som införts genom direktiv 93/13 grundar sig på tanken att konsumenten befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren, se bland annat dom av den 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punkt 27), och dom av den 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria och Bankia (C-70/17 och C-179/17, EU:C:2019:250, punkt 49). Se även mitt förslag till avgörande i de förenade målen Abanca Corporación Bancaria och Bankia (C-70/17 och C-179/17, EU:C:2018:724, punkterna 65–82).

128. Med hänsyn till svaret på den andra frågan under b), anser jag att det saknas anledning att besvara den andra frågan under c), som rör huruvida avsaknaden av informationen ska anses vara otillbörlig,⁹⁷ och den tredje frågan, som avser följderna av att avtalsvillkoret fastställs vara oskäligt.

VI. Förslag till avgörande

129. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att EU-domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Juzgado de Primera Instancia no 38 de Barcelona (förstainstansdomstol nr 38 i Barcelona, Spanien) enligt följande:

- 1) Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal ska tolkas så, att ett avtalsvillkor – som ingåtts mellan en konsument och en näringsidkare, såsom det som är i fråga i det nationella målet, där det fastställs en räntesats på grundval av ett av de sex officiella och lagstadgade referensindex som kan tillämpas av kreditinstitut på hypotekslån med rörlig ränta – inte undantas från direktivets tillämpningsområde.
- 2) Artikel 8 i direktiv 93/13 utgör hinder för att en nationell domstol kan tillämpa artikel 4.2 i direktivet för att inte bedöma om ett avtalsvillkor – såsom det som är i fråga i det nationella målet, som har formulerats på ett klart och begripligt sätt och som rör avtalets huvudföremål – kan vara oskäligt, när denna bestämmelse inte har införlivats i landets rättsordning av den nationella lagstiftaren.

De uppgifter som näringsidkaren ska lämna till konsumenten för att enligt artikel 4.2 och artikel 5 i direktiv 93/13 uppfylla kravet på tydlighet i ett avtalsvillkor där en rörlig räntesats fastställs på grundval av ett lagstadgat referensindex, såsom sparbankernas referensindex för hypotekslån (IRPH Cajas), vars matematiska formel för beräkning är komplicerad och föga transparent för en genomsnittskonsument, ska

- för det första vara tillräckliga för att göra det möjligt för konsumenten att fatta välgrundade och försiktiga beslut i fråga om beräkningsmetoden för den ränta som är tillämplig på avtalet om hypotekslån och dess beståndsdelar, genom att inte endast den fullständiga definitionen av det referensindex som används i denna beräkningsmetod anges, utan även de relevanta bestämmelser i den nationella lagstiftningen som reglerar detta index, och
- för det andra avse den tidigare utvecklingen av det valda referensindexet.

Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att, vid prövningen av tydligheten i det omtvistade avtalsvillkoret, med beaktande av samtliga omständigheter som rör ingåendet av avtalet, pröva dels huruvida avtalet på ett transparent sätt redogör för denna metod för beräkningen av räntan, så att konsumenten på grundval av klara och begripliga kriterier har kunnat bedöma vad de ekonomiska följderna av avtalet blir för vederbörande, dels om alla de informationsskyldigheter som föreskrivs i den nationella lagstiftningen har iakttagits.

⁹⁷ Det ska påpekas att den hänskjutande domstolen inte har angett de unionsrättsliga bestämmelser mot bakgrund av vilka en bristande lojalitet från näringsidkarens sida ska prövas. Det ska under alla omständigheter erinras om att det i sextonde skälet i direktiv 93/13 anges att "[n]äringsidkaren kan uppfylla kravet på god sed genom att handla lojalt och rättvist mot den andre parten, vars legitima intressen han måste beakta".