

Anonymiserad version

Översättning

C-776/19 - 1

Mål C-776/19

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

22 oktober 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunal de grande instance de Paris (Frankrike)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

1 oktober 2019

Kärande:

VB

WA

Svarande:

BNP Paribas Personal Finance SA

**TRIBUNAL
DE GRANDE
INSTANCE
DE PARIS**

[utelämnas]

BESLUT UNDER RÄTTEGÅNGEN

meddelat tisdag den 1 oktober 2019

[utelämnas]

KÄRANDE

VB

[utlämnas] PARIS

WA

[utlämnas] PARIS

[utlämnas]

SVARANDE

S.A. BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE

[utlämnas] PARIS

[utlämnas] [**Orig. s. 2**] [utlämnas]

BESLUT UNDER RÄTTEGÅNGEN

[utlämnas]

I enlighet med ett erbjudande som lämnades den 19 juni 2009, beträffande vilket det inte har bestrittS att det accepterades, tecknade VB och WA ett första bostadslån hos bolaget BNP Paribas Personal Finance till ett belopp på 425 525,61 schweiziska franc, kallat Helvet Immo, med en ursprunglig löptid på 25 år, avsett för köp av en lägenhet för uthyrning

I avtalet [utlämnas] angavs att lånet finansierades genom att långivaren tog upp ett lån i schweiziska franc på de internationella valutamarknaderna, vilket ”gör det möjligt för er att dra fördel av den i detta avtal fastställda räntesatsen”. I avtalet angavs även att lånet hanterades både i schweiziska franc (bokföringsvalutan) och i euro (betalningsvalutan), med upprättande av två interna konton, det ena i euro och det andra i schweiziska franc. Vad gäller ”valutatransaktioner”, angavs det [utlämnas] att ”eftersom det inte rör sig om en internationell lånetransaktion, kan era utbetalningar enligt detta lån endast ske i euro med återbetalning i schweiziska franc”. [utlämnas] Det angavs även att lånebeloppet, inklusive valutaväxlingsavgifterna, hade fastställts på grundval av växelkursen 1 euro för 1,5096 schweiziska franc. I avtalet förtecknades de valutatransaktioner som skulle genomföras, däribland – om låntagaren inte fullgjorde sina åtaganden – möjligheten för långivaren att ensidigt ersätta schweiziska franc med euro [utlämnas], och det angavs att valutaväxlingsavgifterna uppgick till 1,50 procent vid varje transaktion. [**Orig. s. 3**]

Det ursprungliga återbetalningsbeloppet uppgick under de 34 första månaderna till 1 033,91 euro, och därefter till 1 695,49 euro under de följande 266 månaderna – eftersom amorteringen var avhängig av hur växelkursen för euro/schweiziska franc utvecklades, angavs det i avtalet att om valutatransaktionen medförde ett lägre belopp än det förfallna beloppet i schweiziska franc, skulle amorteringen ske

”långsammare”, och den eventuella del av kapitalbeloppet som inte har amorterats ska föras in som debetsaldo, och i det motsatta fallet skulle återbetalningen av lånet ske snabbare. Om de belopp som förfallit till betalning inte gjorde det möjligt att betala hela den resterande skulden under lånets ursprungliga löptid med tillägg av fem år, skulle betalningarna höjas för att möjliggöra en sådan reglering av skulden, inom gränsen för INSEE:s [Frankrikes nationella institut för statistik och ekonomiska studier] konsumentprisindex under de fem föregående åren. Om det i slutet av det femte förlängningsåret, fortfarande förelåg ett debetsaldo, skulle betalningarna fortsätta till dess att skulden reglerats helt.

Räntesatsen, som ursprungligen var fastställd till 4,1 procent, skulle ses över vart femte år, enligt en metod [utelämnas] med en fast del på 2,25 och en annan del motsvarande den genomsnittliga månatliga swapräntan för schweiziska franc under 5 år från den föregående kalendermånaden.

I avtalet föreskrevs en möjlighet för låntagaren att, vid översynen av räntesatsen vart femte år, välja en bokföringsvaluta i euro, eller välja en fast räntesats i euro, baserad på den genomsnittliga månatliga räntesatsen för långfristiga statsobligationer, med tillägg av 2,35 procent eller 2,55 procent, eller till och med 2,65 procent, beroende på den återstående amorteringstiden, eller välja en rörlig räntesats i euro, varvid den rörliga räntesatsen baseras på en fast del (2,35 procent) och den andra på den genomsnittliga månatliga Euriborräntan.

Till avtalet bifogades två simulerade scenarier, varav det ena avsåg inverkan av en höjning eller en sänkning av räntesatsen med 2 punkter som sker från och med den 61:a förfalldagen på det belopp som ska betalas, löptiden och totalkostnaden för lånet, och det andra, kallat ”*information om valutatransaktioner som kommer att genomföras inom ramen för hanteringen av ert lån*”, simulerade variationer i dessa uppgifter för det fall euron ökar i värde jämfört med den schweiziska francen (1 euro för 1,5896 schweiziska franc) och euron minskar i värde (1 euro för 1,4296 schweiziska franc).

Till följd av en förundersökning (straffrättslig utredning som anförts av en undersökningsdomare), ställdes bolaget BNPPF den 29 augusti 2017 inför rätta vid Tribunal correctionnel för vilseledande affärsmetoder.

VB och WA stämde, genom delgivningshandling av den 22 februari 2018, bolaget BNP Paribas vid rätten och anförde bland annat att de avtalsvillkor varigenom låneavtalets finansiella mekanism infördes är oskäligen.

Genom beslut av den 23 januari 2019, beslutade den domare som förberett målet för avgörande [utelämnas] att vilandeförklara målet i avvaktan på det slutliga avgörandet i det straffrättsliga förfarandet.

Efter att en begäran om vilandeförklaring av målet i avvaktan på flera avgöranden från Cour de cassation ingavs, tog den domare som förberett målet för avgörande

upp frågan till diskussion om att eventuellt hänskjuta tolkningsfrågor till EU-domstolen. [**Orig. s. 4**]

Enligt deras senaste yrkanden, vilka delgavs [utelämnas] den 20 maj 2019, har VB och WA yrkat att rätten [ska ställa en rad tolkningsfrågor till Europeiska unionens domstol i enlighet med artikel 267 FEUF]

[utelämnas] [**Orig. s. 5**] [utelämnas] [**Orig. s. 6**] [utelämnas] [tolkningsfrågor som har föreslagits av kändandena i det nationella målet]

Enligt dess senaste yrkanden, vilka delgavs den [utelämnas] 20 maj 2019, har bolaget BNPPF yrkat att rätten ska [utelämnas]

– *slå fast att det inte finns någon anledning att framställa en begäran om förhandsavgörande till Europeiska unionens domstol, och*

– *följaktligen ogilla VB:s och WA:s yrkande om att en begäran om förhandsavgörande ska framställas till Europeiska unionens domstol.*

[utelämnas] [**Orig. s. 7**] [utelämnas]

SKÄL FÖR BESLUTET

[utelämnas] [nationella processrättsliga överväganden]

Tolkningsfrågorna

A. Relevant gemenskapsrätt – allmänt

Vad gäller oskäliga villkor i konsumentavtal kräver effektivitetsprincipen i gemenskapsrätten, med tillämpning av direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993, vilket vid tidpunkten för avtalet var införlivat med fransk rätt genom artikel L. 132-1 i Code de la consommation (konsumentlagen), att domstolen ex officio ska pröva huruvida ett avtalsvillkor eventuellt är oskäligt [EU-domstolens dom av den 4 juni 2009, Pannon, mål C-243/08], vilket utgör en variant av en mer allmän princip i gemenskapens konsumenträtt [EU-domstolens dom av den 21 april 2016, Radlinger, mål C-377/14], vilken utgör hinder för varje processuell mekanism som hindrar en effektiv tillämpning av bestämmelser som skyddar konsumenterna, såsom preklusion [se, exempelvis, EU-domstolens dom av den 21 november 2002, Cofidis/Frédout, mål C-473/00].

I artikel 4.2 i direktiv 93/13 anges dock att ”[b]edömningen av avtalsvilkors oskälighet skall inte avse vare sig beskrivningen av avtalets huvudföremål eller å ena sidan förhållandet mellan [**Orig. s. 8**] pris och ersättning och å andra sidan sålda tjänster eller varor; detta gäller i den mån dessa villkor är klart och begripligt formulerade”.

Vad beträffar bedömningen av avtalets huvudföremål i fråga om indexreglerade låneavtal och/eller låneavtal som ska återbetalas i utländsk valuta, har EU-domstolen slagit fast dels att det undantag från prövningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt som föreskrivs i artikel 4.2 i direktivet ska tolkas restriktivt (EU-domstolens dom av den 30 april 2014, Kasler m.fl./OTP Jelzalogbank Zrt, mål C-26/13, punkt 42), dels följande:

”57) I förevarande fall ska det även påpekas att undantaget från bedömningen av om ett villkor är oskäligt endast gäller förhållandet mellan å ena sidan priset och ersättningen och å andra sidan sålda tjänster eller varor. Undantaget är således inte tillämpligt när det görs gällande att det finns ett missförhållande mellan säljkursen för den utländska valutan, som enligt detta villkor ska tillämpas för beräkningen av återbetalningarna, och köpkursen för denna valuta, som ska användas enligt andra villkor i låneavtalet för att beräkna det utbetalda lånebeloppet.

58) Detta undantag kan således inte tillämpas på villkor vilka, såsom villkoret III/2, begränsar sig till att, i syfte att beräkna återbetalningarna, bestämma växelkursen för den valuta i vilken låneavtalet är uttryckt, dock utan att någon växlingstjänst tillhandahålls av långivaren vid denna beräkning, och således inte medför en ’ersättning’ vars lämplighet som vederlag för en prestation från långivaren inte kan bli föremål för en oskälighetsbedömning enligt artikel 4.2 i direktiv 93/13.”

I målet Andriciuc (EU-domstolens dom av den 20 september 2017, mål C-186/16), har det angetts att ett avtalsvillkor som föreskriver att lånet ska återbetalas i samma utländska valuta som det beviljats i (punkt 40) tvärtom i princip omfattas av avtalets huvudföremål, när det gäller ett avtal om lån i schweiziska franc som ska återbetalas i schweiziska franc.

Vad gäller frågan huruvida ett avtalsvillkor är *”klart och begripligt”* formulerat, har EU-domstolen bland annat angett följande [EU-domstolens dom av den 20 september 2018, OTP Bank/Ilyes och Kiss, mål C-51/17, punkt 78]:

”Mot denna bakgrund ska den tredje frågan besvaras på följande sätt. Artikel 4.2 i direktiv 93/13 ska tolkas så, att kravet på att avtalsvillkor ska vara klart och begripligt formulerade innebär att kreditinstituten ska låta låntagarna ta del av information som gör att de kan ta välgrundade och försiktiga beslut.

Detta krav innebär att ett avtalsvillkor om valutarisken ska ... vara begripligt för konsumenten såväl i formellt som i grammatiskt avseende men även vad avser det konkreta innehållet, på så sätt att en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument inte bara kan bli medveten om att den nationella valutan kan komma att förlora i värde i förhållande till den utländska valuta som anges i låneavtalet, utan även utvärdera vilka ekonomiska konsekvenser, potentiellt [Orig. s. 9] betydande sådana, som ett sådant

avtalsvillkor kan få för konsumentens ekonomiska förpliktelser” (rättens understrykning).

Vad beträffar sanktionsåtgärder, föreskrivs följande i artikel 6 i direktivet: ”Medlemsstaterna skall föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte är, på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt, bindande för konsumenten och att avtalet skall förbli bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskäliga villkoren.”

När det gäller bevisbördan för att näringsidkaren har uppfyllt sina skyldigheter, har EU-domstolen, vad beträffar konsumentkrediter, angett att det är näringsidkaren, och inte konsumenten, som har bevisbördan (se EU-domstolens dom av den 18 december 2014, Crédit Agricole Consumer Finance/Bakkaus, mål C-449/13).

För att framställningen ska bli tydlig, kommer relevant gemenskapsrätt och nationell rätt att bli föremål för en mer detaljerad bedömning beträffande var och en av frågorna.

B. Bolaget BNP Paribas’ preskriptionsinvändning och de därmed sammanhängande frågorna

Svarandebolaget har anfört [utelämnas] att ”det är uppenbart” att låntagarnas anspråk är ”preskriberade”, och att det därför inte finns någon anledning att ställa tolkningsfrågor.

Det är således nödvändigt att pröva denna fråga, och det eventuella behovet av att hänskjuta denna till EU-domstolen, innan övriga frågor i målet prövas.

1. Redogörelse för relevanta avgöranden i gemenskapsrätten och i nationell rätt

I gemenskapsrätten har frågan huruvida de tidsfrister som eventuellt uppställs för konsumenten är förenliga med gemenskapsrätten behandlats bland annat i dom av den 21 november 2002, Cofidis/Frédout, mål C-473/00, där domstolen slog fast (punkt 36) att ”[e]n processuell bestämmelse som hindrar den nationella domstolen från att efter utgången av en preklusionsfrist slå fast – ex officio eller efter invändning från konsumenten – att ett avtalsvillkor, som näringsidkaren kräver skall fullgöras, är oskäligt medför att det i tvister i vilka svarandena är konsumenter blir alltför svårt att tillförsäkra konsumenterna det skydd som de åtnjuter enligt direktivet”.

I en dom av den 29 oktober 2015 (BBVA S.A./Lopez, mål C-8/14), slog EU-domstolen fast följande avseende huruvida förekomsten av en preklusionsfrist, för konsumentens åberopande av att ett avtalsvillkor är oskäligt inom ramen för ett förfarande för utmätning av fast egendom, inte i sig stred mot gemenskapsrätten:

”39) Domstolen finner ... att den omtvistade övergångsbestämmelsen – såvitt den föreskriver att preklusionsfristen i förevarande fall börjar löpa utan att de berörda konsumenterna blir personligen underrättade om möjligheten att göra gällande en ny grund för invändning inom ramen för ett utökningsförfarande som inleddes redan innan lag 1/2013 trädde i kraft – inte kan säkerställa ett fullt tillvaratagande av fristen och således inte heller att den nya rättighet som den aktuella lagstiftningsändringen medför kan utövas på ett verksamt sätt.
[Orig. s. 10]

40) Med hänsyn till det aktuella förfarandets förlopp, särdrag och komplicerade karaktär samt till tillämplig lagstiftning, finns det en betydande risk för att nämnda tidsfrist löper ut utan att de berörda konsumenterna på ett verksamt och ändamålsenligt sätt kan göra gällande sina rättigheter vid domstol, bland annat därför att de inte känner till eller har en felaktig uppfattning om den exakta omfattningen av sina rättigheter ...”

Domstolens stora avdelning (EU-domstolen (stora avdelningen) dom av den 21 december 2016, Naranjo m.fl./Cajasur Banco m.fl., mål C-154/15) har vidare undersökt rättspraxis från spanska *Tribunal Supremo*, som av skäl hänförliga till rättssäkerhetsprincipen tidsmässigt begränsade verkningarna av fastställandet av att ett villkor som fanns i många avtal om hypotekslån var oskäligt, vilket medförde att betalningar som gjorts före dagen för Tribunal Supremos avgörande inte kunde ifrågasättas. EU-domstolen fann att en sådan regel i rättspraxis, vilken den ansåg inte var en ”rimlig” preskriptionsfrist, stred mot unionsrätten, eftersom den medförde att konsumenterna, i strid med direktivets lydelse, var bundna av villkoret trots att detta har förklarats vara oskäligt (se punkterna 70–75).

I nationell rätt har svarandebolaget åberopat [utelämnas] flera avgöranden av förevarande domstol och av Cour d’appel de Paris i vilka den femåriga preskriptionstiden i artikel 2224 i Code civil (civillagen) har tillämpats på talan som har väckts av låntagaren, och preskriptionstiden har ansetts börja löpa den dag då lånerbjudandet accepterades, vilket medför att de anspråk som hade framställts vid dessa domstolar var preskriberade.

Vad emellertid beträffar tillämpligheten av preskriptionstiden på anspråk som framställts med stöd av direktivet, har Cour de cassations första tvistemålsavdelning nyligen meddelat följande avgörande (första tvistemålsavdelningen, den 13 mars 2019, överklagande nr 17-23.169) [utelämnas]

”– **Huruvida preskription inträtt**

[utelämnas] [Orig. s. 11] [utelämnas]

Cour d’appel gjorde dock en riktig bedömning när den slog fast att yrkandet om att de omtvistade villkoren skulle anses vara oskrivna inte utgjorde ett yrkande om

ogiltigförklaring, vilket innebär att det inte omfattades av den femåriga preskriptionstiden.” [utelämnas]

I domen behandlas dock inte eventuell preskription av anspråk på återbetalning av alltför höga räntor som tagits ut med tillämpning av det avtalsvillkor som förklarats vara oskäligt, vilket innebär att även om denna rättspraxis skulle gälla, reglerar den inte frågan i sin helhet. [utelämnas] Vad beträffar den tidpunkt då preskriptionstiden börjar löpa, är rättspraxis mer flexibel på andra områden: enligt första tvistemålsavdelningens tidigare praxis medges således, i fråga om åsidosättande av bankens skyldighet att göra låntagaren uppmärksam på vissa punkter, att preskriptionstiden börjar att löpa först när de första återbetalningssvårigheterna yttrar sig (första tvistemålsavdelningen, den 9 juli 2009, överklagande nr 08-10.820, Bull. 2009, I, nr 172). I senare praxis från avdelningen för handelsrättsliga tvister, vad gäller rådgivningsskyldigheten, har denna regel uppställts på ett tydligare sätt, avseende amorteringsfria lån, det vill säga lån vars kapitalbelopp ska återbetalas i slutet av låneperioden (se avdelningen för handelsrättsliga tvister, den 6 mars 2019, överklagande nr 17-22.668 [utelämnas]; avdelningen för handelsrättsliga tvister, den 13 februari 2019, överklagande nr 17-14.785 [utelämnas]). [utelämnas]

2. Frågor som ställs av rätten

Vad gäller frågan huruvida dessa frågor är av intresse för att avgöra målet, är det uppenbart att så är fallet, eftersom låneavtalet ingicks år 2008, vilket innebär att om preskriptionstiden är tillämplig, och om preskriptionstiden på fem år börjar att löpa från undertecknandet av avtalet, så är yrkandena preskriberade på grund av att de framställdes genom stämningsansökan av den 13 oktober 2016.

Den första frågan avser huruvida en preskriptionsfrist är förenlig med gemenskapsrättens effektivitetsprincip, när konsumenten är käreande: i vissa avgöranden anges att förekomsten av en preskriptionsfrist inte i sig är oförenlig med gemenskapsrätten, samtidigt som bestämmelserna ogiltigförklaras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet (BBVA/Lopez, C-8/14). I både domen Cofidis (C-473/00) och i stora avdelningens dom Naranjo (C-154/15) framhålls dock de svårigheter som förekomsten av sådana frister kan medföra för en konsument som har föga kännedom om sina rättigheter, både vad gäller gemenskapsrättens effektivitet och principen, som uppställs i direktivet, om att konsumenterna inte kan vara bundna av oskäliga avtalsvillkor.

Distinktionen mellan de fall där konsumenten är käreande och de fall där konsumenten är svarande är – trots att den är traditionell – tvivelaktig, eftersom konsumenten, om vederbörande upphör att betala de belopp som förfallit till betalning, oavsett om det sker frivilligt eller på grund av en **[Orig. s. 12]** verklig oförmåga att fullgöra sina åtaganden, kommer att bli föremål för antingen ett annat förfarande eller ett genkätomål.

Det finns således anledning att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

Fråga 1: Utgör direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen, hinder för att, i ett sådant mål som det nationella målet, tillämpa preskriptionsregler i följande fall: a) vid fastställandet av att ett avtalsvillkor är oskäligt, b) vid eventuella återbetalningar, c) när konsumenten är kärande och d) när konsumenten är svarande, inbegripet vid ett genkärsmål?

Den andra frågan aktualiseras endast om den första frågan helt eller delvis ska besvaras nekande. Om preskriptionstiden är tillämplig i ett av dessa fall, uppkommer således frågan vid vilken tidpunkt preskriptionstiden börjar löpa, särskilt med hänsyn till de avgöranden som har åberopats av bolaget BNP Paribas och i vilka denna tidpunkt har fastställts till dagen för undertecknandet av avtalet.

När det gäller ett avtal med en ursprunglig löptid på 25 år, och då preskriptionstiden i fransk rätt är 5 år, skulle det kunna finnas en risk för att låntagarna dels inte är medvetna om sina rättigheter, dels inte är medvetna om att det ens föreligger ett problem med växelkursen om denna förblev stabil under de första åren och försämrades exempelvis efter fyra eller fem år, vilket då medför allvarliga svårigheter.

[utelämnas]

Det finns således även anledning att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

Fråga 2: Om fråga 1 helt eller delvis ska besvaras nekande, utgör då direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen, hinder för att, i ett sådant mål som det nationella målet, tillämpa en nationell rättspraxis, enligt vilken preskriptionstiden börjar löpa den dag då lånerbudandet accepteras, i stället för den dag då allvarliga ekonomiska svårigheter uppstår?

C. Huruvida de omtvistade villkoren ska anses avse avtalets huvudföremål eller ej

Frågan huruvida de omtvistade villkoren ska anses avse avtalets huvudföremål eller ej är relevant för prövningen av målet i sak, eftersom svaret på denna fråga påverkar möjligheten att pröva huruvida de omtvistade villkoren är oskäligt, för det fall villkoren är ”klart och begripligt” formulerade. [Orig. s. 13]

1. Relevanta avgöranden i gemenskapsrätten och i nationell rätt

I gemenskapsrätten tycks det finnas en motsättning mellan, å ena sidan, domen av den 30 april 2014, Kasler (mål C-26/13), och, å andra sidan, senare rättspraxis,

särskilt domen av den 20 september 2018, OTP Bank, mål C-51/17, och domen av den 14 mars 2019, Dunai/Erste Bank, mål C-118/17.

Såsom har angetts ovan uppställdes i domen Kasler först och främst principen att den begränsning av prövningen av avtalsvillkors oskälighet som föreskrivs i artikel 4.2 i direktivet ska tolkas restriktivt, och därefter angavs följande:

”57) I förevarande fall ska det även påpekas att undantaget från bedömningen av om ett villkor är oskäligt endast gäller förhållandet mellan å ena sidan priset och ersättningen och å andra sidan sålda tjänster eller varor. Undantaget är således inte tillämpligt när det görs gällande att det finns ett missförhållande mellan säljkursen för den utländska valutan, som enligt detta villkor ska tillämpas för beräkningen av återbetalningarna, och köpkursen för denna valuta, som ska användas enligt andra villkor i låneavtalet för att beräkna det utbetalda lånebeloppet.

58) Detta undantag kan således inte tillämpas på villkor vilka, såsom villkoret III/2, begränsar sig till att, i syfte att beräkna återbetalningarna, bestämma växelkursen för den valuta i vilken låneavtalet är uttryckt, dock utan att någon växlingstjänst tillhandahålls av långivaren vid denna beräkning, och således inte medför en ’ersättning’ vars lämplighet som vederlag för en prestation från långivaren inte kan bli föremål för en oskälighetsbedömning enligt artikel 4.2 i direktiv 93/13.”

I domen Dunai anges däremot (punkt 48) följande:

”Det ska härvidlag för det andra erinras om att det, i fråga om avtalsvillkor om valutarisk, av EU-domstolens praxis framgår att sådana villkor omfattas av artikel 4.2 i direktiv 93/13, eftersom de beskriver avtalets huvudföremål, och endast undgår skälighetsbedömningen om den behöriga nationella domstolen efter en prövning i varje enskilt fall anser att näringsidkaren har formulerat dem på ett klart och begripligt sätt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 september 2018, OTP Bank och OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750, punkt 68 och där angiven rättspraxis).”

Resonemanget i domen Kasler tycks dock inte göra det möjligt att anse att villkoren om valutarisk i sig utgör en ”vara” eller en ”tjänst” eller en ”ersättning”, i den mening som avses i artikel 4.2, vilken ska tolkas restriktivt.

Vad gäller nationell rätt fann den första tvistemålsavdelningen i en rad [Orig. s. 14] domar som meddelades i februari 2019 (se exempelvis första tvistemålsavdelningen, den 12 december 2018, överklagande nr 17-18.491) att villkoren omfattades av huvudföremålet för sådana avtal som dem som är i fråga i det nationella målet.

2. Den fråga som ställs av rätten

Eftersom det här är fråga om ett avtal enligt vilket återbetalningen av beloppen ska, i likhet med i målet *Kasler*, men till skillnad från målet *Andriciuc* (C-186/16), ske i nationell valuta, uppkommer således frågan om de principer som uppställdes i den förstnämnda domen är giltiga.

Ska resonemanget i domen *Kasler* fortfarande tillämpas, enligt vilket villkoret (trots att det är mycket viktigt i avtalets systematik) inte tycks utgöra en del av avtalets ”huvudföremål” i den restriktiva betydelse som detta uttryck har getts i artikel 4.2, eftersom tvisten inte avser valutaväxlingsavgifterna (1,5 procent) eller krävs det tvärtom att det, som i målen *OTP* och *Dunai*, anses att villkor om valutarisk som sådana hör till avtalets huvudföremål?

Denna fråga ska även bedömas i förhållande till tillämpningen av direktivet om marknader för finansiella instrument (direktiv 2004/39), eftersom domstolen, i domen *Lantos* som meddelades en kort tid efter domen *Kasler* (EU-domstolens dom av den 3 december 2015, mål C-312/14), hade uteslutit att skyldigheterna i direktivet om marknader för finansiella instrument skulle tillämpas i avtal uttryckta i utländsk valuta av bland annat följande skäl:

”56) EU-domstolen finner nämligen, med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll, att dessa transaktioner endast består i att på grundval av köp- eller säljkursen för den aktuella utländska valutan omvandla lånebelopp och månatliga avbetalningar uttryckta i denna utländska valuta (bokföringsvalutan) till den nationella valutan (betalningsvalutan).

57) Sådana transaktioner har ingen annan funktion än att möjliggöra uppfyllandet av de grundläggande betalningsskyldigheterna enligt låneavtalet, det vill säga att långivaren ska tillhandahålla kapitalbeloppet och att låntagaren ska återbetala detta belopp jämte ränta. Dessa transaktioner syftar inte till att genomföra en investering. Konsumenten har nämligen endast för avsikt att erhålla medel för att köpa en konsumtionsvara eller en tjänst, och inte, till exempel, hantera en valutarisk eller spekulera i en utländsk valutas växelkurs.”

Även om detta ska anses innebära att villkoren om valutarisk i låneavtalen omfattas av avtalets huvudföremål, uppkommer frågan huruvida skyldigheter som motsvarar dem i direktivet om marknader för finansiella instrument, särskilt skyldigheten att kontrollera att den produkt som låntagaren erbjuds är lämplig i förhållande till dessa avtal – även om det förefaller svårt att beteckna dem som finansiella produkter, såsom vissa kända tycks mena – är tillämpliga.

Ett sådant låneavtal som det som är i fråga i det nationella målet innehåller en form av vadslagning om hur växelkursen mellan bokföringsvalutan och betalningsvalutan kommer att utvecklas, varvid banken och **[Orig. s. 15]** låntagaren har motsatta intressen, vilket har stora likheter med spekulering (skillnaden är att valutorna har lånats, och inte köpts). Detta gäller särskilt när det aktuella avtalet inte bara innefattar bestämmelser om valutarisken utan även

[utelämnas] möjligheter att med regelbundna intervaller ändra de finansiella villkoren i avtalet i enlighet med på förhand fastställda villkor.

Eftersom de villkor utan vilka avtalet inte skulle kunna bestå vanligtvis omfattas av avtalets huvudföremål (se, exempelvis, domen Dunai, mål C-118/17, punkt 52), har kärandena åberopat att det finns en möjlighet att omvandla avtalet till ett avtal i euro vid vissa preciserade datum, och har därav dragit slutsatsen att de villkor som tvisten avser inte utgör avtalets ”huvudföremål”, eftersom det uttryckligen anges att avtalet kan fortsätta att gälla i nationell valuta. EU-domstolen tycks inte ha behövt ta ställning till den eventuella inverkan som sådana villkor har på bedömningen.

Det finns således anledning att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

Fråga 3: Ska sådana avtalsvillkor som dem som är i fråga i det nationella målet, i vilka det bland annat föreskrivs att schweiziska franc är bokföringsvaluta och euro är betalningsvaluta, vilket får till följd att låntagaren får bära valutarisken, anses omfattas av avtalets huvudföremål i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 93/13, om storleken på valutaväxlingsavgiften inte har bestritts och när det finns avtalsvillkor som föreskriver att låntagaren vid vissa fastställda datum kan använda sig av en möjlighet till omvandling i euro enligt en på förhand bestämd metod?

D. Bedömningen av huruvida villkoret är ”klart och begripligt” formulerat

Bedömningen av huruvida villkoret är ”klart och begripligt” formulerat är nödvändig för att kunna avgöra målet, för det fall de omtvistade villkoren utgör avtalets huvudföremål, men även i det motsatta fallet, eftersom skyldigheten för näringsidkaren att lämna ”klar och begriplig” information ska beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger en betydande obalans.

[utelämnas] [Orig. s. 16] [utelämnas].

1. De uppgifter som ska lämnas till låntagaren (särskild underrättelse om valutarisken, simulerade scenarier, och eventuella kriterier som ska iakttas vid dessa simulerade scenarier)

a) Avgöranden i gemenskapsrätten och i nationell rätt

I gemenskapsrätten har EU-domstolen slagit fast att för att ett villkor ska vara ”klart och begripligt” formulerat, i den mening som avses i direktiv 93/13, måste villkoret uppfylla stränga kriterier, vilka det bland annat har erinrats om i EU-domstolens avgörande av den 20 september 2018, OTP Bank/Ilyes och Kiss, mål C-51/17:

73) Vad gäller låneavtal i utländsk valuta följer det av EU-domstolens praxis att artikel 4.2 i direktiv 93/13 ska tolkas så, att kravet att avtalsvillkor ska vara klart och begripligt formulerade inte kan begränsas till att villkoret i fråga ska kunna vara begripligt i formellt och grammatiskt avseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 september 2017, Andriciuc m.fl., C- 186/16, EU:C:2017:703, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

74) När det gäller lån i utländsk valuta, av den typ som är aktuell i det nationella målet, vill EU-domstolen – i likhet med vad Europeiska systemrisknämnden erinrade om i sin rekommendation ESRB/2011/1 av den 21 september 2011 om utlåning i utländsk valuta (EUT C 342, 2011, s. 1) – betona att finansinstituten ska ge sina låntagare adekvat information om riskerna med lån i utländsk valuta. Informationen bör vara sådan att låntagarna kan ta välgrundade och försiktiga beslut och bör som ett minimum ange vilka konsekvenser som en höjning av utländsk ränta eller en påtaglig valutaförsvagning i den medlemsstat där låntagaren är bosatt får för återbetalningen (Rekommendation A – Låntagarnas riskmedvetenhet, punkt 1) (dom av den 20 september 2017, Andriciuc m.fl., C- 186/16, EU:C:2017:703, punkt 49).

75) Låntagaren måste 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 förhållande till den utländska valuta som lånet beviljats i. Det ska krävas av näringsidkaren, i det aktuella fallet bankinstitutet, att denna redogör för de möjliga variationerna i växelkurserna och de risker som det med nödvändighet innebär att teckna ett lån i en utländsk valuta (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 september 2017, Andriciuc m.fl., C- 186/16, EU:C:2017:703, punkt 50).

76) I tjugonde skälet i direktiv 93/13 preciseras att konsumenten ska ha en reell möjlighet att ta del av alla avtalsvillkor. Det är nämligen av grundläggande betydelse för konsumenten att denne i god tid före ingåendet av avtalet underrättas om avtalsvillkoren och om följderna av att **[Orig. s. 17]** avtalet ingås. Det är 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 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai, C- 26/13, EU:C:2014:282, punkt 70 och där angiven rättspraxis).

77) Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att beakta att det aktuella låneavtalet innehåller en punkt 10 med rubriken 'Förklaring om information om risker' och vars innehåll redovisas i punkt 19 ovan, tillsammans med eventuell tilläggsinformation som lämnats före avtalets ingående. Det följer i detta avseende av utredningen i målet att låntagarna bland annat tagit del av ett kompletterande informationsblad om valutarisken, och däri anges konkreta beräkningsexempel för risken om ungerska forinter förlorar i värde i förhållande

till schweiziska francs; det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att pröva detta.

78) *Mot denna bakgrund ska den tredje frågan besvaras på följande sätt. Artikel 4.2 i direktiv 93/13 ska tolkas så, att kravet på att avtalsvillkor ska vara klart och begripligt formulerade innebär att kreditinstituten ska låta låntagarna ta del av information som gör att de kan ta välgrundade och försiktiga beslut. Detta krav innebär att ett avtalsvillkor om valutarisken ska kunna vara begripligt för konsumenten såväl i formellt som i grammatiskt avseende men även vad avser det konkreta innehållet, på så sätt att en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument inte bara kan bli medveten om att den nationella valutan kan komma att förlora i värde i förhållande till den utländska valuta som anges i låneavtalet, utan även utvärdera vilka ekonomiska konsekvenser, potentiellt betydande sådana, som ett sådant avtalsvillkor kan få för konsumentens ekonomiska förpliktelser.*” (rättens understrykning och fetstil)

I nationell rätt har Cour de cassation, vad beträffar ”Helvet Immo”-avtal utan simulerade scenarier, bland annat meddelat följande avgöranden:

Första tvistemålsavdelningen, den 3 maj 2018, överklagande nr 17-13.593 [utelämnas]

[utelämnas] [Orig. 18] [utelämnas] [utdrag ur domen]

För ett liknande resonemang: första tvistemålsavdelningen, den 20 februari 2019, överklagande nr 17-31.065 [utelämnas] [utdrag ur domen]

Vad beträffar erbjudanden till vilka ett simulerat scenario hade bifogats, har första tvistemålsavdelningen bland annat meddelat följande avgörande:

Första tvistemålsavdelningen, den 12 december 2018, överklagande nr 17-18.491

[utelämnas] [Orig. s. 19] [utelämnas] [utdrag ur domen]

b) De frågor som ställs av rätten

Cour de cassations första tvistemålsavdelning har, i de domar som meddelades den 20 februari 2019, godtagit Cour d’appels bedömning och slagit fast att de aktuella avtalsvillkoren var ”klart och begripligt” formulerade” av följande skäl, vad gäller avtal som inte innehöll några simulerade scenarier:

– I låneerbjudandet anges i detalj de valutatransaktioner som genomförs under lånets löptid och det anges att växelkursen för euro mot schweiziska franc ska vara den som är tillämplig två arbetsdagar före den händelse som föranleder transaktionen och som publiceras på Europeiska centralbankens webbplats.

– Det anges i erbjudandet att låntagaren godtar de valutatransaktioner från schweiziska franc till euro och från euro till schweiziska franc som krävs för att lånet ska fungera väl och återbetalas, och att långivaren kommer att omvandla de återstående månatliga betalningarna i euro till schweiziska franc, efter betalning av extraavgifter för lånet.

– I erbjudandet anges att om valutatransaktionen resulterar i ett lägre belopp än det förfallna belopp i schweiziska franc som kan utkrävas, kommer amorteringen av kapitalbeloppet att ske långsammare, och den eventuella del av kapitalbeloppet som inte har amorterats genom ett förfallet belopp ska föras in som debetsaldo på kontot i schweiziska franc, och det anges att amorteringen av lånets kapitalbelopp kommer att förändras i förhållande till variationerna, uppåt eller nedåt, i den växelkurs som tillämpas på de månatliga betalningarna, att denna förändring kan medföra att amorteringstiden för lånet förlängs eller förkortas och i förekommande fall ändra den totala kostnaden för återbetalning.

– I posterna ”internkonto i euro” och ”internkonto i schweiziska franc” anges i detalj de transaktioner som genomförs vid varje betalning av förfallna belopp på creditsidan och debetsidan på varje konto, och i avtalet anges på ett transparent sätt hur den mekanism för växling av den utländska valutan konkret fungerar.

Vad gäller de avtal till vilka ett simulerat scenario hade bifogats, anfördes även följande skäl: [Orig. s. 20]

– Till låneerbjudandet hade ett beräknat simulerat scenario bifogats, som gjorde det möjligt att bedöma växelkursfluktuationernas påverkan på det lånade kapitalet och den förändring av lånets löptid som följer därav.

Det ska dock påpekas att i dessa mål hade generaladvokaten vid första tvistemålsavdelningen avgett följande yttrande [utelämnas] som låg i linje med den praxis som förevarande domstol tillämpade före domen OTP:

”Denna skillnad mellan de två grupperna av domar är enligt min mening tillräckligt stor för att motivera att de två situationerna behandlas olika, såsom förevarande domstol beslutade.

Jag anser nämligen att de förstnämnda domarna, i motsats till de sistnämnda, innebär ett åsidosättande av unionsdomstolens tolkning av kriterierna om klarhet och begriplighet i artikel 4.2 i direktiv 93/13, som är tillämplig på tidigare ingångna avtal, eftersom det i dessa domar har slagits fast, med hänsyn till enbart villkoren i låneerbjudandet och uppgifterna i den beräknade amorteringsplanen, att det omtvistade villkoret gjorde det möjligt för konsumenten att bedöma de ekonomiska konsekvenserna för dennes ekonomiska förpliktelser.

Även om det i formellt och i grammatiskt avseende kan medges att avtalsbestämmelserna kan förstås av en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten konsument, kan dessa bestämmelser i sig inte göra det möjligt för konsumenten att i tillräcklig utsträckning bedöma de risker som

variationerna i växelkursen medför för denne, om konsumenten uppbär sina inkomster i återbetalningsvalutan, och inte i den utländska betalningsvalutan.

När ett simulerat scenario för variationerna i växelkursen, med räkneexempel, är riktat till samme konsument, kan däremot vederbörande bli medveten om de ekonomiska konsekvenserna av att den nationella återbetalningsvalutan förlorar i värde i förhållande till den utländska valutan.”

Dessa avgöranden, vilka härrör från den högsta domstolsinstansen i Frankrike, och det delvis motsatta yttrandet av generaladvokaten vid samma domstol ger upphov till allvarliga tolkningssvårigheter för rätten, i en tvist som rör mer än tusen mål enbart vid nionde tvistemålsavdelningen vid Tribunal de Paris.

Oavsett om det finns ett simulerat scenario eller ej, förekommer inte uttrycket ”valutarisk” någonstans i erbjudandet [utelämnas].

Den närmaste hänvisningen finns [utelämnas] i stycket ”Valutatransaktioner” som behandlar den omvända situationen jämfört med den som inträffade, nämligen fallet att låntagaren inte längre uppbär inkomster i euro, och måste införskaffa euro för att återbetala lånet, och därmed bär risken.

Man kan även framhålla hänvisningarna, i en annan del av erbjudandet, [utelämnas] rörande det faktum att amorteringen av kapitalbeloppet kommer att ske ”långsammare” för det fall ”*valutatransaktionen resulterar i ett lägre belopp än det förfallna belopp i schweiziska franc som kan utkrävas*”. [Orig. s. 21]

Gemenskapens rättspraxis tycks kräva att det inte bara är möjligt att av uppgifterna i avtalet och dokumentationen utläsa att det föreligger en valutarisk och dess inverkan, vilket Cour de cassation tycks ha ansett vara tillräckligt, utan även att dessa risker anges klart och tydligt, så att inte bara specialiserade domare förstår dessa, utan även konsumenter som har en genomsnittlig kompetens- och uppmärksamhetsnivå.

I domen Andriciuc (den 20 september 2017, mål C-186/16) slogs följande fast:

”Artikel 4.2 i direktiv 93/13 ska tolkas så, att kravet att avtalsvillkor ska vara klart och begripligt formulerade innebär att finansinstituten, i fråga om kreditavtal, ska ge låntagarna sådan information att de kan ta välgrundade och försiktiga beslut. Kravet innebär i detta avseende att ett avtalsvillkor enligt vilket krediten ska återbetalas i samma utländska valuta som krediten beviljats i måste ha förståtts av konsumenten både i formell och grammatisk mening och med avseende på dess konkreta räckvidd i så måtto 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.”

EU-domstolen gjorde den 20 september 2018, i sin dom OTP Bank/Ilyes och Kiss, (mål C-51/17), följande viktiga klargöranden beträffande de konkreta krav som detta medför:

74) ”... finansinstituten ska ge sina låntagare adekvat information om riskerna med lån i utländsk valuta. Informationen bör vara sådan att låntagarna kan ta välgrundade och försiktiga beslut och bör som ett minimum ange vilka konsekvenser som en höjning av utländsk ränta eller en påtaglig valutaförsvagning i den medlemsstat där låntagaren är bosatt får för återbetalningen ...”

75) ”[Konsumenten] måste 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 uppstår sina inkomster skulle falla i värde i förhållande till den utländska valuta som lånet beviljats i. Det ska krävas av näringsidkaren, i det aktuella fallet bankinstitutet, att denna redogör för de möjliga variationerna i växelkurserna och de risker som det med nödvändighet innebär att teckna ett lån i en utländsk valuta ...” (rättens understrykning och fetstil)

Även om låntagarna i målet OTP hade tagit del av (punkt 77) ett ”informationsblad om risker”, så är detta inte fallet här. I erbjudandet används inte – utom i det stycke som har nämnts ovan – ordet ”risk” eller något motsvarande uttryck, såsom ”fara” eller ”svårighet”, som kan varna en genomsnittskonsument om konsekvenserna av en ofördelaktig variation i växelkursen för schweiziska franc, om konsumenten uppstår sina inkomster i euro. [Orig. s. 22]

Det finns således anledning att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

Fråga 4: Utgör direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen i gemenskapsrätten, hinder för en nationell rättspraxis enligt vilken ett eller flera avtalsvillkor, såsom dem som är i fråga i det nationella målet, anses vara ”klart och begripligt” formulerade i direktivets mening, på grund av att

– det i det föregående låneerbjudandet i detalj anges de valutatransaktioner som genomförs under lånets löptid och det anges att växelkursen för euro mot schweiziska franc ska vara den som är tillämplig två arbetsdagar före den händelse som föranleder transaktionen och som publiceras på Europeiska centralbankens webbplats,

– det i erbjudandet anges att låntagaren godtar de valutatransaktioner från schweiziska franc till euro och från euro till schweiziska franc som krävs för att lånet ska fungera väl och återbetalas, och att långivaren kommer att omvandla de återstående månatliga betalningarna i euro till schweiziska franc, efter betalning av extraavgifter för lånet,

– det i erbjudandet anges att om valutatransaktionen resulterar i ett lägre belopp än det förfallna belopp i schweiziska franc som kan utkrävas, kommer amorteringen av kapitalbeloppet att ske långsammare, och den eventuella del av kapitalbeloppet som inte har amorterats genom ett förfallet belopp ska föras in som debetsaldo på kontot i schweiziska franc, och att amorteringen av lånets kapitalbelopp kommer att förändras i förhållande till variationerna, uppåt eller nedåt, i den växelkurs som tillämpas på de månatliga betalningarna, att denna förändring kan medföra att amorteringstiden för lånet förlängs eller förkortas och i förekommande fall ändra den totala kostnaden för återbetalning,

– det i posterna ”internkonto i euro” och ”internkonto i schweiziska franc” i detalj anges de transaktioner som ska genomföras vid varje betalning av förfallna belopp på creditsidan och debetsidan på varje konto, och det i avtalet på ett transparent sätt anges hur den mekanism för växling av den utländska valutan konkret fungerar,

trots att det i erbjudandet bland annat inte finns något uttryckligt omnämnande av den ”valutarisk” som låntagaren löper på grund av att vederbörande inte uppbär några inkomster i bokföringsvalutan, eller något uttryckligt omnämnande av ”risken vad gäller räntesatsen”?

För det fall denna fjärde fråga ska besvaras jakande, uppkommer frågan om betydelsen av de simulerade scenarier som bifogats erbjudandet i vissa mål (däribland i förevarande fall), särskilt det som har rubriken ”*information om valutatransaktioner som kommer att genomföras inom ramen för hanteringen av ert lån*”, i vilka variationer av dessa uppgifter simulerades för det fall euron ökar i värde jämfört med den schweiziska francen och euron förlorar i värde jämfört med växelkursen vid tidpunkten för avtalet [utelämnas]. Dessa simulerade scenarier tycks inte finnas med i akten i förevarande fall (trots att avtalet ingicks vid en tidpunkt då de i allmänhet bifogades).

Generaladvokaten i de ovannämnda målen ansåg, med hänvisning till förevarande domstols praxis före domen OTP, att detta simulerade scenario i sig var tillräckligt för att uppfylla de villkor som uppställts i sistnämnda dom (mål C-51/17). **[Orig. s. 23]**

Även om det är obestridligt att denna information, i synnerhet lånets löptid och den totala kostnaden för lånet, utgör ett användbart komplement till avtalen som inte innehåller denna information, ska det dock först påpekas att det i dessa simulerade scenarier inte heller används en terminologi som kan varna låntagarna om att det föreligger ”risker”, ”faror” eller ”svårigheter”, i den mening som avses i bland annat punkterna 74, 75 och 77 i domen OTP (mål C-51/17).

Av den mycket neutrala rubriken till det simulerade scenario som avser växelkursen (”*information om valutatransaktioner som kommer att genomföras inom ramen för hanteringen av ert lån*”) framgår inte heller att den aktuella sidan innefattar simulerade scenarier för variationerna i växelkurserna, i motsats till den

tidigare rubriken ("simulerat scenario för utvecklingen av räntesatsen för ert lån" [utelämnas]).

[utelämnas]

Det finns således anledning att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

Fråga 5: För det fall fråga 4 ska besvaras jakande, utgör då direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen i gemenskapsrätten, hinder för en nationell rättspraxis enligt vilken ett eller flera avtalsvillkor, såsom dem som är i fråga i det nationella målet, anses vara "klart och begripligt" formulerade" i direktivets mening, när det – utöver de omständigheter som har framhållits i fråga 4 – endast tillkommer ett simulerat scenario för en värdeminskning med 5,29 procent av betalningsvalutan jämfört med bokföringsvalutan, i ett avtal med en ursprunglig löptid på 25 år, och utan att det används sådana uttryck som "risk" eller "svårighet"?

2. Betydelsen av olika omständigheter i det straffrättsliga förfarandet, särskilt utbildningsbroschyrer och sammanställningar över försäljningsargument, samt bevisbördan

a) Avgöranden i gemenskapsrätten och i nationell rätt

I gemenskapsrätten har det slagits fast att prövningen av huruvida ett villkor är oskäligt ska göras "med beaktande av alla vid tiden för avtalets ingående föreliggande omständigheter i samband med att avtalet ingicks" [Orig. s. 24] (EU-domstolens dom av den 20 september 2018, OTP Bank/Ilyes och Kiss, mål C-51/17, punkt 83).

I samma dom har det även angetts att "finansinstituten ska ge sina låntagare adekvat information om riskerna med lån i utländsk valuta. Informationen bör vara sådan att låntagarna kan ta välgrundade och försiktiga beslut ..." (punkt 74).

Denna formulering tyder på att näringsidkaren har bevisbördan för att villkoret är klart och begripligt formulerat, men det tycks inte som om EU-domstolen klart har tagit ställning i denna fråga.

På det närliggande området för konsumentkrediter, har det däremot slagits fast, med tillämpning av direktiv 2008/48/EG (se EU-domstolens dom av den 18 december 2014, CA CF/Bakkaus, mål C-449/13, punkterna 27–32, särskilt punkt 28), att bevisbördan för att kreditgivarens skyldigheter enligt direktivet har uppfyllts åvilade kreditgivaren, vilken skulle bevara bevis för detta.

I nationell rätt ska det erinras om att en förundersökning ledde till att två undersökningsdomare fann, i ett beslut av den 29 augusti 2017 [utelämnas], att det

gentemot bolaget BNPPF förelåg ”tillräckligt underbyggda anklagelser” om att det gjort sig skyldigt till vilseledande affärsmetoder (i den mening som avses i direktiv 2005/29/EG, vilket har införlivats genom artikel L 121-2 i konsumentlagen i den lydelse som är tillämplig) vad beträffar just valutarisken.

Åklagarmyndigheten ingav i ett antal tvistemål handlingar [utelämnas] som exempelvis tydde på att varningar om valutarisken togs bort från bankens interna utbildningsmaterial och att banken i sina kommersiella meddelanden försökt att förringa eller rentav förneka att det förelåg valutarisker.

Cour d’appel de Paris fann dock, bland annat i en dom av den 6 januari 2017 (RG nr 15/14128) [utelämnas] att det inte hade bevisats att dessa handlingar och broschyrer hade överlämnats till låntagarna av banken, snarare än av byran med rådgivare inom förmögenhetsförvaltning, och den beaktade därför inte dessa.

b) De frågor som ställs av rätten

Den sjätte frågan avser bevisbördan, eftersom det har bestritts att ett visst antal upplysningar som kan påverka huruvida de omtvistade villkoren är ”klart och begripligt” formulerade tillhandahölls:

Fråga 6: Är det näringsidkaren eller konsumenten som har bevisbördan för att ett avtalsvillkor är ”klart och begripligt” formulerat i den mening som avses i direktiv 93/13, inbegripet vad gäller omständigheterna i samband med att avtalet ingicks? [Orig. s. 25]

Efter att ha fastställt denna ram uppkommer frågan huruvida näringsidkaren har bevisbördan samt bevisvärdet av uppgifter som avser försäljningsmetoder, vilka hör till ”omständigheterna i samband med att avtalet ingicks” (vittnesmål från tidigare anställda, reklambroschyrer, utbildningsmaterial ...)

Enligt det synsätt som Cour d’appel de Paris anlagt, bland annat i sin dom av den 6 januari 2017, ålägger kändena att bevisa, förutom att det förekommer sammanställningar över försäljningsargument som är avsedda för bankens försäljare och mellanhänder, att de aktuella argumenten framförts till kändena – då denna typ av meddelanden i allmänhet lämnas muntligen – och att det är banken, snarare än mellanhanden (finansiell investeringsrådgivare eller någon annan), som har framfört dessa till kändena.

I ett tvistemål vid Tribunal de grande instance i Frankrike är det mycket ovanligt att parterna eller vittnen hörs, av skäl som huvudsakligen avser domstolarnas arbetsbörda, vilket gör att det i praktiken är mycket svårt eller rentav omöjligt att styrka detta.

Enligt ett annat synsätt kan det dels anses att dessa omständigheter ger upphov till en motbevisbar presumtion om att de upplysningar som finns i dessa handlingar har lämnats, däribland muntligen, till låntagarna, dels anses att den omständigheten att upplysningarna har lämnats av en rådgivare inom

förmögenhetsförvaltning eller någon annan saknar betydelse, eftersom näringsidkaren ska vara ansvarig för handlingar som utförs av de mellanhänder som vederbörande har valt.

Näringsidkaren antas nämligen behärska distributionskanalerna för sina produkter, oavsett om det rör sig om valet av mellanhänder eller kommersiella meddelanden i vid bemärkelse, och kan förfoga över bevisning (exempelvis instruktioner om att ta bort en viss broschyr som skapar problem) för att de uppgifter som har lagts fram av kärandena i själva verket inte har använts eller inte längre användes vid tidpunkten för ingåendet av avtalet.

Det finns således anledning att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

Fråga 7: Om näringsidkaren har bevisbördan för att villkoret är klart och begripligt formulerat, utgör då direktiv 93/13 hinder för en nationell rättspraxis enligt vilken det anses, då det finns handlingar som avser försäljningsmetoder, att det ankommer på låntagarna att bevisa dels att informationen som finns i dessa handlingar har lämnats till dem, dels att det var banken som lämnade informationen till låntagarna, eller kräver direktivet tvärtom att dessa omständigheter utgör en motbevisbar presumtion för att den information som finns i dessa handlingar har lämnats, inklusive muntligen, till låntagarna, som det ankommer på näringsidkaren, vilken ska ansvara för de upplysningar som har lämnats av de mellanhänder som vederbörande har valt, att motbevisa? [Orig. s. 26]

E. Begreppet betydande obalans

För det fall a) de omtvistade villkoren inte omfattas av avtalets huvudföremål eller b) de, trots att de omfattas av avtalets huvudföremål, inte är ”klart och begripligt” formulerade, ankommer det på rätten att undersöka huruvida det föreligger en betydande obalans.

1. Relevanta avgöranden i gemenskapsrätten och i nationell rätt

Bedömningen av huruvida det föreligger en ”betydande obalans” i parternas rättigheter och skyldigheter ska göras även om rätten finner att villkoret inte var ”klart och begripligt” formulerat – med andra ord är den omständigheten att villkoret inte är klart och begripligt formulerat inte tillräcklig för att slå fast att det föreligger en betydande obalans, men den ingår bland de omständigheter som ska beaktas (se, underförstått, EU-domstolens beslut Lupean, mål C-119/17).

För att bedöma huruvida det föreligger en sådan obalans, ska det tas hänsyn till ”den sakkunskap och ämneskänedom som näringsidkaren ... besitter” och den obalans som inte blir tydlig förrän under avtalets genomförande (EU-domstolens dom av den 20 september 2017, Andriciuc, mål C-186/16, punkt 5[6]).

EU-domstolen påpekade bland annat följande:

”56) Det ankommer härvid på den hänskjutande domstolen att – med hänsyn till samtliga omständigheter i det nationella målet och framför allt den sakkunskap och ämneskännedom som näringsidkaren, det vill säga i förevarande fall banken, besitter avseende de möjliga variationerna i växelkurserna och de risker som det med nödvändighet innebär att teckna ett lån i en utländsk valuta – bedöma i ett första skede om kravet på god sed eventuellt har åsidosatts och därefter om det föreligger en betydande obalans i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 93/13.

57) För att avgöra huruvida ett avtalsvillkor likt det som är aktuellt i det nationella målet i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i avtalsparternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten, ska den nationella domstolen pröva huruvida en gentemot konsumenten lojalt och rättvist handlande näringsidkare rimligen kunde utgå från att konsumenten skulle godta ett sådant avtalsvillkor efter en individuell avtalsförhandling (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 mars 2013, Aziz, C- 415/11, EU:C:2013:164, punkterna 68 och 69).”

På grund av sina ståndpunkter vad gäller huruvida de omtvistade villkoren är ”klart och begripligt” formulerade, har Cour de cassation inte tagit ställning till denna fråga. [Orig. s. 27]

2. Rättens fråga

Det är ostridigt [utelämnas] [att] banken förfogar över mycket större resurser än en konsument för att förutse den ekonomiska utvecklingen och valutarisken.

I det aktuella avtalet bär vardera parten en del av valutarisken: banken är vinnare om den schweiziska francen ökar i värde, och förlorare i det motsatta fallet.

Det skulle dock kunna föreligga en obalans i exponeringen för valutarisken: valutarisken för bolaget BNP är begränsad till lånebeloppet (i värsta fall skulle hela det återstående beloppet återbetalas, efter fem år, med en enda euro ...) medan låntagarens valutarisk inte tycks vara begränsad på samma sätt, även om man godtar tolkningen att det finns en övre gräns för återbetalningarnas totalbelopp genom längden på förlängningen, vilket är mycket omdiskuterat. Denna obalans kan förvärras av det faktum att banken får ännu mer ränta om återbetalningen dröjer.

Det är för övrigt omöjligt för rätten, på grund av avtalets struktur och antalet variabler som är aktuella, att utforma en modell för konsekvenserna av variationer i växelkurser och räntesatsen och sannolikheten för dessa.

Omvänt är den möjliga vinsten för konsumenten begränsad till det lånade kapitalet, med avdrag för de belopp som återbetalats avseende kapitalbeloppet

under de fem första åren. Banken har även hävdad att låntagarna drog fördel av en förmånligare räntesats.

Det finns således anledning att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

Fråga 8: Kan det anses föreligga en betydande obalans i ett sådant avtal som det som är aktuellt i det nationella målet, i vilket båda parterna löper en valutarisk, när näringsidkaren förfogar över större resurser än konsumenten för att förutse valutarisken, och när det finns en övre gräns för den risk som näringsidkaren bär, men inte för den risk som konsumenten bär?

[utelämnas]

MOT DENNA BAKGRUND

beslutar rätten, [utelämnas] [Orig. s. 28]

att förklara målet vilande i avvaktan på att Europeiska unionens domstol besvarar följande frågor:

Fråga 1: Utgör direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen, hinder för att, i ett sådant mål som det nationella målet, tillämpa preskriptionsregler i följande fall: a) vid fastställandet av att ett avtalsvillkor är oskäligt, b) vid eventuella återbetalningar, c) när konsumenten är käreande och d) när konsumenten är svarande, inbegripet vid ett genkärsmål?

Fråga 2: Om fråga 1 helt eller delvis ska besvaras nekande, utgör då direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen, hinder för att, i ett sådant mål som det nationella målet, tillämpa en nationell rättspraxis, enligt vilken preskriptionstiden börjar löpa den dag då lånerbjudandet accepteras, i stället för den dag då allvarliga ekonomiska svårigheter uppstår?

Fråga 3: Ska sådana avtalsvillkor som dem som är i fråga i det nationella målet, i vilka det bland annat föreskrivs att schweiziska franc är bokföringsvaluta och euro är betalningsvaluta, vilket får till följd att låntagaren får bära valutarisken, anses omfattas av avtalets huvudföremål i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 93/13, om storleken på valutaväxlingsavgiften inte har bestritts och när det finns avtalsvillkor som föreskriver att låntagaren vid vissa fastställda datum kan använda sig av en möjlighet till omvandling i euro enligt en på förhand bestämd metod?

Fråga 4: Utgör direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen i gemenskapsrätten, hinder för en nationell rättspraxis enligt vilken ett eller flera avtalsvillkor, såsom dem som är i fråga i det nationella målet, anses vara ”klart och begripligt” formulerade i direktivets mening, på grund av att

– det i det föregående låneerbjudandet i detalj anges de valutatransaktioner som genomförs under lånets löptid och det anges att växelkursen för euro mot schweiziska franc ska vara den som är tillämplig två arbetsdagar före den händelse som föranleder transaktionen och som publiceras på Europeiska centralbankens webbplats,

– det i erbjudandet anges att låntagaren godtar de valutatransaktioner från schweiziska franc till euro och från euro till schweiziska franc som krävs för att lånet ska fungera väl och återbetalas, och att långivaren kommer att omvandla de återstående månatliga betalningarna i euro till schweiziska franc, efter betalning av extraavgifter för lånet,

– det i erbjudandet anges att om valutatransaktionen resulterar i ett lägre belopp än det förfallna belopp i schweiziska franc som kan utkrävas, kommer amorteringen av kapitalbeloppet att ske långsammare, och den eventuella del av kapitalbeloppet som inte har amorterats genom ett förfallet belopp ska föras in som debetsaldo på kontot i schweiziska franc, och att amorteringen av lånets kapitalbelopp kommer att förändras i förhållande till variationerna, uppåt eller nedåt, i den växelkurs som tillämpas på de månatliga betalningarna, att denna förändring kan medföra att amorteringstiden för lånet förlängs eller förkortas och i förekommande fall ändra den totala kostnaden för återbetalning,

– det i posterna ”internkonto i euro” och ”internkonto i schweiziska franc” i detalj anges de transaktioner som ska genomföras vid varje betalning av förfallna belopp på kreditsidan och debetsidan på varje konto, och det i avtalet på ett transparent sätt anges hur den mekanism för växling av den utländska valutan konkret fungerar,

trots att det i erbjudandet bland annat inte finns något uttryckligt omnämnande av den ”valutarisk” som låntagaren löper på grund av att vederbörande inte uppbär några inkomster i bokföringsvalutan, eller något uttryckligt omnämnande av ”risken vad gäller räntesatsen”?

Fråga 5: För det fall fråga 4 ska besvaras jakande, utgör då direktiv 93/13, tolkat mot bakgrund av effektivitetsprincipen i gemenskapsrätten, hinder för en nationell rättspraxis enligt vilken ett eller flera avtalsvillkor, såsom dem som är i fråga i det nationella målet, anses vara ”klart och begripligt” formulerade” i direktivets mening, när det – utöver de omständigheter som har framhållits i fråga 4 – endast tillkommer ett simulerat scenario för en värdeminskning med 5,29 procent av betalningsvalutan jämfört med bokföringsvalutan, i ett avtal med en ursprunglig löptid på 25 år, och utan att det används sådana uttryck som ”risk” eller ”svårighet”?

Fråga 6: Är det näringsidkaren eller konsumenten som har bevisbördan för att ett avtalsvillkor är ”klart och begripligt” formulerat i den mening som

avses i direktiv 93/13, inbegripet vad gäller omständigheterna i samband med att avtalet ingicks?

Fråga 7: Om näringsidkaren har bevisbördan för att villkoret är klart och begripligt formulerat, utgör då direktiv 93/13 hinder för en nationell rättspraxis enligt vilken det anses, då det finns handlingar som avser försäljningsmetoder, att det ankommer på låntagarna att bevisa dels att informationen som finns i dessa handlingar har lämnats till dem, dels att det var banken som lämnade informationen till låntagarna, eller kräver direktivet tvärtom att dessa omständigheter utgör en motbevisbar presumtion för att den information som finns i dessa handlingar har lämnats, inklusive muntligen, till låntagarna, som det ankommer på näringsidkaren, vilken ska ansvara för de upplysningar som har lämnats av de mellanhänder som vederbörande har valt, att motbevisa?

Fråga 8: Kan det anses föreligga en betydande obalans i ett sådant avtal som det som är aktuellt i det nationella målet, i vilket båda parterna löper en valutarisk, när näringsidkaren förfogar över större resurser än konsumenten för att förutse valutarisken, och när det finns en övre gräns för den risk som näringsidkaren bär, men inte för den risk som konsumenten bär? [Orig. s. 29]

[utelämnas]

ARBETS-DOKUMENT