



Datum van inontvangstneming : 06/07/2023

Zaak C-251/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

19 april 2023

Verwijzende rechter:

Landgericht Duisburg (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 april 2023

Verzoekende partij:

OB

Verwerende partij:

Mercedes-Benz Group AG

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Uitlegging van verordening (EG) nr. 715/2007 aangaande verboden manipulatie-instrumenten en manipulaties op de testbank bij personenvoertuigen met een dieselmotor

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU, in het bijzonder

Verordening (EG) nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 betreffende de typegoedkeuring van motorvoertuigen met betrekking tot emissies van lichte personen- en bedrijfsvoertuigen (Euro 5 en Euro 6) en de toegang tot reparatie- en onderhoudsinformatie (PB 2007, L 171, blz. 1–16) (hierna: „verordening nr. 715/2007”)

Richtlijn 2007/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot vaststelling van een kader voor de goedkeuring van motorvoertuigen en

aanhangwagens daarvan en van systemen, onderdelen en technische eenheden die voor dergelijke voertuigen zijn bestemd (Kaderrichtlijn) (PB 2007, L 263, blz. 1) (hierna: „richtlijn 2007/46”)

Verordening (EG) nr. 692/2008 van de Commissie van 18 juli 2008 tot uitvoering en wijziging van verordening (EG) nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de typegoedkeuring van motorvoertuigen met betrekking tot emissies van lichte personen- en bedrijfsvoertuigen (Euro 5 en Euro 6) en de toegang tot reparatie- en onderhoudsinformatie (PB 2008, L 199, blz. 1) (hierna: „verordening nr. 692/2008”)

Richtlijn 80/1268/EEG van de Raad van 16 december 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake het brandstofverbruik van motorvoertuigen (PB 190, L 375, blz. 36) (hierna: „richtlijn 80/1268/EEG”)

Richtlijn 1999/100/EG van de Commissie van 15 december 1999 tot aanpassing aan de technische vooruitgang van richtlijn 80/1268/EEG van de Raad betreffende de emissie van kooldioxide en het brandstofverbruik van motorvoertuigen (PB 1999, L 334, blz. 36) (hierna: „richtlijn 1999/100/EG”)

Prejudiciële vragen

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen, met dien verstande dat de beantwoording van de tweede tot en met de vijfde vraag slechts vereist is indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord:

1. Is een personenvoertuig met een dieselmotor waarvoor de emissienorm Euro 5 geldt, ongeacht of in het motormanagementsysteem ervan een schakeling is geïnstalleerd die conceptueel moet worden aangemerkt als manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007, in strijd met het Unierecht wanneer gezien het ontwerp van dat systeem en de regeling van de daarin geïnstalleerde functies van meet af aan duidelijk is dat het voertuig, nadat de motor is warmgedraaid, zelfs dan in de „mix” meer dan 180 mg stikstofoxide per kilometer uitstoot wanneer het onder die omstandigheden een testcyclus overeenkomstig de NEDC ondergaat?

2. Kan een constructieonderdeel van een voertuig, dat de temperatuur, de rijsnelheid, het motortoerental, de versnelling, de inlaatonderdruk of andere parameters meet teneinde naargelang de uitkomst van die meting de parameters van het verbrandingsproces in de motor te wijzigen, de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem ook dan verminderen in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007 en dus een manipulatie-instrument vormen in de zin van die bepaling indien de op grond van de uitkomst van de meting door het constructieonderdeel veroorzaakte wijziging van de parameters van het

verbrandingsproces weliswaar enerzijds de uitstoot van een bepaalde schadelijke stof, bijvoorbeeld stikstofdioxide, verhoogt, maar anderzijds tegelijkertijd de uitstoot van een of meerdere andere schadelijke stoffen, zoals deeltjes, koolwaterstof, koolmonoxide en/of kooldioxide vermindert?

3. Indien de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord: onder welke voorwaarden moet in een dergelijk geval het constructieonderdeel worden aangemerkt als een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007?

4. Indien de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord: zijn bepalingen van nationaal recht op basis waarvan de koper van een voertuig ten volle moet bewijzen dat dit is uitgerust met een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007, zonder dat de fabrikant van het voertuig verplicht is hiertoe in het kader van een instructiemaatregel informatie te verstrekken, in strijd met artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46 van richtlijn 2007/46, genoemd in het arrest van het Hof van 21 maart 2023, Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van met een manipulatie-instrument uitgeruste voertuigen) (C-100/21, EU:C:2023:229), voor zover uit deze laatste bepalingen volgt dat de koper van een voertuig, wanneer dat is uitgerust met een verboden manipulatie-instrument, recht heeft op een schadevergoeding van de fabrikant (zie punten 91 en 93 van het aangehaalde arrest)?

5. Hoe is naar Unierecht de bewijslast verdeeld in een geding tussen de koper van een voertuig en de fabrikant ervan betreffende een vordering tot schadevergoeding van eerstgenoemde tegen laatstgenoemde op grond van de aanwezigheid van een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007? Kunnen partijen in elk geval ieder aanspraak maken op een lichtere bewijslast of gelden voor hen eventueel verplichtingen, en zo ja, welke? Indien er verplichtingen gelden: wat zijn de gevolgen van niet-naleving van die verplichtingen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

VWEU, in het bijzonder artikel 267 en artikel 67, leden 1 en 4

Verordening nr. 715/2007, in het bijzonder artikel 3, punt 10, en artikel 5, lid 1,

Richtlijn 2007/46, in het bijzonder artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, artikel 46 en artikel 3, punt 36

Verordening nr. 692/2008, in het bijzonder artikel 3, punt 9

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Bürgerliches Gesetzbuch (Duits Burgerlijk Wetboek; hierna: „BGB”)

Feiten en procedure

- 1 Verzoeker vordert schadevergoeding van verweerster in verband met de aankoop van een voertuig bij een autohandelaar omdat dit voertuig zijns inziens is uitgerust met verboden manipulatie-instrumenten in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 715/2007.
- 2 Verzoeker heeft het gebruikte voertuig – een Mercedes Benz GLK 200 CDI met een totale kilometerstand van 39 000 km – (hierna: „betrokken voertuig”) bij koopovereenkomst van 25 mei 2016 gekocht voor EUR 23 700. Volgens de koopovereenkomst is het voertuig op 21 november 2012 voor het eerst geregistreerd.
- 3 Het betrokken voertuig is uitgerust met een door verweerster geproduceerde dieselmotor van het type OM 651. Die motor zou voldoen aan de emissienorm Euro 5.
- 4 Het voertuig is niet uitgerust met een katalysator met selectieve katalytische reductie (hierna: „SCR-katalysator”), zodat geen uitlaatgasnabehandeling door middel van een dergelijke katalysator plaatsvindt.
- 5 Op 2 mei 2019 werd de software van het voertuig van verzoekers geüpdatet.
- 6 Verzoeker stelt dat verweerster verplicht is hem schadevergoeding te betalen. In wezen eist hij dat verweerster wordt veroordeeld tot betaling van 23 700 EUR tegen gelijktijdige afgifte en eigendomsoverdracht van het betrokken voertuig en betaling van een gebruiksvergoeding van EUR 953,35. Verweerster verzoekt om verwerping van het beroep.

Argumenten van verzoeker

- 7 Volgens verzoeker is de OM 651-motorserie uitgerust met verboden manipulatie-instrumenten en verboden thermovensters.
- 8 Om de emissiewaarden te verlagen wordt software gebruikt die de testcyclus herkent en dan overschakelt op een andere bedrijfsstand die tot lagere emissiewaarden leidt. De software van het motortype kent twee verschillende bedrijfsstanden die de uitlaatgasrecirculatie regelen. Wanneer de voor de test onder laboratoriumomstandigheden gedefinieerde kunstmatige rijcyclus wordt uitgevoerd, schakelt de software over op een bedrijfsstand met lagere stikstofdioxide-emissies. Deze software wordt gebruikt in alle OM 651-motoren.

- 9 Om de emissiewaarden te verlagen wordt bovendien gebruik gemaakt van een zogenaamd thermovenster. Dit zorgt ervoor dat bij lage buitentemperaturen de uitlaatgasrecirculatie, die ertoe dient om de uitstoot van stikstofdioxide te verminderen, wordt gereduceerd. Reeds bij buitentemperaturen van 9° C en lager wordt de uitlaatgasrecirculatie verminderd of volledig uitgeschakeld, met als gevolg dat aanzienlijk meer stikstofdioxide wordt uitgestoten. Dergelijke instrumenten zijn verboden.
- 10 Bovendien heeft de motor volgens verzoeker een „bit 15”-functie die de reiniging van de uitlaatgassen na 26 km uitschakelt. Tevens worden de uitlaatgassen op grond van een manipulatie-instrument minder goed gereinigd zodra de motor na het starten 17,6 gram stikstofdioxide heeft uitgestoten. Voorts schakelt de regeleenheid van de motor na 1.200 seconden over op de „vuile” modus, dat wil zeggen een bedrijfsstand waarin meer verontreinigende stoffen worden uitgestoten.
- 11 De software update heeft tot een bijkomend gebrek geleid. Het oorspronkelijke gebrek van een illegaal manipulatie-instrument is hierdoor niet verholpen. Integendeel, door de update wordt zelfs nog meer stikstofdioxide uitgestoten.
- 12 Volgens een meting overeenkomstig de normen van richtlijn 80/1268/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 1999/100/EG, liggen het brandstofverbruik en de emissiewaarden van de motor hoger dan in de brochure vermeld. Het meerverbruik bij normaal weggebruik ligt bij gemiddeld 2 liter per 100 gereden kilometers, hetgeen erop duidt dat het voertuig is uitgerust met een manipulatie-instrument.
- 13 Verweerster heeft er bewust voor gekozen het verboden manipulatie-instrument te gebruiken.
- 14 De misleiding door verweerster was oorzakelijk voor de aankoopbeslissing van verzoeker, die schade heeft geleden door de aankoop van een voertuig dat niet aan de wettelijke voorschriften voldoet.
- 15 Uitgaande van een te verwachten totale minimale kilometrage van 500.000 km en de kilometerstand ten tijde van de instelling van het beroep, is een gebruiksvergoeding berekend van EUR 953,35.

– *Argumenten van verweerster*

- 16 Verweerster stelt in wezen verzoeker niet opzettelijk te hebben geschaad of bedrogen.
- 17 Het voertuig heeft een geldige EG-typegoedkeuring en kan zonder beperkingen worden gebruikt. Alleen al om deze reden is er geen sprake van schade, temeer daar het betrokken voertuig reeds een software update heeft gekregen en er dus geen sprake meer kan zijn van een verboden manipulatie-instrument. De koopovereenkomst was niet economisch nadelig voor eiser. De waarde van het

voertuig is door de gestelde gebreken niet verminderd. Het voldoet in het kader van de wettelijk voorgeschreven tests aan de grenswaarden voor stikstofdioxide. Dit is het enige wat telt.

- 18 In het onderhavige geval is er geen sprake van manipulaties op de testbank, waaraan het VW-concern zich blijkens de rechtspraak kennelijk bij zijn voertuigen wel schuldig heeft gemaakt. In het betrokken voertuig is geen manipulatie-instrument geïnstalleerd dat de testmodus herkent en als gevolg daarvan op de testbank een ander emissiegedrag vertoont dan op de weg.
- 19 Noch de temperatuurafhankelijke regeling van de uitlaatgasrecirculatie noch de gereguleerde koelvloeistofthermostaat in het voertuig kunnen worden beschouwd als manipulatie-instrument.
- 20 De vastlegging van de doelmatigheid van een emissiecontrolesysteem is noodzakelijk en kan niet tegelijkertijd een manipulatie-instrument vormen.
- 21 De uitlaatgasrecirculatie moet worden geregeld bij inaanmerkingneming van de randvoorwaarden teneinde een toereikende reductie van alle relevante emissies te verwirkelijken, schade aan de motor en het uitlaatsysteem te voorkomen en de veilige werking van het systeem te waarborgen.
- 22 Er moet een evenwicht worden gevonden tussen de uitstoot van stikstofdioxide en de overige emissies van de motor. Er bestaat een zogenoemde trade-off tussen stikstofdioxide-emissies en deeltjesemissies. De trade-off tussen de verschillende verontreinigende stoffen speelt een wezenlijke rol bij het ontwerp van het emissiecontrolesysteem. De Europese wetgever heeft het idee van een trade-off expliciet erkend door gemengde grenswaarden vast te stellen.
- 23 Het emissiecontrolesysteem werkt, al naar gelang van de technisch/fysische voorwaarden, in verschillende omstandigheden op uiteenlopende wijze. Het is niet zinvol de emissieniveaus van een koude of een warme motor met elkaar te vergelijken. De technische basisconfiguratie van het emissiecontrolesysteem kan niet als manipulatie-instrument worden beschouwd voor zover aan het ontwerp ervan technische redenen ten grondslag liggen, dat wil zeggen voor zover de opzet van het emissiecontrolesysteem technisch te rechtvaardigen is en het conflict van doelstellingen bij de vermindering van de betrokken emissies op aanvaardbare wijze is opgelost.
- 24 Indien de fundamentele opzet van een emissiecontrolesysteem zou worden getoetst aan het verbod op manipulatie-instrumenten, dan zou dit tot het absurde resultaat leiden dat de fabrikanten ervan zouden afzien de emissiecontrolesystemen onder optimale omstandigheden zo doelmatig mogelijk te laten werken. In dat geval zou een minder doelmatige werking immers altijd moeten worden beschouwd als manipulatie-instrument waarvoor een rechtvaardiging vereist is. Een dergelijke rechtvaardiging kan volgens verzoeker slechts bestaan uit nauw omschreven redenen van bescherming van de motor.

- 25 Uit de opmerkingen van verzoeker over de temperatuurafhankelijke regeling van de uitlaatgasrecirculatie volgt niet dat er sprake is van een verboden manipulatie-instrument. In de visie van de wetgever behoeft het emissiecontrolesysteem niet bij alle temperaturen even doelmatig te werken.
- 26 Het feit dat het uitlaatgasrecirculatiepercentage bij een motor op bedrijfstemperatuur anders is dan wanneer deze zich bijvoorbeeld in de opwarmingsfase bevindt, heeft technisch/fysische redenen en is geen indicatie voor manipulatie. De temperatuurafhankelijke regeling van de uitlaatgasrecirculatie is principieel bepalend voor de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem.
- 27 Dat de geregelde koelvloeistofthermostaat geen verboden manipulatie-instrument vormt, volgt al uit het feit dat die thermostaat op de testbank en op de weg in beginsel op dezelfde wijze werkt. Wanneer de motor op bedrijfstemperatuur is, heeft de geregelde koelvloeistofthermostaat geen invloed meer op het emissiecontrolesysteem in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007.
- 28 Bij het ontwerp van de geregelde koelvloeistofthermostaat van het betrokken voertuig is rekening gehouden met de technische correlaties tussen die thermostaat, de uitlaatgasrecirculatiepercentages en de respectieve temperatuur van de motor. Dit ontwerp voldoet aan de toepasselijke wettelijke voorschriften.
- 29 De regeling van de koelvloeistofthermostaat is een technisch zinvolle en toegestane maatregel, en kan derhalve niet als manipulatie-instrument worden beschouwd. In ieder geval is het met het oog op de bescherming van de motor en de onderdelen en met het oog op de veilige werking van het voertuig gerechtvaardigd om de regeling van de koelvloeistofthermostaat zo te ontwerpen dat het toepassingsgebied ervan beperkt is.
- 30 Het betoog van verzoeker betreffende bepaalde functies is onjuist. Die functies zijn in het betrokken voertuig niet actief. In het bijzonder zijn er geen functies die ervoor zorgen dat de uitlaatgasreiniging na 26 km wordt uitgeschakeld, dat de uitlaatgasreiniging na 1 200 seconden wordt beëindigd en evenmin dat de uitlaatgasreiniging na de uitstoot van 17,6 gram stikstofdioxide wordt stopgezet.
- 31 Verweerster is met betrekking tot de stikstofdioxide-emissies en de wettelijke conformiteit uitgegaan van een rechtsopvatting die kan worden gerechtvaardigd, hetgeen opzet of onrechtmatigheid uitsluit. Zij mocht ervan uitgaan dat een temperatuurafhankelijke uitlaatgasregeling zeker niet kan worden aangemerkt als manipulatie-instrument en in elk geval is toegestaan ter bescherming van de motor.
- 32 De gemiddelde verwachte totale kilometrage van het betrokken voertuig bedraagt 200 000 km.

33 De verwijzende rechter heeft op basis van een instructiemaatregel van 12 november 2021 bewijs vergaard door een schriftelijk deskundigenadvies in te winnen.

– *Motivering van de prejudiciële verwijzing*

34 De zaak moet overeenkomstig artikel 267 VWEU worden voorgelegd aan het Hof met het verzoek om beantwoording van de prejudiciële vragen.

35 Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag is doorslaggevend voor de beslechting van het geding. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, zijn ook de tweede en de derde vraag relevant. Of ook een antwoord op de vierde en de vijfde vraag vereist is, staat nog niet vast.

36 Van de beantwoording van de prejudiciële vragen hangt af of verweerster al dan niet moet worden veroordeeld en of, en zo ja, ten aanzien van welke beweringen eerst instructiemaatregelen moeten worden gelast. Voorts hangt hiervan af wie het risico draagt ingeval litigieuze feiten die voor de beslechting van het geding relevant zijn, niet kunnen worden opgehelderd en wie de kosten van eventuele instructiemaatregelen moet voorschieten.

37 Verzoeker heeft recht op schadevergoeding overeenkomstig § 823, lid 2, BGB junctis artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, artikel 46 en artikel 3, punt 36, van richtlijn 2007/46 indien het betrokken voertuig qua emissies niet voldoet aan de Unierechtelijke bepalingen en/of indien het is uitgerust met een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007. In dat geval zou verweerster een onjuist certificaat van overeenstemming hebben afgegeven in de zin van artikel 3, punt 36, van richtlijn 2007/46.

38 In de visie van de verwijzende rechter dient verweerster althans in beginsel te worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan verzoeker indien het feit dat het betrokken voertuig in een testcyclus overeenkomstig de nieuwe Europese rijcyclus (NEDC) met een motor op bedrijfstemperatuur in de „mix” meer dan 180 mg stikstofoxiden per kilometer uitsloot, in strijd is met de Unierechtelijke emissievoorschriften en/of het voertuig is uitgerust met een verboden instrument of controlesysteem dat van invloed is op de emissies ervan.

Eerste prejudiciële vraag

39 De verwijzende rechter acht het mogelijk dat het betrokken voertuig niet voldoet aan de Unierechtelijke bepalingen, in het bijzonder artikel 5, lid 1, van verordening nr. 715/2007. Dit reeds op grond van het feit dat het voertuig blijkens het reeds verkregen bewijs in het geval dat de motor wordt gestart wanneer deze al op bedrijfstemperatuur is, zelfs bij een testcyclus volgens de NEDC meer dan 180 mg stikstofoxide per kilometer uitstoot. Zeker is dit in de visie van de verwijzende rechter echter niet.

- 40 De verwijzende rechter gaat er in het licht van de bestaande rechtspraak van het Hof van uit dat de grenswaarde voor stikstofoxide volgens de Euro 5-norm ook van toepassing is in het geval dat een personenauto met dieselmotor een rijcyclus volgens de NEDC ondergaat met een motor die reeds op bedrijfstemperatuur is, zoals in casu.
- 41 Enerzijds heeft het Hof in zijn arrest van 14 juli 2022, GSMB Invest (C-128/20, EU:C:2022:570), vastgesteld dat volgens artikel 5, lid 1, van verordening nr. 715/2007 de fabrikant de voertuigen zo moet uitrusten dat de onderdelen die van invloed kunnen zijn op de emissies het mogelijk maken dat de voertuigen onder normale gebruiksomstandigheden kunnen voldoen aan de in die verordening en de uitvoeringsmaatregelen ervan vastgelegde grenswaarden. Aangezien een rit na een „warme start” van de motor zonder meer tot de gebruikelijke gebruiksomstandigheden van een personenauto met dieselmotor op het grondgebied van de Europese Unie behoort, zou dit kunnen betekenen dat de grenswaarde van 180 mg/km voor stikstofoxide-emissies van personenauto’s met dieselmotor die aan de Euro 5-norm voldoen, ook geldt wanneer zij na een warme start van de motor een testcyclus volgens de NEDC ondergaan.
- 42 Anderzijds golden met betrekking tot de emissienorm Euro 5 geen absolute grenswaarden. In dat kader zijn veeleer grenswaarden vastgelegd waarvan de naleving werd gecontroleerd in een testcyclus volgens de specificaties van de NEDC. Dat betekent dat die grenswaarden – zo kunnen de specificaties ervan althans worden uitgelegd – alleen onder de omstandigheden waarin een testcyclus volgens de NEDC werd uitgevoerd, in een dergelijke testcyclus moesten worden nageleefd.
- 43 Volgens de NEDC-normen vindt de testcyclus plaats na een koude start. Blijkens de voorgelegde feiten is een hoge verbrandingstemperatuur contraproductief voor een lage stikstofoxide-uitstoot. Een warme start heeft een ongunstig effect op de stikstofoxide-emissies door de hiermee gepaard gaande verhoging van de verbrandingstemperatuur.
- 44 Daarom rijst de vraag of de stikstofoxidegrenswaarde overeenkomstig de emissienorm Euro 5 ook in acht moet worden genomen wanneer een voertuig niet na een koude start, maar na een warme start een testcyclus overeenkomstig de NEDC ondergaat. Hoewel de vaststellingen van het Hof in de arresten van 14 juli 2022, GSMB Invest (C-128/20, EU:C:2022:570), en Volkswagen (C-134/20, EU:C:2022:571), zouden kunnen betekenen dat dit het geval is, valt dit volgens de verwijzende rechter niet duidelijk uit de arresten af te leiden, zodat een beslissing van het Hof vereist is.
- 45 Indien de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, voldoet het betrokken voertuig niet aan de Unierechtelijke bepalingen. In dat geval is verweerster jegens verzoeker aansprakelijk voor de hiermee verband houdende schade. De overige prejudiciële vragen behoeven dan, althans volgens de huidige stand van zaken, niet te worden beantwoord.

Tweede, derde en vierde prejudiciële vraag

- 46 Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord, hangt een eventuele aansprakelijkheid van verweerster jegens verzoeker af van de vraag of het betrokken voertuig al dan niet is uitgerust met een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007. Het antwoord op deze vraag is onontbeerlijk voor de beslechting van het geding.
- 47 Met betrekking tot de tweede, de derde en de vierde prejudiciële vraag heeft de verwijzende rechter een aantal opmerkingen geformuleerd.

Opmerkingen betreffende de vraag of het thermovenster moet worden aangemerkt als verboden manipulatie-instrument:

- 48 Verzoeker stelt dat een verboden thermovenster is gebruikt om de uitlaatgaswaarden te verlagen, hetgeen door verweerster in wezen niet wordt betwist. Door het thermovenster wordt bij lage buitentemperaturen de uitlaatgasrecirculatie, die ertoe dient om de stikstofoxide-emissies te reduceren, verminderd of volledig uitgeschakeld, zodat de stikstofoxide-emissies aanzienlijk toenemen.
- 49 Het motormanagementsysteem dat de opening van de uitlaatgasrecirculatieklep regelt, is een constructieonderdeel in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007. De uitlaatgasrecirculatie waarvan de werking wordt gewijzigd en, in voorkomend geval, geactiveerd of gedeactiveerd door de mate waarin de uitlaatgasrecirculatieklep wordt geopend of gesloten, maakt deel uit van het emissiecontrolesysteem [zie arrest van het Hof van 17 december 2020, CLCV e.a. (Manipulatie-instrument in dieselmotoren), C-693/18, EU:C:2020:1040, punten 68 en 90]. Hoeveel uitlaatgas wordt teruggevoerd voor herverbranding wordt onder meer geregeld afhankelijk van de temperatuur.
- 50 Uitgaande van de veronderstelling dat een in een voertuig geïnstalleerd constructieonderdeel dat verschillende parameters meet in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007 teneinde al naar gelang van de uitkomst van die meting de parameters van het verbrandingsproces in de motor te wijzigen, de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem *altijd* vermindert en in zoverre een manipulatie-instrument vormt in de zin van die bepaling, moet, voor zover de wijziging van de parameters van het verbrandingsproces die het constructieonderdeel op grond van de uitkomst van de meting teweegbrengt, de uitstoot van een specifieke schadelijke stof, bijvoorbeeld stikstofoxide, verhoogt, zelfs indien tegelijkertijd de uitstoot van een of meer andere schadelijke stoffen, bijvoorbeeld koolwaterstoffen, wordt verminderd, worden aangenomen dat het constructieonderdeel moet worden aangemerkt als manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, verordening (EG) nr. 715/2007.
- 51 Indien echter wordt uitgegaan van de veronderstelling dat een in een voertuig geïnstalleerd constructieonderdeel verschillende parameters meet in de zin van

artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007 teneinde al naargelang van de uitkomst van die meting de parameters van het verbrandingsproces in de motor te wijzigen, de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem *niet of slechts onder bepaalde voorwaarden ook dan* vermindert en in zoverre een manipulatie-instrument vormt in de zin van die bepaling, kan, voor zover de wijziging van de parameters van het verbrandingsproces die het constructieonderdeel op grond van de uitkomst van de meting teweegbrengt, de uitstoot van een specifieke schadelijke stof, bijvoorbeeld stikstofdioxide, verhoogt, daardoor echter tegelijkertijd de uitstoot van een of meer andere schadelijke stoffen, bijvoorbeeld koolwaterstoffen, vermindert, mogelijk zelfs niet zonder meer worden aangenomen dat het constructieonderdeel moet worden aangemerkt als manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, verordening (EG) nr. 715/2007.

- 52 Blijkens de tot nu toe voorgelegde feiten wordt de verbrandingstemperatuur bepaald door de hoeveelheid uitlaatgas die voor herverbranding wordt teruggevoerd. Als de verbrandingstemperatuur stijgt, nemen de stikstofdioxide-emissies van het voertuig toe. Anderzijds leidt een hogere verbrandingstemperatuur tot een vermindering van het brandstofverbruik en dus van de uitstoot van kooldioxide, die evenredig is met het brandstofverbruik, alsmede tot een vermindering van de uitstoot van koolmonoxide, koolwaterstoffen, deeltjes en het voor het klimaat schadelijke methaan.
- 53 Uit het deskundigenrapport blijkt dat de deskundige twee testcycli volgens de NEDC heeft uitgevoerd. De eerste test werd uitgevoerd onmiddellijk na een koude start van de motor, de tweede test nadat de motor grotendeels was opgewarmd en dus een hogere verbrandingstemperatuur had.
- 54 De verwijzende rechter maakt uit de in deze twee testcycli verzamelde meetwaarden op dat indien de stikstofdioxide-emissies worden verminderd door verlaging van de verbrandingstemperatuur, bijvoorbeeld door middel van uitlaatgasrecirculatie, het ene nadeel van stikstofdioxide-emissies wordt vervangen door het andere nadeel van verhoogde emissies van kooldioxide, koolmonoxide, koolwaterstoffen, deeltjes en methaan.
- 55 De verwijzende rechter kan niet beoordelen welk nadeel zwaarder weegt en bij welke van de twee testcycli de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem het hoogst was. Het staat aan het Hof om die beoordeling op basis van het Unierecht te verrichten.
- 56 De verwijzende rechter is op de hoogte van de rechtspraak van het Hof in de arresten van 14 juli 2022, GSMB Invest (C-128/20, EU:C:2022:570), en Volkswagen (C-134/20, EU:C:2022:571), waarin het heeft vastgesteld dat temperatuurgeregelde uitlaatgasrecirculatie die enkel binnen het thermovenster waarborgt dat de in verordening nr. 715/2007 vastgestelde emissiegrenswaarden worden nageleefd, moet worden beschouwd als manipulatie-instrument in de zin

van artikel 3, punt 10, van die verordening. Een dergelijk instrument is slechts in zeer specifieke omstandigheden toegestaan

- 57 Uit het arrest van het Hof van 17 december 2020, CLCV e.a. (Manipulatie-instrument in dieselmotoren) (C-693/18, EU:C:2020:1040), valt mutatis mutandi op te maken dat wanneer de uitlaatgasrecirculatieklep bij normale gebruiksomstandigheden net zo werkt als in de goedkeuringscyclus, ook de kooldioxide-emissies van de voertuigen worden verminderd.
- 58 In punt 36 van zijn arrest van 14 juli 2022, GSMB Invest (C-128/20, EU:C:2022:570) heeft het Hof het volgende vastgesteld: „Omdat dergelijke software betrekking heeft op de werking van het emissiecontrolesysteem en de doelmatigheid ervan vermindert, vormt dergelijke software dus een ‚constructieonderdeel’ in de zin van die bepaling”. Die vaststelling is met dezelfde bewoordingen opgenomen in de arresten van het Hof van 14 juli 2022, Volkswagen (C-134/20, EU:C:2022:571, punt 43), en 17 december 2020, CLCV e.a. (Manipulatie-instrument in dieselmotoren) (C-693/18, EU:C:2020:1040, punt 66). Ook het arrest van het Hof van 21 maart 2023, Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van met een manipulatie-instrument uitgeruste voertuigen) (C-100/21, EU:C:2023:229, punt 58), had betrekking op manipulatie-instrumenten. Het Hof is in geen van die arresten ingegaan op de specifieke problematiek die ten grondslag ligt aan de onderhavige zaak.
- 59 In het onderhavige geval gaat het, anders dan in de genoemde arresten, om het feit dat volgens de meetresultaten waarover de verwijzende rechter beschikt, de vermindering van de uitstoot van stikstofdioxide door de verlaging van de verbrandingstemperatuur die met de uitlaatgasrecirculatie wordt bereikt, gepaard gaat met een stijging van andere emissies, zoals die van koolmonoxide, koolwaterstoffen, methaan en deeltjes.
- 60 In zijn arresten betreffende de temperatuurgestuurde regeling van de uitlaatgasrecirculatie heeft het Hof, nog niet – althans niet uitdrukkelijk – vastgesteld onder welke voorwaarden, rekening houdend met de tegengestelde effecten op de uitstoot van de verschillende hier aan de orde zijnde schadelijke stoffen, een wijziging van de werking van een deel van het emissiecontrolesysteem de doelmatigheid van dat systeem vermindert in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007.

Opmerkingen betreffende de vraag of een koelvloeistofthermostaat moet worden aangemerkt als verboden manipulatie-instrument:

- 61 De geregelde koelvloeistofthermostaat maakt deel uit van het emissiecontrolesysteem in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007. Het motormanagementsysteem dat de koelvloeistofthermostaat activeert en deactiveert en het openen en sluiten ervan bij bepaalde temperaturen afhankelijk van de bedrijfsstand van het voertuig regelt, vormt een constructieonderdeel in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening

nr. 715/2007 [zie arrest van het Hof van 17 december 2020, CLCV e.a. (Manipulatie-instrument in dieselmotoren), C-693/18, EU:C:2020:1040, punten 90 en 68].

- 62 De vraag is of dat motormanagementsysteem moet worden aangemerkt als manipulatie-instrument. Verweerder stelt namelijk dat door het activeren van de koelvloeistofthermostaat, althans onder bepaalde omstandigheden, de motortemperatuur en dus ook de verbrandingstemperatuur langer lager worden gehouden dan wanneer deze is gedeactiveerd, hetgeen leidt tot de hierboven toegelichte tegengestelde effecten.
- 63 Verzoeker merkt op, zoals hierboven uiteengezet en door verweerder wordt betwist, dat om de uitlaatgaswaarden te verlagen software is gebruikt die de testcyclus herkent en dan overschakelt op een andere bedrijfsstand die tot lagere emissiewaarden leidt.
- 64 Een dergelijk systeem kan er enkel toe dienen de parameters van het verbrandingsproces te beïnvloeden, aangezien het betrokken voertuig niet is uitgerust met een systeem voor de nabehandeling van uitlaatgassen, bijvoorbeeld in de vorm van een SCR-katalysator. Of het voertuig eventueel is uitgerust met een dieseldeeltjesfilter, is in dit verband niet relevant.
- 65 Bijgevolg rijst met betrekking tot de omschakelinrichting waarvan het voertuig volgens verzoeker is voorzien, de vraag of en in welke mate de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem hierdoor kan worden verminderd en die inrichting dus moet worden aangemerkt als manipulatie-instrument.
- 66 Hetzelfde geldt voor het betoog van verzoeker betreffende de „bit 15”-functie, de verslechtering van de doeltreffendheid van het uitlaatgasreinigingssysteem en de omschakeling van het motormanagementsysteem na 1 200 seconden in een „vuile” modus. Zijns inziens zijn dergelijke functies aanwezig en ertoe bedoeld om de verbrandingsparameters te beïnvloeden.
- 67 Ook in zoverre rijzen om de hierboven uiteengezette redenen de in het dictum geformuleerde prejudiciële vragen omtrent de juiste uitlegging van het begrip vermindering van de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem.
- 68 Zonder antwoord op de prejudiciële vragen kunnen op grond van het betoog van verzoeker geen instructiemaatregelen worden gelast en kan verweerder niet worden veroordeeld. Tegelijkertijd kan het beroep zonder antwoord op de prejudiciële vragen gezien het betoog van verzoeker niet worden verworpen.

Vijfde prejudiciële vraag

- 69 Reeds in het huidige stadium van de procedure moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat uiteindelijk kan worden bewezen noch weerlegd dat er sprake is van bepaalde voorwaarden die betekenen dat het voertuig is uitgerust

met een manipulatie-instrument. In dat geval moet de rechter verduidelijken wie de bewijslast ter zake draagt.

- 70 Gezien de vaststellingen van het Hof in het arrest van 21 maart 2023, Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van met een manipulatie-instrument uitgeruste voertuigen) (C-100/21, EU:C:2023:229, punt 93), moet worden onderzocht of met betrekking tot manipulatie-instrumenten de verdeling van de bewijslast naar Duits recht verenigbaar is met het Unierecht.
- 71 Naar Duits recht is de bewijslast zo verdeeld dat het alleen aan de koper van het voertuig staat om aan te tonen dat alle feitelijke voorwaarden voor de aanwezigheid van een manipulatie-instrument bestaan. Hij moet immers bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat een beschermingswet is geschonden. Dit is, indien de eerstgenoemde vraag ontkennend wordt beantwoord, slechts het geval voor zover het voertuig is uitgerust met een manipulatie-instrument. De hier aangehaalde bepalingen van richtlijn 2007/46, die ertoe strekken elke koper van een voertuig waarvoor een certificaat van overeenstemming moet worden afgegeven individuele bescherming te bieden, moeten overigens worden beschouwd als een dergelijke beschermingswet.
- 72 Zonder overlegging van documenten en openbaarmaking van de programmering, waartoe verweerster naar Duits recht normaliter niet verplicht is, kan de aanwezigheid van een manipulatie-instrument alleen worden bewezen door middel van feitelijke tests volgens het „trial and error”-beginsel, hetgeen zeer kostbaar is.
- 73 Het verkrijgen van bewijs betreffende de aanwezigheid van een manipulatie-instrument kost naar verwachting ten minste 10 000 EUR. Indien nog meer bewijs moet worden vergaard, kunnen de kosten nog duidelijk oplopen. Kopers die geen rechtsbijstandverzekering hebben, zullen de voorschotten op de kosten die volgens het Duitse burgerlijk procesrecht voor de bewijsverkrijging vereist zijn, vaak niet of slechts met moeite kunnen opbrengen en er derhalve eventueel van afzien hun rechten te doen gelden.
- 74 Uit artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46 van richtlijn 2007/46 volgt dat de koper van een voertuig voor het geval dat dit is uitgerust met een verboden manipulatie-instrument, recht heeft op schadevergoeding van de fabrikant [zie arrest van 21 maart 2023, Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van met een manipulatie-instrument uitgeruste voertuigen), C-100/21, EU:C:2023:229, punten 91 en 93].
- 75 Dit doet de vraag rijzen of en in hoeverre voornoemde verdeling van de bewijslast naar Duits recht verenigbaar is met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel en wat in dit verband in het licht van het Unierecht dient te gelden.
- 76 In het huidige stadium van de procedure valt nog niet af te zien in hoeverre met betrekking tot het betoog van partijen bewijs vereist is en hoe een eventuele bewijsgaring zich in het onderhavige geding zal ontwikkelen. Het is dus ook niet

duidelijk in hoeverre de bovengenoemde problemen in verband met de bewijslast zich zullen voordoen.

- 77 Mocht echter meer bewijs vereist zijn, dan is de bovengenoemde vraag wel aan de orde en moet in het bijzonder worden verduidelijkt van wie een eventueel voorschot op de kosten moet worden geëist en wie het risico draagt mochten bepaalde feiten waarvoor bewijs vereist is niet kunnen worden vastgesteld.
- 78 Aangezien in deze zaak het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is voorgelegd aan het Hof, moet ervan worden uitgegaan dat de gerechtelijke procedure een vertraging oploopt van ten minste twee jaar, totdat het Hof zijn arrest wijst. Aangezien een verder verzoek om een prejudiciële beslissing naar verwachting voor nog eens ten minste twee jaar vertraging zou zorgen, hetgeen voor partijen niet aanvaardbaar is, is het niet mogelijk deze vragen pas in een later stadium van de procedure aan de orde te stellen.
- 79 De relevante vragen kunnen in het verwachte arrest van het Hof zonder meer worden beantwoord. Het zou onverenigbaar zijn met een effectieve rechtsbescherming die in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt geboden (zie artikel 67 VWEU) om de vijfde vraag in het kader van de onderhavige prejudiciële verwijzing niet te stellen.
- 80 Overeenkomstig artikel 267 VWEU worden in beginsel slechts vragen voorgelegd aan het Hof waarvan de beantwoording door de verwijzende rechter noodzakelijk wordt geacht voor het wijzen van het arrest. In casu staat nog niet vast of een antwoord op de vragen absoluut noodzakelijk is. Niettemin is de verwijzende rechter om de hierboven uiteengezette redenen van oordeel dat de vijfde prejudiciële vraag ontvankelijk is.