



Datum van inontvangstneming : 25/03/2026

Zaak C-478/23 *

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:

25 juli 2023

Verwijzende rechter:

Landgericht Duisburg (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

29 juni 2023

Verzoeker:

XK

Verweerster:

Mercedes-Benz Group AG

Voorwerp van het hoofdgeding

In het hoofdgeding vordert verzoeker van verweerster schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad in verband met de aankoop van een voertuig dat volgens hem is uitgerust met verboden manipulatie-instrumenten.

Aard en voorwerp van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Het gaat om een verzoek om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van Unierechtelijke bepalingen. Het verzoek betreft de onderwerpen „harmonisatie van het recht”, „verkeer” en „milieubescherming”.

* Procestaal: Duits.

Prejudiciële vragen

1. Kan een constructieonderdeel in een motorvoertuig dat de temperatuur, de rijsnelheid, het motortoerental, de ingeschakelde versnelling, de inlaatonderdruk of andere parameters meet om op basis van het resultaat van deze meting de parameters van het verbrandingsproces in de motor te wijzigen, ook dan de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening (EG) nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 verminderen en derhalve een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening (EG) nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 vormen, wanneer de wijziging van de parameters van het verbrandingsproces door het constructieonderdeel op basis van het resultaat van de meting weliswaar enerzijds de emissie van een of meer schadelijke stoffen zoals stikstofdioxide verhoogt, maar anderzijds tegelijkertijd de emissie van een of meer andere schadelijke stoffen zoals fijnstof, koolwaterstoffen, koolmonoxide en/of kooldioxide vermindert?
2. Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: onder welke voorwaarden vormt een constructieonderdeel in een dergelijk geval een manipulatie-instrument?
3. Kan een schakeling of regeleenheid in een motorvoertuig die door de erdoor teweeggebrachte wijziging van de parameters van het verbrandingsproces weliswaar enerzijds de emissie van een of meerdere specifieke schadelijke stoffen zoals stikstofdioxide verhoogt, maar anderzijds tegelijkertijd de emissie van een of meer andere schadelijke stoffen zoals fijnstof, koolwaterstoffen, koolmonoxide en/of kooldioxide vermindert, volgens het Unierecht verboden zijn op andere gronden dan de aanwezigheid van een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening (EG) nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007?
4. Indien de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord: onder welke voorwaarden is dit het geval?
5. Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: is volgens artikel 5, lid 2, tweede volzin, onder a), van verordening nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van deze verordening ook toegestaan wanneer het weliswaar niet noodzakelijk is om de motor tegen schade of een ongeval te beschermen, maar wel om de veilige werking van het voertuig te verzekeren?
6. Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: zijn bepalingen van nationaal recht op basis waarvan de koper van een voertuig in een geding met de fabrikant ervan 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 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 en bovendien ook het ontbreken van feiten moet bewijzen op grond waarvan een in

hierboven bedoelde zin aangetoond manipulatie-instrument bij wijze van uitzondering volgens artikel 5, lid 2, tweede volzin, onder a), van verordening nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 is toegestaan, 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 van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007, genoemd in het arrest van het Hof van 21 maart 2023 (zaaknummer C-100/21), 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)?

7. Indien de zesde vraag bevestigend moet worden beantwoord: hoe is naar Unierecht de bewijslast verdeeld in een geding tussen de koper en de fabrikant van een voertuig in geval van een vordering tot schadevergoeding van eerstgenoemde tegen laatstgenoemde wegens de aanwezigheid van een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 in combinatie met feiten op grond waarvan dat manipulatie-instrument bij wijze van uitzondering volgens artikel 5, lid 2, tweede volzin, onder a), van verordening nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 is toegestaan? Kunnen partijen in elk geval ieder aanspraak maken op een lichtere bewijslast, en zo ja, welke, of gelden voor hen eventueel verplichtingen, en zo ja, welke? Indien er verplichtingen gelden: wat zijn de gevolgen van niet-naleving?

8. Indien de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord: zijn bepalingen van nationaal recht op basis waarvan de koper van een voertuig in een geding met de fabrikant ervan ten volle moet bewijzen dat dit is uitgerust met een weliswaar niet als manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 te kwalificeren, maar met een op grond van andere redenen verboden schakeling of regeling zonder dat de tegenpartij 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 van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007, genoemd in het arrest in de zaak C-100/21, voor zover uit deze laatste bepalingen volgt dat de koper van een voertuig, wanneer dat is uitgerust met een verboden schakeling of regeling, recht heeft op een schadevergoeding van de fabrikant (zie punten 91 en 93 van het aangehaalde arrest)?

9. Indien de achtste vraag bevestigend moet worden beantwoord: 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 wegens de aanwezigheid van een verboden schakeling of regeling van de in vraag 8 genoemde soort? Kunnen partijen in elk geval ieder aanspraak maken op een lichtere bewijslast, en zo ja, welke, of gelden

voor hen eventueel verplichtingen, en zo ja, welke? Indien er verplichtingen gelden: wat zijn de gevolgen van niet-naleving?

Toepasselijke bepalingen

Nationale bepalingen

§ 823 van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”) bepaalt:

„1. Hij die met opzet of uit nalatigheid wederrechtelijk inbreuk maakt op het leven, het lichaam, de gezondheid, de vrijheid, de eigendom of enig ander recht van een ander, is ten opzichte van die ander gehouden tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade.

2. Dezelfde verplichting rust op degene die in strijd handelt met een wet die strekt tot bescherming van een andere persoon. Indien het naar de inhoud van de wet ook mogelijk is de wet te overtreden zonder dat iemand daaraan schuld heeft, ontstaat enkel een verplichting tot schadevergoeding indien er sprake is van schuld.”

§ 826 BGB:

„Hij die in strijd met de goede zeden een ander opzettelijk schade toebrengt, is verplicht die schade te vergoeden.”

§ 287 van de Zivilprozessordnung (wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „ZPO”):

„1. Indien partijen het oneens zijn over de vraag of er schade is ontstaan en over de omvang van de schade of het te vergoeden belang, doet de rechter uitspraak op basis van zijn innerlijke overtuiging en rekening houdend met alle omstandigheden. Of en in hoeverre een maatregel van instructie waarvoor een verzoek is ingediend of ambtshalve een deskundigenonderzoek moet worden gelast, wordt aan het oordeel van de rechter overgelaten. De rechter kan degene op wie de bewijslast rust over de schade of het belang horen; § 452, lid 1, eerste volzin, leden 2 tot en met 4, zijn van overeenkomstige toepassing.

2. De bepalingen van lid 1, eerste en tweede volzin, zijn bij vermogensrechtelijke geschillen ook in andere gevallen overeenkomstig van toepassing, voor zover tussen de partijen een geschil bestaat over het bedrag van de vordering en de volledige opheldering van alle hiervoor relevante omstandigheden gepaard gaat met moeilijkheden die in geen verhouding staan tot het belang van het betwiste deel van de vordering.”

Unierecht

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) (hierna: „richtlijn 2007/46”), met name artikel 3, punten 3, 5, 17 en 36, artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46

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) (hierna: „verordening nr. 715/2007”), met name overwegingen 6 en 15, artikel 3, punt 10, artikel 4, leden 1 en 2, artikel 5, en bijlage I

Aangehaalde rechtspraak

Rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie

Arrest van 17 december 2020, CLCV e.a. (Manipulatie-instrument in dieselmotoren), C-693/18, EU:C:2020:1040 (hierna: „arrest CLCV”)

Arrest van 14 juli 2022, GSMB Invest, C-128/20, EU:C:2022:570 (hierna: „arrest GSMB Invest”)

Arrest van 14 juli 2022, Volkswagen, C-134/20, EU:C:2022:571 (hierna: „arrest Volkswagen”)

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 (hierna: „arrest Mercedes-Benz Group”)

Korte weergave van de feiten en de procedure

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geschil tussen verzoeker, een natuurlijke persoon, en verweerster, een autofabrikant, over vorderingen tot schadevergoeding wegens de aanwezigheid van manipulatie-instrumenten en andere constructieonderdelen in een door verzoeker gekochte tweedehandsauto.
- 2 Op grond van een in 2016 gesloten koopovereenkomst heeft verzoeker een tweedehandsauto van het merk Mercedes met een dieselmotor van het type OM 651 gekocht. Verzoeker vordert primair terugbetaling van de koopprijs van het voertuig, na aftrek van de gebruiksvoordelen voor de met het voertuig gereden kilometers, te weten 23 203,36 EUR, vermeerderd met rente, tegen gelijktijdige afgifte van het voertuig en overdracht van de eigendom. Subsidiair stelt hij

vorderingen in die naar zijn mening verband houden met de manipulatie van het voertuig en verzoekt hij om vergoeding van de kosten voor de buitengerechtelijke werkzaamheden van zijn advocaat.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 3 I. Volgens verzoeker is het litigieuze voertuig gebrekkig wegens de installatie van verboden manipulatie-instrumenten (met name een thermovenster en een koelvloeistoftemperatuurregeling).
 - 4 1. Het thermovenster is bedoeld om ervoor te zorgen dat in het voertuig de reiniging van uitlaatgassen bij een buitentemperatuur van minder dan 17 °C en meer dan 30 °C wordt uitgezet. De uitlaatgasrecirculatie wordt daarbij op basis van de luchttemperatuur geregeld, zodat deze bij lage buitentemperaturen in mindere mate dan bij de omgevingstemperaturen op de testbank plaatsvindt, waardoor de uitstoot van stikstofdioxide toeneemt.
 - 5 Met behulp van de in het voertuig gebruikte software wordt de uitlaatgasreiniging geoptimaliseerd voor de temperatuur waarbij de emissiewaarden door het Kraftfahrtbundesamt (federaal bureau voor het verkeer van motorrijtuigen, Duitsland) worden getest. Op de testbank reageert het voertuig op het daarvoor bestemde temperatuurbereik van 10 °C tot 18 °C. Buiten dit temperatuurbereik stoten de voertuigen echter aanzienlijk meer stikstofdioxiden uit dan is toegestaan.
 - 6 Verweerster heeft noch aangegeven dat een manipulatie-instrument is geïnstalleerd noch een verzoek om goedkeuring ervan ingediend. Een goedkeuring zou vereisen dat er geen andere technische oplossingen zijn, hetgeen echter niet het geval is.
 - 7 Volgens § 38, lid 1, van het Bundes-Immissionsschutzgesetz (federale wet inzake de bescherming tegen schadelijke stoffen; hierna: „BImSchG”) moeten voertuigen bij normaal gebruik op de weg aan de wettelijke grenswaarden voor uitlaatgassen voldoen, hetgeen bij het in het geding zijnde voertuig noch op de weg noch op de testbank het geval is. De verklaring van overeenstemming voor het voertuig was onjuist en er bestond geen EU-typegoedkeuring. Dat het litigieuze voertuig niet onder een terugroepactie valt, is niet van belang.
 - 8 2. De koelvloeistoftemperatuurregeling van het litigieuze voertuig herkent aan de hand van verschillende parameters dat het voertuig zich op de testbank bevindt. In dat geval wordt de temperatuur van het koelcircuit zo lang mogelijk op een laag niveau gehouden, bijvoorbeeld door de afstelling van de oliekoeler te wijzigen. Hierdoor wordt de opwarming van de motorolie vertraagd, wat tot een lagere uitstoot van stikstofdioxiden leidt. Indien niet wordt voldaan aan de parameters die zijn gebaseerd op de vereisten van de nieuwe Europese rijcyclus (hierna: „NEDC”) of daarmee identiek zijn, wordt de koelvloeistoftemperatuurregeling uitgezet, waardoor de olietemperatuur stijgt, wat een hogere uitstoot van stikstofdioxiden tot gevolg heeft.

- 9 De koelvloeistoftemperatuurregeling wordt ook geactiveerd, wanneer de genoemde parameters bij normaal gebruik aanwezig zijn. Aangezien een ononderbroken gebruik van dit systeem tot een hogere slijtage van onderdelen zou leiden, is de software zo geprogrammeerd dat enkel op de testbank aan de wettelijke emissiegrenswaarden wordt voldaan, maar deze bij normaal gebruik worden overschreden. Het doel van het instrument is uitsluitend om te herkennen dat het voertuig zich op de testbank zou kunnen bevinden.
- 10 Met de koelvloeistoftemperatuurregeling wordt een volledige uitlaatgasrecirculatie gewaarborgd, wanneer de koelvloeistof bij het starten van de motor een bepaalde temperatuur bereikt die is afgestemd op de voorbereidingsfase voor de NEDC. De situatie van de testbank wordt herkend door middel van een toerentalmeting in verband met de temperatuur van het koelwater. Alleen indien er cumulatief sprake is van de voor de NEDC vereiste lage toerentalwaarden en koelwatertemperatuur, worden de lage emissiewaarden bereikt.
- 11 Uit een deskundigenrapport over een koelvloeistoftemperatuurregeling, zoals die ook in het omstreden voertuig is ingebouwd, waarvan het vermogen en de cilinderinhoud identiek zijn aan die van het onderzochte voertuig, blijkt dat de herkenning van de testbanksituatie alleen actief is, wanneer de omgevingstemperatuur tussen 15 °C en 35 °C en de inlaatluchttemperatuur tussen 15 °C en 35 °C ligt en de luchtdruk van meer dan 800 hPa (hectopascal) bedraagt. Indien slechts aan één van deze parameters niet wordt voldaan, wordt de koelvloeistoftemperatuur permanent op 100 °C ingesteld, zodat het voertuig zich dan niet in de NEDC kan bevinden. Aangezien de regeling van de gewenste koelvloeistoftemperatuur alleen wanneer tegelijkertijd aan alle parameters is voldaan, een optimale vermindering van de uitstoot oplevert, functioneert deze bij het gebruik op de weg niet op dezelfde manier als op de testbank.
- 12 3. Volgens verzoeker is het voertuig dus gebrekkig in de zin van § 434 BGB. Door het feit dat hij het litigieuze voertuig heeft gekocht zonder op de hoogte te zijn van de verboden manipulatiesoftware, die tot een aanzienlijke waardevermindering van zijn voertuig leidt, en daardoor een economisch nadelige overeenkomst heeft gesloten, heeft hij vermogensschade geleden.
- 13 Het schadebrengende feit moet op grond van § 31 BGB ook aan verweerster worden toegerekend, omdat moet worden aangenomen dat de raad van bestuur heeft besloten een manipulatie-instrument in te bouwen of in elk geval dit besluit moet hebben goedgekeurd.
- 14 Verweerster heeft de schade ook met opzet toegebracht, omdat haar medewerkers en de raad van bestuur ervan op de hoogte waren dat het gebruik van het thermovenster verboden is en tenminste op de koop heeft toegenomen dat kopers, zoals verzoeker, schade lijden, teneinde te voorkomen dat niet-verboden, maar aanzienlijk duurere emissiesystemen moeten worden uitgevonden, ontwikkeld of gebruikt en zo kosten te besparen en de winst te maximaliseren.

- 15 Indien hij had geweten dat de uitstoot van stikstofdioxiden van het gekochte voertuig hoger was dan aangegeven en bovendien herstelwerkzaamheden noodzakelijk zijn om geen verlies van de typegoedkeuring te riskeren, had hij het voertuig niet gekocht. Als hij op de hoogte was geweest van het thermovenster, had hij de koopovereenkomst niet gesloten, althans niet onder de overeengekomen voorwaarden.
- 16 Hij heeft geen gevolg gegeven aan het verzoek van verweerster om een software-update te laten uitvoeren, omdat een dergelijke update het gebrek niet kan verhelpen en het voertuig ook na de software-update niet aan de eisen in de vergunning zou voldoen. De software maakte geen deel uit van de procedure voor het verlenen van een EU-typegoedkeuring en het is in dit opzicht onmogelijk om achteraf de overeengekomen toestand tot stand te brengen.
- 17 Verzoeker was op de hoogte van de injectorschade in de motor, die bij andere voertuigen van hetzelfde type kort na de software-update is opgetreden. Daarnaast zijn er nog andere redenen die tegen een software-update spreken. De vermindering van de uitstoot van stikstofdioxiden leidt immers noodzakelijkerwijs tot een toename van de kooldioxide-emissies. Door de software-update neemt bovendien het brandstofverbruik toe. De onvolledige verbranding met meer uitlaatgassen en lagere verbrandingstemperaturen leidt tot vermogensverlies, omdat bij lagere verbrandingstemperaturen ook minder energie vrijkomt. Doordat meer roetdeeltjes in de motorolie terechtkomen, moet de olie vaker worden ververs. Ook na een software-update moeten de aan slijtage onderhevige onderdelen van het voertuig of de motor vaker worden vervangen en neemt de totale levensduur van de motor af.
- 18 Met en zonder software-update is er sprake van een technische en economische waardevermindering van het voertuig. Deze bedraagt minimaal 30 %.
- 19 Als verweerster hem niet had misleid, had hij de auto met de bovengenoemde gebreken niet gekocht. Verweerster moet hem daarom de aankoopprijs terugbetalen, na verrekening met het gebruiksvoordeel.
- 20 II. Volgens verweerster was het litigieuze voertuig op het tijdstip van de risico-overgang niet gebrekkig. Zij heeft verzoeker dus noch opzettelijk in strijd met de goede zeden benadeeld noch misleid.
- 21 1. Het voertuig kan zonder beperkingen worden gebruikt en heeft een geldige EG-typegoedkeuring, die ook in materiële zin rechtsgevolgen heeft. Alleen al om die reden is er geen sprake van schade, temeer daar voor het voertuig een software-update is ontwikkeld en goedgekeurd. De verkoopovereenkomst is voor verzoeker niet economisch nadelig. Door de vermeende gebreken is de auto niet minder waard geworden en de vermeende gebreken hebben evenmin tot een verminderde levensduur geleid.
- 22 Bij de wettelijk voorgeschreven tests voldoet de auto aan de grenswaarden voor stikstofdioxide. Dit is het enige wat telt. De auto is niet met een manipulatie-

instrument uitgerust. Verzoeker heeft niet onderbouwd dat het litigieuze voertuig met een verboden manipulatie-instrument is uitgerust. Dat de emissiewaarden van het voertuig buiten de wettelijk voorgeschreven tests worden overschreven, is geen indicatie dat er een manipulatie-instrument is ingebouwd.

- 23 Vaststaat dat er geen terugroepactie van het Kraftfahrtbundesamt voor het voertuig geldt, dat regelmatig bevestigt dat bij dergelijke voertuigen na een officieel onderzoek geen verboden manipulatie-instrument is aangetroffen.
- 24 In het onderhavige geval is er geen sprake van manipulaties op de testbank, waaraan Volkswagen zich blijkens de rechtspraak kennelijk bij voertuigen van dat merk schuldig heeft gemaakt. In het betrokken voertuig is geen manipulatie-instrument geïnstalleerd dat de testmodus herkent en op de testbank een ander emissiegedrag vertoont dan op de weg.
- 25 2. Uit de opmerkingen van verzoeker over de temperatuurafhankelijke regeling van de uitlaatgasrecirculatie, die bij gebruik op de weg in dezelfde omstandigheden zoals op de testbank werkt en tot een verbetering van de emissies leidt, kan niet worden afgeleid dat er sprake is van een verboden manipulatie-instrument. Het gaat hier namelijk om een industriestandaard die bij de productie van het voertuig bekend was. In de visie van de wetgever behoeft het emissiecontrolesysteem niet bij alle temperaturen even doelmatig te werken. De uitlaatgasreiniging wordt door middel van een dynamische berekening geregeld, waarbij een groot aantal parameters, waaronder regelmatig gemeten temperatuurwaarden, worden meegenomen om een passende vermindering van de totale emissies te bereiken.
- 26 Bij de uitlaatgasrecirculatie wordt niet betwist dat de uitlaatgassen binnen de motor via een systeem van leidingen naar de verbrandingskamer worden teruggevoerd. In dit verband gaat het niet om een constructieonderdeel dat de effectiviteit van het emissiecontrolesysteem vermindert, maar om een voorafgaande maatregel in de motor waarmee het ontstaan van bepaalde emissies reeds wordt verminderd. Indien de uitlaatgasrecirculatie bij te lage temperaturen zou plaatsvinden, zou dit tot onwenselijke afzettingen in de onderdelen leiden. Een herhaald gebruik van de motor in deze toestand kan blijvende schade aan de motor veroorzaken. Ter bescherming van de motor is het dus noodzakelijk om de uitlaatgasrecirculatie naargelang van de temperatuur te reduceren. Omgekeerd kan ook de uitlaatgasreiniging bij hoge temperaturen tot schade aan de motor leiden. Bij dezelfde belasting van de motor neemt bij hogere buitentemperaturen de uitstoot van deeltjes toe als gevolg van een minder volledige verbranding van de brandstof. De toename van de uitstoot van deeltjes verhoogt op haar beurt de noodzaak en dus de frequentie van de regelmatige regeneratie van de roetfilter door het verbranden van de daarin afgezette deeltjes. Het gevolg is dat er meer brandstof in de smeerolie terecht komt, wat de eigenschappen ervan negatief beïnvloedt en wederom tot meer slijtage en op den duur tot schade aan de motor kan leiden.

- 27 De vermindering van een emissiesoort, bijvoorbeeld stikstofdioxide, kan leiden tot een toename van andere emissies, zoals kooldioxide of deeltjes. Tegenstrijdige doelstellingen, namelijk een passende vermindering van verschillende soorten emissies en de bescherming van onderdelen tegen schade, moeten met elkaar in evenwicht worden gebracht.
- 28 c) De koelvloeistoftemperatuurregeling is geen verboden manipulatieve herkenning van de testbanksituatie en vormt volgens de rechtspraak van het Hof geen manipulatie-instrument. Integendeel, deze voldoet aan het door de wetgever beoogde doel om de emissies bij koude start te verminderen, en werkt, zoals ook het Kraftfahrtbundesamt regelmatig in toelichtingen in parallelle procedures bevestigt, op de testbank niet anders dan op de weg.
- 29 De geregelde koelvloeistofthermostaat is binnen de aangegeven grenzen regelmatig tijdens het opwarmen van de motor actief. In dit verband wordt noch uitgegaan van de NEDC, noch de situatie van de testbank. De controleparameters wijken bij het gebruik op de weg niet af, zodat de geregelde koelvloeistofthermostaat ook daar vaak een relatief langere opwarming garandeert en bijgevolg een betere compensatie van stikstofdioxiden en deeltjes en dus ook een grotere vermindering van de uitstoot van stikstofdioxiden tot gevolg heeft.
- 30 Ongeveer 25 % van alle ritten zijn korte ritten die niet onder het toepassingsbereik van de koelvloeistoftemperatuurregeling vallen, omdat de motor aan het einde van de rit nog niet zo ver is opgewarmd dat de koelvloeistof tot 70 °C is opgewarmd. Bij in totaal ongeveer 36 % van alle ritten is er geen verschil in de activering van de koelvloeistofthermostaat, zodat er geen sprake kan zijn van een omschakellogica zoals in de EA 189-motor van het merk Volkswagen.
- 31 Het Kraftfahrtbundesamt heeft het litigieuze voertuig na een uitgebreide testcampagne niet bij de terugroepactie betrokken, omdat de koelvloeistoftemperatuurregeling in dit voertuig voor het voldoen aan de grenswaarden voor stikstofdioxide van de NEDC niet doorslaggevend is, aangezien het zelfs aan de wettelijke grenswaarden voldoet, wanneer de koelvloeistoftemperatuurregeling is uitgezet.
- 32 Voor zover het door verzoeker aangehaalde deskundigenrapport voor het door hem onderzochte voertuig een afhankelijkheid van de emissies van de koelvloeistoftemperatuur heeft vastgesteld, is dit niet verrassend. Het is chemisch-fysisch bepaald dat bij verhoogde motortemperaturen stikstofdioxide wordt uitgestoten, omdat het ontstaan daarvan ervan afhankelijk is bij welke temperaturen de verbranding van de brandstof plaatsvindt. Dat de stikstofdioxide-emissies in de rijomstandigheden aanzienlijk hoger zijn dan na een koude start, wordt in het rapport terecht toegeschreven aan de chemische processen van de verbranding. Uit verhoogde emissies kan op zich niet worden afgeleid dat er een manipulatie-instrument in een voertuig is geïnstalleerd.

- 33 Los daarvan zou de koelvloeistoftemperatuurregeling in ieder geval gerechtvaardigd zijn, omdat het nut ervan beperkt is tot bepaalde bedrijfsomstandigheden en de activeringsvoorwaarden het gebruik van de functie binnen een technisch zinvol toepassingsbereik toestaan. Zo kunnen tijdens het opwarmen van de auto de emissies onder bepaalde bedrijfsomstandigheden worden verminderd zonder dat dit aanzienlijke nadelen voor de motor met zich meebrengt. De koelvloeistoftemperatuurregeling vermindert onder bepaalde bedrijfsomstandigheden tijdens het opwarmen van de motor de streef temperatuur van de koelvloeistofthermostaat van 100 °C tot 70 °C. Indien de regeling daarentegen zonder rekening te houden met de omstandigheden zou worden gebruikt, zou dit risico's met zich meebrengen op het gebied van olieverdunning, afzettingen en smeerverlies. Voor de activering en deactivering houdt de koelvloeistofthermostaat rekening met de temperatuur van de buitenlucht en de inlaatlucht, de omgevingsdruk, de belasting en het toerental, de motorolietemperatuur en een tijdsperiode waarna de regeling uiterlijk wordt gedeactiveerd en die op basis van de koelvloeistoftemperatuur bij het starten van de motor wordt bepaald. De maximaal toegepaste bedrijfsduur is langer dan bij de wettelijke controle. De functie wordt tijdens het rijden niet opnieuw geactiveerd.
- 34 De toepassingsstrategie moet reageren op de verschillende randvoorwaarden bij de verbranding en een optimum voor stikstofdioxide-emissies, deeltjesemissies, geluid en brandstofverbruik onder verschillende randvoorwaarden bereiken.
- 35 Het is technisch niet zinvol om de functie bij een warme motor te gebruiken, omdat in dat geval de koelvloeistoftemperatuur het openingspunt van de thermostaat ook zonder elektrische verwarming overschrijdt. De geregelde koelvloeistofthermostaat kan de opwarming van de koelvloeistof weliswaar vertragen, maar niet in alle rijtsituaties voorkomen. Voor de verhouding van stikstofdioxide- en deeltjesemissies, die met behulp van de geregelde koelvloeistofthermostaat tijdens het opwarmen wordt verbeterd, speelden de lagere temperatuur van de onderdelen en de betere vulling van de cilinder met zuurstof bij koudere temperaturen de doorslaggevende rol. Zodra de motor warm is, verdwijnen deze invloeden. Indien het opwarmen niet alleen wordt vertraagd, maar bij een lange rit met een overeenkomstig lage belasting niet wordt voltooid, zouden de nadelen van een lagere koelvloeistoftemperatuur opwegen tegen de voordelen ervan: de koeling onttrekt voortdurend energie aan de motor, wat tot nadelen bij het verbruik leidt. Zelfs als de motor nog niet op bedrijfstemperatuur is, maar al warm start, dus reeds aanzienlijk warmer is dan de omgevingstemperatuur, heeft het vroegtijdig activeren van de koelvloeistofthermostaat geen noemenswaardig effect meer.
- 36 De koelvloeistoftemperatuurregeling vindt alleen plaats binnen een bepaald bereik van de buitentemperaturen. Bij lage buitentemperaturen kan het systeem meer warmte aan de omgevingslucht afgeven en bovendien wordt energie onttrokken aan de koelvloeistof om het interieur van de auto te verwarmen. Het opwarmen van het systeem wordt dus hoe dan ook vertraagd. Daarom is het bij lage buitentemperaturen niet nodig om de koelvloeistoftemperatuur te verlagen, wat

gepaard gaat met een verhoogd risico op afzettingen. Bij hoge buitentemperaturen kan het systeem minder warmte afgeven. Het mogelijke koelvermogen is dus van meet af aan beperkt. In de regel wordt dan ook de airconditioning ingeschakeld, die energie van de motor nodig heeft en daarmee leidt tot een verdere opwarming van het systeem, zodat het nut van de geregelde koelvloeistofthermostaat bij deze temperaturen aanzienlijk afneemt. In het ergste geval onttrekt de vroegtijdige koeling energie aan de motor, waardoor een hoger vermogen nodig is.

- 37 Vanaf een bepaalde temperatuur van de motorolie wordt de koelvloeistoftemperatuurregeling niet meer geactiveerd. Indien de temperatuur van de motorolie in de motor gelijk is aan de temperatuur van de warme motor, heeft de koelvloeistoftemperatuurregeling geen significant effect. Overigens zou de thermostaat in deze toestand hoe dan ook grotendeels geopend zijn.
- 38 Bij een lage omgevingsdruk wordt de regeling niet toegepast, omdat er minder zuurstof voor de verbranding beschikbaar is, waardoor de verbrandingstemperaturen dalen en het opwarmen sowieso wordt vertraagd. Een verlaging van de gewenste koelvloeistoftemperatuur zou in dit geval overigens leiden tot een verhoogd risico op olieverdunning.
- 39 Ook bij hoge toerentallen en belastingen wordt de functie niet geactiveerd, omdat het lucht-brandstofmengsel met de koelende onderdelen niet lang genoeg in aanraking komt om in een voor de uitstoot relevante mate te worden gekoeld. Bovendien moeten bij hoge vermogensvereisten energieverliezen door de koeling van het voertuig worden vermeden om een hoog brandstofverbruik en de daaruit voortvloeiende extra uitstoot te voorkomen. Indien het rijgedrag op een dynamisch gebruik wijst, wordt de geregelde koelvloeistofthermostaat gedeactiveerd.
- 40 Bij het gebruik van de geregelde koelvloeistofthermostaat voor de maximale bedrijfsduur van de koelvloeistoftemperatuurregeling zijn de risico's die onder andere voortvloeien uit de fysisch-technische grenswaarden van de uitlaatgasrecirculatie, die door de koelvloeistoftemperatuur wordt beïnvloed, bepalend. Hoe langer de geregelde koelvloeistofthermostaat buiten zijn activeringsomstandigheden wordt gebruikt, hoe groter deze risico's worden.
- 41 Enerzijds gaat het om het risico van olieverdunning als gevolg van de regeneratie van het roetfilter, dat met een stijging van de deeltjesemissies toeneemt, omdat het dieselroetfilter daardoor vaker moet worden geregenereerd. Dit leidt tot een verhoogde toevoer van brandstof naar de motor. Hoge deeltjesemissies treden regelmatig bij verbrandingsprocessen op waarbij weinig stikstofdioxide worden uitgestoten, bijvoorbeeld bij hoge uitlaatgasrecirculatiepercentages. Tijdens het vertragen van het opwarmen van de motor door middel van de geregelde koelvloeistofthermostaat kan de uitstoot van stikstofdioxide worden verminderd met een geringere toename van de deeltjesemissies dan het geval zou zijn wanneer vergelijkbaar lagere stikstofdioxide-emissies bij een motor die op bedrijfstemperatuur draait, zouden worden nagestreefd. Tijdens het opwarmen van

de motor zouden andere uitlaatgasrecirculatiepercentages gelden dan bij een warme motor, waarbij de deeltjesuitstoot en het risico van olieverdunning toenemen.

- 42 Bij de verbranding van dieselbrandstoffen ontstaan roetdeeltjes die samen met andere deeltjes schadelijke fijnstof kunnen vormen. De uitstoot daarvan is wettelijk beperkt. Hiermee wordt rekening gehouden door het dieselroetfilter. Ook al is het betreffende voertuig met een dieselroetfilter uitgerust, toch is het zinvol om reeds in de motor te streven naar een zo laag mogelijke deeltjesuitstoot, omdat een hogere deeltjesuitstoot het regeneratie-interval van het dieselroetfilter verkort. Deze moet namelijk regelmatig door verbranding worden geregenereerd om een overbelasting van het dieselroetfilter en ongecontroleerde verbranding van de roetdeeltjes tegen te gaan. Voor de regeneratie zijn uitzonderlijk hoge verbrandingstemperaturen nodig, die worden bereikt door een verbranding met een hoger brandstofverbruik. Door de daarvoor noodzakelijke brandstofinjecties nemen de olieverdunning en het risico op vervuiling van de motoronderdelen en het uitlaatsysteem toe, omdat daarbij meer brandstof aan de wanden van de motorcilinders blijft kleven en op deze manier vanuit de verbrandingskamer in de motorolie terechtkomt. Een te hoge olieverdunning leidt wederom onvermijdelijk tot een verhoogde slijtage van de mechanische motoronderdelen en kan een plotselinge motorstoring veroorzaken. Ook is een overvulling van het oliedruksysteem mogelijk, zodat olie via de carterventilatie door de motor wordt aangezogen. Bovendien neemt de uitstoot van stikstofoxiden door de verhoogde verbrandingstemperaturen kortstondig sterk toe. De regeneratie leidt ook tot een thermische veroudering van het uitlaatsysteem, omdat de zeer hoge temperatuur van de voor de regeneratie noodzakelijke verbranding het materiaal belast. Het aantal regeneraties moet daarom zoveel mogelijk worden beperkt.
- 43 Bovendien kan de brandstof die bij de regeneratie van het dieselroetfilter in de motorolie terechtkomt, bij lagere temperaturen niet in relevante mate uit de motorolie verdampen. De olieverdunning wordt tijdens het gebruik gedeeltelijk gecompenseerd, omdat bij een op bedrijfstemperatuur gebrachte motor de in de motorolie terechtgekomen brandstof verdampt, waardoor de olieverdunning afneemt. Dit technisch gewenste effect gaat echter grotendeels verloren, wanneer de koelvloeistoftemperatuur permanent laag zou zijn. Vanwege het risico op schade aan de motor door de olieverdunning is het technisch niet zinvol om de geregelde koelvloeistofthermostaat permanent te gebruiken.
- 44 Tegelijk bestaat het risico dat het smeervermogen afneemt. Het roetgehalte in de motorolie moet worden beperkt, omdat het smeervermogen van de motorolie afneemt naarmate het roetgehalte toeneemt. Hoe lager het smeervermogen van de motorolie, hoe groter de slijtage op de plaatsen van de motor die gesmeerd moeten worden. Zelfs een lichte toename van het roetgehalte van de motorolie kan ernstige gevolgen voor de slijtage hebben. De roetdeeltjes die in de motorolie terechtkomen, hebben namelijk een „schurende” werking. Vooral bij verbranding met weinig zuurstof kan er meer roet in de motorolie terechtkomen, omdat er door de onvolledige verbranding bijzonder veel roetdeeltjes ontstaan. Het

zuurstofgehalte in de cilinder is onder andere afhankelijk van het uitlaatgasrecirculatiepercentage. Daarom moet bij het gebruik van de uitlaatgasrecirculatie altijd de trade-off tussen deeltjes- en stikstofoxide-emissies in aanmerking worden genomen. De geregelde koelvloeistofthermostaat leidt tot een bijzonder gunstige trade-off, omdat er door de koudere en dus dichtere lucht relatief veel zuurstof beschikbaar is. Deze gunstige trade-off kan ook een positief effect hebben op het risico van roetdeeltjes in de motorolie. Dit voordeel gaat echter verloren wanneer de dichtheid van de inlaatlucht afneemt, bijvoorbeeld bij lage omgevingsdruk of hoge omgevingstemperaturen. Daarnaast neemt de viscositeit van de motorolie bij een stijgende motortemperatuur toe. Bij een permanent verlaagde koelvloeistoftemperatuur neemt het smeervermogen af, omdat de motorolie zich niet in gelijke mate in de motor kan verspreiden en daardoor bepaalde plaatsen mogelijk niet bereikt en niet adequaat smeert.

- 45 Voorts bestaat er het risico van afzettingen. Bij het gebruik van de uitlaatgasrecirculatie bestaat het risico van afzettingen, met name verroeting en verlakking, in de uitlaatgasrecirculatie- en luchtpadcomponenten als gevolg van te lage temperaturen in het uitlaatgasrecirculatiepad. Daarom moet bij het verlagen van de gewenste koelvloeistoftemperatuur en de daarmee gepaard gaande eerdere koeling van de koelvloeistof rekening worden gehouden met de wisselwerking met de uitlaatgasrecirculatie en de daarmee gepaard gaande risico's op afzettingen. De afzettingen kunnen leiden tot vermogensverlies, dat de rijveiligheid van het voertuig beïnvloedt, en aanzienlijke motorschade. Daarom moet er bij het gebruik van de geregelde koelvloeistofthermostaat voor worden gezorgd dat na een koude start en tijdens het opwarmen van de motor de risico's van afzettingen als gevolg van de uitlaatgasrecirculatie zoveel mogelijk worden vermeden. Dit risico is binnen het toepassingsbereik van de geregelde koelvloeistofthermostaat aanvaardbaar, omdat de betere trade-off bij lage koelvloeistoftemperaturen ertoe leidt dat relatief gezien minder deeltjes en koolwaterstoffen achterblijven. Wanneer de geregelde koelvloeistofthermostaat buiten dit toepassingsbereik wordt gebruikt, zou het risico op afzettingen echter aanzienlijk hoger zijn. Schade als gevolg van afzettingen kan niet door onderhoudsmaatregelen, met name een mechanische reiniging, worden voorkomen omdat deze een ingreep in de motor met een ingewikkelde demontage van onderdelen zou vereisen, wat onredelijk zou zijn en verder zou gaan dan wat redelijkerwijs als onderhoud kan worden beschouwd.
- 46 De geïnstalleerde timer is van ondergeschikt belang, aangezien de geregelde koelvloeistofthermostaat in sommige voertuigen nog tijdens de test wordt gedeactiveerd omdat een verdere koeling technisch-fysisch niet zinvol is. Bij gebruik buiten de testbank kan het voertuig door andere omgevingsomstandigheden of de manier van rijden ook sneller opwarmen dan tijdens de test, waardoor de opwarmfase van de motor korter is en de timer nog minder relevant is. Daarnaast eindigt een statistisch relevant deel van alle ritten waarin de functie wordt geactiveerd, sowieso voordat de functie door de timer wordt gedeactiveerd. De maximale duur is afhankelijk van de koelvloeistoftemperatuur bij het starten van de motor. Hoe kouder de

koelvloeistof, hoe langer de regeling binnen de overige activeringsvoorwaarden maximaal actief kan zijn. De maximale looptijd maakt het gebruik van de functie binnen een technisch zinvol toepassingsbereik mogelijk. Als de koelvloeistoftemperatuur bij het starten van de motor al binnen een bereik ligt waarin de functie om de genoemde redenen niet wordt gebruikt, verhindert deze degressieve afhankelijkheid ook de activering. Een dergelijke timer is een nuttig correctief voor functies die alleen in beperkte bedrijfsomstandigheden moeten werken. Het is technisch zinvol om de besturing van het voertuig niet alleen op basis van gemeten waarden, maar ook op basis van een maximale duur af te stemmen. Indien het opwarmen van de motor atypisch lang duurt, kan dit leiden tot een verhoogd risico op overmatige slijtage van het voertuig. Een timer vult dan de fysieke schakelvoorwaarden met een zogenoemde noodstop in de zin van een eenvoudig en veilig correctief aan. Dergelijke timers zijn door verschillende producenten gebruikt. Als de timer stopt, betekent dit overigens niet noodzakelijkerwijs dat het emissiegedrag verandert. Doorslaggevend is veeleer de daadwerkelijke opwarming van de koelvloeistof tijdens de rit, die naargelang van het rijgedrag sneller of langzamer verloopt.

- 47 De functie wordt tijdens het rijden niet opnieuw geactiveerd. Het is binnen een ontstekingscyclus uiterst onwaarschijnlijk dat de motor tot een relevant temperatuurbereik, dat wil zeggen met een geoptimaliseerde trade-off, afkoelt, nadat de motor eenmaal op bedrijfstemperatuur is gebracht. Daarom vindt er binnen een ontstekingscyclus ook slechts één opwarmfase plaats waarin van de regeling gebruik wordt gemaakt.
- 48 Verweerster stelt dat zij zich niet schuldig heeft gemaakt aan misleiding van het Kraftfahrtbundesamt en evenmin in strijd met de goede zeden heeft gehandeld, omdat zij met betrekking tot de stikstofdioxide-emissies en de wettelijke conformiteit van een juiste, althans te rechtvaardigen rechtsopvatting is uitgegaan, hetgeen opzet of handelen in strijd met de goede zeden uitsluit. Het standpunt dat een thermovenster toegestaan is, is juist en op zijn minst verdedigbaar. Zij is ervan uitgegaan en mocht ervan uitgaan dat een temperatuurafhankelijke uitlaatgasregeling niet als manipulatie-instrument kan worden aangemerkt en in elk geval is toegestaan om de motor te beschermen. Bovendien heeft verzoeker, hoewel de bewijslast op hem rust, niet onderbouwd welk concreet onrechtmatig gedrag hij welke vertegenwoordiger van verweerster verwijt.
- 49 Verweerster verklaart dat zij niet weet wat de redenen voor de aankoop van verzoeker waren. Dat verzoeker zich in het kader van zijn aankoopbeslissing een beeld van de uitlaatgasreiniging van het voertuig heeft gevormd, wordt betwist. Zij was hiervan niet op de hoogte en volgens verweerster is dit onwaarschijnlijk.
- 50 Voor het overige heeft verzoeker het litigieuze voertuig pas gekocht nadat de „dieselkwestie” in 2015 aan het licht kwam, namelijk op 13 september 2019. Uit het gedrag van verweerster ten opzichte van verzoeker na het bekend worden van de beschuldigingen van manipulatie tegen Volkswagen en de daaropvolgende

discussie over de „dieselkwestie” blijkt dat zij niet in strijd met de goede zeden heeft gehandeld.

- 51 De voordelen die verzoeker, die geen aanspraken jegens verweerster geldend kan maken, heeft genoten, moeten in elk geval in mindering worden gebracht. Uit ervaring blijkt dat verzoeker, indien hij het litigieuze voertuig niet had gekocht, een ander voertuig zou hebben gekocht. Bij de berekening van de schade moet rekening worden gehouden met de tussentijdse waardevermindering van een dergelijk hypothetisch ander voertuig.
- 52 Aangezien verzoeker in het hoofdgeding geen aanspraken geldend kan maken, kan hij evenmin vergoeding van de advocatenkosten vorderen.

Motivering van de prejudiciële verwijzing

- 53 Het antwoord op de prejudiciële vragen hangt af van de vraag of het beroep moet worden verworpen dan wel gedaagde, in voorkomend geval na de maatregel van instructie, in het ongelijk moet worden gesteld.
- 54 Er zou ervan kunnen worden uitgegaan dat verweerster uit hoofde van § 823, lid 2, en § 31 BGB juncto artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, artikel 46 en artikel 3, punt 36, van richtlijn 2007/46 verplicht is een schadevergoeding te betalen wanneer verzoekers voertuig zou zijn uitgerust met een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007 en/of in ieder geval met een om andere redenen verboden schakeling of regeling die de uitstoot ervan beïnvloedt.
- 55 In dat geval zou verweerster een onjuist certificaat van overeenstemming als bedoeld in artikel 3, punt 36, van richtlijn 2007/46 hebben afgegeven. Het certificaat van overeenstemming bewijst namelijk overeenkomstig de genoemde bepaling dat het voertuig op het ogenblik van de productie aan alle regelgevingen voldoet, hetgeen echter niet juist is. Daarmee heeft verweerster in strijd met artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46 van die richtlijn gehandeld.
- 56 Aangezien artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46 van richtlijn 2007/46 er volgens de rechtspraak van het Hof ook toe strekken individuele bescherming te bieden aan elke koper van een voertuig waarvoor een certificaat van overeenstemming moet worden afgegeven (zie arrest Mercedes-Benz Group), zou deze schending van het recht leiden tot een schadevergoedingsplicht van verweerster volgens het toepasselijke Duitse recht op grond van § 823, lid 2, en § 31 BGB.
- 57 De schade van verzoeker zou er in voorkomend geval in bestaan dat hij het litigieuze voertuig voor een prijs heeft gekocht die het vanwege de niet-naleving van de wettelijke voorschriften niet waard zou zijn, en hij daardoor een financiële schade zou hebben geleden. De schade is het gevolg van de niet-naleving van de wet door verweerster, omdat het voertuig zonder de afgifte van het onjuiste

certificaat van overeenstemming niet zou zijn goedgekeurd en niet in het verkeer zou zijn gebracht en dus niet door verzoeker zou zijn gekocht.

- 58 De niet-naleving van de wettelijke voorschriften zou in ieder geval het gevolg zijn van nalatig handelen van verweerster. Zij had zich er door middel van bindende verklaringen of maatregelen op Europees niveau (bijvoorbeeld door een verzoek bij de Europese Commissie of bij het Duitse federale ministerie van Verkeer) van moeten vergewissen of de door haar in het verkeer gebrachte voertuigen en de daarin geïnstalleerde, voor de emissies relevante regelingen en schakelingen volgens het Unierecht toegestaan zijn, en anders moeten afzien van het in het verkeer brengen van dieselveertuigen die onder de emissienorm Euro 5 vallen en met voor hun emissies relevante schakel- of regelingsapparatuur waren uitgerust, en een certificaat van overeenstemming in de zin van artikel 3, punt 36, van richtlijn 2007/46 moeten bijvoegen. Dat verweerster zich een eigen mening over de in casu gerezen kwesties heeft gevormd en daarnaar heeft gehandeld, volstaat niet. Door geen gebruik te maken van een van de bovengenoemde mogelijkheden, heeft verweerster de zorgvuldigheid geschonden die op grond van richtlijn 2007/46 ook jegens de kopers van haar voertuigen op haar rust, en daarmee nalatig gehandeld, waardoor de kopers van voertuigen met verboden schakel- of regelingsapparatuur, die de uitstoot beïnvloeden, ook een schade is ontstaan.
- 59 Eerste en tweede vraag: Indien het in het voertuig ingebouwde constructieonderdeel dat de temperatuur, de rijsnelheid, het motortoerental, de ingeschakelde versnelling, de inlaatonderdruk of andere parameters meet om op basis van het resultaat van deze meting de parameters van het verbrandingsproces in de motor te wijzigen, de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening (EG) nr. 715/2007 vermindert en derhalve een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening (EG) nr. 715/2007 vormt, is de vordering deels gegrond, indien de uitschakeling van de verlaging van de gewenste koelvloeistoftemperatuur op basis van bepaalde parameters niet om de in artikel 5, lid 2, tweede volzin, onder a), van de verordening genoemde redenen noodzakelijk is.
- 60 Hetzelfde geldt indien de hierboven besproken regeling van de gewenste koelvloeistoftemperatuur om andere redenen op grond van het Unierecht verboden is. Bijvoorbeeld is niet duidelijk of de grenswaarden voor stikstofdioxide-emissies voor dieselveertuigen die onder de Euro 5-norm vallen, alleen van toepassing zijn wanneer een dieselveertuig na een koude start wordt gebruikt onder omstandigheden die bij een test volgens de NEDC gelden, of ook in andere gevallen.
- 61 Derde en vierde vraag: Het antwoord op de vragen of, en zo ja onder welke voorwaarden, de in casu aan de orde zijnde regeling van de koelstoftemperatuur en dus de opening van het grote koelcircuit vanuit andere aspecten dan het bestaan van een manipulatie-instrument verboden is, kan voor het onderhavige geding eventueel van groot belang zijn, omdat manipulatie-instrumenten krachtens artikel 5, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 715/2007 bij wijze van

uitzondering zijn toegestaan. Indien de reden van een eventuele onrechtmatigheid van de litigieuze regeling niet of niet alleen in het feit is gelegen dat het om een manipulatie-instrument gaat, bestaat er geen enkele rechtvaardiging voor de regeling op grond van artikel 5, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 715/2007.

- 62 Indien er daarentegen van wordt uitgegaan dat het hierboven beschreven constructieonderdeel weliswaar de uitstoot van een bepaalde schadelijke stof of meerdere schadelijke stoffen, bijvoorbeeld stikstofdioxide, verhoogt, maar daardoor de uitstoot van een bepaalde schadelijke stof of meerdere schadelijke stoffen, zoals deeltjes, koolwaterstoffen, koolmonoxide, kooldioxide en/of methaan, vermindert, en dat dit constructieonderdeel ook vanuit andere aspecten van het Unierecht niet verboden is of alleen onder bepaalde voorwaarden verboden is, kan verweerster slechts in bepaalde omstandigheden – indien überhaupt – tot schadevergoeding aan verzoeker worden veroordeeld.
- 63 Het is juist dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat een temperatuurafhankelijke regeling van de uitlaatgasrecirculatie die enkel binnen het thermovenster waarborgt dat aan de in verordening nr. 715/2007 vastgestelde emissiegrenswaarden worden voldaan, moet worden beschouwd als een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van die verordening en een dergelijk instrument slechts in zeer specifieke omstandigheden is toegestaan (arresten GSMB Invest, Volkswagen en CLCV). Voor zover kan worden vastgesteld, heeft het Hof in het licht van de in casu aan de orde zijnde problematiek echter nog geen uitspraak gedaan over de vraag of er sprake is van een vermindering van de doeltreffendheid van het emissiecontrolesysteem.
- 64 In punt 36 van het arrest GSMB Invest heeft het Hof enkel vastgesteld dat een dergelijke software die betrekking heeft op de werking van het emissiecontrolesysteem en de doelmatigheid ervan vermindert, een „constructieonderdeel” in de zin van die bepaling vormt. Volgens de verwijzende rechter wordt hier de eerst nog vast te stellen premisse geformuleerd dat de doeltreffendheid van het emissiecontrolesysteem wordt verminderd, zonder rekening te houden met de tegengestelde effecten van de wijzigingen van de verbrandingsparameters voor de verschillende soorten emissies.
- 65 Uit het arrest Mercedes-Benz Group kan volgens de verwijzende rechter hoe dan ook niet worden afgeleid dat het aspect van de tegengestelde effecten van de door de regeling van de uitlaatgasrecirculatie bereikte wijzigingen van de verbrandingstemperatuur aan het Hof is voorgelegd en de opmerkingen in punt 58 van dat arrest ook met inachtneming van deze problematiek onbeperkt van toepassing zijn.
- 66 De verwijzende rechter kan ook, gezien het feit dat voor bepaalde emissiegrenswaarden in acht moeten worden genomen, niet uitsluiten dat de hier aan de orde zijnde regeling van de uitlaatgasrecirculatie ook onder andere gezichtspunten volgens de bepalingen van het Unierecht, met name die betreffende de

grenswaarden voor bepaalde emissies, in ieder geval onder bepaalde voorwaarden verboden is, hetgeen in voorkomend geval tot een schadevergoedingsplicht van verweerster jegens verzoeker leidt.

- 67 Vijfde vraag: Gelet op de door het Hof gebruikte formulering in de arresten GSMB Invest (punt 61) en Volkswagen (punt 73), vraagt de verwijzende rechter zich af of de bescherming van de motor tegen schade of ongevallen een manipulatie-instrument alleen rechtvaardigt, wanneer deze noodzakelijk is om de veilige werking van het voertuig te verzekeren. De concrete achtergrond van deze vraag is dat de verwijzende rechter uit verklaringen van deskundigen in een andere rechtszaak heeft opgemaakt dat de overmatige vorming van roetdeeltjes onder bepaalde omstandigheden, zij het in zeer zeldzame gevallen, ertoe kan leiden dat het dieselroetfilter tijdens het regeneratieproces ontbrandt en het voertuig in brand vliegt.
- 68 Zesde tot en met de negende vraag: Er moet reeds nu mee rekening worden gehouden dat een maatregel van instructie noodzakelijk en mogelijk kostbaar kan zijn en uiteindelijk bepaalde voorwaarden voor de aanwezigheid of de toelaatbaarheid van een manipulatie-instrument in het voertuig van verzoeker niet kunnen worden bewezen of weerlegd. In dat geval rijst de vraag op wie de bewijslast voor de betreffende voorwaarden rust. Deze vraag houdt nauw verband met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.
- 69 Volgens het Duitse recht moet de koper van een voertuig in een geding met de fabrikant over een schadevergoeding wegens de vermeende installatie van verboden schakelingen of regelingen, ook al heeft hij het voertuig van de fabrikant gekocht, in geval van betwisting alle feitelijke omstandigheden voor het bestaan van een manipulatie-instrument of om andere redenen verboden schakelingen of regelingen in het gekochte voertuig ten volle bewijzen. Zelfs indien vaststaat dat er een manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, van verordening nr. 715/2007 is ingebouwd, moet de koper in het geding met de fabrikant over de uit dien hoofde verschuldigde vergoeding in geval van betwisting de voorwaarden voor een bij wijze van uitzondering geoorloofd manipulatie-instrument overeenkomstig artikel 5, lid 2, tweede volzin, onder a), van deze verordening weerleggen, ook al heeft hij het voertuig van de fabrikant gekocht. In een dergelijk geding moet de koper van het voertuig namelijk in geval van betwisting naar Duits recht bewijzen dat er sprake is van schade en tevens een beschermingswet (zie § 823, lid 2, BGB) of een contractuele of precontractuele verplichting van de fabrikant als medecontractant is geschonden. Schade, schending van de wet en tekortkoming in de nakoming veronderstellen telkens dat een verboden schakeling of regeling is geïnstalleerd.
- 70 Zonder overlegging van documenten en openbaarmaking van de programmering, waartoe verweerster naar Duits recht niet verplicht is, zodat zij ook geen nadelen ondervindt, wanneer zij dit achterwege laat, kan al de aanwezigheid van een manipulatie-instrument of andere verboden schakelingen of regelingen hooguit door middel van zeer dure tests worden bewezen.

- 71 Indien zelfs betreffende een bij wijze van uitzondering geoorloofd manipulatie-instrument overeenkomstig artikel 5, lid 2, tweede volzin, onder a), van verordening nr. 715/2007 bewijs moet worden vergaard, zal de koper het bewijs van het tegendeel waartoe hij volgens Duits recht verplicht is, met name wanneer hij niet over documenten beschikt en de programmering niet bekend is, in veel gevallen in de praktijk niet kunnen leveren.
- 72 Het is onduidelijk of deze bevinding volgens het Duitse recht verenigbaar is met het beginsel van doeltreffendheid van het Unierecht, zoals neergelegd in artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46 van richtlijn 2007/46, voor zover volgens deze bepalingen de koper van een voertuig, indien in dat voertuig een verboden manipulatie-instrument is ingebouwd, recht heeft op schadevergoeding van de fabrikant (zie arrest Mercedes-Benz Group, punten 91 en 93).