



Datum van
inontvangstneming

:

29/12/2023

Zaak C-666/23

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:

9 november 2023

Verwijzende rechter:

Landgericht Ravensburg (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

27 oktober 2023

Verzoekende partij:

EL

CM

BT

JF

DS

Verwerende partij:

Volkswagen AG

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Verordening (EG) nr. 715/2007 – Dieselmotorvoertuig – Uitlaatgasrecirculatie – Thermovenster – Hypothetische goedkeuring – Schadevergoeding – Berekening

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Kan de vordering tot schadevergoeding van de koper van het voertuig jegens de fabrikant wegens nalatigheid bij het in de handel brengen van een voertuig met een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 715/2007 worden afgewezen op grond:

a) dat er sprake is van een onvermijdelijke rechtsdwaling van de fabrikant?

Zo ja:

b) dat de rechtsdwaling voor de fabrikant van het voertuig onvermijdelijk is omdat de voor de EG-typegoedkeuring of voor daarop aansluitende maatregelen verantwoordelijke autoriteit het geïnstalleerde manipulatie-instrument daadwerkelijk heeft goedgekeurd?

Zo ja:

c) dat de rechtsdwaling voor de fabrikant van het voertuig onvermijdelijk is omdat de rechtsopvatting van de fabrikant over artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 715/2007 zou zijn bevestigd door de voor de EG-typegoedkeuring of voor daarop aansluitende maatregelen verantwoordelijke autoriteit indien navraag was gedaan (hypothetische goedkeuring)?

2. Dient de fabrikant van het voertuig die een software-update heeft uitgevoerd, de eigenaar van het voertuig schadevergoeding te betalen indien deze schade lijdt ten gevolge van een bij de software-update geïnstalleerd verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 715/2007?

3. Is het met het Unierecht verenigbaar dat, wat betreft de vordering tot schadevergoeding jegens de fabrikant van het voertuig wegens nalatigheid bij het in de handel brengen van een voertuig met een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 715/2007,

a) in verband met het recht van de koper van het voertuig op de zogenoemde *kleine* schadevergoeding het bedrag van de schadevergoeding wordt verminderd met de voordelen die de koper heeft van het gebruik van het voertuig, voor zover deze voordelen samen met de restwaarde hoger zijn dan de betaalde koopprijs minus dat bedrag van de schadevergoeding?

- b) het recht van de koper van het voertuig op de zogenoemde *kleine* schadevergoeding ten hoogste 15 % van de betaalde koopprijs bedraagt?

Unierechtelijke bepalingen

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), met name artikel 5, lid 2

Nationale bepalingen

Bürgerliches Gesetzbuch (burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”), met name § 276, § 823 en § 826

Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung) (besluit inzake de EU-typegoedkeuring van motorvoertuigen en aanhangwagens daarvan en van systemen, onderdelen en technische eenheden die voor dergelijke voertuigen zijn bestemd; hierna: „EG-FGV”), met name § 6 en § 27

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 Aan het verzoek om een prejudiciële beslissing liggen vijf zaken ten grondslag die, hoewel ze niet identiek zijn, slechts door nuances van elkaar verschillen.
- 2 Eerste procedure: De VW T6 Multivan Comfortline 2.0 TDI is door verweerster in de handel gebracht met een dieselmotor van het type EA288. Bij het voertuig wordt de uitlaatgasrecirculatie buiten een zogenoemd thermovenster naargelang van de lagere buitentemperaturen gereduceerd. Dit leidt tot een hogere uitstoot van NO_x (stikstofoxide) tijdens het gebruik van het voertuig buiten het thermovenster. Verzoeker heeft de auto voor 45 944,39 EUR van verweerster gekocht. Hij heeft een aanbetaling van 15 000 EUR gedaan en de rest met een lening gefinancierd. Inmiddels heeft hij de auto verkocht.
- 3 Verzoeker is van mening dat hem opzettelijk en in strijd met de goede zeden schade is toegebracht. Volgens hem is het thermovenster een verboden manipulatie-instrument en wordt de uitlaatgasrecirculatie vanaf een temperatuur van +20 graden Celsius gereduceerd. Verzoeker vordert betaling van 8 709,30 EUR (aankoopprijs van 45 944,39 EUR verminderd met het gebruiksvoordeel van 10 245,60 EUR voor gereden 66 900 km en de verkoopopbrengst van 31 000 EUR

te vermeerderen met de financieringskosten van 4 010,51 EUR) en, subsidiair, betaling van 6 891,66 EUR (= 15 % van de aankoopprijs).

- 4 Verweerster concludeert tot afwijzing van de vordering. Verweerster stelt dat de aanspraken uit de overeenkomst zijn verjaard. Wat het thermovenster betreft, stelt verweerster dat de uitlaatgasrecirculatie geleidelijk vanaf een omgevingstemperatuur van ongeveer +12 graden Celsius wordt gereduceerd. Volgens verweerster is het thermovenster toegestaan, omdat het nodig is om de veilige werking van het voertuig te verzekeren. Verweerster stelt volledigheidshalve een onvermijdelijke rechtsdwaling en beroept zich hierbij op een hypothetische goedkeuring van het Kraftfahrtbundesamt (federaal bureau voor het verkeer van motorrijtuigen, Duitsland).
- 5 Tweede procedure: De VW T6 Multivan 2.0 TDI is met een door verweerster geproduceerde dieselmotor van het type EA288 in de handel gebracht. Verzoeker heeft het voertuig voor 49 950 EUR met een kilometerstand van 9 350 km gekocht. Het is onbetwist dat bij de aankoop van het voertuig van verzoeker een testbankherkenning aanwezig was; deze is echter op 10 oktober 2017 door een software-update verwijderd. Het is ook onbetwist dat er een thermovenster aanwezig was (en is). Dit leidt tot een hogere uitstoot van NOx tijdens het gebruik van het voertuig buiten het thermovenster.
- 6 Verzoeker is van mening dat hem door het bestaan van verboden manipulatie-instrumenten opzettelijk en in strijd met de goede zeden schade is toegebracht. Hij vordert betaling van een bedrag van 8 938 EUR (= 20 % van de bruto aankoopprijs) en, subsidiair, een aan het oordeel van de rechter overgelaten schadevergoeding, met een minimum van 6 703,50 EUR (= 15 % van de aankoopprijs).
- 7 Verweerster geeft toe dat de oorspronkelijk geïnstalleerde testbankherkenning door de software is gebruikt om de uitlaatgasrecirculatie buiten de NEDC bij het bereiken van een bedrijfstemperatuur van 200 graden Celsius te reduceren. Vanaf deze bedrijfstemperatuur draagt het SCR-systeem echter aanzienlijk tot de NOx-vermindering bij, zodat niettemin aan de grenswaarden wordt voldaan. Met betrekking tot het thermovenster stelt verweerster dat een reductie beneden een omgevingstemperatuur „van ongeveer +12 graden Celsius” plaatsvindt. Volgens verweerster is het thermovenster toegestaan, omdat het nodig is om de veilige werking van het voertuig te verzekeren. Verweerster stelt volledigheidshalve een onvermijdelijke rechtsdwaling en beroept zich hierbij op een hypothetische goedkeuring van het Kraftfahrtbundesamt.
- 8 Derde procedure: De feiten van de derde procedure komen in wezen overeen met die van de tweede procedure.
- 9 Vierde procedure: Het voertuig VW Golf 2.0 TDI is met een door verweerster geproduceerde dieselmotor van het type EA288 in de handel gebracht. Het is onbetwist dat bij het voertuig een testbankherkenning aanwezig is. Verzoekster

heeft het voertuig voor 10 000 EUR met een kilometerstand van 107 000 km gekocht.

- 10 Verzoekster is van mening dat verweerster haar opzettelijk en in strijd met de goede zeden schade heeft toegebracht. Volgens haar is de werkwijze van de testbankherkenning verboden en zij meent dat er daarnaast sprake is van een verboden thermovenster. Verzoekster vordert betaling van een bedrag van 9 258,60 EUR (aankoopprijs van 10 000 EUR verminderd met de gebruiksvergoeding van 741,40 EUR voor de 14 309 km die zij bij het instellen van het beroep was gereden) tegen de overhandiging en eigendomsoverdracht van het voertuig en, subsidiair, een schadevergoeding van 1 500 EUR (= 15 % van de aankoopprijs).
- 11 Verweerster concludeert tot verwerping van de vordering. Verweerster erkent dat de testbankherkenning door de software wordt gebruikt om ervoor te zorgen dat de NSK (= NO_x-opslagkatalysator) vóór een testrit volledig regenereert en binnen de NEDC op chronologisch precies vastgelegde punten regenereert. Bovendien wordt de temperatuur van de NSC binnen de NEDC onmiddellijk vóór de eerste NSC-regeneratie verhoogd. Dit alles heeft echter geen meetbare gevolgen voor de NO_x-emissies. Zelfs indien de NO_x-emissies zonder deze functies verhoogd zouden zijn, zouden de grenswaarden niet worden overschreden. Volgens verweerster is het thermovenster toegestaan. In dit verband stelt verweerster dat de uitlaatgasrecirculatie tussen -24 graden Celsius en +70 graden Celsius dankzij het zeer geavanceerde uitlaatgasrecirculatiesysteem voor 100 % actief is. Verweerster stelt volledigheidshalve een onvermijdelijke rechtsdwaling en beroept zich hierbij op een hypothetische goedkeuring van het Kraftfahrtbundesamt.
- 12 Vijfde procedure: Het voertuig VW Sharan 2.0 TDI is met een door verweerster geproduceerde dieselmotor van het type EA189 in de handel gebracht. De motor was uitgerust met een verboden manipulatie-instrument (testbankherkenning met „omschakelsysteem”). Bij besluiten van 14 en 15 oktober 2015 heeft het Kraftfahrtbundesamt verweerster gelast om dit verboden manipulatie-instrument in de door haar in de handel gebrachte voertuigen te verwijderen. Verzoeker heeft het voertuig voor 32 000 EUR met een kilometerstand van 14 915 km gekocht. Op 7 maart 2017 is een door verweerster ontwikkelde en door het Kraftfahrtbundesamt goedgekeurde update in het voertuig uitgevoerd. Met de update is een thermovenster bij het voertuig geïnstalleerd. Dit leidt tot hogere NO_x-emissies tijdens het gebruik van het voertuig buiten het thermovenster.
- 13 Verzoeker is van mening dat verweerster hem opzettelijk en in strijd met de goede zeden schade heeft toegebracht. Hij vordert betaling van een aan het oordeel van de rechter overgelaten schadevergoeding van minimaal 4 800 EUR (= 15 % van de aankoopprijs) en vaststelling dat verweerster verzoeker schadeloos dient te stellen voor de schade die verzoeker lijdt door de installatie van een temperatuurafhankelijk manipulatie-instrument.

- 14 Verweerster concludeert tot verwerping van de vordering. Verweerster beroept zich volledigheidshalve op verjaring van de vordering. Met betrekking tot het thermovenster stelt verweerster dat de uitlaatgasrecirculatie pas onder + 10 graden Celsius wordt gereduceerd. Dit is nodig om een veilig gebruik van het voertuig te verzekeren. Verweerster wijst er verder op dat in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) van 14 juli 2022, GSMB Invest (C-128/20, EU:C:2022:570), bij de voertuigen van verweerster met een identiek thermovenster (na update van het motormanagementsysteem voor het motortype EA189) is uitgegaan van een temperatuurbereik van het thermovenster tussen +15 en +33 graden Celsius „buitentemperatuur”. Volgens verweerster is dit echter te wijten aan bindende feitelijke vaststellingen van de verwijzende rechters die niet overeenkomen met de werkelijke omstandigheden. Verweerster stelt volledigheidshalve een onvermijdelijke rechtsdwaling en beroept zich hierbij op een hypothetische goedkeuring van het Kraftfahrtbundesamt.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 15 Opmerkingen: In de eerste, tweede en derde procedure was waarschijnlijk telkens een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 715/2007 bij de aankoop van het voertuig aanwezig. In het kader van de vijfde procedure is een verboden manipulatie-instrument met de update geïnstalleerd. In de vierde procedure is de testbankherkenning een sterke aanwijzing voor het bestaan van een verboden manipulatie-instrument.
- 16 Bij de voertuigen in de eerste, tweede, derde en vijfde procedure wordt de uitlaatgasrecirculatie uiterlijk vanaf een omgevingstemperatuur van +10 graden Celsius gereduceerd en is er daarom volgens de verwijzende rechter sprake van een verboden thermovenster dat ook niet bij wijze van uitzondering op grond van artikel 5, lid 2, onder a), van verordening nr. 715/2007 is toegestaan.
- 17 Bovendien wordt in de eerste, de tweede en de derde procedure waarschijnlijk evenmin aan het aanvullende criterium van artikel 5, lid 2, tweede volzin, onder a), van verordening nr. 715/2007 voldaan dat een manipulatie-instrument niet het grootste deel van het jaar actief mag zijn, aangezien de uitlaatgasrecirculatie bij de voertuigen in de drie genoemde procedures uiterlijk vanaf een omgevingstemperatuur van ongeveer +12 graden Celsius wordt gereduceerd. De gemiddelde jaartemperatuur in Duitsland ligt echter onder ongeveer +12 graden Celsius.
- 18 In de vierde procedure wordt betwist of het thermovenster en/of de testbankherkenning een toename van de emissies onder normale rijomstandigheden tot gevolg hebben. In deze procedure staat daarom niet vast dat er sprake is van een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 3, punt 10, en artikel 5, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 715/2007, ook al vormt de testbankherkenning een sterke aanwijzing daarvoor.

- 19 Voor een recht op schadevergoeding krachtens § 826 van het Bürgerliche Gesetzbuch (burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”) moet de schadeveroorzaker opzettelijk en objectief in strijd met de goede zeden hebben gehandeld. Dit is echter waarschijnlijk niet het geval in de voorgelegde zaken.
- 20 In de voorgelegde zaken kunnen de kopers van de voertuigen echter recht hebben op een schadevergoeding op grond van § 823, lid 2, BGB. Volgens de recente rechtspraak van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland; hierna: „BGH”) beschermt § 823, lid 2, BGB, gelezen in samenhang met § 6, lid 1, en § 27, lid 1, EG-FGV, het belang van de koper van een voertuig om geen financiële schade te lijden als gevolg van een schending van de Europese emissiewetgeving door de fabrikant.
- 21 In de eerste, tweede, derde en vijfde procedure is er in de vorm van een verboden thermovenster sprake van een schending van de Europese emissiewetgeving door verweerster en in de vierde procedure bestaat er daarvoor een sterke aanwijzing in de vorm van de testbankherkenning.
- 22 Voor het recht op schadevergoeding moet de fabrikant met betrekking tot het manipulatie-instrument op zijn minst nalatig hebben gehandeld. De schuld van de fabrikant wordt verondersteld. De fabrikant kan zich echter vrijpleiten door omstandigheden aan te voeren die zijn gedrag bij wijze van uitzondering niet nalatig doen lijken en door deze te bewijzen. Volgens de rechtspraak van het BGH kan de fabrikant zich met name beroepen op een onvermijdbare rechtsdwalings door een rechtsdwalings als zodanig en ook de onvermijdelijkheid ervan concreet aan te tonen en te bewijzen. Hierop heeft de eerste prejudiciële vraag betrekking.
- 23 In de vijfde procedure is het recht op schadevergoeding als gevolg van het bij het in de handel brengen en de aankoop aanwezige manipulatie-instrument (testbankherkenning met „omschakelsysteem”) verjaard. Na de installatie van de door verweerster ter beschikking gestelde update in de vorm van het thermovenster beschikt het voertuig echter over een nieuw verboden manipulatie-instrument. Het is de vraag of de eigenaar van een voertuig recht heeft op schadevergoeding van de fabrikant, indien hem schade wordt toegebracht door een met een update geïnstalleerd manipulatie-instrument. Dit is het voorwerp van de tweede prejudiciële vraag.
- 24 Het recht op schadevergoeding krachtens § 823, lid 2, BGB, gelezen in samenhang met § 6, lid 1, en § 27, lid 1, EG-FGV, is volgens de rechtspraak van het BGH gericht op de zogenoemde *kleine* schadevergoeding, dat wil zeggen de betaling van een geldbedrag. Er kan geen terugbetaling van de aankoopprijs tegen overhandiging en eigendomsoverdracht van het voertuig (zogenoemde *grote* schadevergoeding) worden gevorderd. Bovendien bepaalt het BGH dat de voordelen van het gebruik van het voertuig dienen te worden verrekend, indien deze samen met de restwaarde hoger zijn dan de betaalde aankoopprijs, verminderd met het bedrag van de schadevergoeding. Hierop heeft de derde prejudiciële vraag betrekking.

- 25 Meer bepaald met betrekking tot de prejudiciële vragen: De eerste vraag: Een uitsluiting van aansprakelijkheid wegens rechtsdwaling is slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Onwetendheid ontslaat niet van aansprakelijkheid. Zelfs een onjuiste voorspelling over wat een rechter in een mogelijke aansprakelijkheidszaak als nalatig zal beschouwen, rechtvaardigt geen verschoonbare rechtsdwaling. De schadeveroorzaker moet er altijd mee rekening houden dat een rechter zijn zorgvuldigheidsmaatregelen als ontoereikend zal beschouwen. Van een onvermijdelijke rechtsdwaling is er alleen sprake indien een redelijke persoon niet had kunnen verwachten dat zijn gedrag in de toekomst door een rechter als plichtsverzuim zou kunnen worden beoordeeld.
- 26 Volgens de rechtspraak van het BGH is de dwaling van de fabrikant die specifiek betrekking heeft op een manipulatie-instrument, onvermijdelijk, indien een fabrikant een daadwerkelijke EG-typegoedkeuring voor het gebruikte verboden manipulatie-instrument met alle volgens artikel 5, lid 2, van verordening nr. 715/2007 relevante details overlegt. De dwaling is echter ook dan onvermijdelijk, wanneer vaststaat dat de onjuiste rechtsopvatting van de fabrikant over het bestaan van een verboden manipulatie-instrument bij een hypothetische navraag door de voor de EG-typegoedkeuring of voor daarop aansluitende maatregelen verantwoordelijke autoriteit (in Duitsland het Kraftfahrtbundesamt) zou zijn bevestigd, dus in geval van een hypothetische goedkeuring.
- 27 Het valt te betwijfelen of deze nationale rechtspraak in overeenstemming is met het Unierecht, aangezien het verbod van manipulatie-instrumenten in het Unierecht is geregeld. Het recht van de koper van een voertuig op een passende schadevergoeding voor de aankoop van een voertuig dat met een verboden manipulatie-instrument is uitgerust, is eveneens in het Unierecht neergelegd [arrest van 21 maart 2023, Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van voertuigen met manipulatie-instrumenten), C-100/21, EU:C:2023:229, punt 91]. De lidstaten bepalen enkel de voorwaarden waaronder de kopers schadevergoeding kunnen krijgen.
- 28 Derhalve rijst de vraag wat de vereisten van het Unierecht zijn met betrekking tot de subjectieve voorwaarden voor een recht op schadevergoeding van de koper van het voertuig jegens de fabrikant wegens schending van artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46 van richtlijn 2007/46/EG alsook artikel 5, lid 2, van verordening nr. 715/2007.
- 29 In dit verband is vooralsnog twijfelachtig of op het onderhavige gebied van de aansprakelijkheid van een fabrikant uit onrechtmatige daad een verwijtbaarheid überhaupt relevant is [prejudiciële vraag 1, onder a)]. Het Hof heeft zich reeds op meerdere gebieden van het Unierecht uitgesproken over het schuldvereiste in geval van niet-contractuele aansprakelijkheid (zie arresten van 8 november 1990, ████████ C-177/88, EU:C:1990:383, punten 22-25, 30 september 2010, Strabag e.a., C-314/09, EU:C:2010:567, punten 39 e.v., 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a., C-568/08, EU:C:2010:751,

punten 86-87, en 18 juni 2013, Schenker & Co. e.a., C-681/11, EU:C:2013:404, punt 35).

- 30 Aangezien de voorgelegde zaken enkel betrekking hebben op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de fabrikant, wijst veel erop dat de verwijtbaarheid niet relevant is. Indien het recht op schadevergoeding jegens de fabrikant in geval van schending van artikel 18, lid 1, artikel 26, lid 1, en artikel 46 van richtlijn 2007/46 alsook artikel 5, lid 2, van verordening nr. 715/2007 namelijk een verwijtbaarheid zou veronderstellen, zou de vraag moeten worden beantwoord of de onvermijdelijkheid van een rechtsdwaling kan worden afgeleid uit de informatie of goedkeuring van de voor de EG-typegoedkeuring of voor daarop aansluitende maatregelen verantwoordelijke autoriteit [prejudiciële vraag 1, onder b)]. Indien de beginselen van het arrest van 18 juni 2013, Schenker & Co. e.a., C-681/11, EU:C:2013:404, in dit verband zouden worden toegepast, zou een goedkeuring of informatie van de voor de EG-typegoedkeuring of voor daarop aansluitende maatregelen verantwoordelijke autoriteit niet relevant zijn. Een fabrikant moet verwachten dat het Hof de toelaatbaarheid van een manipulatie-instrument in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 715/2007 juridisch anders beoordeelt dan de bevoegde autoriteit.
- 31 Ook al moet een goedkeuring van de voor de EG-typegoedkeuring of voor daarop aansluitende maatregelen verantwoordelijke autoriteit het vertrouwen van de fabrikant rechtvaardigen dat de autoriteit geen maatregelen tegen hem zal nemen, dan is het nog de vraag of de fabrikant zich ook ten opzichte van de kopers van de voertuigen op dit vertrouwen kan beroepen. Bovendien pleit het doeltreffendheidsbeginsel ervoor dat de fabrikant ten opzichte van de koper geen bescherming van het gewettigd vertrouwen geniet. Anders zou een schending van het Unierecht door de fabrikant ongestraft blijven, indien een onjuiste beoordeling door de bevoegde autoriteit aan de schending ten grondslag ligt. Dit zou in strijd zijn met het vereiste dat de sancties in geval van overtreding van bepalingen van de richtlijnen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn [arrest van 21 maart 2023, Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van voertuigen met manipulatie-instrumenten), C-100/21, EU:C:2023:229, punten 85 en 88].
- 32 Indien de goedkeuring of informatie van de voor de EG-typegoedkeuring of voor daarop aansluitende maatregelen verantwoordelijke autoriteit bij de fabrikant een gewettigd vertrouwen zou rechtvaardigen dat hij rechtmatig handelt, rijst de vraag of een hypothetische goedkeuring eveneens dit effect heeft [prejudiciële vraag 1, onder c)]. In de zaak Schenker heeft het Hof geoordeeld dat niemand schending van het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen kan aanvoeren, wanneer er geen sprake is van concrete toezeggingen die door de bevoegde overheidsinstantie zijn gedaan (arrest van 18 juni 2013, Schenker & Co. e.a., C-681/11, EU:C:2013:404, punt 41). Bovendien heeft advocaat-generaal Kokott in deze zaak uiteengezet dat het minimumvereiste voor de erkenning van gewettigd vertrouwen onder meer is dat in de administratieve of rechterlijke beslissing juist die feitelijke en juridische kwesties moeten worden behandeld

welke voor de betrokken onderneming reden zijn om zich op disculperende rechtsdwaling te beroepen en dat uitsluitend een beroep mag worden gedaan op hetgeen de administratieve autoriteit of rechterlijke instantie expliciet in haar beslissing heeft overwogen, maar niet op hetgeen daaruit hooguit impliciet zou kunnen worden afgeleid (conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Schenker & Co. e.a., C-681/11, EU:C:2013:126, punt 91). In het geval van een hypothetische goedkeuring of informatie, dat wil zeggen in het hypothetische geval van een navraag, zou niet aan dit vereiste worden voldaan, omdat er in een dergelijk geval juist expliciete en precieze uitlatingen van een autoriteit over een specifieke situatie ontbreken.

- 33 Het doeltreffendheidsbeginsel verzet zich er eveneens tegen dat een hypothetische goedkeuring in aanmerking wordt genomen. Indien een lidstaat de fabrikanten op deze manier een onvermijdelijke rechtsdwaling zou toekennen, zouden de betrokken benadeelden geen schadevergoeding ontvangen. De doeltreffendheid van de schadevergoedingen en ook een afschrikkende werking van de sancties in geval van overtredingen, zoals noodzakelijk geacht door het Hof, zouden niet zijn gewaarborgd.
- 34 De prejudiciële vragen 1, onder a) tot en met onder c), zijn relevant voor de beslechting van alle voorgelegde gedingen. Indien een van de vragen ontkennend wordt beantwoord, zou een hypothetische goedkeuring door het Kraftfahrtbundesamt voor de te toetsen civielrechtelijke aanspraken op schadevergoeding van de koper van het voertuig jegens de fabrikant niet relevant zijn.
- 35 Tweede vraag: Deze heeft alleen betrekking op de vijfde procedure. Indien het antwoord bevestigend is, heeft verzoeker in beginsel recht op schadevergoeding.
- 36 Het is de vraag of de fabrikant die een software-update met een verboden manipulatie-instrument als bedoeld in artikel 5, lid 2, van verordening nr. 715/2007 ter beschikking heeft gesteld, aan de eigenaar van het voertuig een schadevergoeding dient te betalen, indien hij schade lijdt als gevolg van het met de update geïnstalleerde verboden manipulatie-instrument.
- 37 In het nationale recht wordt in dit verband een schending van een wet die een derde beschermt ontkend, aangezien die schending bestaat in de afgifte van een onjuist certificaat van overeenstemming door de fabrikant. Naar aanleiding van de update wordt echter geen nieuw certificaat van overeenstemming afgegeven. De update is daarom geen geschikt aanknopingspunt voor een aansprakelijkheid van de fabrikant voor schade op grond van § 823, lid 2, BGB, gelezen in samenhang met § 6, lid 1, en § 27, lid 1, EG-FGV. Ook wordt aangevoerd dat de schade die tot de aansprakelijkheid leidt, bij het sluiten van de ongewilde koopovereenkomst ontstaat. Achteraf uitgevoerde maatregelen, zoals de update, kunnen niet meer ten grondslag liggen aan de aankoopbeslissing.

- 38 Volgens het Unierecht zou het echter vereist kunnen zijn dat de eigenaar van het voertuig in een dergelijk geval een recht op schadevergoeding heeft. Dit wordt ondersteund door het feit dat de fabrikant door het ter beschikking stellen en installeren van de update een onrechtmatige situatie creëert die in strijd is met het certificaat van overeenstemming. Net zoals wanneer een voertuig met een verboden manipulatie-instrument in de handel wordt gebracht, kan een update met een verboden manipulatie-instrument een gebruiksverbod door de bevoegde autoriteit tot gevolg hebben. Volgens de verwijzende rechter bestaat het verwijtbare gedrag van de fabrikant dat tot de aansprakelijkheid leidt, in het ter beschikking stellen en installeren van het verboden thermovenster. Dit is het doorslaggevende aanknopingspunt voor de aansprakelijkheid van de fabrikant en niet de afgifte van een onjuist certificaat van overeenstemming of een daaropvolgende aankoopbeslissing. De onjuistheid van het certificaat van overeenstemming is slechts een logisch gevolg van de installatie van het verboden manipulatie-instrument, en een ander mogelijk gevolg is de aankoopbeslissing van een koper die op de juistheid van het certificaat van overeenstemming vertrouwt.
- 39 Het doet niet ter zake dat naar aanleiding van de update geen nieuw certificaat van overeenstemming wordt afgegeven. Hiermee verklaart de fabrikant volgens § 3, lid 6, EG-FGV, gelezen in samenhang met artikel 3, punt 36, van richtlijn 2007/46, dat een voertuig behorende tot de reeks waarvoor overeenkomstig deze richtlijn typegoedkeuring is verleend, op het ogenblik van de productie aan alle regelgevingen voldoet. Het certificaat van overeenstemming geldt voor de gehele levensduur van het voertuig. Indien de fabrikant achteraf de staat van het voertuig op ongeoorloofde wijze verandert, wordt dit certificaat noodzakelijkerwijs onjuist.
- 40 Derde vraag: Indien de schade enkel door nalatigheid is ontstaan, kan de koper volgens het BGH van de fabrikant niet vorderen dat hij de aankoopprijs tegen de overhandiging van het voertuig terugbetaalt (zogenoemde *grote* schadevergoeding), omdat het recht van de koper op economische zelfbeschikking alleen wordt beschermd, wanneer de schade in strijd met de goede zeden is toegebracht en niet wanneer deze enkel door nalatigheid is ontstaan. Het BGH is van oordeel dat het door het Unierecht beschermde belang van de koper erin bestaat geen vermogensverlies in de zin van de *Differenzhypothese* (verschiltheorie) te lijden en de koper overeenkomstig § 823, lid 2, BGB, gelezen in samenhang met § 6, lid 1, en § 27, lid 1, EG-FGV, uitsluitend recht op de zogenoemde *kleine* schadevergoeding heeft, dus alleen op een geldbedrag.
- 41 Volgens het BGH moet de feitenrechter het bedrag van de op basis van het verschil berekende schade volgens zijn innerlijke overtuiging, rekening houdend met alle omstandigheden, schatten. In dit verband dient ermee rekening te worden gehouden dat om redenen van doeltreffendheid in de zin van het Unierecht de geraamde schade minimaal 5 % van de betaalde aankoopprijs moet bedragen, maar om redenen van evenredigheid ook niet hoger dan 15 % van de betaalde aankoopprijs mag zijn. De gebruiksvoordelen en de restwaarde van het voertuig moeten op het schadebedrag in mindering worden gebracht, voor zover zij hoger zijn dan de waarde van het voertuig bij het sluiten van de koopovereenkomst

(betaalde aankoopprijs verminderd met het bedrag van de schadevergoeding). Volgens het oordeel van het BGH wordt hierbij rekening gehouden met het vereiste van doeltreffende en afschrikkende sancties en is dit bijgevolg in overeenstemming met het Unierecht.

- 42 Het valt echter te betwijfelen of de verrekening van de gebruiksvoordelen met het bedrag van de schadevergoeding met het Unierecht verenigbaar is. Indien de benadeelde koper volgens het richtsnoer van het BGH de gebruiksvoordelen in mindering zou moeten brengen op de kleine schadevergoeding, zou hij afhankelijk van de gebruiksintensiteit van het voertuig minder schadevergoeding ontvangen. Hiervoor bestaat er geen duidelijke objectieve reden. Hij verrijkt zichzelf niet als hij zijn eigen voertuig gebruikt. Derhalve lijkt het willekeurig om het bedrag van de schade als gevolg van de gebruiksintensiteit te verlagen.
- 43 Volgens het Unierecht moet een koper de gereden kilometers verrekenen, wanneer hij de zogenaamde grote schadevergoeding vordert, te weten het recht op terugbetaling van de aankoopprijs tegen overhandiging van het voertuig. Advocaat-generaal Rantos acht in deze constellatie de verrekening van het voordeel dat voortvloeit uit het feitelijke gebruik van het voertuig met de terugbetaling van de koopprijs ervan noodzakelijk, aangezien de bescherming van de door richtlijn 2007/46 gewaarborgde rechten niet mag leiden tot ongerechtvaardigde verrijking [conclusie van advocaat-generaal Rantos in de zaak Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van voertuigen met manipulatie-instrumenten), C-100/21, EU:C:2022:42061, punten 61 en 62].
- 44 Volgens het in casu ingenomen standpunt kan dit echter niet het geval zijn wanneer de koper slechts de kleine schadevergoeding vordert. Hij blijft dan immers eigenaar van het voertuig. Het gebruik is voor eigen rekening, zijn voertuig verliest waarde. Hij verrijkt zich dus geenszins door het voertuig te gebruiken. De verrekening van gebruiksvoordelen met de kleine schadevergoeding leidt waarschijnlijk bovendien tot onredelijke uitkomsten en is bijgevolg vermoedelijk in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel. Advocaat-generaal Rantos benadrukt dat de verrekening niet tot gevolg mag hebben dat de koper uiteindelijk in het geheel geen vergoeding van de geleden schade krijgt (punt 62). Dit zou echter volgens de verrekeningsmethode van het BGH precies het geval zijn, indien een koper zijn voertuig op het moment van de rechterlijke beslissing intensief heeft gebruikt.
- 45 Daarnaast is de forfaitaire beperking van de op basis van het verschil berekende schade volgens de rechtspraak van het BGH tot een bedrag van maximaal 15 % van de aankoopprijs waarschijnlijk in strijd met het Unierecht, omdat deze indruist tegen het doeltreffendheidsbeginsel; de waardevermindering van de voertuigen als gevolg van het geïnstalleerde manipulatie-instrument zal immers vaak meer dan 15 % van de aankoopprijs bedragen. De schematische bovengrens van het BGH van 15 % staat de nationale rechterlijke instanties echter niet toe om dit in aanmerking te nemen. Tevens dient er rekening mee te worden gehouden dat de koper volgens het richtsnoer van het BGH alleen een financiële vergoeding van de

schade kan vorderen, maar het voertuig moet houden. Indien deze geldelijke vordering vervolgens nog tot een bedrag van 15 % van de aankoopprijs wordt beperkt, kan niet voldoende rekening worden gehouden met het belang van de koper van het voertuig bij een passende schadevergoeding.

- 46 Indien de prejudiciële vraag 3, onder a), ontkennend wordt beantwoord, moeten de gebruiksvoordelen in de voorgelegde zaken niet worden verrekend, voor zover zij de waarde van het voertuig bij het sluiten van de koopovereenkomst (aankoopprijs verminderd met de schadevergoeding) overschrijden. De gebruiksintensiteit van het voertuig en de restwaarde zouden niet relevant zijn.
- 47 Indien de prejudiciële vraag 3, onder b), ontkennend wordt beantwoord, kunnen in de tweede en vierde procedure, waarin het bedrag van de schadevergoeding aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten, ook bedragen van meer dan 15 % van de aankoopprijs als schadevergoeding worden toegewezen. In de eerste procedure kunnen dan naast de gevorderde schadevergoeding van 15 % van de aankoopprijs ook de financieringskosten als bijkomende schadepost worden toegewezen, aangezien financieringskosten in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen.