

Dieselgate en schadevergoeding

Over totstandkomingschade en waardeschade

Willem van Boom, Alyssa Prašević & Diede Steentjes¹

Sinds bekend werd dat bepaalde autofabrikanten hun dieselveertuigen uitrustten met zogenoemde sjoemelsoftware, die de indruk wekte dat de voertuigen minder milieubelastend waren dan in werkelijkheid het geval was, proberen gedupeerde kopers van deze wagens in verschillende landen de schade die ze hierdoor leden vergoed te krijgen. Zo ook in ons land waar de rechtspraak tot op heden lijkt te illustreren dat rechters een voorkeur hebben voor een abstract berekende waardeschade; vergoeding van totstandkomingschade is kennelijk geen aantrekkelijk alternatief. Toch zijn er goede redenen om, net als in het Duitsland, onderscheid te gaan maken tussen gevallen waarin de consument vergoeding van totstandkomingschade vordert en gevallen waarin 'slechts' vergoeding van waardeschade wordt gevorderd. Bij totstandkomingschade ligt de lat hoog omdat aannemelijk moet worden gemaakt dat de consument een ander transactiebesluit zou hebben genomen als hij op de hoogte was geweest van de ware aard van de auto. Is dat niet aannemelijk dan is er ruimte voor vergoeding van waardeschade.

1. Inleiding

Vanaf 2015 werd bekend dat verschillende autofabrikanten zogenoemde *defeat devices* in hun motorvoertuigen hadden ingebouwd. Het emissieschandaal, ook wel dieselgate genoemd, was geboren. Het ging kort gezegd om sjoemelsoftware waarmee de uitstoot van schadelijke stoffen zodanig werd gemanipuleerd dat keuringsdiensten om de tuin werden geleid en de indruk op de markt ontstond dat deze voertuigen aan de toelatingseisen voldeden en minder milieubelastend waren dan in werkelijkheid het geval was. Het schandaal betekende een enorme deuk in het vertrouwen in de auto-industrie; de economische, politieke en juridische gevolgen waren aanzienlijk. Sinds 2015 is er veel gebeurd in binnen- en buitenland, ook wat betreft de privaatrechtelijke afwikkeling. Teleurgestelde kopers, investeerders en beknelde dealers overwo-

gen wat hun kansen in de rechtszaal waren. In sommige landen werden class actions of andere vormen van collectieve schadevergoeding beproefd. In andere gevallen zijn individuele procedures gevoerd, soms tegen verkopers via contractenrechtelijke routes en soms tegen tussenhandelaren en producenten via andere routes. In veel gevallen kwam daarbij de vraag aan de orde wat een passende remedie was, buiten het herstellen van software en zo nodig vervangen van onderdelen. Is sprake van schade door de verweten handelingen, en zo ja hoe bereken je die? Bestaat er een recht op gehele of gedeeltelijke ongedaanmaking van de transactie? En kan dat recht ook tegen de producent ingeroepen worden? Veel vragen dienen zich aan; in deze bijdrage wordt op een klein aantal van deze vragen ingegaan. In het bijzonder wordt gekeken naar de schadevergoedingsvordering van de koper van het motorrijtuig op de producent. Het lijkt erop dat die vordering op twee soorten schade kan zien, namelijk de totstandkomingschade en de waardeschade. In deze bijdrage worden de contouren van die twee schadesoorten verkend, mede aan de hand van de rechtsontwikkeling in Duitsland.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Allereerst worden in par. 2 de algemene uitgangspunten voor aan-

Teleurgestelde kopers, investeerders en beknelde dealers overwogen wat hun kansen in de rechtszaal waren

sprakelijkheid op een rij gezet. Daarna wordt in par. 3 het Duitse recht in grote lijnen besproken. De reden daarvoor is eenvoudig: de wijze waarop in het Duitse recht onderscheid wordt gemaakt tussen situaties waarin vergoeding wordt gevorderd van wat we hierna *totstandkomingsschade* en *waardeschade* zullen noemen, lijkt in ons recht ook te worden toegepast, maar dan impliciet. Vervolgens wordt in par. 4 teruggekeerd naar Nederlands recht en wordt aan de hand van de (schaarse) rechtspraak in ons land geïnventariseerd hoe wordt omgegaan met totstandkomingsschade en waardeschade. In par. 5 volgen enkele conclusies.

2. Algemene uitgangspunten

In essentie betreft het emissieschandaal het verborgen houden van de werkelijkheid, waarbij in de contractuele verhouding tussen verkoper en koper leerstukken als ontbinding of prijsvermindering wegens non-conformiteit (artikel 7:22 jo. artikel 7:17 BW)² en vernietiging of aanpassing wegens dwaling (artikel 6:230 jo. artikel 6:228 BW) een rol spelen.³ In de buitencontractuele verhouding van de koper tot de *producent* – en daar hebben we het in deze bijdrage vooral over – spelen ten minste twee invalshoeken: de technische kant (voldoet het rijtuig aan de wettelijke vereisten?) en de handelspraktijkenkant (is de koper misleid?).

De *technische* kant betreft de schending van Europese regels over de toelating van motorrijtuigen.⁴ Een voertuig moet kort gezegd overeenkomstig EU-regelgeving voldoen aan emissiestandaarden en een typegoedkeuring hebben. Deze regels strekken er ook toe de koper te beschermen tegen het gevaar dat hij een niet-conform rijtuig koopt.⁵ Zij zien dus tevens op bescherming van de vermogensbelangen van een individuele koper die een voertuig koopt dat is uitgerust met een verboden manipulatie-instrument.⁶

De *handelspraktijkenkant* betreft de vraag of producenten zich tegenover consumenten hebben bezondigd aan oneerlijke handelspraktijken bij de verkoopbevorde-

De causaal verband-‘hobbel’ in het kader van de onrechtmatigheidsvraag is of de gemiddelde consument zonder de oneerlijke handelspraktijk een ander transactiebesluit had genomen

ring, door bijvoorbeeld essentiële informatie achter te houden of door misleidende informatie te geven in hun commerciële communicatie. Producenten zijn handelaren in de zin van artikel 6:193a e.v. BW en het op de markt brengen van de betreffende auto's, het maken van foldermateriaal, productspecificaties en reclame zijn handelspraktijken.⁷ In de rechtspraak wordt inderdaad geoordeeld dat het op de markt brengen van motorrijtuigen met sjoemelsoftware kort gezegd als oneerlijke handelspraktijk moet worden gekwalificeerd.⁸ De installatie, het gebruik en het verzwijgen van verboden manipulatiesoftware, leveren bij elkaar genomen het achterhouden op van essentiële informatie en/of het geven van onjuiste of misleidende informatie over de eigenschappen van de auto,⁹ terwijl de gemiddelde consument correcte en niet-misleidende informatie over uitstoot nodig heeft om een geïnformeerd transactiebesluit over de aankoop te kunnen nemen.¹⁰

Is sprake van een oneerlijke handelspraktijk, dan kan sprake zijn van een toerekenbare onrechtmatige daad die tot schadevergoeding verplicht.¹¹ Het is goed om hier te benoemen dat in verband met schadevergoedingsacties uit artikel 6:193a e.v. BW er twee causaal verband-‘hobbels’ bestaan. Voor de vraag *of* sprake is van een onrechtmatige handelspraktijk, moet in de *eerste* plaats de vraag worden

Auteurs

1. Prof. mr. W.H. van Boom is hoogleraar bij de afdeling burgerlijk recht, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen; A.M. Prašćević LLB was, en D.P. Steentjes LLB is als student-assistent werkzaam bij deze afdeling. Dank aan Jaap Damminger, André Janssen en Kaj Strijbos voor commentaar op een eerdere versie.

Noten

2. Daarover bijv. D.P.C.M. Hellegers, 'Auto's en sjoemelsoftware: enkele bespiegelingen over de rechtspositie van consumenten bij consumentenkoop', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2020, p. 6 e.v. Vgl. inmiddels (zij het niet in de context van dieselgate) HR 28 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:980 (*Jaguar I-PACE*): een actieradius van een elektrische auto die onder gebruikelijke omstan-

digheden 35% minder groot is dan uit mededelingen van de verkoper afgeleid mag worden, is non-conform in de zin van art. 7:17 BW.

3. Vernietiging, partiële vernietiging of aanpassing wegens misleidende informatie of misleidende omissie door de verkoper (art. 6:193j lid 3 jo. 6:193c lid 1 of 6:193d lid 2 BW) is alleen mogelijk voor auto's gekocht vanaf 13 juni 2014 (zie *Stb.* 2014, 140 jo. art. 79 *Ow NBW*).

4. Het juridisch kader is Richtlijn 2007/46 (Kaderrichtlijn goedkeuring van motorvoertuigen) en Verordening 715/2007 (Emissieverordening).

5. Bijvoorbeeld HvJ EU 17 december 2020, C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040; toegepast door bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 4 april 2023, ECLI:NL:RBNE:2023:1285 (*cessionaris/VW*); Rb. Midden-Nederland 26 juli 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3770

(*tweedehands VW*); Rb. Oost-Brabant 5 oktober 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4892 (*cessionaris/VW*).

6. Vgl. HvJ EU 21 maart 2023, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (*QB/Mercedes-Benz*).

Zie over het arrest bijvoorbeeld B.J. Drijber, *Ondermemingsrecht* 2023, p. 495 e.v.

7. Bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 5 oktober 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4892.

8. Ook is in bepaalde gevallen bedrog, te weten opzettelijke misleiding (art. 6:162 BW) bewezen geoordeeld. Zie Rb. Amsterdam 14 juli 2021,

ECLI:NL:RBAMS:2021:3617, r.o. 8.13 (*Car Claim/VW c.s.*).

9. Ook wordt wel gewezen op de oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in art. 6:193g aanhef en onder d BW (in strijd met de werkelijkheid beweren dat een motorrijtuig is goedgekeurd terwijl niet aan de voorwaarde voor de goedkeuring is voldaan).

Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:2556 (*VW Group Diesel Efficiency Stichting/VW*), r.o. 5.13.

10. Vgl. Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan Volkswagen AG d.d. 18 oktober 2017, ACM/17/003870.

11. Zie art. 6:193j BW: lid 1 geeft een bewijslastomkering ten aanzien van materiële juistheid en volledigheid van verstrekte informatie; lid 2 legt de koppeling naar het raamwerk van art. 6:162 BW en draait de bewijslast ten aanzien van de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad om. Vgl. D.P.C.M. Hellegers, 'Auto's en sjoemelsoftware: enkele bespiegelingen over de rechtspositie van consumenten bij consumentenkoop', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2020, p. 3.



© Shutterstock

beantwoord of het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen is beperkt of kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst (ook wel: het transactiebesluit) neemt of kan nemen, dat hij anders niet zou hebben genomen (artikel 6:193b lid 2 BW). De causaal verband-'hobbel' in het kader van de onrechtmatigheidsvraag is dus of de gemiddelde consument zonder de oneerlijke handelspraktijk een ander transactiebesluit had genomen of had kunnen nemen.¹²

Als een concrete consument vervolgens schadevergoeding vordert, moet de *tweede* causaal verband-hobbel worden genomen: heeft *deze* consument *schade* geleden door de onrechtmatige daad c.q. handelspraktijk?¹³ Bij zuivere vermogensschade zijn de begrippen 'schade' en 'door' in dit opzicht innig vervlochten.¹⁴ Om te bepalen of schade is geleden door de onrechtmatige gedragingen van de producent en welke dat dan is, moet de feitelijke situatie worden vergeleken met de waarschijnlijke uitkomst van het hypothetische scenario waarin de onrechtmatige daad niet was gepleegd.¹⁵ Daarbij is de eigen aankoopbeslissing vaak de tussenliggende factor; het gaat bij het hypothetische scenario om de peildatum van de aankoop. Daarom kan het aankomen op de vraag of deze consument

bij afwezigheid van de onrechtmatige daad van de producent op dat moment een ander transactiebesluit zou hebben genomen.¹⁶ Zou de consument de auto helemaal niet hebben gekocht als hij had geweten wat inmiddels bekend is geworden? En als hij de auto dan inderdaad niet had gekocht, zou hij dan een alternatief voertuig hebben aangeschaft of op andere wijze, zoals met het openbaar vervoer, naar zijn werk zijn gegaan? En als hij het voertuig in het hypothetische scenario wél zou hebben gekocht, wat zou dan de prijs zijn geweest die hij had betaald? Zou de prijs dan anders (lager) zijn uitgevallen? Denkbaar is dat deze tweede causaal verband-vraag op meer abstracte wijze wordt beantwoord als het gaat om een schadevergoedingsvordering die door meerdere benadeelden wordt ingesteld.¹⁷ Mogelijk is de vraag of de consument daadwerkelijk is afgegaan op de schijn die is gewekt door de producent – heeft de consument zich werkelijk verdiept in de uitstootgetallen, is de gegeven informatie daarover een punt geweest waar de consument zijn transactiebesluit daadwerkelijk mede op heeft gebaseerd? – ook een relevant deelaspect bij de tweede causaal verband-vraag.¹⁸ Als de consument zich in werkelijkheid niet heeft laten leiden door de milieubelasting van het voertuig, dan ligt het namelijk niet zonder meer voor de hand om te conclu-

Mogelijk is de vraag of de consument daadwerkelijk is afgegaan op de schijn die is gewekt door de producent ook een relevant deelaspect bij de tweede causaal verband-vraag

deren dat de consument in het hypothetische scenario van bekendheid met de werkelijke milieubelasting opeens voor een ander merk voertuig zou hebben gekozen. Maar anderzijds is evenzeer denkbaar dat een consument die zich niet heeft laten leiden door de misleidende emissie-informatie, tóch een lagere prijs zou hebben betaald als vaststaat dat het mechanisme van vraag en aanbod nu eenmaal een lagere verkoopprijs met zich brengt voor motoren waarvan op de markt bekend is dat ze vervuilerder zijn. De verstokte 'petrol head' die zich niet bekomert om het milieu, heeft in die benadering óók recht op schadevergoeding.

Wat betreft de vaststelling van de schadevergoedingsverplichting geldt dat de rechter aanzienlijke vrijheid heeft om op passende wijze de schade te begroten of om deze te schatten als die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (artikel 6:97 BW).¹⁹ In beginsel is het voldoende dat feiten komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid,²⁰ maar bij gemotiveerde betwisting zal de rechter toch vaak enig bewijs van schade vragen.²¹ Ten slotte geldt dat de schade in beginsel wordt vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval, maar op praktische gronden en om redenen van billijkheid kan in bijzondere gevallen van een of meer omstandigheden van het geval worden geabstraheerd.²² Abstracte schadeberekening en schatten van schade zijn weliswaar niet hetzelfde, maar ze kunnen op hetzelfde neerkomen, namelijk een rechterlijk richtbedrag dat zeker in massaschadegevallen goede diensten kan bewijzen. Dat geldt zeker in het licht van het Europeesrechtelijke vereiste van effectieve rechtsbescherming, dat hier – zoals we zullen zien – ook een rol speelt.

12. Vgl. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Staatsloterij I*), r.o. 4.3.3.

13. De tweede causaal verband-hobbel mondt bij de vernietiging op grond van art. 6:193j lid 3 BW (voor overeenkomsten totstandgekomen vanaf 13 juni 2014, zie *Stb.* 2014, 140 jo. art. 79 Ow NBW) uit in de vraag of de consument die zich tegenover zijn contractspartij op vernietiging beroept, de overeenkomst als gevolg van de handelspraktijk heeft gesloten. Daarover bijvoorbeeld C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk; een hanterbare sanctie?', *Contracteren* 2018, p. 76-77.

14. A.C.W. Pijls, *Misleidende beursberichten - Kwesties van causaal verband en schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 37. B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 44 e.v. gebruikt het paraplubegrip 'transactie-causaliteit' (*Transaktionskausalität* bij de oosterburen).

15. Zie bijvoorbeeld HR 18 januari 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AD4915, r.o. 3.3; HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1053, r.o.

4.3.2. Bij letselschade wordt wel gezegd dat het aankomt op hetgeen redelijkerwijs te verwachten valt ten aanzien van die hypothetische situatie, een consistente en begrijpelijke weging van goede en kwade kansen door de feitenrechter. Zo bijvoorbeeld HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273. Het ligt voor de hand deze benadering ook te volgen bij zuivere vermogensschade.

16. Vgl. HR 22 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1109, r.o. 3.1.2-3.1.4.

17. Let wel: de WAMCA (art. 3:305a nieuw, i.w.tr. 1 januari 2020) is hoogstwaarschijnlijk niet van toepassing op de sjoemelsoftware casus voor zover de schadeveroorzakende gebeurtenissen waar het hier om gaat – het op de markt brengen en daarbij verrichten van de oneerlijke handelspraktijken – hebben plaatsgevonden vóór 15 november 2016. Zie art. 119a lid 2 Ow NBW en *Kamerstukken II* 2018/19, 34608, nr. 13, p. 1-2; vgl. Rb. Amsterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1541 (*SDEJ/VW c.s.*). Zie nader C.J.M. Klaassen, 'De

3. Duits recht: onderscheid tussen totstandkomingsschade en waardeschade

De schadevergoedingsvorderingen waar het bij het emissieschandaal om draait, gaan steeds over zuivere vermogensschade: een transactiebesluit zou anders zijn uitvallen als men had geweten van de werkelijke uitstoot of een voertuig zou minder waard zijn geweest als de waarheid niet was verhuld. Er is echter geen letsel geleden, het voertuig is niet fysiek beschadigd en er zijn ook geen andere eigendommen beschadigd.²³ Voor de werking van

Het Duitse onrechtmatigedaadsrecht is minder flexibel op dat punt

artikel 6:162 BW maakt dat niet uit: zuivere vermogensbelangen kunnen in beginsel net zo sterk worden beschermd door het onrechtmatigedaadsrecht als andere vermogensbelangen. Ons recht hanteert dus als hoofregel geen strikte onderverdeling in soorten beschermde belangen en soorten schade die wel of niet voor vergoeding in aanmerking komen. Zo kunnen zuivere vermogensbelangen worden beschermd door een betamelijkheidsnorm en komt zuivere vermogensschade voor vergoeding in aanmerking als de overtreden norm mede tegen die schade beoogt te beschermen.

Het Duitse onrechtmatigedaadsrecht is minder flexibel op dat punt.²⁴ Het enkele belang van een koper om geen zaak te kopen die niet de eigenschappen bevat die

temporele toepassing van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (*Wamca*): geen kwestie van gelijk of ongelijk, maar een keuze(?)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2024, p. 90 e.v. Dit betekent dat voor de pre-2016 gevallen ofwel op basis van volmacht of cessie geprocedeerd zal worden ofwel met een beroep op de *Dexia*-rechtspraak van de Hoge Raad (te beginnen met HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815) een meer abstracte benadering van het causaal verband zal worden bepleit in een verklaring voor recht-procedure op grond van art. 305a BW oud.

18. Bij prospectusaansprakelijkheid wordt de belegger met het oog op effectieve rechtsbescherming tegemoet gekomen op dit punt, zie HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*), r.o. 4.11.2-4.11.2.

19. Vgl. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:272, r.o. 3.1.2.

20. Bijvoorbeeld HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0304. Vgl. A.C.W. Pijls, *Misleidende beursberichten - Kwesties van causaal verband en schade* (diss. Rot-

terdam), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 30-31.

21. Bijvoorbeeld HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5410, r.o. 3.3.2.

22. Bijvoorbeeld HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, r.o. 3.3.3; HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, r.o. 3.3 en 3.4; HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.1.

23. Er is alleen al om die reden geen grond om de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten toe te passen (Richtlijn 85/374/EEG; zie het schadebegrip in art. 6:190 BW), nog daargelaten of sprake is van een gebrek in de zin van art. 6:186 BW.

24. Zie hierover bijvoorbeeld W.H. van Boom, 'Pure economic loss: a comparative perspective', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Pure Economic Loss*, Vienna/New York: Springer 2004, p. 1 e.v.; B.S. Markesinis e.a., *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Oxford: Hart 2019, p. 91 e.v. Vgl. C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. II*, München: Beck 1999, p. 53 e.v.

verwacht mogen worden, is een zuiver vermogensbelang en levert geen beschermd belang op in de verhouding tussen producent en koper, tussen wie geen contract bestaat. De kernbepaling van het Duitse onrechtmatigedaadsrecht, § 823 BGB, beschermt namelijk vooral specifieke belangen als leven, gezondheid, eigendom en vergelijkbare rechten zoals privacy en persoonlijkheidsrechten (§ 823 lid 1 BGB). Om de producent buiten contract succesvol aan te spreken tot vergoeding van *reiner Vermögensschaden* zal sprake moeten zijn van ofwel (i) overtreding van een specifieke wettelijke bepaling (de zogeheten *Schutzgesetz*) die de vermogensbelangen van de benadeelde beoogt te beschermen (§ 823 lid 2 BGB) ofwel (ii) overtreding van § 826 BGB (de *vorsätzliche sittenwidrige Schädigung*). De eerstgenoemde grondslag vergt de overtreding van een *Schutzgesetz* en toerekenbaarheid in de vorm van geobjectiveerde schuld van de dader (*Verschulden* in de vorm van *Fahrlässigkeit* of *Vorsatz*). De tweede grondslag kent enerzijds een verlaagde drempel, omdat alle schade en dus ook zuivere vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt, en anderzijds een verhoogde drempel omdat sprake moet zijn van opzettelijke schadetoebrenging in strijd met goede zeden. Zowel de route van § 823 BGB als die van § 826 BGB kan worden beproefd in Duitsland.

Het Duitse Bundesgerichtshof erkent inmiddels dat de Europese toelatingsregels voor motorrijtuigen *Schutzgesetz* zijn en dus kan een vordering van kopers slagen op grond van § 823 lid 2 BGB vanwege kort gezegd wetsovertreding.²⁵ De aanleiding hiervoor was het arrest *QB/Mercedes-Benz* (2023) van het Europese Hof van Justitie.²⁶ In die uitspraak oordeelde het Hof dat de Europese technische regels die bepalen onder welke voorwaarden een voertuig toegelaten mag worden, mede individuele kopers van voertuigen beogen te beschermen tegen producenten die hun verplichtingen niet nakomen. Ook oordeelde het Hof dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat kopers in voorkomende gevallen hun recht op schadevergoeding geldend kunnen maken en dat het aan het nationale recht is om te bepalen wat de voorwaarden daarvoor zijn, zolang het nationale recht het enerzijds niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt om een passende vergoeding te verkrijgen²⁷ en het anderzijds niet tot ongerechtvaardigde verrijking van de koper leidt.²⁸

Het gaat hier om de situatie waarin de koper door wetsovertreding door de producent een auto heeft gekocht waarvan hij mocht verwachten dat deze toegelaten was op de weg; de schadevergoeding die de producent verschuldigd is, geeft op die manier mede uitdrukking aan de schending van het vertrouwen van de koper.²⁹ Het BGH geeft bij de begroting van die schade uitvoering aan de Europeesrechtelijke eisen: de schadevergoeding moet een effectieve én proportionele sanctiëring opleveren en daarom heeft de koper volgens het BGH recht op een schadevergoeding van 5 tot 15% van de aankoopprijs, ongeacht of een concrete schade door bijvoorbeeld een deskundige is vastgesteld.³⁰ De bandbreedte van 5 tot 15% is aan de feitenrechter om te benutten.³¹ De vergoeding die resulteert, wordt wel de 'kleiner Schadensersatz' genoemd, waarmee uitdrukking wordt gegeven aan het rekenkundig verschil tussen de werkelijke vermogenstoestand en de hypothetische vermogenstoestand zonder de onrechtmatige gedraging (de *Differenzschaden*).³² Daarbij

staat overigens de aanname centraal dat het de koper in de hypothetische toestand waarin hij van de werkelijke toestand wist, gelukt zou zijn om de overeenkomst te sluiten tegen een 5 tot 15% lagere koopprijs (en dus dat de verkoper daarmee akkoord zou zijn gegaan). Wij zouden dit waarschijnlijk *waardeschade* noemen.

De route van § 826 BGB is van een andere orde. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat § 826 BGB inderdaad tot aansprakelijkheid van de producent kan leiden,³³ waarbij de schade volgens het BGH bestaat uit het door de koper sluiten van een koopovereenkomst met een dealer die hij niet zou hebben gesloten indien hij op de hoogte zou zijn geweest van de sjoemelsoftware. Is sprake van een dergelijk *ungewollter Vertrag* en slaagt de vordering gebaseerd op § 826 BGB, dan komt 'großer Schadensersatz' in zicht, dat wil zeggen dat de producent gehouden is de auto over te nemen van de koper tegen terugbetaling van de oorspronkelijke koopprijs,³⁴ onder aftrek van een vergoeding voor tussentijds gebruik.³⁵ Heeft de koper de auto inmiddels ingeruild of doorverkocht, dan vindt in plaats van afgifte

Is sprake van een dergelijk *ungewollter Vertrag* en slaagt de vordering gebaseerd op § 826 BGB, dan komt 'großer Schadensersatz' in zicht

van de auto verrekening plaats van het bedrag uit die vervolgentransactie bij wijze van toe te rekenen voordeel.³⁶ De Duitse rechtspraak neemt namelijk aan dat de norm die met overtreding van § 826 BGB in het geding is, beoogt te beschermen tegen inmenging in *de vrije wilsvorming* van de koper.³⁷ Met andere woorden: indien de koper op de hoogte was van de daadwerkelijke feiten, had hij de koopovereenkomst in het geheel niet gesloten. Op grond van artikel 826 BGB is dit in onderhavig geval dus het sluiten van de overeenkomst *als zodanig* de schade (*Vertragseingehungsschaden*).³⁸ We noemen het hierna *totstandkomingschade*. Anders dan bij de 'kleiner Schadensersatz' moet bij toepassing van § 826 BGB de koper bewijzen wat hij bij kennis van de werkelijke stand van zaken zou hebben gedaan. De drempel is in dat opzicht dus hoger.³⁹

4. Schadebegroting: van non-conformiteit naar onrechtmatigheid

De rechtspraak in ons land lijkt tot op heden te laten zien dat rechters een voorkeur hebben voor een abstract berekende waardeschade; vergoeding van totstandkomingschade is kennelijk geen aantrekkelijk alternatief. In deze paragraaf bespreken we deze rechtspraak.

De eerste zaak die in dit verband genoemd kan worden, is een proefprocedure uit 2021. In deze verklaring voor recht-procedure, aangespannen door een 305a-rechtspersoon tegen zowel de producent als verschillende verko-

pers, gaat de Rechtbank Amsterdam als volgt te werk. Wat betreft de verhouding tussen verkoper en koper oordeelt de rechtbank dat een prijsvermindering in de zin van artikel 7:22 lid 1 aanhef en onder b BW aan de orde is.⁴⁰ De rechtbank bepaalt de prijsvermindering schattenderwijs op € 3000 voor nieuwe voertuigen en € 1500 voor tweedehands voertuigen. De rechtbank onderbouwt deze bedragen met een beroep op overeenkomstige toepassing van schadebegroting bij wijze van schatting (artikel 6:97 BW), 'immers voor de waarde van een auto die niet aan de wettelijke eisen voldoet kan geen marktprijs worden bepaald, omdat er geen auto's op de markt komen waarvan bekend is dat deze niet aan de wettelijke eisen voldoen'.⁴¹ De prijsvermindering komt in deze benadering overeen met de lagere waarde van de auto zoals die achteraf is gebleken, aldus de rechtbank.⁴² Daar valt overigens wel het een en ander op af te dingen. Zo kan men gezien de Duitse erva-

Gezien de Duitse ervaringen kunnen de vraag opwerpen of de prijsvermindering niet gerelateerd moet zijn aan de betaalde koopprijs in plaats van een absoluut bedrag

ringen de vraag opwerpen of de prijsvermindering niet gerelateerd moet zijn aan de betaalde koopprijs in plaats van een absoluut bedrag.⁴³

De rechtbank verbindt aan haar denkrichting van de prijsvermindering de conclusie dat er geen grond is voor

25. BGH 26 juni 2023, Vla ZR 335/21 (onderdeel van de drie '26 juni-arresten' in Vla ZR 335/21, Vla ZR 533/21 en Vla ZR 1031/22).

26. HvJ EU 21 maart 2023, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (QB/Mercedes-Benz).

27. Dit volgt uit het doeltreffendheidsbeginsel; HvJ EU 21 maart 2023, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (QB/Mercedes-Benz), nr. 93. Vgl. reeds HvJ EU 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (Sabine von Colson & Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen).

28. HvJ EU 21 maart 2023, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (QB/Mercedes-Benz), nr. 94. Vgl. HvJ EU 25 maart 2021, C-501/18 (BT/Balgarska Narodna Banka), nr. 125; en HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04 enz., ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi), nr. 94. Zie over dit vrijrijningsbeginsel bijvoorbeeld M. van de Moosdijk, *Unjust enrichment in European Union Law* (PhD Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 218 e.v.

29. Deze grondslag doet in de verte denken aan de *fraud* on the *market*-theorie die bij manipulatie van aandelenwaarde wel wordt aangehangen; de consument vertrouwt erop dat de prijs van het voertuig door een integer prijsmechanisme tot stand is gekomen en misleiding door de producent schaadt dat vertrouwen omdat het het prijsmechanisme corrupteert. Vgl. daarover A.C.W. Pijls, *Misleidende beursberichten - Kwesaties van causaal verband en schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 10, p. 176 e.v.; B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 165-166.

30. Het is bijzonder dat het BGH zich zo concreet uitlaat over de breedte van de omvang van de schadevergoeding; vgl. de vingervijzingen die de HR nog wel eens

wil geven in prejudiciële procedures en 305a-zaken, zoals recent nog in HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355 (bestelknop), r.o. 4.8.10: een 'korting' van 1/3 bij een gebrekkige webwinkelbestelknop.

31. Daarbij moet volgens het BGH overigens ook ruimte zijn voor voordeeltorekening ingeval van software-updates die de waarde doen toenemen; zie BGH 6 juli 2021, VI ZR 40/20, ECLI:DE:BGH:2021:060721UVIZR40.20.0, nr. 23-24; BGH 24 januari 2022, Vla ZR 100/21, ECLI:DE:BGH:2022:240122UVIAZR100.21.0 (Seat Leon), nr. 18. Een voordeeltorekening van het voordeel van gebruik is niet uitgesloten maar alleen als dat voordeel en restwaarde bij elkaar hoger zijn dan de werkelijke waarde bij aanschaf; zie BGH 24 januari 2022, Vla ZR 100/21, ECLI:DE:BGH:2022:240122UVIAZR100.21.0 (Seat Leon), nr. 22; BGH 26 juni 2023, Vla ZR 335/21, ECLI:DE:BGH:2023:260623UVIAZR335.21.0, nr. 80.

32. Men spreekt van de 'Differenzhypothese' en van 'Differenzschaden'; zie bijvoorbeeld BGH 25 mei 2020, VI ZR 252/19, ECLI:DE:BGH:2020:250520UVIZR252.19.0, nr. 45; BGH 6 juli 2021, VI ZR 40/20, ECLI:DE:BGH:2021:060721UVIZR40.20.0, nr. 19, (waarbij het verschil tussen koopprijs en objectieve waarde als het 'Differenz' wordt beschouwd); en BGH 26 juni 2023, Vla ZR 335/21, ECLI:DE:BGH:2023:260623UVIAZR335.21.0, nr. 40. Causaal verband met de aankoop (*Erwerbskausalität*) mag worden aangenomen op grond van de ervaringsregel dat de koper met de juiste informatie de koopovereenkomst niet tegen deze prijs zou hebben gesloten. De verkoper kan daar tegenbewijs tegen aanvoeren als ten tijde van de koop al voldoende bekend was over de aanwezigheid van sjoemelsoftware zodat voor de 'objectieve derde' de risico's duidelijk hadden moeten

zijn. Peildatum voor de schadevaststelling is dus de aankoopdatum (BGH 6 februari 2018, II ZR 17/17, ECLI:DE:BGH:2018:060218UIZR17.17.0, nr. 20; BGH 25 mei 2020, VI ZR 252/19, ECLI:DE:BGH:2020:250520UVIZR252.19.0, nr. 48).

33. Hier moet onderscheid worden gemaakt tussen sjoemelsoftware die bij testopstelling minder uitstoot geeft en technische beperkingen van 'Thermofenster'-apparatuur, die kort gezegd op koude dagen meer uitstoot dan op warme dagen. Het BGH gaat bij sjoemelsoftware zonder meer uit van opzettelijk handelen in de zin van § 826 BGB, terwijl dat bij de 'Thermofenster'-gevallen niet het geval is; voor die gevallen is handelen in strijd met een 'Schutzgesetz' de meer voor de hand liggende grondslag en komt § 826 BGB alleen in beeld als er bijkomende omstandigheden zijn die in die richting wijzen. Zie bijvoorbeeld BGH 19 januari 2021, VI ZR 433/19, ECLI:DE:BGH:2021:190121BVIZR433.19.0. Vgl. over e.e.a. bijvoorbeeld F. Pardey e.a., *Stichwort-Kommentar Schadenrecht* (SWK-SchadenR), Baden-Baden: Nomos 2023, p. 546 e.v.

34. Zie bijvoorbeeld BGH 25 mei 2020, VI ZR 252/19, ECLI:DE:BGH:2020:250520UVIZR252.19.0; en BGH 30 juli 2020, VI ZR 367/29, ECLI:DE:BGH:2020:300720UVIZR354.19.0.

35. Zie bijvoorbeeld BGH 30 juli 2020, VI ZR 354/19, ECLI:DE:BGH:2020:300720UVIZR354.19.0. Over de verschuldigdheid van een gebruiksvergoeding kan men nog wel twijfelen; zie bijvoorbeeld de andersluidende opvatting in HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Gratis Mobieltje II*), r.o. 3.16.

36. BGH 20 juli 2021, VI ZR 533/20, ECLI:DE:BGH:2021:200721UVIZR533.20.0.

37. Zie het overzicht bij F. Pardey e.a.,

StichwortKommentar Schadenrecht (SWK-SchadenR), Baden-Baden: Nomos 2023, p. 529-531. De redenering lijkt op de overweging die wij in het kader van wilsgebreken hanteren: of de aankoop tot nadeel heeft geleid, is minder van belang; het enkele wilsgebrek is voldoende voor aantasting van de rechtshandeling (of, in de context van § 826 BGB, voor de vaststelling dat de producent onrechtmatig heeft gehandeld door de koper te bewegen tot de koop).

38. M. Heese, 'Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge?', *Verbraucher und Recht* (VuR) 2019, p. 123-129.

39. Een aankoop gedaan ná het bekend worden van het emissieschandaal valt dus niet zonder meer onder § 826 BGB; zie BGH 9 maart 2021, VI ZR 889/20, ECLI:DE:BGH:2021:090321BVIZR889.20.0.

40. De prijsverminderingroute via art. 6:74 jo. art. 6:87 BW (daarover Asser/Hijma 7-1/721) kan alleen slagen als de verkoper toerekenbaar tekort is geschoten.

41. Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617 (*Car Claim/Volkswagen c.s.*), r.o. 18.28.

42. Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617 (*Car Claim/Volkswagen c.s.*), r.o. 18.28.

43. Vgl. P.G.J. Wissink, 'Sjoemeldiesels, collectieve prijsvermindering en de massaschade regelende rechter', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken* 2022, p. 68-69. Als de prijsvermindering inderdaad relatief moet zijn en niet absoluut, dan is bovendien pleitbaar dat de prijsvermindering vooral moet worden gerelateerd aan de waarde die de verkochte auto zou hebben gehad als deze de beloofde eigenschappen had gehad (positief belang) en niet aan de waarde die de auto bleek te hebben (negatief belang).

vernietiging wegens wederzijdse dwaling (artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW) of volledige ontbinding wegens non-conformiteit (artikel 7:22 lid 1 aanhef en onder a jo. artikel 6:265 BW).⁴⁴ Vernietiging wegens dwaling komt niet aan de orde omdat hier kort gezegd ontbinding als remedie is ingeroepen. De rechtbank oordeelt dat in plaats daarvan een prijsvermindering in de zin van artikel 7:22 lid 1 aanhef en onder b BW aan de orde is, en dus een overeenkomstige toepassing van artikel 6:230 BW passend is wat betreft het dwalingsberoep. De rechtbank schuift dus artikel 7:22 en artikel 6:230 BW als het ware in elkaar. Dat is niet alleen een creatieve vondst, maar het is ook van belang voor wat de rechtbank vervolgens doet in de verhouding tussen de koper en de producent.

Wat betreft de verhouding van de kopers tot de producent oordeelt de rechtbank dat de producent de kopers had misleid met de sjoemelsoftware en er dus sprake was van een onrechtmatige daad.⁴⁵ De schade die de producent had toegebracht, wordt door de rechtbank gevonden in een te hoge koopprijs: een voertuig dat niet aan de wettelijke eisen voldoet, is minder waard dan een voertuig dat wel aan de eisen voldoet. En dus zal een koper minder

De rechtbank wijst de mogelijkheid van totstandkomingsschade af en preferereert kennelijk waardeschade als vergoedingsmodaliteit

willen betalen voor een auto die niet voldoet. De geleden schade is dus gelegen in een te hoge prijs.⁴⁶ Vervolgens lijkt de rechtbank te suggereren dat de schade uit onrechtmatige daad exact dezelfde bedraagt als de prijsvermindering in de contractuele verhouding: het gaat in wezen om hetzelfde, te weten dat de kopers te veel hebben betaald.⁴⁷

Het bedrag van € 3000 is voor rechters in latere procedures in elk geval als 'orgelpunt' gaan fungeren, ook in onrechtmatigedaadszaken tegen producenten. Zo komen de Rechtbank Noord-Holland en de kantonrechter te Groningen in 2023 schattenderwijs tot hetzelfde bedrag in een zaak tegen de producent, met nagenoeg dezelfde motivering.⁴⁸ Toch zijn er ook andere geluiden; zo verwierp de Rechtbank Oost-Brabant in 2023 de vaste bedragen-benadering en koos schattenderwijs voor 10% van de koopprijs als waardeschade.⁴⁹

We wijzen erop dat de hier behandelde rechtspraak geen inzicht biedt in de ankerpunten voor de bedragen van € 3000 en €1.500 en ook niet voor de percentuele bedragen waarmee de waardeschade tot uitdrukking wordt gebracht. Of deze bedragen in lijn zijn met de gemiddelde waardeterugval van voertuigen met sjoemelssoftware, en of die waardeterugval een goede manier is om waardeschade te begroten, is dus niet zeker.

In de literatuur is er in elk geval terecht op gewezen dat de rechtbank de mogelijkheid van totstandkomings-

schade afwijst en kennelijk waardeschade als vergoedingsmodaliteit preferereert.⁵⁰ Dat zien we ook in andere uitspraken. Zo worden in een zaak voor de kantonrechter Den Bosch (2023) twee hypothetische scenario's overwogen: de koper zou de auto niet hebben gekocht en zou voor een andere auto hebben gekozen (scenario A) of de koper zou de auto wel hebben gekocht maar de prijs zou lager zijn geweest (scenario B).⁵¹ De kantonrechter gaat ervan uit dat voor milieuvriendelijkere auto's hogere prijzen kunnen worden gevraagd en komt tot het oordeel dat scenario A voldoende aannemelijk is. Vervolgens wijst de kantonrechter de vordering van € 38.000 (het verschil tussen aankoopbedrag en inruilwaarde) af omdat die vordering meer past bij vernietiging en niet bij schadevergoeding uit onrechtmatige daad.⁵² In plaats daarvan gaat de kantonrechter over tot schatting van het verschil tussen de betaalde prijs en de werkelijke waarde ten tijde van de verkoop en komt dan tot een 10%-regel: de schade is 10% van de aankoopprijs.⁵³ Dit is een redenering die echter beter past bij scenario B, een scenario waarin de waardeschade centraal staat. Voor scenario A zou moeten worden onderzocht wat de meest waarschijnlijke handelswijze van de koper was geweest, van wie in elk geval vaststond dat hij een voertuig nodig had en naar alle waarschijnlijkheid het bedrag al dan niet deels zou hebben besteed aan de koop van een andere auto.⁵⁴ Logischer is het om bij scenario A echt te wegen wat de koper zou hebben gedaan; misschien zou deze wel een goedkoper merk of een benzinemotor hebben gekozen. Bij het wegen van scenario A is het ook van belang om te weten wat de koper heeft gedaan toen het emissieschandaal in de openbaarheid kwam. Als de koper metterdaad het betreffende automerk of dieselauto's afgezworen heeft, dan ligt het niet zonder meer voor de hand om te volstaan met een 10%-reductie.

Om dezelfde reden plaatsen wij vraagtekens bij de uitspraak van de kantonrechter te Utrecht (2023). Ook in die uitspraak werden twee scenario's overwogen, en blijkt de kantonrechter nogal in de maag te zitten met scenario A. Als de koper inderdaad een andere auto zou hebben gekocht, zo overweegt de kantonrechter, welke auto was dat dan geweest en tegen welke koopprijs? De kantonrechter loopt gegeven al deze onzekerheden snel terug naar scenario B: 'vanwege deze onzekerheid en het gebrek aan voldoende eenduidige aanknopingspunten, ziet de kantonrechter ervan af om de vergelijkings situatie concreet vast te stellen' en wordt alsnog de waardeschade als uitgangspunt genomen.⁵⁵ Anderzijds moet worden toegegeven dat het ook niet voor de hand ligt om zomaar het verschil tussen aankoopwaarde en inruilwaarde te vergoeden, zoals in deze zaken gevorderd werd.⁵⁶ Dat de producent de markt heeft misleid, moge zo zijn, maar geeft dat de koper aanspraak op 'gratis kilometers'?

5. Twee richtingen

We sluiten af met de stelling dat er goede redenen zijn om, net als in het Duitse recht, onderscheid te maken tussen gevallen waarin de consument vergoeding van totstandkomingsschade vordert en waarin 'slechts' vergoeding van waardeschade wordt gevorderd.

Bij totstandkomingsschade is de drempel hoog. Zo ligt het voor de hand om te toetsen of de consument *daadwerkelijk* is afgegaan op de schijn die is gewekt door

de producent. Als de consument zich in werkelijkheid niet heeft laten leiden door de milieubelasting van het voertuig, dan ligt het niet zonder meer voor de hand om te concluderen dat de consument in het hypothetische scenario van bekendheid met de werkelijke milieubelasting opeens voor een ander type of merk voertuig zou hebben gekozen. Indien wel aannemelijk is dat de koper bij afwezigheid van de onrechtmatige daad voor een ander voertuig zou hebben gekozen, dan moet hij zoveel mogelijk in de toestand worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij van de werkelijke eigenschappen van het voertuig had geweten en een ander voertuig zou hebben gekocht.⁵⁷ Dat betekent, zo menen wij, enerzijds dat op de producent een terugneemplicht kan worden gelegd, of beter: een *aanneemplicht* om het voertuig van de consument aan te nemen,⁵⁸ en anderzijds dat bij de schadeberekening niet alleen de aankoop prijs van het teruggegeven voertuig wordt betrokken, maar ook de aanschafprijs, inruilwaarde, brandstofverbruik en andere kosten van het aankoopalternatief in de berekening moeten worden betrokken, of – als aannemelijk is dat geen alternatief voertuig zou zijn gekocht – een gebruiksvergoeding uit ongerechtvaardigde verrijking of een verrekenbare post ex artikel 6:100 BW wordt geconstrueerd. Het kan dus blijken dat in het hypothetische scenario de nettoschade niet bijzonder groot zal zijn.⁵⁹

Is niet aannemelijk dat de consument een ander transactiebesluit zou hebben genomen, of heeft de consument zich helemaal niet laten leiden door de misleidende handelspraktijken van de producent, dan is er ruimte

voor vergoeding van waardeschade. Bij waardeschade blijft de auto bij de koper en vergoedt de producent het verschil tussen de betaalde prijs en de werkelijke waarde ten tijde van aankoop; er wordt geen gebruiksvergoeding verrekend.⁶⁰ Wat de werkelijke waarde precies was, zal

Bij massale afwikkeling kan de wet van de grote getallen hier goede diensten bewijzen

moeten kunnen worden ingeschat door middel van een gedegen analyse van de betreffende markt en de integriteit van het prijsvormingsproces daarbinnen.

Bij massale afwikkeling kan de wet van de grote getallen hier goede diensten bewijzen: zijn klanten massaal weggelopen bij de producenten die sjoemelsoftware gebruikten, hebben ze (*ceteris paribus*) sinds het bekend worden massaal gekozen voor andere brandstofmotoren, hebben ze massaal aangegeven hun voertuig terug te willen geven? Of hebben ze zich alleen maar bedonderd gevoeld en zijn ze met dat gevoel gewoon doorgereden? In het eerste geval komt totstandkomingsschade eerder in zicht, in het tweede is de benadering van waardeschade waarschijnlijk de betere. •

44. Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617 (*Car Claim/Volkswagen c.s.*), r.o. 18.27 en r.o. 18.32.

45. Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617 (*Car Claim/Volkswagen c.s.*), r.o. 8.13 (niet voldoen aan emissieregels opzettelijke misleiding), r.o. 8.29 (gebruik sjoemelsoftware oneerlijke handelspraktijk jegens consumentkopers).

46. Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617 (*Car Claim/Volkswagen c.s.*), r.o. 16.1 e.v.

47. We schrijven *lijkt* omdat op dit punt slechts een verklaring van recht over onrechtmatigheid werd gevorderd. De rechtbank overweegt overigens nog wel dat, omdat het om 'hetzelfde' gaat, sprake is van samenloop en betaling door de een mede de ander bevrijdt (Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617 (*Car Claim/Volkswagen c.s.*), r.o. 25.2).

48. Rb. Noord-Holland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:2556 (*VW Group*

Diesel Efficiency Stichting/VW), r.o. 5.25; Rb. Noord-Nederland 4 april 2023,

ECLI:NL:RBNNE:2023:1285 (*cessionaris/VW*), r.o. 4.42.

49. Rb. Oost-Brabant 5 oktober 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4892 (*cessionaris/VW*), r.o. 5.63.

50. P.G.J. Wissink, 'Sjoemeldiesels, collectieve prijsvermindering en de massaschade regelende rechter', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken* 2022, p. 64 e.v.

51. Rb. Oost-Brabant 5 oktober 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4892 (*cessionaris/VW*), r.o. 5.50 e.v.

52. R.o. 5.58.

53. R.o. 5.61-63.

54. R.o. 5.51.

55. Rb. Midden-Nederland 26 juli 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3770 (*tweedehands VW*), r.o. 4.44.

56. Dat zou bij vernietiging wegens dwaling overigens ook niet zomaar gebeuren. Zie immers HR 28 juni 2019,

ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Renteswap*), r.o. 3.6.8. Zou men wel het verschil tussen aankoopwaarde en inruilwaarde vergoeden, dan zal in elk geval overwogen moeten worden om het voordeel van tussentijds gebruik in verrekening te brengen (een gebruiksvergoeding), tenzij men zou menen dat dit afbreuk zou doen aan doeltreffende en afschrikkende sanctionering van de inbreuk op EU-recht (vgl. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Gratis Mobielte II*), r.o. 3.16).

57. Vgl. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Renteswap*), r.o. 3.6.12.

58. Een delictueel aanneembod is niet echt gangbaar (vgl. Rb. Noord-Holland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:2556 (*VW Group Diesel Efficiency Stichting/VW*), r.o. 5.20), maar dat betekent niet dat het niet zou kunnen passen binnen art. 6:103 tweede zin BW. Vgl. ook art. 6.33 Belgisch nieuw BW (Herstel in natura), dat onder meer bepaalt: Het herstel in natura

strekt ertoe de schadelijke gevolgen van een tot aansprakelijkheid leidend feit in werkelijkheid ongedaan te maken. De rechter kan hiertoe de rechtstoestand van partijen wijzigen of bevel geven maatregelen uit te voeren door de aansprakelijke (...). Wanneer de benadeelde dit vordert, wordt het herstel in natura bevolen, tenzij dit onmogelijk of kennelijk onredelijk is, de uitoefening van dwang op de persoon van de aansprakelijke vereist of in strijd is met de menselijke waardigheid. (...)

59. Zie voor vergelijkbaar hoge drempels bij totstandkomingsschade bij misleidende beursberichten A.C.W. Pijs, *Misleidende beursberichten - Kwesaties van causaal verband en schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 238-241.

60. Vgl. Rb. Oost-Brabant 5 oktober 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4892 (*cessionaris/VW*) r.o. 5.63: bij waardeschade is er geen reden om een gebruiksvergoeding bij wijze van voordeel toe te rekenen.