

Sprawa C-145/20**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym****Data wpływu:**

24 marca 2020 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Oberster Gerichtshof (Austria)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

17 marca 2020 r.

Strona powodowa:

DS

Strona pozwana:

Porsche Inter Auto GmbH & Co KG

Volkswagen AG

[...]

Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria) [...] w sprawie z powództwa strony powodowej DS [...] przeciwko stronie pozwanej ad. 1 Porsche Interauto GmbH & Co KG Zweigniederlassung AVEG Linz-Leonding, 4060 Linz-Leonding, [...] oraz stronie pozwanej ad. 2 Volkswagen AG, 38440 Wolfsburg, [...] Niemcy, [...] o zapłatę kwoty 25 989,58 EUR [...] orzekając w sprawie skargi rewizyjnej strony powodowej od wyroku Oberlandesgericht Linz (wyższego sądu krajowego w Linzu) jako sądu odwoławczego z dnia 4 kwietnia 2019 r., [...] którym utrzymano w mocy wyrok Landesgericht Linz (sądu okręgowego w Linzu) z dnia 12 grudnia 2018 r. [...], wydał na posiedzeniu niejawnym następujące

postanowienie: **[Or. 2]**

Do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zostają skierowane, na podstawie art. 267 TFUE, następujące pytania w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

1. Czy art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.U. L 171 z dnia 7 lipca 1999 r., s. 12) należy interpretować w ten sposób, że pojazd silnikowy, który objęty jest zakresem stosowania rozporządzenia (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów (Dz.U. L 171 z dnia 29 czerwca 2007 r., s. 1) wykazuje taką jakość, jaka jest normalna dla towarów tego samego rodzaju i jakiej konsument może racjonalnie oczekiwać, jeżeli pojazd wyposażony jest w zabronione urządzenie ograniczające skuteczność działania w rozumieniu art. 3 pkt 10 i art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007, lecz dany typ pojazdu mimo to posiada ważną homologację typu WE, a tym samym pojazd ten może być używany w ruchu drogowym?

2. Czy art. 5 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 715/2007 należy interpretować w ten sposób, że urządzenie ograniczające skuteczność działania w rozumieniu art. 3 pkt 10 tego rozporządzenia, które jest zaprojektowane w taki sposób, że recyrkulacja spalin – poza badaniami testowymi w warunkach laboratoryjnych – w rzeczywistych warunkach jazdy uruchamia się w pełni tylko wtedy, gdy temperatury zewnętrzne wynoszą od 15 do 33 stopni Celsjusza, może być dozwolone na podstawie art. 5 ust. 2 lit. a) tego rozporządzenia, czy też zastosowanie tego wyjątku jest z góry wyłączone już ze względu na [Or. 3] ograniczenie pełnej skuteczności recyrkulacji spalin do warunków, które w pewnych częściach Unii Europejskiej występują tylko przez mniej więcej pół roku?

3. Czy art. 3 ust. 6 dyrektywy 1999/44/WE należy interpretować w ten sposób, że brak zgodności z umową polegający na wyposażeniu pojazdu w układ recyrkulacji spalin zabroniony na podstawie art. 3 pkt 10 w związku z art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007 należy uznać za mający nikłe znaczenie w rozumieniu tego przepisu, jeżeli nabywca, wiedząc o tej okoliczności i jej skutkach, i tak nabyłby dany pojazd?

Uzasadnienie:

A. Stan faktyczny

Strona pozwana ad. 2 jest producentem pojazdów; strona pozwana ad. 1 jest jej niezależnym autoryzowanym dystrybutorem. W dniu 21 grudnia 2013 r. strona powodowa, jako konsument, kupiła od strony pozwanej ad. 1 samochód osobowy wyprodukowany przez stronę pozwaną ad. 2. Pojazd ten bezspornie wchodzi

w zakres stosowania rozporządzenia (WE) nr 715/2007. Jest on wyposażony w silnik o zapłonie samoczynnym typu EA189 w normie emisyjnej Euro 5. W przypadku tego silnika recyrkulacja spalin oparta była na oprogramowaniu zawartym w układzie sterowania silnikiem i obejmowała dwa tryby pracy („logika przełączania”). W pierwszym trybie, który był uruchamiany wyłącznie w ramach procedury badania emisji w warunkach laboratoryjnych, szybkość recyrkulacji spalin była wyższa niż w drugim trybie, który znajdował zastosowanie w normalnych warunkach jazdy. Właściwy w sprawie niemiecki Kraftfahrt-Bundesamt (federalny urząd ds. pojazdów silnikowych, zwany dalej „KBA”) udzielił dla spornego typu pojazdu homologacji typu WE. [Or. 4] Organowi udzielającemu homologacji typu nie ujawniono „logiki przełączania”. Gdyby KBA wiedział o „logice przełączania”, nie udzielono by homologacji typu WE.

Strona powodowa kupiłaby pojazd również gdyby wiedziała, że zostało w nim zainstalowane „oprogramowanie manipulujące”.

W dniu 15 października 2015 r. KBA wydał w stosunku do strony pozwanej ad. 2 decyzję zatytułowaną „Nachträgliche Anordnung einer Nebenbestimmung zur EG-Typengenehmigung” (następcze ustanowienie dodatkowego warunku do homologacji typu WE) na podstawie § 25 ust. 2 (niemieckiego) EG-Fahrzeugsgenehmigungsverordnung (rozporządzenia w sprawie homologacji WE pojazdów, zwanego dalej „EG-FGV”), mocą której nakazał (między innymi) usunięcie zabronionych urządzeń ograniczających skuteczność działania w celu zapewnienia zgodności z przepisami dopuszczonej jednostki silnikowej typu EA189 EU5. Pismem z dnia 20 grudnia 2016 r. KBA przekazał stronie pozwanej ad. 2 potwierdzenie, że przedstawiona zmiana danych aplikacji może prowadzić do osiągnięcia zgodności wskazanych pojazdów z przepisami. W konsekwencji nie odwołano ani nie cofnięto homologacji typu WE w odniesieniu do rozpatrywanego typu pojazdu.

W dniu 15 lutego 2017 r. strona powodowa zleciła przeprowadzenie „aktualizacji oprogramowania” pojazdu, o której wspomniano w przywołanym piśmie KBA. Aktualizacja ta zastąpiła „logikę przełączania” oprogramowaniem, które sprawiało, że tryb ograniczający emisję zanieczyszczeń uruchamia się nie tylko w trakcie badań testowych, lecz również w trakcie jazdy, choć pełną sprawność osiąga wyłącznie w przypadku, gdy temperatury zewnętrzne wynoszą pomiędzy 15 a 33 stopniami Celsjusza („okienko temperaturowe”).

B. Argumentacja stron

Strona powodowa dochodzi roszczeń o naprawienie szkody, z tytułu rękojmi i z tytułu uchylenia się od skutków prawnych umowy [Or. 5] z uwagi na wadę oświadczenia woli – w stosunku do strony pozwanej ad. 1 oraz o naprawienie szkody – w stosunku do strony pozwanej ad. 2. Żąda ona zwrotu ceny sprzedaży za równoczesnym zwrotem pojazdu, ewentualnie obniżenia ceny, ewentualnie ustalenia odpowiedzialności strony pozwanej za szkody wynikające z montażu zabronionego urządzenia ograniczającego skuteczność działania. Pojazd jest

według niej wadliwy, gdyż „logika przełączania” stanowi zabronione urządzenie ograniczające skuteczność działania w rozumieniu art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007. Aktualizacja oprogramowania nie doprowadziła do usunięcia tej wady. W związku z aktualizacją oprogramowania istnieje ryzyko przyszłej utraty wartości przez pojazd oraz wystąpienia szkód następczych.

Strona pozwana stoi na stanowisku, że ani „logiki przełączania”, ani „okienka temperaturowego” nie można uznać za urządzenia ograniczające skuteczność działania w rozumieniu art. 3 pkt 10 rozporządzenia (WE) nr 715/2007, a tym samym nie są one zabronione. W postępowaniu przed Oberster Gerichtshof (sądem najwyższym) przyznały jednak, że „okienko temperaturowe” stanowi urządzenie ograniczające skuteczność działania. Niemniej jest ono dozwolone na podstawie art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007, co stwierdził także KBA.

C. Dotychczasowe postępowanie

Sąd pierwszej instancji oddalił żądania pozwu.

Sąd odwoławczy nie uwzględnił apelacji strony powodowej. Uznał, że pojazd nie jest wadliwy, gdyż na skutek dokonania aktualizacji stronie powodowej nie grozi cofnięcie przez organ pozwolenia na użytkowanie pojazdu. Na skutek aktualizacji oprogramowania doszło do usunięcia wady, która być może istniała pierwotnie. Technologia, która sprawia, że recyrkulacja spalin jest zmniejszana w przypadku temperatur zewnętrznych poniżej 15 i powyżej 33 stopni Celsjusza jest dopuszczalna na podstawie art. 5 ust. 2 [Or. 6] rozporządzenia (WE) nr 715/2007, gdyż jest to niezbędne dla zabezpieczenia silnika przed uszkodzeniem.

Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) musi rozpoznać skargę rewizyjną strony powodowej, w której domaga się ona uwzględnienia żądań pozwu.

D. Właściwe przepisy

Artykuł 3 pkt 10 rozporządzenia (WE) nr 715/2007 w następujący sposób definiuje pojęcie „urządzenia ograniczającego skuteczność działania” na potrzeby tego rozporządzenia oraz środków wykonawczych do niego:

„dowolny element konstrukcyjny mierzący temperaturę, prędkość pojazdu, prędkość obrotową silnika, przełożenie skrzyni biegów, podciśnienie w kolektorze lub wszelkie inne parametry w celu włączenia, przetwarzania, opóźnienia lub wyłączenia działania dowolnej części układu kontroli emisji zanieczyszczeń, który zmniejsza skuteczność działania urządzenia kontrolującego emisję zanieczyszczeń w warunkach, jakich można w sposób racjonalny spodziewać się podczas normalnego działania i użytkowania pojazdu”.

Artykuł 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007 mają następujące brzmienie:

„1. Części mające potencjalny wpływ na emisję zanieczyszczeń są tak zaprojektowane, zbudowane i zamontowane, aby pojazd w trakcie normalnego użytkowania był zgodny z wymogami niniejszego rozporządzenia i środkami wykonawczymi do rozporządzenia.

2. Stosowanie urządzeń ograniczających skuteczność działania układów kontrolujących emisję zanieczyszczeń jest zabronione. Zakazu tego nie stosuje się w następujących przypadkach:

a) urządzenie jest niezbędne dla zabezpieczenia silnika przed uszkodzeniem lub awarią, lub ze względu na bezpieczeństwo użytkownika pojazdu; [...]

Artykuł 3 ust. 9 akapit trzeci rozporządzenia Komisji (WE) nr 692/2008 z dnia 18 lipca 2008 wykonującego i zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6) [Or. 7] oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów (Dz.U. L 199 z 28.7.2008, s 1) ma następujące brzmienie:

„Ponadto producent dostarcza organowi udzielającemu homologacji informacje dotyczące strategii działania układu recyrkulacji spalin (EGR), w tym jego funkcjonowania w niskich temperaturach”.

Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 1999/44/WE ma następujące brzmienie:

„Sprzedawca musi dostarczyć konsumentowi towary, które są zgodne z umową sprzedaży”.

Artykuł 2 ust. 2 dyrektywy 1999/44/WE (fragment) ma następujące brzmienie:

„Domniemywa się, że towary konsumpcyjne są zgodne z umową, jeżeli: [...]

d) wykazują jakość i wykonanie, które są normalne dla towarów tego samego rodzaju i jakich konsument może racjonalnie oczekiwać, charakter towarów i biorąc pod uwagę wszelkie oświadczenia publiczne na temat szczególnych właściwości towarów, jakie wygłosił na ich temat sprzedawca, producent lub ich przedstawiciel, w szczególności w reklamie lub na etykiecie”.

Artykuł 3 ust. 6 dyrektywy 1999/44/WE stanowi:

„Konsument nie ma prawa do unieważnienia umowy, jeżeli brak zgodności ma nikłe znaczenie”.

Paragraf 922 ust. 1 (austriackiego) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (kodeksu cywilnego, zwanego dalej „ABGB”) ma następujące brzmienie:

„Kto odstępuje drugiemu rzecz w sposób odpłatny, daje rękojmię, że jest ona zgodna z umową. Odpowiada więc za to, że rzecz ma właściwości uzgodnione

albo zwykle przyjmowane, że jest zgodna z jej opisem, próbą albo wzorem oraz że można jej używać zgodnie z naturą interesu lub zawartej umowy”. [Or. 8]

Paragraf 932 ust. 1 ABGB stanowi:

„Nabywca może z powodu wady żądać poprawienia (naprawy albo uzupełnienia braków), wymiany rzeczy, odpowiedniego obniżenia odpłatności (obniżenia ceny) albo rozwiązania umowy (odstąpienia od umowy)”.

Paragraf 932 ust. 4 zdanie pierwsze ABGB stanowi:

„Jeżeli zarówno poprawienie, jak i wymiana są niemożliwe albo wiążą się dla zbywcy z nieproporcjonalnie wysokimi nakładami, nabywcy przysługuje prawo do obniżenia ceny albo prawo do odstąpienia od umowy, chyba że chodzi o wadę nieistotną”.

Paragraf 25 ust. 2 (niemieckiego) Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung) (rozporządzenia w sprawie homologacji WE pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części oraz odrębnych zespołów technicznych takich pojazdów, zwanego dalej „EG-FGV”) ma następujące brzmienie:

„(2) Celem usunięcia stwierdzonych braków i zapewnienia zgodności z normami pojazdów dopuszczonych już do ruchu, części lub odrębnych zespołów technicznych, KBA może następnie ustanowić dodatkowe warunki”.

E. Uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

1.1. Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) bada, czy wada pojazdu nabytego przez stronę powodową istniała w chwili wydania oraz czy doszło do usunięcia tej wady, jak również do wystąpienia szkody wyrządzonej stronie powodowej przez stronę pozwaną ad. 2.

1.2. W przypadku wady, którą można usunąć, zgodnie z § 932 ust. 1 ABGB w pierwszej kolejności przysługuje roszczenie o poprawienie. Celem instytucji poprawienia jest doprowadzenie do stanu zgodnego z umową [...]. Aby doprowadzić do wygaśnięcia roszczenia o poprawienie, zbywca musi w ramach podniesienia zarzutu niweczącego [Or. 9] powołać się na usunięcie wady na skutek dokonania poprawienia i wykazać tę okoliczność [...].

1.3. Wadliwość świadczenia w rozumieniu § 922 ABGB występuje wtedy, gdy nie ma ono, pod względem ilościowym lub jakościowym, właściwości zwykle przyjmowanych albo takich, o których istnieniu zapewniono [...].

1.4. W przypadku samochodu osobowego w austriackim orzecznictwie przyjmuje się, że konieczne jest posiadanie urzędowych pozwoleń niezbędnych dla dopuszczenia go do użytkowania go w ruchu drogowym [...].

2.1. W ocenie Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego) „logikę przełączania” występującą w chwili wydania stronie powodowej przedmiotu sprzedaży należy uznać za zabronione urządzenie ograniczające skuteczność działania w rozumieniu art. 3 pkt 10 i art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007 [...]. Wynika to z faktu, że chodzi o element konstrukcyjny służący do pomiaru parametrów, z których wynika, czy pojazd używany jest w warunkach testowych, czy też rzeczywistych warunkach jazdy i w zależności od tej okoliczności włączany jest tryb pracy z wysokim albo niskim poziomem recyrkulacji spalin. W ten sposób element ten wywiera wpływ na recyrkulację spalin, a tym samym stanowi on część układu kontroli emisji zanieczyszczeń. Włączenie trybu pracy z niskim poziomem recyrkulacji spalin na potrzeby rzeczywistego użytkowania pojazdu zmniejsza skuteczność działania urządzenia kontrolującego emisję zanieczyszczeń w warunkach, jakich można w sposób racjonalny spodziewać się podczas normalnego działania i użytkowania pojazdu [Or. 10] [zob. art. 3 pkt 10 rozporządzenia (WE) nr 715/2007]. W odniesieniu do „logiki przełączania” strona pozwana nie powoływała się nawet na okoliczności, które mogłyby uzasadnić występowanie wyjątku od zakazu stosowania urządzenia ograniczającego skuteczność działania w rozumieniu art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007.

2.2. Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) stoi na stanowisku, że nabyty przez stronę powodową pojazd był w każdym razie wadliwy w rozumieniu § 922 ABGB, gdyż organowi właściwemu do udzielenia homologacji typu WE nie ujawniono zabronionego urządzenia ograniczającego skuteczność działania, co pociągało za sobą brak ważności udzielonej homologacji typu. Przejawiało się to w ustanowieniu przez KBA dodatkowych warunków do homologacji typu WE.

2.3. Przedmiotem pierwszego pytania prejudycjalnego jest to, czy pojazd miał wadę również z tego powodu, że strona pozwana ad. 1 zobowiązana była do wydania pojazdu, który nie był wyposażony w zabronione urządzenie ograniczające skuteczność działania w rozumieniu art. 3 pkt 10 w związku z art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007. Gdyby tak miało być, należałoby zbadać, czy po przeprowadzeniu „aktualizacji oprogramowania” nadal mieliśmy do czynienia z zabronionym urządzeniem ograniczającym skuteczność działania. Tego zagadnienia dotyczy drugie pytanie prejudycjalne. Pytanie trzecie dotyczy skutków prawnych wadliwości występującej nadal po przeprowadzeniu „aktualizacji oprogramowania”.

2.4. Ocena braku zgodności z umową jest istotna również dla oceny odpowiedzialności strony pozwanej ad. 2, gdyż strona powodowa w istocie wywodzi istnienie szkody z faktu nabycia pojazdu niezgodnego z treścią umowy oraz występowania zabronionego urządzenia ograniczającego skuteczność działania. [Or. 11]

W przedmiocie pytania pierwszego:

3.1. Kwestia, czy samo wyrażenie przez organ właściwy do udzielenia homologacji typu WE aprobaty dla aktualizacji oprogramowania doprowadziło do poprawienia rzeczy sprzedanej zależy od oceny w przedmiocie tego, do czego zbywca zobowiązany był na podstawie umowy sprzedaży.

3.2. Zgodnie z oceną prawną przedstawioną przez stronę powodową z umowy sprzedaży wynika nie tylko zobowiązanie do zapewnienia istnienia homologacji typu WE, lecz także do wydania pojazdu wolnego od urządzenia ograniczającego skuteczność działania zabronionego na mocy art. 3 pkt 10 w związku z art. 5 rozporządzenia (WE) nr 715/2007.

4.1. Artykuł 2 ust. 2 dyrektywy 1999/44/WE określa przesłanki przyjęcia domniemania zgodności towarów konsumpcyjnych z umową. W piśmiennictwie jest to rozumiane w ten sposób, że dyrektywa przewiduje domniemanie odnoszące się do treści uzgodnienia umownego w przedmiocie właściwości, które powinna posiadać rzecz sprzedana [...], aby móc przyjąć, że występuje brak zgodności, jeżeli dana rzecz nie spełnia wymogów przewidzianych w dyrektywie. Zbywca musiałby zatem wykazać, że w rzeczywistości dokonano odmiennego uzgodnienia. Stanowi to dla nabywcy ułatwienie dowodowe w porównaniu z modelem przyjętym w ABGB, zgodnie z którym na nabywcy spoczywa nie tylko ciężar dowodu co do tego, że rzecz nie odpowiada umowie, lecz również co do treści umowy [...]. **[Or. 12]**

4.2. Pojęcie „racjonalnie oczekiwanych” jakości i wykonania powinno opierać się na europejskim wzorcu konsumenta [...].

4.3. Zdaniem sądu odsyłającego można to rozumieć w ten sposób, że należy założyć, iż przeciętny konsument, przeciętnie poinformowany, uważny i rozsądny (wyroki Trybunału: z dnia 8 kwietnia 2003 r., C-44/01, *Pippig Augenoptik*, EU:C:2003:205, pkt 55; z dnia 8 lutego 2017 r., C-562/15, *Carrefour Hypermarches*, EU:C:2017:95, pkt 31) w przypadku produktu takiego jak pojazd silnikowy, o którym wiadomo, że musi spełniać określone wymogi normatywne, oczekuje spełnienia tych wymogów. Wydaje się zatem oczywiste, że zgodność z przepisami prawa jest częścią racjonalnych oczekiwań konsumenta. Okoliczność, że typy pojazdów muszą zostać poddane procesowi homologacji niekoniecznie stoi w sprzeczności z przedstawionym wyżej rozumieniem art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 1999/44/WE. Równocześnie, zgodnie z powyższym, nie byłoby zatem decydujące to, czy brak oprogramowania takiego jak „logika przełączania” był subiektywnie istotny dla kupującego.

4.4. Konsekwencją takiej wykładni byłoby to, że sprzedawca pojazdu silnikowego musiałby udzielać rękojmi nie tylko co do istnienia homologacji niezbędnej dla zwykle przyjmowanego użytkowania w rozumieniu § 922 ABGB, lecz również co do tego, że nie posiada on żadnych zabronionych elementów konstrukcyjnych.

W przedmiocie pytania drugiego: [Or. 13]

5.1. W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, należy przyjąć, że strona pozwana ad. 1 zobowiązana była do wydania pojazdu, który nie był wyposażony w zabronione urządzenie ograniczające skuteczność działania w rozumieniu art. 3 pkt 10 w związku z art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007. W takim przypadku przysługujące stronie powodowej na podstawie § 932 ust. 1 ABGB roszczenie o poprawienie miałoby na celu doprowadzenie do takiego stanu.

5.2. Dlatego też próba poprawienia poprzez instalację „aktualizacji oprogramowania” nie byłaby udana z tego tylko powodu, że KBA nie cofnął ani nie uchylił udzielonej przez siebie homologacji typu WE. Należałoby raczej dokonać oceny, czy kupiony pojazd wciąż posiada urządzenie ograniczające skuteczność działania zabronione na podstawie art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007.

5.3. W tym zakresie w niniejszej sprawie decydujące znaczenie ma to, czy istniejące oprogramowanie, zawierające „okienko temperaturowe”, może być objęte powoływany przez strony pozwane wyjątkiem przewidzianym w art. 5 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 715/2007, czy też jest to z góry wyłączone, jak twierdzi strona powodowa. Strona powodowa wywodzi takie twierdzenie z okoliczności, że „okienko temperaturowe” powoduje tak częste uruchamianie urządzenia ograniczającego skuteczność działania, że prowadzi to do odwrócenia ogólnej relacji zasada – wyjątek przewidzianej w art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 715/2007.

6.1. Celem ustanowienia jednolitych wymogów technicznych w zakresie homologacji typu pojazdów silnikowych na mocy rozporządzenia (WE) nr 715/2007 jest – obok zagwarantowania sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego – zagwarantowanie wysokiego poziomu ochrony środowiska naturalnego [motyw 1 rozporządzenia (WE) nr 715/2007]. Uznano, że w celu poprawy jakości powietrza i przestrzegania wartości dopuszczalnych emisji zanieczyszczeń konieczna jest [Or. 14] znaczna redukcja emisji tlenków azotu w pojazdach z silnikami o zapłonie samoczynnym (motyw 6 rozporządzenia (WE) nr 715/2007).

6.2. Wzgląd na te cele przemawia zdaniem sądu odsyłającego za ścisłą wykładnią wyjątków przewidzianych w art. 5 ust. 2 zdanie drugie rozporządzenia (WE) nr 715/2007.

6.3. Zgodnie z art. 3 pkt 9 akapit trzeci rozporządzenia (WE) nr 692/2008 producent dostarcza organowi udzielającemu homologacji informacje dotyczące strategii działania układu recyrkulacji spalin, w tym jego funkcjonowania w niskich temperaturach. Zdaniem Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego) z przepisu tego wynika, że sam fakt przeważania „niskich” temperatur nie zwalnia z wymogu działania układu recyrkulacji spalin.

6.4. Technologia „okienka temperaturowego” sprawia, że recyrkulacja spalin sterowana jest w ten sposób, że tryb redukcji emisji jest w pełni skuteczny wyłącznie w temperaturach zewnętrznych pomiędzy 15 a 33 stopniami Celsjusza.

6.5. Jest oczywiste, że w części Unii Europejskiej, przykładowo w Austrii, przez wiele miesięcy w roku średnie temperatury wynoszą poniżej 15 stopni Celsjusza (por. np. <https://www.wien.gv.at/statistik/lebensraum/tabellen/lufttemperatur.html>, data wywołania: 17 marca 2020 r., zgodnie z którą to stroną w 2018 r. w Wiedniu w okresie sześciu spośród dwunastu miesięcy średnie temperatury wynosiły poniżej 15 stopni Celsjusza). Tym samym, przez znaczną część roku przeciętnie w ogóle nie występują temperatury zewnętrzne, przy których recyrkulacja spalin w typie pojazdu takim jak ten będący przedmiotem sporu jest w pełni skuteczna. W oparciu o przepis ustanawiający wyjątek [art. 5 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 715/2007] strona pozwana zastrzega sobie **[Or. 15]** zatem przez około połowę roku prawo odstępowania od zakazu stosowania urządzenia ograniczającego skuteczność działania.

6.2. [6.6.] Zasada, że wyjątki powinny zawsze podlegać ścisłej wykładni (zob. wyrok Trybunału z dnia 11 grudnia 2014 r., C-212/13, *Rynes*, EU:C:2014:2428, pkt 29; opinia rzecznika generalnego Y. Bota z dnia 20 czerwca 2013 r., C-309/12, *Gomes Viana Novo i in.*, EU:C:2013:419, pkt 26) oraz realizowany przez rozporządzenie (WE) nr 715/2007 cel w postaci redukcji emisji tlenków azotu mogłyby przemawiać za tym, że w przypadku tak często uruchamianego urządzenia ograniczającego skuteczność działania ewidentnie nie można powoływać się na ustanawiający wyjątek przepis art. 5 ust. 2 zdanie drugie rozporządzenia (WE) nr 715/2007.

W przedmiocie pytania trzeciego:

7.1. Zgodnie z austriackim orzecznictwem przy badaniu, czy występuje wada nieistotna w rozumieniu § 932 ust. 4 ABGB – wyłączająca możliwość odstąpienia od umowy, należy dokonać obiektywnego wyważenia interesów stron umowy w odniesieniu do konkretnej umowy i okoliczności konkretnego przypadku [...].

7.2. Pytanie trzecie zmierza do tego, że w piśmiennictwie dotyczącym § 932 ust. 4 zdanie pierwsze ABGB prezentowana jest opinia, zgodnie z którą wada jest nieistotna (tylko) wówczas, jeżeli nabywca zawarłby umowę, wiedząc o takiej wadzie (w rozpatrywanej sprawie: o istnieniu urządzenia ograniczającego skuteczność działania i skutkach jego uruchamiania), chociażby miałyby do tego dojść na odmiennych warunkach [...]. **[Or. 16]**

Brzmienie art. 3 ust. 6 dyrektywy 1999/44/WE nie jest zdaniem sądu odsyłającego na tyle jednoznaczne, aby mówić w tym wypadku o *acte clair*.

[...]

Wiedeń, dnia 17 marca 2020 r.

[...] [kwestie proceduralne]