

Processo C-666/23

**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1,
do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**

Data de entrada:

9 de novembro de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Landgericht Ravensburg (Tribunal Regional de Ravensburg,
Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

27 de outubro de 2023

Demandantes:

EL

CM

BT

JF

DS

Demandada:

Volkswagen AG

Objeto do processo principal

Regulamento (CE) n.º 715/2007 – Veículo equipado com motor diesel –
Recirculação dos gases de escape – Janelas térmicas – Licença hipotética –
Indemnização – Cálculo

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1. Pode ser indeferido o pedido de indemnização do comprador do veículo contra o fabricante do veículo por negligência na colocação no mercado de um veículo com um dispositivo manipulador proibido na aceção do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 715/2007, com o fundamento de

a) que houve um erro inevitável quanto à proibição por parte do fabricante?

em caso afirmativo:

b) que o erro quanto à proibição é inevitável para o fabricante, uma vez que a autoridade responsável pela homologação CE ou por medidas subsequentes homologou efetivamente o dispositivo manipulador instalado?

em caso afirmativo:

c) que o erro quanto à proibição é inevitável para o fabricante, uma vez que o parecer jurídico do fabricante relativo ao disposto no artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 715/2007, teria sido, caso tivesse sido consultada, confirmado pela autoridade competente para a homologação CE ou por medidas subsequentes (homologação hipotética)?

2. Deve o fabricante de veículos que forneceu uma atualização de *software* ter de pagar uma indemnização ao proprietário do veículo se este sofrer um dano devido a um dispositivo manipulador proibido na aceção do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 715/2007, que tenha sido instalado com a atualização do *software*?

3. É compatível com o direito da União que, no caso de um pedido de indemnização contra o fabricante de veículos por negligência na colocação no mercado de um veículo com um dispositivo manipulador ilegal na aceção do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 715/2007,

a) o comprador do veículo deva permitir que as vantagens da utilização do veículo sejam deduzidas do montante dos danos no seu pedido de indemnização *menor*, quando essas vantagens,

juntamente com o valor residual, excedam o preço de compra pago deduzido o referido montante dos danos?

- b) o direito do comprador do veículo a uma indemnização *menor* esteja limitado a um máximo de 15 % do preço de compra pago?

Disposições de direito da União invocadas

Regulamento (CE) n.º 715/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2007, relativo à homologação dos veículos a motor no que respeita às emissões dos veículos ligeiros de passageiros e comerciais (Euro 5 e Euro 6) e ao acesso à informação relativa à reparação e manutenção de veículos (JO 2007, L 171, p. 1), em particular, artigo 5.º, n.º 2

Disposições de direito nacional invocadas

Código Civil Alemão (BGB), em particular os §§ 276, 823 e 826

Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge [Regulamento relativo à Homologação CE dos Veículos a Motor e seus Reboques e dos Sistemas, Componentes e Unidades Técnicas Destinados a serem Utilizados nesses Veículos (Regulamento Relativo à Homologação CE dos Veículos a Motor – EG-FGV)], em especial os §§ 6 e 27

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O pedido de decisão prejudicial baseia-se em cinco factuais diferentes que, embora não sendo idênticas, apenas variam em pormenores.
- 2 Primeiro processo: A VW T6 Multivan Comfortline 2.0 TDI foi colocada no mercado pela demandada com um motor diesel do tipo EA288. No veículo, a recirculação dos gases de escape é reduzida fora da chamada janela térmica, em função da descida das temperaturas exteriores. Deste modo, as emissões de NOx (= óxido de azoto) aumentam durante o funcionamento do veículo fora da janela térmica. O demandante adquiriu o veículo à demandada por 45 944,39 euros. Deu uma entrada de 15 000 euros e financiou o valor restante através de um empréstimo. Entretanto, vendeu o automóvel.
- 3 O demandante considera ter sofrido intencionalmente um dano, em violação da ordem pública e dos bons costumes. Considera que a janela térmica representa um dispositivo manipulador proibido e afirma que a redução da recirculação dos gases de escape começa a uma temperatura de +20 °C. O demandante pede o pagamento de 8 709,30 euros (preço de compra de 45 944,39 euros deduzido do benefício de utilização de 10 245,60 euros por 66 900 km percorridos e o produto da venda de

31 000 euros acrescido dos custos de financiamento de 4 010,51 euros) ou, a título subsidiário, o pagamento de 891,66 euros (= 15 % do valor da compra)

- 4 A demandada pede que a ação seja julgada improcedente. Invoca a exceção da prescrição dos créditos contratuais. No que respeita à janela térmica, a demandada alega que a recirculação dos gases de escape é reduzida gradualmente a partir de uma temperatura ambiente de cerca de +12 °C. Considera ainda que a janela térmica é permitida, uma vez que é necessária para o funcionamento seguro do veículo. A título cautelar, a demandada invoca um erro inevitável quanto à proibição, alegando uma autorização hipotética da Kraftfahrtbundesamt (Autoridade Federal da Circulação Automóvel alemã).
- 5 Segundo processo: A VW T6 Multivan 2.0 TDI foi colocada no mercado com um motor diesel do tipo EA288 fabricado pela demandada. O demandante adquiriu o veículo pelo preço de 49 950 euros com uma quilometragem de 9 350 km. É incontestável que o veículo dispunha, à data da sua aquisição, de um sistema de reconhecimento do banco de ensaio, mas este foi removido em 10 de outubro de 2017 através de uma atualização do *software*. É também incontestável que existia (e existe) uma janela térmica. Isso causa emissões de NOx mais elevadas durante o funcionamento do veículo fora da janela térmica.
- 6 O demandante considera que a presença de dispositivos manipuladores proibidos lhe causou intencionalmente um dano, em violação da ordem pública e dos bons costumes. Pede o pagamento de 8 938 euros (= 20 % do preço de compra líquido) ou, a título subsidiário, um montante de indemnização deixado à discricção do tribunal, mas no mínimo de 6 703,50 euros (= 15 % do preço de compra).
- 7 A demandada admite que o sistema de reconhecimento do banco de ensaio inicialmente instalado foi utilizado pelo *software* para reduzir a taxa de recirculação dos gases de escape fora do NEDC (*New European Driving Cycle*) ao atingir uma temperatura de funcionamento de 200 °C. Alega que, em contrapartida, a partir desta temperatura de funcionamento, o sistema SCR (*Selective Catalytic Reduction*) contribui significativamente para a redução de NOx, pelo que os valores-limite são respeitados. No que respeita à janela térmica, a demandada alega que ocorre uma redução abaixo de uma temperatura ambiente «de cerca de +12 °C». A demandada considera que a janela térmica é permitida, uma vez que é necessária para o funcionamento seguro do veículo. A título cautelar, a demandada invoca um erro inevitável quanto à proibição, alegando uma autorização hipotética da Kraftfahrtbundesamt (Autoridade Federal da Circulação Automóvel alemã).
- 8 Terceiro processo: A matéria de facto do terceiro caso corresponde essencialmente à do segundo processo.
- 9 Quarto processo: O veículo VW Golf 2.0 TDI foi colocado no mercado com um motor diesel do tipo EA288 fabricado pela demandada. É incontestável que o veículo dispõe de um sistema de reconhecimento do banco de ensaio. A

demandante adquiriu o veículo pelo preço de 10 000 euros com uma quilometragem de 107 000 km.

- 10 A demandante considera que a demandada lhe causou intencionalmente um dano, em violação da ordem pública e dos bons costumes. Considera que a funcionalidade do reconhecimento do banco de ensaio é proibida e que existe também uma janela térmica proibida. A demandante pede o pagamento de 9 258,60 euros (preço de compra de 10 000 euros deduzida a indemnização de utilização de 741,40 euros por 14 309 km percorridos à data da propositura da ação) em troca da entrega e transferência de propriedade do veículo ou, a título subsidiário, uma indemnização de 1 500 euros (= 15 % do preço de compra).
- 11 A demandada pede que a ação seja julgada improcedente. A demandada admite que o sistema de reconhecimento do banco de ensaio é utilizado pelo *software* para garantir que o catalisador de armazenamento de NOx se regenere plenamente antes da marcha de ensaio e que se regenere em momentos precisamente definidos dentro do NEDC. Além disso, a temperatura do catalisador de armazenamento de NOx é aumentada no NEDC imediatamente antes da sua primeira regeneração. Não obstante, segundo a demandada nada disto tem qualquer efeito mensurável nas emissões de NOx. Mesmo que as emissões de NOx fossem mais elevadas sem estas funções, os valores-limite não seriam ultrapassados. A demandada considera que a janela térmica é permitida. A este respeito, a demandada alega que a recirculação dos gases de escape está ativa a 100 % entre -24 °C e +70 °C devido ao sistema muito avançado de recirculação dos gases de escape. A título cautelar, a demandada invoca um erro inevitável quanto à proibição, alegando uma autorização hipotética da Kraftfahrtbundesamt (Autoridade Federal da Circulação Automóvel alemã).
- 12 Quinto processo: O veículo VW Sharan 2.0 TDI foi colocado no mercado com um motor diesel do tipo EA189 fabricado pela demandada. O motor estava equipado com um dispositivo manipulador proibido (sistema de reconhecimento do banco de ensaio com «sistema de comutação»). Por Despachos de 14 e 15 de outubro de 2015, a Kraftfahrtbundesamt ordenou que a demandada removesse aquele dispositivo manipulador proibido dos veículos que tinha colocado no mercado. O demandante adquiriu o veículo pelo preço de 32 000 euros com uma quilometragem de 14 915 km. Em 7 de março de 2017, foi instalada no veículo uma atualização de *software* desenvolvida pela demandada e autorizada pela Kraftfahrtbundesamt. Com a atualização foi instalada uma janela térmica no veículo. Este facto conduz a emissões de NOx mais elevadas durante o funcionamento do veículo fora da janela térmica.
- 13 O demandante considera que a demandada lhe causou intencionalmente um dano, em violação da ordem pública e dos bons costumes. Pede o pagamento de um montante de indemnização a fixar discricionariamente pelo tribunal, mas no mínimo de 4 800 euros (= 15 % do preço de compra), e, além disso, pede que se declare que a demandada o deve indemnizar pelos danos que sofreu devido à instalação de um dispositivo manipulador comandado pela temperatura.

- 14 A demandada pede que a ação seja julgada improcedente. A título cautelar, a demandada invoca a exceção de prescrição. No que respeita à janela térmica, a demandada alega que a recirculação dos gases de escape é reduzida apenas abaixo de +10 °C. Defende que isso é necessário para o funcionamento seguro do veículo. A demandada salienta também que, pese embora o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 2022, GSMB Invest (C-128/20, EU:C:2022:570), tenha considerado um intervalo de temperatura da janela térmica de +15 °C a +33 °C de «temperatura exterior» para os veículos da demandada com uma janela térmica idêntica (após atualização da unidade de controlo do motor nos motores do tipo EA189), não é claro se o intervalo de temperatura da janela térmica é o mesmo. No entender da demandada, tal deve-se a conclusões vinculativas dos órgãos jurisdicionais de reenvio que não correspondem às circunstâncias reais. A título cautelar, a demandada invoca um erro inevitável quanto à proibição, alegando uma autorização hipotética da Kraftfahrtbundesamt.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 15 Observações preliminares: No primeiro, segundo e terceiro processos, estava provavelmente presente um dispositivo manipulador proibido na aceção do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 715/2007 aquando da aquisição do veículo. No quinto processo, foi instalado um dispositivo manipulador proibido com a atualização. No quarto processo, o sistema de reconhecimento do banco de ensaio indicia fortemente a existência de um dispositivo manipulador proibido.
- 16 Nos veículos do primeiro, segundo, terceiro e quinto processos, a recirculação dos gases de escape é reduzida, o mais tardar, a partir de uma temperatura ambiente de +10 °C, pelo que, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, existe uma janela térmica proibida, que também não é permitida a título excepcional ao abrigo do artigo 5.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 715/2007.
- 17 Além disso, no primeiro, segundo e terceiro processos também não se encontra, provavelmente, cumprido o critério adicional do artigo 5.º, n.º 2, segunda frase, alínea a), do Regulamento n.º 715/2007, segundo o qual um dispositivo manipulador não pode estar ativo durante a maior parte do ano, uma vez que a recirculação dos gases de escape é reduzida nos veículos dos três processos acima referidos, o mais tardar, a partir de uma temperatura ambiente de cerca de +12 °C. Ora, as temperaturas médias anuais na Alemanha são inferiores a cerca de +12 °C.
- 18 No quarto processo, discute-se se a janela térmica e/ou o sistema de reconhecimento do banco de ensaio causam um aumento das emissões em condições normais de condução. Por conseguinte, não ficou provado naquele processo que exista um dispositivo manipulador proibido na aceção do artigo 3.º, ponto 10, e do artigo 5.º, n.º 2, primeira frase, do Regulamento n.º 715/2007, embora o reconhecimento do banco de ensaio seja um forte indício da sua existência.

- 19 Para que exista direito a indemnização ao abrigo do § 826 do BGB, deve existir um comportamento intencional e contrário à ordem pública e aos bons costumes. Ora, é provável que tal não se verifique nos casos apresentados.
- 20 Todavia, nos casos apresentados os compradores dos veículos podem ter direito a uma indemnização ao abrigo do § 823, n.º 2, do BGB. De acordo com a nova jurisprudência do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal da Justiça alemão, a seguir «BGH»), o § 823, n.º 2, do BGB, em conjugação com os §§ 6, n.º 1, e 27, n.º 1, do EG-FGV, protege o interesse do comprador de um veículo em não sofrer prejuízos patrimoniais devido a uma violação do direito da União em matéria de emissões por parte do fabricante.
- 21 No primeiro, segundo, terceiro e quinto processos, a demandada viola o direito da União em matéria de emissões através de uma janela térmica proibida, e no quarto processo há fortes indícios disso sob a forma de um sistema de reconhecimento do banco de ensaio.
- 22 Além disso, o direito indemnizatório pressupõe que o fabricante do veículo tenha agido pelo menos com negligência em relação ao dispositivo manipulador. Presume-se a culpa do fabricante do veículo. Contudo, o fabricante pode exonerar-se apresentando e provando circunstâncias que excepcionalmente fazem com que o seu comportamento não pareça negligente. Em particular, de acordo com a jurisprudência do BGH, o fabricante pode invocar um erro inevitável quanto à proibição ao demonstrar e provar concretamente um erro quanto à proibição enquanto tal e também a sua inevitabilidade. É este o objeto da primeira questão prejudicial.
- 23 No quinto processo, o pedido de indemnização com base no dispositivo manipulador (o sistema de reconhecimento do banco de ensaio com «sistema de comutação»), presente na data de aquisição e colocação no mercado do veículo, prescreveu. Porém, após a instalação da atualização fornecida pela demandada sob a forma de janela térmica, o veículo apresenta um novo dispositivo manipulador proibido. É questionável se o proprietário do veículo tem o direito a receber uma indemnização do fabricante se for lesado por um dispositivo manipulador instalado com uma atualização. É este o objeto da segunda questão prejudicial.
- 24 O direito indemnizatório previsto no § 823, n.º 2, do BGB, em conjugação com os §§ 6, n.º 1, e 27, n.º 1, do EG-FGV, baseia-se na jurisprudência do BGH sobre a chamada indemnização *menor*, ou seja, o pagamento de uma quantia em dinheiro. Não pode ser exigido o reembolso do preço de compra em contrapartida da entrega e transferência de propriedade do veículo (a chamada indemnização *maior*). Além disso, o BGH estabeleceu que os benefícios da utilização do veículo devem ser contabilizados quando, juntamente com o valor residual, ultrapassem o preço de compra pago deduzido o montante da indemnização. A terceira questão prejudicial diz respeito a estes problemas.

- 25 Relativamente às questões prejudiciais individualmente consideradas: Quanto à primeira questão: A exclusão de responsabilidade devido a um erro quanto à proibição só é equacionável em casos excepcionais raros. O desconhecimento não isenta de responsabilidade. De igual modo, um prognóstico incorreto sobre o que um órgão jurisdicional julgará como sendo negligência, numa potencial ação de responsabilidade civil, não justifica um erro desculpável quanto à proibição. O autor do dano deve sempre contar com a possibilidade de um órgão jurisdicional julgar insuficientes as medidas de vigilância que adotou. Um erro inevitável quanto à proibição existe somente quando uma pessoa razoável não pudesse esperar que um órgão jurisdicional, no futuro, pudesse julgar o seu comportamento como sendo uma violação de um dever.
- 26 De acordo com a jurisprudência do BGH, o erro do fabricante especificamente relacionado com um dispositivo manipulador deve ser considerado inevitável se um fabricante de veículos apresentar uma homologação CE efetiva para o dispositivo manipulador proibido utilizado, em todos os seus pormenores relevantes previstos no artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 715/2007. Além disso, o erro também deve ser considerado inevitável se for demonstrado que o parecer jurídico incorreto do fabricante sobre a existência de um dispositivo manipulador proibido teria sido confirmado, caso tivesse sido consultada, pela autoridade responsável pela homologação CE ou pelas medidas subsequentes (na Alemanha, a Kraftfahrtbundesamt), ou seja, no caso de uma homologação hipotética.
- 27 É duvidoso que esta jurisprudência nacional esteja em conformidade com o direito da União, uma vez que a proibição de dispositivos manipuladores é regulada pelo direito da União. Para além disso, o direito do adquirente de um veículo a uma indemnização adequada pela aquisição de um veículo com um dispositivo manipulador ilegal encontra-se igualmente consagrado no direito da União [Acórdão de 21 de março de 2023, Mercedes-Benz Group (Responsabilidade dos fabricantes de veículos com dispositivos manipuladores), C-100/21, EU:C:2023:229, n.º 91]. Os Estados-Membros regulam apenas as modalidades da obtenção dessa indemnização por parte do comprador.
- 28 Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber quais são os requisitos que o direito da União prevê em relação aos pressupostos subjetivos de um direito indemnizatório do comprador do veículo contra o fabricante do veículo por violação do artigo 18.º, n.º 1, do artigo 26.º, n.º 1, e do artigo 46.º da Diretiva 2007/46, bem como do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 715/2007.
- 29 Neste contexto, em primeiro lugar é duvidoso que a culpa seja relevante no atual domínio da responsabilidade extracontratual de um fabricante de veículos [questão prejudicial 1. a)]. Em vários domínios do direito da União, o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o requisito da culpa na responsabilidade extracontratual (v. Acórdãos de 8 de novembro de 1990, Dekker, C-177/88, EU:C:1990:383, n.ºs 22-25, de 30 de setembro de 2010, Strabag e o., C-314/09, EU:C:2010:567, n.ºs 39 e segs., de 9 de dezembro de 2010, Combinatie Spijker

Infrabouw-De Jonge Konstruktie e o., C-568/08, EU:C:2010:751, n.ºs 86 e segs., e de 18 de junho de 2013, Schenker & Co. e o., C-681/11, EU:C:2013:404, n.º 35).

- 30 Uma vez que os processos agora submetidos apenas dizem respeito à responsabilidade civil do fabricante de veículos, muito aponta para que a culpa não seja relevante. Com efeito, se o direito indemnizatório contra o fabricante de veículos, em caso de violação do artigo 18.º, n.º 1, do artigo 26.º, n.º 1, e do artigo 46.º da Diretiva 2007/46, bem como do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 715/2007, dependesse de culpa, seria necessário responder à questão de saber se a inevitabilidade de um erro quanto à proibição pode ser deduzida da informação ou da autorização da autoridade responsável pela homologação CE ou por medidas subsequentes [questão prejudicial 1. b)]. Se fossem aplicados, neste contexto, os princípios do Acórdão de 18 de junho de 2013, Schenker & Co. e o., C-681/11, EU:C:2013:404, a aprovação ou a informação da autoridade responsável pela homologação CE ou por medidas subsequentes não seriam relevantes. Um fabricante teria de contar com a possibilidade de o Tribunal de Justiça julgar a admissibilidade de um dispositivo manipulador, ao abrigo do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 715/2007, de forma diferente da autoridade competente.
- 31 E mesmo que uma autorização da autoridade responsável pela homologação CE ou pelas medidas subsequentes deva justificar a confiança do fabricante de veículos em que a autoridade não tomará quaisquer medidas contra ele, é questionável que o fabricante possa invocar essa confiança também em relação aos compradores de veículos. Para além disso, o princípio da efetividade milita a favor do entendimento de que o fabricante não beneficia da proteção da confiança legítima em relação ao comprador. Caso contrário, uma violação do direito da União por parte do fabricante, baseada numa avaliação incorreta da autoridade competente, não seria sancionada. Tal seria contrário à exigência de que as sanções por incumprimento das disposições das diretivas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas [Acórdão de 21 de março de 2023, Mercedes-Benz Group (Responsabilidade dos fabricantes de veículos com dispositivos manipuladores), C-100/21, EU:C:2023:229, n.ºs 85 e 88].
- 32 Se a homologação ou as informações prestadas pela autoridade responsável pela homologação CE ou pelas medidas subsequentes justificarem a confiança legítima do fabricante de automóveis em que está a agir em conformidade com a lei, coloca-se a questão de saber se uma homologação hipotética também produz esse efeito [questão prejudicial 1. c)]. No processo Schenker, o Tribunal de Justiça decidiu que ninguém pode alegar uma violação do princípio da confiança legítima se a Administração competente não lhe tiver dado garantias precisas (Acórdão de 18 de junho de 2013, Schenker & Co. e o., C-681/11, EU:C:2013:404, n.º 41). Além disso, a advogada-geral J. Kokott indicou naquele processo como exigência mínima para o reconhecimento da confiança legítima, entre outras coisas, que uma decisão administrativa ou judicial tenha incidido precisamente sobre aquelas questões de facto e de direito com base nas quais a empresa em causa invoca um erro quanto à proibição que exclui a culpabilidade, e que só podem ser utilizadas

as declarações da autoridade ou do órgão jurisdicional que constem expressamente da respetiva decisão, mas não outras conclusões que, na melhor das hipóteses, dela possam ser inferidas implicitamente (Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Schenker e o., C-681/11, EU:C:2013:126, n.º 91). No caso de uma homologação ou informação hipotéticas, ou seja, no caso hipotético de uma consulta, este requisito não seria cumprido, uma vez que, nesse caso, faltam precisamente as declarações explícitas e exatas de uma autoridade relativas a uma situação concreta.

- 33 Para além disso, o princípio da efetividade também se opõe à consideração de uma homologação hipotética. Se um Estado-Membro reconhecesse desta forma aos fabricantes de veículos um erro inevitável quanto à proibição, as partes lesadas em causa não receberiam qualquer indemnização. Não se asseguraria a adequação dos montantes de indemnização, nem o efeito dissuasor das sanções em caso de infração, considerados necessários pelo Tribunal de Justiça.
- 34 As questões prejudiciais 1. a) a c), são pertinentes para a decisão de todos os litígios referidos. Se uma das perguntas for respondida negativamente, tal significa que uma homologação hipotética da Kraftfahrtbundesamt é irrelevante para a apreciação dos direitos indemnizatórios dos compradores de veículos contra os fabricantes.
- 35 Quanto à segunda questão: Esta apenas diz respeito ao quinto processo. Se a resposta for afirmativa, o demandante dispõe, em princípio, do direito a uma indemnização por perdas e danos.
- 36 É questionável se o fabricante de veículos que forneceu uma atualização de *software* com um dispositivo manipulador proibido, de acordo com o artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 715/2007, deve pagar uma indemnização ao proprietário do veículo se este último tiver sofrido danos devido ao dispositivo manipulador proibido instalado com a atualização.
- 37 A este respeito, o direito nacional nega a violação de uma lei que proteja um terceiro, uma vez que esta violação reside na emissão de um certificado de conformidade incorreto pelo fabricante do veículo. Na atualização não é emitido um novo certificado de conformidade. A atualização não representa, portanto, um critério de conexão adequado para a responsabilidade do fabricante do veículo por danos, ao abrigo do § 823, n.º 2, do BGB, em conjugação com os §§ 6, n.º 1, e 27, n.º 1, do EG-FGV. Além disso, é alegado que o dano que dá origem à responsabilidade ocorre aquando da celebração do contrato de compra e venda não pretendido. Medidas subsequentes, tais como a atualização, já não podem ter estado na origem da decisão de compra.
- 38 No entanto, nos termos do direito da União, pode ser necessário que o proprietário do veículo disponha, nesse caso, de um direito indemnizatório. Nomeadamente, ao fornecer e instalar a atualização, o fabricante cria uma condição ilícita contrária ao certificado de conformidade. Tal como na colocação no mercado de um veículo

com um dispositivo manipulador proibido, uma atualização com um dispositivo manipulador proibido importa o risco de interdição de funcionamento ordenada pela autoridade competente. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o comportamento censurável do fabricante, que dá origem à responsabilidade, reside no fornecimento e na instalação da janela térmica proibida. É este o elemento de conexão determinante para a responsabilidade do fabricante do veículo, e não a emissão de um certificado de conformidade incorreto ou uma decisão de compra subsequente. A incorreção do certificado de conformidade representa apenas uma consequência inevitável da instalação do dispositivo manipulador proibido, sendo outra consequência possível a decisão de compra de um adquirente que confia na correção do certificado de conformidade.

- 39 Não pode ser relevante o facto de não ser emitido um novo certificado de conformidade aquando da atualização. De acordo com o § 3, n.º 6, do EG-FGV, em conjugação com o artigo 3.º, ponto 36, da Diretiva 2007/46, o fabricante certifica, através do certificado de conformidade, que um veículo da série de um modelo homologado nos termos da presente diretiva cumpre todos os atos jurídicos no momento do seu fabrico. O certificado de conformidade é válido durante toda a vida útil do veículo. Se o fabricante alterar posteriormente o estado do veículo de forma não autorizada, este certificado torna-se inevitavelmente incorreto.
- 40 Quanto à terceira questão: No caso de um dano por mera negligência, o BGH indefere o pedido de reembolso do preço de compra do comprador contra o fabricante (a chamada indemnização *maior*), uma vez que o direito do comprador à autodeterminação económica é protegido apenas no caso de um dano por ofensa à ordem pública e aos bons costumes, mas não no caso de um dano por mera negligência. O BGH considera que o interesse do comprador, tutelado pelo direito da União, consiste em não sofrer perdas patrimoniais na aceção da hipótese da diferença e, nos termos do § 823, n.º 2, do BGB, em conjugação com os §§ 6, n.º 1, e 27, n.º 1, do EG-FGV, apenas concede ao comprador a chamada indemnização *menor*, ou seja, um direito pecuniário.
- 41 Segundo o BGH, o juiz da causa deve estimar o montante do dano diferencial, de acordo com a sua livre convicção e apreciando todas as circunstâncias. Ao mesmo tempo, por razões de efetividade do direito da União, o dano estimado deve corresponder a pelo menos 5 % do preço de compra pago, mas, por razões de proporcionalidade, também não deve exceder 15 % do preço de compra pago. Os benefícios da utilização e o valor residual do veículo devem ser tidos em conta para reduzir os danos na medida em que excedam o valor do veículo no momento da celebração do contrato de compra e venda (preço de compra pago deduzido o montante dos danos). No entender do BGH, tal está em conformidade com o direito da União, tendo em conta a exigência de sanções efetivas e dissuasivas.
- 42 Contudo, é duvidoso que a compensação dos benefícios de utilização com o montante dos danos esteja em conformidade com o direito da União. Com efeito, se o adquirente lesado tivesse de deduzir os benefícios de utilização do direito à

indenização menor, conforme defendido pelo BGH, receberia uma indenização inferior consoante a intensidade da utilização do veículo. Não se vislumbra qualquer razão objetiva para tal. Ele não se enriquece ao utilizar o seu próprio veículo. Por conseguinte, afigura-se arbitrário reduzir os danos em função da intensidade da utilização.

- 43 Com efeito, o direito da União exige que o comprador permita que os quilómetros percorridos sejam tidos em conta quando reclama a chamada indenização maior, ou seja, o reembolso do preço de compra em troca da devolução do veículo. O advogado-geral A. Rantos considera necessário, neste contexto, compensar os benefícios da utilização efetiva do veículo em causa com o reembolso do preço de compra, uma vez que a proteção dos direitos garantidos pela Diretiva 2007/46 não deve conduzir a um enriquecimento sem causa [Conclusões do advogado-geral A. Rantos no processo Mercedes-Benz Group (Responsabilidade dos fabricantes de veículos com dispositivos manipuladores), C-100/21, EU:C:2022:42061, n.ºs 61 e segs.).
- 44 No entanto, de acordo com o ponto de vista aqui defendido, isto não se pode aplicar aos casos em que o comprador reclama apenas a indenização menor. Isso porque o comprador mantém o veículo na sua propriedade. A utilização ocorre por sua conta, o seu veículo perde valor. Por conseguinte, o comprador não enriquece ao utilizar o veículo. A imputação dos benefícios da utilização à indenização menor é também suscetível de conduzir a resultados não razoáveis, violando assim o princípio da efetividade. O advogado-geral A. Rantos sublinha que a imputação não deve levar a que o comprador acabe por não receber qualquer indenização pelos danos sofridos (n.º 62). No entanto, é exatamente isso que resulta do método de imputação do BGH quando o comprador tiver utilizado intensamente o seu veículo quando da decisão judicial.
- 45 Além disso, a limitação fixa do dano diferencial ao montante máximo de 15 % do preço de compra, conforme a jurisprudência do BGH, é suscetível de violar o direito da União ao contrariar o princípio da efetividade, uma vez que a redução do valor dos veículos devido ao dispositivo manipulador instalado será frequentemente superior a 15 % do preço de compra. No entanto, o limite máximo esquemático de 15 % fixado pelo BGH não permite aos órgãos jurisdicionais nacionais terem isso em conta. Importa igualmente ter em mente que, segundo o BGH, o comprador só pode exigir uma indenização financeira pelos danos, mas deve conservar o veículo. Se este direito pecuniário for então limitado ao montante de 15 % do preço de compra, não pode ser suficientemente satisfeito o interesse do comprador do veículo em receber uma indenização adequada.
- 46 Em caso de resposta negativa à questão 3. a), os benefícios de utilização, na medida em que excedam o valor do veículo na data da celebração do contrato de compra e venda (preço de compra deduzido o montante da indenização), não seriam dedutíveis no processo apresentado. Não importaria a intensidade de utilização do veículo e o valor residual.

- 47 Em caso de resposta negativa à questão 3. b), poderiam ser atribuídos montantes indemnizatórios superiores a 15 % do preço de compra, no âmbito do segundo e quarto processos em que o montante da indemnização é deixado à discrição do órgão jurisdicional. No primeiro processo, para além da indemnização requerida de 15 % do preço de compra, poderia ainda ser reconhecido o direito aos custos de financiamento, enquanto elemento adicional do dano, uma vez que os custos de financiamento são geralmente indemnizáveis.

DOCUMENTO DE TRABALHO