

Asia C-721/20

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

Jättämispäivä:

30.12.2020

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Kammergericht (Berliinin osavaltion ylioikeus, Saksa)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

10.12.2020

Vastaaaja ja valittaja:

DB Station & Service AG

Kantaja ja valittajan vastapuoli:

ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH

Pääasian kohde

Rautatieliikenne – Direktiivi 2001/14/EY – Asemankäyttömaksu –
Siviilituomioistuimen toimivalta tutkia käyttömaksujen suuruus
SEUT 102 artiklan ja/tai kansallisen kilpailuoikeuden mukaisin perustein

Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeusperusta

Unionin oikeuden tulkinta, SEUT 267 artiklan ensimmäisen kohdan b alakohta

Ennakkoratkaisukysymykset

1. Onko direktiivin 2001/14/EY – ja erityisesti siihen sisältyvien infrastruktuuriyrityksen hallinnon riippumattomuutta (4 artikla), käyttömaksujen vahvistamisen hinnoitteluperiaatteita (7–12 artikla) ja sääntelyelimen tehtäviä (30 artikla) koskevien säännösten – mukaista, jos kansalliset siviilituomioistuimet yksittäistapauksessa ja sääntelyelimen suorittamasta valvonnasta riippumatta arvioivat vaadittujen käyttömaksujen

suuruutta SEUT 102 artiklan ja/tai kansallisen kilpailuoikeuden mukaisin perustein?

2. Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi: Onko kansallisten siviilituomioistuinten SEUT 102 artiklan ja/tai kansallisen kilpailuoikeuden mukaisin perustein suorittama väärinkäytösten valvonta sallittua tai pakollista myös silloin, kun rautatieyrityksillä on mahdollisuus saattaa maksettujen käyttömaksujen kohtuullisuus toimivaltaisen sääntelyelimen tutkittavaksi? Onko kansallisten siviilituomioistuinten odotettava, että sääntelyviranomaisen päätös ja siitä mahdollisesti tuomioistuimeen tehdyn valituksen johdosta annettu ratkaisu tulevat lainvoimaisiksi?

Unionin oikeuden määräykset ja säännökset, joihin viitataan

SEUT 102 artikla

Rautateiden infrastruktuurikapasiteetin käyttöoikeuden myöntämisestä ja rautateiden infrastruktuurin käyttömaksujen perimisestä sekä turvallisuustodistusten antamisesta 26.2.2001 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2001/14/EY (EYVL 2001, L 75, s. 29).

Kansalliset säännökset, joihin viitataan

Yleinen rautatielaki, sellaisena kuin se oli rautateitä koskevan lainsäädännön muuttamisesta 27.4.2005 annetun kolmannen lain (Drittes Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. April 2005) (BGBl. I 2005, S. 11389) mukaisesti voimassa 30.4.2005–1.9.2016, erityisesti 14b, 14d, 14e ja 14f §.

Lyhyt kuvaus tosiseikoista ja menettelystä

- 1 Vastaaja DB Station & Service AG, joka on Deutsche Bahn AG:n tytäryhtiö, on yleisen rautatielain 2 §:n 1 momentissa tarkoitettu rautatieinfrastruktuuriyritys. Se huolehtii noin 5 400 aseman (liikennepaikan) ylläpidosta Saksassa. Kantaja on rautatieliikennettä harjoittava yritys, joka käyttää vastaajan liikennepaikkoja rautateiden henkilöliikenteessä. Asianosaiset ovat erimielisiä niiden käyttämisestä suoritettavan käyttömaksun suuruudesta.
- 2 Vastaaja tekee kunkin sellaisen rautatieyrityksen kanssa, joka haluaa käyttää sille myönnettyä infrastruktuuria, asemien käyttämistä koskevia puitesopimuksia. Se käyttää niissä käyttömaksujen suuruuden perusteena kulloinkin voimassa olevaa asemahinnastoaan (Stationspreissystem, SPS). Asemien käyttämisestä yksittäistapauksissa tehdään erilliset asemankäytösopimukset. Vastaaja otti 1.1.2005 käyttöön uuden hinnoittelujärjestelmän ”Preissystem 2005” (SPS 05), jolla korvattiin alun perin voimassa ollut ”Preissystem 1999” (SPS 99). Sen mukaan hinnat oli määritelty tiettyjen hintaluokkien perusteella ja asianomaisen

osavaltion tasolla kiintein perustein. Kantaja, jolle aiheutui uudesta järjestelmästä hinnankorotuksia, maksoi korotusten määrät 1.1.2005 lähtien mutta esitti niitä koskevat varaukset.

- 3 Bundesnetzagentur toimivaltaisena sääntelyviranomaisena totesi 10.12.2009 antamallaan päätöksellä SPS 05:n pätemättömäksi 1.5.2010 alkavien vaikutuksien. Vastaaja on hakenut kyseiseen päätökseen muutosta; pääasiassa ei tähän mennessä ole annettu hallintotuomioistuimen ratkaisua.
- 4 Landgericht Berlinissä (Berliinin alueellinen alioikeus) nostamassaan kanteessa kantaja vaatii marraskuun 2006 ja joulukuun 2010 väliseltä ajanjaksolta maksamiensa asemankäyttömaksujen palauttamista siltä osin kuin ne ylittävät SPS 99:n mukaiset käyttömaksut. Landgericht hyväksyi kanteen lukuun ottamatta osaa korkovaatimuksesta. Se totesi perusteluissaan Bundesgerichtshofin (liittovaltion ylin tuomioistuin) silloisen oikeuskäytännön mukaisesti, että vastaajan vaatimiin käyttömaksuihin sovelletaan BGB:n (siviililaki) 315 §:n mukaista kohtuullisuuden valvontaa. Koska hintojen määrittäminen SPS 05:n mukaisesti ei täytä tämän kohtuullisuusvalvonnan mukaisia vaatimuksia, vastaaja on perusteettoman edun palauttamista koskevien oikeusperiaatteiden mukaisesti velvollinen palauttamaan vastaavat rahamäärät. Vastaaja on hakenut tähän ratkaisuun muutosta valituksella ja kantaja liittänyt valituksella, joissa kumpikin asianosainen toistaa ensimmäisessä oikeusasteessa esittämänsä vaatimukset.
- 5 Unionin tuomioistuin on sittemmin katsonut tähän verrattavissa olevaa oikeusriitaa koskevassa ennakkoratkaisumenettelyssä, että yleisillä tuomioistuimilla ei ole oikeutta tutkia ratakapasiteetin käyttömaksujen kohtuullisuutta toimivaltaisen sääntelyviranomaisen suorittamasta valvonnasta riippumattomalla tavalla (unionin tuomioistuimen tuomio 9.11.2017, C-489/15, CTL Logistics).
- 6 Sen jälkeen Bundesnetzagentur on 11.10.2019 antamallaan päätöksellä jättänyt tutkimatta eräiden rautatieyritysten hakemukset SPS 05:n perusteella vahvistettujen käyttömaksujen jälkikäteisestä valvonnasta. Kyseiseen päätökseen on kuitenkin haettu muutosta. Kanne on tällä hetkellä vireillä Verwaltungsgericht Kölnissä (Kölnin hallintotuomioistuin).

Lyhyt selostus ennakkoratkaisupyynnön perusteluista

- 7 Ennen asianosaisten tekemien valitusten ratkaisemista on ilmeisesti tarkoituksenmukaista lykätä asian käsittelyä ja pyytää Euroopan unionin tuomioistuimelta SEUT 267 artiklan mukaisesti ennakkoratkaisua päätösohjassa esitettyihin kysymyksiin, koska asian ratkaisu riippuu ennakkoratkaisukysymyksiin annettavasta vastauksesta.
- 8 Bundesnetzagenturissa vireillä olevaa menettelyä vastaajan SPS 05:n perusteella vaatimien asemankäyttömaksujen jälkikäteisestä valvonnasta ei tosin ole päätetty lainvoimaisella ratkaisulla. Asia käsitellyn tähänastisen keston vuoksi ei

kuitenkaan enää näytä perustellulta odottaa ensin hallintotuomioistuimissa vireillä olevan asian käsittelyn päättymistä ja – siinä tapauksessa, että Bundesnetzagenturin ratkaisu pysytetään – pyytää vasta sen jälkeen unionin tuomioistuinta ratkaisemaan ennakkoratkaisukysymykset.

- 9 Nyt käsiteltävässä asiassa on edelleen sovellettava direktiiviä 2001/14/EY, joka on kumottu yhtenäisestä eurooppalaisesta rautatiealueesta 21.11.2012 annetun direktiivin 2012/34/EU (EUVL L 343, 14.12.2012, s. 32) 65 artiklalla ja korvattu viimeksi mainitun direktiivin pääasiallisesti saman sisältöisillä säännöksillä. Kantaja vaatii nimittäin vastaajalle joulukuuhun 2010 asti jatkuneena ajanjaksona maksamiensa käyttömaksujen palauttamista. Tuolloin direktiivi 2001/14/EY oli vielä voimassa. On kuitenkin pidettävä lähtökohtana, että unionin tuomioistuimen antama vastaus ennakkoratkaisukysymyksiin on ilman muuta sovellettavissa myös direktiiviin 2012/34/EU.
- 10 Nyt kyseessä oleva käyttömaksujen periminen asemien käyttämisestä kuuluu direktiivin 2001/14/EY aineelliseenkin soveltamisalaan. Siinä – toisin kuin myöhemmin annetussa direktiivissä 2012/34/EU – ei tosin ole kattavia säännöksiä syrjimättömästä pääsystä palvelupaikkoihin. Matkustaja-asetat mainitaan kuitenkin direktiivin 2001/14/EY liitteessä II olevan 2 kohdan [c alakohdassa], johon direktiivin 2001/14/EY 5 artiklan 1 kohdassa viitataan nimenomaisesti. Myös direktiivin tarkoitus ja tavoite edellyttävät matkustaja-asemien käytön sisällyttämistä direktiivin soveltamisalaan. Reittien käyttöoikeuksien syrjimätön myöntäminen ei yksin riitä rautatieyritykselle, jollei niiden myöntämistä täydennetä asianmukaisella pääsillä sellaisiin palveluihin, jotka ovat – matkustaja-asemien tavoin – välttämättömiä rataverkon tehokkaan käytön kannalta.
- 11 Asian ratkaisu riippuu ennakkoratkaisukysymyksiin annettavasta vastauksesta. Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava kieltävästi, kanteet on hylättävä jo sen vuoksi, ettei siviilituomioistuimilla ole toimivaltaa tutkia vastaajan vaatimien käyttömaksujen kohtuullisuutta jälkikäteen. Toiseen ennakkoratkaisukysymykseen annettavasta vastauksesta riippuu, onko ennen vastaajan valituksen ratkaisemista odotettava Bundesnetzagenturin 11.10.2019 antaman päätöksen (ks. edellä 6 kohta) lainvoimaiseksi tuloa.
- 12 Unionin tuomioistuin ei ole vielä ratkaissut näitä ennakkoratkaisukysymyksiä. Unionin tuomioistuin on todennut 9.11.2017 antamassaan tuomiossa C-489/15, CTL Logistics, vain sen, että BGB:n 315 §:n mukainen siviilioikeudellinen kohtuullisuusarviointi, sellaisena kuin siviilituomioistuimet Saksassa olivat siihen saakka soveltaneet sitä, on yhteensopimaton direktiivin säännösten kanssa. Sitä vastoin unionin tuomioistuin ei ole ottanut kyseisessä ratkaisussa kantaa siihen, onko kansallisilla siviilituomioistuimilla yksittäistapauksessa ja sääntelyelimen suorittamasta valvonnasta riippumatta oikeus ja velvollisuus arvioida käyttömaksujen suuruutta SEUT 102 artiklan ja/tai kansallisen kilpailuoikeuden mukaisin perustein.

- 13 Ennakkoratkaisumenettelyltä ei voida välttyä myöskään sillä perusteella, että vaikka unionin tuomioistuin ei ole vielä vastannut näihin ennakkoratkaisukysymyksiin, unionin oikeuden oikea soveltaminen olisi niin sanotun acte clair -periaatteen mukaisesti niin ilmeistä, ettei se jätä tilaa vähäisellekään perustellulle epäilylle kysymyksiin annettavasta oikeasta vastauksesta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan acte clair -periaatteen soveltaminen edellyttää, että kansallinen tuomioistuin ei pelkästään ole itse vakuuttunut oikeasta unionin oikeuden tulkinnasta, vaan sen on oltava myös varma siitä, että asia olisi yhtä ilmeinen muiden jäsenvaltioiden tuomioistuimille ja unionin tuomioistuimelle (tuomio 6.10.1982, 283/81, CILFIT).
- 14 Sekä Saksan siviilituomioistuinten oikeuskäytännössä että saksankielisessä kirjallisuudessa on esitetty unionin tuomioistuimen 9.11.2017 antamaa tuomiota C-489/15, CTL Logistics, koskevia eriäviä näkemyksiä johtopäätöksistä, jotka kyseisestä tuomiosta olisi tehtävä.
- 15 Asiaa käsittelevän tuomioistuimen käsityksen mukaan on paremmin perusteltua, että periaatteita, jotka unionin tuomioistuin on todennut asiassa CTL Logistics antamassaan tuomiossa, olisi vastaavasti sovellettava myös kilpailuoikeudelliseen väärinkäytösten valvontaan, jolloin käyttömaksujen tutkiminen kansallisissa siviilituomioistuimissa riippumatta toimivaltaisen sääntelyelimen suorittamasta valvonnasta ei tulisi kysymykseen.
- 16 Unionin tuomioistuin perusteli ratkaisussaan CTL Logistics (tuomio 9.11.2017, C-489/15) BGB:n 315 §:n mukaisen siviilioikeudellisen kohtuullisuusvalvonnan yhteensopimattomuutta direktiivin 2001/14/EY aineellisoikeudellisten sääntöjen ja menettelysääntöjen kanssa seuraavasti:
- 17 Ensinnäkin käyttömaksujen kohtuullisuuden valvontaa, joka – BGB:n 315 §:ssä säädetyn tavoin – kohdistuu kunkin sopimuksen konkreettisiin olosuhteisiin, ei voida sovittaa yhteen direktiivissä 2001/14/EY vahvistetun syrjintäkiellon ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa (69–76 kohta).
- 18 Toiseksi tällaisesta kohtuullisuusvalvonnasta on seurauksena se, että rataverkon haltija menettää käyttömaksujen määrittelyä koskevan harkintavallan, joka on direktiivin 2001/14/EY 4 artiklan 1 kohdassa tietoisesti annettu rataverkon käytön optimointiin kannustamiseksi. Tällöin puututaan myös direktiivillä taattuun rataverkon haltijan hallinnon riippumattomuuteen (77–83 kohta).
- 19 Kolmanneksi siviilioikeudellinen kohtuullisuusvalvonta on yhteensopimaton sääntelyoikeudellisten arviointiperusteiden kanssa. Jos siviilituomioistuimet sen sijaan ottaisivat huomioon viimeksi mainitut arviointiperusteet ja soveltaisivat suoraan rautatiealan sääntelyä koskevia oikeussääntöjä, ne loukkaisivat tällöin direktiivin 2001/14/EY 30 artiklan mukaista sääntelyelimen yksinomaista toimivaltaa (84–87 kohta).
- 20 Neljänneksi unionin tuomioistuin on korostanut sitä ”käytännössä ylitsepääsemätöntä vaikeutta”, jonka siviilituomioistuinten antamien erilaisten

yksittäisten ratkaisujen nopea sisällyttäminen syrjimättömään järjestelmään aiheuttaa. Tästä on väistämättömänä seurauksena ylimmän tuomioistuimen tuomioon asti syrjivä kohtelu sen mukaan, ovatko rautatieyritykset saattaneet asian siviilituomioistuimen käsiteltäväksi vai eivät. Sääntelyelimen olisi tällöin reagoitava siviilituomioistuinten lainvoimaisiin ratkaisuihin käyttömaksujen mukauttamisella, mikä puolestaan merkitsisi oikeudetonta puuttumista infrastruktuurin haltijoiden harkintavaltaan ja niin ikään oikeudetonta puuttumista sääntelyelimen yksinomaiseen toimivaltaan (88–93 kohta).

- 21 Viidenneksi siviilioikeudellisella kohtuullisuusvalvonnalla heikennettäisiin sääntelyelimen ratkaisujen erga omnes -vaikutusta – eli sitä, että kyseiset ratkaisut sitovat kaikkia rautatiealan toimijoita. Siviilituomioistuinten ratkaisun, jossa veloitettaisiin palauttamaan kohtuuton käyttömaksu, vaikutukset rajoittuisivat väistämättä vain oikeusriidan asianosaisiin. Asianosainen, joka on voittanut asian, saisi samalla etua muihin yrityksiin nähden, ja myös direktiivin tavoitteena oleva rehellisen kilpailun turvaaminen vaarannettaisiin (94–97 kohta).
- 22 Kuudenneksi riita-asiassa on mahdollista tehdä sovintoratkaisu ilman, että sääntelyelimen olisi osallistuttava siihen. Tämä on vastoin direktiivin 2001/14/EY 30 artiklan 3 kohdan toista ja kolmatta virkettä, joiden mukaan osapuolten neuvottelut on käytävä sääntelyelimen johdolla ja sääntelyelimen on puututtava asiaan, jos on olemassa vaara direktiivin rikkomisesta (98 ja 99 kohta).
- 23 Seitsemänneksi siviilioikeudellinen kohtuullisuusvalvonta ei myöskään yhteensopiva direktiivin 2001/14/EY tavoitteen kanssa, joka koskee infrastruktuurin haltijoiden kannustamista rataverkon optimaaliseen käyttöön (100–102 kohta).
- 24 Unionin tuomioistuimen esittämät siviilioikeudellista kohtuullisuusvalvontaa vastaan puhuvat perusteet ovat niitä olennaisesti kaventamatta sovellettavissa myös käyttömaksujen kilpailuoikeudelliseen valvontaan. Tämä pätee erityisesti siihen asian kannalta ratkaisevaan näkökohtaan, että tästä aiheutuu vaara siitä, että eri siviilituomioistuinten yksittäisessä tapauksessa ja sääntelyelimen suorittamasta valvonnasta riippumatta antamat ratkaisut voivat lopulta johtaa siihen, että eri rautatieyritysten on maksettava samojen palvelujen käyttämisestä erisuuruisia käyttömaksuja. Tämän seuraukset olisivat myös vastoin direktiivin 2001/14/EY keskeistä tarkoitusta, joka on syrjimättömän pääsyn takaaminen rautatieinfrastruktuuriin ja siten rehellisen kilpailun mahdollistaminen rautatieliikenteen palvelujen tuottamisessa (ks. tältä osin johdanto-osan 5, 11 ja 16 perustelukappale). Myös sääntelyelimen yksinomaiseen toimivaltaan puuttuminen ja siitä aiheutuvat lähes ylitsepääsemättömät käytännön vaikeudet olisivat täsmälleen samat. Kaikki tämä puhuu sen puolesta, että myös kansallisten siviilituomioistuinten yksittäistapauksessa suorittamaa kilpailuoikeudellista valvontaa on pidettävä yhteensopimattomana direktiivin 2001/14/EY säännösten kanssa.

- 25 Asiaa käsittelevä jaosto ei myöskään voi yhtyä Bundesgerichtshofin käsitykseen, jonka mukaan asiaa on arvioitava toisin sen vuoksi, että SEUT 102 artikla – toisin kuin BGB:n 315 § – ei ole kansallista oikeutta vaan unionin primaarioikeuteen kuuluva määräys, joka on sen vuoksi normihierarkkisesti direktiivin 2001/14/EY säännösten yläpuolella. On tosin totta, että SEUT 102 artikla on unionin primaarioikeuden määräyksenä välittömästi voimassa kaikissa unionin jäsenvaltioissa. On myös totta, että kansallisten tuomioistuinten on sen vuoksi sovellettava välittömästi SEUT 102 artiklaa (näin jo tuomio 30.1.1974, asia 127/73, BRT v. SABAM, Kok. 1974, s. 51, [Kok. Ep. III, s. 201,] 15–17 kohta).
- 26 Unionin tuomioistuin ei tosin ole vielä ratkaissut, päteekö tämä myös silloin, kun käyttömaksujen vahvistamista valvoo sääntelyviranomaisen, jonka ratkaisut voidaan niin ikään saattaa tuomioistuimen tutkittaviksi. Varsinkaan unionin tuomioistuimen tuomiosta Telefónica ei johdu muuta. Unionin tuomioistuin tosin viittasi kyseisessä tuomiossa siihen, että Euroopan komission puuttuminen asiaan SEUT 102 artiklan mukaisesti ei edellytä sitä, että kansallinen sääntelyelin olisi tutkinut toimenpiteet aikaisemmin (tuomio 10.7.2014, asia C-295/12). Tätä toteamusta ei kuitenkaan ole mahdollista soveltaa nyt kyseessä olevan asian tosiseikastoon. Toisin kuin tutkittaessa käyttömaksuja yksittäistapauksessa siviilituomioistuimessa, Euroopan komission soveltaessa SEUT 102 artiklaa ei nimittäin ole olemassa vaaraa useista mahdollisesti toisistaan poikkeavista tuomioistuinratkaisuista eikä tällöin myöskään anneta käytettäviksi koordinoimattomia oikeussuojakeinoja. Euroopan komission ratkaisut voidaan sen sijaan saattaa unionin tuomioistuinten tutkittaviksi, millä taataan yhdenmukainen soveltamiskäytäntö yksittäistapauksessa.
- 27 Bundesgerichtshofin tämän lisäksi toteama oikeudellinen näkökohta, jonka mukaan BGB:n 315 §:n mukaisen kohtuullisuusvalvonnan ja kilpailuoikeudellisen väärinkäytösten valvonnan oikeudellinen arviointi toisistaan eroavalla tavalla on perusteltua, koska jälkimmäinen kohdistuu pelkästään menneisyyteen eikä jo sen vuoksi voi olla ristiriidassa sääntelyoikeuden kanssa, ei myöskään vaikuta vakuuttavalta. On tosin totta, että jos SEUT 102 artiklaa on rikottu syyksi luettavalla tavalla, vahingonkorvausta voidaan kilpailunrajoitusten kieltämisestä annetun lain (GWB) 33 §:n 1 momentin ja 33a §:n 1 momentin mukaan vaatia menneisyyteen sijoittuvilta ajanjaksoilta. SEUT 102 artiklan rikkomisesta on kuitenkin seurauksena myös se, että kyseessä olevat oikeustoimet ovat BGB:n 134 §:n mukaan (tapauksesta riippuen osittain) pätemättömiä, mikä voidaan vahvistuskanteen (siviiliprosessilain 256 §) johdosta todeta myös tulevaisuuteen vaikuttavalla tavalla. Sillä, jonka oikeutta on loukattu SEUT 102 artiklan vastaisella menettelyllä, on GWB:n 33 §:n 1 momentin mukaan käytettävissään myös oikeus vaatia lainvastaisen tilanteen poistamista tai lainvastaisen menettelyn kieltämistä, ja nämäkin vaateet kohdistuvat tulevaisuuteen. Tämän lisäksi ja tästä riippumatta ei vaikuta millään tavoin poissuljetulta vaan sen sijaan todennäköiseltä, että rehellistä kilpailua rautatieliikennepalvelujen tuottamisessa rajoitettaisiin myös siinä tapauksessa, että yksittäisille yrityksille palautettaisiin jo maksettuja käyttömaksuja vahingonkorvausoikeuden perusteella, mikä olisi puolestaan direktiivin 2001/14/EY tavoitteen vastaista.

- 28 Myöskään Bundesgerichtshofin käsitys, jonka mukaan sääntelyviranomaisella ei direktiivin 2001/14/EY 30 artiklan 3 kohdan mukaan ole toimivaltaa tutkia jo maksettuja käyttömaksuja, ei voi olla vakuuttava. Bundesgerichtshof vetoaa direktiivin tällaisen tulkinnan perusteeksi ainoastaan julkisasiamies Mengozzin 24.11.2016 asiassa C-489/15, CTL Logistics, esittämään ratkaisuehdotukseen (ks. ratkaisuehdotuksen 58 kohta), johon unionin tuomioistuin ei kuitenkaan yhtynyt 9.11.2017 antamassaan tuomiossa. Euroopan komissio oli sitä ennen 23.12.2015 esittämässään huomautuksissa, joihin unionin tuomioistuin on sen sijaan yhtynyt ainakin asian lopputuloksen osalta, ollut sen sijaan nimenomaisesti päinvastaisella kannalla (ks. huomautusten 19 kohta ja seuraavat kohdat). Myöskään direktiivin säännöksen sanamuodosta ja sen johdanto-osan perustelukappaleista ei ole johdettavissa kestävää tukea Bundesgerichtshofin edustamalle tulkinnalle. Viime kädessä tässäkin on kyse asiasta, joka kuuluu unionin tuomioistuimen ratkaistavaksi, koska sillä on yksinomainen toimivalta unionin oikeuden sitovaan tulkittamiseen.