Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. RICHARD DE LA TOUR
van 5 september 2024[1]

Zaak C-526/23

VariusSystems digital solutions GmbH
tegen
GR Inhaberin B & G

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening (EU) nr. 1215/2012 – Rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen – Bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst – Artikel 7, punt 1, onder b) – Verrichting van diensten – In een lidstaat ontwikkelde en geëxploiteerde software die is aangepast aan de individuele behoeften van een gebruiker die in een andere lidstaat woont – Plaats van uitvoering”

I. Inleiding

1. Software[2] en internet worden zowel door professionals als door particulieren momenteel voortdurend gebruikt. De dienst die bestaat in de ontwikkeling van software die is aangepast aan specifieke behoeften van professionele gebruikers, komt in de praktijk ook zeer vaak voor. De economische belangen die op dit gebied op het spel staan zijn omvangrijk.

2. Het is dan ook opvallend dat het Hof tot op heden nooit kennis heeft genomen van een prejudiciële vraag over de in artikel 7, punt 1, onder b), van verordening (EU) nr. 1215/2012[3] bedoelde internationale bevoegdheidskeuze ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst in het kader van gedingen van internationale aard die betrekking hebben op de levering van onlinecomputerdiensten.

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Volgens de website https://www.culture.fr/franceterme, die gewijd is aan termen die zijn aanbevolen door de Commission d’enrichissement de la langue française [(commissie voor verrijking van de Franse taal)] en die zijn gepubliceerd in het *Journal officiel de la République française* (staatsblad van de Franse Republiek; hierna: „JORF”), wordt met de term „logiciel” („software”) aangeduid „het geheel van programma’s, processen en regels en mogelijke documentatie met betrekking tot de werking van het geheel van gegevensverwerking”. Op deze website wordt verduidelijkt dat het equivalent van de Franse term „logiciel” in het Engels „software” is. Zie de bijlage bij JORF nr. 220 van 22 september 2000 (blz. 42063).

[3] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1).

3. Het bestaan van forumkeuze- of rechtskeuzebedingen, volgens de contractuele gebruiken op dit werkterrein, vormt mijns inziens een verklaring voor deze bevinding. [4]

4. Bijgevolg biedt het ontbreken van een overeenkomst in het hoofdgeding het Hof de gelegenheid om de aanknopingspunten ter aanwijzing van de bevoegde rechter te verduidelijken en deze paradox te overstijgen: hoe moet de internationale bevoegdheidskeuze, die is gebaseerd op een concrete locatie van de verrichting van diensten, worden uitgelegd wanneer de diensten via internet worden verricht? Met andere woorden, hoe moet het door de Uniewetgever gekozen materiële criterium worden gedefinieerd in een immateriële context?

5. Deze problematiek is weliswaar niet nieuw voor het Hof, zoals volgt uit de rechtspraak met betrekking tot de bevoegdheidskeuze inzake verbintenissen uit onrechtmatige daad, maar die rechtspraak berust op benaderingen die niet kunnen worden toegepast op verbintenissen uit overeenkomst. De discussie heeft aldus betrekking op de vraag welk concreet alternatief moet worden gekozen, wat het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk), de verwijzende rechter, als volgt heeft verwoord: moet bij gebrek aan contractuele bepalingen gekozen worden voor de plaats waar de software is ontworpen of de plaats waar deze wordt gebruikt?

6. Ik zal uiteenzetten waarom in deze bijzondere context van levering van computerdiensten op een open netwerk zoals internet, mijns inziens het criterium van de plaats waar de dienst voor de gebruiker echt wordt uitgevoerd als criterium moet worden gehanteerd. [5]

II. Toepasselijke bepalingen

7. De overwegingen 15 en 16 van verordening nr. 1215/2012 luiden:

„(15) De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder. De bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. […]

(16) Naast de woonplaats van de verweerder moeten er alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken. Het bestaan van een nauwe band moet zorgen voor rechtszekerheid en de mogelijkheid vermijden dat de verweerder wordt opgeroepen voor een gerecht van een lidstaat dat door hem redelijkerwijs niet voorzienbaar was. […]”

[4] Zie in dit verband El Hage, Y., *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*, Bibliothèque de droit privé, deel 617, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parijs, 2022, punt 123, tweede alinea (blz. 102), en punten 170 (blz. 138) en 515 (blz. 427). Met betrekking tot de relatieve invloed van de te nemen beslissing waarmee rekening moet worden gehouden, zie punt 614, derde alinea (blz. 500).

[5] Ik wijs er om te beginnen op dat dit standpunt grotendeels is gebaseerd op de grondige analyse van vraagstukken van internationaal privaatrecht, wat cybercontracten betreft, die door El Hage, Y., op. cit., uiteen is gezet, en op zijn bewijs van de relevantie van de voorgestelde oplossing, ondersteund door talrijke verwijzingen in de rechtsleer of de rechtspraak in verschillende talen. Zie met name punt 616 (blz. 500-502).

8. Artikel 4, lid 1, van deze verordening bepaalt:

„Onverminderd deze verordening worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat."

9. Artikel 7, punt 1, van die verordening luidt:

„Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:

a) ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd;

b) voor de toepassing van deze bepaling is, tenzij anders is overeengekomen, de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt:

   – voor de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken, de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden;

   – voor de verstrekking van diensten, de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden;

c) punt a) is van toepassing indien punt b) niet van toepassing is."

III. Aan het geding ten grondslag liggende feiten en prejudiciële vraag

10. VariusSystems digital solutions GmbH [6], gevestigd te Wenen (Oostenrijk), is actief in de sector computerdiensten. Zij heeft voor GR, eigenaar van de onderneming B & G, die in Duitsland is gevestigd, software ontwikkeld waarmee COVID-19-testen overeenkomstig de voorschriften van de Duitse wetgever kunnen worden geanalyseerd, en die bestemd is om in Duitse testcentra te worden gebruikt. [7] De overeenkomst had betrekking op de ontwikkeling [8] en de exploitatie [9] van de software in Duitsland. Partijen in het hoofdgeding hebben geen schriftelijke overeenkomst gesloten en hebben in geval van een geschil evenmin een bevoegde rechter of een plaats van uitvoering aangewezen.

11. VariusSystems vordert van GR betaling van een totaalbedrag van 101 587,68 EUR, vermeerderd met rente, voor de periode van 1 januari 2022 tot en met 3 juni 2022, welk bedrag overeenkomt met de facturering van elke uitgevoerde COVID-19-test. Zij heeft de bevoegdheid van de Oostenrijkse rechterlijke instanties gebaseerd op artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje, van

6 Hierna: „VariusSystems".

7 Uit de stukken van het door de verwijzende rechter toegezonden dossier blijkt dat met behulp van de door GR via internet gebruikte software de testen op COVID-19-besmetting konden worden geregistreerd en verwerkt. Deze rechter maakt melding van „diensten op afstand". Zie punt 19 van de onderhavige conclusie.

8 Volgens computerjargon (zie bijvoorbeeld de definities op het volgende internetadres: https://vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/) omvat deze term onder meer de volgende activiteiten: het ontwerp van de software, de programmering, de testfase, de implementatie en het onderhoud. De voor de ontwikkeling verantwoordelijke persoon wordt „uitgever" genoemd.

9 Deze term omvat de activiteit die tot doel heeft de goede werking van de software te waarborgen, die losstaat van de activiteit van de ontwikkeling.

verordening nr. 1215/2012, op grond dat de software weliswaar speciaal was aangepast en ontwikkeld volgens de eisen van de onderneming van GR teneinde in Duitsland te worden gebruikt, maar dat al deze werkzaamheden in Wenen waren verricht.

12. Uit de stukken van het door de verwijzende rechter overgelegde dossier blijkt dat het geschil tussen partijen zijn oorsprong vindt in de door GR aangevoerde gebreken in de geleverde software, in het bijzonder met betrekking tot de naleving van de voorschriften van de Duitse wetgever en de Kassenärztliche Bundesvereinigung (federale vereniging van gecontracteerde artsen, Duitsland) inzake de facturering van de testen op COVID-19-besmetting en de wijze waarop de testcertificaten naar de applicatie „Corona-Warn-App" worden overgezet.

13. GR heeft de internationale bevoegdheid van de aangezochte rechter betwist. Zij merkt op dat de kenmerkende prestatie in de betrokken overeenkomst bestond in het gebruik van operationele software overeenkomstig de voorschriften van de Duitse wetgever voor Duitse natuurlijke personen in Duitsland, en leidt daaruit af dat de plaats van uitvoering haar zetel is.

14. Het Landesgericht Wien (rechter in eerste aanleg Wenen, Oostenrijk), dat zich internationaal onbevoegd heeft verklaard, heeft het beroep verworpen. Het heeft de tussen partijen gesloten overeenkomst als „koopovereenkomst" gekwalificeerd en geoordeeld dat de plaats van uitvoering de plaats is waar de onderneming van GR in Duitsland gevestigd is.

15. Het Oberlandesgericht Wien (rechter in tweede aanleg Wenen, Oostenrijk) heeft deze beslissing bevestigd maar daarbij aangenomen dat er sprake was van „verstrekking van diensten" in de zin van artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje, van verordening nr. 1215/2012, met name op grond dat de software volgens de voorschriften van de Duitse wetgever speciaal moest worden aangepast en ontwikkeld voor de individuele behoeften van de onderneming van GR. Deze rechter was van oordeel dat diensten die geen verband houden met een bepaalde plaats worden geacht te zijn verstrekt op de plaats waar de ontvanger toegang heeft tot die diensten, en heeft geoordeeld dat die plaats zich in casu in Duitsland bevindt, waar de software beschikbaar is die specifiek aan de Duitse situatie moet worden aangepast, hetgeen de kenmerkende prestatie van de overeenkomst vormt.

16. Daarop heeft VariusSystems beroep in *Revision* ingesteld bij het Oberste Gerichtshof, dat eveneens van oordeel is dat, wat de ontwikkeling van klantspecifieke software betreft, artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje, van verordening nr. 1215/2012 moet worden toegepast.

17. Volgens deze rechterlijke instantie moet de plaats worden bepaald waar de diensten hoofdzakelijk worden verricht[10], zodat de plaats van uitvoering van overeenkomsten voor softwareontwikkeling de plaats is waar de intellectuele prestatie wordt geleverd, en niet de plaats waar de software wordt opgevraagd en gebruikt.

18. De verwijzende rechter vraagt zich echter af of een dergelijke oplossing relevant kan zijn gelet op bepaalde rechtsgeleerde adviezen die inhouden dat een dienst die geen verband houdt met een bepaalde plaats, wordt geacht te zijn verricht daar waar de ontvanger van de dienst er toegang toe heeft.

[10] De verwijzende rechter verwijst in dit verband naar het arrest van 11 maart 2010, Wood Floor Solutions Andreas Domberger (C-19/09, EU:C:2010:137, punten 38 en 40; hierna: „arrest Wood Floor").

19. Hij benadrukt dat de in Oostenrijk verrichte intellectuele prestatie in casu op zich geen zelfstandige waarde zou hebben indien er in Duitsland geen toegang toe was en geen gebruik van was gemaakt, temeer daar VariusSystems betoogt dat zij moest worden betaald voor elke succesvol uitgevoerde test. Hij voegt eraan toe dat de rechterlijke instanties van de plaats waar de software wordt gebruikt waarschijnlijk beter in staat zouden zijn om te beslissen over de materiële kwesties met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst vanwege de nabijheid van de feiten en het bewijsmateriaal. Hij vraagt zich dus af of de plaats van uitvoering in het geval van diensten op afstand, zoals in casu het geval is, wordt bepaald door de plaats waar de dienstverlener de werkzaamheden heeft uitgevoerd dan wel door de plaats waar de prestatie werd geleverd en waar de ontvanger er toegang toe had.

20. In die omstandigheden heeft het Oberste Gerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 7, punt 1, onder b), van verordening [nr. 1215/2012] aldus worden uitgelegd dat in het geval van een op een overeenkomst gebaseerde vordering de plaats van uitvoering voor de ontwikkeling en de voortdurende exploitatie van software die is ontworpen om te voldoen aan de individuele behoeften van een in lidstaat A (in casu Duitsland) gevestigde afnemer, gelegen is op de plaats

a) waar de intellectuele schepping (‚programmering') achter de software wordt verricht door de in lidstaat B (in casu Oostenrijk) gevestigde onderneming, of

b) waar de afnemer toegang heeft tot de software, dat wil zeggen daar waar deze software wordt opgevraagd en gebruikt?"

21. VariusSystems, GR en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

IV. Analyse

22. Aan het Hof wordt een vraag – die nog niet aan de orde is geweest – voorgelegd over de uitlegging van artikel 7, punt 1, onder b), van verordening nr. 1215/2012 in de context van de levering van software die door een uitgever in een lidstaat is ontwikkeld en geëxploiteerd om te beantwoorden aan de specifieke behoeften van een gebruiker in een andere lidstaat.

23. Om te beginnen moet uitspraak worden gedaan over de kwalificatie van de overeenkomst. Gelet op de kenmerken van de betrokken contractuele verbintenissen [11] ben ik het zowel met de partijen als met de verwijzende rechter eens dat de betrokken overeenkomst onder het begrip „verstrekking van diensten" valt.

24. Het is namelijk van belang te verwijzen naar de beginselen die in herinnering zijn gebracht in het arrest van 14 september 2023, EXTÉRIA [12], en naar de criteria die zijn omschreven in het arrest van 25 februari 2010, Car Trim [13]. Aan de hand van deze beginselen en criteria kan worden bepaald of een overeenkomst „de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken" betreft of „de

[11] Zie met betrekking tot de verplichting om bij gebreke van een schriftelijke overeenkomst na te gaan of er een contractuele verbintenis is, arrest van 14 juli 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, punt 24).

[12] C-393/22, EU:C:2023:675, punten 23-25 en 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

[13] C-381/08, EU:C:2010:90, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest Car Trim".

verstrekking van diensten”.[14] Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet worden nagegaan wat de kenmerkende verbintenis van de overeenkomst in kwestie is en waaruit de tegenprestatie voor de uitvoering van die overeenkomst bestaat. In casu bestond de activiteit van VariusSystems in het uitgeven van software die was aangepast aan de behoeften van de onderneming van GR, en in het waarborgen van de exploitatie van die software. Het gaat om diensten die zijn verricht tegen betaling van een vergoeding die GR voor elk gebruik verschuldigd is.[15] Aan de criteria voor de „verstrekking van diensten” in de zin van artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje, van verordening nr. 1215/2012 is dus voldaan.[16]

25. Bijgevolg dient te worden onderzocht welk antwoord moet worden gegeven op de enige prejudiciële vraag, waarmee de verwijzende rechter in wezen van het Hof wenst te vernemen of de plaats van uitvoering van een overeenkomst tot „verstrekking van diensten” in de zin van artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje, van verordening nr. 1215/2012, in geval van onlineverstrekking[17] van software, moet worden bepaald aan de hand van de plaats waar die software is ontwikkeld[18] door een onderneming op het gebied van computerdiensten, of juist aan de hand van de plaats waar de software door de afnemer van die onderneming is gebruikt.

26. Bij gebreke van gegevens die kunnen worden ontleend aan contractuele bepalingen aan de hand waarvan de plaats van uitvoering van de overeenkomst kan worden bepaald, en bij gebreke van een overeenkomst of enig ander document[19], moet het antwoord op deze vraag worden gebaseerd op de volgende twee belangrijkste overwegingen, die recentelijk door het Hof in herinnering zijn gebracht[20]:

– de regel van bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst in artikel 7, punt 1, van verordening nr. 1215/2012, die zijn rechtvaardiging vindt in de wenselijkheid dat er een nauwe band bestaat tussen de betrokken overeenkomst en het gerecht dat daarvan kennis moet nemen, vult de algemene regel aan dat de gerechten van de woonplaats van de verweerder bevoegd zijn, en

[14] Er zij aan herinnerd dat het Hof heeft geoordeeld dat argumenten inzake het begrip „diensten” die zijn ontleend aan artikel 57 VWEU en aan de btw-richtlijnen van de Unie of andere instrumenten van afgeleid recht dan verordening nr. 1215/2012, die van toepassing is op het gebied van civiele samenwerking, moeten worden afgewezen. Zie in die zin arrest van 23 april 2009, Falco Privatstiftung en Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257, punten 33-40). Zie met betrekking tot collisieregels arrest van 25 oktober 2011, eDate Advertising e.a. (C-509/09 en C-161/10, EU:C:2011:685, punten 62 en 63).

[15] Zie punt 11 van de onderhavige conclusie.

[16] Afgezien van het onderhavige geval, waarin er geen twijfel bestaat over de verstrekking van diensten (zie in die zin El Hage, Y., op. cit., punt 56, blz. 59), ben ik van mening dat de klantspecifieke aanpassing van de software niet in alle gevallen het doorslaggevende criterium is. Het verstrekken van standaardsoftware kan gepaard gaan met onderhoud, exploitatie of toegang via een netwerk, zoals internet. In het algemeen wordt de verstrekte dienst gekenmerkt door het beschikbaar stellen van de functionaliteiten van de software. Zie met betrekking tot „[d]e levering van digitale inhoud via een materiële drager”, El Hage, Y., op. cit., punt 55 (blz. 56). In die zin is mijn analyse niet in tegenspraak met de arresten van 3 juli 2012 UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 61), en 16 september 2021, The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, punt 38). Het is juist dat het Hof in dat laatstgenoemde arrest, onder verwijzing naar het eerstgenoemde arrest, heeft geoordeeld dat „economisch gezien de verkoop van een computerprogramma op cd-rom of dvd en de verkoop van een computerprogramma door download van internet vergelijkbaar zijn, aangezien de onlineoverdracht functioneel gelijkwaardig is aan de overhandiging van een materiële drager”. Afgezien van het feit dat deze analyse betrekking heeft op situaties die worden geregeld door afgeleid recht inzake respectievelijk de rechtsbescherming van computerprogramma’s en zelfstandige handelsagenten, moet mijns inziens worden vastgesteld dat zij uitsluitend betrekking heeft op het voorwerp van de verkoop, zonder rekening te houden met eventuele diensten die noodzakelijk zijn voor het gebruik ervan.

[17] Ik gebruik deze term gelet op de bevindingen in voetnoot 7 van de onderhavige conclusie.

[18] Deze term komt overeen met de betekenis van punt a) van de vraag van de verwijzende rechter. Zie de definitie ervan in voetnoot 8 van de onderhavige conclusie en zie punt 44 hiervan voor de daaraan te verbinden gevolgen.

[19] Zie met betrekking tot deze voorwaarde, arresten Car Trim (punt 54) en Wood Floor (punt 38), alsmede arrest van 10 september 2015, Holterman Ferho Exploitatie e.a. (C-47/14, EU:C:2015:574, punten 60-62).

[20] Zie arrest van 14 september 2023, EXTÉRIA (C-393/22, EU:C:2023:675, punten 29 en 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

– het aanknopingspunt voor die overeenkomst, dat op autonome wijze is gedefinieerd als zijnde de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens die overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden, is gekozen teneinde de doelstellingen van eenvormigheid en voorspelbaarheid van de regels inzake rechterlijke bevoegdheid en dus van rechtszekerheid te versterken.

27. Met andere woorden, deze bijzondere bevoegdheidsregel, die is vastgesteld om onderscheid te maken tussen die regel en de algemene bevoegdheidsregel, berust op een zuiver feitelijk criterium dat ertoe leidt dat een gerecht wordt aangewezen dat een rechtstreekse band heeft met de zaak teneinde te voldoen aan de vereisten van een goede rechtsbedeling. [21]

28. Op grond van deze logica en deze doelstelling ben ik met betrekking tot de verstrekking van onlinediensten door een onderneming op het gebied van computerdiensten van mening dat, bij gebreke van enige keuze van de Uniewetgever op een dergelijk immaterieel gebied, de plaats waar die overeenkomst daadwerkelijk wordt uitgevoerd [22], te weten de plaats van waaruit de afnemer concreet toegang heeft tot de onlinedienst of, met andere woorden, de „plaats waar de onlineactiviteit het duidelijkste effect heeft" [23] of ook de „plaats waar de diensten uiteindelijk worden verstrekt" [24], het passende aanknopingspunt is.

29. Vier soorten argumenten – die van tekstuele aard zijn, de rechtspraak betreffen, van praktische aard zijn en het toepasselijke recht betreffen – pleiten voor de keuze van het criterium van de plaats waar de dienst wordt gebruikt in plaats van het criterium van de plaats waar de dienst wordt uitgebracht.

30. In de eerste plaats kan een argument van tekstuele aard worden aangevoerd dat is ontleend aan de uitdrukking „de plaats […] waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden". [25] De verstrekking van een dienst [26] moet dus worden onderscheiden van het ontwerp ervan.

31. In de tweede plaats heeft het Hof in een geval waarin artikel 7, punt 1, onder b), van verordening nr. 1215/2012 niet voorziet, namelijk het ontbreken van aan de overeenkomst ontleende criteria, voor de verkoop op afstand van zaken het criterium van de „eindbestemming" van deze handeling gehanteerd. [27] Wanneer er bij de verstrekking van diensten meer dan één plaats van uitvoering is van de kenmerkende verbintenis van een dergelijke overeenkomst en het niet mogelijk is om op basis van die overeenkomst vast te stellen waar de diensten hoofdzakelijk worden verricht [28], is als subsidiair criterium gekozen voor de plaats waar de werkzaamheden ter

[21] Zie in die zin arrest van 3 mei 2007, Color Drack (C-386/05, EU:C:2007:262, punt 40; hierna: „arrest Color Drack"), en arrest Car Trim (punten 52 en 53, waarin de ontstaansgeschiedenis van de bepalingen die gelijkwaardig zijn aan die van artikel 7 van verordening nr. 1215/2012 in herinnering wordt gebracht, en waarin wordt verwezen naar het feit dat wordt uitgesloten dat met name de regels van internationaal privaatrecht van de lidstaat van het bevoegde gerecht worden toegepast).

[22] Zie in die zin arrest van 8 maart 2018, Saey Home & Garden (C-64/17, EU:C:2018:173, punt 45; hierna: „arrest Saey Home & Garden").

[23] Zie El Hage, Y., op. cit., punt 502 (blz. 417). In punt 517 (blz. 428) wordt deze plaats gedefinieerd als „de plaats van waaruit de afnemer daadwerkelijk profiteert van het resultaat van de dienst". Zie ook voor een samenvatting van de benadering die van toepassing is op zowel cybercontracten als cyberdelicten, punt 715 (blz. 592) van dit werk.

[24] Zie Sindres, D., „Compétence judiciaire, Reconnaissance et Exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence. – Option de compétence en matière contractuelle. – Article 7, [sect] 1, du règlement (UE) n° 1215/2012", *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis, Parijs, 1 januari 2022, aflevering 584-130, punt 71, eerste en tweede alinea, waarin ook de uitdrukking „eindbestemming" van de diensten of de prestatie wordt gebruikt.

[25] Zie Sindres, D., op. cit., punt 71, derde alinea.

[26] De term „verstrekking" wordt hier in de volgende betekenis gebruikt: iets aan iemand verstrekken in de zin van leveren, verschaffen, geven, bevoorraden.

[27] Zie arrest Car Trim (punt 62).

[28] Zie arrest Wood Floor (punt 38).

uitvoering van de overeenkomst overwegend zijn verricht [29]. Het Hof heeft de keuze voor het criterium van de daadwerkelijke uitvoering van de overeenkomst [30] bevestigd in het arrest Saey Home & Garden [31]. De keuze voor het criterium van het eindgebruik van de onlinedienst is dus in overeenstemming met deze rechtspraak [32], die mijns inziens niet mag worden beperkt tot de gevallen waarin diensten in verschillende lidstaten worden verricht [33].

32. Ik merk evenwel op dat uit de rechtspraak van het Hof ook andersluidende standpunten naar voren komen.

33. Ten eerste heeft de discussie, zoals blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing en uit de stukken van het dossier, betrekking op het in het arrest Wood Floor gehanteerde criterium ter aanduiding van de plaats waar de dienstverlener hoofdzakelijk zijn werkzaamheden verricht, hetgeen ertoe leidt dat in casu de voorkeur zou worden gegeven aan de plaats waar de intellectuele prestatie is geleverd.

34. Mijns inziens volgt uit de beslissingen in zowel het arrest Wood Floor als het arrest Saey Home & Garden, die zijn gebaseerd op het criterium van de daadwerkelijke uitvoering van de overeenkomst, dat wanneer er geen contractuele bepalingen hierover zijn vastgesteld, moet worden nagegaan op welke plaats de levering van de dienst echt wordt uitgevoerd. In de relatie tussen een principaal en een handelsagent wordt net als in de relatie die bestaat tussen een leverancier en een distributeur in het kader van een distributieovereenkomst, het bevoegde gerecht dus gekozen aan de hand van de plaats waar het merendeel van de werkzaamheden wordt verricht, die in het eerstgenoemde geval bestaan in het verrichten van verschillende diensten ter voorbereiding van, de bemiddeling over en, in voorkomend geval, het sluiten van handelstransacties door de handelsagent voor rekening van de principaal [34] en die in het tweede genoemde geval bestaan in het waarborgen van de distributie van de producten van de leverancier [35].

35. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de genoemde beslissingen zijn genomen in het licht van bijzondere omstandigheden, die voortvloeien uit de locatie van de werkzaamheden in verschillende lidstaten, en aldus in overeenstemming [36] zijn met het arrest Color Drack [37], waarin er sprake was van verkoop van zaken die op verschillende plaatsen binnen één lidstaat werden geleverd, en met het arrest van 9 juli 2009, Rehder [38], waarin er sprake was van dienstverrichting in twee lidstaten [39].

36. De draagwijdte van deze rechtspraak zou te ruim zijn indien daaruit zou worden afgeleid dat de plaats waar de dienst wordt verricht, *in alle gevallen* de plaats is waar de dienst door de schuldenaar van de prestatie wordt uitgevoerd. Het Hof heeft namelijk om te beginnen concrete

[29] Zie arrest Wood Floor (punt 40). Zie in die zin ook arrest van 10 september 2015, Holterman Ferho Exploitatie e.a. (C-47/14, EU:C:2015:574, punt 64).

[30] Zie arrest Wood Floor (punt 41).

[31] Zie arrest Saey Home & Garden (punt 45).

[32] Zie over deze analogie Fawcett, J., Harris, J., en Bridge, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, aangehaald door El Hage, Y., op. cit., punt 528 (blz. 436 en 437).

[33] Zie in dezelfde zin ook Sindres, D., op. cit., punt 76, zesde alinea.

[34] Zie in die zin arrest Wood Floor (punten 35 en 38).

[35] Zie in die zin arrest Saey Home & Garden (punten 43 en 45).

[36] Zie arrest Wood Floor (punten 22, 25 en 26).

[37] Zie arrest Color Drack (punt 8).

[38] C-204/08, EU:C:2009:439.

[39] Zie arrest van 9 juli 2009, Rehder (C-204/08, EU:C:2009:439, punt 2).

factoren aangedragen die nuttig zijn voor de vaststelling van de plaats van uitvoering van de dienst, en het staat aan de nationale rechter om zich al dan niet bevoegd te verklaren afhankelijk van de situaties die hem ter beoordeling worden voorgelegd. [40]

37. Voorts weerspiegelt deze rechtspraak mijns inziens het belang dat de locatie van de activiteit door middel van een economische benadering wordt onderzocht, om zo goed mogelijk aan de vereisten van nabijheid en voorspelbaarheid te voldoen. Deze benadering lijkt mij bijzonder geschikt voor online verrichte computerdiensten, omdat zij immaterieel van aard zijn zolang de ontvanger er geen toegang toe heeft gehad.

38. Ten tweede kan op grond van dit immaterieel karakter [41] ook worden betoogd dat het Hof zich reeds in een vergelijkbare situatie heeft moeten uitspreken, namelijk in de situatie van een door een bankinstelling gesloten kredietovereenkomst [42]. Aangezien het Hof van oordeel was dat de kenmerkende verbintenis van deze overeenkomst de verstrekking van het geleende bedrag was, terwijl de verplichting van de kredietnemer tot terugbetaling van dat bedrag enkel het gevolg was van de uitvoering van de prestatie van de kredietverstrekker, heeft het geoordeeld dat in het geval van de verstrekking van een krediet door een kredietinstelling, de vestigingsplaats van deze instelling wordt beschouwd als de plaats waar de diensten verstrekt werden in de zin van artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje, van verordening nr. 1215/2012. [43]

39. Ik merk in dit verband op dat het Hof rekening heeft gehouden met de kenmerken van de verrichting van diensten door een bank die geen verband hield met een bepaalde plaats en dat het geen uitspraak had hoeven doen over een overboeking naar een rekening in een andere lidstaat dan die waar die instelling gevestigd was. [44]

40. De in het arrest Kareda gekozen oplossing lijkt mij om die redenen niet te kunnen worden toegepast op het geval van verstrekking van onlinesoftware, laat staan in een grensoverschrijdende context.

41. Wat in de derde plaats de praktische overwegingen betreft die eveneens aan de discussie ten grondslag liggen, ben ik van mening dat het argument dat de kenmerkende verbintenis van een overeenkomst tot verstrekking van onlinediensten in wezen enkel de verbintenis van het uploaden kan zijn door de aanbieder van digitale inhoud, van de hand moet worden gewezen op grond dat de locatie van die verstrekking niet mag afhangen van de tussenkomst van de afnemer. [45] In dat geval moet worden gekozen voor de plaats van waaruit de dienstverlener daadwerkelijk zijn werkzaamheden verricht.

[40] Zie in die zin arrest Wood Floor (punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[41] Dit aspect wordt benadrukt door Mailhé, F., in zijn commentaar op het arrest van 15 juni 2017, Kareda (C-249/16, EU:C:2017:472; hierna: „arrest Kareda"), in Payan, G., *Espace judiciaire civil européen*: *Arrêts de la CJUE et commentaires*, Collection „Droit de l'Union européenne", Bruylant, Brussel, 2020, punt 372 (blz. 315).

[42] Zie voor de voorstelling van een dergelijke hypothese Sindres, D., op. cit., punt 71, elfde alinea.

[43] Zie arrest Kareda (punt 42).

[44] Zie arrest Kareda (punten 18, 41 en 42).

[45] Zie in die zin Mankowski, P., „Article 7", in Magnus, U., en Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, 2e ed., Otto Schmidt, Keulen, 2023, blz. 222 en 223, met name punt 184 (blz. 222).

42. Ofschoon ik het eens ben met de analyse waarop dit argument ten dele berust, namelijk dat de uitgevoerde onlinewerkzaamheden altijd verband houden met concrete plaatsen [46], ben ik van mening dat de voorgestelde oplossing geen rekening houdt met de diversiteit van deze werkzaamheden, zowel vanwege hun aard [47] als vanwege hun potentiële locatie [48].

43. De dienstverlening van een onderneming op het gebied van computerdiensten kan namelijk geheel of gedeeltelijk in verschillende stadia plaatsvinden: het stadium van de ontwikkeling van de software (oftewel de fase van de schepping), het stadium van de implementatie (oftewel de fase van ingebruikname voor de klant) en het stadium van de exploitatie (oftewel de fase waarin de goede werking wordt gegarandeerd). Deze verschillende werkzaamheden vinden niet noodzakelijkerwijs plaats daar waar de onderneming die de dienst(en) verricht, gevestigd is.

44. Ik leid hier om te beginnen uit af, net als de Commissie, dat het ontwerp en de programmering van software niet de kenmerkende verbintenis van een overeenkomst tot verstrekking van software vormen, aangezien de dienst zonder de implementatie ervan niet effectief zou zijn voor de afnemer. [49] Vanaf dat stadium kan de software, na te zijn getest, pas worden gebruikt en kan de kwaliteit ervan worden gecontroleerd. Dit gebeurt op de plaats waar de gebruiker toegang heeft tot de software. Ik ben dan ook van mening dat deze fase van de dienst moet worden onderscheiden van de fase van de exploitatie. Aangezien voor die fase van de exploitatie geen nieuwe computerontwikkelingen nodig zijn, vormt zij slechts een bijkomende verplichting die geen grondslag kan vormen voor een aanknopingspunt.

45. Voorts kunnen de werkzaamheden van de uitgever, zoals de Commissie terecht benadrukt, op een andere plaats gesitueerd zijn dan daar waar de onderneming is gevestigd. [50] Hetzelfde geldt voor de implementatie van de software. Daarnaast kan deze implementatie plaatsvinden door de uitgever of door elke andere aanbieder van digitale inhoud, ofwel rechtstreeks online op de

[46] Zie Mankowski, P., op. cit., punt 184 en in dezelfde zin Sindres, D., op. cit., punt 70. Zie in dit verband voor een onderscheid, dat ik gegrond acht, tussen niet meer dan een advies en een dienst die verband houdt met een bepaalde plaats, Gottwald, P., „Artikel 7 [Besondere Gerichtsstände]", in Rauscher, T., en Krüger, W., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6e ed., C.H. Beck, München, 2022, punt 31, te vergelijken met Simotta, D.-A., „Art 7 EuGVVO 2012", in Fasching, H.W., en Konecny, A., *Zivilprozessgesetze*, 2e ed., Manz, Wenen, 2022, punt 203, welke artikelen door de verwijzende rechter worden aangehaald. Dit onderscheid rechtvaardigt dat twee soorten diensten die het voorwerp zijn geweest van precedenten niet kunnen worden gelijkgesteld, namelijk de diensten van een advocaat en die van een architect, en dus ook die van een software-uitgever. Voor een andersluidende motivering op dit gebied, zie arrest 20 U 3515/09 van het Oberlandesgericht München (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Beieren, München, Duitsland) van 23 december 2009 en het commentaar van Mankowski, P., „Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort bei Softwareentwicklungsverträgen", *Computer und Recht*, Otto Schmidt, Keulen, 2010, nr. 137, die eveneens door de verwijzende rechter zijn aangehaald.

[47] Zie voor een gedetailleerde uiteenzetting El Hage, Y., op. cit., punten 517 e.v. Zie ook Reymond, M., „Jurisdiction under Article 7 no. 1 of the Recast Brussels I Regulation: the case of Contracts for the Supply of Software", *Yearbook of Private International Law*, deel 16 (2014/2015), blz. 219-239, met name, blz. 220-224, voor technische uitleg, en blz. 224, voor deze samenvatting: „de uitdrukking ‚verstrekking van software' maakt het niet mogelijk om gemakkelijk één soort verrichting vast te stellen. Integendeel, hiermee wordt een reeks verschillende soorten verrichtingen aangeduid die, hoewel ze het gemeenschappelijke kenmerk hebben dat ze betrekking hebben op de overdracht van software, niet alleen verschillen in hun operationele details, maar ook in de inhoud van de rechten en verplichtingen die worden toegekend aan de partij aan wie de software wordt overgedragen" (vrije vertaling).

[48] Zie opmerkingen van Mankowski, P., „Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort bei Softwareentwicklungsverträgen", op. cit., gebaseerd op de vaststelling dat diensten in het kader van een overeenkomst voor softwareontwikkeling over het algemeen worden verricht op de plaats waar de software wordt ontwikkeld en dat het in het algemeen gaat om de contractuele vestiging van de softwareontwikkelaar.

[49] Zie in die zin El Hage, Y., op. cit., punt 528, tweede alinea (blz. 435). Verder heeft het Hof in een zaak betreffende de uitlegging van het begrip „koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken" door een handelsagent in herinnering gebracht dat „[i]n het bijzondere geval van de verkoop van een kopie van software […] het Hof [had] geoordeeld dat het downloaden van een kopie van een computerprogramma en het sluiten van een licentieovereenkomst voor het gebruik daarvan een ondeelbaar geheel vormen. Het downloaden van een kopie van een computerprogramma is immers zinloos indien die kopie door de bezitter ervan niet kan worden gebruikt". Zie arrest van 16 september 2021, The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[50] Zie voor de uitbesteding van diensten Le Tourneau, P., *Contrats du numérique: informatiques et électroniques*, 12e ed., Dalloz, Parijs, 2022, punt 342.11 (blz. 550).

apparatuur van de klant, ofwel door het online ter beschikking stellen via de website van de dienstverlener – bijvoorbeeld via internet –, via een computerplatform [51] of in het kader van een overeenkomst voor cloudcomputing [52].

46. Derhalve kunnen op basis van artikel 7, punt 1, onder b), van verordening nr. 1215/2012 tal van criteria worden onderzocht voor de locatie van de verstrekking van software, met uitzondering evenwel van elk aanknopingspunt op basis van de locatie van de server [53]. In dit verband lijken mij de concrete locatieproblemen waarmee de afnemer van een onlinedienst kan worden geconfronteerd, duidelijk naar voren te komen uit de door de verwijzende rechter beschreven feitelijke omstandigheden en uit zijn eigen vragen. In casu rijzen de volgende vragen: moet een onderscheid worden gemaakt tussen de dienst waarbij de software oorspronkelijk wordt ontwikkeld (of ontworpen) en de dienst waarbij de software wordt onderhouden (of follow-up plaatsvindt), hoewel deze diensten nauw met elkaar verbonden zijn vanwege het feit dat de software regelmatig wordt bijgewerkt? Worden beide diensten vanuit dezelfde plaats uitgevoerd? Hoe is de software door de uitgever (VariusSystems) geïmplementeerd (of beschikbaar gesteld)? Kan op grond van de wijze van facturering niet worden aangenomen dat software van het type „Software as a Service" [54] op een platform is geplaatst en niet is geïnstalleerd op de apparatuur van de afnemer die de software heeft gedownload, aangezien de verwijzingsbeslissing geen precisering hieromtrent bevat en hierover in de aan het Hof overgelegde eerdere beslissingen in het hoofdgeding niets is vastgesteld? Naar mijn beste weten krijgt de klant namelijk in de meeste gevallen sedert een tiental jaar [55], wat onlinecomputerdiensten betreft, toegang tot de software via een netwerk (bijvoorbeeld internet) vanaf zijn computer of een ander medium in het kader van cloudcomputing [56].

[51] Volgens de definitie in Beelen, A., Charlier, C., en Vigneron, J., *Guide pratique des plateformes: 20 Legal designs commentés*, Larcier, Brussel, 2021, blz. 44 en 45, „computerplatforms bieden allerlei toepassingen aan en maken interactie mogelijk tussen de gebruikers van deze toepassingen en externe ontwikkelaars. […] Apple iOS, Google Android, of Microsoft Windows zijn voorbeelden van computerplatforms".

[52] Zie de definitie en opmerkingen in voetnoot 56 van de onderhavige conclusie. Zie ook de analyse van Marchadier, F., „Internet et droit international privé", *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis, Parijs, 2 januari 2023, aflevering 544-60, punt 23, betreffende het feit dat „wanneer de voorkeur wordt gegeven aan de plaats van waaruit de activiteit van de dienstverlener wordt geïmplementeerd […], dit veronderstelt dat moet worden bepaald of deze plaats afhangt van de plaats waar de dienstverlener gevestigd is of van de plaats waar de hosting van de website van de dienstverlener plaatsvindt".

[53] Ik wijs er, in navolging van vele auteurs, op dat deze locatie vaak onzeker is en gemakkelijk kan worden gewijzigd. Zie met name El Hage, Y., op. cit., punten 87 en 88 (blz. 78 en 79), evenals punt 528, laatste alinea (blz. 437); Mankowski, P., „Article 7", op. cit., punt 184, en Gottwald, P., op. cit., punt 31. Zie ook Marchadier, F., op. cit., punt 8, met name over de rechtspraak van het Hof inzake inbreuken op het merkenrecht. Zie ook arrest 20 U 3515/09 van het Oberlandesgericht München van 23 december 2009, punt 48.

[54] Zie voor een gedetailleerde presentatie Le Tourneau, P., op. cit., punt 342.14 (blz. 552), en het door deze auteur aangehaalde artikel van Alterman, H., en Perbost, F., „Les points essentiels du contrat Saas", *Revue de jurisprudence commerciale*, Thomson Reuters, 2010, nr. 1.

[55] Zie de bevestiging op basis van de analyse in 2015 van Reymond, M., op. cit., blz. 231.

[56] De term „cloudcomputing" wordt soms in het normale taalgebruik gebruikt. De hier bedoelde dienst maakt het mogelijk gegevens op te slaan op onderling verbonden servers op afstand, die in het algemeen eigendom zijn van een externe dienstverlener, toegang te hebben tot die servers en gebruik te maken van de berekeningsfaciliteiten van de servers. Zie over deze kenmerken conclusie van de advocaat-generaal Szpunar in de zaak VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, punten 1 en 2). Le Tourneau, P., op. cit., punten 342.12342.14 (blz. 550-552), benadrukt dat in dit kader „de informatica gedecentraliseerd is, en […] de locatie van de toepassingen niet bekend is bij de afnemer", dat het gaat om „informatica op aanvraag", die het voordeel heeft dat ondernemingen – net zoals de particulier voor de opslag van gegevens – niet meer hoeven te investeren in computers met grote capaciteit. De prijs van de dienst varieert „naargelang van het werkelijke verbruik van de klant, net als voor elektriciteit". El Hage, Y., op. cit., punt 520 (blz. 429 en 430), merkt op dat de klant weliswaar „vanaf willekeurig welke plaats via een eenvoudige internetverbinding" toegang kan hebben tot deze plaats voor de opslag van digitale inhoud, maar dat de uitvoering van de dienst niet geconcentreerd is op de plaats waar de servers op afstand staan, aangezien die klant zijn gegevens moet doorgeven om toegang te krijgen, waardoor het mogelijk is te bepalen in welk land „de concrete gevolgen van de overeenkomst hoofdzakelijk merkbaar zijn".

47. Ten slotte kunnen de diversiteit van deze wijzen van verstrekking van computerdiensten en de voortdurende technologische en economische ontwikkeling [57] ervan mijns inziens volstaan om te rechtvaardigen dat de enige zekere en dus voorzienbare plaats van uitvoering van een overeenkomst tot verstrekking van onlinediensten de plaats is waar de concrete voordelen van deze diensten merkbaar zijn [58].

48. Deze voorkeur voor de plaats waar de verstrekte dienst(en) wordt (worden) ontvangen of gebruikt biedt het voordeel dat de aanknopingspunten niet variëren naargelang van de verschillende stadia van de dienstverrichting, en dat de gebruiker niet wordt onderworpen aan de keuze van de plaats van vestiging waar de dienst wordt verricht, terwijl uitbesteding aan derde landen bovendien de economische tendens is. Wanneer evenwel van de opvatting wordt uitgegaan dat de software in alle gevallen wordt ontwikkeld op de plaats waar de uitgever is gevestigd, zou dit niet op de werkelijkheid kunnen berusten, waardoor een forum actoris zou worden bevestigd, hetgeen in strijd is met de doelstellingen van artikel 7, punt 1, onder b), van verordening nr. 1215/2012. [59]

49. Dat de aanknopingspunten worden aangepast aan de complexiteit van de concrete verrichting van de diensten is voorts niet nieuw. Op het gebied van luchtvervoer is dit namelijk reeds het geval, aangezien het Hof de voorkeur heeft gegeven aan de plaats waar het voordeel van de dienst merkbaar is, te weten de plaats van vertrek van de eerste vlucht en de plaats van aankomst van de laatste vlucht. [60]

50. Het hanteren van het criterium van de eindbestemming van de dienst kan zeker vergelijkbare problemen opleveren wanneer op verschillende plaatsen gebruik wordt gemaakt van de toegang tot een voor een afnemer geïmplementeerde dienst. Bij lezing van het aan het Hof overgelegde dossier lijkt dit in casu in Duitsland het geval te zijn. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volstaat het om de plaats te achterhalen waar het merendeel van de werkzaamheden in de betrokken lidstaat wordt uitgevoerd. [61] Dit is ook het geval als de onlinedienst in verschillende lidstaten wordt gebruikt. [62] Tot slot is die plaats mijns inziens voorzienbaar voor de aanbieder van

[57] Over het beginsel van technologische neutraliteit ter rechtvaardiging van het feit dat in de teksten van internationaal privaatrecht met betrekking tot netwerken, waaronder het internet, daarover niets wordt gezegd, zie de uiteenzettingen van Azzi, T., „Rapport général: droit international privé et immatériel", in *L'immatériel*, Journées internationales espagnoles de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 2014, aangehaald door El Hage, Y., op. cit., blz. 112, alsook de analyse van laatstgenoemde auteur, punten 135-142 (blz. 113-119).

[58] Zie in dit verband de mededeling op de website https://www.culture.fr/franceterme, waarin wordt aangegeven dat „cloudcomputing een bijzondere vorm van computerbeheer is, waarbij de klanten niet op de hoogte worden gebracht van de locatie en de werking van de cloud". Zie JORF nr. 129 van 6 juni 2010 (blz. 42).

[59] Zie ter vergelijking de keuze van alternatieve criteria – namelijk de plaats waar de verwerkingsverantwoordelijke (of de verwerker) een vestiging heeft of de plaats waar de betrokkene gewoonlijk verblijft – die de Uniewetgever op het gebied van gegevensbescherming heeft gemaakt in artikel 79, lid 2 van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PB 2016, L 119, blz. 1). Zie ook, in de praktijk, de keuze in bedingen die rechtsmacht verlenen aan het gerecht van de lidstaat in het rechtsgebied waarvan de dienstverlener is gevestigd, te vergelijken met de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op overeenkomsten voor computerwerkzaamheden en individuele overeenkomsten voor softwareonderhoud die van toepassing zijn in Zwitserland, in de publieke sector, aangehaald door Reymond, M., op. cit., blz. 238, voetnoot 60. Zie voor de actualisering van deze aanhaling, https://backend.bkb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-bkbadminch-files/files/2024/08/13/9d43df1a-4ff8-45fe-b530-1ea8d9716399.pdf.

[60] Zie arresten van 9 juli 2009, Rehder (C-204/08, EU:C:2009:439, punten 42 en 43), en 7 maart 2018, flightright e.a. (C-274/16, C-447/16 en C-448/16, EU:C:2018:160, punt 73).

[61] Zie naar analogie arrest Color Drack (punt 40).

[62] Zie met name arrest Wood Floor (punt 36). Zie ook in die zin ook El Hage, Y., op. cit., punt 549 (blz. 447) en punt 617 (blz. 502). Zie voorts voor een oplossing die erin bestaat te achterhalen in welke lidstaat de belangrijkste dienst in de Unie wordt verricht, ook al vindt de voornaamste dienstverrichting in een derde staat plaats, Gaudemet-Tallon, H., en Ancel, M.-E., *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998 et 2007)*, 7e ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, collectie „Droit des affaires", Parijs, 2024, punt 221 (blz. 340).

computerdiensten. De specificaties waaraan deze aanbieder bij de ontwikkeling van software moet voldoen, zijn namelijk in het algemeen onderworpen aan het recht van de staat waar de software zal worden geïmplementeerd.[63] In die omstandigheden lijkt het mij niet zinvol om, in geval van gelijkwaardig gebruik op verschillende plaatsen, de bevoegdheidsregel van artikel 7, punt 1, onder b), van verordening nr. 1215/2012 toe te passen, aangezien de nabijheidsdoelstelling dit niet rechtvaardigt.[64]

51. In de vierde plaats blijft nog het argument over met betrekking tot het op de overeenkomst toepasselijke recht, een laatste aanvullend aspect van de analyse. Wanneer er geen rechtskeuze is vastgelegd, hetgeen in casu het geval is, bepaalt artikel 4, lid 1, onder b), van verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (hierna: „verordening Rome I")[65] dat „de overeenkomst inzake dienstverlening wordt beheerst door het recht van het land waar de dienstverlener zijn gewone verblijfplaats heeft"[66]. De keuze voor een dergelijk aanknopingspunt in verband met de aanwijzing van het bevoegde gerecht zou hierdoor worden ondersteund.[67] Dit argument lijkt mij niet doorslaggevend. Ten eerste bestaat er namelijk een discrepantie in de wetgeving tussen de doelstelling van nabijheid die voortvloeit uit de keuze van een criterium voor bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst[68] en die betreffende de vaststelling van het op de overeenkomst toepasselijke recht. Ten tweede lijkt mij de oplossing om artikel 4, lid 3, van verordening Rome I[69] toe te passen gegrond wanneer een bevoegdheidscriterium wordt gehanteerd op basis van de plaats waar de overeenkomst voor de ontvanger ervan daadwerkelijk is uitgevoerd[70].

52. Bijgevolg volgt uit het onderzoek van de redenen die zouden rechtvaardigen waarom als bevoegdheidscriterium moet worden gekozen voor de plaats waar de onderneming die software heeft ontwikkeld, is gevestigd, dat die redenen niet kunnen afdoen aan hetgeen ik uiteen heb gezet om tot de conclusie te komen dat – op het gebied van de verstrekking van software, ongeacht of het standaardsoftware dan wel klantspecifieke software betreft – wanneer een dienst zoals onlinetoegang het gebruik ervan bepaalt, de plaats waar de ontvanger van deze dienst er in de praktijk daadwerkelijk van profiteert uitermate geschikt is om als bevoegdheidscriterium te dienen op basis van artikel 7, punt 1, onder b), van verordening nr. 1215/2012.

63 Zie in die zin El Hage, Y., op. cit., punt 550 (blz. 447), waarin ter illustratie ook het voorbeeld wordt uiteengezet van een onderneming die boekhoudsoftware levert aan een buitenlandse onderneming, hetgeen te vergelijken is met het hoofdgeding waarin de Duitse regeling moet worden nageleefd.

64 Zie over dit doel El Hage, Y., op. cit., punt 617 (blz. 502 en 503), en over de oplossing, Gaudemet-Tallon, H., en Ancel, M.-E., op. cit., voetnoot 257 (blz. 340) en, wanneer het moeilijk zo niet onmogelijk is om de plaats van uitvoering te bepalen, punt 222 (blz. 341).

65 PB 2008, L 177, blz. 6.

66 Over de verenigbaarheid van deze regel met het internet, zie het standpunt van Cachard, O., *La régulation internationale du marché électronique*, Bibliothèque de droit privé, deel 365, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parijs, 2002, en Usunier, L., „La loi applicable aux contrats électroniques", in Rochfeld, J., *L'acquis communautaire – Le contrat électronique*, Economica, Parijs, 2010, aangehaald door El Hage, Y., op. cit., punt 132 (blz. 111).

67 Zie in die zin Mankowski, P., „Article 7", op. cit., punt 184, waarin wordt verwezen naar artikel 4, lid 2, van verordening Rome I.

68 Zie voetnoot 21 van de onderhavige conclusie.

69 Daarin wordt het volgende bepaald: „Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in lid 1 of lid 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing."

70 Zie El Hage, Y., op. cit., punt 616 (blz. 501). Met betrekking tot de rechtvaardigingsgronden voor de toepassing van met name artikel 4, lid 3, van verordening Rome I, de zogenoemde uitzonderingsclausule, zie de punten 592 (blz. 480) en 598 (blz. 486). Zie voorts de voorbeelden in de punten 594-596 (blz. 484-486).

V. Conclusie

53. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Oberste Gerichtshof te beantwoorden als volgt:

„Artikel 7, punt 1, onder b), van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken

moet aldus worden uitgelegd dat

de plaats van uitvoering van de onlineverstrekking van software, bij gebreke van contractuele bepalingen op grond waarvan deze plaats kan worden bepaald, de plaats is waar de afnemer deze software gebruikt."