Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JEANA RICHARDA DE LA TOURA
przedstawiona w dniu 5 września 2024 r. [1]

Sprawa C-526/23

VariusSystems digital solutions GmbH
przeciwko
GR Inhaberin B & G

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria)]

Odesłanie prejudycjalne – Współpraca sądowa w sprawach cywilnych – Rozporządzenie (UE) nr 1215/2012 – Jurysdykcja i uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich wykonywanie – Jurysdykcja szczególna w sprawach dotyczących umowy – Artykuł 7 ust. 1 lit. b) – Świadczenie usług – Oprogramowanie opracowane i obsługiwane w jednym państwie członkowskim, dostosowane do indywidualnych potrzeb użytkownika mającego siedzibę w innym państwie członkowskim – Miejsce wykonania

I. Wprowadzenie

1. Obecnie zarówno przedsiębiorcy, jak i osoby fizyczne stale korzystają z oprogramowania [2] oraz Internetu. W praktyce bardzo popularna jest również usługa polegająca na tworzeniu oprogramowania dostosowanego do konkretnych potrzeb zawodowych. Wyzwania gospodarcze w tej dziedzinie są duże.

2. Jest zatem zaskakujące, że Trybunał do tej pory nigdy nie rozpatrywał pytania prejudycjalnego dotyczącego przewidzianej w art. 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia (UE) nr 1215/2012 [3] międzynarodowej jurysdykcji przemiennej w sprawach dotyczących umowy, w ramach sporów o charakterze międzynarodowym dotyczących świadczenia usług informatycznych online.

[1] Język oryginału: francuski.

[2] Zgodnie z witryną internetową https://www.culture.fr/franceterme, poświęconą terminom zalecanym przez Commission d'enrichissement de la langue française (Komisję do spraw wzbogacania języka francuskiego) i publikowanym w Journal officiel de la République française (Dzienniku urzędowym Republiki Francuskiej, zwanym dalej „JORF"), termin „oprogramowanie" oznacza „całość programów, procedur i instrukcji, oraz ewentualnie dokumentacje, dotyczące funkcjonowania zbioru danych". Strona ta podaje, że odpowiednikiem „oprogramowania" w języku angielskim jest „*software*". Zobacz załącznik do JORF nr 220 z dnia 22 września 2000 r. (s. 42063).

[3] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. 2012, L 351, s. 1).

3. Wydaje mi się, że fakt ten wyjaśnia występowanie klauzul prorogacyjnych lub wyboru prawa właściwego zgodnie z umownymi zwyczajami w tej dziedzinie działalności [4].

4. W konsekwencji brak jakiegokolwiek porozumienia w postępowaniu głównym stanowi dla Trybunału okazję do sprecyzowania kryteriów powiązania z właściwym sądem i usunięcia tej sprzeczności: jak interpretować międzynarodową jurysdykcję przemienną, która opiera się na konkretnej lokalizacji świadczenia usług, gdy świadczenie to odbywa się za pośrednictwem Internetu? Innymi słowy, jak zdefiniować kryterium materialne przyjęte przez prawodawcę Unii w kontekście niematerialnym?

5. Wprawdzie, jak wynika z orzecznictwa Trybunału dotyczącego jurysdykcji przemiennej w sprawach dotyczących czynów niedozwolonych, problematyka ta nie jest dla Trybunału nowa. Jednakże orzecznictwo to opiera się na podejściach, które nie mają zastosowania w sprawach dotyczących umowy. Otóż debata dotyczy konkretnej alternatywy zaproponowanej przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria), która przedstawia się następująco: czy w braku postanowień umownych należy przyjąć miejsce projektowania oprogramowania, czy korzystania z niego?

6. Przedstawię powody, dla których, w tym szczególnym kontekście świadczenia usług informatycznych w otwartej sieci, takiej jak Internet, jestem zdania, że należy przyjąć kryterium miejsca, w którym usługa jest realizowana dla użytkownika [5].

II. Ramy prawne

7. Motywy 15 i 16 rozporządzenia nr 1215/2012 mają następujące brzmienie:

„(15) Przepisy o jurysdykcji powinny być w wysokim stopniu przewidywalne i opierać się na zasadzie, że jurysdykcję w ogólności mają sądy miejsca zamieszkania [lub siedziby] pozwanego. Tak ustalona jurysdykcja powinna mieć miejsce zawsze, z wyjątkiem kilku dokładnie określonych przypadków, w których ze względu na przedmiot sporu lub autonomię stron uzasadnione jest inne kryterium powiązania. […]

(16) Jurysdykcja oparta na łączniku miejsca zamieszkania powinna zostać uzupełniona jurysdykcją opartą na innych łącznikach, które powinny zostać dopuszczone ze względu na ścisły związek pomiędzy sądem a sporem prawnym lub w interesie prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Istnienie ścisłego związku powinno zagwarantować pewność prawną [pewność prawa] oraz uniknięcie możliwości pozywania pozwanego przed sąd państwa członkowskiego, którego pozwany nie mógł rozsądnie przewidzieć. […]”.

[4] Zobacz w tym względzie Y. El Hage, *Le droit international privé à l'épreuve de l'Internet*, Bibliothèque de droit privé, t. 617, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paryż, 2022, pkt 123, akapit drugi (s. 102), a także pkt 170 (s. 138) i 515 (s. 427). W przedmiocie względnego wpływu mającego zapaść orzeczenia, które należy w związku z tym uwzględnić, zob. pkt 614 akapit trzeci (s. 500).

[5] Pragnę na wstępie wyjaśnić, że stanowisko to opiera się w dużej mierze na pogłębionej analizie kwestii prawa prywatnego międzynarodowego w odniesieniu do cyberumów, przedstawionej przez Y. El Hage, op.cit., oraz na wykazaniu przez niego znaczenia proponowanego rozwiązania, popartego licznymi odniesieniami doktrynalnymi lub orzeczniczymi, w różnych wersjach językowych. Zobacz w szczególności pkt 616 (s. 500–502).

8. Artykuł 4 ust. 1 tego rozporządzenia przewiduje:

„Z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozporządzenia osoby mające miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego mogą być pozywane, niezależnie od ich obywatelstwa, przed sądy tego państwa członkowskiego”.

9. Artykuł 7 pkt 1 wspomnianego rozporządzenia stanowi:

„Osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, może być pozwana w innym państwie członkowskim:

a) w sprawach dotyczących umowy – przed sądy miejsca wykonania danego zobowiązania;

b) do celów niniejszego przepisu – i o ile nie uzgodniono inaczej – miejscem wykonania danego zobowiązania jest:

   – w przypadku sprzedaży rzeczy ruchomych – miejsce w państwie członkowskim, w którym rzeczy te zgodnie z umową zostały albo miały zostać dostarczone,

   – w przypadku świadczenia usług – miejsce w państwie członkowskim, w którym usługi zgodnie z umową były świadczone albo miały być świadczone;

c) jeżeli lit. b) nie ma zastosowania, stosuje się lit. a)”.

III. Stan faktyczny sporu w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne

10. VariusSystems digital solutions GmbH[6] z siedzibą w Wiedniu (Austria) prowadzi działalność w sektorze usług informatycznych. Spółka ta opracowała dla GR, właściciela przedsiębiorstwa B & G, z siedzibą w Niemczech oprogramowanie umożliwiające analizę wyników badań na COVID-19, zgodnie z wymogami niemieckiego ustawodawcy, które miało być wykorzystywane w niemieckich ośrodkach wykonujących badania[7]. Przedmiotem umowy było opracowanie[8] i eksploatacja[9] oprogramowania w Niemczech. Strony postępowania głównego nie zawarły umowy pisemnej i nie wyznaczyły sądu właściwego w razie sporu, ani miejsca wykonania zobowiązania.

11. VariusSystems domaga się od GR zapłaty łącznej kwoty 101 587,68 EUR wraz z odsetkami za okres od dnia 1 stycznia 2022 r. do dnia 3 czerwca 2022 r. za każdy przeprowadzony test COVID-19. Oparła ona jurysdykcję sądów austriackich na art. 7 pkt 1 lit. b) tiret drugie rozporządzenia nr 1215/2012 na tej podstawie, że wszystkie prace zostały wykonane w Wiedniu, pomimo tego iż oprogramowanie było dostosowywane i opracowywane specjalnie z uwzględnieniem indywidualnych potrzeb przedsiębiorstwa GR do użytku w Niemczech.

6 Zwana dalej „VariusSystems”.

7 Z akt sprawy przekazanych przez sąd odsyłający wynika, że oprogramowanie wykorzystywane przez GR przez Internet umożliwiało rejestrowanie i przetwarzanie testów przesiewowych. Sąd ten wskazuje na „usługi świadczone na odległość”. Zobacz pkt 19 niniejszej opinii.

8 Zgodnie ze słownikiem informatyki (zob. na przykład definicje dostępne pod adresem internetowym: https://vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/) pojęcie to obejmuje między innymi następujące rodzaje działalności: projektowanie oprogramowania, programowanie, fazę testową, wdrażanie i utrzymanie. Podmiot odpowiedzialny za tworzenie oprogramowania jest określany jako „wydawca”.

9 Pojęcie to obejmuje działalność mającą na celu zapewnienie prawidłowego działania oprogramowania, która jest odrębna od tworzenia oprogramowania.

12. Z akt sprawy przedłożonych przez sąd odsyłający wynika, że źródłem sporu między stronami są podnoszone przez GR wady dostarczonego oprogramowania, w szczególności w odniesieniu do wymogów niemieckiego ustawodawcy i Kassenärztliche Bundesvereinigung (federalnego stowarzyszenia lekarzy kontraktowych, Niemcy) dotyczących rozliczeń za testy przesiewowe oraz warunków przekazywania certyfikatów z testu do aplikacji „Corona-Warn-App".

13. GR podważyła jurysdykcję sądu rozpatrującego sprawę. Zauważa ona, że świadczeniem charakterystycznym rozpatrywanej umowy jest korzystanie z oprogramowania obsługującego procesy, zgodnego z wymogami niemieckiego ustawodawcy dla niemieckich badanych w Niemczech, i wywodzi z tego, że miejscem wykonania zobowiązania, jakie należy przyjąć, jest jej siedziba.

14. Landesgericht Wien (sąd okręgowy w Wiedniu, Austria) odrzucił powództwo, stwierdzając brak jurysdykcji międzynarodowej. Uznał, że zawarta przez strony umowa jest „umową sprzedaży", a miejscem wykonania zobowiązania jest siedziba przedsiębiorstwa GR w Niemczech.

15. Oberlandesgericht Wien (wyższy sąd krajowy w Wiedniu, Austria) utrzymał to orzeczenie w mocy, przyjmując jednak, że miało miejsce „świadczenie usług" w rozumieniu art. 7 pkt 1 lit. b) tiret drugie rozporządzenia nr 1215/2012, w szczególności ze względu na to, że oprogramowanie miało być dostosowywane i opracowywane specjalnie z uwzględnieniem indywidualnych potrzeb przedsiębiorstwa GR, zgodnie z wymogami niemieckiego ustawodawcy. Sąd ten, stwierdziwszy, że usługi niezwiązane z określonym miejscem uznaje się za wykonane tam, gdzie trafiają do usługobiorcy, przyjął, że w niniejszym przypadku miejsce to znajduje się w Niemczech, gdzie oprogramowanie podlegające dostosowaniu indywidualnie do stosunków panujących w Niemczech jest dostępne, co stanowi świadczenie charakterystyczne umowy.

16. VariusSystems wniosła zatem skargę rewizyjną do Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego), który również uważa, że w odniesieniu do opracowania zindywidualizowanego oprogramowania należy zastosować art. 7 pkt 1 lit. b) tiret drugie rozporządzenia 1215/2012.

17. Zdaniem tego sądu konieczne jest określenie, gdzie były świadczone usługi w przeważającej mierze[10], co prowadziłoby do przyjęcia, że miejscem wykonania umów opracowywania oprogramowania jest miejsce wykonywania świadczenia o charakterze intelektualnym, a nie miejsce, w którym pobiera się i użytkuje oprogramowanie.

18. Jednakże sąd ten zastanawia się nad zasadnością takiego rozwiązania ze względu na pewne opinie doktryny, zgodnie z którymi usługi niezwiązane z określonym miejscem uznaje się za wykonane tam, gdzie trafiają do usługobiorcy.

19. Sąd podkreśla, że w niniejszej sprawie bez pobrania i wykorzystania oprogramowania w Niemczech świadczenie o charakterze indywidualnym wykonane w Austrii nie ma żadnej niezależnej wartości, zwłaszcza, że VariusSystems podnosi, iż powinna otrzymywać wynagrodzenie za każde skutecznie wykonane badanie. Sąd ten dodaje, że sądy właściwe dla miejsca, w którym użytkuje się oprogramowanie, są prawdopodobnie bardziej predestynowane do rozstrzygania w merytorycznych kwestiach dotyczących wykonania umowy, ze względu na bliskość przedmiotu sporu i materiału dowodowego. Sąd ten zastanawia się zatem nad kwestią,

[10] Sąd odsyłający powołuje się w tym względzie na wyrok z dnia 11 marca 2010 r., Wood Floor Solutions Andreas Domberger (C-19/09, zwany dalej „wyrokiem Wood Floor", EU:C:2010:137, pkt 38, 40).

czy dla określenia miejsca wykonania zobowiązania w wypadku świadczenia usług takich jak te świadczone w niniejszej sprawie decydujące jest miejsce, w którym działał usługodawca, czy też miejsce, dla którego wykonano usługę lub w którym trafiła ona do usługobiorcy.

20. W tych okolicznościach Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy wykładni art. 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia [nr 1215/2012] należy dokonywać w ten sposób, że w wypadku powództwa z tytułu umowy miejsce wykonania zobowiązania polegającego na opracowaniu i bieżącej eksploatacji oprogramowania dostosowanego do indywidualnych potrzeb zamawiającego mającego siedzibę w państwie członkowskim A (w niniejszej sprawie: w Niemczech) znajduje się:

a) w miejscu, w którym ma miejsce prowadząca do powstania oprogramowania intelektualna twórczość („programowanie”) przedsiębiorstwa mającego siedzibę w państwie członkowskim B (w niniejszej sprawie: w Austrii); czy też

b) w miejscu, w którym oprogramowanie trafia do zamawiającego, a więc zostaje pobrane i jest eksploatowane?”.

21. VariusSystems, GR i Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie.

IV. Analiza

22. Do Trybunału zwrócono się z bezprecedensowym pytaniem dotyczącym wykładni art. 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia nr 1215/2012 w kontekście dostarczania oprogramowania opracowanego i obsługiwanego przez wydawcę w jednym państwie członkowskim w celu zaspokojenia indywidualnych potrzeb użytkownika w innym państwie członkowskim.

23. Na wstępie należy wypowiedzieć się co do kwalifikacji umowy. Ze względu na cechy charakterystyczne rozpatrywanych zobowiązań umownych [11] podzielam zdanie zarówno stron, jak i sądu odsyłającego, zgodnie z którym omawiana umowa wchodzi w zakres pojęcia „świadczenia usług”.

24. Należy bowiem odnieść się do zasad przypomnianych w wyroku z dnia 14 września 2023 r., EXTÉRIA [12] oraz do kryteriów określonych w wyroku z dnia 25 lutego 2010 r., Car Trim [13]. Pozwalają one na ustalenie, czy umowa jest umową „sprzedaży rzeczy ruchomych” czy umową „świadczenia usług” [14]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału należy zatem zbadać, jakie jest świadczenie charakterystyczne dla danej umowy i świadczenie wzajemne za jego wykonanie. W niniejszym przypadku działalność VariusSystems polegała na wydaniu oprogramowania dostosowanego do potrzeb przedsiębiorstwa GR i na zapewnieniu jego

[11] W przedmiocie obowiązku wskazania zobowiązania umownego w braku umowy na piśmie, zob. wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, pkt 24).

[12] C-393/22, EU:C:2023:675, pkt 23–25, 34 i przytoczone tam orzecznictwo.

[13] C-381/08, zwany dalej „wyrokiem Car Trim”, EU:C:2010:90, pkt 31, 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

[14] Należy przypomnieć, że Trybunał uznał, iż należy odrzucić argumenty dotyczące pojęcia „usług” wywodzone z art. 57 TFUE, a także z dyrektyw Unii w sprawie VAT lub z innych instrumentów prawa wtórnego innych niż rozporządzenie nr 1215/2012, mających zastosowanie w sprawach współpracy cywilnej. Zobacz podobnie wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r., Falco Privatstiftung i Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257, pkt 33–40). W odniesieniu do norm kolizyjnych zob. wyrok z dnia 25 października 2011 r., eDate Advertising i in. (C-509/09 i C-161/10, EU:C:2011:685, pkt 62, 63).

działania. Chodzi o świadczenie usług, które miało miejsce w zamian za wynagrodzenie należne od GR za każde korzystanie [15]. Kryteria „świadczenia usług" w rozumieniu art. 7 pkt 1 lit. b) tiret drugie rozporządzenia nr 1215/2012 są zatem spełnione [16].

25. W konsekwencji należy zbadać odpowiedź, jakiej należy udzielić na jedyne pytanie prejudycjalne, w którym sąd odsyłający zwraca się w istocie do Trybunału z pytaniem, czy za miejsce wykonania umowy o „świadczenie usług" w rozumieniu art. 7 pkt 1 lit. b) tiret drugie rozporządzenia nr 1215/2012 w przypadku dostarczania oprogramowania online [17] należy uznać miejsce, w którym spółka usług informatycznych opracowała oprogramowanie [18], czy też przeciwnie, miejsce, w którym korzystał z niego klient.

26. Wobec braku informacji, które można wywieść z postanowień umownych pozwalających na określenie miejsca wykonania umowy, braku jakiegokolwiek porozumienia lub innego dokumentu [19] odpowiedź na to pytanie należy oprzeć na dwóch następujących zasadniczych względach, przypomnianych niedawno przez Trybunał [20]:

– zasada jurysdykcji szczególnej w sprawach dotyczących umowy, przewidziana w art. 7 pkt 1 rozporządzenia nr 1215/2012 i uzasadniona istnieniem ścisłego związku pomiędzy daną umową a sądem, przed którym zawisło postępowanie w sprawie, uzupełnia podstawową zasadę jurysdykcji opartej na łączniku miejsca zamieszkania (siedziby) pozwanego, i

– kryterium powiązania w odniesieniu do owej umowy, definiowane w sposób autonomiczny jako miejsce w państwie członkowskim, w którym usługi zgodnie ze wspomnianą umową były świadczone albo miały być świadczone, wybrano po to, aby zapewnić realizację celów w postaci ujednolicenia i przewidywalności zasad jurysdykcji sądowej, a tym samym pewności prawa.

27. Innymi słowy, ta zasada jurysdykcji szczególnej, która ma odróżniać się od zasady jurysdykcji ogólnej, opiera się na czysto faktycznym kryterium, które prowadzi do wskazania sądu mającego bezpośredni związek ze sprawą w celu spełnienia wymogów prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości [21].

15 Zobacz pkt 11 niniejszej opinii.

16 Abstrahując od niniejszej sprawy, w której świadczenie usług nie budzi żadnych wątpliwości (zob. podobnie Y. El Hage, op.cit., pkt 56, s. 59), jestem zdania, że indywidualizacja oprogramowania nie jest we wszystkich przypadkach decydującym kryterium. Dostawie standardowego oprogramowania może towarzyszyć usługa utrzymania, eksploatacji czy też dostępu za pośrednictwem sieci, takiej jak Internet. Ogólnie rzecz biorąc, to udostępnienie funkcjonalności oprogramowania charakteryzuje świadczoną usługę. Zobacz w przedmiocie „[d]ostarczania treści cyfrowych za pośrednictwem materialnego nośnika", Y. El Hage, op.cit., pkt 55 (s. 56). Podobnie moja analiza nie jest sprzeczna z wyrokami z dnia 3 lipca 2012 r., UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 61); z dnia 16 września 2021 r., The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, pkt 38). Jest prawdą, że Trybunał orzekł w tym ostatnim wyroku, że „z gospodarczego punktu widzenia sprzedaż programu komputerowego płycie CD-ROM lub na DVD i sprzedaż takiego programu poprzez pobranie z Internetu są podobne, ponieważ metoda przekazania on-line jest funkcjonalnym odpowiednikiem dostawy nośnika materialnego". Jednakże pomijając fakt, że analiza ta wpisuje się w ramy sytuacji regulowanych prawem wtórnym dotyczącym, odpowiednio, ochrony prawnej programów komputerowych i przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek, należy moim zdaniem przyjąć, że dotyczy ona wyłącznie przedmiotu sprzedaży, bez uwzględniania ewentualnych usług niezbędnych do korzystania z niego.

17 Używam tego pojęcia w świetle ustaleń przypomnianych w przypisie 7 do niniejszej opinii.

18 Pojęcie to odpowiada znaczeniu lit. a) pytania sądu odsyłającego. Zobacz definicję przypomnianą w przypisie 8 do niniejszej opinii, a w przedmiocie konsekwencji, jakie należy z niej wyciągnąć – pkt 44.

19 Zobacz w przedmiocie tej przesłanki wyroki: Car Trim (pkt 54); Wood Floor (pkt 38); a także z dnia 10 września 2015 r., Holterman Ferho Exploitatie i in., (C-47/14, EU:C:2015:574, pkt 60–62).

20 Zobacz wyrok z dnia 14 września 2023 r., EXTÉRIA (C-393/22, EU:C:2023:675, pkt 29, 30 i przytoczone tam orzecznictwo).

21 Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 maja 2007 r., Color Drack (C-386/05, zwany dalej „wyrokiem Color Drack", EU:C:2007:262, pkt 40); wyrok Car Trim (pkt 52, 53, w celu przypomnienia historii legislacyjnej przepisów równoważnych przepisom art. 7 rozporządzenia nr 1215/2012, a także wyłączenia możliwości odwołania się, między innymi, do zasad prawa prywatnego międzynarodowego państwa członkowskiego sądu).

28. Ta logika i cel skłaniają mnie do uznania, w odniesieniu do świadczenia usług online przez spółkę usług informatycznych i w braku jakiegokolwiek wyboru prawodawcy Unii w takiej dziedzinie niematerialnej, że właściwym kryterium powiązania jest miejsce faktycznego wykonania tej umowy [22], czyli miejsce, z którego klient rzeczywiście uzyskuje dostęp do usług online, to jest, innymi słowy, „miejsce największego wpływu działalności online” [23] czy też „miejsce docelowe świadczenia usług” [24].

29. Za wyborem kryterium korzystania z usługi, a nie kryterium jej świadczenia przemawiają cztery rodzaje argumentów, natury językowej, orzeczniczej, praktycznej i dotyczącej prawa właściwego.

30. W pierwszej kolejności można wysunąć argument językowy dotyczący sformułowania „miejsce […] w którym usługi zgodnie z umową były świadczone albo miały być świadczone” [25]. Świadczenie usługi [26] należy zatem odróżnić od jej projektowania.

31. W drugiej kolejności, w przypadku nieprzewidzianym w art. 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia nr 1215/2012, a mianowicie braku kryteriów opartych na umowie, Trybunał wybrał dla sprzedaży rzeczy ruchomych na odległość kryterium „miejsca docelowego” tej transakcji [27]. W odniesieniu do świadczenia usług, w przypadku wielości miejsc wykonania świadczenia charakterystycznego dla takiej umowy, jeżeli nie można było określić na jej podstawie głównego miejsca świadczenia usług [28], przyjęto pomocniczo miejsce, w którym czynności związane z wykonywaniem umowy były wykonywane w przeważającej mierze [29]. Trybunał potwierdził wybór kryterium rzeczywistego wykonania umowy [30] w wyroku Saey Home & Garden [31]. Zatem wybór kryterium docelowego korzystania z usługi online jest spójny z tym orzecznictwem [32], które moim zdaniem nie powinno ograniczać się wyłącznie do przypadków świadczenia usług w kilku państwach członkowskich [33].

32. Pragnę jednak zauważyć, że przeciwne opinie również wynikają z orzecznictwa Trybunału.

22 Zobacz podobnie wyrok z dnia 8 marca 2018 r., Saey Home & Garden (C-64/17, zwany dalej „wyrokiem Saey Home & Garden”, EU:C:2018:173, pkt 45).

23 Zobacz Y. El Hage, op.cit., pkt 502 (s. 417). W pkt 517 (s. 428) miejsce to zostało zdefiniowane jako miejsce, „z którego klient faktycznie korzysta z rezultatu świadczenia”. Zobacz również streszczenie podejścia mającego zastosowanie zarówno do cyberumów, jak i do cyberprzestępstw, pkt 715 (s. 592) tego dzieła.

24 Zobacz D. Sindres, 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) nº 1215/2012, *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis, Paryż, 1 stycznia 2022 r., opis 584–130, pkt 71, akapity pierwszy i drugi, w których zastosowano również wyrażenie „miejsce docelowe” usług lub świadczenia.

25 Zobacz D. Sindres, op.cit., pkt 71 akapit trzeci.

26 Termin „świadczenie” jest tutaj rozumiany w następujący sposób: dostarczać coś komuś, rozumiane jako doręczanie, przekazywanie, dawanie, zaopatrywanie, a nie jako, na przykład „podejmowanie wysiłku”.

27 Zobacz wyrok Car Trim (pkt 62).

28 Zobacz wyrok Wood Floor (pkt 38).

29 Zobacz wyrok Wood Floor (pkt 40). Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 września 2015 r., Holterman Ferho Exploitatie i in. (C-47/14, EU:C:2015:574, pkt 64).

30 Zobacz wcześniej wyrok Wood Floor (pkt 41).

31 Zobacz wyrok Saey Home & Garden (pkt 45).

32 W przedmiocie tej analogii zob. J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, przytoczone przez Y. El Hage, op.cit., pkt 528 (s. 436, 437).

33 Zobacz także podobnie D. Sindres, op.cit., pkt 76, akapit szósty.

33. Po pierwsze, jak wynika z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i z akt sprawy, dyskusja dotyczy przyjętego w wyroku Wood Floor kryterium miejsca, w którym usługodawca głównie wykonuje swoją pracę, co prowadziłoby w niniejszej sprawie do uprzywilejowania miejsca, w którym świadczono usługę intelektualną.

34. Ze swej strony uważam, że zarówno z wyroku Wood Floor, jak i z wyroku Saey Home & Garden, opartych na kryterium rzeczywistego wykonania umowy w braku postanowień umownych, wynika, że należy ustalić miejsce, w którym usługa jest realizowana. Zatem w stosunkach między zleceniodawcą a przedstawicielem handlowym, tak jak w stosunkach między dostawcą a dystrybutorem w ramach umowy koncesji handlowej, wybranym sądem jest sąd odpowiadający zasadniczej części działalności, która polega w pierwszym przypadku na świadczeniu różnych usług przygotowania, negocjacji i ewentualnie zawierania transakcji handlowych przez przedstawiciela na rachunek zleceniodawcy [34], a w drugim przypadku na zapewnianiu dystrybucji towarów dostawcy [35].

35. Należy ponadto zauważyć, że orzeczenia te zostały wydane w świetle konkretnych okoliczności, wynikających z umiejscowienia działalności w kilku państwach członkowskich, i że w związku z tym są one zgodne [36] z wyrokiem Color Drack w sprawie sprzedaży rzeczy ruchomych dostarczonych do różnych miejsc w tym samym państwie członkowskim [37] oraz z wyrokiem z dnia 9 lipca 2009 r., Rehder [38], w sprawie świadczenia usług w dwóch państwach członkowskich [39].

36. Zakres tego orzecznictwa byłby zbyt szeroki, gdyby wywodzić z niego, że *we wszystkich sprawach* miejscem świadczenia usługi jest miejsce, w którym podmiot zobowiązany wykonuje usługę. Z jednej strony Trybunał wskazał bowiem na konkretne czynniki, które są użyteczne dla określenia miejsca wykonania usługi, które sąd krajowy powinien określić w zależności od sytuacji poddanych jego ocenie [40].

37. Z drugiej strony wspomniane orzecznictwo stanowi moim zdaniem wyraz interesu w poszukiwaniu lokalizacji działalności zgodnie z podejściem ekonomicznym w celu jak najlepszego spełnienia wymogów bliskości i przewidywalności. Wydaje mi się, że to podejście jest szczególnie odpowiednie w przypadku usług informatycznych świadczonych online ze względu na ich niematerialny charakter, o ile ich odbiorca nie miał do nich dostępu.

38. Po drugie, można również twierdzić, że ze względu na ten niematerialny charakter [41] Trybunał rozpatrywał już analogiczną sytuację, a mianowicie sytuację umowy kredytu udzielonego przez instytucję bankową [42]. Uznawszy, że świadczeniem charakterystycznym tej umowy jest udzielenie kredytu, a obowiązek zwrotu przez kredytobiorcę tej kwoty jest jedynie konsekwencją spełnienia

34 Zobacz podobnie wyrok Wood Floor (pkt 35, 38).

35 Zobacz podobnie wyrok Saey Home & Garden (pkt 43, 45).

36 Zobacz wyrok Wood Floor (pkt 22, 25, 26).

37 Zobacz wyrok Color Drack (pkt 8).

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

39 Zobacz wyrok z dnia 9 lipca 2009 r., Rehder (C-204/08, EU:C:2009:439, pkt 2).

40 Zobacz podobnie wyrok Wood Floor (pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

41 Aspekt ten podkreślił F. Mailhéa w komentarzu do wyroku z dnia 15 czerwca 2017 r., Kareda (C-249/16, zwanego dalej „wyrokiem Kareda", EU:C:2017:472), w: G. Payan, *Espace judiciaire civil européen: Arrêts de la CJUE et commentaires*, Collection „Droit de l'Union européenne", Bruylant, Bruksela, 2020, pkt 372 (s. 315).

42 Taki przypadek omawia D. Sindres, op.cit., pkt 71, akapit jedenasty.

świadczenia przez kredytodawcę, Trybunał orzekł, że miejscem, w którym usługi były świadczone w rozumieniu art. 7 pkt 1 lit. b) tiret drugie rozporządzenia 1215/2012 było, w przypadku udzielenia kredytu przez instytucję kredytową, miejsce siedziby owej instytucji [43].

39. Pragnę zauważyć w tym względzie, że Trybunał wziął pod uwagę cechy charakterystyczne świadczenia usług przez bank, które nie odnosiły się do określonego miejsca, i że Trybunał nie musiał wypowiadać się na temat przypadku przelewu bankowego na rachunek znajdujący się w państwie członkowskim innym niż państwo siedziby tego banku [44].

40. Z tych względów nie wydaje mi się, aby rozwiązanie przyjęte w wyroku Kareda można zastosować w przypadku dostarczania oprogramowania on-line, a tym bardziej w kontekście transgranicznym.

41. W trzeciej kolejności, jeśli chodzi o względy praktyczne, które również służą za podstawę dyskusji, jestem zdania, że należy odrzucić argument, zgodnie z którym, zasadniczo, świadczeniem charakterystycznym dla umowy o świadczenie usług online może być jedynie obowiązek zamieszczania przez dostawcę treści cyfrowych („upload" w języku angielskim), gdyż lokalizacja tego świadczenia nie może zależeć od działania klienta [45]. W takim przypadku należałoby wybrać miejsce, z którego usługodawca faktycznie prowadzi swoją działalność.

42. Chociaż zgadzam się z analizą, na której częściowo opiera się ten argument, a mianowicie, że działania prowadzone online zawsze można powiązać z konkretnymi miejscami [46], uważam, że zalecane rozwiązanie nie uwzględnia różnorodności tych działań zarówno ze względu na ich charakter [47], jak i potencjalną lokalizację [48].

43. W rzeczywistości spółka usług informatycznych może świadczyć usługi na różnych etapach, w całości lub w części: na etapie opracowywania oprogramowania (lub w fazie tworzenia), wdrażania (lub w fazie uruchomienia dla klienta) i eksploatacji (lub w fazie zapewniania prawidłowego działania). Te różne rodzaje działalności niekoniecznie wykonuje się w siedzibie przedsiębiorstwa, które świadczy daną usługę lub usługi.

[43] Zobacz wyrok Kareda (pkt 42).

[44] Zobacz wyrok Kareda (pkt 18, 41, 42).

[45] Zobacz podobnie P. Mankowski, Article 7, w: U. Magnus, P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, 2 wyd., Otto Schmidt, Kolonia 2023, s. 222, 223, w szczególności pkt 184 (s. 222).

[46] Zobacz P. Mankowski, op.cit., pkt 184; podobnie D. Sindres, op.cit., pkt 70. Zobacz w tym względzie rozróżnienie, które uważam za zasadne, pomiędzy zwykłym doradztwem a świadczeniem odnoszącym się do określonego miejsca, Article 7 [Besondere Gerichtsstände], w: T. Rauscher, W. Krüger, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6 wyd., C.H. Beck, Monachium, 2022, pkt 31, w związku z D.-A. Simotta, Art. 7 EuGVVO 2012, w: H.W. Fasching, A. Konecny, *Zivilprozessgesetze*, 2 wyd., Manz, Wiedeń, 2022, pkt 203, artykuły cytowane przez sąd odsyłający. Rozróżnienie to uzasadnia brak zrównania dwóch rodzajów świadczeń, które były przedmiotem precedensu, a mianowicie świadczeń adwokata i architekta, a zatem wydawcy oprogramowania. Odmienne uzasadnienie w tej dziedzinie przedstawia wyrok 20 U 3515/09 z dnia 23 grudnia 2009 r. Oberlandesgericht München (wyższego sądu krajowego w Monachium, Niemcy) oraz komentarz P. Mankowskiego, Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort bei Softwareentwicklungsverträgen, *Computer und Recht*, Otto Schmidt, Kolonia 2010, nr 137, przytoczone również przez sąd odsyłający.

[47] Szczegółowe wyjaśnienie przedstawia Y. El Hage, op.cit., pkt 517 i nast. Zobacz również M. Reymond, 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*, vol. 16 (2014/2015), s. 219–239, w szczególności wyjaśnienia techniczne na s. 220–224, podsumowanie na s. 224: „wyrażenie »dostarczanie oprogramowania« nie pozwala na określenie jednego rodzaju łatwo identyfikowanego rodzaju transakcji. Przeciwnie, oznacza ono szereg różnych rodzajów transakcji, które choć mają wspólny punkt odniesienia w zakresie transferu oprogramowania, różnią się nie tylko szczegółami operacyjnymi, lecz również treścią praw i obowiązków strony, na którą przeniesiono oprogramowanie" (tłumaczenie wolne).

[48] Zobacz uwagi P. Mankowskiego, Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort bei Softwareentwicklungsverträgen, op.cit., oparte na stwierdzeniu, że usługi objęte umową o opracowanie oprogramowania są zazwyczaj świadczone w miejscu, w którym oprogramowanie jest opracowywane, i że zasadniczo chodzi o przedsiębiorstwo umowne twórcy oprogramowania.

44. Wnioskuję z tego przede wszystkim, podobnie jak Komisja, że projektowanie i programowanie oprogramowania nie stanowią świadczenia charakterystycznego umowy o dostarczenie oprogramowania, ponieważ bez wdrożenia usługa nie jest skuteczna dla klienta [49]. To właśnie od tego etapu, po przetestowaniu, można korzystać z oprogramowania i kontrolować jego jakość. Czynność tę wykonuje się w miejscu, w którym użytkownik ma dostęp do oprogramowania. Jestem zatem zdania, że ten etap usługi należy odróżnić od etapu eksploatacji. Ponieważ nie wiąże się on z nowymi rozwiązaniami informatycznymi, stanowi jedynie obowiązek akcesoryjny, który nie może stanowić o kryterium powiązania.

45. Następnie, jak słusznie podkreśla Komisja, działalność wydawcy może mieć miejsce poza siedzibą przedsiębiorstwa [50]. To samo dotyczy działalności polegającej na wdrażaniu oprogramowania. Ponadto wdrożenie może zapewnić wydawca lub inny dostawca treści cyfrowych albo bezpośrednio online na sprzęcie klienta, albo poprzez udostępnienie za pośrednictwem strony internetowej, na przykład za pośrednictwem Internetu, platformy informatycznej [51], lub też w ramach umowy o usługę chmury obliczeniowej („cloud computing" w języku angielskim) [52].

46. W związku z tym na podstawie art. 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia nr 1215/2012 można poszukiwać wielu kryteriów lokalizacji działalności polegającej na dostarczaniu oprogramowania, jednakże z wyjątkiem jakiegokolwiek powiązania opartego na lokalizacji serwera [53]. W tym względzie wydaje mi się, że konkretne trudności związane z lokalizacją, jakie może napotkać klient usługi online, jasno wynikają z okoliczności faktycznych opisanych przez sąd odsyłający i z jego własnych pytań. W niniejszej sprawie pojawiają się następujące pytania: czy należy odróżnić usługę wstępnego opracowania (lub projektowania) od usługi utrzymania (lub monitorowania), jeżeli są one ściśle ze sobą powiązane ze względu na regularną aktualizację oprogramowania? Czy usługi te są realizowane z tego samego miejsca? W jaki sposób oprogramowanie zostało wdrożone (lub udostępnione) przez wydawcę (VariusSytems)? Czy wobec braku wyjaśnień w postanowieniu odsyłającym lub ustaleń we wcześniejszych orzeczeniach wydanych w postępowaniu głównym, przekazanych Trybunałowi, nie można domniemywać, że ze względu na sposób rozliczania oprogramowanie typu „Software as a Service" [54] wdrożono na platformie, a nie zainstalowano na urządzeniach klienta, który je

[49] Zobacz podobnie Y. El Hage, op.cit., pkt 528, akapit drugi (s. 435). Ponadto w sprawie dotyczącej wykładni pojęcia „sprzedaży rzeczy ruchomych" przez przedstawiciela handlowego Trybunał przypomniał, że „[w] szczególnym przypadku sprzedaży kopii oprogramowania Trybunał orzekł, że pobranie kopii programu komputerowego i zawarcie związanej z nią umowy licencji na korzystanie są ze sobą nierozerwalnie powiązane. W rzeczywistości bowiem pobranie kopii programu komputerowego jest pozbawione użyteczności, jeśli posiadacz tej kopii nie może z niej korzystać". Zobacz wyrok z dnia 16 września 2021 r., The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

[50] W przedmiocie outsourcingu usług zob. P. Le Tourneau, *Contrats du numérique: informatiques et électroniques*, 12 wyd., Dalloz, Paryż, 2022, pkt 342.11 (s. 550).

[51] Zgodnie z definicją zawartą w A. Beelen, C. Charlier, J. Vigneron, *Guide pratique des plateformes: 20 Legal designs commentés*, Larcier, Bruksela, 2021, s. 44, 45, „[p]latformy informatyczne oferują aplikacje wszelkiego rodzaju i umożliwiają interakcje między użytkownikami tych aplikacji a zewnętrznymi dostawcami oprogramowania. […] Przykładami platform informatycznych są Apple iOS, Google Android, czy Microsoft Windows".

[52] Zobacz definicję i uwagi zawarte w przypisie 56 do niniejszej opinii. Zobacz także analiza F. Marchadiera, Internet et droit international privé, *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis, Paryż, 2 stycznia 2023 r., opis 544–60, pkt 23, dotyczący faktu, że „uprzywilejowanie miejsca, z którego prowadzona jest działalność usługodawcy […] zakłada określenie, czy miejsce to zależy od siedziby usługodawcy czy od hostingu strony internetowej usługodawcy".

[53] Pragnę uściślić, podobnie jak wielu autorów, że lokalizacja ta jest często niepewna i łatwa do zmiany. Zobacz w szczególności Y. El Hage, op.cit., pkt 87, 88 (s. 78, 79), a także pkt 528, ostatni akapit (s. 437); P. Mankowski, Article 7, op.cit., pkt 184; Gottwald, op.cit., pkt 31. Zobacz także F. Marchadier, op.cit., pkt 8, w szczególności w przedmiocie orzecznictwa Trybunału w dziedzinie naruszenia prawa znaków towarowych. Zobacz również wyrok 20 U 3515/09 Oberlandesgericht München (wyższego sądu krajowego w Monachium, Niemcy) z dnia 23 grudnia 2009 r., pkt 48.

[54] Szczegółową prezentację przedstawił P. Le Tourneau w: op.cit., pkt 342.14 (s. 552); artykuł przytoczony przez tego autora, zredagowany przez H. Altermana, F. Perbost, Les points essentiels du contrat SaaS, *Revue de jurisprudence commerciale*, Thomson Reuters, 2010, nº 1.

pobrał? Zgodnie bowiem z moją wiedzą, w większości przypadków od dziesięciu lat [55], jeśli chodzi o usługi informatyczne online, klient uzyskuje dostęp do oprogramowania za pośrednictwem sieci (np. Internetu) z komputera lub innego nośnika w ramach usługi chmury obliczeniowej („cloud computing") [56].

47. Wreszcie różnorodność tych sposobów świadczenia usług informatycznych, jak również ich stały rozwój technologiczny i gospodarczy [57] mogą moim zdaniem stanowić wystarczające uzasadnienie tego, że jedynym pewnym, a zatem przewidywalnym miejscem wykonania umowy o świadczenie usług online jest miejsce rzeczywistego korzystania z tych usług [58].

48. Ta preferencja miejsca odbioru lub korzystania z usługi (usług) ma tę zaletę, że nie różnicuje kryteriów powiązania w zależności od poszczególnych etapów świadczenia usług i nie uzależnia użytkownika od wyboru miejsca ich realizacji, podczas gdy, w dodatku, tendencja gospodarcza zmierza w kierunku outsourcingu do państw trzecich. Natomiast uznanie, że we wszystkich przypadkach oprogramowanie jest opracowywane w siedzibie wydawcy, mogłoby stanowić fikcję ustanawiającą forum actoris sprzeczną z celami art. 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia nr 1215/2012 [59].

49. Ponadto takie dostosowanie kryteriów powiązania do złożoności realizacji konkretnego świadczenia usług nie jest nowe. Przeważało ono bowiem już w transporcie lotniczym, ponieważ Trybunał uprzywilejował miejsce korzystania z usługi, czyli miejsce pierwszego odlotu i miejsce ostatniego przylotu [60].

50. Jest prawdą, że przyjęcie kryterium miejsca docelowego usługi może przedstawiać podobne trudności, gdy dostęp do usługi wdrożonej klientowi jest wykorzystywany w różnych miejscach. W niniejszej sprawie, po zapoznaniu się z aktami sprawy przekazanymi Trybunałowi, wydaje się,

[55] Potwierdzenie oparte na analizie przedstawił M. Reymond w 2015 r., op.cit., s. 231.

[56] Wyrażenie [z języka francuskiego – przyp. tłumacza] „infonuage" jest czasami używane w języku potocznym. Świadczenie, o którym tu mowa, pozwala na przechowywanie danych na połączonych ze sobą serwerach, które należą co do zasady do zewnętrznego usługodawcy, na dostęp do nich i korzystanie z zasobów obliczeniowych serwerów. Zobacz w przedmiocie tych cech opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, pkt 1, 2). P. Tourneau, op.cit., pkt 342.12–342.14 (s. 550–552), podkreśla, że w tych ramach „informatyka jest zdecentralizowana, a […] lokalizacja aplikacji nie jest znana klientowi", chodzi tu o „informatykę na żądanie", która ma tę zaletę, że przedsiębiorstwa nie muszą już inwestować w komputery o dużej pojemności, tak jak osoby fizyczne w celu przechowywania danych. Cena usługi różni się „w zależności od rzeczywistego zużycia przez odbiorcę, jak w przypadku energii elektrycznej". Y. El Hage, op.cit., pkt 520 (s. 429, 430), podnosi, że o ile klient może uzyskać dostęp do tego miejsca przechowywania treści cyfrowych „z dowolnego miejsca dzięki zwykłemu połączeniu z Internetem", o tyle wykonanie usługi nie jest skoncentrowane w lokalizacji zdalnych serwerów, ponieważ wspomniany klient musi przesłać swoje dane, aby uzyskać do nich dostęp, co pozwala na określenie państwa, w którym „odczuwa się zasadniczo konkretne skutki umowy".

[57] W przedmiocie zasady neutralności technologicznej uzasadniającej milczenie przepisów prawa prywatnego międzynarodowego dotyczących sieci, w tym Internetu, zob. wyjaśnienia T. Azzi, Rapport général: droit international privé et immatériel, w: *L'immatériel*, Journées internationales espagnoles de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 2014, cytowany przez Y. El Hage, op. cit, s. 112, a także analiza Y. El Hage'a, pkt 135–142 (s. 113–119).

[58] Zobacz w tym względzie notatkę na stronie internetowej https://www.culture.fr/franceterme, wyjaśniającą, że „cloud computing jest szczególną formą zarządzania IT, w której nie informuje się klientów o umiejscowieniu i funkcjonowaniu chmury". Zobacz JORF nr 129 z dnia 6 czerwca 2010 r. (s. 42).

[59] Zobacz tytułem porównania wybór alternatywnych kryteriów, a mianowicie miejsce, w którym administrator (lub podmiot przetwarzający) ma siedzibę lub miejsce zwykłego pobytu osoby, której dane dotyczą, dokonanego przez prawodawcę Unii w dziedzinie ochrony danych w art. 79 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U. 2016, L 119, s. 1). Zobacz także w praktyce wybór w klauzulach prorogacyjnych państwa członkowskiego, w którego jurysdykcji znajduje się usługodawca, w związku z ogólnymi warunkami mającymi zastosowanie do zamówień na prace informatyczne i usługi utrzymania indywidualnych oprogramowań stosowanych w Szwajcarii, w sferze publicznej, które przytacza M. Reymond, op.cit., s. 238, przypis 60. Aktualizacja tego cytatu znajduje się na stronie https://backend.bkb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-bkbadminch-files/files/2024/08/13/9d43df1a-4ff8–45fe-b530–1ea8d9716399.pdf.

[60] Zobacz wyroki: z dnia 9 lipca 2009 r., Rehder (C-204/08, EU:C:2009:439, pkt 42, 43); z dnia 7 marca 2018 r., flightright i in. (C-274/16, C-447/16 i C-448/16, EU:C:2018:160, pkt 73).

że ma to miejsce w Niemczech. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wystarczyłoby ustalić miejsce wykonywania zasadniczej części działalności w danym państwie członkowskim [61]. Podobnie byłoby w przypadku korzystania z usługi online w kilku państwach członkowskich [62]. Wreszcie, moim zdaniem, miejsce to jest przewidywalne dla dostawcy usług informatycznych. Specyfikacje, których musi on przestrzegać przy opracowywaniu oprogramowania, podlegają bowiem co do zasady prawu państwa, w którym ma być ono wdrożone [63]. W tych okolicznościach w przypadku równoważnego korzystania w różnych miejscach stosowanie zasady jurysdykcyjnej przewidzianej w art. 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia nr 1215/2012 wydaje mi się zbędne, ponieważ nie uzasadnia tego cel bliskości [64].

51. W czwartej kolejności pozostaje wypowiedzieć się w przedmiocie ostatniego dodatkowego elementu analizy, który dotyczy prawa właściwego dla umowy. W przypadku braku wyboru prawa, co ma miejsce w niniejszej sprawie, art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) [65] stanowi, że „umowa o świadczenie usług podlega prawu państwa, w którym usługodawca ma miejsce zwykłego pobytu” [66]. W ten sposób potwierdzono by wybór takiego kryterium powiązania z sądem właściwym [67]. Argument ten nie wydaje mi się rozstrzygający. Po pierwsze, istnieje bowiem rozbieżność legislacyjna pomiędzy celem bliskości wynikającym z wyboru kryterium jurysdykcji szczególnej w sprawach dotyczących umowy [68], a celami dotyczącymi określenia prawa właściwego dla umowy. Po drugie, wydaje mi się, że jeżeli przyjmuje się kryterium jurysdykcji w zależności od miejsca rzeczywistego wykonania umowy na rzecz beneficjenta, zasadne jest rozwiązanie polegające na zastosowaniu art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I [69] [70].

52. W konsekwencji z analizy powodów, które uzasadniają przyznanie pierwszeństwa miejscu siedziby spółki, która opracowała oprogramowanie, jako kryterium jurysdykcji wynika, że nie mogą one podważyć przedstawionych przeze mnie powodów w celu stwierdzenia, że w dziedzinie dostarczania oprogramowania, zarówno standardowego, jak i indywidualnego, w sytuacji gdy świadczenie usługi, takiej jak dostęp online, warunkuje korzystanie z niej, szczególnie odpowiednie jest wybranie jako kryterium jurysdykcji, na podstawie art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 1215/2012, konkretnego miejsca, w którym usługobiorca faktycznie korzysta z tej usługi.

61 Zobacz analogicznie wyrok Color Drack (pkt 40).

62 Zobacz, przykładowo, wyrok Wood Floor (pkt 36). Zobacz także podobnie Y. El Hage, op.cit., pkt 549 (s. 447), pkt 617 (s. 502). Zobacz ponadto, w przedmiocie przyjęcia rozwiązania polegającego na poszukiwaniu państwa członkowskiego, w którym znajduje się najważniejsza usługa w Unii, nawet jeśli świadczenie główne zostało wykonane w państwie trzecim, H. Gaudemet-Tallon, M.E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998 et 2007)*, 7 wyd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection „Droit des affaires”, Paryż, 2024, pkt 221 (s. 340).

63 Zobacz podobnie Y. El Hage, op.cit., pkt 550 (s. 447), w którym przedstawiono również, tytułem przykładu, przypadek spółki dostarczającej oprogramowanie księgowe przedsiębiorstwu zagranicznemu, zbliżony do sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w której należało przestrzegać przepisów niemieckich.

64 Zobacz w odniesieniu do tego celu Y. El Hage, op.cit., pkt 617 (s. 502, 503), a także w przedmiocie rozwiązania H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, op.cit., przypis 257 (s. 340), a w przypadku trudności lub niemożliwości określenia miejsca wykonania, pkt 222 (s. 341).

65 Dz.U. 2008, L 177, s. 6, zwanego dalej „rozporządzeniem Rzym I”.

66 Zobacz, w przedmiocie kompatybilności tej zasady z Internetem, opinia O. Cacharda, *La régulation internationale du marché électronique*, Bibliothèque de droit privé, t. 365, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paryż, 2002; opinia L. Usuniera, La loi applicable aux contrats électroniques w: J. Rochfeld, *L'acquis communautaire – Le contrat électronique*, Economica, Paryż, 2010, cytowane przez Y. El Hage, op.cit., pkt 132 (s. 111).

67 Zobacz podobnie P. Mankowski, Article 7, op.cit., pkt 184, który odwołuje się do art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I.

68 Zobacz przypis 21 do niniejszej opinii.

69 Zgodnie z tym przepisem „[j]eżeli ze wszystkich okoliczności sprawy wyraźnie wynika, że umowa pozostaje w znacznie ściślejszym związku z państwem innym niż państwo wskazane w ust. 1 lub 2, stosuje się prawo tego innego państwa”.

70 Zobacz Y. El Hage, op.cit., pkt 616 (s. 501). W odniesieniu do uzasadnienia stosowania w szczególności art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, zwanego „klauzulą wyjątkową”, zob. pkt 592 (s. 480) i 598 (s. 486). Zobacz ponadto przykłady w pkt 594–596 (s. 484–486).

V. Wnioski

53. W świetle wszystkich powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie prejudycjalne przedłożone przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

Artykuł 7 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych

należy interpretować w ten sposób, że:

miejscem wykonania dostawy oprogramowania online, w braku postanowień umownych pozwalających na jego ustalenie, jest miejsce, w którym klient korzysta z tego oprogramowania.