



Datum van
inontvangstneming

:

06/03/2017

Verzoek om een prejudiciële beslissing – Zaak C-33/17

Datum van indiening:

23 januari 2017

Verwijzende rechter:

Okrajno Sodišče Pliberk (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 januari 2017

Verzoekende partij:

Čepelnik d.o.o.

Verwerende partij:

██████████

REPUBLIK ÖSTERREICH

BEZIRKSGERICHT BLEIBURG

Beschikking

In de zaak

Verzoekende partij (OMISSIS)

Čepelnik d.o.o.[OMISSIS]

[OMISSIS] Prevalje [OMISSIS]

[OMISSIS]

Verwerende partij [OMISSIS]

Mag. art. ██████████ [OMISSIS]

[OMISSIS] St. Michael/Šmihel [OMISSIS]

[OMISSIS]

Wegens: 5 000 EUR, kosten inbegrepen [OMISSIS]

- 1 Overeenkomstig artikel 267 VWEU wordt het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing over de onderstaande vragen:

1. Moeten artikel 56 VWEU en richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een lidstaat een binnenlandse opdrachtgever een stopzetting van betaling en de betaling van een waarborgsom gelijk aan het nog verschuldigde bedrag oplegt, wanneer het verbod van uitvoering van de betaling en de betaling van de waarborgsom alleen dienen tot zekerheid van een eventuele geldboete, die pas in een afzonderlijke procedure kan worden opgelegd aan een dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd? **[Or. 1]**

Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord:

- a. Moeten artikel 56 VWEU en richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een lidstaat een binnenlandse opdrachtgever een stopzetting van betaling en de betaling van een waarborgsom gelijk aan het nog verschuldigde bedrag oplegt, wanneer de in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde dienstverrichter aan wie een geldboete moet worden opgelegd in de procedure waarin de betaling van een waarborgsom wordt opgelegd niet beschikt over een beroepsmogelijkheid tegen de oplegging daarvan en het bezwaar van de binnenlandse opdrachtgever tegen dit besluit geen opschortende werking heeft?
- b. Moeten artikel 56 VWEU en richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een lidstaat een binnenlandse opdrachtgever een stopzetting van betaling en de betaling van een waarborgsom gelijk aan het nog verschuldigde bedrag oplegt, alleen omdat de dienstverrichter in een andere lidstaat van de Europese Unie is gevestigd?

- c. Moeten artikel 56 VWEU en richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een lidstaat een binnenlandse opdrachtgever een stopzetting van betaling en de betaling van een waarborgsom gelijk aan het nog verschuldigde bedrag oplegt, ofschoon het aan de dienstverrichter verschuldigde bedrag nog niet opeisbaar is en de hoogte van het definitieve bedrag wegens tegenvorderingen en rechten van retentie nog niet vaststaat?
- 2 De procedure wordt overeenkomstig artikel 90 van de Zakon o organizaciji sodišč (wet op de gerechtelijke organisatie, [Gerichtsorganisationsgesetz] GOG) geschorst totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak zal hebben gedaan over de prejudiciële vragen.

Motivering [Or. 2]

Feiten

- 3 De verzoekende partij is een in Slovenië gevestigde vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [OMISSIS] (hierna: „Sloveense dienstverrichter”). In 2015 bedroegen zijn inkomsten 323 304 EUR, terwijl de winst in 2015 79 194 EUR bedroeg.
- 4 De Sloveense dienstverrichter heeft met de verwerende partij (hierna: „Oostenrijkse opdrachtgever”) een overeenkomst gesloten voor de uitvoering van droogwerkzaamheden in het huis van de Oostenrijkse opdrachtgever in St. Michael/Šmihel [OMISSIS]. Prevalje en St. Michael/Šmihel zijn twee dorpen aan de Oostenrijkse en de Sloveense kant van de Oostenrijkse-Sloveense grens en liggen via de weg 18 kilometer uit elkaar. De waarde van de opdracht bedroeg in eerste instantie 12 200 EUR. Er werd een aanbesteding overeengekomen van 7 000 EUR, welke door de Oostenrijkse opdrachtgever werd betaald.
- 5 Nadat de werkzaamheden waren beëindigd bracht de Sloveense dienstverrichter het resterende bedrag van 5 000 EUR in rekening. Daar geen betaling volgde door de Oostenrijkse opdrachtgever, heeft de Sloveense dienstverrichter betaling van het bedrag van 5 000 EUR voor de rechter gevorderd. Het uitstaande bedrag aan arbeidsloon was opeisbaar, vanaf het moment dat de Sloveense dienstverrichter de werkzaamheden zonder mankementen had uitgevoerd en afgerond.
- 6 De Oostenrijkse opdrachtgever heeft in de procedure voor de rechter betoogd dat hij het uitstaande arbeidsloon van 5 000 EUR heeft betaald, doordat hij op grond van het besluit van het districtsbestuur Völkermarkt [OMISSIS] een waarborgsom van 5 200 EUR aan dat districtsbestuur heeft betaald. Door de betaling van de waarborgsom aan het districtsbestuur wordt hij vrijgesteld van betaling aan de

dienstverrichter. Dit is uitdrukkelijk bepaald in artikel 7m, lid 5, van de Zakon o prilagoditvi prava delovnih pogodb (wet op de aanpassing van het arbeidsovereenkomstenrecht; [Arbeits- und Vertragsrechtsanpassungsgesetz] (hierna: „AVRAG”).

- 7 De Oostenrijkse opdrachtgever heeft geen bezwaar gemaakt tegen het besluit van het districtsbestuur Völkermarkt [OMISSIS] waarbij de waarborgsom werd vastgesteld. Een bezwaar heeft overigens ook geen opschortende werking.
- 8 De waarborgsom werd door het districtsbestuur Völkermarkt aan de Oostenrijkse opdrachtgever opgelegd en wel als waarborg voor een mogelijke geldboete. Deze zou kunnen worden opgelegd in een nog te voeren administratieve procedure tegen de Sloveense opdrachtgever wegens een – op het tijdstip van de oplegging van het verbod op de uitvoering van de betaling en de waarborgsom – nog te onderzoeken schending van het AVRAG.
- 9 De autoriteiten voeren als motivering voor de oplegging van de waarborgsom uitsluitend aan dat „op grond van de vestiging van de firma Čepelnik d.o.o., de dienstverrichter, welke in Slovenië is, [OMISSIS] mag worden aangenomen dat de strafvervolgning en de uitvoering van een straf wezenlijk moeilijker of zelfs helemaal onmogelijk worden”. De economische draagkracht van de buitenlandse dienstverrichter werd niet onderzocht. **[Or. 3]**
- 10 Op 16 maart 2016 heeft de fiscale politie een controle op de bouwplaats van de Oostenrijkse opdrachtgever in St. Michael/Šmihel [OMISSIS] uitgevoerd en de in Slovenië gevestigde dienstverrichter de volgende administratieve overtredingen verweten: in twee gevallen [OMISSIS] heeft hij een A1 formulier en een ZKO-3 melding overgelegd, die weliswaar geldig waren doch geen betrekking hadden op de werkzaamheden in St. Michael/Šmihel [OMISSIS]. Daarmee heeft de Sloveense dienstverrichter zich schuldig gemaakt aan overtreding van artikel 7b, lid 8, eerste volzin, eerste geval, juncto artikel 7b, lid 3, AVRAG (niet aanmelden van het begin van de werkzaamheden).
- 11 Bovendien werd de Sloveense dienstverrichter verweten dat hij in het kader van diezelfde controle in vier gevallen, dat wil zeggen voor vier ter beschikking gestelde werknemers, geen salarisdocumenten beschikbaar had. Daardoor heeft hij zich schuldig gemaakt aan overtreding van artikel 7i, lid 4, punt 1, juncto artikel 7d, lid 1, eerste en tweede alinea, AVRAG.
- 12 Gelet op de verweten administratieve overtredingen is een administratieve strafprocedure tegen de Sloveense dienstverrichter ingeleid [OMISSIS]. Er zijn nog geen rechtsgeldige beslissingen.
- 13 De financiële politie legde de Oostenrijkse opdrachtgever in het kader van de controle op 16 maart 2016 een verbod op de uitvoering van de betaling op en vroeg de bevoegde autoriteiten (het districtsbestuur Völkermarkt) om de betaling

van een waarborgsom op te leggen ter hoogte van het waarschijnlijk nog uitstaande arbeidsloon, zijnde 5 200 EUR. Deze werd opgelegd bij besluit van het districtsbestuur Völkermarkt van 17 maart 2016. [OMISSIS]. Het als waarborgsom opgelegde bedrag komt overeen met het op het tijdstip van de controle waarschijnlijk nog uitstaande arbeidsloon.

- 14 Als reden voor de hoogte van de waarborgsom voerde de financiële politie aan dat voor de verweten administratieve overtredingen een minimumstraf van 18 000 EUR en een maximumstraf van 90 000 EUR is voorzien. Aangezien de waarborgsom volgens artikel 7m, lid 4, AVRAG echter beperkt is tot het uitstaande loon, heeft het districtsbestuur Völkermarkt bij besluit [OMISSIS] de hoogte van de waarborgsom vastgesteld op 5 200 EUR, omdat de dienstverrichter in Slovenië is gevestigd en derhalve mag worden aangenomen dat de strafvervolging en de uitvoering van de straf aanzienlijk moeilijker of zelfs onmogelijk worden [OMISSIS].
- 15 Bij beschikking van 11 oktober 2016 [OMISSIS] werd de Sloveense dienstverrichter een geldboete van in totaal 1 000 EUR opgelegd wegens overtreding van artikel 7b, lid 8 Z 1, AVRAG, daar hij twee werknemers **[Or. 4]** [OMISSIS] vóór het begin van hun werkzaamheden op de bouwplaats in Michael/Šmihel [OMISSIS] niet had aangemeld bij de bevoegde autoriteiten in Oostenrijk. Bij beschikking van 12 oktober 2016 werd hem voorts een geldboete van 8 000 EUR, inclusief kosten, opgelegd, aangezien hij zich schuldig zou hebben gemaakt aan overtreding van artikel 7i, lid 4 Z 1, AVRAG, daar hij op de werkplaats in St. Michael/Šmihel [OMISSIS] voor vier werknemers niet de vereiste salarisdocumenten in de Duitse taal beschikbaar had.

De Sloveense dienstverrichter heeft op 2 november 2016 daartegen bezwaar gemaakt. Over dit bezwaar is nog geen uitspraak gedaan.
- 16 De Oostenrijkse opdrachtgever heeft als persoon die niet betrokken was bij de aan de Sloveense dienstverrichter verweten administratieve overtredingen op 20 april 2016 de opgelegde waarborgsom van 5 200 EUR aan het districtsbestuur Völkermarkt betaald.
- 17 De betaling van de waarborgsom heeft volgens artikel 7m, lid 5, AVRAG tot gevolg dat hij bevrijd is van zijn schuld aan de buitenlandse dienstverrichter.
- 18 Een eventueel bezwaar van de Oostenrijkse opdrachtgever tegen het besluit van de administratie heeft volgens artikel 7m, lid 7, AVRAG geen opschortende werking, zodat dit onmiddellijk uitvoerbaar is.
- 19 De buitenlandse dienstverrichter is geen partij in de procedure inzake het verbod op de uitvoering van de betaling en de oplegging van een waarborgsom. Hij heeft niet de mogelijkheid om in die procedure een standpunt in te nemen over de hem verweten administratieve overtredingen, die de grondslag voor dat verbod van

betaling en de oplegging van de waarborgsom vormen. Hij wordt in een latere administratieve strafprocedure pas voor het eerst daarover gehoord.

- 20 Het verbod op de uitvoering van de betaling en de betaling van de waarborgsom worden aan de Oostenrijkse opdrachtgever opgelegd als derde die niet betrokken is bij de verweten overtredingen, terwijl de administratieve strafprocedure betreffende die administratieve overtredingen tegen de Sloveense dienstverrichter wordt gevoerd.
- 21 De buitenlandse dienstverrichter wordt niet op de hoogte gesteld van de betaling van de waarborgsom door de Oostenrijkse opdrachtgever. In de later door de administratie gegeven beschikkingen, die gericht zijn tegen de buitenlandse dienstverrichter, wordt niet ingegaan op de door de Oostenrijkse opdrachtgever betaalde voorlopige waarborg.
- 22 Het verbod op de uitvoering van de betaling en de voorlopige waarborg werden regelmatig opgelegd in het kader van de controle van het administratieve orgaan. De hoogte van de voorlopige waarborgsom is in praktijk in overeenstemming met de hoogte van het uitstaande arbeidsloon, ongeacht de vraag of het arbeidsloon verschuldigd is, het werk is afgrond, werd overeengekomen om een deel van het bedrag in te houden bij eventuele niet goed uitgevoerde werkzaamheden, de kosten van het verhelpen daarvan en het recht van retentie van de Oostenrijkse opdrachtgever.
- 23 De bepalingen van de artikelen 7b, leden 3 en 8, 7i, lid 4, en 7m AVRAG voldoen aan de tot en met 31 december 2016 geldende situatie rechtens. Zij werden met ingang van 1 januari 2017 vervangen door de inhoudelijk gelijke bepalingen van de artikelen 19, 26, 27, 28 en 34 van de Zakon o plačilnem in socialnem dampingu (wet ter bestrijding van loon- en sociale dumping; [Lohn- und Sozialdumpingsbekämpfungsgesetz] hierna: „LSD-BG) [OMISSIS] [Or. 5]

[OMISSIS]

Over de prejudiciële vragen

- 24 De verwijzende rechter is van mening dat artikel 56 VWEU en met name hoofdstuk VI van richtlijn 2014/67/EU zich verzetten tegen de bepalingen van de artikelen 7m, 7b, lid 8, en 7i, lid 4, AVRAG (vanaf 1 januari 2017 artikelen 34, 26, lid 1, en 28 LSD-BG) alsmede tegen de beschreven Oostenrijkse administratieve praktijk, aangezien zij discriminerend zijn en in de eerste plaats gericht tegen een dienstverrichter die in een andere lidstaat van de EU is gevestigd. Zij worden niet gerechtvaardigd en zijn onevenredig.
- 25 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie verlangt artikel 56 VWEU niet alleen de afschaffing van elke discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter, maar tevens de opheffing van elke beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse

- dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt (arrest van het Hof van 19 december 2012, Commissie/België, C-577/10 [OMISSIS] 23 november 1999, Arblade e.a., C-369/96 en C-376/96, [OMISSIS] punt 33, en 21 juli 2011, Commissie/Portugal, C-518/09 [OMISSIS]).
- 26 Verboden zijn beperkingen die de verrichting van diensten binnen een lidstaat rechtstreeks of indirect, openlijk of verkappt benadelen. Ook verboden zijn beperkingen die, zelfs al gelden zij zonder onderscheid voor binnenlandse en buitenlandse dienstverrichters, geschikt zijn om de werkzaamheid van een dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, verbiedt of belemmert. Zoals reeds uiteengezet, is het voor een schending van artikel 56 VWEU voldoende dat de maatregelen van een lidstaat de werkzaamheid van de dienstverrichter, dat wil zeggen verzoeker, minder aantrekkelijk maakt [OMISSIS].
- 27 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie vormen ook administratiefrechtelijke handelingen, waaronder individuele administratieve beschikkingen, beperkingen van de lidstaat van het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 56 VWEU (arrest van het Hof van 29 april 1999, Ciola, C-224/97 [OMISSIS]).
- 28 De betrokken maatregelen zijn in de eerste plaats gericht tegen buitenlandse dienstverrichters in Oostenrijk.
- 29 De bepalingen van hoofdstuk VI van richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt (hierna: „handhavingsverordening”), waarin de voorwaarden zijn opgenomen voor de grensoverschrijdende uitvoering van financiële administratieve boetes en/of geldboetes, worden door de Oostenrijkse autoriteiten niet geëerbiedigd. De Oostenrijkse autoriteiten gaan niet over tot inning van de boete in Slovenië, maar leggen de Oostenrijkse opdrachtgever – zonder dat er sprake is van een definitief besluit [**Or. 6**], waarbij de administratieve overtreding van de Sloveense dienstverrichter is vastgesteld – een verbod van betaling en de betaling van een waarborgsom op. De inning van de geldboete in Slovenië op het tijdstip van het verbod van uitvoering van de betaling en de oplegging van de waarborgsom is niet mogelijk, aangezien hiervoor een rechtsgeldig besluit in Oostenrijk nodig is, dat op dat moment echter niet bestond.
- 30 De omstandigheid dat de salarisdocumenten binnen een gepaste termijn, namelijk 5 dagen na de controle, aan het controlerende orgaan moeten worden overgelegd, is in overeenstemming met artikel 9, lid 1, onder c, [van de

handhavingsverordening]. Volgens deze bepaling voorzien de lidstaten met name in bijzondere maatregelen om de overlegging van loondocumenten overeenkomstig artikel 9, lid [1 sub] b van de handhavingsverordening „binnen een redelijke termijn” te verstrekken.

- 31 Afgezien daarvan is de Oostenrijkse maatregel in strijd met artikel 10, lid 2, van de handhavingsverordening welke bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de onderzoeken en controles niet discriminerend en/of onevenredig zijn.
- 32 Het opleggen van een waarborgsom is volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie alleen dan toegestaan, wanneer moet worden gevreesd dat de schuldenaar insolvent wordt [OMISSIS]. Dit hebben de Oostenrijkse autoriteiten niet onderzocht.
- 33 Het districtsbestuur Völkermarkt heeft in het onderhavige geval niet onderzocht of er sprake was van een gegronde verdenking van een administratieve overtreding noch of de strafvervolging en –uitvoering onmogelijk of wezenlijk moeilijker werden om redenen die verband houden met de persoon van de opdrachtnemer. Het heeft uitsluitend op grond van de omstandigheid dat de verzoekende partij in Slovenië is gevestigd aangenomen dat de strafvervolging en –uitvoering wezenlijk moeilijker of zelfs onmogelijk werden en daarom de waarborgsom van 5 200 EUR opgelegd. Het heeft op geen enkele wijze onderzocht of de strafvervolging en –uitvoering om met de persoon van de opdrachtnemer, dat wil zeggen de Sloveense firma Čepelnik d.o.o. [OMISSIS], verband houdende redenen, onmogelijk of wezenlijk moeilijker werden. Bij een jaaromzet van 323 304 EUR en een winst van 79 194 EUR in 2015 lijkt de betaling van een geldboete van 5 200 EUR respectievelijk 9 000 EUR geen probleem op te leveren.
- 34 En dit alles alleen omdat de verzoekende partij is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, namelijk Slovenië, is discriminerend en kan noch worden gerechtvaardigd op grond van redenen van algemeen belang noch evenredig zijn [OMISSIS].
- 35 Het verzoek tot betaling van een waarborgsom is een grote inbreuk op de autonomie van de contractpartijen en op hun recht om contracten overeenkomstig hun voorstellingen autonoom vorm te geven. De waarborg (ter hoogte van het nog uitstaande loon) moet onmiddellijk worden betaald, ongeacht het feit dat het arbeidsloon [Or. 7] nog niet verschuldigd is. Het arbeidsloon wordt volgens artikel 1170 Občega državljanskega zakonika (Oostenrijks burgerlijk wetboek, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB) in beginsel pas na de afronding van het werk opeisbaar. Dit betekent dat de opdrachtgever in het onderhavige geval reeds moet betalen voor iets dat pas na de afronding van de werkzaamheden moet worden betaald, mogelijk pas over een paar maanden of ook nog later. De opdrachtgever zal in veel gevallen dit arbeidsloon door de bank moeten laten financieren en zal deze financiering wellicht nog niet geregeld hebben, maar desondanks moet hij de borgsom betalen. Juist bij bouwprojecten komt het

veelvuldig voor dat werkzaamheden niet goed worden uitgevoerd. De opdrachtgever heeft volgens § 471 ABGB een wettelijk recht om het arbeidsloon pas te betalen wanneer de mankementen in het werk zijn opgelost. Door de onmiddellijke betaling van de borgsom wordt hem deze mogelijkheid alsmede de mogelijkheid van een klacht ontnomen. Voorts heeft de opdrachtgever juist bij bouwprojecten mogelijke aanspraken op schadevergoeding, bijvoorbeeld omdat de opdrachtnemer het werk te laat voltooit. Door de onmiddellijke betaling van de borgsom wordt hem ook de mogelijkheid ontnomen van verrekening van die aanspraken. Het komt bij bouwprojecten ook regelmatig voor dat de opdrachtnemer schade aan het bouwproject veroorzaakt en de opdrachtgever een vordering tot schadevergoeding heeft. Dit recht op schadevergoeding zou hij geldend kunnen maken tegenover de opdrachtnemer, doch hij verliest dit recht door de onmiddellijke betaling van de borgsom

- 36 Deze omvangrijke inbreuk op de rechten van de opdrachtgever houdt natuurlijk het grote gevaar in dat Oostenrijkse opdrachtgevers geen diensten meer willen betrekken van ondernemingen uit andere lidstaten van de Europese Unie, omdat de aansprakelijkheidsrisico's te groot zijn. Daarom zullen zij voor dienstverrichtingen kiezen voor Oostenrijkse ondernemingen. Dit gevolg is, gelet op artikel 56 VWEU, uiterst zorgwekkend. Oostenrijkse opdrachtgevers zullen met het oog op deze juridische situatie geen overeenkomsten inzake dienstverrichtingen meer sluiten met ondernemingen uit andere lidstaten van de Europese Unie. De beschreven maatregelen hebben tot gevolg dat het vrij verrichten van diensten volledig wordt uitgehouden. Wanneer voor Oostenrijkse opdrachtgevers het risico bestaat dat zij onmiddellijk een voorlopige waarborgsom moeten betalen ter hoogte van het (nog uitstaande) arbeidsloon, zullen zij in de toekomst geen opdrachten meer verlenen aan ondernemingen uit andere lidstaten van de Europese Unie.
- 37 De hier aan de orde zijnde waarborgsom is te vergelijken met een zekerheid die voor de proceskosten wordt gesteld, aangezien het in beide gevallen gaat om een voorschot van een bepaald bedrag.
- 38 Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat het stellen van een zekerheid voor de proceskosten in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, doordat dit een verschil in behandeling op grond van de nationaliteit van de eiser inhoudt (arrest van 20 maart 1997, C-323/95, ██████ [OMISSIS]).
- 39 Het stellen van een zekerheid voor de proceskosten omdat de dienstverrichter niet in het binnenland is gevestigd is in strijd met het Unierecht, aangezien een dienstverlener uit een andere lidstaat moeilijker toegang tot een andere lidstaat heeft dan de aldaar gevestigde ondernemingen [arresten van het Hof van 13 juli 1993, C-20/92, en 20 maart 1997, C-323/95 (OMISSIS)].
- 40 De betrokken maatregel heeft tot gevolg dat dienstverleners uit andere lidstaten van de Europese Unie moeilijker toegang krijgen tot de markt van een andere

lidstaat dan aldaar gevestigde ondernemingen. Aangezien **[Or. 8]** het Unierecht deze marktdeelnemers het vrij verrichten van diensten in de gemeenschappelijke markt garandeert, moeten zij toegang tot die markt hebben [arrest van het Hof van 20 maart 1997, C-323/95 (OMISSIS)].

- 41 De betrokken maatregel heeft tot gevolg dat een Oostenrijkse opdrachtgever geen opdracht zal verlenen aan een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde dienstverrichter. Dit is ook in strijd met artikel 56 VWEU.
- 42 De Oostenrijkse opdrachtgever is met de betaling van de waarborgsom aansprakelijk voor een gedraging van een derde op wie hij geen invloed heeft. De aanmelding van ter beschikking gestelde werknemers en het gereedhouden van salarisstukken zijn verplichtingen die op de buitenlandse dienstverrichter rusten. De waarborgsom wordt verlangd van een derde die als opdrachtgever buiten die verplichtingen staat. Het gaat weliswaar niet om de oplegging van een geldboete, aangezien de betaling van het bedrag slechts als zekerheid voor de administratieve strafprocedure geldt, doch uiteindelijk gaat het om een aansprakelijkheid voor schulden van een ander, zodat de opdrachtgever voor handelen van een derde wordt bestraft. Er wordt dus een sanctie opgelegd aan de opdrachtgever, die geen strafbare handeling heeft verricht, doch voor handelen van een derde wordt bestraft. Dit vormt echter een schending van het beginsel dat een straf alleen kan worden opgelegd indien er sprake is van schuld (artikel 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie respectievelijk artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden).
- 43 Bovendien zou de Oostenrijkse opdrachtgever nog een nadeel kunnen ondervinden, namelijk dat de Sloveense dienstverrichter weigert om het werk af te ronden, omdat de Oostenrijkse opdrachtgever niet betaalt, aangezien hij op grond van het besluit tot betaling van de waarborgsom reeds aan het Oostenrijkse districtsbestuur heeft betaald en daardoor van zijn schuld bevrijd is. De Oostenrijkse opdrachtgever kan echter geen recht van retentie uitoefenen in de zin van artikel 471 ABGB teneinde de dienstverrichter te dwingen het werk op de juiste wijze af te ronden en hij kan evenmin geld inhouden voor de reparatie van eventuele gebreken etc.

Rechtvaardiging:

- 44 Een eventuele rechtvaardiging op grond van de sociale bescherming van de werknemer en het voorkomen van loon- en sociale dumping, een erkende rechtvaardiginggrond [arrest van het Hof van 19 december 2012, Commissie/België, C-577/10, (OMISSIS)], mag niet worden aangenomen. Het verbod van uitvoering van de betaling en de opgelegde waarborgsom dienen uitsluitend tot zekerheid van een geldboete die eventueel kan worden opgelegd in een administratieve strafprocedure wegens overtreding van het AVRAG respectievelijk het LSD-BG door de buitenlandse onderneming, doch dienen in

geen geval als fonds voor een eventuele nabetaling van onderbetaalde, ter beschikking gestelde werknemers.

- 45 Voor de beslissing van de Oostenrijkse rechter is de uitlegging van het genoemde Unierecht doorslaggevend. Om die reden wordt het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing **[Or. 9]**

[OMISSIS]