

Kendelse af 5. februar 2019

i

faglig voldgift FV 2018.0075

CO-industri

(advokat Lotte Dickow Schmidth)

mod

DI Overenskomst I

for

Mostostal Zabrze Realizacje Przemyslowe S.A.

(Advokat Morten Lind Eisensee)

1. Tvisten

Tvisten i sagen angår, om en udstationerende virksomhed hjemmehørende i Polen, som er omfattet af Industriens Overenskomst, er berettiget til i pensionsbidrag, som virksomheden skal betale i henhold til Industriens Overenskomst, at modregne de pensionsbidrag, som virksomheden i Polen er forpligtet til at indbetale til ZUS (Zaklad Ubezpieczen Spolecznych).

2. Påstande

Klager har nedlagt påstand om, at indklagede, Mostostal Zabrze Realizacje Przemyslowe S.A., skal anerkende, at en udstationerende virksomhed hjemmehørende i Polen ikke kan modregne bidrag betalt til ZUS (Zaklad Ubezpieczen Spolecznych) i pensionsbidrag, som virksomheden skal betale i henhold til Industriens Overenskomst.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 28. januar 2019 hos DI, H.C. Andersens Boulevard 18, 1787 København V, for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: organisationssekretær Henrik Jensen og faglig sekretær Dennis Jensen.

Udpeget af indklagede: vicedirektør Anders Søndergaard Larsen og underdirektør Christoffer Thomas Skov.

Som opmænd deltog højesteretsdommerne Lene Pagter Kristensen (formand), Marianne Højgaard Pedersen og Hanne Schmidt.

Sagen blev fra klagers side procederet af advokat Lotte Dickow Schmidth og fra indklagedes side af advokat Morten Lind Eisensee.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten. Afgørelsen skal derfor træffes af opmændene.

4. Tvistens opståen og karakteren af pensionsordningen i Polen.

Den indklagede virksomhed er hjemmehørende i Polen og har haft polske medarbejdere udstationeret i Danmark til udførelse af en entreprise i forbindelse med opførelsen af Amager Ressource Center i København. Virksomheden var i denne periode indmeldt i DI, og de udstationerede medarbejdere var derfor under deres arbejde i Danmark omfattet af Industriens Overenskomst.

Der verserer p.t. en sag i Arbejdsretten (AR2017.0016) vedrørende virksomhedens overholdelse af overenskomsten, hvorunder parterne bl.a. er uenige om, hvorvidt virksomhedens bidragsomkostninger i Polen til ZUS (Zakład Ubezpieczeń Społecznych) er omkostninger til en arbejdsmarkedspension i hjemlandet, som ifølge Industriens Overenskomst kan modregnes i det pensionsbidrag, som skal betales i henhold til overenskomsten. Dette fortolkningsspørgsmål er herefter udskilt til afgørelse under denne faglige voldgift.

ZUS er en social forsikringsinstitution, der er nedsat ved polsk lov (Social Insurance System Act of October 13th 1998). Loven indeholder en regulering af en række sociale ydelser, hvoraf størstedelen ikke har noget med alderspension at gøre.

Det fremgår af artikel 4, pkt. 2, at "contribution payer" bl.a. kan være "the employer as defined by the Labour Code", og i artikel 4, pkt. 9, defineres, hvad der skal forstås ved "income".

Af artikel 6 fremgår bl.a. følgende:

"In recognition of ... mandatory pension and disability pension insurance shall apply to individuals in the territory of Poland who are:

1. employees, with the exception of prosecutors"

Af artikel 18, pkt. 1, fremgår bl.a., at bidraget fradrages den sikredes indkomst:

”The basis of the pension and disability pension insurance contribution rates for the insured specified in Article 6, clause 1, item 1-3 and 8, and item 13-18, shall be deemed to be income as described by Article 4, item 9 and 10, in recognition of clause 2, clause 4 item 5, and clause 13.”

Bidragssatserne og fordelingen på de enkelte ydelser angives i lovens artikel 22:

”Article 22.

1. The rates for social insurance contributions shall amount to:
 - 1) 19,52 % of the basis of the contribution rate - for pension insurance in recognition of clauses 3 and 4,
 - 2) 13,00 % of the basis of contribution rate - for disability pension insurance,
 - 3) 2,45 % of the basis of contribution rate - for sick leave insurance,
 - 4) from 0,40 % to 8,12 % of the basis of contribution rate - for workman´s compensation insurance.
2. ...
3. A portion of the pension insurance rate which originated from the insured individual´s contributions, in the amount of 7,3 % of the basis of calculation of the contribution rate, shall be transferred by the Institute to an open pension fund selected by the insured, in recognition of Article 111.”

Af artikel 33 fremgår bl.a.:

1. The institute shall be responsible for maintaining the following records:
 - 1) accounts of the insured, each of which shall be marked with an identification number assigned to the insured by the Government Information Centre of the General Electronic Population Evidencing system ...”

Europakommissionen har i 2012 udgivet en vejledning om social sikring i Polen (”Dine rettigheder til social sikring i Polen”), hvor finansieringen af ZUS er beskrevet således:

”Centralinstituttet for socialforsikringer (ZUS) er hovedansvarlig for opkrævningen af bidrag til de sociale forsikringer (alderspensionsforsikring, invalidepension, sygeforsikring, arbejdsulykkesforsikring og sundhedsforsikring) for personer, der arbejder uden for landbrugssektoren, samt for udbetalingen af ydelserne.

Bidragene udgør den væsentligste kilde til finansieringen af ydelserne. Satsen er ens for alle forsikrede og fastsættes således:

- 19,52 % af beregningsgrundlaget for alderspension
- 8,00 % af beregningsgrundlaget for invalidepension
- 2,45 % af beregningsgrundlaget for sygeforsikring
- 0,67-3,33 % af beregningsgrundlaget for ulykkesforsikring

- 9,00 % for sundhedsforsikring
- 2,45 % for arbejdsfonden.

Bidrag til alderspension betales ligeligt af den forsikrede og arbejdsgiveren, dvs. at hver af de to grupper indbetaler 9,76 % af beregningsgrundlaget, som udgør 19,52 % i alt. Bidrag til invalidepension betales af den forsikrede (1,5 % af beregningsgrundlaget) og af arbejdsgiveren (6,5 % af beregningsgrundlaget). Bidrag til hhv. sygeforsikring og sundhedsforsikring betales alene af den forsikrede. Bidrag til ulykkesforsikring og arbejdsfonden betales alene af arbejdsgiveren.

Indkomsten som defineret i bestemmelserne for indkomstskat danner beregningsgrundlag for arbejdstagernes bidrag.

Det er også muligt at tilslutte sig åbne pensionskasser i private finansieringsinstitutter inden for rammerne af arbejdstagernes generelle og obligatoriske alderspensionsordning. ZUS er ansvarlig for overførslen af en del af bidragene til aldersforsikringen til den åbne pensionskasse, som den forsikrede har valgt. Det drejer sig om 1/3 af bidragene eller 2,3 % i 2012 øgende til 2,8 % i 2013, 3,1 % i 2014, 3,3 % i 2015 og 3,8 % i 2017. For de forsikrede, der ikke bidrager til en åben pensionskasse, bliver det samlede bidrag overført til ZUS, som finansierer alders- og invalideforsikringen samt sygdoms- og ulykkesydelse.

Polen har i en erklæring af 31. december 2016 afgivet i henhold til artikel 9 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger meddelt, at udbetalinger fra ZUS, herunder "old-age benefits", i Polen er klassificeret som en social sikringsordning, der er omfattet af forordning nr. 883/2004. Udgangspunktet er herefter, at ordningen ikke omfattes af Rådets direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet, jf. direktivets artikel 1, hvorefter direktivet vedrører pensionsrettigheder i henhold til såvel frivillige som obligatoriske supplerende pensionsordninger, bortset fra ordninger, der er omfattet af forordning (EØF) nr. 1408/71, i dag forordning nr. 883/2004.

Indklagede har i sit supplerende processkrift af 16. januar 2019 præciserende anført, at der efter DI's opfattelse skal ske nedslag i pligten til at indbetale pension i henhold til Industriens Overenskomst med bidrag omfattet af artikel 22, pkt. 1, litra 1, i Social Insurance System Act af 13. oktober 1998.

5. Retsgrundlag

Udstationeringslovens § 6 a, som blev indsat i loven efter EU-Domstolens dom af 18. december 2007 i sag C-341/05 (Laval), er sålydende:

”§ 6 a. Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, kan der på samme måde som over for danske arbejdsgivere anvendes kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere til støtte for et krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Det er en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt som nævnt i stk. 1, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales.”

I pkt. 4.3 i de generelle bemærkninger og i de specielle bemærkninger til bestemmelsen er bl.a. anført følgende, jf. lovforslag nr. 36 i folketingsåret 2008-2009:

”4.3. Anvendelsen af lovforslaget i praksis

Adgangen til at kræve indgåelse af en kollektiv overenskomst om lønvilkår over for udenlandske tjenesteydere indgår som et led i bekæmpelsen af social dumping. Dette indebærer, at eventuelle forpligtelser, som danske arbejdsgivere har i henhold til landsdækkende kollektive overenskomster, og som rækker ud over minimumslovgivningen på områder som f.eks. ferie og barsel, vil kunne indregnes i de overenskomstmæssige lønvilkår, som der henvises til i forbindelse med iværksættelsen af kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere. I modsat fald ville det ikke kunne sikres, at udenlandske udstationerede lønmodtageres aflønning svarer til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtede til at betale i henhold til de kollektive overenskomster. ...

Princippet om ligebehandling betyder på den anden side, at den udenlandske tjenesteyder ikke må pålægges ekstra udgifter set i forhold til, hvad en dansk arbejdsgiver efter den landsdækkende kollektive overenskomst på et tilsvarende område er forpligtet til at betale, hvilket indebærer, at udgifter - f.eks. til ferie eller pension - som den udenlandske tjenesteyder er forpligtet til at betale i henhold til f.eks. en overenskomst i hjemlandet, skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af de lønvilkår, der henvises til forud for iværksættelsen af kollektive kampskridt; en udenlandsk tjenesteyder kan ikke mødes med krav om dobbelt betaling. Finder der således en konvertering af andre elementer til lønvilkår sted, skal der tages hensyn til, at den udenlandske tjenesteyder allerede kan have forpligtelser, som nødvendigvis må tages i betragtning, så forskelsbehandling undgås.

...

Indledningsvis i stk. 1 i den foreslåede § 6 a er formålet med bestemmelsen angivet, idet hensynet til at forhindre social dumping tilgodeses gennem adgangen til at sikre udstationerede lønmodtagere en løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde. Modsætningsvist fremgår, at der ikke kan anvendes kollektive kampskridt med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere en løn, der går ud over, hvad danske arbejdsgivere efter en landsdækkende kollektiv overenskomst er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, og det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet skal derfor ligeledes ansues som en grundlæggende forudsætning.

Når målestokken for, hvilken løn udstationerede lønmodtagere kan sikres og hvad den udenlandske tjenesteyder kan afkræves, angives at være, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, skal det forstås således, at det er de samlede udgifter, der påhviler den danske arbejdsgiver til arbejdskraft i henhold til en kollektiv overenskomst, der kan lægges til grund for de lønkrav, der understøttes med kollektive kampskridt over for en udenlandsk tjenesteyder. Det er således ikke blot den løn, en dansk arbejdsgiver betaler, men tillige andre elementer i overenskomsterne, der kan tages i betragtning ved udmålingen af de lønkrav, som den udenlandske tjenesteyder kan mødes med. F.eks. vil ferie ud over det i ferieloven fastsatte, som danske arbejdsgivere på det pågældende ansættelsesområde i medfør af kollektiv overenskomst skal give, kunne konverteres til et lønkrav, og det samme gælder f.eks. rettigheder med hensyn til barsel ud over lovgivningens minimumskrav. Almindelige pensionsbidrag, der ikke er erhvervstilknyttede tillægspensioner, vil i en del tilfælde kunne betragtes som et umiddelbart lønkrav, men hvis dette ikke er tilfældet - hvis f.eks. den pågældende pensionsindbetaling ikke direkte er relateret til lønudbetalingen - vil der også kunne ske konvertering heraf. Der vil dog ikke kunne konverteres i et omfang, som stiller den udenlandske tjenesteyder ringere end en dansk arbejdsgiver inden for samme sektor eller erhvervsgrænse efter den landsdækkende kollektive overenskomst.

I forlængelse heraf kan det anføres, at eventuelle forpligtelser, som den udenlandske tjenesteyder allerede måtte have over for de udstationerede lønmodtagere, nødvendigvis skal tages i betragtning ved en eventuel konvertering, så dobbeltbetaling undgås. Hvis den udenlandske tjenesteyder f.eks. i forvejen betaler til en pensionsordning i oprindelseslandet for de udstationerede lønmodtagere, vil pligten til at betale pension efter en dansk overenskomst ikke eller kun delvist kunne konverteres til et lønkrav, der kan understøttes med kollektive kampskridt over for den udenlandske tjenesteyder. ...”

6. Overenskomstgrundlag mv.

§ 34 i Industriens Overenskomst (2017-2020) er bl.a. sålydende:

”§ 34 Pension

Stk. 1 Omfattede medarbejdere

Der skal betales pensionsbidrag når medarbejderen er fyldt 18 år, og

a. Medarbejderen er på ansættelsestidspunktet omfattet af Industriens Pension eller en anden arbejdsmarkedspension fra en tidligere ansættelse - herunder tjenestemandspension eller tilsvarende ordning.

b. Hvis medarbejderen ikke i forvejen har en arbejdsmarkedspensionsordning, skal der betales pension, når medarbejderen har 2 måneders anciennitet i virksomheden. I de to måneders anciennitet indgår anciennitet fra tidligere ansættelser inden for de sidste to år, hvor medarbejderen har arbejdet under en overenskomst, som giver ret og pligt til medlemskab af Industriens Pension.

c. Medarbejderen dokumenterer på virksomhedens opfordring tidligere anciennitet/anden arbejdsmarkedspension ved ansættelsestidspunktet.

....

Stk. 2 Pensionssatser

Pensionsbidragene udgør mindst:

| | Arbejdsgiverbidrag | Arbejdstagerbidrag | Samlet bidrag |
|--------------|--------------------|--------------------|---------------|
| 1. juli 2009 | 8,0 pct. | 4,0 pct. | 12,0 %” |

Bilag 8 til Industriens overenskomst er bl.a. sålydende:

”Protokollat vedrørende udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsforhold ved udførelse af arbejde i Danmark

Afsnit A

Med henblik på at modvirke social dumping er der mellem overenskomstparterne indgået følgende aftale vedrørende behandling af uoverensstemmelser om udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsforhold ved udførelse af arbejde i Danmark:

1. Såvel CO-industri som CO-industris medlemsorganisationer retter derfor omgående henvendelse til Dansk Industri, såfremt man bliver bekendt med forhold, der kan forudses at medføre problemer eller uoverensstemmelser. Tilsvarende retter Dansk Industri omgående henvendelse til CO-industri.

2. Sådanne henvendelser skal resultere i et omgående møde mellem overenskomst-parterne. Repræsentanter for de involverede parter, herunder fra forbundene, kan deltage.
3. Alle relevante baggrundsoplysninger forelægges eller fremskaffes hurtigst muligt.
4. DI-medlemsvirksomheder, der beskæftiger udenlandsk arbejdskraft, skal indpasse denne i virksomhedens lønniveau, ligesom øvrige overenskomstmæssige vilkår skal overholdes.
5. Hvor en udenlandsk virksomhed er involveret i entrepris for en DI-medlemsvirksomhed, og hvor den pågældende virksomhed ikke er overenskomstdækket, tilstræber DI/CO ligeledes en forhandlingsløsning for at undgå, at kollektive kampskridt iværksættes. Parterne er enige om i sådanne situationer, at virksomheden kan optages i Dansk Industri eller i en anden under DA hørende medlemsorganisation, selv om en konflikt er bebudet eller varslet. ...
6. Såfremt den udenlandske virksomhed under forhandlingerne eller efterfølgende optages som medlem af Dansk Industri, skal lønniveauet tilpasses, eventuelt under organisationernes medvirken.”

Bilag 8 stammer oprindeligt fra et protokollat, som kom ind i overenskomsten i 1993, og som i 1998 blev udbygget med regler om udstationerede medarbejderes løn- og arbejdsvilkår som led i parternes implementering af EU's udstationeringsdirektiv. Forståelsen af bl.a. pkt. 4 og 6 i bilag 8, afsnit A, har været genstand for en faglig voldgift (FV2009.0093), som blev afgjort ved opmandskendelse af 26. februar 2010 afsagt af Børge Dahl. De klagende forbund i sagen var repræsenteret ved CO-industri, mens den indklagede virksomhed var repræsenteret ved DI, og det hedder i kendelsen bl.a.:

”Om forståelsen af punkt 4 er parterne enige om, at det lønniveau, der skal indpasses til, er det på virksomheden eksisterende lønniveau.

...

Om forståelsen af punkt 4 og 6 har indklagede nedlagt følgende selvstændige påstande:

Indklagedes selvstændige påstand 1:

Klager tilpligtes at anerkende, at tyske lovfastsatte socialomkostninger skal indgå i beregningsgrundlaget ved løntilpasning efter bilag 8 A, pkt. 4 og pkt. 6.

Over for denne påstand har klager påstået frifindelse.

Parterne er enige om, at pension ikke skal indgå i beregningsgrundlaget ved løntilpasning efter bilag 8 A, pkt. 4 og pkt. 6, såfremt de udenlandske arbejdstagere ikke opfylder betingelserne i Industriens Overenskomst § 34, stk. 2, for at være berettiget til pension.

Det hedder i denne bestemmelse bl.a.:

”Der skal betales pensionsbidrag for medarbejdere, der er fyldt 20 år og som har 9 måneders anciennitet. I de ni måneders anciennitet indgår anciennitet fra tidligere ansættelser inden for de sidste 2 år, hvor medarbejderen har arbejdet under en overenskomst, som giver ret og pligt til medlemskab af Industriens Pension.

Såfremt medarbejderen på ansættelsestidspunktet er omfattet af Industriens Pension eller en anden arbejdsmarkedspension fra en tidligere ansættelse - herunder tjenestemandspension eller tilsvarende lignende ordning - skal der betales pensionsbidrag fra ansættelsens start.”

I denne forbindelse har indklagede nedlagt følgende selvstændige påstand:

Indklagedes selvstændige påstand 2:

Klager tilpligtes at anerkende, at den tyske lovbaserede pension ikke kan sidestilles med det i § 34, stk. 2, anførte begreb ”en anden arbejdsmarkedspension”.

Over for denne påstand har klager påstået frifindelse.

....

3. Opmandens bemærkninger

...

3.1.4. Indklagedes selvstændige påstand 1

Denne påstand angår situationer, hvor de pågældende udlændinge, der midlertidigt arbejder i Danmark, er ansat hos en tysk arbejdsgiver og modtager løn fra denne, som ligeledes afholder lovpligtige sociale omkostninger i Tyskland vedrørende de pågældende medarbejdere.

Indklagede har anført, at de sociale omkostninger er en i Tyskland lovfastsat forpligtelse til for arbejdsgiveren at indbetale et beløb svarende til op mod 23 % af bruttolønnen til det offentlige henholdsvis forsikrings-selskaber. Beløbet betales direkte fra arbejdsgiveren til det offentlige/forsikrings-selskaber og omfatter bidrag til sygekasse, alderspension, arbejdsløshedsforsikring og plejeforsikring. Det er indklagedes opfattelse, at disse sociale omkostninger skal indgå med det fuldt indbetalte beløb i sammenligningen med, om der er betalt løn svarende til den danske overenskomstmæssige løn, hvilket klager da også har været enig i i andre sager, ligesom de tyske sociale omkostninger indgik i bruttolønnen i Dansk Metals overenskomstkrav af 10. december 2007 over for de indklagede virksomheder Hammersen Elementbau & Co GmbH og Interzeit GmbH.

Klager har anført, at bilag [8]A ikke indeholder nogen udtrykkelig hjemmel til at lade de sociale omkostninger indgå ved sammenligningen mellem tyske og danske lønninger.

Det må imidlertid antages, at der i de situationer, som påstanden sigter til, i overensstemmelse med formålet med Bilag 8, Afsnit A, ved løntilpasning skal sikres, at der ikke sker social dumping ved anvendelse af arbejdskraft, der er billigere end, hvad tilsvarende arbejdskraft ville koste en arbejdsgiver under Industriens Overenskomst, og at der derfor skal foretages en sammenligning af, hvad den tyske arbejdsgiver faktisk betaler, og hvad der skulle have været betalt efter Industriens Overenskomst. Der kan derfor ikke ses bort fra lovpligtige sociale omkostninger, som må anses for løndele for de pågældende medarbejdere i den foreliggende sammenhæng.

Der må herefter gives indklagede medhold i indklagedes selvstændige påstand 1.

3.1.5. Indklagedes selvstændige påstand 2

Denne påstand angår situationer, hvor de pågældende udlændinge, der midlertidigt arbejder i Danmark, er ansat hos en tysk arbejdsgiver og modtager løn fra denne, som ligeledes indbetaler pensionsbidrag for medarbejderen til en tysk lovbaseret arbejdsmarkedspensionsordning. Der er således tale om en udgift, der efter det foran under 3.1.4. om indklagedes selvstændige påstand 1 anførte må anses for en løndel for den pågældende ved opgørelsen af, hvilken løn vedkommende får, sammenholdt med, hvad han ville have krav på efter Industriens Overenskomst.

Parterne er enige om, at pension efter Industriens Overenskomst ikke skal indgå i beregningsgrundlaget ved løntilpasning efter bilag 8 A, pkt. 4 og pkt. 6, såfremt de udenlandske arbejdstagere ikke opfylder betingelserne i Industriens Overenskomst § 34, stk. 2, for at være berettiget til pension.

Spørgsmålet er på den baggrund, om den tyske lovbaserede arbejdsmarkedspensionsordning kan anses for "en anden arbejdsmarkedspensionsordning" således som dette udtryk er anvendt i Industriens Overenskomst § 34, stk. 2.

Indklagede har anført, at der skal være tale om en dansk arbejdsmarkedspensionsordning. En sådan nationalitetsbegrænsning fremgår ikke af ordlyden, og der er ikke under sagen fremkommet andet til belysning af meningen med bestemmelsen. Det skal i øvrigt bemærkes, at en forståelse i overensstemmelse med ordlyden, således at der ikke gøres forskel efter en arbejdsmarkedspensionsordnings nationale tilhørsforhold, stemmer bedst overens med det EU-retlige princip om arbejdskraftens frie bevægelighed.

På denne baggrund kan indklagede ikke få medhold i sin selvstændige påstand 2, som klager derfor frifindes for."

Ved overenskomstforhandlingerne i 2014 indgik overenskomstparterne en organisationsaftale til supplerende af bl.a. bilag 8 i Industriens Overenskomst i form af et protokollat om lønforhold for udstationerede medarbejdere omfattet af bl.a. Industriens Overenskomst. Protokollatet er bl.a. sålydende:

”Protokollat - Lønforhold for udstationerede medarbejdere omfattet af Industriens Overenskomst eller Industriens Funktionæroverenskomst

Organisationsaftalen supplerer bilag 8 i Industriens Overenskomst og bilag 18 i Industriens Funktionæroverenskomst.

En tilpasning af lønniveauet for udstationerede medarbejdere skal ske efter følgende grundlæggende principper:

- Opgørelse og sammenligning af lønniveauet skal baseres på den udstationerende virksomheds samlede relevante medarbejderomkostninger, dvs. lovgivningsmæssige sociale forpligtelser og overenskomstmæssige forpligtelser, uanset om de hidrører fra hjemlandet eller Danmark.
- Den udstationerende virksomhed må hverken stilles ringere eller bedre end en tilsvarende dansk virksomhed. Der sammenlignes således med de tilsvarende medarbejderomkostninger, som den danske virksomhed ville have i samme situation.

1. Særligt om pension

Virksomhedens dokumenterede bidragsomkostninger til en arbejdsmarkedspension i hjemlandet kan modregnes i bidraget, virksomheden skal betale i henhold til overenskomsten.

Anciennitetskravet for at opnå pension efter Industriens Overenskomst § 34, stk. 2 og Industriens Funktionæroverenskomst § 8, stk. 1 anses for opfyldt, såfremt den udstationerede medarbejder har været omfattet af en arbejdsmarkedspensionsordning i hjemlandet i minimum 2 måneder.

Pensionsbidraget skal beregnes af de samme løndele, som indgår i pensionsgrundlaget i henhold til overenskomsten. Dette uanset om den pågældende løndel er skattepligtig i hjemlandet.

Det kan aftales, at det overenskomstmæssige pensionsbidrag udbetales som løn eller indbetales på en arbejdsmarkedspensionsordning i hjemlandet. Eksempelvis ved kortvarige udstationeringer eller hvor differencen imellem de overenskomstmæssige bidrag og virksomhedens bidrag i hjemlandet er minimal.

[sidste afsnit er i 2017-2020 Overenskomsten - efter afgivelse af et notat fra professor dr. jr. Jens Kristiansen om protokollatets forenelighed med pensionsdirektivets art. 6, stk. 2 (dir. 98/49/EF) - erstattet af følgende to afsnit:

”Hvis der foretages indbetaling af pensionsbidrag til en arbejdsmarkedspensionsordning i hjemlandet under udstationeringen, modregnes det indbetalte i pensionsbidraget til Industriens Pension.

Et differencebeløb indbetales efter aftale mellem den udstationerende virksomhed og medarbejderen til den gældende arbejdsmarkedspensionsordning i hjemlandet, udbetales som løn eller indbetales til Industriens Pension.”]

2. *Særligt om fritvalgsbidrag og feriefridage*

...

3. *Særligt om ferie*

...

4. *Særligt om udstationeringstillæg*

...

5. *Særligt om uddannelsesfonde*

...

6. *Særligt om genebetalinger*

...

7. *Gennemskuelighed i opgørelsen af løn*

...

8. *Lokalaftaler*

...

9. *Særligt om opgørelse af de sociale bidrag efter Eurostat*

Hvis parterne er enige om dette kan opgørelsen af virksomhedens omkostninger til sociale bidrag i den konkrete sag ske på baggrund af en procentsats baseret på Eurostats oplysninger.

En gang om året fastsætter parterne på baggrund af Eurostats seneste opgørelse:

1. Hvor stor en andel i procent de sociale bidrag udgør af de samlede lønomkostninger i hvert enkelt land.
2. Hvilke lovpligtige og overenskomstmæssige ydelser, der er indeholdt i de sociale bidrag.

Følgende ydelser i Industriens Overenskomst (IO) og Industriens Funktionæroverenskomst (IFO) indgår ved aftalens underskrift i Eurostats opgørelse af sociale bidrag:

- Arbejdsgivers Pensionsbidrag (IO § 34, IFO § 8)
- Fratrædelsesgodtgørelse (IO § 38 stk. 11)
- Løn under sygdom (IO § 29)
- Løn under barsel (IO § 35, IFO § 12 stk. 14)
- Betalinger til uddannelsesfonde og kompetenceudviklingsfonde (IO §§ 36 og 47; IFO §§ 25 og 26)

Overenskomstmæssige forpligtelser, som er indeholdt i procentsatsen for de sociale bidrag, anses for opfyldt af virksomheden, hvis parterne vælger at opgøre omkostninger til sociale bidrag efter denne model.

Disse overenskomstmæssige forpligtelser indgår derfor ikke separat i opgørelsen af medarbejderomkostninger, ligesom den udstationerende virksomhed ikke skal betale disse særskilt. Dog kan parterne vælge at udskille virksomhedens bidrag til arbejdsmarkedspension til separat udmøntning.

...

Opgørelsen af virksomhedens omkostninger til sociale bidrag efter denne model kan kun ske, hvis virksomheden dokumenterer, at den betaler de obligatoriske sociale bidrag i hjemlandet under udstationeringen til Danmark, herunder hvilke dele af lønnen som de sociale bidrag beregnes ud fra.

Parterne er enige om, at det som udgangspunkt er tilstrækkelig dokumentation, hvis virksomheden fremlægger en erklæring fra en autoriseret revisor eller tilsvarende, hvoraf det fremgår, hvilke sociale bidrag virksomheden betaler i hjemlandet.

En opgørelse efter denne model afskærer ikke CO-industri fra at rejse sager om misforhold, jf. Industriens Overenskomst § 22, stk. 3 og stk. 4 eller Industriens Funktionæroverenskomst § 3, stk. 5.

Eksemplerne på beregninger efter denne model, som har været fremlagt under parternes drøftelse, indskrives redaktionelt i overenskomsten som bilag til denne organisationsaftale.”

7. Parternes argumentation

Klager har anført navnlig, at såvel det danske som det EU-retlige pensionssystem er baseret på et søjlesystem bestående af tre søjler, hvoraf den første søjle udgøres af de offentlige pensioner, den anden søjle udgøres af arbejdsmarkedspensionerne baseret på

frivillige aftaler mellem arbejdsmarkedets parter, og den tredje søjle udgøres af den private opsparring, der er individuel og dermed frivillig for den enkelte.

De danske arbejdsmarkedspensioner tilhører den anden søjle, der er baseret på frivillige aftaler mellem arbejdsmarkedets parter, og de er karakteriseret ved at udgøre et supplement til de offentlige lovbestemte pensionsordninger, der udgør den første søjle, og som i det danske pensionssystem består af folkepension, Arbejdsmarkedets Tillægspension og tjenestemandspension.

I Danmark er arbejdsgiverens pensionsbidrag i henhold til en overenskomst eller individuel ansættelsesaftale en del af det samlede arbejdsvederlag og dermed en almindelig løndel, jf. U1994.907H. Formålet med pensionsbestemmelsen i Industriens Overenskomst - og med protokollatet om lønforhold for udstationerede medarbejdere - er at reservere en del af medarbejdernes løn til indbetaling til en supplerende pensionsordning, således at medarbejderne som et supplement til den offentlige pension kan få udbetalt pension fra en arbejdsmarkedspension og dermed opnå, at den samlede pension står i et rimeligt forhold til medarbejdernes indkomst som erhvervsaktiv. Modregning i pensionsbidrag, som en virksomhed skal betale i henhold til Industriens Overenskomst, forudsætter derfor, at modregningen vedrører dokumenterede bidragsomkostninger til en arbejdsmarkedspension i hjemlandet. Dette er imidlertid ikke tilfældet for bidrag betalt til ZUS, idet disse bidrag ikke er bidragsomkostninger til en arbejdsmarkedspension i Polen, men derimod bidrag til en polsk social sikringsordning, som kan ændres af den polske lovgiver. En udstationeret medarbejder får derfor ikke den løn, som medarbejderen har op-tjent og er berettiget til efter overenskomsten, hvis den udstationerende arbejdsgiver kan modregne indbetalinger til ZUS i arbejdsgiverens pensionsbidrag. En sådan modregning vil desuden medføre, at den udstationerede medarbejder alene får ret til en mindre løn efter overenskomsten end en tilsvarende dansk medarbejder, hvilket vil stride mod det EU-retlige princip om ikke-diskrimination af EU-borgere på grund af nationalitet.

Også EU-retten skelner mellem pensionsbidrag til offentlige lovbestemte pensionsordninger (sociale sikringsordninger) og pensionsbidrag til supplerende pensionsordninger. Pensionsbidrag til offentlige lovbestemte pensionsordninger er omfattet af forordning

nr. 883/2004 af 29. april 2004 om koordinering af offentlige sociale sikringsordninger, mens pensionsbidrag til supplerende pensionsordninger er omfattet af direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder. Forordningen omfatter efter artikel 3, stk. 1, litra d, bl.a. enhver lovgivning om social sikring, der vedrører ydelser ved alderdom, og dermed også ZUS, hvilket er bekræftet af den polske regering. Sådanne ordninger er samtidig undtaget fra pensionsdirektivet. Det følger derfor af EU-retten, at eventuelle restriktioner for den frie bevægelighed, der følger af en udstationerende virksomheds indbetalinger til en offentlig lovbestemt pensionsordning, skal afhjælpes på baggrund af forordning nr. 883/2004, mens restriktioner for den frie bevægelighed, der følger af en udstationerende virksomheds indbetalinger til en supplerende pensionsordning i hjemlandet, skal afhjælpes efter pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2.

Det følger af forordning nr. 883/2004, at den danske stat ikke kan kræve, at den indklagede virksomhed også skal betale sociale sikringsbidrag i Danmark, der vedrører ydelser vedrørende alderdom. Virksomheden er derfor sikret imod dobbeltbetaling heraf.

Der er efter EU-retten ikke tale om dobbeltbetaling, når en polsk udstationerende virksomhed omfattet af Industriens Overenskomst både skal betale til den sociale sikringsordning ZUS i Polen og pension i henhold til overenskomsten. Der er tale om to forskellige ordninger, som tilsvarende er omfattet af to forskellige typer EU-regulering med forskelligt udgangspunkt. Selv om formålet med både forordning 883 og direktiv 98/49 er at understøtte arbejdskraftens frie bevægelighed i EU, så er udgangspunktet i forordning 883 koordinering og dermed accept af forskellighed, mens udgangspunktet i direktiv 98/49 er harmonisering. EU-retten er således baseret på en forudsætning om, at reglerne om social sikring i de forskellige lande kan være forskellige, og at det derfor kan betyde en forskellig omkostning for virksomheden, om virksomheden efter forordningen skal betale i henhold til den ene eller den anden lovgivning om social sikring. Håndtering af dette spørgsmål er udtømmende reguleret i forordning 883. Det er samtidig udtømmende reguleret i pensionsdirektivet, hvornår der kan ske modregning i supplerende pensionsordninger. Direktivet forudsætter, at der kun kan ske modregning med ordninger, som også er omfattet af direktivet, hvilket pensionsordningen efter ZUS ikke er.

Indklagede har anført navnlig, at sagen alene handler om forståelsen af begrebet ”arbejdsmarkedspension” i protokollatet til Industriens Overenskomst om lønforhold for udstationerede medarbejdere. Der er ingen støtte hverken i ordlyd, kontekst eller formål for, at begrebet skal forstås som alene omfattende supplerende aftalebaserede arbejdsmarkedspensioner, som de kendes i Danmark, og en sådan fortolkning vil kunne gøre protokollatets anvendelsesområde stort set ikke-eksisterende.

Som det fremgår af protokollatets indledende afsnit, supplerer protokollatet bilag 8 til Industriens Overenskomst, hvori overenskomstparterne har aftalt en særlig procedure for håndtering af uenighed om løn- og arbejdsvilkårene på virksomheder, der beskæftiger udenlandske lønmodtagere. Bilag 8 har bl.a. til formål at undgå, at kollektive kampskridt iværksættes over for en udstationerende virksomhed, som ikke er overenskomstdækket, og letter sådanne virksomheders mulighed for at blive optaget i DI eller en anden arbejdsgiverorganisation med henblik på, at virksomhedens lønniveau, eventuelt under organisationernes medvirken, kan tilpasses overenskomstens lønniveau. Bilaget forudsætter, at der i sådanne tilfælde skal foretages en meget detaljeret drøftelse af løn- og pensionsforhold i (potentielle) medlemsvirksomheder.

Protokollatet om lønforhold for udstationerede medarbejdere, som kom ind i overenskomsten i 2014, er - ligesom udstationeringslovens § 6 a - udarbejdet for at imødegå en række af de vanskeligheder, som er en følge af EU-Domstolens dom af 18. december 2007 i sag C-341/05 (Laval), hvori Domstolen har angivet visse EU-retlige principper for, hvilke krav en medlemsstat kan stille til en udenlandsk tjenesteyder vedrørende udstationerede lønmodtageres ansættelsesforhold, og det har formodningen imod sig, at parterne ved udarbejdelsen af protokollatet har tilstræbt at etablere en retsstilling, der adskiller sig fra den, der kan gennemtvinges ved kollektive kampskridt.

Af bemærkningerne til udstationeringslovens § 6 a fremgår bl.a., at socialt prægede ordninger som bl.a. retten til pension kan konverteres til et lønbeløb, men det understreges samtidig, at der altid skal modregnes for de sociale bidrag, som serviceyderen betaler i sit hjemland, således at det sikres, at der ikke sker dobbeltbetaling. Det nævnes, at forpligtelsen i hjemlandet eksempelvis (men ikke nødvendigvis) vil kunne følge af en overenskomst i hjemlandet.

Der kan således ikke konfliktes med henblik på at opnå et lønniveau, som påfører den udenlandske serviceyder et højere omkostningsniveau end det, der gælder for en dansk serviceyder, og det er i den forbindelse uden betydning, om forpligtelserne i hjemlandet følger af en overenskomst eller er lovbaseret. Det samme kan udledes af EU-Domstolens dom af 28. marts 1996 i sag C-272/94 (Guiot).

Der er ved den tilpasning af lønniveauet for udstationerede medarbejdere, som skal finde sted efter protokollatet, ikke tale om, at medarbejdernes løn skal sættes ned. Det er notorisk, at bruttolønnen skal være den samme, men der skal tages højde for, at en del af lønnen kommer til udbetaling i Polen i form af bidrag til socialt prægede ordninger med henblik på at opnå, at bruttoomkostningen til løn bliver den samme for såvel den danske som den udenlandske arbejdsgiver. Da formålet således er omkostningsudligning, må begrebet "arbejdsmarkedspension" forstås bredt, således at det omfatter enhver obligatorisk bidragsforpligtelse, der afholdes af en arbejdsgiver i hjemlandet, og som knytter sig til medarbejderens ret til at oppebære alderspension. At begrebet "arbejdsmarkedspension", når det anvendes i Industriens Pension, skal fortolkes således, at det stemmer bedst med det EU-retlige princip om arbejdskraftens frie bevægelighed, er også lagt til grund i opmandskendelsen af 26. februar 2010 afsagt i sag FV2009.0093.

Ordningen i Polen indebærer, at arbejdsgiveren som en del af lønnen skal indbetale et obligatorisk bidrag svarende til halvdelen af en samlet bidrag til alderspension på 19,52 % af medarbejdernes løn. At dette kan fratrækkes i pensionsbidraget efter Industriens Overenskomst, kan naturligt rummes i formålet med protokollatet vedrørende lønforhold for udstationerede medarbejdere. Der er endvidere ikke forhold, der tilsiger, at det i denne forbindelse spiller nogen rolle, om ordningen i hjemlandet er opsparingsbaseret eller "pay-as-you-go-baseret", eller om ordningen i hjemlandet er fastsat ved lov eller aftale.

Det bestrides, at der findes EU-retlig regulering, der er til hinder for den fortolkning af protokollatet, som indklagede påberåber sig. Fortolkningen er hverken i strid med forordning nr.883/2004 om koordinering af sociale sikringsordninger eller med pensionsdirektivet (98/49/EF). Det forbehold vedrørende en evt. strid med pensionsdirektivet, som indklagede tog ved organisationsaftalens indgåelse i februar 2014, vedrørte en særlig

problemstilling, som efter indhentelse af et notat fra professor dr.jur. Jens Kristiansen nu er blevet løst ved en ændring af protokollatet, således at et differencebeløb efter modregning af pensionsbidrag til en pensionsordning i hjemlandet altid kan kræves indbetalt til pensionsordningen i hjemlandet. Bortset fra denne problemstilling har hverken direktivet eller forordningen spillet nogen rolle for parterne under forhandlingerne om protokollatets tilblivelse, og disse retsakter er derfor uden betydning for sagens afgørelse.

8. Opmændenes begrundelse og resultat

Parternes uoverensstemmelse angår forståelsen af begrebet ”arbejdsmarkedspension” i første afsnit i punkt 1, ”særligt om pension”, i parternes organisationsaftale om lønforhold for udstationerede medarbejdere omfattet af Industriens Overenskomst. Afsnittet er sålydende:

”Virksomhedens dokumenterede bidragsomkostninger til en arbejdsmarkedspension i hjemlandet kan modregnes i bidraget, virksomheden skal betale i henhold til overenskomsten.”

Ifølge klager skal begrebet forstås som en arbejdsmarkedsbaseret pensionsordning, som er et supplement til de offentlige lovbestemte pensionsordninger, og som dermed er omfattet af pensionsdirektivet (direktiv 98/49/EF). Der skal således ifølge klager være tale om en pensionsordning, som henhører under den anden søjle i det danske pensionssystem.

Ifølge indklagede skal begrebet fortolkes således, at det omfatter enhver obligatorisk bidragsforpligtelse, der afholdes af en arbejdsgiver i hjemlandet, og som knytter sig til medarbejderens ret til at oppebære alderspension.

Begrebet ”arbejdsmarkedspension” er også anvendt i § 34 i Industriens Overenskomst, jf. bl.a. § 34, stk. 1, litra a), som er sålydende:

”Der skal betales pensionsbidrag når medarbejderen er fyldt 18 år, og

a. Medarbejderen er på ansættelsestidspunktet omfattet af Industriens Pension eller en anden arbejdsmarkedspension fra en tidligere ansættelse - herunder tjenestemandspension eller tilsvarende ordning.”

Efter denne formulering omfatter begrebet ”arbejdsmarkedspension” også tjenestemandspension eller tilsvarende ordning, og begrebet er altså her anvendt i en videre betydning, end den klager gør gældende under nærværende sag.

Den faglige voldgiftssag FV2009.0093, hvis kendelse er delvis refereret ovenfor i afsnit 6, angik bl.a. en tysk virksomheds adgang til at lade bidrag til en tysk lovbaseret pensionsordning indgå i beregningsgrundlaget ved en løntilpasning i henhold til afsnit A, punkt 4 og 6, i bilag 8 til Industriens Overenskomst. Klager hævdede ikke under den sag en særlig forståelse af begrebet ”arbejdsmarkedspension”, men gjorde gældende, at bilag 8 ikke indeholdt nogen udtrykkelig hjemmel til at lade de sociale omkostninger indgå ved sammenligningen mellem tyske og danske lønninger. Opmanden fastslog imidlertid med henvisning til, hvad der var formålet med bilag 8, at der skal foretages en sammenligning af, hvad den tyske arbejdsgiver faktisk betaler, og hvad der faktisk skulle have været betalt efter Industriens Overenskomst. Der kunne derfor ikke ses bort fra lovpligtige sociale omkostninger, som må anses for løndelev for de pågældende medarbejdere i den sammenhæng.

Opmanden tilkendegav i den samme kendelse, at der ved optjening af pensionsanciennitet i henhold til § 34 i Industriens Overenskomst ikke kan ses bort fra ansættelse under en tysk lovbaseret pensionsordning. Opmanden henviste herved til, at begrebet ”en anden arbejdsmarkedspension” i overensstemmelse med ordlyden må fortolkes således, at arbejdsmarkedspensionsordningens nationale tilhørsforhold ikke kan tillægges nogen betydning, hvilket stemte bedst overens med det EU-retlige princip om arbejdskraftens frie bevægelighed.

I den foreliggende sag fremgår det udtrykkeligt af den indgåede organisationsaftale, som fortolkningstvisten vedrører, at aftalen har til formål at supplere bilag 8 til Industriens Overenskomst. Overenskomstparterne har i bilag 8 aftalt en særlig procedure for håndtering af uenighed om løn- og arbejdsvilkårene på virksomheder, der beskæftiger udenlandsk arbejdskraft. Bilag 8 pålægger såvel DI som CO-industri at reagere og indkalde til

omgående møde, hvis man bliver bekendt med forhold, der kan forudses at medføre problemer eller uoverensstemmelser vedrørende udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsforhold ved udførelse af arbejde i Danmark. Formålet er hurtigst muligt at komme i dialog med arbejdsgiveren og opnå en løntilpasning til lønniveauet efter Industriens Overenskomst med henblik på at undgå, at kollektive kampskridt iværksættes.

Den indgåede organisationsaftale - som omhandler lønforhold for udstationerede medarbejdere omfattet af Industriens Overenskomst og Industriens Funktionæroverenskomst - fastslår indledningsvis følgende to grundlæggende principper for, hvordan en tilpasning af lønniveauet for udstationerede medarbejdere skal ske:

- Opgørelse og sammenligning af lønniveauet skal baseres på den udstationerende virksomheds samlede relevante medarbejderomkostninger, dvs. lovgivningsmæssige sociale forpligtelser og overenskomstmæssige forpligtelser, uanset om de hidrører fra hjemlandet eller Danmark.
- Den udstationerende virksomhed må hverken stilles ringere eller bedre end en tilsvarende dansk virksomhed. Der sammenlignes således med de tilsvarende medarbejderomkostninger, som den danske virksomhed ville have i samme situation.

Det er opmændenes opfattelse, at organisationsaftalens punkt 1, særligt om pension, skal fortolkes i lyset af disse principper, som er i god overensstemmelse med forarbejderne til udstationeringslovens § 6 a og med opmandskendelsen i FV2009.0093.

”Dokumenterede bidragsomkostninger til en arbejdsmarkedspension i hjemlandet” må herefter forstås som alle udgifter, som den udenlandske virksomhed i forvejen betaler til en pensionsordning i hjemlandet for de udstationerede medarbejdere, og som i sammenhængen må anses for løndele for de pågældende medarbejdere, uden at det i den forbindelse kan tillægges nogen betydning, om der er tale om overenskomstmæssige forpligtelser eller forpligtelser, som følger af lovgivningen.

Da det, som klager har anført vedrørende EU-retten, herunder vedrørende forordning nr. 883/2004 om koordinering af sociale sikringsordninger og vedrørende pensionsdirektivet (98/49/EF), ikke kan føre til en anden vurdering, kan der ikke gives klager medhold i den nedlagte påstand, og indklagedes frifindelsespåstand tages herefter til følge.

Thi bestemmes:

DI Overenskomst I for Mostostal Zabrze Realizacja Przemyslowe S.A. frifindes.

Hver part skal betale egne sagsomkostninger og halvdelen af opmændenes honorar.

København, den 5. februar 2019

Marianne Højgaard Pedersen

Lene Pagter Kristensen

Hanne Schmidt