

OPMANDSKENDELSE

af 12. august 2010

i

faglig voldgiftssag FV 2009.75:

HK Handel

for

A

(advokat Kirstine Emborg Bünemann)

mod

DI Overenskomst II

for

A/S Sandal Trælasthandel

(advokat Lars Bruhn)

UOVERENSSTEMMELSEN

Sagen angår spørgsmålet, om det er i strid med § 4 i Landsoverenskomsten for butikker mellem HK Handel og HTS (nu DI), at en virksomhed i henhold til en pensionsaftale for de ansatte med et pensionsforsikringselskab har fået udbetalt erstatning for erhvervsevnetab for en medarbejder, der under sin sygdom fik udbetalt fuld løn.

Twisten mellem HK Handel (HK) for A og DI Overenskomst II (DI) for A/S Sandal Trælasthandel er af HK ved klageskrift af 15. juli 2009 blevet indbragt for denne faglige voldgiftsret, der har haft udvidet formandskab bestående af højesteretsdommerne Børge Dahl, Per Sørensen og Lene Pagter Kristensen. Sagen har været behandlet med udvidet formandskab, fordi der under en tidligere faglig voldgiftssag mellem HK Handel og Dansk Erhverv, der i deres Landsoverenskomst har en bestemmelse svarende til § 4 i overenskomsten mellem HK og HTS, er truffet en opmandsafgørelse om samme spørgsmål.

Sagen er forhandlet den 17. juni 2010.

Parterne er enige om, at denne kendelse ikke skal indeholde en fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringerne og parternes argumentation.

PÅSTANDE

HK for A har nedlagt følgende påstande:

1. DI for A/S Sandal Trælasthandel skal anerkende, at det er i strid med Landsoverenskomstens § 4, at virksomhedens pensionsaftale med SEB Pension indeholder et vilkår om, at udbetaling ved en medarbejders tab af erhvervsevne skal ske til pågældendes arbejdsgiver, så længe medarbejderen modtager sin hidtidige løn herfra.
2. Virksomheden skal til A betale 153.951,97 kr. med procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

DI for A/S Sandal Trælasthandel har påstået frifindelse for begge påstande.

SAGEN

1. Overenskomsten

I forbindelse med indgåelsen af Landsoverenskomsten i 1993 mellem DA og BKA (Butik og Kontor Arbejdsgiverforening) på den ene side og HK på den anden side blev der indgået et protokollat, hvori det bl.a. hedder:

"PROTOKOLLAT OM PENSIONSORDNING

...

II.1.H. Respekt for bestående aftaler

- Virksomheder, der senest den 31. december 1992 er omfattet af landsoverenskomsten og inden udgangen af december 1992 har indgået aftale om tilslutning af handels- og kontorfunktionærer til en pensionsordning, opfylder i kraft deraf automatisk pensionsforpligtelsen ifølge nærværende aftale under følgende forudsætninger:

Samtlige medarbejdere, der udfører arbejde omfattet af landsoverenskomsten og i øvrigt opfylder de i denne aftale anførte betingelser, skal tilsluttes denne pensionsordning – hvis dette ikke i forvejen er tilfældet – inden den 1. november 1993.

Bidraget i ordningen skal til stadighed mindst svare til det overenskomstaftalte bidrag, og der skal mindst sikres de forsikrede (eller disses efterladte) en alderspension og en éngangssum på kr. 60.000 ved død og invaliditet. Er disse betingelser ikke i forvejen opfyldt, skal virksomheden drage omsorg for, at ordningen tilpasses så betingelserne bliver opfyldt inden den 1. november 1993. Arbejdsgiveren er i forbindelse med eventuelle fremtidige tilpasninger af bidragsniveauet berettiget til at tilbageholde et beløb i medarbejderens løn svarende til det overenskomstmæssigt aftalte lønmodtagerbidrag til pensionsordningen.

Er ordningen ikke tilpasset til nærværende aftale inden den 1. november 1993 – og til evt. senere ændringer inden 6 måneder fra det tidspunkt, hvor ændringer er aftalt mellem parterne – tilsluttes de pågældende medarbejdere ordningen i det af overenskomstparterne stiftede pensionsforsikringsaktieselskab.

- For virksomheder, der i perioden fra den 1. januar 1993 til udgangen af februar 1993 har indgået aftale om frivillig tilslutning af samtlige handels- og kontorfunktionærer omfattet af landsoverenskomsten til en pensionsordning, gælder følgende: 2 måneder efter det tidspunkt, hvor overenskomstparterne har meddelt de af landsoverenskomsten omfattede virksomheder og lønmodtagere, at der fra Finanstilsynet foreligger et godkendt pensionsregulativ, gøres det op, hvor mange af de af landsoverenskomsten omfattede lønmodtagere der har ønsket at tilslutte sig de frivillige firmabaserede ordninger henholdsvis nærværende pensionsordning. Hvis mindst 50 pct. har ønsket tilslutning til den frivillige firmaordning, bliver denne ordning gældende for samtlige de af landsoverenskomsten ansatte lønmodtagere på virksomheden og for samtlige, der senere måtte blive ansat. I mod-

sat fald respekteres firmaordningen alene for de medarbejdere, der på opgørelsestidspunktet allerede har tilsluttet sig firmaordningen.

Virksomheder, der i fremtiden bliver omfattet af landsoverenskomsten – det være sig nuværende eller kommende medlemmer af DA – får en pensionsforpligtelse på det tidspunkt, hvor overenskomsten bliver gældende. Forudsætningerne for, at eksisterende pensionsaftaler indgået af sådanne virksomheder kan anses for at opfylde de overenskomstmæssige pensionsforpligtelser er, at aftalerne er indgået, før kravet om overenskomst er rejst, at de ovenfor anførte betingelser for respekt af aftalerne i øvrigt er opfyldt (kravene til ydelsesstrukturen), og at en eventuelt fornøden tilpasning af aftalerne er sket senest 6 måneder efter, at overenskomsten er blevet gældende."

Protokollatet er indarbejdet i § 4 i Landsoverenskomsten for butikker mellem HTS og HK Handel, hvori det nu bl.a. hedder:

"§ 4 Pension

1. Pensionsbidrag

Med virkning fra 1. marts 2007 opkræves et bidrag på 10,2% af den pensionsgivende løn.

...

Pr. 1. juli 2009 forhøjes virksomhedens bidrag med 0,6% og medarbejderens bidrag med 0,3%. Den samlede bidragsforøgelse er således 0,9%. Herefter er det samlede pensionsbidrag 11,4%.

Heraf udgør virksomhedens bidrag 2/3 og medarbejderens bidrag 1/3.

...

3. Betingelser for at være berettiget til pension

...

Medarbejderen er berettiget til en pensionsordning, når følgende betingelser er opfyldt:

...

- For medarbejdere, som opfylder ovennævnte betingelser, gælder endvidere, at de mellem overenskomstparterne i øvrigt aftalte betingelser for at kunne opnå risikodækning og modtage forsikringsydelse skal være opfyldt.
- For medarbejdere, der er fyldt 60 år, når den overenskomstmæssige pensionsforpligtelse indtræder, videreføres en eventuelt eksisterende pensionsordning, ellers etableres en op-hørende alderspension.
- Pensionsordningen skal, medmindre andet fremgår nedenfor, etableres i:

FunktionærPension

...

4. Respekt for bestående aftaler

Eksisterende firmaordninger, som omfatter hele de af denne overenskomst dækkede medarbejdergruppe, kan træde i stede for FunktionærPension på følgende betingelser:

Bidrag i ordningen skal til stadighed mindst svare til det overenskomstaftalte bidrag, og der skal mindst sikres de forsikrede (eller disses efterladte) en alderspension og en engangssum på kr. 60.000 ved død og invaliditet.

Er disse betingelser ikke i forvejen opfyldt, skal virksomheden drage omsorg for, at ordningen tilpasses, så betingelserne bliver opfyldt inden den 1. november 1993.

...

6. Skift af pensionsleverandør

Overenskomstdækkede virksomheder, hvor ledelsen ønsker at foretage skift fra en eksisterende firmapensionsordning til en anden firmapensionsordning, kan dette gøres. Dette gælder dog ikke, hvis pensionsleverandøren er Funktionærpension.

Følgende betingelser skal opfyldes ved skift af pensionsleverandør:

..."

2. Pensionsbeskatningsloven

Af pensionsbeskatningslovens § 17 og § 24 fremgår, at det i skattelovgivningen er forudsat, at virksomheder kan modtage erstatning for erhvervsevnetab for medarbejdere, der er omfattet af en firmapensionsordning, og som får udbetalt løn under sygdom. I § 17 hedder det således bl.a.:

"Er der indgået en aftale mellem arbejdstager og dennes arbejdsgiver om en pensionsordning som nævnt i § 2, nr. 4, §§ 5-13 og 15b, har det ingen betydning for den skattemæssige behandling af pensionsordningen, at arbejdsgiveren har taget forbehold om:

...

4. at invalidepension skal tilfalde arbejdsgiveren for den tid, hvori arbejdstageren modtager sin hidtidige gage."

I § 24 hedder det bl.a.:

"Ved opgørelsen af en arbejdsgivers skattepligtige indkomst medregnes beløb, der måtte tilfalde ham i medfør af et forbehold som nævnt i § 17, når arbejdsgiveren ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst har fradraget sine indbetalinger til ordningen."

3. Erhvervsevnetabserstatningen til A

Sandal Trælasthandel har indgået en aftale med Codan Forsikring A/S om en livs- og pensionsforsikring for alle ansatte. A blev ansat som kontorassistent i virksomheden pr. 1. april 2003 og

fik den 25. maj 2003 fra Codan tilsendt et dækningsbevis, hvoraf fremgik, at hun var omfattet af ordningen. I beviset er bl.a. anført:

"Udbetalingsbestemmelser

Udbetalingsbestemmelser for Codan Pension:

Ved Pensionering

Udbetaling sker til forsikringstageren.

Ved Død

Som begunstiget er indsat forsikringstagerens "nærmeste pårørende".

Udbetalingsbestemmelser for Codan Gruppe:

Ved Tab af erhvervsevne

Udbetaling sker til forsikringstageren.

Udbetaling ved Tab af erhvervsevne sker dog til forsikringstagerens arbejdsgiver, så længe forsikringstageren modtager sin hidtidige løn herfra."

I november 2004 blev A sygemeldt, og hun vendte først tilbage i august 2005, hvor hun startede med 2 timers arbejde om dagen. Da det med tiden viste sig, at hendes helbred ikke tillod hende at forøge antallet af daglige arbejdstimer væsentligt, fratrådte hun efter aftale med virksomheden den 1. januar 2007. I hele sygeperioden fik hun udbetalt fuld løn.

I henhold til livs- og pensionsforsikringsordningen hos Codan udbetalte selskabet – efter en karenperiode på 3 måneder efter sygdommens begyndelse – erstatning for As tab af erhvervsevne til virksomheden. Efter sin fratreden blev A opmærksom på, at erstatningen eventuelt skulle have været udbetalt til hende, hvorefter hun henvendte sig til HK. Derefter blev denne sag indledt.

4. Afgørelsen i "Sportsmann sagen"

Den 15. maj 2007 blev der i en faglig voldgiftssag mellem HK Handel og Dansk Erhverv Arbejdsgiver for Sportsmann Gruppen A/S truffet en opmandsafgørelse om samme spørgsmål, som foreligger i denne sag. I afgørelsen udtaler opmanden:

"Efter parternes overenskomst skal der indbetales et beløb til pension. Af dette beløb betaler medlemmet 1/3 og virksomheden 2/3. Udgangspunktet er, at forsikringsordningen etableres i Funktionærpension. Overenskomstparterne har indgået en aftale om, at pensionsforsikring også kan tegnes hos andre selskaber, hvis denne pensionsordning opfylder visse minimumskrav, og det er ubestridt, at den hos Danica Pension tegnede forsikring opfylder disse krav. Blandt disse krav er intet nævnt om erhvervsevnetabsforsikring. Efter ordlyden kunne der således synes at være aftalefrihed for andre forhold end minimumskravene.

Ved indgåelsen af overenskomsten er det samlede pensionsbidrag indregnet som en lønandel for medarbejderen. Der er derfor en forudsætning om, at ydelserne fra forsikringen tilfalder medarbejderen fuldt ud. I den mellem Danica og Sportsmann Gruppen A/S indgåede pensionsordning med gruppeforsikring er der i § 12 – Betingelser for pensionsordningen anført: "Medarbejderen er ejer af forsikringen". Hertil kommer, at værdien af de samlede ydelser ud fra en aktuarmæssig beregning vil være ens, hvorfor en udbetaling af et af elementerne – her erhvervsevnetabsersstatning – til arbejdsgiveren nedsætter de samlede ydelser, som medarbejderne ifølge forudsætningerne for indbetaling i henhold til overenskomsten har krav på.

Da HK/Handels påstand om fjernelse af det omstridte vilkår vedrører en aftale, som er indgået mellem parter, hvor begge ikke er bundet af overenskomst, falder det uden for voldgiftsrettens kompetence, hvorfor denne del af påstanden afvises.

HK/Handel skal herefter have medhold i første del af den principale påstand, hvorefter:

Dansk Erhverv Arbejdsgiver for Sportmann Gruppen A/S skal anerkende, at det er i strid med landsoverenskomstens § 4, stk. 4, at virksomhedens pensionsaftale med Danica Pension, jf. afsnit 5.2.3, indeholder vilkår om, at udbetaling af forsikringssum i tilfælde af en medarbejders erhvervsevnetab skal ske til arbejdsgiveren og ikke til medarbejderen, så længe medarbejderne er ansat hos arbejdsgiveren.

Dansk Erhverv Arbejdsgiver tog tilkendegivelsen til efterretning og frafaldt kendelse."

Opmandsafgørelsen blev drøftet på et hovedudvalgsmøde den 21. juni 2007 med deltagelse af repræsentanter fra HTS og HK Handel. I et brev herom af 28. juni 2007 til Tine Raben Skaarup hos HTS skrev Lisbeth Nørremark fra HK Handel bl.a.:

"Hovedudvalgsmødet den 21. juni 2007 om pension

I det jeg henviser til det afholdte hovedudvalgsmøde om pension den 21. juni 2007 med deltagelse af Knud Erik Linius, Tina Raben Skaarup, Jørgen Hoppe, Kim Jensen og undertegnede, skal jeg for god ordens skyld bekræfte, at der blev aftalt følgende:

...

2) Tab af erhvervsevne

HK HANDEL har noteret sig, at HTS dels har mailet ud til virksomhederne og dels på hjemmesiden har gjort opmærksom på kendelsen fra den 25. maj 2007 om udbetaling af tab af erhvervsevne og vejledt om, at det er en generel kendelse, som skal efterleves. HK HANDEL går herefter ud fra, at pensionskontrakterne rettes til, således at tab af erhvervsevne udbetales til medarbejderen."

5. Ordningen i FunktionærPension

Til støtte for sin påstand har HK bl.a. henvist til, at FunktionærPension i forbindelse med tab af erhvervsevne – herunder ved løbende invalidepension – i overensstemmelse med selskabets forsikringsregler altid udbetaler direkte til den forsikrede. FunktionærPension kan således ikke udbetale beløb til andre og dermed heller ikke til den virksomhed, hvor den forsikrede har været eller stadig er ansat. Dette gælder, uanset om virksomheden betaler fuld løn i sygeperioden til den pågældende.

Det er under denne sag oplyst, at forsikringsordningen i Codan indebærer, at der – efter karenperioden på 3 måneder – udløses erstatning, hvis en medarbejders erhvervsevne er nedsat. FunktionærPensions ordning adskiller sig herfra ved, at retten til erhvervsevnetabs- og invaliditetserstatning beror på, om der tilkendes offentlig invalidepension. Denne ordning indebærer således, at erstatningsydelse kommer til udbetaling betydeligt senere end efter Codans ordning, idet forsikringsbegivenheden ikke er skadens indtræden, men tilkendelse af offentlig pension.

FORKLARINGER

Der er afgivet forklaring af A, sektorformand i HK Jørgen Hoppe, konsulent Sven-Peter Nygaard fra DA, pensionsrådgiver Kurt Bach Thomsen, tidligere direktør i Sandal Trælasthandel Birgit Windtberg Dalsgaard samt Jesper Schmidt Sørensen fra CO-industri.

PARTERNES ARGUMENTER

HK har gjort gældende, at det af opmandsafgørelsen i Sportsmann sagen følger, at § 4 i Fællesoverenskomsten er til hinder for, at erstatning for tab af erhvervsevne udbetales til arbejdsgiveren. Det er den forsikrede – eller dennes efterladte – der er rettighedssubjektet, og da pensionsbidraget må anses som en lønandel, tilfalder ydelser i henhold til forsikringen utvivlsomt den forsikrede. Der er derfor ikke aftalefrihed mellem arbejdsgiveren og pensionsforsikringsselskabet. Opmandsafgørelsen i Sportsmann sagen er klar, og efter afgørelsen tilkendegav HTS over for både HK og sine medlemsvirksomheder med bindende virkning, at afgørelsen skulle efterleves også på HK's og HTS' område. FunktionærPension kan ikke udbetale forsikringsbeløb til virksomheden, men alene til den enkelte ansatte, og det følger af overenskomsten, at vilkårene i

en firmapensionsordning, der skal kunne træde i stedet for en ordning i FunktionærPension, i hvert fald ikke må stille den ansatte ringere end vilkårene, der gælder for FunktionærPension.

HK har desuden anført, at den omstændighed, at det af Codans dækningsbevis til A fremgik, at et erstatningsbeløb skulle udbetales til virksomheden, hvis denne udbetalte løn til hende, ikke kan bevirke, at hun har accepteret en ordning med et sådant vilkår.

DI har anført, at der gennem en årrække forud for indførelsen af pensionsbestemmelserne i overenskomsterne i 1993 var en praksis, hvorefter de enkelte virksomheder tegnede pensionsordninger for deres ansatte. Dette gælder således for Sandal Trælasthandel, der indgik pensionsordningen med Codan Pension i 1988. Ved indførelsen af den obligatoriske pensionsordning i overenskomsterne var det afgørende for arbejdsgiversiden, at de hidtil etablerede ordninger ikke blev tilsidesat, således at virksomhederne kunne fortsætte med firmapensionsordningerne. Dette skal også ses på baggrund af, at der siden gennemførelsen af pensionsbeskatningsloven i 1972 i lovgivningen udtrykkeligt har været hjemmel til skattemæssigt at lade en virksomhed indtræde i retten til erhvervsevnetabserstatning i tilfælde, hvor virksomheden udbetaler løn til den pågældende ansatte.

Der blev således ikke ved indførelsen af pensionsordningen i overenskomsten aftalt nogen begrænsninger i forhold til firmapensionsordningerne, så længe de mindstebetingelser, der er angivet i overenskomstens § 4.4 om "Respekt for bestående aftaler", er overholdt. Det gælder da også som et almindeligt forsikringsretligt princip, at den, der afholder omkostningen ved en skade, indtræder i retten til den forsikringsdækning, som helt eller delvist udløses ved skaden, et princip, der også kendes fra for eksempel arbejds-skadeområdet.

DI har endelig anført, at parterne ikke er forpligtet af afgørelsen i Sportsmann sagen. Hvis A foruden lønnen, hun har modtaget under sin sygdom, skal have udbetalt erstatningen for erhvervsevnetabet, opnår hun dækning for et ikke realiseret tab. Et sådant udfald har klart formodningen imod sig. Samtidig vil virksomheden lide et tilsvarende tab. Det er i overenskomsten netop forudsat, at den firmabaserede pensionsordning kan være forskellig i forhold til FunktionærPension, og det må i denne forbindelse tages i betragtning, at FunktionærPension først udbetaler erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, når myndighederne har truffet afgørelse om invaliditetsspørgsmålet.

OPMÆNDENES BEGRUNDELSE OG KONKLUSION

Ved indsættelsen af bestemmelserne om pension på funktionærområdet i overenskomsten i 1993 havde A/S Sandal Trælasthandel allerede en firmapensionsordning for de ansatte i pensionsforsikringsselskabet Codan. Denne pensionsordning indeholder tillige et forsikringselement, der bliver aktuelt, hvis en medarbejder på grund af invaliditet mister evnen til at indtjene sin løn, idet der udbetales erstatning herfor, når der er forløbet 3 måneder efter sygdommens indtræden.

Ifølge aftalen mellem Sandal Trælasthandel som arbejdsgiver og Codan skal erstatning for erhvervsevnetab udbetales til forsikringstagerens arbejdsgiver, så længe forsikringstageren modtager sin hidtidige løn fra arbejdsgiveren. Ved indførelsen af pensionsbestemmelserne i overenskomsten i 1993 var dette vilkår – der må antages at have til formål at muliggøre en opretholdelse af ansættelsesforholdet – et sædvanligt vilkår i de firmabaserede pensionsordninger, hvilket også illustreres af bestemmelserne i § 17 og § 24 i pensionsbeskatningsloven. Det fremgår både af protokollatet om pensionsordning, der blev indgået i forbindelse med overenskomsten, og af overenskomstens § 4 – under overskriften "Respekt for bestående aftaler" – at de eksisterende firmaordninger kunne træde i stedet for pensionsordningen i FunktionærPension. Betingelserne herfor er – alene – at bidrag i ordningen til stadighed svarer mindst til det overenskomstaftalte bidrag, og at der mindst sikres de forsikrede (eller disses efterladte) en alderspension og en engangssum på 60.000 kr. ved død og invaliditet. Efter overenskomsten er der således intet til hinder for, at erstatning for en medarbejders erhvervsevnetab udbetales til arbejdsgiveren i tilfælde, hvor denne betaler løn til medarbejderen under sygdom.

Der er enighed om, at pensionsordningen i Sandal Trælasthandel opfylder de nævnte betingelser i overenskomstens § 4, og at A – der ved sin ansættelse blev gjort bekendt med vilkåret om udbetaling af en eventuel erhvervsevnetaberstatning til arbejdsgiveren – fik udbetalt løn under sin sygdom. Virksomheden var derfor berettiget til at modtage erstatningen for hendes erhvervsevnetab, indtil lønudbetalingen ophørte. Et modsat resultat ville i øvrigt indebære, at A på virksomhedens bekostning ville blive dobbelt kompenseret for sit erhvervsevnetab. Herved adskiller firmapensionsordningen i Codan sig fra den overenskomstbestemte pensionsordning i FunktionærPension, der først udbetaler erstatning for erhvervsevnetab, når myndighederne har truffet afgørelse om invaliditetsspørgsmålet.

Der kan på denne baggrund ikke gives HK Handel medhold. Argumentationen i afgørelsen i Sportmann sagen kan efter det anførte ikke begrunde et resultat som i den afgørelse, og uanset, at HTS i første omgang antog, at afgørelsen skulle efterleves også inden for HTS' område, kan resultatet ikke anses for at være blevet bindende.

Herefter tages DI's frifindelsespåstand til følge.

THI BESTEMMES:

DI Overenskomst II for A/S Sandal Trælasthandel frifindes.

Hver part skal bære egne omkostninger og betale halvdelen af opmændenes honorarer og udgifter.

København den 12. august 2010.

Børge Dahl

Per Sørensen

Lene Pagter Kristensen