

**Kendelse af 11. november 2019 i faglig voldgift FV2019.0152:**

**Fagligt Fælles Forbund**  
**Kampmannsgade 4**  
**1790 København V**  
(advokat Ulrik Mayland)

**mod**

**Dansk Byggeri**  
**Nørre Voldgade 106**  
**1358 København K**

**for**

**JacksonAdapt SP. Z.O.O.**  
(advokat Kia Philip Dollerschell)

## **1. Uoverensstemmelsen**

Sagen angår en polsk virksomhed, som i forbindelse med udførelse af arbejde i Danmark under anvendelse af udstationerede medarbejdere har været medlem af arbejdsgiverorganisationen Dansk Byggeri og dermed bundet af Dansk Byggeris kollektive overenskomst med fagforeningen Fagligt Fælles Forbund (3F), 2017-overenskomsten for Murer- og Murerarbejdsmandsarbejde. Spørgsmålet er, hvilken betydning virksomhedens pligt til efter lovgivningen i Polen at betale pensionsbidrag for de udstationerede medarbejdere til det polske socialsikringsinstitut, Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS), har for pligten til at betale pensionsbidrag til den danske pensionsordning aftalt mellem Dansk Byggeri og 3F i overenskomsten.

## **2. Sagens behandling ved faglig voldgift**

Sagen er den 30. oktober 2019 forhandlet for en faglig voldgiftsret etableret i overensstemmelse med reglerne i lovbekendtgørelse nr. 103 af 24. august 2017 om Arbejdsretten og faglige voldgifter (arbejdsretsloven) med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: konsulent Michael Christian Severinsen og forhandlingssekretær André Breindahl, begge 3F Byggegruppen.

Udpeget af indklagede: afdelingschef, advokat Anja Bülow Jensen og senioradvokat Thorsten Wilstrup, begge Dansk Byggeri.

Som opmænd er udpeget fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, fhv. højesteretspræsident Poul Søgaard og fhv. højesteretsdommer Jytte Scharling.

Der er under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af næstformand Palle Bisgaard, 3F Byggegruppen.

Der er endvidere fremlagt en skriftlig vidneerklæring fra direktør, advokat Peter Stenholm, Dansk Byggeri.

Sagen er fra klagers side procederet af advokat Ulrik Mayland og fra indklagedes side af advokat Kia Philip Dollerschell.

Efter forhandling og votering kunne der ikke blandt de af parterne udpegede medlemmer af voldgiftsretten opnås enighed om eller flertal for en afgørelse. Afgørelsen skal derfor træffes af opmændene, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 1, 2. pkt.

Parterne er enige om, at kendelse kan afsiges uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringer og procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

### **3. Det danske pensionssystem**

Det danske pensionssystem består af tre hovedelementer, de såkaldte tre pensionsøjler:

Søjle 1: En almen mindstesikring.

Ordningen er lovbestemt og omfatter i første række folkepension. Deltagelse er tvungen.

Finansiering sker over skat og andre offentlige indtægter. Det er de aktuelle skatteydere, som finansierer de aktuelle folkepensionister. Folkepensionsordningen sikrer alderspension til alle, størrelsen afhænger af indkomst- og formueforhold. Målet er at sikre en vis levestandard for alle ældre medborgere.

Arbejdsmarkedets Tillægspension (ATP) er ligeledes en lovbestemt ordning, som i almindelighed af den grund og på grund af, at der er tale om relativt beskedne ydelser, henføres under søjle 1, selv om ordningen er arbejdsmarkedsrelateret, som finansieres af bidrag fra lønmodtagerne og arbejdsgiverne. Antal arbejdstimer bestemmer pensionsbidraget, som er det samme for alle lønmodtagere, og ydelserne afhænger tilsvarende udelukkende af det antal arbejdstimer, der er indbetalt bidrag for.

Søjle 2: Supplerende arbejdsmarkedsrelaterede pensionsordninger.

Disse ordninger er aftalt i kollektive overenskomster. Det er således frivilligt aftalte ordninger mellem arbejdsmarkedets parter. Deltagelse for den enkelte virksomhed og lønmodtager omfattet af overenskomsten er imidlertid tvungen. Finansiering sker ved bidrag fra henholdsvis arbejdsgiver og lønmodtager. Målet er at sikre arbejdstagere en alderspension, som står i et vist rimeligt forhold til indkomsten som erhvervsaktiv.

Søjle 3: Individuelle pensionsordninger.

Disse ordninger er frivillige, individuelt aftalte opsparingsordninger mellem den forsikrede og et forsikringselskab/pengeinstitut finansieret af bidrag fra den forsikrede.

## 4. Sagens EU-retlige baggrund

### 4.1 Traktaten

Virksomheders ret til frit at levere serviceydelser i en anden medlemsstat er fastslået i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 56 og 57:

”Artikel 56:

Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Unionen, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i en anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse.

Europa-Parlamentet og Rådet kan efter den almindelige lovgivningsprocedure udstrække anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel til tjenesteydere, der er statsborgere i tredjeland og bosat inden for Unionen.

Artikel 57:

Som tjenesteydelser i traktaternes forstand betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer.

Tjenesteydelserne omfatter især:

- a) virksomhed af industriel karakter
- b) virksomhed af handelsmæssig karakter
- c) virksomhed af håndværksmæssig karakter
- d) de liberale erhvervs virksomhed.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet om etableringsretten kan tjenesteyderen midlertidigt udøve sin virksomhed i den medlemsstat, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår, som den pågældende stat fastsætter for sine egne statsborgere.”

EU-Domstolen har i adskillige domme taget stilling til rækkevidden af disse traktatbestemmelser. Eksempelvis følger det af dom af 27. marts 1990 i sag C-113/89 (Rush Portuguesa), at der ikke er noget i vejen for, at værtslandet pålægger udenlandske serviceydere at iagttage landets arbejdsretlige love og kollektive overenskomster i forhold til det udstationerede personale.

I dom af 30. november 1995 i sag C-55/94 (Gebhard) har Domstolen fastslået, at nationale foranstaltninger ikke må udgøre en restriktion for den frie bevægelighed. I domskonklusionens punkt 6 hedder det:

”Nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.”

I dom af 28. marts 1995 i sag C-272/94 (Guiot) tog Domstolen stilling til en situation, hvor en entreprenør fra Luxembourg i medfør af en belgisk lov, som gjorde en kollektiv overenskomst almengyldig i hele byggebranchen, var pålagt at betale to bidrag – en loyalitetsbonusydelse (”timbres-fidélité”) og en ydelse ved ledighed på grund af vejrlig (”timbres-intempéries”) – i forbindelse med en arbejdsopgave i Belgien. Domstolen udtalte herom i præmis 14-17:

”14. Det bemærkes for det første, at nationale bestemmelser, der forpligter arbejdsgiveren til som tjenesteyder i traktatens forstand at betale arbejdsgiverbidrag til værtslandsstatens sociale sikringsfond ud over de bidrag, som han allerede har betalt til den sociale sikringsfond i den stat, hvor han er etableret, pålægger ham en ekstra økonomisk byrde, således at han ikke i konkurrencemæssig henseende er ligestillet med arbejdsgivere etableret i værtsstaten.

15. Det må derfor fastslås, at en sådan lovgivning – også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som for tjenesteydere fra andre medlemsstater – kan udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser i traktatens artikel 59’s [nu TEUF artikel 56] forstand.

16. Det skal dog bemærkes, at det almene hensyn til at yde arbejdstagerne i byggebranchen en social beskyttelse på grund af de særlige forhold i denne branche kan udgøre en tvingende grund, der berettiger en sådan hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser.

17. Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvis de pågældende arbejdstagere har den samme eller en i det væsentlige tilsvarende beskyttelse i de arbejdsgiverbidrag, som arbejdsgiveren allerede betaler i den medlemsstat, hvor han er etableret.”

I domskonklusionen hedder det:

”EF-traktatens artikel 59 og 60 [nu TEUF artikel 56 og 57] er til hinder for, at en medlemsstat pålægger en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som midlertidigt udfører arbejdsopgaver i den første stat, en forpligtelse til at betale arbejdsgiverbidrag til ”timbres-fidélité” og til ”timbres-intempéries” for de arbejdstagere, der har været beskæftige med dette arbejde, når virksomheden allerede betaler lignende bidrag for de samme arbejdstagere og for de samme arbejdsperioder i den stat, hvor den er etableret.”

I en efterfølgende dom af 23. november 1999 i de forenede sager C-369/96 (Arblade) og C-376/96 (Leloup) udtalte Domstolen i præmis 54:

”Kun såfremt arbejdsgiverbidragene til fonden i værtsmedlemsstaten sikrer arbejdstagerne en fordel, der reelt kan give dem en ekstra beskyttelse, som de ellers ikke ville have, kan det være berettiget at kræve betaling heraf, og det udelukkende hvis de samme bidrag kræves betalt af enhver tjenesteyder, der udøver virksomhed på det nationale område inden for den pågældende branche.”

I konklusionen udtalte Domstolen bl.a.:

”1) Traktatens artikel 59 og 60 [nu TEUF artikel 56 og 57] er ikke til hinder for, at en medlemsstat forpligter en virksomhed, som er etableret i en anden medlemsstat, og som midlertidigt udfører arbejder i den førstnævnte stat, til at betale sine udstationerede arbejdstagere den mindsteløn, som er fastsat ved den gældende kollektive overenskomst i den førstnævnte medlemsstat, forudsat at de pågældende bestemmelser er tilstrækkeligt præcise og tilgængelige, således at det ikke i praksis er umuligt eller urimeligt vanskeligt for en sådan arbejdsgiver at få klarhed over, hvilke forpligtelser han skal overholde.

2) Traktatens artikel 59 og 60 [nu TEUF artikel 56 og 57] er til hinder for, at en medlemsstat – selv ved ordens- og sikkerhedsforskrifter – forpligter en virksomhed, som er etableret i en anden medlemsstat, og som midlertidigt udfører arbejder i den førstnævnte stat, til for hver udstationeret arbejdstager at betale arbejdsgiverbidrag til ordninger som de belgiske ordninger med ”timbres-intempéries” og ”timbres-fidélité” og til at udstede et personligt kort til hver arbejdstager, når den pågældende virksomhed i den stat, hvor den er etableret, allerede er underkastet forpligtelser, der i

det væsentlige er sammenlignelige hermed efter deres formål, som er at beskytte arbejdstagernes interesser, over for samme arbejdstagere og for samme beskæftigelsesperioder.”

Af Domstolens dom af 12. december 1974 i sag 36/74 (Walrave) følger, at bestemmelsen i TEUF artikel 56 ikke alene gælder for statslige restriktioner, herunder i form af almenyldige overenskomster, men også ”for andre former for regler, hvis formål er at give kollektive bestemmelser for lønarbejde og tjenesteydelser”.

## 4.2 Udstationeringsdirektivet

I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (96/71) hedder det bl.a.:

### ”Artikel 1. Anvendelsesområde

1. Dette direktiv finder anvendelse på virksomheder, som i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på en medlemsstats område ...

...

### Artikel 3. Arbejds- og ansættelsesvilkår

1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på nedennævnte områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:

- ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller
- ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8, for så vidt de vedrører de i bilaget nævnte aktiviteter:

...

c) mindsteløn, herunder overtidsbetalt; dette gælder ikke for erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger

...

I forbindelse med dette direktiv defineres begrebet mindsteløn, jf. stk. 1, litra c), i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret.

...”

EU-Domstolen har i dom af 7. november 2013 i sag C-522/12 (Isbir) i præmis 35-41 udtalt:

”35 Da direktiv 96/71 ikke har til formål at harmonisere ordningerne med henblik på fastsættelse af arbejds- og ansættelsesvilkårene i medlemsstaterne, står det dem frit for på nationalt plan at vælge en ordning, som ikke udtrykkeligt er foreskrevet i nævnte direktiv, forudsat at den ikke hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne (Laval un Partneri-dommen, præmis 68).

36 Endvidere bemærkes, at artikel 3, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 96/71 udtrykkeligt henviser til national lovgivning eller praksis i en medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret, med henblik på fastsættelse af den i samme artikel 3, stk. 1, første afsnit, omhandlede mindstelønsats.

37 Det må i denne forbindelse fastslås, at direktiv 96/71 ikke indeholder nogen kriterier med henblik på en materiel definition af mindstelønnen. Ved anvendelsen af dette direktiv henhører fastlæggelsen af dens elementer derfor under den pågældende medlemsstats lovgivning, dog kun for så vidt som denne definition – således som den fremgår af den nationale lovgivning, relevante nationale kollektive aftaler eller af de nationale domstoles fortolkning – ikke medfører hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne.

38 Domstolen har i denne forbindelse allerede fastslået, at de forhøjelser og tillæg – der ifølge national lovgivning eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret, ikke defineres som en del af mindstelønnen, og som ændrer forholdet mellem på den ene side arbejdstagerens arbejdsydelse og på den anden side den modydelse, som den pågældende modtager – ikke kan anses for sådanne elementer i medfør af bestemmelserne i direktiv 96/71 (dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland [sag C-341/02], præmis 39).

39 Domstolen fastslog således, at det er ganske almindeligt forekommende, at en arbejdsgiver, der kræver af sin arbejdstager, at denne udfører ekstraarbejde eller arbejder under særlige omstændigheder, giver arbejdstageren compensation herfor, uden at compensationen skal tages i betragtning ved beregningen af mindstelønnen (dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 39).

40 Det er således udelukkende de lønelementer, som ikke ændrer forholdet mellem på den ene side arbejdstagerens arbejdsydelse og på den anden side den modydelse, som den pågældende modtager, der kan tages i betragtning ved fastlæggelsen af mindstelønnen i henhold til direktiv 96/71.



41 Under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende skal det for det første fastslås, at de faste betalinger i august 2007 og januar 2008, som fremhævet af den forelæggende ret, fremstår som modydelse for de omhandlede arbejdstageres normale virksomhed, som fastsat i en kollektiv aftale, der finder generel anvendelse...”

I domskonklusionen hedder det:

”Artikel 3, stk. 1, andet led, litra c), i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at der i mindstelønnen medregnes sådanne lønelementer, som ikke ændrer forholdet mellem på den ene side arbejdstagerens arbejdsydelse og på den anden side den modydelse, som den pågældende modtager som vederlag for denne ydelse. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om dette er tilfældet med hensyn til de lønelementer, der er omhandlet i hovedsagen.”

I dom af 12. februar 2015 i sag C-396/13 ((Elektrobudowa) har EU-Domstolen i overensstemmelse med præmis 37 i Isbir-sagen udtalt, at ”fastlæggelsen af elementerne i begrebet mindsteløn ved anvendelsen af dette direktiv [henhører] under udstationeringsmedlemsstatens lovgivning, for så vidt som denne definition – således som den fremgår af den nationale lovgivning, relevante nationale kollektive aftaler eller af de nationale domstoles fortolkning – ikke medfører hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne” (præmis 34).

### **4.3 Forordning om koordinering af sociale sikringsordninger**

I Europa-Parlamentet og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 af 29. april 2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger hedder det bl.a.:

”Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union har –

...

ud fra følgende betragtninger:

(1) Reglerne om koordinering af de enkelte medlemsstaters sociale sikringsordninger indgår som led i den frie bevægelighed for personer og bør således bidrage til en forbedring af arbejdstageres levestandard og beskæftigelsesvilkår.

...

(4) Det er nødvendigt at respektere de karakteristiske træk ved national lovgivning om social sikring og kun udarbejde en koordineringsordning.

(5) Koordineringsreglerne skal sikre, at der inden for Fællesskabet sker ligebehandling af samtlige berørte personer efter de forskellige nationale lovgivninger.

...

(8) Det generelle princip om ligebehandling er især vigtigt for arbejdstagere, der ikke har bopæl i den medlemsstat, de er beskæftiget i, herunder grænsearbejdere.

...

(12) I lyset af proportionalitetsprincippet bør det påses, at princippet om ligestilling af forhold eller begivenheder ikke fører til objektivt urimelige resultater eller til kumulation af ydelser af samme art for samme periode.

...

(44) Det er nødvendigt at indføre en ny forordning for at ophæve forordning (EØF) nr. 1408/71. Af hensyn til retssikkerheden skal forordning (EØF) nr. 1408/71 imidlertid fortsat være gældende og have retsvirkning i forbindelse med visse EF-retsakter og aftaler, som Fællesskabet har indgået.

...

udstedt følgende forordning:

...

## Artikel 1 Definitioner

I denne forordning forstås ved udtrykket:

...

l) ”lovgivning”: i forhold til enhver medlemsstat love, administrative forskrifter, vedtægtsmæssige bestemmelser og alle andre gennemførelsesregler vedrørende de i artikel 3, stk. 1, nævnte sociale sikringsgrene.

Udtrykket omfatter ikke aftalemæssige bestemmelser ud over de bestemmelser, der tjener til opfyldelse af en forsikringspligt i henhold til de i det foregående afsnit omhandlede love og administrative forskrifter, eller som ved en offentlig myndigheds

afgørelse er tillagt almindelig retsvirkning eller har fået deres gyldighedsområde udvidet, forudsat at den pågældende medlemsstat fremsætter en erklæring herom og meddeler denne til formanden for Europa-Parlamentet og formanden for Rådet for Den Europæiske Union. Denne erklæring offentliggøres i Den Europæiske Unions Tidende.

...

### Artikel 3 Anvendelsesområde

1. Denne forordning finder anvendelse på enhver lovgivning om social sikring, der vedrører:

a) ydelser ved sygdom

b) ydelser ved moderskab og dermed ligestillede ydelser ved faderskab

c) ydelser ved invaliditet

d) ydelser ved alderdom

...

f) ydelser i anledning af arbejdsulykker og erhvervssygdom

...

2. Med forbehold af bilag XI finder denne forordning anvendelse på alle almindelige og særlige sociale sikringsordninger, med eller uden bidragspligt, samt på ordninger vedrørende en arbejdsgivers eller en reders forpligtelser.

...

### Artikel 9

Erklæringer fra medlemsstaterne vedrørende denne forordnings anvendelsesområde

1. Medlemsstaterne giver skriftligt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber meddelelse om de erklæringer, der henvises til i artikel 1, litra l), de love og ordninger, der er omhandlet i artikel 3, de indgåede overenskomster ... samt om væsentlige ændringer, der efterfølgende foretages. ...”

Såvel Danmark som Polen har afgivet erklæring i henhold til forordningens artikel 9. I Polens erklæring om love og ordninger omhandlet i forordningens artikel 3 nævnes bl.a. love og ordninger

om ydelser ved sygdom, ydelser ved moderskab og dermed ligestillede ydelser ved faderskab, ydelser ved invaliditet, ydelser ved alderdom, herunder en lov af 17. december 1998 om tilbagetrækningspensioner og andre pensioner fra Den Sociale Forsikringsfond, og ydelser i anledning af arbejdsulykker og erhvervssygdom. For så vidt angår alle de nævnte ydelser er henvist til bl.a. (i engelsk oversættelse) ”Social Insurance System Act of 13 October 1998”.

#### 4.4 Pensionsdirektivet

I Rådets Direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet, hedder det bl.a.:

”Rådet for Den Europæiske Union har –

...

ud fra følgende betragtninger:

...

(3) de retsfor skrifter, Rådet allerede har vedtaget med henblik på at beskytte arbejdstagernes og deres familiemedlemmers sociale sikringsrettigheder, når de flytter inden for Fællesskabet, særligt Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og Rådets forordning (EØF) nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 ..., angår udelukkende lovpligtige pensionsordninger; koordineringen i disse forordninger omfatter ikke supplerende pensionsordninger, med undtagelse af de ordninger, der er omfattet af udtrykket ”lovgivning” som defineret i forordning (EØF) nr. 1408/71, artikel 1, litra j), første afsnit, eller i forbindelse med hvilke en medlemsstat fremsætter en erklæring i henhold til denne artikel;

...

(5) pensioner og ydelser bør ikke omfattes af både dette direktiv og forordning (EØF) nr. 1408/71 og (EØF) nr. 574/72, og derfor kan supplerende pensionsordninger, som falder inden for de to nævnte forordningers anvendelsesområde, fordi en medlemsstat har fremsat en erklæring herom i henhold til artikel 1, litra j), i forordning (EØF) nr. 1408/71, ikke være omfattet af nærværende direktiv;

...

udstedt følgende direktiv:

...

## ”Artikel 1

Dette direktiv har til formål at beskytte de rettigheder, som tilkommer medlemmer af en supplerende pensionsordning, der flytter fra én medlemsstat til en anden, og dermed bidrage til at fjerne hindringerne for den frie bevægelighed for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende inden for Fællesskabet. Beskyttelsen vedrører pensionsrettigheder i henhold til såvel frivillige som obligatoriske supplerende pensionsordninger, bortset fra ordninger, der er omfattet af forordning (EØF) nr. 1408/71 [nu forordning 883/2004].

## Artikel 2

Dette direktiv omfatter alle medlemmer af en supplerende pensionsordning samt andre ydelsesberettigede under sådanne ordninger, som derigennem har erhvervet eller erhverver rettigheder i en eller flere medlemsstater.

...

## Artikel 3

I dette direktiv forstås ved:

a) ”supplerende pension”: alderspensioner og invalide- og efterladtepensioner, som supplerer eller erstatter ydelser, der udbetales i de nævnte kategorier under lovpligtige sociale sikringsordninger, hvis disse pensioner udbetales i henhold til reglerne for en supplerende pensionsordning, der er oprettet i overensstemmelse med national lovgivning og praksis

b) ”supplerende pensionsordning”: enhver erhvervstilknyttet pensionsordning, der er oprettet i overensstemmelse med national lovgivning og praksis, som f.eks. en gruppeforsikringsaftale, en branche- eller sektorspecifik ordning med finansiering ved udbetaling, en funderet ordning eller pensionstilsagn understøttet af virksomhedshenlæggelser eller enhver kollektiv eller tilsvarende ordning, der har til formål at sikre arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende en supplerende pension.

...

## Artikel 6

Bidrag til supplerende pensionsordninger fra eller på vegne af en udstationeret arbejdstager

1. Medlemsstaterne træffer sådanne foranstaltninger, der er nødvendige for at skabe mulighed for fortsat indbetaling af bidrag til en supplerende pensionsordning i en medlemsstat fra eller på vegne af en udstationeret arbejdstager, der under udstationeringen i en anden medlemsstat er medlem af en sådan ordning.

2. Når der i medfør af stk. 1 under udstationeringen fortsat betales bidrag til en supplerende pensionsordning i oprindelsesmedlemsstaten, skal den udstationerede arbejdstager og, hvor det er relevant, dennes arbejdsgiver, være undtaget fra enhver forpligtelse til at betale bidrag til en supplerende pensionsordning i en anden medlemsstat.

...”

## **5. Udstationeringsloven**

Udstationeringsloven (lovbekendtgørelse nr. 1144 af 14. september 2018 om udstationering af lønmodtagere m.v.) indeholder i § 6 a følgende bestemmelse:

”§ 6 a. Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførsel 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 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 kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Der skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales.”

Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 1394 af 27. december 2008 om ændring af lov om udstationering af lønmodtagere (Gennemførelse af anbefalingen fra udredningsarbejdet om Lavalafgørelsen og forlængelse af revisionsfrist). Det hedder i det underliggende lovforslag, lovforslag nr. 36, Folketinget 2008-2009, i de almindelige bemærkninger bl.a.:

”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. I modsat fald ville det ikke kunne sikres, at udenlandske udstationerede lønmodtageres aflønning svarer til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet 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.”

Det hedder i de specielle bemærkninger til bestemmelsen bl.a.:

”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 erhvervsgren 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. I den forbindelse kan det nævnes, at eksempelvis bidrag til uddannelsesfonde, som den udenlandske tjenesteyder ikke vil kunne få samme glæde af som en dansk arbejdsgiver, ikke vil kunne konverteres til et lønkrav, selvom en dansk arbejdsgiver kan være forpligtet til at betale et sådant bidrag i henhold til en kollektiv overenskomst.”

## **6. Den polske pensionsordning**

Polen har ved lov oprettet socialsikringsinstituttet *Zakład Ubezpieczeń Społecznych* (herefter ZUS), i engelsk oversættelse *Social Insurance System Act of October 13th 1998*. Arbejdsgivere og lønmodtagere m.fl. betaler bidrag fastsat ved lov til instituttet.

Ordningen er nærmere beskrevet i Europakommissionens vejledning fra 2012 om social sikring i Polen (”Dine rettigheder til social sikring i Polen”). Det fremgår heraf bl.a.:

”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.

Efter det oplyste er de gældende bidragssatser fastsat i artikel 22, der er sålydende (i engelsk oversættelse):

”1. The rates for social insurance contributions shall amount to:

1) 19,52 % of the basis of 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.

...

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.  
...”

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.

## **7. Overenskomstgrundlaget**

### **7.1. Overenskomsten**

*Overenskomst 2017 for Murer- og Murerarbejdsmandsarbejde* mellem Dansk Byggeri og Fagligt Fælles Forbund indeholder i § 36 følgende bestemmelse om pension og sundhedsordning:

#### *Kapitel 9 Pension*

##### *§ 36 Pension og sundhedsordning*

1. Virksomheden betaler pension for voksne medarbejdere, der er fyldt 18 år og elever, der er fyldt 20 år og som i 6 måneder har arbejdet under en overenskomst mellem forbundene i BAT – Kartellet og Dansk Byggeri eller Tekniq, eller i en tilsvarende periode har haft erhvervsarbejde.

2. Pensionsbidraget udgør 12% af medarbejderens ferieberettigede løn plus ferie- og søgnehelligdagsbetaling. Medarbejderen betaler 4% af bidraget, og virksomheden betaler 8%.

3. Der er mulighed for den enkelte medarbejder via virksomheden, at foretage supplerende indbetalinger.

##### *Forhøjet pensionsbidrag under barselsorlov*

4. Under de 14 ugers barselsorlov indbetales et ekstra pensionsbidrag til medarbejdere med 6 måneders anciennitet på det forventede fødselstidspunkt.

Pensionsbidraget udgør pr. måned ..... kr. 2,040,00

pr. time ..... kr. 12,75

Virksomheden betaler 2/3 og medarbejderen 1/3.

##### *Indbetaling af pensionsbidrag*

5. Parterne er enige om, at virksomhederne indbetaler medarbejdernes andel og foretager en samlet indbetaling til PensionDanmark. Pensionsbidraget skal indbetales

senest den 10. i måneden efter, det er indtjent. Der henvises i øvrigt til vejledningen fra PensionDanmark.

6. Manglende indberetning og indbetaling af pensionsbidrag behandles i henhold til protokollat om pensionsbidrag til PensionDanmark af 28. januar 2011.

*Sundhedsordning*

...”

## **7.2. Pensionsprotokollatet**

3F og Dansk Byggeri indgik den 20. januar 2017 *Protokollat om pensionsforhold for udstationerede virksomheder*. Det hedder heri:

”Ved et møde dags dato mellem nedennævnte parter om pensionsforhold for udstationerede medarbejdere er der indgået følgende aftale om betaling af pensionsbidrag til udstationerede medarbejdere, der i medfør af pensionsdirektivet (nr. 1998/49) oppebærer pensionsbidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet:

### *Formål*

Aftalens formål er at undgå dobbeltbetaling af pensionsbidrag, og at udstationerede medarbejdere sikres en betaling på samme niveau som øvrige omfattet af overenskomsten. Den udstationerende virksomhed må således ikke stilles ringere eller bedre end en tilsvarende dansk virksomhed, såfremt der betales bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet.

### *Pligt til at betale pensionsbidrag*

Såfremt den udstationerende virksomhed under udstationeringen indbetaler bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet, undtages virksomheden fra pligten til at foretage indbetaling af pensionsbidrag til PensionDanmark, for de medarbejdere der er omfattet af en supplerende pensionsordning i hjemlandet. Virksomhedens dokumenterede bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet kan modregnes i bidragene som virksomheden skal betale i henhold til overenskomsten.

I stedet for indbetaling af pensionsbidrag til PensionDanmark indbetaler virksomheden differencebeløbet op til den efter overenskomsten gældende pensionssats til en supplerende pensionsordning for medarbejderen i hjemlandet eller udbetaler differencen som et løntillæg til medarbejderen. Afregning af det resterende bidrag/løntillæg skal, jf. overenskomsternes bestemmelser herom, fremgå af lønsedlen og udbetales/indbetales for hver lønperiode.

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

...”

### **7.3. Baggrunden for pensionsprotokollatet**

Baggrunden for protokollatet var en beslutning i forbindelse med 2014 overenskomstforhandlingerne, hvor der blev indgået et *Protokollat om udvalgsarbejde om pensionsforhold for udstationerede medarbejdere*. Der var på dette tidspunkt ikke særlige bestemmelser i overenskomsten om pensionsforholdene for udstationerede medarbejdere. Det hedder i dette protokollat:

”Parterne er enige om, at der nedsættes en arbejdsgruppe, der skal undersøge, hvilken betydning direktiv om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for vandrende arbejdstagere (98/49EF) vedrørende dobbeltbetaling af pension, har for overenskomstens bestemmelser om pensionsbidrag. Drøftelserne skal være afsluttet i juni 2015.”

Under udvalgsarbejdet enedes parterne om at indhente en udtalelse fra professor, dr.jur. Jens Kristiansen om pensionsdirektivets betydning for pensionsforhold for udstationerede medarbejdere.

I notat af 3. juni 2015 anfører Jens Kristiansen i sin redegørelse for pensionsdirektivet (direktiv 1998/49) bl.a.:

”Det fremgår af ordlyden af bestemmelsen [artikel 6, stk. 2], at værtslandet skal beskytte serviceydere og udstationerede medarbejdere mod at blive tvunget til at deltage i en supplerende pensionsordning i værtslandet. Det er uklart, om bestemmelsen også beskytter serviceydere og medarbejdere mod en pligt til at betale en eventuel difference i pensionsbidraget til en supplerende pensionsordning i hjemlandet. Der er ikke støtte i selve ordlyden af bestemmelsen for, at en udenlandsk serviceyder (også) skal være fritaget for et krav om at betale en difference som et løntillæg eller et bidrag til den supplerende pensionsordning i hjemlandet.

Bestemmelsen beskytter kun serviceydere og medarbejdere i de tilfælde, hvor der indbetales til pensionsordninger, der ikke er omfattet af forordning 2004/883 om koordinering af sociale sikringsydelser, jf. direktivets artikel 1. Ifølge forordningens artikel 13, stk. 2, litra a, er en udstationeret lønmodtager omfattet af den sociale sikringslovgivning i hjemlandet. Forordningen giver udstationerede lønmodtagere krav på at modtage bl.a. en lovreguleret alderspension i hjemlandet, og serviceydere skal ligeledes fortsætte med at indbetale bidrag til en lovpligtig alderspension i hjemlandet under udstationeringsperioden. Så længe serviceyderen har pligt til at indbetale pensionsbidrag i hjemlandet, vil det til gengæld være en uberettiget restriktion i den traktatfæstede ret til fri bevægelighed at pålægge serviceyderen tillige at indbetale pensionsbidrag til en lovpligtig pensionsordning i værtslandet, jf. dom af 3.2.1982 i C-62/81 (Seco Desquenne) om bidrag til en alders- og invalidepensionsordning.”

I sin vurdering af parternes dagældende aftale om arbejdsmarkedspension udtalte Jens Kristiansen bl.a.:

”Efter ordlyden af pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2, skal en udenlandsk serviceyder og en udstationeret medarbejder være fritaget ”for enhver forpligtelse” til at indbetale bidrag til en pensionsordning i værtslandet. Det eneste krav for at være fritaget er ifølge bestemmelsen, at der ”fortsat betales bidrag til en supplerende ordning i oprindelsesstaten”. Bestemmelsen stiller efter ordlyden ikke krav til karakteren af den supplerende pensionsordning i hjemlandet, herunder at den skal sikre medarbejderne pensionsrettigheder svarende til dem i værtslandet.

Pensionsordningen i parternes overenskomst opfylder ikke kravet i pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2. Udenlandske serviceydere og udstationerede medarbejdere er ikke fritaget for at være tilmeldt PensionDanmark i de tilfælde, hvor de fortsat indbetaler bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet.

Ifølge pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2, skal en udenlandsk serviceyder formentlig kun være beskyttet mod at blive tvunget til at betale til en pensionsordning i værtslandet. At serviceyderen selv måtte have påtaget sig at betale til en pensionsordning her i landet ved at indmelde sig i Dansk Byggeri, ændrer imidlertid ikke ved, at der vil være tale om en tvungen pensionspligt for de udstationerede medarbejdere, som deltager i ordningen. De lønmodtagere, som arbejder under byggeriets overenskomster, har pligt til at deltage i pensionsordningen. Det vil derfor næppe være tilstrækkeligt til at honorere kravene i artikel 6, stk. 2, at serviceyderen frivilligt har påtaget sig pensionspligten, hvis det medfører en pligt for de udstationerede medarbejdere til at deltage i ordningen.

Sammenfattende er det herefter min vurdering, at bestemmelserne om pension i byggeriets overenskomster ikke er forenelige med pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2. Det vil efter min vurdering kræve, at der bliver indsat en regel, som undtager den udenlandske serviceyder og den udstationerede medarbejder fra at indbetale pensionsbidrag til PensionDanmark, hvis de fortsætter med at indbetale bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet under udstationeringen. En sådan bestemmelse vil formentlig kunne pålægge serviceyderen i stedet at indbetale et differencebeløb til en supplerende pensionsordning for medarbejderen i hjemlandet eller at indbetale differencen som et løntillæg til medarbejderen.”

#### **7.4. Vidneforklaring afgivet af Palle Bisgaard**

Palle Bisgaard har forklaret bl.a., at han som næstformand i 3F Byggegruppen deltog i overenskomstforhandlingerne i 2014 og 2017.

Baggrunden for, at overenskomsterne i 2014 nedsatte arbejdsgruppen om pensionsdirektivets betydning for pensionsforhold for udstationerede medarbejdere, var en sag, som den italienske entreprenør Trevi Group havde anlagt mod Beskæftigelsesministeriet samt overenskomsterne Dansk Byggeri og 3F med påstand om erstatning. Under sagen gjorde Trevi gældende, at Overenskomstens bestemmelse om betaling af pensionsbidrag til PensionDanmark var EU-stridig, og at Trevi indbetalte til en supplerende pensionsordning, Prevedi, i Italien.

Han deltog i arbejdsgruppen sammen med bl.a. Peter Stenholm fra Dansk Byggeri. Arbejdsgruppen besluttede at anmode professor, dr. jur. Jens Kristiansen om at udarbejde et notat. Arbejdsgruppen drøftede opgavens omfang på et møde med Jens Kristiansen den 9. februar 2015. Der var herefter et møde den 4. maj 2015, hvor Jens Kristiansen præsenterede sit første udkast, og hvor arbejdsgruppens medlemmer havde lejlighed til at stille spørgsmål. Efter at arbejdsgruppen havde modtaget notatet af 3. juni 2015, var arbejdsgruppen i de efterfølgende drøftelser enige om, at det var nødvendigt at foretage ændringer til overenskomsten. Løsningen var meget simpel, for Jens Kristiansen havde været meget præcis i sin anbefaling. Parterne var enige om at tage udgangspunkt i notatet. Jens Kristiansen havde i notatet klart skelnet mellem de pensionsordninger, der er omfattet af forordning 883/2004, og de supplerende pensionsordninger omfattet af pensionsdirektivet. Det var for 3F meget vigtigt, at ændringen begrænsede sig til de supplerende

pensionsordninger som en klart afgrænset undtagelse. Den dobbeltbetaling, som skulle undgås, var betaling af sammenlignelige ydelser i pensionsdirektivets forstand.

Arbejdsgruppen drøftede aldrig, at der skulle henses til virksomhedens samlede medarbejderomkostninger, eller at sociale sikringsordninger skulle kunne begrunde fritagelse for overenskomstens pensionsforpligtelser. For 3F var det afgørende, at det beløb, man som arbejdsgiver skulle betale, skulle være det samme, således at arbejdsgiveren havde samme udgift til sammenlignelige pensionsordninger. Det var baggrunden for kravet om betaling af et differencebeløb, når bidraget til den supplerende ordning i hjemstaten var mindre end bidraget efter overenskomsten. De ville undgå, hvad de havde været præsenteret for i forbindelse med indbetaling til ZUS, at det ikke skete på grundlag af den danske løn, men minimumslønnen i Polen.

Parterne var enige om, at protokollatet omfattede ordninger uden for forordning 883/2004. Det fremgik også klart af Jens Kristiansens notat. Parterne har haft diskussioner om, hvorvidt en ordning var en social sikringordning eller en supplerende pensionsordning i pensionsdirektivets forstand, men der har ikke før denne sag været uenighed mellem parterne om, hvorvidt sociale sikringsomkostninger kunne modregnes. Industriens Pensionsordning har givetvis været drøftet, men han husker det ikke. 3F har fra starten sagt, at man ikke ville have en formulering som på Industriens område. For 3F skulle undtagelsen holdes så begrænset som muligt, dvs. til de supplerende pensionsordninger. Efter hans opfattelse forsøger Dansk Byggeri med denne sag at voldgive sig til en ordning, de ikke har opnået ved overenskomsten.

Overenskomstparterne var enige om, at de forhold, Jens Kristiansen havde påpeget, skulle rettes op, og var enige om, at de skulle have en EU-konform overenskomst.

### **7.5. Vidneerklæring afgivet af Peter Stenholm**

Peter Stenholm, direktør i Dansk Byggeri, der deltog i forhandlingerne om indgåelsen af pensionsprotokollatet, har i en skriftlig vidneerklæring af 28. oktober 2019 besvaret følgende spørgsmål:

1. Hvad var din rolle i forbindelse med aftalen om Pensionsprotokollatet?

Svar: Jeg var med til forhandlingerne og ved aftale indgåelsen.

2. Hvad var baggrunden for de drøftelser der fandt sted mellem overenskomstparterne i 2014 som medførte at man nedsatte en arbejdsgruppe om Pensionsprotokollatet?

Svar: Baggrunden for drøftelserne var Trevi sagen og de problemstillinger denne sag kastede af sig i relation til navnlig pension. Vi blev i Dansk Byggeri opmærksomme på, at vores overenskomsters pensionsbestemmelser nok ikke var i overensstemmelse med EU-retten. Det blev vi nødt til at forholde os til. Derfor nedsatte man i 2014 en arbejdsgruppe der skulle arbejde videre med en aftale, der ville gøre overenskomstens bestemmelser i overensstemmelse med EU-retten.

3. Hvilke drøftelser husker du indgik i formuleringen af Pensionsprotokollatet?

Svar: Vi talte om flere ting. Bl.a. talte vi om pensionsdirektivet og om den aftale der nævner ”arbejdsmarkedspension”. Vi talte om, at vi ønskede en formulering der var bredere end begrebet arbejdsmarkedspension, eftersom mange af de virksomheder Dansk Byggeri organiserer udstationerer medarbejdere fra lande, der ikke har klassiske arbejdsmarkedspensioner, men derimod pensioner der indgår som en del af en social sikringsordning. Derfor ville mange af vores udstationerede virksomheder og udstationerede medarbejdere formentligt ikke være omfattet af ordlyden ”arbejdsmarkedspension”. Derfor arbejdede vi videre med et bredere begreb, som vi gik ud fra ville omfatte vores medlemmer.

4. Hvad var årsagen til at man ønskede et Pensionsprotokollat og hvad ville konsekvensen af ikke at indgå aftale om et protokollat være?

Svar: I Danske Byggeri var vores overvejelse som sagt, at overenskomstens pensionsbestemmelser ville blive ugyldige i forhold til udstationerede virksomheder, og retsvirkningen heraf var usikker. Vi ønskede naturligvis at være med til at modvirke social dumping, derfor blev vi nødt til at arbejde videre med en aftale.

5. Kan du huske hvorfor man henviste til Pensionsdirektivet?

Svar: Vi henviste til direktivet, fordi vi på daværende tidspunkt vurderede, at det ville definere protokollatet bredt, og således at det omfattede vores medlemmer der har nogle andre sammensatte ordninger i udlandet. Vi ønskede som sagt en ordning der rakte bredere end industriens.



6. Hvilken retsstilling vil der efter din opfattelse gælde, hvis Pensionsprotokollatet ikke omfatter sociale sikringsordninger i andre EU-lande?

Svar: Min opfattelse er, at vi skal forholde os til, at vores overenskomster og pensionsprotokollater formentligt vil være i strid med EU-retten – en retsvirkning som både er utilsigtet og absurd, eftersom det jo netop var det, vi forsøgte at bringe i orden tilbage i 2017.

## **8. Fagretlig praksis**

### **8.1. På Byggeriets område**

**8.1.1.** Der er under sagen fremlagt referat af et organisationsmøde den 16. november 2018 mellem 3F og Dansk Byggeri for en polsk virksomhed, der udførte arbejde i Danmark. Et af tvistepunkterne var, om virksomheden kunne modregne indbetaling til ZUS i Polen i de pensionsbidrag, som virksomheden efter overenskomsten skulle indbetale til PensionDanmark. Herom hedder det i referatet:

”Pension blev gennemgået, Virksomheden har ikke dokumenteret hvad ZUS dækker over.

Derfor er der enighed om at pensionen betales jf. protokollat om Pension for udstationeret medarbejder, enten til PensionDanmark eller som et særskilt pkt. på lønsedlen.”

**8.1.2.** Kendelse af 1. februar 2019 i faglig voldgiftssag FV 2018.0060 (Poul Søgaard) angik en uoverensstemmelse om, hvorvidt en tjekkisk udstationerende virksomhed (K2 Leseni) havde efterlevet Bygge- og Anlægsoverenskomstens bestemmelser om afregning af løn, pension og feriepenge. For så vidt angår pension var spørgsmålet, om beløb, som virksomheden havde indbetalt til Vienna Insurance Group i Tjekkiet, var sket til en supplerende pensionsordning for medarbejderne i hjemlandet, jf. parternes protokollat af 20. januar 2017 om pensionsforhold for udstationerende virksomheder. På baggrund af fremlagte oplysninger om pensionsordningen i Vienna Insurance Group samt individuelle pensionsaftaler, dokumentation for indbetalingerne og en forklaring af virksomhedens advokat fandt opmanden det tilstrækkeligt godtgjort, at indbetalingerne til Vienna Insurance Group var sket til en supplerende pensionsordning i hjemlandet i overensstemmelse med protokollatet af 20. januar 2017.

**8.1.3.** Kendelse af 14. oktober 2019 i faglig voldgiftssag FV 2018.0165 (Børge Dahl, Poul Søgaard og Jytte Scharling) angik en uoverensstemmelse om, hvorvidt der havde foreligget misforhold ved aflønningen af tjekkiske medarbejdere, der som udstationerede for den tjekkiske virksomhed K2 Leseni havde udført stilladsarbejde på Amagerværket i København. Det var et hovedspørgsmål under sagen, om virksomhedens betaling af sociale sikringsomkostninger i henhold til tjekkisk lovgivning indgik som en del af lønbegrebet ved misforholdsvurderingen. Herom udtalte opmændene i det udvidede formandskab:

”Sagen angår aflønningen af tjekkiske medarbejdere udstationeret af det tjekkiske firma K2 Leseni s.r.o. til udførelse af stilladsarbejde på Amagerværket i København. De pågældende medarbejdere har udført såkaldt værksarbejde som timelønsarbejde. De er aflønnet med udgangspunkt i en personlig timeløn på 135,00 kr., dvs. med en timeløn, som er højere end 2017 Bygge- og Anlægsoverenskomstens mindstebetalingssats på 122,15 kr. Medarbejderne har endvidere af den optjente løn fået feriegodtgørelse og søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling efter taksterne i Overenskomsten, ligesom virksomheden har indbetalt pensionsbidrag til PensionDanmark efter Overenskomstens fulde takst uden fradrag af medarbejdernes andel i deres løn. Der er enighed om, at medarbejderne herved har fået en samlet løn for en normaltime på 184,41 kr. og en løn, som er højere, end hvad der efter Overenskomsten mindst er krav på. Der er således ikke under sagen spørgsmål om, hvorvidt medarbejderne i løn har modtaget, hvad de efter Overenskomsten mindst har krav på, herunder spørgsmål om, hvorvidt lovpligtige arbejdsgiverbidrag af medarbejdernes løn i Tjekkiet til sociale sikringsordninger vedrørende bl.a. pension kan fratrækkes i et eller flere af de ovennævnte lønelementer.

Det, der er spørgsmålet under sagen, er, om lønniveauet i K2 Leseni har været sådan, at der foreligger ”misforhold som helhed” i Overenskomstens forstand, jf. dennes § 28, stk. 6 og 7. Det hedder herom i Overenskomsten, at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere misforhold, at der er tale om en væsentlig afvigelse fra den generelle gennemsnitsløn inden for branchen – virksomhedens lønniveau skal være væsentligt lavere end lønniveauet på sammenlignelige virksomheder inden for samme branche og geografi.

Der er i den forbindelse spørgsmål om, hvorvidt der ved misforholdsbedømmelsen af en udenlandsk udstationerende virksomheds lønniveau kan tages hensyn til de udgifter, virksomheden har afholdt til ... de arbejdsgiverbidrag af lønnen, som virksomheden i medfør af lovgivning i hjemlandet har afholdt til sociale sikringsordninger dér.

...

Der er tale om sociale sikringsordninger vedrørende beskæftigelse, sundhed, sygdom og pension. Omkostningerne er lovbestemte og obligatoriske. Arbejdsgiverens samlede bidrag er 33,8 %, som arbejdsgiveren betaler af og oven i den enkelte medarbejders bruttoløn ... Den enkelte arbejdstager bidrager til ordningerne med i alt 11 % af bruttolønnen, som fratrækkes denne.

Disse lovbestemte tjekkiske sociale sikringsordninger er omfattet af EU-forordning nr. 883/2004 af 29. april 2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger. Pensionsordningen har ikke karakter af en supplerende pensionsordning omfattet af EU-direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet.

Der er tale om sociale sikringsordninger vedrørende ydelser, som i Danmark finansieres over skatten. Finansieringen af sådanne ordninger er derfor i Danmark ikke et anliggende, som angår arbejdsmarkedet og de kollektive overenskomster. Ved sammenligning af en udenlandsk udstationerende virksomheds lønniveau med en dansk virksomheds lønniveau under Overenskomstens misforholdsbestemmelse er det imidlertid opmændenes enstemmige opfattelse, at det stemmer bedst overens med formålet med bestemmelsen og hensynet til ligestilling af virksomhederne på markedet at anse den udstationerende arbejdsgivers udgift til medarbejderens sociale sikring for en del af det sammenlignelige lønniveau, eftersom udgiften til en dansk virksomheds medarbejders sociale sikring indirekte indgår i den løn, som medarbejderen får, idet skatten beregnes af denne.

På denne baggrund finder opmændene enstemmigt, at K2 Lesenis lovpligtige bidrag til de tjekkiske sociale sikringsordninger kan indgå i opgørelsen af det efter Overenskomstens misforholdsbestemmelse relevante lønniveau ...”

## **8.2. På Industriens område**

**8.2.1.** Kendelse af 26. februar 2010 i faglig voldgiftssag FV 2009.0093 (Børge Dahl) mellem CO-industri og DI for en række tyske udstationerende virksomheder og den danske virksomhed Karl Dungs angik forståelsen af Afsnit A i protokollat vedrørende udenlandske medarbejders løn- og arbejdsforhold ved udførelse af arbejde i Danmark, Bilag 8 til Industriens Overenskomst.

Ifølge protokollatets punkt 4 skulle ”Dansk Industris medlemsvirksomheder, der beskæftiger udenlandsk arbejdskraft, [...] indpasse denne i virksomhedens lønniveau, ligesom øvrige overenskomstmæssige vilkår skal overholdes”. Efter punkt 6 skulle lønniveauet tilpasses, eventuelt

under organisationernes medvirken, såfremt den udenlandske virksomhed under forhandlingerne eller efterfølgende optages som medlem af DI.

Under sagen nedlagde DI en selvstændig påstand 1, hvorefter klager skulle anerkende, at tyske lovfastsatte socialomkostninger skulle indgå i beregningsgrundlaget ved løntilpasning efter bilag 8 A, punkt 4 og punkt 6. CO-industri påstod frifindelse heroverfor.

Parterne var enige om, at pension ikke skulle indgå i beregningsgrundlaget ved løntilpasning efter bilag 8 A, punkt 4 og 6, såfremt de udenlandske arbejdstagere ikke opfyldte betingelserne i Industriens Overenskomst § 34, stk. 2, for at være berettiget til pension. Det hed 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 den forbindelse nedlagde DI en selvstændig påstand 2, hvorefter klager skulle anerkende, at den tyske lovbaserede pension ikke kunne sidestilles med det i § 34, stk. 2, anførte begreb ”en anden arbejdsmarkedspension”. CO-industri påstod frifindelse heroverfor.

Opmanden udtalte om DI's 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 forsikringselskaber. Beløbet betales direkte fra arbejdsgiveren til det offentlige/forsikringselskaber 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 overenskomstsmæssige 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 [to af] de indklagede virksomheder [...].

Klager har anført, at bilag 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 derfor gives indklagede medhold i indklagedes selvstændige påstand 1.”

Om DI's selvstændige påstand 2 udtalte opmanden:

”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 ... 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 at få 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.”

**8.2.2.** Kendelse af 5. februar 2019 i faglig voldgiftssag FV 2018.0075 (Lene Pagter Kristensen, Marianne Højgaard Pedersen og Hanne Schmidt) angik, om en udstationerende virksomhed, Mostostal, hjemmehørende i Polen, som var omfattet af Industriens Overenskomst, var berettiget til i pensionsbidrag, som virksomheden skulle betale i henhold til Industriens Overenskomst, at modregne de pensionsbidrag, som virksomheden i Polen er forpligtet til at indbetale til ZUS.

Af kendelsen fremgår, at overenskomstparterne (DI og CO-industri) ved overenskomstforhandlingerne i 2014 indgik en organisationsaftale til supplerende af bl.a. bilag 8 til Industriens Overenskomst i form af et protokollat om lønforhold for udstationerede medarbejdere omfattet af bl.a. Industriens Overenskomst. I protokollatet hedder det bl.a.:

”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 haft 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.

...

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..."

Sidste afsnit blev i 2017-2020 Overenskomsten 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 eller indbetales til Industriens Pension."

Klager nedlagde påstand om, at Mostostal skulle anerkende, at en udstationerende virksomhed hjemmehørende i Polen ikke kunne modregne bidrag betalt til ZUS i pensionsbidrag, som virksomheden skulle betale i henhold til Industriens Overenskomst.

Indklagede nedlagde påstand om frifindelse.

Opmændene i det udvidede formandskab udtalte bl.a.:

"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..."

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.

...

Den indgåede organisationsaftale ... fastslår indledningsvis følgende to grundprincipper 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 haft 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 frifindespåstand tages herefter til følge.”



## **9. Parternes påstande og hovedsynspunkter**

### **9.1. Påstande**

**9.1.1. Klager**, Fagligt Fælles Forbund, har nedlagt påstand om, at indklagede, JacksonAdapt SP. Z.O.O, skal anerkende, at indbetaling til Zaklad Ubezpieczen Spolecznych ikke fritager indklagede fra at indberette og indbetale pensionsbidrag til PensionDanmark A/S i henhold til Murer- og Murerarbejdsmandsoverenskomstens bestemmelser.

**9.1.2. Indklagede**, Dansk Byggeri for JacksonAdapt SP. Z.O.O., har påstået frifindelse og har nedlagt følgende selvstændige påstande:

1. Klager skal anerkende, at JacksonAdapt SP. Z.O.O's indbetaling af pensionsbidrag til Zaklad Ubezpieczen Spolecznych kan begrunde en reduktion i virksomhedens forpligtelse til at betale pensionsbidrag/løntillæg i medfør af Protokollatet om pensionsforhold for udstationerede virksomheder.

Såfremt voldgiftsretten måtte komme frem til, at JacksonAdapt SP. Z.O.O's indbetaling af pension til Zaklad Ubezpieczen Spolecznych ikke er omfattet af Protokollatet om pensionsforhold for udstationerede virksomheder i Murer- og Murerarbejdsmandsoverenskomsten nedlægger indklagede følgende selvstændige påstand:

2. Klager skal anerkende, at JacksonAdapt SP. Z.O.O ikke er forpligtet til at indberette og indbetale pension til PensionDanmark A/S, jf. Murer- og Murerarbejdsmandsoverenskomstens § 36, i det omfang JacksonAdapt SP. Z.O.O indbetaler pension til Zaklad Ubezpieczen Spolecznych.

### **9.2. Parternes hovedsynspunkter**

**9.2.1. Parterne er enige om**, at sagen alene angår, om indklagedes betaling til Zaklad Ubezpieczen Spolecznych (ZUS) af arbejdsgiverbidraget til alderspension kan modregnes i arbejdsgiverpensionsbidraget til PensionDanmark.

**9.2.2. Klager** har anført navnlig, at overenskomstparterne med protokollatet om pensionsforhold for udstationerede virksomheder forudsatte, at udstationerede virksomheder som udgangspunkt – ligesom andre virksomheder – skulle indbetale pensionsbidrag til PensionDanmark, dog kun

virksomhedens bidrag. Som en undtagelse hertil har overenskomstparterne aftalt, at såfremt den udstationerende virksomhed under udstationeringen betaler bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet, undtages virksomheden fra pligten til at betale pensionsbidrag til PensionDanmark. I stedet betaler virksomheden et eventuelt differencebeløb som løntillæg eller ekstra bidrag til den supplerende pensionsordning i hjemlandet.

Det fremgår af såvel ordlyd, baggrund, formål, praksis og parternes fælles forståelse af protokollat om pensionsforhold for udstationerende virksomheder, at undtagelse for udstationerende virksomheder fra at foretage indbetaling af pensionsbidrag til PensionDanmark forudsatte, at virksomheden under udstationeringen betaler til en supplerende pensionsordning i hjemlandet, jf. Pensionsdirektivet.

Ordlyden er klar. Indledningen afgrænser udtrykkeligt protokollatets anvendelsesområde til at angå betaling af pensionsbidrag til medarbejdere, der i medfør af pensionsdirektivet oppebærer pensionsbidrag til en supplerende pensionsordning. Det angivne formål skal forstås inden for afgrænsningen i indledningen, og protokollatet anvender udelukkende begrebet ”supplerende pensionsordning”.

Baggrunden for protokollatet var professor, dr.jur. Jens Kristiansens notat af 3. juni 2015, og protokollatet skaber den retsstilling, som Jens Kristiansen havde peget på i notatet. Formålet var at sikre, at Overenskomstens bestemmelse om pensionsbidrag var i overensstemmelse med EU-retten, og dette formål er opnået ved protokollatet.

Parterne har endvidere haft en fælles forståelse af protokollatet. Den af Dansk Byggeri under sagen oplyste hensigt med protokollatet var ukendt for klager og kan ikke tillægges betydning. Parternes efterfølgende praksis, som den eksempelvis er kommet til udtryk i kendelse af 1. februar 2019 i FV2018.0060 (K2 Leseni) understøtter, at der var en fælles forståelse om protokollatet.

Det bestrides, at der foreligger en EU-stridig dobbeltbetaling af pensionsbidrag. Indbetaling til ZUS er betaling af bidrag til en social sikringsordning. Ordningen er lovbestemt og obligatorisk. Der er tale om bidrag, der i Danmark betales over skatten.

En pensionsordning kan efter EU-retten ikke både være en social sikringsordning og en supplerende pensionsordning. Polen har i henhold til artikel 9 i forordning 883/2004 erklæret, at bidrag til ZUS, herunder til alderspension, er omfattet af forordning 883/2004 og derved er en social sikringsordning. Det er således ikke samme ydelse, lønmodtageren opnår.

Protokollatet strider endvidere ikke mod de EU-retlige grundlæggende principper i TEUF artikel 56 og 57. Det bemærkes i den forbindelse, at området supplerende pensionsordninger er harmoniseret fuldt ud.

**9.2.3. Indklagede** har anført navnlig, at pensionsprotokollatet skal forstås efter sit formål og så bredt, at det omfatter enhver obligatorisk pensionsforpligtelse, der afholdes af den udstationerende virksomhed i hjemlandet og som knytter sig til alderspension. Anvendelsesområdet omfatter således såvel sociale sikringsordninger som indbetalinger til supplerende pensionsordninger.

Ved indgåelsen af pensionsprotokollatet forholdt parterne sig til pensionsdirektivet, fordi Trevi-sagen var baggrunden for forhandlingerne. Man forholdt sig imidlertid ikke konkret til, hvilke andre ordninger der kunne være relevante.

Det var overenskomstparternes helt overordnede hensigt med pensionsprotokollatet at tilvejebringe en aftale, der medførte, at Overenskomstens pensionsbestemmelser ikke var i strid med EU-retten. Dette synspunkt støttes af protokollatets formålsangivelse, hvorefter formålet var at undgå dobbeltbetaling af pensionsbidrag, og at udstationerede medarbejdere sikres betaling på samme niveau som øvrige omfattet af overenskomsten. Det fremgår af Palle Bisgaards forklaring, at man fra klagers side havde overvejet, at eksempelvis ZUS kunne udgøre et problem. Det er derfor naturligt at fortolke protokollatet i overensstemmelse med formålet.

Pensionsprotokollatets eksistens savner mening, hvis man skal følge klagers opfattelse, eftersom indholdet i så fald allerede var gældende mellem parterne i henhold til pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2.

Indklagedes opfattelse støttes af bemærkningerne til udstationeringslovens § 6 a, der netop ikke sondrer mellem, om pensionsordninger er omfattet af enten pensionsdirektivet eller forordning

883/2004. Alderspension i henhold til ZUS baserer sig på en arbejdsmarkedsbidragsordning og er dermed en sammenlignelig ydelse med danske overenskomstmæssige arbejdsmarkedspensioner, der ligeledes udspringer af et ansættelsesforhold.

Praksis inden for andre overenskomstområder understøtter endvidere indklagedes opfattelse, jf. herved kendelse af 26. februar 2010 i FV2009.0093 (Karl Dungs) og kendelse af 5. februar 2019 i FV2018.0075 (Mostostal).

Såfremt voldgiftsretten måtte komme frem til, at pensionsprotokollatet ikke omfatter sociale sikringsordninger – herunder indbetalinger til ZUS – gøres det til støtte for *den selvstændige påstand 2* gældende, at en sådan retsstilling reelt vil efterlade stort set samtlige udstationerede virksomheder uden for pensionsprotokollatet, idet praktisk talt alle pensionsordninger i de øvrige EU-medlemslande indgår som led i sociale sikringsordninger, således at reguleringen af disse pensionsordninger ikke kan sammenlignes med de danske overenskomstmæssige arbejdsmarkedspensioner.

Både forordning 883/2004 og pensionsdirektivet samt retspraksis ved EU-domstolen bygger på det EU-retlige princip om forbud mod dobbeltbetaling og forbud mod restriktioner i den fri bevægelighed. En retsstilling, hvorved udstationerede virksomheder forpligtes til både at betale pension til PensionDanmark og fuldt bidrag til alderspension i hjemlandet, vil medføre en dobbeltbetaling i strid med EU-retten.

Såfremt udstationerede virksomheder, der indbetaler pension til en social sikringsordning, ikke er omfattet af pensionsprotokollatet, vil virksomhederne ud fra en EU-konform fortolkning af Overenskomstens § 36 være berettiget til at undlade at betale pension til PensionDanmark.

## **10. Opmændenes begrundelse og resultat**

### **10.1. Problemstillingen**

Sagen angår forståelsen af det pensionsprotokollat, som er aftalt mellem Dansk Byggeri og 3F. Hovedspørgsmålet er, om en polsk virksomheds lovpligtige pensionsbidrag for medarbejdere udstationeret i Danmark til det polske socialsikringsinstitut ZUS skal anses som bidrag til en supplerende pensionsordning i pensionsprotokollatets forstand. Der er i den forbindelse spørgsmål

om, hvorvidt krav om betaling af bidrag til overenskomstparternes arbejdsmarkedspensionsordning for udstationerede medarbejdere til en polsk arbejdsgiver, som er forpligtet til i Polen at indbetale pensionsbidrag for medarbejderne til ZUS, indebærer et EU-stridigt krav om dobbeltbetaling.

## **10.2. Den danske arbejdsmarkedspensionsregulering og sagens EU-retlige baggrund**

Det er karakteristisk for den danske arbejdsmarkedspensionsregulering, at lønniveau m.v. sikres gennem kollektive overenskomster, ikke gennem lovgivning. Danske kollektive overenskomster om løn- og arbejdsvilkår indeholder i almindelighed vilkår om pension, typisk om indbetaling af et pensionsbidrag til et pensionselskab, og typisk således at bidraget udgør en procentdel af lønnen, på store dele af arbejdsmarkedet 12 %, hvoraf den ansatte betaler 1/3, virksomheden 2/3. Sådanne overenskomstbestemte arbejdsgiverpensionsbidrag anses efter dansk arbejdsret for en del af de ansattes samlede arbejdsvederlag og løn, jf. herved Højesterets dom af 28. september 1994 (UfR 1994.907).

Det er på den baggrund opmærksomheden enstemmige bedømmelse, at sådanne overenskomstbestemte arbejdsgiverpensionsbidrag som udgangspunkt indgår i den mindsteløn, som udstationerede medarbejdere ifølge udstationeringsdirektivet (EF/96/71) artikel 3 skal være sikret ved arbejde her i landet. Det er i direktivet overladt til medlemsstaterne at definere begrebet mindsteløn. Direktivet indeholder ikke, som det f.eks. siges i EU-Domstolens dom af 7. november 2013 i sag C-522/12, *Isbir* (præmis 37), ”nogen kriterier med henblik på en materiel definition af mindstelønnen”. Som det imidlertid siges i samme dom, kan tillæg, ”som ændrer forholdet mellem på den ene side arbejdstagerens arbejdsydelse og på den anden side modydelsen, som den pågældende modtager”, ikke anses for elementer, som kan indgå i begrebet mindsteløn i henhold til direktivet (præmis 38). Arbejdsgiverbidrag til en dansk arbejdsmarkedspensionsordning som beskrevet indebærer ikke en sådan ændring, men har tværtimod karakter af modydelse for arbejdstagernes normale virksomhed (*Isbir* præmis 41). Sagen angår da heller ikke den polske virksomheds pligt til at aflønne i overensstemmelse hermed, men om aflønningen for så vidt angår arbejdsgiverpensionsbidraget helt eller delvist kan ske med virksomhedens betaling af arbejdsgiverbidrag til sikring af de udstationerede medarbejders pension i Polen.

Det er i forarbejderne til udstationeringslovens § 6 a anført, at princippet om ligebehandling medfører, at en udenlandsk tjenesteyder ikke kan mødes med et krav om dobbeltbetaling, og at der

derfor kan være pligt til at tage hensyn til udgifter til f.eks. ferie og pension, som en udenlandsk tjenesteyder er forpligtet til at betale i henhold til f.eks. en overenskomst i hjemlandet.

Det følger da også af EU-retten, at national fastlæggelse af mindsteløn i udstationeringsdirektivets forstand ikke må medføre hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne (EU-Domstolens dom af 12 februar 2015 i sag C-396/13, Elektrobudowa, præmis 34). Krav om betaling af arbejdsgiverbidrag til en ordning i udstationeringsstaten kan således være i strid med TEUF artikel 56 og 57, hvis de udstationerede arbejdstagere har den samme eller en i det væsentlige tilsvarende beskyttelse i de arbejdsgiverbidrag, som arbejdsgiveren også i udstationeringsperioden er forpligtet til at betale i hjemstaten (EU-Domstolens dom af 28. marts 1996 i sag C-272/94, Guiot, præmis 17). Det vil derimod ikke være tilfældet, hvis arbejdsgiverbidrag til en ordning i udstationeringsstaten sikrer de udstationerede medarbejdere en fordel, der reelt kan give dem en ekstra beskyttelse, som de ellers ikke ville have, og det samme bidrag kræves af enhver tjenesteyder, der udøver tilsvarende virksomhed (EU-Domstolens dom af 23. november 1999 i sag C-369/96 og C-376/96, Arblade, præmis 54).

Hvad særligt pensionsbidrag angår, gælder pensionsdirektivet (98/49/EF). Ifølge pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2, skal en udstationeret medarbejders og dennes arbejdsgivers bidragsbetaling til en supplerende pensionsordning for medarbejderen i hjemlandet indebære, at medarbejderen og arbejdsgiveren er undtaget fra enhver forpligtelse til at betale bidrag til en supplerende pensionsordning i udstationeringslandet. En supplerende pensionsordning er i direktivet defineret som en ordning, der har til formål at sikre arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende en supplerende pension, jf. nærmere artikel 3, litra b. Supplerende pension er alders- og invalide- og efterladtepensioner, som supplerer eller erstatter ydelser, der udbetales i de nævnte kategorier under lovpligtige sociale sikringsordninger, jf. nærmere artikel 3, litra a.

Det fremgår af pensionsdirektivets artikel 1, at beskyttelsen efter direktivet vedrører pensionsrettigheder i henhold til såvel frivillige som obligatoriske supplerende pensionsordninger, bortset fra ordninger, der er omfattet af forordning (EØF) nr. 1408/71, dvs. ordninger, der nu er omfattet af forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger. Det hedder i pensionsdirektivets betragtning nr. 3, at supplerende pensionsordninger, som omfattes af forordning (EØF) nr. 1408/71 og (EØF) nr. 574/72, fordi en medlemsstat har fremsat en erklæring

herom i henhold til artikel 1, litra j, i forordning nr. 1408/71, ikke kan være omfattet af pensionsdirektivet. Det vil sige, at supplerende pensionsordninger, hvorom der nu er afgivet skriftlig erklæring i henhold til artikel 9 i forordning (EF) nr. 883/2004 – der ifølge artikel 3 finder anvendelse på enhver lovgivning om social sikring, som vedrører bl.a. alderdom (nr. 1), og alle almindelige og særlige sociale sikringsordninger, med eller uden bidragspligt (nr. 2) – om at være omfattet af denne forordning, ikke omfattes af pensionsdirektivet. Polen har afgivet en sådan erklæring om, at ZUS-alderspensionssikringsordningen er omfattet af forordningen. ZUS-alderspensionssikringsordningen er derfor efter EU-retten efter formandskabets enstemmige bedømmelse ikke omfattet af pensionsdirektivet.

### **10.3. Dansk Byggeri og 3F's overenskomst og pensionsprotokollat**

Den polske virksomhed JacksonAdapt har ved at melde sig ind i arbejdsgiverforeningen Dansk Byggeri forpligtet sig til at efterleve den kollektive overenskomst indgået med Fagligt Fælles Forbund (3F) gældende for det arbejde, som dens udstationerede medarbejdere udfører i Danmark, 2017-overenskomsten for Murer- og Murerarbejdsmandsarbejde.

Dansk Byggeri og 3F har i denne overenskomst aftalt en pensionsordning for voksne medarbejdere, der er fyldt 18 år, jf. nærmere overenskomstens § 36. Arbejdsgiveren skal indbetale et pensionsbidrag på 12 % af medarbejderens ferieberettigede løn plus ferie- og søgnehelligdagsbetaling til det danske pensionsselskab PensionDanmark. Af bidraget skal medarbejderen betale de 4 % og arbejdsgiveren de 8 %. Pligten til betaling af pensionsbidrag påhviler efter overenskomstens ordlyd enhver virksomhed, som er bundet af overenskomsten, og omfatter efter overenskomstens ordlyd også medarbejdere, som en udenlandsk virksomhed har udstationeret til arbejde i Danmark.

En forståelse af overenskomstens § 36 om pension i overensstemmelse med ordlyden, således at der efter overenskomsten ikke gælder noget særligt for så vidt angår medarbejdere udstationeret til arbejde i Danmark af en udenlandsk virksomhed, understøttes af det mellem Dansk Byggeri og 3F den 20. januar 2017 aftalte protokollat om pensionsforhold for udstationerende virksomheder. Dette protokollat indeholder nemlig en ordning, som på angivne vilkår undtager en udstationerende virksomhed fra pligten til efter overenskomsten at foretage indbetalinger af pensionsbidrag til PensionDanmark.

Dette protokollat er udløber af et arbejde i en arbejdsgruppe, som Dansk Byggeri og 3F i forbindelse med overenskomstforhandlingerne i 2014 aftalte at nedsætte til undersøgelse af betydningen af direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for fællesskabet, for overenskomstens bestemmelser om pensionsbidrag.

Som led i den nævnte arbejdsgruppes arbejde indhentede Dansk Byggeri og 3F i fællesskab hos professor, dr.jur. Jens Kristiansen en redegørelse for pensionsdirektivets betydning for pensionsforhold for udstationerede medarbejdere. Denne redegørelse af 3. juni 2015 konkluderede, at bestemmelserne om pension i byggeriets overenskomster ikke er forenelige med pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2 – det ville kræve, ”at der bliver indsat en regel, som undtager den udenlandske serviceyder og den udstationerede medarbejder fra at indbetale pensionsbidrag til PensionDanmark, hvis de fortsætter med at indbetale bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet under udstationeringen”.

Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at Dansk Byggeri og 3F i forbindelse med overenskomstforhandlingerne i 2017 var enige om at følge denne konklusion og derfor indgik protokollatet af 20. januar 2017 om pensionsforhold for udstationerende virksomheder. I protokollatet karakteriseres den indgåede aftale indledningsvist da også som en aftale om betaling af pensionsbidrag til ”udstationerede medarbejdere, der i medfør af pensionsdirektivet (nr. 1998/49) oppebærer pensionsbidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet”. Denne angivelse af anvendelsesområdet sammenholdt med det anførte om tilblivelsen taler åbenbart for en forståelse af udtrykket ”supplerende pensionsordning i hjemlandet” i selve aftaleteksten som en supplerende pensionsordning i pensionsdirektivets forstand, jf. herved pensionsdirektivets artikel 3, litra a og b, sammenholdt med de indledende betragtninger nr. 3.

Der er ikke i de afgivne vidneforklaringer og -erklæringer fremkommet oplysninger, som giver holdepunkt for en anden fælles forståelse.

Der er efter opmændenes enstemmige bedømmelse heller ikke i aftalens formålsangivelse – undgå dobbeltbetaling af pensionsbidrag, sikre udstationerede medarbejdere betaling på samme niveau



som øvrige omfattet af overenskomsten og ligebehandling af udenlandsk udstationerede virksomhed og tilsvarende dansk virksomhed – sammenholdt med det forhold, at parterne har haft et fælles ønske om gennem protokollatet at sikre fuldstændig EU-konformitet, fornødent holdepunkt for en anden forståelse. Ganske vist angår arbejdsgiverbidrag til den polske socialsikringsordning ZUS de ansattes pension ligesom arbejdsgiverbidrag til den danske arbejdsmarkedspensionsordning. Arbejdsgiverbidrag til den danske arbejdsmarkedspensionsordning har imidlertid en helt anden karakter end arbejdsgiverbidrag til ZUS, der EU-retligt er at anse som bidrag til en social sikringsordning, ikke til en supplerende pensionsordning i pensionsdirektivets forstand. Arbejdsgiverbidrag til den danske arbejdsmarkedspensionsordning sikrer de udstationerede medarbejdere en reel ekstra pension helt på linje med den ekstra pensionssikring, andre medarbejdere under overenskomsten opnår. Der er således ikke tale om dobbeltbetaling i den forstand, hvori dette udtryk må anses for anvendt i forarbejderne til udstationeringsloven, at der betales dobbelt for samme medarbejdere. Uden indbetaling af arbejdsgiverbidrag til den danske arbejdsmarkedspensionsordning vil de udstationerede medarbejdere ikke være sikret samme minimumsløn som andre medarbejdere under overenskomsten, og der er ikke i pensionsprotokollatets ordlyd eller tilblivelse noget holdepunkt for, at ligebehandling forstået som ligebehandling under hensyn til den udstationerede virksomheds samlede relevante medarbejderomkostninger – som tilfældet er for så vidt angår forståelsen af misforholdsbestemmelsen i Bygge- og Anlægsoverenskomsten, jf. kendelse af 14. oktober 2019 i faglig voldgiftssag FV2018.0165 mellem 3F og Dansk Byggeri for K2 Leseni – har skullet tillægges betydning for pligten til at betale arbejdsgiverbidrag til den danske arbejdsmarkedspensionsordning.

Det er således opmændenes enstemmige bedømmelse, at der skal gives klager medhold i den principale påstand, og at klager skal frifindes for indklagedes selvstændige påstande.

**Thi bestemmes:**

Indklagede JacksonAdapt SP. Z.O.O skal anerkende, at indbetaling til Zakład Ubezpieczeń Społecznych ikke fritager indklagede fra at indberette og indbetale pensionsbidrag til PensionDanmark A/S i henhold til Murer- og Murerarbejdsmandsoverenskomstens bestemmelser.

Fagligt Fælles Forbund (3F) frifindes for de selvstændige påstande, som Dansk Byggeri for JacksonAdapt SP. Z.O.O har nedlagt.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmændene.

Børge Dahl      Poul Søgaard      Jytte Scharling

Til bekræftelse:

Jytte Scharling