



REDEGØRELSE

Redegørelse vedrørende C 271/08 i relation til retstilstanden i Danmark vedr. arbejdsmarkedspensionerne

Juni 2011

1. Indledning og baggrund for redegørelsen

Den 15. juli 2010 afsagde EU-Domstolen dom i sagen C-271/08, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Tyskland.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt tyske kommunale myndigheder og virksomheder har kunnet indgå tjenesteydelsesaftaler vedrørende en valgfri del af en arbejdsmarkedspension direkte med en af de institutioner og selskaber, der er udpeget i en kollektiv overenskomst indgået mellem arbejdsmarkedets parter, uden afholdelse af udbudsprocedure inden for hele Den Europæiske Union.

I forbindelse med Kommissionens åbningsskrivelse til Tyskland fandt Beskæftigelsesministeriet og arbejdsmarkedets parter, at det ikke kunne udelukkes, at sagen kunne give anledning til principielle overvejelser og konklusioner fra domstolens side vedr. aftalebaserede pensionsordninger. Dertil kom, at det ikke fremgik klart af sagen, hvilke elementer af det tyske pensionssystem, som Domstolen skulle tage stilling til. Derfor valgte regeringen at afgive indlæg i sagen til støtte for Tyskland.

I dommen slår Domstolen fast, at Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser efter udbudsdirektiverne ved, at de kommunale arbejdsgivere – uden iagttagelse af en udbudsprocedure - har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende indbetaling af arbejdsmarkedspension for de kommunalt ansatte arbejdstagere direkte med de pensionsinstitutioner og pensions-selskaber, der er nævnt i den kollektive overenskomst om lønkonvertering.

Selvom dommen viste sig at være meget konkret i forhold til specifikke forhold vedrørende en mindre del af det tyske pensionssystem, har Beskæftigelsesministeriet fundet det hensigtsmæssigt nærmere at analysere dommen i forhold til, om den kunne have betydning for den danske retstilstand for så vidt angår det danske arbejdsmarkedspensionssystem.

Med henblik på at kunne vurdere, i hvilket omfang dommen har betydning for det danske arbejdsmarkedspensionssystem, har Beskæftigelsesministeriet i løbet af efteråret 2010 afholdt en række møder med arbejdsmarkedets parter samt Forsikring & Pension om dommen for nærmere at få belyst forskelle og evt. ligheder mellem de danske arbejdsmarkedspensionsordninger og de tyske ordninger, som har været til vurdering i C-271/08.

2. Nærmere om sagens indhold og tvisten i sagen

Det følger af den tyske lovgivning, at hvis en arbejdstager gennem ansættelsesforholdet får tilsagn om alderspension mv., så er arbejdsgiveren også ansvarlig for til-

delingen af de ydelser, der er givet tilsagn om, selvom gennemførelsen ikke forstås direkte af arbejdsgiveren. Det fremgår endvidere af de tyske regler, at arbejdstageren kan kræve, at op til 4% af lønnen konverteres som et ekstrabidrag til en arbejdsmarkedspension. Gennemførelsen af arbejdstagerens ret reguleres ved aftale. På det kommunale område har man gennemført retten til lønkonvertering ved kollektiv overenskomst, hvori det blandt andet fremgår, at den kommunale arbejdsgiver kan vælge nogle bestemte pensionselskaber til at gennemføre og forvalte ordningen med at konvertere op til 4 pct. af lønnen til pension. De tyske regler og den omhandlede overenskomst er gengivet i bilag 2.

Som følge af en klage underrettede Kommissionen ved åbningsskrivelse af 18. oktober 2005 Forbundsrepublikken Tyskland om, at medlemsstaten i forbindelse med et antal kommunale myndigheders og virksomheders indgåelse af tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for Unionen, kunne have tilsidesat artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI, i direktiv 92/50 og under alle omstændigheder principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

Ved skrivelse af 29. marts 2006 bestred Forbundsrepublikken Tyskland, at de kommunale myndigheder og virksomheder handler som »ordregivende myndigheder« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 92/50, når de udfylder deres arbejdsgiverfunktion på området for arbejdsmarkedspension.

Tyskland gjorde ligeledes gældende, at de omhandlede forsikringsaftaler henhører under arbejdsforhold og følgelig ikke udgør offentlige aftaler, idet de kommunale arbejdsgivere reelt blot varetager en opgave som betalingsorgan med henblik på udveksling af ydelser mellem de arbejdstagere, der har valgt delvis lønkonvertering til pensionsopsparing, og forsikringsinstitutionerne.

Tyskland anførte ligeledes, at anvendelsen af udbudsretten ved indgåelsen af de omtvistede aftaler ville være i strid med den aftalefrihed på arbejdsmarkedet, som følger af § 9, stk. 3, i den tyske grundlov (Grundgesetz).

Da Kommissionen ikke var tilfreds med svaret, fremsatte Kommissionen ved skrivelse af 4. juli 2006 til Forbundsrepublikken Tyskland en begrundet udtalelse, hvori Kommissionen præciserede, at dens klagepunkter ligeledes fra den 1. februar 2006 omfattede tilsidesættelse af artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55 i direktiv 2004/18, der i det væsentlige gentog bestemmelserne i direktiv 92/50, som Kommissionen havde påberåbt sig i åbningsskrivelsen.

I svar af 15. november 2006 på den begrundede udtalelse bekræftede Forbundsrepublikken Tyskland sit standpunkt og vedlagde besvarelsen en sagkyndig erklæring til godtgørelse af, at den omhandlede lønkonverteringsforanstaltning henhører under begrebet løn.

Den anførte tillige, at tærskelværdierne for anvendelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser ikke var nået i det foreliggende tilfælde, henset til nødvendigheden af at vurdere hver enkelt aftale individuelt. Medlemsstaten understregede endelig, at den under alle omstændigheder ikke kunne berigtige en eventuel tilsidesættelse af

EU-retten, idet den ikke havde beføjelse til at give arbejdsmarkedets parter instrukser.

Ved en skrivelse af 30. januar 2007 fremsendte Kommissionen en anmodning om oplysninger til Forbundsrepublikken Tyskland med henblik på særligt at vurdere, om det socialpolitiske aspekt kunne berettige en undtagelse fra de EU-retlige udbudsbestemmelser i det konkrete tilfælde.

Da Kommissionen fandt, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke i sin besvarelse herpå af 1. marts 2007 var fremkommet med en passende begrundelse, besluttede den at anlægge sag mod Tyskland.

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har således nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, og siden den 1. februar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Under retsmødet har Kommissionen omformuleret sin påstand derhen, at Domstolen alene fastslår det hævdede traktatbrud, for så vidt som tyske kommunale myndigheder og virksomheder, der omfattede mere end 2 697 ansatte for perioden svarende til 2004 og 2005 og mere end 2 402 ansatte for perioden svarende til 2006 og 2007, har indgået sådanne aftaler.

3. Dommens konklusioner

Domstolen konkluderer følgende vedrørende den frivillige tyske lønkonverteringsordning:

- At Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.
- At Forbundsrepublikken Tyskland siden den 1. februar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- At der i strid med fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter er blevet indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspension direkte med de institutioner og selskaber, der er nævnt i § 6 i den kollektive overenskomst om lønkonvertering for kommunalt ansatte arbejdstagere.

- At indgåelsen af tjenesteydelsesaftalen er sket uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Den Europæiske Union i 2004 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 4 505 ansatte, i 2005 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 3 133 ansatte, og i 2006 og 2007 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 2 402 ansatte.

4. Dommens centrale præmisser og afvejning af relevante hovedproblemstillinger

4.1. Forholdet mellem retten til kollektiv forhandling og anvendelse af EU-udbudsretten

Domstolen understreger, at retten til kollektive forhandlinger er en grundlæggende rettighed, som er fuldt ud anerkendt i EU-retten og som udøves i overensstemmelse med national ret og praksis (jf. præmis 37 – 38). Domstolen henviser til, at EU-retten anerkender arbejdsmarkedets parters rolle på EU-plan under hensyntagen til, at de nationale arbejdsmarkedssystemer er forskellige (jf. præmis 39) og at der i sagen er enighed om, at den i sagen omhandlede overenskomst om lønkonvertering har til formål at forbedre de berørte arbejdstageres pensionsopsparing (socialt formål), jf. præmis 40.

Men Domstolen henviser samtidig til, at den grundlæggende karakter af retten til kollektive forhandlinger og det sociale formål med den i sagen omhandlede overenskomst ikke i sig selv kan medføre, at de kommunale arbejdsgivere fritages for at overholde kravene i udbudsretten (jf. præmis 41). Det er således flere gange i retspraksis slået fast, at bestemmelser i kollektive overenskomster ikke er udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om personers frie bevægelighed og at en grundlæggende rettighed som fx retten til kollektiv forhandling kan undergives visse begrænsninger og skal udøves i overensstemmelse med EU-retten (jf. præmis 42-43).

Domstolen slår på den baggrund fast, at udøvelsen af den grundlæggende ret til kollektive forhandlinger således skal være i overensstemmelse med kravene ifølge de friheder, der er beskyttet af Traktaten, og som udbudsdirektiverne tilsigter at gennemføre, ligesom den skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Domstolen henviser til, at den tidligere har slået fast (jf. bl.a. Albany- og van der Voudé-dommene), at trods de konkurrencebegrænsende virkninger af en kollektiv overenskomst mellem en arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, der i en bestemt sektor indfører en tillægspensionsordning administreret af en pensionsfond, som det er obligatorisk at være medlem af, så er en sådan overenskomst ikke omfattet af traktatens konkurrencebestemmelser. Men dette har dog ifølge Domstolen ikke betydning i forhold til at vurdere, om overenskomsten overholder EU-rettens bestemmelser om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser på udbudsområdet ved udpegelsen af de forsikringsinstitutioner, der skal have ansvar for gennemførelsen af den omhandlede lønkonverteringsforanstaltning (jf. præmis 45-46). Domstolen henviser i den forbindelse til, at traktatens konkurrencebestemmelser og udbudsdirektiverne har forskellige anvendelsesbetingelser (jf. præmis 48).

Domstolen finder, at til forskel fra det formål, som arbejdsmarkedets parter er blevet enige om, nemlig at forbedre (pensions)niveauet for de kommunalt ansatte arbejdstagere, så berører udpegelsen af institutioner og selskaber i en kollektiv overenskomst, som den i sagen omhandlede, ikke kernen i retten til kollektive forhandlinger (jf. præmis 49). Domstolen finder ligeledes, at den omstændighed, at de omstridte aftaleindgåelser foretages med anvendelse af en kollektiv overenskomst, ikke i sig selv kan undtage den foreliggende sag fra anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne (direktiv 92/50 og 2004/18), jf. præmis 50.

4.2. Varetagelse af det sociale formål ved gennemførelse af udbud

Domstolen foretager i præmis 51-66 en konkret afvejning af, om en udbudspligt vil være forenelig med det sociale formål, som varetages af parterne i de tyske ordninger.

Domstolen bemærker, at selv om bestemmelsen i § 6 i den omhandlede tyske overenskomst generelt forfølger et socialt formål om at forbedre niveauet for de berørte arbejdstageres pension, så vil bestemmelsen fuldstændig udelukke anvendelsen af direktiv 92/50 og 2004/18 på området for kommunalt ansattes pensionsopsparing.

Tyskland har i relation til § 6 i overenskomsten gjort gældende, at den er udtryk for en fælles løsning, der tager hensyn til de forskellige interesser, som den kollektive overenskomsts parter har. Tyskland har understreget, at udpegelsen af de pågældende forsikringsinstitutioner og –selskaber, der som de eneste kan få ansvaret for gennemførelsen af lønkonverteringsordningen i den kommunale sektor, gør det muligt på en mere fordelagtig måde at inddrage arbejdstagerne og tage hensyn til disses interesser, end hvis valget af forsikrings-selskab blev truffet af hver kommunal arbejdsgiver indenfor rammerne af en udbudsprocedure. Tyskland har endvidere gjort gældende, at tilbuddene fra de institutioner og selskaber, der er omhandlet i § 6 i den tyske overenskomst, bygger på et solidaritetsprincip, som gør det muligt at foretage en udligning mellem ”gode og dårlige” risici, således at alle ansatte kan omfattes af ordningen uden, at der kan ske en udvælgelse baseret på medicinske kriterier.

Domstolen bemærker hertil, at det er muligt at bringe anvendelsen af udbudsprocedurerne på linje med de mekanismer i tysk socialret, der sikrer arbejdstagerne eller deres repræsentanter deltagelse i beslutningstagningen vedrørende valg af den eller de forsikringsinstitutioner, som får ansvaret for at gennemføre af lønkonverteringsforanstaltningen (jf. præmis 55).

Domstolen slår således fast, at en anvendelse af udbudsprocedurerne i øvrigt ikke udelukker at pålægge de bydende betingelser, som afspejler de berørte arbejdstageres interesser (jf. præmis 56), og at bevarelsen af solidaritetsprincipper i ordningerne ikke i sig selv er uforenelig med en udbudsprocedure. Der er således intet i udbudsdirektiverne, som er til hinder for, at en kommunal arbejdsgiver i udbudsbeholdningen præciserer de betingelser, som skal opfyldes af de bydende for fx at undgå at en udvælgelse sker efter medicinske kriterier (jf. præmis 56 og 58).

Domstolen henviser i øvrigt til, at udbudsdirektiverne giver de ordregivende myndigheder mulighed for at forsikre sig om, at de bydende selskaber er professionelle og har finansiel kapacitet. Der er derfor ikke grundlag for at formode, at andre forsikringsinstitutioner og –selskaber, der ikke er nævnt i § 6 i den tyske overens-

komst, ikke skulle kunne have den fornødne erfaring og finansiell soliditet (jf. præmis 60).

Domstolen konkluderer samlet, at en overholdelse af udbudsdirektiverne ikke er uforenelig med gennemførelsen af det sociale formål, der forfølges af overenskomstens parter ved udøvelsen af deres ret til kollektive forhandlinger (jf. præmis 66).

4.3. Om de indgåede aftaler om lønkonvertering og valg af forsikringsinstitut er offentlige tjenesteydelsesaftaler omfattet af direktiv 92/50 og 2004/18

Domstolen konstaterer, at der er enighed mellem sagens parter om, at de indgåede aftaler om lønkonvertering vedrører forsikringsydelse, som er nævnt i de omhandlede direktiver.

Tyskland anførte under sagen, at de kommunale myndigheder og virksomheder ikke handlede som »ordregivende myndigheder« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i de omhandlede direktiver. Tyskland argumenterede i den forbindelse med, at de kommunale myndigheder ved indgåelse af pensionsaftaler blot gennemfører et valg, der på forhånd er fastlagt i en kollektiv overenskomst, og at en kommune ikke har frihed til at beslutte at give en fortrinsstilling til andre udbydere. Tyskland argumenterede i øvrigt med, at aftalerne ikke var gensidigt bebyrdende, idet der alene var tale om et økonomisk udvekslingsforhold mellem forsikringsinstitutionen og den arbejdstager, der har valgt lønkonvertering, hvor arbejdsgiveren alene påtager sig at overføre de bidrag, der i henhold til overenskomsten er indeholdt i lønmodtagerens løn, og som skal overføres til institutionen. Ifølge Tyskland har aftalerne alene til formål at gennemføre en foranstaltning til fordel for arbejdstagerne og ikke at indgå en aftale til fordel for den offentlige myndighed.

Domstolen slår i den forbindelse fast, at der i udbudsdirektiverne ikke sondres mellem offentlige aftaler, som en ordregivende myndighed indgår for at imødekomme almenhedens behov (myndighedsopgaven), og aftaler, der ikke vedrører denne opgave. Når der ikke opstilles en sådan sondring skyldes det formålet med udbudsdirektiverne, som er at fjerne risikoen for, at der gives indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling, når ordregivende myndigheder indgår kontrakter (jf. præmis 73).

Domstolen slår endvidere fast, at der med arbejdsgiverens indgåelse af aftaler om lønkonvertering er tale om gensidigt bebyrdende aftaler, som arbejdsgiveren har en økonomisk interesse i at indgå aftaler om. Domstolen henviser til, at arbejdsgiveren ifølge lovgivningen, jf. § 1 i lov om forbedring af arbejdsmarkedspension, også er ansvarlig for tildeling af de ydelser, der er givet tilsagn om, selvom gennemførelsen ikke direkte forestås af den pågældende. Den kommunale arbejdsgiver forhandler således indholdet af en gruppeforsikringsaftale med et forsikringsselskab, som er underlagt særlige krav, som skal sikre selskabets soliditet, som igen giver arbejdsgiveren mulighed for at varetage sine forpligtelser til korrekt at udføre denne form for opsat lønudbetaling, som konverteringen er udtryk for. Med aftalen bliver arbejdsgiveren frigjort fra at forvalte det konverterede pensionsbeløb.

Domstolen afviser i øvrigt, at en aftale indgået mellem en arbejdsgiver og et forsikringsselskab, som den i sagen omhandlede, er omfattet undtagelsen for arbejdsaftaler efter udbudsdirektiverne.

4.4. Om de indgåede aftalers værdi og overskridelsen af tærskelværdierne for anvendelse af direktiv 92/50 og 2004/18

Tyskland har under sagen anfægtet Kommissionens beregningsmetode ved fastlæggelsen af aftalernes værdi, idet Tyskland mener, at det er størrelsen af de administrationsomkostninger, som selskabet kræver som vederlag for de leverede ydelser, som skal lægges til grund, og ikke den samlede størrelse af de bidrag, der indbetales indenfor rammerne af lønkonverteringen.

I dommens præmis 83-105 er der en nærmere gennemgang af diskussionen af aftalernes værdi og beregningsmetode i forbindelse hermed, hvor domstolen tager udgangspunkt i, at det er det månedlige beløb, der ville være genstand for lønkonvertering, som skal lægges til grund for beregningen. I nærværende gennemgang vil der ikke blive redegjort nærmere for spørgsmålet om beregning.

5. Sammenligning mellem de tyske (lønkonverterings)ordninger og de danske overenskomstbaserede ordninger

Den del af de tyske arbejdsmarkedspensionsordninger, der har været bedømt af domstolen, er kendetegnet ved følgende:

Der er tale om ordninger på det kommunale område for kommunale tjenestemænd (kommunalt ansatte arbejdstagere). Ordningerne bygger på en ret for den enkelte kommunalt ansatte arbejdstager til at konvertere op til 4 pct. af sin løn til ekstra pensionsindbetaling. Ordningen er hjemlet i kollektiv overenskomst.

Ordningerne med lønkonvertering er frivillige for den enkelte kommunalt ansatte arbejdstager. Det står således den kommunale arbejdstager frit for, om arbejdstageren vil etablere ordningen, og hvor meget arbejdstageren i givet fald vil indbetale til ordningen (op til 4 pct. af lønnen). Ordningen er udelukkende finansieret af den enkelte arbejdstager.

Arbejdsgiveren har en høj grad af medbestemmelse, indflydelse og ansvar for ordningens placering og medarbejderens pensionsmæssige stilling. Arbejdsgiveren er således økonomisk ansvarlig for, at den ansatte får tildelt de ydelser, der er fastsat i aftalen med arbejdsgiveren. Ifølge overenskomsten kan arbejdsgiveren – i praksis kommunen - udpege ét blandt flere pensionsselskaber.

Ordningerne er supplerende ordninger til en i øvrigt lovbestemt hovedordning på det tyske arbejdsmarkedspensionsområde. Obligatoriske overenskomstbaserede arbejdsmarkedspensioner findes også på det tyske arbejdsmarked. Disse ordninger spiller såvel i størrelse som i udbredelse en langt større rolle i det tyske pensionsystem end de i sagen omhandlede lønkonverteringsordninger. Dommen forholder sig ikke til, hvorvidt de obligatoriske arbejdsmarkedspensioner tilsvarende skal i udbud.

De omhandlede ordninger er størrelsesmæssigt meget beskedne og spiller kun en mindre rolle i forhold til den (samlede) pensionsmæssige stilling - såvel for den enkelte arbejdstager, som for det tyske samfund som helhed.

De tyske lønkonverteringsordninger, som har været genstand for EU-Domstolens bedømmelse, adskiller sig klart og væsentligt fra de danske overenskomstbaserede arbejdsmarkedspensionsordninger.

De danske arbejdsmarkedspensionsordninger er kendetegnet ved følgende:

Arbejdsmarkedspensionerne er udelukkende baseret på kollektive overenskomster og er ikke reguleret i lovgivningen. Retten til indbetaling af pensionsbidrag er hjemlet direkte i de kollektive overenskomster.

Når man arbejder indenfor et overenskomstdækket område er de aftalte pensionsordninger obligatoriske både hvad angår "medlemskab" og pensionsbidragets størrelse. Medlemskab af en given ordning er ikke alene en ret, men også en pligt for den ansatte. Det følger direkte af overenskomsten.

Rammeaftaler mellem overenskomstparterne hhv. pensionsregulativerne fastsætter det nærmere indhold af pensionsaftalerne. Den underliggende pensionsaftale indgås mellem den ansatte og/eller lønmodtagerorganisationen eller overenskomstparterne og det respektive pensionsinstitut.

Den enkelte/lokale arbejdsgiver bestemmer ikke ydelsessammensætningen, ordningens placering m.m. Endelig er arbejdsgiveren ikke ansvarlig for, at lønmodtageren får tildelt de aftalte pensions- og forsikringsydelser, men er alene økonomisk ansvarlig for indbetaling af pensionsbidrag.

Pensionsinstitutterne i de kollektive overenskomster på det offentlige område er kendetegnet ved en høj grad af medlemsdemokrati og medlemsindflydelse, herunder ved at de faglige organisationer enten har oprettet eller udvalgt institutterne eller indgår i ejerkredsen.

Arbejdsmarkedspensionerne generelt set – såvel de firmaaftalte som de overenskomstbaserede ordninger – udgør en meget væsentlig andel af det samlede danske pensionssystem. Arbejdsmarkedspensionssystemet spiller en væsentlig rolle i forhold til den enkeltes pensionsmæssige stilling og har en stor samfundsøkonomisk betydning. De danske ordninger er for mange det største forsørgelselement i pensionstilværelsen.

Retten til pension er en del af den ansattes løn- og ansættelsesvilkår. Forhandlinger om fastlæggelse af bidragsprocent er en væsentlig del af overenskomstforhandlingerne, hvor fordelingen er, at arbejdsgiveren indbetaler 2/3 af pensionsbidraget og lønmodtageren 1/3.

På det danske arbejdsmarked er der hverken i lovgivningen eller i overenskomsterne generelle bestemmelser om lønkonverteringsordninger, som de i sagen omhandlede. Men der kan ske frivillig indbetaling af ekstraordinært pensionsbidrag – svarende til de i dommen omhandlede lønkonverteringer – som normalt vil kunne ske ved, at arbejdsgiveren påtager sig at indbetale pensionsbidraget, uanset til hvilket institut, medarbejderen ønsker og uanset pensionsordningens karakter.

6. Vurdering af dommens centrale præmisser i forhold til det danske arbejdsmarkedspensionssystem

En række af de forhold, som Domstolen lægger vægt på i præmisserne, gør sig ikke gældende i forhold til de danske arbejdsmarkedspensionsordninger, og derfor kan dommens præmisser og konklusioner ikke overføres til de danske ordninger.

6.1. *Vedr. forholdet mellem kollektiv forhandling og EU-udbudsretten*

Domstolen finder, at udpegelsen af institutioner og selskaber i en kollektiv overenskomst, som den i sagen omhandlede, ikke berører kernen i retten til kollektive forhandlinger.

I de danske pensionsordninger er der reelt ikke tale om, at overenskomstparterne udpeger de respektive pensionsinstitutter eller at arbejdsgiveren kan vælge mellem ét af flere pensionsinstitutter. Derimod er institutterne enten oprettet af overenskomstparterne, eller overenskomstparterne indgår direkte i ejerkredsen eller den faglige organisation har ensidigt udpeget pensionsinstituttet til at forvalte pensionsbidragene.

De arbejdsmarkedsrelaterede livsforsikringsselskaber har udelukkende overenskomstparterne som ejere. Endelig er der de øvrige pensionsforsikringsselskaber, hvor arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer indgår i ejerkredsen blandt flere ejere, eller hvor den faglige organisation ensidigt udpeger pensionsinstituttet.

De faglige organisationer – og dermed de sikrede – er sikret en høj grad af indflydelse og medbestemmelse i forhold til de pensionsinstitutter, hvorigennem pensionsforpligtelserne afdækkes.

I Danmark er forhandlingen om pensionsordningen derfor en væsentlig del af overenskomstforhandlingerne og dermed de kollektive overenskomster. Dette gælder både i forhold til bidragsprocent, i forhold til struktur og sammensætning og i forhold til valg af pensionsselskab. Udpegelse af pensionsselskab er ikke en isoleret del af en kollektiv forhandling og arbejdsgiveren kan ikke ensidigt vælge et pensionsselskab til at forvalte pensionsbidrag. De danske arbejdsmarkedspensionsordninger udgør en integreret del af de kollektive forhandlinger og overenskomster, og berører i langt højere grad kernen i retten til kollektive forhandlinger, end tilfældet er med de tyske lønkonverteringsordninger.

Derfor kan EU-Domstolens vurdering af, at udpegelsen af institutioner og selskaber i en kollektiv overenskomst til at forvalte de i sagen omhandlede lønkonverteringsordninger, ikke berører kernen i kollektive forhandlinger, ikke umiddelbart overføres til de danske ordninger.

6.2. *Vedr. varetagelse af det sociale formål ved gennemførelse af udbud*

Domstolen foretager en konkret vurdering af, om udbudspligten er forenelig med det sociale formål, som forfølges med de tyske lønkonverteringsordninger og konkluderer samlet, at en overholdelse af udbudsdirektiverne ikke er uforenelig med gennemførelsen af de sociale formål, som forfølges af overenskomstens parter.

Også her kan det anføres, at der er klare og væsentlige forskelle mellem indretninger af det danske og det tyske pensionssystem, herunder hvilken rolle de omhandlede lønkonverteringsordninger spiller og hvilket de sociale formål de varetager.

I Tyskland spiller den offentlige pension en betydelig rolle. Den offentlige pension er delvist finansieret af bidrag fra arbejdstager og arbejdsgiver, delvist af skatteprovenu. Den offentlige pension svarer ca. til 2/3 af lønnen i arbejdslivet, hvis der er optjent ret til fuld pension. Lønkonverteringsordningerne udgør således en beskeden del af det samlede tyske pensionssystem.

I Danmark kan folkepensionen være relativt lav i forhold til indtægten i arbejdslivet, og arbejdsmarkedspensionerne – såvel de firmaaftalte som de overenskomtbaserede – spiller derfor en afgørende rolle og udgør en integreret del af forsørgelsen i pensionisttilværelsen.

Det sociale formål, der forfølges med de tyske lønkonverteringsordninger, findes ikke at være tungtvejende nok til at tilsidesætte udbudspligten. Det synes rimeligt at antage, at lønkonverteringen netop var af en sådan begrænset størrelse, at den ikke antager et egentligt socialt sigte. En lignende afvejning af danske forhold ville formentlig falde helt anderledes ud.

De danske pensionsordninger udgør i modsætning til de i sagen omhandlede ordninger en væsentlig del af det samlede danske pensionssystem, hvor udbredelsen og dækningsgraden er meget høj også internationalt set.

Det er overenskomtparterne, som har udviklet systemet og som har sikret ordningerne en væsentlig udbredelse og et højt dækningsniveau. Overenskomtparterne er sikret en høj grad af (med-)indflydelse i form af repræsentation i bl.a. bestyrelser og repræsentantskaber. Lønmodtagerne er sikret en høj grad af medlemsdemokrati.

Samlet set har ordningerne karakter af et socialt sikkerhedsnet på arbejdsmarkedet. Det kollektive danske arbejdsmarkedspensionssystem – såvel de overenskomtbaserede som de firmaaftalte ordninger – har således et væsentligt socialt formål i pensionsmæssig henseende.

Derfor kan EU-Domstolens vurdering af, at det sociale formål i de tyske ordninger godt kan varetages ved gennemførelse af et udbud, ikke umiddelbart overføres til det danske arbejdsmarkedspensionssystem.

6.3. Vedr. vurderingen af aftaler i forhold til udbudsdirektiverne

I forhold til de tyske ordninger finder Domstolen, at udbudsdirektivet finder anvendelse på arbejdsgiverens valg af pensionsinstitut, idet aftalen er "gensidigt bebyrdende" – dvs. at også arbejdsgiver har en direkte økonomisk interesse i aftalen. Begrundelsen er, at de tyske kommunale arbejdsgivere forhandler indholdet af forsikringsaftalen og er ansvarlige for tildelingen af de ydelser, der er givet tilsagn om i den kollektive overenskomst. Ved at indgå aftale med et pensionsinstitut "frigøres arbejdsgiveren fra forvaltningen" af pensionstilsagnet (præmis 78).

Det samme gør sig ikke gældende for de danske ordninger, hvor der ikke på samme måde er tale om gensidigt bebyrdende aftaler, som arbejdsgiveren har en økonomisk interesse i. For det første indgås aftaler om pension helt overordnet af løn-

modtagerorganisationerne og pensionsordningen. Der er dermed ikke tale om, at en offentlig arbejdsgiver som en ordregivende myndighed indgår aftale med et pensionselskab om forvaltning af pensionsordningen.

For det andet er der ikke tale om en gensidigt bebyrdende interesse, idet arbejdsgiverens ansvar begrænser sig til alene at indeholde og videreformidle det i overenskomsten fastsatte bidrag til det respektive pensionsinstitut. Arbejdsgiveren er derimod ikke ansvarlig for, at lønmodtageren får tildelt de aftalte pensions- og forsikringsydelse. Arbejdsgiverens ansvar er således uafhængigt af valg af pensionsleverandør.

Derfor kan EU-Domstolens vurdering af, at den tyske arbejdsgivers valg af og aftale med pensionselskabet, er gensidigt bebyrdende og dermed omfattet af udbudsdirektiverne, ikke overføres til de danske ordninger.

7. Samlet vurdering

På baggrund af ovennævnte gennemgang finder Beskæftigelsesministeriet, at dommen ikke har nogen betydning for det danske arbejdsmarkedspensionssystem, idet der er lagt vægt på følgende:

- At dommen må anses for at være meget konkret i forhold til de tyske kommunale lønkonverteringsordninger, som var til bedømmelse i sagen.
- At de tyske lønkonverteringsordninger adskiller sig væsentligt fra de danske arbejdsmarkedspensionsordninger på det offentlige område.
- At de forhold, som Domstolens lægger vægt på i præmisserne, ikke gør sig gældende i forhold til de danske ordninger.
- At de præmisser i sagen, hvorved de tyske kommunale lønkonverteringsordninger anses for omfattet af udbudsreglerne, ikke er relevante i forhold til de danske pensionsordninger på det offentlige område.

Bilag 1

Relevante EU-retlige forskrifter

Direktiv 92/50

4 Ottende betragtning til direktiv 92/50 præciserer, at »dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer: tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet«.

5 I henhold til artikel 1, litra a), nr. viii), i direktiv 92/50 forstås i direktivet ved »offentlige tjenesteydelsesaftaler« »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«, med undtagelse bl.a. af »arbejdsaftaler«.

6 Artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved: ordregivende myndigheder staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved offentligretligt organ forstås ethvert organ,

– hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område

– som er en juridisk person, og

– hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdel af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

[...]«

7 Artikel 7, stk. 1, 4 og 5, i direktiv 92/50 bestemmer:

»1. a) Dette direktiv finder anvendelse

[...]

– på offentlige tjenesteydelsesaftaler, der omfatter tjenesteydelser som nævnt i bilag I A [...],

[...]

ii) som indgås af ordregivende myndigheder nævnt i artikel 1, litra b), bortset fra dem, der er nævnt i bilag I til [Rådets] direktiv 93/36/EØF [af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), såfremt den anslåede værdi eksklusive moms mindst andrager modværdien i ecu af 200 000 [særlige trækningsrettigheder (SDR)].

[...]

4. Ved beregningen af den anslåede værdi af aftaler vedrørende følgende typer tjenesteydelser skal der, alt efter omstændighederne, tages hensyn til følgende:

– for så vidt angår forsikringstjenesteydelser den præmie, der skal betales

[...]

5. Når det drejer sig om aftaler, hvori der ikke er fastsat en samlet pris, er beregningsgrundlaget for aftalernes anslåede værdi:

– for tidsbegrænsede aftaler, hvis de løber i 48 måneder eller derunder, den samlede værdi for hele løbetiden

– for tidsbegrænsede aftaler eller aftaler, hvis løbetid er over 48 måneder, den månedlige værdi multipliceret med 48.«

8 De tyske kommunale myndigheder og virksomheder er ikke nævnt i bilag I til direktiv 93/36.

9 I henhold til artikel 8 i direktiv 92/50, indgås »aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, [...] i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI«.

10 De i artikel 8 i direktiv 92/50 omhandlede afsnit vedrører henholdsvis valg af udbudsprocedure og regler for projektkonkurrencer (afsnit III), fælles regler på det tekniske område (afsnit IV), fælles regler for offentliggørelse (afsnit V) og fælles regler for deltagelse, kriterier for kvalitativ udvælgelse og kriterier for tildeling af ordren (afsnit VI).

11 Blandt de »tjenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning«, der opregnes i bilag I A til direktiv 92/50, findes i kategori 6 »finansielle tjenesteydelser«, som omfatter a) »forsikring« og b) »bank- og investeringstjenesteydelser«.

Direktiv 2004/18

12 Betragtning 28 til direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»Beskæftigelse og erhverv er nøgleelementer for sikringen af lige muligheder for alle og bidrager til integration i samfundet. I så henseende bidrager beskyttede værksteder og programmer for beskyttet beskæftigelse effektivt til integration eller reintegrations på arbejdsmarkedet af handicappede. Men sådanne værksteder er måske ikke i stand til at få kontrakter på normale konkurrencevilkår. Derfor er det hensigtsmæssigt at fastsætte, at medlemsstaterne kan forbeholde retten til at deltage i procedurerne om tildeling af offentlige kontrakter for sådanne værksteder eller forbeholde udførelsen af sådanne kontrakter for programmer for beskyttet beskæftigelse.«

13 Direktiv 2004/18 definerer i artikel 1, stk. 2, litra a) og d), »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv«, og »offentlige tjenesteydelseskontrakter« som »offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II«.

14 Artikel 1, stk. 5, i direktiv 2004/18 definerer »rammeaftale« som »en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder«.

15 Direktiv 2004/18 indeholder i artikel 1, stk. 9, en definition af »ordregivende myndigheder«, som i høj grad svarer til den, der findes i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50.

16 I henhold til artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18 gælder direktivet for offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger 249 000 EUR. Dette beløb er efterfølgende blevet nedsat til 236 000 EUR ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1874/2004 af 28. oktober 2004 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 326, s. 17) og derefter til 211 000 EUR ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2083/2005 af 19. december 2005 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 333, s. 28).

17 Artikel 9, stk. 1, 8 og 9, i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»1. Den anslåede værdi af en offentlig kontrakt beregnes på grundlag af det samlede beløb eksklusive moms, som den ordregivende myndighed som anslået kan komme til at betale. I denne beregning tages der hensyn til det anslåede samlede beløb, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten.

[...]

8. Ved beregningen af den anslåede værdi af offentlige tjenesteydelseskontrakter skal der tages hensyn til følgende:

a) i forbindelse med følgende typer tjenesteydelser:

i) forsikringstjenesteydelser: den præmie, der skal betales, og andre former for vederlag

[...]

b) i forbindelse med tjenesteydelseskontrakter, hvori der ikke er fastsat en samlet pris:

i) for tidsbegrænsede kontrakter, hvis de løber i 48 måneder eller derunder: den anslåede samlede værdi for hele løbetiden

ii) for tidsbegrænsede kontrakter eller kontrakter, hvis løbetid er over 48 måneder: den månedlige værdi multipliceret med 48.

9. I forbindelse med rammeaftaler [...] skal der tages hensyn til den anslåede maksimumsværdi eksklusive moms af alle de kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens [...] løbetid.«

18 I henhold til artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 finder det ikke anvendelse på »offentlige tjenesteydelseskontrakter [...] om arbejdsaftaler«.

19 Det fremgår af artikel 20 i direktiv 2004/18, at »kontrakter, der vedrører de i bilag II A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55«.

20 Artikel 23-55 i direktiv 2004/18 opregner de særlige regler vedrørende udbudsbetingelserne og udbudsmaterialet (artikel 23-27), udbudsprocedurer (artikel 28-34), bestemmelser om offentliggørelse og gennemsigtighed (artikel 35-43) og bestemmelser om udbudsprocedurens afvikling (artikel 44-55).

21 Blandt de tjenesteydelser, der opregnes i bilag II A til direktiv 2004/18, findes i kategori 6 »finansielle tjenesteydelser«, som omfatter a) »forsikring« og b) »bank- og investeringstjenesteydelser«.

22 I fortegnelsen over offentligretlige organer og kategorier af organer, jf. artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18, der findes i bilag III til dette direktiv, nævnes under rubrik III vedrørende Forbundsrepublikken Tyskland »offentlige instanser, institutioner og fonde, som er oprettet af staten, delstaterne eller de lokale myndigheder«.

Bilag 2

Nationale bestemmelser:

Nationale bestemmelser

- 23 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (lov om forbedring af arbejdsmarkedspensionen) af 19. december 1974 (BGBl. I, s. 3610), som ændret ved § 5 i lov af 21. december 2008 (BGBl. I, s. 2940, herefter »BetrAVG«), bestemmer i § 1 med overskriften »Arbejdsgivers tilsagn om arbejdsmarkedspension«:
- »(1) Hvis en arbejdstager af arbejdsgiveren gives tilsagn om alders-, invaliditets- eller efterladtepensionsydelse på grundlag af ansættelsesforholdet (arbejdsmarkedspension), gælder denne lovs bestemmelser. Arbejdsmarkedspensionen kan gennemføres direkte af arbejdsgiveren eller af en af de i § 1b, stk. 2-4, omhandlede forsikringsinstitutioner. Arbejdsgiveren er også ansvarlig for tildeling af de ydelser, der er givet tilsagn om, selv om gennemførelsen ikke direkte forestås af den pågældende.
- (2) Der foreligger tillige arbejdsmarkedspension, når
- [...]
3. kommende løntilgodehavender konverteres til en modsvarende ret til pensionsydelse (lønkonvertering) eller
4. arbejdstageren indbetaler bidrag indeholdt i lønnen til finansiering af arbejdsmarkedspensionsydelser til en pensionsfond, en pensionskasse eller en direkte forsikring, og arbejdsgiverens tilsagn ligeledes omfatter ydelser hidrørende fra disse bidrag; bestemmelserne om lønkonvertering finder herved tilsvarende anvendelse, for så vidt som de ydelser, der er givet tilsagn om, og som hidrører fra disse bidrag, finansieres ved kapitaldækning.«
- 24 BetrAVG's § 1a, stk. 1, med overskriften »Ret til arbejdsmarkedspension gennem lønkonvertering« bestemmer følgende:
- »Arbejdstageren kan kræve af arbejdsgiveren, at der af kommende løntilgodehavender anvendes op til 4% af den gældende øvre bidragsgrænse i den almindelige pensionsforsikring gennem lønkonvertering til hans arbejdsmarkedspension. Gennemførelsen af arbejdstagerens ret reguleres ved aftale. Hvis arbejdsgiveren er rede til en gennemførelse via en pensionsfond eller en pensionskasse (§ 1b, stk. 3), gennemføres indbetalingen af bidrag til arbejdsmarkedspensionen til denne fond eller kasse; i modsat fald kan arbejdstageren kræve, at arbejdsgiveren tegner en direkte forsikring til ham (§ 1b, stk. 2). Gøres der brug af den ovenstående ret, henlægger arbejdstageren hvert år et bidrag på mindst en 160. del af lønnen, jf. § 18, stk. 1, i fjerde bog i socialloven, til sin arbejdsmarkedspension. Hvis arbejdstageren henlægger en del af sin almindelige løn til arbejdsmarkedspensionen, kan arbejdsgiveren kræve, at der i løbet af et kalenderår henlægges identiske månedlige beløb hertil.«
- 25 BetrAVG's § 17, stk. 3 og 5, med overskriften »Personkreds og mulighed for fravigelse ved kollektiv overenskomst« har følgende ordlyd:
- (3) § 1a [...] kan fraviges i kollektive overenskomster. Undtagelsesbestemmelserne gælder mellem arbejdsgivere og arbejdstagere, som ikke er bundet af en kollektiv overenskomst, når disse aftaler at lade overenskomstens relevante bestemmelser finde anvendelse mellem sig. Herudover kan bestemmelserne i nærværende lov til fordel for arbejdstageren ikke fraviges.
- [...]
- (5) For så vidt løntilgodehavender beror på en kollektiv overenskomst, kan disse kun anvendes til lønkonvertering, såfremt dette er fastsat eller tilladt ved kollektiv overenskomst.«
- 26 TV-EUmw/VKA blev indgået den 18. februar 2003 mellem Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (sammenslutning af kommunale arbejdsgiverforeninger, herefter »VKA«) og Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft e.V. (ver.di) (servicesektorens fagforening). VKA har indgået en lignende kollektiv overenskomst med en anden fagforening, nemlig dbb tarifunion.
- 27 TV-EUmw/VKA giver i § 2 og 3 de arbejdstagere, som henhører under en af de i § 1 nævnte kollektive overenskomster, ret til at anmode arbejdsgiveren om delvis konvertering af deres fremtidige løntilgodehavender til pensionsopsparing inden for de grænser, der er fastsat i BetrAVG. I henhold til § 5 i TV-EUmw/VKA skal en sådan anmodning ske skriftligt til arbejdsgiveren. I henhold til samme bestemmelse er arbejdstageren bundet i en periode på mindst et år af aftalen med arbejdsgiveren om delvis konvertering af fremtidige løntilgodehavender.
- 28 § 6 i TV-EUmw/VKA med overskriften »Nærmere regler for gennemførelsen« bestemmer følgende:
- »Delvis lønkonvertering ifølge gennemførelsesreglerne i BetrAVG skal ske ved offentlige supplerende pensionsordninger, jf. dog andet og tredje punktum.
- Arbejdsgiveren kan på grundlag af arbejdsmarkedspensionen efter første punktum også vælge en gennemførelse, der tilbydes af Sparkassen-Finanzgruppe eller de kommunale forsikringselskaber.

Ved regional kollektiv overenskomst kan der om nødvendigt indføres bestemmelser, der afviger fra første og andet punktum