

Medarbejderklausuler - vor tids stavnsbånd?

Af FRANK THØGERSEN

Denne afhandling analyserer retsstillingen i Danmark omkring medarbejderklausuler, hvorved forstås aftaler mellem virksomheder om ikke at ansætte hinandens medarbejdere. Formålet med opgaven er udarbejdelse af tjekliste til brug for virksomheder og andre ved vurdering af en medarbejderklausuls lovlighed og retsvirkninger.

Analysen omfatter bestemmelser i Grundloven, Danske Lov, EF-traktaten, ansættelsesbevisloven, aftaleloven, funktionærloven, markedsføringsloven, konkurrenceloven, overenskomster og branchemæssige retningslinjer, og det konkluderes, at flere af lovene påvirker retsstillingen, selvom ingen af dem specifikt omhandler medarbejderklausuler. Endvidere konkluderes, at der i særlige tilfælde kan blive tale om betaling af godtgørelse til berørte medarbejdere, hvis medarbejderne ikke er behørigt oplyst omkring klausulerne, og i ganske få tilfælde vil der også kunne blive tale om erstatning og ugyldighed.

Da retsstillingen omkring medarbejderklausuler generelt er ganske usikker, giver opgaven desuden anbefalinger til en eventuel lovregulering af området, og til inspiration for disse anbefalinger er retsstillingen i visse andre lande undersøgt.¹

Indholdsfortegnelse:

1. Indledning	2
Problemformulering.....	3
Opgavens opbygning	3
2. Terminologi og definitioner.....	4
3. Nærmere om aftalerne, deres formål og anvendelsesområde.	5
3.1. Karakteristik af medarbejderklausuler.....	5
3.2. Aftalernes relativitet.	7
3.3. Formål.....	7
3.4. Anvendelsesområde	8

¹ Siden afleveringen af denne opgave er vedtaget Lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler med ikrafttræden den 1. juli 2008. Denne lov ændrer på visse punkter retsstillingen, blandt andet ved at kræve, at medarbejdere som udgangspunkt skal acceptere medarbejderklausuler og kompenseres økonomisk herfor. Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår det imidlertid, at lovforslaget ikke i øvrigt berører de hidtil gældende grænser for virksomheders brug af medarbejderklausuler.

3.5. Hemmeligholdelse af aftalerne	9
3.6. Alternativ til medarbejderklausul	10
4. Undersøgelse af retsstillingen	10
4.1. Grundloven	10
4.2. Danske lov	12
4.3. Markedsføringsloven	13
4.4. Branchemæssige retningslinjer	14
4.5. EU-retten	15
4.6. Ansættelsesbevisloven	17
4.7. Funktionærloven	20
4.8. Aftaleloven	23
4.8.1. Forholdet mellem aftaleparterne	23
4.8.2. Forholdet mellem ansat og arbejdsgiver	24
4.9. Konkurrenceloven	29
4.9.1. Forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler	30
4.9.2. Misbrug af dominerende stilling	33
4.9.3. Fusionskontrol	34
4.10. Overenskomstmæssig regulering	36
A2005.721 (Vikarbureau-sagen) og rækkevidden heraf	37
4.11. Ansættelsesretlige principper	38
4.12. Sammenfatning af retsstillingen	39
5. Regulering i udlandet	40
5.1. Sverige	43
5.2. Norge	43
5.3. England	43
5.4. Tyskland	43
5.5. USA	43
6. Rekommandationer	44
7. Konklusion	46

1. Indledning

Kan arbejdsgivere stavnsbinde deres medarbejdere uden medarbejdernes samtykke - og tilmed uden de ved besked?

Dette spørgsmål blev aktualiseret som følge af, at Sø- og Handelsretten i juli 2006 pålagde Neoprocess at betale 500.000,- for at have brudt en såkaldt medarbejderklausul, ifølge hvilken Neoprocess var forpligtet til ikke at ansætte medarbejdere fra sin samarbejdspartner WM-data². Dommen gav anledning til en del debat i medierne om lovligheden og rimeligheden af, at arbejdstageres jobmuligheder begrænses af sådanne aftaler, som de ikke er part i og ofte ikke kender til. Arbejdstagerorganisationerne kørte det tunge skyts i stilling og forlangte forbud mod medarbejderklausulerne, mens ar-

² Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 28. juli 2006 i sagen H-66-05 mellem Neoprocess og WM-data Danmark. Sagen blev anket til Højesteret, men parterne forligede sagen i oktober 2006.

bejdsgiversiden forsøgte at mane til besindighed med en påstand om, at sådanne aftaler var yderst sjældne, og at lovindgreb derfor ville være at skyde gråspurve med kanoner.

For at få belyst omfanget af medarbejderklausulerne, og for at komme med forslag til lovregulering, som kunne skabe sikker retstilstand, nedsattes i oktober 2006 et tværministerielt udvalg, som imidlertid ikke kom frem til en entydig anbefaling.³ Alligevel fremsatte beskæftigelsesministeren i april 2007 et lovforslag om oplysningspligt ved indgåelse af medarbejderklausuler, men efter heftig kritik ved 1. behandlingen i Folketinget blev lovforslaget trukket tilbage.⁴ Grunden til at lovforslaget mødte så stor modstand var, at det ikke indeholdt et forbud mod medarbejderklausulerne, men kun en pligt til at oplyse arbejdstagerne om aftalerne. Det blev således fremført, at lovforslaget ville lovliggøre medarbejderklausuler i stedet for at forbyde dem, så længe oplysningspligten bare blev overholdt. Dette argument vandt genklang i medierne, og beskæftigelsesministeren så sig nødsaget til at trække forslaget tilbage.

Men med lovforslagets bortfald står spørgsmålet stadig ubesvaret: ”Er medarbejderklausuler lovlige?”. Klausulerne indgås stadig i stort antal, faktisk er de standardvilkår i visse virksomhedsoverdragelsesaftaler,⁵ konsulentaftaler⁶, outsourcingaftaler,⁷ m.v.

Problemformulering

Hensigten med denne opgave er at klarlægge retsstillingen omkring medarbejderklausuler med henblik på at udarbejde en tjekliste til brug for virksomheder, der overvejer at indgå medarbejderklausuler, og generelt ved vurdering af en medarbejderklausuls lovlighed. Der skeles desuden til retsstillingen i udlandet og gives et bud på lovregulering af området.

Opgavens opbygning

I kapitel 2 og 3 gives en kort introduktion til emnet, mens kapitel 4 består af en analyse af retsstillingen med udgangspunkt i aftalefriheden, og med behandling af de retskilder, der kan tænkes at gøre indskrænkninger i aftalefriheden på dette område. Da en stor del af kapitel 4 vedrører retsområder, hvor der enten ikke eksisterer fast retspraksis, eller spørgsmålet om lovligheden afhænger af en konkret vurdering, har det ikke altid været muligt at komme

³ Jf. Rapport fra Udvalget om brugen af hemmelige klausuler mv., der begrænser lønmodtagermobiliteten på arbejdsmarkedet, s. 79. (Herefter blot ”Udvalgsrapporten”)

⁴ Lovforslag nr. 212 fremsat 18. april 2007: Forslag til lov om oplysningspligt ved brug af erhvervsbegrænsende aftaler.

⁵ Jf. Hansen og Lundgren, s. 610, pkt. 7.02.

⁶ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 28. juli 2006 i sagen H-66-05 mellem Neoprocess og WM-data Danmark.

⁷ Jf. Horsfeldt, s. 131.

med definitive konklusioner, men det er i stedet forsøgt at belyse hvilke momenter, der tillægges vægt. Som konsekvens deraf skal sammenfatningen i pkt. 4.12 ikke læses som en endegyldig sandhed, men snarere som en vejledning til virksomheder og andre om overvejelser, der bør gøres ved vurdering af lovligheden af en medarbejderklausul. Kapitel 5 indeholder en kort introduktion til retsstillingen i udvalgte lande, og i kapitel 6 gives et bud på en eventuel lovregulering af området.

2. Terminologi og definitioner

Der hersker ingen fast terminologi på området for medarbejderklausuler, hvilket formentlig skyldes den sparsomme behandling af emnet i retslitteraturen. Nogle af de hyppigst anvendte betegnelser for medarbejderklausuler er hemmelige aftaler, jobkarteller, jobklausuler, rekrutteringsklausuler, non-solicitationklausuler og non-hireklausuler. Disse betegnelser anvendes ofte i flæng og beskrivende forskellige forhold, hvilket naturligvis er yderst uensigtsmæssigt.⁸ Derfor er det nødvendigt indledningsvist at komme med et par kommentarer til terminologien, der anvendes i denne opgave.

Begrebet medarbejderklausuler anvendes i denne opgave som en overordnet betegnelse for non-hireklausuler og non-solicitationklausuler.

Ved non-hireklausuler forstås aftaler mellem arbejdsgivere, hvor den ene arbejdsgiver forpligter sig til ikke at ansætte en eller flere af den anden arbejdsgivers medarbejdere.

Ved non-solicitationklausuler⁹ forstås aftaler mellem arbejdsgivere, hvor den ene arbejdsgiver forpligter sig til ikke *aktivt* at ansætte en eller flere af den anden arbejdsgivers medarbejdere. Ved aktiv ansættelse menes ansættelse på initiativ af den pågældende arbejdsgiver, f.eks. ved at headhunte eller på anden måde rette henvendelse til den ansatte med henblik på at ansætte vedkommende. Hvis medarbejderen selv tager initiativ til ansættelse hos den forpligtede arbejdsgiver, er der tale om passiv ansættelse, hvilket kun strider mod en non-hireforpligtelse og ikke mod en non-solicitationforpligtelse.

I opgaven anvendes desuden betegnelsen ”den forpligtede arbejdsgiver” om den arbejdsgiver, der på grund af aftalen er begrænset i sin ansættelsesret, mens den arbejdsgiver, der kan påtale overtrædelsen, betegnes som

⁸ Jf. til illustration høringsvarene til Udvalgsrapporten.

⁹ Udvalgsrapporten, anvender betegnelsen non-solicitationklausuler om aftaler om forbud mod både aktiv og passiv ansættelse, jf. s. 8. Denne terminologi er efter min opfattelse misvisende, da ordet non-solicitation stammer fra det engelske ord ”solicit”, som betyder at bede/anmode/opfordre, hvilket klart peger mod en aktiv handling. Den i opgaven anvendte terminologi stemmer desuden bedre overens med international terminologi, jf. eksempelvis afgørelse fra Wisconsin Supreme Court i *Heyde Companies v. Dove Health Care Inc.* fra 12. december 2002. <http://www.wisbar.org/res/sup/2002/01-0863.htm>

”den berettigede arbejdsgiver”. Hvis begge arbejdsgivere er forpligtede og berettigede i henhold til medarbejderklausulen, er der tale om en gensidig medarbejderklausul. Arbejdsgiverbegrebet dækker i denne opgave desuden holdingselskaber, som teknisk set ikke er arbejdsgivere, da de blot ejer andre virksomheder.

Endvidere sondres der i opgaven mellem medarbejderklausuler, som er en del af et større aftalekompleks, og enkeltstående medarbejderklausuler. Ved medarbejderklausuler, som er del af et større aftalekompleks, menes klausuler, som er indgået for at kunne gennemføre en overordnet aftale. En sådan overordnet aftale kan eksempelvis være en virksomhedsoverdragelse, samarbejdsaftale eller leverandør kontrakt. Det afgørende er altså ikke om medarbejderklausulen er skrevet ind i eksempelvis en leverandørkontrakt, men derimod om leverandørkontrakten er årsag til, at man har aftalt en medarbejderklausul. Medarbejderklausuler, som ikke har en sådan forbindelse til en overordnet aftale, betegnes derimod som enkeltstående. De enkeltstående medarbejderklausuler er typisk udelukkende motiveret af et ønske om at begrænse konkurrencen om arbejdskraft.

Der findes en tredje aftaletype, som minder om medarbejderklausulen, hvor en arbejdsgiver aftaler med en eller flere af sine ansatte, at de ikke må ansætte en eller flere af arbejdsgiverens medarbejdere eller på anden måde affolke arbejdsgiverens virksomhed.¹⁰ Denne aftaletype, som typisk er del af en direktørkontrakt,¹¹ er ikke inddraget i denne opgave af pladsøkonomiske årsager, om end en stor del af betragtningerne omkring medarbejderklausuler også kan anvendes på disse aftaler. Det samme gør sig i øvrigt gældende om bestemmelser om formidlingsgebyr i vikaraftaler, hvor vikarbureauerne med deres kunder aftaler, at kunderne forpligtes til at betale en godtgørelse til vikarbureauerne ved ansættelse af vikarerne.¹²

3. Nærmere om aftalerne, deres formål og anvendelsesområde

3.1. Karakteristik af medarbejderklausuler

Karakteristisk for medarbejderklausuler er, at de består af 4 dele; et forbud, bestemmelser om den tidsmæssige udstrækning, bestemmelser om den personelle udstrækning og en bestemmelse om konventionalbod.

Forbudet kan være enten et forbud mod aktiv ansættelse eller et forbud mod aktiv og passiv ansættelse. Det er klart, at non-hireklausulen, som både forbyder aktiv og passiv ansættelse, er mere indgribende og begrænsende for medarbejderne end non-solicitationklausulen, der kun forbyder aktiv ansættelse. Som konsekvens heraf vil en non-hireklausul formentlig også blive udsat for en hårdere bedømmelse ved vurdering af medarbejderklausu-

¹⁰ Udvalgsrapporten kalder denne aftaletype for medarbejderklausul.

¹¹ Jf. Claus Juel Hansen, s. 135 ff.

¹² Jf. Udvalgsrapporten, s. 39.

lens lovlighed, jf. herom kap. 4. Alligevel kan det ved retshåndhævelsen af medarbejderklausulen være en fordel at have aftalt en non-hireklausul. Dette skyldes for det første, at det kan være yderst besværligt for den berettigede arbejdsgiver at bevise, om der har været tale om aktiv eller passiv ansættelse. Og for det andet er grænsen for, hvornår der er tale om aktiv henholdsvis passiv ansættelse, en usikker størrelse, som endnu ikke er fastlagt i praksis.¹³ Den tidsmæssige udstrækning af forbudet er typisk mellem 1 og 3 år. Hvis medarbejderklausulen er en del af en større aftale, vil forbudet ofte gælde i aftalens levetid og 1-3 år herefter. Jo længere tid medarbejderklausulen gælder efter den samlede kontrakts ophør, desto mere indgribende er den, hvilket påvirker bedømmelsen af lovligheden, jf. herom kap. 4.

Den personelle udstrækning af forbudet afhænger ofte af, i hvilken forbindelse medarbejderklausulen indgår. Hvis medarbejderklausulen er en del af en aftale om overdragelse af en virksomhed, vil forbudet typisk gælde for alle ansatte i den overtagne virksomhed.¹⁴ Hvorimod medarbejderklausuler i eksempelvis samarbejdsaftaler ofte kun gælder for de medarbejdere, som deltager i samarbejdet. En vid udstrækning af forbudet i personel henseende vil ligeledes medføre en strengere bedømmelse af proportionaliteten.¹⁵

Ikke alle medarbejderklausuler indeholder en bestemmelse om konventionalbod.¹⁶ Men eftersom det ofte kan være svært at kapitalisere det nøjagtige tab, som den berettigede arbejdsgiver lider ved overtrædelse af en medarbejderklausul, vil en bestemmelse om konventionalbod dog oftest indgå i medarbejderklausulen. En konventionalbodsbestemmelse bør for klarhedens skyld udformes i overensstemmelse med de almindelige principper for konventionalbodsbestemmelser, således at det blandt andet fremgår, om der kan tilkendes erstatning ved siden af boden.¹⁷

Endnu et karakteristisk træk ved medarbejderklausulerne er, at parterne ofte holder aftalerne fortrolige, jf. nedenfor pkt. 3.5. De arbejdstagere, hvis jobmuligheder begrænses, vil derfor som regel være uvidende herom, og de har derfor ikke mulighed for at undgå den begrænsning, som påføres dem ved medarbejderklausulen, eller på anden måde tage deres forholdsregler. Det kasserede lovforslag skulle, som nævnt i indledningen, have rettet op på dette forhold, men indtil videre er der ikke pligt til at oplyse om medarbejderklausuler i videre omfang end, hvad der følger af ansættelsesbevisloven, jf. herom pkt. 4.3.¹⁸

¹³ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 28. juli 2006 i sagen H-66-05 mellem Neoprocess og WM-data Danmark, hvor flertallet af dommerne udtalte, at der var tale om aktiv ansættelse, mens den dissenterende dommer afviste dette.

¹⁴ Jf. Hansen og Lundgren, s. 610, pkt. 7.02.

¹⁵ Jf. Ole Østergaard i Revision og Regnskabsvæsen 2006, nr. 10, s. 12.

¹⁶ Jf. VLT 1945.65 (Bilforhandlerdommen).

¹⁷ Jf. Morten Langer, s. 199 ff.

¹⁸ Beskæftigelsesministeren har den 27. februar 2008 fremsat et nyt lovforslag, L 81: Forslag til lov om arbejdsgivers brug af jobklausuler. Dette nye lovforslag

3.2. Aftalernes relativitet

Medarbejderklausuler er, som defineret i kapitel 2, aftaler mellem arbejdsgivere, og det er således kun arbejdsgiverne, der er parter i aftalen. En aftale mellem parter kan ikke forpligte tredjemand uden dennes tilsagn eller udtrykkelig lovhjemmel.¹⁹ Arbejdstagerne er derfor ikke bundet af medarbejderklausulerne direkte, da der typisk hverken er tilsagn fra arbejdstagerne eller lovhjemmel. Det er imidlertid en kendsgerning, at aftaler mellem parter ofte har indirekte virkninger for tredjemand, som denne må acceptere. For eksempel må tredjemand respektere, at A ikke kan sælge en speciesgenstand til ham, hvis den forinden er solgt til B. Lovligheden og gyldigheden af parternes aftale inter partes reguleres primært af de markedsretlige regler, herunder aftaleloven.

Det interessante ved medarbejderklausulerne er imidlertid, at aftalens indirekte virkning rammer arbeidstagerne, som i vidt omfang er beskyttet af lovgivning eller overenskomster grundet den enkelte arbeidstagers underlegne stilling i forhold til arbejdsgiveren. Derved bringes desuden de ansættelsesretlige regler i spil.

3.3. Formål

Det overordnede formål med en medarbejderklausul er at beskytte virksomheden mod affolkning. Det er velkendt, at mange virksomheders vigtigste indtægtskilde er medarbejderne og den know how disse besidder. For at sikre fremtidige indtægter er det derfor essentielt for sådanne virksomheder at holde på sine medarbejdere, og desto mere know how og indsigt de har i virksomheden, desto vigtigere er det at beholde medarbejderne eller i hvert fald sikre, at de ikke skifter over til en konkurrent. Det er således et legitimt mål at forsøge at undgå affolkning af sin virksomhed.

Overfor virksomhedernes behov for at beholde sine ansatte, står hensynet til den enkelte arbeidstager. Arbejdstageren begrænses af medarbejderklausulen i sine alternative jobmuligheder uden at give samtykke til og som regel endda uden at vide det, hvilket ofte virker meget indgribende i den personlige frihed for den enkelte arbeidstager.²⁰ Hvor der er tale om en non-solicitationklausul, begrænses medarbejderens jobmuligheder teknisk set ik-

pålægger virksomhederne pligt til under visse omstændigheder at kompensere arbeidstagerne for den begrænsning, medarbejderklausulen påfører arbeidstageren efter ansættelsesforholdets ophør.

¹⁹ Andersen og Lookofsky, s. 427 f. og Palle Bo Madsen, s. 27 f.

²⁰ Det må formodes, at det er dette indgreb i den personlige frihed, som bevirker den store modstand mod medarbejderklausuler fra arbeidstagerorganisationernes side. Der ses nemlig ikke fra arbejdsgiverside indvendinger mod, at det udvalg af arbeidstagerne, som de kan ansætte, begrænses af konkurrence- og kundeklausuler, som arbejdsgiverne ikke selv er part i og ikke kender til.

ke, da den forpligtede arbejdsgiver ikke vil bryde medarbejderklausulen ved at ansætte den pågældende medarbejder, så længe ansættelsen ikke sker på den forpligtede arbejdsgivers initiativ. I praksis må det dog formodes, at arbejdsgivere ofte vil vægre sig ved at ansætte den pågældende medarbejder på grund af vanskeligheder ved at bevise, om der er sket aktiv eller passiv ansættelse og for at bevare et godt forhold til en eventuel samarbejdspartner. I hvert fald hvor der er flere ligeværdige kandidater til en stilling vil en medarbejder omfattet af en non-solicitationklausul formentlig blive forbigået.

3.4. Anvendelsesområde

Medarbejderklausuler kan anvendes som enkeltstående aftaler eller som del af et større aftalekompleks,²¹ som eksempelvis en virksomhedsoverdragelse, en leverandørkontrakt, eller samarbejdsaftaler såsom oprettelse af joint venture eller aftaler om outsourcing.

De enkeltstående medarbejderklausuler indgås ofte som gensidige aftaler mellem aktørerne på et afgrænset marked for at begrænse medarbejdernes jobalternativer og dermed begrænse lysten til at sige op.²² På denne måde kan virksomhederne udrydde intern konkurrence om arbejdskraften, hvorved virksomhederne i vidt omfang sikres mod affolkning med deraf følgende tab af know how, og samtidig holdes lønudgifterne i ro. For at opnå dette, skal medarbejderklausulerne dog binde en stor del af det relevante marked, og dermed aktualiseres spørgsmålet, om der er tale om ulovlig karteldannelse.²³

Oftest indgår medarbejderklausuler dog som en del af en større aftale. Eksempelvis underskriver køberen af en virksomhed som regel en medarbejderklausul i forbindelse med en fortrolighedserklæring, inden der gives adgang til due diligence-materialet. Dette skyldes, at køberen ved due diligence-processen får kendskab til targetvirksomhedens nøglemedarbejdere og deres ansættelsesvilkår, og såfremt virksomhedsoverdragelsen ikke gennemføres, ville det uden en medarbejderklausul være nemt for køberen at overtage et af targetvirksomhedens vigtigste aktiver ved at ansætte nøglemedarbejderne.²⁴ Endvidere påtager også sælger af virksomheden sig ofte en medarbejderklausul i forbindelse med selve overdragelsesaftalen. Formålet med denne medarbejderklausul er at sikre, at medarbejderne efter virksomhedsoverdragelsen fortsætter i targetvirksomheden og ikke straks skifter tilbage til et job i en af sælgers andre virksomheder. Uden denne medarbejderklausul kunne sælgeren unddrage køberen et væsentligt aktiv, som køberen har betalt for.²⁵

²¹ Jf. definitionen i kapitel 2.

²² Jf. eksempelvis VLT 1945.65 (Bilforhandlerdommen).

²³ Jf. pkt. 4.9.1 – 4.9.1.2.

²⁴ Jf. Hansen og Lundgren, s. 130 f. og Stoltze og Svernlöv i Regnskab og Revision 2005 nr. 1, s. 6 ff. Jævnfør ligeledes U 2006.2835 Ø, hvor der dog var oprettet en særskilt liste over medarbejdere, der var undtaget fra medarbejderklausulen.

²⁵ Jf. Udvalgsrapporten, s. 69, og ligeledes DAs høringssvar til brug for rapporten.

Også ved indgåelse af samarbejdsaftaler mellem virksomheder, som eksempelvis oprettelse af joint ventures, er det sædvanligt at indgå medarbejderklausuler. Da sådanne samarbejdsaftaler ofte indebærer, at medarbejderne i den ene virksomhed gennem samarbejdet opnår en tæt tilknytning til den anden virksomhed og dennes ansatte, forøges risikoen for, at medarbejderne skifter fra den ene til den anden virksomhed. Formålet med en medarbejderklausul i denne situation er derfor at undgå dette og sikre at virksomhederne ved samarbejdets ophør får de medarbejdere tilbage, som de har skudt ind i samarbejdet.

3.5. Hemmeligholdelse af aftalerne

Bevæggrundene for at hemmeligholde medarbejderklausuler kan være mange og vil ofte afhænge af formålet med den konkrete medarbejderklausul. En ikke særligt beskyttelsesværdig begrundelse kan være, at virksomheden ved, at den pågældende medarbejderklausul er på kant med lovgivningen og derfor ikke ønsker offentlighedens kendskab til den. Endvidere kan en virksomhed ønske at holde medarbejderklausuler fortrolige af hensyn til at undgå utilfredshed blandt medarbejderne. I denne henseende er det værd at bemærke, at arbejdsgiverens indgåelse af en medarbejderklausul muligvis kan være en væsentlig ændring af ansættelsesforholdene med den virkning, at medarbejderen kan anse sig for opsagt, jf. pkt. 4.11. Endnu en begrundelse kan være, at medarbejderklausulen indgår som en del af et større aftalekompleks, som er fortroligt, og dermed vil medarbejderklausulen også blive hemmeligholdt af hensyn til den samlede aftales fortrolighed.

Et specielt forhold foreligger ved indgåelse af medarbejderklausuler i forbindelse med overdragelse af en virksomhed. For det første skal i visse tilfælde overholdes de børsretlige regler, som bl.a. regulerer hvornår og hvordan oplysninger om overdragelser omfattet af loven skal gives. For det andet er der i alle tilfælde et stort behov for at hemmeligholde en virksomhedsoverdragelse indtil aftalen er faldet endelig på plads. Dette skyldes, at en offentliggørelse, af at en virksomhed går med købs- eller salgstanker, ofte skaber usikkerhed hos medarbejdere, kunder og samhandelspartnere.²⁶ Erfaringer viser, at et virksomhedsopkøb ofte efterfølges af en rationaliseringsrunde med dertilhørende afskedigelser, hvorfor det er naturligt for virksomhedens medarbejdere at sondere terrænet for jobalternativer, hvis virksomhedens fremtid er usikker. Kommer en virksomhedsoverdragelse således til offentlighedens kendskab, før den er endelig, vil det kunne påvirke virksomhedens værdi væsentligt og dermed også forhindre at transaktionen gennemføres, jf. umiddelbart nedenfor. Dette er også begrundelsen for, at det forliste Forslag til lov om oplysningspligt ved brug af erhvervsbegrænsende aftaler, indeholdte en undtagelse fra oplysningspligten i forbindelse med virksom-

²⁶ Jf. det ikke-vedtagne lovforslag nr. 212 af 2007: Forslag til lov om oplysningspligt ved brug af erhvervsbegrænsende aftaler, jf. bemærkningerne til § 3.

hedsoverdragelse.²⁷

3.6. Alternativ til medarbejderklausul

Der er flere grunde til at overveje om der findes et brugbart alternativ til indgåelse af medarbejderklausuler. Som kapitel 4 viser, er retsstillingen omkring medarbejderklausuler på visse punkter meget usikker, og det er derfor relevant, at undersøge om der eksisterer et mere retssikkert alternativ til medarbejderklausuler for virksomheder, der ønsker at beskytte sig mod affolkning. Desuden kunne et mere arbejdstagervenligt alternativ være at foretrække, da medarbejderne ofte finder medarbejderklausulerne urimelige.

Et alternativ kunne være, at virksomhedsejerne forbedrede arbejdstagerens løn- og arbejdsvilkår for derigennem at få større loyalitet fra arbejdstagerne. Denne fremgangsmåde vil dog ofte vise sig at være dyr, og virkningen er ikke garanteret. Konkurrence- og kundeklausuler kunne også overvejes som alternativ til at aftale medarbejderklausuler, hvis man ønsker at beskytte sin virksomhed mod affolkning. Imidlertid vil det ofte være praktisk umuligt at indgå konkurrence- og kundeklausuler med samtlige ansatte, og desuden vil man ikke kunne opnå samme fortrolighed som ved medarbejderklausuler, hvilken ofte er altafgørende eksempelvis i forbindelse med virksomhedsoverdragelser.

Der eksisterer således ikke et oplagt alternativ til medarbejderklausuler, og uden medarbejderklausuler ville en række samfundsøkonomisk gavnlige aftaler muligvis aldrig blive indgået.

4. Undersøgelse af retsstillingen

Udgangspunktet inden for formueretten er, at der hersker aftalefrihed, og at parterne dermed ved aftale kan ordne deres indbyrdes retsforhold, som de vil.²⁸ Desuden gælder princippet om erhvervsfrihed,²⁹ men både erhvervsfriheden og aftalefriheden har visse grænser, og i det følgende undersøges hvilke lovregler og andre retskilder, der griber ind i disse friheder, og derved påvirker retsstillingen omkring medarbejderklausuler.

4.1. Grundloven

Grundlovens § 74 lyder:

”§ 74. Alle indskrænkninger i den fri og lige adgang til erhverv, som ikke er begrundede i det almene vel, skal hæves ved lov.”

Betyder dette, at medarbejderklausuler strider mod grundloven? Anvendelse

²⁷ Jf. det ikke-vedtagne lovforslag nr. 212 af 2007: Forslag til lov om oplysningspligt ved brug af erhvervsbegrænsende aftaler, § 3.

²⁸ Jf. Ussing, s. 187.

²⁹ Jf. Ussing, s. 218 ff.

af GRL § 74 på medarbejderklausuler rejser umiddelbart 3 hovedproblemstillinger, som analyseres i det følgende.

Første problemstilling er, hvorvidt GRL § 74 er en programmerklæring uden retligt indhold eller om paragraffen kan tillægges en reel retlig betydning. Alf Ross advokerer for den første løsning under henvisning til, at udfyldning af det nærmere indhold af paragraffens bisætning om ”det almene vel” er overladt til lovgivers skøn, og dermed kan lovgiver selv bestemme, hvilke indskrænkninger, der skal hæves. Ross antager desuden, at domstolene ikke vil efterprøve lovgivningsmagtens skøn i denne henseende, og han konkluderer efterfølgende, at paragraffen må være uden enhver forfatningsretlig betydning.³⁰ Helt så langt vil nyere teori dog ikke gå.³¹ Henrik Zahle mener, at bestemmelsen ikke kan være helt uden betydning for bl.a. aftalte begrænsninger i adgangen til erhverv og arbejde.³² Ligeledes argumenterer Anders K. Levy imod, at GRL § 74 skulle være forfatningsretligt irrelevant. Han begrundet standpunktet med, at afgrænsningen af ”det almene vel” påvirkes af andre grundlovsbestemmelser, og at § 74 dermed er en grundretlighed med et reelt beskyttelsesindhold.³³ GRL § 74 kan således ikke på forhånd afskrives som uden betydning.

Anden problemstilling er, om § 74 kan påberåbes i en privat tvist, eller om paragraffen alene regulerer forholdet mellem borger og stat, hvilket vil medføre, at langt de fleste medarbejderklausuler falder udenfor et eventuelt anvendelsesområde. Bestemmelsens ordlyd og forarbejder³⁴ peger entydigt mod, at GRL § 74 er et direktiv til lovgiver om at træffe foranstaltninger til afskaffelse af unødvendige indskrænkninger i erhvervsfriheden, men nyere teori mener, at borgerne kan prøve lovgivers overholdelse af bestemmelsen ved domstolene.³⁵ Endvidere er der til trods for ordlyden og forarbejderne enighed i teorien om, at GRL § 74 kan have refleksvirkning på retsforholdet mellem to private parter, såkaldt ”drittwirkung”.^{36 37} Anvendelse af GRL § 74 i en tvist mellem to private parter er derfor ikke udelukket.

Den tredje problemstilling drejer sig om forståelsen af ordet ”erhverv”. Zahle forstår ordet således, at bestemmelsen kun angår adgangen til at etablere sig som selvstændig erhvervsdrivende og ikke adgangen til at tage

³⁰ Jf. Ross, s. 781.

³¹ Jf. også allerede Ussing, s. 219.

³² Jf. Grundlovscommentaren, s. 406, og Zahle, s. 217.

³³ Jf. Anders K. Levy, s. 36. GRL § 74 blev påberåbt i U.1998.1664H, hvor Højesteret udtaler, at GRL § 74 ”ikke er til hinder for gennemførelsen af en lov *som den foreliggende...*” (min kursivering). Underforstået udelukker Højesteret altså ikke, at andre love kan blive underkendt med henvisning til GRL § 74.

³⁴ Jf. Forhandlinger på Rigsdagen, spalte 2169, 2597-2606 og 3202-3208.

³⁵ Jf. Anders K. Levy, s. 33, Zahle 3, s. 216 og Grundlovscommentaren, s. 407 ff. Modsætningsvis Ross, s. 781.

³⁶ Jf. Grundlovscommentaren, s. 407f., Zahle 3, s. 217 og Anders K. Levy, s. 35.

³⁷ Jf. til illustration U 1944.1092 H, som dog ikke udtrykkeligt nævner GRL § 74, men derimod procederes på princippet om erhvervsfrihed, som GRL § 74 er udtryk for.

ansættelse som lønmodtager.³⁸ Denne forståelse stemmer overens med paragraffens formål, om at opfordre lovgivningsmagten til at revidere de indskrænkninger, der eksisterede som følge af privilegier og laug, hvor købstæderne i vidt omfang havde eneret til erhverv som handel og håndværk.³⁹ Da medarbejderklausuler som udgangspunkt kun begrænser arbejdstageres adgang til visse ansættelser og ikke til hele erhverv, indskrænkes lovligheden af medarbejderklausuler ikke af GRL § 74.

Grundloven påvirker dermed ikke retsstillingen omkring medarbejderklausuler.

4.2. Danske lov

Danske lov bestemmer i 5-1-2, at aftaler som ikke strider mod lov og ærbarhed skal holdes. Desuden betyder denne bestemmelse, at aftaler som strider mod lov og ærbarhed kan blive kendt ugyldige.⁴⁰ Derfor er det afgørende, om medarbejderklausuler kan anses for at stride mod ærbarheden.

Begrebet ærbarheden dækker over en retlig standard, som påvirkes af den til enhver tid gældende moralopfattelse i samfundet.⁴¹ Ussing anfører, at DL 5-1-2 kan anvendes til at kende aftaler ugyldige, som begrænser enkelte personers adgang til erhverv og arbejde.⁴² Han anfører dog tillige, at det kun er de groveste tilfælde, der kan rammes af bestemmelsen. Udtalelsen kunne tyde på, at medarbejderklausuler efter Ussings opfattelse strider mod ærbarheden, men det skal erindres, at problemstillingen omkring medarbejderklausuler ikke var aktuel på tidspunktet for udtalelsen. De andre eksempler Ussing giver på forhold, som strider mod ærbarheden virker desuden mere oplagt stridende mod ærbarheden, og da genstanden for udtalelsen ikke er klar, kan udtalelsen ikke tillægges særlig vægt.⁴³

Endvidere er det utænkeligt, at indgåelse af medarbejderklausuler generelt den dag i dag vil blive anset for så groft stridende mod ærbarheden, at de skulle være ugyldige efter DL 5-1-2, da der er bred enighed om, at medarbejderklausuler er berettigede og gavnlige i visse sammenhænge. Det kan dog ikke udelukkes, at DL 5-1-2 kan anvendes på ekstreme tilfælde af misbrug af medarbejderklausuler, dog vil det være mere nærliggende at anvende bestemmelserne i enten aftaleloven, konkurrenceloven eller markedsføringsloven, jf. herom senere, og DL 5-1-2 ses ikke at kunne dække yderligere områder, end disse love gør.

DL 5-1-2 må derfor antages ikke selvstændigt at påvirke retsstillingen omkring medarbejderklausuler.

³⁸ Jf. Zahle 3, s. 216 og ligeledes Anders K. Levy, s. 35.

³⁹ Jf. Zahle 3, s. 215f. og Forhandlinger på Rigsdagen, udvalgets flertal til § 69, spalte 2169.

⁴⁰ Jf. Ussing, s. 190 og Andersen og Madsen, s. 234 f.

⁴¹ Jf. Ussing s. 190.

⁴² Jf. Ussing, s. 219.

⁴³ Jf. Ussing, s. 190 ff.

4.3. Markedsføringsloven

Formålet med markedsføringsloven⁴⁴ er at sikre, at erhvervsvirksomhed drives tilbørligt og rimeligt under hensyn til såvel konkurrenter og andre erhvervsdrivende som til forbrugere og almene samfundsinteresser.⁴⁵ Markedsføringsloven indeholder ikke specialbestemmelser, der direkte vedrører problemstillingen omkring medarbejderklausuler, men lovens § 1 indeholder generalklausulen, som lyder:

Erhvervsdrivende omfattet af denne lov skal udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser.

Overtrædelse af denne bestemmelse kan sanktioneres med forbud, påbud, erstatning og betaling af rimeligt vederlag, jf. MFL § 20.

Der eksisterer ikke domspraksis⁴⁶, hvor man har undersøgt, om indgåelse af medarbejderklausuler er i strid med MFL § 1, ligesom retslitteraturen heller ikke har behandlet dette spørgsmål.

Det afgørende kriterium for anvendelse af MFL § 1 er, om medarbejderklausulerne strider mod ”god markedsføringsskik”. ”God markedsføringsskik” er en retlig standard, som giver de retshåndhævende myndigheder, det vil her sige Forbrugerombudsmanden og domstolene, mulighed for løbende at udfylde lovens indhold, så den stemmer overens med den til enhver tid gældende samfundsopfattelse.⁴⁷ Der er således tale om en ganske skønspregt retsanvendelse, men de tre hensyn, som er oplyst i bestemmelsen, anses for at være udtømmende og sætter dermed visse grænser for skønnet.⁴⁸ Desuden antages internationale normer og erhvervsorganisationernes egne vurderinger af en given adfærd at påvirke, hvad der er god skik.⁴⁹ Dermed vil det formentlig også være et moment i afvejningen, om der af interesseorganisationerne er formuleret retningslinjer for anvendelse af medarbej-

⁴⁴ Lov nr. 1389 af 2005 med senere ændringer.

⁴⁵ Jf. Betænkning nr. 1457, Betænkning om markedsføring og prisoplysning afgivet af udvalget vedrørende revision af markedsføringsloven og prismærkningsloven, pkt. 3.1.1.

⁴⁶ I U.2006.2835 Ø (Alm. Brand Bank vs. FIH Bank) var der aftalt en medarbejderklausul, men visse ansatte var undtaget herfra. Da FIH, som var den forpligtede part ifølge aftalen, senere ansatte de undtagne medarbejdere, påberåbte Alm. Brand sig uden held MFL § 1 over for ansættelserne. Spørgsmålet om anvendelse af MFL § 1 på selve medarbejderklausulen blev imidlertid ikke behandlet under sagen.

⁴⁷ Jf. Borchert og Bøggild, s. 52 f., og Betænkning nr. 1457, Betænkning om markedsføring og prisoplysning afgivet af udvalget vedrørende revision af markedsføringsloven og prismærkningsloven, pkt. 3.1.3.1.

⁴⁸ Jf. Borchert og Bøggild, s. 61.

⁴⁹ Jf. Borchert og Bøggild, s. 61 f. og betænkning nr. 681 af 1973: Forbrugerkommissionens Betænkning II, s. 18.

derklausuler, jf. pkt. 4.4, og om disse i givet fald er overholdt. Overtrædelse af sådanne retningslinjer vil dog ikke i sig selv medføre, at medarbejderklausulen er i strid med god markedsføringsskik, da domstolene har en selvstændig kompetence til at vurdere, hvad der er god markedsføringsskik.⁵⁰

Hvorvidt medarbejderklausuler, kan anses for at stride mod god markedsføringsskik, må betegnes som tvivlsomt. Det antages i litteraturen, at MFL § 1 kan bruges til at ramme urimelige aftalevilkår,⁵¹ men medarbejderklausuler vil formentlig sjældent kunne betegnes som et urimeligt aftalevilkår.

I hvert fald medarbejderklausuler, som er et led i visse samarbejdsaftaler, må være uden for MFL § 1s anvendelsesområde på grund af den loyalitetspligt, som opstår i nære, vedvarende samarbejdsforhold. Borch og Bøggild anfører, at loyalitetspligten medfører, at parterne skal undlade utilbørlige konkurrencehandlinger overfor hinanden, herunder tilegnelse af kontraktspartens personale.⁵² Når dette følger af den almindelige, uskrevne loyalitetspligt, er det utænkeligt, at en nedfældning og evt. præcisering heraf i en kontrakt skulle gøre forholdet stridende mod god markedsføringsskik, i hvert fald for så vidt angår det personale, som er omfattet af samarbejdet. Ligeledes må en anvendelse af MFL § 1 på medarbejderklausuler i forbindelse med virksomhedsoverdragelse forkastes, eftersom medarbejderklausulerne i disse aftaler opfylder et nødvendigt formål og indgår som et standardvilkår i denne type aftaler. Da dette tilmed ofte er den eneste forsvarlige måde at sikre overdragelsen af et af virksomhedens vigtigste aktiver, kan der således næppe være tale om en handlemåde i strid med god markedsføringsskik.

Herefter synes der primært at kunne blive tale om anvendelse af MFL § 1 på enkeltstående medarbejderklausuler eller medarbejderklausuler, som indgår i kontrakter, hvor der ikke eksisterer et så nært samarbejde, at den ovenfor nævnte loyalitetspligt indtræder. Også her er anvendelse af MFL § 1 dog usikker, eftersom der hverken er praksis eller litteratur herom. Da medarbejderklausuler i disse situationer ofte ikke opfylder samme legitime formål, vil sådanne medarbejderklausuler principielt kunne stride mod god markedsføringsskik og MFL § 1 vil kunne finde anvendelse.

Når henses til retstilstanden omkring AFTL § 38⁵³ og konkurrenceloven,⁵⁴ virker det imidlertid usandsynligt, at domstolene vil anvende MFL § 1 til at ramme medarbejderklausuler i videre omfang, end hvad der følger af disse regelsæt. Det må følgelig antages, at MFL § 1 ikke selvstændigt begrænser lovligheden af medarbejderklausuler.

4.4. Branchemæssige retningslinjer

I erkendelse af at medarbejderklausuler både kan have positive og negative

⁵⁰ Jf. Borch og Bøggild, s. 62.

⁵¹ Jf. Møgelvang-Hansen, m.fl., s. 72 ff.

⁵² Jf. Borch og Bøggild, s. 112 f.

⁵³ Jf. pkt. 4.8.2.1.

⁵⁴ Jf. pkt. 4.9.

effekter alt efter deres udformning, og da retsstillingen ikke er ganske sikker, har visse brancheorganisationer valgt at udstede retningslinjer for brugen heraf. Der kendes i skrivende stund kun til to sæt branchevedtagne retningslinjer fra henholdsvis Dansk Management Råd/ITEK og IT-Branchen.⁵⁵ Fælles for begge sæt regler er, at man fraråder brug af non-hireklausuler, men accepterer non-solicitationklausuler, hvis de ansatte informeres om brugen af sådanne klausuler og klausulerne er tidsmæssigt og personelt begrænsede.⁵⁶ Retligt set er disse retningslinjer ikke til stor nytte, da det klart fremgår af begge sæt regler, at der er tale om anbefalinger og vejledninger. De har således karakter af ”best practice guides”, hvis overtrædelse som udgangspunkt ikke medfører andre sanktioner end udtalelse af kritik fra brancheorganisationerne. Dog kan sådanne branchevedtagne retningslinjer formentlig spille ind på en konkret bedømmelse af om en medarbejderklausul er nødvendig, proportional og i overensstemmelse med god skik.⁵⁷ Hvis brancheorganisationen på området eksempelvis har vurderet, at der kun bør anvendes non-solicitationklausuler, da behovet for anvendelse af non-hireklausuler generelt ikke overstiger hensynet til arbejdstagernes erhvervsfrihed, vil det formentlig være sværere for den pågældende arbejdsgiver at bevise, at en non-hireklausul konkret er berettiget.

4.5. EU-retten

De artikler i EF-traktaten, der kunne tænkes at være relevante til belysning af lovligheden af medarbejderklausuler er i første omgang art. 39 om arbejdskraftens fri bevægelighed samt konkurrencereglerne i art. 81 og 82. De EU-retlige konkurrenceregler, herunder fusionsreglerne, behandles imidlertid samlet i pkt. 4.9 om konkurrenceloven, da de danske og EU-retlige regler i materiel henseende stort set er identiske.⁵⁸

Forordningen om vandrende arbejdskraft⁵⁹ omfatter kun love, administrative bestemmelser og administrativ praksis, jf. forordningens art. 3, og derfor antages den alene at forpligte offentlige institutioner.⁶⁰ Da forordningen derfor ikke regulerer hovedområdet for medarbejderklausuler, behandles den ikke yderligere her.

EF-traktaten art. 39, stk. 1 og 2 lyder således:

Stk. 1. Arbejdskraftens frie bevægelighed sikres inden for Fællesskabet.

⁵⁵ Jf. Udvalgsrapporten, s. 35 f.

⁵⁶ Jf. DMR/ITEKs retningslinjer og IT-Branchens ditto på henholdsvis: <http://www.dmr.nu/log/dmr403/library/ITEK%20DMR%20medarbejderkodeks%20091006.pdf> og <http://www.itb.dk/site.aspx?p=1054>

⁵⁷ Jf. eksempelvis om markedsføringsloven ovenfor pkt. 4.3.

⁵⁸ Jf. Koftvedgaard, s. 142 ff.

⁵⁹ Rådets forordning 1612/68, som senest ændret ved forordning 2434/92 og direktiv 2004/38.

⁶⁰ Jf. sag C-281/98 (Angonese), præmis 21-22.

Stk. 2. Den forudsætter afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår.

Art. 39 kunne tænkes at finde anvendelse på medarbejderklausuler, da disse klausuler netop søger at begrænse den mobilitet, art. 39 forsøger at sikre arbejdstagerne. Der eksisterer imidlertid ingen retspraksis på området, ligesom retslitteraturen heller ikke har behandlet spørgsmålet.

Det første problem, man støder på ved anvendelsen af art. 39 på medarbejderklausuler, er, om artiklen er direkte forpligtende for private personer. Mens den direkte virkning af traktatbestemmelser over for det offentlige længe har været accepteret,⁶¹ har den direkte virkning over for private været mere omstridt i teorien.⁶² Hvad specifikt angår art. 39, blev denne dog tillagt direkte virkning over for private af domstolen i Walrave-dommen, hvor restriktionen var privatretlige cykelregler fra UCI. Denne linje er senere fulgt op i både Bosman-dommen og Angonese-dommen.⁶³ Både offentlige og private arbejdsgivere er derfor direkte forpligtede til at overholde art. 39.⁶⁴

Den traditionelle opfattelse er imidlertid, at art. 39 ikke omfatter rent interne forhold, men kun sager, der har en fællesskabsdimension.⁶⁵ En medarbejderklausul mellem to danske arbejdsgivere vil derfor ikke være underlagt art. 39.⁶⁶ I det følgende undersøges derfor alene, om medarbejderklausuler med en fællesskabsdimension er i strid med art. 39.

Ordlyden af art. 39, stk. 2, antyder, at der er tale om et diskriminationsforbud, jf. ordene "...i nationaliteten begrundet forskelsbehandling...". Et forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet vil som udgangspunkt ikke påvirke lovligheden af medarbejderklausuler, da forskelsbehandlingen skyldes en bestemt ansættelse og ikke en bestemt nationalitet. EF-domstolen har imidlertid tilkendegivet i Bosman-dommen, at artiklen tillige indeholder et restriktionsforbud, som betyder, at bestemmelser, som forhindrer en EU-borger i at forlade sit oprindelsesland med henblik på at udøve retten til fri bevægelighed, eller som får ham til at afholde sig fra dette forehavende, som hovedregel er ulovlige, selvom de ikke er diskriminerende.⁶⁷ En medarbejderklausul mellem arbejdsgivere i to forskellige EU-lande vil formentlig i forlængelse heraf kunne udgøre en sådan restriktion, da den kan

⁶¹ Siden sag C-26/62 (Van Gend en Loos).

⁶² Jf. Ruth Nielsen, s. 149 ff.

⁶³ Sag 36/74 (Walrave), præmis 12-25, sag C-415/93 (Bosman), præmis 82-84, sag C-281/98 (Angonese), præmis 30-36. Jf. desuden Ruth Nielsen, s. 249 ff.

⁶⁴ Jf. Ruth Nielsen 2, s. 384 f. og Ruth Nielsen 3, s. 81 ff.

⁶⁵ Jf. Ruth Nielsen, s. 258 f. med henvisning til sag C-175/78, C-35+36/82, C-180/83 og C-298/84.

⁶⁶ Se ligeledes Kommissionens holdning i E-1840/2007, svar på parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen.

⁶⁷ Sag C-415/93 (Bosman), præmis 92-104 og senere sag C-232/01 (Van Lent), præmis 15.

forhindre, at medarbejderne skifter til arbejdsgiveren i det andet land.

Restriktionsforbudet i art. 39 er dog ikke undtagelsesfrit. Ifølge Bosman-dommen er restriktioner lovlige, hvis de forfølger et legitimt formål, der er foreneligt med traktaten og begrundet i tvingende almene hensyn. Desuden skal restriktionerne for at være lovlige tilmed være egnede til at opnå det pågældende formål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.⁶⁸

Om en given medarbejderklausul er lovlig i henhold undtagelsen, vil naturligvis bero på en konkret vurdering. Medarbejderklausuler i forbindelse med virksomhedsoverdragelse kan dog generelt undtages fra art. 39, da de forfølger et legitimt mål ved at sikre virksomhedens værdi efter overdragelsen, og det ud fra en samfundsøkonomisk vurdering er nødvendigt med en mulighed for opkøb af virksomheder uden unødvendige risici. Undtagelse af medarbejderklausuler i forbindelse med virksomhedsoverdragelse er desuden forudsat i Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger til fusioner.⁶⁹

Hvorvidt en medarbejderklausul er egnet og forholdsmæssig afhænger af den konkrete udformning af klausulen samt dens formål, men der vil formentlig generelt være større sandsynlighed for, at en non-solicitationklausul er lovlig end en non-hireklausul.

Det kan altså konkluderes, at art. 39 i visse tilfælde kan begrænse lovligheden af medarbejderklausuler, hvor der er en fællesskabsdimension. Den endelige afgørelse ligger hos domstolene og i sidste instans EF-domstolen.

4.6. Ansættelsesbevisloven

I dette afsnit undersøges først, om medarbejderklausuler er væsentlige vilkår, der skal meddeles de berørte ansatte, og siden analyseres om gyldigheden af medarbejderklausuler begrænses af ansættelsesbevisloven.⁷⁰

Ansættelsesbevisloven § 2, stk. 1, 1. led, fastslår, at arbejdsgiveren skal give lønmodtagere, som er omfattede af loven, oplysninger om alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet, herunder mindst de oplysninger, som positivt opremses i § 2, stk. 2. Selvom medarbejderklausuler ikke er nævnt i § 2, stk. 2, skal lønmodtagere altså oplyses herom, såfremt de vurderes at være væsentlige vilkår.⁷¹

Hvad der nærmere kræves for at være et væsentligt vilkår, er imidlertid ikke defineret nærmere i loven, og heller ikke hverken hovedlovens forarbejder,⁷² det forliste lovforslag⁷³ eller det bagvedliggende EU-direktiv in-

⁶⁸ Sag C-415/93 (Bosman), præmis 104, og Ruth Nielsen, s. 268.

⁶⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner, (2005/C 56/03), pkt. 10.

⁷⁰ Jf. Lovbekendtgørelse nr. 1101 af 2007 om arbejdsgiverens oplysningspligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet.

⁷¹ Hasselbalch, s. 54.

⁷² Jf. Hovedloven er lov nr. 392 af 1993 med forarbejder optrykt i Folketingstiden-

deholder fortolkningsbidrag.⁷⁴ EF-domstolen har afsagt to domme⁷⁵ om direktivet, men heller ikke disse bidrager med generelle udtalelser om, hvad der anses for et væsentligt vilkår, dog udtalte Domstolen i C-350/99, at pligt til at udføre overarbejde er et væsentligt vilkår.⁷⁶

Beskæftigelsesministeriet har i vejledning om ansættelsesbeviser for søgt, at beskrive nærmere, hvad et væsentligt vilkår er:

Bortset fra de vilkår, som loven direkte opregner, må det antages, at et vilkår for at være omfattet af den nye oplysningspligt i loven, skal adskille sig fra de almindelige eller sædvanlige regler eller vilkår i ansættelsesforhold af tilsvarende art. Det skal være noget som ikke alle kan gå ud fra.⁷⁷

Ifølge denne passus vil medarbejderklausuler ofte være et væsentligt vilkår, eftersom de generelt næppe kan karakteriseres som almindelige eller sædvanlige vilkår. Ydermere angiver Beskæftigelsesministeren i forbindelse med behandlingen af ændringsloven erhvervsbegrænsende klausuler som eksempel på et væsentligt vilkår.⁷⁸ Af den efterfølgende sætning fremgår dog, at han med erhvervsbegrænsende klausuler har ment konkurrence- og kundeklausuler. Dette er i tråd med Ruth Nielsen, som også argumenterer for, at konkurrence- og kundeklausuler skal oplyses i ansættelsesbeviset.⁷⁹ Men hvis en kundeklausul er et væsentligt vilkår, kan der argumenteres for, at medarbejderklausuler i visse tilfælde også bør være et væsentligt vilkår på grund af deres ligartede virkninger for medarbejderne.

Beskæftigelsesministeren har dog senere givet udtryk for, at han ikke mener, at medarbejderklausuler skal oplyses i ansættelsesbeviset under henvisning til, at lønmodtageren ikke er part i medarbejderklausulerne, at disse dermed ikke vedrører det konkrete ansættelsesforhold, og at de desuden først får virkning fra ansættelsens ophør.⁸⁰ Imod Beskæftigelsesministerens argumentation kan indvendes, at arbejdstageren bliver omfattet af medarbejderklausulen netop på grund af ansættelsen ved den pågældende arbejdsgiver, og dermed vedrører klausulen også det konkrete ansættelsesforhold, selvom der ikke direkte er tale om et ansættelsesvilkår.⁸¹ Desuden er det en fejlagtig

de 1992/93, forhandlingerne s. 4477, 5448, 10301, 10530; A s. 6319; B s. 1483.

⁷³ Lovforslag nr. 212 fremsat 18. april 2007: Forslag til lov om oplysningspligt ved brug af erhvervsbegrænsende aftaler.

⁷⁴ Direktiv 91/533.

⁷⁵ Sag C-258/96 (Kampelmann) og sag C-350/99 (Lange).

⁷⁶ Jf. dommens præmis 24.

⁷⁷ Jf. Beskæftigelsesministeriets vejledning om ansættelsesbeviser, afsnit. IV, pkt. 2., jf. <http://www.bm.dk/sw8178.asp>.

⁷⁸ Jf. Besvarelse af spørgsmål 7, ad pkt. 7 og 8, angående L 31, Folketinget 2001-02, 2. samling.

⁷⁹ Jf. Ruth Nielsen 4, s. 259.

⁸⁰ Jf. Beskæftigelsesministerens besvarelse af § 20-spørgsmål nr. S 585 af 1. november 2004 stillet af Ida Jørgensen, Folketinget 2004-05, 1. samling.

⁸¹ EU-kommissionen giver udtryk for den samme holdning i E-1840/2007, svar på

antagelse hos Beskæftigelsesministeren, at medarbejderklausulen først får virkning efter ansættelsesforholdets ophør. En arbejdstager i job, som er omfattet af en medarbejderklausul, vil ikke blive headhuntet af en non-solicitationforpligtet arbejdsgiver, og en ansøgning hos en non-hireforpligtet arbejdsgiver vil blive afslået. Medarbejderklausulen vil dermed ofte bevirke, at arbejdstageren forbliver i sit nuværende job. Som Udvalgsrapporten med rette påpeger, synes ministerens udtalelse desuden primært at være en vurdering af, om ansættelsesbevisloven er egnet til at yde arbejdstagere beskyttelse mod medarbejderklausuler.⁸² Derfor lægger Beskæftigelsesministeren vægt på, at ansættelsesbeviset først skal være udarbejdet senest en måned efter ansættelsen, og behandler mere overfladisk, om der er tale om et væsentligt vilkår. Denne udtalelse fra Beskæftigelsesministeren bør derfor ikke tillægges stor vægt.

I modsætning til Beskæftigelsesministerens mener Ole Hasselbalch, at medarbejderklausuler kan være et væsentligt vilkår, hvis medarbejderklausulen i realiteten virker som en konkurrenceklausul.⁸³ Denne opfattelse findes i EU-Kommissionens svar på parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen.⁸⁴

Det må ud fra det ovenstående antages, at en medarbejderklausul i visse tilfælde kan være et væsentligt vilkår. Det skal imidlertid vurderes i hvert enkelt ansættelsesforhold, om den pågældende medarbejderklausul konkret er et væsentligt vilkår for medarbejderen.⁸⁵ Denne vurdering foretages i sidste ende af domstolene⁸⁶, og det må formodes, at det afgørende moment i vurderingen er medarbejderklausulens begrænsende virkning på den pågældende arbejdstagers mobilitet. Eksempelvis vil en medarbejderklausul i en standardkontrakt med en leverandør næppe skulle oplyses, såfremt leverandøren slet ikke beskæftiger den type arbejdstagere, som er omfattet af klausulen, da et jobskifte til leverandøren – medarbejderklausul eller ej - ville være usandsynligt. Ligeledes vil branchens størrelse indgå som et moment, da en medarbejderklausul i en lille branche vil virke mere begrænsende end i en større branche.⁸⁷ Desuden må det antages, at kun non-hireklausuler vil udgøre et væsentligt vilkår, da det yderst sjældent kan være væsentligt, at man ikke bliver headhuntet af andre virksomheder.

parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen.

⁸² Jf. Udvalgsrapporten, s. 20.

⁸³ Jf. Ole Hasselbalchs udtalelser i Magisterbladet, nr. 17, 2004, kan findes på: <http://www.dm.dk/NyhederOgDebat/Magisterbladet/tidligereNumre/2004/15oktobernr17/Hemmeligeaftalerhaemmerjobskif.aspx>

⁸⁴ Jf. E-1840/2007, svar på parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen.

⁸⁵ Beskæftigelsesministeriets vejledning om ansættelsesbeviser, afsnit. IV, pkt. 1., jf. <http://www.bm.dk/sw8178.asp>.

⁸⁶ Hasselbalch, s. 77.

⁸⁷ Jf. Advokatrådets høringssvar til brug for Udvalgsrapporten. http://www.bm.dk/graphics/Dokumenter/Temaer/Hemmelige_aftaler/Advokatsamfundet.pdf

Der vil således formentlig kun kunne være tale om et væsentligt vilkår i det fåtal af tilfælde, hvor en eller flere non-hireklausuler udelukker ansættelse ved en stor del af de for medarbejderen interessante virksomheder. Spørgsmålet om hvorvidt medarbejderklausuler skal oplyses i ansættelsesbeviset forventes afklaret ved en verserende sag mellem PROSA og IBM.⁸⁸

Overtrædelse af arbejdsgiverens oplysningspligt sanktioneres med en godtgørelse til arbejdstageren, jf. lovens § 6.⁸⁹ Hvorvidt overtrædelse af oplysningspligten kan medføre ugyldighed af det væsentlige vilkår, udtaler loven imidlertid intet om. Der er imidlertid bred enighed i teorien om, at ugyldighed ikke kan være en konsekvens af lovens overtrædelse, hvilket bl.a. støttes på direktivets art. 6.⁹⁰ Det fremgår endvidere af Beskæftigelsesministeriets vejledning, at en overtrædelse ikke medfører, at et vilkår ikke gælder.

Det kan derfor konkluderes, at gyldigheden af medarbejderklausuler ikke begrænses af ansættelsesbevisloven. En arbejdstager vil dog i enkelte tilfælde kunne tilkendes en godtgørelse, såfremt han er omfattet af, men ikke tilbørligt oplyst, om en medarbejderklausul, der konkret er et væsentligt vilkår for ansættelsen.

4.7. Funktionærloven

Funktionærloven⁹¹ regulerer retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer og beskytter funktionærens retsstilling i en række ansættelsesmæssige situationer. Ved undersøgelse af medarbejderklausulers retsstilling er især FUL § 18a om kunde-klausuler interessant.⁹² Det skal således i det følgende undersøges, om arbejdsgivere lovligt kan undgå FUL § 18a ved i stedet at indgå medarbejderklausuler med kunderne, eller om der vil være tale om

Jf. artikel fra Computerworld: "PROSA prioriterer jobkartel-sag mod IBM højt." publiceret 10. september 2007. Kan findes på:

<http://www.computerworld.dk/art/41331?cid=1&a=cid&i=1&pos=25>

⁸⁹ Det fremgår tydeligt af loven, at oplysningspligten også gælder andre væsentlige vilkår end de i § 2, stk. 2-nævnte, og der er dermed også sikker hjemmel til at pålægge betaling af godtgørelse for manglende oplysning om disse vilkår. Dog kan det være en formildende omstændighed, jf. § 6, stk. 2, at der endnu ikke er fast praksis på området.

⁹⁰ Jf. Hasselbalch, s. 1, 4 og 90. Jf. ligeledes Ole Østergaards konklusion i Regnskab og Revision 2006, nr. 10, s. 12 ff.

⁹¹ Jf. lovbekendtgørelse nr. 68 af 2005 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.

⁹² FUL § 18 er ikke inddraget i denne opgave, til trods for at flere forfattere citerer denne bestemmelse sammen med FUL § 18a ved omtale af medarbejderklausuler. Dette skyldes, at begrundelsen for at inddrage funktionærlovens regler overhovedet er en omgængelsesbetragtning, og eftersom virkningen af en medarbejderklausul er mere lig en kunde-klausul end en konkurrenceklausul, vil en eventuel dom om omgængelse af funktionærlovens regler formentlig været baseret på FUL § 18a. Hvor en medarbejderklausul indgås med en konkurrent vil den dog minde mest om en konkurrenceklausul.

ulovlig omgåelse, og hvilken retsvirkning omgåelse eventuelt vil have.

En kundeklausul, ifølge FUL § 18a, er en forpligtelse for funktionæren til ikke efter fratrædelsen at tage ansættelse hos eller direkte eller indirekte at have erhvervsmæssig kontakt med sin tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsmæssige forbindelser. For at en sådan forpligtelse kan gøres gældende overfor funktionærer skal aftalen opfylde en række krav. Aftalen skal således være skriftlig, og der skal have været en forretningsmæssig forbindelse mellem den pågældende kunde m.v. og den tidligere arbejdsgiver inden for de seneste 18 måneder før opsigelsestidspunktet.⁹³ Desuden kræves, at funktionæren selv har haft erhvervsmæssig kontakt med den pågældende kunde m.v. hos den tidligere arbejdsgiver, eller at kunden m.v. fremgår af en særskilt skriftlig meddelelse fra arbejdsgiveren. Funktionæren skal endvidere have en vis anciennitet, jf. FUL § 18a, stk. 4, og som udgangspunkt modtage en økonomisk kompensation på minimum 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet, jf. FUL § 18a, stk. 2. Disse krav er indsat for at beskytte funktionærene mod, at kundeklausuler bliver standardvilkår i ansættelsesaftaler, og funktionærene dermed bliver unødigt begrænset i deres fremtidige erhverv. Problemet er imidlertid, at en arbejdsgiver kan komme uden om disse krav ved at aftale med sine kunder, at disse forpligter sig til ikke at ansætte nuværende eller tidligere medarbejdere fra virksomheden.⁹⁴ På denne måde opnår arbejdsgiveren samme virkning, som ved en kundeklausul, men slipper for at opfylde de ovennævnte krav⁹⁵. Spørgsmålet er imidlertid om denne manøvre er lovlig, eller om der er tale om ulovlig omgåelse af FUL § 18a.

FUL § 18a kan ikke fraviges til ugunst for funktionæren og er dermed beskyttelsespræceptiv, jf. FUL § 21, stk. 1, dog således, at bestemmelsen kan fraviges ved kollektiv overenskomst. Der kendes dog ikke i skrivende stund til sådanne overenskomster, der fraviger FUL § 18a.⁹⁶ Hvorvidt denne præceptivitet rækker ud over bestemmelsens ordlyd og også rammer medarbejderklausuler, som er arbejdsgiverens aftaler med tredjemand, er derimod usikkert. Hensynet til funktionærens erhvervsfrihed og de øvrige motiver for at indføre FUL § 18a tilsiger, at man ikke bør kunne omgå loven ved at indgå medarbejderklausuler. På den anden side vil det være en vidtrækkende konsekvens, hvis FUL § 18a griber ind i arbejdsgiverens aftalefrihed med tredjemand, idet medarbejderklausulen kan indgå som en lille del af et større aftalekompleks, f.eks. en virksomhedsoverdragelse. Såfremt en medarbejderklausul blev betragtet som omgåelse af FUL § 18a med ugyldighed til

⁹³ Jf. H.G. Carlsen, s. 415.

⁹⁴ Især i situationer, som eksempelvis ved oprettelse af et joint venture, hvor begge virksomheder normalt ville aftale konkurrence- eller kundeklausuler med deres respektive medarbejdere, vil det være fristende for dem at indgå en gensidig medarbejderklausul, da det er i begge virksomheders interesse blandt andet at undgå at skulle betale kompensation til deres medarbejdere.

⁹⁵ Jf. Christiansen og Schwarz, s. 280.

⁹⁶ Jf. Udvalgsrapporten, s. 20.

følge, ville en væsentlig forudsætning for det samlede aftalekompleks muligvis være bristet og transaktionen blive opgivet.

Omgåelsesspørgsmålet har ikke været afgjort i retspraksis⁹⁷ og er kun yderst sparsomt behandlet i teorien. Advokat Ole Østergaard tager Sø- og Handelsrettens dom i WM-data vs. Neoprocess⁹⁸ samt en udtalelse fra Beskæftigelsesministeren⁹⁹ til indtægt for, at medarbejderklausuler ikke er ulovlig omgåelse af FUL § 18a med den betydning, at medarbejderklausulen bliver uvirksom mellem de to erhvervsdrivende.¹⁰⁰ I WM-data vs. Neoprocess blev der imidlertid ikke procederet på omgåelse af FUL § 18a og rettens begrundelse og resultat indeholder da heller ikke en omtale af dette, hvorfor dommen vanskeligt kan anføres som argument imod at anvende FUL § 18a. Heller ikke Beskæftigelsesministerens udtalelse virker som et overbevisende argument, da denne udelukkende behandler medarbejderklausuler i forhold til ansættelsesbevisloven.

På linje med Ole Østergaard er Christiansen og Schwarz, som, uden at gå dybere ind i problemstillingen, udtaler, at det formentligt er svært at regulere sådanne indirekte kundeklausuler ved de gældende regler.¹⁰¹ Paulsen og Sørensen mener ikke, at FUL §§ 18 og 18a finder direkte anvendelse på medarbejderklausuler, hvilket begrundes med, at aftalerne kun har virkning mellem parterne.¹⁰² Paulsen og Sørensen reserverer dog muligheden for, at domstolene kan censurere aftaler, som er indgået mellem virksomheder i samme branche for at forhindre lønglidning, og som har til hovedformål at omgå FUL §§ 18 og 18a.¹⁰³

Almindelige regler om anvendelse af omgåelsesbetragtninger til at statuere ugyldighed er kort undersøgt for eventuelt at finde holdepunkter for, at medarbejderklausuler er ulovlig omgåelse af FUL § 18a. Jens Feilberg Jørgensen¹⁰⁴ konkluderer efter en gennemgang af dansk teori, at problemet omkring omgåelse af retsregler alene er et spørgsmål om fortolkning, og det afgørende er, om der kan analogiseres fra eller fortolkes udvidende på den pågældende retsregel.¹⁰⁵ Julius Lassen er enig i dette og supplerer med, at lovens reale motiver skal tale for anvendelse af loven med samme styrke, uden at der er hensyn, der taler imod.¹⁰⁶

Når man anvender disse principper om fortolkning og analogi på med-

⁹⁷ Det bemærkes, at VLT 1945.65 (Bilforhandlerdommen), som tilkendte erstatning til en funktionær, er fra før indsættelsen af § 18a i funktionærloven.

⁹⁸ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 29. juli 2006.

⁹⁹ Jf. Svar på § 20-spørgsmål nr. 585 af 1. november 2006, stillet af Ida Jørgensen.

¹⁰⁰ Jf. Ole Østergaard i Revision og Regnskabsvæsen 2006, nr. 10, s. 12.

¹⁰¹ Jf. Christiansen og Schwarz, s. 280.

¹⁰² Jf. Paulsen og Sørensen, s. 27 med note 26, og s. 28.

¹⁰³ Jf. Paulsen og Sørensen, s. 29. Jf. desuden kap. 4.4.2.1. om forskellen på Paulsen og Sørensen og Christiansen og Schwarzs holdning.

¹⁰⁴ Jf. J. F. Jørgensen, s. 45.

¹⁰⁵ Jf. desuden Ussing, s. 235, der giver udtryk for samme holdning.

¹⁰⁶ Jf. Julius Lassen i U.1890B.609 pkt. III.

arbejderklausuler, ses det, at beskyttelseshensynet til funktionæren må antages at bestå med samme styrke, men som nævnt ovenfor kan en analog anvendelse medføre uheldige konsekvenser for arbejdsgiveren og ikke mindst tredjemand. Hvis medarbejderklausulen indgår i et større aftalekompleks og er en væsentlig forudsætning for den samlede aftale, vil medarbejderklausulens bortfald også betyde bortfald af den samlede aftale og dennes positive virkninger for virksomhederne. Der er således i visse tilfælde væsentlige hensyn, der taler imod anvendelse af FUL § 18a analogt. Desuden synes det almindelige krav om årsagernes lighed¹⁰⁷ for at anvende en retsregel analogt ikke at være opfyldt blandt andet på grund af tredjemandskonstruktionen ved medarbejderklausuler. For at opfylde kravet om årsagernes lighed må det formodentlig tillige kræves, at der er tale om en non-hireklausul. En non-solicitationklausul har nemlig ikke helt samme effekt som en kundeklausul, da en funktionær, som har påtaget sig en kundeklausul, ikke lovligt kan tage ansættelse hos kunden, uanset hvem der måtte tage initiativet til en ansættelse, hvorimod en non-solicitationklausul kun udelukker aktiv ansættelse fra den forpligtede arbejdsgiver.¹⁰⁸ En non-solicitationklausul vil derfor i henseende til fremtidige jobmuligheder ikke være lige så begrænsende for medarbejderen som en kundeklausul. I sidste ende vil det være op til domstolene at afgøre,¹⁰⁹ men ud fra det ovenstående må det formodes, at omgængelsesbetragtninger vil blive forkastet, og at FUL § 18a dermed ikke begrænser lovligheden af medarbejderklausuler.

4.8. Aftaleloven

De bestemmelser i aftaleloven, som kunne tænkes at finde anvendelse på medarbejderklausuler, er primært AFTL §§ 36 og 38. AFTL § 38 angår specifikt konkurrenceklausuler og fastslår, at disse ikke er bindende i det omfang, de er urimelige, mens generalklausulen i AFTL § 36 fastslår, at alle slags aftaler kan ændres eller tilsidesættes, i det omfang de er urimelige eller stridende mod redelig handlemåde.

4.8.1. Forholdet mellem aftaleparterne

4.8.1.1. AFTL § 38

I forholdet mellem aftaleparterne, dvs. arbejdsgiverne, forekommer det klart, at AFTL § 38 ikke finder anvendelse, da forpligtelsen ifølge en medarbejderklausul går på ikke at ansætte, mens ordlyden af bestemmelsen omhandler en forpligtelse til ikke at tage ansættelse. Desuden er formålet med AFTL § 38, at beskytte arbejdstagere mod letsindigt at påtage sig unødvendige

¹⁰⁷ Jf. herom Evald, s. 56.

¹⁰⁸ Hverken Udvalgsrapporten eller Ole Østergaard i Revision og Regnskabsvæsen 2006, nr. 10, s. 12, ses dog at have været opmærksomme herpå.

¹⁰⁹ Det forventes, at den verserende retssag mellem PROSA og IBM vil afgøre spørgsmålet om omgængelse, jf. PROSAs høringssvar af 8. december 2006 til brug for Udvalgsrapporten.

konkurrencebegrænsninger i forbindelse med etablering af et ansættelsesforhold, og intet tyder på, at bestemmelsen også skulle dække medarbejderklausuler, hvor arbejdstagerne netop ikke selv påtager sig nogen forpligtelse.¹¹⁰ Der eksisterer da heller ikke praksis, hvor man har anvendt AFTL § 38 på forholdet mellem aftaleparterne i en medarbejderklausul, og domstolene har tilmed afvist at anvende bestemmelsen på en kundeklausul,¹¹¹ som er den klausul, der i sin virkning minder mest om en medarbejderklausul. Det kan således konkluderes, at AFTL § 38 ikke vil kunne påberåbes af en aftalepart i en medarbejderklausul med den virkning, at medarbejderklausulen bliver uvirksom.

4.8.1.2. AFTL § 36

Ligeså klart forekommer det, at AFTL § 36 finder anvendelse på forholdet mellem aftaleparterne til en medarbejderklausul, da denne bestemmelse gælder for alle typer aftaler. En medarbejderklausul, der eksempelvis er urimelig i sin tidsmæssige udstrækning eller pålægger en urimelig konventionalbod for overtrædelse, vil således på den forpligtedes forlangende kunne tilsidesættes eller ændres.¹¹² Dog skal det bemærkes, at medarbejderklausuler indgås mellem erhvervsdrivende parter, som forudsættes at være nogenlunde ligeværdige, og derfor vil domstolene formentlig være tilbageholdende med at tilsidesætte forpligtelsen efter aftalen.¹¹³

4.8.2. Forholdet mellem ansat og arbejdsgiver

Mere tvivlsomt er det imidlertid, om AFTL §§ 36 og 38 kan anvendes på forholdet mellem en ansat og dennes arbejdsgiver, eftersom der hverken eksisterer sikker retspraksis eller entydig teori om dette.

4.8.2.1. AFTL § 38

Ifølge ordlyden af AFTL § 38 finder bestemmelsen udelukkende anvendelse på forholdet mellem aftaleparterne til en konkurrenceklausul, hvorfor kun resterer omgåelsesbetragtninger og analogislutninger som argument for at anvende bestemmelsen også på forholdet mellem en ansat og dennes arbejdsgiver i en medarbejderklausul.¹¹⁴

Christiansen og Schwarz synes at være af den opfattelse, at principperne i AFTL § 38 kan anvendes på forholdet mellem arbejdsgiver og ar-

¹¹⁰ Jf. Lennart Lyng Andersen, s. 276, og Udvalgsrapporten, s. 26. Jf. ligeledes Using, s. 206, der anfører, at bestemmelsen kun omfatter konkurrenceforbud i traditionel forstand.

¹¹¹ Jf. U 1988.1061 H og U 2000.2536/2 Ø. Jf. Ligeledes Lennart Lyng Andersen, s. 279, Morten Langer, s. 140 og Christiansen og Schwarz, s. 118.

¹¹² Jf. Sør- og Handelsrettens dom af 28. juli 2006 i sagen H-66-05 mellem Neoprocess og WM-data Danmark.

¹¹³ Jf. Paulsen og Sørensen, s. 27f.

¹¹⁴ Som overvejet i Udvalgsrapporten, s. 26.

bejdstager.¹¹⁵ Denne antagelse støttes på dommen VLT 1945.65 (Bilforhandlerdommen), hvor en funktionær blev tilkendt erstatning fra sin tidligere arbejdsgiver på grund af en medarbejderklausul.¹¹⁶ I modsætning til Christiansen og Schwarz står blandt andre Udvalgsrapporten, som afviser, at Bilforhandlerdommen kan tages til indtægt for, at AFTL § 38 generelt kan anvendes på medarbejderklausuler. Dette resultat baserer rapporten på, at dommen er meget konkret begrundet, og på SØ- og Handelsrettens dom i Neoprocess vs. WM-data.¹¹⁷

VLT 1945.65 (Bilforhandlerdommen) og de forskellige opfattelser i teorien

For at kunne vurdere, hvilken af opfattelserne der er korrekt, gennemgås Bilforhandlerdommen i korte træk. Sagen drejede sig om automobilforhandlerne i Sønderborg, som havde indgået en (enkeltstående) aftale om ikke at ansætte hinandens medarbejdere uden samtykke fra den tidligere arbejdsgiver. En funktionær, som var ansat hos en af forhandlerne, ønskede ansættelse hos en anden forhandler, og indgik aftale med denne om ansættelse på betingelse af samtykke fra den tidligere arbejdsgiver. Da funktionæren konfronterede sin tidligere arbejdsgiver med beskeden om, at han ville skifte til den anden forhandler, svarede den tidligere arbejdsgiver, at det var der ikke noget at gøre ved, og funktionæren gik herefter ud fra, at den tidligere arbejdsgiver ikke ville modsætte sig den nye ansættelse. Den tidligere arbejdsgiver nægtede imidlertid at give samtykke til den nye ansættelse, hvorfor funktionæren endte uden arbejde og blev tilkendt erstatning herfor.

Hvorvidt dommen kan tages til indtægt for, at principperne i AFTL § 38 generelt finder anvendelse i forholdet mellem en arbejdstager og en arbejdsgiver underlagt en medarbejderklausul, er dog usikkert. Byretten anførte en treleddet begrundelse for at tilkende erstatning, nemlig for det første, at aftalen mellem automobilforhandlerne formentlig ville være uforbindende for funktionæren, uanset om han var blevet oplyst eller ej om aftalen ved ansættelsen, og henviste i den forbindelse til lærlingelovens § 4, stk. 3 og aftalelovens § 38. For det andet, kunne funktionæren ikke forvente, at den tidligere arbejdsgiver ville modsætte sig ansættelsen under hensyn til dennes tidligere svar. Og til sidst, havde automobilforhandleren ikke tilstrækkelig retlig interesse i, at håndhæve medarbejderklausulen overfor funktionæren, da denne kun havde indtaget en funktionærstilling af ikke videre selvstændig karakter. Vestre Landsret stadfæstede dommen med bemærkning om, at det i byretten rettelig var statueret, at automobilforhandleren ikke havde godtgjort en tilstrækkelig retlig interesse i at hævde aftalen mellem automobilforhandlerne overfor funktionæren.

Hvorvidt Vestre Landsrets bemærkning skal læses som en afvisning af

¹¹⁵ Christiansen og Schwarz, s. 141.

¹¹⁶ Jf. VLT 1945.65 (Bilforhandlerdommen)

¹¹⁷ Jf. Udvalgsrapporten, s. 26.

byrettens to første begrundelser, er omtvistet.

Christiansen og Schwarz forekommer at læse Vestre Landsrets bemærkning som en sådan afvisning af byrettens to første begrundelser, eftersom de anser afgørelsen for begrundet i en interesseafvejning efter AFTL § 38, hvorfra kriteriet om tilstrækkelig retlig interesse i hævvelse af aftalen formentlig stammer fra, jf. ligheden med AFTL § 38, stk. 1, 2. led.¹¹⁸

I modsætning hertil opfatter Udvalgsrapporten formentlig dommens resultat som et udslag af alle byrettens begrundelser, eftersom de afviser dommen som for konkret begrundet. På linje hermed må opfattes Morten Langer, som anfører, at dommens resultat skyldes, at funktionæren ikke indtog en stilling af videre selvstændig karakter hos automobilforhandleren.¹¹⁹ Paulsen og Sørensen læser ligeledes dommen som et udslag af alle tre led.¹²⁰ På trods af modstridende overvægt i teorien må det have formodningen imod sig, at Vestre Landsret utilsigtet har gentaget en enkelt af byrettens begrundelser henset til domstolenes traditionelt korte og præcise præmisser. For at bemærkningen skal give mening, må den derfor forstås som indeholdende den eneste nødvendige begrundelse for resultatet. Tilbage står således alene kriteriet, om den berettigede har en tilstrækkelig retlig interesse i at hævde aftalen. Dette kriterium må således være den generelle rettesnor, der kan udledes af dommen.

Dermed bør argumentet i Udvalgsrapporten om en meget konkret begrundelse ikke tillægges vægt, da argumentet må bero på en fejlfortolkning af dommen. Rapportens andet argument for at stille sig tvivlende overfor anvendelse af principperne i AFTL § 38 er Sø- og Handelsrettens udtalelser i Neoprocess vs. WM-data om virksomheders behov for at beskytte sine medarbejdere mod udefrakommende rekruttering.¹²¹ Som rapporten selv udtaler, omhandler denne dom ikke forholdet mellem arbejdsgiver og ansatte, og AFTL § 38 påberåbes derfor ikke under sagen, hvilket naturligvis svækker dette andet argument væsentligt. Ydermere er en afvisning af principperne i AFTL § 38 på grund af virksomhedens behov for beskyttelse en forhastet konklusion, da denne bestemmelse netop nødvendiggør en afvejning af både hensynet til den berettigede og den forpligtede, jf. AFTL § 38, stk. 1. At en arbejdsgiver har en beskyttelsesværdig interesse i at pålægge sine arbejdstagere en konkurrenceklausul, er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at konkurrenceklausulen er lovlig.

Der ses således ikke at være vægtige argumenter for, at VLT 1945.65 (Bilforhandlerdommen) ikke stadig er gældende ret, som også er antaget af

¹¹⁸ Jf. Christiansen og Schwarz, s. 141.

¹¹⁹ Jf. Morten Langer, s. 68.

¹²⁰ Jf. Paulsen og Sørensen, s. 28 f. Paulsen og Sørensen deler medarbejderklausuler op i generelle servicebetingelse og brancheaftaler, og virker til at ville tillade medarbejderklausuler i generelle servicebetingelser i videre omfang end i brancheaftaler, jf. s. 27-29.

¹²¹ Jf. Udvalgsrapporten, s. 26.

Christiansen og Schwarz.¹²² Det bemærkes endvidere, at Paulsen og Sørensen er enige med Christiansen og Schwarz i, at Bilforhandlerdommen er udtryk for, at domstolene kan vurdere rimeligheden af medarbejderklausuler, blot er der uenighed om omfanget af og hjemlen for denne vurdering.¹²³ Hvor Paulsen og Sørensen mener, at kun medarbejderklausuler i brancheaftaler, der har som hovedformål at omgå FUL §§ 18 og 18a, vil blive censureret af domstolene, tillægger Christiansen og Schwarz dommen en mere generel præcedens.

Det må formodes, at Christiansen og Schwarzs opfattelse er den korrekte, da medarbejderklausuler i andre sammenhænge end brancheaftaler i visse tilfælde kan virke ligeså indgribende og urimelige for de berørte medarbejdere, og der ses ikke grund til på forhånd at undtage sådanne medarbejderklausuler fra dommens anvendelsesområde.

Rækkevidden af Bilforhandlerdommen

I det følgende gives nogle få bemærkninger om rækkevidden af Bilforhandlerdommen i forhold til medarbejderklausuler efter den opfattelse, som Christiansen og Schwarz giver udtryk for.

For det første er det værd at bemærke, at dommen ikke statuerer ugyldighed af medarbejderklausulen, men blot ikender erstatning til arbejdstageren. For at erstatning kan komme på tale, er det nødvendigt, at medarbejderklausulen konkret har begrænset den pågældende medarbejder, hvorved han har lidt et tab. Dette er tilfældet i Bilforhandlerdommen, men det må antages at være et fåtal af sager, hvor dette kan bevises ikke mindst grundet aftalerens ofte fortrolige karakter. Desuden må det efter Vestre Landsrets præmisser formodes, at erstatning kun kan komme på tale i de situationer, hvor det efter en AFTL § 38-vurdering findes urimeligt at hævde medarbejderklausulen overfor den ansatte. I Bilforhandlerdommen har måden, hvorpå den tidligere arbejdsgiver har hævdet aftalen, formentlig også spillet ind. Ved først at sige, at der ikke var noget at gøre ved medarbejderens ønske om at skifte arbejdsplads for derefter at nægte samtykke hertil, udviser den tidligere arbejdsgiver en adfærd, der minder om chikane, hvilket i sig selv kan være retsstridigt.¹²⁴

Anvendelse af en § 38-vurdering medfører formentlig, at langt de fleste af de medarbejderklausuler, som indgår som en del af et større aftalekompleks, vil falde uden for dommens rækkevidde på grund af de legitime formål og positive effekter, jf. pkt. 3.3. Tilbage står derfor primært de enkeltstående medarbejderklausuler,¹²⁵ som tilfældet var det i Bilforhandlerdommen, og disse må formodes at være hovedområdet for dommens præce-

¹²² Jf. Christiansen og Schwarz, s. 141 og 280.

¹²³ Jf. Paulsen og Sørensen, s. 29.

¹²⁴ Jf. eksempelvis U.1981.300 H.

¹²⁵ Jf. definitionen i kapitel 2.

dens.¹²⁶ Endvidere må det antages, at Bilforhandlerdommens doktrin hovedsageligt vil ramme medarbejderklausuler af typen non-hireklausuler, da disse begrænser arbejdstagerne mest og dermed oftere vil findes urimelige i AFTL § 38s forstand. Der vil således kun kunne blive tale om erstatning til en medarbejder i ganske få tilfælde.

4.8.2.2. AFTL § 36

Anvendelse af AFTL § 36 på forholdet mellem ansat og arbejdsgiver udelukkes ikke af direkte af ordlyden af bestemmelsen, da denne er holdt generelt. Problemet er imidlertid om den ansatte kan påberåbe sig, at aftalen mellem arbejdsgiverne er urimelig, når den ansatte ikke er part i aftalen, jf. kap. 3.2 om aftalernes relativitet. Dette spørgsmål er ikke behandlet indgående i teorien, og der ses kun at være en enkelt dom med en lignende problemstilling, nemlig U 1981.887 Ø. Sagen var anlagt af et kommanditselskab under likvidation mod en anpartshaver for betaling af et skyldigt restbeløb på den anpart, som han havde tegnet. Anpartshaveren påstod frifindelse under henvisning til AFTL §§ 30 og 36, på grund af svigagtige forhold fra komplementarens side, men flertallet afviste at anvende AFTL § 36 på forholdet mellem anpartshaveren og kommanditselskabet under likvidation, selvom der måtte være grundlag for at anvende denne bestemmelse på retsforholdet mellem anpartshaveren og kommanditisten. Den dissenterende dommer stemte derimod for at anvende AFTL § 36 på forholdet mellem anpartshaveren og kommanditselskabet under likvidation og ville dermed frifinde anpartshaveren.

Dommen afviser således, at AFTL § 36 kan påberåbes overfor andre end aftalens parter i den konkrete sag, men der er tale om en konkret begrundet afgørelse, hvilket fremgår af flertallets fremhævelse af sagens omstændigheder omkring likvidation og manglende dækning til kreditorerne som afgørende omstændigheder. Dommens rækkevidde er derfor begrænset og kan ikke anses for definitivt at afgøre spørgsmålet, om AFTL § 36 kan anvendes på andre end aftalens parter.

Hverken lovens forarbejder eller den tilgrundliggende redegørelse fra Stig Jørgensen indeholder stillingtagen til anvendelse af bestemmelsen på aftaler, man ikke er part i. Fælles for begge er dog, at det ligger implicit i teksterne, at man kun har forestillet sig anvendelse af bestemmelsen på forholdet mellem aftalens parter. Dette kommer klart til udtryk ved afgørelsen af om en aftale skal tilsidesættes, hvor der, både ifølge lovens forarbejder og Stig Jørgensen, skal lægges vægt på, om der er rimelig balance mellem de pligter, der påhviler parterne.¹²⁷ ¹²⁸ Det nævnes derimod ikke som moment,

¹²⁶ Eftersom hovedområdet for enkeltstående medarbejderklausuler er mellem konkurrenter og andre parter indenfor samme branche, kan der argumenteres for, at der i sidste ende ikke er væsentlig materiel forskel på Christiansen og Schwarzs opfattelse og Paulsen og Sørensens ditto.

¹²⁷ Jf. Stig Jørgensen, s. 27.

om tredjemand finder aftalen rimelig. Derfor, og med den begrænsede støtte, der kan hentes i dommen U 1981.887 Ø, må det betegnes som usandsynligt, at domstolene vil anvende AFTL § 36 til at tilsidesætte en medarbejderklausul, som parterne finder rimelig, men arbejdstageren finder urimelig, hvilket tilmed kan ses som et udslag af respekt for parternes aftalefrihed.

4.9. Konkurrenceloven

Konkurrenceloven¹²⁹ indeholder bestemmelser, der forbyder visse konkurrenceforvridende aftaler, jf. KL kap. 2, der forbyder misbrug af dominerende stilling, jf. KL kap. 3, og der forhindrer fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, jf. KL kap. 4. Disse bestemmelser svarer i materiel henseende langt hen ad vejen til EF-traktatens art. 82 og 81 og fusionskontrollforordningen.¹³⁰ Selvom forordning 1/2003 nøje regulerer, hvornår de nationale henholdsvis de EU-konkurrenceretlige regler skal anvendes, vil den følgende behandling for nemhedens skyld koncentrere sig om og tage udgangspunkt i konkurrenceloven. Da EU-Kommissionens og Domstolens praksis er vejledende for fortolkningen af de danske regler,¹³¹ vil denne naturligvis blive inddraget, hvor det måtte være relevant.

Formålet med konkurrenceloven er at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere, jf. KL § 1. Rationalet bag dette er, at hvis der er effektiv konkurrence på markedet vil det bl.a. medføre øget innovation og lavere priser, idet alle markedsaktører bestræber sig på at vinde markedsandele.¹³²

Den første hurdle, man støder på ved behandling af medarbejderklausulers retsstilling i konkurrenceretten, er, at konkurrenceloven ikke omfatter løn- og arbejdsforhold, jf. KL § 3. Denne bestemmelse fortolkes imidlertid snævert til kun at omfatte forhold, der vedrører egentlige løn- og arbejdsforhold, og alene forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager.¹³³ Konkurrenceloven finder derfor anvendelse på medarbejderklausuler, som jo netop er aftaler mellem arbejdsgivere.¹³⁴

¹²⁸ Jf. lovforslag nr. 42 af 1975 om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m.v., bemærkningerne til § 2.

¹²⁹ Jf. Lovbekendtgørelse nr. 1027 af 2007 Konkurrenceloven.

¹³⁰ Jf. Forordning 139/2004.

¹³¹ Jf. Koktvedgaard, s. 142 f. med henvisninger og Kirsten Levinsen, s. 150.

¹³² Jf. Jones og Sufrin, s. 2 ff. for en nærmere gennemgang af det økonomiske perspektiv ved konkurrenceretten.

¹³³ Jf. Koktvedgaard, s. 150 f. og Konkurrencerådets afgørelse på rådsmødet d. 30. september 1998 om overenskomstbestemmelse om vikarformidling af løsarbejdere, pkt. 4.2.

<http://www.ks.dk/konkurrence/afgoerelser/afgoerelser-1998/raad-30-09-1998/1998-09-30-overenskomstbestemmelse-om-vikarformidling-af-loesarbejdere/>

¹³⁴ Jf. ligeledes Udvalgsrapporten, s. 33, og Kommissionens holdning i E-1840/2007, svar på parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen.

4.9.1. Forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler

4.9.1.1. Forbudet

I bestræbelsen på at sikre virksom konkurrence er forbudet mod visse konkurrencebegrænsende aftaler i KL kap. 2 centralt. KL § 6, stk. 1, lyder:

Det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Aftaler, der efter denne bestemmelse er forbudt, er som udgangspunkt ugyldige, jf. KL § 6, stk. 5. Overtrædelse af forbudet medfører desuden bødestraf, hvis overtrædelsen er forsætlig eller uagtsom, jf. KL § 23, stk. 1, nr. 1, og der kan tilkendes en skadelidt part erstatning efter de almindelige erstatningsregler.¹³⁵

Det afgørende for om en medarbejderklausul er forbudt, og dermed ugyldig, jf. KL § 6, stk. 5, er, om klausulen har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. En aftale har til formål at begrænse konkurrencen, hvis den ifølge dens natur er egnet til at begrænse konkurrencen.¹³⁶ Sådanne aftaler kaldes også hardcore aftaler, og medarbejderklausuler må antages at være sådanne hardcore aftaler, da de har til formål at begrænse konkurrencen ved at begrænse udbuddet af arbejdskraft.¹³⁷ Sådanne hardcore begrænsninger er som udgangspunkt forbudt og ugyldige.

Udenfor forbudet i KL § 6 falder dog accessoriske konkurrencebegrænsninger, som er en integreret del af en overordnet aftale. De accessoriske begrænsninger vurderes i sammenhæng med den overordnede aftale, og hvis den overordnede aftale samlet set ikke er en forbudt konkurrencebegrænsende aftale, er den accessoriske begrænsning det heller ikke. En konkurrencebegrænsning er accessorisk, hvis den er direkte knyttet til og nødvendig for den overordnede aftales gennemførelse.¹³⁸ Hvorvidt en medarbejderklausul er accessorisk afhænger naturligvis af, i hvilken sammenhæng den er indgået. Det er klart, at enkeltstående medarbejderklausuler ikke kan være accessoriske, da disse i sagens natur ikke er en integreret del af en overordnet aftale. På den anden side må det antages, at medarbejderklausuler, der aftales i forbindelse med virksomhedsoverdragelse, ofte vil være accessoriske begrænsninger, eftersom de er direkte knyttet til virksomhedsoverdragelsesaftalen og normalt er nødvendige for gennemførelsen af denne, jf. kap. 3.3. Accessoriske begrænsninger til virksomhedsoverdragelsesaftaler

¹³⁵ Jf. Kirsten Levinsen, s. 578, Iversen m.fl., s. 70 f. og Kockvedgaard, s. 130 f.

¹³⁶ Jf. pkt. 21 i meddelelse fra Kommissionen: Retningslinjer for anvendelse af traktatens art. 81, stk. 3

¹³⁷ Jf. Kommissionens holdning i E-1840/2007, svar på parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen, og pkt. 262 i generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-415/93 (Bosman).

¹³⁸ Jf. Kirsten Levinsen, s. 186 f., Jones og Sufrin, s. 212 f. og Kommissionens Retningslinjer for anvendelsen af art. 81, stk. 3, pkt. 29.

behandles efter reglerne om fusioner,¹³⁹ hvorfor der om dette henvises til pkt. 4.9.3. Imellem disse to yderpunkter skal det afgøres ved en konkret vurdering, om der er tale om en accessorisk medarbejderklausul.¹⁴⁰

For at en aftale er omfattet af forbudet i KL § 6, kræves endvidere altid, at aftalen er egnet til at påvirke konkurrencen på et marked i et vist omfang. Der gælder således en nedre grænse af kvalitativ art, hvor KL § 6 ikke gælder, simpelthen fordi påvirkningen af konkurrencen på det pågældende marked er minimal. Denne nedre grænse kaldes ”mærkbarhedskriteriet”, og dækker over en afvejning af, om de nærmere omstændigheder omkring en aftale bevirker, at den ikke vil begrænse konkurrencen.¹⁴¹ Ved vurdering af om en medarbejderklausul opfylder mærkbarhedskriteriet, vil det formentlig indgå som et moment, om der er tale om en non-solicitation- eller non-hireklausul, da en non-solicitationklausul efter sin natur vanskeligere vil begrænse konkurrencen mærkbart, da det kun er den aktive ansættelse, som forhindres.

4.9.1.2. Undtagelser fra forbudet.

Der gælder desuden 4 undtagelser til forbudet mod visse konkurrencebegrænsende aftaler, jf. KL § 6, stk. 5.

For det første gælder forbudet mod visse konkurrencebegrænsende aftaler kun for aftaler mellem virksomheder af en vis størrelse, da aftaler mellem mindre markedsaktører som udgangspunkt ikke kan påvirke konkurrencen mærkbart. Undtaget fra forbudet er således, jf. KL § 7, stk. 1, aftaler mellem virksomheder, der enten har en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct., eller en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr., medmindre aftalerne indgår som en del af et netværk af lignende aftaler på markedet, jf. KL § 7, stk. 3.

For det andet hjemler KL § 8 Konkurrencerådet mulighed for individuel fritagelse til aftaler mellem virksomheder fra forbudet i § 6. For at opnå individuel fritagelse skal 4 materielle betingelser være opfyldt, jf. KL § 8, stk. 1:

Aftalen skal bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling,
den skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,

¹³⁹ Jf. Kirsten Levinsen, s. 186. Fejø udtaler side 89, at konkurrenceklausuler i forbindelse med virksomhedsoverdragelse omfattes af art. 81, stk. 1, og henviser bl.a. til C-42/84. Denne dom udtaler imidlertid klart, at nødvendige konkurrenceklausuler ikke er omfattet af art. 81, stk. 1, jf. præmis 19-20.

¹⁴⁰ Om hvad der nærmere ligger i kriterierne ”direkte knyttet til” og ”nødvendig”, kan henvises til Kommissionens Retningslinjer for anvendelsen af art. 81, stk. 3, pkt. 29 og 31, og denne opgaves pkt. 4.6.3.

¹⁴¹ Jf. Kirsten Levinsen, s. 165 ff.

den må ikke pålægge virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og

den må ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Hvorvidt en medarbejderklausul opfylder disse fire betingelser og dermed kan opnå individuel fritagelse beror på en konkret bedømmelse af aftalens virkninger og sammenhæng. Advokat Ole Østergaard synes at være af den opfattelse, at medarbejderklausuler i samarbejdsaftaler ofte vil kunne opnå individuel fritagelse efter KL § 8, stk. 1.¹⁴² Som begrundelse herfor henviser han til de legitime hensyn bag aftalerne og KL § 8, stk. 1, nr. 3. I modsætning hertil skal blot bemærkes, at enkeltstående medarbejderklausuler, næppe vil kunne få en individuel fritagelse, da disse sjældent er båret af legitime hensyn.

Den tredje undtagelse er gruppefritagelse efter KL § 10. Økonomi- og erhvervsministeren har med hjemmel i KL § 10, stk. 1, udstedt syv bekendtgørelser om gruppefritagelse for følgende kategorier af aftaler: biler,¹⁴³ forsikring,¹⁴⁴ forskning og udvikling,¹⁴⁵ specialisering,¹⁴⁶ teknologioverførsel,¹⁴⁷ og vertikale aftaler.¹⁴⁸ Der skal ikke her gås nærmere ind i de forskellige bekendtgørelser, men blot bemærkes, at en konkurrencebegrænsende aftales opfyldelse af betingelserne i en af gruppefritagelserne medfører, at aftalen er undtaget fra forbudet i KL § 6.

Den fjerde undtagelse er en ikke-indgrebserklæring fra Konkurrencerådet, jf. KL § 9, stk. 1. Denne undtagelse medfører dog reelt ikke yderligere indskrænkninger i forbudet efter KL § 6, men er nærmere en praktisk foranstaltning, så virksomhederne kan afklare om en aftale bringer dem på kant med konkurrencemyndighederne. Derfor behandles KL § 9 ikke yderligere.

Sammenfattende kan siges, at konkurrencelovens forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler i nogle få tilfælde gør indskrænkninger i lovligheden af medarbejderklausuler. Dertil kræves dog, at der er tale om en medarbejderklausul, som ikke er accessorisk til en lovlig aftale, som begrænser konkurrencen mærkbart på det relevante marked, og som ikke er omfattet af de ovennævnte undtagelser. Herefter synes forbudet primært at ramme enkeltstående medarbejderklausuler mellem større virksomheder eller enkeltstående medarbejderklausuler, som indgår i et netværk af lignende aftaler.

¹⁴² Jf. artiklen ”Medarbejderklausuler - særligt i forbindelse med virksomhedsoverdragelser” i Regnskab og Revision 2006, nr. 10, s. 12 ff.

¹⁴³ Bekendtgørelse nr. 769 af 2002 med senere ændringer.

¹⁴⁴ Bekendtgørelse nr. 236 af 2003 med senere ændringer.

¹⁴⁵ Bekendtgørelse nr. 1212 af 2000 med senere ændringer.

¹⁴⁶ Bekendtgørelse nr. 1211 af 2000 med senere ændringer.

¹⁴⁷ Bekendtgørelse nr. 622 af 2004 med senere ændringer.

¹⁴⁸ Bekendtgørelse nr. 353 af 2000 med senere ændringer.

4.9.2. Misbrug af dominerende stilling.

En virksomhed er dominerende, hvis den indtager en økonomisk magtfuld stilling, som sætter den i stand til at handle uafhængigt af konkurrenter, kunder og forbrugere og dermed kan hindre effektiv konkurrence.¹⁴⁹ Derfor indeholder KL § 11, stk. 1, et forbud mod, at en eller flere virksomheder misbruger en dominerende stilling.

Forbudet mod misbrug af dominerende stilling har relevans i forhold til medarbejderklausuler, eftersom misbrug blandt andet kan foreligge ved direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser, jf. KL § 11, stk. 3, nr. 1. Man kan således forestille sig, at en dominerende virksomhed påtvinger sine samhandelspartnere en medarbejderklausul, som disse ellers ikke ville have påtaget sig, hvis konkurrencen på markedet havde været effektiv. Hvorvidt påtvingelse af en medarbejderklausul kan udgøre misbrug, er endnu ikke blevet efterprøvet i praksis, men der kendes dog til flere sager om påtvingelse af andre urimelige forretningsbetingelser, hvor sådan adfærd er blevet kendt ulovlig.¹⁵⁰ Under hensyn til dette må det formodes, at påtvingelse af en medarbejderklausul i visse tilfælde kan udgøre ulovligt misbrug.

For at blive omfattet af forbudet i KL § 11, kræves, at virksomheden indtager en dominerende stilling. Ved bedømmelse af om en virksomhed indtager en dominerende stilling skal først defineres det relevante marked, og derefter vurderes virksomhedens magt på det relevante marked, hvor virksomhedens markedsandel indgår som et væsentligt element.¹⁵¹ Der skal ikke her gås dybere ind på problemstillingen omkring markedsdefinition og vurdering af en virksomheds magt på det relevante marked. Blot skal nævnes, at virksomhederne ofte selv har en god fornemmelse for, om de indtager en dominerende stilling, og dermed bør udvise ekstra agtpågivenhed ved indgåelse af medarbejderklausuler. Endvidere er der mulighed for at forespørge Konkurrencerådet, om man indtager en dominerende stilling, jf. KL § 11, stk. 2.

Forsætlig eller uagtsom overtrædelse af forbudet i KL § 11, sanktioneres med bødestraf, jf. KL § 23, stk. 1, nr. 4. Konkurrencerådet kan tilmed udstede påbud om ophør af overtrædelser, jf. KL § 11, stk. 4. Et sådant påbud kan bl.a. gå ud på hel eller delvis ophævelse af aftaler, vedtagelser og forretningsbetingelser, jf. KL § 16, nr. 1. Overtrædelse af et sådant påbud kan sanktioneres med bøde efter KL § 23, stk. 1, nr. 8, og tvangsbøder efter KL § 22. Der kan endvidere blive tale om erstatningspligt til en skadelidt part efter dansk rets almindelige erstatningsregler.¹⁵²

Det må herefter kunne konkluderes, at forbudet mod misbrug af do-

¹⁴⁹ Jones og Sufrin, s. 297.

¹⁵⁰ Jf. Kirsten Levinsen, s. 356 og bl.a. konkurrencerådets afgørelser af 29.04.1998 Klage over vvs-grossisters forretningsbetingelser, og 26.08.1998 Kommunedatas aftale med Københavns Kommune.

¹⁵¹ Jf. Jones og Sufrin, s. 297 og Fejøl, s. 115.

¹⁵² Jf. Kirsten Levinsen, s. 578, Iversen m.fl., s. 70 f. og Koktvedgaard, s. 130 f.

minerende stilling kan begrænse lovligheden af medarbejderklausuler. Dog skal fremhæves, at det kun er tilfældet, hvor virksomheden indtager en dominerende stilling og en konkret bedømmelse af omstændighederne medfører, at der er tale om misbrug i forbindelse med påtvingelse af medarbejderklausulen. Anvendelsesområdet er således ganske snævert.

4.9.3. Fusionskontrol

Konkurrencelovens kap. 4 indeholder reglerne om fusionskontrol. Formålet med reglerne er at undgå de negative virkninger på konkurrencen, som en fusion kan have, uden at reducere de positive virkninger.¹⁵³ Derfor fastslår KL § 12 c, stk. 2, at fusioner, der ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal godkendes, hvorimod fusioner med en sådan hæmmende virkning skal forbydes. For at være omfattet af fusionsreglerne skal fusionen opfylde de kvantitative betingelser til omsætning m.v., der følger af tærskelværdierne i KL § 12, stk. 1. Reglerne om fusionskontrol gælder endvidere for oprettelse af såkaldte full-function joint ventures, som varigt varetager samtlige en selvstændig erhvervsvirksomheds funktioner, jf. KL § 12 a, stk. 2.

Fusionsreglernes relevans i forhold til medarbejderklausuler skyldes, som nævnt i pkt. 4.9.1.1., at medarbejderklausuler i fusionsaftaler kan tænkes at være accessoriske konkurrencebegrænsninger, som skal vurderes i sammenhæng med fusionen.¹⁵⁴ Hvis en fusion godkendes efter KL § 12 c, stk. 2, indebærer det også en godkendelse af en eventuel accessorisk medarbejderklausul, som fusionsaftalen måtte indeholde.¹⁵⁵ En sådan accessorisk medarbejderklausul er undtaget fra bedømmelse efter KL § 6, og dermed ikke i strid med konkurrenceloven.

Af forarbejderne til KL § 12 c, stk. 2,¹⁵⁶ fremgår det, at en begrænsning er accessorisk til en fusion, hvis fusionen ikke uden denne kan gennemføres eller kun kan gennemføres under mere risikobetonede vilkår, med betydeligt højere omkostninger, over en meget længere periode, eller med langt færre chancer for et gunstigt udfald. Ved vurderingen heraf skal proportionalitetsprincippet iagttages. Dette medfører, at begrænsningernes varighed samt deres materielle og geografiske anvendelsesområde ikke må række ud over, hvad der med rimelighed er nødvendigt af hensyn til fusionens gennemførelse. Afgørelsen af om der er tale om en accessorisk begrænsning eller ej, skal ske på baggrund af en konkret vurdering, men det fremgår af forarbejderne, at Kommissionens praksis og dens meddelelse om accessoriske begrænsninger i forbindelse med virksomhedsoverdragelse skal være vejledende for vurderingen. Dette synes konkurrencemyndighederne også at følge

¹⁵³ Jf. Kirsten Levinsen, s. 396.

¹⁵⁴ Jf. Kirsten Levinsen, s. 441.

¹⁵⁵ Jf. Kirsten Levinsen, s. 441 og Bertelsen, m.fl., s. 112.

¹⁵⁶ Jf. Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, lovforslag nr. 242 af 2000.

i praksis.¹⁵⁷

Kommissionen har i praksis anerkendt, at medarbejderklausuler kan være accessoriske begrænsninger, jf. sag M.512 UAP/Provincial.¹⁵⁸ I sagen blev sælgeren af virksomheden pålagt en non-solicitationklausul. Vurderingen blev foretaget under den gamle fusionsforordning 4064/89, men retsstillingen er ikke ændret væsentligt siden, dog er varigheden af konkurrencebegrænsninger, som anses for accessoriske, forkortet.¹⁵⁹

Ifølge Kommissionens meddelelse herom kan konkurrenceklausuler som udgangspunkt være berettigede i op til 3 år, hvis der i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen sker overdragelse af både goodwill og know how, mens konkurrenceklausuler kun vil være berettigede i op til 2 år, hvis der alene sker overdragelse af goodwill i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen.¹⁶⁰ ¹⁶¹ Begrænsninger i forbindelse med joint ventures accepteres så længe det pågældende joint venture eksisterer.¹⁶² De samme tidsgrænser må forventes som udgangspunkt at gælde for medarbejderklausuler.¹⁶³

Non-hireklausuler må i øvrigt antages, at skulle behandles på samme måde som non-solicitationklausuler,¹⁶⁴ og det samme gælder formentlig medarbejderklausuler pålagt køber i fortrolighedsaftaler eller lignende i pre-closingfasen.¹⁶⁵

Som følge af det ovenstående kan sammenfattes, at medarbejderklau-

¹⁵⁷ Jf. eksempelvis kendelse afsagt af Konkurrenceankenævnet d. 26. januar 2001 i sagen Danske Træløst A/S mod Konkurrencerådet.

¹⁵⁸ Jf. ligeledes sag M.1089 Paribas Belgique/ Paribas Nederland, og Cook og Kerse, s. 82 f.

¹⁵⁹ Jf. Kommissionens udtalelse i E-1840/2007, svar på parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen, og Bertelsen m. fl., s. 115f.

¹⁶⁰ Tidsgrænserne kan fraviges, hvis der er ekstraordinære omstændigheder, jf. Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner, (2005/C 56/03), pkt. 5.

¹⁶¹ Jf. Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner, (2005/C 56/03), pkt. 20.

¹⁶² Jf. Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner, (2005/C 56/03), pkt. 36.

¹⁶³ Der kan desuden henvises til en afgørelse fra den irske Competition Authority, som med henvisning til EU's regler forlangte forkortelse af en non-solicitationklausul i forbindelse med fusion fra fire til tre år, jf. Notification No. CA/1/92 - Phil Fortune/Budget Travel Limited, decision 9, pkt. 36-39. Afgørelsen kan findes på: <http://www.ir.gov.ie/compauth/dec009.htm>. I praksis oplyses der ikke på anmeldelsesformularen til konkurrencemyndighederne om accessoriske medarbejderklausuler, der holder sig indenfor grænserne i Kommissionens meddelelse.

¹⁶⁴ Jf. Kommissionens udtalelse i E-1840/2007, svar på parlamentarisk forespørgsel fra MEP Ole Christensen, der anvender begrebet nonsolicitationsaftaler om aftaler om ikke at ansætte hinandens medarbejdere.

¹⁶⁵ Jf. Bertelsen m.fl., s. 123 f., og Cook og Kerse, s. 82 f.

suler ikke strider mod konkurrenceloven, hvis de er accessoriske til en lovlig fusion, som overskrider lovens tærskelværdier. Derimod medfører en godkendelse efter KL § 12 c, stk. 2, ikke, at medarbejderklausulen automatisk også er fritaget fra anden lovgivning.¹⁶⁶

4.10. Overenskomstmæssig regulering

Kollektive aftaler er en væsentlig retskilde indenfor arbejdsretten.¹⁶⁷ De indgås mellem på den ene side lønmodtagerorganisationer og på den anden side arbejdsgiverorganisationer eller en enkelt arbejdsgiver og omhandler bl.a. løn- og arbejdsvilkår.¹⁶⁸

Der kendes ikke i skrivende stund til fagoverenskomster, som beskæftiger sig med spørgsmålet om medarbejderklausuler.¹⁶⁹ Derimod er Hovedaftalen mellem DA og LO blevet fortolket af Arbejdsretten således, at en medarbejderklausul var i strid med Hovedaftalens § 9, stk. 2.¹⁷⁰ Bestemmelsen lyder således:

Der må ikke fra nogen side lægges hindringer i vejen for, at en arbejdstager udfører så meget og så godt arbejde, som hans evner og uddannelse tillader ham.

Hovedaftalen gælder for den del af det private arbejdsmarked, der omfattes af hovedorganisationerne DA og LO. Andre områder har enten tiltrådt Hovedaftalen eller selv indgået hovedaftaler, som bygger på Hovedaftalen mellem DA og LO.¹⁷¹

Overtrædelse af Hovedaftalen sanktioneres som udgangspunkt med betaling af bod, som betales til klageren, jf. arbejdsretsloven § 12, stk. 1, jf. § 9, stk. 1, nr. 1. Klageren vil enten være DA eller LO, jf. arbejdsretsloven § 13. Både den ansatte, den enkelte virksomhed og organisationerne kan pålægges betaling af bod.¹⁷²

Det påpeges endvidere fra flere sider, at Hovedaftalen § 9, stk. 2, er et udtryk for en almindelig arbejdsretlig grundsætning om erhvervsfrihed og en almindelig forudsætning for overenskomster, som også gælder for overens-

¹⁶⁶ Eksempelvis informationspligten efter ansættelsesbevisloven, jf. pkt. 4.6.

¹⁶⁷ Jf. Schaumburg-Müller m.fl., s. 98 og Hasselbalch 2, s. 57.

¹⁶⁸ Jf. Hasselbalch 2, s. 58.

¹⁶⁹ Jf. Udvalgsrapporten, s. 17.

¹⁷⁰ Jf. Arbejdsrettens dom af 7. september 2007 i sag nr. A2005.721. Dommen kan findes her: <http://www.arbejdsretten.dk/ARSager/2005721.htm>
Spørgsmålet om overenskomstmæssigheden af medarbejderklausuler var også fremme i Arbejdsrettens dom af 1986 i sag nr. 10.822. Her gik spørgsmålet imidlertid alene på om non-hireklausulen var aftalt, da der var enighed om, at en sådan aftale ville være overenskomststridig uden dog at henvise til en specifik overenskomst. Dommen bidrager på grund af forhandlingsprincippet således ikke til at fastslå, hvornår en medarbejderklausul er overenskomststridig.

¹⁷¹ Jf. Rasmussen og Werner, s. 3.

¹⁷² Jf. Schaumburg-Müller m.fl., s. 386.

komstforhold, som ikke er dækket af Hovedaftalen.¹⁷³

A2005.721 (Vikarbureau-sagen) og rækkevidden heraf

Hovedtvisten i sagen var, om et vikarbureau havde overtrådt Hovedaftalen § 9, stk. 2, ved at aftale en non-hireklausul med sine kunder. DA påstod under sagen, at Hovedaftalen § 9, stk. 2, ikke regulerer forholdet mellem to arbejdsgivere, men alene er rettet mod en kollektivitet på arbejdsmarkedet. Arbejdsretten fandt imidlertid ud fra en ordlydsfortolkning af ordene ”fra nogen side”, at medarbejderklausulen var omfattet af bestemmelsen, og at der var tale om overenskomstbrud. Under hensyn til den tvivl, der herskede om fortolkningen af Hovedaftalen § 9, stk. 2, og det forhold, at arbejdsgiversiden ophørte med brugen af klausulen efter det indledende fællesmøde, undlod arbejdsretten at pålægge bod for overtrædelsen.

Ved vurdering af i hvilket omfang Arbejdsrettens dom i vikarbureau-sagen danner præcedens, er det værd at bemærke Arbejdsrettens generelle udtalelse om, at enhver, der er bundet af Hovedaftalen, er forpligtet til ikke unødigt at begrænse arbejdsmulighederne for de arbejdstagere som er dækket af hovedaftalen. Det centrale spørgsmål er således, hvornår der er tale om en unødigt begrænsning. I den konkrete sag lagde Arbejdsretten vægt på, at der var tale om et vikarbureau, hvor de ansatte kan have valgt denne usikre ansættelsesform som en midlertidig løsning for at få en indgang til fast ansættelse. En begrænsning i sådanne arbejdstageres mulighed for fastansættelse må generelt anses for mere indgribende end for arbejdstagere, der ikke aktuelt har planer om jobskifte. Desuden tillagdes det vægt, at vikarerne hverken var blevet oplyst om medarbejderklausulen eller modtog kompensation for denne, og også den tidsmæssige afgrænsning samt kredsen af virksomheder, der var forpligtet af ansættelsesforbudet var afgørende faktorer i bedømmelsen af om begrænsningen var unødigt.¹⁷⁴ Kredsen af forpligtede virksomheder kombineret med arbejdstageres mulige hensigt om vikaransættelse som indgang til fastansættelse må antages at bevirke, at begrænsningen overfor arbejdstagerne har virket ekstra indgribende, da ansættelse har været udelukket i netop de virksomheder, som har været relevante for arbejdstagerne. Et afgørende element i vikarbureau-sagen har formentligt endvidere været, at der var tale om en non-hireklausul, som er mere indgribende end en non-solicitationklausul. Der er således foretaget en skønsmæssig, konkret vurdering af proportionaliteten og nødvendigheden af medarbejderklausulen

¹⁷³ Jf. Karnov Online, note 41 til Hovedaftalens § 9, stk. 2, og Ole Hasselbalchs udtalelser i Magisterbladet, nr. 17, 2004, kan findes på: <http://www.dm.dk/NyhederOgDebat/Magisterbladet/tidligereNumre/2004/15oktobernr17/Hemmeligeaftalerhaemmerjobskif.aspx>

Lov nr. 70 af 27. marts 1929 om Værn for Erhvervs- og arbejdsfriheden, indeholdte i § 1 en regel, der ugyldiggjorde kollektive aftaler, som uberettiget begrænsede den enkeltes frie adgang til erhverv eller arbejder. Ifølge Ussing, s. 220, medførte ophævelsen af denne lov ikke en ændring i retstilstanden.

¹⁷⁴ Jf. A2005.721, pkt. 4.

i den foreliggende sag, som er faldet ud til fordel for arbejdstagersiden. Hvorvidt en medarbejderklausul i en samarbejdsaftale eller virksomheds-overdragelsesaftale vil stride i mod Hovedaftalen er derfor usikkert og må bero på en afvejning af de ovenfor nævnte momenter. Meget taler for, at medarbejderklausuler i disse tilfælde ikke vil være unødige begrænsninger på grund af overvægt af legitime hensyn. En enkeltstående medarbejderklausul vil derimod med stor sandsynlighed være i strid med Hovedaftalen på grund af de færre legitime hensyn.

Hvis en virksomhed er bundet af Hovedaftalen, bør der som følge af det ovenstående foretages nøje overvejelser før indgåelse af en medarbejderklausul. Efter Arbejdsrettens dom i vikarbureau-sagen hersker der ikke længere tvivl om, at Hovedaftalen § 9, stk. 2, også gælder i forholdet mellem to arbejdsgivere, og en senere overtrædelse af denne må derfor forventes at blive sanktioneret med en bod.

Da der er bred enighed om, at Hovedaftalen § 9, stk. 2, er udtryk for et almindeligt princip om erhvervsfrihed, der gælder for alle overenskomstforhold, kan det ikke udelukkes at vikarbureau-sagen også vil kunne være retningsgivende for overenskomstforhold uden for Hovedaftalens område.¹⁷⁵

4.11. Ansættelsesretlige principper

Det er fra flere sider påpeget, at en virksomheds indgåelse af medarbejderklausuler kan være en væsentlig ændring i de berørte medarbejders ansættelsesforhold med den konsekvens, at lønmodtageren kan betragte sig som opsagt.¹⁷⁶ I det følgende kommenteres kort herpå.

Arbejdsgiveren har hjemmel i ledelsesretten til i visse henseender at ændre ansættelsesforholdet, men denne ret begrænses af almene og konkrete forudsætningerne for ansættelsesforholdet.¹⁷⁷ Hvis arbejdstageren klart har tilkendegivet, at det er en forudsætning for ansættelsesforholdet, at virksomheden ikke indgår medarbejderklausuler, vil en overtrædelse af dette være misligholdelse fra arbejdsgiverens side. Selvom der ikke er tilkendegivet en konkret forudsætning herom, kan det alligevel være misligholdelse, hvis det kan kategoriseres som en almen forudsætning for et ansættelsesforhold. Det er endnu ikke blevet prøvet i praksis, om indgåelse af medarbejderklausuler kan være brud på en almen forudsætning, men Ole Horsfeldt argumenterer for, at afgørelsen af spørgsmålet beror på en konkret vurdering af den konkurrencebegrænsende virkning, som medarbejderklausulen påfører den på-

¹⁷⁵ Jf. Ole Hasselbalch advokerer for dette, jævnfør hans udtalelser i Magisterbladet, nr. 17, 2004, som kan findes på:

<http://www.dm.dk/NyhederOgDebat/Magisterbladet/tidligereNumre/2004/15oktobernr17/Hemmeligeaftalerhaemmerjobskif.aspx>

¹⁷⁶ Jf. Horsfeldt, s. 131, og lovforslag nr. 212 fremsat 18. april 2007: Forslag til lov om oplysningspligt ved brug af erhvervsbegrænsende aftaler, bemærkningerne til § 2.

¹⁷⁷ Jf. Hasselbalch 3, s. 506 f. og Hasselbalch 2, s. 344.

gældende medarbejder.¹⁷⁸ I denne vurdering er det afgørende, om det drejer sig om en non-solicitation- eller non-hireklausul, og om der er indgået lignende klausuler med en betydelig kreds af de virksomheder, som den pågældende medarbejder naturligt ville søge arbejde hos. Kun non-hireklausuler, der enten enkeltvis eller i kombination med lignende aftaler indebærer mærkbare begrænsninger i medarbejderens karrieremuligheder, vil efter Horsfeldts opfattelse udgøre misligholdelse. Det forliste lovforslag er enigt med Ole Horsfeldt i, at indgåelse af en medarbejderklausul i visse tilfælde kan være en væsentlig vilkårsændring med den virkning, at medarbejderen kan anse sig som opsagt. Som momenter i afgørelsen af, hvornår dette er tilfældet, nævnes medarbejderens specialiseringsgrad, aftalens varighed og den begrænsning medarbejderen påføres.

Vurderingen af, om der er tale om væsentlig misligholdelse, minder i forlængelse heraf meget om vurderingen af, om der er tale om et væsentligt vilkår efter ansættelsesbevisloven, og det må således antages, at der kun kan blive tale om væsentlig misligholdelse i de sjældne situationer, hvor medarbejderklausuler også er væsentlige vilkår.¹⁷⁹

Hvis der dog herefter er tale om væsentlig misligholdelse, kan arbejdstageren efter omstændighederne være berettiget til at anse sig som opsagt på grund af bristede forudsætninger.¹⁸⁰

4.12. Sammenfatning af retsstillingen

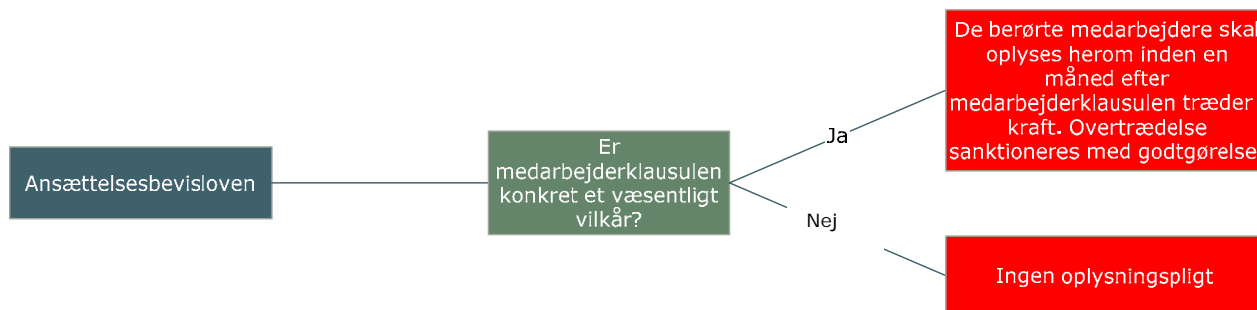
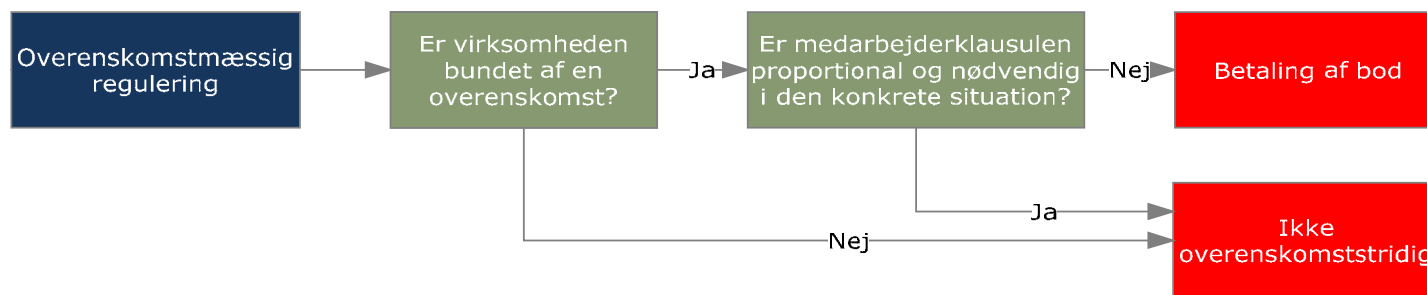
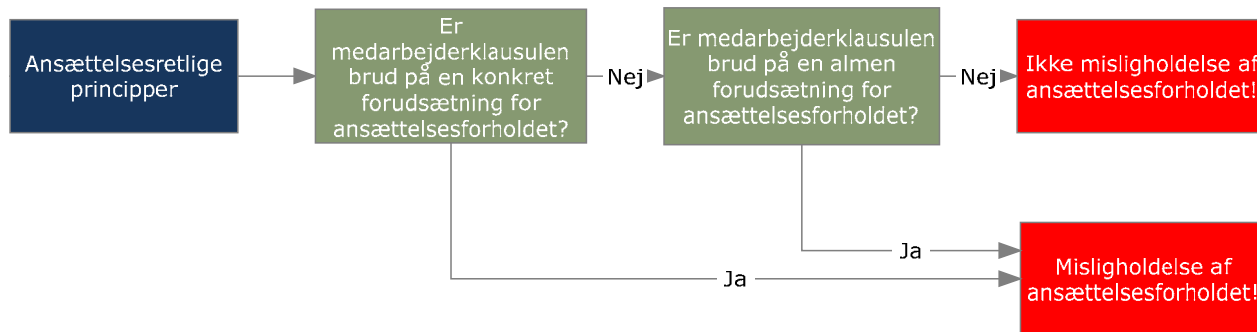
Som det fremgår af dette kapitel er reguleringen af retsstillingen omkring medarbejderklausuler spredt ud over forskellige love og andre retskilder. Sammenfattende kan dog siges, at ansættelsesretlige principper, overenskomster, ansættelsesbevisloven, konkurrenceloven, EF-traktaten og aftaleloven påvirker retsstillingen, således at medarbejderklausuler i visse situationer kan være ugyldige, erstatningspådragende eller skulle oplyses til medarbejderen. Langt de fleste medarbejderklausuler går dog fri af disse begrænsninger i aftale- og erhvervsfriheden og kan derfor frit indgås og holdes hemmelige.

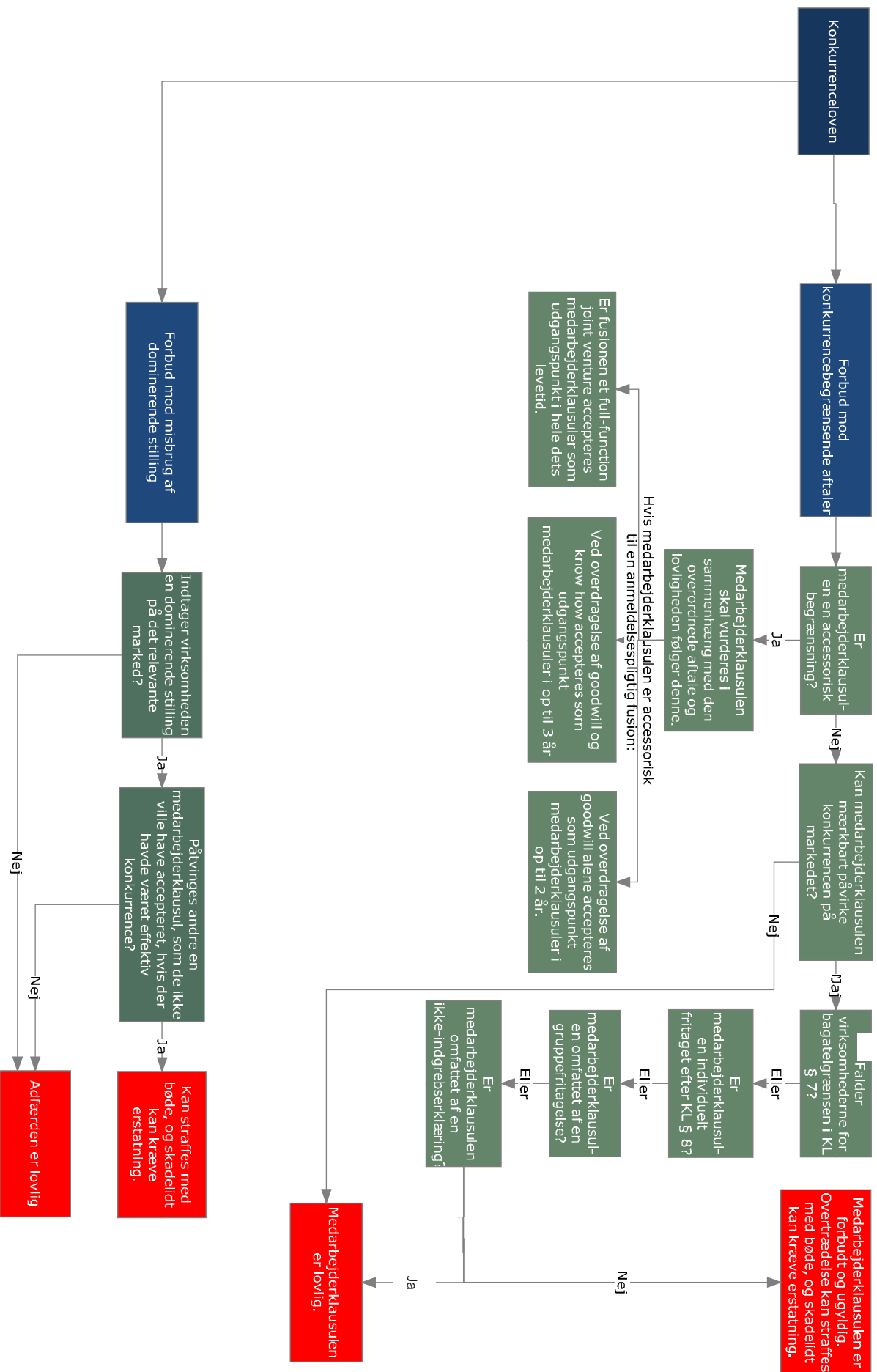
For at overskueliggøre, hvilke undersøgelser og overvejelser man bør gøre før indgåelse af en medarbejderklausul eller ved vurdering af en medarbejderklausuls lovlighed, er udarbejdet en slags tjekliste i form af de følgende flowcharts. Det skal ved læsning og anvendelse af disse have in mente, at de på ingen måde prætenderer at være udtømmende, samt at de afspejler opgavens konklusioner på områder, hvor der ofte endnu ikke er fast praksis. Tjeklisterne skal derfor ikke bruges som facitliste, men nærmere som hjælpemiddel til at identificere eventuelle retlige problemer ved medarbejderklausuler.

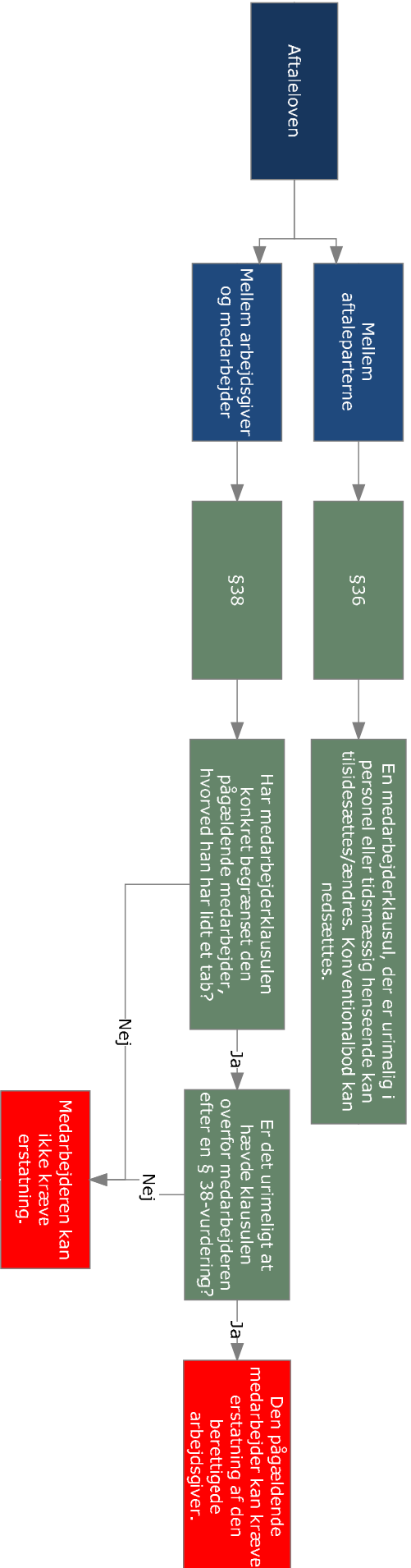
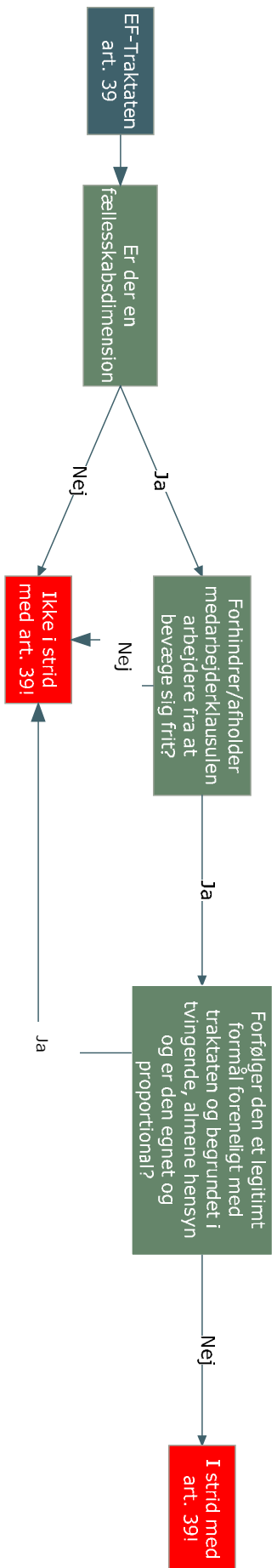
¹⁷⁸ Jf. Horsfeldt, s. 131 f.

¹⁷⁹ Jf. pkt. 4.6.

¹⁸⁰ Jf. Hasselbalch 3, s. 513.







5. Regulering i udlandet

Som det fremgår af kapitel 4, har man i Danmark indtil videre afholdt sig fra at regulere medarbejderklausulerne direkte ved lov. I dette kapitel skal kort oprides, hvordan man forholder sig til medarbejderklausuler i visse andre lande. Udenlandsk ret er relevant både som inspiration til hvordan man eventuelt kunne regulere retsområdet herhjemme, men også fordi aftalerne tilmed anvendes i kontrakter med tilknytning til udlandet, og international privatrets regler dermed kan betyde, at lovligheden af medarbejderklausuler skal afgøres efter fremmed ret. Hovedkilden til oplysningerne om retsstillingen i udlandet er Udvalgsrapporten, som har indhentet informationerne via ambassaderne i de respektive lande.¹⁸¹

5.1. Sverige

Sverige oplyser, at man ikke har regler, der kan forhindre virksomheder i at indgå medarbejderklausuler, og man har heller ikke praksis på området eller planer om lovgivningstiltag.

5.2. Norge

Norge har ikke foretaget undersøgelse af brugen af medarbejderklausuler og har ikke lovgivet specifikt om medarbejderklausuler. Det oplyses dog, at man har retsregler der i vidt omfang svarer til de danske regler om konkurrenceklausuler, urimelige aftaler og urimelig konkurrenceforvridning. Der eksisterer imidlertid ikke praksis om anvendelse af disse regler på medarbejderklausuler.

5.3. England

I England anses medarbejderklausuler ikke som problematiske, og der er derfor ikke sket regulering af området. Dog har man reguleret området for vikaraftaler, som ellers indeholder en analog problematik, jf. kapitel 2.

5.4. Tyskland

Tyskland er et af de få lande, der har reguleret medarbejderklausuler ved lov. Den tyske Handelsgesetzbuch § 75f fastslår, at konkurrenceklausuler aftalt mellem to virksomheder vedrørende en arbejdstager ikke er forpligtende. Det oplyses endvidere, at konkurrenceklausuler i Tyskland skal aftales mellem arbejdsgiver og en arbejdstager, og at det er en gyldighedsbetingelse, at arbejdstageren kompenseres med en månedlig godtgørelse for påtagelsen. Der eksisterer ikke retspraksis om medarbejderklausuler.

5.5. USA

Retsstillingen varierer staterne i mellem, men den overvejende del af staterne praktiserer en ”rule of reason”, hvorefter konkurrenceklausuler uanset deres

¹⁸¹ Jf. Udvalgsrapporten, s. 41 ff.

form accepteres af domstolene, så længe de ikke er for vidtgående i geografisk og tidsmæssighenseende. Desuden accepteres konkurrenceklausuler i forbindelse med overdragelse af virksomhed i videre omfang end ellers.

I Californien lyder Business and Professions Code section 16600 således:

“Except as provided in this chapter, every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void.”

Medarbejderklausuler er ikke blandt de undtagne situationer i de følgende bestemmelser, og det anføres tilmed, at section 16600 håndhæves strengt, hvorfor medarbejderklausuler formentlig altid vil være ugyldige efter californisk ret.¹⁸²

I Wisconsin følger retsstillingen af Wisconsin Court of Appeals udtalelser i sagen Heyde Companies v. Dove Health Care Inc. Sagen drejede sig om en non-hireklausul indgået i forbindelse med en samarbejdsaftale om levering af fysioterapeuter til et plejehjem, som den forpligtede arbejdsgiver (plejehjemmet) forbrød sig imod. I første instans fik den berettigede arbejdsgiver medhold i, at medarbejderklausulen kunne håndhæves, men Wisconsin Court of Appeals omstødte med følgende bemærkning:

*We conclude that an employee's individual right and freedom to contract may not be restricted by a contract between two employers unless the employee is aware of and consents to the contract. Because the no-hire provision restricted the employment opportunities of Greenbriar's employees without their knowledge or consent, we conclude that it is unenforceable.*¹⁸³

Afgørelsen blev senere stadfæstet af Wisconsin Supreme Court.¹⁸⁴ Det er værd at bemærke, at det er den forpligtede arbejdsgiver, der påberåber sig de ansattes uvidenhed om klausulerne, selvom han ville være den nærmeste til at oplyse herom. Medarbejderne var ikke part i sagen.

6. Rekommandationer

Efter gennemlæsning af kapitel 4 står det klart, at retsstillingen omkring

¹⁸² Jf. Ronald J. Gilson, The legal structure of high technology industrial districts, Silicon Valley, Route 138, and covenants not to compete, s. 40-42. Artiklen er publiceret i New York University Law Review, vol. 74, nr. 3, juni 1999, s. 575 – 629. Artiklen kan også findes på:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=124508

¹⁸³ Wisconsin Court of Appeals i afgørelse af 23. oktober 2001, pkt. 29. <http://www.wisbar.org/res/capp/2001/01-0863.htm>

¹⁸⁴ Wisconsin Supreme Court i Heyde Companies v. Dove Health Care Inc. fra 12. december 2002. <http://www.wisbar.org/res/sup/2002/01-0863.htm>

medarbejderklausuler på en lang række områder er ganske usikker. En sådan usikkerhed er ikke gavnlig, hverken for virksomheder, der uomtvisteligt har en berettiget interesse i at indgå medarbejderklausuler for eksempel i forbindelse med virksomhedsoverdragelse, da disse virksomheders adfærd unødigt kan drages i tvivl, eller for medarbejdere, som muligvis begrænses på urimelig vis uden at vide det og måske uden at kunne forhindre det. De eneste, der kan tænkes at have gavn af denne retsikkerhed, er de virksomheder, som har set en smart fidus i at binde sine medarbejdere gennem medarbejderklausuler i stedet for kunde- og konkurrenceklausuler og derved slippe for at betale kompensation. Hensynet til disse virksomheder vejer ikke tungt i forhold til hensynet til medarbejderne, som begrænses uden kompensation, og de bør ikke kunne gemme sig bag en usikker retsstilling.

Udvalgsrapporten valgte ikke at anbefale en konkret model til regulering af brugen af medarbejderklausuler, da man ikke kunne vurdere medarbejderklausulernes udbredelse og dermed nødvendigheden af en regulering.¹⁸⁵ Dog må det under hensyn til, at flere forfattere anbefaler brugen af medarbejderklausuler i visse kontrakttyper, og at klausulerne indgår i diverse aftaleparadigmer¹⁸⁶, antages, at en anseelig del af medarbejdere indenfor visse brancher er eller har været omfattet af en medarbejderklausul, og nødvendigheden af en regulering må derfor være til stede.

En regulering bør efter denne forfatters mening indeholde et forbud mod de mest skadelige former for erhvervsbegrænsende klausuler. Forbudet bør udformes så generelt som muligt for også at kunne fange eventuelle nye påfund, og der kunne passende tages udgangspunkt i den "rule of reason"-regel, som den overvejende del af de amerikanske stater anvender.¹⁸⁷ Denne "rule of reason"-regel dækker i øvrigt i vidt omfang over de samme vurderinger, der allerede foretages under den nuværende danske retsstilling, jf. kap. 4, hvor det ofte er nødvendigheden og proportionaliteten af medarbejderklausulen, som afgør lovligheden. Som en del af proportionalitetsvurderingen kunne passende indgå medarbejdernes kendskab eller uvidenhed omkring den pågældende klausul, således at man for at opfylde proportionalitetskravet måtte informere de berørte medarbejdere om den pågældende medarbejderklausul, hvor der ikke måtte være væsentlige modstående hensyn.

En regel om, at alle erhvervsbegrænsende aftaler for at være lovlige skal være nødvendige og proportionale, skulle dog suppleres med regler, som specifikt lovliggør eksempelvis medarbejderklausuler ved virksomhedsoverdragelse og andre typesituationer, hvor man i dag accepterer erhvervsbegrænsende aftaler. Disse undtagelser ville tjene til, at man direkte af reglen kunne læse sin retsstilling i de fleste situationer, mens mere fantasifulde konstruktioner skulle bedømmes ud fra nødvendigheds- og proportionalitetskriterierne.

¹⁸⁵ Jf. Udvalgsrapporten, s. 79.

¹⁸⁶ Jf. note 4, 5 og 6.

¹⁸⁷ Jf. pkt. 5.5.

Sanktionen for overtrædelse skulle i første omgang være ugyldighed, således at den forpligtede arbejdsgiver ville være berettiget til at antage de pågældende medarbejdere uanset medarbejderklausulen. Det er dog klart, at dette ikke alene vil være en tilstrækkelig sanktion, da de mest begrænsende aftaler er de gensidige medarbejderklausuler. I sådanne kartellignende forhold har ingen af parterne interesse i, at den gensidige medarbejderklausul bliver ugyldig, og derfor hemmeligholdes den, så heller ikke medarbejderne kræver den ugyldiggjort. Og selvom en gensidig medarbejderklausul skulle blive kendt ugyldig, vil parterne stadig kunne efterleve den uden stor risiko for at blive opdaget. Derfor er det nødvendigt, at kunne tilpligte den berettigede arbejdsgiver at betale godtgørelse til de berørte medarbejdere i tilfælde af overtrædelse. Da det ofte vil være svært at bevise et egentligt tab, vil en godtgørelse ofte være at foretrække frem for erstatning, men godtgørelsen bør ikke udelukke erstatning. En godtgørelsespligt vil derfor formentlig også virke mere afskrækkende på virksomheder, der overvejer at kaste sig ud i de ulovlige aftaler

En lovændring som den foreslåede vil ikke ændre på, at medarbejdere i visse situationer omfattes af erhvervsbegrænsende klausuler, som de ikke er part i og ikke kender til, men hvis den efterleves, vil den til gengæld sikre, at medarbejdernes jobalternativer kun begrænses i de tilfælde hvor virksomhedernes legitime hensyn overstiger hensynet til medarbejderne, hvilket må være det vigtigste mål.

7. Konklusion

Retsstillingen omkring medarbejderklausuler er blevet belyst i kap. 4, og det fremgår heraf, at ansættelsesretlige principper, overenskomster, ansættelsesbevisloven, konkurrenceloven, EF-traktaten og aftaleloven i få tilfælde påvirker retsstillingen omkring medarbejderklausuler, men at langt de fleste medarbejderklausuler er lovlige og frit kan hemmeligholdes. Om de respektive retskilders påvirkning af retsstillingen henvises til tjeklisterne i kap. 4.12. og de øvrige afsnit i kap. 4.

Spredningen i retsregler, der påvirker retsstillingen omkring medarbejderklausuler, betyder en væsentlig usikkerhed i forbindelse med vurdering af lovligheden af en konkret klausul, hvorfor der foreslås en generel lovregulering af erhvervsbegrænsende klausuler, jf. kap. 6.

Litteraturfortegnelse

Primærlitteratur

Fodnotenavn

Anders K. Levy

Andersen og Lookofsky

Andersen og Madsen

Forfatter, titel, udgave, udgivesår

Anders K. Levy, Diskrimination og erhverv – ”det almene vel” i grundlovens § 74 som retsstandard, Justitia nr. 1/1998

Mads Bryde Andersen m.fl., Lærebog i obligationsret I, 1. udgave, 2000.

Lennart Lynge Andersen og Palle

	Bo Madsen, Aftaler og mellem-mænd, 4. udgave, 2001.
Bertelsen m.fl.	Erik Bertelsen, mfl., Dansk Fusionskontrol, 1. udgave 2001.
Borcher og Bøggild	Erling Borcher og Frank Bøggild, Markedsføringsloven, 2. udgave, 2006.
Christiansen og Schwarz	Erik Wendelboe Christiansen m.fl., Konkurrencebegrænsningsaftaler i ansættelsesretten – konkurrence- og kundeklausuler, 1. udgave, 1999.
Claus Juel Hansen	Claus Juel Hansen og Jørgen Boe, Direktørkontrakten, 5. udgave, 2004.
Cook og Kerse	C.J. Cook og C.S. Kerse, EC Merger Control, Sweet & Maxwell 4. udgave, 2005.
Evald	Jens Evald, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, 2000.
Fejø	Jens Fejø, EU-konkurrenceret almindelig del, 3. udgave, 2003.
Forhandlinger på Rigsdagen	Beretning om forhandlingerne på Rigsdagen, 1848-49.
Grundlovskommentaren	Henrik Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, 1. udgave, 1999.
Hansen og Lundgren	Johannus Egholm Hansen m.fl., Køb og salg af virksomheder, 3. udgave, 2005.
Hasselbalch	Ole Hasselbalch (red.), Ansættelsesbevisloven med kommentarer, 2. udgave, 2002.
Hasselbalch 2	Ole Hasselbalch, Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura, 1. udgave, 2004.
Hasselbalch 3	Ole Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udgave, 2002
Horsfeldt	Ole Horsfeldt, IT outsourcing, 1. udgave 2005.
Iversen, m.fl.	Bent Iversen, m.fl., Konkurrence-retlige emner, 1. udgave, 2004.
J. F. Jørgensen	Jens Feilberg Jørgensen, Omgåelse af retsregler, 1. udgave 1966.
Jones og Sufrin	Alison Jones og Brenda Sufrin, EC Competition Law, Oxford University Press, 2. udgave, 2004.

Kirsten Levinsen	Kirsten Levinsen (red.), Konkurrenceloven med kommentarer, 2. udgave, 2001.
Koktvedgaard	Mogens Koktvedgaard, Lærebog i konkurrenceret, 6. udgave, 2005.
Lennart Lyng Andersen	Lennart Lyng Andersen (red.), Aftaleloven med kommentarer, 4. udgave, 2005.
Morten Langer	Morten Langer m.fl., Konkurrence og kundeklausuler, 3. udgave, 2006.
Møgelvang-Hansen, m.fl.	Peter Møgelvang Hansen, m.fl., Markedsføringsretten, 1. udgave 2007
Paulsen og Sørensen	Jens Paulsen og Niels Sørensen, Konkurrence- og Kundeklausuler og andre erhvervsbegrænsende aftaler, 1. udgave, 2000.
Peter Herskind	Peter Herskind m.fl., Lov om ansættelsesbeviser, 2. udgave, 2002.
Rasmussen og Werner	Steen A. Rasmussen og Helge Werner, Hovedaftalen med kommentarer, 5. udgave, 1993.
Ross	Alf Ross, Dansk statsforfatningsret II, 3. udgave, 1983.
Ruth Nielsen	Ruth Nielsen, EU RET, 3. udgave, 2002.
Ruth Nielsen 2	Ruth Nielsen, Europæisk arbejdsret, 1. udgave, 2003.
Ruth Nielsen 3	Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 4. udgave, 2006.
Ruth Nielsen 4	Ruth Nielsen, Lærebog i arbejdsret, 8. udgave, 2001.
Schaumburg-Müller	Peer Schaumburg Müller m.fl., Kollektiv arbejdsret, 1. udgave, 2007
Stig Jørgensen	Stig Jørgensen, Foreløbig redegørelse om formuerettens general-klausuler, 1974.
Ussing	Henry Ussing, Aftaler paa Formuerettens Omraade, 3. udgave, 1986.
Zahle	Henrik Zahle, Menneskerettigheder Dansk Forfatningsret 3, 3. udgave, 2003.

Sekundærlitteratur

Forfatter, titel, udgave, udgivesår

Andreas Christensen, m.fl. Konkurrenceretten i EU, 2. udgave 2005.

Birgitta Nyström, EU och arbetsrätten, 2. udgave, Norstedts Juridik AB, 1999.

Finn Schwarz og Jonas Enkegaard, Scandinavian Employment Law, 1. udgave, 2007.

H.G. Carlsen, Dansk Funktionær Ret, 7. udgave, 2003.

Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven med kommentarer, 4. udgave, 2007.

Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 1, 3. udgave, 2003.

Holger Hansen, Om aftalelovens § 36, 1. udgave, 1980.

Jon Iversen, Legal Risk Management, 2. udgave, 2007.

Karsten Engsig Sørensen m.fl., EU-retten, 3. udgave, 2004.

Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2. udgave, 1998.

Linda Rudolph Greisen, Funktionærloven, 17. udgave 2006.

Maria Nedergaard og Nadia Seistrup, Non-solicitationsaftaler og medarbejderklausuler, Specialafhandling fra Københavns Universitet, 2005.

Ole Hasselbalch, Kollektivarbejdsretten, 2. udgave, 1999.

Ove Fich, EFs indre marked, 1. udgave, 1990.

Peter Herskind m.fl., Den gode ansættelseskontrakt, 1. udgave, 2004.

Roger Blanpain, European Labour Law, 10. udgave, Kluwer Law International, 2006.

Ruth Nielsen, EU-RET, 4. udgave 2005.

Steen A. Rasmussen og Helge
Werner, Hovedaftalen med kom-
mentarer, 5. udgave, 1993.

Stephen Weatherill, Cases and
Materials on EU Law, Oxford
University Press, 8. udgave, 2007.