Indholdsfortegnelse

Abstract 3

1. Indledning 4

2. Problemstilling 5

2.1. Afgrænsning 6

2.2. Metode 7

2.2.1. Kildekritik 8

3. Ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger 10

3.1. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt 10

3.1.1. Konkurrencehandlinger 11

3.1.2. Forberedelseshandlinger 12

3.1.3. Misligholdelsesbeføjelser 14

3.2. Markedsføringslovens §§ 1 og 19 14

3.2.1. Formål og det generelle anvendelsesområde 14

3.3. Markedsføringslovens § 1 – god markedsføringsskik 15

3.3.1. Anvendelsesområde overfor (tidligere) medarbejdere og nye arbejdsgivere 16

3.3.2. Markedsføringslovens § 1 i retspraksis 17

3.4. Markedsføringslovens § 19 - erhvervshemmeligheder 20

3.4.1. Anvendelsesområde overfor (tidligere) medarbejdere og nye arbejdsgivere 20

3.4.2. Markedsføringslovens § 19 – indhold 21

3.5. Misligholdelsesbeføjelser 24

4. Aftalt konkurrencebegrænsning 26

4.1. Definition og indhold 26

4.2. Funktionærlovens § 18, stk. 1 – Betroelseskravet 27

4.3. Funktionærlovens § 18, stk. 1 – Kompensationskravet 29

4.3.1. Aftalemåden 29

4.3.2. Kompensationens størrelse 29

4.3.3. Betaling af kompensationen 29

4.3.4. Bortfald af kompensationen 30

4.4. Funktionærlovens § 18, stk. 2 – Opsigelsesadgang 30

4.5. Funktionærlovens § 18, stk. 3 – Modregningsadgang 31

4.6. Funktionærlovens § 18, stk. 4 – Anciennitetskravet 32

4.7. Sanktionsbeføjelser 33

5. Forskellen mellem konkurrencebegrænsningerne 34

5.1. Generelt 34

5.1.1. Anvendelsesområde 34

5.1.2. Kompensation 35

5.2. Tidsmæssig udstrækning 35

5.3. Sanktioner 36

6. Samspillet mellem konkurrencebegrænsningerne 38

6.1. Samspil ved etablering af selvstændig virksomhed 38

6.2. Samspil ved ansættelse i konkurrerende virksomhed 40

7. Konkurrenceklausulers anvendelse på arbejdsmarkedet 42

8. Konklusion 44

Litteraturliste 46

Artikler/publikationer 46

Internetartikler 46

Retslitteratur 46

Domsliste 47

# Abstract

During recent years there has been focus on the limitations concerning employees’ job mobility as a result of an increase in the use of non-competition clauses. Trade-union movements think that there should be a prohibition of these clauses, while companies think these clauses are necessary to protect their businesses against competition from present and former employees.

 The purpose of this thesis is, through a legal illustration and analysis of employees’ loyalty obligations towards their employers, the Danish marketing law and non-competition clauses, to uncover employers’ need to introduce non-competition clauses to prevent competition form employees who are been employed by competing companies or starting their own competing company. Furthermore this thesis purpose is to illustrate which mobility restrictions employees are met with before and after ending their employments.

 Through an analysis of the differences and the interaction there is between the competition restrictions, that are not draft in the employees contracts, and the non-competition clauses, the thesis concludes that if the employers want a general prohibition against present and former employees establishment of, or employment in, competing companies the Danish marketing law § 1, the laws general clause, and § 19, about trading secrets, doesn’t present enough of a restriction. However if the focus is on restrictions against present and former employees disloyal competition and unduly passing or use of the employers trading secrets, the Danish marketing law and the employees’ loyalty obligations towards their employers, give the employers the sufficient limitations. Furthermore the thesis finds that although the loyalty obligations and the Danish marketing law have some effects on employees’ job mobility, they are not as restrictive as the non-competition clauses.

 Although many employers want to limit competition from their employees they should always consider if the loyalty obligations combined with the provisions in the Danish marketing law give the necessary protection against competition from present and former employees. If this isn’t the case, it should be acknowledged that the employers have a legitimate need to secure the employees confidential obligations concerning their insights in confidential information’s regarding their present or former employers companies through non-competition clauses.

# 1. Indledning

Det danske samfund har gennem en lang årrække udviklet sig fra være et industrisamfund til at være et videnssamfund, hvilket har haft den effekt, at mange danske virksomheder i høj grad er vidensbaserede. Den viden virksomhederne ligger inde med har stor betydning for samfundsøkonomien og produktiviteten på det danske marked, og derfor får mobiliteten på arbejdsmarkedet ligeledes stor betydning for samfundsøkonomien, da mobiliteten er med til at sikre, at virksomhederne får tilføjet den nødvendige arbejdskraft.

 Det danske arbejdsmarkedet er præget af en høj grad af mobilitet (Stamhus & Dahl, 2013, s. 2), alligevel er der flere forskere, der peger på, at mobiliteten på arbejdsmarkedet kan komme under pres grundet virksomhedernes forbrug af mobilitetshæmmende aftaler. Adjunkt og lektor på Aalborg Universitet Jørgen Stamhus anfører i en rapport udgivet i 2013, at *anvendes disse (arbejdsmarkedsklausuler) i større udstrækning over for medarbejdere med høje kvalifikationer, kan de virke som væksthæmmere for den danske økonomi dels pga. deres mobilitetsbremsende effekt, dels fordi de hæmmer spredningen af know how og innovation i dansk erhvervsliv* (Ibid., s. 2)*.*

 Produktivitetskommissionen anser ligeledes anvendelsen af arbejdsmarkedsklausuler for værende problematisk for det danske arbejdsmarked og samfundsøkonomien. I en rapport fra august 2013, som havde til formål at afdække væsentlige drivkræfter for styrkelse af produktivitetsudviklingen i den private sektor, konkluderer Kommissionen, at arbejdsmarkedsklausuler *kan svække produktivitetsudviklingen ved at gøre arbejdsmarkedet mindre fleksibelt, ligesom det kan svække konkurrencen ved at hæmme opstarten af nye virksomheder* (Produktivitetskommissionen, 2013, s. 53).

Mange virksomheder anser deres nøglemedarbejdere som værende deres vigtigste ressource, hvilket kan have noget med at gøre, at medarbejdere ofte er drivkraften bag en virksomheds udvikling og vækst. Virksomhederne benytter derfor mange ressourcer på at holde deres medarbejder opdateret på den nyeste viden, hvilket ofte sker gennem videreuddannelse og kurser.

Når nu virksomheden i høj grad anvender sig af arbejdsmarkedsklausuler, så kan dette være et udtryk for, at arbejdsgiverne forsøger at tilegne sig ejendomsrettigheder til medarbejdernes kvalifikationer, hvilken de ofte selv har haft stor indflydelse på under medarbejdernes ansættelses via opkvalificering gennem kurser og videreuddannelse. Anvendelsen af arbejdsmarkedsklausuler kan derfor mistænkes for at være gået fra utvetydigt at rette sig mod beskyttelse af forretningshemmeligheder, til at anvendes som et juridisk redskab til at binde medarbejdere til specifikke virksomheder med særligt henblik på at beskytte virksomhedens investeringer i medarbejderens kvalifikationer.

Det fremgår af Kommissionens rapport, at der ikke er nogen officiel statistik for udbredelsen af arbejdsmarkedsklausuler i Danmark. Der er dog indikationer af, at klausuler er et udbredt fænomen blandt de danske virksomheder (Ibid., s. 59).

# 2. Problemstilling

Rekrutterings- og mobilitetsbegrænsninger findes i flere afskygninger. De mest kendte omfatter direkte og indirekte rekrutteringsbegrænsninger som aftalte konkurrenceklausuler, lovregulerede begrænsninger, som følge af markedsføringsloven og den uskrevne grundsætning om medarbejders loyalitetspligt.

 Konkurrenceklausuler er de mest kendte og anvendte konkurrencebegrænsende aftaler. Grunden til, at virksomhederne anvender konkurrenceklausuler som konkurrencebegrænsende aftaler er, at virksomhederne igennem disse klausuler kan afskærer deres medarbejdere fra at tage ansættelse i konkurrerende virksomheder samt starte selvstændig konkurrerende virksomhed i en af klausul bestemt periode. Arbejdsgiverne sikrer på denne måde deres egen virksomhed mod konkurrence fra deres tidligere medarbejdere. Udbredelsen af disse klausuler er dog med til at skade det erhvervsklima, som skal være med til at skabe vækst og arbejdspladser, da virksomheder i samme brancher har det med at følge trop, hvis én virksomhed begynder at anvende konkurrenceklausuler til at sikre deres virksomhed mod konkurrence (Stamhus, 2013, s. 32). Arbejdspladserne er hermed selv med til at forhindre arbejdskrafts mobilitet, samt skabe et kollektivt handlingsproblem, da de selv er med til at forhindre tilførsel af den nødvendige arbejdskraften, ved at forhindre medarbejdernes mobilitet på arbejdsmarkedet.

 LO-fagbevægelsen, FTF og AC udtrykker bekymring over benyttelsen af konkurrenceklausuler på arbejdsmarkedet, og LO’s næstformand mener, at ”*i Danmark er vi dybt afhængige af, at vi hele tiden kan udvikle produktionen og opfinde nye og smartere måder at producere på. Ellers klarer vi ikke den globale konkurrence. Men konkurrenceklausuler, der stavnsbinder titusindvis af lønmodtagere til deres arbejdsplads, forhindrer en sådan udvikling og bremser et frit flow af viden mellem virksomhederne”* (LO, 2013). Desuden mener LO, at konkurrenceklausuler er en misforstået beskyttelse for virksomheder, der ikke er gearet til konkurrence. LO ønsker derfor en afskaffelse af de nuværende bestemmelser i funktionærlovens § 18 samt aftalelovens § 38.

 Modsætningsvis finder erhvervslivet konkurrenceklausuler nødvendige, da anden dansk lovgivning ikke yder den tilstrækkelige beskyttelse. Adm. direktør i Unimerco Group A/S skriver i en artikel på Buisness.dk, at ”*vi ofrer uhyre summer på uddannelse af nye medarbejdere, hvorefter de overbydes lønmæssigt af en ''useriøs'' konkurrent, som har valgt at spare uddannelseskronerne, men som så kan tilbyde en lidt højere løn. Ofte får vi endda en situation, hvor konkurrenten ikke vil antage medarbejderen de første måneder. Det betyder, at vi for at beskytte vores virksomhed må fritstille medarbejderen og betale hans/hendes løn i nogle måneder, hvor vi ingen arbejdsydelse modtager… derfor er konkurrenceklausuler nødvendige”* (Iversen, 2005)*.*

Mens fagforbundenes hovedorganisation ønsker forbud imod konkurrenceklausuler, da de er af den opfattelse, at disse klausuler hindre medarbejderenes mobilitet på arbejdsmarkedet og derved er til skade for det danske arbejdsmarked, så finder virksomhederne konkurrenceklausulerne nødvendige for at sikre deres virksomheder mod konkurrencehandlinger. På baggrund af denne problemstilling mellem arbejdsmarkedets parter, har specialet til formål at belyse forholdet mellem de ikke aftalte konkurrencebegrænsninger og de aftalte konkurrenceklausuler efter funktionærlovens § 18, herunder samspillet mellem disse, for at afdække virksomhedernes behov for indførsel af konkurrenceklausuler for at hindre medarbejdernes konkurrencehandlinger, samt afdække medarbejdernes mobilitetsbegrænsninger før og under ansættelsesforholdet.

## 2.1. Afgrænsning

Grundet specialets begrænsede omfang, har det været nødvendigt at foretage en afgrænsning af relevante problemstillinger for at sikre en grundig og dybdegående belysning af specialets problemstilling.

 Specialet tager udgangspunkt i de aftalte og ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger. Da der findes flere former på aftalte konkurrencebegrænsninger, har det været nødvendig at afgrænse området. Som det ses af specialets problemstilling, så sættes der fokus på problematikkerne vedrørende virksomhedernes forbrug af konkurrenceklausuler. Specialet afgrænses derfor til udelukkende at omhandle konkurrenceklausuler, når der er tale om aftalte konkurrencebegrænsninger, hermed vil specialet ikke behandle andre aftalte arbejdsmarkedsklausuler, såsom kunde- fastholdelses-, uddannelses, royalty- og optionsklausuler.

 Konkurrenceklausuler kan udfærdiges på to måder. Hvis en medarbejder er ansat som funktionær efter funktionærlovens § 1, og denne ellers opfylder gyldighedskravene fastsat efter loven, så kan konkurrenceklausulen udfærdiges efter bestemmelsen i funktionærlovens § 18 samt aftalelovens § 38. Hvis medarbejderen derimod enten ikke er funktionær, eller ikke opfylder gyldighedskravene i funktionærlovens § 18, så er der ikke nogen formkrav til udformningen af konkurrenceklausulen. Her gælder det, at der er aftalefrihed, hvilket betyder, at klausulen kan udfærdiges inden for rimelighedens grænser efter aftalelovens §§ 36 og 38.

 Grundet specialet begrænsede omfang er det funktionærlovens § 18, der vil blive benyttet til belysning af retstilstanden omkring konkurrenceklausulerne. Dette valg er grundet i, at de fleste fremstillinger i litteraturen tager afsæt i en omtale og beskrivelse af funktionærens ansættelsesforhold. Specialet er dermed afgrænset til ikke at belyse aftalelovens §§ 36 og 38 særskilt, men kun benytte disse bestemmelserne i det omfang de er med til at belyse forhold, der er relevante for gennemgangen af funktionslovens § 18.

Da specialet er afgrænset til blot af omhandler aftalt konkurrencebegrænsning i form af konkurrenceklausuler, betyder dette, at når betegnelsen klausul omtales i specialet, så menes der udelukkende konkurrenceklausuler.

Specialet vil foruden de aftale konkurrencebegrænsninger behandle de ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger i form lovregulerede rekrutteringsbegrænsninger som følger af markedsføringsloven og den uskrevne grundsætning om medarbejdes loyalitetspligt.

 Loyalitetspligten er en almindelig anerkendt grundsætning indenfor obligationsretten, der ikke er lovreguleret. Loyalitetspligten omfatter en pligt til at tage hensyn til, samt ikke bevist at skade modparten i et kontraktforhold. Loyalitetspligt bliver behandlet indenfor en række speciale retsområder, herunder ansættelsesretten. Da specialet sætter fokus på rekrutterings- og mobilitetshæmmende begrænsninger i ansættelsesforhold, så er det den ansættelsesretlige loyalitetspligt, der henvises til gennem hele specialet.

 Foruden den ansættelsesretlige loyalitetspligt gælder der, i sammenspil hermed, også en tavshedspligt omkring arbejdsgiverens interne forhold, som ikke allerede er offentligt kendt. Denne tavshedspligt vil ikke blive behandlet i specialet, da der er tale om en forholdsvis begrænset del af loyalitetspligten. Desuden bliver tavshedspligten suppleret af bestemmelsen i markedsføringslovens § 19, stk. 2 om misbrug af erhvervshemmeligheder, som vil blive behandlet særskilt i specialet.

Ved belysning af markedsføringslovens bestemmelser, haves det in mente, at loven har til formål, at implementerer en række EU-direktiver, men da specialet udelukkende omhandler danske arbejdsmarkedsforhold, så vil EU-retten ikke blive belyst nærmere.

 Ved behandlingen af markedsføringslovens bestemmelser, er det kun §§ 1 og 19, der vil blive belyst særskilt, da disse er udtryk for nogle grundlæggende principper i erhvervsforhold, herunder pligten til at agere loyalt samt ikke at videregive fortrolige oplysninger, hvilke er i særligt fokus i forhold til medarbejdere og disses ansættelsesforhold. Markedsføringslovens §§ 3 og 5 om misrekommanderinger, samt § 18 om forretningskendetegn finder ligeledes anvendelse på konkurrencehandlinger foretaget af såvel nuværende som tidligere medarbejdere, som etablerer egen virksomhed samt for andre markedsaktører, der agerer som erhvervsdrivende. Disse har dog ikke sat samme spor i den foreliggende retspraksis omkring medarbejderens konkurrencehandlinger, som §§ 1 og 19. Som det vil komme til udtryk via en gennemgang af den juridiske metode, så har specialet har en praktisk sigte, og specialet vil derfor fokusere på behandlingen af §§ 1 og 19.

Der vil igennem specialet blive benyttet populærforkortelser for den lovgivning, der benyttes. Markedsføringsloven vil derfor blive benævnt MFL igennem hele specialet, ligesom funktionærloven vil blive benævnt FUL.

## 2.2. Metode

Specialet er udarbejdet ved anvendelse af den juridiske metode, som traditionelt opererer med to hovedforgreninger, *den dogmatiske retsvidenskab* og *retssociologi* (Wegener, 2000, s. 51).

 Retsdomatikken beskæftiger sig med reglerne og ser det som sin opgave at give en fremstilling af gældende ret både aktuelt og/eller fortidigt (Ibid., s. 51). Ved brug af retsdomatikken systematiseres hvilke regler, der aktuelt gælder på et bestemt område, hermed de såkaldte påstande de lege late[[1]](#footnote-1) (Ibid., s. 51).

 Retsdogmatikken vender blikket mod retsnormerne (Ross, 1971, s. 28). Retsnormerne kan efter deres umiddelbare indhold inddeles i to grupper, forholdsnormerne og kompetence- eller fremgangsnormerne. Forholdsnormerne foreskriver en vis adfærd, mens kompetence- eller fremgangsnormerne skaber en kompetence til at udforme de direktiver, der påtænkes som forholdsnormer. Kompetencenormer er altså indirekte udtrykt forholdsnormer (Ibid., s. 45). Når man betragter dansk ret, så udgør denne en udelelig meningssammenhæng, hvori hver enkelt integrerende regel i sidste analyse er en forholdsnorm om udøvelse af offentlig myndighed i konkret form ved dom eller forvaltningsakt (Ibid., s. 46). Det følger af retsdogmatikken, at dansk ret et system der bestemmer, hvem der som offentlig myndighed skal foreskrive og udøve tvang, og under hvilke betingelser dette skal ske.

På den anden side, beskæftiger retssociologien sig med, hvad man kan kalde retslivet og retsforestillingerne, herunder med samspillet mellem ret og samfund. Retssociologien henregnes undertiden til retspolitik, som beskæftiger sig med fremsættelse af anbefalinger om den fremtidige indretning af lovgivningen, inden for hvilken, der fremsættes udsagn de lege ferende[[2]](#footnote-2) (Wegener, 2000, s. 51).

Ved brug af juridisk metode må herved erindres, at retslivet og retsforestillingerne, samt retsnormerne ikke er to selvstændige eksistenssfærer, men abstrakte sider af en og samme realitet. Der er tale om to blikretninger, der indbyrdes forudsætter hinanden (Ross, 1971, s. 28), hvilket betyder, at retsdogmatikken aldrig kan løsrives fra retssociologien (Ibid., s. 29).

Dette speciales juridiske analyse er overvejende udarbejdet ved benyttelse af den *retsdogmatiske metode*, hvilket giver specialet et teoretisk præg, da dogmatikkens normative karakter er en lære om normer, og ikke i normer. Den går ikke ud på at opstille eller give udtryk for normer, men på at konstatere deres karakter af gældende dansk ret (Ibid., s. 29).

Alf Ross’ *prognoseteori* angår den dogmatiske retsvidenskab, og er med til at definere, hvad gældende ret er (Wegener, 2000, s. 53).

 Gældende Dansk ret er et spørgsmål og, hvad der vil ske i morgen (Ross, 1971, s. 31), hvilket hænger sammen med, at gældende ret aldrig er et historisk faktum, men en fremtidskalkulation, heraf kommer navnet prognoseteori (Ibid., s. 31). Gældende ret må herudfra forstås som refererende til hypotetisk fremtidige afgørelser under visse betingelser. Disse betingelser indbefatter tildeles, at der på et fremtidigt tidspunkt anlægges sag med relation til lovgivningen, dels at retstilstanden ikke bliver ændret i mellemtiden. Efterprøvelsen sker ved opfyldelse af disse krav og ved herefter at iagttage afgørelsen (Wegener, 2000, s. 55).

 For at der kan være tale om gældende danske ret efter en retsvidenskabeligt påstand, så skal der altså være tale om en regel, der er påvist efter sit realindhold, som værende en forudsigelse om reglens anvendelse i fremtidige afgørelser (Ross, 1971, s. 58). I dansk praksis ses den gældende ret som værende den danske lovgivning samt øvrige retskilder, der er efterprøvet ved domstolende.

### 2.2.1. Kildekritik

I specialet er der anvendt dansk lovgivning, dansk retspraksis, retslitteratur, forarbejder og artikler til at belyse gældende dansk ret indenfor ansættelsesretten.

 Grundlovens § 3 bestemmer, at den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i forening. Ud fra Grundlovens ordlyd gælder der et retskildeprincip[[3]](#footnote-3) vedrørende lovgivningens retskildemæssige betydning, hvorefter såvel domstole som andre retsanvendende myndigheder har pligt til at tage hensyn til bestemmelserne i lovgivningen, som direkte angår det eller de forhold, som måtte foreligge til afgørelsen (Wegener, 2000, s. 86). Loven er sat ret, hvilket betyder, at den er blevet til som følge af beslutning af visse mennesker. Dette forudsætter derfor kompetencenormer, som Grundlovens angiver, at folketinget og kongen har i forening. At udvikle disse kompetencenormer er den dogmatiske retskildelæres opgave (Ross, 1971, s. 94). Det er en forudsætning, at kompetencenormen har ugyldighedsvirkning, hvilket kan efterprøves ved domstolene, hvor domstolen skal afprøve om den foreskrevne fremgangsmåde er fulgt, og kun efterlever den pågældende forholdsnorm under forudsætning af, at dette er tilfældet (Ibid., s. 65).

Da specialet behandler gældende ret, så er der udelukkende benyttet gældende lovgivning til belysning af den gældende retstilstand. Den gældende markedsføringslov og funktionærlov er hentet fra retsinformation.

 Som nævnt, er der desuden benyttet forarbejder til belysningen af specialets problemstilling. Her er der tale om forarbejder i form af betænkninger og bemærkninger til både funktionærloven og markedsføringsloven. Forarbejder har naturligvis ikke samme retskildemæssige status som lovgivningen selv. Der kan således ikke tales om et retskildeprincip, hvorefter domstolende ligefrem skulle være forpligtet til at tage hensyn til sådant materiale (Wegener, 2000, s. 88). Selvom forarbejder ikke er et retskildeprincip, så benyttes de i stigende grad i praksis til behandling af fortolkningsspørgsmål vedrørende lovgivningen.

 Retspraksis er i specialet anvendt til belysning af domstolsopfattelsen af retslitteraturen og lovgivningen. Retspraksis er en delvis objektiviseret kilde (Ibid., s. 16), der skal anvendes med en vis forsigtighed, da en dom ikke er et definitivt svar på en problemstilling. Retspraksis har imidlertid høj præjudikatsværdi, da det må antages at danne præcedens for afgørelser i efterfølgende sager, ud fra en forventning om at lignende sager skal behandles lige.

 Retslitteraturen, der er anvendt, er ikke en retskilde, men et fortolkningsbidrag. Selvom der ikke er tale om retskilde, så er den juridiske retslitteratur tillagt stor pålidelig. Retslitteraturen, der er anvendt i specialet er henvendt til belysning af det ansættelsesretlige område, hvilket ses ved, at disse indeholder emnebehandling, der er grundig og langt hen af vejen objektiv. Desuden er forfatterne til den juridiske retslitteratur fagmænd og eksperter på det ansættelsesretlige område, som har udgivet via anerkendte forlag.

 For at sikre, at retslitteraturen, der er anvendt, lever op til den juridiske metode, ved at behandle gældende ret, er der anvendt de nyeste udgaver, hvilket sikrer aktualitet.

# 3. Ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger

Det følgende afsnit har til formål, at belyse de rekrutterings- og mobilitetsbegrænsninger, der foreligger gennem de ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger. Dette belyses ved en gennemgang af henholdsvis MFL §§ 1 og 19 og den uskrevne grundsætning om medarbejders loyalitetspligt, samt afdækningen af retstilstanden på begge områder.

## 3.1. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt

Den ansættelsesretlige loyalitetspligt er en uskreven grundsætning, der følger af den faste ansættelsesretlige litteratur og praksis (Jørgensen, 2010, s. 59), og som udspringer af aftalerettens almindelige bestemmelser om loyal opførsel aftalens parter imellem. Det føler af disse bestemmelser, at enhver aftalepart inden for rimlighedens grænser er forpligtiget til også af varetage den anden aftaleparts interesser (Court-Payen; mfl., 2010, s. 241). Den ansættelsesretlige loyalitetspligt er dog særegnet og mere vidtgående end den loyalitetspligt, der gælder i andre samarbejdsforhold (Jørgensen, 2010, s. 23-24), da den glæder uden nærmere aftale og udgør en relativ bred og vidtrækkende forpligtelse for medarbejderen til at agere loyalt og i overensstemmelse med arbejdsgiverens interesser, så længe ansættelsesforholdet består (Ibid., s. 59).

 Desuden sætter den grænser for en række forskelligartede handlinger. Handlinger, som udover konkurrencehandlinger, desuden omfatter bl.a. kritisk eller negativ omtale af arbejdsgiveren samt dennes kunder og forretningsforbindelser overfor udenforstående (Ibid., s. 59). Man kan se loyalitetspligten, som et udtryk for en almindelig forventning arbejdsgiver har til, at medarbejderen ikke udføre handlinger, der direkte eller indirekte skader eller er egnede til at skade arbejdsgiverens virksomhed (Court-Payen; mfl., 2010, s. 241-242).

I forhold til den tidsmæssige udstrækning, så kan loyalitetsforpligtelsen gøres gældende overfor medarbejderen så længe ansættelsesforholdet består. Loyalitetspligten anses for knyttet til vederlagsforpligtelsen, hvilket betyder, at loyalitetsforpligtelsen består så længe forpligtelsen for arbejdsgiveren til at udbetale løn til medarbejderen består, herunder også i en eventuel opsigelsesperiode (Jørgensen, 2010, s. 62). Tilsvarende ophører loyalitetspligten samtidig med ansættelsesforholdet, og dermed samtidig med den sidste lønudbetaling (Ibid., s. 62).

 En modifikation hertil gælder i en eventuel fritstillingsperiode, som indebærer en definitiv fritagelses for arbejdsforpligtelsen i opsigelsesperioden. I en fritstillingsperiode kan arbejdsgiveren modregne medarbejderens indtægter, der er oppebåret andetsteds. I disse tilfælde modtager medarbejderen ikke vederlag fra arbejdsgiveren, men vederlagsforpligtelsen og loyalitetsforpligtelsen anses fortsat for at bestå (Ibid., s. 62). I forhold til suspension, som udgør en midlertidig fritagelse af arbejdsforpligtelsen med pligt for medarbejderen til at stå til rådighed for arbejdsgiveren, så bevares loyalitetspligten samt konkurrenceforbuddet, da vederlagsforpligtelsen består (Ibid., s. 75).

Loyalitetspligten består desuden i tilfælde hvor arbejdsgiveren eller medarbejderen ophæver ansættelsesforholdet før udløbet af opsigelsesperioden (Ibid., s. 62). I de tilfælde, hvor en medarbejder har misligholdt sin stilling i en sådan grad, at arbejdsgiveren kan gøre brug af bortvisning, bør arbejdsgiveren have in mente, at han ved at gennemføre bortvisningen risikerer at miste retten til at påberåbe sig loyalitetspligten i en opsigelsesperiode. Hvis arbejdsgiveren derimod vælger at undlade bortvisning og fortsætte lønudbetalingerne, så kan han fasteholde loyalitetspligten i opsigelsesperioden (Jørgensen, 2010, s. 72).

### 3.1.1. Konkurrencehandlinger

Det generelle konkurrenceforbud, som er nævnt tidligere, går ud på, at konkurrencehandlinger som udgangspunkt er i strid med den i ansættelsesforholdet almindelige loyalitetspligt, hvis den foretages af medarbejderen under ansættelsen (Ibid., s. 66). Dette betyder desuden, at medarbejderen er afskåret fra at påbegynde selvstændig konkurrerende virksomhed, der udsætter arbejdsgiveren for væsentlig konkurrence (Ibid., s. 70), hvilket er fastslået ved højesteret

**U1978.461H**

En ansat salgsdirektør S opsagde i november 1974 sin stilling i Århus hos arbejdsgiveren A. I december 1974 aftalte parterne, at S skulle ophøre med sit arbejde den 31. december 1974, men modtage sin løn indtil den 30. november 1975. A udtalte, i et brev af 5. december 1974, at F fra den 1. januar 1975 var ”frit stillet med hensyn til Deres fremtidige virke”. Den 1. april 1975 overtog S ledelsen af et erhverv, som var i konkurrence med A. A vælger herefter at ophøre med at udbetale løn til F. Højesteret fandt, at den følgende loyalitetspligt over for arbejdsgiveren fandtes gældende, da indstævnte fortsat modtog løn indtil den aftalte endelige fratrædelsesdato den 30. november 1975. Herefter har indstævnte været uberettiget til, inden denne dato, at overtage ledelsen af en konkurrerende virksomhed uden appellantens godkendelse.

Det kan endvidere udledes af dommen, at en væsentlighedsvurdering er væsentlig i forhold til hvilke sanktioner, der kan gøres gældende overfor medarbejderen. Væsentlighedsvurderingen afhænger af, i hvilket omfang konkurrencehandlingen har gjort skade eller er egnet til at gøre skade på arbejdsgiverens virksomhed. Som nævnt tidligere, så er det ikke afgørende, at handlingen aktuelt har påført skade for arbejdsgiverens virksomhed, men om handlingen er egnet til at påføre arbejdsgiveren skade og dermed er potentielt skadeforvoldende. Hvis ikke der er tale om konkurrence af en vis væsentlighed, så har arbejdsgiveren ikke mulighed gøre hævebegrundende misligholdelse gældende overfor medarbejderen (Ibid., s. 70). I disse tilfælde er det dog muligt, at den pågældende handling udgør et tilstrækkeligt grundlag for en saglig opsigelse (Ibid., s. 71).

 Væsentlighedsvurdering vil ofte være opfyldt, hvis en medarbejder ønsker at etablere selvstændig konkurrerende virksomhed, men om kriteriet er opfyld beror på en konkret vurdering. Medarbejderne skal endvidere være opmærksomme på, at en arbejdsgiver heller ikke forpligtet til at tåle, at disse reelt kun anvender ansættelsen til at finansiere og lette start af konkurrerende virksomhed (Ibid., s. 68). Sådanne tilfælde kan berettige til ophævelse af ansættelsesforholdet samt erstatning, hvis betingelserne herfor er opfyldt (Ibid., 84).

**U1991.378H**

Virksomheden A modtog den 17. august 1987 opsigelser fra F og seks andre salgs- og servicemedarbejdere, som ville fratræde deres stilling den 31. december 1987. A bortviste den 18. august 1987 de syv funktionærer. Højesteret fandt det godtgjort, at de syv funktionærer havde sagt op efter indbyrdes aftale med henblik på at skabe egen virksomhed efter fratræden ved årets udgang, der skulle konkurrere med A. Bortvisningen af F blev herefter fundet berettiget.

Ved ansættelse i konkurrerende virksomhed vil der ligeledes være tale om en konkret vurdering, hvor bedømmelsen især afhænger af arten og karakteren af stillingen i den gamle virksomhed, herunder om denne stilling havde karakter af en betroet stilling med særlig indblik i interne og følsomme oplysninger, sammenholdt med arten og karakteren af medarbejderens nye stilling hos konkurrenten (Jørgensen, 2010, s. 70). Det er dog i retspraksis slået fast, at man ikke handler i strid med loyalitetspligten ved at indgå aftale med en ny og eventuelt konkurrerende arbejdsgiver, selvom det eksisterende ansættelsesforhold endnu ikke er opsagt, og at man heller ikke misligholder sit eksisterende ansættelsesforhold ved i første omgang at undlade at afgive opsigelse (Langer, 2009, s. 40).

**U1994.140Ø**

Funktionær havde taget ansættelse i konkurrerende firma. Da hun trods opfordring ikke opsagde sin hidtidige stilling, blev hun bortvist. Landsretten fandt, at bortvisning var uberettiget, da alene den grund, at hun ikke havde opsagt hendes nuværende stilling, ikke er grund nok til bortvisning.

#### 3.1.1.1 Opsigelsesperioden

I forhold til opsigelsesperioden, så er det fast antaget i teori og praksis, at loyalitetspligten og forbuddet mod konkurrencehandlinger også gælder i denne periode. Som det fremgår tidligere, så er dette også gælde i de opsigelsessituationer, hvor arbejdsgiveren vælger at fritstille eller suspendere medarbejderen.

 Det er oftest i denne periode, at det kommer tvist mellem medarbejderen og arbejdsgiveren, da medarbejderens ønske om at forberede sit konkurrerende virke kolliderer med arbejdsgiverens interesse i, at medarbejderen agerer loyalt. Grænserne for tilladelige forberedelseshandlinger og ikke-tilladelige konkurrencehandlinger er ofte på prøve ved domstolene, og en række afgørelser faststår, det udgangspunkt, at loyalitetspligten, herunder forbuddet mod konkurrencehandlinger også gælder i opsigelsesperiode (Jørgensen, 2010, s. 74).

**U2008.2435S**

Sælger blev, som følge af økonomiske årsager, opsagt fra sin stilling i virksomheden H. I opsigelsesperioden kontaktede sælgeren H´s kunder med henblik på at lave leveringsaftaler med dem gennem egen virksomhed. Sælgeren blev på denne baggrund bortvist, hvilket retten kom frem til var berettiget da medarbejderen indtil fratræden har pligt til at optræde loyalt i forhold H og den beskrevne adfærd findes at være en tilsidesættelse af denne pligt.

Arbejdsgivere indskærper ofte i opsigelsesbreve overfor medarbejderen loyalitetspligten i opsigelsesperioden, samt indskærper, at denne i en fritstillingsperiode er afskåret fra at tage ansættelse i konkurrerende virksomheder eller påbegynde konkurrerende aktivitet (Ibid., s. 78). Litteraturen diskuterer muligheden for, at loyalitetspligten er strengere, når medarbejderen er i uopsagt stilling end i opsat stilling, samt om loyalitetspligten er strengere, når medarbejderen er i fortsat arbejde i modsætning til fritstillet eller suspenderet i en opsigelsesperiode. Der ses dog ikke umiddelbart noget grund til, at antage, at loyalitetspligten gælder i forskelligt omfang (Ibid., s. 78).

### 3.1.2. Forberedelseshandlinger

Af hensyn til medarbejderes frie etableringsret og adgang til fri konkurrence[[4]](#footnote-4) er det i praksis anerkendt, at medarbejdere har ret til at forberede og udøve forberedelseshandlinger i forbindelse med ansættelse i eller etablering af selvstændig virksomhed (Ibid., s. 24). Der er herudover et almindeligt udgangspunkt i ansættelsesretten om, at medarbejdere er frie til at opsige deres stilling og forberede konkurrerende aktiviteter i opsigelsesperioden (Jørgensen, 2010, s. 85). Medarbejdere er efter ansættelsesforholdets ophør frie til at tage ansættelse i eller begynde konkurrerende virksomhed alene med respekt af de aftalebaserede begrænsninger, som måtte være vedtaget mellem parterne, samt reglerne om markedsloyal adfærd og respekt af erhvervshemmeligheder som følger af lovgivningen, herunder MFL (Ibid., s. 24).

 Som indledningsvist nævnt under afsnit 3.1.1.1. så er grænserne mellem tilladelige forberedelseshandlinger og ikke-tilladelige konkurrencehandlinger flydende, og det er derfor væsentligt i forhold til bedømmelsen af medarbejderes konkurrencehandlinger under ansættelsesforholdet at skelne mellem disse (Ibid., s. 89).

#### 3.1.2.1. Forberedelse af selvstændig virksomhed

Ved etableringer af selvstændig virksomhed, er der en række tilladelige forberedelseshandlinger, som bl.a. omfatter leje og indretning af lejemål, herunder køb og finansiering af kontorinventar og IT-udstyr mv., registrering af domænenavn samt forberedelse af hjemmeside mv. (Ibid., s. 90). Der er dog tale om en konkret helhedsvurdering, når det skal fastlægges om forberedelseshandlingerne kan karakteriseres, som egentlige konkurrencehandlinger. Der foreligger en række afgørelser på området, som fastlægger og beskriver grænserne for tilladelige forberedende aktiviteter. En af de mest illustrative og ledende afgørelser på området forelå i U1997.1069H (Ibid., s. 90).

**U1997.1069H**

F var ansat i virksomheden S, der beskæftigede sig med salg. F opsagde sin stilling og fik ansættelse hos A. Forud for sin fratræden havde F forberedt den konkurrerende virksomhed A ved bl.a. at indrette salgskontor, udarbejde logo og ved anskaffelse af slagskufferter. S fik ikke medhold sin påstand, idet en medarbejder efter ansættelsesforholdets ophør i almindelighed har ret til at udøve virksomhed, som er konkurrerende i forhold til den hidtidige arbejdsgiver, når denne ikke har sikret sig herimod gennem en aftalt konkurrenceklausul, og idet, at der ikke i det foreliggende tilfælde var grundlag for at fravige denne almindelige regel.

Ikke-tilladelige konkurrencehandlinger kan derimod bestå i udøvelse af ledelses- og slagsfunktioner samt direkte salg eller anden aktivitet med påvirkning på markedet, herunder markedsføring via f.eks. skrevne eller elektroniske medier, så som avisannoncer og hjemmesider mv. (Ibid., s. 93). Ligeledes beror bedømmelsen af ikke-tilladelige aktiviteter på en helhedsvurdering af arten og karakteren.

**U1997.420H**

F havde været ansat som ledende medarbejder i en speditionsvirksomhed A. F blev den 11. april 1988 opsagt med 1 års varsel, samtidig blev han fritaget for sine arbejdsforpligtelser. Den 9. juni 1988 blev F bortvist med henvisning til, at han i eget navn havde ladet sig importørregistrere for en af A's udenlandske kunder, desuden havde en søn af F i maj 1988 etableret en speditionsvirksomhed S, og det fandtes godtgjort, at F inden bortvisningen havde medvirket til at afbryde A's forretningsforbindelser dels med den nævnte kunde, dels med A's amerikanske agent, for at forretningerne med disse virksomheder kunne overtages af S. Højesteret fandt, at dette var en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, der berettigede A til bortvisningen.

#### 3.1.2.2. Forberedelse af ansættelse i konkurrerende virksomhed

Sondringen mellem tilladelige forberedelseshandlinger og ikke-tilladelige konkurrencehandlinger har desuden væsentlig betydning i de tilfælde, hvor en medarbejder tager ansættelse hos en allerede etableret konkurrent (Ibid., s. 99).

 De tilladelige forberedelseshandlinger i forbindelse med ansættelse i konkurrerende virksomhed omfatter bl.a. offentliggørelse af CV i jobsøgningsportaler og på sociale netværkstjenester såsom LinkedIn, brug af heathunter, deltagelse i jobsamtaler mv. (Jørgensen, 2010, s. 99). Grænserne for hvornår disse tilfælde er tilladelige anprisninger af sig selv og personligt opnået resultater, overfor oplysninger om ens arbejdsgiversforhold er imidlertid flydende. Tilsvarende kan det være svært at skelne imellem de forskellige interviews og samtaler, medarbejderen deltager i før ansættelse i konkurrerende virksomhed, overfor de samtaler og møder, medarbejderen deltager i sammen med repræsentanter for den nye virksomhed efter ansættelsen er en realitet (Ibid., s. 99).

 Grænserne for hvornår aktiviteter er tilladelige forberedelseshandlinger i forhold til ansættelse i konkurrerende virksomhed er nået, når der er tale om udførelse af arbejde for den nye arbejdsgiver, herunder bl.a. ved udøvelse af ledelses- eller salgsfunktioner samt markedsføring af sig selv som ansat hos den nye arbejdsgiver mv. (Ibid., s. 99).

### 3.1.3. Misligholdelsesbeføjelser

Sanktionerne vedrørende konkurrencehandlinger, begået i ansættelsesforholdet, beror på en konkret vurdering, men normalt udgør disse handlinger en grov misligholdelse, som berettiger til ophævelse af ansættelsesforholdet, samt erstatning for det derved forvoldte tab (Ibid., s. 108). I vurderingen af, om der foreligger en grov misligholdelse, kræves det, at den konkurrence, der påføres den tidligere arbejdsgiver er væsentlig, samt, at der må lægges vægt på, og medarbejderens handlinger har påført eller er egnet til at påføre den tidligere arbejdsgiver skade.

 Overtrædelse af loyalitetspligten udgør desuden et retsstridigt forhold, som i princippet kan gøres til genstand for fogedforbud (Ibid., s. 109). Fogedforbud i forbindelse med overtrædelse af loyalitetspligten finder sjældent sted i praksis. Grunden til dette kan findes i det faktum, at loyalitetspligten i ansættelsesforhold relativt hurtigt mister sin betydning som selvstændigt grundlag for fogedforbud, eftersom et ansættelsesforhold udløber med et varsel, der sjældent strækker sig udover 3-6 måneder, eller ophører endnu tidligere på grund af ophævelse. Forbudsbetingelserne er derfor alene opfyldt i en periode svarende til opsigelsesvarsel (Ibid., s. 109).

 Der er dog flere eksempler på, at konkurrencehandlinger under ansættelsen inddrages ved bedømmelse af overtrædelse af MFL § 1, og derigennem kan få betydning for forhold til det fogedforbud (Ibid., s. 109).

**Sø- og Handelsrettens dom af 14. januar 2003 (V-52-00)**

Sagsøgte, der i opsigelsesperioden etablerede konkurrerende virksomhed, sendte cirkulæreskrivelser ud til tidligere arbejdsgivers erhvervskunder, samt afgav tilbud på arbejde for andre kunder af den tidligere arbejdsgiver, fandtes at havde optrådt illoyalt og handlet i strid med god markedsføringsskik.

## 3.2. Markedsføringslovens §§ 1 og 19

### 3.2.1. Formål og det generelle anvendelsesområde

MFL regulerer markedsføringsaktiviteter fra private erhvervsdrivende, og det overordnede formål med MFL er at sikre, at erhvervsdrivende udviser ”*god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser”* jf. MFL § 1. MFL fastsætter dermed minimumstandarter for virksomheders markedsadfærd (Betænkning nr. 1457, 2005, s. 55), og som udgangspunkt, er MFL møntet på erhvervsforhold og samarbejdsforhold generelt.

 MFL er dog gennem mangeårig praksis også anvendt på nuværende og tidligere medarbejderes konkurrencehandlinger (Jørgensen, 2010, s. 113). MFL har traditionelt haft stor betydning som eneste værn for arbejdsgiveren mod medarbejderes illoyale konkurrencehandlinger, herunder er det bestemmelserne i §§ 1 og 19, der har, og har haft, størst betydning (Andersen, 2011, s. 926). Dette er grundet i, at generalklausulen i § 1 samt bestemmelsen om erhvervshemmeligheder i § 19 er udtryk for nogle grundlæggende principper i erhvervsforhold, herunder pligten til at agere loyalt og til ikke at videregive fortrolige oplysninger, hvilke er i særligt fokus i forhold til medarbejderes og disses ansættelsesforhold (Jørgensen, 2010, s. 114).

I forhold til MFL’s anvendelsesområde, så fastlægger MFL § 2, at ”*loven finder anvendelse på private erhvervsvirksomheder samt offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet.”*

 Begrebet privat erhvervsvirksomhed skal forstås bredt og omfatter såvel fysiske som juridiske personer, samt enhver form for udbud af varer og tjenesteydelser og anden markedsorienteret adfærd (Ibid., s. 123). Ifølge forarbejderne til loven, så indebærer anvendelsen på private erhvervsvirksomheder samt offentlige virksomhed, der kan sidestilles hermed, at enhver handling i erhvervsøjemed er omfattet af loven. Ved erhvervsøjemed forstås, handlinger som sker i led med udøvelse af virksomhed inden for handel, industri, håndværk, landbrug, transport, liberale erhverv og anden form for virksomhed på arbejds- og tjenesteydelsesområdet (Betænkning nr. 1457, 2005, s. 97). Forarbejderne bidrager hermed til afgrænsningen af begrebet erhvervsdrivende, som er centralt for anvendelsen af MFL.

 I nedenstående afsnit 3.3.1 vil begrebet erhvervsdrivende i forhold til anvendelsesområdet i MFL § 1 blive nærmere belyst.

## 3.3. Markedsføringslovens § 1 – god markedsføringsskik

MFL § 1 har følgende ordlyd:

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

**Stk. 2.** Markedsføring, der angår forbrugernes økonomiske interesser, må ikke være egnet til mærkbart at forvride deres økonomiske adfærd.

MFL § 1 har funktion af generalklausul og general retlig standard, der supplerer de øvrige bestemmelser i MFL (Jørgensen, 2010, s. 149). Generalklausulen i MFL § 1 fastlægger, som nævnt indledningsvis i afsnit 3.2.1, minimumsbetingelser for acceptabelt markedsadfærd, og det følger af generalklausulen, at markedsføring ikke må være i strid med god markedsføringsskik (Betænkning nr. 1457, 2005, s. 58).

 Generalklausulen gælder for så vidt handlinger, der, selv om de ikke er omfattet af lovens øvrige bestemmelser, strider mod god markedsføringsskik, samt på handlinger, hvor forholdet er omfattet af en af specialbestemmelserne i MFL (Jørgensen, 2010, s. 149). Specialbestemmelserne er udtryk for bestemte konkurrencehandlinger, som lovgivningsmagten har valgt at forbyde, fordi de pågældende handlinger er blevet anset for værende uønsket, og fordi strafsanktioner anses for nødvendige for at modvirke overtrædelser. Specialbestemmelserne kan dog ikke indrettes således, at de rammer alt, hvad der anses for stridende imod god markedsføringsskik på alle givende tidspunkter, og de suppleres derfor med generalklausulen, der udtrykker MFL’s almindelige princip. Derfor anses forhold, der er omfattet af en specialbestemmelse, ikke at udelukke, at forhold henføres under generalklausulen (Jørgensen, 2010, s. 149). Dette stemmer overens med forarbejderne til MFL, hvor det fremgår, at generalklausulen ikke er ment til at stå alene, men skal fortolkes i forhold til gældende forbruger-, erhvervs- og samfundsinteresse (Betænkning nr. 1457, 2005, s. 58), hvilket gør retsudviklingen omkring MFL dynamisk, da indholdet og fortolkningen af bestemmelsen kan ændres i takt med samfundsudviklingen. Dette følger af det bagvedlæggende formål og hensyn med MFL, som er at sikre, at erhvervsvirksomheder skal drives tilbørligt og rimeligt under hensyntagen til forbrugerne, andre erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. Den dynamiske fortolkning af generalklausulen MFL § 1 gør, at der løbende foretages en normdannelse og videreudvikling af bestemmelsens indhold i takt med udviklingen i samfundet, hvor der bliver taget højde for de førnævnte hensyn (Jørgensen, 2010, s. 131).

### 3.3.1. Anvendelsesområde overfor (tidligere) medarbejdere og nye arbejdsgivere

Som det fremgår af MFL § 1, så finder MFL anvendelse på erhvervsdrivende, og begrebet erhvervsdrivende skal efter forarbejderne og praksis forstås bredt og dækker såvel juridiske og fysiske personer, der foretager handlinger i erhvervsøjemed.

 MFL finder dermed anvendelse i forhold til nuværende og tidligere medarbejderes konkurrencehandlinger, når disse etablerer sig i form af selvstændig konkurrerende virksomhed eller tager ansættelse i konkurrerende virksomhed, såfremt denne optræder som erhvervsdrivende jf. MFL § 1 (Ibid., s. 140). Medarbejdere, der etablerer selvstændig virksomhed i selskabsform eller i form af persondrevet virksomhed eller indgår som ene- eller hovedaktionær/-anpartshaver eller tilsvarende, falder indenfor anvendelsesområdet for MFL § 1. Tilsvarende gælder for personer, der lader sig tilknytte en eksisterende konkurrerende virksomhed f.eks. som selvstændig rådgiver eller konsulent, forudsat, at personen ikke indgår i et ansættelsesforhold (Ibid., s. 140).

 Ved vurdering af begrebet erhvervsdrivende, i forhold til anvendelsen af den ansættelsesretlige lovgivning, benyttes sondring mellem selvstændig virksomhed og lønmodtager. Nogle af de væsentlige momenter i bedømmelsen er, hvem der tilrettelægger arbejdsopgaverne samt har ledelsesmæssige beføjelser, herunder afskedigelseskompetence og aflønning, samt hvem, der bærer risikoen og regningen for arbejdet.

 Personer, der indgår i et ansættelsesforhold som almindelige lønmodtagere er ikke omfattet af MFL § 1 (Ibid., s. 142).

**Sø- og Handelsrettens dom af 11. september 2009**

I denne sag var der tale om en markedschef i et ejendomsadministrationsselskab, som fik ansættelse som administrerende direktør for en nystartet konkurrerende ejendomsadministrationsvirksomhed. En anden medarbejder, fra samme virksomhed, var ligeledes blevet ansat i den nystartede virksomhed. Arbejdsgiveren anlagde sag om overtrædelse af MFL §§ 1 og 19 med påstand om, at de tidligere medarbejdere bl.a. havde uberettiget udnyttet kenskab til forretningsgange og plagieret materiale. For så vidt angår anvendelse af MFL § 1, så udtalte retten: *Det bemærkes, at markedsføringslovens § 1 ikke finder anvendelse på handlinger udført af almindelige arbejdstagere, men alene gælder for erhvervsdrivende.*

**Østre landsrets kendelse af 21. december 2006**

Ligeledes fandtes det i denne sag, at MFL § 1 ikke kunne gøres gældende overfor den tidligere medarbejder. Sagen angik en direktør i en bank, som sammen med 17 andre medarbejdere i børsafdelingen tog ansættelse i en anden bank. Banken ville gøre MFL § 1 gældende overfor den tidligere direktør. Fogedretten fastslog, at: *Markedsføringsloven gælder ifølge § 1 bl.a. i private erhvervsvirksomheder, og fogedretten finder, at loven således finder anvendelse på enhver virksomhed, der kan betragtes som erhvervsdrivende, hvorfor den ikke finder anvendelse på rekvisitus.*

Det kan hermed sammenfattes, at i tilfælde af ansættelse i en konkurrerende virksomhed, som almindelig lønmodtager, så kan MFL ikke gøres gældende. Derimod vil den nye arbejdsgiver som klart udgangspunkt være omfattet af MFL § 1 og må vurderes selvstændigt på sine handlinger samt undladelser mv. En ny arbejdsgiver kan altså gøre sig skyldig i overtrædelse af MFL § 1, hvis denne tilskynder eller udnytter en medarbejders konkurrencehandlinger eller på anden måde forholder sig passivt hertil.

**U2006.2835Ø**

Dom over banken, der ansatte bankdirektøren i Østre landsrets kendelse af 21. december 2006.

Erhvervsbanken F, forsøgte at headhunte direktør D og underdirektør U, der begge var ansat i banken A. Efter forhandlingsnedbrud mellem F og A omkring salg af børsaktiviteter fra A til F, opsagde D og U, samt 16 andre medarbejdere i A, deres stillinger for at tiltræde stillinger i F.

Selvom MFL § 1 ikke fandt anvendelse overfor de tidligere medarbejdere, så fandt landsretten det sandsynliggjort, at der fra medarbejderside er handlet illoyalt over for A, og at F har udnyttet dette. Ligeledes var det sandsynliggjort, at der blev ydet bistand med udpegningen af, hvilke øvrige medarbejdere i børsafdelingen, der skulle tilbydes ansættelse i F, og senere var med til at motivere disse til et jobskifte, ligesom det var sandsynliggjort, at der i den forbindelse blev meddelt sådanne oplysninger, at F var i stand til at give de pågældende et attraktivt løntilbud. Landsretten fandt herved, at F havde overtrådt MFL § 1.

### 3.3.2. Markedsføringslovens § 1 i retspraksis

Anvendelsesområdet for MFL § 1 er, som tidligere nævnt, dynamisk, hvilket fremgår af retspraksis, som i forhold til medarbejders konkurrencehandlinger har tolket og afgrænset på MFL § 1 siden generalklausulen første gang blev indført i 1937 (Jørgensen, 2010, s. 150).

 Afgørelserne tager udgangspunkt i, at medarbejdere, der ikke er bundet af konkurrenceklausuler, er frie til at udøve konkurrerende virksomhed efter et ansættelsesforholds ophør. MFL § 1 sætter dog visse begrænsninger i forhold til udøvelse af konkurrence mod tidligere arbejdsgivere.

#### 3.3.2.1. Produktefterligninger

I forbindelse med medarbejders konkurrencehandlinger, bliver MFL § 1 ofte brugt i de tilfælde, hvor tidligere medarbejdere har misbrugt erhvervshemmeligheder eller andre interne oplysninger, samt indsigt fra tidligere arbejdsgivere til at kopiere eller plagiere et produkt med henblik på at opnår en fordel i markedskonkurrencen (Ibid., s. 151).

 Det står tidligere medarbejdere frit for, at drive konkurrerende virksomhed, og herunder også markedsføring af produkter og ydelser, som opfylder samme behov, som den tidligere arbejdsgivers produkter og ydelser, og gennem disse tiltag, at fratage den tidligere arbejdsgiver markedsandele og markedsposition. Det retsstridige i sager angående produktefterligninger består i, at medarbejdere uretmæssige markedsfører produkter, som er identiske eller kan forveksles med arbejdsgiverens, og som baserer sig på en udnyttelse af arbejdsgiverens investering og indsats (Ibid., s. 166-167).

Disse sager har traditionel udgjort en del af kerneområdet for MFL § 1 (Ibid., s. 151).

Det kræves, som udgangspunkt, at et efterlignede produkt er substituerbart eller forveksleligt med arbejdsgiverens produkt, før dette kan betragtes, som en produktefterligning, der er retsstridig.

**U1962.598S**

A og B, der havde været ansat ved C, som fabrikerede seddelmapper og punge, fandtes af retten, at have benyttet den tidligere arbejdsgivers tegninger, til at fremstille punge og tegnebøger så de ansås som en direkte efterligning af sagsøgerens. Da der endvidere fandtes at være en nærliggende mulighed for, at de af detailkøberne kunne forveksles, fandtes sagsøgte ved i erhvervsøjemed at have fremstillet og solgt de omhandlede punge og tegnebøger at have foretaget en handling, der strider mod redelig forretningsskik.

I de tilfælde, hvor der ikke foreligger brug af tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder eller særlig indsigt, er det afgørende, at produktet har haft et beskyttelsesværdigt særpræg i form af en vis grad af originalitet og unikhed. Hvis der ikke foreligger dette beskyttelsesværdige særpræg, vil der være relativt frit spillerum for tidligere medarbejdere i retningen af efterligning af den tidligere arbejdsgivers produkter (Jørgensen, 2010, s. 169).

**U1991.10H**

H virkede som agent for V ved salg af V's møbler i Nordamerika. I maj 1984 opsagde V agenturet med ophør fra 1. januar 1985. H rettede nu henvendelse til en anden dansk møbelfabrik A, og lod A fremstille et reolsystem, der for en normal kunde ville fremtræde med samme præg som V's reolsystem og derfor ville blive opfattet som identisk med V's reoler. Højesteret fandt, at H have handlet i strid med agentaftalen, og ansås tillige at have handlet i strid med MFL § 1.

**Sø- og Handelsrettens dom af 28. august 2002 (sag V-0016-00)**

F blev sagsøgt af sin tidligere arbejdsgiver A, som producerede fyrretræsmøbler. A påstod, at F havde videregivet erhvervshemmeligheder til konkurrenten K, da denne virksomhed havde produceret en næsten identisk møbelserie. Retten fandt, at produkterne havde ligheder, med der forelå også forskelle, og der fandtes ikke godtgjort, at produkterne var af sådanne kvaliteter, at der var tale om benyttelse af erhvervshemmeligheder eller handlet i strid med god markedsføringsskik.

Modsat er det ikke en forudsætning for overtrædelse af MFL § 1, at det efterlignende produkt bærer et beskyttelsesværdigt særpræg, hvis efterligningen er baseret på udnyttelse af kendskab og indsigt i produkt- og arbejdsmetoder, eller anden kendskab til interne forhold, der kan give en konkurrencefordel. Her spiller et tidsmæssigt aspekt dog ind i bedømmelse, da domstolene ligger vægt på, hvor hurtigt og effektivt efterligningen af produktet er sket.

**Sø- og Handelsrettens dom af 10. marts 2003 (V-31-99)**

En ingeniør og hans arbejdsgiver blev idømt konventionalbod og erstatning for fremstilling og markedsføring af et kørelys, han havde udviklet hos sin tidligere arbejdsgiver.

Sager omkring tidligere medarbejderes produktefterligninger indeholder dog ofte begge elementer, da der ofte er tale om efterligninger baseret på medarbejderes indsigt i arbejdsgiverens interne forhold, som ikke er alment tilgængeligt for offentligheden, samt, at der er ofte er tale om produkter med et beskyttelsesværdigt særpræg (Ibid., 171). Eftersom medarbejderes produktefterligninger ofte hviler på indsigt og viden om arbejdsgiverens metoder mv. som udgør erhvervshemmeligheder, vil der i disse sager ofte opstå brud på MFL § 19.

Et andet element, der bliver lagt vægt på fra domstolenes side i disse sager, er spørgsmålet om produktet baserer sig på viden, der har været almindelig tilgængelig eller tilgængelig i bredere kreds eller kommer fra medarbejderens uddannelse og sagkundskab. Dette betyder, at hvis produktet har været særligt nemt at efterligne, eller kunne efterlignes på baggrund af offentligt tilgængelige oplysninger, så foreligger der ikke en overtrædelsen af MFL § 1 (Jørgensen, 2010, s. 175).

**Sø- og Handelsrettens dom af 18. november 2008 (V-12-04)**

Sagen drejede sig om, hvorvidt tre tidligere medarbejdere havde udnyttet erhvervshemmeligheder, som de havde fået gennem tidligere ansættelse hos S, som udviklede vakuumtoiletsystemer. Retten fandt ikke, kendskab til leverandører som værende en erhvervshemmelighed, og hvis leverandørerne er blevet kontaktet og har indvilliget i også at sælge til den nye virksomhed, så foreligger der ikke en adfærd i strid med MFL.

For så vidt angår de udviklede komponenter, lagde retten til grund, at andre leverandører kan producere de pågældende komponenter, og at S ikke kunne dokumentere, at de sagsøgte ikke selv havde produceret og markedsført deres komponenter, hvorfor de sagsøgte heller ikke fandtes at have handlet i strid med MFL på dette punkt.

Omkring produktefterligninger kan det sammenfattes, at det skal være tale om et efterlignende produkt, som kan substituerer eller forveksles med arbejdsgiverens produkt, for at der kan være tale om retsstridige produktefterligninger. Derudover skal der være tale om et produkt med et beskyttelsesværdigt særpræg i sager, hvor der ikke foreligger brug af tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder eller særlig indsigt til fremstilling af det efterlignede produkt. Modsat er dette ikke en forudsætning for overtrædelse af MFL § 1, hvis det efterlignede produkt er fremstillet ved brug af den tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder. Hvis produktet derimod er fremstillet ved viden, der er almindelig tilgængelig eller tilgængelig i bredere kreds eller kommer fra medarbejderens uddannelse og sagkundskab, så foreligger der ikke en overtrædelse af MFL § 1.

#### 3.3.2.2. Konceptefterligninger

MFL § 1 har tillige været benyttet i en række afgørelser omkring medarbejderes efterligning af en tidligere arbejdsgiveres koncept eller forretningsgrundlag, det vil sige de ydre forhold omkring arbejdsgiverens virksomhed og produkter. Disse sager skiller sig derved ud fra sagerne om produktefterligning ved at angå andre dele af en tidligere arbejdsgivers virksomhed end selve produkterne. Medarbejderes særlige indsigt i de indre forhold, har derfor ikke samme betydning i disse sager, som i sagerne om produktefterligning (Ibid., s. 180). Da sagerne angår efterligning af de ydre forhold, bringes MFL § 19, om erhvervshemmeligheder, ikke i anvendelse i samme omfang som i produktefterligningssagerne.

 Elementer der spiller ind i vurdering af, om der er tale om konceptefterligning er selve hurtigheden og effektiviteten i etablerings af den konkurrerende virksomhed. Samtidig er der et krav om, at konceptefterligningen ikke er baseret på offentligt tilgængelige oplysninger eller almindelig viden, som medarbejderen måtte have. Ligesom ved vurdering af produktefterligninger er der et krav om et beskyttelsesværdigt særpræg (Ibid., s. 182-183).

**Østre Landsrets kendelse af 22. august 1997 (6. afd. Kære nr. B-1647-97)**

En salgs- og marketingschef S startede ny konkurrerende virksomhed i forbindelse med den tidligere arbejdsgiver K´s leverandør. Fogedretten fandt, at S havde baseret sin nye virksomhed på almindelige tilgængelige oplysninger, samt hans mangeårige branchekendskab. K´s leverandør anvendtes af alle virksomheder i branchen, og derfor var det ikke sandsynliggjort, at S have plagieret K´s virksomhed. K´s virksomhed havde ikke det fornødne særpræg til beskyttelse af MFL § 1.

Der kan desuden henvises til Sø- og Handelsrettens dom af 11. september 2009 vedrørende ejendomsselskabet, som er refereret under afsnit 3.3.1.. Her kommer retten frem til, at det desuden ikke var godtgjort, at den tidligere arbejdsgivers koncept adskilte sig fra andre virksomheders måde at administrere ejendomme på, og der derfor ikke var tale om konceptplagiat.

## 3.4. Markedsføringslovens § 19 - erhvervshemmeligheder

MFL § 19 har følgende ordlyd:

**§ 19.** Den, der er i tjeneste- eller samarbejdsforhold til en virksomhed eller udfører et hverv for denne, må ikke på utilbørlig måde skaffe sig eller forsøge at skaffe sig kendskab til eller rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder.

**Stk. 2.** Har den pågældende fået kendskab til eller fået rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder på retmæssig måde, må den pågældende ikke ubeføjet viderebringe eller benytte sådanne hemmeligheder. Forbuddet vedvarer i 3 år efter tjenesteforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør.

**Stk. 3.** Reglerne i stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse på andre personer, der har lovlig adgang til virksomheden.

**Stk. 4.** Den, der i anledning af udførelsen af arbejde eller i øvrigt i erhvervsøjemed er blevet betroet tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller el.lign., må ikke ubeføjet benytte sådant materiale eller sætte andre i stand hertil.

**Stk. 5.** Erhvervsdrivende må ikke benytte en erhvervshemmelighed, såfremt kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med de ovenfor nævnte bestemmelser.

MFL § 19 er en af specialbestemmelserne i MFL med eget defineret gerningsindhold og anvendelsesområde. MFL § 19 omfatter misbrug af tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder, og har derfor sit kerneområde i sager, hvor tidligere medarbejdere benytter sig af ikke-almindeligt tilgængelige oplysninger om tidligere arbejdsgiveres virksomheder.

 MFL § 19 og begrebet erhvervshemmeligheder skal, ligesom MFL § 1, skabe en balance mellem hensynet til den frie konkurrence, herunder etableringsfriheden og hensynet til beskyttelsen af virksomheder og disse investeringer og markedspositioner (Jørgensen, 2010, s. 207). Udgangspunktet i de foreliggende sager på området er derfor også, at medarbejderen er fri til at drive eller tage ansættelse i konkurrerende virksomhed, og er i denne forbindelse berettiget til at anvende sin almindelige brancheindsigt, erfaring og offentligt tilgængelige oplysninger.

### 3.4.1. Anvendelsesområde overfor (tidligere) medarbejdere og nye arbejdsgivere

Det følger af MFL § 19, stk. 1, at bestemmelsen finder anvendelse på fysiske personer, der indgår i et tjeneste- eller samarbejdsforhold, eller som udfører et hverv for en virksomhed. Bestemmelsen er præceptiv, og finder derfor anvendelse i alle tjeneste- og samarbejdsforhold (Andersen, 2011, s. 927). Desuden følger det af MFL § 19, stk. 3, at anvendelsesområdet også inkludere fysiske personer, som har lovlig adgang til virksomheden. Bestemmelsen i MFL § 19, stk. 3 vil ikke blive nærmere belyst, da denne ikke har relevans for specialets problemstilling.

 Som nævnt indledningsvis ovenfor, så er MFL § 19’s kerneområde medarbejdere, herunder særligt funktionærer, direktører og personer, der indgår i samarbejde med virksomheden. MFL § 19 sondrer ikke mellem erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende i sin afgrænsning, og finder derfor som udgangspunkt anvendelse på alle medarbejdere, uanset om de agerer som led i selvstændig virksomhed eller som ansat (Jørgensen, 2010, s. 209-210).

 En af de grundlæggende vanskeligheder ved brugen af MFL § 19 består i sondringen mellem virksomhedens viden og knowhow og medarbejdernes almindelige erhvervserfaring, brancheindsigt mv., da grænserne mellem de oplysninger, som betragtes som erhvervshemmeligheder, og de oplysninger, som medarbejderne må have kendskab til, via almindelig indsigt, uddannelse eller erhvervserfaring, er flydende og uskarp (Ibid., 214). Der er ikke noget til hinder for, at medarbejdere må benytte viden, de har fået gennem erfaring, herunder erfaring de har tilegnet sig hos en tidligere arbejdsgiver. Grænsen går ved anvendelse af tidligere arbejdsgivers interne hemmeligheder, som ikke ville kunne tilegnes andre steder end ved den tidligere arbejdsgiver. Netop anvendelsen af erhvervshemmeligheder er essentielt for bedømmelsen af, om der er sket overtrædelse af MFL § 19, da viden fra tidligere arbejdsgiver ikke forhindrer medarbejdere i at tage ansættelse hos konkurrerende virksomheder. Dette ses i praksis ved, at tvisterne går på, om der foreligger tilstrækkeligt bevis for, at en erhvervshemmelighed er benyttet eller videregivet af medarbejderen (Ibid., s. 215). Det er som klart udgangspunkt den krænkede part, oftest tidligere arbejdsgiver, der har bevisbyrden i disse sager, hvilket hænger sammen med, at MFL § 19 er strafferetligt sanktioneret (Ibid., s. 216).

 Udgangspunktet om, at bevisbyrden påhviler den krænkede part, modificeres dog i en række tilfælde. I produktefterligningssager, som er gennemgået i afsnit 3.3.2.1., vil bevisbyrden kunne skifte til medarbejderen.

Begreberne tjenesteforhold og samarbejdsforhold er ikke nærmere defineret i MFL § 19. Begrebet tjenesteforhold er dog defineret i den ansættelsesretlige teori og praksis, og indgår i selve definitionen af lønmodtagerbegrebet, hvorimod begrebet samarbejdsforhold ikke er tilsvarende veldefineret. Begrebet må dog forstås bredt, og dermed omfatte alle samarbejdsrelationer i erhvervsøjemed mellem to parter, som ikke udgør et tjenesteforhold (Ibid., s. 210).

Når det kommer til anvendelsesområdet for nye arbejdsgivere, så følger det af MFL § 19, stk. 5, at *”erhvervsdrivende må ikke benytte en erhvervshemmelighed, såfremt kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med de ovenfor nævnte bestemmelser”*.

Medens MFL’s bestemmelser ikke forhindrer en nye arbejdsgiver i at rekruttere en medarbejder fra en konkurrent, skal den rekrutterende arbejdsgiver altså ikke regne med berettiget at kunne udnytte den ny rekrutterede medarbejders særlige indblik i den tidligere arbejdsgivers forhold jf. MFL § 19 samt § 19, stk. 5 (Langer, 2009, s. 43).

### 3.4.2. Markedsføringslovens § 19 – indhold

#### 3.4.2.1. Markedsføringslovens § 19, stk. 1 – Utilbørlig tilegnelse

MFL § 19, stk. 1 finder anvendelse på personer, der i et tjeneste- eller samarbejdsforhold på utilbørlig måde skaffer sig, eller forsøger at skaffe sig, kendskab til eller rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder.

 Der ligger i utilbørlighedskravet en forudsætning om, at bestemmelsen finder anvendelse når en person i tjeneste- eller samarbejdsforhold på ikke lovlig vis har fremskaffet sig en virksomheds erhvervshemmeligheder, og herunder hverken har haft stiltiende eller udtrykkeligt samtykke til at skaffe sig adgang til de pågældende oplysninger (Jørgensen, 2010, s. 235).

 Bestemmelsen finder anvendelse i de tilfælde hvor medarbejdere udnytter lovlig adgang til en virksomhed, enten fysisk eller gennem elektronisk adgang, og herved tilegner sig oplysninger, som den pågældende ikke var tiltænkt adgang til. Det er efter MFL § 19, stk. 1 ikke et krav, at oplysningerne bliver anvendt af den pågældende, blot rådden eller kendskab til disse typer af oplysninger er nok til, at MFL § 19, stk. 1 finder anvendelse (Jørgensen, 2010, s. 235).

#### 3.4.2.2. Markedsføringslovens § 19, stk. 2 – Ubeføjet viderebringelse eller benyttelse af erhvervshemmeligheder

MFL § 19, stk. 2 finder anvendelse på en ubeføjet viderebringelse eller benyttelse af erhvervshemmeligheder, uanset om disse er opnået på retmæssig måde.

 Når der er tale om ubeføjet viderebringelse eller benyttelse, så forstås dette som viderebringelse eller benyttelse af erhvervshemmeligheder uden samtykke og accept. Omvendt falder viderebringelse eller benyttelse af erhvervshemmeligheder, hvor der er stiltiende accept eller godkendelse udenfor (Andersen, 2011, s. 929). Der er ikke krav om, at viderebringelsen eller benyttelsen skal ske som led i konkurrencehandlinger. Det ses dog i praksis, at det netop er i tilfælde af medarbejderes konkurrencehandlinger bestemmelsen har størst betydning (Jørgensen, 2010, s. 237).

**Sø- og Handelsrettens dom af 9. november 2005 (V-2-03)**

Sagen vedrører spørgsmålet om U i forbindelse med et jobskifte fra N til D handlede i strid med den almindelige loyalitetspligt, samt i strid med MFL videregav erhvervshemmeligheder til D, og om D på utilbørlig vis benyttede disse oplysninger til at fortrænge N fra markedet. Retten fandt det ikke godtgjort, at D havde benyttet erhvervshemmeligheder og derved handlet i strid med MFL § 19 stk. 2

#### 3.4.2.4. Markedsføringslovens § 19, stk. 4 – beskyttelse af tekniske tegninger

MFL § 19, stk. 4 finder anvendelse på personer, der i anledning af udførelsen af arbejde eller i øvrigt i erhvervsøjemed er blevet betroet tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller el.lign.

 Der er ikke noget krav om, at de pågældende tegninger, opskrifter mv. udgør erhvervshemmeligheder, hvilket er tilfældet i stk. 1 og stk. 2. Derimod er der et krav om, at genstanden for beskyttelsen ikke er almindeligt kendt, og at virksomheden selv har rettighederne til materialet eller, at der er tale om anden beskyttelsesværdig interesse (Andersen, 2011, s. 929). Det er tilsvarende et krav, at personen er blevet betroet de pågældende tegninger, opskrifter mv., og kerneområdet for denne bestemmelser er i de tilfælde, hvor en underleverandør eller samarbejdspartner har fået overleveret f.eks. tekniske tegninger mv., og hvor disse bruges til egen vinding i andre sammenhæng end de tilladte (Jørgensen, 2010, s. 241).

#### 3.4.2.5. Markedsføringslovens § 19, stk. 5 – Hæleribestemmelsen

MFL § 19, stk. 5 finder anvendelse på erhvervsdrivende, som benytter en erhvervshemmelighed, hvor kendskabet hertil eller rådighed herover er opnået i strid med de ovenfor nævnte bestemmelser (MFL § 19, stk. 1 – 4). Det er et krav, at der er tale om oplysninger, der udgør erhvervshemmeligheder, og de skal være fremkommet ved en overtrædelse af MFL § 19 stk. 1 – 4. Der skal desuden foreligge et element af ond tro fra den pågældende erhvervsdrivende, ved at denne har opnået kendskab eller rådighed over erhvervshemmeligheder i strid med MFL § 19 stk. 1 – 4, og at den pågældende erhvervsdrivende har benyttet sig af den retsstridig opnået erhvervshemmelighed (Ibid., s. 243).

 Bestemmelsen anvendes i de tilfælde, hvor en virksomhed ansætter en person og i ond tro benytter erhvervshemmeligheder, som medarbejderen har erhvervet hos den tidligere arbejdsgiver.

#### 3.4.2.6. Særligt om erhvervshemmeligheder

Begrebet erhvervshemmeligheder er centralt i MFL § 19, der dog ikke indeholder nogen nærmere definition af begrebet (Langer, 2009, s. 43). Kerneområdet må dog anses som værende virksomhedens interne og fortrolige oplysninger, og derfor ses det i teorien og praksis, at medarbejderes almindelige brancheindsigt, erhvervserfaring og faglig kunnen falder udenfor begrebet (Jørgensen, 2010, s. 221). Det ses desuden af retspraksis, at det normalt kræves, at der er tale om oplysninger mv. om den tidligere arbejdsgivers interne forhold, der er særlige for den tidligere arbejdsgiver, og som har betydning for den tidligere arbejdsgivers position på markedet før, at der er tale om erhvervshemmeligheder. Der er ligeledes en forudsætning om at oplysningerne mv. er holdt skjult for almenheden (Langer, 2009, s. 43).

 Hvis man kigger på retspraksis, så må erhvervshemmeligheder anses for at række vidt, og angår ikke kun forhold vedrørende produktionen eller indkøbs- og slagsorganisationen, men omfatter et bredt spektrum af interne og fortrolige oplysninger, der har betydning for virksomhedens konkurrenceevne. Nedenfor følger nogle afgørelser som har fortolket og afgrænset begrebet erhvervshemmeligheder i MFL § 19.

**U1980.717H**

A, som havde arbejdet med udvikling af tørpapirfremstilling hos K forlod hans stilling for derefter at påbegynde egen virksomhed. Retten fandt, at en del af den viden, der forelå om den omhandlede form for tørpapirfremstilling, var alment tilgængelig, medens andre dele herunder bl.a. nye metoder, erfaringer vedrørende fejlslagne forsøg og priskalkulationer, var specielt knyttet til sagsøgerens firma. Denne viden udgør således erhvervshemmeligheder.

**Sø- og Handelsrettens dom af 19. januar 2010 (V-189-05)**

F, som havde arbejdet for E, fandtes af retten sammen med hans nye arbejdsgiver at have udvist illoyal adfærd ved blandt andet brug af erhvervshemmeligheder, herunder prisoplysninger, til at fremsætte tilbud til den tidligere arbejdsgivers vigtigste kunder.

Modsat fremgår det af nedenstående afgørelser, hvornår der ikke er tale om erhvervshemmeligheder.

**Sø- og Handelsrettens dom af 11. september 2009**

Sagens fakta er refereret under afsnit 3.3.1. Her indgik der nogle aftaleformularer, paradigmer mv. i den tidligere arbejdsgivers virksomhed, som ikke ansås for erhvervshemmeligheder, da disse var ment til videregivelse til personer udenfor virksomheden. Der var derfor ikke grundlag for at dømme for overtrædelse af MFL § 19.

**Sø- og Handelsrettens dom af 18. november 2008 (sag V-12-04)**

Sagens fakta er refereret under afsnit 3.3.2.1.. Her fandt retten, at kendskab til leverandører ikke udgør en erhvervshemmelighed.

For, at der kan være tale om erhvervshemmeligheder, så er det er forudsætning, at oplysningerne kun er kendt af en begrænset kreds af personer. Det er, i forlængelse heraf, ligeledes en forudsætning, at der er tale om en begrænset kreds af personer, inden for virksomhed, med denne viden. Videregiver arbejdsgiveren oplysninger til en bredere kreds af medarbejdere kan dette får indflydelse på bedømmelsen af, om der er tale om erhvervshemmeligheder, da oplysninger, som er mere almindelig kendt indenfor og udenfor virksomheden normalt ikke kan betegnes som erhvervshemmeligheder (Jørgensen, 2010, s. 225-226).

 Det samme gør sig gældende vedrørende medarbejderes knowhow. Knowhow, som omfatter teknisk og kommerciel indsigt i virksomheden, kan efter omstændighederne være beskyttet af MFL § 19. For at kunne beskytte knowhow med MFL § 19, så skal denne besidde bestemte egenskaber, samt kunne afgrænses overfor andres knowhow. Altså er det samme glædende her, hvis virksomhedens knowhow stilles tilgængelig overfor andre virksomheder, eller en bredere kreds, så mistes beskyttelsen efter MFL § 19 (Ibid., s. 228-229).

**U2006.1209H**

Virksomheden N var i besiddelse af en særlig knowhow om damptøringsteknologi. Til beskyttelse af denne knowhow havde N udtaget patenter. Den særlige knowhow var i betydelig grad et resultat af A´s arbejde. Offentligheden fik et væsentligt indblik i teknologien gennem patenterne samt A´s artikler og foredrag rettet mod sukkerroeindustrien, som også fik kendskab dertil gennem de solgte damptørringsanlæg. Da virksomhedens knowhow var kendt af offentligheden fandt retten, at A ikke havde handlet i strid med MFL i forhold til den tidligere arbejdsgiver.

Det kan ud fra ovenstående sammenfattes, at før der er tale om erhvervshemmeligheder, så er det et krav, at oplysningerne ikke er almindeligt tilgængelige, samt at der skal være tale om oplysninger, der har en vis betydning for virksomhedens konkurrenceevne og markedsposition. Oplysningerne skal samtidig være underlagt et vist beskyttelsesniveau, hvor der ikke må være tale om oplysninger, der videregives til eksterne aktører eller en bred personkreds. Dette glæder både internt og eksternt.

#### 3.4.2.7. Tidmæssig udstrækning

MFL § 19, stk. 2 fastlægger gennem dens ordlyd, at den tidsmæssige udstrækning af forbuddet mod benyttelse og videregivelse af erhvervshemmeligheder *”vedvarer i 3 år efter tjenesteforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør”.*

 Efter ordlyden, så er forbuddet på de tre år alene gældende for MFL § 19, stk. 2, og gælder dermed ikke i forhold til bestemmelsens øvrige indhold. Endvidere gælder 3 års forbuddet kun strafferetligt og ikke civilretligt. Tidligere arbejdsgivere er hermed ikke afskåret fra at forfølge tidligere medarbejdere mere end 3 år efter ansættelsesforholdets ophør civilretligt (Ibid., s. 245).

## 3.5. Misligholdelsesbeføjelser

Sanktionsadgangen ved overtrædelse af MFL §§ 1 og 19 findes i henholdsvis MFL §§ 20 og 30.

MFL § 20, stk. 1 indeholder en hjemmel til at forbyde handlinger, der er i strid med loven, ved dom. Et fogedforbud udgør et relativt effektivt retsmiddel til at hindre eller begrænse skadevirkende handlinger begået af tidligere medarbejdere ved etablering og udøvelse af retsstridige konkurrencehandlinger (Ibid., s. 247).

 Det fremgår af MFL § 20, stk. 2, at *handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler*. Dette indebærer, at de sædvanlige erstatningsbetingelser skal være opfyldt. Det er som klart udgangspunkt den krænkende, der har bevisbyrden. For så vidt angår handlinger foretaget før ansættelsesforholdet ophør suppleres MFL § 20, stk. 2, for funktionærers vedkommende, af FUL § 4, som bestemmer, at *hvis … arbejdsgiveren hæver ansættelsesforholdet på grund af grov misligholdelse af kontrakten fra funktionærens side, har arbejdsgiveren ret til erstatning for det ham derved påførte tab.*

 Bestemmelsen i stk. 3 er et supplement til erstatningsreglerne. Her er der tale om tilkendelse af vederlag, hvor det følger af den immaterielle lovgivning, at krænkelser af rettigheder berettiger til et vederlag som kompensation, uanset om der er et dokumenteret tab eller ej (Jørgensen, 2010, s. 272).

I modsætning til MFL § 20, så gælder MFL § 30 ikke på overtrædelser af både MFL §§ 1 og 19. MFL § 30, stk. 4 bestemmer, at *overtrædelse af § 19 straffes med bøde eller fængsel i indtil 1 år og 6 måneder, medmindre højere straf er forskyldt efter straffelovens § 299 a. Påtale kan finde sted efter forurettedes begæring.*

 Det følger af MFL § 30, at en arbejdsgiver skal være opmærksom på, at strafferetlig påtale af et brud på MFL § 19 alene kan sker på virksomhedens egen anmodninger til politiet. En sådanne anmodning skal være fremsat overfor politiet inden 6 mdr. fra virksomhedens kendskab til forholdet, ellers bortfalder retten til at begære offentligt påtale af forholdet (Court-Payen; mfl., 2010, s. 244).

# 4. Aftalt konkurrencebegrænsning

Dette afsnit har til formål at belyse de rekrutterings- og mobilitetsbegrænsninger, der foreligger gennem aftalt konkurrencebegrænsning i form af konkurrenceklausuler.

 Konkurrenceklausuler er i deres karakter de mest begrænsende klausultyper og kan efter omstændighederne have til følge, at en given person i en given periode afskæres fra at udnytte sine specielle faglige kvalifikationer. En gennemgang af funktionærlovens § 18 skal være med til at afdække medarbejderens mobilitetsbegrænsning som følge af indgåelse af konkurrenceklausul, samt afdække retstilstanden på området.

## 4.1. Definition og indhold

FUL § 18 har følgende ordlyd:

**§ 18.** Har en funktionær forpligtet sig til, at vedkommende af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, finder aftalelovens §§ 36 og 38 anvendelse. Den i 1. pkt. nævnte forpligtelse kan kun gyldigt indgås af en funktionær, der indtager en særlig betroet stilling, eller som indgår aftale med sin arbejdsgiver om udnyttelsesretten til en af funktionæren gjort opfindelse. Forpligtelsen kan gyldigt kun indgås, hvis funktionæren modtager en kompensation for den periode, forpligtelsen gælder, og hvis forpligtelsen og kravet på kompensation fremgår af en skriftlig kontrakt. Kompensationen skal pr. måned udgøre mindst 50 pct. af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Kompensation udbetales for de første 3 måneder som et engangsbeløb ved fratrædelsen og derefter månedsvis i den resterende del af den periode, forpligtelsen gælder. Hvis funktionæren modtager løn i en opsigelsesperiode efter den faktiske fratræden, regnes fratrædelsen fra opsigelsesperiodens udløb. Retten til kompensation bortfalder, hvis arbejdsgiveren berettiget har bortvist funktionæren.

**Stk. 2.** En arbejdsgiver kan opsige en aftale som nævnt i stk. 1. Dette skal ske med 1 måneds varsel til udløbet af en måned. Funktionæren har dog krav på det i stk. 1, 5. pkt., nævnte engangsbeløb ved fratrædelsen på betingelse af, at fratrædelsen sker inden 6 måneder efter, at arbejdsgiveren har opsagt aftalen, og fratrædelsen skyldes grunde, der ville have gjort arbejdsgiveren berettiget til at gøre aftalen gældende.

**Stk. 3.** Såfremt funktionæren får andet passende arbejde, kan lønnen fra dette arbejde modregnes i funktionærens krav på kompensation efter stk. 1 for tiden efter ansættelsen. Det gælder dog ikke det i stk. 1, 5. pkt., og stk. 2, 3. pkt., nævnte engangsbeløb. Ved passende arbejde forstås arbejde inden for funktionærens faglige område, som funktionæren er uddannet inden for eller har haft beskæftigelse inden for.

**Stk. 4.** Hvis funktionæren har været beskæftiget i 3 måneder eller derunder hos sin arbejdsgiver, kan en aftale efter stk. 1 ikke gøres gældende, og der skal ikke betales kompensation efter stk. 1. Hvis funktionæren har været beskæftiget i mere end 3 måneder, men højst 6 måneder hos arbejdsgiveren, kan aftalen ikke gøres gældende i længere end 6 måneder efter fratrædelsen.

**Stk. 5.** Stk. 1, 3-7. pkt., og stk. 2-4 finder ikke anvendelse, hvis der ved kollektiv overenskomst indgået den 15. juni 1999 eller senere er fastsat regler om indholdet af og vilkår for indgåelse af de aftaler, der er nævnt i stk. 1.

Som nævnt under afsnit 2.1., så er FUL § 18 kun gældende for medarbejdere, der er omfattet af FUL’s bestemmelser, herunder særligt de medarbejdergrupper, der er defineret i FUL § 1.

 Konkurrenceklausuler defineres som en aftale mellem to eller flere personer, hvor en eller flere af parterne er forpligtiget til at afstå fra en given forretningsmæssig aktivitet, enten som selvstændig eller som ansat, og hvor denne aktivitet er bestem ud fra sin art. Arten kan bestå i et givent marked eller et givent arbejdsområde (Langer M., 2009, s. 31). Det er derfor karakteristisk for alle konkurrenceklausuler, at de er bestemte efter arten af den virksomhed eller forretning, der ikke må finde sted, og ikke er defineret ud fra de virksomheder eller personer, som denne aktivitet ikke må udøves sammen med (Ibid., s. 31).

## 4.2. Funktionærlovens § 18, stk. 1 – Betroelseskravet

Der fremgår af FUL § 18, stk. 1, 2. pkt. et gyldighedskrav om, at funktionæren skal indtage en særlig betroet stilling hos arbejdsgiveren før, at denne kan påtages sig en konkurrenceklausul (Paulsen, 2009, s. 84).

 Det fremgår ikke af bestemmelsen, hvad der forstås ved en særlig betroet stilling. I forbindelse med den oprindelige § 18 udtalte daværende arbejdsminister, at begrebet sammenhængende omfattede *”Sådanne funktionærer, der i kraft af deres stilling har adgang til oplysninger, der til skade for arbejdsgiveren vil kunne udnyttes af konkurrerende virksomheder”* (Folketingstidende 1963-64, tillæg B, spalte 262).

 Det er diskuteret i litteraturen om denne udtalelse er tilstrækkelig dækkende. Lars Svenning Andersen finder det mere præcist at opfatte en funktionær som særligt betroet, *”hvis en funktionær indtager en stilling i virksomheden, der indebærer, at han ved ansættelse i den konkurrerende virksomhed vil være i stand til at påføre arbejdsgiveren væsentlig konkurrence.”* (Andersen, 2011, s. 953)*.* Morten Langer finder, at Svenning Andersens definition har den fordel, at den ikke udelukkende er relateret til funktionærens oplysninger, men på alle aspekter af ansættelsesforholdet hos den tidligere arbejdsgiver, som kan medvirke til, at funktionæren i sin nye stilling kan påføre arbejdsgiveren væsentlig konkurrence (Langer M. , 2010, s. 83-84).

Når det kommer til praksis, så gør funktionær det ofte gældende, at han eller hun ikke har indtaget en betroet stilling, og at konkurrenceklausulen derved skal bortfalde. Det er i disse tilfælde op til arbejdsgiveren at dokumentere, at stillingen har været betroet (Ibid., s. 84).

 Det er ikke muligt at opregne eksakte momenter, der ved vurdering af, om en stilling kan betragtes som særlig betroet, normalt bliver tillagt afgørende vægt. Det fremgår af retspraksis, at domstolene i almindelighed foretager en helhedsvurdering, hvor der bliver taget udgangspunkt i arbejdsgivers beskyttelsesbehov, og hvor dette vurderes ud fra en række faktorer (Ibid., s. 84). Nogle af de faktorer, der indgår i vurderingen, er blandt andet virksomhedens størrelse, markedets størrelse, karakteren af funktionærens kundekontant, funktionærens kendskab til arbejdsgiverens pris- og rabatpolitik, herunder funktionærens kompetence til at disponere på egen hånd, funktionærens selvstændighed i øvrigt og funktionærens hierarkiske indplacering (Ibid., s. 85).

**U1996.36Ø**

A var ansat som sælger hos B, men tog efter fratrædelsen ansættelse hos konkurrent, hvor han blev ansat som sælger i det samme område, som han havde betjent hos B. Retten fandt, at A **indtaget en særlig betroet stilling**, jf. FUL § 18, idet A under ansættelsen hos B havde fået udleveret en prisliste med B's indkøbspriser, med hvilke end ikke den A foresatte salgschef var bekendt, og idet A i et ikke ubetydeligt omfang kunne udvirke særrabatter i forbindelse med ordreoptagelse. A var derfor bundet af den konkurrenceklausul, som fremgik af hans ansættelseskontrakt.

**U1978.321H**

F, der var ansat som sælger og chefkonsulent, underskrev ved ansættelsen en konkurrenceklausul. F blev afskediget efter en nedadgående udvikling i salgsstatistikken samt oplysninger om hans spiritusforbrug og blev derefter ansat som kontorfunktionær hos en virksomhed, der forhandlede med samme produkter som A. F fandtes at have givet rimelig anledning til afskedigelsen, og han havde haft et sådant kendskab til A's kalkulationer, priser og kundekreds, at hans viden på dette område kunne have betydelig værdi for A's nærmeste konkurrenter. Retten fandt derfor at F **have indtaget en særlig betroet stilling**, jf. FUL § 18.

**U1977.559SH**

Retten fandt i denne sag, at sagsøgeren **ikke har indtaget en særligt betroet stilling** jf. FUL § 18. Der blev lagt vægt på, at sagsøgeren, der har virket som almindelig sælger, ikke havde deltaget i prisfastsættelse, budgetlægning, og som det udtrykkeligt fremgår af ansættelseskontrakten ikke uden godkendelse kunne yde rabat.

**U1983.588SH**

I denne sag fandtes sagsøgte **ikke**, ved sit arbejde som sælger, at **have indtaget en særlig betroet stilling**. Hans opgave var alene at sælge sagsøgerens varer på stedet til kunderne. Han fandtes ikke ved de oplysninger, han havde fået om sagsøgerens priser og den nærmere begrundelse for prislejet for varerne, herunder særlig guldpriser, at have fået et sådant særligt indblik i kalkulationsprincipper, at hans stilling kunne anses for værende særlig betroet.

Det har været diskuteret i teorien om en konkurrenceklausul, der tilsidesættes i henhold til FUL § 18, fordi funktionæren på ansættelsestidspunktet ikke bestred en betroet stilling, kan ratihaberes, således at den bliver gyldig, ved stillingsændring for funktionæren til karakter af særlig betroet (Langer M. , 2010, s. 89-90). Spørgsmålet er endnu ikke afklaret i praksis ved Højesteret, men Svenning Andersen afviser, at en sådan ratihabering skulle kunne finde sted (Andersen, 2011, s. 956). Såfremt en oprindelig ugyldig klausul skal kunne blive gyldig som følge af en ændring i funktionærens stilling, ses det i praksis, at det tillægges vægt at funktionæren enten ved ord eller handling har godkendt konkurrenceklausulen.

**U2008.611V**

I denne sag var situationen den, at en medarbejder oprindeligt tiltrådte en stilling som teknisk konsulent. I den forbindelse påtog medarbejderen sig en 1-årig konkurrenceklausul. Efter mindre end et års ansættelse blev medarbejderens stilling ændret til salgskonsulent, og der blev derfor udarbejdet en ny ansættelseskontrakt, der indeholdt en enslydende konkurrenceklausul. Landsrette fandt, at hans var i en særlig betroet stilling og at klausulen var gyldig.

Morten Langer anfører ligeledes, at man ved fortolkning af ovenstående dom bør have in mente, at der i forbindelse med stillingsændringen blev udarbejdet en ny kontrakt, og at dommen derfor i stedet kan fortolkes således, at medarbejderen i forbindelse med stillingsændringen på ny havde accepteret en konkurrenceklausul med samme indhold som i den oprindelige (Langer M. , 2010, s. 92). Det samme gør sig gældende, hvis en oprindeligt ugyldig klausul skal blive gyldig, som følge af en ændring i funktionærens stillingsindhold, hvorved stillingen overgår fra en ikke særlig betroet stilling til en betroet stilling. Her det igen forudsættes, at funktionæren enten ved ord eller handlinger må antages i forbindelse med ændringen i stillingsindholdet, at have godkendt konkurrenceklausulen (Paulsen, 2009, s. 88-89).

 Det må betragtes som givet, at en tidligere gyldig konkurrenceklausul tilsidesættes efter FUL § 18, såfremt funktionærens stilling ændres således, at den ikke længere er særlige betroet (Langer M. , 2010, s. 92). En undtagelse hertil foreligger formentligt i de situationer, hvor funktionærens varetagelse af en ikke særlig betroet stilling har været kortere end den periode, konkurrenceklausulen skulle gælde (Andersen, 2011, s. 956).

Vedrørende betroelseskravet kan det sammenfattes, at en konkurrenceklausul er gældende indtil udløbet af klausulperioden, regnet fra det tidspunkt, hvor stillingen ændrede karakter. Dette harmonerer med det forhold, at funktionæren i sådan situation må siges at have fratrådt den oprindelige stilling og tiltrådt en ny. Det skal dog erindres, at dette endnu ikke er afklaret i praksis (Langer M. , 2010, s. 93).

## 4.3. Funktionærlovens § 18, stk. 1 – Kompensationskravet

FUL § 18, stk. 1, tredje punktum, opstiller endnu et gyldighedskrav. Det fremgår, at en konkurrenceklausul kun gyldigt kan aftales, hvis funktionæren modtager en kompensation for den periode, forpligtelsen er gældende samt, at klausulen og kravet på kompensationen herfor fremgår af en skriftlig kontrakt. Der gælder, for konkurrenceklausuler indgået efter 15. juni 1999, et absolut krav om kompensation for hele den periode, hvori forpligtelsen gælder.

 Dette står i modsætning til tidligere, hvor en konkurrenceklausul for funktionærens vedkommende kunne være gratis for arbejdsgiveren i op til 1 år, og kun skulle vederlægges med et rimligt vederlag for perioden ud over 1 år (Ibid., s. 106).

### 4.3.1. Aftalemåden

Det er, som nævnt, en gyldighedsbetingelse, at konkurrenceklausuler indgået efter 1999, indgås med skriftlig kontrakt herom, og i dette skriftlige aftalegrundlag skal såvel selve konkurrenceklausulen som funktionærens krav på kompensation være anført (Ibid., s. 106).

 Såfremt bare en af gyldighedsbetingelserne ikke er opfyldt, er virkningen, både efter bestemmelsens ordlyd og efter almindelige aftaleretlige principper, at den helt eller delvist aftale klausul betragtes som en nullitet, og at funktionæren ej heller har krav på kompensation (Ibid., s. 106-107).

Arbejdsgiveren bør desuden udvise påpasselighed med udformningen af konkurrenceklausuler, da disse nemt kan få et mere begrænsende indhold end tilsigtet. Konkurrenceklausuler anses sædvanligvis for værende bebyrdende forpligtelser, som underlægges indskrænkende fortolkning af domstolene. Hertil kommer, at en konkurrencebegrænsning typisk vil være udfærdiget af arbejdsgiveren, hvilket indebærer, at en eventuel fortolkningstvivl, i medfør af den såkaldte koncipistregel, normalt vil blive fortolket til ugunst for arbejdsgiveren, som værende koncipisten (Jørgensen, 2010, s. 33).

### 4.3.2. Kompensationens størrelse

I henhold til FUL § 18, stk. 1, 4. pkt. skal kompensationen pr. måned mindst udgør 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Der er ingen muligheder for undtagelser i nedadgående retning, menes der er frihed til at aftale en højere kompensation end 50 % (Langer M. , 2010, s. 109).

De goder, der medregnes i fastlæggelsen af kompensationsstørrelser er fuld løn under sygdom, værdien af fri bil, telefon og andre frynsegoder. Værdiansættelsen sker i forhold til den skattemæssige værdi af goderne. Hvis medarbejderen får provision, skal dette også indgå. Desuden indgår bonusordninger jf. FUL § 17 a også i beregningen.

### 4.3.3. Betaling af kompensationen

Kompensationen skal, som udgangspunkt, betales til sædvanlig tid (Ibid., s. 114).

 For konkurrenceklausulers vedkommende gælder det i medfør af § 18, stk. 1, 5. pkt., at kompensationen for de først tre måneder skal udbetales som et engangsbeløb ved fratræden, hvilket ikke kan fraviges. Kompensationen skal efter engangskompensationen betales i den resterende del af klausulens løbetid, hvilket for bagudlønnedes vedkommende har den konsekvens, at første kompensationsbetaling herefter vil finde sted ca. 4 måneder efter fratræden (Langer M. , 2010, s. 115-116).

Der kan være konsekvenser forbundet ved manglende betaling af engangskompensation, og domstolens præmisser i U2008.611V, som er refereret under afsnit 4.2., illustrerer hvordan domstolene behandler sager, hvor arbejdsgiveren ikke har betalt engangskompensation rettidigt. Det kan udledes af præmisserne, at korte fristoverskridelser, som skyldes forglemmelse eller vildfarelse fra arbejdsgivers side, ikke automatisk bevirker, at konkurrenceklausulen bortfalder. Det kan dog ikke udledes af præmisserne, hvor lang en fristoverskridelse, der skal være tale om, før klausulen bortfalder.

 Såfremt en medarbejder indenfor kort tid gør arbejdsgiveren opmærksom på fristoverskridelsen, vil arbejdsgiveren indenfor en kort periode have mulighed for at betale engangskompensationen, uden at klausulen bortfalder. Det kan dog ikke udledes af præmisserne, om funktionæren har en egentlig pligt til at reklamere over for arbejdsgiveren og fastsætte en nærmere kort frist for betaling.

### 4.3.4. Bortfald af kompensationen

FUL § 18, stk. 1, 7. pkt. bestemmer, at retten til den i § 18, stk. 1 omtalte kompensation bortfalder hvis arbejdsgiveren berettiget har bortvist funktionæren.

 Allerede det forhold, at kompensationen omtales netop som en kompensation, for den byrde, som konkurrenceklausulen udgør for funktionæren, må efterlade det indtryk, at funktionærens krav på kompensation bortfalder i samme omfang, som klausulen. Også den almindelige ugyldighedslære, hvorefter en ugyldig aftale ikke medfører forpligtelser for nogen af aftaleparterne, må føre til, at kompensationen bortfalder i det omfang, klausulen bortfalder fuldstændigt. Dette gælder, hvad enten klausulens bortfalder grundet de almindelige ugyldighedsregler i aftaleloven, de specifikke regler i aftalelovens § 38 eller reglen i FUL § 18, stk. 1, 2. pkt. (Ibid., s. 119).

## 4.4. Funktionærlovens § 18, stk. 2 – Opsigelsesadgang

Ved lovændring i 1999 blev der i FUL § 18, stk. 2 indført en regel om opsigelse af klausulerne. Denne bestemmer, at en konkurrenceklausul opsiges af arbejdsgiveren med én måneds varsel til udløb af en måned. Klausulen kan selvsagt ikke selvstændigt opsiges af funktionæren (Ibid., s. 127).

 FUL § 18, stk. 2 giver hermed adgang til at opsige et bestemt ansættelsesvilkår med kortere varsel end ved en opsigelse af ansættelsesforholdet. Dette kan synes usædvanligt, men skal ses i sammenhæng med det helt overordnede motiv bag lovændringen om, at fremme mobiliteten på markedsmarkedet og begrænse anvendelsen af konkurrenceklausuler mest muligt (Ibid., s. 127).

 Det fremhæves udtrykkeligt i bemærkningerne til bestemmelsen, at arbejdsgiveren kan opsige klausulen på et hvilket som helst tidspunkt såvel under som efter ansættelsen (Ibid., s. 127). En af grundende til, at arbejdsgiveren også har adgang til opsigelse af konkurrenceklausulen efter ansættelsesforholdets ophøre er grundet i, at en konkurrenceklausuls væsentligste effekt selvsagt først kan måles efter fratrædelsestidspunktet, hvor klausulen i en nærmere angiven periode skal hindre medarbejderen i at påtage sig konkurrerende beskæftigelse. Hvis klausulen ikke har den ønskede effekt, så har arbejdsgiveren mulighed for at opsige denne (Ibid., s. 128).

 Imidlertid har konkurrenceklausuler også virkning på et tidligere tidspunkt, idet selve klausulens eksistens kan afholde en medarbejder fra at søge eller måske tilmed blot at overvej anden beskæftigelse. En konkurrenceklausul kan hermed være med til at fastholde medarbejderen i sin hidtidige beskæftigelse og virke hæmmende på medarbejderens muligheder for at udvikle sig fagligt. For at mindske, at arbejdsgivere benytter konkurrenceklausuler for udelukkende at fastholde medarbejdere, fremgår det af FUL § 18, stk. 2, at hvis medarbejderen fratræder sin stilling inden 6 måneder efter, at arbejdsgiveren har opsagt konkurrenceklausulen, så har funktionæren stadig krav på engangskompensationen (Jørgensen, 2010, s. 30). En betingelse herfor er dog, at fratrædelsen skyldes grunde, der ville have gjort arbejdsgiveren berettiget til at gøre aftalen gældende. Dette betyder, at konsekvensen af § 18, stk. 2 er, at såfremt arbejdsgiveren opsiger konkurrenceklausulen, og funktionæren inden 6 måneder herefter fratræder som følge af egen opsigelse, der ikke var begrundet i misligholdelse fra arbejdsgiverens side, eller som følge af en opsigelse afgivet af arbejdsgiveren, men rimelig begrundelse i funktionærens forhold, så har funktionæren krav på engangskompensationen (Langer M. , 2010, s. 128).

 Modsætningsvist følger det heraf, at hvis arbejdsgiveren efter opsigelse af klausulen opsiger en funktionær uden, at denne opsigelse er rimelig begrundet i funktionærens forhold, eller arbejdsgiveren misligholder overfor funktionæren, og denne opsiger eller hæver sit ansættelsesforhold som følge heraf, så er der tale om, at fratrædelsen skyldes grunde, der i medfør af aftalelovens § 38, stk. 2 ikke ville gøre det muligt for arbejdsgiveren at gøre aftalen gældende, og i så fald skal arbejdsgiveren ikke betale kompensation (Ibid., s. 128). Dette giver arbejdsgiveren mulighed for at spekulere i, at undgå at betale engangskompensation. Arbejdsgiveren skal dog være opmærksom på FUL § 2 b, som kan give funktionæren godtgørelse for usaglige opsigelser, hvis denne har mindst et års anciennitet (Ibid., s. 129).

## 4.5. Funktionærlovens § 18, stk. 3 – Modregningsadgang

Med henblik på at begrænse konkurrenceklausulernes mobilitetsbegrænsende virkning mest muligt, er der i FUL § 18, stk. 3 indarbejdet en modregningsregel, der har til hensigt at få arbejdsgiverne til at formulere konkurrenceklausulerne så snævert som muligt således, at funktionæren har størst mulighed for at opnå anden beskæftigelse inden for sit faglige område (Ibid., s. 131).

 FUL § 18, stk. 3 giver arbejdsgiveren adgang til at modregne den løn, som funktionæren opnår ved andet passende arbejde, i den kompensation funktionæren har krav på i konkurrenceklausulens løbetid efter ansættelsesforholdets ophør. Dog har arbejdsgiveren ikke adgang til at modregne i den engangskompensation, der skal betales for de først 3 måneder af klausulperioden, da denne udgør en mindstekompensation (Paulsen, 2009, s. 114).

Modregning kan kun finde sted for den indtægt, der opnår ved passende arbejde. Det fremgå af bestemmelsens ordlyd og bemærkningerne, at der ved passende arbejde skal forstås arbejde inden for funktionærens faglige område, som passer til funktionærens uddannelses- og/eller beskæftigelse opnåede kvalifikationer (Langer M. , 2010, s. 132). Det fremgår desuden af bemærkningerne, at der ikke kan foretages helt eller delvist modregning i kompensationen for indtægter opnået af funktionæren ved beskæftigelse udenfor funktionærens faglige område, herunder i de situationer, hvor jobcenteret, i henhold til bekendtgørelsen om rådighed, er i stand til at anvise rimeligt arbejde i modsætning til passende arbejde (Ibid., s. 132).

 Ræsonnementet bag, at rimeligt arbejde ikke skal medføre reduktion i kompensationen er, at hvis funktionæren er nødsaget til at lade sig nøje med et rimeligt arbejde i stedet for passende arbejde, så er der tale om en forringelse af dennes erhvervsmæssige kvalifikationer (Langer M. , 2010, s. 132-133).

 Funktionæren skal dog være opmærksom på, at der i bemærkningerne til § 18, stk. 3 om modregning fremhæves udtrykkeligt, at almindelig tabsbegrænsningsregler er gældende, hvilket betyder, at den opsagte funktionær har pligt til så vidt muligt at begrænse arbejdsgiverens tab ved at nyttiggøre sin arbejdskraft bedst muligt (Ibid., s. 131). En tilsidesættelse af tabsbegrænsningspligten kan medføre, at funktionæren mister adgang til kompensation, uden at dette i øvrigt påvirker konkurrenceklausulens gyldighed (Ibid., s. 132).

## 4.6. Funktionærlovens § 18, stk. 4 – Anciennitetskravet

I FUL § 18 stk. 4 er der indsat et anciennitetskrav, som bestemmer, at en konkurrenceklausul slet ikke kan gøres gældende, såfremt funktionæren har været beskæftiget hos arbejdsgiveren i tre måneder eller derunder (Ibid., s. 101). Desuden kan en konkurrenceklausul ikke gøres gældende i længere tid end 6 måneder fra fratræden, hvis funktionæren har været beskæftiget imellem tre og seks måneder hos arbejdsgiveren. Har funktionæren derimod har været beskæftiget i mere end 6 måneder hos arbejdsgiveren, indeholder § 18 ingen begrænsning af, hvor længe konkurrenceklausulen kan gøres gældende. En sådan begrænsning skal i givet fald søges i aftalelovens § 38 stk. 1 (Ibid., s. 101).

 Der er en almindelige regel om, at ancienniteten i forhold til FUL beregnes fra det tidspunkt, hvor funktionærstatus er opnået (Ibid., s. 103).

Det kan for en række virksomheder være problematisk, at den væsentligste gruppe af særligt betroet medarbejdere først kan være omfattet af en konkurrenceklausul efter tre måneders beskæftigelse og først efter seks måneders beskæftigelse kan være omfattet af en konkurrenceklausul, der kan gøres gældende i mere end seks måneder efter fratræden. Uanset hvilke særlige forhold, der kan dokumenteres i relation til en bestemt virksomhed eller virksomhedstype, indeholder § 18, stk. 4 hverken i henhold til sin ordlyd eller bemærkningerne, nogle modifikationsmuligheder (Ibid., s. 105).

Det er desuden, i henhold til bestemmelsens ordlyd og bemærkningerne, uden betydning for anvendelsen af § 18, stk.4, hvad årsagen er til, at ansættelsen har været kortvarig. Der skal således ved anvendelsen af bestemmelsen ikke sondres imellem den situation, hvor ansættelsesforholdet er blevet opsagt af arbejdsgiveren, og den situation, hvor ansættelsesforholdet er blevet opsagt af funktionæren. Der kan være situationer, hvor parterne måtte ønske, at udnytte dette, men sådanne situationer er ikke ønskelige for nogen af parterne. Domstolene synes, i misligholdelsestilfælde i henhold til § 18, stk. 4, at medindregner det gældende opsigelsesvarsel, hvilket vil sige som minimum det varsel, hvormed funktionæren lovligt kunne have opsagt sin stilling. Udgangspunktet for dette er, at ingen af parterne skal kunne misligholde sig til en bedre retsstilling end den, der kunne opnås ved en adfærd i overensstemmelse med de regler, der gælder for ansættelsesforhold (Ibid., s. 105-106).

 I det omfang en konkurrenceklausul bortfalder i medfør af § 18, stk. 4, skal der ikke betales kompensation (Ibid., s. 101).

## 4.7. Sanktionsbeføjelser

Konventionalbod er den mest anvendelige sanktion ved overtrædelse af en konkurrenceklausul. Anvendelse af konventionalbøder kan dog kun blive aktuel, hvis parterne udtrykkeligt har aftalt at sådanne skal erlægges i tilfælde af overtrædelse (Langer M. , 2010, s. 236).

 Det har været diskuteret i teorien, om arbejdsgiveren tillige kan gøre krav på erstatning for et konstateret tab. På den ene side argumenteres der for, at aftalt konventionalbod skal fortolkes som et udtryk for, at parterne hermed har taget stilling til erstatningskravet. På den anden side, bør et tilvalg for arbejdsgiveren til at rejse krav, som ikke er identisk med et erstatningskrav, ikke betragtes som et positivt afkald på den ret til erstatning, der består uden aftale (Ibid., s. 254). Retspraksis understøtter, at erstatningskrav efter de almindelige principper om erstatning, ikke bortfalder allerede fordi parterne har aftalt konventionalbod. Det ses f.eks. af Sø- og handelsrettens dom af 10. marts 2003 (V-31-99), som også er nævnt under afsnit 3.3.2.1., at den tidligere arbejdsgiver blev tilkendt både konventionalbod og erstatning grundet den grove og beviste overtrædelse.

 Spørgsmålet om berettigelsen af erstatningskrav afhænger af om de enkelte tilfælde opfylder de sædvanlige erstatningsbetingelser om tab, ansvar, årsagsforbindelse og adækvans.

Forskellen mellem konventionalbod og erstatning er, at den aftalte konventionalbod, som udgangspunkt, finder anvendelse, uanset om arbejdsgiveren har lidt et tab tilsvarende konventionalbodens størrelse.

# 5. Forskellen mellem konkurrencebegrænsningerne

Dette afsnit har til formål, at belyse forskellene imellem loyalitetspligten, MFL’s bestemmelser om medarbejders konkurrencehandlinger samt de aftalte konkurrenceklausuler. Forskellene skal være med til at afdække, hvornår en arbejdsgiver har behov for at etablere en konkurrencebegrænsning i form af en konkurrenceklausul efter FUL, og hvornår grundsætningen om medarbejders loyalitetspligt samt de lovregulerede konkurrencebegrænsninger i MFL dækker arbejdsgiverens konkurrencebeskyttende behov.

## 5.1. Generelt

Når en arbejdsgiver overvejer, hvilken form for beskyttelse imod konkurrencehandlinger fra virksomhedens medarbejdere der skal benyttes, så er det væsentlig at se på graden af behovet. Mange arbejdsgiveres behov for konkurrencebeskyttelse kan blive dækket af de ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger, som medarbejderne allerede uden forudgående aftale er bundet af.

### 5.1.1. Anvendelsesområde

I forhold til de gennemgående konkurrencebegrænsningers anvendelsesområde, så er der forskel på hvem de enkelte konkurrencebegrænsninger kan gøres gældende overfor.

 For at en medarbejder kan bindes af en konkurrenceklausul, så skal der være tale om en funktionæransat efter FUL § 1. Hvis der ikke er tale om en funktionær efter FUL § 1, så kan medarbejderen ikke blive bundet af en konkurrenceklausul efter FUL § 18. Desuden skal funktionæren tiltræde klausulen aktivt igennem skriftlig aftale herom jf. FUL § 18, stk. 1.

Som det fremgår af gennemgangen af bestemmelserne i MFL, har disse forskellige anvendelsesområder. Bestemmelsernes generelle anvendelsesområde fremgår af MFL § 2. Som det fremgår af MFL § 2, så er lovens bestemmelser hovedsagelig møntet på erhvervsforhold og samarbejdsforhold generelt, men der fremgår særskilte anvendelsesområder af de øvrige bestemmelser.

 Generalklausulen i MFL § 1 følger tilnærmelsesvis anvendelsesområdet i MFL § 2, da anvendelsesområdet for denne bestemmelse er erhvervsdrivende. Bestemmelsen kan hermed ikke gøres gældende overfor nuværende og tidligere medarbejdere. Der hvor bestemmelsen får betydning i forhold til tidligere medarbejderes konkurrencehandlinger, er i de tilfælde, hvor en tidligere medarbejder starter selvstændig konkurrerende virksomhed. MFL § 1 beskytter desuden den tidligere arbejdsgiver overfor tidligere medarbejderes konkurrencehandlinger, hvis denne tager ansættelse i en konkurrerende virksomhed. Her er det dog ikke den tidligere medarbejder, der kan gøres sanktioner gældende imod, med derimod den nye arbejdsgiver. En ny arbejdsgiver kan gøres skyldig i overtrædelse af MFL § 1, hvis denne tilskynder eller udnytter en medarbejders konkurrencehandlinger eller på anden måde forholder sig passivt hertil.

 MFL § 19, der skal beskytte virksomheders erhvervshemmeligheder, afviger fra MFL § 2 ved at denne bestemmelse finder anvendelse på fysiske personer, der indgår i et tjeneste- eller samarbejdsforhold, eller som udfører et hverv for en virksomhed jf. MFL § 19, stk. 1. Her er det altså typisk nuværende eller tidligere medarbejdere, der bliver berørt, men også erhvervsdrivende, som i disse tilfælde ofte er nye arbejdsgivere. Det følger af MFL § 19, stk. 5, at erhvervsdrivende ikke må benytte erhvervshemmeligheder, som de er kommet i besiddelse af ved overtrædelse af MFL § 19, stk. 1 – 4.

 Som det fremgår af gennemgangen af MFL §§ 1 og 19, så har MFL § 1 som generalklausul et anvendelsesområde, der overlapper med de øvrige bestemmelser i MFL, herunder MFL § 19. Der har særligt i relation til medarbejderes konkurrencehandlinger været en tendens i retspraksis til at henvise til MFL § 1 samtidigt med MFL § 19. Der er dog i flere sammenhæng behov for en selvstændig behandling af bestemmelserne, da disse har forskelligt gerningsindhold og hjemler forskellige sanktionsskridt. MFL § 1 finder desuden ikke anvendelse på den kategori af sager, der angår tidligere medarbejdere, der driver konkurrence mod deres tidligere arbejdsgiver, ikke som selvstændig erhvervsdrivende, men som ansat i en ny konkurrerende virksomhed, hvilket MFL § 19 gør.

 Fælles for både MFL §§ 1 og 19 er dog, at bestemmelserne er gældende uden forudgående aftale herom, og der ikke skelnes mellem de forskellige typer af ansættelsesforhold, herunder mellem funktionærer og ikke funktionærer.

I modsætning til MFL og FUL, er loyalitetspligtens anvendelsesområde ikke fastsat ved lov. Det følger af denne ansættelsesretlige grundsætning, at der er tale om en relativ bred og vidtrækkende forpligtelse for medarbejderen til at agere loyalt, og i overensstemmelse med arbejdsgiverens interesser, så længe ansættelsesforholdet består. Det ligger hermed implicit i grundsætningen, at loyalitetspligten er gældende for alle ansættelsesforhold, og der derfor ikke skelnes mellem funktionærer og ikke funktionærer.

### 5.1.2. Kompensation

En af de mest markante forskelle mellem de gennemgåede konkurrencebegrænsninger er, at medarbejderen får en kompensation for at være bundet af en konkurrenceklausul. Denne kompensation udgør 50 % af medarbejdes løn på fratrædelsestidspunktet i hele klausulen løbetid, dog skal de først tre måneders kompensation udbetales som en engangskompensation på fratrædelsestidspunktet. Medarbejderen får hermed en kompensation for at være hindret i at starte selvstændig konkurrerende virksomhed, samt tage ansættelse i en konkurrerende virksomhed.

 Netop denne kompensation er indført som ændring til FUL, for at *sikre mobiliteten på arbejdsmarkedet* samt *tilskynde arbejdsgiverne til at gøre sådanne klausuler så lidt omfattende som muligt, således at en lønmodtager uanset klausulen dog har nogle erhvervsmuligheder tilbage, der gør det muligt at udnytte kvalifikationer og uddannelse m.v.* (Arbejdsministerens forslag 1998/1 SF L 172)*.* Kompensationen skulle være med til at mindske forbruget af konkurrenceklausuler, da disse ikke længere er gratis for arbejdsgiveren at benytte. Arbejdsgiveren skal derfor overveje om en konkurrenceklausul er nødvendig for konkurrencebeskyttelse, da kompensationen kan være en økonomisk belastning for virksomheden, og i særdeleshed hvis konkurrenceklausulen ikke virker efter hensigten.

 En medarbejder skal ikke kompenseres for at være bundet af loyalitetspligten og MFL’s bestemmelser.

## 5.2. Tidsmæssig udstrækning

Når en arbejdsgiver skal vurdere virksomhedens beskyttelsesbehov i forhold til nuværende og tidligere medarbejderes konkurrencehandlinger, så er det væsentligt at se på den tidsmæssige udstrækning af beskyttelsen, da arbejdsgiveren ved at får defineret, hvad der er formålet med konkurrencebeskyttelsen, undgår en for vidtgående tidsmæssig beskyttelse, der kan skræmme potentielle medarbejdere væk.

Loyalitetspligten knytter sig til vederlagsforpligtelsen, og består dermed så længe arbejdsgiveren udbetaler løn til medarbejderen. Dette følger af den almindelige obligationsretlige loyalitetspligt, hvorved aftaleparter er forpligtiget til at varetage den anden aftaleparts interesser. Medarbejderen skal varetage arbejdsgiverens interesser, så længe der foreligger udbetaling af vederlag for medarbejderes arbejdskraft, hvilket typisk vil betyde, så længe medarbejdere indgår i et ansættelsesforhold med arbejdsgiveren. Loyalitetspligten kan hermed ikke gøres gældende overfor tidligere medarbejdere.

 Der fremgår ikke nogen tidsmæssig udstrækning af MFL § 1. Bestemmelsen fungere som generalklausul, og er derfor opbygget således, at dens retsvirkninger indtræder, når visse generelt formulerede betingelser er opfyldt. Dermed er der ikke noget tidsmæssig udtrækning på MFL § 1. Det fremgår derimod af MFL § 19, stk. 2, at bestemmelsen om erhvervshemmeligheder har en tidsmæssig udtrækning på 3 år efter tjenesteforholdets ophør. Arbejdsgiveren er hermed strafferetligt beskyttet mod tidligere medarbejderes videregivelse af erhvervshemmeligheder i op til 3 år efter ansættelsesforholdets ophør.

MFL og generalklausulen i MFL § 1 gælder også under ansættelsesforholdet, men har typisk en begrænset betydning under ansættelsen fordi den ansættelsesretlige loyalitetspligt indebærer en videregående forpligtelse idet, at loyalitetspligten beskytter imod enhver konkurrencehandling, herunder viden og indsigt, uanset om denne er opnået hos arbejdsgiveren. Dermed er der ikke kun tale om videregivelse af erhvervshemmeligheder.

Som det var tilfælde med MFL § 1, så fremgår der ikke nogen tidsmæssig udstrækning i FUL for konkurrenceklausuler efter FUL § 18. Det følger dog af aftalelovens § 38, stk. 1, e konkurrenceklausuler ikke er bindende for så vidt den går videre end påkrævet. En konkurrenceklausul kan hermed tilsidesættes ved dom, hvis den går videre end påkrævet. Ved bedømmelse af for vidtgående klausuler, laves der en afvejning af parternes interesse, herunder behovet for værnet imod konkurrence samt medarbejderens adgang for nyt erhverv.

 Imidlertid har konkurrenceklausuler også virkning på et tidligere tidspunkt end ansættelsesforholdets ophør, idet selve klausulens eksistens kan afholde en medarbejder fra at søge eller måske tilmed blot at overvej anden beskæftigelse. En konkurrenceklausul kan hermed være med til at fastholde medarbejderen i sin hidtidige beskæftigelse og virke hæmmende på medarbejderens muligheder for at udvikle sig fagligt

 De typiske konkurrenceklausuler er gældende i omkring 1 år efter fratræden.

Det kan opsummeres, at loyalitetspligten er gældende overfor medarbejderen i selve ansættelsesforholdet, mens MFL er gældende både i ansættelsesforholdet og efter medarbejderes fratræden. En konkurrenceklausul er gældende i den bestemte klausul periode, men til dels også under ansættelsen, da en konkurrenceklausul kan være med til at fastholde medarbejderen i sin stilling, da klausulen kan gøre medarbejderen usikker på om stiftelse eller ansættelse i anden virksomhed er i strid med den indgåede konkurrenceklausul, og om sanktioner kan gøres gældende som følge af dette.

## 5.3. Sanktioner

Sanktionerne imod medarbejdernes overtrædelser af gennemgående konkurrencebegrænsninger er ligeledes forskellige, og netop de forskellige sanktionsmuligheder kan være med til at arbejdsgiveren vælger en aftalt konkurrencebeskyttelse frem for de forudgående konkurrencebegrænsninger.

De sanktionsmuligheder, der er mest indgribende overfor medarbejdere, er sanktionsmulighederne i forbindelse med en indgået konkurrenceklausul. Konkurrenceklausuler indeholder ofte en konventionalbod, som differentierer sig fra den almindelige erstatning ved, at der ikke skal påvises et faktisk tab. Konventionalboden kan gøres gældende overfor medarbejderen lige så snart det er påvist, at denne har handlet i strid med klausulen. Konventionalbøder har desuden en tendens til at være ganske høje, og kan dermed udgør en stor økonomisk belastning for medarbejderen. Endvidere er arbejdsgiveren ikke udelukket fra også at gøre et erstatningskrav gældende, hvis betingelserne for erstatning er opfyldt.

Når man kigge på sanktionsmulighederne i forhold til de ikke aftalte konkurrencebegrænsninger, så er sanktionsmulighederne ikke lige så vidtgående, som det er tilfældet ved klausulerne.

 Sanktionerne i forbindelse med overtrædelse af loyalitetspligten afhænger af graden af misligholdelsen. Hvis der er tale om grov misligholdelse, så kan arbejdsgiveren ophæve ansættelsesforholdet og kræve erstatning, hvis betingelserne herfor er opfyldt. I de tilfælde hvor der ikke er tale om grov misligholdelse, har arbejdsgiveren ikke adgang til at ophæve ansættelsesforholdet, men der er mulighed for almindelig saglig opsigelse af medarbejderen.

 Overtrædelse af loyalitetspligten udgør desuden et retsstridigt forhold, som i princippet kan gøres til genstand for fogedforbud, hvilket dog sjældent finder sted i praksis, da loyalitetspligten relativt hurtigt mister sin betydning som selvstændigt grundlag for fogedforbud, eftersom et ansættelsesforhold udløber med et varsel, der sjældent strækker sig udover 3-6 måneder, eller ophører endnu tidligere på grund af ophævelse. Forbudsbetingelserne er derfor alene opfyldt i en periode svarende til opsigelsesvarsel.

 Fogedforbuddet, grundet overtrædelse af loyalitetspligten, ses dog i praksis at kunne supplere sanktionerne ved overtrædelse af MFL´s bestemmelser. MFL § 20 hjemler, at handlinger i strid med MFL kan forbydes ved dom. Hvis medarbejderens handlinger er i strid med MFL §§ 1 eller 19, så kan fogedforbuddet række videre end blot til ansættelsesforholdets ophør. MFL § 30 hjemler endvidere, at overtrædelse af MFL § 19 kan straffes med bøde eller fængsel i indtil 1 år og 6 måneder, hvis arbejdsgiveren efter strafferetlig påtale.

 Ligesom det var tilfældet med både overtrædelse af konkurrenceklausulerne og loyalitetspligten, så har arbejdsgiveren mulighed for at gøre et erstatningskrav gældende, hvis betingelserne herfor er opfyldt.

Det, at konkurrenceklausuler ofte indeholder bestemmelser om konventionalbod og har adgang til sanktionsmidler som erstatning, gør, at disse klausuler fungerer som et mere effektivt værn end bestemmelserne i MFL. Arbejdsgivere ser i mange tilfælde indgåelse af klausuler som det mest sikre middel mod medarbejderes konkurrencehandlinger, da sanktionsmidlerne ikke kræver en masse bevisførelse. Hvis en arbejdsgiver kan påvise, at der er sket en overtrædelse af en klausul, så er der direkte adgang til kompensation i form af den aftalte konventionalbod. Arbejdsgiveren skal ikke fører bevis for egentlig tab som følge af (tidligere) medarbejderes handlinger. Det ses derfor også i de tilfælde, hvor der indgår en konkurrenceklausul, at disse ofte er i fokus frem for MFL ved bedømmelsen af medarbejderes konkurrencehandlinger efter ansættelsesophør.

# 6. Samspillet mellem konkurrencebegrænsningerne

Dette afsnit har til formål at belyse medarbejderens rekrutterings- og mobilitetsbegrænsninger som følger af samspillet mellem den aftalte konkurrencebegrænsning, i form af konkurrenceklausuler, og de ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger. Desuden er afsnittet med til at afdække arbejdsgivernes behov for indførelse af konkurrenceklausuler.

## 6.1. Samspil ved etablering af selvstændig virksomhed

Hvis en medarbejder ønsker at etablere selvstændig virksomhed skal denne være opmærksom på de forskellige konkurrencebegrænsninger, da disses samspil kan være med til at skab forhindringer ved etableringen af virksomheden.

 Under ansættelsesforholdet er medarbejderen bundet af den ansættelsesretlige loyalitetspligt. Loyalitetspligten har den betydning for medarbejderen, at denne generelt er afskåret fra at foretage konkurrencehandlinger imod sin arbejdsgiver. Da der er tale om et generelt konkurrenceforbud, er loyalitetspligten en ganske vidtrækkende begrænsning for en medarbejder, der påtænker at starte egen virksomhed.

 Ved etablering af egen virksomhed, er medarbejderen, som følge af loyalitetspligten, afskåret fra at påbegynde selvstændig virksomhed, hvis denne kan udsætte arbejdsgiveren for væsentlig konkurrence. Det er typisk i en opsigelsesperiode, denne tvist mellem arbejdsgiver og medarbejder finder sted. Det er ikke altid lige nemt for en medarbejder at gennemskue, om opstart af egen virksomhed er ensbetydende med, at den nystartede virksomhed kommer til at udsættes arbejdsgiveren for væsentlig konkurrence, da væsentlighedsvurderingen er en konkret afvejning i forhold til de enkelte tilfælde. Medarbejderen har derfor ikke nogen egentlig rettesnor for, hvornår der er tale om væsentlig konkurrence. Medarbejderen kan her være afskåret fra at starte egen virksomhed indtil fratræden af sin stilling, for ikke at blive mødt med et sanktionskrav fra arbejdsgiveren, hvis denne finder den nystartede virksomhed som værende en væsentlig konkurrent.

 Medarbejderen er dog ikke afskåret fra at forberede konkurrerende virksomhed under ansættelsesforholdet hos arbejdsgiveren. Der skal dog skelnes mellem tilladelige og ikke-tilladelige forberedelseshandlinger, da ikke-tilladelige forberedelseshandlinger, såsom direkte salg eller anden aktivitet med påvirkning på markedet, ligeledes kan mødes med sanktionskrav fra arbejdsgiveren.

Da loyalitetspligten er begrænset til at omfatte medarbejderens konkurrencehandlinger mens ansættelsesforholdet består, ses denne begrænsning ikke umiddelbart som værende en særlig væsentlig begrænsning i forhold til medarbejderens ønske om selvstændig virksomhed eller ansættelses hos arbejdsgiveres konkurrenter. Loyalitetspligten bliver dog i retspraksis ganske ofte suppleret af MFL´s bestemmelser, hvilket giver mulighed for sanktioner udover ansættelsesforholdets beståen.

 MFL kan supplere loyalitetspligten i forhold til konkurrencehandlinger både mens ansættelsesforholdet består og efter. MFL´s generalklausul i § 1 supplerer loyalitetspligten i de tilfælde, hvor medarbejderen vælger at stifte egen virksomhed. Generalklausulen i MFL § 1 begrænser medarbejderne i illoyal stiftelse af selvstændig virksomhed. Bestemmelsen, som er dynamisk og kan ændre indhold efter udviklingen, indebærer f.eks. forbud imod koncept- og produktefterligninger, hvilket i grænsetilfælde kan virke begrænsende for medarbejdere, der ønsker at etablere selvstændig virksomhed, da det tit i retspraksis ses, at tvisterne angående MFL § 1 omhandler arbejdsgivere, som mistænker tidligere medarbejdere for at plagiere deres koncepter eller produkter. Medarbejder kan se det som en hindring, at de kan få svært ved at starte egen virksomhed, hvis konceptet eller produkterne bare tilnærmelsesvis kan forveksles med den tidligere arbejdsgivers, da denne efter fratræden er underlagt en skærpet bedømmelse af hvorvidt MFL § 1 er overtrådt. Det skal dog erindre, at begrænsningerne som følge af MFL § 1 kun kan blive en realitet, hvis den tidligere arbejdsgiver kan bevise, at medarbejderen har handlet illoyalt ved etablering af dennes virksomhed.

 Grunden til, at MFL § 1 ofte benyttes som supplement til loyalitetspligten er, at begrebet ”god markedsføringsskik” spiller sammen med loyalitetspligtens forbud mod illoyal adfærd overfor arbejdsgiveren. I forhold til brugen af MFL og loyalitetspligten overfor medarbejderens konkurrencehandlinger under ansættelsesforholdet beståen, så har det ansættelsesretlige loyalitetsbegreb et mere vidtgående indhold end det loyalitetsbegreb, som ofte anvendes i den markedsføringsretlige teori og praksis til beskrivelse af MFL’s regler. Det markedsføringsretlige loyalitetsbegreb er nært knyttet til begrebet ”god markedsføringsskik” i MFL § 1, og udgangspunktet i denne bestemmelse er, at medarbejdere, der ikke er underlagt en aftalt konkurrencebegrænsning, har ret til at foretage konkurrencehandlinger mod deres tidligere arbejdsgiver forudsat, at medarbejderen ikke utilbørligt eller på urimelig måde udnytter eller snylter på arbejdsgiverens markedsposition og oparbejder know how m.v. Udgangspunktet i det ansættelsesretlige loyalitetsbegreb er derimod at enhver konkurrencehandling, uanset om denne er basseret på viden eller indsigt opnået hos arbejdsgiveren eller ej, er i strid med loyalitetspligten og kan mødes med ansættelsesretlige sanktioner, herunder ophævelse og erstatning. MFL får derfor først selvstændig betydning efter et ansættelsesforholds ophør, hvor en medarbejder ikke længere er bundet af den ansættelsesretlige loyalitetspligt.

 I forhold til MFL § 19, om erhvervshemmeligheder, så er den tidligere medarbejder afskåret fra at benytte den tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder som en fordel i markedskonkurrencen ved påbegyndelse af selvstændig konkurrerende virksomhed jf. MFL § 19 stk. 2. Desuden følger det af MFL § 19, stk. 4, at medarbejderen er afskåret fra at benyttet tekniske tegninger, denne har fået kenskab til gennem arbejde ved den tidligere arbejdsgiver, og derved ikke kan benytte eller udvikle produkter ud fra denne viden.

Hvis der er aftalt en konkurrenceklausul, så er medarbejderen afskåret fra at etablere selvstændig konkurrerende virksomhed indenfor en af klausul bestemt periode. I forhold til samspillet mellem loyalitetspligten, MFL 1 og konkurrenceklausuler, så begrænser klausulerne, tilsvarende loyalitetspligten og MFL § 1, medarbejderens mulighed for at etablere selvstændig konkurrerende virksomhed, hvis denne er etableret illoyalt i forhold til den tidligere arbejdsgiver. Klausulerne adskiller sig fra loyalitetspligten og MFL § 1 ved at være en del mere vidtgående. Ved indgåelse af en konkurrenceklausul afskæres medarbejderne helt i at etablere selvstændig virksomhed, hvis denne på nogen måder er i konkurrence med den tidligere arbejdsgiver. Dette også selvom etablering sker i overensstemmelse med loyalitetspligten og god markedsføringsskik.

 Yderligere kan disse klausuler virke en del mere afskrækkende på medarbejderes lyst til at etablere selvstændig virksomhed i forholde til de sanktioner, der er forbundet hermed. Hvor den tidligere arbejdsgiver skal føre bevis for overtrædelse af MFL § 1 og loyalitetspligten samt de almindelige erstatningsbetingelser, så skal denne blot ved indgåelse af en konkurrenceklausul føre bevis for, at der er etableret konkurrerende virksomhed, for herefter at gøre klausulbestem konventionalbod gældende overfor den tidligere medarbejder.

## 6.2. Samspil ved ansættelse i konkurrerende virksomhed

Loyalitetspligten forhindre ikke medarbejdere i at tage ansættelse hos en konkurrent, men medarbejderen skal være opmærksom på, at der er forberedelseshandlinger, som er ikke-tilladelige i forbindelse med søgning af ny arbejde under ansættelsesforholdets beståen. Ikke-tilladelige handlinger inkluderer faktisk arbejde for en ny arbejdsgiver, mens medarbejderen stadigvæk har ansættelse hos den tidligere arbejdsgiver. Dette kan blive mødt med sanktioner, herunder fogedforbud, som i nogle tilfælde kan ramme medarbejderens nye stilling, da denne kan blive forhindret i at udfører aftalt arbejde for den nye arbejdsgiver. Loyalitetspligten begrænser dog ikke medarbejderen i at tage ansættelse hos en konkurrent, selvom denne ikke har opsagt sin nuværende stilling jf. U1994.140Ø refereret under afsnit 3.1.1..

Begrænsningerne i forbindelse med ansættelse i en konkurrence virksomhed, er ligeledes afgrænset i forholdt til MFL´s bestemmeler, da det må erindres, at bestemmelser i MFL, herunder §§ 1 og 19, ikke generelt hindre, en virksomhed i at rekruttere en medarbejder, der hidtil har været ansat hos en konkurrent, og ligeledes en medarbejder i at tage ansættelse i en konkurrerende virksomhed. Der hvor MFL sætter begrænsninger for en medarbejders mobilitet på arbejdsmarkedet, er når denne benytter viden opnået igennem tidligere arbejde.

 Selvom bestemmelserne i MFL ikke generelt er med til at hindre medarbejderens mobilitet i forbindelse med ansættelse i konkurrerende virksomhed, så kan bestemmelserne være med til at svække medarbejderenes mobilitet, da brugen af deres viden og erfaring kan blive mødt med sanktioner fra tidligere arbejdsgiver, jf. MFL § 19, som omhandler videregivelse af erhvervshemmeligheder. Grænserne mellem, hvornår oplysninger er erhvervshemmeligheder og hvornår disse er almindelig viden eller knowhow kan være flydende, men det er væsentligt for MFL § 19, at der er tale om almindeligt tilgængelige, samt af en vis betydning for virksomhedens konkurrenceevne og markedsposition. Oplysningerne skal samtidig være underlagt et vist beskyttelsesniveau, hvor der ikke må være tale om oplysninger der videregives til eksterne aktører eller en bred personkreds. Dette glæder både internt og eksternt. MFL § 19 bliver dermed først en begrænsning for medarbejderen, når der er tale om videregivelse af oplysninger, der kan karakteriseres som værende erhvervshemmeligheder til en ny arbejdsgiver.

 I forholde til MFL § 19 skal det erindres, at en medarbejderes videregivelse af interne, fortrolige oplysninger opnået under ansættelsesforholdets beståen næste altid vil være uforeneligt med den ansættelsesretlige loyalitetspligt, uanset om disse interne og fortrolige oplysninger måtte være givet til en bred kreds af medarbejdere. MFL § 19 supplerer derved loyalitetspligten udover ansættelsesforholdets beståen.

Konkurrenceklausuler fungerer derimod som en direkte konkurrence- og mobilitetsbegrænsning ved ansættelses i konkurrerende virksomhed. Hvis en medarbejder er bundet af en konkurrenceklausul, så er denne afskåret fra at tage ansættelse i en konkurrerende virksomhed. Konkurrenceklausuler får dermed betydning for medarbejderens mobilitet både under og efter ansættelsesforholdet ophør, da klausulen er med til at holde medarbejderen i virksomheden, da ansættelse i konkurrerende virksomhed er i strid med klausulen. I nogle brancher er klausulerne mere hindrende end andre, da mange virksomheder i f.eks. ingeniørbranchen er i direkte konkurrence med hinanden, og derved er medarbejderens muligheder for at skifte til andet passende job i samme branche meget begrænset, hvis denne er bundet af en klausul.

Ud fra ovenstående afsnit om samspillet mellem konkurrencebegrænsninger, kan det sammenfattes, at når der er tale om begrænsninger i forhold til både nuværende og tidligere medarbejderes illoyalekonkurrencehandlinger, eller mod disses ubeføjede viderebringelse eller udnyttelse af arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder, yder MFL og loyalitetspligten en væsentlig begrænsning i medarbejderens mobilitet på arbejdsmarkedet. I forhold begrænsninger som følger af generelle forbud mod nuværende eller tidligere medarbejderes etablering af, eller ansættelse i, konkurrerende virksomhed, er loyalitetspligten og MFL ikke en væsentlig begrænsning for medarbejderens mobilitet på arbejdsmarked. Hvorimod indgåelse af en konkurrenceklausul udgør en væsentlig begrænsning, idet medarbejderen her er afskåret fra generelle konkurrencehandlinger i forbindelse med etablering af, samt ansættelse i, konkurrerende virksomhed. Endvidere er medarbejderen, ved indgåelse af en klausul, afskåret fra at benytte sine de faglige kvalifikationer opnået gennem ansættelsen, hvor MFL blot afskærer medarbejderen fra at benytte oplysninger med et vist beskyttelsesniveau, der har betydning for den tidligere arbejdsgivers markedsposition og konkurrenceevne.

 Hvis en arbejdsgiver ikke får dækket sit beskyttelsesbehov igennem konkurrencebegrænsningerne, som følger af MFL’s bestemmelser og loyalitetspligten, så kan denne tilstræbe at indgå konkurrencebegrænsende aftaler i form af konkurrenceklausuler.

# 7. Konkurrenceklausulers anvendelse på arbejdsmarkedet

I juni 1999 blev der vedtaget ændringer til den daværende § 18 i funktionærloven. For klausuler omfattet af de gamle bestemmelser fra før juni 1999, er det gældende, at konkurrenceklausuler for en funktionær ikke kan gøre gældende i mere end et år fra fratrædelsesdagen, medmindre funktionæren modtager et rimeligt vederlag for indskrænkningen i funktionærens adgang til andet arbejde. Ved indførelse af ændringsloven i 1999, blev det tilskrevet i § 18, stk. 1, at en konkurrenceklausul ikke vil kunne gøres gældende, medmindre der foreligger kompensation på minimum 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet i hele klausulperioden.

 Som det fremgår af forarbejderne til lovforslaget, så er denne ændring indført i den gældende lovgivning for at sikre mobiliteten på arbejdsmarkedet, ved at skabe *en balance mellem på den ene side lønmodtagerens interesse i ikke urimeligt at blive begrænset i sine erhvervsmuligheder/udnyttelsen af sine faglige kvalifikationer, og på den anden side virksomhedernes berettigede interesse i ikke at blive udsat for unfair konkurrence fra tidligere ansatte, der tager ansættelse hos konkurrenten eller stjæler kunderne* (Forarbejder nr. 1998/1 SF L 172).Desuden giver lovændringen en tidligere arbejdsgiver mulighed for at modregne i den månedlige kompensation, hvis funktionæren får nyt passende arbejde, dvs. inden for funktionærens naturlige faglige område. Dette med til ønske om, at tilskynde arbejdsgiverne til at gøre sådanne klausuler så lidt omfattende som muligt således, at en lønmodtager, uanset klausulen, dog har nogle erhvervsmuligheder tilbage, der gør det muligt at udnytte kvalifikationer og uddannelse m.v.

 Med ændringen i loven i 1999, har den lovgivende magt hermed forsøgt, at begrænse virksomhedernes brug af konkurrenceklausuler, ved at gøre det til en økonomisk byrde for arbejdsgiverne at benytte disse. Selvom disse ændringer er foretaget, så anfører Jørgen Stamhus og hans kollega Michael Slavensky Dahl en anden problematik vedrørende lovens opbygning. De ser det som værende problematisk, at mange medarbejder på det danske arbejdsmarked, kan kategoriseres som værende betroet medarbejder, da det kan være svært at afgrænse og definere denne kategori i et samfund præget af videns- og informationsarbejde. Desuden anser de det for værende et samfundsmæssigt problem, at retspraksis benytter en bred fortolkning af begrebet særlig betroet, da det er til skade for mobiliteten, at mange medarbejder i vidensbaserede virksomheder kan komme i betragtning som værende særlig betroet (Stamhus & Dahl, 2013, s. 8). Desuden fremgår det af Stamhus og hans kollegs rapport, at man i USA har gode resultater med at forbyde konkurrenceklausuler og i stedet fastholder medarbejdere f.eks. aktieoptioner eller anciennitetsløn, hvor medarbejdere bliver stillet en attraktiv og stabil lønstigningstakt udsigt hvis denne vælger at blive i virksomheden.

 Adm. direktør Kenneth Iversen for Unimerco Group A/S er dog af den opfattelse, at medarbejdere i vidensbaserede virksomheder er veluddannede individer, der går efter højeste løntilbud, og ofte ikke får skabt en loyalitetsfølelse overfor den virksomheden de er ansat i (Iversen, 2005). Desuden gør han gældende, at uddannelse og videreuddannelse, i et videnssamfund, er vigtigere end nogensinde. Virksomhederne må derfor overbygge de gode generelle uddannelser med overbygningsuddannelser, som kan sikre de specialkompetencer, som er afgørende for, at virksomhederne kan skabe konkurrenceevne (Ibid.). Da virksomhederne investerer en del penge og ressourcer i medarbejdernes videreuddannelse, som ifølge Kenneth Iversen kan koste virksomhederne fra flere tusinde kroner til millionbeløb, så kan dette være en af grundende til, at mange virksomheder ikke se kompensationen på 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet som værende en stor økonomisk belastning, hold op imod de penge, der er brugt på opbyggelse af medarbejderens viden, og den konkurrenceevne der skabes for virksomheden. Virksomhederne benytter derfor konkurrenceklausulerne for at holde på den viden medarbejderne er indehavere af, som følge af virksomhederne investeringer heri. På baggrund af dette finder Kenneth Iversen, at konkurrenceklausuler er nødvendige på arbejdsmarkedet, for at kunne beskytte virksomhederne fra konkurrencehandlinger udfør af tidligere medarbejdere, som ikke har en loyalitetsfølelse overfor de arbejdsgivere, der har været med til at opbygge disse medarbejderes viden og kompetencer.

Fra virksomhedernes synspunkt kan det være problematik, at disse bruger mange penge og ressourcer på at uddanne deres medarbejdere og derved er med til at sikre produktiviteten på arbejdsmarkedet, hvis disse uden videre kan tage denne tilegnede viden med over til en konkurrent. I stedet for at afskaffe konkurrenceklausulerne, så mener Kenneth Iversen, at der bør ses på de virksomheder, som benytter sig af for vidtgående klausuler.

 For vidtgående klausuler kan blive tilsidesat jf. aftalelovens § 38, stk.1 ved domstolene. Kenneth Iversen mener, at virksomheder, som laver omfattende konkurrenceklausuler, og derved forsøger at afskære medarbejdere fra fri adgang til at skifte arbejde, uden at have klart og rimeligt beskyttelsesbehov, bør kunne straffes ved bøder i deres forsøg på urimeligt at forhindre medarbejdere i deres frie arbejdspladsvalg. Det er hans opfattelse, at det ikke er nok, at deres urimelige klausulforsøg underkendes (Iversen, 2005).

Som det fremgår af indledningen, så findes der ingen fuldstændige tal for, hvor mange lønmodtagere, der i dag er omfattet af en konkurrenceklausul. Tidligere undersøgelser viser, at ca. 50.000 LO-lønmodtagere er omfattet (LO, 2013).

# 8. Konklusion

Ved en belysning af forskellen samt samspillet mellem konkurrenceklausuler, som aftalt konkurrencebegrænsning, og de ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger, som følger af loyalitetspligten og MFl’s bestemmelser, har specialet afdækket virksomhedernes behov for indførsel af konkurrenceklausuler for at hindre medarbejdernes konkurrencehandlinger, samt afdækket medarbejdernes mobilitetsbegrænsninger før og under ansættelsesforholdet.

Under ansættelsesforholdets beståen er medarbejderen begrænset i sine konkurrencehandlinger som følge af loyalitetspligtens grundsætning om, at alle konkurrencehandlinger er uforenelige med loyalitetspligten overfor arbejdsgiveren. Dette betyder, at medarbejderen er afskåret fra generelt at foretage konkurrencehandlinger, der udsætter eller er egnet til at udsætte arbejdsgiveren for væsentlig konkurrence. Medarbejderen er, som følge af loyalitetspligten, begrænset i at påbegynde selvstændig konkurrerende virksomhed, mens denne stadig er ansat ved arbejdsgiveren. Dog er medarbejderen ikke afskåret fra tilladelige forberedelses handlinger både når det gælder påbegyndelse af selvstændig konkurrerende virksomhed og ansættelse i konkurrerende virksomhed.

 Efter ansættelsesforholdets ophør, er den tidligere medarbejder ikke længere forpligtet overfor arbejdsgiveren, som følge af loyalitetspligten. Derimod kan MFL’s bestemmelser yde visse begrænsninger for medarbejderens nye ansættelse samt ved påbegyndelse af konkurrerende virksomhed. MFL § 1 finder anvendelse på tidligere medarbejdere, som vælger at påbegynde selvstændig virksomhed. Det følger af MFL § 1, stk. 1, at virksomheder skal udvise god markedsføringsskik. Tidligere medarbejdere skal derfor, ved påbegyndelse af selvstændig virksomhed, udvise god markedsføringsskik overfor tidligere arbejdsgivere, og som følge heraf bl.a. ikke plagierer den tidligere arbejdsgivers produkter og koncept.

 MFL § 19 finder anvendelse på nuværende og tidligere medarbejdere, og for sidstnævnt både ved ansættelse i konkurrerende virksomhed og ved påbegyndelse af selvstændig konkurrerende virksomhed. MFL § 19 omhandler viderebringelse og benyttelse af erhvervshemmeligheder. Der følger heraf, at nuværende og tidligere medarbejdere er afskåret fra at benytte og viderebringe nuværende og tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder, og kan derfor ikke benytte særlige kendskab til den tidligere arbejdsgiveres interne forhold som en fordel i markedskonkurrencen imod den tidligere arbejdsgivers virksomhed.

 MFL’s bestemmelser må konkluderes ikke at udgøre direkte mobilitetsbegrænsninger, da begrænsningerne heraf udelukkende omhandler etablering af selvstændig konkurrerende virksomhed, som er i strid med god markedsføringsskik, samt viderebringelse og benyttelse af den tidligere arbejdsgiveres erhvervshemmeligheder. Konkurrenceklausuler fungerer derimod som en generel mobilitetsbegrænsning for medarbejderen, da denne ved indgåelse af en konkurrenceklausul forpligtiger sig til af afstå fra en given forretningsmæssig aktivitet, enten som selvstændig eller som ansat, og hvor denne aktivitet er bestem ud fra sin art.

 Det må sammenfattes, at hvis arbejdsgiveren ønsker beskyttelse mod medarbejderes konkurrencehandlinger, så yder MFL’s bestemmelser og loyalitetspligten kun beskyttelse i det omfang, der er tale om illoyale handlinger samt ved viderebringelse og udnyttelse af erhvervshemmeligheder. Arbejdsgiveren får derved ekstra beskyttelse ved benyttelse af konkurrenceklausuler, da der her er tale om generelt at afskære medarbejderen muligheder for konkurrencehandlinger som følge af etablering af, eller ansættelse i, konkurrerende virksomhed.

Ud fra de samspil, der er mellem de ikke-aftalte konkurrencebegrænsninger og konkurrenceklausulerne, må det konkluderes, at for arbejdsgivere, der ønsker et generelt forbud mod nuværende eller tidligere medarbejderes etablering af, eller ansættelse i, konkurrerende yder MFL’s bestemmelser ikke en tilstrækkelig begrænsning. Hvis derimod der er fokus på begrænsninger imod nuværende og tidligere medarbejderes illoyalekonkurrencehandlinger samt ubeføjede viderebringelse eller udnyttelse af arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder, yder MFL og loyalitetspligten en tilstrækkelig begrænsning. Det bør dog tilføjes, at en arbejdsgiver ved indgåelse af en konkurrenceklausul opnår den, i forhold til MFL og loyalitetspligten, yderligere begrænsning ved, i en sådan klausul at kunne fastsætte en konventionalbod. Konventionalboden sikrer arbejdsgiveren en sanktionsmulighed overfor nuværende og tidligere medarbejdere, i og med, at konventionalboden kan gøres gældende allerede ved konstatering af en overtrædelse af konkurrenceklausulen. Ved anvendelse af sanktionsmulighederne som følger af MFL må arbejdsgiveren for det første bevise, at en af lovens bestemmelser er overtrådt, og for det andet, at de almindelige betingelser for erstatning er opfyldt, hvilket kan være vanskeligt.

Flere fagbevægelser ønsker et generelt forbud mod benyttelse af konkurrenceklausuler. Set fra virksomhedernes syspunkt og det forhold, at mange virksomheder benytter mange ressourcer på at holde medarbejderne opdateret på deres viden i vores videnssamfund, er der reale grunde til, at nogle virksomheder har behov for at beskytte deres virksomheder mod konkurrencehandlinger fra nuværende og tidligere medarbejdere. En arbejdsgiver bør dog under alle omstændigheder vurdere, om den for ansættelsesforholdet gældende loyalitetspligt suppleret med MFL’s bestemmelser giver den fornødne begrænsning af nuværende og tidligere medarbejderes konkurrencehandlinger. Hvis dette ikke er tilfældet, så bør det tilstræbes at indgå en konkurrencebegrænsende aftale, da det må anerkendes, at virksomheder overfor nuværende og tidligere medarbejdere kan have et legitimt behov for at indskærpe fortrolighedsforpligtelser i forhold til nogle givne opgaver, en særligt opnået indsigt eller nogen specifikke typer af oplysninger.

# Litteraturliste

## Artikler/publikationer

Betænkning nr. 1457 (2005)

Folketingstidende (1963-64), tillæg B, spalte 262

Stamhus, Jørgen (11. oktober 2013). *Konkurrenceklausuler skader samfundsøkonomien.* Djøfbladet, s. 31-33

Stamhus, Jørgen, & Dahl, Michael (2013). *Økonomiske effekter af konkurrenceklausuler.* Aalborg Universitet.

Produktivitetskommissionen. (2013). *Konkurrence, Internationalisering og Regulering.* A

Analyserapport 2.

## Internetartikler

LO (5. december 2013). *Ophæv konkurrenceklausuler, de hæmmer væksten*. Hentet 30. april 2014 fra: http://www.lo.dk/Nyheder/Nyhedsarkiv/2013/12/Konkurrenceklausuler\_LRI.aspx

Iversen, Kenneth (17. januar 2005). *Konkurrenceklausuler - en nødvendighed i et videnssamfund*. Hentet 30. april 2014 fra Business.dk: www.business.dk/evb-archive/konkurrenceklausuler-en-noedvendighed-i-et-vidensamfund

## Retslitteratur

Andersen, S. Lars, m.fl. (2011). *Funktionærret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Court-Payen , Lene, m.fl. (2010). *Personalehåndbogen*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Jørgensen, H. Jeppe (2010). *Ansattes konkurrencehandlinger - loyalitetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19*. Thomas Reuters.

Langer, Morten (2010). *Konkurrence- og kundeklausuler*. Thomas Reuters.

Langer, Morten (2009). *Rekrutteringsbegrænsninger - herunder jobklausuler*. Thomas Reuters.

Paulsen, Jens (2009). *Arbejdsmarkeds Klausuler*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Ross, Alf (1971). *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Nyt Nordisk Forlag.

Wegener, Morten (2000). *Juridisk metode*. Jurist- og Økonomforbundets forlag.

## Domsliste

U1962.598S

U1977.559SH

U1978.321H

U1978.461H

U1980.717H

U1983.588SH

U1991.10H

U1991.378H

U1994.140Ø

U1996.36Ø

U1997.420H

U1997.1069H

U2006.1209H

U2006.2835Ø

U2008.611V

U2008.2435S

Østre Landsrets kendelse af 22. august 1997 (6. afd. Kære nr. B-1647-97)

Østre Landsrets kendelse af 21. december 2006

Sø- og Handelsrettens dom af 28. august 2002 (V-0016-00)

Sø- og Handelsrettens dom af 14. januar 2003 (V-52-00)

Sø- og Handelsrettens dom af 10. marts 2003 (V-31-99)

Sø- og Handelsrettens dom af 9. november 2005 (V-2-03)

Sø- og Handelsrettens dom af 18. november 2008 (V-12-04)

Sø- og Handelsrettens dom af 11. september 2009

Sø- og Handelsrettens dom af 19. januar 2010 (V-189-05)

1. de lege late dvs. som lov er [↑](#footnote-ref-1)
2. de lege ferende dvs. som lov bør være [↑](#footnote-ref-2)
3. Retskildeprincipperne fortæller noget om, hvilke faktorer der herved kommer i betragtning og om faktorernes indbyrdes vægtning (Wenger, 2000, s. 5). [↑](#footnote-ref-3)
4. Det følger af Lissabontraktatens artikel 49, at der er forbud mod restriktioner, som hindre statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig. Det følger endvidere af artikel 101, at der er forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, som hindre, begrænser eller fordrejer konkurrencen på det indre marked. [↑](#footnote-ref-4)