**Titelblad**

Specialets titel (Dansk):

”En arbejdsgivers konkurrencebeskyttelse”

- mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte

Specialets titel (Engelsk):

”An employer’s protection against competition”

- from employees and former employees

Studie:

Jura, 10. semester

Aalborg Universitet, Niels Jernes Vej 6a, 9220 Aalborg Øst

Forfatter:

Louise Brandt Rosenkilde

Fødselsdato 22. oktober 1988

Studie nr. 2008-3570

Vejleder:

Heidi Elisabeth Bang

Antal sider & anslag:

Sider: 92

Ord: 43.611

Afleveringsdato:

Onsdag d. 15. maj 2013

Underskrift

­­­­­­­­­­­­­­­­\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Indholdsfortegnelse**

[Kapitel 1 - Problemstilling 5](#_Toc356202981)

[1. Indledning 5](#_Toc356202982)

[2. Formålet med og opbygningen af specialet 5](#_Toc356202983)

[3. Afgrænsning 6](#_Toc356202984)

[4. Retskilder 8](#_Toc356202985)

[5. Juridisk metode 9](#_Toc356202986)

[6. Kildekritik 10](#_Toc356202987)

[Kapitel 2 – En arbejdsgivers ikke-aftalte 11](#_Toc356202988)

[konkurrencebeskyttelse 11](#_Toc356202989)

[1. Indledning 11](#_Toc356202990)

[2. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt 11](#_Toc356202991)

[2.1. Loyalitetspligten - Indhold 11](#_Toc356202992)

[2.2. Loyalitetspligtens tidsmæssige udstrækning 12](#_Toc356202993)

[2.3. Konkurrencehandlinger – generelt konkurrenceforbud 14](#_Toc356202994)

[2.4. Forberedelseshandlinger 16](#_Toc356202995)

[2.4.1. Forberedelseshandlinger ved ansættelse i konkurrerende virksomhed 17](#_Toc356202996)

[2.4.2. Forberedelseshandlinger ved etablering af selvstændig konkurrerende virksomhed 18](#_Toc356202997)

[2.5. Loyalitetspligten og sociale medier 20](#_Toc356202998)

[3. Markedsføringslovens § 1 – God markedsføringsskik 22](#_Toc356202999)

[3.1. Definition og indhold 22](#_Toc356203000)

[3.2. Anvendelse af MFL § 1 overfor ansatte/tidligere ansatte 23](#_Toc356203001)

[3.3. Anvendelse af MFL § 1 overfor den nye arbejdsgiver 27](#_Toc356203002)

[3.4. Skærpet bedømmelse af tidligere ansatte? 27](#_Toc356203003)

[3.5. Markedsføringslovens § 1 i praksis 28](#_Toc356203004)

[4. Markedsføringslovens § 19 – Erhvervshemmeligheder 31](#_Toc356203005)

[4.1. Definition og indhold 31](#_Toc356203006)

[4.1.1. MFL § 19, stk. 1 – Utilbørlig tilegnelse 34](#_Toc356203007)

[4.1.2. MFL § 19, stk. 3 – Personer med lovlig adgang 34](#_Toc356203008)

[4.1.3. MFL § 19, stk. 4 – Beskyttelse af tekniske tegninger m.v. 35](#_Toc356203009)

[4.1.4. MFL § 19, stk. 5 – Hæleribestemmelsen 36](#_Toc356203010)

[4.2. MFL § 19, stk. 2 – Ubeføjet viderebringelse eller benyttelse 37](#_Toc356203011)

[4.3. Anvendelse af MFL § 19, stk. 2 overfor ansatte/tidligere ansatte 38](#_Toc356203012)

[4.4. MFL § 19, stk. 2 og sociale medier 40](#_Toc356203013)

[5. Kollektivt anslag mod arbejdsgiveren 42](#_Toc356203014)

[5.1. Kollektivt anslag 42](#_Toc356203015)

[5.2. Er kollektivt anslag mod arbejdsgiveren i strid med loyalitetspligten? 43](#_Toc356203016)

[5.3. Er kollektivt anslag mod arbejdsgiveren i strid med MFL § 1? 43](#_Toc356203017)

[6. En arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser 46](#_Toc356203018)

[6.1. En arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser ved overtrædelse af den ansættelsesretlige loyalitetspligt 46](#_Toc356203019)

[6.2. Retsmidler og sanktionsmuligheder ved overtrædelse af MFL §§ 1 og 19 48](#_Toc356203020)

[6.2.1. MFL § 20 48](#_Toc356203021)

[6.2.2. Straf og påtale 51](#_Toc356203022)

[7. Opsamling på kapitel 2 52](#_Toc356203023)

[7.1. En arbejdsgivers beskyttelse mod konkurrencehandlinger under et ansættelsesforhold 52](#_Toc356203024)

[7.2. En arbejdsgivers beskyttelse mod konkurrencehandlinger efter et ansættelsesforholds ophør 53](#_Toc356203025)

[7.3. Bør en arbejdsgiver fremhæve eller indskærpe den ikke-aftalte konkurrencebeskyttelse i en loyalitetsklausul? 55](#_Toc356203026)

[Kapitel 3 – En arbejdsgivers aftalte konkurrencebeskyttelse 58](#_Toc356203027)

[1. Indledning 58](#_Toc356203028)

[1.1. Konkurrenceklausuler 58](#_Toc356203029)

[1.2. Kundeklausuler 58](#_Toc356203030)

[1.3. Indgåelse af en konkurrence- eller kundeklausul 59](#_Toc356203031)

[2. Konkurrenceklausuler 60](#_Toc356203032)

[2.1. Hvilken beskyttelse får en arbejdsgiver ved indgåelse af en konkurrenceklausul? 60](#_Toc356203033)

[2.2. Aftalelovens § 38 61](#_Toc356203034)

[2.2.1. Konkurrenceklausulens grænser – AFTL § 38, stk. 1 61](#_Toc356203035)

[2.2.2. Opsigelse – AFTL § 38, stk. 2 63](#_Toc356203036)

[2.3. Aftalelovens § 36 64](#_Toc356203037)

[2.4. Funktionærlovens § 18 65](#_Toc356203038)

[2.4.1. Definition og indhold 65](#_Toc356203039)

[2.4.2. Gyldighedsbetingelser – FUL § 18, stk. 1 67](#_Toc356203040)

[2.4.3. Opsigelsesadgangen – FUL § 18, stk. 2 69](#_Toc356203041)

[2.4.4. Modregningsadgang – FUL § 18, stk. 3 69](#_Toc356203042)

[2.5. Konkurrenceklausuler og sociale medier 70](#_Toc356203043)

[3. Kundeklausuler 71](#_Toc356203044)

[3.1. Hvilken beskyttelse får en arbejdsgiver ved indgåelse af en kundeklausul? 71](#_Toc356203045)

[3.2. Aftalelovens § 36 73](#_Toc356203046)

[3.3. Funktionærlovens § 18a 73](#_Toc356203047)

[3.3.1. Definition og indhold 73](#_Toc356203048)

[3.3.2. Gyldighedsbetingelser – FUL § 18a, stk. 1 og stk. 2 74](#_Toc356203049)

[3.3.3. Opsigelse – FUL § 18a, stk. 5 75](#_Toc356203050)

[3.4. Kundeklausuler og sociale medier 76](#_Toc356203051)

[4. En arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser 77](#_Toc356203052)

[4.1. Konventionalbod og erstatning 77](#_Toc356203053)

[4.2. Forbud 78](#_Toc356203054)

[5. Opsamling på kapitel 3 78](#_Toc356203055)

[5.1. En arbejdsgivers yderligere beskyttelse i en konkurrence- eller kundeklausul 78](#_Toc356203056)

[5.2. Konkurrence- eller kundeklausul – eller begge dele? 80](#_Toc356203057)

[Kapitel 4 - Konklusion 82](#_Toc356203058)

[1. Grænserne mellem den ansættelsesretlige loyalitetspligt og aftalt konkurrencebeskyttelse 82](#_Toc356203059)

[2. Grænserne mellem reglerne i markedsføringsloven og aftalt konkurrencebeskyttelse 83](#_Toc356203060)

[3. En arbejdsgivers konkurrencebeskyttelse og sociale medier 85](#_Toc356203061)

[Kapitel 5 – Perspektivering, English abstract & Litteraturliste 88](#_Toc356203062)

[1. Perspektivering 88](#_Toc356203063)

[2. English abstract 88](#_Toc356203064)

[3. Litteraturliste 89](#_Toc356203065)

[3.1. Bøger 89](#_Toc356203066)

[3.2. Artikler/publikationer 90](#_Toc356203067)

[3.3. Lovgivning 90](#_Toc356203068)

[3.4. Domme 91](#_Toc356203069)

[3.5. Hjemmesider 92](#_Toc356203070)

# Kapitel 1 - Problemstilling

1. Indledning

En arbejdsgiver har i dag, som følge af den stadigt stigende specialisering og tekniske udvikling, en stor interesse i at beskytte og sikre tekniske og kommercielle forspring, investerede ressourcer samt kundekreds og forretningsforbindelser.[[1]](#footnote-1)

Det danske samfund har gennem en årrække udviklet sig fra at være et industrisamfund til at være et videnssamfund, ligesom de fleste virksomheder i dag i høj grad er vidensbaserede. Dette betyder, at en virksomheds nøglemedarbejdere i mange tilfælde er en arbejdsgivers vigtigste ressource, ligesom disse medarbejdere ofte er drivkraften bag en virksomheds udvikling, vækst og kundekontakt. En virksomheds anvendelse af ressourcer på ansættelse af nøglemedarbejdere er derfor også i mange tilfælde en vigtig og sund investering. Når en virksomhed ansætter nøglemedarbejdere får disse imidlertid en viden om, og indsigt i, arbejdsgiverens interne forretningsmæssige forhold. Dette medfører, at sådanne nøglemedarbejdere kan være meget skadelige for en arbejdsgiver hvis de forlader virksomheden, og i stedet opstarter egen konkurrerende virksomhed eller tager ansættelse hos en konkurrent. Udviklingen fra industrisamfund til videnssamfund har betydet, at virksomheder i dag er blevet mere sårbare over for konkurrence udøvet af ansatte og tidligere ansatte. En arbejdsgiver har derfor en stor interesse i, at søge at sikre og beskytte sig bedst muligt mod konkurrencehandlinger, foretaget af ansatte eller tidligere ansatte med en særlig viden om, eller indsigt i, virksomhedens interne forhold. En beskyttelse mod konkurrencehandlinger udøvet af ansatte er, for en arbejdsgiver, relevant såvel under som efter et ansættelsesforholds ophør. Det er, med baggrund i ovenstående, fundet interessant at behandle hvordan en arbejdsgiver er beskyttet mod konkurrence fra ansatte, såvel under et ansættelsesforhold, som efter den ansattes fratræden.

Specialets problemformulering ser derfor ud som følger;

2. Formålet med og opbygningen af specialet

Det er målet med dette speciale, at give et grundigt og dækkende billede af hvordan en arbejdsgiver er beskyttet mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte. For at nå dette mål, vil specialet belyse den ikke-aftalte konkurrencebeskyttelse som en arbejdsgiver har i medfør af dels den ansættelsesretlige loyalitetspligt og dels reglerne i markedsføringsloven, især dennes §§ 1 og 19. Endvidere vil specialet, for at opnå en fyldestgørende besvarelse af den opstillede problemformulering, belyse hvilke muligheder en arbejdsgiver har for, med en ansat, i form af såkaldte konkurrence- og kundeklausuler, at aftale sig til konkurrencebeskyttelse.

For at give et grundigt og dækkende billede af en arbejdsgivers konkurrencebeskyttelse er det fundet behørigt, tillige at belyse de misligholdelsesbeføjelser en arbejdsgiver har, i de tilfælde hvor en ansat eller tidligere ansat overtræder grænserne for en ikke-aftalt eller en aftalt konkurrencebeskyttelse.

Endelig vil specialet behandle en arbejdsgivers, såvel ikke-aftalte som aftalte, konkurrencebeskyttelse i relation til ansattes eller tidligere ansattes anvendelse af sociale medier. Anvendelse af sociale medier i erhvervslivet er stigende, og det er derfor fundet interessant og relevant, at belyse hvordan en arbejdsgiver er beskyttet mod konkurrencehandlinger, som kommer til udtryk på sådanne medier.

Ved til sidst i specialet at sammenholde en arbejdsgivers ikke-aftalte konkurrencebeskyttelse med den aftalte konkurrencebeskyttelse, mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte, er det målet at vurdere, hvor grænserne mellem de to typer af beskyttelse går.

Specialet er på denne baggrund opbygget som følger;

3. Afgrænsning

For at sikre en grundig og dybdegående belysning af den opstillede problemformulering, har det været nødvendigt at afgrænse flere relevante problemstillinger.

Dette speciale omhandler alene en arbejdsgivers beskyttelse mod konkurrence fra *ansatte og tidligere ansatte*. Der afgrænses således over for konkurrence udøvet af andre aktører på markedet.

Foruden den ansættelsesretlige loyalitetspligt gælder der, for en ansat, også en tavshedspligt omkring en arbejdsgivers interne forhold, medmindre forholdende allerede er kommet til offentlighedens kendskab. Denne tavshedspligt vil ikke blive behandlet i specialet, da pligten kan siges at være en delmængde af den ansættelsesretlige loyalitetspligt. Hertil kommer, at tavshedspligten suppleres af bestemmelsen i MFL § 19, stk. 2 om misbrug af erhvervshemmeligheder, som vil blive behandlet dybdegående. Forskellen mellem tavshedspligten og den ansættelsesretlige loyalitetspligt ligger i, at tavshedspligten også er gældende efter et ansættelsesforholds ophør.[[2]](#footnote-2)

Grundet pladsmangel vil specialet ikke behandle problemstillingen vedrørende konkurrencehandlinger udført af en ansat som led i en bibeskæftigelse. Det må dog fastslås, at en ansat, så længe et ansættelsesforhold består, ikke berettiget, uden arbejdsgiverens tilladelse, kan udøve en konkurrerende bibeskæftigelse, da det vil være i strid med den ansættelsesretlige loyalitetspligt.

Der afgrænses i specialet over for eneretslovgivning. Dette sker på trods af, at eneretslovgivningen, især ophavsretsloven og varemærkeloven, ofte anvendes i samspil med markedsføringsloven, især i de såkaldte plagiat- og konceptefterligningssager. Afgrænsningen sker også her grundet pladsmangel.

I specialet vil alene MFL §§ 1 og 19, samt §§ 20 og 30 om retsmidler og straf, blive behandlet, og der afgrænses således over for de øvrige bestemmelser i loven. Denne afgræsning er fundet ansvarlig, da det uden sammenligning er MFL §§ 1 og 19, som har haft størst betydning i relation til ansatte og tidligere ansattes illoyale konkurrencehandlinger. Årsagen hertil skal formentlig findes i, at bestemmelserne er udtryk for nogle grundlæggende principper, nemlig pligten til at iagttage god markedsføringsskik samt pligten til ikke at videregive fortrolige oplysninger. Disse principper er særlig relevante i forhold til ansatte og tidligere ansatte som følge af et ansættelsesforholds særlige karakter.[[3]](#footnote-3) Eftersom dette speciale har til formål, at beskrive en arbejdsgivers beskyttelse mod konkurrencehandlinger foretaget af ansatte eller tidligere ansatte, findes det derfor relevant at rette fokus mod netop MFL §§ 1 og 19.

Der afgrænses i specialet over for jobklausuler, således at alene konkurrence- og kundeklausuler behandles. Ved jobklausuler forstås ifølge jobklausullovens § 2: *”Aftaler, som en arbejdsgiver indgår med andre virksomheder med henblik på at hindre eller begrænse en lønmodtagers muligheder for at opnå ansættelse i en anden virksomhed (virksomhedsklausuler), og aftaler, som en arbejdsgiver indgår med en medarbejder med henblik på at hindre eller begrænse andre lønmodtageres muligheder for at opnå ansættelse i en anden virksomhed (medarbejder- eller kollegaklausuler)”.* Der er ligeledes afgrænset over for andre typer af arbejdsmarkedsklausuler, såsom fastholdelsesklausuler, uddannelsesklausuler, royaltyklausuler samt optionsklausuler.

FUL §§ 18 og 18a vedrører begrænsninger i aftalefriheden ved en arbejdsgivers indgåelse af konkurrence- eller kundeklausuler med funktionærer. Da specialet ikke i øvrigt foretager en opdeling mellem funktionærer og andre ansatte, vil disse to bestemmelser ikke blive dybdegående behandlet.

4. Retskilder

Retskilder er samtlige faktorer, som øver indflydelse på de retsanvendende myndigheder ved valget af de regler, som anvendes ved afgørelsen af et konkret retsspørgsmål.[[4]](#footnote-4) Retskilder kan være såvel skrevne, i form af eksempelvis lovgivning, som uskrevne i form af almindelige retsgrundsætninger. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt, som behandles i specialet, er et eksempel på en uskreven ansættelsesretlig grundsætning.

Retskilder er inddelt i et såkaldt retskildehierarki. Øverst i dette hierarki ligger lovgivning, såvel skreven som uskreven, hvilket betyder, at lovgivningen er den primære retskilde og derfor altid skal tages i betragtning ved fastlæggelse af en retsstilling. Inden for lovgivning eksisterer også et hierarki, hvor reglerne har forskellig rang, således at en højere placeret regel fortrænger en lavere placeret, det såkaldte *lex superior-princip.[[5]](#footnote-5)* I dette hierarki står Grundloven øverst, efterfulgt af almindelige love og herefter af anordninger, bekendtgørelser, cirkulærer og vejledninger. Jeg har ved udarbejdelsen af dette speciale anvendt lovgivning i form af markedsføringsloven og funktionærloven samt forarbejderne til disse love. Endvidere har jeg anvendt aftaleloven og retsplejeloven.

Under lovgivning ligger, i retskildehierarkiet, retspraksis. Retspraksis er afgørelser truffet af Højesteret, landsretterne, byretterne eller af særdomstole. En dom kan danne præcedens for afgørelser i efterfølgende sager, og man taler i den forbindelse om dommes præjudikatsværdi. Ved anvendelse af retspraksis som retskilde er det et spørgsmål om, hvilken *præjudikatsværdi* man kan tillægge tidligere afsagte afgørelser vedrørende samme problemstilling. Det er sådan, at jo højere en domstol, jo højere præjudikatsværdi. Dette betyder, at Højesteretsdomme har høj præjudikatsværdi, mens byretsdomme omvendt har lav præjudikatsværdi. En dom kan, på trods af, at den ofte er begrundet i konkrete omstændigheder, have stor værdi som retskilde. Når en dom optræder som et præjudikat, drages der slutninger fra dommens stillingtagen til et retsspørgsmål, til andre efterfølgende afgørelser, hvilket betyder at dommen opfattes som et fortilfælde ud fra en forventning om, at ensartede sager vil blive afgjort ens.[[6]](#footnote-6) Jeg har ved udarbejdelsen af dette speciale bestræbt mig på at anvende retspraksis med højeste præjudikatsværdi, og kun i de tilfælde hvor dette ikke var muligt anvendt retspraksis med lavere præjudikatsværdi.

Retssædvaner, lovforarbejder, administrativ praksis, udtalelser fra folketingets ombudsmand, forholdets natur samt aftaler kan også anvendes som retskilder.

Har man i en konkret situation, i en retskilde, fundet en eller flere relevante regler, bliver det ofte nødvendigt at foretage en fortolkning. En fortolkning må foretages, for at afdække, hvilke betingelser eller kriterier som skal være opfyldt for at anvende en regel, også kaldet retsfakta, samt hvilke konsekvenser man kan udlede af en regels anvendelse, også kaldet retsfølgen. Der er i specialet foretaget en fortolkning af relevante regler, herunder MFL §§ 1 og 19, AFTL §§ 36 og 38, samt FUL §§ 18 og 18a. En fortolkning af bestemmelserne har hjulpet til at afdække såvel retsfakta, som retsfølge, således at det har været muligt at udlede hvilken beskyttelse mod konkurrence, fra ansatte og tidligere ansatte, en arbejdsgiver har i medfør af disse bestemmelser, samt hvilke begrænsninger bestemmelserne indeholder i en arbejdsgivers muligheder for aftalt konkurrencebeskyttelse.

Tilsammen udtrykker retskilde- og fortolkningsprincipperne, udfindelse, formulering og anvendelse af regler ved afgørelsen af konkrete retsspørgsmål. Denne proces omtales af Morten Wegener som en slags *retsanvendelsens metode*,[[7]](#footnote-7) almindeligt kendt som den *juridiske metode*.

5. Juridisk metode

Dette speciale vil primært have en teoretisk tilgang, hvor der tages udgangspunkt i lovgivning, almindelige retsgrundsætninger på området, retspraksis samt retslitteratur, for at give en fremstilling af retstilstanden.

Specialet er udarbejdet ved anvendelse af juridisk metode. Ved juridisk metode forstås den fremgangsmåde, som må følges, når der skal tages stilling til et konkret retligt problem. Grundstrukturen i den juridiske metode kan fremstilles som 1) valg af regel, 2) valg af fakta, og 3) valg af konklusion,[[8]](#footnote-8) hvor regel og faktum således udgør præmisserne for konklusionen.

I specialet er den juridiske analyse udarbejdet ved benyttelse af den *retsdogmatiske metode*. *Den dogmatiske retsvidenskab* er en af to hovedforgreninger inden for retsvidenskaben. Den dogmatiske retsvidenskab beskæftiger sig med reglerne, og ser det som sin opgave at fremstille gældende ret, og således fremstille ”loven som den er”. Den anden hovedforgrening inden for retsvidenskaben er *retssociologien*, som beskæftiger sig med samspillet mellem ret og samfund. Til retssociologien henregnes *retspolitikken*, som beskæftiger sig med fremsættelse af anbefalinger om den fremtidige indretning af lovgivningen, og altså hvordan ”loven bør være”.[[9]](#footnote-9)

Retsdogmatikken, som i dette speciale danner baggrund for den juridiske metode, har til formål at udlede gældende ret gennem en systematisering, beskrivelse, analyse og fortolkning af retskilderne. Det er ikke altid muligt at adskille disse handlinger, hvorfor de ofte vil flyde sammen. I specialet vil en sådan konkret adskillelse ej heller foretages. Metoden for dette speciale handler, på denne baggrund, om, ud fra nationale retskilder, at udlede gældende ret, med henblik på at undersøge, hvordan en arbejdsgiver er beskyttet mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte. I specialets andet kapitel er den ansættelsesretlige loyalitetspligt samt MFL §§ 1 og 19 anvendt som retskilder, med det formål, gennem en beskrivelse, en analyse og en fortolkning af reglerne, at afdække hvilken beskyttelse mod konkurrence, fra ansatte og tidligere ansatte, en arbejdsgiver opnår heri, og altså afdække arbejdsgiverens retsstilling ”som den er”. I specialets tredje kapitel er AFTL §§ 36 og 38 samt FUL §§ 18 og 18a anvendt som retskilder. Gennem en beskrivelse, analyse og fortolkning af reglerne, er det målet at afdække de begrænsninger som reglerne indeholder i en arbejdsgivers adgang til at indgå konkurrence- og kundeklausuler med sine ansatte, og således fremstille reglerne ”som de er”. Reglernes forarbejder, retspraksis samt retslitteratur på området vil, i sammenhæng med reglerne, tillige blive anvendt til at klarlægge en arbejdsgivers konkurrencebeskyttelse mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte.

6. Kildekritik

I specialet er, som kilder, anvendt dansk lovgivning, dansk retspraksis, retslitteratur, artikler samt hjemmesider. Følgende vil indeholde en validering af disse kilder.

Dansk lovgivning er udtryk for de politiske beslutninger, som træffes af det danske folketing. De danske love kan ikke kritiseres som invalide kilder, hvilket dog ikke udelukker at disse kan kritiseres politisk. Retspraksis skal man omvendt anvende med en vis forsigtighed. En dom er ikke et definitivt svar på en problemstilling, men kan anvendes til fortolkning af retsregler. Har en dom imidlertid høj præjudikatsværdi kan den have stor værdi som kilde, da den i et sådant tilfælde må antages at danne præcedens for afgørelser i efterfølgende sager, ud fra en forventning om at ligeartede sager skal behandles lige. Derfor må domme med en høj præjudikatsværdi også tillægges højere kildeværdi, end domme med lavere præjudikatsværdi.

Retslitteratur er ikke en retskilde, men et fortolkningsbidrag. De juridiske bøger som er anvendt i specialet er tillagt stor pålidelig. Dette skyldes, at bøgerne er henvendt til studerende og praktikere på det ansættelsesretlige område, hvorfor bøgernes emnebehandling er grundig og langt hen af vejen objektiv. Hertil kommer, at forfatterne til de juridiske bøger er fagmænd og eksperter på det ansættelsesretlige område, samt at bøgerne er udgivet af anerkendte forlag. Endelig er ingen af de anvendte bøger udgivet af foreninger eller organisationer, som søger at fremme bestemte holdninger eller interesser. Der er i specialet anvendt de nyeste udgaver af de juridiske bøger og disse er, på nær et par enkelte, alle udgivet i årene 2009-2012, hvilket sikrer bøgernes aktualitet.

De anvendte artikler kan kritiseres for deres subjektivitet, da flere af disse giver udtryk for forfatterens egen holdning til en given problemstilling. Artiklerne anvendt i dette speciale er dog alle skrevet af fagfolk indenfor det ansættelses- og arbejdsretlige område, hvilket betyder, at de er vejovervejede, og derfor kan anvendes som inspiration til diskussion af fagligt relevante problemstillinger. De anvendte hjemmesider er overvejende hjemmesider indeholdende de danske love og er derfor valide kilder. Hjemmesiden [www.karnovgroup.dk](http://www.karnovgroup.dk) indeholder en lovsamling med tilhørende noter. Disse noter, som er skrevet af fagspecialister, er ikke retskilder men retslitteratur. Det må dog antages at disse noter, som i mange tilfælde er uarbejdet på baggrund af retspraksis, er objektive og ikke giver udtryk for noteforfatterens egne holdninger, og derfor er pålidelige.

# Kapitel 2 – En arbejdsgivers ikke-aftalte

# konkurrencebeskyttelse

1. Indledning

Dette kapitel omhandler arbejdsgiverens almindelige, ikke-aftalte, beskyttelse mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte. Denne konkurrencebeskyttelse følger, under et ansættelsesforholds beståen, af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, som gælder uden nærmere aftale og udgør en relativ bred og vidtrækkende forpligtigelse for de ansatte. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt indeholder et generelt forbud mod konkurrencehandlinger, foretaget af ansatte, mod arbejdsgiveren. Arbejdsgiverens ikke-aftalte beskyttelse mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte følger endvidere, såvel under som efter ansættelsesforholdets beståen, af reglerne i markedsføringsloven, herunder særligt §§ 1 og 19. Konkurrencebeskyttelsen efter markedsføringsloven giver arbejdsgiveren en lovfæstet beskyttelse, dog således at denne kun beskytter mod ansattes og tidligere ansattes *illoyale* konkurrencehandlinger. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt indebærer således en mere vidtgående forpligtigelse for de ansatte end reglerne i markedsføringsloven. Derfor er det også som hovedregel først efter ansættelsesforholdets ophør, hvor en ansat ikke længere er bundet af den ansættelsesretlige loyalitetspligt overfor arbejdsgiveren, at reglerne i markedsføringsloven får en selvstændig betydning.

Kapitlet belyser dels den ansættelsesretlige loyalitetspligt, og den beskyttelse mod konkurrence som en arbejdsgiver har i medfør heraf, og dels den beskyttelse mod konkurrence en arbejdsgiver har som følge af reglerne i markedsføringslovens §§ 1 og 19. Kapitlet belyser endvidere arbejdsgiverens beskyttelse i den situation, hvor en kollektivitet af ansatte udøver konkurrence mod denne. Endelig belyses arbejdsgiverens misligholdelsesbeføjelser i tilfælde af en ansats eller tidligere ansats overtrædelse af den ansættelsesretlige loyalitetspligt eller reglerne i markedsføringsloven.

2. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt

2.1. Loyalitetspligten - Indhold

En arbejdsgiver er under et ansættelsesforholds bestående beskyttet mod ansattes konkurrencehandlinger i form af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, som er en uskreven ansættelsesretlig grundsætning. En arbejdsgiver har krav på, at en ansat så længe ansættelsesforholdet består, agerer loyalt og i overensstemmelse med arbejdsgiverens interesser. Loyalitetspligten består uden nærmere aftale mellem parterne, og udgør en vidtrækkende forpligtigelse, som sætter grænser for og forbyder en række forskelligartede typer af handlinger. Foruden egentlige konkurrencehandlinger omfatter loyalitetspligten eksempelvis tillige negativ omtale af virksomheden, dens produkter, ledelse eller kunder, vægring mod at efterkomme arbejdsgiverens retningslinjer eller instrukser samt handlinger, som kan skade virksomhedens omdømme i bred forstand.[[10]](#footnote-10)

Det er fundamentalt for et ansættelsesforhold, at en ansat loyalt medvirker til, at virksomheden klarer sig bedst muligt. Konkurrencehandlinger rettet mod arbejdsgiveren er derfor naturligt også i strid med loyalitetspligten. Dette gælder uanset om disse handlinger sker som led i udøvelse af selvstændig konkurrerende virksomhed, eller udføres som ansat i en konkurrerende virksomhed. Loyalitetspligten er derfor væsentlig, når man taler om en arbejdsgivers ikke-aftalte konkurrencebeskyttelse under et ansættelsesforholds beståen.

Den ansættelsesretlige loyalitetspligt er vidtrækkende og er, som nævnt, også videre end den ”loyalitetsforpligtigelse”, som anvendes til afdækning af området for markedsføringslovens regler. Det er derfor også vigtigt, at være påpasselig med at anvende ordet ”loyalitetspligt” i forbindelse med markedsføringsloven.[[11]](#footnote-11) Den markedsføringsretlige ”loyalitetspligt” knytter sig til generalklausulen i MFL § 1 om god markedsføringsskik. Udgangspunktet i denne bestemmelse er, at en ansat, som ikke har indgået en aftalt konkurrencebegrænsning, har ret til at udføre konkurrencehandlinger mod en tidligere arbejdsgiver forudsat, at den ansatte ikke, på urimelig eller utilbørlig måde, udnytter eller snylter på arbejdsgiverens markedsposition, oparbejdede knowhow eller kundekreds. Omvendt er udgangspunktet for den ansættelsesretlige loyalitetsforpligtigelse, at enhver konkurrencehandling er i strid med loyalitetspligten. Markedsføringsloven gælder også under et ansættelsesforhold, men vil her have en begrænset selvstændig betydning, netop fordi den ansættelsesretlige loyalitetspligt indebærer en videregående forpligtigelse for en ansat.[[12]](#footnote-12)

2.2. Loyalitetspligtens tidsmæssige udstrækning

Den ansættelsesretlige loyalitetspligt udspringer af, at der består et ansættelsesforhold, og er som hovedregel knyttet til arbejdsgiverens vederlagsforpligtigelse. Udgangspunktet er derfor også, at loyalitetspligten påhviler en ansat, så længe arbejdsgiveren har en forpligtigelse til at udbetale løn. Loyalitetspligtens udstrækning vil derfor som hovedregel kunne afgrænses til perioden under ansættelsen og i en opsigelsesperiode, herunder i en fritstillingsperiode.[[13]](#footnote-13)

Et ansættelsesforhold etableres dog i mange tilfælde forud for en ansats egentlige tiltræden hos arbejdsgiveren, og allerede på dette tidspunkt vil loyalitetspligten indtræde. Arbejdsgiveren må naturligvis acceptere, at den ansatte udfører sin hidtidige beskæftigelse i perioden frem til den faktiske tiltræden. Dette betyder, at en ansat kan være underlagt et dobbelt loyalitetskrav, og udfører den ansatte i en opsigelsesperiode arbejde for den hidtidige arbejdsgiver, og herved udviser en adfærd der, i forhold til den nye arbejdsgiver, udgør et brud på loyalitetspligten, kan den nye arbejdsgiver efter omstændighederne sanktionere denne adfærd. En sådan sanktion kan bestå i en advarsel, en opsigelse og i sjældne tilfælde en bortvisning. Ovenstående betyder, at loyalitetspligten ikke nødvendigvis følger arbejdsgiverens vederlagsforpligtigelse, da en ansats loyalitetspligt i mange tilfælde indtræder forinden arbejdsgiverens pligt til at udbetale løn. Loyalitetspligten vil formentlig have en mildere karakter forud for den faktiske tiltræden, men hvis en ansat åbenlyst overtræder denne pligt, over for den kommende arbejdsgiver, vil denne kunne sanktionere overtrædelsen.[[14]](#footnote-14)

Som nævnt ophører loyalitetspligten som udgangspunkt ved ansættelsesforholdets ophør og altså samtidig med arbejdsgiverens vederlagsforpligtigelse. I nogle tilfælde kan der dog være tale om, at en ansat, som følge af misligholdelse af et ansættelsesforhold, er blevet bortvist fra arbejdspladsen. Følger man i dette tilfælde udgangspunktet ophører loyalitetspligten på bortvisningstidspunktet, som følge af at arbejdsgiverens vederlagsforpligtigelse ophører. Det er i teorien diskuteret, hvorvidt det er rimeligt, at en ansat kan misligholde sig ud af sin loyalitetspligt, for derved f.eks. at udøve konkurrerende virksomhed dagen efter bortvisningen. Et argument for at fastholde udgangspunktet i alle situationer er, at da det er arbejdsgiverens beslutning at bortvise en ansat, er der herefter intet grundlag for eksistensen af en loyalitetspligt. Hertil kommer at arbejdsgiverens vederlagsforpligtigelse, som modvægt til loyalitetspligten, også ophører på dette tidspunkt. Problemstillingen vedrørende loyalitetspligtens udstrækning, knytter sig i høj grad til spørgsmålet om tidspunktet for en ansats faktiske fratræden. I praksis er denne problemstilling bl.a. berørt i forhold til at fastslå hvornår en konkurrenceklausul træder i kraft, i de tilfælde hvor en ansat har misligholdt, og altså hvorvidt klausulen træder i kraft på bortvisningstidspunktet eller først når den ansattes normale opsigelsesvarsel udløber. Særligt to domme er relevante i denne sammenhæng, nemlig U.1981.506SH (Uopsigelighedsperioden) og U.1973.319/2H (Opsigelsesvarslet). I U 1981.506SH (Uopsigelighedsperioden) var der mellem en direktør og en virksomhed aftalt en uopsigelighedsperiode på fire år samt en konkurrenceklausul. Direktøren ønskede at fratræde og opsagde sin stilling med et varsel på ca. 2 måneder. Direktøren blev herefter bortvist. Sø- og Handelsretten fandt, at uopsigelighedsperioden på fire år på urimelig vis begrænsede direktørens muligheder for at fratræde ansættelsesforholdet, men at det rimelige opsigelsesvarsel, som direktøren kunne have fratrådt efter, var væsentligt længere end det varsel på to måneder som direktøren rent faktisk gav. Direktøren fandtes derfor at have misligholdt ansættelsesforholdet. Sø- og Handelsretten udtalte, at direktøren stadig var bundet af konkurrenceklausulen, og selvom han reelt var fratrådt på et tidligere tidspunkt, skulle konkurrenceklausulen først gælde fra udløbet af direktørens afgivne opsigelsesvarsel. Dommen fastslår, at selvom direktøren var fratrådt før udløbet af opsigelsesvarslet, skulle konkurrenceklausulen først være gældende fra det tidspunkt, hvor direktøren skulle være fratrådt, og altså ikke allerede fra bortvisningstidspunktet, hvilket betød, at direktøren, indtil konkurrenceklausulen trådte i kraft, var bundet af loyalitetspligten. Dommen underbygger således den antagelse, at loyalitetspligten består i en stipuleret opsigelsesperiode, også selv om en ansat er fratrådt tidligere som følge af en bortvisning.

I U.1973.319/2H (Opsigelsesvarslet) fratrådte en ansat sin stilling. Fratrædelsen fandt sted d. 12. marts 1971 og skete ubegrundet og uden at iagttage det aftalte opsigelsesvarsel på et år. Den ansatte var omfattet af en konkurrenceklausul, der af Højesteret blev begrænset fra fire til et års varighed med baggrund i den dagældende funktionærlovs § 18. Højesteret fandt, at da den ansatte ensidigt og uden grund havde afbrudt ansættelsesforholdet, skulle dennes konkurrenceklausul være gældende et år fra det tidspunkt, hvor den ansatte lovligt kunne have bragt sin ansættelse til ophør, og altså fra d. 12. marts 1972. Dommen betyder, at da Højesteret pålagde den ansatte en konkurrencebegrænsning på i alt to år, i det konkurrenceklausulen først skulle være gældende fra d. 12. marts 1972, var den ansatte i den stipulerede opsigelsesperiode, fra marts 1971 til marts 1972, omfattet af sin almindelige loyalitetspligt.

På baggrund af U.1981.506SH (Uopsigelighedsperioden) og U.1973.319/2H (Opsigelsesvarslet) kan det konkluderes, at en ansat, i den situation hvor der er aftalt en konkurrenceklausul, og hvor ansættelsesforholdet ophører uden iagttagelse af det aftalte opsigelsesvarsel, skal stilles på samme vis, som hvis dette varsel var iagttaget. Lagde man det modsatte til grund, ville det medføre, at en ansat ville kunne handle frit i f.eks. et år efter fratrædelsesdagen, for så herefter at være bundet af en konkurrenceklausul, hvilket vil være et uhensigtsmæssigt resultat. Derfor antages det, at en ansat, trods en bortvisning, stadig vil være omfattet af loyalitetspligten i den stipulerede opsigelsesperiode, og først herefter være omfattet af konkurrenceklausulen.[[15]](#footnote-15)

Det er min vurdering, at udgangspunktet stadig er, at loyalitetspligten følger arbejdsgiverens vederlagsforpligtigelse og således ophører samtidig med ansættelsesforholdet. Skulle loyalitetspligten i alle tilfælde gælde i den stipulerede opsigelsesperiode kunne det i nogle situationer føre til et uhensigtsmæssigt resultat. Bliver en ansat eksempelvis bortvist fordi denne har stjålet fra arbejdsgiveren, vil der ikke være noget som taler for, at den ansatte skulle iagttage en loyalitetspligt i den stipulerede opsigelsesperiode efter bortvisningen. På den anden side kan noget tale for, at lade loyalitetspligten være gældende i den stipulerede opsigelsesperiode i de tilfælde, hvor en ansat bortvises som følge af konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren, og hvor den ansatte fortsætter disse handlinger i netop den stipulerede opsigelsesperiode. Dette begrundes i, at loyalitetspligten indeholder et generelt forbud mod konkurrencehandlinger, og at en ansat således ikke bør kunne opnå en bedre retsstilling ved groft at misligholde et ansættelsesforhold. Således bør der, i tilfælde af en ansats konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren, efter min vurdering, gælde en undtagelse til udgangspunktet om, at loyalitetspligten følger vederlagsforpligtigelsen. Der må naturligvis foretages en konkret vurdering i det enkelte tilfælde, herunder en vurdering af, hvad der ligger til grund for bortvisningen af en ansat, og hvorvidt denne er bundet af en konkurrenceklausul eller ej, da dette kan have betydning for hvorvidt loyalitetspligten skal være gældende i en stipuleret opsigelsesperiode. Det er dog vigtigt at fastholde, at retsstillingen er uafklaret i såvel teorien som i retspraksis, og man derfor må afvente domstolenes stillingtagen til problematikken.

2.3. Konkurrencehandlinger – generelt konkurrenceforbud

Den ansættelsesretlige loyalitetspligt indebærer et generelt forbud mod ansattes udøvelse af konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren. En arbejdsgiver er heller ikke forpligtiget til at acceptere, at en ansat, eller en kollektivitet af ansatte, reelt kun anvender et ansættelsesforhold til at finansiere eller lette start af egen konkurrerende virksomhed.[[16]](#footnote-16) Dette var tilfældet i U.1991.378H (Maltcentralen), hvor en virksomhed modtog opsigelser fra syv salgs- og servicemedarbejdere med forlænget opsigelsesvarsel til samtidig fratræden. Arbejdsgiveren bortviste de ansatte med øjeblikkelig virkning. Højesteret fandt, at de syv ansatte opsagde deres stillinger for at starte egen virksomhed, som skulle konkurrere med den tidligere arbejdsgiver. Højesteret fandt bortvisningerne berettigede, bl.a. på baggrund af, at uoverensstemmende forklaringer fra de syv ansatte, var med til at sandsynliggøre, at den forlængede opsigelsesperiode var blevet brugt til, og skulle bruges til, opstarten af deres nye konkurrerende virksomhed.

Ansattes konkurrencehandlinger kan eksempelvis være opstart af konkurrerende virksomhed, ansættelse eller bibeskæftigelse hos en konkurrent, uacceptable henvendelser til arbejdsgiverens kunder eller leverandører i forbindelse med forberedelse af konkurrerende virksomhed, forsøg på ”kapring” af arbejdsgiverens øvrige ansatte i samme øjemed, eller ubeføjet videregivelse af informationer til tredjemand om arbejdsgiverens forhold, hvorved der åbnes mulighed for at påføre denne konkurrence.

Et eksempel på en konkurrencehandling i strid med loyalitetspligten forelå i U.2008.2435S (Hesselholt Fisk), hvor en ansat bortvistes, på grund af tilsidesættelse af loyalitetspligten. I forbindelse med en opsigelse afleverede den ansatte sin arbejdscomputer til arbejdsgiveren, der i den følgende tid på denne modtog et antal mails, hvoraf det fremgik, at den ansatte med arbejdsgiverens samarbejdspartnere havde indgået aftaler om levering af fisk til et firma, som den ansatte havde oprettet i direkte konkurrence med arbejdsgiveren. Sø- og Handelsretten slog i præmisserne fast, at den ansatte, også efter opsigelsen, indtil fratræden havde en pligt til at optræde loyalt i forhold til arbejdsgiveren, og at *”den beskrevne adfærd findes at være en tilsidesættelse af denne pligt til at optræde loyalt i forhold til den fortsatte arbejdsgiver”*. Bortvisningen af den ansatte fandtes derfor berettiget. Et andet eksempel på en konkurrencehandling i strid med loyalitetspligten findes i U.1997.420H (Sønnen), hvor en opsagt og fritstillet ansat blev bortvist, da han i eget navn havde ladet sig importørregistrere for en af den tidligere arbejdsgivers udenlandske kunder. Den ansattes søn havde, umiddelbart efter opsigelsen af den ansatte, opstartet en, med arbejdsgiveren, konkurrerende virksomhed. Retten fandt det godtgjort, at den ansatte, forinden bortvisningen, havde medvirket til afbryde arbejdsgiverens forretningsforbindelse med henholdsvis en udenlandsk kunde og en amerikansk agent, med det formål at sønnen skulle overtage disse forretninger. Højesteret fandt, at denne handlemåde udgjorde en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, og at bortvisningen af den ansatte derfor var berettiget. Den ansatte blev endvidere fundet erstatningsansvarlig for arbejdsgiverens tab ved afbrydelsen af forretningsforbindelsen. Dommen viser, at konkurrencehandlinger mod en arbejdsgiver generelt er i strid med loyalitetspligten, uanset om handlingen udøves til fordel for den ansatte selv eller andre, i dette tilfælde en nærtstående.

Det beror naturligvis altid på en konkret vurdering, hvorvidt handlinger, angående anden virksomhed, udgør konkurrencehandlinger, og ligeledes hvorvidt en overtrædelse af loyalitetspligten er tilstrækkelig til at berettige arbejdsgiveren til at bortvise en ansat. Det er dog i retspraksis klart, at så længe en ansat modtager løn fra arbejdsgiveren, er denne afskåret fra at påbegynde selvstændig konkurrerende virksomhed. Et spørgsmål kan være, hvorvidt det forhold, at en ansat gennem en nærtstående driver konkurrerende virksomhed, berettiger arbejdsgiveren til at bortvise den ansatte. I U.1965.628H (Revisoren) var der tale om en revisor, hvor det af dennes ansættelseskontrakt fremgik, at han ikke måtte påtage sig lønnet eller ulønnet bibeskæftigelse, uden forud at have fået skriftlig tilladelse hertil. Revisoren havde tilladelse til at beskæftige sig med enkelte kunder. Efter ansættelse gennem 12 år konstaterede arbejdsgiveren, at revisoren i hele ansættelsesperioden havde påtaget sig revision og andre opgaver for små virksomheder gennem et af hustruen ejet selskab. Arbejdsgiveren bortviste som følge af konstateringen revisoren. Højesteret fandt bortvisningen berettiget. Dommen viser, at det er uden betydning, om den ansatte udøver den konkurrerende virksomhed selv eller via en nærtstående, hvis det konstateres, at det reelt er den ansatte, som står bag den konkurrerende virksomhed.

Hvorvidt en konkurrencehandling er væsentlig, og dermed berettiger bortvisning af en ansat, afhænger af, om handlingen skader, eller er egnet til at skade arbejdsgiveren. Det afgørende er således ikke om arbejdsgiveren rent faktisk påføres skade, men om handlingen er *egnet* til at påføre denne skade, og dermed potentielt er skadeforvoldende. Dette kriterium vil som hovedregel altid være opfyldt hvis en ansat, under et ansættelsesforhold, opstarter egen selvstændig konkurrerende virksomhed. Tager en ansat ansættelse i en konkurrerende virksomhed, fx i en fritstillingsperiode, vil dette som hovedregel tillige være en væsentlig konkurrencehandling, som vil berettige arbejdsgiveren til at bortvise den ansatte. I U.2012.1215H (Erico) arbejdede en sælger i en opsigelsesperiode for en konkurrent. Højesteret udtalte, at sælgeren herved groft havde tilsidesat sine forpligtigelser i ansættelsesforholdet. Bedømmelsen af hvorvidt ansættelse hos en konkurrent udgør en væsentlig misligholdelse af loyalitetspligten, og dermed berettiger en arbejdsgiver til at bortvise en ansat, vil bl.a. afhænge af karakteren og arten af ansættelsen, herunder om den ansatte besad en betroet stilling, sammenholdt med karakteren og arten af den nye stilling hos konkurrenten. Er der tale om, at en højt betroet ansat, i en opsigelsesperiode, hos en konkurrent indtager en stilling af væsentlig samme indhold, vil en bortvisning som hovedregel være berettiget. Er der derimod tale om en ansat i en lavt hierarkisk placeret stilling, fx en rengøringsassistent eller en kantineansat, vil det forhold, at denne, i en opsigelsesperiode, tager ansættelse hos en konkurrent næppe udgøre en væsentlig misligholdelse af loyalitetspligten. Dette hænger naturligt sammen med, at en ansat i en højere placeret stilling, ved ansættelse hos en konkurrent, vil kunne udføre handlinger, som vil kunne påføre arbejdsgiveren konkurrence, og derved er egnede til at skade dennes virksomhed, hvorimod det modsatte vil gøre sig gældende for en ansat i en lavere hierarkisk placeret stilling.

En høj stilling, en høj hierarkisk placering eller status af betroet vil også generelt være forhold til skade for en ansat i bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af loyalitetspligten. Foruden stilling og betroethed vejer en ansats anciennitet også i vurderingen af, hvornår der foreligger en overtrædelse af loyalitetspligten, dog således at en høj anciennitet normalt stiller større krav til grovheden af bruddet på loyalitetspligten.[[17]](#footnote-17) Et eksempel på dette sås i Afskedigelsesnævnets kendelse af 7. november 2008, sag 852/08 (Ancienniteten). Her var der tale om en servicemontør som havde 19 ½ års anciennitet. Servicemontøren blev bortvist af sin arbejdsgiver, efter at det blev kendt, at han havde stiftet et selskab med en af arbejdsgiverens leverandører, om udvikling og salg af et konkurrerende produkt. Opmanden fandt, henset til at servicemontøren var helt uden ledelsesbeføjelser og at denne havde en meget høj anciennitet, ikke, at stiftelsen af selskabet udgjorde en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet. Bortvisningen var således ikke berettiget. Af kendelsen fremgår tillige, at det forhold, at servicemontøren var uden ledelsesbeføjelser, og indtog en lavere hierarkisk placeret, og ikke-betroet, stilling, har haft betydning for at bortvisningen ikke fandtes berettiget.

Er en konkurrencehandling under et ansættelsesforhold ikke tilstrækkelig til at berettige arbejdsgiveren til at bortvise, er det muligt, at handlingen i stedet berettiger til en saglig opsigelse af den ansatte, som har udført denne handling.[[18]](#footnote-18)

2.4. Forberedelseshandlinger

En ansat har i en opsigelsesperiode ret til, på forskellig vis, at forberede konkurrerende virksomhed, uanset om denne vil finde sted som ansat eller som selvstændig. Dette gælder uanset om en ansat er fritstillet eller ej. Man kan sige, at retten til at udøve konkurrerende forberedelseshandlinger er en slags undtagelse til loyalitetspligtens generelle forbud mod konkurrencehandlinger. Interessekonflikten ligger her i en ansats loyalitetspligt i forhold til arbejdsgiveren, over for den ansattes interesse i at forberede sit fremtidige virke.[[19]](#footnote-19) Man skelner i teorien mellem tilladelige forberedende handlinger og ikke-tilladelige konkurrerende aktiviteter, men grænserne er flydende.

2.4.1. Forberedelseshandlinger ved ansættelse i konkurrerende virksomhed

De forberedende handlinger, som en arbejdsgiver må acceptere ved en ansats ansættelse i en konkurrerende virksomhed, er eksempelvis dialog om fremtidig ansættelse, indgåelse af ny ansættelsesaftale, offentliggørelse af CV i jobsøgningsportaler og på sociale netværkstjenester, brug af headhunter mm. Grænserne er dog flydende mellem på den ene side tilladelige oplysninger om en ansat selv og dennes opnåede resultater, og på den anden side oplysninger om den hidtidige arbejdsgivers interne forhold, som ikke er offentligt tilgængelige. Grænserne er ligeledes flydende mellem på den ene side de tilfælde hvor en ansat, forinden ansættelse i den nye konkurrerende virksomhed, deltager i samtaler og interviews, og de tilfælde hvor en ansat, når den nye ansættelse er en realitet, deltager i samtaler og møder med repræsentanter for den nye virksomhed. Det er derfor også vigtigt, at en ansat er påpasselig med hvor langt denne går i drøftelserne med den nye konkurrerende arbejdsgiver, da den ansatte nemt kan komme til at gå længere end nødvendigt og rimeligt.[[20]](#footnote-20) Efter at en ansættelse i en ny konkurrerende virksomhed er en realitet, vil den nye arbejdsgivers offentliggørelse af denne nyansættelse, på eksempelvis en hjemmeside eller i et dagblad, ikke udgøre en overtrædelse af loyalitetspligten, såfremt den ansatte ikke aktivt medvirker til denne offentliggørelse.[[21]](#footnote-21) Et eksempel på en sådan aktiv medvirken i strid med loyalitetspligten forelå i U.2012.825 Ø (Bankchefen), hvor en chef, A, for Carnegie Banks private bankingafdeling, var blevet opsagt fra sin stilling d. 14. august 2009. Det var i en af parterne indgået fratrædelsesaftale bestemt, at A ikke kunne tiltræde en stilling i en konkurrerende virksomhed før den 1. marts 2010. Den 26. januar 2010 udsendte EFG Bank en pressemeddelelse, hvoraf det fremgik, at banken ville etablere en ny enhed i marts 2010, og at A skulle være direktør herfor. Samme dag blev der på internettet bragt en artikel om denne etablering og ansættelsen af A. I artiklen var A angivet som kontaktperson. Den 27. januar bragte BT et interview med A, hvori denne bl.a. udtalte sig om den rådgivning som EFG Bank ville yde. Samme dag blev A bortvist af Carnegie Bank med den begrundelse, at A havde handlet groft illoyalt. Østre Landsret udtalte: *”A, der i pressemeddelelsen af 26. januar 2010 - hvis indhold han ifølge sin egen forklaring i al væsentlighed forinden offentliggørelsen telefonisk fik oplæst - var angivet som kontaktperson, hvilket A burde have været bekendt med, findes efter indholdet og karakteren af sine udtalelser bragt i Berlingske Tidende, Business, den 27. januar 2010* ***aktivt at have markedsført og reklameret for EFG Bank AB og sin nye position i bankens nye danske filial*** (min fremhævning)*”*. Under henvisning til A's tidligere stilling i Carnegie Bank sammenholdt med den stilling, som A tiltrådte i EFG Bank, fandt retten, at A, ved sin aktive medvirken til offentliggørelsen af ansættelsen, havde handlet i strid med sin loyalitetspligt i forhold til Carnegie Bank på en sådan måde, og i et sådant omfang, at denne i hvert fald var *egnet* til at påføre Carnegie Bank væsentlig skade. Med baggrund heri fandt retten, at bortvisningen af A var berettiget.

Det er selvfølgelig altid en overtrædelse af loyalitetspligten, hvis en ansat udfører arbejdsopgaver for den nye konkurrerende arbejdsgiver. Dette gælder hvad enten den ansatte er i uopsagt stilling hos den oprindelige arbejdsgiver eller der er tale om en opsigelsesperiode, med eller uden fritstilling.

2.4.2. Forberedelseshandlinger ved etablering af selvstændig konkurrerende virksomhed

De forberedelseshandlinger, som en arbejdsgiver må acceptere, når en ansat påtænker at etablere selvstændig konkurrerende virksomhed er eksempelvis indgåelse og indretning af lejemål, oparbejdelse af varelager, oprettelse af selskab, oprettelse af telekommunikationslinjer samt indkøb af kontorinventar. En ansat må også forberede en hjemmeside og anden annoncering, men dette må naturligvis ikke gøres tilgængeligt for offentligheden før ansættelsesforholdets ophør, da en offentliggørelse vil indebære en potentiel aktuel skadevirkning på arbejdsgiverens virksomhed, og derfor er i strid med loyalitetspligten.[[22]](#footnote-22)

Principielt uacceptabelt er omvendt henvendelse til arbejdsgiverens leverandører eller forretningsforbindelser med henblik på at overtage repræsentationen, henvendelse til og møder med arbejdsgiverens kunder med samme formål, oplysning til arbejdsgiverens kunder inden fratræden om etablering af egen konkurrerende virksomhed, oplysning om arbejdsgiverens interne forhold, kunderelationer, ordrer og lignende til en kommende arbejdsgiver samt brud på tavshedspligten jf. også MFL § 19, stk. 2. Det vil også være i strid med loyalitetspligten, at forsøge at påvirke andre af arbejdsgiverens ansatte til at følge med over i den nye virksomhed.[[23]](#footnote-23)

Et eksempel på ikke-tilladelige forberedelseshandlinger, ved etablering af selvstændig konkurrerende virksomhed, forelå i Østre Landsrets dom af 11. april 2008 (Telecom). I denne sag blev en salgschef bortvist for at have startet konkurrerende virksomhed under ansættelsen. Salgschefen havde i januar 2006 stiftet to selskaber inden for samme forretningsområde som arbejdsgiveren, og havde i februar 2006 undersøgt om andre ansatte hos arbejdsgiveren ville følge med ham over i den nyetablerede virksomhed, hvilket fem ansatte gjorde. Salgschefen havde oprettet mobiltelefoner, og havde d. 22. februar 2006 indgået lejekontrakt for den nye virksomhed. Salgschefen blev med virkning fra d. 23. februar 2006 suspenderet og havde selv i februar opsagt sin stilling til fratræden ved udgangen af marts 2006. Den 1. marts blev salgschefen bortvist med den begrundelse, at han havde søgt at hverve arbejdsgiverens sælgere med henblik på opstart af egen konkurrerende virksomhed, samt at de af salgschefen to stiftede selskaber, med slagschefen som direktør, havde rettet henvendelse til arbejdsgiverens kunder. Det blev lagt til grund, at salgschefen og de fem ”kaprede” ansatte i slutningen af februar 2006 rettede henvendelse til en lang række af arbejdsgiverens kunder og kundeemner. Bortvisningen af slagschefen blev i byretten anset for berettiget, og salgschefen gjorde ikke for Landsretten gældende at bortvisningen var uberettiget.

U.1996.1486V (Plastskabe) er omvendt et eksempel på en tilladelig forberedelseshandling. Her havde en ansat, F, forpligtiget sig til ikke at påtage sig hverv uden for tjenesten uden særskilt aftale med arbejdsgiveren herom. F havde i september 1993 mundtligt, og skriftligt d. 30. september, anmodet virksomhedens bestyrelse om tilladelse til, for egen regning og i sin fritid, at sælge plastskabe. F havde d. 19. september 1993 anmeldt sin virksomhed til registrering, og registreringen blev offentliggjort d. 6. oktober 1993. Virksomhedens revisor blev opmærksom herpå, og arbejdsgiveren indkaldte herefter F til et møde d. 13. oktober 1993, hvorunder F blev bortvist med øjeblikkelig virkning. Vestre Landsret udtalte: *”Efter bevisførelsen må det lægges til grund, at F uden at orientere indstævnte dels anmeldte sin virksomhed … til handelsregistret og dels lod den momsregistrere.* ***Der foreligger ikke konkrete oplysninger om, at virksomheden faktisk var påbegyndt ved bortvisningen****,* ***og der er heller ikke påvist nogen konkret skadevirkning for indstævnte*** (min fremhævning)***.*** *Da F endvidere havde orienteret om sit ønske om at starte selvstændig virksomhed og skriftligt anmodet om tilladelse hertil, findes bortvisningen uden forudgående advarsel på grund af det udviste forhold ikke at have været berettiget”.* Dommen viser, at oprettelse og registrering af en konkurrerende virksomhed er en tilladelig forberedelseshandling, så længe den konkurrerende virksomhed ikke påbegyndes mens den pågældende stadig er ansat hos arbejdsgiveren, og så længe handlingen ikke har en aktuel skadevirkning på arbejdsgiverens virksomhed, hvilket omvendt var tilfældet i Telecom-dommen. Det samme fremgår af U.1997.1069H (Salgskontoret), hvor en ansats indretning af salgskontor med telefon, kopimaskine mm., udarbejdelse af logo og anskaffelse af salgskufferter, ikke fandtes at indebære en krænkelse af den ansattes loyalitetspligt.

Et spørgsmål i forbindelse med forberedelseshandlinger ved etablering af selvstændig konkurrerende virksomhed kan være, hvorvidt det forhold, at interessen og arbejdsindsatsen fra en ansats side, i forhold til arbejdsgiverens virksomhed, daler i forbindelse med tilladelige forberedelseshandlinger, berettiger arbejdsgiveren til erstatning for det tab han herved lider. Problemstilling var fremme i U.2005.2703H (Hairmix), hvor en sælger i 1997 blev ansat hos en virksomhed, Hairmix, der solgte eksklusive hårprodukter til frisører. Sælgeren blev i januar 1999 forfremmet til salgschef, idet han fortsat skulle være sælger. I 2000 lå han i sit distrikt over det budgetterede salgstal. I 2001 var der budgetteret med en ca. 13 % højere omsætning end i 2000, men i det første halvår lå salgschefens salgstal væsentligt under det budgetterede, mens arbejdsgiveren selv og en anden ansat havde holdt deres budget. Den 29. juni 2001 opsagde salgschefen, sammen med en anden ansat, sin stilling hos Hairmix med fratræden d. 31. juli 2001. Den 1. august 2001 startede han og den anden ansatte i fællesskab en ny virksomhed i konkurrence med den tidligere arbejdsgiver. Arbejdsgiveren anlagde erstatningssag mod slagschefen, idet han gjorde gældende, at slagschefen allerede i foråret 2001 havde planlagt at starte konkurrerende virksomhed, og at dette var gået ud over hans arbejde for Hairmix. Salgschefen gjorde gældende, at han ikke havde planlagt at starte egen virksomhed, før han var fratrådt hos Hairmix, og at hans lavere salgstal ikke havde haft noget at gøre med hans planer om at starte egen virksomhed. Sø- og Handelsretten fandt, at salgschefen bl.a. ved *”ikke loyalt at søge at skaffe Hairmix kunder eller sælge Hairmix' produkter til de allerede eksisterende”* havde handlet i strid med markedsføringsloven, og pålagde ham at betale en erstatning til arbejdsgiveren på 250.000 kr. Højesteret fandt, at Hairmix ikke havde *”godtgjort at have lidt et tab som følge af handlinger fra (salgschefens) side, der måtte stride mod hans loyalitetspligt over for firmaet under hans ansættelse”*. Højesteret frifandt på denne baggrund salgschefen. Dommen betyder, at i de tilfælde, modsat denne afgørelse, hvor det kan dokumenteres, at en arbejdsgiver har lidt et tab, ved en ansats dalende interesse og arbejdsindsats, i forbindelse med dennes forberedelse af egen konkurrerende virksomhed, kan arbejdsgiveren kræve erstatning for dette tab. Dette betyder også, at en ansats forberedelseshandlinger ikke må have indvirkning på dennes arbejdsindsats, da det i så fald vil stride mod loyalitetspligten. Højesteret fandt jo netop i denne afgørelse, at den ansattes handlinger stred mod loyalitetspligten, men fordi at Hairmix ikke kunne dokumentere at have havde lidt et tab, kunne firmaet ikke få erstatning.

Vurderingen af hvorvidt loyalitetspligten er overtrådt beror på en helhedsbedømmelse af de foretagne forberedelseshandlinger. Det væsentligste kriterium i praksis er de forberedende handlingers skadevirkning, hvilket også fremgår af Vestre Landsrets præmisser i U.1996.1486V (Plastskabe). En ansat kan derfor udføre forberedende konkurrencehandlinger, selvom disse måtte have en potentiel skadevirkning på arbejdsgiveren derved, at de bevirker, at den ansatte er klar til, straks efter ansættelsesforholdets og loyalitetspligtens ophør, at påføre arbejdsgiveren konkurrence, forudsat at den ansatte ikke herved krænker reglerne i markedsføringsloven. Omvendt kan en ansat ikke udføre forberedelseshandlinger, som har en potentiel *aktuel* skadevirkning på arbejdsgiverens virksomhed, som f.eks. påbegyndelse af konkurrerende virksomhed, annoncering, påvirkning af arbejdsgiverens kunder[[24]](#footnote-24) eller forretningsforbindelser eller dalende interesse og arbejdsindsats.

2.5. Loyalitetspligten og sociale medier

I forbindelse med at sociale medier som Facebook og LinkedIn, bliver mere og mere udbredte, ses det, at ansatte i stigende grad udnytter netværk skabt herigennem til at forberede og markedsføre ny konkurrerende virksomhed under et ansættelsesforhold.[[25]](#footnote-25) Dette giver såvel de ansatte som arbejdsgiveren nye juridiske udfordringer. Når man taler om en ansats brud på loyalitetspligten via sociale medier, vil det oftest være i form af udtalelser på disse. Det kan f.eks. være udtalelser, hvor en ansat giver udtryk for utilfredshed med arbejdsgiveren, men det kan også være reelle konkurrencehandlinger mod denne i form af udtalelser, hvor en ansat, evt. i en opsigelsesperiode, reklamerer for sin fremtidige konkurrerende arbejdsgiver eller sin fremtidige selvstændige konkurrerende virksomhed. Sådanne udtalelser kan være skadelige for en arbejdsgiver. Dette gælder særligt i de tilfælde, hvor en ansat, på et socialt medie, er ”venner” med mange af arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, idet disse, ved sådanne udtalelser, kan foranlediges til at følge efter den ansatte over til dennes nye arbejdsgiver eller nyopstartede virksomhed. Der er derfor heller ikke tvivl om, at en ansats reklame for konkurrerende virksomhed er en konkurrencehandling. Spørgsmålet er, hvornår udtalelser eller oplæg på et socialt medie, som er egentlige konkurrencehandlinger, er i strid med loyalitetspligten.

Sociale medier er semi-offentlige rum forstået på den måde, at graden af offentlighed ofte afhænger af brugerne selv. Anvender en ansat derfor et socialt medie til at informere om, og udbrede kendskabet til, en ny konkurrerende virksomhed, afhænger bedømmelsen af hvorvidt loyalitetspligten er overtrådt af, hvorvidt det var påregneligt for den ansatte, at de pågældende informationer ville nå ud over den rent private sfære og derved nå andre aktører i markedet[[26]](#footnote-26), f.eks. arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, i strid med arbejdsgiverens interesser. Er en udtalelse på et socialt medie, hvor en ansat eksempelvis reklamerer for sin fremtidige konkurrerende arbejdsgiver, rettet til en privat kreds af personer, med hvilke den ansatte har et personligt forhold, taler dette for, at der ikke er sket et brud på loyalitetspligten. En sådan udtalelse må ligestilles med en lukket meddelelse, hvor grænserne for det tilladelige er større.[[27]](#footnote-27) Er udtalelsen omvendt henvendt til en bredere kreds af personer, som ikke har samme personlige forhold til den ansatte, må den betragtes som offentlig tilgængelig og således, i langt de fleste tilfælde, udgøre et brud på loyalitetspligten.[[28]](#footnote-28) Det må således vurderes, hvorvidt der er tale om en såkaldt ”åben” profil, hvortil enhver har adgang, og hvor udtalelser derfor må anses som offentligt tilgængelige, eller om der er tale om en ”lukket” profil, hvortil alene profilindehaverens ”venner” har adgang, og hvor udgangspunktet derfor er, at udtalelser ikke er offentligt tilgængelige. Udgangspunktet om at udtalelser på en ”lukket” profil ikke er offentligt tilgængelige, og således ikke udgør en overtrædelse af loyalitetspligten, må dog modificeres i de tilfælde, hvor en ansat, på et socialt medie er ”venner” med arbejdsgiverens kunder, forretningsforbindelser eller andre relevante aktører i markedet. Dette skyldes, at det i et sådant tilfælde, vil være påregneligt for den ansatte, at reklame for en konkurrerende virksomhed, i form af en udtalelse eller et oplæg på et socialt medie, vil nå ud over den rent private sfære.

Det må på denne baggrund konkluderes, at når det skal vurderes, hvorvidt en ansats udtalelse på et socialt medie er et brud på loyalitetspligten, indgår det i vurderingen, hvorvidt der er tale om en ”lukket” eller ”åben” profil, udtalelsens karakter og hvem modtagerne heraf er. Retstillingen er således ikke klar på området, men afhænger i høj grad af de konkrete omstændigheder. Det er dog åbenbart, at i de tilfælde hvor en ansat på helt ukritisk vis accepterer alle ”venne”-anmodninger fra arbejdsgiverens kunder og andre forretningsforbindelser, vil der ikke være tale om et privat forum, selv om den ansattes profil i realiteten er en såkaldt ”lukket” profil. Dette vil for den ansatte betyde, at reklame for konkurrerende virksomhed på det sociale medie vil være en konkurrencehandling i strid med loyalitetspligten.

I dag er det langt fra alle virksomheder, som har en nedskreven personalepolitik vedrørende ansattes brug af sociale medier. Det må antages, at domstolene i en konkret sag vil tillægge det vægt, at der i en personalepolitik er udstukket klare retningslinjer for de ansattes anvendelse af sociale medier. Dette vil alt andet lige lette en arbejdsgivers adgang til at anvende ansættelsesretlige sanktioner, som opsigelse eller bortvisning, ved en ansats overtrædelse.[[29]](#footnote-29) Det kan derfor også kun anbefales, at en arbejdsgiver udarbejder en klar politik på området. En problemstilling som ofte er uberørt relaterer sig til ansattes forpligtigelser overfor arbejdsgiveren i relation til sletning af forretningsforbindelser på sociale medier. Især det sociale medie LinkedIn anvendes i erhvervsmæssige sammenhænge, hvor ansatte gennem mediet skaber et netværk til kollegaer og nuværende eller kommende forretningsforbindelser. I forbindelse med en ansats fratræden, kan der i de tilfælde, hvor den ansatte gennem ansættelsesforholdet, på et socialt medie, er blevet ”venner” med virksomhedens forretningsforbindelser, være forhold som både den ansatte og arbejdsgiveren skal overveje. Dette skyldes, at en ansat, såfremt intet andet aftales mellem parterne, efter fratrædelsen stadig vil være ”venner” med arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, hvilket giver den ansatte mulighed for at opretholde kontakten til disse, ligesom den ansatte har mulighed for, at tage oplysningerne om disse kunder og forretningsforbindelser med til en konkurrent.[[30]](#footnote-30) Problemstillingen omkring kunder eller forretningsforbindelser kan for arbejdsgiveren løses ved indgåelse af en kundeklausul med den pågældende ansatte. En sådan klausul vil hindre en ansat i at have erhvervsmæssig kontakt, herunder på et socialt medie, med kunder eller forretningsforbindelser som denne hos arbejdsgiven havde forretningsmæssig forbindelse med. Kundeklausuler vil blive behandlet i specialets kapitel 3, afsnit 3. Har arbejdsgiveren imidlertid ikke indgået en sådan klausul med en ansat er spørgsmålet, hvem der så reelt ”ejer” dennes forretningsrelaterede ”venskaber” på de sociale medier, og hvem der således reelt har retten til disse efter den ansattes fratræden. Denne problemstilling berøres uddybende, i relation til en arbejdsgivers erhvervshemmeligheder jf. MFL § 19, stk. 2, i dette kapitels afsnit 4.1.2.1.

3. Markedsføringslovens § 1 – God markedsføringsskik

3.1. Definition og indhold

Markedsføringsloven fastsætter minimumsstandarderne for virksomheders markedsadfærd.[[31]](#footnote-31)

En arbejdsgiver er, såvel under et ansættelsesforhold som efter dets ophør, beskyttet af MFL § 1 om god markedsføringsskik, mod ansattes og tidligere ansattes *illoyale* konkurrencehandlinger.

Det er i det danske samfund et grundlæggende princip, at enhver har ret til at udøve og etablere et hvilket som helst erhverv. Foruden den frie og lige erhvervsadgang er det endvidere et princip i dansk ret, at der kan ske fri udnyttelse af viden og ideer. Visse midler i konkurrencen er imidlertid af en sådan art at de enten af hensyn til aftagerne eller konkurrenterne, ikke kan accepteres ud fra en samfundsmæssig synsvinkel. For at varetage disse hensyn har lovgiver opstillet et princip om god markedsføringsskik i MFL § 1. MFL § 1 benævnes i almindelighed ”generalklausulen”, og er placeret som lovens første bestemmelse for at understrege dens betydning og karakter af lovens overordnede adfærdsnorm. MFL § 1 sætter således de ydre rammer for lovens virkefelt, nemlig at alle handlinger foretaget i erhvervsøjemed, skal være i overensstemmelse med god markedsføringsskik.[[32]](#footnote-32) Bestemmelsen fastlægger således minimumsbetingelserne for acceptabel adfærd.[[33]](#footnote-33) Lovbekendtgørelse nr. 58 af 20. januar 2012 om markedsføring § 1, stk. 1 har følgende ordlyd:

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

I henhold til lovens forarbejder var hensigten med MFL § 1 at skabe en hjemmel til at gribe ind over for konkurrencehandlinger, der efter en almindelig opfattelse, var i strid med redelig handlemåde, og på den måde komme illoyale konkurrencehandlinger til livs.[[34]](#footnote-34) Det er klart, at i de tilfælde hvor et gerningsindhold i en af lovens specialbestemmelser ikke er realiseret, må der ske frifindelse både civilretligt og strafferetligt. Generalklausulens betydning i forhold hertil er, at opfange sådanne aktiviteter, der, selvom de ikke indebærer en overtrædelse af en specialbestemmelse, konkret indeholder en adfærd, der må karakteriseres som værende i strid med god markedsføringsskik, og som derfor bør forbydes. I overensstemmelse med markedsføringslovens opbygning er handlinger, som falder uden for en strafbelagt specialbestemmelses gerningsindhold, som sådan retmæssige. Det som kan angribes efter MFL § 1 er derfor de konkrete omstændigheder, hvorunder en handling udføres.[[35]](#footnote-35)

MFL § 1’s beskyttelsessubjekter er forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. Beskyttelsessubjektet i forhold til ansattes og tidligere ansattes konkurrencehandlinger er arbejdsgiveren, i dennes egenskab af at være erhvervsdrivende.[[36]](#footnote-36) Beskyttelsesinteressen er som udgangspunkt en virksomheds etablerede markedsposition. Denne må gerne angribes, men det skal være med tilladelige midler. Markeds- og goodwillsnyltning, utilbørlig markedsfortrængning, tilegnelse af forretningskendetegn, misrekommandering og udnyttelse af forretningshemmeligheder er typiske eksempler på en adfærd overfor konkurrenter, der anses som illoyal. Uønskværdig markedsadfærd mellem konkurrenter på markedet er knyttet til et krav om culpøs optræden. Dette betyder også, at hovedreglen for at bringe MFL § 1 i anvendelse er, at der skal foreligge forsæt til den retsstridige handling, hvorimod skadeshensigt ikke er et krav.[[37]](#footnote-37)

Begrebet god markedsføringsskik giver i sig selv ikke meget vejledning, og begrebet er hverken entydigt eller stationært, men udtrykker et grundlæggende krav om, at virksomheder i deres konkurrencehandlinger skal behandle modparterne og deres produkter på en tilbørlig og loyal måde.[[38]](#footnote-38)

3.2. Anvendelse af MFL § 1 overfor ansatte/tidligere ansatte

Det er vigtigt at fastslå, at markedsføringslovens bestemmelser er præceptive, hvilket betyder, at de beskytter en arbejdsgiver, uanset om det fremgår af en ansættelsesaftale eller ej. I den markedsføringsretlige teori har anvendelsesområdet for MFL § 1 været knyttet til et ”loyalitetsbegreb”. I forhold til ansatte bør der dog, som tidligere nævnt, udvises påpasselighed med at anvende begrebet loyalitet til området for MFL § 1. Det ansættelsesretlige loyalitetsbegreb under et ansættelsesforhold indebærer en meget vidtgående forpligtigelse til at handle i overensstemmelse med arbejdsgiverens interesser, og rækker således videre end bestemmelsen i MFL § 1. Efter et ansættelsesforholds ophør, er en ansat derimod ikke længere bundet af den ansættelsesretlige loyalitetspligt overfor arbejdsgiveren, og derfor får MFL § 1 en selvstændig betydning.[[39]](#footnote-39)

Udgangspunktet er, at en ansat efter et ansættelsesforholds ophør har ret til at tiltræde en ansættelse i en, i forhold til den tidligere arbejdsgiver, konkurrerende virksomhed, når denne ikke har sikret sig herimod ved en aftalt konkurrenceklausul, ligesom en ansat har ret til at etablere egen selvstændig konkurrerende virksomhed. En ansat har imidlertid en viden om den hidtidige arbejdsgivers virksomhed, og vil derfor, ved en illoyal udnyttelse heraf, kunne udøve en langt mere intensiv konkurrence end den som den hidtidige arbejdsgiver må tåle fra udefrakommende personer uden kendskab til virksomheden. MFL § 1 beskytter således som en ”naturlig konkurrencebeskyttelse” den hidtidige arbejdsgiver mod illoyal konkurrence ved en ansats udnyttelse af en sådan viden.[[40]](#footnote-40)

MFL § 1 finder efter sin ordlyd anvendelse på erhvervsdrivende. Begrebet *erhvervsdrivende* skal efter forarbejderne og retspraksis forstås bredt, og dækker handlinger foretaget i erhvervsøjemed af såvel juridiske som fysiske personer. MFL § 1 finder således anvendelse på tidligere ansatte, som etablerer egen selvstændig konkurrerende virksomhed eller bliver ansat i en konkurrerende virksomhed forudsat, at den ansatte i denne optræder som *erhvervsdrivende*. En ansat, som efter fratræden etablerer egen selvstændig konkurrerende virksomhed i selskabsform, i form af en personlig drevet virksomhed eller indgår i en virksomhed som ene- eller hovedaktionær, er uden tvivl omfattet af anvendelsesområdet for MFL § 1. Tilsvarende gælder for en tidligere ansat, som bliver tilknyttet en eksisterende konkurrerende virksomhed som selvstændig rådgiver, leverandør, konsulent, agent eller lignende, forudsat at den pågældende ikke indgår i et ansættelsesforhold med denne virksomhed.[[41]](#footnote-41)

Er der tale om personer, som indgår et nyt ansættelsesforhold i en konkurrerende virksomhed og besidder en vis, men ikke fuldstændig kontrol og indflydelse i denne virksomhed, er retsstilling mere tvivlsom. Der er i nyere teori en vis støtte for at anse handlinger foretaget af en ansat, som ikke besidder fuldt ejerskab eller kontrol, men dog besidder væsentlig kontrol eller væsentlig indflydelse i en konkurrerende virksomhed, for omfattet af MFL § 1’s anvendelsesområde. Rationalet bag denne antagelse er, at en tidligere ansat i et sådant tilfælde i højere grad må anses for at agere som *erhvervsdrivende*. Det vanskelige er imidlertid, at fastslå hvor meget der kræves i ejerandel eller kontrol og indflydelse i den konkurrerende virksomhed, for at en tidligere ansat kan anses for *erhvervsdrivende* frem for almindelig ansat. Det er klart at en ubetydelig ejerandel næppe vil være tilstrækkelig, og omvendt kan det næppe heller kræves, at ejerandelen er på over 50 %. Bedømmelsen må derfor bero på en konkret helhedsvurdering baseret på elementer af ejerandele, indflydelse og kontrol, med fokus på om disse elementer er væsentlige.[[42]](#footnote-42)

MFL § 1’s anvendelsesområde er heller ikke klart defineret, når der er tale om, at en tidligere ansat tager ansættelse i en anden virksomhed, og herfra udøver konkurrencehandlinger mod den tidligere arbejdsgiver. Ifølge Jeppe Høyer Jørgensen bør der i disse tilfælde sondres mellem de forskellige typer af ansættelse og den pågældendes indflydelse samt kontrol over den ansættende konkurrerende virksomhed. En ansættelse som almindelig lønmodtager i en anden virksomhed uden hverken bestyrelsesmedlemsskab, ejerinteresser eller anden form for væsentlig kontrol eller indflydelse, vil således næppe være omfattet af MFL § 1.[[43]](#footnote-43) Dette konkluderes med baggrund i, at udførelse af arbejde for en arbejdsgiver i et ansættelsesforhold vanskeligt kan anses for *erhvervsvirksomhed*, og at en almindelig ansat som hovedregel ikke anses for *erhvervsdrivende*. Det konkluderede gælder formentlig uden tvivl, hvad angår lavere hierarkisk placerede ansatte, men gælder formentlig tillige ledere og andre højere hierarkisk placerede ansatte. Er der derfor tale om en almindelig ansættelse i en konkurrerende virksomhed, vil handlinger foretaget af en ansat i strid med god markedsføringsskik som hovedregel ikke forpligte denne personligt.

Højesteret har ved to domme af 26. januar 2012 taget stilling til MFL § 1’s rækkevidde når der er tale om tidligere ansatte. I U.2012.1215H (Erico) fandtes en ansat erstatningsansvarlig over for sin arbejdsgiver for grov tilsidesættelse af sine ansættelsesretlige forpligtelser. Den ansatte havde i december 2004 opsagt sin stilling som sælger i virksomheden Erico til udgangen af januar. Højesteret fandt det bevist, at den ansatte, mens han var sygemeldt i januar 2005, havde arbejdet for Erico’s konkurrent Walraven med udarbejdelse af et tilbud til Erico’s daværende kunde. Den ansatte, som havde direkte kontakt med kunden, rådgav bl.a. Walraven om, hvilke produkter der var interessante for denne kunde. Den 1. februar 2005 blev den pågældende ansat hos Walraven, og i marts 2005 skiftede den omtalte kunde leverandør fra Erico til Walraven. Højesteret slog i dommens præmisser fast, at den ansatte ”*groft tilsidesatte sine forpligtelser i ansættelsesforholdet til loyal varetagelse af ERICO's interesser, herunder forpligtelsen til at undlade handlinger, der kunne påføre ERICO konkurrence og skade ERICO's virksomhed”.* Højesteret fandt det dog ikke godtgjort, at den ansatte i forbindelse hermed havde videregivet erhvervshemmeligheder jf. MFL § 19, stk. 2. Højesteret fandt, at Walraven efter MFL § 1 tillige handlede ansvarspådragende over for Erico, ved at gøre brug af den ansattes bistand i forbindelse med tilbudsafgivelsen og forhandlingerne med kunden, da Walraven måtte have indset, at den ansatte herved tilsidesatte sine forpligtelser over for dennes hidtidige arbejdsgiver. Af Højesterets præmisser fremgik endelig: ”***A var i januar 2005 ansat og ikke erhvervsdrivende og kan derfor ikke anses for selvstændigt at have overtrådt***[***markedsføringslovens § 1***](http://jura.karnovgroup.dk/document/rel/LBKG201258_P1?versid=37-1-1998)(min fremhævning)”. Dommen bidrager således til en afdækning af anvendelsesområdet for MFL § 1 ved at slå fast, at en ansat ikke selvstændigt kan overtræde bestemmelsen. Da både den ansatte og konkurrenten havde handlet ansvarspådragende, hæftede de solidarisk for erstatningen af det tab, som Erico herved havde lidt. Erstatningen blev fastsat til 300.000 kr. Da den ansatte havde handlet ansvarspådragende ved at tilsidesætte sine forpligtelser i ansættelsesforholdet, tog Højesteret ikke stilling til, hvorvidt en ansat efter omstændighederne kan ifalde erstatningsansvar for medvirken til overtrædelse af MFL § 1. Dette er således ikke udelukket, men vi må afvente retspraksis på området. Efter min vurdering, vil det ikke kunne udelukkes, at der efter omstæn­dighederne vil kunne statueres et ansvarsgrundlag for en ansats medvirken til overtrædelse af MFL § 1, såfremt der ikke findes et andet ansvarsgrundlag. Under et ansættelsesforhold, vil en ansats ansvarsgrundlag, ved medvirken til den nye arbejdsgivers illoyale konkurrencehandlinger, udgøres af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, ligesom det også er tilfældet i Erico-dommen. Er der derimod tale om, at en ansat efter fratræden medvirker til den nye arbejdsgivers overtrædelse af MFL § 1 er ansvarsgrundlaget et andet. Kan det, modsat Erico-dommen, fastslås at en ansat har videregivet erhvervshemmeligheder til den nye arbejdsgiver vil ansvarsgrundlaget for den ansatte blive MFL § 19, stk. 2, frem for medvirken til overtrædelse af MFL § 1. Er der derimod ikke tale om videregivelse af erhvervshemmeligheder, og har den ansatte fratrådt sin stilling, kan der eventuelt statueres et ansvarsgrundlag for medvirken til den nye arbejdsgivers overtrædelse af MFL § 1. Vi må dog som nævnt afvente domstolenes stillingtagen til spørgsmålet.

U.2012.1206H (Ejendomsadministrationsselskabet) omhandlede to ansatte, som i slutningen af 2005 skiftede ansættelse fra et ejendomsadministrationsselskab, A, til et andet, B. Kort tid herefter opsagde fire boligforeninger den administrationsaftale, som de havde med A, og indgik i stedet en aftale med B. A krævede herefter erstatning fra de ansatte for det tab, selskabet havde lidt, ved at de fire boligforeninger havde opsagt deres administrationsaftaler. A anførte, at de ansatte havde gjort brug af A's erhvervshemmeligheder, og dermed handlet i strid med god markedsføringsskik. Højesteret vurderede, at det bevismæssigt måtte lægges til grund, at de fire boligforeningerne selv havde taget initiativ til at skifte ejendomsadministrator, idet de over en længere periode var utilfredse med A. Foreningerne havde selv henvendt sig til de ansatte og ikke omvendt. Det var herudover ikke bevist, at de ansattes eventuelle anvendelse af A's formularer havde fremskyndet administratorskiftet. Højesteret konkluderede herefter, at det ikke var blevet godtgjort, at A havde lidt et tab som følge af de ansattes handlinger og de blev herefter frifundet for kravet om erstatning. Det interessante i denne sag, var dog Sø- og Handelsrettens præmisser, hvori retten på spørgsmålet om MFL § 1’s anvendelse på de to ansatte udtalte: ”*Det bemærkes, at* ***markedsføringslovens § 1 ikke finder anvendelse på handlinger udført af almindelige arbejdstagere, men alene gælder for erhvervsdrivende*** (min fremhævning)*”.* På dette grundlag frifandt Sø- og Handelsretten de to tidligere ansatte. Sø- og Handelsrettens afgørelse medvirker derfor ligeledes til at fastlægge MFL § 1’s rækkevidde for ansatte og tidligere ansatte, og slår som U.2012.1215H (Erico) fast, at MFL § 1 ikke finder selvstændigt anvendelse på handlinger foretaget af tidligere ansatte under deres ansættelse i en konkurrerende virksomhed.

For så vidt angår direktør- og andre lederposter i en konkurrerende virksomhed, er retsstillingen mere usikker. Den foreliggende praksis på området tyder på, at de pågældende anses for ansatte frem for erhvervsdrivende, og derfor falder uden for anvendelsesområdet i MFL § 1, hvilket også fremgår af U.2012.1206H (Ejendomsadministrationsselskabet), hvor en tidligere markedschef, som blev ansat som administrerende direktør i en konkurrerende virksomhed, ikke af Sø- og Handelsretten blev anset for *erhvervsdrivende* i MFL § 1’s forstand. Retspraksis er dog ikke helt entydig på området.[[44]](#footnote-44) I Østre Landsrets kendelse af 18. marts 1999 (Denwire) blev overtrædelse MFL § 1 påberåbt overfor tre tidligere ansatte. De var ansat i et selskab, som beskæftigede sig med indkøb af stålwirer og tilbehør fra leverandører og producenter med videresalg som formål. MFL § 1 blev påberåbt i forbindelse med de tre tidligere ansattes ansættelse hos den nye arbejdsgiver, som var deres tidligere arbejdsgivers væsentligste leverandør. Retten fandt det dog ikke sandsynliggjort, at MFL § 1 var overtrådt, da de tre ansatte hverken havde handlet illoyalt eller utilbørligt. Det er dog værd at bemærke, at det ikke under sagen, fra de ansattes side, blev gjort gældende, at MFL § 1 ikke kunne finde anvendelse, som følge af at de blot var almindeligt ansatte i den nye virksomhed, hvilket kan have haft betydning for, at Østre Landsret valgte at tage stilling til påstanden. Efter Højesterets to nyeste domme på området fra 2012, må det dog antages at disse, på grund af deres aktualitet og forrang, fastsætter gældende retspraksis, således at alene erhvervsdrivende, og ikke almindeligt ansatte, er omfattet af MFL § 1.

Begrebet *erhvervsdrivende* i MFL § 1 er som tidligere nævnt et relativt bredt begreb. I visse tilfælde vil det derfor også være muligt at sidestille ansatte, som besidder en reel direktør- eller lederstatus med arbejdsgiveren, og dermed som en *erhvervsdrivende* omfattet af MFL § 1. Der gælder inden for den ansættelsesretlige teori en formodning om, at medlemmer af direktionen i en virksomhed, der er anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, falder uden for lønmodtagerbegrebet begrundet i, at disse ikke er underlagt arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse. Det beror naturligvis på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde, om et sådan registreret direktionsmedlem falder inden for eller uden for begrebet *erhvervsdrivende* i MFL § 1’s forstand. Udgangspunktet må være, at personer, der indgår i et ansættelsesforhold, herunder også direktører og andre direktionsmedlemmer, må anses for ansatte og ikke *erhvervsdrivende* i relation til MFL § 1 jf. også U.2012.1206H (Ejendomsadministrationsselskabet), men uden at det selvfølgelig udelukkes, at direktør- eller lederstatus i konkrete tilfælde kan berettige at sidestille eller identificere med en sådan status i virksomheden.[[45]](#footnote-45) Ligeledes kan ansatte, som tillige ejer en andel af den nye ansættende virksomhed, som f.eks. aktionær, indtage en så dominerende indflydelse og kontrol over virksomheden, at disse af denne grund må anses for omfattet af MFL § 1 og dennes forbud mod illoyal konkurrence mod den tidligere arbejdsgiver.

3.3. Anvendelse af MFL § 1 overfor den nye arbejdsgiver

En arbejdsgiver må normalt gå ud fra, at en ansat overholder de principper og regler som gælder for loyal markedsadfærd. Den nye arbejdsgiver vil som hovedregel være omfattet af MFL § 1 og må vurderes selvstændigt på sine handlinger eller undladelser. Dette betyder, at hvis den nye arbejdsgiver udnytter en ansats illoyale konkurrencehandlinger, eller aktivt opfordrer den ansatte til at foretage illoyale konkurrencehandlinger, vil den nye arbejdsgiver gøre sig skyldig i overtrædelse af god markedsføringsskik jf. MFL § 1.[[46]](#footnote-46) Dette fremgår også af U.2012.1215H (Erico), hvor det fandtes godtgjort, at den nye arbejdsgiver aktivt havde brugt de oplysninger som den ansatte forsynede ham med, bl.a. til at fremsætte tilbud til den tidligere arbejdsgivers kunde. Oplysningerne fra den ansatte om denne kunde, satte den nye arbejdsgiver i stand til, at fremsætte et konkurrencedygtigt tilbud hurtigere, end det ellers kunne være fremsat. Højesteret fandt det derfor godtgjort, at den nye arbejdsgiver havde opnået et uberettiget forspring i konkurrencen ved at udnytte disse oplysninger, og derfor havde handlet i strid med god markedsføringsskik jf. MFL § 1, og derved handlet ansvarspådragende.

Der er i teori og praksis en vis tilbøjelighed til, at anse den nye arbejdsgiver for ansvarlig eller medansvarlig for illoyale konkurrencehandlinger foretaget af en ansat rettet mod dennes tidligere arbejdsgiver. Dette synspunkt støttes af, at de illoyale konkurrencehandlinger foretages i den nye arbejdsgivers tjeneste og inden for dennes kontrolsfære, og selvfølgelig af det faktum, at den nye arbejdsgiver har mulighed for fortjeneste af disse handlinger.[[47]](#footnote-47)

Dette betyder, at den nye arbejdsgiver hæfter enten selvstændigt eller solidarisk med en ansat over for den tidligere arbejdsgiver, for den ansattes handlinger, i de tilfælde hvor arbejdsgiveren enten har udnyttet den ansattes viden om den tidligere arbejdsgivers virksomhed eller kunder, eller aktivt har tilskyndet eller opfordret den ansatte til at foretage illoyale konkurrencehandlinger.

3.4. Skærpet bedømmelse af tidligere ansatte?

Anvendelse af MFL § 1 på tidligere ansattes konkurrencehandlinger hviler på en afvejning af, på den ene side beskyttelsen af en arbejdsgivers investeringer og markedsposition, over for på den anden side hensynet til ansattes frie etableringsret og ret til fri og lige konkurrence. MFL § 1 er møntet på erhvervsforhold og samarbejdsforhold generelt, men er også gennem mangeårig praksis anvendt på ansattes og tidligere ansattes konkurrencehandlinger. Netop anvendelsen af MFL § 1 på tidligere ansatte rejser spørgsmålet om, hvorvidt disse er underlagt en skærpet bedømmelse i forhold til andre erhvervsdrivende.

Et ansættelsesforhold adskiller sig fra andre samarbejdsforhold ved den vedvarende og eksklusive karakter af aftaleforholdet, hvor en ansat i mange tilfælde opnår en indgående adgang til og indsigt i arbejdsgiverens interne forhold, som af den ansatte kan udnyttes og misbruges til at tilføje arbejdsgiveren skade ved efterfølgende illoyale konkurrencehandlinger. Denne adgang til og indsigt i arbejdsgiverens forhold, fører i den markedsretlige teori til en relativt fast hovedregel om, at ansatte og samarbejdspartnere, som har opnået denne indgående og betroede indsigt i arbejdsgiverens interne forhold, er underlagt en skærpet bedømmelse, samt en pligt til ikke at udnytte denne indsigt til illoyale konkurrencehandlinger eller misbrug af fordele opnået herved.[[48]](#footnote-48)

Denne skærpede bedømmelse hænger godt sammen med det faktum, at markedsføringsloven traditionelt har haft stor betydning som arbejdsgiverens eneste ikke-aftalebaserede værn mod tidligere ansattes handlinger i strid med god markedsføringsskik.

3.5. Markedsføringslovens § 1 i praksis

Generalklausulen i MFL § 1 anvendes til at beskytte erhvervsdrivende mod illoyal konkurrence, herunder mod krænkelse af en virksomheds rettigheder til navn, design, erhvervshemmeligheder etc., i det omfang disse ikke er beskyttet af anden lovgivning.[[49]](#footnote-49) Bestemmelsen benyttes tillige til at beskytte virksomheder mod nedsættende omtale og renomésnylteri fra deres konkurrenters side.[[50]](#footnote-50)

I relation til konkurrencehandlinger, foretaget af ansatte og tidligere ansatte, er MFL § 1 i retspraksis ofte blevet anvendt på tidligere ansattes henvendelser til deres tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsforbindelser i konkurrenceøjemed. Sagerne hviler på det generelle princip om fri konkurrence og etableringsret for tidligere ansatte, herunder at en tidligere ansat, som ikke er omfattet af en konkurrenceklausul, efter fratræden er fri til at markedsføre konkurrerende produkter og ydelser, så længe markedsføringen er baseret på en generel bearbejdning af markedet. En generel markedsbearbejdning indebærer ret til markedsføring overfor en bredere, udefineret kreds af kunder og forretningsforbindelser, også selvom den tidligere arbejdsgivers kunder og forretningsforbindelser måtte være omfattet af denne kreds.[[51]](#footnote-51) Domstolene har i flere afgørelser forsøgt at afgrænse hensynet til fri konkurrence over for hensynet til beskyttelse af arbejdsgiverens oparbejdede kundekreds og forretningsforbindelser i relation til MFL § 1. Spørgsmålet var bl.a. fremme i Østre Landsrets dom af 11. april 2008 (Telecom), hvor en salgschef i en virksomhed blev bortvist for at have startet konkurrerende virksomhed under ansættelsen. Det blev lagt til grund at den ansatte havde rettet henvendelse til en lang række af virksomhedens kunder, med henblik på overtagelse af disse, og at disse kundehenvendelser var baseret på ikke-almindeligt kendte oplysninger og at handlingerne derfor indebar en overtrædelse af såvel MFL § 1 som § 19. Spørgsmålet var ligeledes fremme i Sø- og Handelsrettens dom af 14. januar 2003 (Tagdækkeren), hvor en ansat i en virksomhed opsagde sin stilling og samme dag i et dagblad annoncerede en konkurrerende tagdækkervirksomhed. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at den ansatte under ansættelsen deltog i kalkulationer, salg og tilbudsgivning, og under direktørens sygdom stod for den daglige drift. I opsigelsesperioden havde den ansatte sendt cirkulæreskrivelser ud til nogle af arbejdsgiverens erhvervskunder om, at han påbegyndte egen virksomhed. Endvidere afgav han til andre kunder tilbud på samme arbejde som arbejdsgiveren havde afgivet tilbud på, og som den ansatte bevidst, og i strid med arbejdsgiverens ønske, ikke havde ladet udføre inden for det tidsrum, som kunderne forventede, endog samtidig med at han afskedigede tre øvrige ansatte. Den ansatte fandtes på denne baggrund at have handlet i strid med god markedsføringsskik jf. MFL § 1. Af dommene følger, at der foreligger en krænkelse af MFL § 1 i de tilfælde, hvor en ansat eller tidligere ansat som led i konkurrerende virksomhed, retter direkte og selektive eller systematiske henvendelser til den tidligere arbejdsgivers oparbejdede kreds af kunder og forretningsforbindelser, med henblik på at overtage disse, eller i øvrigt påvirke forholdet mellem disse og den tidligere arbejdsgiver, til egen fordel. Markedsføring i form af generelle henvendelser til en større, udefineret kreds af kunder, og altså en almindelig bearbejdning af markedet, er derimod ikke en overtrædelse af MFL § 1. I de tilfælde, hvor sådanne henvendelser er baseret på erhvervshemmeligheder i form af fx kundelister/-kartoteker, pris- og rabatoplysninger m.m. vil dette dog kunne være i strid med MFL § 19, stk. 2.

MFL § 1 er også ofte blevet anvendt i tilfælde, hvor en tidligere ansat har misbrugt erhvervshemmeligheder, andre interne oplysninger eller indsigt i den tidligere arbejdsgivers interne forhold til at kopiere eller plagiere et produkt, med henblik på at opnå et uberettiget tidsforspring i konkurrencen. En tidligere ansat kan frit drive konkurrerende virksomhed og markedsføre produkter og ydelser, der opfylder samme behov som den tidligere arbejdsgivers produkter og ydelser, og dermed fratage denne markedsandele. Det retsstridige i en produktefterligningssag består i, at en tidligere ansat gennem en uretmæssig konkurrence og markedsfortrængning, markedsfører produkter som er identiske eller som minimum forvekslelige med den tidligere arbejdsgivers, og at disse produkter er udviklet gennem en udnyttelse af arbejdsgiverens investeringer, indsatser og markedsposition.[[52]](#footnote-52) Derudover kræves det normalt, at produktet har et beskyttelsesværdigt særpræg. I Sø- og Handelsrettens dom af 13. december 2004 (Efterligningssagen) havde en agent i 16 år forhandlet produkter for en virksomhed som producerede og solgte en serie af møbelplejemidler. Agenten begyndte efter samarbejdets ophør at designe etiketter til en ny møbelplejeserie, og forhandlede efterfølgende denne serie i Danmark. Både virksomhedens og den tidligere agents produkter blev solgt i identiske flasker, produkterne havde samme farve, solgtes i samme kvanta og i samme type emballage. Sø- og Handelsretten bemærkede bl.a.: ”*Retten finder, at der er en* ***betydelig lighed – som må være tilstræbt*** (min fremhævning) *– mellem de enkelte produkter og deres navne og mellem serierne som helhed, og at (Agenten) ved sin handlemåde retsstridigt og på illoyal måde har tilegnet sig (virksomheden)’s kundekreds med henblik på fortrængning af (virksomheden)’s ganske tilsvarende produkter. Der er tale om et nicheprodukt, som der kun er plads til én af i en forretning. (Agenten) har derfor overtrådt markedsføringslovens § 1 …”*. Dommen er et tydeligt eksempel på en produktefterligningssag, hvor en tilstræbt efterligning, og som følge heraf, en illoyal markedsfortrængning, er i strid med MFL § 1. Produktefterligningssagerne er sager, som dommen også illustrer, hvor tidligere ansattes betroede indsigt i arbejdsgiverens interne forhold spiller en væsentlig rolle. I disse sager er der derfor grundlag for at sondre mellem ansattes status og kvalifikationer, herunder deres grad af betroethed og indsigt i arbejdsgiverens interne forhold. Det vil derfor indgå som et skærpende element, hvis en efterligning udøves af en højt betroet ansat eller en ansat med en særlig indgående indsigt i arbejdsgiverens produkter. En ansat med en mindre grad af indsigt i de forhold, som betinger efterligningen vil omvendt ikke blive underlagt samme restriktive vurdering. I Sø- og Handelsrettens dom af 13. december 2004 (Efterligningssagen), bemærkede fogedretten bl.a. i sammenhæng hermed, at det langvarige samarbejde mellem agenten og virksomheden indebar en særlig forpligtigelse for agenten til at holde afstand mellem egne og virksomhedens produkter.

MFL § 1 er i praksis endvidere også anvendt på tidligere ansattes efterligninger af andre dele af den tidligere arbejdsgivers virksomhed end selve produktet, f.eks. arbejdsgiverens koncept, forretningsgrundlag, markedsføringsstrategier og andre kendetegn, de såkaldte konceptefterligningssager. Praksis på området understreger, at en tidligere ansats efterligning af koncepter og andre kendetegn, kan udgøre en overtrædelse af MFL § 1. I disse sager er det især hurtigheden og effektiviteten i etableringen af den konkurrerende virksomhed som spiller ind i bedømmelsen af hvorvidt MFL § 1 er overtrådt. Praksis på området viser, at der også på konceptefterligningsområdet stilles krav om, at der er tale om et koncept eller en markedsføring, som har et beskyttelsesværdigt særpræg, herunder at den ikke er baseret på offentligt tilgængelige oplysninger eller er en del af den tidligere ansattes almindelige viden og brancheindsigt, og således har en vis grad af unikhed og originalitet.[[53]](#footnote-53) En ledende afgørelse på området er Sø- og Handelsrettens dom af 28. januar 1991 (Topbolt), hvor der var tale om to ansatte i en virksomhed som var beskæftiget med forhandling af befæstelseselementer. Virksomheden var en grossistvirksomhed uden nogen egen produktion og havde derfor ingen typiske erhvervshemmeligheder, men førte et fuldt sortiment og var den førende indenlandske grossist. De to ansatte etablerede en konkurrerende virksomhed, som solgte stort set samme varesortiment og også markedsføringen skete ud fra de samme principper som hos grossistvirksomheden. Sø- og Handelsretten fandt efter det oplyste i sagen, ikke at der var tale om en overtrædelse af MFL § 19. Derimod fandt retten, ud fra en samlet bedømmelse, at der var sket en overtrædelse af MFL § 1, bl.a. under henvisning til, at der var benyttet samme leverandør og i et vist omfang samme katalog, priser og sortiment, samt at den anvendte markedsføring var baseret på de to ansattes erfaring fra ansættelsen hos grossistvirksomheden. Dommen illustrerer tillige, at det er karakteristisk for konceptefterligningssagerne, at MFL § 19 om erhvervshemmeligheder ikke bringes i anvendelse i samme omfang som i produktefterligningssagerne.

Et moment som ofte går igen i sagerne om tidligere ansattes overtrædelse af MFL § 1, er effektiviteten og hurtigheden af etableringen af den konkurrerende virksomhed. Det forhold, at en tidligere ansat har opnået et uberettiget tidsforspring i konkurrencen indgår i flere afgørelser. En hurtig og effektiv etablering af en, med den tidligere arbejdsgiver, konkurrerende virksomhed, vil ofte give anledning til en formodning om, at etableringen ikke er sket ved en almindelig og generel bearbejdning af markedet, men omvendt ved en illoyal markedsadfærd som f.eks. direkte og selektiv bearbejdning af den tidligere arbejdsgivers kunder og/eller forretningsforbindelser eller misbrug af intern viden og indsigt til hurtig udvikling af produkter eller koncepter.[[54]](#footnote-54) Dette illustreres også i Sø- og Handelsrettens dom af 28. januar 1991 (Topbolt), hvor retten med henvisning til MFL § 1 bemærkede, at etableringen af den selvstændige virksomhed var sket *i løbet af et par måneder*, at der var benyttet samme leverandør og i et vist omfang samme katalog, priser og sortiment.

I vurderingen af hvorvidt en ansats konkurrencehandlinger er i strid med MFL § 1 indgår tillige karakteren og arten af dennes stilling. Er der tale om en højt hierarkisk placeret ansat, eller en ansat med en særlig betroet viden eller indsigt i arbejdsgiverens fortrolige og interne oplysninger om f.eks. kunder, forretningsforbindelser, pris- og rabatpolitikker, produkter og forretningskoncepter, vil det indgå som et skærpende element i bedømmelsen af den ansattes handlinger efter MFL § 1.[[55]](#footnote-55) Se i forbindelse hermed U.1980.717H (Tørpapir), hvor Højesteret fandt, at tre ansatte under deres langvarige ansættelse i *ledende stillinger* havde opnået et *indgående kendskab* til arbejdsgiverens forsknings- og udviklingsarbejde. Højesteret fandt, at de ansatte som følge af den særlige karakter af konkurrerende virksomhed, som de indgik i, og de ansattes stillinger og arbejdsopgaver, havde været uberettigede til at indlede et samarbejde om en tilsvarende produktudvikling. Der blev derfor nedlagt et forbud mod at de tre ansatte, i en periode på tre år fra deres fratræden, henvendte sig til, eller samarbejdede med, arbejdsgiverens nærmere angivne forretningsforbindelser (39 virksomheder) inden for tørpapirfremstilling.

MFL § 1 er en retlig standard, hvor hensigten er, at indholdet af bestemmelsen skal fastlægges og udvikles ved domstolenes retspraksis. Udgangspunktet for domstolenes vurdering er en generel bedømmelse af de anvendte konkurrencemidlers tilladelighed. I denne bedømmelse vil der indgå flere momenter som skal afvejes og vurderes, f.eks. konkurrencemomentet, efterligningsmomentet samt grovheden af konkurrencehandlingen eller efterligningen, men afgørelsen i den enkelte sag vil i sidste ende altid bero på de konkrete omstændigheder. Det er således op til domstolene at vurdere, hvorvidt givne omstændigheder og handlinger er at klassificere som acceptable eller som værende i strid med god markedsføringsskik. Det, at MFL § 1 har karakter af en retlig standard, som overlader det til retspraksis at fastsætte rammerne, har den fordel, at man altid har en tidssvarende regel. Ulempen er, at retsstillingen ikke altid er entydig og forudsigelig.

4. Markedsføringslovens § 19 – Erhvervshemmeligheder

4.1. Definition og indhold

En arbejdsgiver er, foruden MFL § 1, beskyttet mod ansattes og tidligere ansattes konkurrencehandlinger i medfør af MFL § 19. Beskyttelsen efter MFL § 19 består i, at en ansat eller tidligere ansat ikke må anvende, røbe eller videregive arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder. Arbejdsgiverens beskyttelse i MFL § 19 begrundes i, at det for den enkelte virksomhed er afgørende at hindre ansatte og tidligere ansatte i selv at udnytte det opnåede kendskab til erhvervshemmeligheder, samt at hindre at konkurrenter får kendskab hertil, da dette på afgørende måde kan påvirke en virksomheds konkurrenceevne.[[56]](#footnote-56) Dertil kommer at en ansat eller tidligere ansat ved at viderebringe eller udnytte interne oplysninger eller viden tilegner sig en virksomheds investeringer og indsats, og deri skaffer sig eller en ny arbejdsgiver et uretmæssigt tidsforspring i konkurrencen.

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.

Bestemmelsens beskyttelsesobjekt er en virksomheds erhvervshemmeligheder. MFL § 19 omfatter alle typer af erhvervsmæssige oplysninger som er fortrolige, og som har betydning for en virksomheds konkurrenceevne. Oversigtsmæssigt kan man inddele erhvervshemmeligheder i tekniske og produktionsmæssige hemmeligheder samt kommercielle hemmeligheder. Tekniske og produktionsmæssige hemmeligheder er enhver foranstaltning, som kan udnyttes i en virksomheds produktions- og serviceapparat, herunder tillige forskning og research. Også procesmetoder til fremstilling af produkter vil høre under denne kategori. I U.1983.559S (Medicinalfirmaet) havde en marketingschef i et medicinalfirma videregivet oplysninger om et lægemiddel til uvedkommende uden for koncernen. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at marketingschefen *”uden at der var rimelig grund dertil udleverede* ***recepten*** (min fremhævning) *på ”Phenoro” (lægemidlet), der måtte anses som et fortroligt dokument og en erhvervshemmelighed, jf. herved markedsføringslovens § 9 (nu § 19) …”*. Dommen er et eksempel på en teknisk og produktionsmæssig erhvervshemmelighed, i dette tilfælde en recept på et lægemiddel.

Kommercielle hemmeligheder er interne oplysninger til brug for virksomhedens kommercielle aktiviteter, såsom regnskabsforhold, kundeemner, leverandørforbindelser, prisstruktur, markedsanalyser etc. Også markedsføringsplaner, konkurrentanalyser og mere overordnede strategiske forhold er omfattet.[[57]](#footnote-57) For at der foreligger en erhvervshemmelighed kræves det, at der er tale om oplysninger eller viden om en arbejdsgivers interne forhold, der er særlige for denne, og som har betydning for virksomhedens markedsmæssige position. Det forhold, at en oplysning eller viden kan anses for erhvervet, oparbejdet eller skabt af arbejdsgiverens virksomhed er endvidere et indicium for at der er tale om en erhvervshemmelighed, og at denne oplysning eller viden er beskyttelsesværdig jf. MFL § 19.

En yderligere forudsætning for, at en oplysning eller viden kan betegnes som en erhvervshemmelighed er, at den, som gør krav på beskyttelse af informationen, selv gennem sikkerhedsforanstaltninger, eller på anden måde, har tilkendegivet beskyttelsesinteressen, f.eks. ved at kun ansatte, som har behov for at kende hertil, delagtiggøres i den. Almindelig kendt viden i virksomheden eller informationer, som virksomheden selv har offentliggjort, nyder derimod ikke beskyttelse.[[58]](#footnote-58) Uden for bestemmelsen falder tillige ansattes eller tidligere ansattes udnyttelse af deres almindelige brancheindsigt, erhvervsmæssige erfaringer og færdigheder samt uddannelse.[[59]](#footnote-59) I U.2006.1209H (Damptørringsanlæg) havde en ansat igennem mere end 10 år ledet udviklingen og projekteringen af damptørringsanlæg. Den ansatte havde desuden opfundet et apparat til tørring, som arbejdsgiveren havde fået patent på, og havde tillige under ansættelsen skrevet artikler til fagblade og holdt foredrag om damptørringsteknologien. Da den ansatte blev opsagt startede han konsulentvirksomhed inden for samme fagområde som arbejdsgiveren. Den tidligere ansatte rådgav, i forbindelse med køb af et anlæg hos den tidligere arbejdsgiver, en køber. Rådgivningen resulterede i, at køberen købte anlægget til en pris, som var væsentligt lavere end den tidligere arbejdsgivers oprindelige priskrav. Den tidligere arbejdsgiver anlagde herefter erstatningssag mod den tidligere ansatte, idet han mente, at denne havde tilsidesat MFL §§ 1 og 19. Højesteret frifandt den tidligere ansatte, bl.a. med henvisning til at, ”*den særlige knowhow var i betydelig grad et resultat af (den ansattes) arbejde, som derfor også over årene gav ham personligt en* ***omfattende sagkundskab*** (min fremhævning) *vedrørende damptørringsteknologi*” samt at *”****offentligheden fik et væsentligt indblik i teknologien*** (min fremhævning) *gennem patenterne og (den ansattes) artikler og foredrag rettet mod sukkerroeindustrien, som også fik kendskab dertil gennem de solgte damptørringsanlæg”*. Dommen viser klart, at er oplysninger eller viden først spredt til offentligheden, vil der ikke længere være tale om en erhvervshemmelighed, ligesom en ansats almindelige sagkundskab heller ikke anses for en erhvervshemmelighed. Hertil kommer, at en virksomheds faktisk markedsførte produkter ikke er erhvervshemmeligheder, hvilket betyder, at oplysninger som konkurrenter kan fravriste produkter, gennem undersøgelser og målinger, kan de derfor uden at overtræde MFL § 19, stk. 2 anvende i egen produktion. [[60]](#footnote-60)

MFL § 19 sondrer ikke, modsat MFL § 1, mellem erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende i afgræsningen af anvendelsesområdet. Bestemmelsen finder således, efter dens ordlyd, anvendelse på alle ansatte, uanset om de agerer som selvstændigt erhvervsdrivende eller som ansatte i anden (konkurrerende) virksomhed.

MFL § 19 hviler, ligesom MFL § 1, på en balance mellem på den ene side hensynet til ansattes og tidligere ansattes ret til fri konkurrence og etablering, og på den anden side hensynet til beskyttelse af en arbejdsgivers investeringer og markedsposition. Med hensyn til forholdet mellem MFL § 19 og MFL § 1 gælder det, at MFL § 19 udgør en af specialbestemmelserne, og har derfor sit eget gerningsindhold og anvendelsesområde som er misbrug og udnyttelse af erhvervshemmeligheder. Da MFL § 1 har karakter af en generalklausul betyder det også, at de to bestemmelser dels overlapper hinanden og derved har et fælles område, og dels har hvert deres selvstændige anvendelsesområde. I flere sager om ansattes konkurrencehandlinger anvendes de to bestemmelser da også sammen. Det er dog vigtigt at erindre, at MFL § 1 ikke finder anvendelse, i de tilfælde, hvor en ansat ikke udøver konkurrence som erhvervsdrivende, men som almindelig ansat i en konkurrerende virksomhed, hvorfor kun MFL § 19 finder anvendelse i disse tilfælde.

Når man taler om en arbejdsgivers beskyttelse mod konkurrencehandlinger foretaget af ansatte eller tidligere ansatte er det naturligvis ikke alle stykker i MFL § 19 som er lige relevante. I denne sammenhæng er det særligt § 19, stk. 2, om ansattes og tidligere ansattes ubeføjede viderebringelse eller benyttelse af arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder, som er interessant. En kort gennemgang af de øvrige stykker vil dog følge nedenfor.

4.1.1. MFL § 19, stk. 1 – Utilbørlig tilegnelse

MFL § 19, stk. 1 omfatter personer, der i form af et ansættelses- eller samarbejdsforhold eller et hverv har lovlig adgang til en virksomhed. Disse personer er omfattet, også selv om de trænger sig ind på dem uvedkommende områder eller først skaffer sig oplysninger efter samarbejdets ophør, men i kraft af dette.[[61]](#footnote-61) Gerningsindholdet er realiseret, når disse personer på utilbørlig måde skaffer sig, eller forsøger at skaffe sig, kendskab til eller rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder. Hvad der skal lægges i utilbørlighedsbegrebet er en smule uklart, men det må indeholde et krav om, at den pågældende person ikke har haft en lovlig adgang til virksomhedens erhvervshemmeligheder, og hverken stiltiende eller udtrykkeligt har fået samtykke til at skaffe sig adgang eller rådighed over disse.[[62]](#footnote-62) Hovedområdet bliver derfor også de tilfælde, hvor en ansat udnytter sin lovlige adgang til virksomheden til at skaffe sig oplysninger, som den pågældende ansatte ikke var tiltænkt adgang til.

MFL § 19, stk. 1 sondrer mellem kendskab og rådighed. Heri ligger, at selve det forhold, at den pågældende uretmæssigt skaffer sig rådighed over hemmelighederne, er retsstridigt. Det er således ikke et krav, at den pågældende konkret har opnået kendskab til disse. Kendskab omfatter enhver måde, hvorpå den pågældende bliver bekendt med hemmelighederne. Det kan f.eks. være via hukommelse, notater, fotografering, læsning, kopiering mv.[[63]](#footnote-63) Foreligger der kendskab eller rådighed, er det ikke efter bestemmelsen et krav, at informationerne reelt er blevet udnyttet, men det må antages, at også brugen af uretsmæssigt opnået information kan rammes efter stk. 1.

4.1.2. MFL § 19, stk. 3 – Personer med lovlig adgang

MFL § 19, stk. 3 udstrækker anvendelsesområdet for stk. 1 og stk. 2 til også at gælde for andre personer med lovlig adgang til virksomheden. Stk. 3 kan i relation til stk. 1 anvendes, hvor f.eks. en besøgende skaffer sig informationer fra områder i virksomheden, der ikke er omfattet af en rundvisning, eller fotograferer eller medtager prøver trods forbud herom. I sammenhæng med stk. 2, kan der være tale om ubeføjet videregivelse eller benyttelse af erhvervshemmeligheder, som den pågældende tilfældigt eller uagtsomt er kommet i besiddelse af, uden at dette er sket som led i en almindelig fremvisning.[[64]](#footnote-64) MFL § 19, stk. 3 omfatter ikke personer, der uberettiget skaffer sig adgang til en virksomhed og dennes erhvervshemmeligheder ved f.eks. indbrud. Er den pågældende imidlertid først lovligt inde på virksomhedens område, er det uden betydning, hvor og på hvilken måde den ulovlige information indhentes. En lovlig adgang til en virksomhed omfatter ikke blot dennes fysiske område, men også adgang, der gives til f.eks. dennes computere og andet IT-udstyr via. passwords.[[65]](#footnote-65)

4.1.3. MFL § 19, stk. 4 – Beskyttelse af tekniske tegninger m.v.

MFL § 19, stk. 4 er et supplement til stk. 2 og omfatter tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller og lignende, som er blevet betroet en ansat eller samarbejdspart. Information af denne art er ofte bestemt til at komme til kendskab for en bredere kreds uden for virksomhedens rammer. Det er et krav, at det materiale, som er genstand for beskyttelsen i stk. 4, ikke er almindeligt kendt, og at en virksomhed selv har rettighederne til materialet eller har en anden beskyttelsesværdig interesse heri. Dette betyder også, at det pågældende materiale *kan* have karakter af en erhvervshemmelighed, men at dette ikke er en betingelse for bestemmelsens anvendelse. Det er en betingelse, at det pågældende materiale er blevet betroet en ansat eller samarbejdspart i anledning af udførelsen af arbejde eller i øvrigt i erhvervsøjemed. I kravet om *betroelse* ligger, at materialet stilles til rådighed med et angivet formål for øje og med en vis diskretionspligt. Dette betyder også, at materialet kun må anvendes inden for de forudsætninger, hvor på overgivelsen er sket, og ikke må komme uvedkommende i hænde. Betroelsen kan være baseret på en direkte tilkendegivelse eller ligge forudsætningsvis i det pågældende materiales karakter.[[66]](#footnote-66) Et eksempel på materiale omfattet af MFL § 19, stk. 4 kan være en større virksomheds opskrift på et produkt, f.eks. Carlsbergs opskrift på øl. Denne opskrift er selvfølgelig kendt af Carlsbergs bryggerier rundt om i verden, og er derfor kommet til en bredere kreds’ kendskab. Det er klart at Carlsberg har en beskyttelsesværdig interesse i, at en sådan opskrift ikke kommer andre end de betroede til kendskab, da dette i væsentlig grad vil kunne skade virksomhedens konkurrenceevne. MFL § 19, stk. 4 beskytter således en arbejdsgiver, i dette tilfælde Carlsberg, mod, at virksomhedens opskrift på øl, ikke af de som er blevet denne opskrift betroet, ubeføjet bliver benyttet af den betroede selv eller at den betroede sætter andre i stand hertil. I dette tilfælde vil opskriften på øl udgøre en erhvervshemmelighed, men det er som nævnt ikke et krav, at der er tale om en erhvervshemmelighed for at en arbejdsgivers materiale er beskyttet efter MFL § 19, stk. 4.

Retspraksis vedrørende bestemmelsen er meget sparsom, men MFL § 19, stk. 4 blev bl.a. anvendt i U.2004.1614S (Roxy), hvor der ubeføjet var sket benyttelse af en samarbejdspartners oplysninger i et tilbudsmateriale i strid med § 19, stk. 4. Speditørvirksomheden Roxy blev anset for at have anvendt en anden speditørvirksomheds tilbudsmateriale ved deltagelse i konkurrencen om en tilbudt transportopgave. Retten fandt, at Roxy, ved ubeføjet at have benyttet oplysningerne i den anden speditørvirksomheds tilbudsmateriale, havde handlet i strid med MFL § 19, stk. 4. Derimod fandtes oplysningerne ikke at have en sådan karakter, at de kunne betegnes som erhvervshemmeligheder jf. MFL § 19, stk. 1. MFL § 19, stk. 4 adskiller sig dog netop også fra stk. 1 og 2 derved at der ikke stilles krav om, at de pågældende tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter eller modeller m.v. udgør erhvervshemmeligheder. Se i forbindelse hermed også U.1986.268S (Opvaskemaskinen) hvor der ligeledes dømtes for overtrædelse af MFL § 19, stk. 4. De informationer, som en tidligere ansat her havde videregivet vedrørte en faktisk markedsført opvaskemaskine, og betingelsen om en erhvervshemmelighed i MFL § 19, stk. 1 og 2 var således ikke opfyldt. Den information, som den tidligere ansatte havde videregivet til sin nye arbejdsgiver og som lå til grund for produktionen kunne dog henføres under MFL § 19, stk. 4.

4.1.4. MFL § 19, stk. 5 – Hæleribestemmelsen

MFL § 19, stk. 5 finder efter ordlyden anvendelse på *erhvervsdrivende* og fastslår, at disse ikke må benytte en erhvervshemmelighed, såfremt kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med de øvrige bestemmelser i MFL § 19. Herved udvides bestemmelsen til også at omfatte ”hæleri” i relation til erhvervshemmeligheder.

En arbejdsgiver har ret til at formode, at en ansat holder sig inden for grænserne af lovgivningen, og derfor kan den arbejdsgiver, der uvidende kommer til at drage nytte eller fordel af en ansats overtrædelse af MFL § 19, næppe anses for at have overtrådt § 19, stk. 5. Omvendt er det klart, at der i de tilfælde, hvor en ny arbejdsgiver, velvidende at oplysninger stammer fra en ansats tidligere arbejdsgiver og har karakter af erhvervshemmeligheder, har draget nytte eller fordel af disse oplysninger, ikke skal meget til, før at forholdet anses for omfattet af stk. 5, forudsat at den ansatte havde overtrådt en af de øvrige bestemmelser i MFL § 19.

I relation til en arbejdsgivers beskyttelse mod tidligere ansattes konkurrencehandlinger er hovedområdet for bestemmelsen klart de tilfælde, hvor en konkurrerende virksomhed ansætter en person og i ond tro benytter de erhvervshemmeligheder, som den ansatte har erhvervet hos den tidligere arbejdsgiver. Dette var da også tilfældet i U.1986.268S (Opvaskemaskinen), hvor en arbejdsgivers benyttelse af informationer om en vaskemaskine, som af den nyansatte var videregivet i strid med § 19, stk. 4, fandtes at være i strid med MFL § 19, stk. 5.

Et spørgsmål i relation til anvendelsen af MFL § 19, stk. 5 kan være, hvornår en ny arbejdsgiver overtræder denne bestemmelse, i forhold til hvornår der i stedet er tale om en overtrædelse af MFL § 1 om god markedsføringsskik. Man kunne jo argumentere for, at en ny arbejdsgivers udnyttelse af en erhvervshemmelighed, som en ansat har opnået kendskab til i sin ansættelse hos den forrige arbejdsgiver, er i strid med god markedsføringsskik og derfor skal bedømmes efter MFL § 1. Dog må det antages, at i de tilfælde, hvor der er tale om udnyttelse af en *erhvervshemmelighed*, må MFL § 19, stk. 5 have forrang på grund af dennes status som specialbestemmelse, naturligvis under forudsætning af, at erhvervshemmeligheden er kommet til den nye arbejdsgivers kendskab ved en andens overtrædelse af bestemmelserne i MFL § 19, stk. 1-4. Dette fører også til den konklusion, at MFL § 1 finder anvendelse overfor den nye arbejdsgiver i de situationer, hvor der er tale om en illoyal udnyttelse af en ansats viden og indsigt i den tidligere arbejdsgivers forhold, og hvor denne viden og indsigt ikke udgør en erhvervshemmelighed. Dette følger også af U.2012.1215H (Erico), hvor den nye arbejdsgiver, ved at have gjort brug af den ansattes bistand i forbindelse med en tilbudsafgivning, ifaldt ansvar efter MFL § 1. Højesteret fandt i denne sag ikke, at den ansatte havde videregivet erhvervshemmeligheder, hvilket formentlig er grunden til at den nye arbejdsgiver ifaldt ansvar efter MFL § 1 og ikke MFL § 19, stk. 5. MFL § 1 finder endvidere anvendelse i de tilfælde, hvor den nye arbejdsgiver benytter en erhvervshemmelighed som ikke er kommet frem ved en andens overtrædelse af bestemmelserne i MFL § 19, stk. 1-4, hvilket dog må være yderst sjældent forekommende.

4.2. MFL § 19, stk. 2 – Ubeføjet viderebringelse eller benyttelse

MFL § 19, stk. 2 beskytter en arbejdsgiver mod ubeføjet viderebringelse eller benyttelse af erhvervshemmeligheder, som en ansat *retmæssigt* har fået kendskab til. Gerningsindholdet er efter bestemmelsen først realiseret, når de erhvervshemmeligheder, som den ansatte eller tidligere ansatte har kendskab til, videregives eller uretmæssigt benyttes af den pågældende i forhold til de betingelser eller forudsætninger, hvorunder denne har modtaget oplysningerne. Benyttelse af erhvervshemmeligheder dækker eksempelvis anvendelse som led i et forskningsprojekt, etablering af produktionsapparat, fremstilling af produkter samt gennemførelse af markedsføring baseret på hemmelighederne.[[67]](#footnote-67) Det er efter bestemmelsens ordlyd et krav, at viderebringelsen eller benyttelsen af en erhvervshemmelighed, er sket *ubeføjet.* Dette betyder formentlig, at viderebringelsen eller benyttelsen, for at være omfattet af MFL § 19’s anvendelsesområde, skal være foretaget uden samtykke eller accept fra arbejdsgiveren. Der stilles ikke krav til at denne viderebringelse eller benyttelse skal være sket med et bestemt formål eller på en bestemt måde. Det betyder også, at det ikke er et krav, at viderebringelsen eller benyttelsen sker som led i ansattes eller tidligere ansattes konkurrencehandlinger, men i praksis er det dog typisk i disse tilfælde, at bestemmelsen har størst betydning.

Ved erhvervshemmeligheder forstås dels tekniske og produktionsmæssige hemmeligheder, hvor det afgørende er, hvorvidt udnyttelsen af disse hemmeligheder indebærer en væsentlig fordel og dermed begrunder en interesse i, at forholdet ikke kommer til en konkurrents kendskab. Dels forstås ved erhvervshemmeligheder kommercielle hemmeligheder, som eksempelvis kundelister, regnskaber, leverandørforbindelser, markedsføringsstrategier mm. I U.1996.1514Ø (Speditionsfirmaet) fandtes to ansatte i et speditionsfirma, at have viderebragt og udnyttet oplysninger i form af prislister, manualer, agentlister, lister over samarbejdspartnere, kundejournaler, kopier af tilbud til kunder, mv. Det stod, efter de indledende afhøringer af de to ansatte, klart, at oplysningerne var til brug ved ansættelse i en konkurrerende virksomhed, hvorfor disse blev fundet skyldige i overtrædelse af MFL § 19, stk. 2. Dommen er med til at fastslå, at kommercielle oplysninger af denne art er at anse som erhvervshemmeligheder, og derfor er omfattet af beskyttelsen i MFL § 19, stk. 2.

Beskyttelsen omfatter kun sådanne oplysninger, der ikke er alment tilgængelige, og som er af betydning for den pågældende virksomheds konkurrencemæssige position på markedet. I Østre Landsrets dom af 11. april 2008 (Telecom), refereret ovenfor, blev det lagt til grund, at en salgschef samt fem ”kaprede” ansatte, i regi af salgschefens nyoprettede selskaber, havde rettet henvendelse til en lang række af den tidligere arbejdsgivers kunder og kundeemner. Både Byretten og Landsretten fandt, at den tidligere arbejdsgivers kunder ikke var almindeligt kendte, og at anvendelsen af disse oplysninger derfor var omfattet af MFL § 19, stk. 2. En lignende situation forelå i Sø- og Handelsrettens dom af 14. januar 2003 (Tagdækkeren), ligeledes refereret ovenfor, hvor en tagdækker udsendte cirkulæreskrivelser og tilbud til nogle af arbejdsgiverens erhvervskunder. Det blev af Sø- og Handelsretten lagt til grund, at de kunder, som tagdækkeren havde sendt sin cirkulæreskrivelse til, var kunder, som det uden kendskab til arbejdsgiveren ville have været naturligt at henvende sig til. Bortset fra to tilfælde af identiske tilbud, fandtes det derfor ikke godtgjort, at tagdækkeren havde gjort brug af erhvervshemmeligheder, som var omfattet af MFL § 19, stk. 2. Dommene illustrerer, at der må sondres mellem udnyttelse af oplysninger, som er offentligt tilgængelige, og oplysninger, som alene kan opnås gennem en særlig indsigt i arbejdsgiverens forhold. Dette betyder, at i de tilfælde, hvor eksempelvis henvendelse til den tidligere arbejdsgivers kunder, sker på baggrund af oplysninger som er offentligt tilgængelige kan MFL § 19, stk. 2 ikke bringes i anvendelse.

MFL § 19, stk. 2 beskytter arbejdsgiveren ved, at en ansat eller tidligere ansat ikke ubeføjet må viderebringe eller benytte de erhvervshemmeligheder som denne under ansættelsen har fået kendskab til. Dette gælder både oplysninger, som viderebringes til en ny arbejdsgiver, og oplysninger, der anvendes ved, at en tidligere ansat gennem de kontakter denne har opnået hos arbejdsgiveren, kontakter kunder hos den tidligere arbejdsgiver og oplyser fortrolige informationer, for derved at formå kunden til at overgå til et samarbejde med den ansattes nye arbejdsgiver. Endelig beskytter MFL § 19, stk. 2 arbejdsgiveren ved, at en tidligere ansat ikke ubeføjet må benytte de opnåede erhvervshemmeligheder ved etablering og drift af egen konkurrerende virksomhed.

MFL § 19, stk. 2 fastlægger den tidsmæssige udstrækning af forbuddet mod benyttelse og videregivelse af erhvervshemmeligheder til at vedvare i 3 år efter tjenesteforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør. Denne 3års-grænse gælder dog kun strafferetligt, hvilket betyder, at et civilretligt ansvar efter omstændigheder også vil kunne gøres gældende efter udløbet af denne frist.[[68]](#footnote-68) Typisk vil en forpligtigelse efter MFL § 19, stk. 2 dog tabe sin betydning over tid, og som følge heraf vil det sjældent være relevant af forfølge overtrædelser af bestemmelsen mere end 3 år efter ansættelsesforholdets ophør.

4.3. Anvendelse af MFL § 19, stk. 2 overfor ansatte/tidligere ansatte

Kerneområdet for MFL § 19, stk. 2 er de tilfælde, hvor en tidligere ansat benytter sig af ikke-offentligt tilgængelige oplysninger om en tidligere arbejdsgivers virksomhed. Det kan f.eks. være oplysninger om produkter, kunderelationer, prispolitikker eller økonomi.

Under et ansættelsesforholds beståen er det vanskeligt at se en legitim interesse i, at en ansat udnytter eller viderebringer virksomhedens erhvervshemmeligheder. Dette følger naturligvis af, at den pågældende er ansat til, og får sin løn for, at fremme virksomhedens interesser. Efter et ansættelsesforholds ophør ændrer forholdet sig dog, idet en tidligere ansat har ret til at anvende sin faglige kunnen. Udgangspunktet er derfor også det klare, at en tidligere ansat – forudsat at denne ikke er omfattet af en konkurrence- eller kundeklausul - har fri adgang til erhverv og til frit at kunne anvende tilgængelig viden. En arbejdsgiver har heroverfor kun en berettiget interesse i at kunne *beskytte* viden, som er specifik for lige netop dennes virksomhed. En arbejdsgiver kan således kun kræve beskyttelse for det specifikke kendskab til virksomhedens viden, produkter og ydelser i markedet, som en tidligere ansat har opnået igennem ansættelsesforholdet.[[69]](#footnote-69) Dette betyder, at tidligere ansatte har et berettiget krav på, at kunne udnytte grundlæggende faglige kvalifikationer som almindelig brancheindsigt, uddannelse og erhvervserfaring. Dette gælder også, selvom en ansats indsigt og erfaring er opnået gennem en måske mangeårig ansættelse hos den tidligere arbejdsgiver.[[70]](#footnote-70) Dette fremgår også af Sø- og Handelsrettens dom af 18. november 2008 (Vakuumtoiletterne), hvor tre tidligere ansatte etablerede konkurrerende virksomhed med udvikling af vakuumtoiletter. Under en syn- og skønsforretning blev det fastslået, at nogle af elementerne i vakuumtoiletterne bestod af standardkomponenter, andre af tilpassede komponenter og nogle af komponenter som var specialudviklede af den tidligere arbejdsgiver. Det blev dog af retten slået fast, at for så vidt angik de specialudviklede komponenter, kunne de tre ansatte selv have udviklet disse uden brug af erhvervshemmeligheder. Sø- og Handelsretten fastslog således, at da de ansatte ikke var underlagt en konkurrenceklausul, var de berettigede til at starte konkurrerende virksomhed baseret på *almindelig faglig viden.* Af U.2006.1209H (Damptørringsanlæg), refereret ovenfor, fremgår ligeledes, at en ansat er berettiget til at anvende sin almindelige sagkundskab. Højesteret henviste i dommen til: *”den særlige knowhow var i betydelig grad et resultat af (den ansattes) arbejde, som derfor også over årene gav ham personligt en omfattende sagkundskab vedrørende damptørringsteknologi”.* Udslagsgivende syntes således at have været den ansattes personlige sagkundskab i sammenhæng med at knowhowen var spredt til offentligheden.

Vanskeligheden ved at anvende MFL § 19, stk. 2 overfor tidligere ansatte består da også i afvejningen af på den ene side en virksomheds behov for beskyttelse af sine erhvervshemmeligheder, og på den anden side en tidligere ansats behov for at kunne anvende en opbygget faglig erfaring som led i sit eksistensgrundlag. Det ligger fast, at en tidligere ansats kendskab til arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder ikke, i sig selv, afskærer denne fra senere at kunne udøve konkurrerende virksomhed. Vanskeligheden består derfor også i, at fastlægge rammerne for hvordan en ansats faglige kunnen kan udøves, uden at skade den tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder. [[71]](#footnote-71) Det er vanskeligt at opstille håndfaset retningslinjer, hvilket også betyder, at grænserne mellem de oplysninger, som må beskyttes som erhvervshemmeligheder, og de oplysninger, som en ansat må være berettiget til at udnytte som led i dennes almindelige brancheindsigt, uddannelse og erhvervsmæssige erfaring, er flydende.

Også ved anvendelsen af MFL § 19, stk. 2 må man skelne mellem forskellige typer af ansatte afhængig af stilling, status og kvalifikationer. Bedømmelsen af en ansat eller tidligere ansat med en høj grad af betroethed og indsigt vil i grænsetilfælde generelt være mere restriktiv, end tilsvarende handlinger foretaget af en ansat eller tidligere ansat med mindre grad af betroethed og indsigt. Ligeledes vil bedømmelsen af en nyuddannet, som må formodes at have indhentet al viden og indsigt fra arbejdsgiveren, også være mere restriktiv end tilfældet er for en ansat, som forinden ansættelsen hos arbejdsgiveren, besad en betydelig erhvervserfaring og brancheindsigt.

Ved anvendelsen af MFL § 19, stk. 2 må man ligeledes skelne mellem om der er tale om en tidligere ansats etablering af egen selvstændig konkurrerende virksomhed, eller om der er tale om dennes ansættelse i en konkurrerende virksomhed. Dette hænger sammen med, at det vil gøre det nemmere at forbinde illoyale handlinger og misbrug af erhvervshemmeligheder til en tidligere ansat, hvis dennes nyetablerede konkurrerende virksomhed markedsfører et efterlignet konkurrerende produkt eller ”kaprer” den tidligere arbejdsgivers kunder, end hvis en allerede etableret konkurrerende virksomhed på markedet foretager samme handlinger. Hvis en tidligere ansat omvendt har taget ansættelse i en allerede etableret konkurrerende virksomhed, kan det blive mere vanskeligt, at adskille den enkelte tidligere ansattes handlinger, fra den konkurrerende virksomheds handlinger og viden.

4.4. MFL § 19, stk. 2 og sociale medier

Anvendelse af online sociale medier i arbejdsrelaterede sammenhænge er steget dramatisk de seneste år. Dette er især sket gennem anvendelsen af det sociale medie LinkedIn, hvor ansatte opretter profiler, hvorpå de kan oprette kontaktlister på kontakter som de har opnået gennem deres arbejdsliv. Ansattes brug af sociale medier kan fremme arbejdsrelateret ”networking” mellem en arbejdsgivers ansatte og forretningsforbindelser, og en arbejdsrelateret anvendelse af de sociale medier skaber således i mange tilfælde en forretningsmæssig værdi for arbejdsgiveren. Men arbejdsrelateret anvendelse af sociale medier er ikke helt uproblematisk.[[72]](#footnote-72) Det er selvfølgelig i strid med MFL § 19, stk. 2 at en ansat uploader arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder på et socialt medie. En situation kunne imidlertid være, at en ansat, gennem sin stilling hos en tidligere arbejdsgiver, har tilføjet flere af dennes kunder og forretningsforbindelser som kontaktpersoner på sin profil på et socialt medie. Problemet opstår, når den ansatte, efter fratræden, medbringer denne kontaktliste til sin nye stilling eller nyopstartede virksomhed. Spørgsmålet er om denne situation er en overtrædelse af MFL § 19, stk. 2. Som ovenfor nævnt er kundeinformationer jo netop omfattet af MFL § 19, stk. 2’s begreb *erhvervshemmeligheder*.

Når en ansat fratræder sin stilling hos arbejdsgiveren, medtager denne, via sit kontaktbibliotek på et socialt medie, dele af den tidligere arbejdsgivers kundeliste. Problemet bliver især relevant, når der er tale om det sociale medie ”LinkedIn”, hvorpå en ansat kan opdatere sit CV med nuværende og tidligere arbejdsgivere. Dette betyder, at den tidligere arbejdsgivers kunder, som den ansatte har som kontaktpersoner, bliver opmærksomme på, at den ansatte har skiftet arbejdsgiver. Dette kan få konsekvenser for den tidligere arbejdsgivers samarbejde med disse kunder. Spørgsmålet bliver derfor også, hvorvidt det er arbejdsgiveren eller den ansatte, som reelt ejer kontakterne på et socialt medie som f.eks. LinkedIn, og endvidere hvorvidt en arbejdsgiver, ved en ansats fratræden, kan insistere på en tilbagelevering eller sletning af en sådan kontaktliste under anførelse af, at der er tale om en erhvervshemmelighed jf. MFL § 19, stk. 2.

Det er klart, at ejerskabet af en LinkedIn-profil til enhver tid tilkommer profilindehaveren, og en arbejdsgiver kan derfor ikke tvinge en ansat til at overføre profilen til denne eller lukke profilen. Hovedspørgsmålet bliver derfor også hvorvidt en LinkedIn kontaktliste, som er skabt under et ansættelsesforhold, er en erhvervshemmelighed og dermed tilkommer arbejdsgiveren ved en ansats fratræden. I dansk retspraksis er der endnu ikke eksempler på afgørelser som besvarer dette spørgsmål. I den engelske dom Hays Specialist Recruitment (Holdings) Ltd. & Another v Ions & Another ((2008) All ER 216) blev problemstillingen imidlertid direkte behandlet. I sagen havde Hays en ansat som havde været medlem af LinkedIn i over et år. Den ansatte var aktivt blevet opfordret til at anvende LinkedIn i forretningsøjemed. Efter at den ansatte opsagde sin stilling hos Hays, blev det opdaget, at denne havde sendt invitationer til mindst to af Hays klienter om at være en del af dennes professionelle netværk. Den engelske domstol fandt, at arbejdsrelaterede kontaktinformationer på forretningsforbindelser, som ansatte indsamler via deres LinkedIn-profil, er indsamlet ”*in the course of employment*”, uanset at arbejdsgiveren har tilladt eller endda opfordret til, at de ansatte anvender deres LinkedIn-profil til dette formål.[[73]](#footnote-73) Domstolen fastslog på denne baggrund at kontaktinformationer, som er indsamlet som led i et ansættelsesforhold er erhvervshemmeligheder. Den engelske domstol afgjorde ikke endeligt spørgsmålet om ejerskabet til sådanne kontaktlister, men dommens præmisser giver en formodning om, at enhver kontaktliste, skabt som et led i et ansættelsesforhold, er en erhvervshemmelig, som tilhører arbejdsgiveren og derfor skal returneres til denne ved ansættelsesforholdets ophør.[[74]](#footnote-74) Ansatte kan hævde, at de bør være i stand til at bevare deres kontaktlister, da disse indgår i den personlige viden og værdi, som kan være vigtig for deres fremtidige karriere. Selvom der ikke er blevet truffet nogen definitiv afgørelse i forbindelse med ejerskabet af kontaktlister på sociale medier, er det dog, efter den engelske doms præmisser, udgangspunktet at kontaktoplysninger, som indsamles i løbet af et ansættelsesforhold, tilkommer arbejdsgiveren, i disses form af erhvervshemmeligheder, og derfor skal slettes eller returneres til denne, hvis den ansatte forlader virksomheden.

Der er endnu ikke i dansk retspraksis taget stilling til hvem der ejer kontaktlister på sociale medier, og således heller ikke hvorvidt en arbejdsgiver kan kræve en sådan kontaktliste inddraget eller slettet ved den ansattes fratræden. Det vil derfor også være uklart, hvad en dansk domstol vil komme frem til, om den blev forelagt situationen. Et moment i vurderingen vil dog med høj grad af sandsynlighed, med baggrund i den engelske dom, være, hvorvidt en kontaktliste er oparbejdet som følge af et ansættelsesforhold eller ej. Hertil kommer selvfølgelig en vurdering af den skade, som arbejdsgiveren potentielt vil kunne lide, hvis kontakterne ikke inddrages eller slettes. Dette fører efter min vurdering til, at i det omfang kontakter på et socialt medie er virksomhedens kunder eller forretningsforbindelser, og i det omfang at disse kontakter er oparbejdet som et led i et ansættelsesforhold, tilhører disse kontakter i højere grad arbejdsgiveren end den ansatte. Arbejdsgiveren vil således antageligt kunne kræve at få disse kontakter slettet eller udleveret, på samme måde som egentlige kundelister og anden information om kunder og forretningsforbindelser, ved en ansats fratræden. Omvendt kan det konkluderes, at er der tale om kontakter som reelt er den ansattes private venner eller bekendte, kan den ansatte beholde disse kontakter efter fratræden, hvilket følger af, at en fortsat kontakt med disse ikke medfører en potentiel skadevirkning på arbejdsgiverens virksomhed og af, at selve ejerskabet af en profil på et socialt medie tilkommer den ansatte.

I modsætning til den engelske dom afgjorde en amerikansk domstol i 2010[[75]](#footnote-75), at en ansats kontaktlister på LinkedIn ikke udgjorde erhvervshemmeligheder. Af dommens præmisser fremgik, at allerede fordi de oplysninger, der var indeholdt i kontaktlisten, var lettilgængelige informationer ved søgninger på øvrige sociale medier, og ved simple søgninger på Google, var der ikke tale om erhvervshemmeligheder. Domstolen udtalte, at hvor sådanne informationer måske tidligere havde karakter af erhvervshemmeligheder, fordi opnåelse heraf krævede mere tid, energi og ressourcer, er den store spredning af oplysninger og viden, som stilles til rådighed via internettet i 2010 en anden historie.[[76]](#footnote-76) Denne dom hænger meget godt sammen med udgangspunktet om, at oplysninger som er offentligt tilgængelige, ikke er erhvervshemmeligheder i MFL § 19, stk. 2’s forstand.

Det kan overvejes hvorvidt det forhold, at en ansat nægter at udlevere eller slette kontakter på et socialt medie, som er arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, fører til en overtrædelse af MFL § 19, stk. 2. En kontaktliste på et socialt medie, som er oparbejdet som led i et ansættelsesforhold, vil, såfremt oplysningerne på denne liste ikke kan anses for værende offentligt tilgængelige, med baggrund i ovenstående, være omfattet af MFL § 19, stk. 2 som værende en erhvervshemmelighed. Udgangspunktet i MFL § 19, stk. 2 er, at gerningsindholdet er videregivelsen eller den uretmæssige benyttelse af en arbejdsgivers erhvervshemmeligheder. Dette betyder også, at MFL § 19, stk. 2 først er overtrådt, når en ansat eller tidligere ansat enten videregiver en sådan kontaktliste, eller uretmæssigt benytter denne i egen, eller i en ny arbejdsgivers, interesse. Dette fører til den konklusion, at da gerningsindholdet i MFL § 19, stk. 2 ikke er opfyldt ved en ansats nægtelse af at udlevere en kontaktliste, fører denne nægtelse ikke til at MFL § 19, stk. 2 er overtrådt. Det forhold, at en ansat udelukkende har en kontaktrelation, f.eks. via et socialt medie som LinkedIn, til den tidligere arbejdsgivers kunder, vil heller ikke realisere gerningsindholdet i MFL § 19, stk. 2. Undlader en ansat, at tage kontakt til den tidligere arbejdsgivers kunder efter ansættelsens ophør, og ellers udviser en loyal adfærd hvis vedkommende bliver kontaktet af disse kunder, vil der således ikke foreligge en overtrædelse af MFL § 19, stk. 2. Omvendt vil det udgøre et brud på MFL § 19, stk. 2, hvis en tidligere ansat, efter at være blevet kontaktet af en kunde hos den tidligere arbejdsgiver, videregiver informationer, der må betragtes som erhvervshemmeligheder, eller gør brug af kontakten til at hverve kunden enten til egen eller til den nye arbejdsgivers virksomhed.[[77]](#footnote-77)

Det er anbefalelsesværdigt, at en ansat, forinden fratræden, afklarer rammerne for en eventuel videre kontakt til kunder eller forretningsforbindelser med arbejdsgiveren. For så vidt angår arbejdsgiveren, bør denne overveje at indføre en personalepolitik som imødegår problemstillingen ved ansattes fratræden.[[78]](#footnote-78) I lyset af det ovenfor gennemgåede, bør en arbejdsgiver således overveje at opdatere ansættelsesvilkår eller personalepolitikker, således at disse indeholder en bestemmelse om, at kontaktlister oparbejdet som et led i ansættelsen, og navnlig dem som er gemt på LinkedIn, gives tilbage til arbejdsgiveren når en ansat forlader virksomheden. En ansat bør også søge at beskytte sig selv og derfor få præciseret arbejdsgiverens holdning til sådanne kontaktlister, før denne accepterer et tilbud om ansættelse. Er en ansat omfattet af en kundeklausul, skal denne være særlig opmærksom i relation til opretholdelsen af arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser på en kontaktliste på et socialt medie. Dette skyldes, at erhvervsmæssig kontakt med, en af kundeklausulen omfattet kunde, gennem et socialt medie udgør en overtrædelse af klausulen. Sociale medier i relation til kundeklausuler vil blive behandlet i specialets kapitel 3, afsnit 3.4.

5. Kollektivt anslag mod arbejdsgiveren

5.1. Kollektivt anslag

Et kollektivt anslag mod en arbejdsgiver foreligger i de tilfælde, hvor en flerhed af ansatte, i tidsmæssig tilknytning til hinanden, opsiger deres stillinger for umiddelbart herefter, at tage ansættelse i en konkurrerende virksomhed eller etablere egen konkurrerende virksomhed. Et kollektivt anslag vil altid være meget ubehageligt for en arbejdsgiver, dels fordi han får en (ny) konkurrent på markedet, som tilmed kender til hans forretningsmetoder og erhvervshemmeligheder, dels på et mere personligt plan, fordi han føler sig forrådt af sine ansatte.[[79]](#footnote-79) Derfor er det også naturligt, at en arbejdsgiver undersøger, hvorvidt han kan sætte en stopper herfor.

Udgangspunktet i dansk ret er, som også tidligere nævnt, at såvel retten til at etablere selvstændig virksomhed, som retten til at konkurrere på markedet er fri. Dette udgangspunkt er imidlertid underlagt flere begrænsninger, dels begrænsninger som følger af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, dels begrænsninger, som følger af frivillige aftaler mellem en ansat og en arbejdsgiver, f.eks. en konkurrenceklausul og dels begrænsninger som følger af lovgivningen, i dette tilfælde især markedsføringsloven.[[80]](#footnote-80) Det er i forlængelse heraf væsentligt at afdække, hvorvidt et kollektivt anslag mod en arbejdsgiver er i strid med den ansættelsesretlige loyalitetspligt eller i strid med MFL § 1.

5.2. Er kollektivt anslag mod arbejdsgiveren i strid med loyalitetspligten?

Loyalitetspligten gælder under et ansættelsesforhold og betyder, at en arbejdsgiver har krav på, at ansatte så længe ansættelsesforholdet består, agerer loyalt og i overensstemmelse med arbejdsgiverens interesser. Det forhold, at flere ansatte drøfter opstart af konkurrerende virksomhed mens ansættelsesforholdet består, kan derfor begrunde at arbejdsgiveren foretager ansættelsesretlige skridt mod de disse. Dette fremgår også tydeligt, af U.1991.378H (Maltcentralen), hvor samtlige af en virksomheds sælgere samt salgsafdelingens leder planlagde at starte konkurrerende virksomhed og i forbindelse hermed, samtidigt opsagde deres stillinger i virksomheden. Arbejdsgiverens bortvisning af de ansatte fandtes berettiget.

Det er dog vigtigt at fastholde udgangspunktet om, at ansatte, herunder også en flerhed af ansatte, er frie til at tage ansættelse hos en konkurrent eller starte egen selvstændig konkurrerende virksomhed, så længe disse ikke er omfattet af en konkurrenceklausul, også selvom dette måtte ske samtidigt eller i tidsmæssig tilknytning til hinanden. Det betyder også, at den ansættelsesretlige loyalitetspligt ikke i sig selv kan danne grundlag for et forbud mod de ansattes konkurrerende virksomhed, men kun kan begrunde, at arbejdsgiveren foretager ansættelsesretlige skridt mod disse, som f.eks. opsigelse eller i grove tilfælde bortvisning.

Det kan således konkluderes, at et kollektivt anslag mod en arbejdsgiver, under et ansættelsesforhold, udgør en overtrædelse af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, og derfor i grove tilfælde kan begrunde en bortvisning af de ansatte. Det må antages, at er der tale om en kollektivitet af ansatte, som tager ansættelse hos en konkurrent, skal der mere til, for at anse anslaget som en grov overtrædelse af loyalitetspligten, end i de tilfælde, hvor en kollektivitet af ansatte, under ansættelsen, drøfter etablering af virksomhed i direkte konkurrence med arbejdsgiveren, og i sammenhæng hermed samtidigt opsiger deres stillinger.

5.3. Er kollektivt anslag mod arbejdsgiveren i strid med MFL § 1?

MFL § 1 opstiller et princip om god markedsføringsskik. Spørgsmålet er, om det for ansatte vil være i strid med god markedsføringsskik, hvis de i fællesskab etablerer egen virksomhed i konkurrence med den tidligere arbejdsgiver, og altså hvorvidt dette anslag i sig selv udgør en overtrædelse af MFL § 1.

Særligt en afgørelse, Sø- og Handelsrettens dom af 28. januar 1991 (Topbolt), er blevet anført til støtte for, at et kollektivt anslag mod arbejdsgiveren efter omstændighederne kan udgøre en overtrædelse af MFL § 1. Dommen angik en tidligere ansat reklame- og marketingschef og en tidligere ansat salgsdirektør som, kort tid efter deres fratræden, etablerede egen selvstændig virksomhed i konkurrence med deres tidligere arbejdsgiver. Yderligere fem, hos arbejdsgiveren tidligere ansatte, fik efterfølgende ansættelse i den nye virksomhed, og de syv havde tilsammen udgjort størstedelen af arbejdsgiverens salgsafdeling. Arbejdsgiveren havde ikke nogen egenproduktion og derfor ingen typiske erhvervshemmeligheder, men førte derimod et såkaldt ”fuldt sortiment” inden for befæstningselementer og var den førende indenlandske grossist. Den nye virksomhed benyttede sig af en leverandør, som de ansatte kendte fra deres tid hos den tidligere arbejdsgiver, ligesom markedsføringen skete ud fra de samme principper som hos den tidligere arbejdsgiver. Sø- og Handelsretten bemærkede for det første, at etableringen af den nye virksomhed var sket i løbet af et par måneder efter at de ansatte var fratrådt ifølge en antaget fælles forståelse, for det andet at der var benyttet samme leverandør, og for det tredje at de anvendte markedsføringsprincipper var indhentet gennem de ansattes erfaring fra ansættelsen hos den tidligere arbejdsgiver.[[81]](#footnote-81) På denne baggrund udtalte Sø- og Handelsretten følgende: *”Etablering af konkurrerende virksomhed findes under disse omstændigheder samlet bedømt at være i strid med god markedsføringsskik jf. markedsføringslovens § 1, hvorfor de af (den tidligere arbejdsgiver)* *nedlagte forbudspåstande … tages til følge”*. Sø- og Handelsretten nedlagde således et forbud, som gik ud på, at den tidligere reklame- og marketingschef og den tidligere salgsdirektør, samt den til formålet etablerede nye virksomhed ikke måtte drive en, med den tidligere arbejdsgiver, konkurrerende virksomhed. Man gik således med Topbolt-afgørelsen ind og forbød etablering og drift af konkurrerende virksomhed med hjemmel i MFL § 1, hvilket var en nyskabelse i dansk ret, da det gik imod udgangspunktet om den frie ret til etablering af konkurrerende virksomhed. Afgørelsen er således også en af de mest vidtgående i forhold til at tillade forbud mod ny konkurrerende virksomhed, etableret af en kreds af samtidigt fratrædende ansatte, og er derfor også blevet stærkt kritiseret af flere teoretikere. Hertil kommer at en kendelse afsagt af Østre Landsret 8. juni 1995 (Lemflora) går i den modsatte retning. I sagen havde tre ansatte gennem en årrække udgjort selskabet Lemfloras afdeling for eksport af potteplanter til det italienske marked. Der var med ingen af de tre indgået konkurrenceklausuler. Planterne blev købt hos danske producenter efter bestillinger fra de enkelte importører igennem Lemflora. Foruden Italien eksporterede Lemflora potteplanter til en række andre europæiske lande. Den 29. november 1994 opsagde alle tre ansatte deres stillinger til fratræden den 31. december 1994, og 1. januar 1995 startede de egen selvstændig virksomhed, med eksport af potteplanter til det italienske marked. I forbindelse hermed indrykkede de en annonce i et italiensk og et dansk fagblad, ligesom de udsendte en pressemeddelelse til en række mulige Italien-kunder, herunder kunder, de tidligere havde betjent hos Lemflora. Der blev i relation hertil, i retten, fremlagt et offentligt tilgængeligt opslagsværk over samtlige italienske virksomheder inden for branchen. De tre ansatte hævdede, at de fra dette opslagsværk havde udvalgt adressaterne for de særskilte meddelelser. Forretningskonceptet var det samme som hos Lemflora, men lignede tillige det almindelige inden for branchen. Lemflora forlangte under sagen i fogedretten, at der blev nedlagt forbud mod den konkurrerende virksomhed, fordi det måtte være i strid med markedsføringslovens § 1, at de tre ansatte kollektivt havde opsagt deres stillinger med henblik på, umiddelbart herefter, at starte egen konkurrerende virksomhed som et direkte plagiat af Lemflora. Fogedretten nægtede at nedlægge forbud med bl.a. følgende begrundelse: (Uddrag) *”Den omstændighed, at rekvisiti kollektivt har opsagt deres stillinger med den hensigt umiddelbart herefter at starte selvstændig virksomhed,* ***findes ikke i sig selv*** (min fremhævning)*at kunne begrunde, at der nedlægges forbud, som begæret af rekvirenten. Det bemærkes herved, at det ikke er godtgjort, at rekvisiti i forbindelse med deres fratræden har søgt at påføre rekvirenten illoyal konkurrence ved fx at medtage resultater, kundeoplysninger eller allerede indgåede salgsordrer”.[[82]](#footnote-82)* Fogedrettens kendelse blev stadfæstet af Landsretten i henhold til grundene.

Topbolt-afgørelsen og Lemflora-kendelsen er i såvel faktum som jus overvejende ens. I begge tilfælde ønskede en tidligere arbejdsgiver et fogedforbud nedlagt over for en kollektivitet af ansattes nyopstartede konkurrerende virksomhed. Der var i begge sager ligeledes tale om virksomheder uden nogen egentlig egen produktion og med en stor kundekreds i en branche, hvor oplysninger om kunder og andre forretningsforbindelser kunne findes i offentlige opslagsværker. Endvidere havde de tidligere ansatte, i begge sager, rettet henvendelse til den tidligere arbejdsgivers forretningsforbindelser, ligesom de havde et indgående kendskab til dennes forretningsforhold. Endelig var de ansatte, i begge sager, fratrådt kollektivt.[[83]](#footnote-83) Der kan derfor være grund til at overveje, hvorfor Sø- og Handelsretten og Østre Landsret kommer til to forskellige resultater.

Som også tidligere nævnt er betingelsen for en overtrædelse af MFL § 1, at der fra de ansattes side foreligger en optræden, som må betegnes som *illoyal*. I Lemflora-kendelsen nævnes begrebet da også direkte flere gange, idet fogedretten bemærker, at det ikke er godtgjort, at de tre tidligere ansatte i forbindelse med deres fratræden havde søgt at påføre Lemflora *illoyal* konkurrence. Endvidere fandt fogedretten det heller ikke godtgjort, ”*at (de tre ansatte) har rettet direkte henvendelse til (arbejdsgiverens) kunder for derved* ***illoyalt*** (min fremhævning) *at formå disse til at følge (de ansatte) i disses nye selskab*”. At Sø- og Handelsretten i Topbolt-afgørelsen omvendt nedlagde forbud mod den konkurrerende virksomhed, kan da eventuelt begrundes i, at der her var tale om en meget massiv kollektiv fratræden af ansatte. Hertil kommer, at den kollektive viden om den tidligere arbejdsgivers forretningsforhold, som den nyetablerede virksomhed i dette tilfælde havde, var meget omfattende, idet der var tale om hele syv tidligere ansatte. Denne omfattende viden, som i realiteten burde have pålagt de tidligere ansatte en forpligtigelse til at udvise en vis tilbageholdenhed ved opstarten af den konkurrerende virksomhed, kan måske være en af årsagerne til, at afgørelsen falder ud som den gør. Endvidere fører det forhold, at de tidligere ansatte anvendte arbejdsgiverens produkter og forretningskoncept og herved ligeledes udøvede et massivt anslag mod dennes kundekreds, til at der måske her i større grad må siges at have forelagt en *illoyal optræden*, hvilket også kan have spillet ind på Sø- og Handelsrettens afgørelse. Endelig kan det også have haft betydning for sagernes forskellige udfald, at der i Lemflora-kendelsen kun var tale om udøvelse af konkurrence over for en del af arbejdsgiverens kundekreds, nemlig den italienske, hvorimod der i Topbolt-afgørelsen var tale om udøvelse af konkurrence over for hele arbejdsgiverens kundekreds. Der er dog stadig ingen tvivl om, at Topbolt-afgørelsen, på trods af ovenstående argumenter, går vidt i forhold til at tillade forbud mod en ny konkurrerende virksomhed, opstartet af en kollektivitet af tidligere ansatte.

En flerhed af tidligere ansattes *konkrete* illoyale handlinger kan være i strid med MFL § 1 eller loyalitetspligten. Efter min vurdering kan konkurrerende virksomhed imidlertid ikke forbydes, så længe driften af denne virksomhed kan adskilles fra de konkrete handlinger, som er i strid med MFL § 1. Derfor kan det også kun vanskeligt tænkes, at et kollektivt anslag *i sig selv* vil være i strid med MFL § 1, og derved danne grundlag for et forbud mod konkurrerende virksomhed. Dette støttes i Lemflora-kendelsen, hvor det af Landsrettens præmisser fremgik, at det forhold, at en kollektivitet af ansatte opsiger deres stillinger for at opstarte konkurrerende virksomhed, *ikke i sig selv* kan begrunde et forbud mod denne virksomhed.

For at et kollektivt anslag mod en tidligere arbejdsgiver skal kunne anses for værende i strid med MFL § 1 kræves det, som nævnt, at der fra de ansattes side udvises en optræden, som kan betegnes som illoyal. En illoyal optræden kan f.eks. bestå i, at de ansatte efter overgangen til den nye konkurrerende virksomhed udnytter særlig viden om den tidligere arbejdsgivers forretningsforhold, kunder, forretningsforbindelser, ansatte mv., ligesom tilfældet var i Topbolt-afgørelsen. Dette fører til, at det forhold, at tidligere ansatte kollektivt opsiger deres stillinger, er uden betydning ved bedømmelsen af hvorvidt MFL § 1 er overtrådt, når blot opsigelserne følger reglerne herfor, og når blot de tidligere ansatte ikke efterfølgende optræder illoyalt overfor arbejdsgiveren. Denne antagelse støttes, foruden Lemflora-kendelsen, i U.2006.2835Ø (Bankdirektøren), hvor en bankdirektør og 17 andre ansatte opsagde og fratrådte deres stillinger i tæt tidsmæssig tilknytning, med overvejende enslydende opsigelsesbreve, for herefter at tage ansættelse i en konkurrerende bank. Landsretten bemærkede, at der ikke var aftalt konkurrenceklausuler, og at det forhold, at en kollektivitet af ansatte samtidig tog ansættelse hos en konkurrerende bank, ikke kunne bevirke den nye arbejdsgivers overtrædelse af MFL § 1.

Det kan således konkluderes, at et kollektivt anslag mod arbejdsgiveren ikke selvstændigt er i strid med MFL § 1. Dette fører til, at en arbejdsgiver for at beskytte sig mod loyale konkurrencehandlinger fra en kollektivitet af tidligere ansatte, må aftale sig ud af situationen ved anvendelse af konkurrence- eller kundeklausuler, da kollektiviteten ikke isoleret set bevirker, at der foreligger en overtrædelse af MFL § 1.

6. En arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser

6.1. En arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser ved overtrædelse af den ansættelsesretlige loyalitetspligt

Overtræder en ansat den loyalitetspligt som påhviler denne over for arbejdsgiveren vil det normalt udgøre en grov misligholdelse, som giver arbejdsgiveren ret til at ophæve ansættelsesforholdet, og altså bortvise den ansatte, standse lønudbetalingen samt kræve erstatning for det tab han har lidt ved denne overtrædelse. En bortvisning indebærer en definitiv afbrydelse af ansættelsesforholdet. For funktionærer gælder funktionærloven og dennes § 4 har følgende ordlyd:

**§ 4.** Hvis funktionæren uberettiget undlader at tiltræde tjenesten eller forlader denne, eller arbejdsgiveren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse af kontrakten fra funktionærens side, har arbejdsgiveren ret til erstatning for det ham derved påførte tab. I tilfælde af ulovlig udeblivelse eller forladen af tjenesten har arbejdsgiveren, medmindre særlige omstændigheder foreligger, mindst krav på en erstatning svarende til en halv måneds løn.

FUL § 4 fastslår således en arbejdsgivers ret til erstatning i tilfælde af funktionærers misligholdelse. Udgangspunktet er, at en arbejdsgiver har ret til erstatning for det ham derved påførte tab, så længe arbejdsgiveren kan dokumentere dette tab. Dette gælder også i tilfælde uden for funktionærloven, hvor en arbejdsgiver tillige kan kræve sit tab erstattet, så længe de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. I Vestre Landsrets dom af 13. marts 2008 (Avancen) drev en ansat, samtidig med sin ansættelse som daglig leder hos arbejdsgiveren, selvstændig virksomhed, som konkurrerede med arbejdsgiveren. Da arbejdsgiveren fik mistanke om, at den ansatte havde udført konkurrerende arbejde, samt at den ansatte i denne virksomhed havde kunder, der tillige var kunder hos arbejdsgiveren, bortviste han den ansatte. Landsretten fandt, at den ansatte, som følge af grov misligholdelse af ansættelsesforholdet var erstatningsansvarlig svarende til den avance som arbejdsgiveren mistede på baggrund af at en fælles kunde fremover ønskede at anvende den ansattes virksomhed. Avancen blev skønsmæssigt fastsat til 300.000 kr. Dommen er et eksempel på arbejdsgiverens ret til erstatning, ved en ansats overtrædelse af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, hvis et tab vel at mærke kan dokumenteres. I mange tilfælde kan det dog være vanskeligt for en arbejdsgiver, dels at skulle dokumentere et lidt tab, og dels at skulle sandsynliggøre at dette tab er en direkte følge af en ansats misligholdelse. I U.2005.2703H (Hairmix) lykkedes det eksempelvis ikke en tidligere arbejdsgiver at dokumentere et lidt tab, på trods af, at Højesteret fandt, at den ansatte havde foretaget handlinger i strid med loyalitetspligten. Vanskelighederne ved at dokumentere et tab, samt at dette tab er en følge af en ansats misligholdelse, fører til at arbejdsgivere i flere tilfælde, afholdes fra at føre erstatningssager mod ansatte, og i stedet alene stopper lønudbetalingen i samtidighed med en bortvisning.

Hvis en illoyal konkurrencehandling først opdages efter et ansættelsesforholds ophør, kan det overvejes, om det er muligt for arbejdsgiveren at tilbageholde løn eller kræve tilbagebetaling af udbetalt løn, selvom der ikke skete en ophævelse af ansættelsesforholdet og den ansatte altså ikke blev bortvist. Vestre Landsrets dom af 31. maj 2005 (Lønudbetalingen) anerkendte ikke en ansats påstand om udbetaling af løn, selvom der ikke var sket ophævelse, fordi det illoyale forhold først blev afdækket efter ansættelsesforholdets ophør. Her var to ansatte, ved en tidligere dom i 2004, blevet dømt erstatningsansvarlige for retsstridig anvendelse af internt materiale fra deres arbejdsgiver ved etableringen af en ny konkurrerende virksomhed. Ved den tidligere dom fik den ene ansatte medhold i udbetaling af løn i en del af opsigelsesperioden for september-november 2000, og søgte ved den nye sag også at få medhold i løn for december 2000, som var den sidste måned i opsigelsesperioden. Heri fik hun ikke medhold, da Landsretten fandt, at hun groft havde tilsidesat sine pligter i december 2000 og derfor ikke, uanset at der ikke var sket bortvisning, fordi forholdet først blev opdaget efter fratrædelsen, kunne kræve løn for denne periode.

Det må på baggrund af ovenstående dom konkluderes, at konstateres det efterfølgende, at en ansat på et tidspunkt groft har misligholdt sine forpligtigelser, kan det stadig begrunde en bortvisning, men har den ansatte i perioden, i dette tilfælde i september-november 2000, stadig udført sit arbejde, er der ikke mulighed for at holde denne løn tilbage. Omvendt fremgår det af dommen, at en arbejdsgiver kan tilbageholde løn, eller omvendt kræve allerede udbetalt løn tilbage, fra det tidspunkt, hvor en ansat begår en væsentlig misligholdelse eller groft tilsidesætter de ansættelsesretlige pligter, i dette tilfælde december 2000, uanset at bortvisningen først sker senere. Dette synspunkt må dog formentlig modificeres i de tilfælde, hvor en ansat rent faktisk fortsætter sin normale udførelse af arbejdet efter misligholdelsen, og dermed reelt tilføjer arbejdsgiveren værdi. En arbejdsgiver vil derfor i disse tilfælde ikke kunne tilbageholde løn, eller kræve erstatning i form af tilbagebetaling af løn, før selve bortvisningstidspunktet.[[84]](#footnote-84)

Sker en misligholdelse omvendt i en fritstillingsperiode, kan andre hensyn gøres gældende. Se f.eks. Østre Landsrets dom af 25. juni 2003 (Tilbagebetalingen 1) hvor en ansat d. 6. januar 2000 var blevet sagt op og fritstillet. Ved skrivelse af 29. februar 2000 blev den ansatte bortvist, idet han pr. 1. februar havde fået en stilling hos en konkurrerende virksomhed. Den ansatte var fortsat omfattet af sin loyalitetspligt overfor arbejdsgiveren, og bortvisningen var derfor berettiget. Den ansatte skulle derfor betale løn for februar måned tilbage. Således også i U.1986.190H (Tilbagebetalingen 2), hvor en ansat var opsagt og fritstillet i opsigelsesperioden. Da arbejdsgiveren konstaterede, at den ansatte havde påbegyndt konkurrerende virksomhed, stoppede han udbetalingerne og krævede udbetalt løn efter fratræden tilbagebetalt. Sø- og Handelsretten gav arbejdsgiveren medhold heri, mens Højesteret stadfæstede med den begrundelse, at der ikke var rejst indsigelse mod tilbagebetalingskravet for Højesteret. Dommene giver udtryk for det synspunkt, at en ansat ikke kan udøve konkurrerende virksomhed, mens han oppebærer løn fra arbejdsgiveren, og da der ikke er ydet arbejde for lønnen, må den tilbagebetales, hvilket også er et meget fornuftigt synspunkt.

Det er vigtigt, at en arbejdsgiver straks tager konsekvensen af kendskabet til konkurrerende aktiviteter. Han kan ikke lade tiden gå, for at prøve at undgå, at den ansatte efter en bortvisning mere aktivt påbegynder den konkurrerende virksomhed, og alligevel kræve lønnen tilbagebetalt. En arbejdsgiver kunne, i tilfælde hvor det at undgå konkurrencehandlinger vejer tungere end betaling af løn til den ansatte, være fristet til at undlade at bortvise den ansatte og i stedet blot opsige og suspendere denne, netop for at fastholde den pågældende i en loyalitetspligt i opsigelsesperioden. Arbejdsgiveren skal dog være opmærksom på, at almindelige grundsætninger om passivitet og stiltiende accept vil kunne finde anvendelse med det resultat at arbejdsgiveren kan miste sine rettigheder - især i forhold til tilbagebetaling af den løn, som arbejdsgiveren er vedblevet med at betale på trods af den ansattes konstaterede overtrædelse af loyalitetspligten.

Overtræder en ansat loyalitetspligten udgør det endvidere et retsstridigt forhold, som kan gøres til genstand for at arbejdsgiveren får nedlagt et fogedforbud, men eftersom et ansættelsesforhold udløber med et varsel, som sjældent er længere end 3-6 måneder, eller ophører endnu tidligere f.eks. som følge af en bortvisning, mister loyalitetspligten hurtigt sin betydning som selvstændigt grundlag for fogedforbud. Dette betyder også, at medmindre der kan statueres et brud på markedsføringsloven, vil forbudsbetingelserne ofte kun være opfyldt for en periode svarende til opsigelsesvarslet.[[85]](#footnote-85) Det kan dog tænkes, at konkurrencehandlinger under et ansættelsesforhold kan inddrages i vurderingen af hvorvidt MFL § 1 er overtrådt, og derigennem få betydning for arbejdsgiverens mulighed for nedlæggelse af et fogedforbud.

6.2. Retsmidler og sanktionsmuligheder ved overtrædelse af MFL §§ 1 og 19

6.2.1. MFL § 20

Retsmidlerne ved overtrædelse af reglerne i markedsføringsloven er beskrevet i lovens § 20 som har følgende ordlyd:

**§ 20.** Handlinger i strid med loven kan forbydes ved dom. I forbindelse hermed eller senere kan der ved dom gives sådanne påbud, som må anses for nødvendige for at sikre

1. forbuddets overholdelse, herunder ved bestemmelse om, at aftaler, som indgås i strid med et forbud, er ugyldige, og
2. genoprettelse af den forud for den ulovlige handling eksisterende tilstand, herunder om tilintetgørelse eller tilbagekaldelse af produkter og om udsendelse af oplysninger eller berigtigelse af angivelser.

Stk. 2. Handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.

Stk. 3. Den, der krænker eller uberettiget udnytter en andens ret i strid med denne lov, skal betale et rimeligt vederlag herfor.

Stk. 4. Foreligger der hverken forsæt eller uagtsomhed, skal den, der har krænket eller udnyttet en ret i strid med denne lov, betale et vederlag efter stk. 3, i det omfang det skønnes rimeligt.

6.2.1.1. Forbud og påbud

MFL § 20, stk. 1, 1. pkt. giver mulighed for, ved dom, at forbyde en handling, der er i strid med lovens bestemmelser. I de tilfælde, hvor en handling er i strid med loven på et objektivt grundlag, kan den forbydes, uanset om der foreligger god tro hos den udøvende. Der er således ikke knyttet subjektive betingelser til bestemmelsens anvendelse. En forbudssag kan rette sig mod en aktuel handling i markedet, men kan også rettes mod uretmæssige handlinger, der forberedes.[[86]](#footnote-86) Får en arbejdsgiver nedlagt et forbud, udgør det et effektivt retsmiddel til at formindske eller hindre skadevirkningerne ved tidligere ansattes udøvelse af retsstridige konkurrencehandlinger.

Forbudssager efter MFL § 20 føres i overensstemmelse med de almindelige processuelle regler i retsplejeloven. De grundlæggende betingelser for nedlæggelse af et fogedforbud fremgår af RPL §§ 642-644.

**§ 642**. Forbud kan nedlægges, såfremt det godtgøres eller sandsynliggøres:

1) at de handlinger, der søges forbudt, strider mod rekvirentens ret,

2) at rekvisitus vil foretage de handlinger, som søges forbudt, og

3) at formålet vil forspildes, såfremt rekvirenten henvises til at gøre sin ret gældende ved almindelig rettergang.

**§ 643**. Forbud kan ikke nedlægges, når det skønnes, at lovens almindelige regler om straf og erstatning og eventuelt en af rekvisitus tilbudt sikkerhed yder rekvirenten tilstrækkeligt værn.

Stk. 2. Fogedretten kan nægte at nedlægge forbud, såfremt det vil påføre rekvisitus skade eller ulempe, der står i åbenbart misforhold til rekvirentens interesse i forbuddets nedlæggelse.

**§ 644.** Fogedretten kan bestemme, at rekvirenten som betingelse for forbuddets nedlæggelse skal stille sikkerhed for den skade og ulempe, som kan påføres rekvisitus ved forbuddet.

Stk. 2. Fogedretten bestemmer sikkerhedens art og størrelse.

Stk. 3. Har fogedretten stillet krav om sikkerhed, nedlægges forbuddet først, når den forlangte sikkerhed er stillet. Fogedretten giver parterne meddelelse om tidspunktet for forbuddets nedlæggelse, såfremt dette tidspunkt ikke allerede er meddelt i et retsmøde, jf. § 162.

Bestemmelserne opstiller de betingelser, som skal være opfyldt for, at der i sager om tidligere ansattes illoyale konkurrencehandlinger, kan opnås et fogedforbud mod disse. Opfylder en arbejdsgiver således disse betingelser, kan han, ved dom, få nedlagt forbud mod de, af den tidligere ansatte udførte, konkurrencehandlinger som er retsstridige.

Man kunne forestille sig en situation, hvor en tidligere ansat får ansættelse i en konkurrerende virksomhed i en stilling af samme art som den han forlod, og hvor det med en højere grad af sandsynlighed ligger fast, at denne kun kan udføre sine arbejdsopgaver ved anvendelse af den tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder. Et spørgsmål i denne sammenhæng kan være, om man med hjemmel i MFL § 19, stk. 2 kan pålægge en ansat et egentligt ansættelses/samarbejdsforbud. Samme problemstilling kunne rejses i den situation, hvor en tidligere ansat starter egen virksomhed op. U.1980.717H (Tørpapir) viser, at MFL § 19 i særlige situationer kan anvendes som hjemmel for et egentligt samarbejdsforbud. Sø- og Handelsretten lagde i dommen til grund, *”at de sagsøgte … under deres langvarige ansættelse i ledende stillinger hos sagsøgeren har opnået et indgående kendskab til sagsøgerens forsknings- og udviklingsarbejde med hensyn til tørpapirfremstilling”* og at *”retten må anse* ***en sådan adskillelse af deres viden*** *(hemmelige og alment tilgængelige)* ***for umulig*** (min fremhævelse) *i tilfælde som det foreliggende, hvor de kort tid efter deres fratræden hos sagsøgeren overgik til beskæftigelse i en anden virksomhed, der arbejdede med udviklingsprojekter, hvis målsætning var identisk med den, de hidtil havde arbejdet med”*. Sø- og Handelsretten nedlagde herefter forbud mod kontakt med en nærmere defineret kundekreds i en periode på 3 år fra de ansattes fratræden. Højesteret, som stadfæstede, fastslog, at *”appellanterne har som følge af den særlige karakter af indstævntes virksomhed og deres stilling og arbejdsopgaver i denne været uberettigede til at indlede det i dommen beskrevne samarbejde om en tilsvarende produktudvikling”*. Dommen er af ældre dato, og der kan ikke herske nogen tvivl om, at domstolene kun vil anvende muligheden for et egentligt samarbejdsforbud, som en absolut undtagelse i de tilfælde, hvor de pågældende erhvervshemmeligheder har en særlig styrke og karakter, og hvor det ligger fast, at det nye samarbejde kun vil kunne udføres under anvendelse af de erhvervshemmeligheder, som en ansat eller samarbejdspart har fra et tidligere samarbejde. Formentlig må det også være en betingelse for anvendelsen af denne vidtgående undtagelse, at andre retsmidler ikke på tilsvarende vis kan beskytte den krænkede arbejdsgiver.[[87]](#footnote-87)

Hvor længe et forbud skal gælde, beror på en vurdering af, hvor længe forbudsbetingelserne kan anses for opfyldte. Det klassiske, maksimale, udgangspunkt er 3 år, men forbud nedlægges ofte også for kortere perioder.

MFL § 20, stk. 1, 2. pkt., nr. 1 og 2 giver hjemmel til, i forbindelse med afsigelse af en forbudsdom eller senere, at udstede påbud, som må anses for nødvendige. Bestemmelsen giver ikke adgang til at udstede påbud af enhver art, og der må således foretages en konkret vurdering af, hvorvidt et påbud kan udstedes. Et påbud skal som nævnt være *nødvendigt* for at sikre overholdelsen af en forbudsdom eller genoprettelsen af en tidligere, forud for den ulovlige handling, eksisterende tilstand. Ordet *nødvendig* indebærer formentlig, at der skal foreligge et tilstrækkeligt klart grundlag for at bringe det supplerende retsmiddel i anvendelse udover selve hovedindholdet i en dom. Det er derfor også nødvendigt, at fastholde et vist krav om proportionalitet ved anvendelsen af påbud.[[88]](#footnote-88)

6.2.1.2. Erstatning

Ifølge MFL § 20, stk. 2 pådrager handlinger i strid med loven erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler. Ansvarsgrundlaget er således sædvanligt culpaansvar. I øvrigt skal de almindelige erstatningsbetingelser skal være opfyldt, såsom kausalitet, adækvans, ingen egen skyld samt dokumentation af et tab. Særligt betingelsen om kausalitet og dokumentationen af et lidt tab volder ofte problemer for arbejdsgiveren, som har bevisbyrden for, at det lidte tab er et resultat af den tidligere ansattes retsstridige handlinger og ikke en konsekvens af retsmæssig konkurrence. Dette fører ofte også til, at i de tilfælde, hvor domstolene tilkender arbejdsgiveren en erstatning, udvises fra disses side en vis forsigtighed ved udmålingen af denne, som næsten altid fastsættes skønsmæssigt.[[89]](#footnote-89)

6.2.1.3. Vederlag

Det følger af MFL § 20, stk. 3, at den, der krænker eller uberettiget udnytter en andens ret i strid med loven, skal betale et rimeligt vederlag herfor. Bestemmelsen er ny og baggrunden for indførelsen var, at muligheden for at opnå en erstatning svarende til de økonomiske konsekvenser, som en konkurrents retsstridige handlinger kunne have for en virksomhed, ikke altid var (og er) tilstrækkelig gode. Dette skyldes primært, at muligheden for at få tilkendt en erstatning forudsætter, at en virksomhed kan føre bevis for, at denne har lidt et tab ved f.eks. produktefterligninger eller konceptefterligninger jf. MFL § 1 eller ved ubeføjet brug af erhvervshemmeligheder jf. MFL § 19, stk. 2. Tilkendelse af et rimeligt vederlag efter bestemmelsen er ikke betinget af, at der kan dokumenteres et tab, men er en standardiseret erstatning, der udmåles på baggrund af, hvad rettighedshaveren ville kunne have opnået, såfremt der var indgået en aftale (typisk en licensaftale) om udnyttelse eller anvendelse. Kan rettighedshaveren herudover dokumentere et tab, i form af eksempelvis et afsætningstab eller en markedsforstyrrelse, kan dette dækkes med udgangspunkt i de almindelige erstatningsretlige regler.[[90]](#footnote-90)

Efter MFL § 20, stk. 4 gælder det, at foreligger der hverken forsæt eller uagtsomhed, skal den, der har krænket eller udnyttet en ret i strid med loven, betale et vederlag efter stk. 3, i det omfang det skønnes rimeligt. Bestemmelsen omfatter efter sin ordlyd krænkelser eller udnyttelser i god tro, men giver kun arbejdsgiveren ret til et vederlag, såfremt det *skønnes rimeligt*.

6.2.2. Straf og påtale

MFL § 30, stk. 3 er lovens hovedbestemmelse om straf. MFL § 30, stk. 3 har følgende ordlyd:

**§ 30, stk. 3.** ”Overtrædelse af bestemmelserne i § 3, stk. 1-3, §§ 4-6, § 8, stk. 2, §§ 9-11, § 13, stk. 1-4, § 15, stk. 3, og § 16, stk. 1-4, og forsætlig overtrædelse af § 18 straffes med bøde, medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning. Overtrædelser af § 3, stk. 2 og 3, der består i skadelig omtale af en anden erhvervsdrivende eller af forhold, der særlig angår den pågældende, er undergivet privat påtale”.

De subjektive krav for at straffe en overtrædelse af loven er uagtsomhed eller forsæt, jf. straffelovens § 19.

MFL § 30, stk. 4 har følgende ordlyd:

**§ 30, stk. 4.** ”Overtrædelse af § 19 straffes med bøde eller fængsel indtil 1 år og 6 måneder, medmindre højere straf er forskyldt efter straffelovens § 299a. Påtale finder kun sted efter den forurettedes begæring”.

Ingen af disse bestemmelser nævner MFL § 1, hvilket betyder, at overtrædelse af denne bestemmelse ikke er strafbelagt. Overtrædelse af MFL § 19 kan derimod resultere i en bøde eller fængsel indtil 1 år og 6 måneder. Som det fremgår af MFL § 30, stk. 4 er bestemmelsen underlagt privat påtale, hvilket betyder, at strafferetlig forfølgelse kun sker, såfremt den krænkede selv anmelder forholdet. Her er det vigtigt at erindre, at MFL § 19, stk. 2 kun gælder i 3 år efter ansættelsesforholdets ophør, og efter udløbet af denne periode kan en overtrædelse heraf ikke strafforfølges.

7. Opsamling på kapitel 2

7.1. En arbejdsgivers beskyttelse mod konkurrencehandlinger under et ansættelsesforhold

Fra det tidspunkt hvor en ansættelsesaftale underskrives af en ansat, er denne underlagt en række forpligtigelser overfor arbejdsgiveren. En af disse forpligtigelser er den ansættelsesretlige loyalitetspligt, hvorefter en ansat skal afstå fra at foretage handlinger, der kan skade arbejdsgiveren. Loyalitetspligten indebærer et forbud mod konkurrencehandlinger mod en arbejdsgiver, hvilket betyder, at arbejdsgiven under hele ansættelsesforholdet er beskyttet mod konkurrence fra sine ansatte. Loyalitetspligten udgør derfor også et, for arbejdsgiveren, betydeligt værn mod konkurrencehandlinger foretaget af ansatte.

Udgangspunktet er, at loyalitetspligten følger arbejdsgiverens vederlagsforpligtigelse og derfor ophører samtidig med selve ansættelsesforholdet. Dette betyder også, at loyalitetspligten består i en opsigelsesperiode, herunder i en fritstillingsperiode. Det har i teorien været diskuteret, hvorvidt loyalitetspligten, efter en bortvisning, skal være gældende i den stipulerede opsigelsesperiode. I de tilfælde, hvor en ansats misligholdelse består i konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren, bør der, efter min vurdering, gælde en undtagelse til udgangspunktet, således at en ansat, i et sådant tilfælde, fortsat er bundet af loyalitetspligten i den stipulerede opsigelsesperiode. Retsstillingen er dog uafklaret i retspraksis, og man må derfor afvente domstolenes stillingtagen til problemstillingen.

På trods af at loyalitetspligten indeholder et generelt forbud mod konkurrencehandlinger, er en ansat dog, i en opsigelsesperiode, berettiget til at udøve visse forberedende handlinger i konkurrenceøjemed. Det er imidlertid ikke alle forberedelseshandlinger som er tilladte. Ved vurderingen af tilladeligheden er det væsentligste kriterium i praksis den forberedende handlings skadevirkning. En ansat kan således ikke foretage forberedelseshandlinger som har en potentiel *aktuel* skadevirkning på arbejdsgiveren. Omvendt er det tilladt for en ansat at foretage forberedelseshandlinger, som indebærer en *fremtidig* potentiel skadevirkning på arbejdsgiveren, derved at den ansatte er klar til, straks efter fratræden, at påføre denne konkurrence.

Den ansættelsesretlige loyalitetspligt beskytter tillige en arbejdsgiver mod et kollektivt anslag fra ansattes side, dog således at arbejdsgiveren alene er berettiget til at foretage ansættelsesretlige skridt mod disse, i form af advarsel, opsigelse eller i grove tilfælde bortvisning, men ikke alene med baggrund i loyalitetspligten, kan nedlægge forbud mod de ansattes etablering af, eller ansættelse i, konkurrerende virksomhed.

En arbejdsgiver er, som følge af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, også beskyttet mod en ansats udtalelse på et socialt medie, som har karakter af en egentlig konkurrencehandling. Dette kan eksempelvis være en udtalelse, hvori en ansat reklamerer for enten dennes egen selvstændige fremtidige konkurrerende virksomhed eller kommende konkurrerende arbejdsgiver. Det er en betingelse for, at loyalitetspligten i et sådant tilfælde er overtrådt, at udtalelsen på det sociale medie er fremsat over for en bredere kreds heriblandt bl.a. de af arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser som den ansatte måtte være ”venner” med på mediet, samt at det var påregneligt for den ansatte, at udtalelsen ville nå ud over den personlige sfære.

En arbejdsgiver er under et ansættelsesforhold, foruden den ansættelsesretlige loyalitetspligt, beskyttet mod ansattes *illoyale* konkurrencehandlinger i medfør af markedsføringsloven, især dennes §§ 1 og 19. Bestemmelserne i markedsføringsloven får dog i langt de fleste tilfælde først selvstændig betydning efter ophøret af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, da denne medfører en videregående forpligtigelse for en ansat end bestemmelserne i markedsføringsloven. Dette følger af, at den ansættelsesretlige loyalitetspligt indeholder et generelt forbud mod konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren, hvorimod bestemmelserne i markedsføringsloven alene indeholder et forbud mod *illoyal* konkurrence mod denne.

Overtræder en ansat loyalitetspligten ved at udøve konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren, berettiger denne udøvelse som hovedregel arbejdsgiveren til at bortvise den pågældende. Denne berettigelse følger naturligt af, at loyalitetspligten indeholder et generelt forbud mod konkurrencehandlinger, og at det således stort set altid vil være en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet at udøve sådanne handlinger. Hertil kommer, at arbejdsgiveren, i de tilfælde, hvor han kan dokumentere et tab som følge af en ansats konkurrencehandlinger, har krav på erstatning for dette tab, såfremt de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldte.

7.2. En arbejdsgivers beskyttelse mod konkurrencehandlinger efter et ansættelsesforholds ophør

En arbejdsgiver er efter et ansættelsesforholds ophør beskyttet mod ansattes *illoyale* konkurrencehandlinger i medfør af markedsføringsloven, især dennes §§ 1 og 19, stk. 2.

Beskyttelsen af arbejdsgiveren kommer til udtryk i MFL § 1 i form af begrebet ”god markedsføringsskik”. Udgangspunktet for bestemmelsen er dog, at hvis en ansat ikke er underlagt en konkurrenceklausul, er det tilladt for denne at udføre konkurrencehandlinger over for sin tidligere arbejdsgiver, så længe den ansatte ikke handler utilbørligt eller urimeligt. Dette betyder, at MFL § 1 ”kun” beskytter arbejdsgiveren mod en tidligere ansats *illoyale* konkurrencehandlinger. Bestemmelsen omfatter således ikke de tilfælde hvor tidligere ansatte foretager en generel markedsbearbejdning og markedsfører overfor en bredere, udefineret kreds af kunder og forretningsforbindelser, dette på trods af, at den tidligere arbejdsgivers kunder og forretningsforbindelser måtte være omfattet af denne kreds. Hertil kommer, at MFL § 1 kun finder anvendelse i forhold til en tidligere ansat, hvis denne udøver erhvervsvirksomhed. Bestemmelsen finder således ikke anvendelse i de tilfælde, hvor en tidligere ansat får ansættelse i en konkurrerende virksomhed og herfra udøver konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren, da den ansatte ikke i denne situation optræder som en selvstændig aktør. Endelig beskytter MFL § 1 ikke en arbejdsgiver mod, at en kollektivitet af ansatte etablerer, eller tager ansættelse i, en konkurrerende virksomhed. Dette skyldes, at kollektiviteten ikke isoleret set, *i sig selv,* udgør en *illoyal* handling i strid med MFL § 1.

MFL § 1 har traditionelt beskyttet en arbejdsgiver i de situationer, hvor en tidligere ansat har etableret konkurrerende virksomhed, og i medfør af denne har rettet henvendelse til den tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsforbindelser i konkurrenceøjemed, og hvor disse henvendelser har været direkte, selektive og systematiske. MFL § 1 er også anvendt som beskyttelse af en arbejdsgiver i de såkaldte plagiatsager og konceptefterligningssager. Fælles for sagerne er, at den tidligere ansatte på den ene eller anden måde har optrådt illoyalt, ofte i den hensigt, at opnå et uberettiget tidsforspring i konkurrencen. Det er da netop også i sådanne situationer, at formålet med indførelsen af MFL § 1, nemlig at skabe hjemmel til at gribe ind overfor konkurrencehandlinger, der efter en almindelig opfattelse er i strid med redelig handlemåde, slår igennem.

Det må konkluderes, at MFL § 1 giver en arbejdsgiver en vis beskyttelse, derved at den beskytter mod en tidligere ansats illoyale konkurrencehandlinger, hvis denne vel at mærke er erhvervsdrivende og ikke almindelig ansat. Endvidere bliver der i de tilfælde, hvor der er tale om konkurrencehandlinger foretaget af en tidligere ansat, tale om en skærpet bedømmelse af hvorvidt MFL § 1 er overtrådt eller ej. Ønsker en arbejdsgiver derimod en generel beskyttelse mod en tidligere ansats konkurrencehandlinger, er disse handlinger ikke omfattet af MFL § 1, og arbejdsgiveren må derfor med den pågældende indgå en konkurrenceklausul.

MFL § 19 beskytter de af den tidligere arbejdsgivers erhvervshemmeligheder, som ikke er offentligt tilgængelige, eller af den tidligere arbejdsgiver er brugt i en bredere kreds. MFL § 19, stk. 2 beskytter en arbejdsgivers erhvervshemmeligheder ved at indeholde et forbud mod ansattes og tidligere ansattes ubeføjede viderebringelse eller benyttelse af disse, således at ansatte eller tidligere ansatte ikke på baggrund af oplysningerne kan udnytte arbejdsgiverens investeringer og indsats. MFL § 19, stk. 2 beskytter en arbejdsgiver, mod ubeføjet viderebringelse eller benyttelse, uanset om dette sker som led i en tidligere ansats udøvelse af egen selvstændig konkurrerende virksomhed, eller som led i dennes ansættelse hos en konkurrerende virksomhed.

Erhvervshemmeligheder kan være tekniske og produktionsmæssige hemmeligheder samt kommercielle hemmeligheder. De kommercielle hemmeligheder kan eksempelvis være kundelister, og netop i forbindelse med sådanne lister, har det i teorien været diskuteret hvorvidt en kontaktliste på et socialt medie, oparbejdet som led i et ansættelsesforhold, udgør en erhvervshemmelighed eller ej. Det er konkluderet, at så længe indholdet af en sådan kontaktliste ikke kan anses for offentligt tilgængeligt, udgør den en erhvervshemmelighed i MFL § 19, stk. 2’s forstand. Dette betyder også at en arbejdsgiver, kan kræve en sådan kontaktliste, inddrevet eller slettet, på samme måde som han kan inddrive andre fortrolige dokumenter ved en ansats fratræde. Det er endvidere konkluderet, at er en kontaktliste på et socialt medie skabt som et led i et ansættelsesforhold, er det reelt arbejdsgiveren som ejer disse arbejdsrelaterede kontakter.

Det er det klare udgangspunkt, at en tidligere ansat, så længe denne ikke er omfattet af en konkurrenceklausul, har fri adgang til erhverv og til frit at kunne anvende tilgængelig viden. Dette fører til den konklusion, at MFL § 19, stk. 2 udelukkende beskytter viden, som er specifik for den enkelte arbejdsgiver, hvilket vil sige den specifikke viden, som en tidligere ansat har om arbejdsgiverens interne forhold, kunder, forretningsforbindelser samt produkter og ydelser i markedet, og som er opnået gennem ansættelsesforholdet. Dette betyder omvendt, at en arbejdsgiver ikke, i medfør af MFL § 19, stk. 2, er beskyttet mod tidligere ansattes udnyttelse af deres grundlæggende faglige kvalifikationer som almindelig brancheindsigt, uddannelse og erhvervserfaring. Dette på trods af, at denne indsigt og erfaring er opnået gennem en mangeårig ansættelse hos den tidligere arbejdsgiver.

MFL § 19, stk. 2 giver arbejdsgiveren en beskyttelse mod tidligere ansattes konkurrencehandlinger derved at disse ikke, hverken i et ansættelsesforhold hos en konkurrerende virksomhed eller ved etablering af egen konkurrerende virksomhed, må udnytte eller videregive arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder, hvilket kan være afgørende for arbejdsgiverens konkurrenceevne på markedet. MFL § 19, stk. 2 beskytter endvidere arbejdsgiveren mod at dennes indsatser og investeringer udnyttes til at give en tidligere ansat eller dennes nye arbejdsgiver et uretmæssigt forspring i konkurrencen. Udfordringen for arbejdsgiveren ved anvendelsen af MFL § 19, stk. 2 er dog at skulle godtgøre, at der er tale om en tidligere ansats udnyttelse af en erhvervshemmelighed og ikke udnyttelse af dennes grundlæggende faglige kvalifikationer.

7.3. Bør en arbejdsgiver fremhæve eller indskærpe den ikke-aftalte konkurrencebeskyttelse i en loyalitetsklausul?

En arbejdsgivers ikke-aftalte konkurrence beskyttelse i form af den ansættelsesretlige loyalitetspligt og MFL §§ 1 og 19 gælder naturligvis fuldt ud, uanset om dette er fremhævet for en ansat eller tidligere ansat i en kontrakt. Spørgsmålet er, om det forhold, at en arbejdsgiver i en såkaldt loyalitetsklausul fremhæver eller indskærper en loyalitetspligt eller et forbud mod illoyal konkurrence, giver denne en retsmæssig bedre stilling ved overtrædelse.

Loyalitetsklausuler ses undertiden i ansættelsesforhold. Beskriver eller fremhæver en sådan klausul blot den allerede, uden aftale, gældende loyalitetspligt i ansættelsesforholdet vil den normalt være uproblematisk. Problematikken opstår i de tilfælde, hvor en loyalitetsklausul efter sit indhold rækker videre end de allerede gældende forpligtigelser. Gyldigheden af en sådan mere vidtrækkende loyalitets- eller tavshedsklausul må bedømmes efter funktionærlovens § 21[[91]](#footnote-91), for så vidt angår funktionærer, aftalelovens §§ 36[[92]](#footnote-92) og 38[[93]](#footnote-93) samt almindelige fortolkningsprincipper.

Et spørgsmål kan være, hvorvidt en klausul, som udvider området for en loyalitetspligt, i forhold til det almindeligt gældende, i sig selv strider mod funktionærloven og dennes § 21. Et eksempel kan være, at en loyalitetsklausul forbyder forberedelseshandlinger og jobsøgninger uden forudgående underretning af arbejdsgiveren. Jeppe Høyer Jørgensen argumenterer for, at loyalitetspligten er forudsat i funktionærloven, og at dette udgangspunkt derfor ikke bør kunne fraviges ved en klausul i retning af at udvide forpligtigelsen udover det i funktionærloven forudsatte.[[94]](#footnote-94) Østre Landsrets dom af 28. oktober 2004 (Weteco) støtter denne argumentation. I dommen blev en konventionalbod for overtrædelse af en loyalitetsklausul, som gjaldt under ansættelsen, tilsidesat som stridende mod funktionærlovens §§ 4 og 21. Dette taler for, at en loyalitetsklausul formentlig ikke kan udvides udover det som er forudsat i funktionærloven.

Morten Langer argumenterer med baggrund i Østre Landsrets dom af 14. december 2006 (IT-afdelingslederen) for, at det omvendt kan have betydning for vurderingen af, om en ansat har tilsidesat sin loyalitetsforpligtigelse, at loyalitetspligten er blevet indskærpet over for denne, evt. i forbindelse med den ansattes opsigelse.[[95]](#footnote-95) Dommen angik en IT-afdelingsleder som var blevet opsagt i nær tilknytning til at hendes samlever havde fratrådt sin stilling fra samme arbejdsplads for at starte en med arbejdsgiveren konkurrerende virksomhed. Opsigelsen var begrundet i en eksisterende risiko for illoyalitet, og i forbindelse med opsigelsen blev loyalitetsforpligtigelsen derfor indskærpet af arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren blev i opsigelsesperioden bekendt med, at den ansatte havde kontaktet en samarbejdspartner om forhold, som var relateret til samleverens virksomhed og bortviste hende derfor. Landsretten fandt bortvisningen berettiget og lagde bl.a. vægt på, at IT-afdelingslederen, på grund af arbejdsgiverens indskærpelse af hendes loyalitetsforpligtigelse, havde haft en særlig anledning til at være opmærksom på, om hendes handlinger kunne opfattes som illoyale.

Det er, på trods af ovenstående dom, dog vigtigt at holde fast i, at loyalitetspligten i et ansættelsesforhold er vidtgående og normal tilstrækkelig til at værne arbejdsgiveren mod konkurrenceskridt og brug af interne oplysninger i konkurrenceøjemed, og der vil derfor også normalt gælde en formodning om, at klausulbaserede bestemmelser om loyalitet udgør en bekræftelse af de allerede bestående loyalitetsforpligtigelser. Dette fører til, at der må kræves særlige holdepunkter for at antage, at klausulbaserede loyalitetsforpligtigelser rækker videre, end hvad der allerede følger af den ansættelsesretlige loyalitetspligt. Dette betyder også, at loyalitetsklausuler, som rækker videre end hvad der kan indfortolkes i de almindelige loyalitetsforpligtigelser, som gælder uden aftale, må underkastes en indskrænkende og restriktiv fortolkning efter funktionærlovens § 21 eller aftalelovens §§ 36 og 38. På denne baggrund må det konkluderes, at en arbejdsgiver ikke behøver at fremhæve den ikke-aftalte konkurrencebeskyttelse i en loyalitetsklausul for at opnå en bedre retsstilling ved en ansats overtrædelse af loyalitetspligten, da denne gælder fuldt ud uden vedtagelse mellem parterne. Derimod kan det have betydning, at loyalitetspligten er blevet indskærpet over for en ansat, da dette kan indgå i vurderingen af hvorvidt den ansatte har tilsidesat sin loyalitetsforpligtigelse jf. Østre Landsrets dom af 14. december 2006 (IT-afdelingslederen).

En arbejdsgiver skal være opmærksom på at klausuler indeholdende en udvidelse af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, vil blive underlagt en indskrænkende fortolkning og at han derfor risikerer, at en sådan klausul bliver tilsidesat ved domstolene. Det samme gælder for en loyalitets- eller tavshedsklausul indeholdende en udvidelse af reglerne i MFL §§ 1 eller 19. Dette følger af, at bestemmelserne allerede indeholder en afbalancering af på den ene side hensynet til den ansattes frie etableringsret og ret til fri konkurrence, og på den anden side arbejdsgiverens behov for at konkurrencehandlinger sker i overensstemmelse med god markedsføringsskik samt dennes behov for beskyttelse af interne fortrolige oplysninger og viden.

Dette betyder, at i det omfang at klausuler, pålægger ansatte eller tidligere ansatte en forpligtelse udover beskyttelsen i disse bestemmelser, beror det på almindelige principper om fortolkning af bebyrdende bestemmelser samt aftalelovens §§ 36 og 38, om sådanne kan håndhæves efter deres indhold. Ønsker en arbejdsgiver derfor en tilstrækkelig klar beskyttelse mod en ansats eller tidligere ansats *loyale* konkurrencehandlinger udover, hvad der følger af den almindelige ikke-aftalte konkurrencebeskyttelse i form af den ansættelsesretlige loyalitetspligt og MFL §§ 1 og 19, er denne nødsaget til at udarbejde og indgå en konkurrence- eller kundeklausul med den pågældende.

# Kapitel 3 – En arbejdsgivers aftalte konkurrencebeskyttelse

1. Indledning

Dette kapitel omhandler arbejdsgiverens aftalte beskyttelse mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte i form af såkaldte konkurrence- og kundeklausuler. En aftalt konkurrencebeskyttelse er en beskyttelse, som tilkommer en arbejdsgiver som følge af en udtrykkelig vedtagelse herom. Som aftalt konkurrencebeskyttelse anses således ikke en beskyttelse, som alene følger af, at der består, eller har bestået, et ansættelsesforhold mellem parterne.

I kapitlet belyses hvilken yderligere beskyttelse, mod ansattes og tidligere ansattes konkurrencehandlinger, en arbejdsgiver opnår ved at indgå konkurrence- og kundeklausuler med disse, foruden den beskyttelse som allerede følger af den ansættelsesretlige loyalitetspligt og reglerne i markedsføringsloven. Kapitlet vil endvidere belyse de lovbestemte begrænsninger, som en arbejdsgiver skal være opmærksom på i forbindelse med udfærdigelse og indgåelse af en konkurrence- eller kundeklausul. Endelig vil kapitlet belyse en arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser ved en ansats eller tidligere ansats overtrædelse af en konkurrence- eller kundeklausul.

1.1. Konkurrenceklausuler

”*Ved en konkurrenceklausul forstås en klausul, der hindrer en tidligere medarbejder i direkte eller indirekte at blive økonomisk interesseret i nogen virksomhed eller blive ansat i en virksomhed, der helt eller delvist konkurrerer med den virksomhed, medarbejderens tidligere arbejdsgiver driver på det tidspunkt, hvor klausulen bliver virksom.”*[[96]](#footnote-96)

Konkurrenceklausuler er for funktionærers vedkommende reguleret i FUL § 18 samt i AFTL §§ 36 og 38. I de tilfælde, hvor der er tale om ikke-funktionærer, reguleres konkurrenceklausuler alene af reglerne i AFTL §§ 36 og 38.

Mens MFL §§ 1 og 19 indeholder legale begrænsninger i en ansats eller tidligere ansats *illoyale* konkurrence mod arbejdsgiveren, vedrører FUL § 18 og AFTL §§ 36 og 38 mulighederne for at begrænse en ansats eller tidligere ansats *loyale* konkurrence mod arbejdsgiveren. Det er slået fast, at en ansat efter fratræden er berettiget til at påbegynde egen selvstændig virksomhed i konkurrence med arbejdsgiveren, eller til at tage ansættelse i en med arbejdsgiveren konkurrerende virksomhed. En arbejdsgiver, som ønsker at sikre sig mod en sådan loyal konkurrence fra tidligere ansatte, må derfor sikre sig ved at vise rettidig omhyggelighed og aftale konkurrenceklausuler med de ansatte, fra hvilke denne ikke ønsker loyal konkurrence efter ansættelsesforholdets ophør.

1.2. Kundeklausuler

*”Ved en kundeklausul … forstås en klausul, der hindrer en medarbejder i direkte eller indirekte at tage ansættelse hos eller direkte eller indirekte på anden måde end ansat at have erhvervsmæssig kontakt med kunder, som medarbejderen tidligere hos arbejdsgiveren havde forretningsmæssig forbindelse med.”[[97]](#footnote-97)*

FUL § 18 og AFTL § 38 vedrører kun konkurrenceklausuler, som består i, at funktionæren har forpligtiget sig til ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan. Klausuler, som specifikt afskærer funktionæren fra at optage forbindelse med arbejdsgiverens kunder og andre forretningsforbindelser er ikke reguleret i hverken FUL § 18 eller AFTL § 38. Kundeklausuler er i stedet, for funktionærers vedkommende, reguleret i FUL § 18a og AFTL § 36. I de tilfælde, hvor der er tale om ikke-funktionærer, reguleres kundeklausuler alene af AFTL § 36. Det er slået fast, at en tidligere ansat er berettiget til at tage ansættelse hos den tidligere arbejdsgivers kunder og forretningsforbindelser som følge af dennes ret til fri erhvervsudøvelse. Endvidere er det fastslået, at en tidligere ansat er berettiget til at tage erhvervsmæssig kontakt til den tidligere arbejdsgivers kunder og forretningsforbindelser så længe dette sker som led i en generel bearbejdning af markedet og ikke ved direkte eller selektive henvendelser. Ønsker en arbejdsgiver at beskytte sig mod disse handlinger, efter en ansats fratræden, må han, med denne indgå en kundeklausul.

1.3. Indgåelse af en konkurrence- eller kundeklausul

En konkurrence- eller kundeklausul hviler på en aftale indgået mellem en arbejdsgiver og en ansat. En arbejdsgiver vil i mange tilfælde have en anerkendelsesværdig interesse i at beskytte sig mod konkurrencehandlinger fra tidligere ansatte. Arbejdsgiverens behov for beskyttelse bør, så vidt det er muligt, være klarlagt forud for ansættelsen, således at klausulen bliver en del af den pågældendes oprindelige ansættelseskontrakt. Vælger en arbejdsgiver først på et senere tidspunkt, at introducere den ansatte for en sådan klausul, vil det udgøre en væsentlig ændring af ansættelsesvilkårene med den konsekvens, at introduktionen af klausulen kun kan ske under iagttagelse af sædvanligt opsigelsesvarsel og med den yderligere konsekvens, at den ansatte vil kunne betragte sig som opsagt og vælge at fratræde i overensstemmelse hermed. Hertil kommer, at det følger af en rimelig hensyntagen til den ansatte, at et så væsentligt vilkår som en konkurrencebegrænsning bør være aftalt med den ansatte, før denne træffer beslutning om at indgå ansættelsesforholdet.[[98]](#footnote-98) Således antages det, både af hensyn til den ansatte, men også for arbejdsgiverens egen skyld, at en aftalt konkurrencebegrænsning bør forelægges den ansatte og indgås inden et ansættelsesforhold påbegyndes.

Konkurrence- og kundeklausuler kan indgås med flere forskellige kategorier af ansatte. En arbejdsgiver kan indgå en konkurrence- eller kundeklausul med virksomhedens direktør. En direktør (ægte) indtager en sådan stilling, at denne falder uden for lønmodtagerbegrebet og derfor ikke omfattes af den arbejdsretlige lovgivning, herunder FUL §§ 18 og 18a. Dette betyder, at der derfor, med respekt af det i AFTL §§ 36 og 38 anførte, kan aftales konkurrencebeskyttelsesklausuler i direktørers ansættelseskontrakter. Er en ansat alene direktør af navn, og derfor reelt har status af funktionær, vil reglerne i FUL §§ 18 og 18a dog finde anvendelse ved indgåelse af en konkurrence- eller kundeklausul med denne. En arbejdsgiver kan tillige, med respekt af det i AFTL §§ 36 og 38 anførte, aftale konkurrence- og kundeklausuler med de ansatte, som ikke har funktionærstatus. For så vidt angår konkurrenceklausuler, kan disse kun indgås med de funktionærer, som indtager en *særlig betroet stilling* jf. FUL § 18, stk. 1.[[99]](#footnote-99) Dette betyder, at fordi der i FUL § 18, stk. 1 stilles krav om, at der skal være tale om en særlig betroet stilling, vil konkurrenceklausuler ikke gyldigt kunne aftales mellem en arbejdsgiver og dennes almindelige funktionærer jf. FUL § 21, og arbejdsgiveren vil således kun være beskyttet mod tidligere almindelige funktionærers konkurrencehandlinger efter reglerne i markedsføringsloven. I FUL § 18a stilles der ikke krav om, at funktionæren skal indtage en særlig betroet stilling i virksomheden, hvorfor kundeklausuler gyldigt kan indgås med alle funktionærer, så længe gyldighedsbetingelserne i FUL § 18a iagttages.

2. Konkurrenceklausuler

2.1. Hvilken beskyttelse får en arbejdsgiver ved indgåelse af en konkurrenceklausul?

En konkurrenceklausul er den mest kendte og hidtil mest anvendte form for konkurrencebeskyttelse. Der kan være flere årsager til, at en arbejdsgiver vælger at indgå en konkurrenceklausul med en ansat, og på denne måde beskytte sig når den ansatte forlader virksomheden. Det kan være, at den ansatte har en særlig viden og indsigt i virksomhedens forhold, eller at den ansatte har nogle særlige kompetencer, som er særdeles vigtige for virksomheden. Konkurrenceklausuler er i mange tilfælde en nødvendighed for arbejdsgiveren for at beskytte virksomhedens værdier og markedsposition. For de fleste arbejdsgivere er nøglemedarbejdere, og deres indsigt og viden, en af virksomhedens væsentligste værdier. Dette skyldes, at når en virksomhed ansætter og investerer i nøglemedarbejdere får disse indsigt i dels arbejdsgiverens virksomhed, og dels det marked som virksomheden handler på, og i form heraf, kan disse medarbejdere være meget skadelige for arbejdsgiverens virksomhed, hvis de forlader denne, og i stedet opstarter konkurrerende virksomhed eller tager ansættelse hos en konkurrent.[[100]](#footnote-100)

Som følge af markedsføringsloven er en arbejdsgiver beskyttet mod ansattes *illoyale* konkurrencehandlinger. Da markedsføringsloven kun beskytter arbejdsgiveren mod *illoyale* konkurrencehandlinger, forhindrer loven ikke, at ansatte, efter fratræden, tager ansættelse hos en konkurrent eller opstarter egen konkurrerende virksomhed. For at være beskyttet mod sådanne *loyale* konkurrencehandlinger må en arbejdsgiver derfor med den pågældende ansatte indgå en konkurrenceklausul. Mange af de formål, som forfølges ved indgåelse af en konkurrenceklausul ville naturligt kunne imødegås af reglerne i MFL §§ 1 og 19, men kun såfremt der kan føres bevis for *samtlige* af sagens omstændigheder. I mange tilfælde vil en arbejdsgiver derfor være væsentligt bedre stillet med en konkurrenceklausul, da han med udgangspunkt i denne ikke behøver at bevise andet, end at den tidligere ansatte har taget ansættelse i en konkurrerende virksomhed eller at denne selv har etableret konkurrerende virksomhed.[[101]](#footnote-101)

En konkurrenceklausul beskytter en arbejdsgiver mod at en tidligere ansat tager ansættelse hos dennes konkurrenter eller i øvrigt bliver involveret i forretninger, som må anses som konkurrerende med arbejdsgiveren. Helt overordnet indeholder en konkurrenceklausul således en beskyttelse mod, at en ansat driver de samme aktiviteter som arbejdsgiveren.[[102]](#footnote-102) Det karakteristiske for en konkurrenceklausul er da også, at den er bestemt efter *arten* af de aktiviteter, som ikke må finde sted, og ikke er defineret ud fra de virksomheder eller personer, som disse aktiviteter ikke må udøves med. Dette betyder, at en konkurrenceklausul også dækker de aktører på markedet, som arbejdsgiveren ikke nødvendigvis selv har en forbindelse med, hvilket også normalt gør en konkurrenceklausul til den mest indgribende aftalte konkurrencebeskyttelse.

Ved indgåelse af en konkurrenceklausul opnår en arbejdsgiver således en, i forhold til markedsføringslovens regler, yderligere beskyttelse, som består i, at en tidligere ansat generelt forhindres i at udføre aktiviteter, som er konkurrerende med arbejdsgiverens virksomhed.

2.2. Aftalelovens § 38

2.2.1. Konkurrenceklausulens grænser – AFTL § 38, stk. 1

Aftalelovens § 38 gælder for alle konkurrenceklausuler, uanset om denne er indgået med en funktionær eller ej. Bestemmelsen giver mulighed for tilsidesættelse af en konkurrenceklausul, hvis domstolene vurderer, at den er for vidtgående. Det er derfor vigtigt, at en arbejdsgiver sørger for at afgrænse en klausul mest muligt for at undgå en eventuel tilsidesættelse. Aftalelovens § 38, stk. 1 har følgende ordlyd:

**§ 38.** Har nogen forpligtiget sig til, at han af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, er vedtagelsen ikke bindende for ham, for så vidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne imod konkurrence eller på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv. I sidstnævnte henseende skal hensyn tages også til den interesse, den berettigede har i, at vedtagelsen efterkommes.

Som det fremgår af ordlyden i AFTL § 38, stk. 1 skal der, ved vurderingen af hvorvidt en konkurrenceklausul er for vidtgående, foretages en afvejning af to, i bestemmelsen indeholdte, modsatrettede hensyn. På den ene side står hensynet til arbejdsgiverens interesse i beskyttelse mod konkurrence, og på den anden side står hensynet til en ansats interesse i beskyttelse af sin adgang til erhverv. Selv om en ansat, i en ikke-funktionærstilling, ikke har et lovfæstet krav på kompensation for påtagelse af en konkurrenceklausul, indgår det som et vigtigt moment i afvejningen, hvorvidt den ansatte har modtaget en kompensation for indskrænkningen i dennes adgang til erhverv, og størrelsen af denne. Som en anden faktor i afvejningen ser man på de muligheder, som en ansat måtte have for, i kraft af dennes uddannelse, tidligere erfaring mm., at få arbejde uden for konkurrenceklausulens dækningsområde. Endvidere indgår det i afvejningen, hvorvidt en arbejdsgiver har en reel interesse i at opretholde en konkurrenceklausul. Har han ikke det, må den tilsidesættes. Det kan være i de tilfælde hvor arbejdsgiverens virksomhed definitivt ophører eventuelt som følge af en konkurs.[[103]](#footnote-103)

En konkurrenceklausul kan efter AFTL § 38, stk. 1 tilsidesættes helt eller delvist, hvis den er for vidtgående. Som følge af ordene ”*for så vidt*” er det alene den del af klausulen, der er for vidtgående, som tilsidesættes. En konkurrenceklausul kan for det første være for vidtgående med hensyn til den *tidsmæssige udstrækning*. Sager herom er sjældne, hvilket formentlig hænger sammen med det faktum, at det ofte for en arbejdsgiver vil være tilstrækkeligt, for at beskytte dennes interesser, at en ansat alene holdes ude fra konkurrence i 1 år.[[104]](#footnote-104) Finder en domstol dog, at en konkurrenceklausul går videre i tidsmæssigt omfang end påkrævet for at værne arbejdsgiveren mod konkurrence, kan klausulens tidsmæssige udstrækning nedsættes. Dette var tilfældet i U.1976.813S (Den rejsende sælger), hvor selve konkurrenceklausulen blev opretholdt, mens den tidsmæssige udstrækning af denne, med hensyn til arbejdsgiverens interesse i, som retten udtalte: ”*at værne sagsøgeren mod konkurrence fra sagsøgtes side*”, blev nedsat fra 2 år til 1½ år. I vurderingen af hvor langt en konkurrenceklausul kan strække sig i tid, indgår da også som hovedvægt arbejdsgiverens berettigede interesse i, at den tidligere ansatte hindres i konkurrerende aktiviteter.

En konkurrenceklausul kan for det andet være for vidtgående med hensyn til den *geografiske udstrækning*. Typisk vil en konkurrenceklausul være begrænset til et geografisk område. Har en ansat været beskæftiget inden for et bestemt geografisk område, vil arbejdsgiverens behov for beskyttelse mod konkurrence fra denne typisk være knyttet til netop dette område. Også derfor vil klausuler, som dækker et sådant afgrænset område, ikke anses for værende for vidtgående. I nogle tilfælde kan det for arbejdsgiveren dog også være nødvendigt at sikre sig mod, at en ansat fra områder uden for det af klausulen dækkede, operer i det dækkede område, eller at en ansat fra en stilling i en konkurrerende virksomhed, som ligger uden for det dækkede område, kontakter de tidligere kunder. Det må antages, at en placering uden for det dækkede område ikke forhindrer, at den tidligere ansatte har kontakt med kunder fra det dækkede geografiske område, så længe disse kunder selv henvender sig. Vil en arbejdsgiver sikre sig herimod, må det af konkurrenceklausulen fremgå, at denne også indeholder et forbud mod sådanne handlinger, eller han må med den pågældende ansatte tillige indgå en kundeklausul. Endelig kan det også være nødvendigt for en arbejdsgiver med en meget vid geografisk konkurrenceklausul. Det kan f.eks. være i de tilfælde, hvor den pågældende ansatte sidder inde med en viden eller erfaring, som også uden for det område, hvor den pågældende har opereret under ansættelsen, vil kunne påføre arbejdsgiveren en væsentlig konkurrence.[[105]](#footnote-105) Her er det dog vigtigt at arbejdsgiveren erindrer kravet om, at en konkurrenceklausul ikke på urimelig måde må indskrænke den ansattes mulighed for erhverv.

Endelig kan en konkurrenceklausul være for vidtgående med hensyn til *andre forhold*. Hvad der præcist ligger i begrebet, kan ikke udtømmende oplistes, men det kan f.eks. være en stillings under- eller overordnede karakter, den ansattes uddannelse, alder og sociale situation, branchens størrelse, eller størrelsen af en eventuel kompensation.[[106]](#footnote-106) Disse forhold kan endvidere have betydning for rimelighedsvurderingen efter AFTL § 36. Således kan f.eks. en ældre ansats udfordringer i at finde ny ansættelse tillægges betydning, ligesom en yngre ansats erhvervsmuligheder kan tages med i betragtningen. Derudover kan det også tillægges betydning, at arbejdsgiverens virksomhed er en del af en meget snæver og meget specialiseret branche, hvorfor en ansat i en sådan virksomhed kan begrænses hårdere i en konkurrenceklausul end en ansat i en mere almindeligt forekommende virksomhed. Afvejningen af de modsatrettede hensyn i AFTL § 38, stk. 1 kan også indebære en vurdering af den ansattes stilling og hierarkiske placering i virksomheden. Højere placerede ansatte har ofte et større indblik i virksomhedens forhold og følsomme oplysninger, som kan påføre arbejdsgiveren skade, hvis de anvendes i konkurrenceøjemed. Disse ansatte vil derfor almindeligvis kunne begrænses hårdere i en konkurrenceklausul, end ansatte med en lavere hierarkisk placering.

2.2.2. Opsigelse – AFTL § 38, stk. 2

Aftalelovens § 38, stk. 2 har følgende ordlyd:

**§ 38, stk. 2.** Har nogen, der er ansat i en forretning eller anden virksomhed, overfor dennes indehaver påtaget sig en forpligtigelse af det ovenfor angivne indhold, som skal gælde efter ansættelsens ophør, bliver forpligtigelsen uvirksom, hvis han opsiges eller afskediges uden at have givet rimelig anledning dertil, eller han selv fratræder sin stilling, og indehaverens undladelse af at opfylde sine forpligtigelser har givet ham gyldig grund dertil.

Bestemmelsen indebærer, at en konkurrenceklausul kan tilsidesættes fuldstændigt, såfremt den ansatte opsiges uden selv at have givet rimelig anledning hertil, eller såfremt den ansatte fratræder som følge af arbejdsgiverens undladelse af at opfylde sine forpligtigelser. Det er vigtigt at en arbejdsgiver er opmærksom på denne bestemmelse, og således forinden opsigelse af en ansat, begrundet i virksomhedens forhold, afvejer fordelen ved denne opsigelse mod ulempen ved at den ansatte ikke længere vil være bundet af den aftalte konkurrenceklausul.

En arbejdsgivers undladelse af at opfylde sine forpligtigelser kan være dennes manglende lønudbetaling eller utilbørlige opførsel. Er en ansats opsigelse således begrundet i arbejdsgiverens misligholdelse, vil arbejdsgiveren ikke være berettiget til at opretholde klausulen jf. AFTL § 38, stk. 2. Rationalet er, at en arbejdsgiver ikke skal kunne spekulere i at få en konkurrenceklausul virksom ved at presse en ansat på forskellig vis til selv at sige op.

I de tilfælde, hvor der ikke er tale om misligholdelse fra arbejdsgiverens side, skal det vurderes, hvorvidt en opsigelse er begrundet i arbejdsgiverens forhold eller i den ansattes forhold. Opsigelser begrundet i dårlig økonomi, manglende arbejdsopgaver eller indskrænkning eller omlægning af virksomhed er eksempler på opsigelser begrundet i arbejdsgiverens forhold. Et eksempel herpå findes i U.2005.2073H (Konsulenten), hvor en konsulent, med hvem arbejdsgiveren havde indgået en konkurrenceklausul, blev opsagt som følge af arbejdsgiverens økonomiske vanskeligheder. En enig Højesteret fandt, at den ansattes forpligtigelse i henhold til konkurrenceklausulen, til ikke at tage ansættelse i eller drive selvstændig konkurrerende virksomhed, i medfør af AFTL § 38, stk. 2, var bortfaldet med virkning fra opsigelsestidspunktet. Dette betød samtidig, at konsulentens ret til minimumskompensation, jf. FUL § 18, stk. 1, 5. pkt., bortfaldt. Opsigelser som følge af konkurrencehandlinger, arbejdsvægring, tillidsbrud, overdrevet misbrug, konsekvent ikke overholdelse af mødetider, manglende indtjening og strafbare handlinger er omvendt eksempler på opsigelser begrundet i den ansattes forhold. I forbindelse hermed er det vigtigt, hvem af parterne der har bevisbyrden. Bevisbyrden påhviler den af parterne, som afgiver opsigelsen. Det er derfor også arbejdsgiveren, som skal bevise, eller i hvert fald sandsynliggøre, at en opsigelse af en ansat er begrundet i den ansattes forhold. Kan arbejdsgiveren løfte denne bevisbyrde opretholdes konkurrenceklausulen i klausulperioden. Omvendt skal den ansatte bevise, enten, at det er arbejdsgiverens egne forhold som ligger til grund for dennes opsigelse af den ansatte, eller, at den ansattes egen opsigelse skyldes arbejdsgiverens undladelse af at opfylde sine forpligtigelser. Kan den ansatte bevise dette er han frigjort fra klausulen.[[107]](#footnote-107)

Er en konkurrenceklausul uvirksom efter aftalelovens regler, vil en funktionær ikke kunne rejse krav om betaling af kompensation efter FUL § 18, stk. 1. Dette fremgår, foruden af U.2005.2073H (Konsulenten), af U.2003.2452Ø (Kompensations bortfald) hvor en sælger blev afskediget som følge af at omsætningen i virksomheden var gået tilbage. Sælgeren fremsatte krav om kompensation efter FUL § 18, stk. 1. Højesteret anførte, at henvisningen i FUL § 18, stk. 1, 1. pkt., til AFTL § 38 naturligt måtte medføre, at en ansats ret til kompensation bortfalder, i det omfang en konkurrenceklausuls begrænsninger bliver uvirksomme som følge af AFTL § 38, stk. 2. Da sælgerens forpligtigelse efter den indgåede konkurrenceklausul blev uvirksom ved opsigelsen, jf. AFTL § 38, stk. 2, fandtes denne ikke berettiget til kompensation efter FUL § 18, stk. 1.

Det er utvivlsomt, at en berettiget bortvisning medfører, at den ansatte fortsat er bundet af en konkurrenceklausul, og omvendt at en uberettiget bortvisning bevirker, at klausulen bortfalder, da den ansatte ikke herved har givet rimelig anledning til afskedigelsen jf. AFTL § 38, stk. 2. Det kan dog tænkes, at der kan forekomme tilfælde, hvor det konstateres, at det har været uberettiget at bortvise, men hvor den ansattes forhold dog har givet anledning til en saglig opsigelse af denne. I tilfælde af en uberettiget bortvisning, må det således være afgørende for vurderingen efter AFTL § 38, stk. 2, hvorvidt der fra den ansattes side har foreligget forhold, som kunne begrunde en saglig opsigelse af denne.[[108]](#footnote-108)

I relation til bortvisning kan det være et spørgsmål, hvorvidt en bortvisning, som i tid ligger efter en opsigelse begrundet i arbejdsgiverens forhold, kan ”genoplive” en konkurrenceklausul. I U.2008.2435S (Hesselholt Fisk) blev en ansat opsagt på grund af arbejdsgiverens økonomiske vanskeligheder. Den ansatte startede og drev herefter i opsigelsesperioden konkurrerende virksomhed og arbejdsgiveren bortviste derfor denne. Bortvisningen af den ansatte fandtes berettiget, da denne havde tilsidesat sin ansættelsesretlige loyalitetspligt. Den mellem parterne indgåede konkurrence- og kundeklausul kunne ikke tillægges betydning, da opsigelsen af den ansatte ikke var begrundet i den ansattes, men i stedet i arbejdsgiverens egne forhold. Dommen viser således, at er en ansat først blevet opsagt grundet arbejdsgiverens forhold, kan en senere bortvisning ikke bevirke, at en ellers bortfaldet konkurrenceklausul ”genopliver”.

AFTL § 38, stk. 2 er uafhængig af bestemmelsens stk. 1. Dette betyder også, at i de tilfælde, hvor AFTL § 38, stk. 2 ikke er anvendelig, vil den ansatte stadig have mulighed for at påberåbe sig at en konkurrenceklausul er for vidtgående jf. stk. 1.[[109]](#footnote-109)

2.3. Aftalelovens § 36

AFTL § 36 er en retlig standard i form af en rimelighedsnorm. Formålet med bestemmelsen er at give hjemmel til at tilsidesætte alle slags aftaler, herunder også konkurrencebeskyttelsessaftaler, som må anses for urimelige. Aftalelovens § 36 har følgende ordlyd:

**§ 36.** En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvist, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handle måde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler.

*Stk. 2.*Ved afgørelsen efter stk. 1 tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder.

En § 36-vurdering er en helhedsvurdering, hvori der lægges vægt på flere forhold, dels ovenstående forhold jf. stk. 2, men også forhold som eksempelvis parternes forhandlingsstyrke tillægges vægt ved vurderingen. AFTL § 36 kan især få betydning i en ansættelsessituation, hvor den kommende ansatte måske ikke har haft en reel mulighed for at overskue konsekvenserne af en konkurrenceklausul. Indgåelse af en konkurrenceklausul indeholder ofte velovervejede betragtninger fra arbejdsgiverens side som den stærke og mere sagkyndige part, hvilket kan betyde, at indholdet i en klausul måske ikke på rimelig vis afspejler og afbalancerer parternes interesser. I en situation hvor den ansatte måske er arbejdsløs, og hvor der er flere kandidater til et job, kan en indgåelse af en konkurrenceklausul måske syntes som en nødvendighed for den ansatte for at sikre sig jobbet. Denne situation kan af en arbejdsgiver udnyttes til at helgardere sig i form af al potentiel beskyttelse og uden nødvendigvis at højne kompensationen. I sådanne tilfælde, hvor en kommende ansat har accepteret en konkurrenceklausul på urimelige vilkår, vil AFTL § 36 være anvendelig. Det er derfor vigtigt, at en arbejdsgiver er opmærksom på forholdene ved en konkurrenceklausuls indgåelse og sikrer sig, at den ansatte fuldt ud har forstået konsekvenserne af klausulen.

AFTL § 36 har, i forhold til reglen i § 38, særlig betydning ved bedømmelsen af rimeligheden af en eventuel aftale om, at den ansatte skal betale en bod i tilfælde af overtrædelse af konkurrenceforbudet, og især ved bedømmelsen af rimeligheden af bodens størrelse.[[110]](#footnote-110) I U.2000.1237V (Konditorvikarvirksomheden) blev en konventionalbod, under henvisning til AFTL § 36, nedsat fra 50.000 kr. til 25.000 kr. I sagen havde en ansat i en bager og konditorvikarvirksomhed påtaget sig en konkurrenceklausul. Den ansatte begyndte dog efter sin fratræden, i strid med klausulen, selvstændig bager- og konditorvikarvirksomhed og rettede herved henvendelse til flere bagermestre herom, men han nåede ikke at få nogen ansatte, før han igen ophørte med sin virksomhed. Landsretten lagde, for nedsætningen af konventionalboden efter AFTL § 36, til grund, at indtjeningen havde været af en beskeden størrelse og at virksomheden havde haft lønmodtageragtig karakter, bl.a. på grund af at virksomheden kun havde eksisteret i et år.

Det fremføres af Morten Langer, at det må antages, at der skal foreligge helt særegne omstændigheder for, at en tilsidesættelse af en konkurrenceklausul alene baseret på AFTL § 36 skal kunne komme på tale.[[111]](#footnote-111) Tilbageholdenheden skyldes måske den meget brede og upræcise standard af ”urimelighed”.

2.4. Funktionærlovens § 18

2.4.1. Definition og indhold

Funktionærloven har eksisteret siden 1938 og har gennem årene gennemgået en del ændringer. Ved en ændring i 1964 blev begrebet *særlig betroet* indført i FUL § 18, stk. 1. Hensigten med denne ændring var, at give funktionærerne en yderligere beskyttelse, ved at pålægge arbejdsgiveren en begrænset adgang til at indgå konkurrenceklausuler med disse, idet almindelige funktionærer ikke lovligt skulle kunne påtage sig en sådan klausul, men således kun denne særlige personkreds. Den nyeste væsentlige ændring af loven blev foretaget i 1999, hvor man bl.a. indførte en betingelse i FUL § 18, stk. 1 om kompensation til funktionærer omfattet af en konkurrenceklausul. Baggrunden for ændringen var, at når det ikke længere ville være omkostningsfrit at pålægge en konkurrenceklausul under 1 år, måtte det antages at tilskynde en arbejdsgiver til i hvert enkelt tilfælde at overveje om en klausul reelt er nødvendig.[[112]](#footnote-112) FUL § 18 har i dag 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.

FUL § 18 er kun gældende for ansatte omfattet af funktionærloven, hvorved særligt forstås de grupper af ansatte, som er defineret i FUL § 1.[[113]](#footnote-113) FUL § 18 fastslår indledningsvis, at AFTL §§ 36 og 38 finder anvendelse på konkurrenceklausuler indgået med funktionærer. Bestemmelsen indeholder herudover nogle yderligere begrænsninger i aftalefriheden ved indgåelse af konkurrenceklausuler med funktionærer, som en arbejdsgiver skal være særlig opmærksom på.

2.4.2. Gyldighedsbetingelser – FUL § 18, stk. 1

Af FUL § 18, stk. 1 fremgår nogle gyldighedsbetingelser i relation til en arbejdsgivers indgåelse af en konkurrenceklausul med en funktionær. Er disse betingelser ikke opfyldt er en konkurrenceklausul ugyldig og arbejdsgiveren vil ikke kunne påberåbe sig denne, ligesom funktionæren ikke vil kunne gøre krav på kompensation i henhold hertil.

2.4.2.1. Særlig betroet stilling

Det er efter FUL § 18, stk. 1 et gyldighedskrav, at den funktionær, med hvem arbejdsgiveren har aftalt en konkurrenceklausul, indtager en særlig betroet stilling. Betingelsen om særlig betroethed skal være opfyldt på det tidspunkt, hvor konkurrenceklausulen indgås mellem parterne. Funktionæren skal som hovedregel også indtage en særlig betroet stilling på det tidspunkt, hvor klausulen bliver aktuel. Til denne hovedregel gælder en undtagelse i de tilfælde, hvor en oprindelig særlig betroet funktionær overgår til anden ansættelse hos arbejdsgiveren, og hvor den nye ansættelse ikke kan karakteriseres som en særlig betroet stilling. I et sådant tilfælde antages det, at klausulen kan gøres gældende, over for den ikke særlig betroede funktionær, i en periode svarende til den aftalte klausulperiode regnet fra overgangen fra særlig betroet til ikke-særlig betroet. Omvendt bliver en konkurrenceklausul, som er ugyldig, fordi funktionæren ikke på aftaletidspunktet indtog en særlig betroet stilling, ikke senere gyldig fordi funktionæren avancerer til en særlig betroet stilling.[[114]](#footnote-114)

Lars Svenning Andersen definerer en funktionær som værende særlig betroet:

*”Hvis funktionæren 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.”[[115]](#footnote-115)*

Definitionen ligger op til, at det er væsentligt for betroethedsvurderingen, om en funktionær sidder inde med vigtige oplysninger om arbejdsgiverens forhold, som vil gøre denne i stand til, fra en konkurrerende virksomhed, at påføre arbejdsgiveren væsentlig konkurrence. Dette fører også til, at den viden en funktionær skal have, for at være særlig betroet, i mange tilfælde vil kunne ligestilles med den gruppe af ansatte, som har adgang til erhvervshemmeligheder i MFL § 19, stk. 2’s forstand.

Hvorvidt en funktionær indtager en særlig betroet stilling eller ej, afgøres ud fra en konkret helhedsvurdering. Kendskab til arbejdsgiverens rabatpolitik, prisoplysninger og avanceudregninger kan spille ind som faktorer, som taler for at der er tale om en særlig betroet stilling. Det samme gælder kendskab til markedsføringsstrategier, produktionsmetoder og kundekartoteker.[[116]](#footnote-116) Se i relation hertil U.1996.36Ø (Sælgeren), hvor det forhold, at en sælger havde fået udleveret en prisliste med virksomhedens indkøbspriser, og det at sælgeren kunne yde særrabatter, resulterede i, at retten fandt at sælgeren besad en særlig betroet stilling. Det er imidlertid også væsentligt, i hvilken grad arbejdsgiveren har valgt at beskytte de omhandlede oplysninger. Har arbejdsgiveren offentliggjort de omhandlede oplysninger, kan kendskab hertil ikke alene bevirke, at funktionæren indtager en særlig betroet stilling. Det samme gælder i de tilfælde, hvor funktionæren ved almindeligt branchekendskab kunne have erhvervet oplysningerne. En anden væsentlig faktor ved afgørelsen af hvorvidt der er tale om en særlig betroet stilling, er funktionærens hierarkiske placering i virksomheden, kompetencebeføjelser og i øvrigt selvstændigheden i den pågældende stilling. En virksomheds ledelse vil som hovedregel altid indtage særlig betroede stillinger, hvorimod ansatte i lavere hierarkiske placeringer omvendt normalt ikke vil indtage sådanne stillinger. Uanset den hierarkiske placering er der en formodning om, at virksomheders salgspersonale indtager særlig betroede stillinger. Baggrunden for denne formodning er, at sælgere for det meste har en selvstændig kunde- eller leverandørkontakt.[[117]](#footnote-117)

Når det skal vurderes hvorvidt en funktionær indtager en særlig betroet stilling bliver der, som nævnt, tale om en konkret helhedsvurdering. To forhold, som dog kan være afgørende i denne vurdering, er for det første hvorvidt den pågældende funktionær har adgang og kendskab til vigtige oplysninger om arbejdsgiverens forhold, og for det andet hvorvidt et sådant kendskab kan skade arbejdsgiverens konkurrenceevne. Er disse to forhold gældende, kan man således antage, at der er tale om en stilling som er særlig betroet.

2.4.2.2. Kompensation

Kravet på kompensation er et vederlag for den begrænsning i beskæftigelsesmulighederne som pålægges en ansat ved en konkurrenceklausul. Uanset om der er tale om en konkurrenceklausul på 6 måneder, 1 år eller 2 år, gælder der, i medfør af FUL § 18, stk. 1, nu faste regler om kompensationens størrelse. Ændringen i 1999, hvor man indførte kravet om en vis minimumskompensation, søgte at skabe klarhed og forudsigelighed med hensyn til de økonomiske konsekvenser af en konkurrenceklausul. Ændringen betød, at der nu er opstillet objektive kriterier for kompensationens størrelse.[[118]](#footnote-118) Det kan diskuteres, hvorvidt det er rimeligt, at en kompensations størrelse skal fastsættes på baggrund af objektive kriterier uanset hvor indgribende klausulen er. Det er dog ikke muligt at foretage en subjektiv rimelighedsvurdering i praksis, da lovgiver allerede i medfør af FUL § 18, stk. 1 har fastslået at kompensationen skal fastsættes ud fra objektive kriterier.

Efter FUL § 18, stk. 1, 4. pkt., skal kompensationen pr. måned udgøre mindst 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Kompensationen udbetales dog efter FUL § 18, stk. 1, 5. pkt., for de første tre måneder som et engangsbeløb ved fratræden, og derefter månedsvis i den resterende del af den periode, hvor konkurrenceklausulen er gældende. Fratrædelsestidspunktet angives i FUL § 18, stk. 1, 6. pkt. som den dato, hvor funktionærens opsigelsesvarsel udløber, og altså uanset om denne er suspenderet eller fritstillet i opsigelsesperioden.

En arbejdsgiver kan i nogle tilfælde undgå at betale funktionæren kompensation uden at opsige klausulen. Det følger af FUL § 18, stk. 1, 7. pkt. at funktionærens ret til kompensation bortfalder, hvis arbejdsgiveren berettiget har bortvist denne. Er dette tilfældet opretholdes alene funktionærens forpligtigelse i henhold til konkurrenceklausulen.[[119]](#footnote-119) Rimeligheden i denne retsstilling for funktionæren kan måske diskuteres. Det er således et spørgsmål, hvorvidt det er rimeligt, at retten til kompensation, for indskrænkningen i funktionærens erhvervsfrihed efter fratræden, skal bortfalde i alle situationer, hvor der gennemføres en berettiget bortvisning.[[120]](#footnote-120) I de tilfælde, hvor en bortvisning intet har med konkurrencehandlinger at gøre, er denne bestemmelse efter min vurdering en smule hård, især i de tilfælde, hvor der er tale om en meget bredt formuleret konkurrenceklausul og den ansattes erhvervsfrihed derfor er betydeligt indskrænket. Bestemmelsen er dog klar i sin ordlyd, hvorfor der ikke skal foretages en sondring mellem bortvisning som følge af konkurrencehandlinger og bortvisning som følge af anden grov misligholdelse.

Bestemmelsen i FUL § 18, stk. 1, 7. pkt. er vigtig for arbejdsgiveren, da funktionæren i medfør heraf ikke ved at fremtvinge en bortvisning, kan frigøre sig fra klausulen.

2.4.3. Opsigelsesadgangen – FUL § 18, stk. 2

Af FUL § 18, stk. 2 fremgår det, at arbejdsgiveren kan opsige en konkurrenceklausul med et varsel på en måned til udgangen af en måned. Bestemmelsen skal forstås således at der er tale om et minimumsvarsel, og at der intet er til hinder for, at der kan aftales et længere varsel. Der kan omvendt ikke aftales et kortere varsel jf. FUL § 21. Arbejdsgiverens opsigelse af en konkurrenceklausul vil fritage denne fra at betale kompensation til funktionæren. Dette gælder dog ikke ubetinget da det af FUL § 18, stk. 2, 3. pkt. fremgår, at selvom arbejdsgiveren opsiger konkurrenceklausulen, har funktionæren krav på engangsbeløbet jf. FUL § 18, stk. 1, 5. pkt., såfremt funktionærens fratræden sker, inden 6 måneder efter at arbejdsgiveren har opsagt klausulen, og fratrædelsen skyldes grunde, der ville have gjort arbejdsgiveren berettiget til at gøre klausulen gældende.[[121]](#footnote-121)

Opsigelsesadgangen i FUL § 18, stk. 2 er særegen derved, at det alene er arbejdsgiveren som har denne adgang. Dette hænger dog naturligt sammen med det faktum, at det er arbejdsgiverens interesser som beskyttes i en gyldigt aftalt konkurrenceklausul.

2.4.4. Modregningsadgang – FUL § 18, stk. 3

I FUL § 18, stk. 3 er indsat en bestemmelse, som skal tilskynde en arbejdsgiver til at formulere en konkurrenceklausul så begrænset smalt som muligt for dermed at begrænse klausulens mobilitetshæmmende virkninger, således at funktionæren har størst mulig chance for at opnå anden beskæftigelse indenfor sit felt.[[122]](#footnote-122) Dette forsøges opnået ved, at en arbejdsgiver kan modregne den løn, som funktionæren opnår ved andet ”passende” arbejde, i det krav på kompensation som funktionæren har mod arbejdsgiveren. Denne modregning kan dog ikke ske i engangskompensationen, som udgør de første 3 måneders kompensation, ligegyldigt om denne løn fra andet arbejde er opnået netop i de første 3 måneder. Ved ”passende” arbejde forstås arbejde indenfor funktionærens faglige område, som funktionæren er uddannet inden for eller har haft beskæftigelse inden for jf. FUL § 18, stk. 3, 3. pkt.

FUL § 18, stk. 3 er en vigtig regel for arbejdsgiveren. Det er den dels fordi, at i de tilfælde, hvor funktionæren opfylder sine forpligtigelser efter konkurrenceklausulen, og opnår anden ”passende” ansættelse, har arbejdsgiveren krav på at få reduceret den ellers lovhjemlede kompensation, og dels fordi arbejdsgiveren i disse tilfælde vil opnå en gældende konkurrenceklausul til en lavere pris eller måske endda en helt kompensationsfri klausul. Også derfor er det vigtigt, at en konkurrenceklausul afgrænses så meget som muligt, da dette vil forøge den ansattes muligheder for at opnå andet ”passende” arbejde, og i medfør heraf arbejdsgiverens mulighed for modregning.

2.5. Konkurrenceklausuler og sociale medier

Sociale medier spiller, som også tidligere nævnt, i dag en stor rolle såvel i erhvervslivet som i det private. Er en ansat omfattet af en konkurrenceklausul må denne ved fratræden være særlig opmærksom på opretholdelsen af såkaldte kontaktlister på sociale medier, især hvor disse kontakter er arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, og hvor kontakterne er oparbejdet gennem ansættelsen.

Problemstillingen vedrørende sociale medier og konkurrenceklausuler er især aktuel, i de tilfælde, hvor en konkurrenceklausul er geografisk afgrænset til et bestemt område, og hvor en tidligere ansat udøver konkurrerende virksomhed uden for det af klausulen dækkede område. Spørgsmålet bliver i den forbindelse, hvorvidt det udgør en overtrædelse af en konkurrenceklausul, at en tidligere ansat, via et socialt medie, på hvilket denne er ”venner” med den tidligere arbejdsgivers kunder, reklamerer for denne konkurrerende virksomhed. En sådan reklame vil, alt andet lige, jo også nå de af den tidligere ansattes ”venner” på det sociale medie, som er placeret inden for det af klausulen dækkede område, typisk som følge af samarbejdet med den tidligere arbejdsgiver. For, at der er tale om en overtrædelse af en konkurrenceklausul ved en sådan reklame på et socialt medie taler, at denne reklame kan have en konkurrencemæssig skadevirkning i forhold til den tidligere arbejdsgivers virksomhed, og der derfor kan argumenteres for, at den tidligere ansatte reelt driver konkurrerende virksomhed inden for det af klausulen dækkede område. Dette kan føre til, at de af den tidligere ansattes ”venner” på det sociale medie, som ligeledes er arbejdsgiverens kunder, som følge af reklamen, vælger at skifte fra arbejdsgiverens virksomhed til den tidligere ansattes, på trods af, at denne måske ligger længere væk. Imod, at der er tale om en overtrædelse af en konkurrenceklausul ved reklame på et socialt medie taler, at en sådan reklame, ofte i form af en såkaldt statusopdatering, typisk vil være henvendt til alle den ansattes ”venner” på mediet, og således ikke direkte er henvendt til den tidligere arbejdsgivers kunder. Det taler endvidere imod en overtrædelse af en konkurrenceklausul, at reklame ved brug af internettet i dag er yderst udbredt. Det vil efter min vurdering, som udgangspunkt, ikke udgøre en overtrædelse af en geografisk afgrænset konkurrenceklausul, hvis en tidligere ansat, via et socialt medie, reklamerer for en konkurrerende virksomhed. Dette udgangspunkt fastholdes på trods af, at denne reklame også når ud til de, af den tidligere arbejdsgivers kunder, som er placeret inden for det af klausulen dækkede område. Omvendt må det være klart, at en tidligere ansats direkte henvendelse, via et socialt medie, til de af den tidligere arbejdsgivers kunder, som er placeret inden for det af klausulen dækkede område, udgør en overtrædelse af konkurrenceklausulen, da der herved er tale om, at den tidligere ansatte reelt udøver konkurrerende virksomhed inden for det dækkede område. Er der imidlertid tale om, at det er den tidligere arbejdsgivers kunder, som på baggrund af en tidligere ansats reklame på et socialt medie, henvender sig til denne, bliver problemstillingen en smule mere kompliceret. Dette skyldes, at der på den ene side kan argumenteres for at konkurrenceklausulen er overtrådt, da den tidligere ansatte, ved at påtage sig en opgave i en sådan situation, reelt udøver konkurrerende virksomhed inden for det af klausulen dækkede område. På den anden side kan der argumenteres for, at konkurrenceklausulen ikke er overtrådt. Argumentationen herfor er, at den tidligere ansatte har ret til at udøve konkurrerende virksomhed uden for det af klausulen afgrænsede område. Hertil kommer, at den tidligere ansatte ikke har nogen indflydelse på, hvorvidt de, af den tidligere arbejdsgivers kunder, som er placeret inden for det af klausulen dækkede område, vælger at søge uden for dette, på trods af, at dette sker grundet den tidligere ansattes reklame på et socialt medie. Problemstillingen er ikke afklaret i retspraksis, men det vil være min vurdering, på baggrund af ovenstående argumentation, at påtagelse af en arbejdsopgave i et sådant tilfælde ikke vil være en overtrædelse af en konkurrenceklausul. Denne argumentation bakkes op af to gamle Vestre Landsrets domme[[123]](#footnote-123), henholdsvis VLT 1948/292 (Geografisk område 1) og VLT 1948/310 (Geografisk område 2), hvor retten fastslog, at en placering uden for det afgrænsede område ikke forhindrer, at man herfra handler med kunder, som selv henvender sig fra det geografisk dækkede område. Vil en arbejdsgiver således sikre sig i mod, at en tidligere ansat påtager sig opgaver fra kunder, placeret inden for det af konkurrenceklausulen dækkede område, efter disses egne henvendelser, må det af klausulen fremgå, at denne indeholder et forbud mod, at den tidligere ansatte handler med personer eller virksomheder placeret i det af klausulen dækkede område. Alternativt kunne arbejdsgiveren tillige indgå en kundeklausul med den ansatte, omfattende kunderne i det pågældende område, og på denne måde klart beskytte sig mod at disse, på baggrund af en reklame, set på et socialt medie, indgår samarbejde med den tidligere ansatte.

Er der tale om en ikke-geografisk afgrænset konkurrenceklausul bliver problemstillingen ikke helt så aktuel. Dette følger af, at en tidligere ansat, som følge af en sådan klausul, i klausulperioden, helt er afskåret fra at foretage aktiviteter i konkurrence med den tidligere arbejdsgiver, og således ikke må anses for at have nogen reel interesse i, at reklamere for konkurrerende virksomhed.

3. Kundeklausuler

3.1. Hvilken beskyttelse får en arbejdsgiver ved indgåelse af en kundeklausul?

En arbejdsgivers behov for beskyttelse, i de tilfælde, hvor der til en ansat uddelegeres kontakt og ansvar for kunder og andre forretningsforbindelser, kan varetages ved indgåelse af en kundeklausul med den ansatte. Typisk vil kunder og andre forretningsforbindelser, i arbejdsgiverens øjne, være værdifulde aktiver og aktiver som tilkommer denne. Dette kan enten være som følge af, at arbejdsgiveren personligt har etableret kontakten til denne kunde eller forretningsforbindelse, eller at kontakten er skabt som følge af arbejdsgiverens investeringer i f.eks. markedsføring. Overlader en arbejdsgiver kontakten eller ansvaret for en kunde eller en forretningsforbindelse til en ansat, vil han derfor ofte forudsætte en vis garanti for, at denne kontakt eller dette ansvar ikke misbruges. En arbejdsgiver kan således have et behov for en garanti mod at en ansat, efter fratræden etablerer konkurrerende virksomhed baseret på samme kundekreds eller forretningsforbindelser eller bearbejder disse fra sin ansættelse hos en nyarbejdsgiver.[[124]](#footnote-124) En sådan garanti vil en arbejdsgiver kunne få ved indgåelse af en kundeklausul, som beskytter denne mod, at en ansat efter sin fratræden har erhvervsmæssig kontakt med virksomhedens kunder, leverandører eller andre samarbejdspartnere. Med *erhvervsmæssig kontakt* må forstås, at den tidligere ansatte ikke må tage ansættelse hos, eller udføre arbejde for, arbejdsgiverens kunder og/eller andre forretningsforbindelser.

Det er vigtigt at en arbejdsgiver ved indgåelse af en kundeklausul, i denne gør det klart for den ansatte hvilke kunder, klausulen omfatter. I U.2000.2536Ø (Kundeklausulen) måtte ansatte ifølge disses ansættelseskontrakter ikke udføre arbejde for arbejdsgiverens kunder. To ansatte rettede i klausulperioden henvendelse til virksomheder, som var den tidligere arbejdsgivers kunder. En aftalt konventionalbod kunne dog ikke kræves betalt, da arbejdsgiveren ikke ved de ansattes fratræden havde sikret sig, f.eks. ved fremsendelse af en kundeliste, at de ansatte vidste, hvem kundeklausulen omfattede, og fordi det heller ikke med sikkerhed var godtgjort, at de to ansatte vidste, at de virksomheder som de havde rettet henvendelse til, var kunder hos den tidligere arbejdsgiver. Dommen er således interessant, derved at den som betingelse for krav på betaling af en konventionalbod fremhæver, at en ansat skal være bekendt med hvem kundeklausulen omfatter.

Kundeklausuler er i mange tilfælde en helt naturlig og nødvendig foranstaltning for en arbejdsgiver. Et kundeforhold har ofte en personlig karakter, der bygger på tillid mellem parterne, og det vil ofte være nemt for en tidligere ansat, som f.eks. starter egen konkurrerende virksomhed, at dræne sin tidligere arbejdsplads for de kunder, som var tilknyttet denne.[[125]](#footnote-125) Kundeklausuler betyder således for arbejdsgiveren, at denne har en periode, svarende til klausulens løbetid, til at forsøge at fastholde og sikre forholdet til de kunder eller forretningsforbindelser, som den fratrådte ansatte under sin ansættelse betjente.

Hvor en konkurrenceklausul, som nævnt, er artsbestemt, er en kundeklausul omvendt personelt bestemt. Dette betyder, at en kundeklausul beskytter arbejdsgiveren mod at en tidligere ansat tager erhvervsmæssig kontakt med givne personer og virksomheder, men omvendt ikke beskytter arbejdsgiveren mod, at en tidligere ansat udøver en erhvervsmæssig aktivitet i dens helhed.[[126]](#footnote-126) Dette betyder også, at en tidligere ansat godt må udøve en, med arbejdsgiveren, konkurrerende virksomhed, så længe dette sker over for nye kunder.

Reglerne i markedsføringsloven forhindrer ikke, at en tidligere ansat optager erhvervsmæssig kontakt med arbejdsgiverens kunder og/eller forretningsforbindelser, så længe dette ikke sker som led i direkte selektive og systematiske henvendelser. Reglerne i markedsføringsloven forhindrer heller ikke, at en tidligere ansat tager ansættelse hos arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser. Ved indgåelse af en kundeklausul opnår arbejdsgiveren således en, i forhold til markedsføringslovens regler, yderligere beskyttelse, som består i, at en tidligere ansat generelt forhindres i at tage ansættelse hos, udføre arbejde for eller på anden måde være i erhvervsmæssig kontakt med arbejdsgiverens kunder og/eller forretningsforbindelser.

3.2. Aftalelovens § 36

Uden for funktionærlovens område er kundeklausuler ikke reguleret ved lov. Dette betyder, at kundeklausuler gyldigt kan aftales med alle typer af ikke-funktionær ansatte alene, med den modifikation, at er en klausul ”urimelig” vil den kunne tilsidesættes helt eller delvist i medfør af AFTL § 36. Der henvises til det i afsnit 2.3. gennemgåede, som også gælder i relation til kundeklausuler.

Det er vigtigt at bemærke, at hverken AFTL § 38, stk. 1 eller stk. 2 finder anvendelse på kundeklausuler. Dette betyder bl.a. at en kundeklausul er bindende, uanset om det er den ansatte eller arbejdsgiveren, der opsiger et ansættelsesforhold. Da vurderingen efter AFTL § 36 er en helhedsvurdering, kan det dog tænkes, at nogle af de momenter, der indgår i en vurdering efter AFTL § 38, stk. 1 og stk. 2 også kan indgå i vurderingen af hvorvidt en kundeklausul er ”urimelig” efter AFTL § 36 og derfor kan tilsidesættes helt eller delvist.

3.3. Funktionærlovens § 18a

3.3.1. Definition og indhold

FUL § 18a blev indført i funktionærloven i juni 1999. Forud herfor eksisterede der ikke særskilt lovgivning omhandlende kundeklausuler.[[127]](#footnote-127) Bestemmelsen indeholder nogle begrænsninger i aftalefriheden ved indgåelse af kundeklausuler, som det er vigtigt at en arbejdsgiver er opmærksom på, da denne ellers kan risikere at klausulen bliver tilsidesat ved domstolene. FUL § 18a har følgende ordlyd:

**§ 18a.** En forpligtelse for funktionæren til efter fratrædelsen ikke at tage ansættelse hos eller direkte eller indirekte at have erhvervsmæssig kontakt med sin tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsmæssige forbindelser kan kun gøres gældende, hvis der har været en forretningsmæssig forbindelse med den pågældende kunde m.v. inden for de seneste 18 måneder før opsigelsestidspunktet. Forpligtelsen gælder endvidere kun i forhold til kunder m.v., som funktionæren selv har haft erhvervsmæssig kontakt med hos sin tidligere arbejdsgiver, og i forhold til øvrige kunder m.v., som arbejdsgiveren ved særskilt, skriftlig meddelelse inden opsigelsen har ladet været omfattet af forpligtelsen. I øvrigt finder aftalelovens § 36 anvendelse.

*Stk. 2.* En forpligtelse efter stk. 1 kan kun gyldigt 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 og skal udbetales månedsvis i den periode, forpligtelsen gælder. Hvis funktionæren modtager kompensation i medfør af § 18, bortfalder retten til kompensation efter denne bestemmelse. 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. 3.* Såfremt funktionæren får andet passende arbejde, kan lønnen fra dette arbejde modregnes i funktionærens krav på kompensation efter stk. 2 for tiden efter ansættelsen.

*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. 2. Hvis funktionæren har været beskæftiget i mere end 3 måneder, men højst 6 måneder hos arbejdsgiveren, kan aftalen ikke gøres gældende i længere tid end 6 måneder efter fratrædelsen.

*Stk. 5.* En arbejdsgiver kan opsige en aftale som nævnt i stk. 2 med en måneds varsel til udløbet af en måned.

*Stk. 6.* Stk. 1-5 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.

Klausuler omfattet af FUL § 18a omtales normalt kundeklausuler, men de findes også i en række andre varianter, herunder leverandørklausuler, agentklausuler og andre klausuler, hvis formål er at hindre den ansatte i, efter dennes fratræden, at tage ansættelse hos eller på anden måde samarbejde med arbejdsgiverens forretningsforbindelser.[[128]](#footnote-128)

3.3.2. Gyldighedsbetingelser – FUL § 18a, stk. 1 og stk. 2

Af FUL § 18a, stk. 1 og stk. 2 fremgår nogle gyldighedsbetingelser i relation til en arbejdsgivers indgåelse af en kundeklausul med en funktionær. Er disse betingelser ikke opfyldt er kundeklausulen ugyldig og arbejdsgiveren vil ikke kunne påberåbe sig denne, ligesom funktionæren ikke vil kunne gøre krav på kompensation i henhold hertil.

3.3.2.1. Kundebegrebet – FUL § 18a, stk. 1

FUL § 18a, stk. 1 karakteriserer en kundeklausul, som en forpligtigelse for funktionæren til ikke at tage ansættelse hos, eller direkte eller indirekte at have erhvervsmæssig kontakt med, sin tidligere arbejdsgivers *kunder og andre forretningsmæssige forbindelser*. Begrebet *kunder og andre forretningsmæssige forbindelser* omfatter naturligt den tidligere arbejdsgivers kunder og klienter, men også leverandører, agenturgivere, samarbejdspartnere mv. med hvem arbejdsgiveren har en erhvervsmæssig kontakt er omfattet.

En kundeklausul kan efter FUL § 18a, stk. 1 kun gøres gældende i relation til de af den tidligere arbejdsgivers kunder mv., hvormed der har været en *forretningsmæssig forbindelse inden for de seneste 18 måneder før opsigelsestidspunktet*. Opsigelsestidspunktet er det tidspunkt, hvor opsigelsen er kommet frem til modtageren og de 18 måneder regnes tilbage fra dette tidspunkt. Begrebet *forretningsmæssig forbindelse* er ikke entydigt defineret, og det er således op til retspraksis at fastsætte rammerne for hvornår en sådan forbindelse foreligger. Det må dog antages, at der foreligger en *forretningsmæssig forbindelse* i de tilfælde, hvor der er foretaget et køb, et salg eller en levering. I de tilfælde, hvor der er etableret et indgående og omkostningskrævende samarbejde længe før, der sker køb, salg eller levering er retsstillingen imidlertid mere uklar.[[129]](#footnote-129) Det forhold, at der er indgået en detaljeret aftale, fremsendt en ordrebekræftelse, foretaget en konkret opgaveløsning eller udarbejdet og fremsendt en faktura er, efter min vurdering, indikationer på, at der er tale om en *forretningsmæssig forbindelse*. Mere tvivlsomt er det, om det forhold, at der alene er afholdt et indledende møde eller udarbejdet en rammeaftale, er tilstrækkeligt for at statuere en *forretningsmæssig forbindelse*.

Efter FUL § 18a, stk. 1, 2. pkt., 1. led kan en kundeklausul gøres gældende *i forhold til kunder mv., som funktionæren selv har haft erhvervsmæssig kontakt med*. I mange tilfælde vil der ikke foreligge tvivl om, hvorvidt funktionæren har haft *erhvervsmæssig kontakt* med en kunde. Det er f.eks. klart i de tilfælde, hvor funktionæren har været kontaktperson eller kundeansvarlig for den pågældende kunde eller forretningsforbindelse. Uden for disse tilfælde må det antages, at der foreligger en *erhvervsmæssig kontakt* hvor funktionæren enten selv eller i fællesskab med andre har betjent en kunde, således at kunden kender funktionæren.

Efter FUL § 18a, stk. 1, 2. pkt., sidste led kan kundeklausuler også gøres gældende i forhold til de af arbejdsgiverens øvrige kunder, som arbejdsgiveren, ved særskilt skriftlig meddelelse til funktionæren, inden opsigelsen, har ladet være omfattet af forpligtigelsen, de såkaldte *listekunder*. Dette betyder, at arbejdsgiveren i realiteten kan lade samtlige af dennes kunder og forretningsforbindelser være omfattet af klausulen.[[130]](#footnote-130) Det er efter bestemmelsen en betingelse, at denne *kundeliste* skal være udleveret til funktionæren forud for opsigelsen.

Efter indførelsen af FUL § 18a, hvor en forpligtigelse kun kan håndhæves over for en funktionær, hvis denne selv har haft erhvervsmæssig kontakt med en kunde, eller kunden fremgår af en af arbejdsgiveren udarbejdet liste, vil det næppe i praksis forekomme, at en kundeklausul brydes i god tro, ligesom det var tilfældet i U.2000.2536Ø (Kundeklausulen).

3.3.2.2. Kompensation – FUL § 18a, stk. 2

FUL § 18, stk. 2 om kompensation er i vid udstrækning identisk med kompensationsreglerne i FUL § 18, stk. 1, 3.-7. pkt. og der henvises derfor til afsnit 2.4.2.3. Der gælder imidlertid den særlige regel for kundeklausuler, at der ikke skal betales en engangskompensation, hvilket betyder, at kompensationen skal betales månedsvis i klausulperioden.

I FUL § 18a, stk. 2, 3. pkt. fremgår det, at man som funktionær ikke har krav på dobbelt kompensation i de tilfælde, hvor funktionæren med arbejdsgiveren har indgået dels en kundeklausul og dels en konkurrenceklausul. Dette betyder, at en selvstændig kompensation for en kundeklausul kun bliver aktuel, såfremt der ikke foreligger en konkurrenceklausul mellem parterne. Dette fører til, at det for arbejdsgiveren kan fremstå som ”gratis” at supplere en konkurrenceklausul med en kundeklausul eller omvendt, at en arbejdsgiver som ellers ville have nøjedes med en kundeklausul, også stiller krav om en konkurrenceklausul, netop fordi prisen herfor næsten er den samme.[[131]](#footnote-131)

3.3.3. Opsigelse – FUL § 18a, stk. 5

Efter FUL § 18a, stk. 5 kan en kundeklausul opsiges af arbejdsgiveren med et varsel på en måned til udløbet af en måned. Bestemmelsen svarer til FUL § 18, stk. 2 om opsigelsesvarslet for en konkurrenceklausul og der henvises derfor til afsnit 2.4.3.

I relation til kundeklausuler gælder der som nævnt ikke en bestemmelse om engangskompensation, og der skal således kun betales kompensation for tiden frem til udløbet af det i FUL § 18a, stk. 5 fastsatte opsigelsesvarsel. Sammenholder man dette med, at der, i en opsigelsesperiode hvor der udbetales løn, ikke samtidig skal udbetales kompensation samt det forhold, at en kundeklausul kan opsiges med en måneds varsel, fører det til, at det i stort set alle tilfælde vil være ”gratis” for en arbejdsgiver at supplere en ansættelseskontrakt med en kundeklausul. Dette følger af, at en arbejdsgiver i forbindelse med opsigelsen af funktionæren, kan vælge også at opsige kundeklausulen hvis han på tidspunktet for denne opsigelse, ikke finder det rentabelt at betale kompensation for at opretholde klausulen.[[132]](#footnote-132)

3.4. Kundeklausuler og sociale medier

De fleste ansatte i kundeorienterede virksomheder, som har ambitioner om at vedligeholde et netværk, har i dag en profil på et socialt medie, i mange tilfælde det sociale medie LinkedIn.[[133]](#footnote-133) På en sådan profil vil den ansatte typisk have en kontaktliste, hvoraf erhvervsmæssige forbindelser af forskellig slags vil fremgå, herunder i mange tilfælde også arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser.

Er en ansat omfattet af en kundeklausul, har denne særlig grund til at være opmærksom på sin ageren, i forhold til opretholdelsen af arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser på sin kontaktliste på et socialt medie. Dette gælder naturligvis i særlig grad de kunder og forretningsforbindelser som er omfattet af klausulen. Det er klart, at en tidligere ansats erhvervsmæssige kontakt, via et socialt medie, til de af arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, som er omfattet af en kundeklausul, vil udgøre en overtrædelse af klausulen, og resultere i udløsningen af en eventuel aftalt konventionalbod.

På det sociale medie LinkedIn, kan en ansat uploade og opdatere sit CV med nuværende og tidligere arbejdsgivere. Har en ansat, efter fratræden, stadig arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser i sin kontaktliste på mediet, bliver problemstillingen vedrørende sociale medier og kundeklausuler særlig relevant. Dette skyldes, at ved den tidligere ansattes opdatering af sit CV på LinkedIn, bliver arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser opmærksomme på, at denne har skiftet arbejdsgiver, eller har etableret egen konkurrerende virksomhed. Dette kan give problemer for arbejdsgiveren derved, at dennes samarbejde med en kunde eller forretningsforbindelse, med hvem den ansatte har haft nær erhvervsmæssig kontakt, kan forringes, hvis den pågældende kunde eller forretningsforbindelse ønsker, at følge den tidligere ansatte over til dennes nye arbejdsgiver eller ny opstartede konkurrerende virksomhed. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt det forhold, at en tidligere ansat opdaterer sit CV på et socialt medie som LinkedIn, kan anses for en overtrædelse af en indgået kundeklausul. I relation hertil må det vurderes, hvorvidt en generel udmelding på et socialt medie, som f.eks. en opdatering af CV, kan anses som udgørende *erhvervsmæssig kontakt*, i strid med en kundeklausul. Der vil kunne argumenteres for, at en opdatering af et CV på et socialt medie, hvorefter en arbejdsgivers kunder og forretningsforbindelser gøres opmærksom en tidligere ansats nye beskæftigelse, vil kunne ligestilles med anden underretning af disse herom, f.eks. i form af en cirkulæreskrivelse, hvilket vil være i strid med en kundeklausul. Det er dog min vurdering, at opdatering af et CV, på et socialt medie, ikke er *erhvervsmæssig kontakt*, og at udgangspunktet derfor må være, at en tidligere ansats generelle udmeldinger til en bredere kreds på mediet, ikke er tilstrækkeligt, til at udgøre en overtrædelse af en, med den tidligere arbejdsgiver, indgået kundeklausul. Henvender den tidligere ansatte sig dog, i erhvervsmæssig sammenhæng, direkte, via det sociale medie, til den tidligere arbejdsgivers kunder eller forretningsforbindelser må udgangspunktet omvendt være, at kundeklausulen ved denne henvendelse er overtrådt. Er det omvendt den tidligere arbejdsgivers kunder eller forretningsforbindelser, som via et socialt medie, henvender sig til den tidligere ansatte, må denne afslå, eller afstå fra at besvare, en sådan henvendelse. Dette skyldes, at en kundeklausul indeholder et generelt forbud mod erhvervsmæssig kontakt, med de kunder og forretningsforbindelser, som er omfattet heraf, og at det derfor er uden betydning, om det reelt er kunden eller forretningsforbindelsen som henvender sig til den tidligere ansatte og ikke omvendt.

Der er derfor, i de tilfælde, hvor der er indgået en kundeklausul grund til, at en ansat ved fratræden overvejer at slette de kontakter som er omfattet af klausulen, netop for at undgå overtrædelse af denne. Der er dog også grund til for arbejdsgiveren at være opmærksom på problemstillingen. Har arbejdsgiveren ikke en personalepolitik på området, eller gør arbejdsgiveren ikke en ansat opmærksom herpå ved fratræden, vil det alt andet lige blive vanskeligere senere at gøre indsigelse mod den ansattes relation til en kunde eller forretningsforbindelse via et socialt medie.[[134]](#footnote-134) Dette kræver selvfølgelig at arbejdsgiveren kender til den ansattes relation med dennes kunder eller forretningsforbindelser via sociale medier.

4. En arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser

4.1. Konventionalbod og erstatning

Misligholder en ansat eller tidligere ansat en konkurrence- eller kundeklausul vil det medføre, at dennes krav på kompensation bortfalder, mens klausulen fortsat består i den resterende periode. Udover at arbejdsgiverens pligt til at betale kompensation bortfalder, vil misligholdelse af en klausul endvidere ofte betyde, at arbejdsgiveren kan iværksætte økonomiske sanktioner mod den ansatte eller tidligere ansatte. Arbejdsgiverens økonomiske sanktionsmuligheder, ved ansattes og tidligere ansattes overtrædelse af en aftalt konkurrencebeskyttelse, har stor betydning for såvel konkurrence- som kundeklausulers effektivitet.

Konventionalbod er i praksis den mest anvendte sanktion. En konventionalbod er et på forhånd fastsat beløb, som en ansat eller tidligere ansat skal erlægge ved overtrædelse af en klausul. En arbejdsgiver ønsker, ved indgåelse af en aftalt konkurrencebeskyttelse, helt at undgå, at handlinger i strid med en klausul iværksættes, og derfor er en sanktions præventive effekt i disse tilfælde særdeles vigtig. En konventionalbod vil ofte, set med en ansats øjne, være ansat til et ganske højt beløb. Dette hænger sammen med, at en konventionalbod er en foranstaltning, som først foranstaltes efterfølgende, og derfor i mange tilfælde i realiteten langt fra er nok til at opveje de allerede indtrufne skadevirkninger, som klausulen skulle forhindre. Også af denne grund har den præventive effekt stor betydning. En konventionalbods størrelse kan dog, som tidligere nævnt, underkastes selvstændig prøvelse efter AFTL § 36, hvorefter den kan nedsættes eller tilsidesættes, hvis domstolene, efter en konkret vurdering, finder boden urimelig.[[135]](#footnote-135) Der findes endvidere i praksis eksempler på, at en konventionalbod er blevet nedsat under henvisning til, at en ansats berigelse eller indtjening ved overtrædelsen har været beskeden. En forudsætning for nedsættelse i disse tilfælde er dog tillige, at arbejdsgiveren ikke kan dokumentere et tab eller kun kan dokumentere et ringe tab. Se i den forbindelse U.2007.1949V (Konkurrenceklausulen), hvor en direktør havde påtaget sig en konkurrenceklausul med en konventionalbod på 200.000 kr. Efter at direktøren havde fratrådt sin stilling, konstaterede den tidligere arbejdsgiver, at direktøren havde etableret en hjemmeside som, efter arbejdsgiverens opfattelse, tog form af konkurrerende virksomhed. Landsretten fandt, at direktøren havde overtrådt konkurrenceklausulen, men nedsatte konventionalboden til 50.000 kr., under henvisning til, at direktøren ikke havde opnået omsætning i den nyetablerede virksomhed og derfor ikke havde forårsaget et omsætningstab for den tidligere arbejdsgiver.

Den væsentligste forskel mellem en konventionalbod og erstatning er, at en konventionalbod skal erlægges, uanset om arbejdsgiveren har lidt et tilsvarende dokumenteret tab. En arbejdsgiver vil naturligvis i overensstemmelse med de almindelige erstatningsretlige principper kunne kræve erstatning af det tab, som han har lidt som følge af en ansats overskridelse af en konkurrence- eller kundeklausul, i de tilfælde hvor der ikke er aftalt en konventionalbod. Hvorvidt en arbejdsgiver er erstatningsberettiget vil afhænge af de almindelige erstatningsretlige betingelser om ansvarsgrundlag, kausalitet, adækvans og tab. Et for arbejdsgiveren væsentligt problem med hensyn til at opfylde disse betingelser for erstatning er, at kunne dokumentere et lidt tab samt størrelsen af dette. Tabet skal endvidere være en påviselig og direkte følge af den ansatte eller tidligere ansattes overtrædelse af klausulen. Dette betyder, at en arbejdsgiver skal kunne dokumentere, at en nedgang i omsætningen eller anden form for indtægtstab skyldes den ansattes eller tidligere ansattes krænkelse af klausulen, hvilket kan være vanskeligt. Dette er også grunden til, at der som hovedregel i konkurrence- og kundeklausuler på forhånd er aftalt en konventionalbod.[[136]](#footnote-136)

En arbejdsgiver kan, for at dække sig helt ind, i aftalen om konventionalbod, forbeholde sig ret til tillige at kunne kræve erstatning for et konkret konstateret tab. En arbejdsgiver vil i et sådant tilfælde kunne kræve dels konventionalbod og dels erstatning for et konkret konstateret tab. Dette betyder dog ikke, at et erstatningskrav bortfalder såfremt parterne har aftalt en konventionalbod uden forbehold for arbejdsgiverens eventuelle erstatningskrav. Morten Langer argumenterer for, at konventionalbodens tætte relation til erstatningsbeføjelsen vil kunne tale for, at man i sådanne situationer betragter konventionalboden som en mindsteerstatning med den konsekvens, at adgangen til at kræve erstatning kun består for så vidt angår den del, der overstiger konventionalboden.[[137]](#footnote-137) Jeg kan kun tilslutte mig dette synspunkt.

4.2. Forbud

Det vil ofte være af stor vigtighed for en arbejdsgiver, at kunne forhindre en ansat i at fortsætte en retsstridig overtrædelse af en konkurrence- eller kundeklausul. Fogedforbuddet er et foreløbigt retsmiddel, som en arbejdsgiver kan anvende for at hindre en fortsat overtrædelse af en klausul. Hjemlen findes i RPL §§ 642-644. Disse regler er gennemgået i kap. 2, afsnit 6.2.1.1. og der henvises derfor hertil.

5. Opsamling på kapitel 3

5.1. En arbejdsgivers yderligere beskyttelse i en konkurrence- eller kundeklausul

Hverken den ansættelsesretlige loyalitetspligt eller reglerne i markedsføringsloven forhindrer, at en ansat efter fratræden starter konkurrerende virksomhed, tager ansættelse i en konkurrerende virksomhed eller samarbejder med den tidligere arbejdsgivers kunder eller forretningsforbindelser, så længe den tidligere ansatte i forbindelse hermed handler loyalt. Ønsker en arbejdsgiver derfor beskyttelse mod sådanne handlinger, er han nødsaget til at indgå en konkurrencebeskyttelsesaftale med den pågældende ansatte, i form af enten en konkurrenceklausul, en kundeklausul eller begge dele. Forskellen på de to klausuler er, at hvor en konkurrenceklausul er artsbestemt og således knytter sig til arten af de aktiviteter som den tidligere ansatte ikke må beskæftige sig med, er en kundeklausul omvendt personelt bestemt og knytter sig således til givne personer eller virksomheder, hvormed den ansatte ikke må have erhvervsmæssig kontakt. En arbejdsgiver må derfor gøre sig klart, hvilken beskyttelse han har behov for, for at værne sig mod konkurrence fra en tidligere ansat. Valget af klausul kan nemlig have betydning for, om klausulen kan tilsidesættes ved domstolene som værende for vidtgående, i de tilfælde, hvor arbejdsgiverens interesse i konkurrencebeskyttelsen ikke overstiger hensynet til den ansattes ret til fri erhvervsudøvelse.

Foruden at beskytte mod loyale konkurrencehandlinger i form af ansættelse hos eller etablering af konkurrerende virksomhed, eller samarbejde med arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, ligger der en yderligere ”beskyttelse” af en arbejdsgiver i konkurrence- og kundeklausulerne i form af muligheden for, i disse at aftale en konventionalbod. Den præventive effekt ved en forholdsvis højt sat konventionalbod, er med til at sikre at tidligere ansatte tænker sig om en ekstra gang eller udviser tilbageholdenhed med at komme tæt på det i klausulen fastsatte område. En sådan aftalt konventionalbod giver derfor en arbejdsgiven en vis forvisning om, at en konkurrence- eller kundeklausul overholdes. Derudover er det yderligere en fordel for arbejdsgiveren, at en konventionalbod kommer til udbetaling uanset om der er lidt et tilsvarende tab, hvorimod der ved overtrædelse af loyalitetspligten og reglerne i markedsføringsloven skal dokumenteres et tab som følge af overtrædelsen, hvilket ofte kan være vanskeligt.

Det kan konkluderes, at en konkurrence- eller kundeklausul giver en arbejdsgiver en beskyttelse, mod konkurrencehandlinger, som rækker noget videre end beskyttelsen efter markedsføringslovens regler. En arbejdsgiver kan ved indgåelsen af en konkurrence- eller kundeklausul generelt afskære en tidligere ansat fra at udøve visse aktiviteter, eller fra at have erhvervsmæssig kontakt med visse personer eller virksomheder, hvorimod markedsføringsloven kun begrænser disse handlinger, hvor den tidligere ansatte i forbindelse hermed handler illoyalt. Endvidere bliver det med en aftalt konkurrencebeskyttelsesklausul lettere for en arbejdsgiver at opnå en økonomisk kompensation ved en tidligere ansats overtrædelse, i de tilfælde, hvor der i klausulen er aftalt en konventionalbod.

Det er dog vigtigt at huske på, at en konkurrencebeskyttelsesklausul ikke er gratis for en arbejdsgiver, og at det derfor er vigtigt, at denne foretager en nøje afvejning af såvel fordele som ulemper forinden indgåelsen af en klausul, da en sådan kan have økonomiske konsekvenser for virksomheden i forbindelse med den ansattes fratræden. Vurderes det således, at den ansættelsesretlige loyalitetspligt samt reglerne i markedsføringsloven yder arbejdsgiveren den fornødne beskyttelse mod konkurrencehandlinger, har denne ingen reel interesse i at udfærdige og indgå en konkurrencebeskyttelsesklausul, og bør derfor afholde sig herfra. Hertil kommer at det også er vigtigt, at en arbejdsgiver er opmærksom på, at virksomhedens politik på området sender et signal til fremtidige ansatte. Hvis en arbejdsgiver konsekvent vælger, at ansatte skal være omfattet af konkurrencebeskyttelsesklausuler, kan det have en negativ effekt i forbindelse med at rekruttere nye dygtige ansatte. Dette skal dog ikke afholde en arbejdsgiver fra at pålægge relevante ansatte konkurrence- eller kundeklausuler, men det er vigtigt, at denne vurderer i hvilket omfang og for hvilke ansatte, der er et reelt behov.[[138]](#footnote-138)

5.2. Konkurrence- eller kundeklausul – eller begge dele?

Det er ikke utænkeligt, at en konkurrenceklausul og en kundeklausul kan overlappe hinanden. Hvor en konkurrenceklausul indeholder et generelt forbud mod såvel opstart af, som ansættelse i, konkurrerende virksomhed, vil forbuddet også gælde udførelse af konkurrerende arbejdsopgaver for arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, og således overlappe en del af en evt. aftalt kundeklausul og vice versa.

Der findes to vigtige forskelle på konkurrence- og kundeklausuler. For det første kan konkurrenceklausuler ikke håndhæves af arbejdsgiveren ved dennes opsigelse af den ansatte, medmindre denne opsigelse kan begrundes i den ansattes forhold jf. AFTL § 38, stk. 2. Omvendt finder kundeklausuler altid anvendelse uanset begrundelsen for opsigelsen, indtil de opsiges eller udløber. Dette kan være et incitament for en arbejdsgiver til at vælge en kundeklausul frem for en konkurrenceklausul.

For det andet skal der ved konkurrenceklausuler, når der er tale om særlig betroede funktionærer, betales en engangskompensation. Dette betyder, at hvor den ansatte selv siger op eller arbejdsgiveren opsiger denne uden at det er berettiget i den ansattes forhold, skal arbejdsgiveren udbetale en kompensation på min. 1½ måneds løn, såfremt fratrædelsen sker inden seks måneder efter at arbejdsgiveren har opsagt konkurrenceklausulen. Omvendt skal der ikke betales kompensation til en ansat omfattet af en kundeklausul, så længe arbejdsgiveren sørger for, at denne er opsagt senest samtidig med ansættelsesforholdets ophør. Dette fører til, at det i langt de fleste tilfælde vil være ”gratis” for arbejdsgiveren, at tilføje en kundeklausul i en ansættelseskontrakt. Også dette kan være et incitament for en arbejdsgiver til at aftale vidtgående kundeklausuler frem for konkurrenceklausuler. En arbejdsgiver skal dog være opmærksom på, at en kundeklausul ikke bliver så vidtgående, at den i realiteten er lige så indgribende som en konkurrenceklausul, da det ikke vil kunne udelukkes, at domstolene vil tilsidesætte en sådan klausul efter AFTL § 36. Endvidere kan det forhold, at domstolene vurderer, at der reelt er tale om en kamufleret konkurrenceklausul måske føre til en tilsidesættelse efter AFTL § 38, stk. 1. Med hensyn til tilsidesættelse ved domstolene, er der dog for en ansat det problem, at det for denne kan være svært at vurdere, hvilket resultat domstolene vil komme frem til. Derudover vil en domstolsafgørelse ofte først foreligge efter udløbet af en klausul, hvorfor det ofte vil være betydningsløst for en ansat om denne vinder sagen, da der kun undtagelsesvist vil være grundlag for, at arbejdsgiveren ifalder et erstatningsansvar for at have pålagt en for vidtgående klausul.[[139]](#footnote-139) En arbejdsgiver kan derfor spekulere i, at indgå vidtgående kundeklausuler med de ansatte frem for konkurrenceklausuler. En kundeklausul kan blive lige så vidtrækkende som en konkurrenceklausul, hvis der f.eks. er tale om en større landsdækkende virksomhed, og klausulen omfatter alle arbejdsgiverens kunder, og derved i realiteten afskærer den ansatte fra at tage ansættelse inden for dennes faglige og uddannelsesmæssige erhverv. En kundeklausul kan også blive meget vidtrækkende ved, ikke blot at omfatte de kunder, som den ansatte selv har haft kontakt med, men alle arbejdsgiverens kunder, såkaldte *listekunder*.[[140]](#footnote-140) En kundeklausul kan også tidsmæssigt gøres meget vidtrækkende, f.eks. ved at den ansatte i al fremtid ikke må have nogen erhvervsmæssig kontakt med de af klausulen omfattede kunder og forretningsforbindelser. Disse forhold burde måske føre til en regelændring, netop for at forhindre spekulation fra arbejdsgiverens side i, at anvende vidtgående kundeklausuler frem for konkurrenceklausuler. Det kunne muligvis overvejes også at indføre et krav om engangskompensation i FUL § 18a, således at det ikke er ”billigere” for arbejdsgiveren at indgå kundeklausuler. Det kunne også overvejes, at man i FUL § 18a fjernede retten til at lade *listekunder* være omfattet af en kundeklausul, således at disse begrænsedes til de kunder som den ansatte selv har betjent under ansættelsen hos arbejdsgiveren. Endelig kunne det overvejes, at lade AFTL § 38, stk. 2 finde anvendelse på sådanne meget vidtrækkende kundeklausuler, som reelt fremtræder som kamuflerede konkurrenceklausuler,[[141]](#footnote-141) således at disse ikke kan gøres gældende såfremt arbejdsgiveren opsiger den ansatte, og hvor denne opsigelse ikke kan tilregnes den ansattes forhold, eller i de tilfælde hvor den ansatte opsiges grundet arbejdsgiverens misligholdelse. Der er dog fra lovgivers side ikke tegn på at sådanne tiltag er på vej. Baggrunden for den mindre indgribende regulering af kundeklausuler er ifølge forarbejderne, at kundeklausuler *normalt* er mindre indgribende end konkurrenceklausuler og at de samtidig er mere nødvendige for en virksomhed.[[142]](#footnote-142)

Vurderer en arbejdsgiver, at han har brug for beskyttelse, både i form af en konkurrence- og en kundeklausul, er der ikke noget i vejen for at indgå en såkaldt ”dobbeltklausul”. Det er naturligvis også her vigtigt, at arbejdsgiveren sørger for at afgrænse klausulerne så at de ikke tilsammen bliver for vidtgående, og der således opstår risiko for disses hele eller delvise tilsidesættelse ved domstolene jf. AFTL §§ 38 eller 36. Som det fremgår af FUL § 18, stk. 2, 3. pkt. bortfalder en funktionærs ret til kompensation for en kundeklausul, såfremt denne allerede modtager kompensation for en konkurrenceklausul i medfør af FUL § 18, stk. 1, og der sker altså her en regelkrydsning. Dette betyder, at en arbejdsgiver i realiteten kan få to klausuler til én klausuls pris, hvilket må antages at virke fremmende på arbejdsgiverens motivation for at indgå ”dobbeltklausuler”.

# Kapitel 4 - Konklusion

1. Grænserne mellem den ansættelsesretlige loyalitetspligt og aftalt konkurrencebeskyttelse

En arbejdsgiver er, under et ansættelsesforhold, som følge af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, beskyttet mod ansattes konkurrencehandlinger generelt, hvilket også betyder, at en arbejdsgiver, i denne periode, har en meget vidtrækkende beskyttelse. Den ansættelsesretlige loyalitetspligt indeholder et forbud mod konkurrencehandlinger både i form af opstart af, og væsentlig økonomisk interesse i, konkurrerende virksomhed, ansættelse i konkurrerende virksomhed samt henvendelse til arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser i konkurrenceøjemed. Ansatte har dog i en opsigelsesperiode, ret til på forskellig vis, at forberede konkurrerende virksomhed uanset om denne vil finde sted som ansat eller selvstændig. Har en arbejdsgiver og en ansat indgået en konkurrencebeskyttelsesklausul, som skal gælde efter ansættelsesforholdets ophør, kan denne på sin vis begrænse disse tilladelige forberedelseshandlinger. Begrænsningen består i, at den ansatte, som følge af den konkurrencebeskyttelse, som skal gælde efter ansættelsesforholdets ophør, naturligvis ikke kan forberede opstart af, eller ansættelse i, en konkurrerende virksomhed. På denne måde kan en aftalt konkurrencebeskyttelse få betydning også under et ansættelsesforholds bestående. Det må antages, at de forberedelseshandlinger, som er tilladelige i en opsigelsesperiode også vil være tilladte ved udgangen af en aftalt konkurrencebeskyttelsesperiode, således at en ansat efter dennes udløb vil kunne etablere, eller tage ansættelse i, en konkurrerende virksomhed.

På trods af, at en arbejdsgiver under et ansættelsesforhold er beskyttet mod konkurrencehandlinger, som følge af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, er der intet til hinder for, at en aftalt konkurrencebeskyttelse træder i kraft samtidig med selve ansættelsesforholdet, og således er gældende såvel under ansættelsen, som i den aftalte periode herefter. Det kan anføres, at vedtagelsen af at lade en aftalt konkurrencebeskyttelse være gældende under et ansættelsesforhold vil være overflødig, da den ansættelsesretlige loyalitetspligt allerede indeholder et generelt forbud mod konkurrencehandlinger mod arbejdsgiveren. Det forholder sig dog sådan, at forskellen mellem arbejdsgiverens konkurrencebeskyttelse som følge af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, og som følge af en aftalt konkurrencebeskyttelse, ligger i at en aftalt konkurrencebeskyttelse som hovedregel vil indeholde en særskilt økonomisk sanktion i form af en konventionalbod. Er der under et ansættelsesforhold ikke indgået en aftalt konkurrencebeskyttelse, vil en arbejdsgivers sanktion, over for ansattes konkurrencehandlinger, typisk bestå i ophævelse af ansættelsesforholdet, samt standsning af lønudbetaling. Arbejdsgiveren vil naturligvis også kunne kræve erstatning for det tab han har lidt ved en ansats konkurrencehandlinger, men vil her ofte støde ind i bevismæssige problemer. De bevismæssige problemer, som består dels i at dokumentere et lidt tab, og dels i at sandsynliggøre at dette tab er en direkte følge af en ansats konkurrencehandlinger, vil i mange tilfælde afholde en arbejdsgiver fra at anlægge en erstatningssag mod en ansat. Er der omvendt aftalt en konkurrencebeskyttelsesklausul, med en sanktion i form af en konventionalbod, som også skal være gældende under ansættelsesforholdets bestående, skal arbejdsgiveren ikke dokumentere andet, end at den ansatte har overtrådt denne klausul ved sine handlinger. En arbejdsgiver kan således i disse tilfælde, foruden at ophæve ansættelsesforholdet, tillige forlange konventionalboden udbetalt og efterfølgende fastholde konkurrencebeskyttelsesklausulen overfor den ansatte, hvilket må antages at give arbejdsgiveren en yderligere beskyttelse end den som følger af den ansættelsesretlige loyalitetspligt. Hertil kommer, at det forhold, at en konventionalbod ofte er fastsat til et meget højt beløb, alt andet lige betyder, at risikoen for at udløse en sådan bod må antages at have en langt større præventiv effekt for en ansat, end den blotte risiko for bortvisning og en eventuel erstatningssag. Den præventive effekt ved en, på forhånd fastsat, konventionalbod giver derfor også arbejdsgiveren en yderligere beskyttelse i form af den afskrækkende effekt som denne må antages at have på ansattes påtænkte konkurrencehandlinger.

Ulempen for en arbejdsgiver ved at indgå en konkurrencebeskyttelsesklausul med en ansat, som skal gælde under ansættelsesforholdets bestående, er at arbejdsgiveren, ved en sådan klausul, skal betale kompensation til den ansatte for at få en konkurrencebeskyttelse, som denne i teorien allerede har, i medfør af den ansættelsesretlige loyalitetspligt. Dette er også grunden til, at en konkurrencebeskyttelsesklausul, som skal være gældende under et ansættelsesforhold, i mange tilfælde for en arbejdsgiver kan virke som overflødig, og som en unødvendig udgift. Hertil kommer, at domstolene, i de tilfælde hvor der er tale om en funktionær, måske vil kunne tilsidesætte en aftalt konventionalbod, som følge af at denne pålægger funktionæren en forpligtigelse ud over hvad der følger af FUL § 4 om arbejdsgiverens ret til erstatning, jf. FUL § 21. Ved en sådan tilsidesættelse vil arbejdsgiveren have betalt for en konkurrencebeskyttelse, som ikke beskytter denne mod konkurrence fra ansatte i videre omfang end den ansættelsesretlige loyalitetspligt.

2. Grænserne mellem reglerne i markedsføringsloven og aftalt konkurrencebeskyttelse

En arbejdsgiver er, såvel under et ansættelsesforhold, som efter dets ophør, beskyttet mod ansattes *illoyale* konkurrencehandlinger i medfør af reglerne i markedsføringsloven. Reglerne i markedsføringsloven vil dog typisk først få selvstændig betydning efter et ansættelsesforholds ophør, hvor en ansat ikke længere er bundet af den ansættelsesretlige loyalitetspligt. Dette skyldes, at den konkurrencebeskyttelse som en arbejdsgiver opnår i medfør af den ansættelsesretlige loyalitetspligt er en beskyttelse mod konkurrencehandlinger generelt, hvorimod konkurrencebeskyttelsen efter markedsføringsloven alene er en beskyttelse mod *illoyale* konkurrencehandlinger. Ønsker en arbejdsgiver derfor, efter et ansættelsesforholds ophør, en beskyttelse mod en ansats konkurrencehandlinger svarende til beskyttelsen efter den ansættelsesretlige loyalitetspligt, og altså et generelt forbud mod konkurrencehandlinger, må han, med den ansatte, indgå en konkurrence- eller kundeklausul eller begge dele.

MFL § 1 opstiller et princip om god markedsføringsskik og benævnes i almindelighed ”generalklausulen”. MFL § 1 beskytter en arbejdsgiver mod konkurrencehandlinger som ikke indebærer en overtrædelse af lovens specialbestemmelser, men hvor de konkrete omstændigheder, hvorunder handlingen udføres, må opfattes som illoyale og derfor i strid med god markedsføringsskik. Det som kan angribes efter MFL § 1 er derfor de konkrete omstændigheder, hvorunder en konkurrencehandling udøves. Det er ved to Højesteretsdomme fra 2012 slået fast, at MFL § 1 ikke finder anvendelse på ansatte. Dette betyder, at udøver en tidligere ansat konkurrence mod arbejdsgiveren fra en ansættelse i en konkurrerende virksomhed, finder MFL § 1 ikke anvendelse over for denne. Vil en arbejdsgiver således beskytte sig mod at en ansat, efter fratræden, fra en stilling i en konkurrerende virksomhed, udøver konkurrencehandlinger mod denne, må arbejdsgiveren med den ansatte indgå en konkurrenceklausul indeholdende et forbud mod ansættelse i konkurrerende virksomhed. Det er dog ikke i retspraksis afklaret, om en ansat efter omstændighederne kan ifalde ansvar for medvirken til den nye arbejdsgivers overtrædelse af MFL § 1. Såfremt der ikke kan findes et andet ansvarsgrundlag, som f.eks. den ansættelsesretlige loyalitetspligt eller MFL § 19, stk. 2 om videregivelse af erhvervshemmeligheder, kan det ikke udelukkes, at der vil kunne statueres et ansvarsgrundlag for en ansats medvirken til den nye arbejdsgivers overtrædelse af MFL § 1.

MFL § 1 forhindrer ikke at en ansat, efter fratræden, etablerer en med arbejdsgiveren konkurrerende virksomhed, eller tager ansættelse i en sådan, så længe dette sker på en loyal og tilbørlig måde. En ansat skal dog være opmærksom på, at denne efter fratræden vil være underlagt en skærpet bedømmelse af hvorvidt MFL § 1 er overtrådt. Dette skyldes den indgående og betroede adgang til, og indsigt i, arbejdsgiverens interne forhold som en ansat opnår under et ansættelsesforhold. Ønsker en arbejdsgiver en beskyttelse mod at en ansat, efter fratræden, etablerer eller tager ansættelse i en konkurrerende virksomhed, må denne, med den ansatte, indgå en konkurrenceklausul, da sådanne handlinger, så længe de ikke udøves under illoyale omstændigheder, ikke er i strid med MFL § 1. MFL § 1 forhindrer heller ikke, at en ansat, efter fratræden i konkurrenceøjemed, tager kontakt til arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, så længe kontakten sker som led i en generel markedsbearbejdning og ikke ved direkte, selektive og systematiske henvendelser. Ønsker en arbejdsgiver derfor en beskyttelse mod at en ansat, efter fratræden i konkurrenceøjemed, kontakter dennes kunder eller forretningsforbindelser, må arbejdsgiveren med den ansatte indgå en kundeklausul indeholdende et forbud mod en sådan kontakt.

MFL § 19, stk. 2 indeholder en konkurrencebeskyttelse af arbejdsgiveren mod at ansatte eller tidligere ansatte ubeføjet videregiver eller udnytter dennes erhvervshemmeligheder. MFL § 19, stk. 2 beskytter viden om en arbejdsgivers interne forhold. Beskyttelsen omfatter eksempelvis viden om kunder, forretningsforbindelser, produkter, ydelser, markedsføring etc., såfremt denne viden er specifik for den enkelte virksomhed, og ikke er offentlig tilgængelig. MFL § 19, stk. 2 beskytter derimod ikke en arbejdsgiver mod at en ansat, efter fratræden, udnytter dennes grundlæggende faglige kvalifikationer såsom almindelig brancheindsigt, uddannelse og erhvervserfaring. MFL § 19, stk. 2 er en, for en arbejdsgiver, en vigtig bestemmelse, da beskyttelsen af erhvervshemmeligheder kan være afgørende for en virksomheds konkurrenceevne. Udfordringen ved anvendelse af MFL § 19, stk. 2 er dog, for arbejdsgiveren, at skulle godtgøre, at der er tale om udnyttelse af dennes erhvervshemmeligheder og ikke af den ansattes grundlæggende faglige kvalifikationer. Ønsker en arbejdsgiver, at afskære en tidligere ansat fra at udnytte såvel den viden og indsigt i arbejdsgiverens forhold, som ikke udgør erhvervshemmeligheder, samt de grundlæggende faglige kvalifikationer som den ansatte har opnået gennem ansættelsen, må arbejdsgiveren, med den ansatte, indgå en konkurrenceklausul. Indeholder denne klausul et forbud mod såvel etablering af, som ansættelse i konkurrerende virksomhed, vil klausulen afholde den ansatte fra, i klausulperioden, at udøve samme aktiviteter som arbejdsgiveren. En konkurrenceklausul vil således reelt kunne udelukke en ansat fra at anvende såvel arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder, som de grundlæggende faglige kvalifikationer, som den ansatte har opnået gennem ansættelsen, derved at den ansatte må søge ansættelse uden for dennes faglige felt. Ønsker en arbejdsgiver at beskytte sig mod, at en ansats viden om, og indsigt i, dennes interne forhold eller de faglige kvalifikationer en ansat har opnået under ansættelsen, i konkurrenceøjemed udnyttes til at ”kapre” arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, under overholdelse af reglerne i markedsføringsloven, må arbejdsgiveren med den ansatte indgå en kundeklausul. En kundeklausul vil afskære den ansatte fra at have erhvervsmæssig kontakt med de af arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, som er omfattet af klausulen, og dermed forhindre at den ansatte, på baggrund af den opnåede viden samt de opnåede kvalifikationer, ”kaprer” disse.

Det må konkluderes, at ønsker en arbejdsgiver et generelt forbud mod ansattes eller tidligere ansattes etablering af, eller ansættelse i, konkurrerende virksomhed samt totalt at afskære dennes kontakt til arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, yder markedsføringsloven ikke en tilstrækkelig beskyttelse, hvorfor en arbejdsgiver, for at opnå en sådan beskyttelse, med den ansatte må indgå en konkurrence- eller kundeklausul. Endvidere må det konkluderes, at markedsføringsloven ikke beskytter en arbejdsgiver mod, at en tidligere ansat anvender de faglige kvalifikationer denne har opnået gennem ansættelsen. Vil en arbejdsgiver derfor beskytte sig herimod, må denne med den tidligere ansatte, indgå en konkurrence- eller kundeklausul. Ønsker en arbejdsgiver derimod alene en beskyttelse mod ansattes og tidligere ansattes *illoyale* konkurrencehandlinger, eller mod disses ubeføjede viderebringelse eller udnyttelse af arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder, yder markedsføringsloven en tilstrækkelig beskyttelse. Dog skal det tilføjes, at en arbejdsgiver ved indgåelse af en konkurrence- eller kundeklausul opnår den, i forhold til markedsføringsloven, yderligere beskyttelse ved, i en sådan klausul at kunne fastsætte en konventionalbod. Ønsker en arbejdsgiver, ved en ansats eller tidligere ansats overtrædelse af markedsføringsloven, erstatning for sit tab, 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. Har arbejdsgiveren omvendt, med den pågældende indgået en konkurrencebeskyttelsesklausul, med en på forhånd fastsat konventionalbod, skal arbejdsgiveren alene godtgøre at klausulen er overtrådt. Den nye bestemmelse i MFL § 20, stk. 3 går dog, i arbejdsgiverens øjne, i den rigtige retning, ved at fastslå, at der, uden at det sædvanlige bevis for tab er til stede, kan tilkendes arbejdsgiveren et passende vederlag for den skete krænkelse i de tilfælde hvor det er relevant, eksempelvis ved produktefterligning eller konceptefterligning jf. MFL § 1, eller ved ulovlig brug af erhvervshemmeligheder, jf. MFL § 19.

3. En arbejdsgivers konkurrencebeskyttelse og sociale medier

Anvendelsen af sociale medier i arbejdsrelaterede sammenhænge udbredes dag for dag. Især det sociale medie LinkedIn anvendes i dag i stigende grad i erhvervsmæssige sammenhænge. Udbredelsen af sociale medier i erhvervslivet giver såvel en arbejdsgiver som en ansat nye juridiske udfordringer, og især en ansat skal være påpasselig med sin erhvervsmæssige ageren på sådanne medier.

Under et ansættelsesforhold kan en ansats udtalelser på sociale medier være i strid med den ansættelsesretlige loyalitetspligt. Det gælder i de tilfælde, hvor en ansat på mediet reklamerer for en fremtidig konkurrerende arbejdsgiver eller sin egen fremtidige konkurrerende virksomhed. En sådan reklame er en konkurrencehandling, og kan derfor være i strid med loyalitetspligten. Der må dog i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret helhedsvurdering af hvorvidt loyalitetspligten er overtrådt, herunder hvorvidt der er tale om en udtalelse på en ”lukket” eller ”åben” profil, hvor mange af arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser den ansatte er ”venner” med på mediet og udtalelsens karakter. I de tilfælde, hvor en ansat, på et socialt medie, er ”venner” med flere af arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, vil en udtalelse herpå i form af reklame for en konkurrerende virksomhed, være en overtrædelse af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, hvilket kan medføre at arbejdsgiveren, over for den ansatte, iværksætter ansættelsesretlige sanktioner såsom opsigelse eller i grovere tilfælde bortvisning.

Når et ansættelsesforhold ophører, er der også grund til at såvel en arbejdsgiver som en ansat er opmærksom på anvendelsen af sociale medier. Dette skyldes, at en ansat, såfremt intet aftales mellem parterne, efter fratræden stadig vil være ”venner” med arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, hvilket giver den ansatte mulighed for, at opretholde kontakten til disse, ligesom den ansatte kan tage disse kunder og forretningsforbindelser med til en konkurrent. Det er i specialet konkluderet, at en sådan kontaktliste, indeholdende arbejdsgiverens kunder og forretningsforbindelser, er en erhvervshemmelighed i MFL § 19, stk. 2’s forstand, medmindre oplysningerne på denne liste er offentligt tilgængelige. Dette betyder også, at en arbejdsgiver ved en ansats fratræden kan kræve, at en sådan kontaktliste slettes fra den ansattes profil på det sociale medie, på samme måde som en arbejdsgiver kan kræve kundelister og andre interne dokumenter inddrevet ved en ansats fratræden. Dette fører til den konklusion, at har en ansat, gennem et ansættelsesforhold, oparbejdet kontaktlister, med arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, på et socialt medie, er det reelt arbejdsgiveren som ejer disse kontakter. Er en kontakt på et socialt medie derimod erhvervet uden nogen tilknytning et ansættelsesforhold, må det antages at denne kontakt omvendt ejes af den ansatte, uanset om der er tale om en med virksomheden relateret forretningsforbindelse, hvorfor en arbejdsgiver ikke vil kunne kræve et sådant ”venskab” afsluttet ved en ansats fratræden.

Er der mellem en arbejdsgiver og en ansat indgået en konkurrence- eller kundeklausul er der også grund til at parterne er opmærksomme på problematikken vedrørende anvendelse af sociale medier. Dette skyldes, at så længe en ansat eller tidligere ansat er ”venner” med arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser på et sådant medie, vil dennes udtalelser eller uploads herpå kunne overskride grænserne i en konkurrencebeskyttelsesklausul. En geografisk afgrænset konkurrenceklausuls grænser vil kunne overskrides ved, at en tidligere ansat, via et socialt medie, over for de af den tidligere arbejdsgivers kunder eller forretningsforbindelser, som er placeret inden for det af klausulen dækkede område, fremsætter tilbud om udførelse af en, med arbejdsgiveren, konkurrerende aktivitet. På samme måde vil en kundeklausuls grænser kunne overskrides ved, at en ansat efter fratræden, via et socialt medie, henvender sig til arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser. Der er derfor, i de tilfælde hvor der er indgået en konkurrencebeskyttelsesklausul, grund til at en ansat ved fratræden overvejer at slette de kontakter på et socialt medie, som er arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, netop for at undgå overtrædelse af klausulen. Det er jo alt andet lige lettere, ved udtalelser eller uploads på et socialt medie, at overtræde en konkurrencebeskyttelsesklausul i de tilfælde hvor en ansat er ”venner” med arbejdsgiverens kunder eller forretningsforbindelser, end i de tilfælde hvor en ansat efter fratræden har slettet disse ”venner”. En arbejdsgiver bør af samme grund, evt. i en ansættelseskontrakt eller i virksomhedens personalepolitik, forbeholde sig ret til at kræve disse ”venner” slettet ved en ansats fratræden.

Dansk retspraksis foreligger endnu ikke vedrørende sociale medier og konkurrencehandlinger, og man må derfor afvente domstolenes stillingtagen til problematikken. I alle tilfælde vil det dog være en fordel for såvel en arbejdsgiver som en ansat, at en virksomhed har en nedskreven personalepolitik vedrørende såvel de ansattes brug af sociale medier i erhvervssammenhæng, som arbejdsgiverens ret til at kræve kontaktlister på disse medier slettet ved fratræden.

# Kapitel 5 – Perspektivering, English abstract & Litteraturliste

1. Perspektivering

I specialet er alene behandlet en arbejdsgivers konkurrencebeskyttelse i medfør af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, MFL §§ 1 og 19 samt i medfør af gyldigt indgåede konkurrence- eller kundeklausuler. På denne baggrund kunne det være interessant og relevant på flere områder at udvide undersøgelsesfeltet.

I forhold til markedsføringsloven kunne det være relevant, foruden §§ 1 og 19, at undersøge hvordan de øvrige bestemmelser beskytter en arbejdsgiver mod konkurrence, ikke blot fra ansatte og tidligere ansatte, men også fra andre aktører, og således udvide undersøgelsesfeltet til at omfatte arbejdsgiverens konkurrencebeskyttelse mod konkurrence fra samtlige aktører på markedet. Endvidere ville det i den forbindelse være relevant at udvide undersøgelsesfeltet til også at omfatte eneretslovgivningen, herunder ophavsretsloven samt varemærkeloven, for at belyse den beskyttelse mod konkurrence en arbejdsgiver har heri. Endelig kunne det være interessant at udvide undersøgelsesfeltet til også at omfatte de øvrige konkurrencebeskyttelsesklausuler på arbejdsmarkedet, for således at kunne give en fuldstændig dækkende beskrivelse, af en arbejdsgivers muligheder for aftalt konkurrencebeskyttelse. Sådanne klausuler kunne være jobklausuler, medarbejderklausuler fastholdelsesklausuler, uddannelsesklausuler, royaltyklausuler samt optionsklausuler.

I specialet er alene behandlet den konkurrencebeskyttelse som en arbejdsgiver har, mod konkurrence fra ansatte og tidligere ansatte, som følge af national ret. Det kunne være interessant at foretage en komparativ analyse af, hvordan en arbejdsgiver er beskyttet mod konkurrence, fra ansatte og tidligere ansatte, i andre lande, ligesom det kunne være interessant at belyse, hvorvidt en konkurrencebeskyttelsesklausul er forenelig med den EU-retlige lovgivning om en arbejdstagers frie bevægelighed.

Endelig kunne det være relevant og interessant, at udvide undersøgelsesfeltet til også at indeholde en retspolitisk afvejning af nødvendigheden for en arbejdsgivers anvendelse af en konkurrencebeskyttelsesklausul, over for en ansats ret til fri erhvervsudøvelse. Med baggrund i dette kunne det også overvejes, hvilke tiltag, som ville kunne fremme en ansats mobilitet, uden at umuliggøre en arbejdsgivers brug af konkurrencebeskyttelsesklausuler, samt hvordan disse tiltag kunne gennemføres. Sådanne tiltag kunne eksempelvis være regler om konventionalbod til alle typer ansatte, regler om gensidig konventionalbod eller yderligere regler om klausulers udstrækning i forhold til tid, sted og andre forhold i øvrigt.

2. English abstract

This thesis is about an employer’s competition protection, against competition from employees and former employees. The thesis will process an employer’s protection against competition from employees, pursuant to the duty of loyalty arising from an employment relationship. The duty of loyalty contains a *general* prohibition against competitive acts against the employer, whilst working for him, and is therefore a very far-reaching competition protection. The thesis will also process the employer’s competition protection as set out in §§ 1 and 19 in the Danish law called “markedsføringsloven”. § 1 in “markedsføringsloven” contains the so called *general clause,* which prescribes the principle of good marketing practice. The principle of good marketing practice requires that employees and former employees exhibit a loyal behaviour, when competing with the employer. As a result thereof, § 1 in ”markedsføringsloven” only protects an employer against *disloyal* competition from employees and former employees. This means, that because the duty of loyalty contains a *general* prohibition against competitive acts, § 1 in “markedsføringsloven” usually will not have independent significance before after the end of an employment, and hereby the end of the duty of loyalty. § 19 in “markedsføringsloven” provide an employer protection against, employees’ and former employees’, unauthorized disclosure of confidential information. This regulation is very important to an employer, because keeping business secrets is of great importance for the competitiveness of his business.

Besides from the regulation in “markedsføringsloven” §§ 1 and 19, regarding protection of the employer from *disloyal* competition, an employer will not be protected from competition from employees when they resign. If an employer therefore wants protection against competitive acts from employees after they resign, he must enter into a competition clause with these. The thesis will process what kind of additional competition protection an employer gets, when entering into a completion clause with an employee. The thesis will also process the limitations that follows from the two Danish laws called “Aftaleloven” and “Funktionærloven” that the employer must be aware of when preparing, and entering a competition clause with an employee.

The thesis will furthermore process the remedies that an employer has in case of an employees’ or former employees’ breach of either the duty of loyalty, the regulation in “markedsføringsloven” or a competition clause.

Finally the thesis will also process an employer’s competition protection in relation to employees’ and former employees’ use of social medias, like Facebook and LinkedIn.

3. Litteraturliste

3.1. Bøger

Andersen, Lars Svenning, m.fl.: ”Funktionærret”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2011.

Borcher, Erling & Bøggild, Frank: ”Markedsføringsloven”, Forlaget Thomson, 2. udgave, 1. oplag, 2006.

Dollerschell, Kia: ”Sociale medier i ansættelsesretten”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2012.

Evald, Jens: ”At tænke juridisk”, Nyt Juridisk Forlag, 3. udgave, 5. oplag, 2009.

Jørgensen, Jeppe Høyer: ”Ansattes konkurrencehandlinger – loyalitetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19”, Thomson Reuters, 1. udgave, 1. oplag, 2010.

Langer, Morten – under medvirken af Morten Phister Ritter: ”Konkurrence- og kundeklausuler”, Thomson Reuters, 4. udgave, 1. oplag, 2010.

Langer, Morten – under medvirken af Morten Phister Ritter: ”Rekrutteringsbegrænsninger – herunder jobklausuler”, Thomson Reuters, 1. udgave, 1. oplag, 2009. (Morten Langer 2).

Nielsen, Henrik Karl: ”Funktionærloven med kommentarer”, Thomson Reuters, 5. udgave, 1. oplag, 2009.

Paulsen, Jens: ”Arbejdsmarkedsklausuler”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2009.

Poulsen, Sune Troels: ”Loyalitetspligt & erhvervsforbud”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991.

Wegener, Morten: ”Juridisk metode”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. reviderede udgave, 2000.

3.2. Artikler/publikationer

RR.10.1993.14, ”Fri erhvervsudøvelse og god markedsføringsskik”, af Sune Troels Poulsen.

U.1993B.25, ”Loyalitet og konkurrence i opsigelsesperioden”, af Sune Troels Poulsen.

U.1995B.450, ”Kollektiv opsigelse i relation til markedsføringsloven § 1”, af Ole Østergaard.

U.1999B.320, ”Konkurrence- og kundeklausuler”, af Jens Paulsen.

Forbrugerstyrelsen, ”Markedsføring og prisoplysning”, Betænkning vedrørende revision af markedsføringsloven og prismærkningsloven. Betænkning nr. 1457, 2005.

U.2010B.137, ”Konkurrence- og kundeklausuler 10 år efter”, af Jens Paulsen.

U.2010B.341, ”Anvendelsesområdet for markedsføringslovens § 1 i forhold til ansatte” af Jeppe Høyer Jørgensen.

<http://www.glovers.co.uk/news_article367.html>: “Ownership of LinkedIn Contact Lists”, by Paul Gilks, November 2010.

Jensen, Anja Bülow: “Hvem ejer venner på sociale medier?”, Berlingske Tidende d. 6. januar 2012.

Nielsen, Henrik Karl: ”Sociale medier og arbejde – fra H.G. Carlsen til Facebook”, HRJURA 1. nummer forår 2012, siderne 27-33.

Enkegaard, Jonas: ”Konkurrence- og/eller kundeklausuler - hvorfor?”, Horton Corporate Newsletter, 01/2013.

3.3. Lovgivning

Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (populært aftaleloven)

Lovbekendtgørelse nr. 81 af 3. februar 2009 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (populært funktionærloven).

Lovbekendtgørelse nr. 58 af 20. januar 2012 om markedsføring (populært markedsføringsloven).

Lovbekendtgørelse nr. 1008 af 24. oktober 2012 om rettens pleje (populært retsplejeloven).

Forslag fremsat den 3. februar 1999 af arbejdsministeren til lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer – LFF1998-1999.1.172.

3.4. Domme

Danske afgørelser

* U.1965.628H (Revisoren)
* U.1973.319/2H (Opsigelsesvarslet)
* U.1976.813S (Den rejsende sælger)
* U.1980.717H (Tørpapir)
* U.1981.506SH (Uopsigelighedsperioden)
* U.1983.559S (Medicinalfirmaet)
* U.1986.190H (Tilbagebetalingen 2)
* U.1986.268S (Opvaskemaskinen)
* U.1991.378H (Maltcentralen)
* U.1996.36Ø (Sælgeren)
* U.1996.1486V (Plastskabe)
* U.1996.1514Ø (Speditionsfirmaet)
* U.1997.420H (Sønnen)
* U.1997.1069H (Salgskontoret)
* U.2000.1237V (Konditorvikarvirksomheden)
* U.2000.2536Ø (Kundeklausulen)
* U.2004.1614S (Roxy)
* U.2003.2452Ø (Kompensations bortfald)
* U.2005.1639V (E-mail)
* U.2005.2073H (Konsulenten)
* U.2005.2703H (Hairmix)
* U.2006.1209H (Damptørringsanlæg)
* U.2006.2835Ø (Bankdirektøren)
* U.2007.1949V (Konkurrenceklausulen)
* U.2008.2435S (Hesselholt Fisk)
* U.2012.1206H (Ejendomsadministrationsselskabet)
* U.2012.1215H (Erico)
* U.2012.825Ø (Bankchefen)
* Sø- og Handelsrettens dom af 28. januar 1991, H 490/1989, H 15/1990 og H 164/90 (Topbolt)
* Østre Landsrets kendelse af 8. juni 1995, 6. afd., kære nr. B-1303-95 (Lemflora)
* Østre Landsrets kendelse af 18. marts 1999, 7. afd., kære nr. B-2217-98 (Denwire)
* Sø- og Handelsrettens dom af 14. januar 2003, sag V-52-00 (Tagdækkeren)
* Østre Landsrets dom af 25. juni 2003, sag B-3027/3039-01 (Tilbagebetalingen 1)
* Østre Landsrets dom af 28. oktober 2004, 15. afd., sag B-3599-02 (Weteco)
* Sø- og Handelsrettens dom af 13. december 2004, sag V-28-03 (Efterligningssagen)
* Vestre Landsrets dom af 31. maj 2005, 9. afd., sag B-0212-03, (Lønudbetalingen)
* Østre Landsrets dom af 14. december 2006, sag B-3932-05 (IT-afdelingslederen)
* Vestre Landsrets dom af 13. marts 2008, sag B-0933-07 (Avancen)
* Østre Landsrets dom af 11. april 2008, 3. afd., sag B-1506-07 (Telecom)
* Østre Landsrets dom af 27. august 2008, 18. afd. a.s. nr. B-2596-07 (Hjemmesiden)
* Afskedigelsesnævnets kendelse af 7. november 2008, sag 852/08 (Ancienniteten)
* Sø- og Handelsrettens dom af 18. november 2008, sag V-12-04 (Vakuumtoiletterne)
* VLT 1948/292 (Geografisk område 1)
* VLT 1948/310 (Geografisk område 2)

Udenlandske afgørelser:

* Hays Specialist Recruitment (Holdings) Ltd. & Another v Ions & Another ((2008) All ER 216)
* Sasqua Group, Inc. v. Courtney 2010

3.5. Hjemmesider

[www.retsinfo.dk](http://www.retsinfo.dk)

[www.karnovgroup.dk](http://www.karnovgroup.dk) – Indeholdende Karnovs lovsamling samt Ugeskrift for Retsvæsen, Forlaget Thomson A/S.

[www.glovers.co.uk](http://www.glovers.co.uk)

[www.markedsføringsloven.dk](http://www.markedsføringsloven.dk)

1. LFF 1998-1999.1.172., s. 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 64. [↑](#footnote-ref-2)
3. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 114. [↑](#footnote-ref-3)
4. Morten Wegener, s. 15. [↑](#footnote-ref-4)
5. Morten Wegener, s. 23. [↑](#footnote-ref-5)
6. Morten Wegener, s. 94. [↑](#footnote-ref-6)
7. Morten Wegener, s. 6. [↑](#footnote-ref-7)
8. Jens Evald, s. 3. [↑](#footnote-ref-8)
9. Morten Wegener, s. 51. [↑](#footnote-ref-9)
10. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 59. [↑](#footnote-ref-10)
11. I dette speciale vil begrebet ”loyalitetspligt” alene blive anvendt i relation til den ansættelsesretlige loyalitetspligt, og således ikke i sammenhæng med MFL § 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 61. [↑](#footnote-ref-12)
13. Kia Dollerschell, s. 19. [↑](#footnote-ref-13)
14. Kia Dollerschell, s. 20. [↑](#footnote-ref-14)
15. Kia Dollerschell, s. 22. [↑](#footnote-ref-15)
16. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 68. [↑](#footnote-ref-16)
17. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 73. [↑](#footnote-ref-17)
18. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 68-71. [↑](#footnote-ref-18)
19. U.1993B.25, s. 1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Morten Langer, s. 29. [↑](#footnote-ref-20)
21. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 99. [↑](#footnote-ref-21)
22. Morten Langer, s. 23. [↑](#footnote-ref-22)
23. U.1993B.25, s. 3. [↑](#footnote-ref-23)
24. Morten Langer, s. 29. [↑](#footnote-ref-24)
25. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 87. [↑](#footnote-ref-25)
26. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 87-88. [↑](#footnote-ref-26)
27. Se hertil U.2005.1639V (E-mail), hvor en kontoransat havde sendt en e-mail til en kollega, og i denne havde omtalt virksomhedens regnskabschef som ”en led sæk”. E-mailen kom til ledelsens kundskab, hvilket førte til den ansatte opsigelse, som dog blev fundet usaglig, fordi denne havde føje til at tro, at meddelelsen var lukket og ikke ville komme andre til kundskab. [↑](#footnote-ref-27)
28. Se hertil Østre Landsrets dom af 27. august 2008 (Hjemmesiden), hvor en fritstillet direktør blev bortvist for ytringer på en hjemmeside. Ytringerne var rettet mod den siddende bestyrelse. I sagen blev det fremhævet, at hjemmesiden var offentlig tilgængelig. Direktørens handlinger fandtes illoyale og bortvisningen fandtes derfor berettiget. [↑](#footnote-ref-28)
29. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 108. [↑](#footnote-ref-29)
30. Kia Dollerschell, s. 28-29. [↑](#footnote-ref-30)
31. Betænkning nr. 1457, s. 55. [↑](#footnote-ref-31)
32. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 51-52. [↑](#footnote-ref-32)
33. Betænkning nr. 1457, s. 58. [↑](#footnote-ref-33)
34. RR.10.1993.14, s. 2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 55. [↑](#footnote-ref-35)
36. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 148. [↑](#footnote-ref-36)
37. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 62. [↑](#footnote-ref-37)
38. Lars Svenning Andersen m.fl., s. 927. [↑](#footnote-ref-38)
39. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 133. [↑](#footnote-ref-39)
40. Lars Svenning Andersen m.fl., s. 927. [↑](#footnote-ref-40)
41. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 139-140. [↑](#footnote-ref-41)
42. U.2010B.341, s. 2 [↑](#footnote-ref-42)
43. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 142. [↑](#footnote-ref-43)
44. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 144. [↑](#footnote-ref-44)
45. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 146. [↑](#footnote-ref-45)
46. U.2010B.341, s. 4. [↑](#footnote-ref-46)
47. U.2010.341, s. 4. [↑](#footnote-ref-47)
48. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 113-114. [↑](#footnote-ref-48)
49. Her tænkes især på beskyttelse efter eneretslovgivningen. [↑](#footnote-ref-49)
50. Betænkning nr. 1457, s. 96. [↑](#footnote-ref-50)
51. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 152. [↑](#footnote-ref-51)
52. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 166-167. [↑](#footnote-ref-52)
53. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 186-187. [↑](#footnote-ref-53)
54. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 198. [↑](#footnote-ref-54)
55. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 200. [↑](#footnote-ref-55)
56. Sune Troels Poulsen, s. 149. [↑](#footnote-ref-56)
57. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 430. [↑](#footnote-ref-57)
58. Betænkning nr. 1457, s. 189. [↑](#footnote-ref-58)
59. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 206. [↑](#footnote-ref-59)
60. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 429. [↑](#footnote-ref-60)
61. Karnovs note 159 til markedsføringsloven af 20. januar 2012. [↑](#footnote-ref-61)
62. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 235. [↑](#footnote-ref-62)
63. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 431. [↑](#footnote-ref-63)
64. Karnovs note 167 til markedsføringsloven af 20. januar 2012. [↑](#footnote-ref-64)
65. Erling Borcher og Frank Bøggild, s. 425. [↑](#footnote-ref-65)
66. Erling Borcher og Frank Bøggild, s. 432. [↑](#footnote-ref-66)
67. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 431. [↑](#footnote-ref-67)
68. Karnovs note 166 til markedsføringsloven af 20. januar 2012. [↑](#footnote-ref-68)
69. Sune Troels Poulsen, s. 149-150. [↑](#footnote-ref-69)
70. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 212. [↑](#footnote-ref-70)
71. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 434. [↑](#footnote-ref-71)
72. Anja Bülow Jensen: ”Hvem ejer venner på sociale medier?”. [↑](#footnote-ref-72)
73. [www.glovers.co.uk/news\_article367.htlm](http://www.glovers.co.uk/news_article367.htlm) “Ownership of LinkedIn Contact Lists”. [↑](#footnote-ref-73)
74. Kia Dollerschell, s. 67. [↑](#footnote-ref-74)
75. The Eastern District Court of New York State i sagen Sasqua Group, Inc. v. Courtney. [↑](#footnote-ref-75)
76. Kia Dollerschell, s. 67. [↑](#footnote-ref-76)
77. Kia Dollerschell, s. 68. [↑](#footnote-ref-77)
78. Kia Dollerschell, s. 66. [↑](#footnote-ref-78)
79. U.1995B.450, s. 1 [↑](#footnote-ref-79)
80. U.1995B.450, s. 1. [↑](#footnote-ref-80)
81. Dommen er utrykt med gengivet i U.1995B.450, s. 1 samt af Jeppe Høyer Jørgensen, s. 368-369. [↑](#footnote-ref-81)
82. Dommen er utrykt, men gengivet i U.1995B.450, s. 2. [↑](#footnote-ref-82)
83. U.1995B.450, s. 2. [↑](#footnote-ref-83)
84. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 269-270. [↑](#footnote-ref-84)
85. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 109. [↑](#footnote-ref-85)
86. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 438. [↑](#footnote-ref-86)
87. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 436. [↑](#footnote-ref-87)
88. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 439. [↑](#footnote-ref-88)
89. Erling Borcher & Frank Bøggild, s. 444-445. [↑](#footnote-ref-89)
90. Karnovs note 176 til markedsføringsloven af 20. januar 2012. [↑](#footnote-ref-90)
91. Funktionærlovens § 21, stk. 1 har følgende ordlyd: **”***De i denne lov indeholdte bestemmelser kan ikke ved aftale mellem parterne fraviges til ugunst for funktionæren”.* [↑](#footnote-ref-91)
92. Aftalelovens § 36, stk. 1 er citeret i kapitel 3, afsnit 2.3.  [↑](#footnote-ref-92)
93. Aftalelovens § 38, stk. 1 er citeret i kapitel 3, afsnit 2.2.1. og § 38, stk. 2 i kapitel 3, afsnit 2.2.2. [↑](#footnote-ref-93)
94. Jeppe Høyer Jørgensen, s. 42. [↑](#footnote-ref-94)
95. Morten Langer s. 20. [↑](#footnote-ref-95)
96. Jens Paulsen, s. 42. [↑](#footnote-ref-96)
97. Jens Paulsen, s. 42. [↑](#footnote-ref-97)
98. Morten Langer, s. 50-51. [↑](#footnote-ref-98)
99. Jens Paulsen, s. 82. [↑](#footnote-ref-99)
100. Jonas Enkegaard: ”Konkurrence- og/eller kundeklausuler – hvorfor?”. [↑](#footnote-ref-100)
101. Morten Langer 2, s. 19. [↑](#footnote-ref-101)
102. Jonas Enkegaard: ”Konkurrence- og/eller kundeklausuler – hvorfor?”. [↑](#footnote-ref-102)
103. Lars Svenning Andersen, s. 940. [↑](#footnote-ref-103)
104. Lars Svenning Andersen, s. 943-944. [↑](#footnote-ref-104)
105. Lars Svenning Andersen, s. 942. [↑](#footnote-ref-105)
106. Lars Svenning Andersen, s. 944. [↑](#footnote-ref-106)
107. Jens Paulsen, s. 170-171. [↑](#footnote-ref-107)
108. Morten Langer, s. 197-198. [↑](#footnote-ref-108)
109. Morten Langer, s. 195. [↑](#footnote-ref-109)
110. LFF 1998-1999.1.172., s. 2. [↑](#footnote-ref-110)
111. Morten Langer, s. 170. [↑](#footnote-ref-111)
112. LFF 1998-1999.1.172., s. 3. [↑](#footnote-ref-112)
113. FUL § 1 har følgende ordlyd: *”Ved funktionærer forstås i denne lov følgende personer:*

     *a) Handels- og kontormedhjælpere, beskæftiget ved køb eller salg, ved kontorarbejde eller dermed ligestillet lagerekspedition.*

     *b) Personer, hvis arbejde består i teknisk eller klinisk bistandsydelse af ikke-håndværks- eller -fabriksmæssig art, og andre medhjælpere, som udfører et arbejde, der kan sidestilles hermed.*

     *c) Personer, hvis arbejde udelukkende eller i det væsentlige består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde.*

     *d) Personer, hvis arbejde overvejende er af den under a) og b) angivne art.*

     *Stk. 2. Det er en betingelse for lovens anvendelse, at den pågældende beskæftiges af vedkommende arbejdsgiver gennemsnitlig mere end 8 timer ugentlig, og at han indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner.*

     *Stk. 3. Denne lovs bestemmelser kommer ikke til anvendelse på tjenestemænd - eller aspiranter til tjenestemandsstillinger - under staten, folkeskolen, folkekirken eller kommunerne, på de af sømandsloven af 7. juni 1952 omfattede funktionærer eller på de af lov om lærlingeforhold omfattede lærlinge. Bestemmelserne i §§ 10-14 gælder dog for de af sømandsloven omfattede funktionærer.*

     *Stk. 4. Loven finder også anvendelse på tidsbegrænsede arbejdsaftaler. Fornyelse af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede arbejdsaftaler kan kun ske, hvis betingelserne i § 5 i lov om tidsbegrænset ansættelse er opfyldt. Ved tidsbegrænsede arbejdsaftaler forstås, at tidspunktet for ansættelsesforholdets udløb er fastsat ud fra objektive kriterier såsom en bestemt dato, fuldførelse af en bestemt opgave eller indtrædelse af en bestemt begivenhed”.*  [↑](#footnote-ref-113)
114. Jens Paulsen, s. 85-86. [↑](#footnote-ref-114)
115. Lars Svenning Andersen, s. 953. [↑](#footnote-ref-115)
116. Jens Paulsen, s. 92. [↑](#footnote-ref-116)
117. Jens Paulsen, s. 92- 93. [↑](#footnote-ref-117)
118. U.1999B.320, s. 2. [↑](#footnote-ref-118)
119. Jens Paulsen, s. 113. [↑](#footnote-ref-119)
120. Morten Langer, s. 117. [↑](#footnote-ref-120)
121. Morten Langer, s. 128. [↑](#footnote-ref-121)
122. LFF 1998-1999.1.172., s. 3. [↑](#footnote-ref-122)
123. Omtalt af Lars Svenning Andersen, s. 942. [↑](#footnote-ref-123)
124. Morten Langer 2, s. 16. [↑](#footnote-ref-124)
125. LFF 1998-1999.1.172., s. 3. [↑](#footnote-ref-125)
126. Morten Langer 2, s. 32. [↑](#footnote-ref-126)
127. Morten Langer, s. 149. [↑](#footnote-ref-127)
128. Morten Langer, s. 151. [↑](#footnote-ref-128)
129. Morten Langer, s. 155-156. [↑](#footnote-ref-129)
130. Morten Langer, s. 161-162. [↑](#footnote-ref-130)
131. Morten Langer, s. 163. [↑](#footnote-ref-131)
132. Morten Langer, s. 165. [↑](#footnote-ref-132)
133. Henrik Karl Nielsen: ”Sociale medier og arbejde – fra H.G. Carlsen til Facebook”. [↑](#footnote-ref-133)
134. Kia Dollerschell, s. 29. [↑](#footnote-ref-134)
135. Morten Langer 2, s. 187-189. [↑](#footnote-ref-135)
136. Morten Langer 2, s. 211. [↑](#footnote-ref-136)
137. Morten Langer 2, s. 210. [↑](#footnote-ref-137)
138. Jonas Enkegaard: ”Konkurrence- og/eller kundeklausuler – hvorfor?”. [↑](#footnote-ref-138)
139. LFF 1998-199.1.172., s. 3. [↑](#footnote-ref-139)
140. U.2010B.137, s. 1. [↑](#footnote-ref-140)
141. U.2010B.137, s. 1. [↑](#footnote-ref-141)
142. LFF 1998-1999.1.172., s. 4. [↑](#footnote-ref-142)