



HØJESTERETS KENDELSE

afsagt mandag den 29. marts 2021

Sag BS-35272/2020-HJR

A

(advokat Christian Laubjerg)

mod

B

og

X ApS

(advokat Henrik Askholm Oldenhoff Holtse for begge)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Retten i Helsingør den 1. maj 2020 (BS-54776/2019-HEL) og af Østre Landsrets 10. afdeling den 26. juni 2020 (BS-18079/2020-OLR).

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Vibeke Rønne, Jens Peter Christensen, Henrik Waaben, Michael Rekling og Jan Schans Christensen.

Påstande

A har nedlagt påstand om, at X ApS og Bs begæring om nedlæggelse af midlertidigt forbud ikke tages til følge.

B og X ApS har påstået stadfæstelse.

Sagsfremstilling

B og A stiftede i lige sameje og med virkning fra den 10. april 2017 selskabet X ApS. Den 10. april 2017 stiftede X ApS Y ApS, der udfører arbejde inden for særligt skimmelsanering, nedrivning og udbedring af fugtskader.

Den 1. oktober 2017 indgik A en ansættelseskontrakt med Y ApS. Af ansættelseskontrakten fremgår bl.a., at A ansættes som beskæftiget med arbejde som "indehaver/partner", og at begyndelseslønnen er aftalt til 51.200 kr. Under

punktet "Eventuelle særlige bestemmelser/aftaler mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Arbejdstager skal oplyses om alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet" er anført "ingen".

I en ikke nærmere angivet periode var C en del af ejerkredsen bag Y ApS. Af en udateret og ikke underskrevet ejerftale – hvis indgåelse imidlertid ikke er bestridt – mellem C, X ApS og X ApS' ultimative ejere, B og A, fremgår bl.a.:

"EJERFTALE

vedrørende vor fælles kapitalbesiddelse i Y ApS... (i det følgende kaldet "Selskabet").

1.0 Baggrund og formål

- 1.1. Baggrunden for indgåelse af nærværende ejerftale er, at X ApS har stiftet Selskabet og at C ved en anpartsoverdragelsesaftale med virkning fra 1. februar 2018 har erhvervet en del af anparterne i Selskabet, og at Kapitalejerne – der besidder samtlige kapitalandele i Selskabet – ønsker en regulering af det fælles ejerskab, såvel i driftsmæssig henseende som ved eventuel ind- og udtræden af kapitalejere i Selskabet.
- 1.2. Denne ejerftale regulerer grundlaget og vilkårene for Kapitalejernes besiddelse af kapitalandele i Selskabet...
- 1.4. Ved indgåelsen af denne ejerftale er X ApS ultimativt ejet af B og A (herefter enkeltvis kaldet Ultimativ Ejer eller samlet Ultimative Ejere).
...

5.0 Immaterielle rettigheder – konkurrerende virksomhed

- 5.1. Kapitalejerne er, så længe denne aftale er gældende, forpligtet til ikke at udføre nogen form for konkurrerende virksomhed med Selskabet. Det gælder såvel direkte som indirekte konkurrence, og aktivitet ved selvstændig virksomhed, ansættelse, som konsulent, interessent, investor, medejer samt i det hele taget at have nogen interesser i aktiviteter, der konkurrerer med Selskabets virksomhed.
- 5.2. Overtrædelse af konkurrenceforbuddet kan af den eller de krænkede Kapitalejere imødegås ved fagedforbud uden sikkerhedsstillelse. Ved overtrædelse ifalder den overtrædende Kapitalejer en konventionalbod på 100.000 DKK., der skal betales til selskabet. Består overtrædelsen i en vedvarende tilstand, betragtes hver påbegyndt uge som en ny overtrædelse. Derudover er den overtrædende Kapitalejer erstatningsansvarlig over for den eller de krænkede Kapitalejere og/eller Selskabet efter dansk rets almindelige regler herom...

- 5.6. Bestemmelserne i punkt 5.1., 5.2., 5.4. og 5.5. gælder i en periode på to år efter Kapitalejerens salg af sine kapitalandele i Selskabet.
- 5.7. Forpligtelserne for Kapitalejerne i henhold til punkt 5.0 – 5.6. gælder til-lige for Kapitalejernes Ultimative Ejere.
- 5.8. Ved afståelse af kapitalandele, uanset årsag, er kapitalejerne og disses Ultimative Ejere i en periode på 2 år regnet fra afståelsestidspunkt ube-rettiget til at tage ansættelse i, påbegynde eller – direkte eller indirekte – at være økonomisk interesseret i en virksomhed, der driver konkurre-rende virksomhed med Selskabet.
- 5.9. Overtrædelse af konkurrenceforbuddet kan af den eller de krænkede Kapitalejere imødegås ved fogedforbud uden sikkerhedsstillelse. Ved overtrædelse ifalder den overtrædende Kapitalejer en konventionalbod på 100.000 DKK., der skal betales til selskabet. Består overtrædelsen i en vedvarende tilstand, betragtes hver påbegyndt uge som en ny overtræ-delse. Derudover er den overtrædende Kapitalejer erstatningsansvarlig over for den eller de krænkede Kapitalejere og/eller Selskabet efter dansk rets almindelige regler herom.”

C udtrådte efterfølgende af selskabets ejerkreds.

Efter overensstemmelse mellem B og A indgik parterne den 9. maj 2019 en for-ligsaftale. Af aftalen fremgår bl.a.:

”FORLIGSAFTALE

(herefter benævnt ”aftalen”)

mellem kapitalejerne i X ApS (herefter benævnt ”Selskabet”);

B

...

og

A

...

er der d.d. indgået følgende forligsaftale til fuld og endelig afgørelse af ethvert mellemværende mellem parterne fsva. X ApS.

§ 1

Præambel

1.1 Parterne har indtil d.d. været kapitalejere med 50 % ejerskab til hver af selskabet X ApS.

1.2 B har netop erfaret, at A har handlet i strid med parternes ejerftale og sandsynligvis også diverse lovgivning, herunder straffeloven, ved at udstede 3 fakturaer i Selskabets driftsselskab; Y ApS' navn, men med angivelse af andre kontonumre end Y ApS' kontonummer. A har dermed udført arbejde i Y ApS' navn, og faktureret i Y ApS' navn, men har selv personligt tilegnet sig pengene. A erkender at have handlet som beskrevet.

1.3 Nærværende forligsaftale regulerer den forligsaftale som parterne har indgået i den forbindelse.

§ 2

As forpligtelse

2.1 A forpligter sig til at overdrage samtlige sine anparter i X ApS pr. d.d. til B for DKR 1,00. Umiddelbart efter underskrift på forligsaftalen, sørger B for at ændre ejerskabet i Selskabets ejerbog og hos Erhvervsstyrelsen.

2.2. A er i øvrigt indforstået med, at ejerftalen mellem parter fsva. Selskabet stadig er gældende, hvilket betyder, at A fra overdragelsestidspunktet og 2 år frem er omfattet af ejerftalens konkurrenceklausul beskrevet i ejerftalens § 5.8 og 5.9.

§ 3

Bs forpligtelse

3.1 Som modydelse til As forpligtelse, forpligter B sig til ikke at rette yderligere krav mod A i forbindelse med den i præambelen beskrevne situation, ligesom B forpligter sig til ikke at politianmelde A i forbindelse med den i præambelen beskrevne situation."

Af As lønsedler for perioden 1. maj til 31. august 2019 fremgår, at han i maj modtog 49.376,87 kr. i løn og i juni til august modtog 51.800 kr. i løn pr. måned fra Y ApS.

Y ApS sendte ultimo august 2019 en ny ansættelseskontrakt til A, der ved brev af 5. september 2019 meddelte, at han ikke ønskede at underskrive kontrakten. Han foreslog i stedet at fortsætte samarbejdet på nogle nærmere bestemte vilkår. Af brevet fremgår bl.a.:

"Jeg kan ikke underskrive ansættelseskontrakt på de beskrevne krav. Som nævnt handler det om økonomi for mig.

Jeg har ingen intentioner om at ødelægge noget for dig eller Y ApS eller andre ansatte

Så derfor dette forslag.

Y ApS laver en skriftlig samarbejde aftale hvori der kan indføres.

Konkurrenceklausul gældende 2 år fra underskrift som ved forligs aftale.

...

Jeg tror at får vi den rigtige aftale strikket sammen vil vores forhold på sigt blive rettet op."

Ved meddelelse af 12. september 2019 fra Y ApS' advokat til A, blev A opsagt. Af meddelelsen fremgår bl.a.:

"Jeg skal understrege for dig, at du ikke længere er kapitalejer i X ApS, og dermed heller ikke er indirekte kapitalejer i Y ApS, og at du ikke har været dette siden 9. maj 2019. Der er altså ikke tale om, at du "ikke kan gå fra at være selvstændig til lønmodtager". Dette gjorde du allerede i maj 2019.

Jeg skal også understrege for dig, at ansættelseskontrakten du blev præsenteret efter forligsaftalen var et meget generøs tilbud fra min klient, og det var ikke til forhandling. Enten fortsatte du din ansættelse på de nye vilkår, eller også stoppede din tilknytning til Y ApS med øjeblikkelig virkning. Du havde groft misligholdt dit ansættelsesforhold ved at tilegne dig penge, der tilhørte selskabet.

Da du nu bestrider at indgå denne ansættelseskontrakt skal jeg oplyse dig, at du hermed afskediges på grund af samarbejdsvanskeligheder, og dit ansættelsesforhold ophører med en måneds varsel til ophør den 31. oktober 2019. Du fritstilles fra d.d. og du er således herefter ikke forpligtet eller berettiget til at udføre arbejde for selskabet indtil fratrædelsestidspunktet.

...

Du er i fritstillingsperioden tillige underlagt en sædvanlig loyalitets- og tavshedspligt, hvilket indebærer, at du ikke er berettiget til at tage ansættelse eller være beskæftiget i eller med konkurrerende virksomhed uden selskabets forudgående skriftlige samtykke eller i øvrigt foretage handlinger, der kan skade selskabets interesser. (Loyalitetspligten supplerer blot konkurrenceklausulen som du er underlagt jf. ejeraftalen og forligsaftalen). Kommunikation, herunder på sociale medier, mellem dig og selskabets kunder og forretningsforbindelser eller eksterne parter om selskabets interne forhold efter din fritstilling anses for stridende mod din loyalitets- og tavshedspligt..."

Den 13. september 2019 sendte A en mail til B. Af mailen fremgår bl.a.:

”Jeg har som sådan ikke noget imod den modtagne opsigelse.

Men har bare et spørgsmål.

Er du heller ikke interesseret i mit fremsendte forslag om at jeg arbejder som underentreprenør for Y ApS?”

Af mail af 13. september 2019 fra Y ApS’ advokat til A fremgår blandt andet:

”Min klient er netop blevet opmærksom på, at du på din linkedin-profil reklamerer med fugt-sanering via en virksomhed, der hedder Z ApS.

Jeg antager, at der er tale om en meget stor misforståelse, da du i henhold til din loyalitetspligt ikke må drive konkurrerende virksomhed under dit ansættelsesforhold med Y ApS, og at dette kan medføre bortvisning.

Endvidere skal jeg gøre opmærksom på, at du ikke må drive konkurrerende virksomhed i henhold til ejeraftalen med min klient, hvilket er bekræftet igen i forligsaftalen som du skrev under på i maj 2019.

Jeg skal bede dig forklare, hvordan dette hænger sammen snarest muligt.”

A besvarede mailen samme dag, og af hans svar fremgår blandt andet:

”Det er en fejl er ved at rette min gamle profil”.

Senere samme dag skrev advokaten til A blandt andet:

”Men det er jo noget du netop lige har tilføjet – hvordan kan det være en fejl?

Kan du bekræfte, at du på ingen måde er – eller påtænker at involverer dig i virksomhed, der konkurrerer med Y ApS?”

Y svarede samme dag. Af svaret fremgår blandt andet:

”Jeg har rettet min profil er der andet i min profil der skal rettes så sig endelig til.

Jeg bekræftiger at jeg ikke er ved at starte en konkurrerende virksomhed. Men vil lige tilføje at fugt skader er ment som renovering efter fugtskader og ikke noget med skimmelafrensning.

Kunne jeg få dig til at sende min opsigelse på denne mail.”

Ved brev af 16. september 2019 til A meddelte advokaten på vegne af Y ApS, at A var bortvist fra sin stilling i Y ApS. Af brevet fremgår blandt andet:

"På vegne af min klient Y ApS følger jeg hermed op på mine tidligere henvendelser til dig vedrørende din reklamering med konkurrerende virksomhed til Y ApS på linkedin.dk.

Jeg kan konstatere, at du fortsat reklamerer med, at du via virksomhedsnavnet Z ApS reklamerer med, at du har stor erfaring med fugt og skimmel-branchen, og at du helt konkret tilbyder at udbedre fugtskader. Dette er netop hovedelementet i driften hos Y ApS, og derfor i direkte konkurrence med selskabet.

På vegne af Y ApS har jeg tidligere givet dig en chance for at forklare dig, og rette op på dette forhold, men jeg kan nu konstatere, at dette ikke er sket. Tværtimod er min klient netop blevet kontaktet af en kunde, der kunne oplyse at han havde set, at du reklamerede med at du foretager udbedring af fugtskader, og spurgte derfor om han nu fremadrettet skal bruge dig i stedet. Kunderne forstår altså også helt konkret din profilering og markedsføring som om, at du udfører konkurrerende virksomhed til Y ApS. Dette kan min klient naturligvis ikke acceptere allerede fordi, at du stadig er ansat i selskabet og modtager løn.

Af ovenstående årsager skal jeg derfor meddele, at du er bortvist fra din stilling i Y ApS, og din lønudbetaling stopper derfor med øjeblikkelig virkning. Du vil modtage din sædvanlige løn frem til d.d.

...

Endvidere skal jeg gøre opmærksom på, at din almindelige tavshedspligt og aftalte tavshedsforpligtelser mv. også gælder efter fratrædelsestidspunktet. Din opmærksomhed henledes tillige på markedsføringsloven og lov om forretningshemmeligheder. Ydermere skal jeg gøre opmærksom på, at din loyalitetspligt over for Y ApS stadig er gældende i opsigelsesperioden på trods af, at du nu er bortvist fra arbejdspladsen."

A rettede ved sin advokat den 26. september 2019 henvendelse til Bs advokat og meddelte blandt andet, at A fandt, at opsigelsen af ham den 12. september 2019 var usaglig, og da han ikke havde givet anledning til opsigelsen, var konkurrenceklausulen i ejaftalen ugyldig. Af denne grund var bortvisningen af A uberettiget. Der blev i den forbindelse anmodet om udbetaling af løn i opsigelsesperioden på tre måneder med samtidigt forbehold om yderligere krav.

Ved brev af 15. november 2019 skrev Y ApS' advokat til As advokat blandt andet:

"Min klient kan konstatere, at din klient fortsat reklamerer med konkurrerende virksomhed på linkedin.dk. Jeg vedlægger i den forbindelse kopi af screenshots fra linkedin.dk

Ydermere kan min klient konstatere, at din klient har overtaget en igangværende ordre indgået mellem Y ApS og Æ ApS vedr. skimmelsanering på 97 boliger.

En aftale som A indgik på vegne af Y ApS i marts 2018, et arbejde som blev startet op af Y ApS, et arbejde som allerede delvist er faktureret af Y ApS, og et arbejde der allerede er delvist betalt til Y ApS...

Dette er naturligvis også en klar overtrædelse af konkurrenceklausulen indgået mellem din og min klient.

Det faktum, at A har overtaget dette arbejde betyder at min klient har lidt et tab i form af restentreprisesummen på kr. 567.000,00. Det faktum, at A har overtrådt konkurrenceklausulen i første omgang betyder, at min klient er berettiget til en bodsbetaling på kr. 100.000,00, jf. ordlyden af ejeraftalen indgået mellem parterne. En ejerftale som A senest i forbindelse med indgåelse af forligsaftale af 9. maj 2019 har bekræftet er gældende mellem parterne...

På vegne af min klient skal jeg derfor opkræve et samlet beløb på kr. 667.000,00 bestående af:..."

As advokat afviste ved mail af 21. november 2019 erstatningskravet.

Den 2. december 2019 indgav B en anmodning til Retten i Helsingør om, at det forbydes A i en periode på 2 år fra den 9. maj 2019 såvel direkte som indirekte at konkurrere med Y ApS ved at sælge ydelser inden for miljøsanering, afhjælpning af fugtskader og skimmelsvampsanering. Forbuddet blev begæret nedlagt uden sikkerhedsstillelse.

Den 1. maj 2020 nedlagde Retten i Helsingør forbud i overensstemmelse med den nedlagte påstand. Det hedder i rettens begrundelse bl.a.:

"B og A indgik den 9. maj 2019 en forligsaftale. Ved aftalen overdrog A sine anparter i X ApS til B for 1 kr., og A erklærede sig samtidig indforstået med, at han var omfattet af "ejerftalens konkurrenceklausul beskrevet i ejerftalens § 5.8. og 5.9." Det fremgår af forligsaftalen, at denne blev indgået på baggrund af, at A i flere tilfælde havde udstedt fakturaer i Y ApS' navn med angivelse af andre kontonumre end selskabets kontonummer. B forpligtede sig ved forligsaftalen til ikke at politianmelde A i forbindelse med det anførte forløb. B og A har under deres forklaringer bekræftet baggrunden for og indholdet af forligsaftalen.

På denne baggrund finder retten, at A ved parternes forligsaftale den 9. maj 2019 gyldigt har påtaget sig en konkurrenceklausul i det omfang, som er anført i ejerftalens vilkår.

Det forhold, at A fortsatte som ansat i Y ApS efter indgåelsen af forligsaftalen og de oplyste omstændigheder ved den senere opsigelse og bortvisning af A, har ikke betydning for vurderingen af konkurrenceklausulens gyldighed og kan derfor ikke føre til et andet resultat.

Herefter findes det godtgjort, at X ApS og B har den ret, der søges beskyttet ved forbuddet, jf. retsplejelovens § 413, nr. 1.

Det fremgår af sagen, at A i tiden efter bortvisningen fra Y ApS på LinkedIn foretog flere opslag, hvori han reklamerede for sin personlige virksomhed, Æ ApS. På LinkedIn-profilen var anført, at Z ApS udførte arbejde med blandt andet renovering efter fugtskader og opsætning af indeklimaplader, herunder Skamol-plader. I opslag på LinkedIn oplyste A endvidere blandt andet, at "Jeg er #...Business på LinkedIn. Kontakt mig vedrørende Fugtskader og skimmelsvamp", "Ser godt ud og står i over for udfordring med skimmelsvamp så hjælper jeg gerne til" og "Og står i og mangler priser på skimmel sanering er jeg klar med konkurrencedygtige priser". A har under sin forklaring bekræftet, at han nu driver en enkeltmandsvirksomhed, og at han siden sin bortvisning fra Y ApS ind imellem har lavet arbejde, der er forbundet med skimmelsvamp. A har ligeledes forklaret, at han efter bortvisningen, da han blev kontaktet af en af Y ApS' kunder, oplyste, at han sagtens kunne udføre skimmelsanering, og at han sagde til kunden, at de godt kunne fortsætte en eller anden form for samarbejde.

Det findes herefter sandsynliggjort, at As adfærd nødvendiggør, at der meddeles forbud, jf. retsplejelovens § 413, nr. 2.

Retten finder yderligere under henvisning til sagens karakter, at X ApS og Bs mulighed for at opnå deres ret vil forspildes, hvis de henvises til at afvente tvistens retslige afgørelse, jf. retsplejelovens § 413, nr. 3.

Herefter, og da ingen af de i retsplejelovens § 414 nævnte forhold skønnes at foreligge, er betingelserne i retsplejelovens § 413 for at meddele forbud opfyldt.

Retten fremmer derfor anmodningen om forbud i overensstemmelse med den nedlagte påstand uden sikkerhedsstillelse."

A kærede samme dag kendelsen til Østre Landsret.

Af "Referat – granskningsmøde med skimmelfrensere" af 25. maj 2020 om et møde mellem bl.a. et arkitektfirma, en entreprenør og A fremgår bl.a., at A var angivet som deltager fra firmaet "Z ApS" med mailadressen "...dk". Det fremgår bl.a. af referatet:

"04 Skimmelsanering af spær

04.01 Projekt: Skimmelsanering på spær på tagfladen ved projekt ... Søpark...

04.04 A vil umiddelbart efter at nedriver har meldt klar, komme til pladsen og foretage skimmelpøver på udvalgte spær. A meddeler at han plejer at foretage test på hvert 10. spær...

04.07 A oplyser at det er normalt at rådgivere sætter med en øvre grænseværdi på 100 fundne sporer ved en almindelig prøvetagning på 4x4 cm. Efter en afrensning vil forekomsten forventeligt være nede på 25 eller derunder.

04.08 De tagne prøver analyseres samme dag af A. Hvis prøverne viser for høje tal, kan A møde på pladsen dagen efter og starte en afrensning. En afrensning af 20 spær tager cirka en dags tid.

04.09 Selve afrensning sker med en metode kaldet tørdamp, Micro Clean, hvor vand opvarmes til 180 grader og sprøjtes på alle spærrets overflader. Denne proces dræber skimmelsvamp, men dampen indeholder i øvrigt ingen skadelige stoffer."

Y ApS' advokat henvendte sig til A ved mail af 11. juni 2020. Det fremgår af mailen bl.a.:

"Konkurrerende virksomhed:

På vegne af min klient Y ApS og B skal jeg oplyse dig, at vi har erfaret, at du fortsat udøver konkurrerende virksomhed til Y ApS i direkte strid med kendelse afsagt af retten i Helsingør den 1. maj 2020. Vi kender ikke omfanget heraf, men vi kan konstatere, at du har budt på og indgået aftale om skimmelsanering på sagen "... Søpark". Vi har modtaget kopi af granskningsmøde og fået forholdet bekræftet, at flere af de implicerede parter.

Jeg skal bede dig om at stoppe denne og evt. andre konkurrerende aktiviteter omgående. Du bedes bekræfte, at du naturligvis stopper alle former for konkurrerende handlinger øjeblikkeligt...

Tilegnelse af domænetdk

Min klient har i dag erfaret, at du har tilegnet dig domænetdk. Et domæne, der er bestilt og betalt af Y ApS, og der rettelig tilhører Y ApS. Jeg skal bede dig om omgående, at registrere Y ApS som ejer igen, og tager i øvrigt forbehold for at foretage de nødvendige retsskridt i den forbindelse, hvilket kan betyde at du bliver pålagt yderligere omkostninger i den forbindelse."

A besvarede mailen samme dag. Af besvarelsen fremgår bl.a.:

”Jeg har givet besked til alle parter vedr den pågældende sag at jeg ikke udføre skimmelafrensning.

Med hensyn til domænetdk
 Jeg forstår ikke helt hvorfor det skulle stå i mit
 Navn. Jeg har ikke betalt for dette.
 Hvis det stå i mit navn skal jeg nok bede om hjælp
 Til at overdrage dette til Y ApS”

Af mail af 14. juni 2020 fra A til bl.a. arkitektfirmaet og entreprenøren på projektet ”... Søpark” samt B fremgår bl.a.:

”Kære alle som i sikkert er bekendt nu har jeg en konkurrenceklausul på fugt og skimmelsvamp.

Z ApS har ikke tilbudt skimmelafrensning Men tilbudt rådgivning omkring prøvetagning af omfang og en eventuelt kontrol efter afrensning. Dette har jeg tilbudt da jeg mente at rådgivning ikke var en del af kunurrenceklausul. Men det er tilsyneladende også under denne klausul

Jeg beklager rigtig meget at jeg har sat alle parter I denne situation.

Jeg har meddelt D at han kan tage kontakt til Y ApS da de vil kunne løfte denne opgave på sammen professionelle måde.”

Den 26. juni 2020 stadfæstede Østre Landsret byrettens forbud. Det fremgår af begrundelsen for landsrettens kendelse bl.a.:

”Som anført i byrettens kendelse følger konkurrenceklausulen af en forligsaftale, som A og B indgik den 9. maj 2019, hvorved B overdrog sine anparter i X ApS til B. Ved forligsaftalen blev den i den forudgående ejerftale i pkt. 5.8 og 5.9 indeholdte konkurrenceklausul om forbud mod at involvere sig i konkurrerende virksomhed i 2 år fra afståelsestidspunktet således opretholdt. Konkurrenceklausulen er dermed vedtaget som led i en aftale mellem ejerne af Y ApS om deres indbyrdes forhold og ikke i sammenhæng med As ansættelse i virksomheden. På den baggrund tiltræder landsretten, at omstændighederne ved den senere opsigelse og bortvisning af A som ansat i Y ApS ikke har betydning for vurderingen af konkurrenceklausulens gyldighed. Bestemmelsen i § 11, stk. 3, jf. stk. 1, i lov om ansættelsesklausuler finder således ikke anvendelse. Herefter og af de grunde, der i øvrigt er anført af byretten, stadfæster landsretten byrettens kendelse.”

Retsgrundlag

Ansættelsesklausulovens § 11 lyder:

”§ 11. Opsiger arbejdsgiveren ansættelsesforholdet, uden at lønmodtageren har givet rimelig anledning hertil, eller fratræder lønmodtageren selv sin stilling, og har arbejdsgiverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser givet gyldig grund hertil, er en aftale om en konkurrenceklausul, jf. § 5, og konkurrenceklausuldelen af en kombineret klausul, jf. § 7, ikke gyldig, og lønmodtageren vil have krav på engangsbeløbet efter § 8, stk. 3, og § 9, stk. 2.

Stk. 2. En aftale om en konkurrenceklausul efter § 5 og konkurrenceudvalget af en kombineret klausul efter § 7 er ikke bindende for lønmodtageren, for så vidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne om arbejdsgiverens tarv eller på urimelig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv. Der skal ved vurderingen af, om klausulen på urimelig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv, også tages hensyn til den interesse, som arbejdsgiveren har i, at aftalen efterkommes.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 gælder også for andre end lønmodtagere, som har påtaget sig en forpligtelse til af konkurrencehensyn ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan.”

Af lovforslaget (FT 2015-16, tillæg A, L 25 som fremsat den 7. oktober 2015) fremgår af de almindelige bemærkninger bl.a.:

”Med dette lovforslag samles reguleringen af ansættelsesklausuler i en ny lov om ansættelsesklausuler. Det foreslås, at reguleringen af ansættelsesklausuler efter denne lov er udtømmende.

...

Det foreslås, at denne lov skal gælde for alle ansættelsesforhold, uanset hvilken lønmodtagergruppe en medarbejder tilhører. Den nuværende regulering af ansættelsesklausuler gælder primært for funktionærer,...

Det vurderes, at ansættelsesklausuler har en erhvervsbegrænsende karakter, og undersøgelser blandt faglige foreningers medlemmer indikerer, at klausulerne også benyttes over for lønmodtagere, som ikke er funktionærer i funktionærlovens forstand. Da ikke-funktionærer også mødes med krav om at påtage sig klausuler, hvilket ikke er underlagt regulering ud over aftalelovens grænser i dag, foreslås det, at den nye lov om brug af ansættelsesklausuler ikke alene skal være forbeholdt funktionæransættelser, men udbredes til hele arbejdsmarkedet. Med dette forslag omfattes alle ansættelsesforhold således af regler om de krav, der skal være opfyldt for at kunne indgå gyldige aftaler om ansættelsesklausuler. I den sammenhæng defineres det tillige, at loven angår alle lønmodtagere, der modtager vederlag for personligt arbejde i et tjenesteforhold. Definitionen svarer til det lønmodtagerbegreb, der benyttes i ferieloven...

I lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område – den såkaldte aftalelov (lbk. nr. 781 af 26. august 1996) – er der en bestemmelse om konkurrenceklausuler. Det foreslås, at denne bestemmelse om urimelige konkurrenceklausuler ophæves i aftaleloven, og at bestemmelsens indhold indføres i denne lov.

Hvis en arbejdsgiver således opsiges ansættelsesforholdet, uden at lønmodtageren har givet rimelig anledning til opsigelsen, eller hvis lønmodtageren selv fratræder sin stilling, og arbejdsgiverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet gyldig grund til det, vil en konkurrenceklausul eller konkurrencedelen af en kombineret klausul ikke kunne gøres gældende over for lønmodtageren. Tilsvarende er en konkurrenceklausul eller konkurrencedelen af en kombineret klausul ikke bindende for lønmodtageren, hvis den går videre end påkrævet for at værne om arbejdsgiverens tarv, eller på urimelig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv. Det bemærkes, at bestemmelsen i lovforslaget ligesom den gældende bestemmelse i aftalelovens § 38 ikke kun omfatter lønmodtagere, jf. lovforslagets § 11, stk. 3, med tilhørende bemærkninger.

...

3.3.1. Aftalelovens § 38 – konkurrenceklausuler

Aftaleloven indeholder desuden en bestemmelse i § 38, stk. 1, om, at en konkurrenceklausul ikke er bindende, for så vidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne imod konkurrence, eller hvis den på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv. § 38 gælder i forhold til alle konkurrenceklausuler og i forhold til alle medarbejdergrupper.

Reglen gælder generelt for alle konkurrencebegrænsende aftaler, herunder også aftaler indgået mellem to selvstændige samarbejdspartnere. Det bemærkes, at § 38 ikke finder anvendelse for fx kundeklausuler eller andre typer af erhvervsbegrænsende klausuler. I sådanne tilfælde kan aftalelovens generalklausul i § 36 finde anvendelse, hvis en klausul er urimelig eller tilsidesætter redelig handlemåde, som beskrevet ovenfor.

...

Ifølge aftalelovens § 38, stk. 2, der i modsætning til stk. 1 kun finder anvendelse i ansættelsesforhold, kan en konkurrencebegrænsende aftale ikke gøres gældende af arbejdsgiveren, hvis den ansatte opsiges eller afskediges uden at have givet rimelig anledning til opsigelsen, eller den ansatte selv fratræder sin stilling, og arbejdsgiverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet den ansatte gyldig grund til at fra-

træde. I situationer, som beskrevet i § 38, stk. 2, bortfalder konkurrenceklausulen i sin helhed og kan ikke senere gøres gældende over for lønmodtageren. En konkurrenceklausul vil således bortfalde, hvis den ansatte opsiges på grund af virksomhedens forhold, fx som følge af omstruktureringer eller nødvendige besparelser. Tilsvarende vil gælde, hvis lønmodtageren i forlængelse af en opsigelse opnår godtgørelse fra arbejdsgiveren for usaglig afskedigelse i medfør af fx funktionærlovens § 2 b om arbejdsgiverens opsigelse af en lønmodtager uden en rimelig begrundelse.

Omvendt vil en konkurrenceklausul som udgangspunkt kunne gøres gældende i de tilfælde, hvor lønmodtageren selv har givet rimelig anledning til opsigelsen, eller hvis den ansatte selv opsiges sin stilling, medmindre opsigelsen skyldes arbejdsgiverens misligholdelse af ansættelsesforholdet.”

Af de specielle bemærkninger til § 11 fremgår bl.a.:

”Til § 11

Det foreslås i § 11, stk. 1, at såfremt en arbejdsgiver opsiges et ansættelsesforhold, uden at lønmodtageren har givet rimelig anledning til opsigelsen, eller hvis lønmodtageren selv fratræder sin stilling, og arbejdsgiverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet gyldig grund til det, vil en konkurrenceklausul eller konkurrencedelen af en kombineret klausul ikke kunne gøres gældende over for lønmodtageren.

Ovenstående medfører, at såfremt arbejdsgiveren opsiges et ansættelsesforhold, uden at lønmodtageren har givet rimelig anledning til opsigelsen, eller arbejdsgiveren har misligholdt sine forpligtelser i en ansættelseskontrakt, som indeholder en konkurrence- eller en kombineret ansættelsesklausul, så kan arbejdsgiver ikke håndhæve konkurrenceklausulen eller konkurrencedelen af en kombineret ansættelsesklausul, og lønmodtageren vil ikke have ret til løbende kompensation. Lønmodtageren vil dog have ret til engangsbeløbet på to måneders løn, da ansættelsesklausulen må opfattes som opsagt fra arbejdsgivers side.

Det foreslås tillige i stk. 1, at såfremt arbejdsgiverens misligholdelse af ansættelsesforholdet giver anledning til, at lønmodtageren fratræder sin stilling, kan arbejdsgiveren ikke gøre en konkurrenceklausul eller konkurrencedelen af en kombineret klausul gældende over for lønmodtageren efter dennes fratræden.

Formålet med § 11, stk. 1, er at videreføre retstilstanden fra den gældende bestemmelse i aftalelovens § 38, stk. 2.

I § 11, stk. 2, foreslås det, at en aftale om en konkurrenceklausul samt konkurrencedelen af en kombineret klausul ikke vil være bindende for en lønmodtager, hvis så vidt den med hensyn til tid, sted og andre forhold går videre end påkrævet for at værne om arbejdsgiverens interesser. Tilsvarende gælder, hvis ansættelsesklausulen på en urimelig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv. Afgørelsen af, om en sådan ansættelsesklausul er urimelig eller ikke er proportional, kræver en konkret vurdering af de konkrete omstændigheder i en sag. Der skal ved vurderingen af, om klausulen på urimelig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv, også tages hensyn til den interesse, som arbejdsgiveren har i, at lønmodtagerens forpligtelse efterkommes.

Der er ikke med § 11, stk. 2, tiltænkt nogen ændring af retstilstanden, som i dag følger af den eksisterende bestemmelse i aftalelovens § 38, stk. 1. Se yderligere herom under afsnit 3.3.1., hvor gældende ret i aftalelovens § 38 beskrives.

I § 11, stk. 3, foreslås det, at § 11, stk. 1 og 2, som omtalt ovenfor, tillige skal finde anvendelse for andre end lønmodtagere fx selvstændige erhvervsdrivende eller administrerende direktører, som har påtaget sig en forpligtelse til af konkurrencehensyn ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan. Bestemmelserne i § 11, stk. 1 og 2, omfatter således alle konkurrencebegrænsende aftaler, herunder også aftaler indgået mellem to selvstændige erhvervsdrivende. § 11, stk. 3 bevirker således, at de foreslåede bestemmelser i § 11, stk. 1 og 2, har et bredere anvendelsesområde end resten af lovforslaget, der alene omfatter lønmodtagere. Se yderligere herom under afsnit 3.3.1., hvor gældende ret i aftalelovens § 38 beskrives.”

Lovforslag nr. L 25 var en genfremsettelse af lovforslag nr. L 196 (FT 2014-15, tillæg A, L 196 som fremsat den 29. april 2015). Der er ikke ændret i de ovenfor citerede bemærkninger fra lovforslag nr. L 196 til nr. L 25.

Forud for fremsættelsen af lovforslag nr. L 196 var lovudkastet i offentlig høring. I lovudkastet var § 12, der senere blev til § 11 i det fremsatte lovforslag, sålydende:

”§ 12. Opsiger arbejdsgiveren ansættelsesforholdet, uden at lønmodtageren har givet rimelig anledning hertil, eller fratræder lønmodtageren selv sin stilling, og arbejdsgiverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet gyldig grund hertil, kan en aftale om konkurrenceklausul, jf. § 4, og konkurrenceklausuldelen af en kombineret klausul, jf. § 6, ikke gøres gældende over for lønmodtageren. I så fald vil lønmodtageren have ret til engangsbeløbet, jf. § 8, stk. 3, idet konkurrenceklausulen eller konkurrenceklausuldelen af en kombineret ansættelsesklausul opfattes som opsagt fra arbejdsgivers side.

Stk. 2. En aftale om en konkurrenceklausul efter § 4, og konkurrence- delen af en kombineret klausul, jf. § 6, er ikke bindende for lønmodtage- ren, for så vidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går vi- dere end påkrævet for at værne om arbejdsgiverens tarv, eller på uri- melig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv. Der skal ved vurderingen af, om klausulen på urimelig måde indskrænker løn- modtagerens adgang til erhverv, også tages hensyn til den interesse, som arbejdsgiveren har i, at lønmodtagerens forpligtelse efterkommes.

Stk. 3. Stk. 2 finder tilsvarende anvendelse for andre end lønmodtagere, som har påtaget sig en forpligtelse til af konkurrencehensyn ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansæt- telse i en sådan.”

De almindelige bemærkninger svarer til bemærkningerne i det senere fremsatte lovforslag. De specielle bemærkninger til § 12 i lovudkastet svarer for så vidt angår § 12, stk. 1 og 2, i det væsentlige til det fremsatte lovforslag. For så vidt angår § 12, stk. 3, fremgår:

”I § 12, stk. 3, foreslås det, at § 12, stk. 2, som omtalt straks ovenfor, til- lige skal finde anvendelse for andre end lønmodtagere, som har påtaget sig en forpligtelse til af konkurrencehensyn ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan. Bestem- melsen i § 12, stk. 2, omfatter således alle konkurrencebegrænsende af- taler, herunder også aftaler indgået mellem to selvstændige erhvervs- drivende.”

Derudover fremgår det generelt om § 12:

”Bestemmelsens indhold vedrørende konkurrenceklausuler svarer i vidt omfang til den gældende bestemmelse i aftalelovens § 38, som fore- slås ophævet, jf. lovforslagets § 18. Bestemmelsen i § 12 vil således skul- le fortolkes i lyset af praksis vedrørende aftalelovens § 38.”

I forbindelse med den offentlige høring fremsendte advokat Finn Schwarz fra advokatfirmaet Horten et høringssvar. Det fremgår heraf bl.a.:

”I forslaget til lov om ansættelsesklausuler (§ 1, stk. 2) begrænses lov om ansættelsesklausulers anvendelsesområde primært til lønmodta- gere, dvs. personer, der modtager vederlag for personligt arbejde i tje- nesteforhold.

Som det fremgår af bemærkningerne til § 1, stk. 2, er beskrivelsen af lønmodtagere i overensstemmelse med det almindeligt anvendte dan- ske lønmodtagerbegreb, hvilket medfører, at direktører samt fx ansatte med ejerandele over en vis procentdel almindeligvis ikke medtages i lønmodtagerbegrebet, og således ikke er omfattet af forslagets primære regulering.

Dette giver i sig selv ikke anledning til bemærkninger fra min side, men da lovforslaget samtidigt indebærer, at aftalelovens § 38 ophæves, jf. lovforslagets § 18, indebærer dette, at aftalelovens § 38, stk. 2 om konkurrenceklausulers uvirksomhed, ligeledes ophører for ansatte, der ikke er omfattet af det danske lønmodtagerbegreb.

For så vidt angår *aftalelovens § 38, stk. 2*, er dette en meget væsentlig regulering af f.eks. konkurrenceklausuler i direktørkontrakter. Talrige domstols- og voldgiftsafgørelser viser, at denne ufravigelige bestemmelse kan påberåbes af medarbejdere, der ikke er omfattet af det danske lønmodtagerbegreb...

Ved at ophæve denne bestemmelse, vil den generelle regulering af uvirksomhed af konkurrenceklausuler for direktører samt medarbejdere med ejerandele, der ikke er omfattet af lønmodtagerbegrebet, indebære, dels en problemstilling i relation til allerede eksisterende kontraktforhold, hvor det var forudsat, at aftalelovens § 38, stk. 2, var gældende, dels for fremtidige kontraktforhold skabe en retlig position, som vil være præget af ophævelsen af aftalelovens § 38, stk. 2, i fortolkningsmæssigt henseende.

Jeg skal derfor stærkt anbefale, at aftalelovens § 38, stk. 2, ikke ophæves.

Aftalelovens § 38, stk. 1, er medtaget i lovforslagets § 13, stk. 2, og for så vidt angår andre end lønmodtagere "opsamlet" i stk. 3, således at bestemmelsen (fortsat) vil gælde for fx direktører og medarbejdere med ejerandele ikke omfattet af lønmodtagerbegrebet.

Min opfordring kan således let gennemføres ved en tilretning, at forslagets § 13, stk. 3, således at det udformes således:

Nyt § 13, stk. 3:

Stk. 1 og stk. 2 finder tilsvarende anvendelse for andre end lønmodtagere..."

I den kommenterede høringsoversigt til lovforslag nr. L 196 – som blev genoversendt til Folketinget i forbindelse med fremsættelsen af lovforslag nr. L 25 – fremgår bl.a.:

"Horten bemærker, at der med ophævelsen af aftalelovens § 38, som gælder for en bredere gruppe end blot lønmodtagere, og at der med indførelsen af bestemmelsens indhold i lovforslagets § 12 ikke er taget højde for, at § 12, stk. 1 tillige bør gælde for andre end lønmodtagere, jf. § 12, stk. 3.

Kommentar

Bemærkningen tages til efterretning, og lovforslaget vil blive justeret, som foreslået. Som det tydeligt fremgår af bemærkningerne til lovforslaget har det ikke været den politiske intention at ændre retstilstanden efter aftalelovens § 38 i forbindelse med overflytningen af bestemmelsen til lovforslaget om ansættelses-klausuler. Intentionen har alene været så vidt muligt at samle reguleringen af ansættelsesklausuler i en samlet lovgivning.”

Aftalelovens § 38, stk. 2, var før ophævelsen sålydende:

”Stk. 2. Har nogen, der er ansat i en forretning eller anden virksomhed, overfor dennes indehaver påtaget sig en forpligtelse af det ovenfor angivne indhold, som skal gælde efter ansættelsens ophør, bliver forpligtelsen 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 forpligtelser har givet ham gyldig grund dertil.”

Parternes synspunkter

A har anført navnlig, at ansættelsesklausullovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, finder anvendelse på alle konkurrencebegrænsende aftaler, herunder også aftaler mellem to erhvervsdrivende, og dermed på konkurrenceklausulen i den foreliggende sag. Formålet med loven var bl.a., at det ikke længere skulle være muligt at håndhæve konkurrenceklausuler ved at indsætte dem i ejerftaler i stedet for ansættelseskontrakter.

Ved indgåelsen af ejerftalen forpligtede A sig over for sin arbejdsgiver, Y ApS, til ikke at drive konkurrerende virksomhed i 2 år regnet fra det tidspunkt, hvor han ophørte med at være kapitalejer, og denne klausul er omfattet af ansættelsesklausullovens anvendelsesområde. Konkurrenceklausulen blev indgået i ejerftalen, og ikke først i forligsaftalen.

Bortfaldsreglen i ansættelsesklausullovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, finder derudover anvendelse på alle konkurrencebegrænsende aftaler, herunder også aftaler mellem to erhvervsdrivende.

Forligsaftalen af 9. maj 2019 gjorde endeligt op med de uenigheder, der var opstået inden denne dato. Det fremgår ikke af aftalen, at A ansættelsesvilkår skulle ændres i væsentligt omfang.

Den ansættelsesaftale, som i august 2019 blev fremsendt til A, indeholdt væsentligt ændrede ansættelsesvilkår, som han ikke ønskede at blive ansat under. Hans afvisning af at indgå den nye ansættelseskontrakt kan ikke sidestilles med

samarbejdsvanskeligheder. Han har derfor ikke givet rimelig anledning til opsigelsen af ham, hvorfor konkurrenceklausulen er bortfaldet i medfør af ansættelsesklausulovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3.

B og X ApS har anført navnlig, at betingelserne for nedlæggelse af forbud er opfyldt.

Reglen i ansættelsesklausulovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, finder ikke anvendelse på den konkurrenceklausul, som parterne har vedtaget i forligsaftalen af 9. maj 2019. Det er en forudsætning for anvendelsen af bestemmelsen, at den er knyttet til en eller anden form for ansættelse. I det foreliggende tilfælde er der imidlertid tale om en forligsaftale, der er indgået helt uafhængigt af et ansættelsesforhold.

Konkurrenceklausulen opfylder ikke betingelserne i ansættelsesklausulovens § 1, stk. 2, nr. 5, idet forligsaftalen ikke er indgået mellem en lønmodtager og dennes arbejdsgiver og heller ikke omhandler perioden efter fratræden, men derimod efter indgåelsen af aftalen.

Opsigelsen af A var begrundet i samarbejdsvanskeligheder og manglende tillid som følge af, at han tidligere havde snydt virksomheden. Årsagen til, at A først blev opsagt senere, var, at han skulle have fortsat ansættelsesforholdet under andre vilkår, som han imidlertid ikke ønskede at indgå aftale om, da den nye kontrakt blev præsenteret.

Det er forståeligt, at B ikke havde tillid til A, efter at denne havde tilegnet sig betydelige pengebeløb, som tilhørte virksomheden. Forligsaftalen mellem parterne afskærer ikke ledelsen i Y ApS fra at udøve sin almindelige ledelsesret, ligesom den ikke afskærer Y ApS fra at lægge vægt på forhold, der er foregået før den 9. maj 2019, da Y ApS ikke er part i aftalen.

Højesterets begrundelse og resultat

Hovedspørgsmålet i sagen er, om den konkurrenceklausul, som er aftalt mellem parterne, må anses for bortfaldet i medfør af ansættelsesklausulovens § 11, stk. 3, jf. stk. 1.

Højesteret finder som anført af landsretten, at konkurrenceklausulen mellem parterne følger af forligsaftalen af 9. maj 2019, hvorved A overdrog sine anparter i X ApS til B. Forligsaftalen indebærer dermed, at den konkurrenceklausul, som findes i pkt. 5.8 og 5.9 i ejeraftalen mellem ejerne af Y ApS, gælder mellem parterne.

Forligsaftalen blev indgået af A og B som led i afgørelsen af deres mellemværende angående X ApS. På tidspunktet for aftalens indgåelse – hvor konkurrenceklausulen ligeledes trådte i kraft – var A således udtrædende medejer af

X ApS. Højesteret finder på den baggrund, at aftalen mellem A og B om bl.a. konkurrenceklausulen må anses for indgået mellem parterne i deres egenskab af kapitalejere i X ApS. A kan ikke dermed anses for at have forpligtet sig over for Y ApS som ansat, men må derimod anses for at have forpligtet sig over for B. Det kan ikke føre til et andet resultat, at A både før og efter aftalens indgåelse var ansat i Y ApS.

Det følger af ansættelsesklausulovens § 11, stk. 1, bl.a., at en aftale om en konkurrenceklausul er ugyldig, hvis arbejdsgiveren opsiger ansættelsesforholdet, uden at lønmodtageren har givet rimelig anledning hertil. Efter lovens § 11, stk. 3, gælder bestemmelsen også for andre end lønmodtagere, der har påtaget sig en forpligtelse til ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan. Højesteret finder på baggrund af bestemmelsens forarbejder, at der ikke med bestemmelsen er tilsigtet en ændring af den retstilstand, der var gældende efter den nu ophævede bestemmelse i aftalelovens § 38, stk. 2, som kun fandt anvendelse i ansættelsesforhold.

Anvendelse af ansættelsesklausulovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, forudsætter herefter, at konkurrenceklausulen må anses for at være påtaget af A som led i et ansættelsesforhold. Som anført ovenfor finder Højesteret, at det ikke kan antages at være tilfældet.

Herefter og i øvrigt af de grunde, som er anført af byretten, stadfæster Højesteret landsrettens kendelse.

THI BESTEMMES:

Landsrettens kendelse stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal A betale i alt 10.000 kr. inkl. moms til B og X ApS. Det idømte beløb skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.