



6. MAJ 2015

ANSÆTTELSESRETLIGT NYHEDSBREV NR. 1/2015

Hermed udsendes Nielsen Nøragers nye ansættelsesretlige nyhedsbrev. I dette første nyhedsbrev sætter vi fokus på det fremsatte forslag til ansættelsesklausuloven, og orienterer om tre nyere domme.

FORSLAG TIL ANSÆTTELSESKLAUSULLOV

AF THOMAS MYGIND

Beskæftigelsesministeren har fremlagt forslag til ansættelsesklausullov. Ansættelsesklausuloven vil samle den ansættelsesretlige regulering af job-, kunde- og konkurrenceklausuler i én lov, der vil gælde for alle lønmodtagere og således ikke kun for funktionærer.

Loven forudsættes at skulle træde i kraft den 1. juli 2015 og den vil gælde for alle ovennævnte klausuler, der indgås i ansættelseskontrakter efter den 1. juli 2015.

Selvom lovens endelige indhold vil kunne blive ændret under folketingsbehandlingen, er lovforslaget baseret på bred på politisk enighed. Virksomhederne bør derfor allerede

nu berede sig på, at lovforslaget i al væsentlighed vil blive vedtaget, som det nu foreligger.

Med ansættelsesklausuloven vil virksomhedernes fremtidige muligheder for at pålægge deres medarbejdere job-, kunde- og/eller konkurrenceklausuler overordnet set blive væsentligt indskrænket og – alt andet lige – væsentligt dyrere i forhold til, hvad der gælder i dag.

Lovforslagets væsentligste hovedpunkter består i:

- Jobklausuler forbydes med få undtagelser (virksomhedsoverdragelsessituationer og vikaransættelser). Eksisterende jobklausuler, der er indgået i overensstemmelse med jobklausuloven, vil kunne opretholdes frem til den 1. juli 2018, hvorefter de bliver ugyldige.
- Klausulerne må maksimalt vare 12 måneder (efter fratrædelsen), hvis der alene er aftalt enten en konkurrenceklausul eller en kundeklausul. Hvis der aftales både en konkurrenceklausul og en kundeklausul, foreligger der efter ansættelsesklausuloven en "kombineret ansættelsesklausul".
- Kombinerede ansættelsesklausuler kan maksimalt vare 6 måneder (efter fratrædelsen) og skal udløse den højst mulige kompensation efter loven til lønmodtageren.
- Kompensationsbestemmelserne i loven skal motivere arbejdsgiverne til at vælge kortvarige og de mindst restriktive klausuler, idet kompensationens størrelse stiger des længere, at klausulen skal gælde og des mere erhvervsbegrænsende klausulen er for lønmodtageren.
- Kompensationen opdeles i et engangsbeløb på 2 måneders kompensation, der skal betales på fratrædelsestidspunktet, og en løbende kompensation, som udgør en vis procentdel af lønnen på fratrædelsestidspunktet og hvori arbejdsgiveren til en vis grad vil kunne foretage modregning med lønmodtagerens indtægt fra "andet passende arbejde".
- Den løbende kompensation vil – før eventuel modregning – udgøre et månedligt beløb svarende til 40 procent af lønmodtagerens løn på fratrædelsestidspunktet, hvis klausulen har en varighed på op til seks måneder. Hvis klausulen har en varighed på mellem seks og tolv måneder eller hvis der er tale om en kombineret ansættelsesklausul, skal kompensationen udgøre 60 procent af lønnen på fratrædelsestidspunktet.

- Arbejdsgiver skal betale engangsbeløbet til lønmodtager ved opsigelse, medmindre arbejdsgiveren har opsagt klausulen mere end 6 måneder førend, at lønmodtageren fratræder. Hvis arbejdsgiveren berettiget bortviser lønmodtageren, bortfalder lønmodtagerens kompensationskrav samtidig med, at arbejdsgiveren kan opretholde klausulen fuldt ud.
- Klausulerne kan først gøres gældende efter 6 måneders ansættelse, men vil kunne aftales allerede ved ansættelsens start.
- Klausulerne skal være aftalt skriftligt og de skal indeholde en aftale om compensation i overensstemmelse med lovens krav.
- Konkurrenceklausuler kan kun indgå med "helt særligt betroede" medarbejdere. Det vil samtidig være en gyldighedsbetingelse, at det i ansættelseskontrakten er (korrekt) beskrevet, hvorfor medarbejderen udgør en "helt særligt betroet" medarbejder og hvorfor der er et legitimt behov for at pålægge medarbejderen konkurrenceklausulen.
- Klausulerne kan til enhver tid opsiges af arbejdsgiver med én måneds varsel.

Nielsen Nøragers bemærkninger

Lovforslaget bør for det første tilskynde virksomhederne til at overveje allerede nu, hvorvidt der er medarbejdere, med hvem virksomheden skal indgå kunde- og/eller konkurrenceklausuler inden ansættelsesklausullovens ikrafttræden, da det efter lovens ikrafttræden alt andet lige vil blive væsentligt mindre attraktivt for virksomheden at indgå samme klausuler.

Derudover bør virksomhederne tilpasse sine fremtidige standardansættelseskontrakter i forhold til ansættelsesklausullovens krav ligesom, at virksomhederne efter lovens ikrafttræden skal være opmærksomme på at overholde lovens krav i forbindelse med hver enkelt kontrakts indgåelse og i forbindelse med afvikling af opsigelsessituationerne.

Endvidere bør virksomheder med jobklausuler sikre, at disse jobklausuler bliver udfaset i overensstemmelse med ansættelsesklausullovens krav, idet det ellers tillige vil kunne udgøre en krænkelse af ansættelsesbevisloven.

Endelig bør virksomhederne være opmærksomme på risikoen for, at ansættelsesklau-
suloven eventuelt vil kunne få en afsmittende eller indirekte virkning, f.eks. via aftale-
lovens § 36, i forhold til konkurrenceklausuler pålagt medarbejdere i medfør af ejer-
aftaler på baggrund af deres aktieerhvervelser som følge af tildelte aktieoptioner eller
warrants o.lign. under ansættelsen.

OPSIGELSE AF MEDARBEJDER I MEDFØR AF 120-DAGES REGLEN

AF NIELS HENRIK NIELSEN & PERNILLE STAAL HEINEL

Vestre Landsrets dom af 5. november 2014, U 2015.799V

Vestre Landsret har i november 2014 afsagt en ganske relevant dom om den såkaldte 120-dages regel. Dommen er først for nylig blevet offentliggjort.

Sagen handlede om en funktionær, der i en årrække havde været ansat til at arbejde 37 timer om ugen, men som på grund af stress måtte sygemelde sig i længere tid. Under sygemeldingen talte medarbejderen med sin læge om, at han kunne begynde at arbejde 4 timer om dagen 4 dage om ugen for at komme i gang igen.

Medarbejderen præsenterede derefter på et møde virksomhedens ledelse for muligheden for at starte med at arbejde på deltid, men der var under sagen uenighed om, hvorvidt medarbejderen havde fremsat et konkret tilbud. Medarbejderen forklarede, at han havde foreslået, at han kunne genoptage arbejdet på deltid; i første omgang således, at han arbejdede mandag og tirsdag 4 timer om dagen, onsdag skulle han holde fri, mens han torsdag og fredag ligeledes skulle arbejde 4 timer om dagen. Ledelsen forklarede, at medarbejderen havde tilbudt at genoptage arbejdet i nogle timer nogle dage om ugen, men at de ikke fik et konkret tilbud om, at medarbejderen kunne arbejde 4 dage af 4 timer om ugen.

Ledelsen var imidlertid ikke interesseret i, at medarbejderen skulle starte med at arbejde på deltid, og ledelsen gav udtryk for, at man hellere ville vente til medarbejderen var fuldt ud raskmeldt.

Den såkaldte 120-dages regel (funktionærlovens § 5, stk. 2) går ud på, at en funktionær kan opsiges med 1 måneds varsel til fratrædelse ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i 120 dage i alt, såfremt opsigelse sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og mens funktionæren stadig er syg. Hvis 120-dages reglen skal være gældende, skal det være aftalt mellem parterne i ansættelseskontrakten.

Da medarbejderen i den konkrete sag havde været sygemeldt i 121,5 dage, blev han opsagt med det forkortede varsel på 1 måned i henhold til 120-dages reglen. Medarbejderens fagforbund var imidlertid af den opfattelse, at perioden efter medarbejderen havde tilbudt at arbejde på deltid, ikke kunne medregnes ved beregningen af de 120 sygedage, og fagforbundet anlagde derfor sag mod virksomheden.

Der var under sagen enighed mellem parterne om, at virksomheden ikke havde haft pligt til at acceptere medarbejderens tilbud om at begynde at arbejde på deltid.

Vestre Landsret udtalte, at der ikke sker en udvidelse af perioden på de 120 dage med løn under sygdom, når en arbejdsgiver berettiget har afslået et tilbud fra en sygemeldt ansat om at arbejde på deltid under sygdommen. Endvidere benyttede landsretten lejligheden til at udtale, at dette også gælder i en situation, hvor den sygemeldte ansatte tilbyder at arbejde et bestemt antal timer om ugen.

På denne baggrund havde virksomheden altså været berettiget til at opsig medarbejderen med forkortet varsel i medfør af 120-dages reglen.

Nielsen Nøragers bemærkninger

Det har længe været antaget i den juridiske litteratur (og i praksis på arbejdsmarkedet), at retsstillingen var den, at en arbejdsgiver ikke kan være forpligtet til at acceptere en delvis genoptagelse af arbejdet. Dommen viser, at denne antagelse var rigtig.

Endvidere viser dommen, at retsstillingen i forhold til 120-dages reglen er den, at der ikke sker en udvidelse af perioden på 120 dage, når en arbejdsgiver berettiget har afslået et tilbud fra en sygemeldt medarbejder om at arbejde på deltid under sygdom.

Efter vores opfattelse er dommen en naturlig følge af, at en arbejdsgiver ikke er forpligtet til at acceptere en delvis genoptagelse af arbejdet.

IKKE I STRID MED KONKURRENCEKLAUSULER AT TO ANSATTE OPDATEREDE LINKEDIN MED OPLYSNINGER OM NY ARBEJDSGIVER, OG AT DE ANSATTE KUNNE KONTAKTES FOR AT INDGÅ "BUSINESS DEALS"

AF THEA PRÆSTMARK

Vestre Landsrets dom af 16. december 2014, U 2015.1152V

To ansatte havde – inden udløbet af deres opsigelsesvarsel og mens de fortsat var bundet af konkurrenceklausuler – opdateret deres profiler på LinkedIn med oplysninger om ansættelse hos kommende arbejdsgiver. På LinkedIn var det desuden oplyst, at de ansatte kunne kontaktes med henblik på at indgå "business deals", og at de så frem til at starte hos deres kommende arbejdsgiver. Der var desuden linket til den nye virksomheds profil

Der var i sagen enighed om, at den tidligere og den kommende arbejdsgiver var konkurrenter på energimarkedet. Der var også enighed om, at de to ansatte ikke havde udført egentlig arbejdsopgaver for den kommende arbejdsgiver, mens de fortsat var bundet af konkurrenceklausuler.

Opdateringerne blev dog for meget af det gode for den hidtidige arbejdsgiver, der ud over løn i opsigelsesperioden betalte kompensation for overholdelse af konkurrenceklausulen. Begge de ansatte var "connectede" til en række personer i energibranchen, og deres opdateringer blev sendt til de personer, de hver især var connectede til.

I modsætning til byretten fandt landsretten, at opdateringerne ikke var i strid med konkurrenceklausulerne. Landsretten fandt, at opdateringerne ikke i sig selv medførte, at de to medarbejdere var direkte eller indirekte beskæftigede eller interesserede i den ny arbejdsgiver på en sådan måde, at konkurrenceklausulerne var overtrådt.

Landsretten lagde desuden vægt på, at der hos den gamle arbejdsgiver ikke forelå nærmere retningslinjer for brugen af LinkedIn i forhold til kundekontrakter m.m. i forbindelse med fratræden.

Nielsen Nøragers bemærkninger

Dommen viser, at det ligesom indenfor alt andet, der vedrører de ansattes brug af elektroniske medier, kan betale sig at have retningslinjer om brugen heraf. Manglende retningslinjer falder tilbage på arbejdsgiveren.

IKKE GODTGØRELSE TIL BORTVIST MEDARBEJDER FOR KRÆNKELSE AF HENDES PRIVATLIV, SOM FØLGE AF ARBEJDSGIVERENS GENNEMGANG AF HENDES E-MAILS. GODTGØRELSE FOR UBERETTIGET BORTVISNING AF PERNILLE STAAL HEINEL

Højesterets dom af 4. februar 2015

Højesteret afsagde i februar en dom vedrørende bortvisning af en medarbejder, og virksomhedens adgang til at gennemgå hendes e-mails.

Medarbejderen var i april 2007 blev ansat som erhvervs-ph.d. i en medicinalvirksomhed.

Mens medarbejderen var på barselsorlov i november 2008, blev hun afskediget som led i en større omlægning af virksomhedens strategi, og en masseafskedigelse på grund af en kritisk økonomisk situation. Ca. 40 % af virksomhedens medarbejdere blev afskediget, og 25 medarbejdere specifikt i medarbejderens afdeling.

I februar 2009 blev medarbejderen bortvist på grund af en mistanke om illoyal adfærd. Virksomheden havde efter hendes afskedigelse undersøgt hendes mailkorrespondance med sin samlever samt analyseret en patentansøgning indgivet af samleveren. Virksomheden mente derfor at have dokumentation for, at medarbejderen havde videregivet fortrolige oplysninger til sin samlever, som arbejdede indenfor samme felt som firmaet.

Medarbejderen lagde herefter sag an mod virksomheden med krav om godtgørelse for afskedigelse under barsel, krav om godtgørelse som følge af uberettiget bortvisning samt krav om godtgørelse som følge af privatlivskrænkelser på grund af virksomhedens gennemgang af hendes mailkorrespondance med sin samlever.

Sø- og Handelsretten afsagde dom i juli 2013, som virksomheden indbragte for Højesteret.

Med hensyn til afskedigelsen under barsel fandt Højesteret det godtgjort, at det havde været uden betydning for beslutningen om at afskedige medarbejderen, at hun var på barsel på afskedigelsestidspunktet. Højesteret lagde i den forbindelse særlig vægt på, at medarbejderstaben skulle beskæres med 40 % og at virksomheden så sig nødsaget til at ophøre med alle aktiviteter, der lå uden for de forretningsområder, man ifølge den nye strategi ville koncentrere sig om. Det var ubestridt mellem parterne, at medarbejderens forskningsprojekt lå uden for disse forretningsområder. Højesteret lagde desuden vægt på, at hun som ph.d.-studerende ikke havde samme faglige niveau eller

erfaring som de kolleger, hun havde sammenlignet sig med. Der var herefter ikke grund til at tilkende hende godtgørelse.

Medarbejderen havde derimod krav på en godtgørelse for uberettiget bortvisning i februar 2009, idet Højesteret ikke fandt det godtgjort, at medarbejderen havde videregivet oplysninger om forretningshemmeligheder eller i øvrigt optrådt illoyalt overfor virksomheden. Højesteret tilkendte derfor medarbejderen en godtgørelse efter funktionærloven på 37.000 kr. for den uberettigede bortvisning.

Med hensyn til godtgørelsen som følge af virksomhedens gennemgang af medarbejderens mailkorrespondance med sin samlever, fremhævede Højesteret, at det fremgik af ansættelsesaftalen, at mailkorrespondance via virksomhedens systemer skulle betragtes som skreven korrespondance, der tilhørte virksomheden, hvorfor virksomheden kunne disponere og gøre sig bekendt med denne. Medarbejdere burde derfor markere eventuel privat korrespondance ved udtrykkelig angivelse af dette i meddelelsesfeltet. Den i sagen omhandlede korrespondance var ikke markeret som privat.

Da virksomheden havde haft en mistanke om læk af fortrolige oplysninger, foretog en nærmere afgrænset personkreds med fornøden faglig indsigt til at vurdere om det var forretningshemmeligheder, gennemgangen af medarbejderens e-mails. Personkredsen var blevet pålagt at skrive en fortrolighedserklæring, og gennemgangen blev målrettet efter formålet med undersøgelsen.

På denne baggrund fandt Højesteret det ikke godtgjort, at virksomheden havde søgt i og gennemlæst private e-mails i videre omfang, end hvad der var nødvendigt for at kunne udskille den del af mailkorrespondancen, der var relevant i forhold til undersøgelsens formål.

Højesteret kom herefter frem til, at gennemgangen af medarbejderens e-mails ikke havde indebåret en krænkelse af hendes privatliv.

Nielsen Nøragers bemærkninger

Dommen viser under hvilke omstændigheder, en arbejdsgiver kan gennemgå en medarbejders e-mails, idet dommen slår fast, at det er vigtigt med en klar it-politik på arbejdspladsen og dertilhørende åbenhed om reglerne.

Virksomheden havde en klar politik på området, som medarbejderen kendte til, og gennemgangen forfulgte en konkret interesse hos arbejdsgiveren – nemlig at få afklaret, hvorvidt medarbejderen havde udleveret erhvervshemmeligheder. Dette er således

helt på linje med Datatilsynets anbefalinger til arbejdsgiveres håndtering af medarbejdernes e-mailkonti.

Hertil kommer, at det ikke fremgik af meddelelsesfeltet på de gennemgåede e-mails, at de var 'private', hvilket virksomheden ellers opfordrede til. Havde dette været tilfældet, havde dommen antageligt fået et andet udfald, da det i så fald ville være i strid med brevhemmeligheden. En arbejdsgiver må således som det helt klare udgangspunkt aldrig læse en medarbejders private e-mail.

Vi står naturligvis meget gerne til rådighed, såfremt I har spørgsmål til ovenstående eller andre spørgsmål vedrørende arbejdsretlige problemstillinger.



NIELS HENRIK NIELSEN
PARTNER, ADVOKAT (H)
NHN@NNLAW.DK



THOMAS MYGIND
ADVOKAT (L)
TM@NNLAW.DK



THEA PRÆSTMARK
ADVOKAT (H)
TP@NNLAW.DK



PERNILLE STAAL HEINEL
ADVOKATFULDMÆGTIG
PSH@NNLAW.DK

NIELSEN NØRAGER

Til- og framelding af nyhedsbrevet på www.nnlaw.dk
eller bibliotek@nnlaw.dk

DETTE NYHEDSBREV KAN IKKE ERSTATTE JURIDISK RÅDGIVNING. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB OG DE OVENNÆVNTE JURISTER PÅTAGER SIG INTET ANSVAR FOR TAB SOM DIREKTE ELLER INDIREKTE FØLGE AF BRUG AF NYHEDSBREVET, HERUNDER FOR TAB SOM FØLGE AF UTILSTRÆKKELIGE ELLER FEJLAGTIGE INFORMATIONER, VURDERINGER ELLER ANDRE FORHOLD I FORBINDELSE MED NYHEDSBREVET. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB YDER RÅDGIVNING I FORBINDELSE MED KONKRETE SPØRGSMÅL I OVERENSSTEMMELSE MED DE ADVOKATETISKE REGLER.