

Kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til lov om ansættelsesklausuler

The requirements for the duty to mitigate damages in relation to Act on Restrictive Employment Clauses

Videregående ansættelsesret

Cand. jur.

Speciale

Opgaven er udarbejdet af:

Laura Koll Espensen
05.04.2000
Cand. jur.

Emma Hartmann Frøslev Christensen
30.05.2000
Cand. jur.

Vejleder:

Natalie Videbæk Munkholm

Abstract

This legal thesis examines the duty to mitigate loss in relation to non-competition and non-solicitation clauses under the Act on Restrictive Employment Clauses [Lov om ansættelsesklausler, AKL]. In particular, the thesis examines which positive duties the employee must observe in order to retain the right to ongoing compensation. The purpose of the thesis is to provide both employers and employees with a framework on how the duty to mitigate loss can be fulfilled.

When an employer imposes an employment clause on an employee, the employee is prevented from taking up employment within a competing company at the time of termination and for a specified period thereafter. In this way, the employer can protect the company from the employee exploiting information and knowledge obtained during their employment to the detriment of the company. The employee is entitled to compensation for being restricted from seeking new employment within their professional field during this period. This compensation consists of both a one-time payment and ongoing compensation, the latter of which is conditional upon the employee fulfilling the duty to mitigate loss pursuant to AKL section 8(5). According to this provision, the employee must actively seek suitable employment, but what this specifically entails is not defined.

The overall purpose of this thesis is therefore to clarify and analyse the legal position in this area. The analysis is based on a legal dogmatic method, where applicable law—including statutory provisions, legislative history, and case law—is examined to determine what should apply in relation to the AKL. In this context, the thesis covers employment law legislation regarding both the previous and current regulation of employment clauses, as well as the regulation of other termination situations where a duty to mitigate loss also applies. It has been found that the legislation only to a limited extent defines this duty, and therefore the answer to what the duty to mitigate loss entails and the extent of it must be found in case law.

The thesis highlights which positive duties could be sufficient to fulfil the loss mitigation duty. The analysis shows that the duty to mitigate loss can be fulfilled through both active and passive job search activities. The active activities involve the employee applying for jobs, and the passive activities are the employee's use of networking and business-

oriented platforms. Furthermore, the analysis shows that there are different ways to fulfil the duty to mitigate loss depending on the situation. The considerations to be taken into account in the assessment are different and depend on the specific circumstances.

Furthermore, this thesis contains an analysis and assessment of the duty to mitigate loss in relation to The Wage Earner's Guarantee Fund [Lønmodtagernes Garantifond, LG] and The Availability Decree [Rådighedsbekendtgørelsen], which are neighbouring areas of law in which a duty to mitigate loss applies. This part of the thesis is included to analyse whether it is possible to draw inspiration from the rules and, thereby, approach an answer to what the duty to mitigate loss should be in relation to the AKL.

In this context, this thesis highlights that there are many requirements for job search activities, but that most of these requirements are too strict according to what is necessary to fulfil the duty to mitigate loss under the AKL. Some of these requirements can be used for inspiration in relation to the AKL, but to what extent they can be applied is uncertain.

Finally, this thesis assesses what the requirements for the duty to mitigate loss should be in accordance with AKL section 8(5) based on the current legal situation. Because there is no case law on this in relation to the AKL, the assessment has been made with inspiration from other case law regarding the duty to mitigate loss.

The result of this thesis is that the requirements for the duty to mitigate loss depend on an overall assessment based on specific circumstances and considerations. The employee must be actively seeking employment to fulfil the duty to mitigate loss, unless the situation means that the duty to mitigate loss is automatically fulfilled. It is not possible to draw up an exhaustive list of cumulative positive duties that must be fulfilled in order to retain the right to compensation. Furthermore, it is uncertain whether and how the duty to mitigate loss can be specifically fulfilled if the employee engages in other activities than actively searching for a job.

Forord

Denne afhandling er i sin helhed udarbejdet i fællesskab af Laura Koll Espensen og Emma Hartmann Frøslev Christensen

Indholdsfortegnelse

1. Introduktion	1
<i>1.1 Indledning.....</i>	<i>1</i>
<i>1.2 Problemformulering</i>	<i>2</i>
2. Afgrænsning	3
3. Metodiske overvejelser og retskilder	5
<i>3.1 Retsdogmatisk metode</i>	<i>5</i>
<i>3.2 Kilder og kildesøgning.....</i>	<i>6</i>
3.2.1 Retskilder.....	6
3.2.2 Kildesøgning.....	7
3.2.3 Fremgangsmåde.....	9
4. Den retlige ramme	10
<i>4.1 Indledning.....</i>	<i>10</i>
<i>4.2 Regulering af ansættelsesklausuler</i>	<i>11</i>
4.2.1 Aftalelovens §§38 og 36	12
4.2.2 Funktionærlovens §18	13
4.2.3 Funktionærlovens §18a.....	14
4.2.4 Ansættelsesklausullovens §8	15
<i>4.3 Begrebsafklaring.....</i>	<i>18</i>
4.3.1 Konkurrenceklausul.....	18
4.3.2 Kundeklausul	19
4.3.3 Kompensation.....	19
4.3.4 Tabsbegrænsningspligt	20
<i>4.4 Bevisbyrde og dokumentationskrav</i>	<i>20</i>
5. Analyse af tabsbegrænsningspligten inden for ansættelsesretten	22
<i>5.1 Ansættelsesklausuler.....</i>	<i>22</i>
5.1.1 Retspraksis om tabsbegrænsningspligten	22

5.1.1.1 Etablering af selvstændig virksomhed.....	22
5.1.1.2 Deltidsbeskæftigelse	24
5.1.1.3 Jobsøgningsaktiviteter	26
5.1.1.4 Barselsorlov	28
5.1.2 Betragtninger	29
5.1.3 Delkonklusion.....	30
5.2 <i>FUL §3</i>	31
5.2.1 Introduktion	31
5.2.1.1 Stk. 1 – tabsafhængig minimalerstatning	32
5.2.1.2 Stk. 2 – tabsafhængig erstatning.....	33
5.2.2 Retspraksis vedrørende tabsbegrænsningspligten	33
5.2.2.1 Arbejde anvist af arbejdsgiver	33
5.2.2.2 Stillingens geografiske placering.....	35
5.2.2.3 Barselsorlov og arbejdsløshedsforsikringsloven	36
5.2.3 Betragtninger	38
5.2.4 Delkonklusion.....	40
5.3 <i>Uberettiget bortvisning</i>	40
5.3.1 Introduktion	41
5.3.2 Retspraksis om tabsbegrænsningspligten	42
5.3.2.1 Efterløn	42
5.3.2.2 Sygdom.....	42
5.3.2.3 Etablering af selvstændig virksomhed.....	44
5.3.2.4 Stillingens geografiske placering.....	45
5.3.3 Betragtninger	46
5.3.4 Delkonklusion.....	48
5.4 <i>Fritstilling på grund af opsigelse</i>	48
5.4.1 Introduktion	49
5.4.1.1 Definition af fritstilling.....	50
5.4.2 Retspraksis om tabsbegrænsningspligten	51
5.4.2.1 Jobsøgningsaktiviteter	51
5.4.3 Betragtninger	55

5.4.4 Delkonklusion.....	57
6. Analyse af tabsbegrænsningspligten inden for tilgrænsende retsområder	59
6.1 <i>Lønmodtagernes Garantifond</i>	59
6.1.1 Betragtninger	61
6.1.2 Delkonklusion.....	64
6.2 <i>Regler om rådighed</i>	64
6.2.1 Rådighedsbekendtgørelsen	64
6.2.2 Betragtninger	66
6.2.3 Delkonklusion.....	69
7. Opsummeringsskema	71
8. Vurdering af kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til AKL	75
8.1 <i>Stillingens faglige område og jobsøgningsaktiviteterne</i>	75
8.2 <i>Stillingens geografiske placering</i>	79
8.3 <i>En passende deltidsstilling</i>	80
8.4 <i>Afslag på passende arbejde</i>	82
8.5 <i>Selvstændig virksomhed</i>	83
8.6 <i>Uddannelse</i>	86
8.7 <i>Barselsorlov</i>	88
8.8 <i>Efterløn og pension</i>	90
8.9 <i>Sygdom</i>	91
9. Konklusion	95
10. Litteraturliste	97

1. Introduktion

1.1 Indledning

Arbejdsgiver kan have en interesse i at sikre, at lønmodtageren ikke efter fratræden udøver konkurrerende virksomhed eller har kontakt med kunder, som han/hun har været i forretningsmæssig forbindelse med inden for det seneste år inden fratræden. Grunden er, at lønmodtageren kan have adgang til vigtige informationer og viden, der kan skade arbejdsgivers konkurrenceevne og markedsposition, hvis andre får kendskab til disse.

I dansk ansættelsesret har arbejdsgiver i medfør af ansættelsesklausuloven¹ (herefter ”AKL”) ret til at benytte ansættelsesklausuler. Ved at gøre brug af ansættelsesklausuler kan arbejdsgiver beskytte sig imod, at lønmodtageren udnytter sin viden i en konkurrerende stilling.

Ansættelsesklausuler begrænser lønmodtageren i sin adgang til frit at få et nyt arbejde i ansættelsesklausulperioden, idet lønmodtageren ikke må tage ansættelse i konkurrerende stillinger, eller i stillinger hvor kontakt til bestemte forretningsforbindelser til den tidligere arbejdsgiver, er påkrævet.

Arbejdsgiver skal kompensere lønmodtageren for denne begrænsning i hele ansættelsesklausulperioden. Dermed er det ikke gratis for arbejdsgiver at forhindre lønmodtageren i frit at finde et nyt arbejde efter fratræden. Tværtimod er det økonomisk byrdefuldt, idet kompensationen både udgør en engangskompensation og derefter en løbende kompensation.

Fordi kompensationen udgør erstatning for lønmodtagerens begrænsning, gælder der en tabsbegrænsningspligt. Tabsbegrænsningspligten er relevant i forhold til den løbende kompensation, idet opfyldelse af tabsbegrænsningspligten er en forudsætning for, at lønmodtageren har ret til denne. I relation til AKL betyder det, at lønmodtageren aktivt skal søge at finde nyt passende arbejde. Hvad dette indebærer, er ikke defineret i loven.

¹ Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565

Tabsbegrænsningspligten har afgørende betydning for parternes retsstilling, hvorfor formålet med afhandlingen er at undersøge og klarlægge retstilstanden på området.

1.2 Problemformulering

Opgaven undersøger tabsbegrænsningspligten i forhold til konkurrence- og kundeklausuler (herefter ”ansættelsesklausuler”). Det undersøges særligt, hvad lønmodtageren skal gøre for at bibeholde retten til løbende kompensation. Formålet med afhandlingen er at bidrage til at give både arbejdsgiver og lønmodtageren en struktur for, hvordan tabsbegrænsningspligten opfyldes, samt hvilke krav der kan stilles til lønmodtagerens jobsøgningsaktiviteter i relation til AKL.

2. Afgrænsning

Fokus for afhandlingen er at fastslå kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til AKL. Det centrale for afhandlingen er derfor at undersøge omfanget og indholdet af tabsbegrænsningspligten i ansættelsesretten generelt, og at vurdere hvad der i konkrete situationer kan kræves af lønmodtageren for at opfylde tabsbegrænsningspligten efter AKL.

I relation hertil er det ikke relevant at gå i dybden med alle betingelserne for, at en ansættelsesklausul er gyldig, idet en forudsætning for at tabsbegrænsningspligten indtræffer, er, at gyldighedsbetingelserne er opfyldt. Betingelsen om at lønmodtageren har ret til compensation i ansættelsesklausulperioden er dog nødvendig at gennemgå, idet denne er afgørende for tabsbegrænsningspligten.

Der er mange emner, der kunne være interessante at tage op, men ikke alle emner berøres, idet fokus i afhandlingen er at skrive snævert og dybt om tabsbegrænsningspligten efter ansættelsesforholdets ophør i relation til AKL. I den forbindelse tages der udgangspunkt i, hvad der gælder for tabsbegrænsningspligten i en række ophørssituationer (bortvisning, fritstilling, ansættelsesklausuler). I disse situationer fokuseres der nemlig på den rene tabsbegrænsningspligt, der er kendt som et almindeligt erstatningsretligt princip.

Der er flere situationer, hvor lønmodtageren i ansættelsesforholdet er forpligtet til at begrænse arbejdsgivers tab. Fokus i nærværende afhandling er at skrive om tabsbegrænsningspligten efter ansættelsesforholdets ophør, hvorfor vi ikke inddrager situationer, der vedrører tabsbegrænsningspligten i ansættelsesforholdet. Det kunne være interessant at inddrage, hvad lønmodtageren eksempelvis skal gøre for at bibeholde retten til sygedagpenge og barseldagpenge, så arbejdsgiver ikke mister retten til refusion, idet arbejdsgivers ret er afledt af lønmodtagerens ret. Det gør vi ikke.

Af hensyn til fokus i afhandlingen, har vi tillige fravalgt at gå ind i, hvad der gælder, når en part retsstridigt tilsidesætter en forpligtelse i henhold til ansættelseskontraktens tidsvilkår, selvom den krænkede part kan forlange erstatning for misligholdelsen, forudsat at redresseringsretten og reklamationsretten er iagttaget.

Det kunne ligeledes være interessant at inddrage de regler, der handler om modregning i ansættelsesforholdet, eksempelvis på grund af sygedagpenge og barseldagpenge, men det gør vi ikke, fordi området for lovligt fravær er relativt velreguleret, og fordi fokus er

på, hvad der sker efter ansættelsesforholdets ophør. Vi tager os heller ikke af det der sker i forhold til modregning efter at lønmodtageren er blevet opsagt og frem til fratrædelsestidspunktet. Dette er tilfældet, når lønmodtageren i eksempelvis en suspensionsperiode får nyt arbejde, og arbejdsgiver dermed har ret til at modregne lønmodtagerens nye indtægt i lønudbetalingen. Reglerne der regulerer ansættelsesklausuler indgået før 1. januar 2016, giver tillige arbejdsgiver ret til at modregne indtægt fra andet passende arbejde i compensationen. Vi har valgt generelt ikke at forholde os til, hvilke typer af indtægter (fx barselsdagpenge og sygedagpenge) der kan modregnes i, og hvilke løndelev der indgår i beregningen af den indtægt, der kan modregnes. I stedet tager vi alene udgangspunkt i, hvad lønmodtageren skal gøre for at opfylde tabsbegrænsningspligten.

Gennemgangen af de inddragne sager i analysen udgør ikke en fuldstændig gennemgang af samtlige sager af relevans for området. Desuden vil sagerne ikke i alle tilfælde blive behandlet udtømmende, men derimod kun i forhold til de omstændigheder, der er relevante for afhandlingen. Sagerne er behandlet med afsæt i problemstillingen og fokus er derfor på, hvordan tabsbegrænsningspligten opfyldes. Sagerne er udvalgt med henblik på at kunne besvare problemformuleringen.

3. Metodiske overvejelser og retskilder

3.1 Retsdogmatisk metode

Afhandlingen udarbejdes med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode. Formålet med retsdogmatikken er at fastlægge gældende ret, *de lege lata*, ved at analysere og fortolke retten ud fra relevante retskilder. Ved anvendelse af den retsdogmatiske metode er formålet med afhandlingen at søge at klarlægge gældende ret inden for det ansættelsesretlige område vedrørende lønmodtagerens pligt til at begrænse arbejdsgivers tab i situationer, hvor lønmodtageren er omfattet af en ansættelsesklausul efter AKL. Den retsdogmatiske metode anvendes også til at løse konkrete retstvister. Den retsdogmatiske metode er således overvejende en sprogligt funderet, analyserende metode, der fortolker og systematiserer de retskilder, der er relevante.² Intentionen hermed er at beskrive retstilstanden, som den er.³

Konkret anvendes metoden til at analysere bestemmelser i hhv. aftaleloven (herefter "AFTL"), funktionærloven (herefter "FUL") og AKL og andre ansættelsesretlige samt obligationsretlige retskilder, der er af relevans for nærværende afhandling. Formålet hermed er at undersøge afhandlingens problemstilling og fastlægge gældende ret, hvad angår lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt i relation til AKL. Dette gøres ved at analysere og fortolke relevant lovgivning og retspraksis. Endeligt anvendes metoden til at sammenholde analyseresultatet af hhv. lovgivningen og dommene med henblik på at fastlægge retstilstanden.

I mangel af lovgivning og retspraksis på ansættelsesklausulområdet, der siger noget om kravene til tabsbegrænsningspligten, er det nødvendigt at undersøge om der inden for andre ansættelsesretlige retsområder (*fritstilling* og *bortvisning*) findes krav, man kan trække inspiration fra, til vurderingen af om lønmodtageren har gjort tilstrækkeligt for at opfylde tabsbegrænsningspligten efter AKL. Derudover er det interessant at undersøge, om det er muligt at lade sig inspirere af andre tilgrænsende retsområder. Lønmodtagernes Garantifond og Arbejdsløshedsforsikringsreglerne er tilgrænsende retsområder, der stiller eksplicitte krav til tabsbegrænsningspligten, hvorfor der tages udgangspunkt heri. På

² Tvarnø og Nielsen: *Retskilder og retsteorier* s. 34

³ Blume: *Retssystemet og juridisk metode* s. 40

baggrund af analyseresultaterne forsøger vi at vurdere ud fra retsstillingen nu, hvordan udfaldet bør være i det tilfælde, at der skal tages stilling i en sag om tabsbegrænsningspligten efter AKL.

3.2 Kilder og kildesøgning

3.2.1 Retskilder

I afhandlingen inddrages der flere forskellige retskilder, for på bedste vis at fastlægge, hvad gældende ret er.

Love og forarbejder

I det danske retssystem betragtes nogle retsforskrifter – primært loven – som den vigtigste retskilde til at fastlægge gældende ret.⁴ I afhandlingen tages der udgangspunkt i reglerne i AFTL, FUL og AKL. Foruden disse love inddrages lovforslag, forarbejder og betænkninger, der er gode værktøjer til at få en forståelse for baggrunden af de konkrete bestemmelser, samt hensigten med loven.

Retspraksis

I afhandlingen inddrages domme fra Sø- og Handelsretten, Byretten, Landsretten og Højesteret. Dommene anvendes til at belyse, hvordan lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt udmønter sig i retspraksis, samt kravene til lønmodtagerens jobsøgningsaktiviteter. Herved fastlægges gældende ret. Afgørelserne skal tillige bidrage til, at retsstillingen gøres mere tydelig, og til at skabe en struktur for, hvordan tabsbegrænsningspligten opfyldes.

Juridisk litteratur

Et redskab til at forstå og fortolke gældende ret er juridisk faglitteratur, der derfor inddrages i afhandlingen. Inddragelse af juridisk litteratur er relevant i forhold til at kunne bidrage til den juridiske argumentation, især i relation til, at juraen herved systematiseres og analyseres. Ved at inddrage alsidig litteratur kan regler, domme og deres indbyrdes

⁴ Blume: *Retssystemet og juridisk metode* s. 189 ff.

sammenhænge belyses og forstås.⁵ Eftersom juridisk litteratur kun er et hjælperedskab til at udfolde og beskrive juraen i detaljer, kan denne ikke betragtes som en retskilde i sig selv. Juridisk litteratur har derved ingen retskildemæssig værdi som sådan.⁶

Artikler

Der vil blive inddraget artikler fra både HR-jura Magasinet og Juristen. Artiklerne benyttes til at redegøre for indholdet af tabsbegrænsningspligten, ligesom de har bidraget med relevant retspraksis. Artikler har ikke nogen retskildemæssig værdi, idet artikler blot udgør et nyhedsmedie, men de kan anvendes til at forstå og tolke gældende ret.⁷

3.2.2 Kildesøgning

Den juridiske informationssøgning har gennem flere års digitalisering, gennemgået en afgørende ændring og de fleste – særligt arbejdsretlige kilder – findes nu i udbredt grad på online informationstjenester.⁸

I processen med at søge relevant information er der bl.a. gjort brug af ekstern vejledning via SDU-biblioteket i Esbjerg og Odense, for at udvide søgningen til andre relevante informationstjenester, end de i forvejen kendte. Vi blev oplyst om Det Kongelige Bibliotek, Bibliotekets egen hjemmeside samt kb.dk. Vejledningen gav også indblik i, hvordan der søges under samlingen ”Statslige Digitale Publikationer”. SDU bibliotekets hjemmeside er blevet anvendt, hvor Jura er for sig selv. Søgningerne bidrog ikke som forventet til ældre litteratur af relevans for afhandlingen.

Love og forarbejder

Til at fremsøge ældre og historiske udgaver af AFTL og FUL er Karnov blevet anvendt, hvor funktionen ”Time Travel TM” har været et godt redskab. Forarbejder til FUL og AFTL er fundet via Karnov, og lovforslagene hertil er fundet via fodnoter i bogen ”Ansættelsesklausulloven: Konkurrenseklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler,

⁵ Ibid s. 192

⁶ Olsen: *Lærebog i juridisk metode* s. 78

⁷ HR JURA Ansættelses-og arbejdsret, *Om os; Formål og vision*

⁸ Tvarnø og Nielsen: *Dansk Arbejdsret* s. 29

1. udgave af Finn Schwarz m.fl." Forarbejder og betænkning til AKL er fremsøgt via Karnov.

Retspraksis

Relevante domme er fremsøgt via Karnov under UFR, Schultz Legal Arbejdsretportal, samt gennem henvisninger fra relevant litteratur. Via Karnov er det relevante retspraksis fundet ved søgeord som eksempelvis: "tabsbegrænsningspligt", "kompensation", "konventionalbod", "erstatning", "tabsuafhængig", "fritstilling", "opsigelse", "bortvisning" og "ansættelsesklausul". Ved søgning på Schultz Legal Arbejdsretportal blev lignende søgeord anvendt.

Dommene er tillige fundet ved gennemgang af den juridiske litteratur, hvorefter dommene er fremsøgt via enten Karnov eller Schultz Legal Arbejdsretportal for at finde frem til alle præmisserne i dommene.

Juridisk litteratur

Den juridiske litteratur er fundet ved både at anvende SDU-bibliotekets onlinedatabase og ved at gennemgå litteratur fysisk på SDU-biblioteket i Esbjerg og Odense. De fysiske bøger fra Odense er fundet på bogreolerne "Arbejdsmarkedsret" og "Semesterhylden" og i Esbjerg på bogreolerne "Jura" og "Semesterlånshylden". For at udvælge den mest relevante litteratur er stikordsregistre i bøgerne gennemgået ud fra de ord, der ellers er anvendt under processen med informationssøgningen.

Desuden er relevant juridisk litteratur fundet via Karnov, hvor flere af bøgerne findes online. Følgende søgeord er anvendt: "ansættelsesklausuler", "tabsbegrænsningspligt", "arbejdsret", "funktionærret" og "tabsuafhængig".

Schultz Legal Arbejdsretsportalen har også bidraget til fremsøgning af litteraturen. Følgende søgeord blev anvendt: "funktionærret", "ansættelsesklausul", "grundlæggende arbejdsret" og "ansættelsesret".

Endeligt har fodnoterne i de forskellige bøger bidraget til at finde andet relevant juridisk litteratur.

Artikler

De inddragne artikler er fundet ved at gennemgå magasinerne på HR-jura Magasinet, hvor der er søgt efter ord som: "tabsbegrænsningspligt", "ansættelsesklausuler", "erstatning" "konkurrenceklausuler", "klausuler". Juristen er fundet på Jura-biblioteket med adgang via en SDU-konto.

3.2.3 Fremgangsmåde

I det indledende arbejde med afhandlingen var første skridt at finde frem til og afgrænse emnet, vi ville skrive om. Problemstillingen, der søges belyst i afhandlingen, har vi begge berørt i vores stud.jur. stillinger. Hvad der konkret kan stilles af krav til lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt, findes der umiddelbart ikke svar på, og derfor var det forholdsvis ligetil at få afgrænset emnet til netop at omhandle dette. Derefter udarbejdede vi problemformuleringen som anført i afhandlingen, dog således at denne løbende er blevet justeret i takt med, at arbejdet skred frem og vejledningerne blev afholdt.

Vi lånte adskillelige bøger på SDU biblioteket for at finde relevant litteratur. Desuden fik vi anbefalet nogle af vores vejleder. Den i afhandlingen anvendte litteratur beskriver centrale og brugbare domme om tabsbegrænsningspligten.

Vi undersøgte tillige, hvilke domme der kunne være relevante for problemstillingen. Grundet sparsom retspraksis på området for ansættelsesklausuler, har vi også anvendt retspraksis i relation til andre ophørssituationer inden for ansættelsesretten. Vi noterede løbende pointer fra de forskellige domme, og gik derefter i gang med selve skriveprocessen.

Undervejs blev emnet for afhandlingen udvidet. I de indledende overvejelser var ideen med specialet at tage udgangspunkt i retspraksis om ansættelsesklausuler. Vi kom dog frem til, at afgrænsningen var for snæver i forhold til omfanget af retspraksis. I stedet besluttede vi, at det centrale i afhandlingen skulle være at belyse kravene til tabsbegrænsningspligten generelt inden for ansættelsesretten.

4. Den retlige ramme

4.1 Indledning

I afhandlingen tages der udgangspunkt i en situation, hvor der opstår en tabsbegrænsningspligt efter ansættelsesforholdets ophør. Hvad der skal ske i tiden herefter i relation til tabsbegrænsningspligten, bliver enten grebet af specifik lovhjemmel eller af de almindelige erstatningsretlige regler, idet pligten foregår uden for kontrakt. Der er lovgivning, der giver parterne mulighed for at aftale en ansættelsesklausul, der rækker længere ud og som gælder efter ansættelseskontraktens ophør. Lovgivningen tager sig derfor af det, der sker i forhold til tabsbegrænsningspligten, hvis en ansættelsesklausul er aftalt. Der er ikke meget der siger noget om, hvad tabsbegrænsningspligten indebærer, men kun at den eksisterer og fremgår af AKL §8, stk. 5. Bestemmelsen læner sig op ad de almindelige erstatningsretlige regler.

Efter de almindelige erstatningsretlige regler gælder der et grundprincip om, at den skadelidte skal stilles i økonomisk samme situation som inden skaden skete. For at den skadelidte stilles som om, at skaden ikke var sket, skal I) det fulde tab erstattes, II) der ikke opnås nogen berigelse, og III) tabet begrænses. Den skadelidte kan ikke kræve erstatning for den del af tabet, som den skadelidte burde have undgået ved at foretage rimelige foranstaltninger.⁹ Erstatningen udmåles ud fra det faktisk lidte økonomiske tab.

I relation til ansættelsesretten betyder det, at lønmodtageren som udgangspunkt vil have krav på at få erstattet en mistet lønindtægt efter et opsigelsesvarsel, så der sker udbetaling for den løn, der ville være udbetalt, hvis der var sket en normal opsigelse.¹⁰

Derudover er det et almindeligt erstatningsretligt princip, at nye lønindtægter som lønmodtageren får ved andet arbejde i erstatningsperioden, fradrages i erstatningen fra arbejdsgiver.¹¹ Der påhviler lønmodtageren en pligt til at gøre en rimelig indsats i at søge andet passende arbejde.¹² Der kan i medfør af særlig hjemmel være pligt til at yde

⁹ Eyben og Isager: *Lærebog i erstatningsret* s. 361

¹⁰ Hasselbalch og Munkholm: *Lærebog I - Ansættelsesret & Personalejura* s. 442

¹¹ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 684

¹² Hasselbalch og Munkholm: *Lærebog I - Ansættelsesret & Personalejura* s. 442

lønmodtageren en minimalerstatning, og i denne periode skal tabsbegrænsningspligten ikke iagttages.

Tabsbegrænsningspligten findes også i obligationsretten, der definerer den ved, at den, der er ansvarlig for misligholdelse af en kontraktlig eller anden formueretlig forpligtelse, er forpligtet til at erstatte kreditor det tab, der er lidt på grund af en misligholdelse. Kreditor har ret til at kræve at blive stillet økonomisk, som han/hun ville have været, hvis fordringen var opfyldt behørigt. Dog kan ethvert tab ikke kræves erstattet. Kreditor kan ikke kræve erstatning for tab, han/hun kunne have undgået ved at foretage rimelige og sædvanlige dispositioner.¹³ I relation til ansættelsesretten skal lønmodtageren, der har ret til lønerstatning derfor søge at begrænse arbejdsgivers løntab. Der kan ikke kræves erstatning for løn, der kunne have været afværget ved at få et andet passende arbejde. I medfør af AKL er der i den forbindelse ikke ret til kompensation for en ansættelsesklause, hvis ikke lønmodtageren søger nyt passende arbejde i ansættelsesklauseperioden.

I dansk ansættelsesret er det en fundamental og ufravigelig retsgrundsætning, at lønmodtageren der kræver erstatning, skal begrænse arbejdsgivers tab. Dette gælder i hvert fald, når der ikke er positiv hjemmel for en anden regel. Hvad der helt nøjagtigt skal til for at opfylde tabsbegrænsningspligten, er endnu uafklaret i lovgivningen.

4.2 Regulering af ansættelsesklauseler

Det er uklart, hvad tabsbegrænsningspligten indebærer i relation til AKL. For at fastlægge hvordan tabsbegrænsningspligten kan opfyldes, er det nødvendigt først at se på, hvordan tabsbegrænsningspligten er kommet til udtryk gennem tiden i lovgivningen, der regulerer ansættelsesklauseler. I afsnittet gennemgås derfor relevante bestemmelser fra AFTL, FUL og AKL, hvor fokus særligt er at beskrive udviklingen i kompensationsreglerne og lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt.

¹³ Iversen: *Obligationsret, 2. del* s. 80

4.2.1 Aftalelovens §§38 og 36

I 1917 blev aftalefriheden vedrørende konkurrenceklausuler begrænset ved, at §38 blev indført i AFTL.¹⁴ Bestemmelsen fastslår, at en konkurrenceklausul skal tage hensyn til dels arbejdsgivers behov for at værne mod konkurrence, og dels til lønmodtagerens muligheder for at opnå andet arbejde i fremtiden.¹⁵ Af ordlyden fremgår det, at en konkurrenceklausul ikke er bindende, hvis den går videre end nødvendigt for at beskytte arbejdsgiver imod konkurrence.¹⁶

Særligt for AFTL §38 er, at den regulerer gyldigheden af konkurrenceklausuler og fastsætter betingelser for, hvornår en konkurrenceklausul er gyldig. En konkurrenceklausul er kun bindende, hvis ikke den går videre end nødvendigt. Det betyder, at begrænsningen skal være rimelig i forhold til tid, sted og andre forhold som eksempelvis lønmodtagerens adgang til andet arbejde.¹⁷ Selve vurderingen foretages ud fra et rimelighedshensyn, der er reguleret i AFTL §36.¹⁸ Første led i bestemmelsen har følgende ordlyd:

*”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”.*¹⁹

I medfør af AFTL §38 er det således ikke et krav, at lønmodtageren kompenseres. Det har dog afgørende betydning for gyldighedsvurderingen efter AFTL §36, om lønmodtageren får kompensation i konkurrenceklausulens varighed.²⁰ Varigheden har betydning for hvor stor en kompensation, der bør gives for at den konkurrencebegrænsende forpligtelse ikke anses for at være urimelig. Selvom lønmodtageren modtager kompensation, vil en aftalt konkurrenceklausul i medfør af AFTL §38 dog kunne tilsidesættes, hvis den går videre end nødvendigt for at værne imod arbejdsgivers konkurrence.²¹ Omstændigheder der i det konkrete tilfælde vil gøre det enten lettere eller sværere for lønmodtageren at finde nyt arbejde, skal medgå i rimelighedsvurderingen. Det fremgår af betænkningerne til AFTL

¹⁴ Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade nr. 242

¹⁵ Svenning m.fl.: *Funktionærret* s. 560

¹⁶ Langer og Hesgaard: *Konkurrence og kundeklausuler* s. 222

¹⁷ *Ibid* s. 223

¹⁸ *Ibid* s. 216

¹⁹ Lovbekendtgørelse om Aftaleloven nr. 193, §36, stk. 1, 1. pkt.

²⁰ Langer og Hesgaard: *Konkurrence og kundeklausuler* s. 222

²¹ *Ibid* s. 223

§38, at der bør tages hensyn til lønmodtagerens alder, øvrige uddannelse, formueforhold og om denne har modtaget vederlag (kompensation), samt størrelsen af denne.²²

Bestemmelsen i AFTL §38 finder kun anvendelse på konkurrenceklausuler, der er reguleret efter reglerne om konkurrenceklausuler frem til den 1. januar 2016. I forbindelse med ikrafttrædelsen af AKL pr. 1. januar 2016 blev AFTL §38 ophævet. Ophævelsen af bestemmelsen har medført, at reglerne er videreført i AKL §11, dog med den ændring at AKL §11 indeholder en ret til minimumskompensation på 2 måneders løn. AKL §11 finder anvendelse for konkurrenceklausuler indgået fra og med den 1. januar 2016, mens AFTL §38 stadig gælder for konkurrenceklausuler, der er indgået forud herfor.²³

En kundeklausul aftalt før 15. juni 1999 reguleres alene af generalklausulen i AFTL §36.²⁴

4.2.2 Funktionærlovens §18

FUL §18 omfatter kun funktionærer, hvorfor ikke-funktionærer og direktører ikke er omfattet af bestemmelsen, men derimod af AFTL §38.²⁵

Konkurrenceklausuler aftalt før 15. juni 1999 reguleres af den tidligere bestemmelse efter ordlyden som den var inden lovændringen i 1999. For aftaler indgået inden 1999 forholdt det sig sådan, at alene funktionærer omfattet af en konkurrenceklausul med en varighed på mere end 1 år, er berettiget til at modtage et rimeligt fastsat vederlag. Hvad der anses som et rimeligt fastsat vederlag vurderes efter AFTL §36. Der er ikke efter bestemmelsen ordlyd modregningsadgang i det eventuelle rimelige vederlag.²⁶

Ordlyden er ændret ved 1999-lovændringen. Den nye §18 finder kun anvendelse på konkurrenceklausuler, der er aftalt den 15. juni 1999 eller senere.²⁷ I forbindelse med ændringen af FUL §18 er der sket en detaljeret regulering af gyldighedsbetingelserne for

²² Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, 1914 s. 87-89

²³ Langer og Hesgaard: *Konkurrence og kundeklausuler* s. 214-215

²⁴ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 367

²⁵ Ibid s. 371

²⁶ Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer nr. 261, §18

²⁷ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 355

konkurrenceklausuler.²⁸ 1999-lovændringen har bl.a. medført, at funktionæren i henhold til §18 har ret til minimum 50% kompensation af lønnen på fratrædelsestidspunktet i hele konkurrenceklausulens varighed. De første 3 måneder udgør en engangskompensation, mens kompensationen for den resterende periode udbetales som en løbende kompensation fra den 4. måned. I den løbende udbetaling kan der modregnes i den løn, som funktionæren får ved andet passende arbejde. Som en væsentlig ændring i relation hertil, har funktionæren pligt til ud fra almindelige tabsbegrænsningsprincipper at søge andet passende arbejde, og derved begrænse arbejdsgivers tab.²⁹³⁰

Ifølge lovbemærkningerne var formålet med ændringerne at kompensere funktionæren for at være begrænset i adgangen til at finde nyt passende arbejde på grund af konkurrenceklausulen.³¹

Konkurrenceklausuler omfattet af FUL §18 gælder stadig, selvom AKL er trådt i kraft den 1. januar 2016.³²

4.2.3 Funktionærlovens §18a

Ved ændringen af FUL §18 blev også §18a tilføjet i loven pr. 15. juni 1999.³³ FUL §18a har virkning for kundeklausuler, der er indgået den 15. juni 1999 eller efter denne dato.³⁴

FUL §18a omhandler situationer, hvor funktionæren har påtaget sig en kundeklausul, der indebærer en forpligtelse til efter fratræden ikke at tage ansættelse hos eller direkte/indirekte at have erhvervsmæssig kontakt med den tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsmæssige forbindelser. Med andre ord forpligtes funktionæren til at afstå fra at have forretningsmæssig kontakt med bestemte kunder og andre forretningsmæssige forbindelser i en nærmere bestemt periode.³⁵

²⁸ Ibid s. 273

²⁹ Ibid s. 276, 318

³⁰ Lovforslag nr. 172 af 3. februar 1999 om ændring af lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer, FT 1998/99, tillæg A s. 3957

³¹ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 306

³² Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §12, stk. 5.

³³ Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer nr. 340

³⁴ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 350

³⁵ Ibid s. 333

Kunder og andre forretningsmæssige forbindelser er bredt formuleret og omfatter efter den juridiske litteratur enhver erhvervsmæssig samarbejdspartner, der har økonomisk betydning for en virksomhed.³⁶ Det er typisk kunder, klienter, agenturhavere og leverandører til arbejdsgiver. Virksomhedens ansatte er ikke omfattet af bestemmelsens ordlyd.³⁷

FUL §18a indeholder ligesom FUL §18 kumulative gyldighedsbetingelser, der skal være opfyldt for, at en kundeklausul er gyldig.³⁸ En særlig relevant gyldighedsbetingelse er, at der i medfør af FUL §18a, stk. 2 er krav om, at der udbetales kompensation til funktionæren på mindst 50% af lønnen på fratrædelsestidspunktet i hele kundeklausulens varighed.³⁹ Det bemærkes, at der ikke ved kundeklausuler, skal betales et engangsbeløb på 3 måneders kompensation på fratrædelsestidspunktet. Kompensationen der udbetales for en kundeklausul, udgør derfor blot en løbende kompensation. Denne udbetales fra første måned efter fratrædelsestidspunktet.

Der gælder efter FUL §18a, stk. 3 den samme tabsbegrænsningspligt som efter FUL §18.⁴⁰

Kundeklausuler der er aftalt før den 15. juni 1999, er alene reguleret af AFTL §36. Konsekvensen herved er, at lønmodtageren kan være forpligtet af en kundeklausul i en længere periode efter fratrædelsestidspunktet uden at have krav på kompensation. Kravet om kompensation blev nemlig først indført med FUL §18a den 15. juni 1999.⁴¹

4.2.4 Ansættelsesklausullovens §8

Konkurrenceklausuler

Fra den 1. januar 2016 er konkurrenceklausuler reguleret i AKL. Loven finder anvendelse på aftaler, der er indgået den 1. januar 2016 eller senere.⁴² Desuden viderefører AKL de

³⁶ Ibid s. 334

³⁷ Langer og Hesgaard: *Konkurrence og kundeklausuler* s. 196-197

³⁸ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausullov: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 333

³⁹ Ibid s. 334

⁴⁰ Se afsnit 4.3

⁴¹ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausullov: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 351

⁴² Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §12, stk. 1 og 2.

hidtil gældende regler om konkurrenceklausuler, der er indgået før den 1. januar 2016.⁴³ Reguleringen af ansættelsesklausuler er dermed blevet samlet i én lov, og gælder modsat FUL for alle lønmodtagere.

Der er med AKL blevet indført en række nye væsentlige regler.⁴⁴ AKL opstiller seks kumulative betingelser, der skal være opfyldt for at en konkurrenceklausul er gyldig. En af de væsentligste nye regler er, at kompensationen fastsættes efter, hvor belastende konkurrenceklausulen er for lønmodtageren. Den løbende kompensation varierer derfor efter om varigheden af konkurrenceklausulen er op til 6 eller 12 måneder. Ved en varighed på op til 6 måneder udgør kompensationen mindst 40% af lønnen pr. måned på fratrædelsestidspunktet, mens den ved en varighed på op til 12 måneder udgør mindst 60%.⁴⁵ Som en ændring har lønmodtageren efter AKL ikke ret til engangskompensation for de første 3 måneder efter fratrædelsestidspunktet, men i stedet kun for de første 2 måneder. Derudover er arbejdsgivers modregningsadgang i lønmodtagerens indtægt fra andet passende arbejde, blevet erstattet med en fast reduceret procentsats.⁴⁶ Hvis lønmodtageren får andet passende arbejde fra den 3. måned, når han/hun er omfattet af en konkurrenceklausul med op til 6 måneders varighed, reduceres den løbende kompensation til mindst 16%. Er varigheden derimod op til 12 måneder, kan den løbende kompensation reduceres til mindst 24%.⁴⁷ Formålet hermed er at begrænse arbejdsgivers brug af ansættelsesklausuler, idet disse kan være med til at sænke mobiliteten på arbejdsmarkedet. Ved at skærpe lovgivningen er arbejdsgivers mulighed for at benytte ansættelsesklausuler blevet begrænset, og der er en formodning om, at reglerne i øvrigt vil motivere arbejdsgiver til at vælge kortvarige ansættelsesklausuler.⁴⁸

⁴³ Svenning m.fl.: *Funktionærret* s. 10

⁴⁴ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 97-98

⁴⁵ Ibid s. 73-74

⁴⁶ Ibid s. 72

⁴⁷ Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §8, stk. 1 og 2.

⁴⁸ Produktivitetskommissionen, Analyserapport 2: *konkurrence, internationalisering og regulering* s. 54

Udover at der er sket en væsentlig ændring i kompensationsreglerne, er tabsbegrænsningspligten også blevet eksplicit fastslået i lovgivningen. Ordlyden af AKL §8, stk. 5 er:

”Lønmodtagerens ret til compensation efter stk. 1 og 2 bortfalder, såfremt lønmodtageren ikke aktivt søger at finde andet passende arbejde og ikke opfylder sin tabsbegrænsningspligt. Tabsbegrænsningspligten omfatter ikke engangsbeløbet efter stk. 3.”⁴⁹

Lønmodtageren skal efter bestemmelsens ordlyd således aktivt søge at finde andet passende arbejde, så arbejdsgivers tab kan begrænses. Hvis lønmodtageren ikke gør tilstrækkelige bestræbelser på at finde et nyt passende arbejde, kan arbejdsgiver tilbageholde udbetalingen af compensationen, og lønmodtagerens ret hertil bortfalder. Kan lønmodtageren trods tilstrækkelige bestræbelser ikke finde andet passende arbejde, eller kan lønmodtageren kun finde et andet rimeligt arbejde⁵⁰ – der er alt arbejde som lønmodtageren kan varetage – skal arbejdsgiver udbetale den fulde compensation, forudsat at lønmodtageren fortsat aktivt og beviseligt søger passende arbejde ved siden af. Grunden til dette er, at der er en formodning om, at ansættelsesklausulen i tilfælde heraf har været for begrænsende for lønmodtageren i forhold til at finde andet arbejde. Dette er arbejdsgivers risiko. Finder lønmodtageren andet passende arbejde reduceres compensationen, idet ansættelsesklausulen da anses for at have været mindre byrdefuld for lønmodtageren.⁵¹ AKL §8, stk. 5 indeholder ikke nogen nærmere beskrivelse af, hvad tabsbegrænsningspligten indebærer.⁵²

Kundeklausuler

Inden ændringen af FUL i 1999 var kundeklausuler ureguleret, bortset fra at der var adgang til at regulere eller helt tilsidesætte kundeklausuler efter AFTL §36. Ved 1999-lovændringen blev §18a tilføjet i FUL, indeholdende nogle af de samme regler, som i FUL §18. Da AKL trådte i kraft den 1. januar 2016 blev disse regler endnu mere ensartede, og reglerne for kundeklausuler læner sig meget op ad dem, der gælder for konkurrenceklausuler.⁵³

⁴⁹ Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §8, stk. 5

⁵⁰ Bekendtgørelse om rådighed nr. 1590, §8, stk. 2

⁵¹ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 130

⁵² Lovforslag 2015-10-07 nr. 25 Ansættelsesklausuler

⁵³ Schwartz m. fl.: *Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler* s. 207

AKL anfører fem kumulative betingelser, der skal være opfyldt, for at en aftale om en kundeklausul er gyldig.⁵⁴ Det er særligt betingelsen om kompensation, der er interessant for afhandlingen. I AKL er der nemlig sket en kompensationsmæssig ligestilling mellem kunde- og konkurrenceklausuler, hvilket har medført, at kompensationen udbetales ens i de to situationer. I konsekvens heraf er der efter AKL også ret til engangskompensation for de første 2 måneder efter fratrædelsestidspunktet, når lønmodtageren er omfattet af en kundeklausul.⁵⁵ Det bemærkes, at tabsbegrænsningspligten er den samme som ved konkurrenceklausuler.

4.3 Begrebsafklaring

4.3.1 Konkurrenceklausul

Det er i AKL §1, stk. 2, nr. 5 defineret, at en konkurrenceklausul er en aftale mellem en lønmodtager og dennes arbejdsgiver om, at lønmodtageren af konkurrencehensyn ikke efter fratræden må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art, og heller ikke tage ansættelse i en sådan.⁵⁶ En konkurrenceklausul hviler på en aftale indgået mellem de to parter, hvilket betyder, at hvis lønmodtageren ikke har påtaget sig en konkurrenceklausul, er han/hun berettiget til straks efter fratræden at påbegynde konkurrerende virksomhed.⁵⁷

For at en konkurrenceklausul er gyldig, og tabsbegrænsningspligten indtræffer, er der en række betingelser der skal være opfyldt. Betingelserne er, at lønmodtageren I) indtager en særlig betroet stilling eller aftale om arbejdsgivers udnyttelsesret om en gjort opfindelse af lønmodtageren, II) oplyses skriftligt om de forhold, der gør klausulen påkrævet, III) har været ansat hos arbejdsgiver uafbrudt i mindst 6 måneder, IV) får kompensation i hele perioden, V) ikke forpligtes heraf i mere end 12 måneder fra tidspunktet for fratræden, og endeligt VI) skriftligt får udleveret disse oplysninger.⁵⁸

⁵⁴ Ibid s. 209

⁵⁵ Ibid s. 215

⁵⁶ Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §1, stk. 2, nr. 5

⁵⁷ Svenning m.fl., *Funktionærret*, s. 559

⁵⁸ Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §5

4.3.2 Kundeklausul

Det er i AKL §1, stk. 2, nr. 6 defineret, at en kundeklausul er en aftale mellem en lønmodtager og dennes arbejdsgiver om, at lønmodtageren efter fratræden ikke må tage ansættelse hos eller direkte eller indirekte have erhvervsmæssig kontakt med sin tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsmæssige forbindelser.⁵⁹ En kundeklausul hviler på en aftale indgået mellem de to parter, hvilket betyder, at hvis lønmodtageren ikke er underlagt en kundeklausul, er han/hun berettiget til straks efter fratræden at tage ansættelse hos og/eller direkte eller indirekte at have erhvervsmæssig kontakt med den tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsmæssige forbindelser.

For at en kundeklausul er gyldig, og tabsbegrænsningspligten indtræffer, er der en række betingelser der skal være opfyldt. Betingelserne er, at I) aftalen angår kunder, som lønmodtageren har været i forretningsmæssig forbindelse med inden for de seneste 12 måneder før opsigelses- eller afskedigelsestidspunktet, II) lønmodtageren har været i et ansættelsesforhold hos arbejdsgiver i en uafbrudt periode på mindst 6 måneder, III) lønmodtageren får kompensation efter §8 for den periode, hvor kundeklausulen gælder, IV) lønmodtageren forpligtes ikke af kundeklausulen i mere end 12 måneder fra fratrædelsestidspunktet, og endeligt, V) lønmodtageren får skriftligt udleveret disse oplysninger⁶⁰

4.3.3 Kompensation

Som ovenfor nævnt er det en gyldighedsbetingelse, at arbejdsgiver yder kompensation til lønmodtageren i perioden, hvor ansættelsesklausulen er gældende. Arbejdsgiver er forpligtet til at yde kompensation i medfør af AKL §8. Størrelsen af kompensationen afhænger af ansættelsesklausulens varighed, og af om lønmodtageren får andet passende arbejde i perioden. I medfør af AKL §8, stk. 5 reduceres den løbende kompensationen, hvis lønmodtageren får andet passende arbejde. Derimod sker der ikke nedsættelse i den engangskompensation efter stk. 3, som lønmodtageren får udbetalt på fratrædelsestidspunktet, idet denne kompensation kan anses som en tabsafhængig erstatning.

⁵⁹ Ibid, §1, stk. 2, nr. 6

⁶⁰ Ibid, §6

Engangskompensationen er i AKL §8, stk. 3 defineret som den kompensation, der udbetales for de første 2 måneder efter fratrædelsestidspunktet, uafhængig af om lønmodtageren får andet passende arbejde.

Den *løbende kompensation* er det beløb, der udbetales til lønmodtageren fra den 3. måned og frem til og med den sidste måned af ansættelsesklausulens varighed. Størrelsen på kompensationen afhænger af, om lønmodtageren får andet passende arbejde.⁶¹

4.3.4 Tabsbegrænsningspligt

AKL §8, stk. 5 nævner som ovenfor anført eksplicit, at lønmodtageren mister retten til den løbende kompensation, hvis ikke tabsbegrænsningspligten opfyldes. Tabsbegrænsningspligten kan i medfør af bestemmelsens ordlyd opfyldes, hvis lønmodtageren aktivt søger at finde et andet passende arbejde i ansættelsesklausulperioden.⁶²

Hvad der nærmere skal forstås ved, at lønmodtageren *aktivt* skal søge, er ikke defineret i bestemmelsen, og svaret må derfor findes i retspraksis.

4.4 Bevisbyrde og dokumentationskrav

Det er lønmodtageren der har bevisbyrden for, at tabsbegrænsningspligten er opfyldt. Bevisbyrden og dokumentationskravet er således mekanismen allerede, når der rejses en sag. Når arbejdsgiver og lønmodtageren har indgået en aftale om en ansættelsesklausul, vil arbejdsgiver altid kunne indlede en sag med påstand om, at lønmodtageren ikke har dokumenteret opfyldelsen af tabsbegrænsningspligten. Ved uklarhed bærer lønmodtageren nemlig risikoen herfor, og uklarheden falder til lønmodtagerens ulempe. Det almindelige udgangspunkt i dansk ret og dansk ansættelsesret om, at der gælder en ligefrem bevisbyrde – hvor den, der fremsætter en påstand, skal dokumentere, at denne er sand – fraviges således.⁶³ Dette er anført af flere forfattere i den juridiske litteratur. Lønmodtageren er dermed forpligtet til at sandsynliggøre, at der er søgt et passende antal stillinger. Viser det sig under en sag, at lønmodtageren ikke har søgt nogle stillinger eller kun har søgt et

⁶¹ Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §8

⁶² Ibid, §8, stk. 5

⁶³ Danmarks Nationalleksikon, Bevisbyrde

begrænset antal stillinger, bærer lønmodtageren risikoen herfor, og dermed også berettigelsen af de(n) manglende eller begrænsede jobsøgningsaktivitet(er).⁶⁴

I henhold til retspraksis vil skriftlig dokumentation i form af *henvendelser*, *opkaldshistorikker* og *afslag* være tilstrækkelig dokumentation.⁶⁵ Domstolene stiller dog generelt forholdsvis lempelige krav til dokumentationen, og lønmodtagerens egen forklaring tillægges i høj grad vægt, forudsat at lønmodtageren troværdigt kan redegøre for sine jobsøgningsaktiviteter.

⁶⁴ Lauritzen og Kehler: *Tabsbegrænsningspligt i ansættelsesforhold*, Juristen nr. 1 s. 21

⁶⁵ U.2005.3471S

5. Analyse af tabsbegrænsningspligten inden for ansættelsesretten

I denne del af afhandlingen analyseres relevant retspraksis vedrørende tabsbegrænsningspligten inden for ansættelsesretten. I den forbindelse inddrages der retspraksis om ansættelsesklausuler, fritstilling, uberettiget bortvisning, samt andre ophørssituationer i relation til FUL §3. Herved er det muligt at komme kravene til tabsbegrænsningspligten nærmere. Hvert afsnit indeholder vores betragtninger til om analyseresultaterne kan anvendes i relation til vurderingen af tabsbegrænsningspligten efter AKL. Ydermere indeholder denne del af afhandlingen, under hvert afsnit, delkonklusioner der opsummerer de krav fra retspraksis, der kan trækkes inspiration fra.

5.1 Ansættelsesklausuler

5.1.1 Retspraksis om tabsbegrænsningspligten

5.1.1.1 Etablering af selvstændig virksomhed

U.2004.1715Ø

Sagen vedrører en ejendomsmægler (herefter "F"), der var omfattet af en konkurrenceklausul efter FUL §18. Efter fratræden etablerede F selvstændig ejendomsmæglervirksomhed i et område, hvor han ikke var helt ukendt. Spørgsmålet var om F derved havde opfyldt tabsbegrænsningspligten.

Indtægterne i virksomheden var jævnt fordelt over halvåret, men resultatopgørelsen viste et underskud på -45.000 kr. Inden etableringen søgte F arbejde som ejendomsmægler. F ønskede ikke at være filialchef igen, og det var kun muligt at få arbejde i et område, hvor han var ukendt, hvilket betød, at han ikke kunne tilføre en ny arbejdsgiver nogen kundekreds. F fik derfor ikke et passende arbejde.

F mente ikke, at han havde vejet på arbejdsgivers bekostning ved at etablere selvstændig virksomhed. Derimod havde han bestræbt sig på at erhverve en indtægt. Derudover mente F, at det måtte tillægges vægt, at et særkende for ejendomsmæglerbranchen

er de mange selvstændige, og at det var svært at få et arbejde uden lokalkendskab eller mulighed for at tilføre arbejdsgiver en kundekreds.

Arbejdsgiver bestred, at F havde opfyldt tabsbegrænsningspligten med begrundelsen;

”Det er et velkendt fænomen, at en nyetableret selvstændig må forvente underskud i den første tid. Der er i den juridiske litteratur en bred tilslutning til det synspunkt, at en tidligere funktionær ikke kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at påbegynde selvstændig virksomhed, navnlig henset til den skævhed, der typisk er mellem indtægter og udgifter i etableringsfasen.”⁶⁶

Østre Landsret fastslog, at tabsbegrænsningspligten ikke var opfyldt. Østre Landsret lagde vægt på, at tabsbegrænsningspligten i FUL §18, stk. 3 skal ses i lyset af og i overensstemmelse med, hvad der gælder i relation til FUL §3.⁶⁷ Retspraksis vedrørende FUL §3 har statueret, at lønmodtageren afskærer sig fra at opfylde tabsbegrænsningspligten ved at etablere selvstændig virksomhed. Dette gælder også for FUL §18, stk. 3.

Af dommen udledes der et udgangspunkt om, at tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes ved at etablere selvstændig virksomhed. At F forinden etableringen undersøgte jobmulighederne, var uden betydning. Udgangspunktet kan ikke fraviges, selvom lønmodtageren gør bestræbelser på at få en indtægt. Dette er begrundet i hensynet til, at der ofte er en skævhed mellem udgifter og indtægter i etableringsfasen.

U.2013.2107H

Spørgsmålet heri var, om tabsbegrænsningspligten var opfyldt ved etablering af selvstændig virksomhed. Sagen vedrører en patentkonsulent (herefter ”F”), der var omfattet af en kundeklausul efter FUL §18a. Umiddelbart efter fratrædelsestidspunktet etablerede F selvstændig virksomhed inden for patentrådgivning.

F foretog en række tiltag for at skaffe sig kunder. Bl.a. ved at annoncere via LinkedIn, hvor han også foretog research. F forsøgte også at udbygge sit netværk og skabe opmærksomhed om firmaet gennem uformelle kontakter via et iværksætterforum. Desuden gjorde F brug af patentdatabaser. Indtægten i virksomheden var meget beskeden, idet F var

⁶⁶ U.2004.1715Ø

⁶⁷ Se afsnit 5.2

hæmmet af kundeklausulen, og først skulle skabe tillid hos nye kunder. Ydermere var der som resultat af finanskrisen en nedadgående tendens i branchen.

F mente, at tabsbegrænsningspligten var opfyldt, idet han havde gjort flere initiativer for at få en indtægt, og i øvrigt var han interesseret i, at virksomheden gik godt. Modsat anførte arbejdsgiver, at F ikke havde opfyldt tabsbegrænsningspligten, idet der ikke var særlige omstændigheder, der kunne medføre, at udgangspunktet som anført i U.2004.1715Ø kunne fraviges. Arbejdsgiver påpegede i den forbindelse, at F ikke stod til rådighed på arbejdsmarkedet ved at etablere selvstændig virksomhed.

Højesterets resultat var, at tabsbegrænsningspligten ikke var opfyldt. I vurderingen lagde Højesteret særligt vægt på, at F på fratrædelsestidspunktet var højt specialiseret og erfaren inden for sit faglige område, og at F var i besiddelse af et betydeligt indtjeningspotentiale. Af den grund havde F kun udnyttet en beskeden del af sin arbejdskraft, og indsatsen for at skaffe kunder og indtægt var på et lavt niveau.

Højesteret fraveg således udgangspunktet som anført i U.2004.1715Ø. Af dommen kan det derfor udledes, at lønmodtageren ikke automatisk afskæres fra at opfylde tabsbegrænsningspligten, når der etableres selvstændig virksomhed. Afgørende er om der ud fra en konkret vurdering er gjort en reel og rimelig indsats for at skabe indtægt i virksomheden. Om indsatsen er reel og rimelig beror på, om arbejdskraften er tilstrækkeligt udnyttet i forhold til ens erfaring, specialisering og indtjeningspotentiale. Det er i medfør af dommen ikke tilstrækkeligt *at* annoncere via LinkedIn, *at* foretage research via LinkedIn, *at* forsøge at udnytte sit netværk og skabe opmærksomhed omkring firmaet via et iværksætterforum, og *at* gøre brug af patentdatabaser, hvis det viser sig at være et lavt aktivitetsniveau i forhold til, hvad der med rimelighed kan forventes af en. Det er uden betydning, om indtægt opnås som lønmodtager eller som selvstændig.

5.1.1.2 Deltidsbeskæftigelse

Vestre Landsrets dom af 17. december 2010 (B-0915-10)

Det relevante i denne sag var, om tabsbegrænsningspligten var opfyldt ved, at lønmodtageren påtog sig et deltidsarbejde.

Sagen drejer sig om en engrossælger (herefter ”F”), der var omfattet af en kundeklausul efter FUL §18a. 4 måneder efter fratrædelsestidspunktet startede F i et deltidsarbejde på 10 timer ugentligt hos en hvidvaregrossist. Arbejdet modsvarede hans faglige kvalifikationer. I forbindelse med dette arbejde, fik F et tilbud om at starte på fuldtid samme sted, når ansættelsesklausulperioden var ovre, og dette tilbud accepterede F.

F ønskede efter fratræden at opnå en stilling tilsvarende den, han havde tidligere, men kundeklausulen forhindrede ham i dette. F tog imod arbejdet på deltid, fordi han var forhindret i at være i kontakt med leverandørsiden, men den nye stilling sikrede ham kontakt til branchen, og dermed muligheden for at følge med i markedet mv. Arbejdet havde således betydning for et fortsat virke som sælger inden for det faglige område.

Forud for at F tiltrådte deltidsarbejdet, havde han uden held søgt en række stillinger i form af uopfordret henvendelser. Derudover havde F indgivet 15-20 ansøgninger via computeren, og F fortsatte med at søge arbejde efter, at han var blevet deltidsansat. Det var ikke muligt for F at dokumentere antallet af ansøgninger, eller hvornår disse var søgt, idet hans PC var brudt sammen og kasseret. F var ikke tilmeldt jobcenteret, idet han ikke var medlem af en A-kasse, og dermed ikke understøttelsesberettiget.

F anførte, at tabsbegrænsningspligten var opfyldt, idet han dels havde søgt konkrete stillinger, og dels havde fået et andet passende arbejde under hensyn til, hvad der var muligt efter indholdet af kundeklausulen.

Arbejdsgiver gjorde derimod gældende, at F ikke havde opfyldt tabsbegrænsningspligten ved at påtage sig et deltidsarbejde med aftale om at overgå til fuldtid efter ansættelsesklausulens udløb. Arbejdsgiver påstod, at F derfor sikkert også ville kunne have fået en fuldtidsstilling inden dette tidspunkt. Derudover anførte arbejdsgiver, at der ikke forelå dokumentation for Fs jobsøgningsaktiviteter.

På baggrund af oplysningerne kom Vestre Landsret ligesom Herning Byret (BS-5-239/2009) frem til, at tabsbegrænsningspligten var opfyldt, idet F havde udfoldet tilstrækkelige bestræbelser på at søge og opnå et passende arbejde inden for rammerne af, hvad kundeklausulen tillod.

Vestre Landsret lagde i den forbindelse vægt på, at F havde søgt et større antal stillinger, og at Fs aktiviteter var passende under hensyn til branchen, herunder antallet af

konkurrerende virksomheder, og omfanget af kundeklausulen. Vestre Landsret bemærkede, at F havde fået et tilsvarende deltidsarbejde med tilsagn om at overgå til fuldtid ved udløb af kundeklausulen. Det blev ikke tillagt vægt, at F ikke var tilmeldt jobcenteret som ledig, idet Vestre Landsret vurderede, at omstændigheden ikke i sig selv kunne begrunde en tilsidesættelse af tabsbegrænsningspligten.

Dommen er et eksempel på, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved deltidsarbejde. En forudsætning for at deltidsarbejde er tilstrækkeligt til at opfylde tabsbegrænsningspligten, er, at der forinden er søgt fuldtidsarbejde forgæves. I dommen blev der lagt vægt på, at der var søgt 15-20 stillinger og rettet uopfordret henvendelse, og at der også efter påtagelsen af deltidsarbejdet blev søgt fuldtidsarbejde. Domstolen tager højde for, om årsagen til at lønmodtageren påtager sig en deltidsstilling frem for en fuldtidsstilling, er begrundet i hensynet til omfanget af ansættelsesklausulen. Af dommen kan der derfor udledes en regel om, at tabsbegrænsningspligten kun opfyldes ved deltidsarbejde, hvis lønmodtageren med al sandsynlighed ikke kan finde en passende fuldtidsstilling. Desuden er det ikke afgørende om lønmodtageren er tilmeldt jobcenteret som ledig.

5.1.1.3 Jobsøgningsaktiviteter

U.2015.1152V

I denne sag var to tidligere ansatte omfattet af konkurrenceklausuler efter AFTL §38. Det var kun den ene konkurrenceklausul, der indeholdt en adgang for arbejdsgiver til at modregne indtægt fra et nyt passende arbejde i kompensationen. Det relevante i sagen er derfor, om den ene ansatte opfyldte tabsbegrænsningspligten.

Sagen angik en Senior Trader (herefter ”L”), der arbejdede inden for energibranchen. Efter fratrædelsestidspunktet blev L flere gange kontaktet af en konkurrerende virksomhed med henblik på ansættelse, hvilket resulterede i, at L takkede ja til en samtale. Herefter blev det aftalt, at L skulle tiltræde hos den konkurrerende virksomhed efter udløb af konkurrenceklausulperioden. L forklarede, at han ikke kunne komme i tanke om et arbejde, som han kunne bestride, der ikke var konkurrerende virksomhed. Derfor søgte L ikke nogen konkrete stillinger, men han spurgte flere personer i sit netværk, om de kendte til åbninger. Disse personer påpegede, at L ikke var interessant at ansætte, når han skulle

tiltræde en anden stilling ved udløb af konkurrenceklausulen. Derudover blev det under sagen oplyst, at energibranchen er lille, og at det er almindeligt at skifte ansættelse mellem de konkurrerende virksomheder.

L gjorde gældende, at han havde foretaget sig, hvad der med rimelighed kunne forventes af ham i relation til at få et andet passende arbejde. Omvendt gjorde arbejdsgiver gældende, at L ikke havde opfyldt tabsbegrænsningspligten.

Vestre Landsrets resultat blev, at der ikke var grundlag for at antage, at L kunne have fået et passende arbejde i ansættelsesklausulperioden. Vestre Landsret lagde vægt på Ls uddannelsesmæssige baggrund og erfaring, samt omfanget af konkurrenceklausulen. Derudover lagde Vestre Landsret især vægt på, at L havde forpligtet sig til at tiltræde et passende arbejde efter ansættelsesklausulperioden, og at L forgæves havde forhørt sig om mulige stillinger i sit netværk. Endeligt påpegede Vestre Landsret, at tilmelding til jobcenteret ikke ville ændre på Ls muligheder for at finde et andet passende arbejde.

Det vi kan udlede af dommen, er, at tabsbegrænsningspligten i nogle tilfælde kan opfyldes ved, at lønmodtageren forhører sig om mulige stillinger i sit netværk, uden at søge nogen konkrete stillinger. På baggrund af Vestre Landsrets resultat tyder det på, at det kan tillægges vægt, hvis lønmodtageren får tilsagn om at kunne tiltræde en passende fuldtidsstilling efter udløb af ansættelsesklausulperioden. Der skal tages hensyn til branchens størrelse, antallet af konkurrerende virksomheder, kutymen for ansættelse i branchen og lønmodtagerens uddannelsesmæssige baggrund og erfaring. Ud fra disse hensyn skal det overvejes, hvad der med rimelighed kan kræves af lønmodtageren set i forhold til jobmulighederne. Dommen er et eksempel på, at hvis branchen er lille, og der er mange konkurrenter, kan det indebære, at lønmodtageren ikke har nogen jobmuligheder, idet et andet passende arbejde, sandsynligvis vil være konkurrerende virksomhed i strid med ansættelsesklausulen. Netop derfor kan tabsbegrænsningspligten i nogle situationer opfyldes, uden at lønmodtageren søger nogen konkrete stillinger. Vores opfattelse af dommen er, at hvis branchen er større og antallet af konkurrenter færre, forholder det sig nok anderledes, idet der er en formodning om, at der så er flere jobmuligheder. I den forbindelse vil det nok ikke være tilstrækkeligt slet ikke at søge nogen stillinger. Dommen er således et eksempel på, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved passive jobsøgningsaktiviteter.

5.1.1.4 Barselsorlov

Østre Landsrets dom af 14. september 2007 (B-512-07)

I denne sag var en lønmodtager (herefter "F"), der arbejdede i et revisionsfirma, omfattet af en kundeklausul efter FUL §18a. F opsagde sin stilling på et tidspunkt, hvor hun var på barselsorlov, og spørgsmålet var derfor, om F under barselsorloven kunne opfylde tabsbegrænsningspligten.

Umiddelbart inden fratrædelsestidspunktet, havde F fået et arbejde hos et andet revisionsfirma med tiltræden efter hendes afholdelse af barselsorloven. F gjorde gældende, at tabsbegrænsningspligten ikke kunne iagttages på grund af barselsorloven, der efter hendes opfattelse skulle betragtes som lovligt forfald på linje med eksempelvis sygdom.

Arbejdsgiver anførte omvendt, at det var en atypisk situation, idet F havde opsagt sin stilling på et tidspunkt, hvor hun ikke kunne påtage sig et andet passende arbejde grundet barselsorlov. Yderligere gjorde arbejdsgiver gældende, at F under normale omstændigheder nemt ville kunne finde et passende arbejde, og derfor anførte arbejdsgiver, at hun havde udnyttet situationen til at sikre sig en bedre retsstilling under barselsorloven ved både at modtage compensation og barselsdagpenge. Derudover påpegede arbejdsgiver, at barselsorlov ikke kan sammenlignes med sygdom, og at barsel derfor ikke er lovligt forfald i forhold til tabsbegrænsningspligten.

Både Nykøbing Falsters Byret (*BS 30-457/2006*) og Østre Landsret fandt, at F ikke havde mistet retten til compensation for kundeklausulen. Nykøbing Falsters Byret tiltrådte de grunde, som F anførte, mens Østre Landsret lagde vægt på, at det ikke kunne medføre en tilsidesættelse af tabsbegrænsningspligten, at F benyttede sin ret til barselsorlov.

Dommen er udtryk for, at lønmodtageren kan bibeholde retten til compensation, selvom lønmodtageren ikke under barselsorloven gør nogen bestræbelser på at finde andet passende arbejde. Der kan derfor udledes en regel om, at tabsbegrænsningspligten automatisk opfyldes ved, at lønmodtageren udnytter en legitim fraværsret som barselsorlov.

5.1.2 Betragtninger

De ovenfor analyserede domme vedrører ansættelsesklausullovgivningen fra før AKLs ikrafttræden, hvorefter arbejdsgiver har adgang til at modregne i indtægt, som lønmodtageren får ved nyt passende arbejde i ansættelsesklausulperioden. Dette er ikke tilfældet efter AKL, idet reglerne deri ikke indeholder en modregningsadgang. Derimod har arbejdsgiver i medfør af AKL ret til at nedsætte compensationen til den lave sats. Det betyder, at hensynet til arbejdsgiver er forskelligt. På den baggrund er det vores opfattelse, at kravene til opfyldelse af tabsbegrænsningspligten efter AKL ikke bør være lige så strenge som efter AFTL og FUL.

I relation til etablering af selvstændig virksomhed vurderer vi derfor, at udgangspunktet som anført i U.2004.1715Ø om, at lønmodtageren automatisk afskærer sig fra at opfylde tabsbegrænsningspligten, ikke er foreneligt med hensynene i AKL. Begrundelsen herfor er, at det er uden betydning, om der er en skævhed mellem indtægter og udgifter i etableringsfasen, da størrelsen på indtægten ikke ændrer på compensationen. Derimod kan vi lade os inspirere af, hvad der gælder i henhold til U.2013.2107H, hvorefter opfyldelsen af tabsbegrænsningspligten afhænger af de konkrete omstændigheder. Dette er i overensstemmelse med forarbejder til AKL, hvorefter tabsbegrænsningspligten kan opfyldes, hvis der er tale om en reel etablering af selvstændig virksomhed, der er indtægtsgivende i et omfang, der i rimelig grad svarer til lønmodtagerens indtægt fra den tidligere arbejdsgiver.⁶⁸ Vores opfattelse er derfor, at det i medfør af AKL heller ikke er i orden at vegetere på arbejdsgivers bekostning ved blot at oprette et CVR-nummer uden at gøre yderligere bestræbelser på at få en reel og rimelig indtægt. Lønmodtagerens bestræbelser skal derfor tillægges vægt, uanset om de foretages som lønmodtager eller som selvstændig.

Derudover kan vi også lade os inspirere af reglen i medfør af B-0915-10 om, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved deltidsarbejde. Vores opfattelse er dog, at det i relation til AKL ikke er nødvendigt, at der forinden forgæves er søgt fuldtidsstillinger, og at der efterfølgende søges sådanne stillinger. Dette krav er for strengt i forhold til, at det efter AKL alene er afgørende, om arbejdet er passende. I forbindelse hermed mener vi dog ikke, at lønmodtageren helt kan undlade at søge fuldtidsstillinger, men det er efter vores opfattelse tilstrækkeligt for at opfylde tabsbegrænsningspligten, at lønmodtageren

⁶⁸ Lovforslag 2015-10-07 nr. 25 Ansættelsesklausuler

blot søger deltids- og fuldtidsstillinger sideløbende med hinanden. Begrundelsen herfor er, at det ikke vil være rimeligt af hensyn til arbejdsgiver, hvis lønmodtageren kan nøjes med kun at søge deltidsstillinger, idet der er en formodning om, at jobmulighederne så begrænses yderligere.

Vi kan også lade os inspirere af U.2015.1152V, hvorefter tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved passive jobsøgningsaktiviteter, idet hensynet til lønmodtageren er det samme efter AFTL og AKL. En forudsætning for at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes herved, er dog, at lønmodtageren kan sandsynliggøre, at der ikke er nogen konkrete stillinger at søge på grund af særlige omstændigheder.

Reglen i B-512-07 om, at lønmodtageren automatisk kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at benytte en legitim fraværsret som barselsorlov, må efter vores opfattelse finde anvendelse uanset hvilket regelsæt ansættelsesklausulen er reguleret efter. Årsagen hertil er, at det er underordnet, hvilken lovhjemmel der skal vige for retten til fravær fra arbejdsmarkedet, idet hensynet til denne ret vægter højere end tabsbegrænsningspligten.

5.1.3 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at lønmodtageren ud fra en konkret vurdering kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at etablere selvstændig virksomhed. Lønmodtageren skal i den forbindelse gøre en reel og rimelig indsats for at skabe en indtægt i virksomheden. Ved vurderingen af, om indsatsen er reel og rimelig, kan der tages udgangspunkt i, om lønmodtageren udnytter sin arbejdskraft tilstrækkeligt i forhold til sin erfaring, specialisering og indtjeningspotentiale. I medfør af U.2013.2107H var det ikke tilstrækkeligt *at* annoncere via LinkedIn, *at* foretage research via LinkedIn, *at* forsøge at udnytte sit netværk og skabe opmærksomhed omkring firmaet via et iværksætterforum, og *at* gøre brug af patentdatabaser.

Ydermere konkluderes det, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved, at lønmodtageren får et passende deltidsarbejde, hvis han/hun forinden forgæves har søgt fuldtidsarbejde. Der skal tages hensyn til: omfanget af ansættelsesklausulen, branchen, jobmulighederne og lønmodtagerens uddannelsesmæssige baggrund og erfaring.

Det kan derudover fastslås, at lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at foretage passive jobsøgningsaktiviteter. Dette er dommen U.2015.1152V et eksempel på, hvor det blev tillagt vægt, at lønmodtageren kunne dokumentere, at der ikke var nogen ikke-konkurrerende stillinger at søge. I forhold til hvilke jobsøgningsaktiviteter der kan kræves, skal der tages hensyn til: omfanget af ansættelsesklausulen, antallet af konkurrenter, kutyme for besættelse af stillinger i branchen og ens uddannelsesmæssige baggrund og erfaring.

Derudover konkluderes det, at det ikke kan kræves, at lønmodtageren er aktivt jobsøgende for at bibeholde retten til kompensation under barselsorlov.

Endeligt tillægges manglende tilmelding til jobcenteret ikke afgørende vægt i forhold til, om tabsbegrænsningspligten kan opfyldes.

5.2 FUL §3

For at give en forståelse af, hvorfor der inddrages retspraksis vedrørende tabsbegrænsningspligten i ophørssituationer omfattet af FUL §3, redegøres der nu kort for indholdet af bestemmelsen. Herefter gennemgås relevant retspraksis om tabsbegrænsningspligten.

5.2.1 Introduktion

FUL §3 vedrører reglerne om funktionærens ret til erstatning i en række bestemte situationer, hvor ansættelsesforholdet bringes til ophør. Bestemmelsen fastslår, at funktionæren med mindst 3 måneders opsigelsesvarsel i nogle typer af ansættelsesforholdets ophør, har ret til en tabsafhængig erstatning. Den tabsafhængige erstatning svarer til 3 måneders løn og kaldes *minimalerstatning*.⁶⁹

⁶⁹ Jensen og Pedersen: *Tabsopgørelsen og modregning med variable lønandele*, HR Jura Magasinet nr. 9 s. 39

Efter bestemmelsens ordlyd er følgende ophørssituationer omfattet:

”Hvis arbejdsgiveren uberettiget nægter at modtage funktionæren i sin tjeneste eller uberettiget bortviser ham fra tjenesten [...]”⁷⁰

Omfattet af den situation hvor arbejdsgiver uberettiget nægter at modtage funktionæren i sin tjeneste, er permanente arbejdshindringer, herunder fordringshavermora på arbejdsgiversiden. En hindring der medfører, at ansættelseskontraktens indhold aldrig vil kunne opfyldes efter sit indhold, vil ud fra et retligt udgangspunkt resultere i, at mellemværendet mellem parterne ophører. Ved permanente arbejdshindringer, der skyldes arbejdsgivers forhold, har lønmodtageren derfor i princippet ret til erstatning efter misligholdelsesreglerne. Desuden gælder reglerne i FUL §3 også i situationer hvor funktionæren, på grund af opsigelse, bliver fritstillet af arbejdsgiver.⁷¹

5.2.1.1 Stk. 1 – tabsuafhængig minimalerstatning

En betingelse for at der er ret til minimalerstatning er, at der er hjemmel til det i enten lov, overenskomst eller anden aftale.⁷² Er der ikke en sådan hjemmel, vil der alene kunne kræves erstatning for et økonomisk tab efter de almindelige erstatningsretlige regler.⁷³ Der findes en sådan hjemmel i FUL §3.⁷⁴ Efter stk. 1 har funktionæren krav på minimalerstatning, hvis arbejdsgiver krænker ansættelseskontrakten. Funktionæren har ret til minimalerstatning svarende til sin løn indtil det tidspunkt, hvor der lovligt kunne være opsagt til eller, hvis funktionæren allerede var opsagt, til opsigelsesfristens udløb.⁷⁵ Minimalerstatningen kan dog ikke udgøre mere end højst 3 måneders løn.⁷⁶

I og med at funktionæren efter bestemmelsens ordlyd har ret til erstatning svarende til lønnen, beskyttes funktionæren imod at miste lønindtægt i opsigelsesperioden. I konsekvens heraf er der ikke ret til minimalerstatning for en periode, hvor funktionæren ikke

⁷⁰ Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer nr. 261, § 3

⁷¹ Jensen og Pedersen: *Tabsopgørelsen og modregning med variable lønandele*, HR Jura Magasinet nr. 9 s. 39

⁷² Hasselbalch og Munkholm: *Arbejdsret* s. 261

⁷³ Hasselbalch og Munkholm: *Lærebog I - Ansættelsesret & Personalejura* s. 441

⁷⁴ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 680

⁷⁵ Hasselbalch og Munkholm: *Lærebog I - Ansættelsesret & Personalejura* s. 440

⁷⁶ Hasselbalch og Munkholm: *Arbejdsret* s. 261

ville have fået løn fra arbejdsgiver i opsigelsesperioden.⁷⁷ Dette er eksempelvis tilfældet, når lønmodtageren afholder orlov uden løn.

Retten til minimalerstatning påvirkes ikke af, om funktionæren får indtægt fra et andet passende arbejde eller fra selvstændig virksomhed i erstatningsperioden, idet der ikke skal modregnes i den tabsafhængige erstatning. Det betyder, at funktionæren i minimalerstatningsperioden kan have indtægt fra to forskellige arbejdsgivere.⁷⁸

5.2.1.2 Stk. 2 – tabsafhængig erstatning

Udgangspunktet er, at funktionæren har ret til erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, og dermed kun ret til erstatning for det økonomiske tab, der er lidt som følge af det skete.⁷⁹ Minimalerstatningen i stk. 1 er derfor en lovbestemt undtagelse til den almindelige tabsbegrænsningspligt.⁸⁰

Hvis funktionæren har ret til mere end 3 måneders opsigelsesvarsel, fastsættes erstatningen for perioden udover de første 3 måneder efter de almindelige erstatningsretlige regler. Det betyder, at funktionæren, i den periode der er udover de første 3 måneder, er forpligtet til at opfylde tabsbegrænsningspligten. Får funktionæren et nyt passende arbejde, kan indtægten derfor modregnes i den tabsafhængige erstatning, således at arbejdsgivers tab begrænses.⁸¹

5.2.2 Retspraksis vedrørende tabsbegrænsningspligten

5.2.2.1 Arbejde anvist af arbejdsgiver

U.1974.573S

Spørgsmålet i denne dom var, om tre lønmodtagere kunne opfylde tabsbegrænsningspligten, selvom de afslog et passende arbejde anvist af deres tidligere arbejdsgiver.

⁷⁷ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 681

⁷⁸ Ibid s. 682

⁷⁹ Ibid s. 680

⁸⁰ Lovbekendtgørelse om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer nr. 1002, §3

⁸¹ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 683

Sagen angik tre arkitekter (herefter "F1", "F2", "F3"), der var ansat hos et arkitektfirma, der standsede lønudbetalingerne. I den forbindelse gjorde de krav på erstatning ud over minimalerstatningen. Lønmodtagernes Garantifond dækkede en del af kravet grundet arbejdsgivers likviditetsproblemer.

Arbejdsgiver indgik et samarbejde med et andet arkitektfirma for at sikre sig, at igangværende arbejder blev færdiggjort. Som led i samarbejdsaftalen blev der udarbejdet et udkast til en ansættelsesaftale mellem F1, F2, F3 og arkitektfirmaet. Ansættelsen vedrørte arbejde der i det væsentligste var af samme karakter som det tidligere arbejde. Lønvilkaarne var de samme, og funktionærlovens opsigelsesregler ville gælde, dog således at F1, F2 og F3 ikke kunne opsiges tidligere end til det tidspunkt, de lovligt kunne være opsagt af den tidligere arbejdsgiver. De afslog tilbuddet om ansættelse, idet det var usikkert, hvor længe de kunne blive i virksomheden efter udløb af det opsigelsesvarsel, de havde krav på fra den tidligere arbejdsgiver.

F1 søgte stillinger ved både at give arkitektforeningen besked om, at han var ledig og ved at respondere på dagblade, samt ved at ringe til tidligere kollegaer. Derudover fik han en midlertidig konsulentstilling. På grund af stagnerende byggeri, var det svært at få ny ansættelse. F2 henvendte sig til jobcenteret, og søgte stillinger gennem hhv. arkitektforeningen og aviserne. F3 søgte også straks efter fratræden nyt passende arbejde.

F1, F2 og F3 gjorde gældende, at det var vanskeligt at overskue tilbuddet om arbejde, og at det var uklart, hvor længe de kunne blive i virksomheden. Derudover anførte de, at arbejdsstedet ikke længere lå i indre by, og at arbejdstiden var en anden.

Omvendt anførte arbejdsgiver, at arbejdet i det væsentligste var af samme karakter som hidtil, bortset fra at arbejdsstedet var ændret fra Købmagergade til Sølundvej (6 km), der måtte være uden betydning.

Sø- og Handelsretten kom frem til, at F1, F2 og F3 havde afskåret sig fra at opfylde tabsbegrænsningspligten ved at afslå arbejdet anvist af den tidligere arbejdsgiver.

Sø- og Handelsretten udtalte herom, at:

” [...] idet det herefter måtte være sagsøgerens risiko, at det ikke lykkedes dem på anden måde at opnå en indtjening i opsigelsesperioden, der ville have begrænset tabet til den nævnte erstatning.”⁸²

På baggrund af denne dom, kan der således udledes en regel om, at lønmodtageren afskæres fra at opfylde tabsbegrænsningspligten ved at afslå et tilbud om passende arbejde. Det tillægges ikke vægt, at lønmodtageren aktivt forsøger at finde andet passende arbejde, hvis det ikke lykkedes lønmodtageren at få et sådant. I vurderingen af om det kan kræves, at tilbud om arbejde accepteres, skal der tages hensyn til, om ansættelsesvilkårene er tilsvarende dem, der var i den tidligere stilling. Sø- og Handelsretten vurderede, at det ikke var i overensstemmelse med tabsbegrænsningspligten at afslå et arbejde, der indebar en ændring af arbejdsstedet på 6 km. Vores opfattelse heraf er, at det derfor kan kræves, at lønmodtageren søger passende arbejde, der ligger i hvert fald 6 km væk fra det tidligere arbejdssted. Endeligt er dommen et eksempel på, at lønmodtageren ikke kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at få en midlertidig stilling, hvis der forinden er afslået en fast stilling.

5.2.2.2 Stillingens geografiske placering

Sø- og Handelsrettens dom af 22. juni 2010 (SH2009.F-6-08)

I nærværende sag blev der taget stilling til, om lønmodtageren var forpligtet til at påtage sig arbejde i udlandet for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Sagen vedrører en salgskordinator (herefter ”F”), der var ansat hos en virksomhed med hovedsæde i Litauen, men F arbejdede fra deres kontor i København. Arbejdsgiver lukkede afdelingen i København og stoppede i den forbindelse lønudbetalingen til F, hvorfor hun ophævede ansættelsesforholdet, og gjorde krav på erstatning for løn i den mistede opsigelsesperiode.

F er fra Litauen, men bosat i Danmark, hvor hendes datter er opvokset og går i skole. F ønskede derfor at blive i Danmark, og søgte ikke arbejde i Litauen, selvom arbejdsgiver

⁸² U.1974.573S

kunne tilbyde hende et arbejde der. F tilmeldte sig jobcenteret og søgte i hele perioden arbejde, samtidig med at hun tog et intensivt danskursus for at forbedre sine jobmuligheder.

F gjorde gældende, at tabsbegrænsningspligten var opfyldt ved at tilmelde sig jobcenteret, ved at søge stillinger, og ved at deltage i et danskursus, der forbedrede hendes jobmuligheder. F anførte derudover, at det ikke kunne kræves, at hun søgte arbejde i udlandet.

Omvendt mente arbejdsgiver, at F ikke havde dokumenteret jobsøgningsaktiviteterne, og at F positivt havde afslået et passende arbejde i Litauen, hvorfor tabsbegrænsningspligten ikke var opfyldt.

Sø- og Handelsretten fandt, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte Fs forklaring om, at hun stod til rådighed på arbejdsmarkedet og aktivt søgte arbejde i perioden. Derfor havde F krav på erstatning udover minimalerstatningen.

Af dommen kan det udledes, at det ikke er et krav, at lønmodtageren søger stillinger i udlandet. Lønmodtageren kan nøjes med at søge arbejde i det land, hvor han/hun tidligere var beskæftiget. Sø- og Handelsretten lægger ikke vægt på, at lønmodtageren afslår et tilbud om arbejde i udlandet. Dommen illustrerer også, at lønmodtageren står til rådighed på arbejdsmarkedet ved at tilmelde sig jobcenteret som ledig. Dog er det ikke i sig selv afgørende, eftersom det er et krav, at lønmodtageren også er aktivt jobsøgende. Tilmelding til jobcenteret er således blot en nødvendighed for at stå til rådighed på arbejdsmarkedet. For at være aktivt jobsøgende skal lønmodtageren i henhold til denne dom søge arbejde i hele perioden. I relation hertil tillægges det vægt, at lønmodtageren forbedrer sine jobmuligheder ved eksempelvis et sprogkursus.

5.2.2.3 Barselsorlov og arbejdsløshedsforsikringsloven

Østre Landsrets dom af 18. marts 2020 (BS-7846/2019)

Dommen handler om tabsbegrænsningspligten for en, der ikke havde fået det arbejde, som han var blevet lovet. Spørgsmålet herefter var, om lønmodtageren (herefter ”L2”) havde opfyldt tabsbegrænsningspligten.

Sagen angik om virksomheden ved virksomhedsoverdragelse eller på anden vis havde forpligtet sig til at ansætte en række lønmodtagere. Der blev mellem virksomheden og tre lønmodtagere (herefter "L1", "L2", "L8") indgået en aftale om ansættelse. Det var en forudsætning for ansættelse, at redningsaktiviteterne også blev overtaget. Overtagelsen af redningsaktiviteterne var afgørende for, at virksomheden indgik aftalerne om ansættelse, og dette var L1, L2 og L8 bekendte med. Virksomheden ombestemte sig efter indgåelsen af aftalerne, og redningsaktiviteterne blev ikke overdraget. Virksomheden indgik på eget initiativ aftaler med L1, L2 og L8 og måtte derfor bære risikoen for, at man efterfølgende ændrede opfattelsen af redningsaktiviteterne. Af den grund kunne aftalerne gøres gældende over for virksomheden, og de havde derfor krav på erstatning efter FUL §3 for arbejdsgivers uberettigede nægtelse af at modtage deres arbejdskraft.

L1 overgik til barselsorlov ved udgangen af minimalerstatningsperioden, hvorfor tabsbegrænsningspligten ikke var relevant for hende. Den var heller ikke relevant for L8, idet opsigelsesvarslet kun var 3 måneder, svarende til minimalerstatningsperioden.

L2 modtog en e-mail med bekræftelse på at være tilmeldt som ledig hos jobcenteret, og på at være aktivt jobsøgende efter jobcenterets anbefalinger. Der blev i den forbindelse fremlagt udskrifter af samtaler mellem L2 og jobcenteret, hvoraf det fremgik, at L2 var aktivt jobsøgende.

L2 gjorde gældende, at tabsbegrænsningspligten var opfyldt, idet han havde været aktivt jobsøgende i henhold til arbejdsløshedsforsikringslovens §62.⁸³ L2 anførte også, at han havde opfyldt alle pligter i relation til dagpengereetten. Arbejdsgiver mente derimod ikke, at tabsbegrænsningspligten var opfyldt.

Østre Landsret fandt på baggrund af oplysningerne, at:

*"Efter de fremlagte udskrifter af møder i jobcentret sammenholdt med mail af 21. august 2018 fra [...] findes det godtgjort, at [2] har været uden arbejde i opsigelsesperioden og har været aktivt jobsøgende. [2] har derfor overholdt sin tabsbegrænsningspligt."*⁸⁴

⁸³§62 er en bestemmelse om, at man har ret til at få udbetalt dagpenge ved ledighed, hvis man står til rådighed på arbejdsmarkedet, jf. Lovbekendtgørelse om arbejdsløshedsforsikring m.v. nr. 208

⁸⁴ BS-7846/2019

På baggrund heraf understøtter dommen, at funktionærloven ikke indeholder betingelser for opfyldelsen af tabsbegrænsningspligten. Landsretten lægger kun vægt på, at L2 er tilmeldt som ledig hos jobcentret, og at han har opfyldt betingelserne for retten til dagpenge. Det betyder, at domstolene anerkender, at tabsbegrænsningspligten i relation til FUL §3 er opfyldt, når lønmodtageren opfylder den i henhold til rådighedsreglerne.

Vedrørende barsel gælder der i medfør af denne dom det samme udgangspunkt som i Østre Landsrets dom af 14. september 2007 (B-512-07) om, at tabsbegrænsningspligten automatisk opfyldes ved barselsorlov.

5.2.3 Betragtninger

FUL §3 indeholder ligesom ansættelsesklausullovgivningen fra før AKLs ikrafttræden også en modregningsadgang, hvorefter arbejdsgiver kan modregne indtægt fra nyt passende arbejde i erstatningsudbetalingen. Dermed er hensynet til arbejdsgiver også efter FUL§3 et andet end efter AKL. Af den grund er det vores vurdering, at kravene efter FUL §3 i nogle situationer kan være strengere, end hvad nødvendigt er for at opfylde tabsbegrænsningspligten efter AKL. Vores vurdering beror ligeledes på det faktum, at lønmodtageren i medfør af ophørssituationerne nævnt i FUL§3 ikke har en loyalitetsforpligtelse⁸⁵, der forhindrer ham/hende i at arbejde hos en konkurrerende virksomhed. Er lønmodtageren omfattet af en ansættelsesklausul efter AKL, vil der således være en større begrænsning i muligheden for at få et passende arbejde. Dette skal der utvivlsomt tages hensyn til, når der stilles krav til lønmodtagerens jobsøgningsaktiviteter.

Til trods for de forskellige hensyn, mener vi dog, at vi kan lade os inspirere af, hvad der blev anført i U.1974.573S om, at tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes ved at afslå et passende arbejde, når lønmodtageren ikke på eget initiativ har fået passende arbejde et andet sted. Reglen om at det kan kræves, at lønmodtageren søger arbejde, der ligger i hvert fald 6 km væk fra den tidligere stillings geografiske placering, er efter vores vurdering et krav, der kan anvendes i relation til AKL. Begrundelsen herfor er, at der skal tages hensyn til ansættelsesklausulens geografiske omfang, hvorefter det kan være nødvendigt,

⁸⁵ Parterne har pligt til at udvise hensyn overfor modpartens interesser, Munkholm: *Loyalitet i arbejdsretlige relationer* s. 95

at lønmodtageren søger arbejde uden for den tidligere stillings geografiske placering. Omvendt kan vi ikke lade os inspirere af reglen om, at lønmodtageren ikke kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at påtage sig et midlertidigt arbejde. Det er i medfør af AKL unødvendigt at kræve, at lønmodtageren skal have en fuldtidsstilling for at opfylde tabsbegrænsningspligten, idet arbejdet blot skal være passende for at compensationen kan nedsættes til den lave sats.

De forskellige hensyn forhindrer efter vores opfattelse heller ikke, at vi lader os inspirere af, at lønmodtageren i medfør af SH2009.F-6-08 kan opfylde tabsbegrænsningspligten uden at søge arbejde i udlandet. Begrundelsen herfor er, at et krav om at lønmodtageren skal søge passende arbejde i udlandet, vil være for strengt i forhold til, at det er arbejdsgivers risiko, hvis der ikke findes et passende arbejde tættere på den tidligere stillings geografiske placering. Det er derfor også foreneligt med AKL, at det er uden betydning, om lønmodtageren afslår et tilbud om passende arbejde i udlandet. Vi kan ud fra denne dom også se, at en betingelse for at være aktivt jobsøgende, er, at lønmodtageren søger arbejde i hele perioden. Vores vurdering er, at vi kan trække inspiration herfra. Det må dog afhænge af de konkrete omstændigheder, om lønmodtageren skal søge i hele perioden, eller om det er tilstrækkeligt at gøre andre bestræbelser i noget af perioden. Dette skyldes, at der skal tages hensyn til, at der i nogle situationer kan være få stillinger at søge. I forlængelse af dette krav tillægges det vægt, at lønmodtageren forsøger at forbedre sine jobmuligheder ved eksempelvis at tage et sprogkursus. En sådan positiv bestræbelse, kan efter vores vurdering også i relation til AKL tillægges vægt. Det kan efter vores opfattelse dog ikke være et krav, idet det er en indikator for, at ansættelsesklausulen er for begrænsende, hvis det er nødvendigt at gøre for at finde passende arbejde.

I både BS-7846/2019 og SH2009.F-6-08 er der refereret til jobcenteret, hvilket betyder, at domstolene retter blikket mod rådighedsreglerne, når der ikke findes lovgivning, der siger noget om situationen. Af den grund vurderer vi, at vi kan lade os inspirere af, at tilmelding til jobcenteret og møder i jobcenteret i et eller andet omfang har betydning for, om tabsbegrænsningspligten opfyldes. Vores yderligere betragtninger til i hvilket omfang, vi kan trække inspiration herfra, anføres i afsnit 6.2.1.

5.2.4 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes, når lønmodtageren afslår et tilbud om passende arbejde, hvis lønmodtageren ikke på eget initiativ har fået passende arbejde et andet sted. Vedrørende stillingens geografiske placering, kræves det, at lønmodtageren i hvert fald søger 6 km væk fra det tidligere arbejdssted.

Ydermere kan det konkluderes, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes uden at lønmodtageren søger arbejde i udlandet, og at det ikke er et krav, at et tilbud om arbejde i udlandet accepteres.

Vedrørende aktiv jobsøgning kan det kræves, at lønmodtageren som udgangspunkt søger arbejde i hele ansættelsesklausulperioden. Dog kan tabsbegrænsningspligten opfyldes, selvom der i en del af perioden ikke aktivt sendes jobansøgninger, hvis det skyldes særlige omstændigheder, eller hvis lønmodtagerens øvrige bestræbelser samlet set er tilstrækkelige. I relation til de øvrige bestræbelser kan det tillægges vægt, at lønmodtageren forsøger at forbedre sine jobmuligheder ved eksempelvis sprogkursus.

Ligesom anført i afsnit 5.1.3 bibeholder lønmodtageren retten til kompensation under barselsorlov, uden at være aktivt jobsøgende.

Derudover kan det endeligt fastslås, at lønmodtageren i mangel af anden lovgivning kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved *at* være tilmeldt jobcentret som ledig, *at* deltage i møder med jobcenteret og, *at* opfylde betingelserne for retten til dagpenge efter reglerne om rådighed.

5.3 Uberettiget bortvisning

For at forstå hvornår tabsbegrænsningspligten er relevant i relation til bortvisning, er det nødvendigt at kende forskellen på en berettiget og uberettiget bortvisning. Derfor redegøres der nu kort herfor. Herefter gennemgås relevant retspraksis om tabsbegrænsningspligten for at se, om der kan udledes noget herfra, der kan anvendes i vurderingen af tabsbegrænsningspligten i relation til AKL.

5.3.1 Introduktion

Arbejdsgiver har som en del af ledelsesretten adgang til at bortvise lønmodtageren i situationer, hvor ansættelsesforholdet groft misligholdes af ham/hende.⁸⁶ Det er således ikke enhver misligholdelse af en eller flere ansættelsesretlige forpligtelser, der kan danne grundlag for en bortvisning. I det tilfælde at adfærden ikke har karakter af en misligholdelse af en ansættelsesretlig forpligtelse, har arbejdsgiver kun adgang til at opsiges lønmodtageren.⁸⁷ Der gælder et klart udgangspunkt om, at misligholdelsen skal være sket, førend en bortvisning kan være berettiget. Dvs. at arbejdsgivers frygt for fremtidig misligholdelse (såkaldt *anticiperet misligholdelse*) af ansættelsen ikke kan danne grundlag for en bortvisning.⁸⁸

En bortvisning er et påbud til lønmodtageren om, at ansættelsesforholdet bringes til ophør med øjeblikkelig virkning. I bortvisningssituationen skal lønmodtageren ikke længere stille sin arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiver, men derimod forlade arbejdspladsen øjeblikkeligt. Derudover ophører lønnen med virkning fra den dag, hvor bortvisningen blev meddelt.⁸⁹

Ved en berettiget bortvisning kan arbejdsgiver efter FUL §4 kræve erstatning fra lønmodtageren. Det er *ikke* denne situation, der behandles, når lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt vurderes i afhandlingen. Derimod er det for nærværende afhandling relevant at se på de situationer, hvor bortvisningen er uberettiget. I konsekvens af en uberettiget bortvisning, kan lønmodtageren kræve erstatning svarende til lønnen indtil det tidspunkt, hvor lønmodtageren lovligt kunne være opsagt. Denne ret er for funktionærer eksplicit fastslået i FUL §3. Dermed har ikke-funktionærer alene ret til erstatning for en uberettiget bortvisning efter de almindelige erstatningsretlige regler om tabsbegrænsning.

⁸⁶ Marstal: *Bortvisning – suspension og fritstilling* s. 13-14

⁸⁷ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 660

⁸⁸ Ibid s. 661

⁸⁹ Marstal: *Bortvisning – suspension og fritstilling* s. 13-14

5.3.2 Retspraksis om tabsbegrænsningspligten

5.3.2.1 Efterløn

U.2022.759S

Spørgsmålet i sagen var, om lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt i medfør af FUL §3 automatisk blev opfyldt ved, at lønmodtageren modtog efterløn.

Sagen angik en Site Leader (herefter "F"), der blev uberettiget bortvist, og fem dage senere overgik F frivilligt til efterløn. På grund af den uberettigede bortvisning krævede F erstatning svarende til lønnen i hele opsigelsesperioden, hvilket arbejdsgiver nægtede at betale under henvisning til, at F ikke havde dokumenteret overholdelse af tabsbegrænsningspligten. Derfor ville arbejdsgiver kun betale minimalerstatning.

Sø- og Handelsretten kom frem til, at F ikke ved at overgå til efterløn var fritaget fra at iagttage tabsbegrænsningspligten i opsigelsesperioden. Fordi der ikke forelå oplysninger, der indikerede at F havde været aktivt jobsøgende, var tabsbegrænsningspligten ikke opfyldt.

Der kan på baggrund af dommen udledes en regel om, at tabsbegrænsningspligten ikke automatisk opfyldes ved, at lønmodtageren overgår til efterløn. Lønmodtageren skal derfor fortsat være aktivt jobsøgende for at bibeholde retten til erstatning.

5.3.2.2 Sygdom

Rødovre Byrets dom af 6. juni 2002 (BS-652/2001)

I denne sag blev tabsbegrænsningspligten vurderet i relation til lønmodtagerens sygdom.

Sagen drejer sig om en servicechef (herefter "F"), der blev uberettiget bortvist på grund af udeblivelse som følge af sygdom. Forinden bortvisningstidspunktet fik F besked om, at hans mor var i kritisk tilstand efter en større operation, hvilket gjorde F lamslået. F blev af lægen rådet til at være ved moderens side for selv at få det bedre.

På bortvisningstidspunktet blev der udstedt en lægeerklæring. F modtog psykologhjælp under hele sygdomsforløbet, og blev først raskmeldt 3 måneder efter udløb af opsigelsesperioden.

F gjorde derfor gældende, at han være meget påvirket af moderens kritiske sygdom, og at han reelt var syg, hvilket var dokumenteret ved lægeerklæringen. Desuden anførte F, at hans og moderens sygdom hang uløseligt sammen.

Arbejdsgiver mente ikke, at F havde opfyldt tabsbegrænsningspligten, idet han ikke var aktivt jobsøgende.

Rødovre Byret lagde vægt på Fs forklaring, lægeerklæringen og et journaludskrift, og fandt at F var så psykisk påvirket af situationen, at han var uarbejdsdygtig, og derfor ikke kunne iagttage tabsbegrænsningspligten. Af den grund fik F tilkendt erstatning, uden at være aktivt jobsøgende. Sagen blev anket, og Østre Landsret stadfæstede byretsdommen den 20. juni 2003 (B-1783-02).

Det betyder, at lønmodtageren automatisk kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved sygdom, hvis det dokumenteres, at lønmodtageren er uarbejdsdygtig. Det er dermed et krav, at lønmodtageren beviseligt er ude af stand til at arbejde.

Sø- & Handelsrettens dom af 20. november 2007 (F-34-05)

Også i denne sag blev der taget stilling til betydningen af lønmodtagerens sygdom i relation til tabsbegrænsningspligten. Sagen vedrører en salgsdirektør (herefter ”F”) der blev uberettiget bortvist, og efterfølgende krævede erstatning efter FUL §3.

F forsøgte at finde passende arbejde, men sagen påvirkede ham mere end forventet. Alligevel gjorde F hvad han kunne for at holde sig aktivt jobsøgende. I en del af perioden var F sygemeldt, idet han også var involveret i andre retssager, der belastede ham. Disse omstændigheder mente F, skulle tages i betragtning i relation til tabsbegrænsningspligten, og at der i øvrigt skulle tages hensyn til, at han var hæmmet af sin konkurrenceklausul.

Arbejdsgiver mente ikke, at F havde stillet sin arbejdskraft til rådighed, og dermed ikke opfyldt tabsbegrænsningspligten. Den omstændighed at F havde det dårligt i dele af perioden, kunne desuden ikke ændre noget.

Sø- og Handelsretten vurderede, at tabsbegrænsningspligten ikke var opfyldt med begrundelsen, at Fs forklaring ikke kunne danne grundlag for at antage, at han havde været aktivt jobsøgende. Det blev ikke tillagt vægt, at F i en del af perioden var syg.

Foreneligt med analysen af BS-652/2001, er dommen et udtryk for, at udokumenteret sygdom ikke medfører en automatisk opfyldelse af tabsbegrænsningspligten. Lønmodtageren skal derfor fortsat være aktivt jobsøgende for at opfylde pligten, når sygdom og uarbejdsdygtighed ikke er dokumenteret.

5.3.2.3 Etablering af selvstændig virksomhed

U.1977.860/1H

Spørgsmålet var, om en ejendomsmægler (herefter ”F”) opfyldte tabsbegrænsningspligten ved at etablere selvstændig virksomhed. Sagen angik F, der blev uberettiget bortvist, og gjorde krav på erstatning efter FUL §3.

F gjorde et kortvarigt, men forgæves forsøg på at få en indtægt fra den selvstændige virksomhed. Alligevel havde F ikke mistet retten til erstatning, og Højesteret udtalte om situationen, at:

”[...]I betragtning af de daværende vanskelige brancheforhold og indstævntes alder kan det - - - ikke lægges til grund, at indstævnte - - - kunne have fået lignende beskæftigelse, og den omstændighed, at han under disse forhold søgte at opnå indtægt ved egen virksomhed, findes under hensyn til dennes beskedne omfang, kortvarighed og resultat herafter ikke at kunne medføre, at indstævnte har fortabt retten til erstatning ud over 3 måneders løn [...]”⁹⁰

I forlængelse af denne bemærkning, er lønmodtageren ikke afskåret fra at stå til rådighed på arbejdsmarkedet, når blot virksomheden er af et beskedent omfang og kort varighed.

Der gælder således det samme udgangspunkt, som Højesteret anførte i dommen U.2013.2107H, hvorefter det beror på en konkret vurdering, om tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved etablering af selvstændig virksomhed. Nærværende dom fastslår, at der i vurderingen skal tages hensyn til vanskelige brancheforhold og lønmodtagerens alder. Desuden skal der tages hensyn til lønmodtagerens jobmuligheder. Det er afgørende, at lønmodtageren ikke kan få passende arbejde på anden vis. Derfor kan der udledes en regel om, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved selvstændig virksomhed, hvis det er den

⁹⁰ U.1977.860/1H

bedste måde at begrænse arbejdsgivers tab. Vores opfattelse er, at det derfor er et krav, at lønmodtageren forinden søger passende arbejde, medmindre særlige hensyn taler for det modsatte.

5.3.2.4 Stillingens geografiske placering

Østre Landsrets dom af 20. november 2003 (B-2015-02)

Dommen vedrører, hvad der kan kræves i forhold til, hvor lønmodtageren geografisk skal søge at finde passende arbejde henne.

En butiksassistent (herefter "F"), der var ansat i en mindre by kaldt Nanortalik i Grønland blev uberettiget bortvist. Herefter flyttede F til Danmark for at se, om hun kunne få et arbejde der, idet hun før havde haft et 2-årigt ophold i Danmark. I den forbindelse skrev F mange ansøgninger, men fik intet arbejde.

F påstod at hun på grund af bortvisningsskrivelsen var udelukket fra at få andet passende arbejde i Nanortalik, der er en mindre by, og derfor var hun nødt til at rejse til Danmark. Heller ikke i Danmark kunne hun få passende arbejde, selvom hun var tilmeldt jobcenteret som ledig under hele opholdet.

Arbejdsgiver anførte, at F ikke have opfyldt tabsbegrænsningspligten, idet hun kun havde dokumenteret at have søgt én stilling efter bortvisningen, og ikke havde skaffet sig nyt passende arbejde.

Østre Landsret vurderede, at der ikke var grundlag for at antage, at F kunne have begrænset arbejdsgivers tab, og derfor fik hun medhold i sit krav på erstatning. Derudover anførte Østre Landsret ikke nogen begrundelse.

Det kan udledes, at lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved kun at søge *én* stilling inden for den tidligere stillings geografiske placering(by), når der samtidig søges *mange* stillinger uden for dette område – her i udlandet. Det tillægges vægt, at lønmodtageren søger uden for det geografiske område, hvis det ikke er muligt at finde et passende arbejde i nærheden af det tidligere arbejde. Vores opfattelse af dommen er, at det er lønmodtagerens egen risiko, hvis der ikke opnås passende arbejde ved at søge stillinger i et andet område (land/by), hvor der er færre jobmuligheder end der, hvor

lønmodtagerens tidligere arbejdssted var. Østre Landsrets begrundelse er sparsom, og derfor er det usikkert, om det kan udledes, at tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes, hvis lønmodtageren kun søger stillinger inden for det område, hvor det tidligere arbejdssted er placeret.

5.3.3 Betragtninger

De analyserede domme vedrører uberettigede bortvisninger i relation til FUL §3, hvorfor der fortsat skal tages højde for, at de bagvedliggende hensyn til FUL §3 og AKL er forskellige.⁹¹ Selvom disse bagvedliggende hensyn er forskellige, er situationer efter FUL §3 og AKL dog alligevel sammenlignelige. Dette skyldes, at lønmodtageren i relation til begge regelsæt har ret til erstatning for en ulempe påført af arbejdsgiver – imod at tabsbegrænsningspligten opfyldes – ligesom der i begge situationer er tale om et definitivt ophør af ansættelsesforholdet.

På baggrund heraf vurderer vi, at vi kan lade os inspirere af reglen i U.2022.759S om, at tabsbegrænsningspligten ikke automatisk opfyldes ved at lønmodtageren overgår til efterløn. Det er vores opfattelse, at det er usikkert, om der overhovedet gælder en tabsbegrænsningspligt i denne situation. Når arbejdsmarkedet frivilligt forlades, er der ikke længere et hensyn til, at lønmodtageren begrænses i at søge passende arbejde. Vores tanke er, at ansættelsesklausulen bliver en nullitet, idet lønmodtageren ikke længere har en intention om at stå til rådighed på arbejdsmarkedet. Desuden er det en permanent tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet, der betyder, at lønmodtageren ikke vender retur til arbejdsmarkedet igen, hvor en ansættelsesklausul ville kunne få betydning.

Ydermere kan vi trække inspiration fra dommene om sygdom, så lønmodtageren også i medfør af AKL beviseligt vil skulle dokumentere at være ude af stand til at opfylde tabsbegrænsningspligten på grund af sygdom, for ikke at miste retten til kompensation ved ikke at være aktivt jobsøgende. Det mener vi, fordi det ikke er bestemmende for reglens anvendelse, hvilken erstatning tabsbegrænsningspligten skal vurderes i forhold til.

⁹¹ Se afsnit 5.2.3

Afgørende for reglens anvendelse er derimod, at det i den konkrete situation vurderes, at uarbejdsdygtigheden rent faktisk forhindrer lønmodtageren i at sende jobansøgninger m.v.

Vi mener ikke, at vi kan lade os inspirere af U.1977.860/1H om, at tabsbegrænsningspligten kun opfyldes ved selvstændig virksomhed, hvis lønmodtageren med al sandsynlighed ikke på anden vis kan få en indtægt. Dette beror på, at de bagvedliggende hensyn i AKL og FUL ikke er de samme. Efter AKL er indtægten ikke afgørende for compensationen, idet compensationen herefter blot nedsættes til den lave sats, når arbejdet er passende. Efter AKL er det i stedet afgørende, om arbejdet i den selvstændige virksomhed er inden for lønmodtagerens faglige område.

I henhold til dommen B-2015-02 tillægges det vægt, at lønmodtageren søger stillinger uden for den tidligere stillings geografiske område, når det ikke er muligt at finde et passende arbejde inden for det geografiske område. I relation til AKL er det efter vores vurdering for strengt at tillægge det afgørende vægt, idet der i vurderingen af om tabsbegrænsningspligten er opfyldt, skal tages hensyn til i hvilken grad ansættelsesklausulen begrænser lønmodtageren i at finde passende arbejde. Hvis grunden til at der søges stillinger uden for det område, hvor det tidligere arbejdssted er placeret, er, at lønmodtageren ikke kan finde passende stillinger at søge inden for dette område, kan det betyde, at ansættelsesklausulen er for begrænsende. Er det tilfældet, bærer arbejdsgiver risikoen herfor, og lønmodtageren vil i den situation nok kunne bibeholde retten til compensation ved at påtage sig et rimeligt arbejde, i stedet for at søge stillinger uden for det geografiske område.

Vi vurderer, at vi kan trække inspiration fra reglen om, at det er lønmodtagerens risiko, hvis der ikke opnås et passende arbejde, fordi der kun søges stillinger inden for et andet geografisk område med færre jobmuligheder end der, hvor lønmodtageren før arbejdede. Årsagen til dette er, at arbejdsgiver ikke skal betale for, at lønmodtageren selv vælger at reducere sandsynligheden for at finde et passende arbejde. Formålet med AKL er kun at kompensere lønmodtageren for den begrænsning, som arbejdsgiver påfører lønmodtageren ved ansættelsesklausulen. Derfor er det et krav, at lønmodtageren søger inden for det område, hvor det tidligere arbejde var placeret. Hvordan området skal defineres, er ikke afklaret, men vores tanke er, at det betyder, at lønmodtageren som minimum skal søge

stillinger inden for den landsdel, hvor det tidligere arbejdssted er placeret. Begrundelsen herfor er, at arbejdsstedet kan være placeret i en by, hvor der kun er den ene specifikke jobmulighed, som eksempelvis i dommen B-2015-02, hvor lønmodtageren ikke kunne få arbejde i Nanortalik igen. I den situation vil lønmodtageren derfor nok ikke med rimelighed kunne undlade at søge passende arbejde, og det må derfor kunne kræves, at lønmodtageren søger passende arbejde i andre byer, inden for samme landsdel.

5.3.4 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at tabsbegrænsningspligten ikke automatisk opfyldes ved at lønmodtageren overgår til efterløn, jf. U.2022.759S. Lønmodtageren er derfor ikke fritaget fra at iagttage tabsbegrænsningspligten i denne situation.

Vedrørende sygdom er det et krav, at lønmodtageren kan dokumentere at være uarbejdsdygtig på grund af sygdommen, for derved at bibeholde retten til erstatning uden at være aktivt jobsøgende. Kan denne bevisbyrde ikke løftes af lønmodtageren, bortfalder retten til erstatning.

Vedrørende det geografiske område som lønmodtageren skal søge stillinger inden for, kan det konkluderes, at lønmodtageren skal udvide sin jobsøgning til ikke kun at være i den by, hvor lønmodtageres tidligere arbejdssted er, men også være i andre byer inden for landsdelen. Ydermere kan det ikke kræves, at lønmodtageren søger passende arbejde i udlandet. Vælger lønmodtageren at søge i andre områder, hvor der er færre jobmuligheder, er det lønmodtagerens egen risiko, hvis der ikke opnås et passende arbejde.

5.4 Fritstilling på grund af opsigelse

For at tydeliggøre hvilken type fritstilling, der er relevant for nærværende afhandling, redegøres der nu kort for de tre forskellige typetilfælde af fritstillingssituationer. Derudover gives der et kort indblik i, hvad FUL §3 har af betydning for en fritstilling, når lønmodtageren er funktionær. Herefter gennemgås relevant retspraksis om tabsbegrænsningspligten.

5.4.1 Introduktion

Afgørende for tabsbegrænsningspligten i relation til fritstilling er, om lønmodtageren rent faktisk er stillet frit, således at han/hun ikke skal stå til rådighed for arbejdsgiver i fritstillingsperioden. I afhandlingen tages der stilling til erstatning – ikke løn. Det er derfor nødvendigt at skitsere, hvilke tre typetilfælde der er, herunder hvilken af tilfældene der berettiger lønmodtageren til erstatning, og dermed er relevant for afhandlingen.

I situationer hvor lønmodtageren skal stå til rådighed for arbejdsgiver i opsigelsesperioden, mens arbejdsgiver ikke ønsker at bruge lønmodtagerens arbejdskraft, vil der være tale om suspension. I dette tilfælde er ansættelsesforholdet ikke afsluttet, og lønmodtageren har ikke nogen tabsbegrænsningspligt, idet lønmodtageren fortsat står til rådighed for arbejdsgiver, og får løn herfor. I denne indtil videre situation udløses der ingen misligholdelseserstatning, idet ansættelseskontrakten ikke ophæves. Typetilfældet ren suspension er således ikke relevant for afhandlingen, og vil ikke blive omtalt yderligere.

En anden situation er, at arbejdsgiver ikke har nogen glæde af lønmodtagerens arbejdskraft, og derfor vælger arbejdsgiver at stille den suspenderede fuldstændig frit, således at mellemværendet afvikles efter misligholdelsesreglerne. I denne situation bliver lønmodtageren meddelt om, at han/hun er totalt frigjort, og at udestående krav opgøres efter erstatningsreglerne. Herefter betragtes arbejdsgivers tilkendegivelse som et formelt ophør af ansættelsesforholdet.⁹² Det betyder, at parternes forpligtelser, herunder arbejdsforpligtelsen, vederlagsforpligtelsen, loyalitetsforpligtelsen m.v. ligeledes ophører, og derfor afgøres det økonomiske mellemværende som erstatning. Netop dette typetilfælde er relevant for afhandlingen. Der tages derfor udgangspunkt i denne situation, når retspraksis analyseres i relation til tabsbegrænsningspligten.

Endeligt kan der være en situation, hvor lønmodtageren og arbejdsgiver forhandler om fritstilling.⁹³ Fritstilling i medfør af en fratrædelsesaftale falder i øvrigt også uden for denne afhandling.

⁹² Hasselbalch og Munkholm: *Lærebog I - Ansættelsesret & Personalejura* s. 408-409

⁹³ Ibid s. 408-409

Herefter, når der refereres til fritstilling i nærværende afhandling, er der tale om den situation, hvor afregning sker efter erstatningsreglerne, idet ansættelsesforholdet i dette tilfælde er ophørt, og tabsbegrænsningspligten indtræffer.

5.4.1.1 Definition af fritstilling

Ved fritstilling fritager arbejdsgiver definitivt lønmodtageren fra alle forpligtelser i henhold til ansættelseskontrakten, og dermed skal lønmodtageren ikke stille sin arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiver i fritstillingsperioden.⁹⁴ En fritstilling kan alene beordres af arbejdsgiver og sker i tilknytning til opsigelsen af lønmodtageren. Dog må lønmodtageren gerne anmode arbejdsgiver om at blive fritstillet.⁹⁵ Som det er fastslået i U.2001.2357H vil der ikke være tale om en fritstilling i det tilfælde, at lønmodtageren efter eget ønske fratræder inden udløb af opsigelsesperioden.⁹⁶ Det særlige ved fritstilling er således, at samtlige forpligtelser ophører. Lønmodtageren har derfor ret til i forbindelse med fritstillingen også at søge arbejde inden for konkurrerende virksomhed.⁹⁷ Arbejdsgiver kan i øvrigt ikke efter fritstillingstidspunktet kræve, at lønmodtageren igen indtræder i arbejdsforpligtelsen.⁹⁸

Lønmodtageren har i fritstillingssituationen krav på at få dækket sit tab ved det endelige ophør, uden at hans/hendes opsigelsesvarsel skal respekteres. Kravet udgør løn i den periode, der svarer til opsigelsesvarslet og afregnes som et erstatningsbeløb. I udgangspunktet skal erstatningen beregnes efter de almindelige erstatningsregler, og i den forbindelse er lønmodtageren forpligtet til at opfylde tabsbegrænsningspligten i hele fritstillingsperioden. I det tilfælde at der er hjemmel til andet, kan erstatningen dog beregnes efter andre regler.

En sådan anden regel findes i FUL §3⁹⁹, der hjemler tabsuafhængig erstatning til funktionærer, og erstatningen beregnes derfor ikke efter de almindelige erstatningsregler. Derudover gælder der ikke nogen tabsbegrænsningspligt i minimalerstatningsperioden.

⁹⁴ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 598

⁹⁵ Paulsen m.fl.: *Personalejura – praktisk arbejde* s. 92

⁹⁶ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 598

⁹⁷ Paulsen m.fl.: *Personalejura – praktisk arbejde* s. 92

⁹⁸ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 598

⁹⁹ Se afsnit 5.2.1

Fritstilling kan sidestilles med de øvrige situationer i FUL §3, jf. U.1978.941H¹⁰⁰, hvor Højesteret fandt, at den omstændighed at arbejdsydelsen skulle ophøre inden udløb af opsigelsesvarslet, kunne sidestilles med de i FUL §3 omhandlende forhold. Funktionæren var derfor berettiget til erstatning efter denne bestemmelse.

For funktionærer betyder det derfor, at tabsbegrænsningspligten først skal iagttages, når minimalerstatningsperioden er ovre, idet de almindelige erstatningsregler finder anvendelse for den resterende del af perioden.

5.4.2 Retspraksis om tabsbegrænsningspligten

5.4.2.1 Jobsøgningsaktiviteter

Glostrup Byrets dom af 6. oktober 2022 (BS-38414/2020-GLO)

Spørgsmålet i sagen var, om en fritstillet direktørs (herefter ”L”) jobsøgningsaktiviteter var tilstrækkelige til at opfylde tabsbegrænsningspligten i fritstillingsperioden.

Sagen drejer sig om L, der udover at være blevet fritstillet også var omfattet af en konkurrenceklausul, dog uden at være berettiget til kompensation. Konkurrenceklausulen var formuleret meget bredt og udformet på en måde hvorefter L, hver gang han fik tilbudt et arbejde, skulle drøfte med sin arbejdsgiver, om det konkrete tilbud var i overensstemmelse med ansættelsesklausulen.

L gjorde gældende, at han havde dokumenteret sin overholdelse af tabsbegrænsningspligten. I den forbindelse lagde L vægt på, at han efter bedste evne havde forsøgt at opfylde tabsbegrænsningspligten. L anførte, at han på fratrædelsestidspunktet udarbejdede et LinkedIn opslag, opdaterede sin LinkedIn profil, registrerede sig som jobsøgende hos headhuntere, og at han i øvrigt var i dialog med op imod 25 personer fra sit netværk, og i proces med op imod 10 stillinger. Yderligere gjorde L gældende, at man med et erfaringsniveau tilsvarende sit ikke søger stillinger ved at respondere på jobopslag. Derudover måtte tabsbegrænsningspligten ses i sammenhæng med, at han var særligt begrænset af, at arbejdsgiver ikke ønskede at medvirke til at afgrænse eller fortolke omfanget af ansættelsesklausulen. L gjorde deslige gældende, at han blev opsagt kort forinden COVID-19

¹⁰⁰ Kristiansen: *Ansættelsesret* s. 599

udbruddet og den efterfølgende lockdown af samfundet. Derfor var det ikke rimeligt at påtale hans jobsøgningsaktiviteter, når omstændighederne gjorde det umuligt at mødes fysisk med folk, ligesom virksomhederne generelt var tilbageholdende med deres økonomi. Endeligt påpegede L under sagen, at processen var besværliggjort og useriøs, idet han efter ethvert tilbud om arbejde, skulle konferere med arbejdsgiver om, hvorvidt det var i overensstemmelse med ansættelsesklausulen.

Arbejdsgiver gjorde derimod gældende, at L i henhold til en fremlagt udtømmende oplysning over sin jobsøgning i fritstillingsperioden, ikke havde opfyldt tabsbegrænsningspligten. Arbejdsgiver henviste til, at L alene havde oplyst om fire søgte stillinger i perioden, og at L havde været i proces imod op til 10 stillinger og drøftet jobmuligheder med 25 personer i sit netværk. For så vidt angår de to sidstnævnte handlinger, anførte arbejdsgiver, at disse var utilstrækkelige til at opfylde tabsbegrænsningspligten, og at L i øvrigt ikke havde dokumenteret disse. Argumentationen herfor var, at aktiviteterne skulle ses i lyset af Ls store netværk på mere end 500 forbindelser via LinkedIn.

Resultatet i Glostrup Byret blev, at Ls jobsøgningsaktiviteter var tilstrækkelige til at opfylde tabsbegrænsningspligten. Glostrup byret lagde særligt lagt vægt på, at L havde forklaret, at hans strategi indebar, at han kontaktede personer i sit netværk med henblik på at få ansættelse. Derudover blev der lagt vægt på, at fristillingsperioden overlappede med COVID-19-pandemien, herunder nedlukningen af Danmark.

Dommen blev anket til Østre Landsret, der tog stilling i sagen den 4. april 2024 (BS-43960/2022). Østre Landsret tiltrådte de af Glostrup Byret anførte grunde i forhold til tabsbegrænsningspligten.

Dommen er et eksempel på, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes, selvom de primære jobsøgningsaktiviteter er passive. Forudsætninger for at opfylde tabsbegrænsningspligten ved passive jobsøgningsaktiviteter er i medfør af dommen, at lønmodtageren har et stort erhvervsmæssigt netværk, og at aktiviteterne er den sædvanlige måde for lønmodtageren at få arbejde på.

Af dommen kan det udledes, at lønmodtageren har gjort tilstrækkelige passive jobsøgningsaktiviteter ved at udarbejde et LinkedIn opslag, ved at opdatere sin LinkedIn profil, ved at registrere sig som jobsøgende hos headhuntere, ved at være i dialog med op imod

25 personer i sit netværk, og ved i øvrigt at være i proces med op imod 10 stillinger. Det betyder dermed, at det tillægges vægt, at lønmodtageren offentligt tilkendegiver at være jobsøgende, ligesom det tillægges vægt, at lønmodtageren udnytter sit erhvervsmæssige netværk. Derudover er dommen et udtryk for, at der skal tages hensyn til force-majeure situationer i samfundet, idet disse kan forhindre lønmodtageren i at opfylde tabsbegrænsningspligten på sædvanligvis. I forlængelse heraf skal der også tages hensyn til, om lønmodtageren på grund af en ansættelsesklausul er særligt begrænset i at søge og finde passende arbejde.

I og med at Glostrup Byret ikke anfægter Ls forklaring om, at der skal tages hensyn til erfaringsniveau, og måden hvorpå stillinger normalvis besættes, må det alt andet lige også være hensyn, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om tabsbegrænsningspligten er opfyldt ved passive jobsøgningsaktiviteter. Derudover lægges der ikke vægt på, at L udover de passive jobsøgningsaktiviteter kun har søgt 4 stillinger i hele perioden. På baggrund heraf kan det udledes, at antallet af sendte jobansøgninger ikke er afgørende, men derimod er det de generelle bestræbelser på at finde andet passende arbejde, der er afgørende.

U.2015.744Ø

I denne sag forholdt Østre Landsret sig til, om en fritstillet gartner (herefter "L") opfyldte tabsbegrænsningspligten i hele fritstillingsperioden ved først at være aktivt jobsøgende 3-4 uger inden udløb af perioden. Sagen angik L med et opsigelsesvarsel på 3 måneder, der blev fritstillet på grund af opsigelse, idet arbejdsgiver gik i betalingsstandsning. 2 måneder herefter blev arbejdsgiver erklæret konkurs, hvorfor L rettede sit krav på manglende udbetalt løn til Lønmodtagernes Garantifond (herefter "LG"). LG afslog at betale den manglende lønudbetaling under henvisning til, at L ikke havde gjort en tilstrækkelig indsats for at få nyt arbejde i perioden.

Det fremgår af sagens faktum, at der ikke var nogen ledige stillinger at søge i gartnerfaget i vinterperioden, og at det i øvrigt sjældent var tilfældet. Desuden fremgår det, at L ikke havde kvalifikationer til dekorationsarbejde, og derfor var hun særligt begrænset i sine jobmuligheder.

L foretog sig intet, før hun 5 uger efter fritstillingstidspunktet meldte sig ledig i jobcentret. 3-4 uger inden fritstillingsperiodens udløb, blev L kontaktet af sin fagforening med besked om, at arbejdsgiver var gået konkurs, og at hun derfor skulle søge arbejde. I denne måned søgte L fire stillinger.

L gjorde gældende, at hun hverken i medfør af sin ansættelseskontrakt eller opsigelseskrivelse var forpligtet til at søge et bestemt antal stillinger om måneden i fritstillingsperioden. I den forbindelse gjorde hun ligeledes gældende, at LGs krav til tabsbegrænsningspligten er mere vidtgående end dem, der opstår inden for ansættelsesretten, når arbejdsgiver fritstiller en. L anførte yderligere, at hun havde opfyldt den almindelige tabsbegrænsningspligt ved at melde sig ledig og søge 4 stillinger i én af månederne. I forlængelse heraf anførte L, at hun selv hvis hun havde søgt arbejde umiddelbart efter fritstillingen, ikke ville kunne have fået passende arbejde, idet jobmulighederne i branchen var begrænset på daværende tidspunkt på grund af vejrforholdene.

Omvendt gjorde LG gældende, at der i dansk ret gælder en almindelig tabsbegrænsningspligt, som også finder anvendelse i forhold til udbetalinger fra LG, og at L ikke havde opfyldt denne pligt ved først at være aktivt jobsøgende 3-4 uger inden udløbet af perioden. Yderligere anførte LG, at deres vejledning om at skulle søge 3-4 stillinger om måneden er i overensstemmelse med, hvad der i almindelighed forstås ved aktiv jobsøgning, dog således at konkrete omstændigheder kan føre til en ændret bedømmelse. LG argumenterede for, at L ikke havde dokumenteret eller sandsynliggjort, at der forelå konkrete omstændigheder, der kunne begrunde en ændret bedømmelse af tabsbegrænsningspligten. På baggrund heraf bad LG retten om at lægge til grund, at de fire jobansøgninger i den ene måned var utilstrækkelige i forhold til at udgøre en opfyldelse af tabsbegrænsningspligten for hele perioden.

Østre Landsret fandt herefter, at L alene havde opfyldt tabsbegrænsningspligten i den måned, hvor hun søgte 4 stillinger, og at erstatningen derfor skulle nedsættes så den svarer til lønudbetalingen for denne periode. Det var dermed ikke tilstrækkeligt til at opfylde tabsbegrænsningspligten i hele perioden, at L søgte fire stillinger i den ene måned.

I begrundelsen herfor lagde Østre Landsret vægt på, at spørgsmålet om opfyldelse af tabsbegrænsningspligten skal besvares ud fra en konkret vurdering, hvorefter det er afgørende, om lønmodtageren har udfoldet sådanne bestræbelser, der under hensyn til

markeds- og beskæftigelsesforholdene med rimelighed må forventes af en person med de faglige kvalifikationer og erfaringsgrundlag. Herefter påhvilede det L at godtgøre, at jobmulighederne var så begrænset, at hun var berettiget til helt at undlade at være aktivt jobsøgende i dele af perioden. L havde ikke godtgjort, at det var rimeligt ikke at være aktivt jobsøgende i de første 8-9 uger efter fritstillingstidspunktet. Yderligere lagde Østre Landsret vægt på, at det som udgangspunkt ikke kan anses for tilstrækkeligt til at opfylde tabsbegrænsningspligten, at lønmodtageren melder sig ledig hos jobcenteret.

På baggrund af dommen kan der udledes en regel om, at lønmodtageren aktivt skal søge at finde passende arbejde for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Derfor er det ikke i sig selv tilstrækkeligt at være tilmeldt jobcenteret som ledig, og det er ikke afgørende for, om lønmodtageren opfylder pligten. Dommen er tillige et eksempel på, at lønmodtageren som tommelfingerregel skal søge 3-4 stillinger om måneden for at opfylde reglen om at være aktivt jobsøgende. Der skal i relation til tommelfingerreglen foretages en vurdering ud fra de konkrete omstændigheder, således at det i nogle situationer kan være tilstrækkeligt at søge færre stillinger. I vurderingen skal der tages hensyn til markeds- og brancheforholdene, og lønmodtagerens jobmuligheder, samt uddannelsesmæssige baggrund og erfaring. På den måde kan det fastslås, hvad der er rimeligt at kræve af lønmodtageren. I medfør af dommen er det dog en forudsætning for at tillægge hensynene vægt, at lønmodtageren kan sandsynliggøre, at de konkrete omstændigheder har været så begrænsende for jobsøgningen, at det er berettiget ikke at gøre nogen bestræbelser på at finde passende arbejde i dele af perioden.

5.4.3 Betragtninger

De ovenfor analyserede domme vedrører tabsbegrænsningspligten i en fritstillingsperiode i relation til de almindelige erstatningsretlige regler, idet ingen af de omtalte lønmodtagere er omfattet af FUL §3. Det betyder, at der ikke er ret til minimalerstatning i de første 3 måneder af fritstillingsperioden, og derfor skal tabsbegrænsningspligten opfyldes, selvom opsigelsesvarslet i U.2015.744Ø kun er 3 måneder.

Efter den almindelige tabsbegrænsningspligt, har lønmodtageren pligt til at søge at begrænse arbejdsgivers tab mest muligt, hvorfor der skal tages hensyn til, at der kan ske

modregning i erstatningen med den løn, som lønmodtageren får fra andet passende arbejde i perioden. Dette adskiller sig fra reglerne om nedsættelse af kompensationen i medfør af AKL.

Til trods herfor er der ikke nogen omstændigheder i dommen BS-38414/2020-GLO der gør, at vi ikke kan lade os inspirere af, hvad der i henhold til denne skal til for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Tværtimod er dommen særligt forenelig med AKL, idet lønmodtageren i fritstillingsperioden også var omfattet af en ansættelsesklausul, der var begrænsende i forhold til jobmulighederne. Af den grund er der i vurderingen derfor taget hensyn til, at omfanget af ansættelsesklausulen kan have betydning for, hvilke og hvor mange bestræbelser der kan kræves, at lønmodtageren gør for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Ud fra disse betragtninger er det vores vurdering, at vi i relation til AKL kan trække inspiration fra BS-38414/2020-GLO.

Derudover kan vi lade os inspirere af, at lønmodtageren i medfør af dommen U.2015.744Ø ikke kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved alene at være tilmeldt jobcenteret som ledig. Dette begrundes med, at den almindelige opfattelse af tabsbegrænsningspligten er, at lønmodtageren aktivt skal forsøge at få passende arbejde, hvilket også gælder efter tabsbegrænsningspligten i relation til AKL.

LG anførte i denne dom, at det i almindelighed kan kræves, at lønmodtageren søger 3-4 stillinger om måneden for at være aktivt jobsøgende, og at deres vejledning herom derfor ikke er for vidtrækkende i forhold til den almindelige tabsbegrænsningspligt. Østre Landsret forholder sig ikke direkte hertil, men resultatet i dommen var, at tabsbegrænsningspligten var opfyldt i den periode, hvor der var søgt 4 stillinger, mens den ikke var opfyldt i den resterende periode, hvor der ikke var søgt nogen stillinger. Eftersom domstolen ikke anfægter LGs argumentation, må det som tommelfingerregel kunne kræves, at lønmodtageren, under henvisning til den almindelige tabsbegrænsningspligt, søger 3-4 stillinger om måneden.

Tommelfingerreglen skal i medfør af U.2015.744Ø ses i relation til et skøn ud fra de konkrete omstændigheder, hvorfor de konkrete omstændigheder i sidste ende er afgørende for, hvor mange jobansøgninger lønmodtageren skal sende for at være aktivt jobsøgende. Med andre ord betyder det, at vi ud fra en konkret vurdering på trods af tommelfingerreglen kan komme frem til, at færre jobansøgninger kan være tilstrækkelige til at

opfylde pligten. På baggrund heraf vurderer vi, at der ikke er noget til hinder for at vi lader os inspirere heraf, når tabsbegrænsningspligten vurderes i relation til AKL. Dette skyldes, at der i skønnet kan tages hensyn til omfanget af ansættelsesklausulen. I forlængelse heraf kan vi derfor også trække inspiration fra dommen i forhold til, hvad der skal tages hensyn til i vurderingen af, om lønmodtagerens bestræbelser er tilstrækkelige.

5.4.4 Delkonklusion

Det kan på baggrund af U.2015.744Ø konkluderes, at lønmodtageren aktivt skal bestræbe sig på at få nyt passende arbejde. I den forbindelse fastslår dommen, at det ikke er tilstrækkeligt kun at tilmelde sig jobcenteret som ledig. For at lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved aktive jobsøgningsaktiviteter, skal lønmodtageren som tommelfingerregel sende 3-4 jobansøgninger om måneden. I vurderingen af om tabsbegrænsningspligten er opfyldt, skal antallet af jobansøgninger dog ses i relation til, hvad der vil være rimeligt ud fra de konkrete omstændigheder. I forhold til hvad der vil være rimeligt ud fra de konkrete omstændigheder, skal der tages hensyn til markeds- og brancheforholdene, og lønmodtagerens jobmuligheder, samt uddannelsesmæssige baggrund og erfaring. På baggrund heraf vides det, hvad der med rimelighed kan kræves af lønmodtageren.

Det kan derudover konkluderes, at antallet af sendte jobansøgninger ikke i alle situationer er afgørende for om tabsbegrænsningspligten opfyldes, men derimod kan de generelle bestræbelser på at få passende arbejde være afgørende. Dette er dommen BS-38414/2020-GLO et eksempel på, hvor det var uden betydning, at lønmodtageren kun havde søgt fire stillinger i hele perioden, idet der i øvrigt var gjort mange andre bestræbelser på at få passende arbejde. Antallet af jobansøgninger skal derfor ses i relation til lønmodtagerens øvrige bestræbelser.

Ydermere er denne dom et eksempel på, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved, at lønmodtageren primært bestræber sig på at få passende arbejde ved at foretage *passive jobsøgningsaktiviteter*. Tilstrækkelige passive jobsøgningsaktiviteter er, *at man udarbejder et LinkedIn opslag, at man opdaterer sin LinkedIn profil, at man registrerer sig som jobsøgende hos headhuntere, at man er i dialog med flere personer i sit netværk om ansættelse og, at man er i proces imod flere stillinger*. Disse passive jobsøgningsaktiviteter

skal vurderes i forhold til de konkrete omstændigheder, idet der skal tages hensyn til, hvor stort et erhvervsmæssigt netværk lønmodtageren har. Afgørende for om lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved primært at foretage passive jobsøgningsaktiviteter frem for aktive jobsøgningsaktiviteter, er, at der tages hensyn til kutymen for besættelse af den konkrete stillingstype, herunder om lønmodtageren sædvanligvis får passende arbejde ved at respondere på åbne stillingsopslag eller ved at udnytte sit netværk.

Det konkluderes derudover, at der i vurderingen af om tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved passive jobsøgningsaktiviteter, skal tage hensyn til om force-majeure situationer gør det påkrævet, idet lønmodtageren i en sådan situation kan være afskåret fra at foretage de sædvanlige aktive jobsøgningsaktiviteter.

6. Analyse af tabsbegrænsningspligten inden for tilgrænsende retsområder

I dommen U.2015.744Ø blev der gjort opmærksom på, at LG i deres vejledning stiller krav til lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt i relation til, at LG indtræder i lønmodtagerens krav på løn ved arbejdsgivers konkurs. Derfor er det interessant at undersøge disse krav nærmere.

Derudover refereres der i BS-7846/2019 direkte til arbejdsløshedsforsikringslovens §62, hvilket betyder, at vi i mangel af anden lovgivning kan rette blikket mod rådighedsreglerne. Af den grund er det tillige interessant at foretage en nærmere analyse af, hvad der i henhold til disse regler gælder for opfyldelsen af tabsbegrænsningspligten.

Ved at analysere hvad der gælder for tabsbegrænsningspligten inden for disse tilgrænsende retsområder, kan vi finde ud af, om der er nogle regler, som vi kan lade os inspirere af ved vurderingen af, om tabsbegrænsningspligten er opfyldt i medfør af AKL.

6.1 Lønmodtagernes Garantifond

LG er en fond oprettet til at sikre lønmodtagerens krav på løn i tilfælde af eksempelvis arbejdsgivers konkurs, jf. Lønmodtagernes Garantifondlov § 1, stk. 1.¹⁰¹ LG skal dække krav på løn, feriepenge m.v., der kan opnå fortrinsstilling i arbejdsgivers konkursbo i medfør af konkursloven. Lønmodtageren kan derfor ikke få andet og mere fra LG, end arbejdsgiver eller konkursboet var forpligtet til at betale.¹⁰² Alle privilegerede krav i henhold til konkursloven, kan kræves dækket af LG. I praksis vil lønmodtageren således ofte rette sit krav på løn m.v. imod garantifonden.¹⁰³ LG dækker erstatning for ikke-udbetalt løn i opsigelsesperioden.¹⁰⁴

¹⁰¹ Lovbekendtgørelse om Lønmodtagernes Garantifond nr. 1244

¹⁰² Lønmodtagernes Garantifond, *Vejledning om LG's dækning ved konkurs, ophør, død eller rekonstruktion* s. 5

¹⁰³ Møgelvang-Hansen og Juul-Sandberg: *Kreditorfølgning – materiel foged-og konkursret* s. 362

¹⁰⁴ Lønmodtagernes Garantifond, *Vejledning om LG's dækning ved konkurs, ophør, død eller rekonstruktion* s. 11

Kravene til tabsbegrænsning

Lønmodtageren har alene ret til erstatning for manglende udbetalt løn af arbejdsgiver, hvis tabsbegrænsningspligten i medfør af LGs vejledning opfyldes. Det betyder, at tabsbegrænsningspligten opfyldes ved, at lønmodtageren i hele opsigelsesperioden aktivt søger nyt passende arbejde.¹⁰⁵

For at være aktivt jobsøgende skal lønmodtageren i henhold til vejledningen søge mindst 3-4 stillinger om måneden. I den forbindelse opfordrer LG til, at lønmodtageren lægger sit CV på internettets jobbørser, dog således at det ikke er tilstrækkeligt udelukkende at gøre dette. Lønmodtageren skal altså også aktivt søge passende arbejde på anden vis.¹⁰⁶

I det tilfælde at lønmodtageren har et længere opsigelsesvarsel, er det anført i LGs vejledning, at det kan være nødvendigt at lade den aktive jobsøgning omfatte stillinger uden for ens tidligere fag eller lokalområde.¹⁰⁷ På baggrund heraf må det betyde, at lønmodtageren som udgangspunkt ikke har pligt til at søge stillinger uden for sit tidligere fag eller lokalområde.

Hvis lønmodtageren ikke står til rådighed på arbejdsmarkedet i *hele* perioden, kan det medføre fortabelse af retten til erstatning. Af LGs vejledning fremgår det eksplicit, at lønmodtageren ikke står til rådighed på arbejdsmarkedet ved at etablere selvstændig virksomhed, ved at påbegynde studie eller ved at overgå til pension.¹⁰⁸ Retsvirkningen herved er derfor, at retten til erstatning bortfalder fra den dato, hvor lønmodtageren ikke længere står til rådighed.

Ydermere fremgår det af vejledningen, at lønmodtageren har pligt til at dokumentere, at kravet om aktiv jobsøgning er opfyldt. Dokumentation er tilstrækkelig, når lønmodtageren via LGs selvbetjening har oplyst, hvor mange stillinger der er søgt. Dokumentation er en betingelse for, at LG udbetaler erstatning for løn i opsigelsesperioden til lønmodtageren.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ibid s. 12

¹⁰⁶ Ibid s. 12

¹⁰⁷ Ibid s. 12

¹⁰⁸ Ibid s. 13

¹⁰⁹ Ibid s. 13

Konsekvensen af at lønmodtageren ikke opfylder tabsbegrænsningspligten ved aktivt at søge passende arbejde, er, at LG kan reducere erstatningen eller helt undlade at betale erstatningen.¹¹⁰

6.1.1 Betragtninger

Fælles for de to retsområder er, at lønmodtageren har ret til at få udbetalt erstatning for en ulempe påført af arbejdsgiver – enten i form af manglende udbetalt løn, eller i form af en ansættelsesklausul. I den forbindelse er det også i begge tilfælde en forudsætning for at bibeholde retten til erstatning, at lønmodtageren opfylder en tabsbegrænsningspligt. Retsområderne kan ydermere sammenlignes ved, at lønmodtageren har en pligt til at dokumentere, at tabsbegrænsningspligten er opfyldt.

Det der adskiller sig fra LGs vejledning og AKL er, at LG stiller forholdsvis strenge krav til opfyldelsen af tabsbegrænsningspligten, hvorimod AKL alene indeholder et krav om, at lønmodtageren skal søge at finde andet passende arbejde. Dette skyldes, at de bagvedliggende hensyn er forskellige. I en konkurssituation er det den almindelige tabsbegrænsningspligt der finder anvendelse, hvorefter lønmodtageren skal søge at begrænse tabet mest muligt, i og med at der kan ske modregning i erstatningen med den indtægt, lønmodtageren får fra andet passende arbejde. Derimod indeholder AKL en eksplicit tabsbegrænsningspligt, hvorefter arbejdsgiver kan nedsætte compensationen til den lave sats, når lønmodtageren finder passende arbejde.

På baggrund heraf vurderer vi, at vi kun kan lade os inspirere af nogle af de krav, der fremgår af LGs vejledning, mens andre krav er for vidtgående i forhold til, hvad der er nødvendigt for at opfylde tabsbegrænsningspligten efter AKL.

Af LGs vejledning fremgår det, at lønmodtageren skal søge arbejde uden for sit faglige område, hvis lønmodtageren har et længere opsigelsesvarsel. Dette er i konflikt med, at lønmodtageren i medfør af AKL alene skal søge arbejde inden for sit faglige område. Derfor mener vi ikke, at vi kan trække inspiration fra reglen. Vores vurdering beror på, at lønmodtageren efter AKL ikke som udgangspunkt kan opfylde tabsbegrænsningspligten

¹¹⁰ Ibid s. 12

ved at søge arbejde uden for sit faglige område. Lønmodtageren bibeholder kun retten til fuld kompensation ved rimeligt arbejde, hvis årsagen til at der ikke er fundet passende arbejde, er, at ansættelsesklausulen er for indgribende.

I forlængelse af kravet om at lønmodtageren skal søge stillinger uden for sit faglige område, er det i vejledningen også anført, at lønmodtageren skal søge uden for sit lokalområde. I og med at der hverken i AKL eller retspraksis efter AKL er taget stilling til, hvor lønmodtageren geografisk skal søge passende arbejde henne, vurderer vi, at vi kan lade os inspirere af reglen. Når der trækkes inspiration fra reglen i relation til AKL er det dog nødvendigt at tage hensyn til de konkrete omstændigheder, herunder især omfanget af ansættelsesklausulen og jobmulighederne, ligesom der skal tages hensyn til, at arbejdsgiver i medfør af AKL bærer risikoen for, at en ansættelsesklausul er for indgribende.

Kravet om at lønmodtageren skal søge mindst 3-4 stillinger om måneden, må i lyset af dommen U.2015.744Ø¹¹¹ skulle ses som en tommelfingerregel og ikke som et betinget krav for at opfylde tabsbegrænsningspligten. På baggrund heraf mener vi, som vi også anførte i betragtningerne til dommen, at vi kan lade os inspirere heraf. Vores resultat bunder i, at lønmodtageren i almindelighed anses for at være aktivt jobsøgende, når han/hun søger 3-4 stillinger om måneden. Selvom kravet til aktiv jobsøgning i almindelighed opfyldes ved, at lønmodtageren søger 3-4 stillinger om måneden, må tommelfingerreglen dog i henhold til AKL skulle anskues ud fra de konkrete omstændigheder. Derfor vurderer vi, at antallet af jobansøgninger ikke nødvendigvis bør være afgørende for, om tabsbegrænsningspligten opfyldes, men derimod må der også tages udgangspunkt i, hvilke bestræbelser lønmodtageren ellers har gjort for at få passende arbejde. I forbindelse hermed er der heller ikke noget til hinder for, at vi lader os inspirere af, at det kan tillægges vægt, at lønmodtageren lægger sit CV op på internettets jobbørser, i og med at øvrige bestræbelser netop også har betydning.

Udover at LGs vejledning anfører kravene til at være aktivt jobsøgende, nævnes også de situationer der eksplicit medfører, at lønmodtageren ikke står til rådighed på arbejdsmarkedet, og dermed er afskåret fra at opfylde tabsbegrænsningspligten. De oplistede situationer er: etablering af selvstændig virksomhed, studie og pension.

¹¹¹ Se afsnit 5.4.2.1

For så vidt angår etablering af selvstændig virksomhed, kan vi ikke lade os inspirere af, at tabsbegrænsningspligten ikke kan opfyldes herved. Vores vurdering er, at dette vil være i strid med, at domstolene i U.2013.2107H¹¹² fraveg udgangspunktet i U.2004.1715Ø¹¹³ om, at tabsbegrænsningspligten ikke kan opfyldes ved etablering af selvstændig virksomhed. Som anført under betragtningerne til disse domme, mener vi, at det i henhold til AKL er underordnet, om lønmodtageren får passende arbejde som lønmodtager eller som selvstændig, idet kompensationen kan nedsættes uanset størrelsen på indtægten fra det nye passende arbejde.

Vi vurderer heller ikke, at vi kan trække inspiration fra reglen om, at tabsbegrænsningspligten ikke kan opfyldes, hvis lønmodtageren påbegynder studie, idet vores klare opfattelse er, at man sideløbende med studie kan være nødsaget til at have et arbejde for at dække sine udgifter, og at lønmodtageren i den situation derfor fortsat vil stå til rådighed på arbejdsmarkedet. Derudover er der mange muligheder for, hvordan et studie tilrettelægges – enten som deltidsstudie, fjernstudie eller noget helt tredje. Af den grund vil lønmodtageren derfor i mange tilfælde fortsat være tilknyttet arbejdsmarkedet, selvom der påbegyndes uddannelse. Afgørende for om lønmodtageren efter AKL kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at påbegynde studie, bør bero på de konkrete omstændigheder, og ikke være bestemt på forhånd. Grunden hertil er særligt, at det ikke kan være rimeligt at fratage kompensationen i det tilfælde, at lønmodtageren rent faktisk kan have arbejde sideløbende med studiet. Dette skyldes, at lønmodtageren i denne situation fortsat vil være begrænset af ansættelsesklausulen.

Tabsbegrænsningspligten kan i henhold til LGs vejledning ikke opfyldes, hvis lønmodtageren overgår til pension. Pension er en frivillig, permanent tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet, hvor lønmodtageren selv vælger ikke længere at stå til rådighed på arbejdsmarkedet. Når lønmodtageren ikke længere står til rådighed på arbejdsmarkedet, er han/hun heller ikke begrænset af ansættelsesklausulen efter AKL. Derfor er der intet til hinder for at lade sig inspirere heraf.

¹¹² Se afsnit 5.1.1.1

¹¹³ Se afsnit 5.1.1.1

6.1.2 Delkonklusion

Det kan på baggrund af LGs vejledning og vores betragtninger konkluderes, at det som tommelfingerregel kan kræves, at lønmodtageren søger 3-4 stillinger om måneden for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Dog skal reglen ses i lyset af, hvilke øvrige bestræbelser lønmodtageren gør for at få passende arbejde. I den forbindelse kan det tillægges vægt, at lønmodtageren lægger sit CV op på internettets jobbørser.

Vedrørende hvor lønmodtageren geografisk skal søge, kan det kræves, at lønmodtageren søger uden for sit lokalområde, hvis det er nødvendigt for at få passende arbejde.

Endeligt kan det fastslås, at lønmodtageren afskærer sig fra at opfylde tabsbegrænsningspligten ved at overgå til pension.

6.2 Regler om rådighed

Rådighedsbekendtgørelsen der har hjemmel i arbejdsløshedsforsikringsloven¹¹⁴ præciserer betingelserne, der skal opfyldes for, at retten til dagpenge bibeholdes. I dette afsnit gennemgås reglerne for retten til dagpenge, og det overvejes, hvad disse regler kan bruges til i vurderingen af kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til AKL – enten som 1-1 krav, som inspiration eller slet ikke.

6.2.1 Rådighedsbekendtgørelsen

Der henvises i nogle af dommene, ovenfor, til A-kassens opfattelse af rådighed, der er reguleret i bekendtgørelse 2023-12-12 nr. 1590 om rådighed vedrørende retten til dagpenge ("Rådighedsbekendtgørelsen").¹¹⁵ Det tyder derfor på, at det er et retsområde, som dommerne henholder sig til, når de vurderer tabsbegrænsningspligten inden for ansættelsesretten.

I medfør af rådighedsbekendtgørelsens §6 er det en betingelse for, at et medlem af en A-kasse kan få udbetalt dagpenge, at medlemmet er tilmeldt jobcenteret som ledig. I

¹¹⁴ Lovbekendtgørelse om arbejdsløshedsforsikring m.v. nr. 208

¹¹⁵ Bekendtgørelse om rådighed nr. 1590

dommen SH2009.F-6-08¹¹⁶ blev tilmelding til jobcenteret medtaget i vurderingen af, om tabsbegrænsningspligten var opfyldt efter FUL §3, men det var ikke i sig selv afgørende for, om der var ret til erstatning. Det må betyde, at tilmelding til jobcenteret er en nødvendighed i forhold til at stå til rådighed på arbejdsmarkedet, men ikke i sig selv tilstrækkeligt til at opfylde tabsbegrænsningspligten.

Derudover bestemmer §8, stk. 1, at medlemmet skal kunne overtage rimeligt arbejde med fuld sædvanlig arbejdstid på de vilkår, der er almindelige inden for det faglige område. Efter stk. 2 vedrører rimeligt arbejde alt arbejde, som medlemmet kan varetage.

For så vidt angår transporttid skal medlemmet som udgangspunkt i medfør af §9 kunne overtage arbejde, der medfører en samlet transporttid på op til 3 timer med offentlig transport. Efter 3 måneders ledighed skal medlemmet tåle en samlet transporttid på mere end 3 timer, jf. stk. 1. I særlige situationer skal medlemmet tåle en transporttid på op til 4 timer, jf. stk. 2. Hvis medlemmet er mellem- eller højtuddannet, skal han/hun kunne overtage arbejde uanset den daglige transporttid, hvis det er nødvendigt for at besætte ledige stillinger med kvalificeret arbejdskraft, jf. stk. 3. Hvis medlemmet bor i et område, hvor det er nødvendigt med længere transporttid end sædvanligt, skal han/hun tåle den længere transporttid, jf. stk. 4.

Rådighedsbekendtgørelsen stiller i §13 også krav om, at medlemmet senest to uger efter tilmelding til jobcenteret, registrerer sine CV-oplysninger og gør disse tilgængelige på Jobnet.

Yderligere krav til jobsøgningen er anført i §14, hvoraf det bl.a. fremgår, *at* medlemmet skal søge stillinger kontinuerligt, *at* medlemmet skal søge opslåede stillinger, *at* medlemmet skal søge helårsarbejde med sædvanlig arbejdstid og, *at* jobsøgningen skal være realistisk og seriøs.

I henhold til hvor mange jobansøgninger der skal sendes for at være aktivt jobsøgende, er §14, stk. 11 relevant. Heraf fremgår det, at medlemmet i joblog skal uploade det antal jobansøgninger, som A-kassen har bedt om. Det er således op til den enkelte A-kasse at vurdere, hvad der er rimeligt og realistisk. Mange A-kasser har oftest en forventning om,

¹¹⁶ Se afsnit 5.2.2.2

at der søges minimum 1-2 stillinger om ugen, og derfor har medlemmet som udgangspunkt ikke ret til dagpenge, hvis der søges færre stillinger.

I det tilfælde at medlemmet bliver syg, har han/hun efter rådighedsbekendtgørelsens §21 ikke pligt til at opfylde tabsbegrænsningspligten ved aktiv jobsøgning for at få udbetalt dagpenge under de første 14 dages sygdom. Medlemmet skal dog overfor A-kassen melde sig syg.

Rådighedsbekendtgørelsen bestemmer også, at medlemmet som udgangspunkt ikke står til rådighed på arbejdsmarkedet, hvis der påbegyndes uddannelse, jf. §33. Som undtagelser kan medlemmet bibeholde retten til dagpenge, hvis uddannelsen eksempelvis er jobrettet eller placeret uden for almindelig arbejdstid. I den juridiske litteratur anfører bl.a. Morten Langer, at det vil være nærliggende at drage parallel herfra. Gør man det, kan arbejdsgiver tilbageholde compensationen under henvisning til, at fremtidsplanerne medfører at lønmodtageren ikke står til rådighed længere. Dog inddrager han et synspunkt om, at lønmodtageren ikke tilsidesætter tabsbegrænsningspligten, hvis det godtgøres, at fremtidsplanerne ikke forhindrer lønmodtageren i at være aktivt jobsøgende.¹¹⁷

6.2.2 Betragtninger

Formålet med reglerne om rådighed er at opnå så høj beskæftigelse i samfundet som muligt, og derfor stilles der strenge krav til jobsøgningsaktiviteterne. Det er således et andet hensyn end det bagvedliggende hensyn vedrørende ansættelsesklausuler. Der er formålet at sikre arbejdsgiver imod konkurrence, samtidig med at lønmodtageren kompenseres økonomisk for at være begrænset i at finde nyt passende arbejde.

I dommen BS-7846/2019¹¹⁸ kan vi se, at tabsbegrænsningspligten inden for ansættelsesretten kan opfyldes, hvis lønmodtageren opfylder tabsbegrænsningspligten i relation til arbejdsløshedsreglerne. En ting er, at lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten herved, en anden ting er, om rådighedsreglerne skal gælde 1-1 i en situation med AKL, således at det er et krav, at betingelserne efter rådighedsreglerne er opfyldt, for at lønmodtageren kan bibeholde retten til compensation. Vores opfattelse er, at det ikke vil være

¹¹⁷ Langer og Hesgaard: *Konkurrence og kundeklausuler* s. 192

¹¹⁸ Se afsnit 5.2.2.3

rimeligt at anvende reglerne om rådighed 1-1, idet der netop er helt centrale forskelle på offentlig forsørgelse og en privat aftale, hvor den ene part hæmmer den andens virkemidler. Vi mener derimod, at vi godt kan trække inspiration fra, hvad der gælder efter nogle af reglerne.

Først og fremmest tyder det på, at tilmelding til jobcenteret som ledig er en nødvendighed for at stå til rådighed på arbejdsmarkedet i medfør af rådighedsreglerne, men at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at opfylde tabsbegrænsningspligten. Vi vurderer, at dette kan anses for en passiv jobsøgningsaktivitet, der kan lægges vægt på, når det vurderes om lønmodtageren i relation til AKL har gjort nok for at finde nyt passende arbejde. Hvis lønmodtagerens øvrige jobsøgningsaktiviteter er tilstrækkelige, men lønmodtageren ikke har tilmeldt sig jobcenteret, bør det ikke medføre, at tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes.

I forlængelse heraf er kravet om at medlemmet skal registrere CV-oplysninger og gøre disse tilgængelige på Jobnet, ligeledes passive jobsøgningsaktiviteter, vi kan lade os inspirere af i forhold til, om lønmodtageren efter AKL ud fra en helhedsvurdering har gjort nok. Dette er muligt, fordi det i ansættelsesretlig retspraksis tillægges vægt, at lønmodtageren gør sig tilgængelig for andre arbejdsgivere.

I forhold til hvilken type stillinger medlemmet skal søge, fastsætter rådighedsbekendtgørelsens §8, at medlemmet skal kunne overtage *rimeligt* arbejde. Denne regel står i kontrast til AKL, hvorefter tabsbegrænsningspligten opfyldes ved *passende* arbejde, og ikke som udgangspunkt ved rimeligt arbejde. Vi kan ikke lade os inspirere af denne bestemmelse, idet kravet ikke vil være i overensstemmelse med, at lønmodtageren efter AKL kompenseres for at være begrænset i at finde passende arbejde. Hvis lønmodtageren blot kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at søge rimeligt arbejde, vil han/hun ikke være begrænset af ansættelsesklausulen, idet denne vedrører konkurrerende virksomheder, der er inden for ens faglige område. Desuden vil formålet med ansættelsesklausuler blive uden betydning, hvis vi lader os inspirere af reglen, og hensynene til AKL vil blive tilsidesat.

Vi kan heller ikke lade os inspirere af reglen om, at medlemmet skal søge 1-2 stillinger om ugen. Begrundelsen herfor er, at det efter vores vurdering vil være et for vidtrækkende krav at stille i forhold til, at lønmodtageren i henhold til AKL er begrænset i sine jobmuligheder. Der vil utvivlsomt være situationer, hvor ansættelsesklausulen er så

begrænsende, at lønmodtageren ikke vil kunne opfylde denne betingelse. Dette er desuden også, hvad der er taget hensyn til i AKL, når tabsbegrænsningspligten som en undtagelse kan opfyldes, selvom lønmodtageren påtager sig et rimeligt arbejde – og retten til compensation bibeholdes imod en fortsat aktiv jobsøgning.

Derudover kan vi ikke trække inspiration fra reglerne, der angår transporttid, idet årsagen til de strenge krav findes i hensynet til at mindske ledigheden mest muligt og besætte stillinger, hvor der er brug for kvalificeret arbejdskraft. Vores opfattelse er, at hvis det er nødvendigt at kræve, at lønmodtageren søger passende arbejde langt væk fra det tidligere arbejdssted, indikerer dette, at ansættelsesklausulen er for begrænsende, hvilket arbejdsgiver skal bære risikoen for. Denne betragtning stemmer i øvrigt overens med, at vi af dommen U.1974.573S¹¹⁹ kunne udlede, at lønmodtageren som udgangspunkt ikke skal tåle mere, end hvad man ville skulle tåle i forbindelse med en vilkårsændring i det løbende ansættelsesforhold.

I henhold til de nævnte jobsøgningskrav i rådighedsbekendtgørelsens §14, kan vi lade os inspirere af, *at* der skal søges stillinger kontinuerligt, *at* der skal søges opslåede stillinger, og *at* jobsøgningen skal være realistisk og seriøs, idet vores formodning er, at dette netop er, hvad der i almindelighed kan anses for at være en aktiv jobsøgning. Dette er således foreneligt med, at lønmodtageren i medfør af AKL *aktivt* skal søge at finde passende arbejde. I forhold til at jobsøgningen skal være realistisk og seriøs, betyder det, at der i vurderingen af om lønmodtageren har gjort tilstrækkelige bestræbelser for at opfylde tabsbegrænsningspligten efter AKL, skal tages hensyn til, hvad der med rimelighed må forventes af en person med de faglige kvalifikationer og erfaringsgrundlag.

Derimod kan vi ikke trække inspiration fra reglen om, at medlemmet skal søge helårsarbejde med sædvanlig arbejdstid. Begrundelsen herfor er, at arbejdstid og arbejdstype bør være uden betydning for, om lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten efter AKL, idet der alene stilles krav om, at der søges passende arbejde. Arbejdsgiver har adgang til at nedsætte compensationen til den lave sats, uanset arbejdstid og arbejdstype, forudsat at arbejdet er passende.

¹¹⁹ Se afsnit 5.2.2.1

Reglen om at medlemmet skal sygemelde sig hos A-kassen eller jobcenteret for at bibeholde retten til dagpenge, kan vi heller ikke trække inspiration fra. Dette beror på, at parternes forpligtelser over for hinanden i et ansættelsesforhold ophører på det tidspunkt, ansættelseskontrakten definitivt ophører. I relation til AKL skal der således tages højde for, at tabsbegrænsningspligten først indtræffer på fratrædelsestidspunktet. På baggrund heraf kan det derfor ikke kræves, at lønmodtageren over for arbejdsgiver skal sygemelde sig for at opfylde tabsbegrænsningspligten ved sygdom. Derimod må det være afgørende, om lønmodtageren i tilfælde af en retssag er i stand til at dokumentere berettigelsen af ikke at have iagttaget tabsbegrænsningspligten, for at bibeholde retten til compensation.

Vores betragtninger i forhold til at medlemmet i medfør af rådighedsbekendtgørelsens §33 ikke som udgangspunkt står til rådighed på arbejdsmarkedet under uddannelse, er de samme som anført under afsnit 6.1.1. Som supplerende bemærkning kan der trækkes inspiration fra reglen om, at medlemmet mister retten til dagpenge, hvis han/hun ikke står til rådighed. Det betyder, at i det tilfælde at uddannelsen gør, at lønmodtageren ikke længere står til rådighed på arbejdsmarkedet, kan arbejdsgiver tilbageholde compensationen. Omvendt bør lønmodtageren fortsat have ret til compensation efter AKL, hvis lønmodtageren på trods af uddannelse fortsat står til rådighed. Vurderingen af om tabsbegrænsningspligten opfyldes ved at starte uddannelse, må derfor uden tvivl skulle foretages ud fra de konkrete omstændigheder, og lønmodtageren bør således ikke på forhånd være afskåret fra at kunne opfylde tabsbegrænsningspligten.

6.2.3 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at en række passive jobsøgningsaktiviteter kan tillægges vægt i vurderingen af, om lønmodtageren har gjort tilstrækkelige bestræbelser på at få passende arbejde. Det kan også tillægges vægt, at lønmodtageren har tilmeldt sig jobcenteret som ledig, at lønmodtageren har registreret sine CV-oplysninger og gjort disse tilgængelige på jobnet.

Derudover konkluderes det, at der kan stilles krav til selve jobsøgningen, og at disse krav er, at lønmodtageren skal søge stillinger kontinuerligt, at lønmodtageren skal søge opslåede stillinger og, at jobsøgningen skal være realistisk og seriøs.

Vedrørende uddannelse kan det kræves, at lønmodtageren til trods for påbegyndelse af uddannelsen, stadig skal stå til rådighed på arbejdsmarkedet for at bibeholde retten til kompensation.

7. Opsummeringsskema

På baggrund af analyserne i afsnit 5 og 6 har vi udarbejdet nedenstående opsummeringsskema. Skemaet opsummerer, hvad vi tidligere har vurderet, vi kan lade os inspirere af, når vi skal vurdere kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til AKL.

Situationen	Tabsbegrænsningspligt	Positive pligter	Hensyn til særlige omstændigheder
<i>Etablering af selvstændig virksomhed</i>	UP: LM kan opfylde tabsbegrænsningspligten ud fra en konkret vurdering	LM skal gøre en reel og rimelig indsats for at skabe indtægt LM skal etablere selvstændig virksomhed, der er passende	Erfaring, specialisering og indtjeningspotentiale
<i>Passende deltidsstilling</i>	UP: LM kan opfylde tabsbegrænsningspligten	LM skal forgæves forinden have søgt fuldtidsstillinger LM skal fortsat søge fuldtidsstillinger	Branchen i forhold til antallet af konkurrenter/kunder Omfanget af ansættelses-klausulen Jobmuligheder Uddannelsesmæssige baggrund og erfaring
<i>Uddannelse</i>	UP: LM kan ikke opfylde tabsbegrænsningspligten	LM skal være aktivt jobsøgende	

	<u>U:</u> Hvis LM står til rådighed på arbejdsmarkedet		
<i>Afslag på passende arbejde anvist af arbejdsgiver</i>	UP: LM kan ikke opfylde tabsbegrænsningspligten <u>U:</u> Hvis arbejdsstedet er i udlandet		LMs risiko, hvis det ikke lykkedes at få passende arbejde på anden vis LM skal ikke tåle, hvad der i ansættelsesforholdet ville være en væsentlig vilkårsændring
<i>Stillingens geografiske placering</i>	UP: LM kan opfylde tabsbegrænsningspligten uden at søge jobs i andre landsdele eller i udlandet <u>U:</u> Hvis LM flytter til et område med færre jobmuligheder	LM skal aktivt søge inden for den landsdel, hvor det tidligere arbejdssted er LM skal søge stillinger, der ligger i hvert fald 6 km væk fra det tidligere arbejdssted LM skal søge uden for sit lokalområde LM skal øge mulighederne for at opnå beskæftigelse, eksempelvis ved sprogkursus	LMs sprogkunderskaber LM skal ikke tåle, hvad der i ansættelsesforholdet ville være en væsentlig vilkårsændring Jobmuligheder Omfanget af ansættelses-klausulen

<i>Aktive jobsøgningsaktiviteter</i>	UP: LM kan opfylde tabsbegrænsningspligten	LM skal tilkendegive at være ledig LM skal respondere på stillingsopslag LM skal søge jobs kontinuerligt LM skal som tommelfingerregel søge 3-4 jobs om måneden LM skal rette uopfordret henvendelse	Force-majeure situationer i samfundet Omfanget af ansættelses-klausulen Branchen i forhold til antallet af konkurrenter/kunder Uddannelses- og erhvervsmæssige baggrund Branche- og markedsforhold Jobmuligheder Generelle bestræbelser
<i>Passive jobsøgningsaktiviteter</i>	UP: LM kan opfylde tabsbegrænsningspligten	LM skal tilmelde sig jobcenteret som ledig LM skal udnytte sit erhvervsmæssige netværk LM skal tilmelde sig som jobsøgende hos headhuntere LM skal udarbejde et LinkedIn-opslag LM skal opdatere sin LinkedIn profil	Kutyme for besættelse af stillingstypen Branchen i forhold til antallet af konkurrenter/kunder Omfanget af LMs netværk LMs tilgængelighed på sociale platforme Stillingstypen

		LM skal være i proces imod stillinger LM skal lægge sit CV op på internettets jobbørser (Oprette jobagent)	Omfanget af ansættelses-klausulen Branche- og markedsforhold Uddannelsesmæssige baggrund og erfaring Force-majeure situationer i samfundet
<i>Sygdom</i>	UP: LM opfylder ikke automatisk tabsbegrænsningspligten <u>U:</u> Hvis LM dokumenterer sygdom og uarbejdsdygtighed	LM skal fremlægge lægelig dokumentation for sygdommen (fx lægeerklæring eller journaludskrift) LM skal dokumentere at være ude af stand til at sende jobansøgninger	
<i>Barsel</i>	UP: LM opfylder automatisk tabsbegrænsningspligten		Legitim fraværsret (barselsloven)
<i>Efterløn og pension</i>	UP: LM opfylder ikke automatisk tabsbegrænsningspligten		Permanent tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet

8. Vurdering af kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til AKL

Der er i dansk ret ikke oplyst specifikke krav til, hvad lønmodtageren skal gøre for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Ydermere findes der ikke retspraksis vedrørende AKL, der har statueret kravene til tabsbegrænsningspligten. Vi lader os derfor inspirere af en række regler, positive pligter og hensyn udledt af retspraksis vedrørende tabsbegrænsningspligten i relation til anden ansættelsesretlig lovgivning og tilgrænsende retsområder, når vi i det følgende afsnit vurderer kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til AKL.

8.1 Stillingens faglige område og jobsøgningsaktiviteterne

Stillingens faglige område

Det vi ved om stillingens faglige område, er, at det i medfør af AKL er et krav, at lønmodtageren søger at finde passende arbejde. I AKL er det defineret som;

”Arbejde inden for et fagligt område, som lønmodtageren er uddannet til eller har haft beskæftigelse inden for, og som opnås efter fratræden i den periode, hvor lønmodtageren er forpligtet af en ansættelsesklausul.”¹²⁰

Dermed opfylder lønmodtageren ikke tabsbegrænsningspligten ved at søge alle tilgængelige stillinger. Søger lønmodtageren stillinger, der vedrører arbejde, der kan varetages uanset faglige kvalifikationer, er det kun rimeligt arbejde.

Ifølge retspraksis er det passende arbejde, når lønmodtageren overgår fra en stilling som engrossælger til en stilling som grossist inden for samme branche.¹²¹ Det er også passende arbejde, hvis lønmodtageren fratræder en stilling som patentagent og overgår som patentrådgiver i en selvstændig virksomhed.¹²² I den forbindelse kan passende arbejde derfor også efter omstændighederne være udøvelse af selvstændig virksomhed, hvis det ligger inden for lønmodtagerens faglige område. I størstedelen af retspraksis er der derimod ikke taget stilling til omfanget af de søgte stillinger, og det er derfor ikke muligt at fastslå noget

¹²⁰ Lov om ansættelsesklausuler nr. 1565, §1, stk. 2, nr. 3

¹²¹ B-0915-10

¹²² U.2013.2107H

mere konkret, end at lønmodtageren ikke opfylder tabsbegrænsningspligten ved at søge stillinger uden for sit faglige område.

For at komme det nærmere ville det være nærliggende at tage udgangspunkt i, hvad lønmodtageren i det løbende ansættelsesforhold skal tåle i forbindelse med en stillingsændring. Vi kan se i retspraksis, at der i andre situationer tages hensyn til, at lønmodtageren ikke i forbindelse med nyt passende arbejde i ansættelsesklausulperioden skal tåle, hvad der i det løbende ansættelsesforhold ville være en væsentlig vilkårsændring. Hvis lønmodtagerens stilling skulle ændres, så den svarede til, hvad der i relation til AKL er passende, ville det udgøre en væsentlig vilkårsændring. Af den grund kan vi derfor ikke tage hensyn hertil, når det vedrører vurderingen af stillingens faglige omfang.

I stedet foretager vi vurderingen ud fra, om der sker en horisontal- eller vertikalforskydning af stillingens indhold. Idet tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes ved rimeligt arbejde, bør det ikke være et krav, at lønmodtageren søger stillinger, der ligger under sit faglige niveau, hvorfor en vertikalforskydning ikke vil være forenelig med kravet om passende arbejde i AKL. Derimod kan det være passende arbejde, selvom der sker en horisontalforskydning af stillingens indhold. Et tænkt eksempel er, at lønmodtageren er IT-uddannet og derfor højst sandsynligt har mange forskellige kompetencer inden for sit faglige område. Hvis en IT-uddannet får en stilling inden for kvalitetsstyring, programmering eller som IT-chef, vil det formentlig være en passende stilling. Ved en horisontalforskydning kan lønmodtageren således opnå et passende arbejde inden for et lignende niveau og en lignende lønramme, men hvor lønmodtageren faktisk skal udføre et andet arbejde end tidligere.

I relation til AKLs definition af passende arbejde, bør lønmodtageren på baggrund heraf kunne opfylde tabsbegrænsningspligten ved at søge mange forskellige typer stillinger. Om arbejdet er passende, beror netop på lønmodtagerens uddannelsesmæssige baggrund og erfaring, hvorfor der ikke på forhånd kan oplistes konkrete stillinger, der skal søges.

Jobsøgningsaktiviteterne

Udover at det i AKL er et krav, at arbejdet skal være passende, er det ligeledes et krav, at lønmodtageren er aktivt jobsøgende. Hvad der skal forstås ved at være aktivt jobsøgende,

er ikke nærmere defineret i AKL. I retspraksis findes der dog svar på, hvilke jobsøgningsaktiviteter der kan være tilstrækkelige til at opfylde tabsbegrænsningspligten.

Der sondres imellem aktive- og passive jobsøgningsaktiviteter. De aktive jobsøgningsaktiviteter er, *at* lønmodtageren tilkendegiver at være ledig, *at* lønmodtageren responderer på stillingsopslag, *at* lønmodtageren søger stillinger kontinuerligt, *at* lønmodtageren som tommelfingerregel søger 3-4 stillinger om måneden og, *at* lønmodtageren retter uopfordret henvendelse. Omvendt er de passive jobsøgningsaktiviteter, *at* lønmodtageren tilmelder sig som ledig hos jobcenteret, *at* lønmodtageren udnytter sit erhvervsmæssige netværk, *at* lønmodtageren tilmelder sig som jobsøgende hos headhuntere, *at* lønmodtageren udarbejder et LinkedIn-opslag, *at* lønmodtageren opdaterer sin LinkedIn profil, *at* lønmodtageren er i proces imod stillinger og, *at* lønmodtageren lægger sit CV op på internettets jobborser, herunder opretter en jobagent.

Stillinger inden for en specialistkompetence besættes ofte ikke ved, at der responderes på offentlige stillingsopslag. I stedet er det ofte kutyme, at stillingerne besættes ved hjælp fra lønmodtagerens netværk og/eller headhuntere. Hvis lønmodtageren besidder en specialistkompetence, bør det derfor som udgangspunkt ikke være et krav, at de aktive jobsøgningsaktiviteter anvendes. Derimod bør lønmodtageren kunne opfylde tabsbegrænsningspligten ved blot at anvende de passive jobsøgningsaktiviteter. En forudsætning for at tabsbegrænsningspligten opfyldes ved kun at anvende passive jobsøgningsaktiviteter er, at lønmodtageren rent faktisk har et netværk at trække på, idet netværket har væsentlig betydning for de fleste passive aktiviteter. Har lønmodtageren ikke et netværk eller medfører netværket ikke, at lønmodtageren kommer videre i processen imod at finde passende arbejde, er det i retspraksis et krav, at lønmodtageren benytter de aktive jobsøgningsaktiviteter – i det omfang, det er muligt. Som minimum bør det derfor kunne kræves, at lønmodtageren tilkendegiver at være ledig, og at lønmodtageren retter uopfordret henvendelse. Selvom det ikke er kutyme, at lønmodtageren får en stilling inden for en specialistkompetence ved at respondere på stillingsopslag, kan det i medfør af retspraksis alligevel tillægges negativ vægt i vurderingen, hvis arbejdsgiver kan dokumentere, at der var relevante stillinger at søge – og disse ikke er søgt. Afgørende for om det skal tillægges vægt bør være, om de øvrige passive jobsøgningsaktiviteter i sig selv kan anses for at være tilstrækkelige.

På baggrund af ovenstående kan det således fastslås, at de positive pligter ikke bør være kumulative betingelser for, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes. Derimod bør det bero på en konkret vurdering, hvad der i det enkelte tilfælde med rimelighed kan kræves af lønmodtageren under hensyn til de særlige omstændigheder.¹²³

Er situationen den, at lønmodtageren eksempelvis er uddannet IT-tekniker, og dermed har flere forskellige kompetencer inden for sit faglige område, bør det være et krav, at lønmodtageren som minimum benytter de aktive jobsøgningsaktiviteter. Dette skyldes, at denne type stillinger ofte er opslået på forskellige jobdatabaser, og dermed besættes disse i almindelighed ved, at der responderes på offentligt tilgængelige stillingsopslag. I den forbindelse bør det være et krav, at lønmodtageren som tommelfingerregel skal søge 3-4 stillinger om måneden og dermed også søge kontinuerligt. Dog skal jobsøgningsaktiviteterne ses i relation til, hvad der med rimelighed kan forventes af lønmodtageren under hensyn til de særlige omstændigheder.¹²⁴ Det betyder, at lønmodtageren i nogle tilfælde kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at søge et væsentligt færre antal stillinger, eller ved kun at søge stillinger i dele af perioden. Afgørende i den forbindelse vil være, hvad lønmodtageren ellers har gjort af jobsøgningsaktiviteter for at finde passende arbejde. I forhold til denne situation bør det derfor også tillægges vægt, om lønmodtageren har anvendt passive jobsøgningsaktiviteter, herunder ved at tilmelde sig som ledig hos jobcentret, og ved at lægge sit CV op på internettets jobbørser, herunder ved at oprette en job-agent.

Dette er også foreneligt med, at vi i retspraksis kan se en tendens til, at opfyldelsen af tabsbegrænsningspligten i højere grad beror på en helhedsvurdering af de anvendte jobsøgningsaktiviteter, herunder positive pligter, frem for om lønmodtageren udtømmende har søgt alle stillinger, der måtte være med et passende indhold. I det tilfælde at lønmodtageren ud fra denne helhedsvurdering har gjort tilstrækkeligt for at finde passende arbejde i hele perioden, bør det derfor ikke have nogen betydning, om arbejdsgiver kan fremlægge dokumentation for passende stillinger, der ikke er søgt.

På baggrund af vores vurdering kan vi fastslå, at de positive pligter udledt af retspraksis i relation til jobsøgningsaktiviteterne alene er vejledende, og dermed heller ikke

¹²³ Se afsnit 7

¹²⁴ Se afsnit 7

udtømmende i forhold til, hvad lønmodtageren skal og kan gøre for at opfylde tabsbegrænsningspligten. I og med at der hele tiden i vurderingen skal tages hensyn til de særlige omstændigheder, er det ikke muligt for os at komme nærmere et svar på, hvilke og hvor mange positive pligter i relation til jobsøgningsaktiviteterne, der skal iagttages for, at lønmodtageren opfylder tabsbegrænsningspligten.

8.2 Stillingens geografiske placering

Der findes ikke nogen regel i AKL eller retspraksis herom, der siger noget om, hvor langt væk lønmodtageren skal søge stillinger for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Dog ved vi fra øvrig ansættelsesretlig retspraksis, at lønmodtageren ikke kan nægte at tiltræde en passende stilling, der ligger 6 km væk fra det tidligere arbejdssted. I medfør af denne regel bør arbejdsgiver derfor som minimum kunne kræve, at lønmodtageren søger stillinger inden for en radius af 6 km fra arbejdsstedet.

I forhold til om arbejdsgiver kan kræve, at lønmodtageren søger længere væk end 6 km, tager vi udgangspunkt i hensynet til, at lønmodtageren ikke i en ansættelsesklausalperiode skal tåle, hvad der i ansættelsesforholdet ville være en væsentlig vilkårsændring. Domstolene har taget stilling til, hvad lønmodtageren i ansættelsesforholdet skal tåle i relation til, at arbejdsstedets placering ændres. I dommen U.2011.2104H blev arbejdsstedet ændret fra Nyborg til Odense, der for to lønmodtagere betød en forøget transport på hhv. 21 og 26 km hver vej, hvilket ikke blev anset for at være en væsentlig vilkårsændring. På baggrund heraf bør arbejdsgiver derfor også kunne kræve, at lønmodtageren søger inden for en radius på op til 26 km. Domstolene har også i en anden sag forholdt sig til spørgsmålet om væsentlig vilkårsændring på grund af ændring af arbejdsstedets placering. I dommen U.2001.1578V blev arbejdsstedet ændret fra Horsens til Århus, hvilket medførte en øget transport på 45 km hver vej, og dette blev anset for at være en væsentlig vilkårsændring. Ved at trække inspiration fra hensynet til, om det ville være en væsentlig vilkårsændring i det løbende ansættelsesforhold, bør arbejdsgiver ikke kunne kræve, at lønmodtageren søger stillinger der forøger transporten med 45 km hver vej. Det betyder, at lønmodtageren formentlig ikke kan undlade at søge stillinger der forøger transporten med op til 45 km. hver vej, da dette bør være et krav for at opfylde tabsbegrænsningspligten.

Ifølge retspraksis skal lønmodtageren søge stillinger, der ligger inden for landsdelen af den tidligere stillings placering. I relation til ovenstående bør arbejdsgiver dog ikke kunne kræve, at lønmodtageren søger stillinger inden for landsdelen, der medfører, at lønmodtageren får en øget transport på mere end op til 45 km. hver vej. Idet lønmodtageren dog bør skulle tåle en øget transport på op til 45 km. hver vej, betyder det, at lønmodtageren også i nogle situationer skal søge uden for landsdelen – eksempelvis fordi lønmodtagerens tidligere arbejde grænser op til en anden landsdel, hvor transporten ikke øges med mere end det rimelige. Derfor bør lønmodtageren ikke altid kunne opfylde tabsbegrænsningspligten uden at søge stillinger uden for den landsdel, hvor det tidligere arbejdssted er.

Ydermere ved vi fra retspraksis, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes uden at lønmodtageren søger stillinger i udlandet. Viser det sig, at der er passende stillinger i udlandet, der ikke øger transporten med mere end op til 45 km hver vej, bør lønmodtageren også skulle søge disse stillinger for at opfylde tabsbegrænsningspligten.

Vælger lønmodtageren i ansættelsesklauulperioden at flytte til et område, hvor der bevisligt er færre jobmuligheder, bør det stadig være et krav, at lønmodtageren søger stillinger der ligger 45 km væk fra det tidligere arbejdssted – ellers forsøger lønmodtageren ikke at begrænse arbejdsgivers tab. Vores betragtning bundet i, at arbejdsgiver i medfør af AKL kun er forpligtet til at betale kompensation for den begrænsning, som ansættelsesklauulen påfører lønmodtageren. Arbejdsgiver bør derimod ikke betale for, at lønmodtageren flytter og begrænser jobmulighederne yderligere. Det bør være lønmodtagerens egen risiko, hvis der ikke søges stillinger inden for en radius op til 45 km fra det tidligere arbejdssted, hvis lønmodtageren ikke får passende arbejde ved at søge stillinger i et andet område.

8.3 En passende deltidsstilling

Det er uafklaret i relation til AKL, om lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved at søge og/eller påtage sig en passende deltidsstilling(er). I henhold til AKL ned sættes kompensationen til den lave sats, når lønmodtageren får passende arbejde. Afgørende for om arbejdet er passende, er, om det er inden for lønmodtagerens faglige område,

hvorfor antallet af arbejdstimer og lønniveauet efter AKL bør være arbejdsgiver uvedkommende.

I medfør af dommen B-0915-10 kan lønmodtageren, i den periode en ansættelsesklausul, vedtaget før ikrafttrædelsen af AKL, løber, i medfør af FUL §18a opfylde tabsbegrænsningspligten ud fra en konkret vurdering af, om lønmodtageren forinden har gjort en tilstrækkelig indsats for at finde et passende fuldtidsarbejde. Vi kan trække inspiration herfra, når vi vurderer kravene til tabsbegrænsningspligten i relation til AKL.

Efter FUL §18a ville arbejdsgiver med rette kunne tilbageholde compensationen ved, at en fratrådt lønmodtager påtog sig et passende deltidsarbejde frem for et passende fuldtidsarbejde, fordi compensationen afhang af lønniveauet i det nye arbejde.

Eftersom arbejdsgiver i medfør af AKL kan nedsætte compensationen til den lave sats, når lønmodtageren får passende arbejde, og lønniveauet derfor er arbejdsgiver uvedkommende, bør lønmodtageren efter AKL under alle omstændigheder kunne opfylde tabsbegrænsningspligten ved at få et passende deltidsarbejde. Arbejdsgiver påføres ikke herved noget unødigt tab, idet compensationen er den samme uanset, hvilken stillingstype lønmodtageren får passende arbejde under.

Desuden er det uafklaret, om arbejdsgiver kan kræve, at lønmodtageren skal søge deltidsstillinger for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Vores tanke er, at det bør afhænge af lønmodtagerens tidligere stilling. Eftersom AKL i overvejende grad er lønmodtagervenlig og dermed en beskyttelse af lønmodtageren imod, at arbejdsgiver kan pålægge lønmodtageren en urimelig byrdefuld aftale, kan det ikke være hensigten fra lovgivers side, at lønmodtageren skal gå op eller ned i tid for at opfylde tabsbegrænsningspligten.

Hvis lønmodtagerens tidligere stilling var fuldtid, bør det derfor ikke kunne kræves, at lønmodtageren søger deltidsstillinger – heller ikke når der findes konkrete stillinger at søge, der er passende. Tilsvarende bør arbejdsgiver ikke kunne kræve, at lønmodtageren, der før havde en deltidsstilling, skal søge passende fuldtidsstillinger. I denne situation bør arbejdsgiver bære risikoen for, at der formentlig er (væsentligt) færre stillinger at søge, idet der er en formodning om, at arbejdsgiver selv har accepteret dette ved at pålægge en lønmodtager på deltid en ansættelsesklausul.

Har lønmodtageren omvendt selv et ønske om at gå ned i tid, og søger lønmodtageren derfor kun deltidsstillinger, der er passende, bør arbejdsgiver kunne kræve, at lønmodtageren også søger fuldtidsstillinger. Det bør i denne situation ikke være arbejdsgivers risiko, at lønmodtageren sandsynligvis begrænser sine jobmuligheder yderligere.

8.4 Afslag på passende arbejde

Det er i medfør af AKL uafklaret, om lønmodtageren opfylder tabsbegrænsningspligten, hvis lønmodtageren afslår et tilbud om passende arbejde, men fortsat er aktivt jobsøgende.

I medfør af dommen U.1974.573S kan lønmodtageren, der har ret til erstatning efter FUL §3 ikke opfylde tabsbegrænsningspligten, når der afslås et passende arbejde. I den forbindelse er lønmodtagerens jobsøgningsaktiviteter uden betydning, hvis lønmodtageren ikke på anden vis får passende arbejde. Grunden til at arbejdsgiver med rette kan tilbageholde erstatningen, i denne situation efter FUL §3, er, at der er en modregningsadgang, hvor arbejdsgivers mulighed for at spare erstatningen, afhænger af lønmodtagerens indtægt fra nyt passende arbejde. Dette kan vi trække inspiration fra.

Efter AKL har lønmodtageren ret til fuld compensation, når lønmodtageren er aktivt jobsøgende. Men arbejdsgiver kan nedsætte compensationen til den lave sats, hvis lønmodtageren får passende arbejde.

Hvis lønmodtageren får tilbudt et passende arbejde, som lønmodtageren ikke ønsker at tiltræde (fx på grund af personlige forhold), men lønmodtageren fortsat er aktivt jobsøgende, bør konsekvensen ikke være compensationens bortfald. Vores begrundelse herfor er, at lønmodtageren fortsat er begrænset af ansættelsesklausulen, og at denne konsekvens ikke vil være forenelig med AKL ud fra synspunktet om, at AKL er en lønmodtagervenlig lov. Derimod bør konsekvensen være, at compensationen nedsættes, fordi lønmodtageren vælger at tage konsekvensen af, at lønmodtageren ikke har valgt at tiltræde det tilbudte arbejde, der var passende – hvor arbejdsgiver kunne have nedsat compensationen til den lave sats. Derfor bør lønmodtageren kunne opfylde tabsbegrænsningspligten, selvom lønmodtageren afslår et passende arbejde – imod fortsat at være aktivt jobsøgende.

8.5 Selvstændig virksomhed

I henhold til AKL kan arbejdsgiver nedsætte kompensationen så snart, lønmodtageren får passende arbejde. Men hvis lønmodtageren ikke opfylder tabsbegrænsningspligten, bortfalder kompensationen helt.

Påtager lønmodtageren sig et rimeligt arbejde, bortfalder retten til kompensation ikke, forudsat at lønmodtageren fortsat er aktivt jobsøgende. Tværtimod har lønmodtageren i dette tilfælde fortsat krav på kompensation efter den høje sats, fordi man fra lovgivers side i dette tilfælde formoder, at det er ansættelsesklausulen, der medfører, at lønmodtageren er ude af stand til at få passende arbejde.

I medfør af dommen U.2013.2107H kan lønmodtageren, i den periode en ansættelses-klausul vedtaget før ikrafttræden af AKL, løber, i medfør af FUL §18a opfylde tabsbegrænsningspligten ud fra en konkret vurdering af, om lønmodtageren har gjort en reel og rimelig indsats for at opnå indtægt i den passende selvstændige virksomhed. Dette kan vi lade os inspirere af, når kravene til tabsbegrænsningspligten vurderes i relation til AKL. Ud fra reglen skal lønmodtageren udnytte sin erfaring og specialisering, samt indtjenings-potentiale fra det tidligere arbejde, for at opfylde tabsbegrænsningspligten. Dermed skal lønmodtageren dokumentere over for arbejdsgiver, at der rent faktisk er opnået en reel og rimelig indtægt i forhold til, hvad der med rimelighed kunne forventes af lønmodtageren. Der skal således en vis aktivitet til i virksomheden, før det er tilstrækkeligt. På baggrund heraf kan lønmodtageren ikke nøjes med at dokumentere over for arbejdsgiver, at der er udført de aktiviteter, der er nødvendige for at stifte en virksomhed, herunder bl.a. at oprette et CVR-nummer. Tværtimod er det nødvendigt for lønmodtageren at dokumentere, at lønmodtageren anvender sin erfaring, sit netværk og sin tid til rent faktisk at arbejde for at opbygge en forretning. Kan lønmodtageren ikke dokumentere denne aktivitet, vil kompensationen kunne bortfalde helt, fordi lønmodtageren dermed ikke har opfyldt sin pligt til at forsøge at begrænse arbejdsgivers tab (kompensation).

Efter de gamle regler i FUL §18 og 18a ville arbejdsgiver med rette kunne tilbageholde kompensationen ved en fratrådt lønmodtagers stiftelse af en ny virksomhed, fordi lønmodtageren dermed måtte forventes ikke længere at være jobsøgende, og arbejdsgivers mulighed for at spare kompensationen afhang derfor af lønmodtagerens indsats for at skaffe sig en indtægt gennem den nystartede virksomhed.

Ved at lovgiver har valgt, at konsekvensen ved ikke at søge passende arbejde er, at kompensationen helt bortfalder, opstår der nogle gråzoner, som eksempelvis etablering af selvstændig virksomhed.

AKL tager ikke stilling til, hvad der gælder, hvis lønmodtageren i stedet for at søge passende arbejde, starter selvstændig virksomhed. Spørgsmålet er derfor, om retsstillingen efter de gamle regler og U.2013.2107H kan videreføres med den konsekvens, at lønmodtageren mister retten til kompensation, fordi tabsbegrænsningspligten kun er overholdt, hvis lønmodtageren kan dokumentere at have anvendt sin erfaring, sin tid osv. til at forsøge at skabe en forretning (således at aktiviteten kan anses for passende) – eller om stiftelsen af en virksomhed inden for lønmodtagerens faglige område definitorisk vil være en passende stilling med den konsekvens, at tabsbegrænsningspligten anses for opfyldt. Er det tilfældet vil kompensationen kunne nedsættes til den lave sats.

Efter vores opfattelse bør arbejdsgiver kunne nedsætte kompensationen til den lave sats allerede på det tidspunkt, hvor lønmodtageren dokumenterer de indledende aktiviteter ved at stifte en passende virksomhed. Fordi der må gælde en formodning om, at lønmodtageren selv har en interesse i at opnå en indkomst, når han/hun stifter en virksomhed. Arbejdsgiver bør derfor ikke have nogen selvstændig interesse i, om der er lavet debiterbart arbejde i virksomheden. Det bør derimod være arbejdsgiver fuldstændig uvedkommende, idet kompensationen nedsættes til den lave sats, uanset om der opnås en reel og rimelig indtægt – eller om lønmodtageren tiltræder en passende stilling som lønmodtager, hvor lønniveauet efter AKL er arbejdsgiver uvedkommende, idet der ikke længere sker modregning med den faktiske indtægt, men derimod nedsættelse af kompensationen. Vurderingen af om tabsbegrænsningspligten i AKL kan opfyldes ved at etablere selvstændig virksomhed, bør derfor ikke bero på en konkret vurdering af virksomhedens art og aktiviteter. I stedet bør lønmodtageren ubetinget kunne opfylde tabsbegrænsningspligten ved at stifte en virksomhed inden for sit faglige område med den konsekvens, at der fortsat er ret til kompensation, men med den lave sats.

Det følger af forarbejder til AKL, at tabsbegrænsningspligten ikke kan opfyldes ved at lønmodtageren stifter en virksomhed uden for sit faglige område, da det ikke er passende arbejde – og dette medfører kompensationens bortfald.¹²⁵ Derudover vil lønmodtageren

¹²⁵ Forslag til lov om ansættelsesklausuler nr. 25

ikke være berettiget til den lave sats, selvom det ikke har været muligt at finde passende arbejde. Indtil videre er retsstillingen dog uafklaret. Derfor er det ikke umuligt, at en retssag om spørgsmålet vil falde ud til, at lønmodtageren får lov til at beholde kompensationen i et eller andet omfang, også ved opstart af selvstændig virksomhed, der kun er rimelig – ikke passende.

Det virker som et lapsus fra lovgivers side, at lønmodtageren, der ønsker at starte op som selvstændigt erhvervsdrivende stilles dårligere i relation til, at der stiftes virksomhed inden for noget, der ikke er passende, end det er tilfældet med lønmodtageren, der påtager sig et rimeligt (men ikke passende) arbejde. Vi undrer os over, om det fra lovgivers side virkelig har været hensigten at ”straffe” den selvstændige erhvervsdrivende i en ansættelsesklausulperiode, eller om det derimod er et lapsus fra deres side.

Vores overvejelser i den forbindelse er, at lønmodtageren på den ene side ikke umiddelbart i lovens forstand er begrænset af ansættelsesklausulen, når intentionen er at arbejde uden for sit faglige område. Derfor er der muligvis ikke grund til at kompensere den selvstændige længere, idet kompensationen er erstatning for, at lønmodtageren begrænses. På den anden side kan ansættelsesklausulen netop være årsagen til, at lønmodtageren vælger at prøve kræfter inden for et nyt fagligt område, og derfor bør lønmodtageren ikke miste retten til fuld kompensation. Derimod vil det give mening, hvis kompensationen blot er den lave sats. Spørgsmålet er nemlig, om lønmodtageren overhovedet ville have stiftet virksomheden, hvis ikke lønmodtageren var begrænset af ansættelsesklausulen. Vores tanke er derfor, at der skal tages hensyn til, at begrænsningen højst sandsynligt er årsagen til, at lønmodtageren vælger at ændre sin karrierevej, og det kan ikke være hensigten med loven, at arbejdsgiver gratis kan pålægge lønmodtageren en sådan begrænsning. Dette især fordi formålet med AKL helt overvejende er at beskytte lønmodtageren og begrænse udbredelsen af ansættelsesklausuler.

Tvivlen vedrørende lønmodtagerens etablering af selvstændig virksomhed uden for lønmodtagerens faglige område, bør komme lønmodtageren til gode – der qua ansættelsesklausulen er (væsentligt) begrænset i at finde arbejde inden for sit sædvanlige faglige område, og som derfor kan have en naturlig og beskyttelsesværdig interesse i at kunne forsørge sig selv.

8.6 Uddannelse

I relation til AKL ved vi ikke, om tabsbegrænsningspligten kan opfyldes, når lønmodtageren vælger at starte uddannelse i ansættelsesklausulperioden. Heller ikke i andet relevant retspraksis er der taget stilling til det. Men med afsæt i rådighedsbekendtgørelsen ved vi, at tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes under uddannelse, medmindre uddannelsen ikke forhindrer medlemmet i at stå til rådighed på arbejdsmarkedet. Selvom de bagvedliggende hensyn i AKL og rådighedsbekendtgørelsen er forskellige, er det vores vurdering, at vi kan trække inspiration fra reglen om uddannelse. På grund af de forskellige hensyn, er afsnittet forbundet med en vis usikkerhed, og vurderingen af tabsbegrænsningspligten vil være en anden i det tilfælde, at man finder, at der ikke kan drages paralleller til rådighedsbekendtgørelsen.

Vores klare opfattelse er, at uddannelse ikke nødvendigvis bør medføre, at lønmodtageren ikke opfylder tabsbegrænsningspligten efter AKL.

Situationen er lidt den samme som den, der opstår, når lønmodtageren overgår til efterløn eller pension. Ved at starte uddannelse vælger lønmodtageren dog at trække sig fra arbejdsmarkedet helt eller delvist i en midlertidig periode, mens lønmodtageren permanent trækker sig ved at overgå til pension eller efterløn. Derfor bør lønmodtageren kunne opfylde pligten ved at starte uddannelse. Vores begrundelse herfor er, at lønmodtageren typisk fortsætter på arbejdsmarkedet enten sideløbende med uddannelsen eller i hvert fald efter endt uddannelse. Uddannelsessituationen adskiller sig dog også væsentligt fra pension og efterløn derved, at der er et beskyttelseshensyn til den studerende lønmodtager, som der ikke er til den pensionerede lønmodtager. Årsagen hertil er, at lønmodtageren formentlig sideløbende med uddannelsen kan arbejde, og derfor på grund af ansættelsesklausulen vil have mindre mulighed for at arbejde. Arbejdsgiver bør derfor ikke kunne tilbageholde kompensationen, i den situation, at lønmodtageren de facto stadig kan arbejde, og fortsat er aktivt jobsøgende.

Vi synes i virkeligheden mere, at situationen kan sammenlignes med, at lønmodtageren stadig er på arbejdsmarkedet, men har nogle andre aktiviteter end de sædvanlige. Der kan derfor sammenlignes med selvstændig virksomhed, hvor lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten ud fra en konkret vurdering af, om lønmodtageren har gjort en indsats for at opnå en reel og rimelig indtægt, så arbejdsgivers tab (kompensationen)

begrænses. Lønmodtageren der vælger at starte uddannelse, bør derfor også skulle gøre en indsats for at opnå en indtægt. Vi ved godt, at der skal tages hensyn til, at uddannelse er fuldtidsarbejde, men vi ved også at mange har studiejobs, hvorfor det nok vil være rimeligt at kræve.

Hvis vi sammenligner med, at lønmodtageren kan opfylde tabsbegrænsningspligten ved deltidsarbejde – imod at lønmodtageren forinden forgæves har søgt fuldtidsstillinger – bør lønmodtageren umiddelbart ikke kunne opfylde tabsbegrænsningspligten ved at fratræde sit arbejde og starte på en uddannelse, uden forinden at have søgt passende arbejde. I relation til det der gælder efter retspraksis om deltidsarbejde, bør lønmodtageren heller ikke kunne opfylde tabsbegrænsningspligten ved at starte uddannelse, uden sideløbende at søge passende arbejde.

Uddannelse inden for sit faglige område

Vælger lønmodtageren på den ene side at starte uddannelse for at opkvalificere sig, vil det nok kunne betragtes som passende. Søger lønmodtageren sideløbende hermed passende studiejobs, bør tabsbegrænsningspligten kunne opfyldes. Hvis lønmodtageren er SU-berettiget, formoder vi, at lønmodtageren har brug for at supplere med indtægt fra passende arbejde. Er lønmodtageren derimod ikke SU-berettiget, formoder vi, at lønmodtageren er nødt til at søge passende arbejde for at få en indtægt at leve for. I begge tilfælde vil lønmodtageren således være begrænset af ansættelsesklausulen. Vores opfattelse er, at det muligvis kan have betydning for tabsbegrænsningspligten, om lønmodtageren er SU-berettiget eller ikke, idet SU nok kan sidestilles med arbejdsindtægt.

Så længe lønmodtageren er aktivt jobsøgende, bør arbejdsgiver ikke kunne nedsætte compensationen til den lave sats, før lønmodtageren får passende arbejde.

Lønmodtageren kan ikke bruge uddannelsen som en undskyldning for ikke at være aktivt jobsøgende. Hvis lønmodtageren vælger at starte uddannelse, hvor der efter studiereglerne er fremmødepligt, er der en formodning om, at lønmodtageren ikke sideløbende hermed kan have passende arbejde. Lønmodtageren bør bære risikoen for, at tabsbegrænsningspligten ikke opfyldes i denne situation. Har lønmodtageren startet uddannelse på grund af ansættelsesklausulen, bør konsekvensen være, at compensationen nedsættes.

Det mener vi, fordi lønmodtageren derved tager konsekvensen af at være forhindret i at søge passende arbejde.

Uddannelse uden for sit faglige område

Vælger lønmodtageren på den anden side i stedet at starte uddannelse inden for et helt nyt område, og dermed inden for en helt anden stilling end tidligere, vil det nok ikke anses for passende. Tabsbegrænsningspligten bør derfor ikke kunne opfyldes, og i konsekvens heraf bør retten til kompensation helt bortfalde. Desuden vil der i denne situation ikke længere være et beskyttelseshensyn, i og med at lønmodtageren ikke begrænses af ansættelsesklausulen, når han/hun formodentlig påtænker at søge stillinger inden for et helt nyt fagligt område.

I det tilfælde at lønmodtageren vælger at stoppe uddannelsen for at begynde på en anden uddannelse inden for sit faglige område, bør ansættelsesklausulen stadig være gyldig – uden at lønmodtageren har ret til kompensation. Vi tænker, at det i praksis nok sjældent forekommer, at lønmodtageren vælger at uddanne sig inden for et helt nyt fagligt område, når lønmodtageren var i en stilling, hvor der lovligt kunne pålægges en ansættelsesklausul. I praksis vil lønmodtageren nok i højere grad beslutte sig for at opkvalificere sig inden for sit faglige område.

8.7 Barselsorlov

Barselsorlov er en lovbestemt ret, der sikrer forældre fravær i forbindelse med graviditet, fødsel, adoption, herunder midlertidig placering, og sorgorlov m.v.¹²⁶ I forlængelse heraf kan lønmodtageren vælge *at* afholde sin barsel, *at* overdrage sin barsel til en anden juridisk eller social forælder eller, *at* udskyde sin barsel til et senere tidspunkt.

I henhold til B-512-07 kan lønmodtageren, i den periode en ansættelsesklausul, vedtaget før AKLs ikrafttræden, løber, i medfør af FUL §18a opfylde tabsbegrænsningspligten, selvom lønmodtageren benytter retten til barselsorlov, og derfor ikke er aktivt jobsøgende.

¹²⁶ Lovbekendtgørelse om ret til orlov og dagpenge på barsel nr. 114

Tabsbegrænsningspligten opfyldes dermed automatisk ved at lønmodtageren overgår til barselsorlov.

Det er uafklaret om lønmodtageren i relation til AKL opfylder tabsbegrænsningspligten, hvis lønmodtageren i ansættelsesklausulperioden benytter retten til barselsorlov. Men vi vurderer, at reglen fra retspraksis også kan finde anvendelse i denne situation, og derfor bør lønmodtageren have ret til kompensation under afholdelse af barselsorlov – også efter AKL.

Vores begrundelse for, at lønmodtageren skal have ret til kompensation, er for det første, at barselsorlov er en lovbestemt ret til, at lønmodtageren kan være fraværende fra arbejdsmarkedet i en periode – og den ret, skal arbejdsgiver respektere. For det andet udgør barselsorlov efter vores opfattelse kun en midlertidig tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet, og derfor er lønmodtageren stadig begrænset af ansættelsesklausulen. Desuden kan lønmodtageren vælge at søge og/eller tiltræde stillinger under sin barselsorlov, hvorfor ansættelsesklausulen begrænser lønmodtageren. Selvom lønmodtageren *kan* søge stillinger under barselsorloven, er det som ovenfor anført dog ikke et krav for at opfylde tabsbegrænsningspligten.

I og med at barselsorlov er en ret og ikke en pligt, kan lønmodtageren vælge at tiltræde en ny stilling frem for at afholde sin barselsorlov. Vælger lønmodtageren at afbryde sin barselsorlov for at tiltræde en stilling, bør arbejdsgiver kunne nedsætte kompensationen til den lave sats, forudsat at arbejdet er passende.

Vælger lønmodtageren derimod at tiltræde en stilling uden for sit faglige område, bortfalder retten til kompensation – som den også ville gøre, hvis lønmodtageren ikke havde været på barselsorlov.

Eftersom AKL indeholder en ubetinget tabsbegrænsningspligt, hvor sanktionen er kompensationens bortfald, skal lønmodtageren straks efter barselsorlovens ophør være aktivt jobsøgende igen.

8.8 Efterløn og pension

Både efterløn og pension er frivillige tilbagetrækningsordninger, hvor lønmodtageren kan vælge at trække sig fra arbejdsmarkedet permanent. Formålet med efterløn og pension er at undgå, at lønmodtageren bliver nedslidt på grund af et langt arbejdsliv. Vælger lønmodtageren at trække sig fra arbejdsmarkedet, er det efter vores opfattelse en indikation for, at lønmodtageren ikke længere ønsker at stå til rådighed på arbejdsmarkedet.

I medfør af dommen U.2022.759S kan lønmodtageren, i en erstatningsperiode efter FUL §3, der er uberettiget bortvist, ikke automatisk opfylde tabsbegrænsningspligten ved at overgå til efterløn. For at opfylde tabsbegrænsningspligten i forbindelse med efterløn, skal lønmodtageren efter denne regel være aktivt jobsøgende i erstatningsperioden.

Vi ved også, at det af LGs vejledning fremgår, at lønmodtageren ikke anses for at stå til rådighed på arbejdsmarkedet, når lønmodtageren overgår til pension.

Derimod er der hverken i AKL eller retspraksis herom taget stilling til, om lønmodtageren opfylder tabsbegrænsningspligten ved at overgå til efterløn eller pension. Vi kan dog lade os inspirere af reglerne, når kravene til tabsbegrænsningspligten vurderes i relation til AKL.

Vores vurdering er, at det er tvivlsomt, om der overhovedet gælder en tabsbegrænsningspligt efter AKL i den situation, hvor lønmodtageren overgår til efterløn eller pension. Tvivlen beror på, at der netop er tale om en frivillig, permanent tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet.

Hele ideen med en ansættelsesklausul er, at lønmodtageren skal modtage compensation for, at arbejdsgiver begrænser ham/hende i at søge stillinger inden for konkurrerende virksomhed. Derudover er det en forudsætning for at modtage compensationen, at lønmodtageren står til rådighed på arbejdsmarkedet, og at lønmodtageren rent faktisk har intentioner om at fortsætte på arbejdsmarkedet, idet lønmodtageren i modsat fald ikke er begrænset af ansættelsesklausulen. Disse forudsætninger er ikke til stede, når lønmodtageren overgår til efterløn eller pension, idet lønmodtageren herved I) ikke står til rådighed på arbejdsmarkedet, og II) ikke har intentioner om at være på arbejdsmarkedet. Eftersom lønmodtageren ikke har intentioner om at være på arbejdsmarkedet, må der være en formodning om, at lønmodtageren heller ikke har intentioner om at skulle finde et arbejde.

Det betyder, at lønmodtageren ikke er begrænset af ansættelsesklausulen, der jo netop forhindrer lønmodtageren i at tage ansættelse inden for konkurrerende virksomhed.

Vi mener, at ansættelsesklausulen derfor bør blive en nullitet med den konsekvens, at kompensationen helt bortfalder. I konsekvens af de ovenstående betragtninger er der ikke længere en erstatningssituation, og derfor bør tabsbegrænsningspligten ikke gælde. Årsagen hertil er, at kompensationen udgør en erstatning for, at lønmodtageren er begrænset; når lønmodtageren ikke længere er begrænset af ansættelsesklausulen, er der heller ikke noget at kræve erstatning for.

Vælger lønmodtageren mod forventning at vende retur til arbejdsmarkedet, er det vores vurdering, at ansættelsesklausulen dog fortsat bør være gyldig – uden at lønmodtageren har ret til at kompensationen genindtræder. Grunden til at ansættelsesklausulen fortsat bør være gyldig, er, at det ikke over for arbejdsgiver er rimeligt, hvis lønmodtageren kort tid efter at være overgået til efterløn eller pension, vælger at genindtræde på arbejdsmarkedet for at tiltræde en stilling inden for konkurrerende virksomhed.

8.9 Sygdom

Sygdom og uarbejdsdygtighed er to begreber, der inden for ansættelsesretten ofte anvendes i relation til hinanden. I medfør af sygedagpengeloven er lønmodtageren uarbejdsdygtig, hvis lønmodtageren ikke kan udføre sit sædvanlige arbejde på grund af sin sygdom. Ved vurderingen af om lønmodtageren er uarbejdsdygtig, skal der foretages en helhedsvurdering ud fra sygdommen og dens indvirkning på arbejdsevnen.¹²⁷

I medfør af BS-652/2001 kan lønmodtageren, i en erstatningsperiode i medfør af FUL §3, opfylde tabsbegrænsningspligten uden at være aktivt jobsøgende, hvis lønmodtageren kan dokumentere sin sygdom, og at sygdommen har gjort ham/hende uarbejdsdygtig i hele eller dele af perioden. Forelægges der ikke dokumentation herfor, og søger lønmodtageren ikke aktivt andet passende arbejde, er det i medfør af dommen F-34-05 en tilsidesættelse af tabsbegrænsningspligten efter FUL §3, hvis ikke lønmodtageren er aktivt

¹²⁷ Lovbekendtgørelse om sygedagpenge nr. 97, §7, stk. 1

jobsøgende i hele erstatningsperioden. Vi kan trække inspiration herfra, når kravene til tabsbegrænsningspligten vurderes i relation til AKL.

Det er vores opfattelse, at tabsbegrænsningspligten, ud fra en sammenligning med efterløn og pension, bør gælde, uanset om lønmodtageren i ansættelsesklausulperioden bliver syg, idet sygdom typisk kun midlertidigt forhindrer lønmodtageren i at stå til rådighed på arbejdsmarkedet. Når lønmodtageren efter raskmelding vender retur på arbejdsmarkedet, er lønmodtageren således begrænset af ansættelsesklausulen, og dette bør lønmodtageren kompenseres for – imod fortsat at være aktivt jobsøgende straks efter raskmeldingen. Er lønmodtageren kun i dele af ansættelsesklausulperioden aktivt jobsøgende, fordi lønmodtageren bliver syg, og dokumenteres sygdommen ikke, bør arbejdsgiver efter AKL derfor med rette kunne tilbageholde compensationen.

Vi er usikre på, om der i alle tilfælde af lønmodtagerens uarbejdsdygtighed, bør ske automatisk opfyldelse af tabsbegrænsningspligten – eller om det med rimelighed kan kræves, at lønmodtageren i et eller andet omfang iagttager tabsbegrænsningspligten for at bibeholde retten til compensation. Umiddelbart bør det afhænge af, om lønmodtageren kan fremlægge lægelig dokumentation. Kan det dokumenteres, at lønmodtageren har været syg i perioden som påstået, og at sygdommen rent faktisk har afholdt lønmodtageren fra at sende jobansøgninger, bør lønmodtageren have ret til compensation.

Ved vurderingen af om sygdommen rent faktisk har afholdt lønmodtageren fra at søge stillinger, bør der tages hensyn til omfanget af sygdommen, herunder arten af denne (uarbejdsdygtighedsvurderingen), og om det i henhold hertil vil være rimeligt at forvente, at lønmodtageren iagttager tabsbegrænsningspligten. Til illustration herfor bemærker vi, at en brækket storetå formentlig kan afholde en lønmodtager fra at udføre tungt fysisk arbejde, og derfor kan have ret til sygedagpenge i en periode. Omvendt vil en brækket storetå ikke afholde en tilstrækkeligt smertedækket lønmodtager fra at sende jobansøgninger enten pr. e-mail, SMS eller lignende. Er situationen omvendt den, at lønmodtageren er hospitalsindlagt, i et forløb med operation eller alvorligt syg, kan lønmodtageren have ret til sygedagpenge, og vil højst sandsynligt også være afholdt fra at søge stillinger.

Lønmodtageren bærer bevisbyrden for, at der ikke i perioden har været en resterende arbejdsevne til at søge stillinger under sygdomsmeldingen. Er lønmodtageren ikke i stand til at løfte bevisbyrden, bør tabsbegrænsningspligten ikke automatisk kunne opfyldes, og i

konsekvens heraf bør arbejdsgiver med rette kunne tilbageholde compensationen. I forlængelse heraf bør arbejdsgiver derfor kunne kræve lægelig dokumentation i form af eksempelvis en lægeerklæring eller et journaludskrift.

Vi er dog ikke sikre på, om arbejdsgiver bør kunne kræve, at lønmodtageren i ansættelsesklauusulperioden skal orientere om sygdommen. På den ene side bør der tages hensyn til, at parterne ikke længere er i et ansættelsesforhold, og derfor har lønmodtageren formentlig ikke nogen forpligtelse til at orientere den tidligere arbejdsgiver om sygdommen. På den anden side, selvom der ikke normalvis er en forpligtelse til at orientere sin tidligere arbejdsgiver, formoder vi, at parterne har en fælles interesse i at undgå en retssag, idet retssager ofte er forbundet med høje omkostninger. Ud fra dette synspunkt ville det give mening, hvis lønmodtageren skulle orientere arbejdsgiver om sygdommen på det tidspunkt, at lønmodtageren forhindres i at sende jobansøgninger. Derudover har sygemeldingen en direkte indflydelse på arbejdsgivers retsstilling i den situation, hvor lønmodtageren har en tabsbegrænsningspligt på grund af en ansættelsesklauusul. Arbejdsgiver har derfor en væsentlig interesse i at blive orienteret om sygdommen, så arbejdsgiver kan anmode om yderligere dokumentation, eller blot vælge at acceptere sygemeldingen som tilstrækkelig dokumentation. På baggrund af disse overvejelser er det vores vurdering, at arbejdsgiver bør skulle orienteres om sygdommen, for at lønmodtageren kan bibeholde retten til compensation uden at være aktivt jobsøgende.

Vi undrer os ydermere over, hvad det bør have af betydning for tabsbegrænsningspligten, hvis lønmodtageren på grund af kritisk sygdom med al sandsynlighed ikke vender retur på arbejdsmarkedet, fordi arbejdsevnen ikke kan genvindes. Situationen adskiller sig nemlig fra de andre situationer om sygdom derved, at lønmodtageren nu permanent er hindret i at stå til rådighed på arbejdsmarkedet.

Hvis vi sammenligner denne situation med efterløn og pension, så er det ikke det samme, men alligevel lidt det samme, fordi der også i denne situation er tale om, at lønmodtageren permanent ikke længere står til rådighed på arbejdsmarkedet. Situationerne adskiller sig dog væsentligt fra hinanden ved, at efterløn og pension er frivillige tilbagetrækninger fra arbejdsmarkedet, hvor lønmodtageren ikke har en intention om at skulle søge arbejde igen. Omvendt, når lønmodtageren ikke længere har en arbejdsevne, er det ikke frivilligt, men derimod sygdommen der tvinger lønmodtageren ud af arbejdsmarkedet. Ud fra den

sammenligning at der i begge situationer er tale om, at lønmodtageren permanent ikke længere står til rådighed på arbejdsmarkedet, vil ansættelsesklausulen formentlig også blot blive en nullitet i den situation, hvor lønmodtageren på grund af kritisk sygdom aldrig får sin arbejdsevne tilbage, og dermed aldrig mere vil skulle søge arbejde igen. Konsekvensen heraf bør så være, at lønmodtageren ikke automatisk opfylder tabsbegrænsningspligten, og lønmodtageren bør derfor ikke længere have ret til compensation. Vores tanke er, at lønmodtageren kompenseres for at være begrænset af ansættelsesklausulen, men når lønmodtageren ikke kan genvinde sin arbejdsevne, vil lønmodtageren ikke skulle søge stillinger, og derfor er ansættelsesklausulen ikke begrænsende mere. I konsekvens heraf bør arbejdsgiver derfor ikke længere være forpligtet til at betale compensation til lønmodtageren.

9. Konklusion

Det primære formål med afhandlingen har været at analysere den gældende retstilstand inden for ansættelsesretten i forhold til lønmodtagerens tabsbegrænsningspligt i en række ophørssituationer, for herefter med inspiration fra de andre retsområder at vurdere, hvordan tabsbegrænsningspligten bør kunne opfyldes efter AKL i en ansættelsesklausulperiode.

Det er byrdefuldt for lønmodtageren at være pålagt en ansættelsesklausul, fordi den begrænser lønmodtageren i at finde nyt arbejde inden for sit faglige område (passende arbejde) i en nærmere bestemt periode. Men det er en måde, hvorpå arbejdsgiver kan sikre sig imod, at lønmodtageren udnytter informationer og sin viden om virksomheden til skade for denne ved at tage ansættelse inden for konkurrerende virksomhed. Eftersom det er byrdefuldt for lønmodtageren, og fordi AKL er en lønmodtagervenlig lov, er ansættelsesklausuler ikke gratis for arbejdsgiver at anvende. Lønmodtageren har derfor ret til engangskompensation for de første 2 måneder af ansættelsesklausulperioden – uden at tabsbegrænsningspligten opfyldes. Lønmodtagerens opfyldelse af tabsbegrænsningspligten er derimod en forudsætning for, at lønmodtageren bibeholder sin ret til den løbende kompensation.

I forbindelse med analysen af praksis fra domstolene kan det konkluderes, at tabsbegrænsningspligten er et vidt begreb, der indebærer et krav om aktivt at søge passende arbejde, hvorefter lønmodtageren som udgangspunkt skal iagttage en række positive pligter for at bibeholde sin ret til erstatning (kompensation).

Mere specifikt kan det udledes, at tabsbegrænsningspligten kan opfyldes ved, at lønmodtageren anvender aktive jobsøgningsaktiviteter og/eller passive jobsøgningsaktiviteter, når lønmodtageren søger at finde et passende arbejde. Hvilke jobsøgningsaktiviteter lønmodtageren skal anvende afhænger især af, hvordan lønmodtageren sædvanligvis får arbejde inden for sit faglige område, og om der er særlige omstændigheder der gør, at lønmodtageren er nødt til at anvende den ene aktivitetsform frem for den anden. Derudover kan der ikke gives et konkret svar på, hvor mange og hvilke af de positive pligter lønmodtageren i den forbindelse skal iagttage, og derudover heller ikke i hvilket omfang pligterne skal iagttages. Tværtimod afhænger det af en helhedsvurdering ud fra de konkrete omstændigheder, hensyn og hvad der med rimelighed kan forventes af

lønmodtageren i forhold til lønmodtagerens faglige kvalifikationer sammenholdt med markeds- og brancheforholdene. Det kan dog fastslås, at lønmodtageren som udgangspunkt skal være aktivt jobsøgende for at opfylde tabsbegrænsningspligten, hvorfor lønmodtageren i et eller andet omfang skal udføre nogle af de positive pligter. Lønmodtageren kan dermed ikke som udgangspunkt opfylde tabsbegrænsningspligten ved slet ikke at foretage sig noget.

I situationer hvor lønmodtageren legitimt er forhindret i at være aktivt jobsøgende, opfyldes tabsbegrænsningspligten undtagelsesvist i stedet automatisk, dvs. uden at lønmodtageren er aktivt jobsøgende.

Ydermere kan det konkluderes, at i de tilfælde hvor lønmodtageren vælger at gøre noget andet end at søge passende arbejde på grund af ansættelsesklausulen, er det usikkert, om lønmodtageren fortsat skal være aktivt jobsøgende, for at arbejdsgiver ikke med rette kan tilbageholde compensationen. Desuden er det usikkert, om sådanne situationer i sig selv kan være tilstrækkelige til at opfylde tabsbegrænsningspligten – eller om det bør kunne kræves, at lønmodtageren forinden eller sideløbende hermed er aktivt jobsøgende. Endeligt er det usikkert, om konsekvensen af at lønmodtageren vælger at gøre noget andet, bør være compensationens bortfald, eller om arbejdsgiver blot med rette bør kunne nedsætte compensationen til den lave sats.

Desuden kan det fastslås, at der kan være situationer, hvor tabsbegrænsningspligten umiddelbart slet ikke er relevant, fordi elementet af at lønmodtageren er begrænset af ansættelsesklausulen, ikke længere er til stede. Når der opstår en situation, hvor lønmodtageren på grund af en permanent tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet rent faktisk ikke er begrænset af ansættelsesklausulen, er der ikke længere noget formål med ansættelsesklausulen. I den forbindelse er det usikkert, om ansættelsesklausulen ikke blot bør betragtes som en nullitet.

Endeligt kan det konkluderes, at det ikke er muligt at opstille en udtømmende liste over kumulative positive pligter, der skal opfyldes, for at lønmodtageren i tilstrækkelig grad anses for at være aktivt jobsøgende, og dermed opfylder tabsbegrænsningspligten efter AKL §8, stk. 5.

10. Litteraturliste

Lovbekendtgørelser

Lov nr. 1917-05-08 nr. 242 om Aftaler og andre Retshandler
paa Formuerettens Omraade

Lov nr. 1948-06-09 nr. 261 om Retsforholdet mellem Arbejds-
givere og Funktionærer

Lov nr. 2015-12-15 nr. 1565 om ansættelsesklausuler

Lov nr. 340 af 2. juni 1999 om ændring af lov om retsforholdet
mellem arbejdsgivere og funktionærer

Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1002 om retsforholdet
mellem arbejdsgivere og funktionærer

Lovbekendtgørelse 2024-02-26 nr. 208 om arbejdsløshedsfor-
sikring m.v.

Lovbekendtgørelse 2024-11-27 nr. 1244 om Lønmodtagernes
Garantifond

Lovbekendtgørelse 2025-01-29 nr. 114 om ret til orlov og dag-
penge på barsel

Lovbekendtgørelse 2025-01-29 nr. 97 om sygedagpenge

Lovforslag og forarbejder

Forslag til lov om ansættelsesklausuler, LFF 2015-10-07 nr 25

Lovforslag nr. L 172. Fremsat den 3. februar 1999 om ændring af lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer, FT 1998/99, tillæg A

Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger. Udarbejdet af den ved kgl. Resolutioner af 28de juni 1901 og 4de juli 1910 nedsatte Kommission

Bekendtgørelser

Bekendtgørelse 2023-12-12 nr. 1590 om rådighed

Vejledninger

Vejledning om LG's dækning ved konkurs, ophør, død eller rekonstruktion, Lønmodtagernes Garantifond (februar 2024)

Domme

Glostrup Byrets dom af 6. oktober 2022 (BS-38414/2020-GLO)

Herning Byret dom af 7. april 2010 (BS-5-239/2009)

Nykøbing Falster Byrets dom af 26. februar 2007 (BS 30-457/2006)

Østre Landsrets dom af 18. marts 2020 (BS-7846/2019)

Østre Landsrets dom af 4. april 2024 (BS-43960/2022)

Rødovre Byrets dom af 6. juni 2002 (BS-652/2001)

Østre Landsrets dom af 20. november 2003 (B-2015-02)

Østre Landsrets dom af 20. juni 2003 (B-1783-02)

Vestre Landsrets dom af 17. december 2010 (B-0915-10)

Østre Landsrets dom af 14. september 2007 (B-512-07)

Sø- & Handelsrettens dom af 20. november 2007 (F-34-05)

Sø- & Handelsrettens dom af 22. juni 2010 (SH.2009.F-6-08)

U.1974.573S

U.1977.860/1H

U.1978.941H

U.2015.744Ø

U.2022.759S

U.2001.2357H

U.2004.1715Ø

U.2013.2107H

U.2015.1152V

Faglitteratur

Bo von Eyben og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret, 9. udgave 2019, Djøf forlag

Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: Juraens verden, Metoder, retskilder og discipliner, 1. udgave, 2020, Djøf Forlag

Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen: Retskilder og retsteorier, 6. reviderede udgave 2021, Djøf forlag

Finn Schwarz, Erik Wendelboe Christiansen og Maria Schmiegelow: Ansættelsesklausuloven: konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinere de klausuler, 1. udgave, 2016, Universitetsforlaget PEJUS

Henrik Palmer Olsen: Lærebog i juridisk metode, 1. udgave 2024, Djøf forlag

Jens Kristiansen: Ansættelsesret, 2. udgave 2023, Djøf forlag

Jens Paulsen m. fl.: Personalejura – praktisk arbejde, 7. udgave 2022, Hans Reitzels forlag

Lars Svenning Andersen m. fl.: Funktionærret, 6. udgave, 2020, Djøf forlag

Mikael Marstal: Bortvisning – suspension og fritstilling, 1. udgave, 2016, Karnov Group

Morten Langer og Nicolai Hesgaard: Konkurrence og kundeklausuler, 6. udgave, 2023, Karnov Group

Natalie Videbæk Munkholm: Loyalitet i arbejdsretlige relationer, 2016, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

Ole Hasselbalch og Natalie Videbæk Munkholm: Arbejdsret, 12. udgave, 2021, Djøf forlag

Ole Hasselbalch under medvirken af Natalie Videbæk Munkholm: Lærebog I - Ansættelsesret & Personalejura, 6. udgave, 2019, Djøf forlag

Peter Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2. udgave 2014, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Peter Blume: Retssystemet og juridisk metode, 4. udgave, 2020, Djøf forlag

Peter Møgelvang-Hansen og Jakob Juul-Sandberg: Kreditorforfølgning – materiel foged-og konkursret, 8. udgave, 2019, Karnov Group

Torsten Iversen: Obligationsret, 2. del, 5. udgave 2019, Jurist Og Økonomforbundets Forlag

Artikler

Tabsbegrænsningspligt i ansættelsesforhold, Juristen nr. 1, (2010) Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler - tilgået den 27. maj 2025

Tabsopgørelsen og modregning med variable lønandele, HR Jura Magasinet nr. 9 (2016) Jannie Stenmann Jensen og Søren Narv Pedersen - tilgået den 27. maj 2025

Rapporter

Produktivitetskommissionen, Analyserapport 2, konkurrence, internationalisering og regulering (2013) - tilgået den 27. maj 2025

Andet

Danmarks Nationalleksikon; <https://lex.dk/bevisbyrde> (*Bevisbyrde*) - tilgået den 27. maj 2025

HR jura; <https://www.hrjura.in/om-os> (Om hr jura, formål og vision) - tilgået den 27. maj 2025