

Kapitel 1

Indledning

Incitamentsprogrammer baseret på aktieoptioner, warrants og kapitalandele (aktier og anparter) bliver i et betydeligt omfang brugt som en del af aflønningen for danske medarbejdere,¹ hvilket vi som praktikere, der i vidt omfang beskæftiger sig med incitamentsprogrammer for medarbejdere, oplever. Oftest er formålet med at tilbyde medarbejdere medejerskab i det selskab eller den koncern, hvori de arbejder, at motivere medarbejderne til at medvirke til at skabe positiv vækst for selskabet og herudover ved hjælp af medejerskabet at fastholde medarbejderne i så lang en periode som muligt.

Skiftende skatteregler med deraf skiftende konsekvenser for det valgte indhold i incitamentsprogrammer medfører, at der ofte er behov for justeringer af eksisterende programmer. Ændringen af aktieoptionsloven² har efter vores opfattelse udløst et endog meget stort behov for nøje at gennemtænke strukturen på kapitalandelsbaserede programmer, så uønskede konsekvenser af den indgribende nye lovgivning i videst muligt omfang undgås.

Uanset om den enkelte medarbejderaktionær på baggrund af incitamentsprogrammer tildeles warrants eller optioner, vil vilkårene for dennes endelige investering i aktier eller anparter næsten altid være reguleret i en ejeraftale. Ofte afhænger en medarbejderaktionærs adgang til at erhverve warrants eller optioner af, at vedkommende på forhånd tiltræder en ejeraftale, som regulerer vilkårene for ejerskabet. Selve ejeraftalen er sædvanligvis udarbejdet af selskabet og/eller majoritetsejeren og er sjældent genstand for en egentlig forhandling med medarbejderaktionæren. Tværtimod bliver

-
1. DI gennemførte i 2010 en undersøgelse af anvendelse af forskellige løngoder til medarbejderne i DI's medlemsvirksomheder. I den undersøgelse blev det oplyst, at hver 6. medarbejder i de medlemsvirksomheder, der deltog i undersøgelsen, var omfattet af en incitamentsordning, der blev baseret på aktieinstrumenter. Undersøgelsen viste endvidere, at det blandt ledende medarbejdere næsten er hver 5. medarbejder. Der er os bekendt ikke lavet en ny tilsvarende undersøgelse, men det er ikke vores indtryk, at udbredelsen af denne type incitamentsprogrammer er blevet mindre.
 2. Til ikrafttrædelse den 1. januar 2019.

Indledning

ejeraftalen ofte præsenteret som en betingelse for medarbejderaktionærens deltagelse i incitamentsprogrammet.

Det har været vores ambition også med 2.-udgaven at skrive en brugbar håndbog om sådanne ejerftaler for praktikere som os selv, og vi har derfor fastholdt at opbygge bogen omkring en modelkontrakt. Den ændrede lovgivning for konkurrence- og kundeklausul og den ændrede aktieoptionslov har medført behov for at inkludere flere supplerende bestemmelser og alternativer i modelkontrakten. Vores modelkontrakt og de medfølgende kommentarer kan anvendes til belysning af problemstillinger, der knytter sig ikke blot til den gældende lovgivning, som vil omfatte nye programmer, men også til problemstillinger i eksisterende programmer, der er underlagt de tidligere regler.

Modelkontrakten er stadig vores bud på en ejerftale med en medarbejder, og den adskiller sig derfor på en række punkter fra ejerftaler, der er udarbejdet til brug for mere ligeværdige parter. Modelkontrakten udgør ikke et samlet aktiebaseret incitamentsprogram, men udelukkende ejerftalen. Ved siden af ejerftalen vil der derfor efter omstændighederne skulle udformes aktieoptionsprogrammer, arbejdsgivererklæringer, bilag til selskabets vedtægter vedrørende warrantprogrammer, aktienotaer mv.

Som det vil fremgå af kapitel 2 om medarbejderaktionæren, skal en medarbejderaktionær i denne sammenhæng forstås som en kapitalejer, der ejer aktier i det selskab, som vedkommende arbejder i,³ og som ikke indtager en ligeværdig stilling i forhold til den eller de øvrige kapitalejere.

Denne bog tager udgangspunkt i, at der for ejerftaler indgået mellem medarbejderaktionærer og majoritetsejere gælder nogle særlige forhold, hvorved kontraktforholdet adskiller sig fra ejerftaler indgået mellem mere ligeværdige kapitalejere.⁴ Følgende særlige forhold gør sig således ofte gældende:

- Medarbejderaktionæren ville ikke have haft mulighed for at købe de pågældende kapitalandele, hvis denne ikke havde været ansat i selskabet eller i koncernen, når kapitalandelene er unoterede og ikke er til salg på et marked.

3. Eller i et med arbejdsgiverselskabet koncernforbundet selskab.

4. Nærmere herom i afsnit 1.2 i kapitel 2 om medarbejderaktionæren.

- De ejerrettigheder, der er formålet med at tilbyde en medarbejder medejerskab, er oftest økonomiske og i mindre grad at sikre medarbejderen medindflydelse på de beslutninger, der træffes på generalforsamlingen.
- Majoritetssejeren ønsker typisk ikke, at en fratrådt medarbejder skal kunne forblive medejer af selskabet. Dette kan skyldes forskellige årsager; principielle, ønsket om at kunne tilbyde den fratrådte medarbejders kapitalandele til de øvrige kollegaer eller den fratrådte medarbejders afløser eller opretholdelse af fastholdelseelementet i det incitamentsprogram, der har givet medarbejderen mulighed for at købe kapitalandelene (uafhængig af, om kapitalandelene er erhvervet ved udnyttelse af aktieoptioner, warrants eller er købt direkte).
- Der er ofte meget stor forskel på størrelsen af kapitalandelsposten ejet af majoritetssejeren og af medarbejderaktionæren og dermed meget lille sandsynlighed for, at medarbejderaktionæren reelt kan anvende sit medejerskab til at opnå indflydelse på de beslutninger, som træffes på generalforsamlingen eller i selskabets bestyrelse. Selv ikke et samarbejde mellem flere medarbejderaktionærer vil i den typiske situation indebære et stemmeantal, der er tilstrækkeligt til at gennemføre beslutninger mod majoritetssejerens ønske.
- Der eksisterer allerede et kontraktforhold mellem medarbejderaktionæren og arbejdsgiverselskabet i form af ansættelseskontrakten, og medarbejderaktionæren er derfor allerede underlagt en loyalitetsforpligtelse, der medfører, at medarbejderen ikke kan tage ansættelse hos eller selv drive konkurrerende virksomhed. Ansættelseskontrakten vil ofte også indeholde yderligere reguleringer og begrænsninger for medarbejderen, der skal træde i kraft efter ansættelsesforholdets ophør, f.eks. konkurrence-, og kundeklausuler.

I modsætning til ejeraftaler indgået mellem mere ligeværdige kapitalejere indgås ejeraftaler med medarbejderaktionærer typisk ikke med det hovedformål at modificere majoritetsprincipperne i selskabsloven.

Derimod er det i relation til ejeraftaler indgået mellem en majoritetssejer og én eller flere af medarbejderne i selskabet vores erfaring, at ønsket om en ejeraftale i langt højere grad udspringer af et behov for at regulere situationer omkring fratrædelse (salgsret/salgspligt), ret og pligt for medarbejderen til at sælge med, hvis majoritetssejeren ønsker at sælge, samt at regulere

Kapitel 1: Indledning

“spillereglerne” for samarbejdsrelationen mellem medarbejderen og majoritetsejeren, ofte i relation til konkurrence- og kundeklausuler.

Uanset at det ofte i “almindelige” ejerftaler er fastlagt, at visse på forhånd afgrænsede beslutninger kræver et særligt kvalificeret flertal, vil sådanne bestemmelser i denne sammenhæng kunne være uhensigtsmæssige. Eksempelvis vil det i den typiske samarbejdsrelation mellem en majoritets-ejer og én eller flere medarbejderaktionærer normalt være uhensigtsmæssigt, hvis medarbejderaktionærgruppen på grund af en bestemmelse i ejerftalen om særligt kvalificeret majoritet til salg af hele eller dele af selskabets aktiver, låneoptagelse eller køb eller salg af fast ejendom kunne forhindre beslutninger, som majoritetsejeren ønsker at gennemføre.

Bogen er som nævnt bygget op om en modelkontrakt, der er optrykt i sin helhed i begyndelsen af bogen, før kapitel 1. Bogens enkelte kapitler består af de enkelte bestemmelser med kommentarer dertil. De enkelte bestemmelser indeholder forslag til alternativer, hvor vi har fundet dette relevant. Hvor der i de enkelte kapitler er henvist til en bestemmelse i Modelkontrakten, skal henvisningen forstås som en henvisning til den samlede Modelkontrakt, der er optrykt forrest i bogen.

Vi har i hele bogen forudsat, at medarbejderaktionærens investering foretages i unoterede aktier eller anparter, hvortil der ikke er udstedt ejerbeviser, og bogen tager derfor ikke stilling til særlige forhold vedrørende børsnoterede kapitalselskaber.

Medarbejderaktionæren

1 Hvad er en medarbejderaktionær?

1.1 Sondringen mellem medarbejderaktionærer og andre kapitalejere

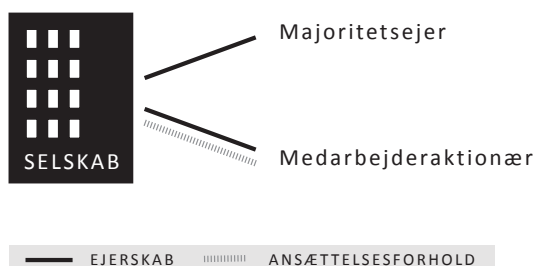
Som omtalt i indledningen i kapitel 1 er formålet med denne bog at beskrive de særlige forhold, der efter vores vurdering gør sig gældende for medarbejdere, der ejer kapitalandele i det selskab, hvor de samtidig arbejder som ansatte lønmodtagere (arbejdsgiverselskabet), eller som får adgang til at eje kapitalandele i et selskab, der er koncernforbundet med arbejdsgiverselskabet.

En ejerftale mellem en medarbejderaktionær og en eller flere øvrige kapitalejere indgås således uden for den klassiske kontekst for ejerftaler, hvor to eller flere mere ligeværdige kapitalejere indgår en aftale, der har til formål at regulere deres samarbejde om ejerskabet.

Et særligt kendetegn ved ejerftaler med medarbejderaktionærer er, at den ene part i ejerftalen ofte er majoritetsejer, mens den anden part i ejerftalen er en medarbejder, hvis medejerskab af arbejdsgiverselskabet eller et hermed koncernforbundet selskab normalt udelukkende er kommet i stand, netop fordi medarbejderen er ansat i arbejdsgiverselskabet/koncernen. Uden den ansættelsesretlige tilknytning til selskabet ville denne kapitalejer ikke være blevet tilbudt medejerskab af selskabet.

I sondringen mellem en medejer og en medarbejderaktionær er det springende punkt i denne sammenhæng derfor, hvorvidt der foreligger en ansættelsesmæssig tilknytning mellem medarbejderaktionæren og det selskab, hvori der ejes kapitalandele. Hvor en kapitalejer i denne fremstilling betegnes som “medejer”, er der tale om en person, der ejer kapitalandele i et selskab, hvortil den pågældende ikke har en ansættelsesmæssig tilknytning. Hvor “medarbejderaktionær” anvendes, er der derimod en ansættelsesmæssig tilknytning til det selskab, som kapitalandelene ejes i (fig. 1).

Kapitel 2: Medarbejderaktionæren



Figur 1

Denne ansættelsesmæssige tilknytning kan også være til stede, hvor det selskab, der ejes kapitalandele i, ikke direkte er arbejdsgiverselskab for kapital-ejeren, men hvor arbejdsgiverselskabet faciliterer medarbejderens mulighed for at erhverve kapitalandele i et med arbejdsgiverselskabet koncernforbundet selskab¹ (fig. 2). Som i situationen, hvor medarbejderaktionæren er ansat direkte i det selskab, som vedkommende ejer kapitalandele i, vil medarbejderaktionæren, der ejer kapitalandele i et selskab, der er koncernforbundet med arbejdsgiverselskabet, typisk udelukkende have fået mulighed for dette medejerskab i kraft af ansættelsen i koncernen.



Figur 2

1. Typisk i arbejdsgiverselskabets moderselskab.

1 Hvad er en medarbejderaktionær?

Da begrebet “medarbejderaktionær” ikke inkluderer situationer, hvor en mindre gruppe personer i fællesskab ejer et selskab, hvor alle kapitalejerne deltager i den daglige drift af selskabet, og alle således har en ansættelsesretlig tilknytning til selskabet, er det derfor nødvendigt at opstille en yderligere betingelse for, at en kapitalejer kan falde ind under begrebet “medarbejderaktionær”. Ud over en ansættelsesretlig tilknytning skal der derfor også være tale om en situation, hvor parterne i ejeraftalen ikke kan betragtes som ligeværdige. Personer, der sammen ejer kapitalandelene i et selskab, som de samtidig alle er ansat i, men hvor de er ligeværdige, betragtes i denne sammenhæng som “medejere” (fig. 3).



Figur 3

1.2 Hvornår er en kapitalejer medarbejderaktionær?

Betingelsen for at blive betragtet som medarbejderaktionær er derfor, 1) at vedkommende har en ansættelsesretlig tilknytning til selskabet eller koncernen, som vedkommende ejer kapitalandele i, og at det netop er ansættelsesforholdet, der er baggrunden for, at medejerskabet er etableret, og 2) at forholdet mellem majoritetsejeren (og andre medejere) ikke kan betragtes som ligeværdigt.

I det følgende uddybes disse kriterier.

1.2.1 Ansættelsesretlig tilknytning til selskabet eller til et med selskabet koncernforbundet selskab, hvori vedkommende ejer kapitalandele

En kapitalejer vil udelukkende kunne blive betragtet som medarbejderaktionær, hvis vedkommende har erhvervet sine kapitalandele i selskabet som følge af sin ansættelsesretlige tilknytning til selskabet eller til et selskab, der er koncernforbundet hermed.

1.2.1.1 Lønmodtagere

I mange situationer vil det ikke volde vanskeligheder at vurdere, hvorvidt betingelsen om en ansættelsesretlig tilknytning til det selskab, der ejes kapitalandele i, eller til et selskab, der er koncernforbundet med arbejdsgiverselskabet, er opfyldt.

Er medarbejderen således ansat i en permanent stilling i selskabet eller i et selskab, der er koncernforbundet dermed, vil betingelsen om en ansættelsesretlig tilknytning være opfyldt.

Betingelsen vil ligeledes være opfyldt, hvis medarbejderen er ansat på en tidsbegrænset ansættelseskontrakt, idet der ansættelsesretligt ikke er forskel på medarbejderens status som lønmodtager, da forskellen mellem de to typer ansættelse udelukkende består i, at der i den tidsbegrænsede ansættelse på forhånd er fastsat en slutdato for ansættelsen.

1.2.1.2 Konsulenter og freelancere

En person, der er tilknyttet et selskab som konsulent eller freelancer, vil ikke opfylde betingelsen om en ansættelsesretlig tilknytning til selskabet og vil således ikke i denne sammenhæng blive betragtet som en medarbejderaktionær.

På samme måde som andre ansættelsesretlige vurderinger af, om en konsulent eller en freelancer falder uden for lønmodtagerbegrebet, der afgrænser personer, der er omfattet af den ansættelsesretlige lovgivning, skal det i denne sammenhæng understreges, at det udelukkende er de personer, der reelt har en helt selvstændig stilling i forhold til selskabet, der skal betragtes som konsulenter eller freelancere, og som dermed falder uden for begrebet "medarbejderaktionær".

En person, der har indgået en konsulentkontrakt eller en freelancekontrakt med et selskab, kan derfor på trods af sin titel som konsulent eller freelancer betragtes som ansættelsesretligt tilknyttet til selskabet, hvis ind-

holdet i vedkommendes tilknytning til selskabet reelt svarer til et ansættelsesforhold.

I sondringen mellem konsulenter, der falder uden for, og dem, der falder inden for medarbejderaktionærbegrebet, vil der normalt skulle lægges vægt på en række forhold.² Det vil typisk tale for, at der foreligger et ansættelsesforhold, uanset hvilken titel den pågældende person har, hvis kontrakten indeholder vilkår om, at den pågældende person:

- har pligt til at udføre det aftalte arbejde
- selv skal udføre arbejdet og ikke kan sætte en anden i sit sted
- er underlagt arbejdsgiverens ledelse (instruktionsbeføjelse)
- er aflønnet med A-indkomst
- har pligt til regelmæssigt at aflægge rapport til arbejdsgiveren
- har fast arbejdstid og således er garanteret et bestemt antal timer
- er på fast løn
- har oppebåret feriegodtgørelse og/eller ferietillæg
- aftalt opsigelsesvarsel
- udfører arbejdet i arbejdsgiverens navn.

Hvis en række af de ovenstående forhold er opfyldt, vil sandsynligheden tale for, at der reelt er tale om et ansættelsesforhold, uanset hvilken titel vedkommende har ifølge kontrakten. De ovenstående forhold kan udledes af retspraksis samt af vejledninger fra Skattestyrelsen, idet den ansættelsesretlige og den skatteretlige vurdering ofte vil være sammenfaldende. Retspraksis og vejledning fra det ene område kan derfor i vid udstrækning anvendes som rettesnor for det andet område.

Det er ikke nødvendigt, at samtlige ovenstående forhold er til stede, før vedkommende vil blive betragtet som ansat, men der er flere af de oplyste forhold, der i særlig grad signalerer, at der er tale om et ansættelsesforhold, og som derfor tæller med i afvejningen med forholdsvis stor vægt.

Sådanne særlige "ansættelsesretlige" karakteristika er for eksempel, om vedkommende er undergivet en instruktionsbeføjelse fra selskabet, og om vedkommende udfører arbejdet i arbejdsgiverens navn.

2. Se f.eks. cirkulære nr. 129 af 4. juli 1994 om personskatteloven, pkt. 3.1.1 ff.

Kapitel 2: Medarbejderaktionæren

Hvis vurderingen af indholdet i kontrakten peger hen mod, at der reelt er tale om et ansættelsesforhold, vil en sådan konsulent eller freelancer opfylde den første betingelse for at falde ind under begrebet “medarbejderaktionær”.

Forhold, der omvendt typisk peger på, at der er tale om et reelt konsulent- eller freelancerforhold, vil sædvanligvis være, at den pågældende:

- er aflønnet med B-indkomst
- er momsregistreret
- udfører arbejdet fra egne lokaler
- udfører arbejdet i eget navn og ansvar
- selv hæfter for eventuel kreditgivning til kunder
- ikke har nogen decideret arbejdsforpligtelse, men udelukkende aftalt levering af konkrete samlede ydelser
- selv tilrettelægger arbejdet og arbejdstiden
- har aftalt varierende arbejdstid og/eller aflønning efter resultat
- har (eller har mulighed for at have) flere arbejdsgivere.

Hvis de fleste af disse forhold er opfyldt, vil vedkommende typisk blive betragtet som selvstændig erhvervsdrivende og således falde uden for begrebet “medarbejderaktionær”. Baseret på Skattestyrelsens hidtidige praksis er der næppe tvivl om, at spørgsmålet om, hvorvidt konsulenten udfører arbejdet i eget navn og ansvar, selv tilrettelægger arbejdet og arbejdstiden og har mulighed for at udføre arbejde for flere arbejdsgivere, er momenter, der vejer tungt og sandsynligvis også tungere end de øvrige af de ovenfor opregnede forhold.

1.2.1.3 (Administrerende) direktører

I hovedparten af den danske ansættelsesretlige lovgivning falder (administrerende) direktører uden for lovenes anvendelsesområde og beskyttelse, idet (administrerende) direktører ikke betragtes som lønmodtagere. En direktør falder således som altovervejende hovedregel uden for ferieloven, ansættelsesbevisloven, funktionærloven, ligebehandlingsloven osv., idet omstændighederne dog kan medføre, at en direktør i et konkret tilfælde kan anses som lønmodtager.³

3. Se f.eks. overvejelserne herom i bemærkningerne til den nye ferielov (lov nr. 60 af 30. januar 2018), jf. L 116 FT 2017-18, s. 14 f. og 38 f.

Uanset at en (administrerende) direktør således ikke umiddelbart er beskyttet af de særlige ansættelsesretlige regler, er en (administrerende) direktør ikke på forhånd udelukket fra at være omfattet af denne fremstillingsbegreb “medarbejderaktionær”.

Som det fremgår nedenfor, kan en direktør, der har væsentlig indflydelse på selskabets drift, dog falde uden for begrebet “medarbejderaktionær”, hvis vedkommende må betragtes som ligeværdig med majoritetsejeren i kraft af sin samlede indflydelse på selskabet.

Vores vurdering er, at en (administrerende) direktør, hvis samlede aktiepost ikke udgør mere end ca. 15 % af selskabets samlede aktiekapital, normalt ikke kan betragtes som ligeværdig i forhold til majoritetsejeren i relation til indflydelsen på selskabet. Betydningen af indflydelsen på selskabet uddybes nedenfor i afsnit 1.2.4.

I de tilfælde, hvor retsstillingen er forskellig for en medarbejderaktionær, der er (administrerende) direktør, og en medarbejderaktionær, der ikke er (administrerende) direktør, har vi omtalt dette i de enkelte kapitler, herunder særligt i relation til konkurrence- og kundeklausuler i kapitel 15, idet kravene til reguleringen af konkurrence- og kundeklausuler er forskellige, afhængigt af om der er tale om en (administrerende) direktør eller en lønmodtager.

1.2.2 Forholdet til de øvrige medejere er ikke ligeværdigt

I de foregående afsnit er gennemgået, hvilke personer der opfylder den første betingelse for at kunne betragtes som medarbejderaktionær, nemlig kravet om en ansættelsesretlig tilknytning til selskabet, der ejes kapitalandele i.⁴

I de følgende afsnit redegøres for den anden betingelse for at kunne betragtes som medarbejderaktionær, nemlig at forholdet til de øvrige medejere ikke er ligeværdigt.

1.2.2.1 Metode til afgrænsningen

Afgrænsningen mellem, hvad der kan betragtes som ligeværdige kapital ejere (“medejere”), og hvad der ikke kan betragtes som sådanne medejere,

4. Eller kapitalandele i et selskab, der er koncernforbundet med arbejdsgiverselskabet.

Kapitel 2: Medarbejderaktionæren

kan være kompliceret, da mange forskellige faktorer spiller ind i vurderingen.

Da der ikke i dansk lovgivning er opstillet en specifik afgrænsning, der kan være relevant at anvende i denne sammenhæng, er det afgørende i stedet at overveje, hvilke lovbestemmelser der kan hentes inspiration fra til brug for afgrænsningen. Hverken i selskabsloven, konkursloven, ferieloven, funktionærloven eller ansættelsesbevisloven mv. er der således angivet en specifik ejerandel, som skal opnås for at falde uden for et givet begreb (f.eks. "funktionær", "lønmodtager" o.l.).

Når det skal afgøres, om et forhold er ligeværdigt eller ej, kan det være relevant at søge inspiration i retspraksis inden for områder, hvor det er nødvendigt at foretage en sondring mellem, hvorvidt en medarbejder må anses for at have en så stærk indflydelse på arbejdsgiverselskabet, at vedkommende anses for at repræsentere arbejdsgiveren og således ikke befinder sig i en tjenestestilling i forhold til arbejdsgiverselskabet eller ej.

Inspiration, der kan overvejes, er retspraksis vedrørende:

- konkurslovens sondring i § 95 mellem, hvorvidt et lønkrav er opnået "i skyldnerens tjeneste" eller ej
- konkurslovens sondring i § 2, nr. 2, mellem, hvorvidt der er tale om en person, der i kraft af sit medejerskab i skyldnerselskabet er nærstående til skyldneren eller ej
- hvorvidt en person i relation til ferieloven⁵ er lønmodtager eller ej
- om en lønmodtager i relation til funktionærlovens § 1, stk. 2, kan betragtes som funktionær eller ej, eller
- om en lønmodtager i henhold til § 6 i Hovedaftalen mellem DA og LO af 1973 med efterfølgende ændringer anses for at være "virkelig medejer".

Fælles for ovenstående bestemmelser er bl.a., at de medfører en vurdering af, om der er tale om en person, der befinder sig i en "tjenestestilling" i relation til arbejdsgiveren i modsætning til en mere ligeværdig situation. De overvejelser, der har været foretaget i retspraksis for at vurdere disse for-

5. I lov om ferie, jf. lovekendtgørelse nr. 1177 af 9. oktober 2015, følger det af § 1, stk. 2. I den nye ferielov (lov nr. 60 af 30. januar 2018) fremgår det af forarbejderne (L 116 FT 2017-18 s. 38 f.), hvornår man er lønmodtager i ferielovens forstand.

hold, kan derfor også være relevante i relation til at bedømme, om en medarbejder, der ejer kapitalandele i sit arbejdsgiverselskab, må anses for at befinde sig i en ligeværdig situation i relation til majoritetsejeren eller ej.

Den følgende gennemgang af momenter, der kan inddrages i vurderingen, baseres derfor på retspraksis inden for de omtalte retsområder.

Vurderingen af, hvornår kapitalejeren opnår tilstrækkelig indflydelse til, at den pågældendes stilling som “medarbejder/lønmodtager/medarbejderaktionær” fortrænges, og kapitalejeren anses for at befinde sig i en så ligeværdig position i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige medejere, at vedkommendes retsstilling svarer til de øvrige medejerers retsstilling, vil skulle foretages i hvert enkelt tilfælde under hensyntagen til de konkrete omstændigheder. I det følgende er opregnet en række af de kriterier, der kan lægges vægt på.

1.2.2.2 **Størrelsen af den nominelle ejerandel**

Det er klart, at den nominelle ejerandel, som kapitalejerens samlede post af kapitalandele udgør, er en væsentlig faktor. Ejer to kapitalejere hver 50 % af de samlede kapitalandele, vil disse naturligvis kunne betragtes som ligeværdige. En fordeling på 40/60 eller 25/75 vil også normalt være tilstrækkelig ligeværdig til, at kapitalejeren med den mindste aktiepost ikke kan betragtes som så svag, at vedkommendes retsforhold skal vurderes anderledes end den anden medejer.

Af § 1, stk. 3, i den ferielov, der med virkning fra 1. september 2020 erstattes af den nye ferielov,⁶ fremgår, at en person, der har afgørende indflydelse på den virksomhed, som den pågældende arbejder i, ikke kan anses som lønmodtager inden for ferielovens anvendelsesområde. Bekendtgørelse nr. 1238 af 25. november 2014 om afgræsning af lønmodtagerbegrebet i ferielovens § 1, stk. 4, fastlægger, at afgørende indflydelse i ferielovens forstand foreligger, hvis den pågældende eller dennes ægtefælle er indehaver af (1) mindst 50 % af selskabskapitalen, (2) mindst 50 % af selskabskapitalens stemmевærdi, (3) en bestemmende andel af selskabets kapital, (4) en bestemmende andel af stemmerne i selskabet, eller (5) mindst 10 % af selskabskapitalen eller 10 % af selskabskapitalens stemmевærdi, og den på-

6. Lov nr. 60 af 30. januar 2018.

gældende tillige er medlem af selskabets bestyrelse eller direktion. Hvis der tages udgangspunkt heri, vil en kapitalejer, der ejer mere end 10 % af selskabskapitalen, således være så ligeværdig, at den pågældendes lønmodtagerstatus fortrænges, hvis den pågældende – når ejerandelen ikke udgør 50 % – tillige er en del af selskabets ledelse. Det bemærkes, at denne bekendtgørelse ophæves med den ferielov, der træder i kraft den 1. september 2020. Det vil dog også fremover blive tillagt vægt ved vurderingen af lønmodtagerstatus efter ferieloven, om den pågældende har del i virksomhedens risiko, udbytte eller kapital, og dermed på, om den pågældende via et medejerskab har (afgørende) indflydelse på den virksomhed, den pågældende arbejder i.⁷ Der er dog antageligt lagt op til en mere konkret bedømmelse, selv om der sandsynligvis stadig vil skulle være tale om en ikke ubetydelig ejerandel.

Tages der udgangspunkt i den konkursretlige anvendelse af begrebet nærstående, vil en medarbejders besiddelse af 1/3 af aktierne være vejledende for, hvorvidt den pågældendes aktiebesiddelse virker motiverende for de indbyrdes dispositioner, dog således at den øvrige spredning af de resterende aktier indgår i vurderingen.⁸

Hvis en kapitalejer i relation til konkurslovens nærstående-begreb anses for at være nærstående til selskabet, vil denne kapitalejer også falde uden for begrebet “medarbejderaktionær”, fordi vedkommende vil kunne betragtes som ligeværdig. På baggrund af retspraksis vurderes det dog, at en kapitalejer falder uden for begrebet “medarbejderaktionær” på et tidligere tidspunkt, end når den samlede ejerandel udgør 1/3 af selskabets samlede kapital. Der skal således en større ejerandel til at være nærstående i konkurslovens forstand, end der skal til at være medarbejderaktionær i denne fremstilling.

De kriterier, der lægges vægt på i f.eks. retspraksis vedrørende konkurslovens § 95 om lønprivilegiet og vedrørende dækning fra Lønmodtagernes Garantifond,⁹ kan på samme måde bruges som inspiration.

7. Betænkning nr. 1568/2017 om ny ferielov og overgang til samtidighedsferie, s. 225.

8. Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, *Konkursloven med kommentarer*, 14. udgave, 2018, s. 98, med henvisning til Gertrud Lennander, *Återvinning i konkurs* s. 83).

9. Lønmodtagernes Garantifond er en institution, der skal sikre, at en lønmodtager får udbetalt løn, feriepenge, pension og løntillæg, hvis arbejdsgiveren går konkurs eller ophører og er ude af stand til at betale.

Lønmodtagernes Garantifond dækker lønkrav for personer, der er omfattet af konkurslovens § 95. Konkurslovens § 95 angiver, at krav på løn mv., som er opnået "*i skyldnerens tjeneste*", skal have en fortrinsstilling i forhold til simple kreditorer i et konkursbo. Personer, hvis lønkrav ikke er opnået i skyldnerens tjeneste, vil i et konkursbo være stillet som andre simple kreditorer og således ikke have en fortrinsstilling. Afgørende i denne sammenhæng er således, hvilke kapitalejere der i relation til denne afgrænsning må anses for at befinde sig i skyldnerens tjeneste.

Uanset at konkurslovens § 2, nr. 2, ikke angiver en specifik kapitalandelsbesiddelse, der vil føre til, at en kapitalejer må betragtes som nærstående eller som værende uden for den kategori af medarbejdere, hvis lønkrav ikke i relation til konkurslovens § 95 kan anses for at være opstået i skyldnerens tjeneste, kan det på baggrund af retspraksis, der har taget stilling til Lønmodtagernes Garantifonds praksis i relation til disse vurderinger, antages, at en person, der ejer 10-15 % eller mindre af kapitalandelene, typisk vil blive anset for at være ikke-nærstående og for derfor at have lønprivilegium i et konkursbo.

I SH2005.P-6-04 fik en salgsdirektør, der ejede kapitalandele i et selskab, der var gået konkurs, medhold i, at hans lønkrav var fortrinsstillet, på trods af at han ejede kapitalandele i selskabet. Sø- og Handelsretten fastslog, at han ikke havde en bestemmende indflydelse på selskabets drift, da hans ejerandel på intet tidspunkt oversteg 15 %, og da fordelingen af den øvrige selskabskapital heller ikke medførte, at han havde en bestemmende indflydelse på selskabets drift. Det er værd at bemærke, at salgsdirektøren ud over sin ejerandel tillige havde været medlem af selskabets bestyrelse, men da det kom frem under sagen, at denne bestyrelsespost reelt havde været uden indhold, blev salgsdirektøren samlet set ikke anset for at have en bestemmende indflydelse på selskabet, og hans lønkrav i konkursboet fik derfor fortrinsstilling.

Denne dom er udtryk for en meget konkret afgørelse og for, at en ejerandel på 15 % sammenholdt med en (almindelig) bestyrelsespost normalt vil medføre, at en sådan kapitalejer falder uden for det sædvanlige lønmodtagerbegreb, og dermed også i denne kontekst sædvanligvis må anses for at falde uden for begrebet "medarbejderaktionær". Dette skyldes, at kombinationen af en ejerandel på 15 % og en bestyrelsespost normalt vil betyde, at vedkommende anses for at befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til de øvrige medejere og dermed falder uden for begrebet "medarbejderaktionær."

Kapitel 2: Medarbejderaktionæren

I Sø- og Handelsrettens dom af 24. september 1991 (KP 52/1990) fik en kapitalejer, der ejede 12,5 % af selskabskapitalen, lønprivilegium.

I U 1982.1187 Ø vurderede Østre Landsret, at en samlet ejerandel på 20 % betød, at kapitalejeren ikke kunne anses for at arbejde i skyldnerens tjeneste, og vedkommende fik således ikke fortrinsstilling for sit lønkrav. Østre Landsret lagde også vægt på, at denne kapitalejer havde siddet som selskabets bestyrelsesformand.

Der er afsagt enkelte domme uden for konkurslovens område, hvor domstolene har haft lejlighed til at vurdere, hvilken betydning en medarbejders ejerandel kan tillægges ved vurderingen af lønmodtagerstatus.

Ved dom af 25. september 1980¹⁰ fandt Arbejdsretten, at tre tømrersvende og en kontorfunktionær, der alle ejede 10 % af selskabskapitalen i den virksomhed, hvor de var ansat, og hvor den oprindelige ejer ejede de resterende 60 %, var "*virkelige medejere*", jf. Hovedaftalens § 6. Arbejdsretten tilføjede det i den forbindelse betydning, at der var indgået en ejerftale, i henhold til hvilken der skulle være enighed om alle væsentlige dispositioner, og at majoritets ejeren ikke reelt kunne råde over virksomheden alene.

I U 1986.54 V fandt Vestre Landsret i en sag, der omhandlede (bl.a.) lønmodtagerbegrebet i virksomhedsoverdragelsesloven, at en person, der i det overdragende selskab var ansat som værkfører i en funktionærstilling, og som fortsatte med dette arbejde efter overdragelsen af virksomheden, og som ejede 33 1/3 % af selskabskapitalen og 50 % af stemmeindflydelsen i det erhvervende selskab, hvor han tillige var bestyrelsesformand, faldt uden for funktionærlovens lønmodtagerbegreb. Resultatet er ikke overraskende.

Vestre Landsret har i en dom afsagt den 2. maj 2017¹¹ taget stilling til, om en ejerandel på 49 % af arbejdsgiverselskabet skulle medføre, at den pågældende medarbejder faldt uden for funktionærloven og lov om ansættelsesbeviser. Den pågældende medarbejder, der var driftsleder, ejede aktieposten på 49 % via et personligt ejet holdingselskab. I henhold til en ejerftale indgået mellem de bagvedliggende ejerselskaber havde medarbejderen via sit personlige holdingselskab ret til at udpege to medlemmer af arbejdsgiverselskabets bestyrelse; en ret, som han på tidspunktet for opsigelsen ikke havde udnyttet. Vestre Landsret kom som byretten frem til, at medarbejde-

10. ARD1980.8858.

11. V.L.B-1550-16.

rens ejerandel ikke skulle medføre, at han faldt uden for anvendelsesområdet for funktionærloven og lov om ansættelsesbeviser. Vestre Landsret lagde blandt andet vægt på, at medarbejderen ikke havde deltaget i bestyrelsesmøder, ikke havde modtaget økonomirapporter og månedsbalancer, ligesom retten heller ikke fandt det dokumenteret, at medarbejderen havde truffet beslutninger vedrørende selskabets drift, der rakte ud over de beslutninger, som han kunne træffe i kraft af sin stilling som driftsleder.

Også denne afgørelse er efter vores vurdering meget konkret, idet retten har lagt betydelig vægt på de faktiske forhold og på den reelt udøvede indflydelse på selskabets drift og ikke på den betydelige størrelse af medarbejderens nominelle ejerandel. Vestre Landsrets betoning af, at medarbejderen ikke på opsigelsestidspunktet var medlem af selskabets bestyrelse, gør det dog nærliggende at antage, at en ejerandel på 49 % af aktierne i arbejdsgiver-selskabet kombineret med en bestyrelsespost vil medføre, at en sådan person ikke vil blive betraget som lønmodtager og/eller medarbejderaktionær.

Samlet set viser retspraksis, at en nominel ejerandel på 15 % og derover normalt vurderes at være udtryk for, at den pågældende kapitalejer befinder sig i en ligeværdig situation i forhold til de øvrige medejere og dermed falder uden for begrebet lønmodtager, medmindre omstændigheder taler herimod med afgørende vægt, jf. dommen fra Vestre Landsret fra 2017. Som konsekvens heraf falder en sådan kapitalejer uden for denne fremstillings begreb “medarbejderaktionær”.

1.2.3 Fordelingen af de samlede kapitalandele

I et selskab, hvor kapitalen er spredt hos mange ejere, kan en kapitalejer, der ejer en nominelt mindre del, hurtigere blive anset for at have væsentlig indflydelse på selskabets drift, end hvis kapitalen i selskabet er fordelt hos færre ejere. I denne situation vil en sådan kapitalejer hurtigere falde uden for begrebet medarbejderaktionær, idet vedkommende hurtigere opnår tilstrækkelig indflydelse på selskabets forhold til at blive betraget som ligeværdig.¹²

12. Se til eksempel bekendtgørelse nr. 1238 af 25. november 2014 om afgrænsning af lønmodtagerbegrebet i ferielovens § 1, stk. 4, hvoraf det fremgår, at en person anses for at have afgørende indflydelse på selskabet, hvis selskabskapitalen i det væsentlige er ligeligt fordelt mellem højst ti kapitalindehavere, og der foreligger et personligt, driftsmæssigt samvirke mellem disse.

Kapitel 2: Medarbejderaktionæren

Da en lang række beslutninger i henhold til selskabslovens regler træffes ved simpelt flertal, vurderes det dog også, at uanset at spredningen af selskabskapitalen måtte være stor, vil der skulle en vis nominel ejerandel til, før kapitalejeren anses for at have en væsentlig indflydelse på selskabet, medmindre der blandt kapitalejerne er indgået stemmeaftaler, der gør, at én kapitalejer har en sådan (væsentlig) indflydelse på selskabets forhold, som vedkommendes nominelle ejerandel ikke i sig selv berettiger til.

1.2.4 Samlet indflydelse

Som tidligere nævnt vil der være tale om en samlet vurdering, og har en kapitalejer en stilling i selskabet, der giver vedkommende en væsentlig indflydelse på dette, kan dette ofte medføre, at vedkommende ikke bare falder uden for den ansættelsesretlige lovgivning, der forudsætter lønmodtagerstatus, men også uden for begrebet “medarbejderaktionær” og dermed uden for denne bogs kontekst.

I et selskab vil det normalt være selskabets (administrerende) direktør, der falder uden for lønmodtagerbegrebet.

Når (administrerende) direktører som ovenfor omtalt ikke på forhånd er udelukket fra at falde ind under begrebet “medarbejderaktionær”, skyldes det, at set i forhold til majoritetsejeren vil en direktør ofte ikke befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til ejerindflydelsen, og en række af denne bogs problemstillinger kan derfor være relevante også i forhold til en (administrerende) direktør.

På samme måde viser den ovenfor omtalte Vestre Landsretsdom af 2. maj 2017,¹³ at selv hvor en medarbejder via en ejeraftale kunne udpege to medlemmer af bestyrelsen i arbejdsgiverselskabet, lægges der udelukkende vægt på den samlede reelle indflydelse, der udøves på arbejdsgiverselskabet.¹⁴

13. VLD B-1550-16.

14. Se på samme måde Per Jacobsen, *Kollektiv Arbejdsret*, 5. reviderede udgave, s. 128 om vurderingen i forhold til Hovedaftalens § 6.

1.3 **Udvikling i løbet af ansættelsesperioden; kan status ændre sig i løbet af ejertiden?**

Det er vigtigt at være opmærksom på, at en vurdering af, om en kapitalejer skal betragtes som en medarbejderaktionær, der er foretaget på tidspunktet, hvor kapitalandelene erhverves, kan ændre sig over tid.

I relation til gyldigheden af bestemmelser, hvor det er af afgørende betydning, om en kapitalejer er medarbejderaktionær eller ej, vil det være tidspunktet, hvor en bestemmelse skal håndhæves, der er relevant.

Derfor er det vigtigt at foretage en løbende vurdering af kapitalejerens status, så det sikres, at samtlige bestemmelser til stadighed er gyldige. Det gælder ikke mindst i forbindelse med tilkøb af yderligere kapitalandele eller ved frasalg af kapitalandele eller i forbindelse med stillingsændringer, der medfører en større eller mindre indflydelse på selskabets forhold.

1.3.1 Udvikling fra medarbejderaktionær til "medejer"

En medarbejder, der fra udgangstidspunktet ikke kan anses for at befinde sig i en ligeværdig situation, kan over tid opnå en mere ligeværdig position i forhold til de øvrige medejere og vil således ikke længere kunne anses for at være omfattet af medarbejderaktionærbegrebet.

Det kan ske ved tilkøb af yderligere kapitalandele, så den samlede nominelle ejerandel kommer op over de ca. 15 % af den samlede selskabskapital, der som nævnt ovenfor i afsnit 1.2.2.2 typisk er tilstrækkeligt til, at en sådan kapitalejer falder uden for medarbejderaktionærbegrebet.

Udvikling fra almindelig kapitalejer til medarbejderaktionær kan herudover ske, hvis vedkommende ved hjælp af en bestyrelsespost opnår en øget indflydelse på selskabets forhold.

Indgåelse af ejeraftaler, der ved hjælp af stemmeaftaler tillægger medarbejderaktionæren en stemmevægt, der overstiger den, som hans nominelle ejerandel tilsiger, kan også være med til at bringe kapitalejeren ud af kategorien medarbejderaktionær.

En udvikling fra medarbejderaktionær til almindelig kapitalejer over tid medfører ikke umiddelbart et behov for at ændre på vilkår i en ejeraftale, idet bestemmelser, der gyldigt kan håndhæves over for en medarbejderaktionær, også kan håndhæves over for en almindelig kapitalejer.

Majoritetsejeren kan dog have en interesse i at indgå aftale om mere lempelige vilkår, f.eks. vedrørende kompensation for konkurrence- og kundeklausuler eller vedrørende betingelserne for tilbagekøbsklausuler ved den anden kapitalejers (tidligere medarbejderaktionærs) fratræden.

1.3.2 Udvikling fra “medejer” til medarbejderaktionær

Ligeledes kan forholdene for en kapitalejer, der på udgangstidspunktet ansås for at befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige kapitalejere, ændre sig over tid, således at denne kapitalejer fremadrettet må betragtes som medarbejderaktionær.

Udviklingen fra kapitalejer til medarbejderaktionær kan ske, hvis kapitalejeren afhænder kapitalandele, og vedkommendes samlede nominelle ejerandel bringes ned under 10-15 %, eller hvis kapitalejerens ejerandel udvides i forbindelse med efterfølgende kapitaludvidelser.

Indflydelse, som kapitalejeren hidtil har opnået ved at have en bestyrelsespost (kombineret med en nominel ejerandel på mindst 10-15 %), som mistes, kan betyde, at kapitalejeren ikke længere kan anses for at befinde sig i en ligeværdig situation i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige kapitalejere.

En kapitalejer, der hidtil ved hjælp af stemmeaftaler, der medførte, at han havde en højere stemmewægt, end hans nominelle ejerandel tilsagde, haft en betydelig indflydelse på selskabets forhold og dermed befundet sig i en ligeværdig situation i forhold til majoritetsejeren og eventuelle øvrige kapitalejere, kan fremadrettet skulle anses som medarbejderaktionær, hvis sådanne aftaler ændres.

En udvikling fra almindelig kapitalejer til medarbejderaktionær over tid medfører umiddelbart et behov for at ændre på vilkår i en ejerftale, idet bestemmelser, der gyldigt kan håndhæves over for en kapitalejer, ikke nødvendigvis kan håndhæves over for en almindelig medarbejderaktionær. Dette gælder i særlig grad konkurrence- og kundeklausuler¹⁵ samt bestemmelser, der regulerer tilbagekøbsklausuler i forbindelse med fratræden.¹⁶

15. Nærmere herom i kapitel 15.

16. Nærmere herom i kapitel 13.