

DOM

Afsagt den 27. maj 2016.

F-4-15

Pharmadanmark

som mandatar for

A

(advokat Arvid Andersen)

mod

Dako Denmark A/S

(advokat Morten Langer)

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen drejer sig om, hvorvidt bonus i henhold til parternes bonusaftale udgør en ydelse omfattet af funktionærlovens § 17 a, stk. 1, og i givet fald om optjeningsprincippet i bonusaftalen er i strid med funktionærlovens § 17 a, stk. 1, jf. § 21.

Sagsøger, Pharmadanmark som mandatar for A, har nedlagt påstand om, at sagsøgte til sagsøger skal betale 144.351,69 kr. og feriegodtgørelse heraf 18.043,96 kr. til sagsøgers konto hos FerieKonto, svarende til i alt 162.395,65 kr. med tillæg af procesrenter fra den 1. februar 2016.

Sagsøgte, Dako Denmark A/S, har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen er anlagt ved Retten i Glostrup og blev ved kendelse af 19. november 2015 henvist til Sø- og Handelsretten i medfør af retsplejelovens § 227, stk. 1.

Oplysningerne i sagen

A blev ansat som General Manager Europe i Dako Denmark A/S (i det følgende Dako) med virkning fra den 1. oktober 2010. Det fremgår bl.a. af ansættelseskontrakten, at hans månedsløn var 65.000 kr., og at han var berettiget til en årlig bonus på op til 15 % af hans grundløn.

Det er oplyst, at Dako i 2012 blev solgt til det amerikanske selskab Agilent Technologies (i det følgende Agilent).

Med virkning fra den 1. januar 2013 blev A omfattet af 3-årig bonusordning, der løb frem til den 31. december 2015. Bonusaftalen benævnt "Addendum to the employment contract" er ikke underskrevet af parterne, men det er ubestridt, at indholdet heraf udgør vilkårene for den omtvistede bonusordning i sagen.

Det fremgår bl.a. af bonusordningen, at medarbejderens ret til bonus afhang af følgende tre kriterier:

- 1) bonuspuljens størrelse,
- 2) ansættelsens længde og
- 3) medarbejderens performance.

Det fremgår bl.a. af As bonusordning, at bonuspuljen udgjorde 1,2 mio. kr., og at ordningen var baseret på et pointsystem. Den andel af bonuspuljen, medarbejdere kunne få adgang til, afhang således af, hvor mange måneder af den samlede bonusperiode, den pågældende havde været ansat og dermed, hvor mange point den pågældende havde optjent.

For hver måned i bonusperiodens løb optjente medarbejdere et vist antal point.

Pointsystemet var opbygget på følgende måde:

Month	31.1.13	28.2.13	31.3.13	30.4.13	31.5.13	30.6.13
Points	100	100	100	100	100	100
Month	31.7.13	31.8.13	30.9.13	31.10.13	30.11.13	31.12.13
Points	100	130	130	130	130	130
Month	31.1.14	28.2.14	31.3.14	30.4.14	31.5.14	30.6.14
Points	140	140	140	140	140	170
Month	31.7.14	31.8.14	30.9.14	31.10.14	30.11.14	31.12.14
Points	170	170	190	190	190	190
Month	31.1.15	28.2.15	31.3.15	30.4.15	31.5.15	30.6.15
Points	195	200	205	210	215	220
Month	31.7.15	31.8.15	30.9.15	31.10.15	30.11.15	31.12.15
Points	225	230	235	240	245	250

Det samlede antal point, A kunne optjene i bonusperioden, var således 5.990 point, hvilket gav ham ret til en bonus på 1,2 mio. kr.

Det fremgår endvidere af bonusordningen, at medarbejderens performance skulle vurderes til mindst 3 på en skala fra 1-5.

Det er oplyst, at den fremlagte udskrift af en PowerPoint præsentation har været anvendt af Dako som led i en "manager training". Heraf fremgår bl.a. en "rating scale" fra 1-5, hvori der er fastsat en række nærmere kriterier til brug for vurderingen af den enkelte medarbejders performance. En bedømmelse på 3 opnås for "good performance", mens en bedømmelse på 2 og 4 opnås for hhv. "need to improve performance" og "very good performance".

Det fremgår desuden af bonusordningen, at bonus ville blive udbetalt i slutningen af januar 2016, såfremt medarbejderen opfyldte de fastsatte kriterier.

Der er fremlagt en ansættelseskontrakt med virkning fra den 1. november 2013, der erstattede den tidligere kontrakt mellem parterne. Det fremgår bl.a. heraf, at As stillingsbetegnelse herefter var Head of Global Marketing, og at hans månedsløn var 103.175 kr.

Om bonusordningen fremgår følgende af ansættelseskontrakten:

“7.0 Bonus

7.1 The Employee will participate in the Company’s Pay for Results bonus scheme. Any bonus payment, which may differ from one year to the next, is conditional upon the performance of the Employee as well as the financial performance of the Company.

The annual bonus targets relevant for the Employee and the Company will be communicated to the Employee on a continuous basis.

The terms and conditions of the Company’s Pay for Results bonus scheme and the Individual Performance Bonus (IPB) are available on the Company’s intranet.

7.2 The Employee is entitled to participate in Agilent’s Employee Stock Purchase Plan (ESPP).

The terms and conditions of the ESPP are available on the Company’s intranet.

7.3 The Employee is eligible for a retention bonus in accordance with the terms and conditions of the bonus scheme as set out in the addendum to the Employee’s previous employment contract.”

I perioden fra den 10. marts 2014 til den 31. oktober 2014 fik A tildelt ansvaret for det såkaldte ”FDA-projekt”. I den forbindelse blev der indgået en aftale om, at han med virkning fra 1. marts 2014 var omfattet af en supplerende 8 måneders bonusordning, hvor hans ret til bonus bl.a. afhang af hans performance på projektet.

Den 30. august 2014 opsagde A sin stilling til fratræden 31. oktober 2014. Det fremgår bl.a. heraf, at han ønskede at få udbetalt sin retention bonus med det samme under henvisning til, at dette var blevet tilbudt ved et møde mellem ham, den daværende administrerede direktør for Dako, Britt Meelby Jensen, og den HR-ansvarlige for Agilent i Norden, Lene Klejs Stuhr.

Ved mail af 11. september 2014 skrev Lene Klejs Stuhr til A, at hun var indstillet på at udbetale bonussen med den sidste lønudbetaling, men at det forudsatte, at de kunne indgå en aftale til ”full and final settlement”. Hun foreslog derfor, at A talte med sin fagforening om, hvorvidt han kunne acceptere dette.

Opgørelsen af As krav

Det er ubestridt, at den 3-årige bonusordning er blevet honoreret ved, at Dako har udbetalt 662.604,35 kr. til A beregnet på grundlag af pointsystemet i bonusordningen, jf. ovenfor.

Det er ubestridt, at det påstævnte beløb på 162.395,65 kr. udgør forskellen mellem en beregning af bonussen på grundlag af pointsystemet i bonusaftalen og en beregning på grundlag en ligefrem proportional optjeningsordning.

Det er oplyst, at det påstævnte beløb er baseret på, at bonusordningen trådte i kraft den 1. januar 2013, og at A fratrådte sin stilling den 31. oktober 2014. Han var således ansat i Dako i 22 ud af de 36 måneder, bonusperioden løb. Da bonuspuljen beløb sig til 1,2 mio. kr., har Pharmadanmark som mandatar for A gjort gældende, at han ud fra en forholdsmæssig beregning er berettiget til en bonus på 733.333,33 kr. med tillæg af feriegodtgørelse heraf på 91.666,67 kr., hvilket i alt beløber sig til 825.000 kr., fratrukket det allerede betalte beløb på 662.604,35 kr., svarende til 162.395,65 kr.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af A og Lene Klejs Stuhr.

A har forklaret bl.a., at han er uddannet farmaceut fra 1995, og at han herudover har læst en erhvervsøkonomisk lederuddannelse (MBA). Han har tidligere bl.a. været ansat ved selskabet Lundbeck, og med virkning fra 1. oktober 2010 blev han ansat som General Manager Europe ved selskabet Dako. Da han tiltrådte stillingen fik han ansvaret for salg i Europa.

Det fremgår af hans ansættelseskontrakt fra 17. september 2010, at han i tillæg til sin løn, pensionsbidrag og andre personalegoder var berettiget til en årlig bonus på op til 15 % af sin grundløn.

I august 2012 blev han forfremmet til Vice President of Marketing. I perioden op til forfremmelsen fik han udbetalt en årlig bonus på 15 % af sin grundløn samt en yderligere bonus, da han levede op til de salgsmål, der var sat for ham. Hans forfremmelse førte bl.a. til,

at hans bonusordning blev reguleret, således at han herefter fik udbetalt en årlig bonus på op til 40 % af sin grundløn.

Med virkning fra 1. januar 2013 blev han desuden omfattet af en 3-årig bonusordning.

Efter sin forfremmelse i august 2012 havde han hørt, at nogle medarbejdere havde fået en såkaldt retention bonus, og han forhørte sig derfor om mulighederne for at få en sådan hos sin nye chef, C.

I november eller december 2012 deltog han i et møde med C og HR chefen, Jørgen Andersen. Under mødet drøftede de lønvilkår for en amerikansk medarbejder, som de ønskede at udnævne som chef for marketing. De ville dog ikke give vedkommende så meget i løn, som han forlangte. Jørgen Andersen foreslog, at de kunne give vedkommende en retention bonus frem for at give ham mere i løn. Under mødet kiggede han på C, der sagde: "You'll get one too.". På den baggrund blev han omfattet af den 3-årige bonusordning. Han opfattede den aftalte retention bonus som en kompensation for sit arbejde.

Det er korrekt, at han løbende fik lønforhøjelser, herunder ved forfremmelsen til Vice President of Marketing, hvor hans løn steg fra ca. 70.000 kr. pr. måned til ca. 100.000 kr. pr. måned. Da han havde påtaget sig en stor opgave for Dako, ville han imidlertid forhøre sig om, hvorvidt selskabet kunne tilbyde ham noget udover denne lønforhøjelse og reguleringen af hans bonus fra 15 % til 40 %.

Han spurgte ind til, hvad der lå i bonusordningens krav om, at hans performance skulle vurderes til 3 på en skala fra 1-5. Han blev oplyst om, at han ville få udbetalt bonus, hvis han leverede en god performance svarende til 3 beregnet som et gennemsnit over den 3-årige periode. Herudover stillede han ikke spørgsmål til bonusordningen, herunder pointsystemet heri. Han havde ikke set en lignende bonusordning før, og han fandt derfor ikke anledning til at stille yderligere spørgsmål, da han ikke havde et sammenligningsgrundlag, som han kunne vurdere bonusordningen på baggrund af.

Den "rating scale" fra 1-5, der omtales i bonusordningen, er den, der ses i PowerPoint præsentationen anvendt under en "management training".

Som en del af hans ansættelse blev der hvert år sat nogle mål, som han skulle opnå eller arbejde hen imod. Der var ikke nogle af disse mål, der relaterede sig til Agilents integration af Dako. Han havde ét sæt mål, som han arbejdede ud fra, og som han blev vurderet på baggrund af. Der blev således ikke foretaget separate vurderinger af ham til brug for forskellige bonusprogrammer.

Dako var allerede blevet opkøbt af Agilent, da mødet mellem ham, C og Jørgen Andersen blev afholdt. Det blev ikke på noget tidspunkt kommunikeret til ham, at han fik retention bonussen som led i en integrationsproces, hvor selskabet ønskede at fastholde ham som medarbejder.

Da han i påsken 2012 blevet indkaldt til et møde med deres CEO, hvor han blev orienteret om, at Agilent ville opkøbe Dako, blev han ikke tilbudt en retention bonus, ligesom han ikke i forbindelse med den officielle annoncering heraf blev tilbudt en sådan.

Han arbejdsopgaver ændrede sig desuden ikke, efter Agilent havde opkøbt Dako. Den integration, der fandt sted, var i første omgang fokuseret på hhv. finans- og HR-afdelingen, men efter et års tid blev han involveret i integrationsprocessen.

I marts 2014 blev han ansvarlig for det såkaldte "FDA-projektet", der håndterede en advarsel, som selskabet havde fået fra den amerikanske "Food and Drug Administration". Han vidste, at projektet ville blive krævende, og derfor bad han om at få en yderligere kompensation for at påtage sig ansvaret for det. Der blev herefter indgået en supplerende 8 måneders bonusaftale, hvori han ændrede betingelsen for at få bonus fra "projektets succes" til "hans performance" på projektet, da han ikke kunne garantere, at projektet blev en succes, men han derimod kunne garantere, at han ville arbejde for det.

Han valgte at opsige sin stilling i august 2014, da han havde fået et andet tilbud, og mulighederne for folk med hans ambitioner var begrænsede i Dako.

Lene Klejs Stuhr har forklaret bl.a., at hun er HR-ansvarlig for Agilent i Norden. Hun har haft denne stillingsbetegnelse siden 2013, og hun har været ansat i Dako siden 2000.

Hun og hendes team stod bl.a. for den bonusordning, som A blev tildelt. As bonus steg fra 15 % til 40 % af hans grundløn.

I 2012 blev Dako overtaget af Agilent. Agilent beskæftiger sig primært med miljø- og fødevarerikkerhed, og selskabet opkøbte Dako, da Agilent ønskede at tilføje cancerdiagnostik til deres forretning.

Agilents filosofi er at integrere de selskaber, de opkøber. Efter opkøbet harmoniserede Agilent derfor ansættelseskontrakterne.

Da Agilent opkøbte selskabet i 2012, blev det drøftet, at 15 nøglemedarbejdere skulle tilbydes en retention bonus. Det var Agilents ledelse, der vurderede, hvem de anså for at være nøglemedarbejdere. Direktionen i Dako diskuterede ligeledes, hvem man anså for at være nøglemedarbejdere, og hvem man ønskede at få med igennem integrationsprocessen, og i den proces fandt man frem til 8 medarbejdere.

I løbet af en integrationsproces bliver man udsat for mange udfordringer og forandringer. Der var derfor en potentiel risiko for, at nogle af medarbejdere ville springe fra. Opkøbet medførte store ændringer i ledelsesstilen, og store beslutninger skulle efter opkøbet træffes af ledelsen i USA frem for lokalt i Danmark.

Det var den danske ledelse, der besluttede at lave et retentionprogram til 8 medarbejdere. A var en del af den gruppe, som blev tilbudt et sådant program. Der var store udfordringer i den marketingsafdeling, som A overtog. Der var ingen tvivl om, at A var en nøglespiller, og at C var meget afhængig af ham. C og Jørgen Andersen oplyste hende om, at det var vigtigt,

at A blev omfattet af bonusordningen. Udover bonusordningen fik A løbende løntillæg i takt med sine forfremmelser.

Dako stod i den situation, at de skulle holde forretningen "kørende", mens integrationen fandt sted. For at sikre den fortsatte drift var det nødvendigt, at de havde de rigtige medarbejdere. De ville derfor give topledelsen og det næste niveau incitament til at blive ved at tilbyde en retention bonus. Tidshorizonten for bonusordningen var 3 år, hvilket skyldtes et estimat over integrationsprocessen på daværende tidspunkt.

Hun udformede As bonusordning. Pointsystem er indskrevet i ordningen i erkendelse af de udfordringer, der er forbundet med en integrationsproces. Grunden til, at de vedtog bonusordningen, var at gøre det lettere for medarbejderne at acceptere de ændringer, der fulgte af integrationsprocessen.

Bonusordningen var afhængig af, at medarbejderens performance blev vurderet til mindst 3 på en skala fra 1-5. Et 3-tal på skalaen svarede til, at en medarbejder lavede det, der blev forventet af vedkommende. Det var ikke tænkt som et krav om, at den enkelte medarbejder præsterede noget udover det sædvanlige. Det havde ingen betydning for en medarbejders ret til bonus efter denne ordning, om den pågældende blev vurderet til 3, 4 eller 5.

Der er forskel på Agilents bonussystem og det bonussystem, man tidligere anvendte i Dako-regi. I Agilents system afhænger bonus alene af virksomhedens performance. I Dako-tiden var medarbejderes ret til bonus både afhængig af virksomhedens præstation og den individuelle præstation i forhold til de udmeldte mål.

Hun tog stilling til de spørgsmål, A havde til bonusordningen. Hun mener, at der var tale om 7 spørgsmål, der angik ordningens performancekrav. A stillede således ikke spørgsmål til optjeningsprincippet i bonusordningen.

Det er korrekt, at der i den 3-årige bonusordning ikke er angivet et formål med ordningen. Bonusordningen blev som udgangspunkt tilbudt medarbejdere efter en samtale mellem leder og medarbejder, og ordningen blev etableret som led i integrationsprocessen.

I opkøbsfasen udpegede Agilent 15 nøglemedarbejdere, der fik en form for retention bonus. Denne bonus blev dog indgået på nogle andre vilkår end den retention bonus, A fik. Herudover udpegede direktionen i Dako 8 medarbejdere, herunder A, som blev tilbudt en retention bonus. De vilkår, de 8 medarbejdere fik tilbudt, var ensartede. Bonuspuljen var dog individuel, da den svarede til den pågældende medarbejders årsløn, og ikrafttrædelsestidspunkterne var forskellige. Bonusperioden var dog 3 år for samtlige bonusordninger. Der var forskel på ikrafttrædelsestidspunkterne, da nogle medarbejdere først blev omfattet af ordningen på et senere tidspunkt. Dette skyldtes, at det var forskelligt, hvornår de drøftede med ledelsen i Agilent, om den enkelte medarbejder kunne omfattes af bonusordningen.

Det var ikke almindeligt kendt, at der var en gruppe medarbejdere, der var blevet tilbudt en bonusordning.

Hun ved ikke, hvad tanken bag performancekravet var, da hun sad ikke med til direktionsmødet, hvor det blev vedtaget, at et sådant krav skulle indgå i bonusordningen.

Der var ingen målsætning for A i relation til bonusordningen, da formålet med den var at fastholde A i hans stilling. Det er korrekt, at evalueringen af A til brug for denne bonusordning skete som led i den almindelige evalueringsproces. Der skete således ikke en specifik evaluering af A i forhold til denne bonusordning.

Parternes synspunkter

For sagsøger, Pharmadanmark som mandatar for A, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 17. marts 2016, hvoraf bl.a. fremgår:

"ANBRINGENDER

Sagen rejser to spørgsmål.

- 1) Udgør sagsøgers ret til betaling af bonus i henhold til parternes bonusaftale, jf. bilag 2, løn, således som dette begreb skal forstås i henhold til funktionærloven, herunder bestemmelsen i lovens § 17 a, stk. 1?
- 2) Hvis retten finder, at dette er tilfældet, skal retten dernæst retten tage stilling til, hvorvidt den i aftalen fastlagte optjeningsordning, der er baseret på en progressiv og ikke en ligefrem proportional optjening af ret til bonus, er i overensstemmelse med det i henhold til funktionærlovens § 17 a, stk. 1, gældende – og jf. lovens § 21 præceptive – optjeningsprincip, jf. ordene "... en i forhold til hans ansættelsestid i regnskabsåret afpasset andel ..."

Til støtte for den nedlagte påstand gør sagsøger gældende,

Ad lønbegrebet

at den i henhold til bilag 2 aftalte bonus udgør en del af det samlede aftalte vederlag (løn) for sagsøgers arbejdspræstation,

at dette blandt andet følger af, at retten til bonus er baseret på en vurdering af sagsøgers arbejdsindsats,

at det tillige udtrykkeligt fremgår af aftalen, at bonussen indgår i grundlaget for beregning af sagsøgers feriepenge, og

at bonussen derfor udgør en ydelse omfattet af funktionærlovens § 17a, stk. 1.

Ad optjeningsprincippet

at sagsøger har krav på en i forhold til sin ansættelsestid i bonusperioden afpasset ligefrem proportional andel af den ydelse, han ville have fået udbetalt ved bonusperiodens afslutning,

at sagsøger derfor har krav på en forholdsmæssig andel af den aftalte bonus i forbindelse med sin fratreden baseret på, at sagsøger har været ansat i 22 ud af 36 måneder i bonusperioden,

at det af sagsøgte fastlagte optjeningsprincip – baseret på optjening af point, hvorefter størrelsen af den tildelte bonus stiger progressivt efter ansættelsesforholdets varighed – ikke er i overensstemmelse med optjeningsprincippet i funktionærlovens § 17 a, stk. 1, jf. § 21, og derfor skal tilsidesættes som ugyldigt,

at den beregnede økonomiske difference mellem den på den ene side det af sagsøgte etablerede optjeningsprincip – som er baseret på et pointsystem med progressiv optjening – og på den anden side en ligefrem proportional optjeningsordning, i sig selv er urimelig, og også af denne grund skal tilsidesættes jf. aftalelovens § 36,

at sagsøgers bonus derfor skal opgøres til kr. 733.333,33, svarende til 22/36 af kr. 1.200.000,00,

at sagsøgers bonus i henhold til ordningen tillige skal indgå i grundlaget for beregning af feriegodtgørelse,

at feriegodtgørelsen skal beregnes og opgøres på grundlag af et udbetalingsprincip, og

at sagsøgers feriegodtgørelse af bonus udgør kr. 91.666,67, svarende til 12,5 % af kr. 733.333,33.

Det gøres supplerende gældende, at det ansættelsesretlige/funktionærretlige udgangspunkt er, at enhver ydelse, der tildeles en lønmodtager/funktionær af arbejdsgiveren, har karakter af vederlag for den samlede modydelse, lønmodtageren leverer i form af sin arbejdskraft.

Alene ydelser, der enten udtrykkeligt ved lov er undtaget fra den enkelte lovs anvendelsesområde (fx udgør arbejdsgiverens bidrag til en pensionsordning ikke løn i ferielovens forstand, jf. den udtrykkelige undtagelse i ferielovens § 26) eller har anden obligationsretlig karakter i form af lån, gave eller lejebetaling, vil ikke være omfattet af det ansættelsesretlige lønbegreb. Ingen af disse undtagelser er gældende i relation til den bonusordning, der er genstand for tvist i nærværende sag. Bonusydelser er således som absolut hovedregel omfattet af det ansættelsesretlige lønbegreb, herunder af det lønbegreb, der af domstolene er knæsat i relation til funktionærlovens anvendelsesområde i fx lovens § 2 a og § 17 a, stk. 1.

Det er endvidere arbejdsgiveren (sagsøgte), der bærer bevisbyrden for at afkræfte formodningen for, at de ydelser, som betales af arbejdsgiveren eller stilles funktionæren i udsigt i tilknytning til ansættelsesforholdet, har karakter af løn. Denne bevisbyrde har sagsøgte ikke løftet.

Sagsøgte har gjort gældende, at bonusordningen som følge af sit formål ikke er omfattet af det lønbegreb, der er gældende i henhold til funktionærlovens § 17 a, stk. 1. Det bestrides, at ydelsens formål, herunder arbejdsgiverens generelle ønske om eller behov for at fastholde medarbejderen i ansættelsesforholdet, i sig selv indeholder en hjemmel til at gøre undtagelse fra anvendelsesområdet for funktionærlovens § 17 a, stk. 1.

Undtagelsen i dommen U 2012.1315 H omhandlede en helt særlig bonusordning, som alene blev ydet med det formål at fastholde de medarbejdere, som kunne sikre, at Energinets kontrolrum var bemandet med de medarbejdere, der havde erfaring med arbejde af netop denne karakter helt frem til nedlæggelsen af arbejdspladsen den 30. juni 2008. Det er ikke ethvert driftsmæssigt hensyn, der kan begrunde en fravigelse fra lovens klare udgangspunkt. I U 2012.1315 H skulle de af bonusordningen omfattede medarbejders arbejdsplads nedlægges, hvorfor de utvivlsomt havde et betydeligt incitament til at søge anden beskæftigelse, inden virksomheden havde afsluttet den vitale, veldefinerede og tidsmæssigt afgrænsede opgave, som var forbundet med nedlukning og overflytning af kontrolcentret, og som alene ville kunne løftes af lige netop disse medarbejdere.

Allerede fordi der ikke i denne sag er tale om ophør af arbejdspladsen eller lignende, foreligger der ikke i denne sag sådanne tungtvejende driftsmæssige forhold, og sagsøgte har ikke ført bevis for sådanne forhold.

I nærværende sag fremgår det udtrykkeligt, at udbetaling af bonus var betinget af en bedømmelse af sagsøgers arbejdsmæssige performance, og at bedømmelsen blev fastsat til minimum 3 på sagsøgtens interne skala, jf. bilag 8. Der er således tale om en præstationsbetinget bonusordning.

Det særlige optjeningsystem, som er indeholdt i den som bilag 2 fremlagte bonusordning, er baseret på en progressiv og ikke en forholdsmæssig (ligefrem proportional) optjening i takt med ancienniteten under ordningen. Denne ordning indebærer reelt en fravigelse af det optjeningsprincip, som fremgår af funktionærlovens § 17 a, stk. 1, og er derfor ugyldig, jf. funktionærlovens § 21.

Progressive ordninger som i nærværende sag underminerer beskyttelsesformålet i funktionærlovens § 17 a, stk. 1, idet princippet om ret til en forholdsmæssig ydelse derved kan omgås ved at forskyde udbetalingen i bonusprogrammer til programmets sidste fase. På den måde undgår arbejdsgiveren at yde den forholdsvis del *"i forhold til [funktionærens] ansættelsestid"*, som funktionæren efter loven er berettiget til. Progressive ordninger kan således føre til, at alle omfattede vederlag af funktionærlovens § 17 a, stk. 1 kan omlægges til de facto-fastholdelsesprogrammer, hvorved undtagelsen i U 2012.1315 H bliver til hovedreglen. Derved vil den tilsigtede balance i funktionærlovens § 17 a, stk. 1, mellem ydelse og modydelse blive forrykket til skade for funktionæren. Hvis det anerkendes, at retten til bonus kan baseres på et pointsystem svarende til det system, som sagsøgte har etableret, vil det således reelt indebære en betydelig risiko for omgåelse af det ufravigelige optjeningsprincip funktionærlovens § 17 a, stk. 1, er udtryk for."

For sagsøgte, Dako, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 17. marts 2016, hvoraf bl.a. fremgår:

"Anbringender

Til støtte for den nedlagte påstand gøres det for så vidt angår aftalegrundlaget gældende,

at det grundlæggende udgangspunkt for vurderingen af en aftale er det almindelige princip om aftalefrihed,

at indholdet af den i bilag 2 indgåede bonusaftale er klart og utvetydigt,

at der i den sammenhæng ikke baseret på aftalens ordlyd er tvivl om, hvordan bonus beregnes ved fratrædelse,

at baggrunden for og formålet med bonusprogrammet i bilag 2 var klart for Jacob Mohr Christensen, og

at sagsøger følgelig ikke kan have en på aftalens ordlyd eller baggrund støttet forventning om, at bonus ved fratrædelse før bonusperiodens udløb ville blive beregnet på anden måde, end i overensstemmelse med aftalens ordlyd.

For så vidt angår funktionærlovens § 17 a gøres det gældende,

at der i dansk ret er mulighed for at give en funktionær en fastholdelsesbonus som præmiering for at forblive ansat hos arbejdsgiveren i en nærmere bestemt periode, hvis det er begrundet i hensynet til vellykket gennemførelse af fx omstruktureringer hos arbejdsgiveren, jf. U 2012.1315 H (sagsøgtes materialesamlings side 100),

at det i bilag 2 nævnte bonusprogram er givet i tillæg til sagsøgers normale vederlag, inklusiv sagsøgers sædvanlige bonusordning,

at bonus efter aftalen i bilag 2 ikke udgør påregnelig løn,

at dette også følger af bonusaftalens ordlyd (aftalens punkt 1.2),

at bonus efter aftalen i bilag 2 følgelig ikke er omfattet af funktionærlovens § 17 a.

Det gøres endvidere gældende,

at bonusprogrammet i bilag 2 var ekstraordinært og konkret begrundet i den gennemgribende integrationsproces, som sagsøgte gennemgik i kraft af salget af selskabet til den amerikanske koncern, Agilent Technologies,

at bonusprogrammet havde en relativ kort varighed,

at bonus også ville komme til udbetaling ved selskabets opsigelse af ansættelsesforholdet – uanset begrundelse herfor,

at størrelsen af tildeling efter bonusprogrammet beroede på, om den enkelte omfattede medarbejder forblev ansat hos sagsøgte i hele eller den væsentligste del af bonusperioden,

at det foruden den enkelte medarbejders forbliven hos sagsøgte også var en betingelse for udbetaling af bonus, at medarbejderen blev scoret til 3 i sagsøgtes Performance Management System, hvor scoren 3 er et middel performanceniveau,

at dette kriterium ikke fører til, at bonusprogrammet kan anses for at indeholde kompensation for merarbejde eller performance, og

at bonus efter bonusprogrammet i bilag 2 følgelig ikke kan anses for vederlæggelse for arbejdsydelse, jf. funktionærlovens § 17 a, alt med det resultat,

at sagsøgte skal frifindes for den nedlagte påstand.

Særligt om bevisbyrden gøres det gældende,

at der ikke i nærværende sag gælder særlige bevisbyrde-regler, og det således er dansk rets almindelige regler herom, der finder anvendelse, men

at sagsøgte under alle omstændigheder har godtgjort, at bonusprogrammet i bilag 2 ikke udgjorde en del af Jacob Mohr Christensens påregnelige vederlag i ansættelsen.

Såfremt Sø- og Handelsretten måtte finde, at bonusprogrammet i bilag 2 må anses for løn i funktionærlovens forstand, gøres det gældende,

at den stigende optjening af bonus må sidestilles med et midlertidigt, stigende løntillæg, og

at et sådant løntillæg ikke vil være omfattet af, endsige i strid med, funktionærlovens § 17 a.

Særligt for så vidt angår aftalelovens § 36 gøres det gældende,

at det ikke i sig selv gør et aftalevilkår urimeligt, at optjening af en ret til bonus stiger progressivt, og

at den i bilag 2 indgåede bonusaftale ikke er urimelig over for sagsøger, jf. aftalelovens § 36.”

Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat

Sø- og Handelsretten finder i lighed med den dissentierende dommer i U 2012.1315 H, at et vederlag, som en arbejdsgiver betaler sin ansatte for, at denne forbliver i sin stilling i en nærmere bestemt periode – en såkaldt fastholdelsesbonus – må anses for omfattet af bestemmelsen i funktionærlovens § 17 a, stk. 1, om tilfælde, hvor en funktionær ”delvis vederlægges med tantieme, gratiale eller lignende ydelser”, idet sådanne tildelinger forud for gennemførelsen af undtagelsesbestemmelsen i funktionærlovens § 17 a, stk. 2, blev anset for omfattet af den dagældende § 17 a også i tilfælde, hvor formålet med tildelingen var at fastholde de ansatte i en periode.

Højesterets flertal har i den ovennævnte dom udtalt, at en fastholdelsesbonus, som ydes udover basisløn, ferietillæg, vagttillæg, overarbejdsbetaling og mulighed for bonus i forhold til målopfyldelse efter omstændighederne falder uden for § 17 a, stk. 1, når fastholdelsesbonussen alene ydes med et meget specifikt formål i tilfælde, hvor virksomheden har tungtvejende interesser i at fastholde medarbejderen i en bestemt periode til udførelse af opgaver, og bonussen derfor ikke har karakter af løn.

Sø- og Handelsretten finder ikke, at betingelserne for den meget snævre ramme for fravigelse af hovedreglen i § 17 a, stk. 1, som Højesteret har opstillet, kan anses for opfyldt under den i denne sag indgåede bonusaftale.

Sø- og Handelsretten har herved lagt vægt på, at der efter aftalens indhold indgår en præstationsbaseret evaluering, og at bonussen i øvrigt er afhængig af størrelsen af bonuspuljen og den ansattes anciennitet.

Det kan endvidere ikke lægges til grund, at der under det møde, hvor det blev oplyst, at A ville få tildelt bonus, blev angivet særlige formål med bonussen, som bringer den uden for området af § 17 a, stk. 1.

For så vidt angår pointsystemet i bonusordningen bemærker Sø- og Handelsretten, at funktionærlovens § 17 a, stk. 1, fastsætter, at hvis en funktionær, der ifølge aftale delvis vederlægges med tantieme, gratiale eller lignende ydelser, fratræder sin stilling i et løbende regnskabsår, tilkommer der ham en i forhold til hans ansættelsestid i regnskabsåret afpasset del af den ydelse, han ville have fået udbetalt, hvis han havde været ansat i virksomheden ved regnskabsåret afslutning eller på det tidspunkt, ydelserne i øvrigt udbetales.

Sø- og Handelsretten finder på baggrund af bonusaftalens indhold sammenholdt med formålet med § 17 a og for at modvirke risikoen for omgåelse, at A efter funktionærlovens § 17 a, stk. 1, der ikke kan fraviges til ugunst for funktionæren, jf. funktionærlovens § 21, har krav på forholdsmæssigt vederlag for det regnskabsår, hvor han er fratrådt.

Herefter, og idet der ikke er tvist om det påstævnte beløb, gives Pharmadanmark som mandatar for A medhold i den nedlagte påstand.

Sagens resultat bliver herefter, at Dako skal betale 162.395,65 kr. til A med tillæg af procesrente fra den 1. februar 2016.

Dako skal efter sagens karakter, resultat og forløb betale sagsomkostninger til Pharmadanmark som mandatar for A med 30.000 kr., hvoraf 4.200 kr. udgør udgifter til retsafgift og 25.800 kr. udgør udgifter til advokatbistand ekskl. moms.

Thi kendes for ret:

Dako Denmark A/S skal til A inden 14 dage betale 162.395,65 kr. med tillæg af procesrente fra den 1. februar 2016.

Dako Denmark A/S skal inden 14 dage betale sagsomkostninger til foreningen Pharmadanmark med 30.000 kr. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.