



HØJESTERETS DOM

afsagt mandag den 19. august 2019

Sag BS-42617/2018-HJR
(1. afdeling)

A
(advokat H, beskikket)

mod

X ApS
(advokat G)

Biintervenient til støtte for A: Fagbevægelsens Hovedorganisation (advokat Rune Asmussen)

Biintervenient til støtte for X ApS: Dansk Arbejdsgiverforening (advokat Tine Benedikte Skyum)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Viborg den 14. august 2017 og af Vestre Landsrets 6. afdeling den 6. juni 2018.

I pådømmelsen har deltaget ni dommere: Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Hanne Schmidt, Oliver Talevski, Kurt Rasmussen, Jens Kruse Mikkelsen og Anne Louise Bormann.

Påstande

Appellanten, A, har nedlagt påstand om, at indstævnte, X ApS, skal betale 176.322,01 kr. med procesrente fra sagens anlæg.

X ApS har påstået stadfæstelse.

A har for Højesteret ikke gjort krav på betaling af provision, overarbejde og godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis. As påstand fremkommer herefter således:

Løn fra den 12.-31. oktober 2016 og 3 måneders opsigelsesvarsel, inkl. feriepenge:	101.922,01 kr.
Godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2 b:	74.400,00 kr.
<u>I alt:</u>	<u>176.322,01 kr.</u>

Supplerende sagsfremstilling

Som det fremgår af byrettens dom, blev der den 28. september 2016 afholdt et møde i X "vedr. fremtidig arbejdsstruktur" med deltagelse af HR-chef C, direktør B, A og de to andre kundekonsulenter, D og E. Af referatet af mødet fremgår bl.a.:

"B starter med at resumere to oplæg for sælger gruppen for fremtidig organisering.

Enten så fortsætter de som individer med individuel provision (som de arbejder i dag)

Eller at de fortsætter som team og skal opnå fælles resultat og derfra deler provisionen i lige store dele.

DER BLIVER IKKE ÆNDRET PÅ TALLENDEN DER UDLØSER PROVISION HVAD ENTEN MAN FORTSÆTTER SOM

INDIVIDUEL PROVISIONSAFLØNNET ELLER SOM GRUPPE (3 X INDIVIDUELLE DE TAL DER UDLØSER PROVISION) -TAL EKSEMPEL:

FORUDSÆTNING I eksemplet:

vi forudsætter i dette eksempel – at det er DB på 100.000 der udløser provision.

Provisionen er i dette eksempel 10 % af beløbet der ligger over 100.000.

Det betyder at gruppen – hvis de består af 3 sælgere skal over 300.000 før der falder provision som

Så deles i 3 lige store dele.

Efterfølgende var der en diskussion omkring HVILKET tal der skulle være grænsen for hvornår der udløstes

Provision. A og E mente, at det tal der var udmeldt 175.000 stadig måtte gælde. B havde et forslag at 200.000 skulle være grænsen da 175.000 var nul-punkt og før man var over dette kunne der ikke være et overskud at beregne provision ud efter.

MØDET BLEV AFBRUDT FORDI SÆLGERNE ØNSKEDE AT DRØFTE OPLÆGGET.

Mødet genoptages og sælgerne ønsker mere tid til at drøfte oplægget.

B FREMLÆGGER FORSLAG:

Fra 1/7 til 1/10 2016 er grænsebeløbet for bonus fortsat 175.000 pr sælger (DB) og derfor som gruppe

A, E og D – $3 \times 175.000 = 525.000$ kr og over dette beløb udregnes 10% bonus som deles ligeligt.

Der skal i udbetalingen tages højde for løn periodisering så det følger disse.

Dette betinger, at de fortsætter som team og ikke enkeltpersoner. Til januar 2017 skal der en ny forhandling omkring bonus og forudsætninger for at få bonus og hvor meget. Dette sker i dec. 16.

A har stadig at have et udestående da han netop har nået grænsen for bonus (175.000) spt. 16

Dette forhold løses mellem A og B.

Der er nu deadline fredag d. 30 om tiltrædelse til aftalen eller ej – da den nye arbejdsform skal gælde fra 01.10 2016.”

Den 11. oktober 2016 blev der mellem B, A og de to andre kundekonsulenter på ny afholdt et møde, hvilket A lydoptog. Af udskriften af lydoptagelsen fremgår bl.a.:

”A: Altså, vi efterlyser bare lidt en gulerod. At der også er en gulerod i, selv om der er måneder hvor man kan sige... Øøh. Det er jo lidt surt hvis man som D: Nu er han inde i en god stime nu. Han har ikke fået som jeg har fået nu her. – Eller får, forhåbentlig en af dagene her? – Jeg går ud fra at det der provision jeg får, det får jeg en af dagene her.

B: Det.... Det har vi ikke lagt fast endnu. Nej. – Det er det ikke.

A: Hvad mener du med at det ikke er lagt fast?

B: Vi ligger stadigvæk i forhandlinger. Du får ikke noget udbetalt før vi har det andet på plads.

A: Ja, men altså det jeg *har* optjent, det har jeg fået at vide, at det får jeg udbetalt.

B: Der, der, det er vi ikke helt enige om. A det der det skal du lige... prøv nu lige.....

A: Altså det jeg *har* tjent B, det er vi enige om. Det har vi hele tiden..

(B ~~AFBRYDER~~): Prøv å hør', prøv å hør', prøv å hør' her.

A: Altså så kan jeg jo sige lige som F, der siger at...

(B ~~AFBRYDER~~): Du har fået.. Prøv lige å hør her, du har forkastet... nu vil jeg godt lige sige noget – du har forkastet... Jeg sagde til jer det forslag som jeg ville lave. Det ville i ikke, så gik i fra bordet.

A: Ja, men altså, C var jo også med i det, så syns jeg vi skal tage hende med.. Altså..

B. Prøv nu lige at hør' her. I er gået fra bordet, A. Og siger i vil have det sådan. I går ind og tænker over det og så kommer I med et udspil.

A: Fra 1/10 sagde du. – Da er det noget nyt. Jeg har optjent provision de seneste 3 måneder.

B. Nej det har du faktisk ik'

A. Det har jeg da. Fra 1/7 8. og 9. måned.

B: A, prøv nu lige å hør' her...

A: Du bliver ved med at udskyde, B...

B: Nej, jeg udskyder ikke en skid, for det har ik' noget med penge at gøre. Jeg har de penge...

A: Det har da noget med penge at gøre for mig

B: Nej det har det faktisk ikke. Fordi – Det har *fucking* noget at gøre med...

A: Det var det jeg sagde i går, at hvis jeg kommer og beder om de penge jeg egentlig HAR tjent, så får jeg dem ikke..

B: Har du det? Du har tabt 100.... Hundrede og noget. Har du så tjent... Hvordan fordeler vi det her. Hvordan vil du gøre det?

A: Ja, men B. Prøv lige at høre her: Jeg har fået at vide at den provision...

B: Skal vi have din fagforening ind? Så laver vi en forhandling om det.

A: B, det skal vi ikke. Fordi.....

B: Det syns' jeg vi skal.... Efterhånden

A: Ja men hvorfor det?

B: Fordi.... At....A....Du forstår det jo ikke. Hvis du...

A: B, der er ikke noget at forstå her, det er jeg nødt til at sige...

B: For satan jeg bliver gal snart

A: Ja men det gør jeg også B. Jeg har optjent en provision de seneste 3 måneder, som jeg ikke har fået.

B: Har DU lagt over...

A: C sagde i går, hvor vi sad og snakkede om det...

B. (afbryder igen) Prøv nu at høre her. Hallo du. Min ven. Har du lagt over 175.000 i 3 måneder?

A: Det går jeg da ud fra jeg har. Langt over

B. Har du det?

A: Ja

B: Har du?

A: Ja – men jeg har jo ikke set noget. Der er jo ingen af os der ser hvad vi tjener.

B: Fordi vi nok ikke er færdige med det. Nej

A: Nej men der er ingen af os der ser hvad vi tjener.

B: Er der ingen af jer der ser det?

A: Hvad vi tjener.

B: Ja men det står der lige som på den skema i får. Står der ikke lige som hvad i tjener. Hvor meget DB det er. Men der står også – og det er også blevet sagt mange gange – det er ikke det realistiske DB.

A: Altså, summe summarum det er, B, at du har hele tiden sagt at det lå fast! – De 175 de lå fast indtil 1/10 og dem sku' jeg selvfølgelig ha'. Det var det sidste du sagde derinde. – Dem sku' jeg selvfølgelig ha'.

B: Dem skal du selvfølgelig ha' når de er beregnet, ja. Så skal du selvfølgelig ha' det.

A: Ja..

B: MEN

A: Men så kommer du og siger nu, at fordi det her andet ikke ligger fast, så får jeg ikke fra de 175 nu.

B: Ja men er vi færdige med at forhandle? Er der nogen af jer der er enige om at vi er færdige med at forhandle nu?

A: Men hvad har det med det at gøre. Det er en ny forhandling fra 1/10. Det vi har til 1/10...

B: (~~Irriteret stemme~~) Det ville i jo ikke ha'. Da gik du jo fra bordet. Du ville ik' ha' det.

A: Nej, fordi vi sku' ha en ny forhandling fra 1/10. Du har hele tiden sagt...

B: (~~Støner~~). Ååårh

A: Du har hele tide sagt. Det var fra de 175...

B: (~~AFBRYDER~~) Sådan var det altså ik'. I gik fra bordet og sagde det vil i ikke. Og det gjorde i.

A: Ja B, fra 1/10, fra 1/10.

10:50

B: Ja men du kan jo ikke bare acceptere noget af det A, det var det vi – jeg lagde på bordet til jer for helvede. Og det vil i heller ikke.

A: B de 3 måneders provision..

B: (~~afbryder igen~~) det er ik' de små peng' der...

A: Nej – men det sagde du. Og du sagde det derinde mens C var der, og E sad der, og D sad der. Alle sad der. Du sagde at det får du selvfølgelig. Det var det sidste du sagde.

B: Nej det sagde jeg ikke, prøv nu lige at høre her.

A: Det sagde du får selvfølgelig de 3 måneder. Så står du her og siger nu, at det ligger ikke fast, fordi vi ikke er færdige med at forhandle provision.

(Højt) *Det er uhørt.*

(11:20) jeg vil ikke være med til det. Altså det er simpelthen.... Nu går jeg min vej. Jeg har det simpelthen dårligt nu. Jeg er nødt til at gå hjem og melde mig syg. For jeg har det rigtig, rigtig dårligt i min mave. Det havde jeg i forvejen. Du er fanme (Meget højt) Du er fanme.. Du er et røvhul, B. Du snyder os ind af en kant. Hvad fanden er det for en måde at drive firma på. Du *sagde* højt og helligt herinde, sidste gang, at de 175 – over det – da fik jeg selvfølgelig min provision frem til 1/10 så står du nu og siger at det ikke er forhandlet på plads endnu. Hvad helvede er det for en måde du driver firma på. DU RØVRENDER OS. [*Parterne er enige om, at computermusen blev kastet på dette tidspunkt*]

B: Af sted

A: Ja

B: Ud herfra, jeg gider ikke..

A: (~~afbryder~~) Ja – hvad fanden er det for en måde at drive firma på

B: Af sted.

A: B du sad herinde...

B: (~~afbryder~~) Af sted sagde jeg

A: Ja

B: Og det er nu

A: Og det gør jeg også gerne, for jeg har det rigtig dårligt

B: Ja, men det synes' jeg der er helt i orden. Du skal nok få det du skal ha' A

A: Får jeg det? Det står du lige og siger at jeg ikke får.

B: Prøv nu lige at hør'. Det er jo ik' det jeg siger til dig..

A: (~~afbryder~~) Du stod lige og sagde..

B: (~~afbryder~~) Jeg sagde, vi har ik' lagt tingene på plads endnu, A, og det er det jeg lige har sagt til dig. Men jeg synes' du skal ta' og gå nu.

A: (pakker sammen). Hvad fanden er det for en måde at drive firma på B.

B: driv firma. – Jeg kommer og lægger pænt og roligt tingene for jer..

A: (~~afbryder~~) Nej du gør ikke, du står og siger at nu er det ikke sikkert jeg får det alligevel fordi det andet ikke er på plads.

12.32

B: Prøv lige å hør'. Det er jo ik' det jeg har sagt.

A: Du stod og sagde, at det er ik sikkert jeg får det alligevel, for det andet er ikke på plads

B: Kan du tie stille i 2 sekunder.

A: Ja

B: Du skal nok få det til den 1/10. Det er ikke det. Men vi har ik' beregnet det endnu. Så jeg ved ik' hvad du får.

A: Det er en anden snak..

B: Det var det jeg prøvede på at sige til dig. Så siger jeg...

A: (~~afbryder~~) Det var ikke det du sagde, B

B: Så siger jeg til dig jeg har ik' gjort noget endnu, fordi i rejste jer fra bordet af, så jeg venter på det sidste.

A: Fra 1/10 – Ja.

B: Men jeg skal jo også vente på det andet. Jeg er da nødt til, A. Jeg er da nødt til... Vi har startet en proces. Den kører vi til ende.

A: Ja, og det var den vi sagde..

B: (~~afbryder~~) Og jeg er ikke unfair. I siger 250 til mig. (Ikke tilfældet) Og ber' mig om at jeg lyver. Nej – det gør jeg ik' – men jeg siger til jer: Prøv og hør her venner, jeg vil godt være fair, der skal ik' være nogen tvivl, og så står du og siger at jeg snyder.

A: Det gør du B. Du røvrer os.

B: Det gør jeg da ik'. For jeg (et eller to ord mangler. Kan ikke høre hvad han siger) og siger 250.

A: Ja, men så prøv lige at sige en ting. – Så fortæl mig én ting B – Det 3. tal der stod på tavlen derinde. Hvad var det for et tal? B: Der har stået 250 og så har der stået 175, og så tror jeg også der har stået 200.

A: Det 3. tal der stod på tavlen – for du siger at det var et højere beløb.

B: Jeg syns' A, at du skal ta' og gå nu, og det syns jeg du skal ta' og gøre.

A: Ja, det vil jeg også gerne B, men prøv lige at fortælle mig én ting.

B: Prøv nu lige å hør' her..

A: Du siger VI lyver.

B: Jeg siger.... Prøv nu lige å hør' her...

A: Det 3. tal der stod på tavlen

B: Jeg siger jeg er ik' enig. Jeg har ik' sagt i lyver. Jeg siger jeg er ik' enig med jer. F han fandt alle notaterne hvor det står på. Og jeg har sagt til dig, jeg er ik' enig. Men jeg har også sagt til dig bagefter, det er helt i orden at gå fra 175, men vi skal videre derfra.

A: Så fortæl os hvad for et 3. tal på det vi ikke kunne acceptere. Vi er enige om at det var et højere tal vi ikke kunne acceptere. Fortæl mig hvad det var for et 3. tal der stod på tavlen.

B: Højest sandsynligt har det nok været 300...

(støj)

B: Jeg syns' du skal lige ta og... (de efterfølgende sekunder kan man ikke høre)

A: Kære kollegaer jeg håber altså i prøver at bakke mig op i det her... for han sidder derinde og siger noget, og så står han her og siger noget andet. Ikke også?

B: Det gør jeg rent faktisk ikke noget andet.

A: Jeg sad i går med de her 2 mand og C derinde, og sagde med den provision, ja men den skulle jeg selvfølgelig ha'...

B: Prøv lige at se hvad jeg har skrevet her. Fra 1/7 – der – til 1/10. Det er uændret. Men din beregning er ik lavet færdig. Du står og siger til mig du har haft det i 3 måneder. Nej – det har du ikke – det tror jeg ikke på. Men jeg skal nok få lavet en beregning på det, så jeg kan se om det stemmer. Så siger jeg...

A (afbryder) Det var ikke det du sagde.

B: Hør efter

A: Du sagde det lå ikke fast.

B: Jeg nåede ikke at sige noget færdig til dig, A. Inden du tænder af. Prøv å hør' her. Så siger jeg til jer. Jeg siger 250 – tusinde – ik os'. Det sagde jeg. Jamen det skal jeg så bare gange med 3, så har jeg det som team. Jeg sagde, det er også i orden, jeg vil godt sige. – Så siger vi 175. – Det er 525. Det vil jeg ha'. Så siger jeg til jer, gå ind og tænk over det. Så kommer i bagefter og siger til mig. 525.... – Hele det beløb, der skal vi have 10 % af. – Eller hvad det nu var – en eller anden procent i vil have af det. Så siger jeg til jer, kære venner, det kan jeg ik'. Så skal jeg ned og låne penge i banken. Det sagde jeg til jer square and fair. Det kan ikke lade sig gøre. Så kommer D med den her, og går over til C og lægger den ovre ved C. Jeg får den derovre fra. Så tager jeg den pænt og roligt – stille og roligt og tager den her – går ind og ser. Hvad har vi tjent i procent. Det ved F, vi har tjent 3,5%. Men i vil ha SYV... procent... Så siger jeg til jer, det kan jeg ikke, for så skal jeg ned og låne 3,5% for at køre det. Det er jo til at forstå.

A: (forsigtigt). Det det her gik på, det var ikke det der..

B: (~~afbryder~~) Så er der en anden ting i det. Prøv nu lige å hør' her, jeg vil ik' snyde dig. Men hvis vi laver et tab i firmaet, som i er en lille del af ejere af. – Vi laver et tab der hedder 100.000. Vi er oppe i de her tal. ... Vi siger vi taber 100.000 (pause) ik os' (pause). Hvis jeg så også skal gi' jer 10 % af det, ik os', så har jeg tabt ... eller så har firmaet tabt 100.... Og 10.000.... kroner. (pause). Er det i orden (pause 10 sek.) Jeg spørger bare. I kommer også bagefter og siger, i vil ha' 10 kr. pr. time... på en vikar.... Så siger jeg til jer, hvor starter de 10 kr. fra.... Jeg er sgu da nødt til at vide det. I vil også ha (D forsøger at sige noget, afbrydes af B) Prøv lige å hør' her. I vil også ha' en grundløn... som sikrer jer hverdagen. Den har jeg det helt i orden med. Jeg syns' det er en fair ting... Den får I også, men hvor starter de 10 kr. pr. time?

D: Ja, men det har vi jo slet ikke snakket om. Det var et forslag, så ku' vi jo...

B: (afbryder) Prøv å hør' her. Den jeg laver til jer på 525 som et team. Det er total bundskrab. (4 sek.) Normal – hvis man gør det der plus.... 20% til virksomheds drift, (4 sek.) men det har vi ikke engang gjort. Ud

af det der, da er der 25.000 pr. medarbejder. Ca. 25 - 20.000 pr. medarbejder... I lægger i kassen til videre drift (4 sek). Jeres DB-skema i får.... Det vil jeg sata nedme godt tegne op for jer... Jeres DB-skema i får, den hedder såen' her: 1,4 gange løn (20 sek. der skrives på tavlen). Sådan her beregner vi det her (4s) er vi enige om det? ... Hvis i går ind på jeres skema og ser... så stemmer det her og det der står på jeres skema. Så prøver vi og lister op her: + arbejdstøj.... Det er i hvert fald en post. Den post er bare 30.000 pr. måned.... Hvis du så kigger på det her. Det her er rent, det i ser på jeres tal, og jeg kan godt forså at det står ud som et stort tal... Så er der lønninger.... Til huset.. Der er husleje.... Der er biler.... Der er telefon... Der er Internet.... Og så kan vi egentlig bare fortsætte. Sådan her....

F: Så mangler der en vigtig ting

B: Hvad er det?

F: Overskud, før vi kan udbetale penge

B: Ja.... (5s) Hvis vi siger – prøv nu lige å hør' her – Hvis i siger i lægger i nærheden af 30.000 alle sammen. Lad os tage et antal... gange 1,4.

Hvad er 30 gange 1,4?

D: 50

B: Okay... (5s) Så står der her, der har en udgift til firmaet på 150.000..... Hvis vi siger 30, for der er nemt at regne med, ik os', der bare har halvanden hundrede der, 1 2 3 4 5 6 7 gange halvanden hundrede. Hvad gir det?..... Nej – det er 350...

D: Det gir' en million og halvtreds tusinde.. (5 sek.)

B: Det gir 400.000..... square and fair... hvis alle lagde på 30, det siger jeg ikke de gør. Det gir 400.000 bare i lønninger det her.... Det er en ting.... Hvis du så fortsætter derud af... Dernede fra – nu er det godt nok små ting – Den hedder ca. (10s) Bare i tlf. regninger (5s). Det tænker i ik' på i den her....(5s)

B: Undskyld A, nu er Jeg koblet ned. Håber du er det samme, så kan vi få det det ud af verden..."

Parternes drøftelse på mødet af provisionsordningen fortsatte herefter i flere minutter.

Anbringender

A har anført navnlig, at X ikke har løftet bevisbyrden for, at der på mødet den 11. oktober 2016 fandt en hændelse sted, som i sig selv berettigede X til at bortvise eller opsige ham. Efter den ophidsede debat på mødet havde parterne en mere fordragelig samtale, hvor de enedes om at kigge fremad, og efter mødet fortsatte han arbejdet.

Han blev ikke bortvist på en tilstrækkelig klar måde, ligesom adgangen til bortvisning var fortabt ved passivitet.

Lydoptagelsen af mødet den 11. oktober 2016 udgjorde ikke gyldig bortvisningsgrund, og bortvisningen af 27. januar 2017 var derfor heller ikke berettiget.

Bortvisning af en medarbejder er den absolut hårdeste sanktion, der kan bringes i anvendelse i ansættelsesretten. Bortvisning kræver derfor en kvalificeret adfærd med hensigt til at opnå vinding på bekostning af loyalitetsforpligtelsen som arbejdstager, at skade arbejdsgiveren, eller at arbejdstageren i væsentlig grad træder udenfor sin bemyndigelse. Ingen af disse forhold var til stede ved lydoptagelsen af mødet den 11. oktober 2016. Han lydoptog udelukkende til eget brug for at dokumentere de ansættelsesvilkår, som han havde aftalt med B. Han havde flere gange haft drøftelser med B om en provisionsaftale, og han var af den klare opfattelse, at der var indgået aftale om, at han havde optjent ret til individuel provision for juli-september 2016. Han kunne imidlertid ikke få det aftalte på skrift, og B ændrede hele tiden holdning til provisionsspørgsmålet og ville ikke vedstå sig det aftalte. Lydoptagelsen blev ikke foretaget med det formål at skade X. Mødet den 11. oktober 2016 opstod spontant på initiativ af B, og der var ingen dagsorden for mødet. Han havde derfor ikke mulighed for at forberede sig eller at lade sig repræsentere under mødet. Drøftelserne, som foregik i det åbne kontorlandskab, var ikke fortrolige. Det forhold, at to af hans sælgerkolleger, som ønskede samme afklaring af provisionsvilkår, var til stede under mødet, er uden betydning. Han fremlagde lydoptagelsen, da X i svarskriftet for byretten anførte, at han var blevet bortvist i umiddelbar forlængelse af mødet den 11. oktober 2016, og at han ikke havde afspadseret i henhold til sædvane. Begge forhold var ikke i overensstemmelse med faktum, hvorfor han var nødt til at dokumentere det faktiske forløb ved at fremlægge lydoptagelsen.

Netop i de tilfælde, hvor der ansættelsesretligt er behov for bevissikring af mundtlige aftaler eller krænkende episoder, er lydoptagelse arbejdstagerens eneste bevismiddel. Fjernes muligheden herfor, vil dette få væsentlig betydning for bl.a. provisionslønnede sælgere eller ansatte, som udsættes for sexchikane. Også af denne grund kan lydoptagelse ikke i sig selv udgøre bortvisningsgrund.

Der er ikke i praksis eller sammenlignelig lovgivning holdepunkter for at anse lydoptagelse for en grov misligholdelse af et ansættelsesforhold. Der findes flere eksempler i praksis, hvor retten har tilladt en part, som havde vanskeligt ved at løfte sin bevisbyrde for indgåelsen af en mundtlig aftale eller en krænkende episode, at dokumentere dette ved hjælp af lydoptagelse, uanset at lydoptagelsen var foretaget uden de øvrige medvirkendes kendskab. Det er desuden ikke strafbart at foretage lydoptagelse uden de medvirkendes kendskab, blot vedkommende som optager, selv deltager i samtalen. Også i nyere praksis fra Datatilsynet har der været tilbageholdenhed med at statuere persondataretlige krænkelser under lignende omstændigheder.

Bortvisningen den 27. januar 2017 kunne ikke ske med tilbagevirkende kraft. Såvel lovgiver som praksis er generelt tilbageholdende med at anerkende påkravsvirkning med tilbagevirkende kraft i løbende retsforhold. Dette gælder så meget desto mere i ansættelsesretten. Hvis bortvisning med tilbagevirkende kraft accepteres, vil arbejdstageren kunne blive mødt med krav om tilbagebetaling af løn, hvis denne har lydoptaget, hvilket vil kunne få økonomisk uoverskuelige følger, særligt hvis der går længere tid fra lydoptagelsen, og indtil arbejdsgiveren bliver bekendt hermed. Arbejdsgiveren vil i så fald have modtaget arbejdskraften uden vederlag.

X blev allerede bekendt med lydoptagelsen, da han oplyste herom i stævningen for byretten den 22. november 2016, men gjorde ikke straks indsigelse. X har derfor udvist en sådan passivitet, at bortvisningen foretaget den 27. januar 2017 under ingen omstændigheder kan gøres gældende.

Bortvisningen var ikke berettiget, og han har derfor krav på erstatning svarende til løn i opsigelsesperioden, jf. funktionærlovens § 3, stk. 1. Han blev ansat i virksomheden den 12. maj 2015, hvorfor hans opsigelsesvarsel var på 3 måneder til udgangen af en måned, jf. funktionærlovens § 2, stk. 2, nr. 2. Hans månedlige løn på bortvisningstidspunktet udgjorde 24.800 kr.

X skal endvidere betale ham en godtgørelse, jf. funktionærlovens § 2 b, stk. 1, jf. stk. 3, som under hensyn til hans alder og hændelsesforløbet op til bortvisningen bør fastsættes til 3 måneders løn.

X har anført navnlig, at As opførsel på mødet den 11. oktober 2016, hvor han kastede en computermus efter selskabets direktør, var af en sådan grovhed, at bortvisning var berettiget.

Bortvisningen skete ved mailen af 11. oktober 2016 kl. 16:26, og der foreligger derfor ikke passivitet. Der gælder ikke formkrav til en bortvisning.

X var tillige berettiget til at bortvise A den 27. januar 2017 med virkning fra den 11. oktober 2016, hvor han lydoptog det interne lønforhandlingsmøde med ledelsen og flere andre kolleger. As adfærd var i klar strid med forpligtelsen til at handle loyalt i ansættelsesforholdet. Hemmeligholdelse af lydoptagelsen må anses for en skærpende omstændighed. Loyalitetsforpligtelsen gjaldt ikke kun i forhold til arbejdsgiveren, men også i forhold til de andre ansatte i virksomheden. Ved at foretage lydoptagelsen, uden at de øvrige mødedeltagere var gjort bekendt hermed, satte han potentielt sine kolleger i en yderst ubehagelig situation. De havde ikke mulighed for at forholde sig til, om de var indforstået med, at drøftelserne om de personlige og fortrolige lønforhold blev optaget, og der var ingen klarhed over, hvordan lydoptagelsen efterfølgende skulle opbevares, behandles og anvendes. A burde i det mindste have søgt om tilladelse til at lydoptage mødet, hvorefter ledelsen og de øvrige medarbejdere kunne have taget

stilling til, om de ville acceptere lydoptagelsen. Han havde som arbejdstager ikke noget retskrav på at lydoptage møder, hvori han selv deltog.

A havde mulighed for at dokumentere, hvad der skete under forhandlingerne, ved at anmode om, at der blev udarbejdet referat af mødet, eller ved at lade en tillidsrepræsentant eller anden bisidder deltage i mødet. Han har også haft lejlighed til at lade de øvrige mødedeltagere afhøre som vidner under sagen. Der er derfor intet grundlag for at tillade hemmeligholdt lydoptagelse. En sådan fremgangsmåde kan medføre, at ansatte generelt optager møder og almindelig omgang på arbejdspladsen i hemmelighed, hvilket vil kunne give anledning til utryghed og mistillid på landets arbejdspladser.

Ved at fremlægge udskrift af lydoptagelsen i retten, er oplysninger om Xs forhold blevet gjort tilgængelige for offentligheden til skade for virksomheden.

Da misligholdelsen af ansættelsesforholdet var sket den 11. oktober 2016, var X berettiget til at bortvise A med virkning fra denne dato. Det ville forekomme stødende, hvis han kunne opnå en bedre retsstilling ved at skjule sin grove misligholdelse over for arbejdsgiveren. Der opstår ikke spørgsmål om tilbagebetaling af løn, da han på tidspunktet for bortvisningen den 27. januar 2017 allerede var bortvist fra den 11. oktober 2016. Ansættelsesforholdet kunne under alle omstændigheder ophæves med virkning fra den 27. januar 2017.

X udviste ikke passivitet ved bortvisningen den 27. januar 2017. X blev først gjort bekendt med lydoptagelsen og indholdet heraf ved As fremlæggelse af en afskrift den 26. januar 2017. Det forhold, at lydoptagelsen var nævnt i As stævning for byretten den 22. november 2016, kan ikke føre til en anden vurdering, idet oplysningen herom ikke var nok til, at X kunne skride til bortvisning.

Hvis bortvisningen ikke var berettiget, er der enighed om, at A har krav på erstatning svarende til løn i en opsigelsesperiode på 3 måneder, og at der skal betales feriepenge af lønkravet. De påtalte forhold havde en sådan karakter, at X kunne have afgivet en opsigelse, som var sagligt begrundet, og der kan derfor ikke blive tale om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. Godtgørelsen kan i givet fald ikke udgøre 3 måneders løn, bl.a. fordi A kun var ansat i kort tid hos X.

Fagbevægelsens Hovedorganisation har som biintervenient tilsluttet sig As anbringender og har supplerende anført navnlig, at det må bero på en konkret vurdering, om en lønmodtager er berettiget til at lydoptage møder eller samtaler med arbejdsgiveren uden dennes viden. I den samlede afvejning kan indgå bl.a., om der var et sagligt formål med lydoptagelsen, f.eks. bevissikring, og om der var relevant anledning til at foretage lydoptagelsen, f.eks. fordi lønmodtageren havde en konkret formodning om, at arbejdsgiveren ville bestride faktum. Der skal foretages en proportionalitetsvurdering af den ansattes interesse i

lydoptagelsen i forhold til arbejdsgiverens interesse i, at der ikke lydoptages. Også den påtænkte og faktiske anvendelse af lydoptagelsen kan tillægges betydning.

Den konkrete sags omstændigheder fører til, at A var berettiget til at lydoptage mødet den 11. oktober 2016. Han optog mødet for at kunne varetage sine lønmodtagerrettigheder, og lydoptagelsen var ikke egnet til at skade eller kompromittere Xs beskyttelsesværdige markeds- eller driftsinteresser. A har derfor ikke handlet i strid med loyalitetsforpligtelsen.

Lydoptagelser anvendes som bevis inden for ansættelsesretten både af arbejdsgivere og lønmodtagere. Hvis landsrettens dom stadfæstes, vil dette bevismiddel fremover kun kunne anvendes af arbejdsgivere. Lønmodtagere vil få yderst svært ved at rejse og ikke mindst vinde sager, herunder diskriminationsager.

Hvis A har handlet i strid med sin loyalitetsforpligtelse, var denne illoyalitet ikke så grov, at den kunne begrunde en ophævelse af ansættelsesforholdet og da slet ikke med tilbagevirkende kraft. Bortvisning med tilbagevirkende kraft stemmer hverken overens med retspraksis inden for ansættelsesretten, eller hvad der ifølge teorien gælder inden for obligationsretten.

Dansk Arbejdsgiverforening har som biintervenient tilsluttet sig Xs anbringender og har supplerende anført navnlig, at det må bero på en konkret vurdering, om en medarbejders hemmelige lydoptagelse af et møde eller en samtale indebærer en så væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, at bortvisning er en berettiget reaktion herpå. Det må ved vurderingen kunne tillægges betydning, bl.a. hvem der deltager i mødet eller samtalen.

As hemmelige lydoptagelse af lønforhandlinger med deltagelse af ledelsen og flere kolleger var klart i strid med loyalitetsforpligtelsen. En sådan adfærd udgjorde således en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, som berettigede til bortvisning.

Retspraksis tyder på, at det ved vurderingen af, om arbejdsgiveren kan bortvise en medarbejder med tilbagevirkende kraft, har afgørende betydning, om medarbejderen har leveret en arbejdsydelse i tidsrummet mellem medarbejderens misligholdelse og det tidspunkt, hvor arbejdsgiveren blev bekendt hermed. A leverede ikke en arbejdsydelse efter den 11. oktober 2016, hvor han foretog den hemmelige lydoptagelse, hvorfor bortvisningen i hvert fald i det foreliggende tilfælde kan få virkning fra denne dato.

Forklaringer

Til brug for Højesteret er der afgivet supplerende forklaringer af A, B og F.

A har supplerende forklaret bl.a., at han blev ansat i maj 2015 hos X ApS. Fra starten fik han og hans kollega, E, der startede i virksomheden samtidigt, en relativt lav løn, og de fik at vide, at de ville få noget mere, når det var "sparket i gang". Han startede med en løn på 20.000 kr. om måneden og steg i løn. De solgte vikarer, og når de nåede deres mål, steg de i løn. De havde flere gange drøftelser om lønstigninger. På et tidspunkt sagde de til B, at det snart var på plads med en lønstigning. De fik det svar, at de ikke fik en krone mere i løn, men de kunne få provision. B gik straks ind til bogholderen, F, og kom lidt efter ud og sagde til dem, at E kunne få 26.000 kr., og han kunne få 25.000 kr. månedligt. Nogle dage senere sagde B, at lønstigningerne måtte trækkes tilbage. Han skrev derfor en mail den 23. august 2016 til B, hvor han skrev, at det ikke var rimeligt. Han fik så et forhøjet tillæg på 4.000 kr. i forbindelse med udbetalingen af sin løn for august 2016. Der blev ikke ændret i hans ansættelsesaftale.

Han tror, at de nok har haft 4-6 møder om lønstigning og provision. B sagde til dem, at han gerne ville lave en provisionsordning. De gav tydeligt udtryk over for B, at de hellere ville have en fast løn af hensyn til et godt samarbejde. Det ville være svært at gennemskue, hvordan provisionen skulle beregnes. De havde ikke adgang til firmaets regnskaber. B sagde til dem, at provisionen skulle beregnes efter dækningsbidraget. Dækningsbidraget blev beregnet ved, at en vikars løn blev ganget med 1,4, og udgifterne til vikaren blev trukket fra. Det har aldrig været drøftet, at der skulle ske fradrag, hvis en kunde ikke betalte. Der blev ikke indgået en skriftlig aftale om provision. Der var en mundtlig aftale om, at han fra den 1. juli til den 1. oktober 2016 skulle have provision. Det blev aftalt ved et af de møder, som de havde, hvor det blev drøftet, hvad der skulle betales til beregningen af dækningsbidraget, og hvad der skulle gælde fra den 1. oktober 2016. Det beløb, som man skulle over i dækningsbidrag for at udløse provision, var på 175.000 kr. fra den 1. juli 2016. Han opnåede i 3. kvartal ret til provision. Den 11. oktober 2016 sagde B til ham, at han ikke havde noget til gode. De havde et møde den 28. september 2016 med en ny lønforhandling om provisionsordningen på daværende tidspunkt, og hvordan det skulle være fra den 1. oktober 2016. B kom med forskellige forslag. De accepterede ikke disse forslag, herunder forslaget om, at tre sælgere skulle opnå et samlet dækningsbidrag på 3 x 175.000 kr., før der blev beregnet provision til teamet af sælgere.

Den 11. oktober 2016 kom B ind på kontoret, hvor E og D også var til stede. Han optog samtalen på sin mobiltelefon. Inden da havde han ringet til sin daværende fagforening, Det Faglige Hus, og spurgt, hvad han skulle gøre. Han fik det svar, at han var nødt til at have på skrift, hvad B havde sagt. Lydoptagelsen var til hans eget brug, så han kunne skrive det sagte ned bagefter. Han havde under ingen omstændigheder haft den tanke, at optagelsen skulle tjene som bevis. Han og E har hele tiden kørt et parløb. De havde talt om lydoptagelse, og den første gang havde de på nettet set, at Kammeradvokaten havde udtalt, at man godt måtte optage fra møder, som man selv deltog i. E vidste godt, at han

optog samtaler. Det blev drøftet hele tiden. Der skulle flere vikarer ud, og de skulle tjene mere. Han skrev en mail til B for at få provisionsaftalen på skrift. B skrev tilbage og meddelte ham bare, at han havde en ny lønforhandling den 28. august 2016.

Den 11. oktober 2016 var det et relativt langt forløb. Det varede nok 2-3 timer, inden episoden skete, og han forlod arbejdspladsen 2 timer senere. E kom hen til ham og spurgte ham, om de ikke skulle afspadsere de sidste par timer af dagen. Det fik de så lov til af C. Da han fik mailen af 11. oktober 2016, troede han, at det var en misforståelse, og han ringede næste morgen til C for at høre, om hun havde glemt at oplyse om afspadseringen. Han ville så med sin mail af 12. oktober 2016 kl. 13.59 råde bod på misforståelsen. Da han fik mailen af 12. oktober 2016 kl. 14.22 fra B, var han stadig ikke klar over, hvad Bs standpunkt var, men troede fortsat at der forelå en misforståelse om, at han havde forladt arbejdspladsen den 11. oktober 2016. Han forlod da ikke straks arbejdspladsen, men aftalte at han skulle afspadsere.

Lydoptagelsen fra den 11. oktober 2016 fremlagde han, fordi det var nødvendigt for ham at bevise, hvad der var sket. Der var ikke noget på skrift om, at han var blevet bedt om at forlade arbejdspladsen. Aftalen med C var kun mundtlig. Da han senere kontaktede sin advokat, advokat H, sagde han ikke noget om lydoptagelsen.

Den 11. oktober 2016 startede han optagelsen med sin mobiltelefon, da B begyndte at tale. Noget fra lydoptagelsen er snak om løst og fast. Kl. 41.54 forlod han på cykel arbejdspladsen, ca. en halv time efter episoden skete. Hans telefon kørte hele tiden. Siden dette møde nævnte han ikke over for E, at et specielt møde ville blive lydoptaget, men kun at han generelt ville optage fra møderne. D havde en provisionsaftale i sin lønaftale. Det er ikke rigtigt, at han har sagt nej til, at der skulle forhandles. Meningen med hans mail af 14. oktober 2016 kl. 14.55 til B og F var at få et klart svar. Der er ikke noget af mailkorrespondancen, der er udeladt.

B har supplerende forklaret bl.a., at han er direktør i X ApS. Han og F har et teamwork omkring personalet i selskabet. Efter hændelsen på kontoret den 11. oktober 2016 gik der nok 10 minutter, hvor han sundede sig og røg en cigaret, inden han henvendte sig til F. C kom til senere. De drøftede, hvad der skulle gøres. Han og F ville ikke acceptere den adfærd, som A havde udvist, og de var enige om, at A skulle væk fra virksomheden med det samme. Det var deres ønske at bortvise A, og det mener han også, at de gav udtryk for i deres mail, som de sendte samme dag kl. 16.27 til A. Han besvarede mailen fra A med en henvisning til deres første mail, fordi han mente, at den var klar nok. Han kan hverken be- eller afkræfte, om han efter episoden bad A blive på arbejde, eller om A skulle holde ferie fra dagen efter. Det husker han ikke. A afleverede ikke

sin telefon, før efter han havde holdt ferie. A havde selv sagt til ham, at han godt var klar over, at han var blevet bortvist.

E har supplerende forklaret bl.a., at han er medejer af firmaet i dag, men i 2016 var han ansat som bogholder. Han og B tog i fællesskab stilling til personale-mæssige spørgsmål. Han sad på sit kontor og deltog ikke i mødet den 11. oktober 2016. Han kunne høre, at der blev kastet med noget, der ramte væggen ind til hans kontor. Han drøftede sammen med B og C episoden og hændelsesforløbet. De var enige om, at A straks skulle holde op, når han havde opført sig sådan. Deres drøftelser varede nok 15 minutter, hvorefter han straks skrev mailen af samme dag kl. 16.27 til A, hvor denne fik at vide, at hans tilgodehavende løn var til og med den 11. oktober 2016. A havde uden tilladelse forladt arbejdspladsen, da mailen blev sendt. Han har udfærdiget ansættelseskontrakterne, men dengang skrev de ikke ændringer, f.eks. lønændringer, ind i kontrakterne. Han var og er bestemt ikke tilfreds med, at A – uden forinden at fortælle det – optog samtaler fra deres møder. Da de senere blev gjort bekendt hermed, aftalte de med advokat G, at advokaten også skulle bortvise A med den begrundelse.

Retsgrundlag

Straffelovens § 263, stk. 2, nr. 2, er sålydende:

”Stk. 2. Med bøde eller fængsel indtil 6 måneder straffes den, der, uden at forholdet er omfattet af stk. 1, uberettiget

...

- 2) ved hjælp af et apparat hemmeligt aflytter eller optager udtalelser fremsat i enrum, telefonsamtaler eller anden samtale mellem andre eller forhandlinger i et lukket møde, som den pågældende ikke selv deltager i, eller hvortil den pågældende uberettiget har skaffet sig adgang.”

Bestemmelsen blev indsat i straffeloven som § 263, nr. 3, med i det væsentligt samme ordlyd ved lov nr. 89 af 29. marts 1972, som byggede på Straffelovrådets betænkning nr. 601/1971 om privatlivets fred. Af betænkningens s. 51-52 fremgår bl.a.:

”Et særligt spørgsmål er, om en strafferegel mod hemmelig aflytning udover at beskytte andres samtaler og forhandlinger bør udstrækkes til også at beskytte de øvrige deltagere i samtalen eller forhandlingen mod, at en af deltagerne uden deres indforståelse foretager båndoptagelse af samtalen eller forhandlingen. Problemstillingen er her en ganske anden, end hvor der er tale om hemmelig aflytning af samtale mellem andre. Beskyttelsesinteressen er ikke den samme, idet optagelsen ikke indebærer andet, end at de oplysninger, den talende selv ønsker at

give modtageren, bliver fastholdt. Desuden kan der være en legitim interesse i at benytte en sådan optagelsesteknik, f. eks. hvor den pågældende ønsker at kunne fastholde, hvad han selv har sagt.

Spørgsmålet blev drøftet i forarbejderne til den gældende norske straffebestemmelse vedrørende aflytning og er også behandlet af den svenske komité. Både i Norge og Sverige er resultatet blevet, at den her behandlede form for ensidig optagelse af samtaler bør holdes udenfor straffebestemmelserne.

Straffelovrådet deler denne opfattelse. Betænkeligheden ved ensidige optagelser knytter sig måske ikke så meget til det forhold, at den anden part ville udtale sig forsigtigere, hvis han vidste, at udtalelsen blev optaget, som til det forhold, at en båndoptagelse kan forfalskes på en meget overbevisende måde, således at faren for misbrug er nærliggende, jfr. også de ovenfor s. 10 refererede spørgsmål i folketinget. Dette sidste forhold bør imidlertid ikke føre til et generelt forbud med hensyn til anvendelsen af ensidige båndoptagelser, men derimod til forsigtighed med hensyn til anvendelse af sådanne optagelser som bevismiddel, jfr. herved U 1967 s. 863 (V). Netop på baggrund af spørgsmålets sammenhæng med båndoptagelsers anvendelse som bevismiddel er det forståeligt, at man i kollegiale regler for advokater har fastsat, at optagelser, der ikke på forhånd er meddelt den anden part, ikke må finde sted.

Rådet finder herefter ikke grundlag for at foreslå en straffebestemmelse vedrørende ensidige optagelser af den omhandlede karakter. Man skal ikke komme nærmere ind på spørgsmålet om sådanne optagelsers anvendelse som bevismiddel, idet dette spørgsmål er forelagt retsplejerådet."

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstilling

Denne sag angår, om A med rette blev bortvist fra sin stilling som kundekonsulent hos X ApS i forlængelse af en episode på arbejdspladsen den 11. oktober 2016, hvor han under et møde kastede med en computermus.

Sagen angår endvidere, om A med rette blev bortvist ved brev af 27. januar 2017 som følge af, at han uden de andre mødedeltageres viden havde lydoptaget mødet den 11. oktober 2016, og i givet fald om bortvisningen kan tillægges virkning fra denne dato.

Hvis bortvisning ikke er sket med rette, er spørgsmålet, om A er berettiget til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b.

Kastet med computermusen

Efter de afgivne forklaringer og på grundlag af udskriften af lydoptagelsen lægger Højesteret til grund, at der på mødet den 11. oktober 2016 mellem A, direktør B og to andre kundekonsulenter i virksomheden var uenighed om vilkårene for såvel den hidtidige som den fremtidige provisionsordning for kundekonsulenterne. Det lægges endvidere til grund, at A og B under drøftelsen af et provisionstilgodehavende, som A mente at have, begge var ophidsede.

Der er enighed om, at A kastede med en computermus, og at computermusen ikke ramte B, men der er afgivet forskellige forklaringer om, hvordan den blev kastet, herunder om den blev kastet mod B.

Efter kastet fortsatte mødet og drøftelserne af løn- og provisionsforhold, hvor B på et tidspunkt sagde "Undskyld A, nu er jeg koblet ned. Håber du er det samme, så kan vi få det ud af verden". Også efter undskyldningen fortsatte drøftelserne.

Højesteret finder, at kastet med computermusen under de foreliggende omstændigheder ikke kan anses for en tilstrækkeligt alvorlig misligholdelse af ansættelsesforholdet til at begrunde bortvisning. Episoden findes endvidere ikke uden en tidligere advarsel at kunne begrunde opsigelse. Højesteret har herved lagt vægt på, at kastet må antages at være sket i frustration under en ophidset diskussion om et provisionstilgodehavende, som A mente at have, og at det ikke kan lægges til grund, at A kastede musen for at ramme B. Den efterfølgende drøftelse på mødet efterlader da heller ikke det indtryk, at B opfattede episoden som noget alvorligt.

Lydoptagelsen

Spørgsmålet er herefter, om X var berettiget til at bortvise A som følge af, at han lydoptog mødet den 11. oktober 2016, uden at B og de to andre tilstedeværende var klar over dette.

Det er ikke en overtrædelse af straffeloven at optage en samtale, man selv deltager i, uden de øvrige deltageres viden, jf. straffelovens § 263, stk. 2, nr. 2, modsætningsvis. Dette bygger på, at optagelsen alene indebærer, at oplysninger, den talende selv har ønsket at give modtageren, bliver fastholdt, og at beskyttelsesinteressen derfor ikke er den samme som ved hemmelig aflytning eller optagelse af samtaler mellem andre.

Efter databeskyttelseslovgivningen er det en generel betingelse for behandling af personoplysninger, herunder ved optagelse af en samtale, at behandlingen varetager et sagligt formål. Ved vurderingen af, om en lydoptagelse af en samtale uden de øvrige deltageres viden er forenelig med databeskyttelseslovgivningen, skal der bl.a. foretages en proportionalitetsvurdering, hvor hensynet til

den, der optager samtalen, skal afvejes over for hensynet til de øvrige deltagere og andre berørte.

Højesteret finder, at vurderingen af, om en ansats lydoptagelse af en samtale med sin arbejdsgiver uden dennes viden udgør en misligholdelse af ansættelsesforholdet, må bero på en konkret afvejning af hensynet til den ansatte over for hensynet til arbejdsgiveren og andre berørte. Det er ikke muligt udtømmende at angive kriterierne for denne vurdering, men der må bl.a. lægges vægt på formålet med og baggrunden for optagelsen, herunder om den ansatte havde særlig anledning til at sikre sig bevis for en tilsidesættelse af sine rettigheder. Det må endvidere indgå, hvilke oplysninger den ansatte forventede eller havde til hensigt at optage, herunder om der er tale om oplysninger om rent private forhold eller oplysninger, som bør være fortrolige af hensyn til virksomheden eller andre.

Selv om en lydoptagelse ikke i sig selv udgør en misligholdelse af ansættelsesforholdet, vil den efterfølgende opbevaring og anvendelse af optagelsen efter omstændighederne kunne udgøre en misligholdelse. Højesteret bemærker, at ikke enhver overtrædelse af databeskyttelseslovgivningen i forbindelse med en lydoptagelse vil udgøre en misligholdelse af ansættelsesforholdet, der kan begrunde opsigelse eller bortvisning.

Efter oplysningerne om formålet med og baggrunden for lydoptagelsen, indholdet af denne og As efterfølgende anvendelse af den finder Højesteret, at optagelsen af samtalen uden de øvrige deltageres viden havde et sagligt formål, og at hensynet til B og de øvrige kundekonsulenter ikke oversteg As interesse i at optage samtalen uden de øvriges viden.

Under disse omstændigheder finder Højesteret, at hverken lydoptagelsen eller den efterfølgende anvendelse af den udgør en misligholdelse af As ansættelsesforhold. Optagelsen kan derfor ikke begrunde bortvisning og heller ikke opsigelse.

Højesteret har herefter ikke grundlag for at tage stilling til, om bortvisning i givet fald kunne være sket med virkning fra den 11. oktober 2016, hvor lydoptagelsen fandt sted.

Krav på løn og godtgørelse

Da bortvisning som anført var uberettiget, har A krav på erstatning svarende til løn i opsigelsesperioden og feriepenge som påstået, i alt 101.922,01 kr.

Da hverken kastet med computermusen eller lydoptagelsen kunne begrunde opsigelse, finder Højesteret, at A har krav på en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, som efter omstændighederne ved hændelsesforløbet den 11. oktober

2016 og hans anciennitet i virksomheden passende kan fastsættes til 24.800 kr., svarende til en måneds løn.

Konklusion

Højesteret tager As påstand til følge med 126.722,01 kr. med rente som påstået.

Sagsomkostninger

Sagsomkostninger for byret og landsret er fastsat til dækning af advokatudgift med 60.000 kr., af retsafgift i forhold til det vundne beløb med 6.720 kr. og af udgift til vidner med 1.201,20 kr., i alt 67.921,20 kr.

Sagsomkostninger for Højesteret er fastsat til dækning af advokatudgift med 40.000 kr. og til dækning af den retsafgift, som skulle være betalt i forhold til det vundne beløb, hvis der ikke var givet fri proces, jf. retsplejelovens § 332, med 5.020 kr., i alt 45.020 kr.

THI KENDES FOR RET:

X ApS skal betale 126.722,01 kr. med procesrente fra den 28. november 2016 til A.

I sagsomkostninger for byret og landsret skal X ApS betale 67.921,20 kr. til A.

I sagsomkostninger for Højesteret skal X ApS betale 45.020 kr. til statskassen.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse.

Sagsomkostningsbeløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.