

Arbejdstagerens loyalitetspligt og brugen af lydoptagelser i ansættelsesforhold



- Kandidatspeciale, 10. Semester, Cand.Merc.(Jur.),
Aalborg Universitet, 2025
Af: Daniel Runge Thomsen og Zaher Ahmad Pardes
- Vejleder: Bjørn Holtze

Titelblad

Uddannelsessted: Aalborg Universitet.

Uddannelse: Cand.Merc.(Jur.).

Semester: 10 semester.

Årstal: 2025.

Projekttype: Kandidatspeciale.

Fagområde: Ansættelsesret og Arbejdsret.

Titel: Arbejdstagerens loyalitetspligt og brugen af lydoptagelser i ansættelsesforhold.

Engelsk Titel: The employee's duty of loyalty and the use of audio recordings in employment relationships.

Forfattere: Daniel Runge Thomsen og Zaher Ahmad Pardes.

Vejleder: Bjørn Holtze.



1. Indledning	5
1.1 Problemformulering	6
1.2 Afgrænsning	6
2. Metode	8
2.1 Den Retsdogmatiske Metode	8
2.2 Retspraksis	10
3. Arbejdstagers misligholdelse af det individuelle ansættelsesforhold	11
3.1 Hvad er en misligholdelse?	11
3.1.1 Når et ansættelsesforhold bringes til ophør	12
3.2 Sanktioner ved misligholdelse af ansættelsesforholdet	13
3.2.1 Mindre vidtgående sanktioner	13
3.2.2 Advarsel	13
3.2.3 Passivitet	16
3.2.4 Opsigelse	17
3.2.5 Grov misligholdelse af ansættelsesforholdet	18
3.2.6 Bortvisning	18
3.2.7 Upassende opførsel og Illoyalitet	20
4. Begrebet Loyalitetspligt	22
4.1 Loyalitetspligtens udvikling	22
4.2 Arbejdsgivers ledelsesret	24
4.3 Lovhjemmel for loyalitetspligten	25
4.4 Hvad indebærer begrebet loyalitetspligt?	26
4.5 Illoyalitet	27
4.5.1 Voldelig adfærd	27
4.5.2 Den indadrettede loyalitetspligt	29
4.5.3 Virksomhedens omdømme og relationer	31
4.5.4 Starte konkurrerende virksomhed	36
4.5.4.1 Uopsagt stilling	36
4.5.4.2 Opsigelsesperioden	38
5. U.2019.3878H - Instansbehandling	40
5.1 Sagens faktum	40
5.1.1 Sagsøger A's anbringender	42
5.1.2 Sagsøgtes X's anbringender	43
5.2 Udfald ved Byretten	44
5.3 Udfald ved Vestre Landsret	45
5.4 Udfald ved Højesteret	46
5.4.1 Spørgsmål som dommen giver anledning til at analysere videre	47
6. Arbejdstagerens adgang til at anvende lydoptagelser i et ansættelses- og	

strafferetligt perspektiv	48
6.1 Ansættelsesretligt	48
6.1.1 Opsummering - Ansættelsesretligt	56
6.1.2 Opsummering ift. U.2019.3878H	57
6.2 Strafferetligt	59
6.2.1 Opsummering - Straffe- og ansættelsesretligt	61
7. Loyalitetskonflikter	62
7.1 Opsummering - Loyalitetskonflikter	68
7.2 Loyalitetskonflikter ift. U.2019.3878.H	68
8. Øvrige retlige spørgsmål rejst af U.2019.3878H	71
8.1 Lydoptagelse ved samtale og møde	71
8.2 Arbejdstagers bevis gennem lydoptagelser	72
8.3 Databeskyttelsesloven og GDPR ift. lydoptagelser	74
8.4 Er der fastsat en for liberal tilgang til at foretage lydoptagelser fremadrettet?	76
9. Konklusion	80
10. Abstract	85
Litteraturliste	86
Lovgivning	86
Forarbejder	86
Domsregister	86
Faglitteratur	87
Webadresser	88
Anslagsdokumentation	89

1. Indledning

Tillid er et grundlæggende element i ethvert ansættelsesforhold. Arbejdstageren forventes at udføre sit arbejde loyalt og i overensstemmelse med arbejdsgiverens og virksomhedens interesser og de vilkår, der er fastsat i ansættelseskontrakten. Omvendt har arbejdstageren en berettiget forventning om en retfærdig og ordentlig behandling fra arbejdsgiveren.

I tilfælde af uenigheder eller problemer i ansættelsesforholdet kan det være vanskeligt for arbejdstageren at dokumentere det faktiske hændelsesforløb, særligt når der ikke foreligger skriftlig dokumentation til støtte for dette. I sådanne situationer kan arbejdstageren vælge at foretage skjulte lydoptagelser af arbejdsgiveren, for at dokumentere forløbet og dermed sikre en mere objektiv gengivelse af, hvad der er blevet sagt, både som bevis i en eventuel tvist og som beskyttelse af egne interesser. Arbejdstagerens anvendelse af skjulte lydoptagelser kan i de fleste tilfælde være den eneste mulighed for at dokumentere et hændelsesforløb, særligt i situationer præget af ubalance i forhold til en stærk arbejdsgiver. Dette vil give arbejdstageren en stærkere position til at dokumentere, hvad der faktisk er blevet sagt under en samtale eller et møde med arbejdsgiveren, især når det drejer sig om at bevise uretmæssigheder samt uberettigede opsigelser og bortvisninger.

Tidligere har der været præcedens for, at arbejdstagerens brug af lydoptagelser mod arbejdsgiveren er blevet accepteret af parterne som bevismateriale. Reguleringen af arbejdstagerens anvendelse af skjulte lydoptagelser findes i både databeskyttelses- og straffeloven. Databeskyttelsesloven (DBL) fastlægger de konkrete rammer for lydoptagelser, især hvad angår deres legitimitet og hvilke specifikke oplysninger, der må opbevares. Straffeloven (STRFL) regulerer lovligheden af lydoptagelser og fastslår, at mindst en af de tilstedeværende personer skal være opmærksom på, at optagelsen finder sted, for at den kan anses for at være lovlig.

Efter U.2019.3878H er der kommet en ansættelsesretlig regulering af lydoptagelser, som inddrager både den databeskyttelses- og strafferetlige vurdering. Højesteretsdommen har

dermed medført en afbalancering på området for lydoptagelser. I denne sammenhæng er det relevant at undersøge, hvornår en lydoptagelse ikke kan anses for at være berettiget, samt hvor langt loyalitetspligten rækker i ansættelsesforholdet, når der foretages skjulte lydoptagelser.

I forbindelse med ovenstående danner dette grundlag for specialet samt problemformuleringen.

1.1 Problemformulering

Specialet har til formål at belyse loyalitetspligten i relation til arbejdstagerens lydoptagelser af arbejdsgiveren. I dette omfang vil der undersøges hvordan lydoptagelser lavet af en arbejdstager vil kunne medføre en misligholdelse af loyalitetspligten i det individuelle ansættelsesforhold.

- *“Hvor langt strækker loyalitetspligten sig i ansættelsesforholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver, når en arbejdstager foretager en lydoptagelse af sin arbejdsgiver uden deres vidende.”*

Der vil yderligere blive undersøgt, hvilke sanktionsmuligheder arbejdsgiver har ved arbejdstagers misligholdelse af loyalitetspligten samt en sontring af arbejdstagers lydoptagelser af arbejdsgiveren i et ansættelsesretligt og strafferetligt perspektiv.

1.2 Afgrænsning

Formålet med specialet er at undersøge, hvorvidt og i hvilken udstrækning loyalitetspligten kan udstrækkes, når en arbejdstager foretager en lydoptagelse af en arbejdsgiver under et møde eller en lignende interaktion ved arbejdsretlige forhold uden deres vidende. Specialet vil afgrænse sig til udelukkende at behandle loyalitetspligtens rækkevidde i den individuelle ansættelsesrelation mellem arbejdstager og arbejdsgiver, og undlade at inddrage loyalitetspligten i kollektive eller offentlige ansættelsesforhold. Specialets fokus vil dermed være rettet mod privatansatte, som er underlagt funktionærlovens (FUL) bestemmelser. Ydermere vil specialet afgrænse sig fra at undersøge arbejdsgiverens loyalitetspligt over for

arbejdstageren, idet fokus udelukkende vil være på loyalitetspligtens udstrækning i relation til arbejdstagers forpligtelse over for arbejdsgiveren.

Specialet vil analysere en dom fra Højesteret, som rejser spørgsmålet om, hvorvidt bortvisning af en funktionær efter opdagelsen af en lydoptagelse var berettiget og rettidig. Sagen har tidligere været behandlet ved Vestre Landsret i 2018, før den endelig blev afgjort i Højesteret i 2019. Selvom dommen omhandler en funktionærs loyalitetspligt over for sin arbejdsgiver, er funktionærstatus ikke afgørende for dommens udfald, da spørgsmålet om loyalitetspligt i forbindelse med lydoptagelse af en arbejdsgiver har en generel relevans på tværs af forskellige ansættelsesforhold.

2. Metode

2.1 Den Retsdogmatiske Metode

Den retsdogmatiske metode vil være udgangspunktet for udarbejdelsen af specialet, og har til formål at beskrive, analysere og systematisere gældende ret.¹ Med dette udgangspunkt vil der blive forsøgt at fastslå gældende ret ift. loyalitetspligten som arbejdstageren har overfor arbejdsgiveren i sammenhæng med lydoptagelser. Yderligere vil der blive undersøgt hvilke sanktionsmuligheder dette kan medføre ansættelses- og strafferetligt i form af misligholdelse. Ved anvendelsen af den retsdogmatiske metode, fastsættes de lege lata, hvilket gør det muligt at konstatere retsstillingen på området. Analysen vil bero på allerede afsagte afgørelser, hvor der herefter kan fastlægges den nuværende retstilstand, samt deres betydning for fremtidige afgørelser.²

En arbejdsretlig tvist vil som udgangspunkt blive afgjort af de kontraktretlige regler, men kan også inddrage aftaleretlige, såvel som obligationsretlige principper. Disse principper er med til at virke som udfyldende regler i tilfælde hvor lovgivningen eller aftaler i sig selv ikke kan give en entydig løsning.³ Loyalitetsbegrebet har en bred og fleksibel norm, og betydningen påvirkes af den specifikke situation mellem arbejdstager og arbejdsgiver. Begrebet er derfor også værdiladet, dynamisk og kontekstafhængigt.⁴

Specialet har til formål at lægge til grund, hvilke faktorer eller mangel herpå, der anvendes når loyalitet anvendes som et retligt argument i afgørelser samt dynamikken i hvordan forskellige instanser vurderer loyalitet. Analysen vil udarbejdes på baggrund af objektive og saglige kriterier, dog vil en vis grad af retlig fortolkning blive inddraget, da fuldstændig objektivitet sjældent er muligt. Teorien og praksissen vil derfor behandles med en analytisk tilgang, der beror på objektivitet med den nødvendige fortolkning.

¹ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, side. 211

² Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, side. 38

³ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, side. 32

⁴ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, side. 33

Den retsdogmatiske metode har til formål at analysere et givent emne ved brug af relevante retlige kilder, hvor relevansen, det indbyrdes samspil og vægtningen bliver vurderet ift. emnet.⁵

De centrale retskilder, der vil blive benyttet i specialet, vil være FUL, STRFL, DBL, databeskyttelsesforordningen (GDPR) og arbejdsretten samt den relevante praksis. Den juridiske litteratur inddrages i det omfang det har relevans for specialet. Loyalitetspligten og arbejdsgivers misligholdelsesbeføjelser er grundigt behandlet i den juridiske litteratur, men spørgsmålet angående lydoptagelser er sparsomt behandlet. Desuden understreges det at litteraturen alene ses som et fortolkningsbidrag, da den beror på forfatterens/forfatterens subjektive opfattelse af en problemstilling.

For at kunne fremme en korrekt tilgang til analysen samt fortolkningen, vil der i specialet bruges forskellige fortolkningsregler. Det overordnede udgangspunkt for fortolkning er ordlydsfortolkningen, som ligger vægt på den *”naturlige, sædvanlige og sproglige forståelse”* i den konkrete kontekst af en lovbestemmelse. Bestemmelserne tolkes ud fra deres ordlyds almindelige betydning. Ordlydsfortolkning vil i specialet være den primære fortolkningsform for fortolkning af lovbestemmelser.⁶

Formålsfortolkningen opdeles i to kategorier, herunder den objektive og den subjektive formålsfortolkning, som benyttes til at fastslå formålet ved en given lov.⁷

Den objektive formålsfortolkning fokuserer på at finde loven ud fra dets eget indhold, hvilket eksempelvis gøres gennem en formålsbestemmelse. Den subjektive formålsfortolkning lægger derimod sit fokus på lovgivers hensigt, som kommer til udtryk i lovens forarbejder og er baseret på objektive kendetegn frem for antagelser.⁸

Valget af rækkefølgen af fortolkningsprincipperne er ikke fastlagt, men afhænger af de retlige værdier der lægges til grunde.⁹ Specielt vil anvende fortolkningsprincipperne i en logisk

⁵ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, side. 39

⁶ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, side. 310

⁷ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, side. 319

⁸ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, side. 319

⁹ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, side. 326

rækkefølge med ordlydsfortolkningen som udgangspunkt. Opstår der en fortolkningstvivl, vil formålsfortolkning blive inddraget for en dybere forståelse.

I dansk ret er lovene øverst i retskildehierarkiet, med grundloven som den øverste og derfor med den højeste retskildemæssige værdi. I specialet vil der blive behandlet en række love bl.a. FUL og STRFL.

2.2 Retspraksis

Ved at analysere domme med høj præjudikatværdi bliver det derved muligt at udlede en beskrivelse af retstilstanden på området. Retspraksis har en central rolle i at sikre opretholdelsen af den danske lighedsideologi, hvilket er princippet om at *"lige skal behandles lige"*. Princippet har til formål at sikre borgernes mulighed for at kunne forudse deres retsstilling på et gældende område. Det er dog værd at bemærke at retssager næsten aldrig er identiske og særligt inden for ansættelsesretten, hvor tvister oftest bliver afgjort af enkelte detaljer, som ikke nødvendigvis fremgår af tidligere retspraksis.¹⁰

I specialet vil der foretages en behandling af de relevante domme omhandlende lydoptagelser herunder Højesteretsdommen U.2019.3878H. Desuden behandles domme som er relevante for besvarelsen af første led i problemformuleringen om hvor langt loyalitetspligten strækker sig i det individuelle ansættelsesforhold. Yderligere vil domme som har relevans for besvarelsen af andet led i problemformuleringen om sanktionsmuligheder der kan gøres gældende for arbejdsgiver når arbejdstager misligholder loyalitetspligten i det individuelle ansættelsesforhold blive behandlet. Afgørelser afsagt af Højesteret har en særlig høj præjudikatværdi og vil fungere som vigtige fortolkningsbidrag, dog kan afgørelser for Landsretten og Byretten også have en betydning.

¹⁰ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, side. 322

3. Arbejdstagers misligholdelse af det individuelle ansættelsesforhold

Nedenstående afsnit vil redegøre for hvornår og hvordan en arbejdstager kan misligholde det individuelle ansættelsesforhold. En arbejdstager kan på forskellig vis og med forskellige grader af alvor tilsidesætte sine aftalemæssige forpligtelser, hvilket kan udgøre en misligholdelse. Da specialet har til formål at belyse loyalitetspligten i forhold til arbejdstagers lydoptagelser af arbejdsgiver i Højesteretsdommen U.2019.3878H, er det relevant at undersøge, hvornår arbejdstageren tilsidesætter sin loyalitetspligt samt hvilke sanktioner dette kan medføre fra arbejdsgivers side.

3.1 Hvad er en misligholdelse?

Misligholdelse af ansættelsesforholdet fra arbejdstagerens side forudsætter, at arbejdstageren har undladt at opfylde sine aftalemæssige forpligtelser over for virksomheden, tilsidesat sin loyalitetspligt eller undladt at efterleve påtaler og advarsler vedrørende arbejdets udførelse samt uacceptabel adfærd på arbejdspladsen. Dette kan i sidste ende svække tillidsforholdet mellem parterne og føre til ansættelsesretlige sanktioner. Misligholdelse af ansættelsesforholdet vil som udgangspunkt indebære, at en opsigelse er berettiget. Dog er det vigtigt at være opmærksom på, at hvis misligholdelsen kan bringes til ophør ved en advarsel fra arbejdsgiveren, vil en opsigelse kun være sagligt begrundet, hvis misligholdelsen har skabt væsentlige hindringer eller umuliggjort fortsættelsen af ansættelsesforholdet.¹¹

Der foreligger en væsentlig forskel i arbejdsgiverens sanktionsmuligheder ved arbejdstagerens misligholdelse, hvilket afhænger af karakteren og grovheden af arbejdstagers adfærd. Denne forskel ses eksempelvis ved bortvisning og opsigelse, hvor bortvisning indebærer en øjeblikkelig ophævelse af ansættelsesforholdet uden varsel som konsekvens af en grov misligholdelse fra arbejdstagerens side.¹² Derimod skal opsigelse ske under

¹¹ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 835

¹² Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 935

overholdelse af det sædvanlige opsigelsesvarsel i FUL, da misligholdelsens karakter ikke er tilstrækkelig grov til at berettige en bortvisning.¹³

3.1.1 Når et ansættelsesforhold bringes til ophør

Et ansættelsesforhold kan bringes til ophør af både arbejdsgiver og arbejdstager. Hvis en arbejdstager vælger at opsiges ansættelsesforholdet skal det som udgangspunkt ske med 1 måneds varsel til ophør ved en måneds udgang, jf. FUL § 2, stk. 6. Opsigelsesvarslet fra arbejdstagerens side gælder uanset, hvor længe ansættelsesforholdet har bestået. FUL regulerer yderligere muligheder for kortvarende ansættelsesforhold i tilfælde, hvor enten arbejdsgiver eller arbejdstager er interesseret i at opsiges ansættelsesforholdet med et kortere varsel.¹⁴ Da specialet har til formål at belyse arbejdsgiverens sanktionsmuligheder over for arbejdstageren i tilfælde af handlinger, der kan medføre misligholdelse af ansættelsesforholdet, vil ophør af ansættelsesforholdet på arbejdstagerens initiativ ikke blive yderligere behandlet.

Arbejdsgivers ret til at kunne antage og opsiges medarbejdere stammer fra Septemberforliget i 1899. Dette indebærer at arbejdsgiveren kan antage og opsiges den arbejdskraft vedkommende ønsker. Den frie antagelsesret og opsigelsesret er dog modificeret af forskellige ansættelses- og afskedigelsesbeskyttelser, hvor antagelsen og opsigelsen ikke må være begrundet i beskyttede kriterier i ligebehandlings- og forskelsbehandlingsloven. Ledelsesretten blev senere modificeret af saglighedskravet i 1989, hvor opsigelser af arbejdstagere fremadrettet skulle være sagligt begrundet.¹⁵ Arbejdsgivers relative lette adgang til at antage og opsiges arbejdstagere skal ses i sammenkobling med den danske flexicurity-model, som er kendetegnet med en kombination mellem fleksibilitet og sikkerhed. Den danske flexicurity-model giver arbejdsgiver betydelig fleksibilitet for at kunne tilpasse arbejdsstyrken efter virksomhedens behov, hvilket betyder at danske arbejdstagere nyder en begrænset grad af beskyttelse i deres ansættelse. Samtidig sikrer modellen et socialt sikkerhedsnet for arbejdstagerne med adgang til dagpenge og efteruddannelsesmuligheder,

¹³ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 121

¹⁴ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 222

¹⁵ Ruth Nielsen, *Dansk arbejdsret*, side. 237-238

der understøtter en hurtig tilbagevenden til arbejdsmarkedet. Kombinationen mellem fleksibilitet og sikkerhed er særligt kendetegnende for Danmark og udgør en central del af det, der betegnes som "den danske model".¹⁶

Ved de kommende afsnit vil arbejdsgiverens sanktionsmuligheder over for arbejdstageren ved misligholdelse af det individuelle ansættelsesforhold blive nærmere belyst.

3.2 Sanktioner ved misligholdelse af ansættelsesforholdet

3.2.1 Mindre vidtgående sanktioner

Der findes i praksis en lang række mindre vidtgående sanktioner end opsigelsen. Dette omfatter bl.a. advarsel, påtale, henstillinger, irettesættelser osv. Advarsel og påtale anvendes oftest vilkårligt, da der ansættelsesretligt ikke er en forskel mellem begreberne, medmindre det er specifikt defineret i en overenskomst eller ansættelsesaftale. Både irettesættelse og henstilling kan have samme karakter som en påtale eller advarsel, dog er der stadig tale om en umiddelbart mindre alvorlig sanktion. Men det er ikke selve overskriften af sanktionen, men indholdet der har afgørende betydning.¹⁷

Specialet vil dog betegne de mindre vidtgående sanktioner som en advarsel, og det er derfor også advarslen, der vil blive behandlet nedenfor.

3.2.2 Advarsel

Arbejdsgiveren har mulighed for at give arbejdstageren en forudgående advarsel ved misligholdelse af ansættelsesforholdet, hvor manglende overholdelse kan føre til sanktionsmuligheder som opsigelse og bortvisning. En advarsel gives i situationer, hvor en arbejdstagers forseelse nok er en misligholdelse af ansættelsesforholdet, men hvor misligholdelsen ikke er væsentlig. En advarsel kan dermed defineres som en mindre vidtgående sanktion, hvor arbejdstageren får besked om at rette op på en forseelse af

¹⁶ Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, 2016, *Et godt sikkerhedsnet skaber fleksibilitet på arbejdsmarkedet*, https://www.ae.dk/files/dokumenter/publikation/ae_tema-den-danske-model.pdf, side. 7-9

¹⁷ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 203

arbejdets udførelse eller adfærd på arbejdspladsen. Ingen lovbestemmelse pålægger arbejdsgiveren en pligt til at udstede en advarsel forud for en bortvisning af en arbejdstager. Dog viser retspraksis, at det i visse situationer er påkrævet, at arbejdstager forudgående har modtaget en advarsel, før arbejdsgiveren kan gennemføre en bortvisning. Advarslen tydeliggør for arbejdstageren, hvilke konsekvenser den pågældende adfærd eller præstation vil medføre fremover, hvis der ikke sker forbedringer.¹⁸

Tillige styrkes arbejdsgiverens position ved en efterfølgende ansættelsesretlig sanktion, idet en forudgående advarsel bidrager til at skabe velbegrundede grundlag for at drage ansættelsesretlige konsekvenser af det bestemte forhold. Spørgsmålet om nødvendigheden af en forudgående advarsel beror altid på en konkret vurdering af forseelsens væsentlighed. Dette gælder eksempelvis, hvis en bortvisning begrundes i arbejdstagerens gentagne for sent fremmøde, holdt længere pauser end aftalt, eller værgen mod at udføre sine arbejdsopgaver m.v. I sådanne tilfælde vil bortvisningen ofte være berettiget, hvis arbejdstageren forud for dette har modtaget en advarsel.¹⁹

Der findes ikke noget lovkrav, der regulerer, hvordan en advarsel skal udformes, hvor den kan gives både skriftligt og mundtligt.²⁰ Hvis en arbejdsgiver vælger at give en mundtlig advarsel, bør vedkommende sikre sig, at arbejdstageren kvitterer for modtagelsen, hvilket muliggør senere dokumentation af, at advarslen faktisk er blevet givet. Det er nemlig virksomheden som bærer bevisbyrden for at en advarsel er blevet afgivet til arbejdstageren for forseelsen af det bestemte forhold. I tilfælde, hvor arbejdstageren nægter at kvittere for modtagelsen af en advarsel, har virksomheden mulighed for at fremlægge en afleveringsattest for at kunne løfte bevisbyrden for, at arbejdstageren har modtaget advarslen.²¹

I praksis gives advarsler typisk skriftligt af arbejdsgiveren med underskrift af bevismæssige hensyn. Skriftlige advarsler tjener som dokumentation og kan danne grundlag for en

¹⁸ Kia Dollerschell, *Bortvisning*, side. 17

¹⁹ Kia Dollerschell, *Bortvisning*, side. 17

²⁰ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 198

²¹ Kia Dollerschell, *Bortvisning*, side. 17

efterfølgende opsigelse eller bortvisning, hvis arbejdstageren senere misligholder advarslen.²² Vidner til en advarsel forekommer sjældent i praksis, og hvis en medarbejder eksempelvis har overhørt en mundtligt afgivet advarsel, vil vedkommendes efterfølgende vidneforklaring ofte være præget af usikkerhed på grund af det direkte eller indirekte pres, der kan hvile på vidnet.²³

En advarsel skal klart angive det konkrete forhold, der påtales, og kan ikke overføres til andre forhold. Den skal derfor præcist beskrive, hvilken adfærd arbejdsgiveren ønsker ændret, konsekvenser ved overtrædelse samt den tidsmæssige ramme for forbedringen, da manglende efterlevelse vil udgøre en misligholdelse af ansættelsesforholdet.²⁴ En senere opsigelse eller bortvisning skal således udspringe af samme forhold som advarslen. Hvis en arbejdstager eksempelvis har modtaget en advarsel for spiritusindtagelse i arbejdstiden, kan dette ikke i sig selv begrunde en bortvisning, hvis vedkommende efterfølgende misligholder ansættelsesforholdet ved gentagne tilfælde af for sent fremmøde. Arbejdsgiveren kan ikke udstede en generel advarsel med en vag opfordring til, at arbejdstageren skal "*forbedre sig*" eller lignende, da en sådan advarsel vil have synderlig bevismæssig vægt i en eventuel bortvisningssituation.²⁵

For at en advarsel bevarer sin virkning, er det afgørende, at arbejdsgiveren aktivt følger op på forholdet for at sikre den ønskede forbedring. Hvis arbejdsgiver undlader, dette vil advarslen miste sin virkning på grund af passivitet. Dette gælder eksempelvis i en situation, hvor der er givet en advarsel med henblik på bortvisning grundet gentagne tilfælde af alvorligt sløseri i arbejdets udførelse. Hvis arbejdsgiveren i sådan en situation undlader at følge op på forholdet, må vedkommende i princippet "*starte forfra*" og forny advarslen, såfremt arbejdsgiveren vil påberåbe sig en grov misligholdelse. I praksis kan selv få dages passivitet fra arbejdsgiverens side signalere, at misligholdelsen ikke anses for tilstrækkeligt væsentlig til at berettige en opsigelse eller bortvisning.²⁶

²² Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 198

²³ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 943

²⁴ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side 199

²⁵ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 943

²⁶ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 946

En advarsel har ikke ubegrænset gyldighed og kan med tiden blive forældet. Tidsrammen for, hvornår en advarsel ikke længere anses for relevant, afhænger af misligholdelsens omfang og alvor. Derfor opererer mange virksomheder med interne retningslinjer, hvor advarsler forældes efter et halvt eller et helt år, afhængigt af misligholdelsens karakter.²⁷

3.2.3 Passivitet

Misligholdelse skal ligesom andre retsforhold påberåbes uden ugrundet ophold. Jo grovere en misligholdelse der er tale om, jo hurtigere skal der reageres.²⁸ Der skal derfor også i nogle bortvisningssituationer reageres omgående på misligholdelsen, og bortvises der ikke i sådanne situationer, vil arbejdsgiver på baggrund heraf miste retten til bortvisning ud fra begrebet om rettighedsfortabende passivitet.²⁹ Som det fremgår af U.1985.101H, kan selv en kortvarig passivitet fra arbejdsgiverens side give arbejdstager en forventning om, at forholdet ikke anses som en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, selv i tilfælde, hvor der utvivlsomt foreligger en berettiget bortvisningsgrund.³⁰

Kravet om en reaktion uden ugrundet ophold er dog kun gældende, når der er tale om en umiddelbar påviselig misligholdelse, og at arbejdsgiver har kendskab til denne.

Passivitetsvirkningen kan dog først få indvirkning når arbejdsgiveren får kendskab til forholdet, jf. U.1964.750V.³¹ Arbejdsgiver har som udgangspunkt en relativt kort reaktionstid, før passivitet kan konstateres, men kravet om hurtig reaktion må ikke føre til, at bortvisningsgrundlaget bliver utilstrækkeligt.³² Det ses også i praksis, hvor arbejdsgiver først efter nogle dage har fået klarlagt det fulde omfang af misligholdelsen.³³ Går der en længere periode typisk på flere år, før en arbejdsgiver opdager en misligholdelse, kan det alt efter

²⁷ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 946

²⁸ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 132

²⁹ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 133

³⁰ U.1985.101H - Bortvisning fandtes fortabt ved passivitet, hvor en arbejdstager havde kastet en urtepotte efter virksomhedens direktør.

³¹ U.1964.750V - Kommende filialbestyrer bortvist pga. alkoholindtagelse sammen med underordnede personale og spirituskørsel.

³² Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 948

³³ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 949

misligholdelsens karakter være, at en overtrædelse ikke længere vil kunne betragtes som grov.³⁴

3.2.4 Opsigelse

En opsigelse har ligesom bortvisningen karakter af et påbud, og har derfor virkning ved fremkomsten. Dette er dog ikke altid tilstrækkeligt, da påbuddet også skal have et dispositivt indhold, således at der ikke kan opstå tvivl om hvorvidt det pågældende påbud, materielt set giver udtryk for en opsigelse af ansættelsesforholdet.³⁵

Ved en opsigelse skal der også yderligere overholdes de gældende varsler, som gives ved fratrædelsen ved udgangen af en måned, hvilket er særligt gældende for funktionærer. Har opsigelsen overholdt de gældende varsler, vil den som udgangspunkt være afgivet rettidigt. Efter opsigelsens karakter er der ikke krav til at modtageren har kendskab til opsigelsen, men det er et krav at opsigelsen er afgivet på en sådan måde, at det kan forventes at komme til kendskab inden fristens udløb.³⁶

FUL's principielle udgangspunkt er, at den opsagte arbejdstager har pligt til at udføre sit arbejde efter de samme retningslinjer som var gældende under ansættelsen, medmindre andet er aftalt. Desuden skal arbejdstageren udvise større fleksibilitet for arbejdsgiveren, men skal samtidig have den fornødne frihed til at søge andet arbejde, jf. FUL § 16.³⁷

Arbejdsgiveren kan ønske ikke at gøre brug af arbejdstagerens arbejdskraft i opsigelsesperioden, hvilket betyder at arbejdstageren enten bliver fritstillet eller suspenderet. I begge disse forhold består ansættelsesforholdet indtil udløbet af varslingen i modsætning til bortvisning.³⁸ Dog vil hverken suspension eller fritstilling blive behandlet nærmere i specialet.

³⁴ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 140

³⁵ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 209

³⁶ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 675

³⁷ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 688

³⁸ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 689

3.2.5 Grov misligholdelse af ansættelsesforholdet

Der bliver i FUL's forarbejder ikke specificeret en definition på, hvad en grov misligholdelse er, hvilket heller ikke er grund til undren, da begrebet ikke er stationært, men et dynamisk begreb der ændrer sig over tid.³⁹

Væsentligheden af en misligholdelse er derfor afhængig af den konkrete situation.

Arbejdsgivers tidligere accept af en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, kan være med til ikke at kunne berettige en bortvisning. Omvendt vil en mindre grov overtrædelse som udgangspunkt ikke kunne anses for et bortvisningsgrundlag, men kan i visse særlige ansættelsesforhold alligevel berettige en bortvisning. Dette har særlig relevans i ansættelsesforhold hvor overtrædelsen har en særlig betydning for arbejdsgiveren og hvis arbejdstageren er gjort opmærksom på betydningen heraf f.eks. ved en advarsel der beskriver hvilke konsekvenser der vil gøres gældende ved efterfølgende overtrædelser.⁴⁰

3.2.6 Bortvisning

Det fremgår af FUL § 4 at arbejdsgiver har retten til at opsig et ansættelsesforhold, såfremt funktionæren groft misligholder ansættelseskontrakten. Siden første udgave af FUL i 1938 har ordlyden i FUL § 4 været uændret. Dette giver arbejdsgiveren en lovreguleret mulighed for bortvisning overfor arbejdstageren, som groft undlader at opfylde sine forpligtelser i ansættelsesforholdet. Bortvisningen adskiller sig fra den almindelige opsigelse ved, at der er tale om en definitiv ophævelse af ansættelsesforholdet. Fra bortvisningstidspunktet bliver der ikke udbetalt yderligere løn til arbejdstageren, som ligeledes heller ikke stiller sin arbejdskraft til rådighed overfor arbejdsgiveren. Samtidig bortfalder andre kontraktuelle forpligtelser og rettigheder også.⁴¹

Arbejdsgiver skal dog, inden en bortvisning gennemføres, sikre sig, at den er berettiget, da en uberettiget bortvisning bl.a. kan medføre et erstatningskrav efter FUL § 3.⁴²

³⁹ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 937

⁴⁰ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 937

⁴¹ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, side. 276

⁴² Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 936

Bortvisning er arbejdsgivers hårdeste sanktionsmulighed, og det forekommer i de groveste misligholdelsessituationer, hvilket også er grunden til, at der skal være tale om en grov misligholdelse, for at det kan medføre en bortvisning.⁴³ Væsentligheden af en misligholdelse og hvorvidt den kan karakteriseres som grov afhænger af en række omstændigheder knyttet til forholdet, da der ikke er tale om et stationært begreb.⁴⁴ På trods af at der ikke findes en udtømmende liste over, hvornår en misligholdelse har den nødvendige væsentlighed for at kunne medføre en bortvisning, tages en række momenter i betragtning når bortvisningsgrundlaget vurderes. Disse momenter er beskrevet i *"Funktionærret"* af Lars Svenning Andersen m.fl. og følgende kan tages med i vurderingen;

- 1. *" Jo mere almindelig og dagligdags fejlen er, desto alvorligere må forholdet være."*
- 2. *Jo mere forsætligt/subjektivt dadelværdigt forholdet har været, desto mindre alvorligt behøver forholdet at være.*
- 3. *Jo større krav om overholdelse af forpligtelsen der hviler på forholdet i kraft af funktionærens stilling (som overordnet, særligt betroet etc.) eller dettes karakter (betroede midler, risiko for misbrug, manglende kontrolmulighed etc.), desto alvorligere ses der på overtrædelsen.*
- 4. *Jo mere fordækt forholdet har været, desto mere alvorligt ses der på det.*
- 5. *Jo mere klart der er blevet advaret/indskærpet om forholdet, desto mindre alvorligt behøver det være.*
- 6. *Jo længere tid der går, inden arbejdsgiveren reagerer trods kendskab til forholdet, desto mindre alvorligt må han antages at se på det, og desto mere berettiget kan funktionæren indstille sig på, at det ikke sanktioneres.*
- 7. *Hvis tilsvarende forhold tidligere er accepteret, vil det uden yderligere tilkendegivelser normalt ikke berettige en bortvisning.*
- 8. *Jo højere anciennitet, desto alvorligere må forholdet være."*⁴⁵

Såfremt arbejdsgiver vælger at bortvise en arbejdstager, er det vigtigt, at det pågældende bortvisningsgrundlag er overvejet og undersøgt for at sikre klarheden, da rigtigheden vil blive

⁴³ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 935-936

⁴⁴ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 937

⁴⁵ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 938-939

bedømt ud fra grundlaget i begrundelsen. Vurder arbejdsgiver efterfølgende at grundlaget ikke vil være tilstrækkeligt og underbygger derefter bortvisningen med flere forhold jf. princippet ”*mange bække små*”. Et sådant forsøg fører sjældent til et positivt resultat for arbejdsgiveren, og et uklart bortvisningsgrundlag vil som oftest også føre til en uklar bortvisning.⁴⁶

Som tidligere nævnt har bortvisningen karakter af et påbud og er derfor gældende ved fremkomsten. Der forelægger dog en undtagelse, hvis bortvisningsgrunden ikke er kendt for arbejdsgiver før efter bortvisningen, og hvis forholdet var kendt på bortvisningstidspunktet, vil der være tale om en gyldig bortvisningsgrund. Dette vil ikke afskære arbejdsgiver fra at medtage disse forhold. Det gælder derfor både, hvis handlingen i sig selv vil kunne være grundlag for bortvisningen, men også såfremt det oprindelige forhold ikke kan bevises.⁴⁷

Der findes en lang række bortvisningsgrunde, og derfor også adskillige måder hvorpå arbejdstager kan misligholde sin ansættelseskontrakt samt forskellige grader af misligholdelse. For blot at nævne nogle af de kategorier der typisk kan optræde, kan der bl.a. nævnes misligholdelse af mødepligten og konkurrencehandlinger. Retspraksis på området besværliggør også muligheden for at opliste alle former for misligholdelse, da afgørelserne er meget konkrete.⁴⁸

Bortvisning er som nævnt den hårdeste sanktion for misligholdelse i et ansættelsesforhold, som arbejdsgiver kan anvende overfor arbejdstager. Arbejdsgiver burde derfor også overveje, hvorvidt der kan benyttes mindre indgribende sanktioner.⁴⁹

3.2.7 Upassende opførsel og Illoyalitet

Der er ikke i FUL nogle generelle bestemmelser om arbejdstagers opførsel, der kan forventes i et ansættelsesforhold, i modsætning til tjenestemandslovens (TML) decorumkrav i § 10, som stiller krav til optræden indadtil og udadtil. Dog er udgangspunktet funktionærretligt alligevel det samme for funktionæren, som for tjenestemanden, altså skal funktionæren

⁴⁶ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 953

⁴⁷ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 954

⁴⁸ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 955

⁴⁹ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 954

optræde på en sådan måde, der er i overensstemmelse med den stilling der besiddes, både udadtil og indadtil.⁵⁰

Der forudsættes yderligere at funktionæren arbejder loyalt overfor arbejdsgiveren indadtil i virksomheden såvel som udadtil for eksterne parter.⁵¹ Indadtil i virksomheden forventes det at arbejdstageren inden for rimelighedens grænser tilpasser sig den omgangstone og omgangsmåde, der er gældende på arbejdspladsen. Accepteres dette ikke af arbejdstageren, kan han derefter selv vælge at opsige sit ansættelsesforhold.⁵²

I tilfælde hvor arbejdstageren udviser en uacceptabel adfærd på arbejdspladsen, vil arbejdsgiveren have ret til at reagere. Vurderingen af hvorvidt der er tale om adfærd grov nok til at berettige en bortvisning er afhængig af en konkret vurdering af forholdene.⁵³

Størstedelen af sager om upassende opførsel handler om beskyldninger, ærekrænkelser eller lignende forhold overfor arbejdsgiveren.⁵⁴ Holdes arbejdstagers utilfredsheder privat imellem denne og arbejdsgiver, vil et mere uformelt sprog kunne tolereres af arbejdsgiver.⁵⁵ Det påhviler arbejdstageren udadtil altid at omtale arbejdsgiveren loyalt, indtil ansættelsesforholdet ophører. Dette gælder også, selvom arbejdstageren er fritstillet eller suspenderet.⁵⁶

Retspraksis angående illoyalitet er kendetegnet ved at være specifikke og omhandler konkrete situationer. Dette besværliggør at udlede retningslinjer angående, hvornår adfærd kan betragtes som illoyalt og hvorvidt den berettiger en bortvisning.⁵⁷ Dog vil retspraksis på området angående illoyalitet blive behandlet i afsnit 4.5.

⁵⁰ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 296

⁵¹ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 844

⁵² Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 846

⁵³ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 937

⁵⁴ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 1007

⁵⁵ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 846-847

⁵⁶ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 1015 og Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 862

⁵⁷ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 1009

4. Begrebet Loyalitetspligt

I Landsrettens afgørelse af U.2018.3294V begrundes de følgende, at *”A's lydoptagelse af mødet den 11. oktober 2016 skete uden, at han forudgående havde oplyst B og de øvrige mødedeltagere om, at mødet blev optaget. Optagelsen må derfor anses for en grov misligholdelse af den loyalitetspligt, der fulgte af ansættelsesforholdet, og som berettigede X ApS til at bortvise A.”*⁵⁸ Begrebet om loyalitetspligten beskrives ikke nærmere af dommen, og det antages derfor at det er den almindelige opfattelse af loyalitetspligten der bliver vurderet ud fra. Ift. U.2019.3878H tager Højesteretten ikke stilling til loyalitetsbegrebet, da de kommer frem til 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.”*⁵⁹ Anvendelsen af skjulte lydoptagelser er på baggrund af Højesterets afgørelse som udgangspunkt tilladt, men det kan stadig udgøre en misligholdelse af ansættelsesforholdet alt efter de konkrete omstændigheder.

De kommende afsnit vil derfor være med til at beskrive samt analysere opfattelsen af den almindelige loyalitetspligt, og hvilken udvikling der er sket over tiden. Yderligere vil der redegøres for hvilke handlinger som kan karakteriseres som værende illoyale samt analysere ud fra relevante domme, hvordan illoyalitet kan føre til misligholdelse af det individuelle ansættelsesforhold.

4.1 Loyalitetspligtens udvikling

Den juridiske definition af loyalitet der findes mellem arbejdsgiver og arbejdstager er meget fleksibel, og der kan derfor ikke fastlægges en entydig betydning. Teoriens primære fokus igennem tiden har lagt vægt på arbejdstagerens loyalitetspligt, men der anerkendes dog også i dag, at arbejdsgiveren ligeledes har en loyalitetspligt, på trods af den ikke er nedskrevet.⁶⁰

⁵⁸ U.2018.3294V, side. 11

⁵⁹ U.2019.3878H, side. 1

⁶⁰ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 233 og 492

Loyalitetspligten er historisk set blevet opfattet som en udvidelse af den troskabspligt, som arbejdstager har over for arbejdsgiver. I 1930 kom Paal Berg med det første bud på arbejdstagers accessoriske forpligtelser, som ikke blot indebar troskabspligten, som bygger på arbejdspligten. Det var en mere omfattende forpligtelse, der også indeholdt hensyntagen til arbejdsgiverens interesser. Henry Ussing introduceret troskabspligten i Danmark i 1940, hvor han kombinerede troskabspligten med en general forpligtelse til at i øvrigt varetage arbejdsgivers interesser. Ussing mente, at det ikke var tilstrækkeligt for arbejdstageren, at blot være loyal i arbejdets udførsel, men desuden også ”(...) i øvrigt varetage sin Arbejdsgivers Interesser og Tarv i rimeligt Omfang.”⁶¹

I den første udgave af “*Dansk funktionærret*” i 1963 beskrev H.G. Carlsen arbejdstagerens retsstilling. Han fortsatte det obligationsretlige udgangspunkt, som Ussing fremsatte, men med udgangspunkt i FUL samt de principper retspraksis havde udviklet på tidspunktet.⁶²

Ole Hasselbalch har senere videreført Carlsens systematik samt hans tilgang, hvor Hasselbalch bruger kontraktreglerne som sin tilgang til ansættelsesforholdet. Efter Hasselbalchs artikel fra 1980 “*Tjenstlige loyalitetspligter*” blev principperne struktureret efter arbejdsgivers forskellige beskyttelsesinteresser. I artiklen understregede han at der er tale om en gensidig loyalitetspligt, og det altså både fastsætter pligter for arbejdstager såvel som arbejdsgiver imellem. Således at begge parter, med en passende grad af hensyntagen, skulle varetage hinandens respektive interesser.⁶³

Loyalitetspligten har en særlig betydning, når der er tale om konkurrencebegrænsninger, idet at der implicit bliver medført både tavshedspligt, samtidig med et forbud om at starte konkurrerende virksomhed under ansættelsesforholdet.⁶⁴

Nutidens loyalitetspligt indebærer grundlæggende, at parterne i ansættelsesforholdet skal tage de relevante hensyn til hinanden. Dette betyder at i et løbende ansættelsesforhold er parterne forpligtet til at tage det nødvendige hensyn og handle ud fra et sagligt grundlag, såfremt der

⁶¹ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 233-234

⁶² Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 241

⁶³ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 241

⁶⁴ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 245

er tale om noget der kan påvirke den anden part. Arbejdsgiveren må forvente, at arbejdstageren udviser loyalitet for virksomheden, såfremt ansættelsesforholdet stadig består.⁶⁵

Dette omhandler bl.a. at arbejdstageren skal afstå fra handlinger, der kan skade eller skabe en urimelig belastning hos arbejdsgiveren, samt til et vist omfang er forpligtet til at varetage arbejdsgivers interesser.⁶⁶

4.2 Arbejdsgivers ledelsesret

Arbejdsgiverens ledelsesret refererer til de beføjelser arbejdsgiveren har til at fastlægge arbejdets udførelse samt personaleforhold. Ledelsesretten kan derfor inddeles i tre områder: et personelt, processuelt og materielt.⁶⁷

Ledelsesrettens oprindelse stammer fra Septemberforliget i 1899, hvor den tre måneders lange konflikt resulterede i en aftale mellem de daværende hovedorganisationer, de samvirkende fagforbund, nu Fagbevægelsens Hovedorganisation (FH), og Dansk Arbejdsgiver- og Mesterforening, nu Dansk Arbejdsgiverforening (DA). Forliget fastlagde retningslinjerne for det fremtidige samarbejde mellem parterne, og skabte grundlaget for reguleringen af det danske arbejdsmarked. Arbejdsgiveren opnåede altså ledelsesretten igennem Septemberforliget, hvor arbejdstageren anerkendte arbejdsgivernes ret til at lede og fordele arbejdet, mens arbejdsgiveren samtidig anerkendte arbejdstagernes ret til at organisere sig. Septemberforliget blev betragtet som grundloven indenfor arbejdsmarkedet frem til den første hovedaftale, som blev indgået i 1960 mellem Landsorganisationen i Danmark (LO) og DA. Desuden lagde Septemberforliget fundamentet for det vi i dag kalder den “danske model”.⁶⁸

⁶⁵ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 296 og Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 888-889

⁶⁶ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 296-297

⁶⁷ Ruth Nielsen, *Dansk arbejdsret*, side. 239

⁶⁸ Jesper Due og Jørgen Steen Madsen, 1999, FAOS, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, *Septemberforliget og den danske model*, side. 1, https://faos.ku.dk/pdf/artikler/ovrige_artikler/1999/Septemberforliget_og_den_danske_model.pdf

Ledelsesretten reguleres gennem de kollektive aftaler, og er cementeret af hovedaftalen § 4. I det individuelle ansættelsesforhold er ledelsesretten baseret på vilkårene i ansættelseskontrakten. Den giver udtryk for en gensidig bebyrdende aftale, hvor arbejdstageren stiller sin arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiveren imod et vederlag.⁶⁹

Den personelle del i ledelsesretten indebærer, arbejdsgiverens frie antagelses- og opsigelsesret, dog er retten begrænset af beskyttelsesinteresser samt forpligtelsen til overholdelse af lovbestemte og aftalebestemte varsler.⁷⁰

4.3 Lovhjemmel for loyalitetspligten

Der er ikke tale om lovfæstet loyalitetspligt under ansættelsesforholdet, men den anerkendes og kan påberåbes af alle arbejdstagere uanset typen af ansættelseskontrakt.⁷¹ Der findes i FUL ingen generelle bestemmelser angående loyalitetspligten, eller de krav som parterne kan stille hinanden iht. optræden.⁷² Hjemlen for loyalitetspligten udspringer derfor primært af ansættelseskontrakten. Denne er indfortolket gennem domstolene, som fortolker en implicit forpligtelse hos arbejdstageren over for arbejdsgiveren til at udvise loyalitet. Dog afviger loyalitetspligten sig fra det kontraktlige indhold, da ansættelsesrelationen er baseret på *"personligt arbejde i tjenesteforhold"*. Hvilket giver loyalitetspligten et særligt indhold og understreger arbejdstagerens særlige forpligtelse om at skulle tage hensyn til arbejdsgivers interesser.⁷³

Dog er udgangspunktet om loyalitetspligten inden for funktionærretten, som tidligere nævnt i afsnit 4.2.7 sammenligneligt med decorumkravet i TML § 10, som omhandler en overholdelse af reglerne for deres stilling samt en værdig optræden både i og uden for ansættelsesforholdet. Dette gælder tilsvarende for funktionæren, hvor deres adfærd uden for arbejdstiden ikke skal have negative konsekvenser for arbejdsgiveren.

⁶⁹ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 151

⁷⁰ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 153

⁷¹ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 72

⁷² Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 296

⁷³ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 247-248

Samlet set findes der således ikke nogen direkte lovhjemmel for loyalitetspligten, som hviler på ansættelseskontrakten, hvor dette understøttes af TML's decorumkrav samt retspraksis. Dette indebærer altså en forpligtelse for arbejdstageren om at udvise loyalitet over for arbejdsgiveren og tage det nødvendige hensyn til virksomhedens interesser både i og uden for arbejdstiden.

4.4 Hvad indebærer begrebet loyalitetspligt?

Som beskrevet tidligere indebærer loyalitetspligten helt grundlæggende for arbejdstageren en forpligtelse til at tage hensyn til arbejdsgiverens interesser samt handle i overensstemmelse med disse. Kernen i loyalitetspligten er, at begge parter skal udvise rimeligt hensyn til modpartens interesser i deres daglige beslutninger.⁷⁴

Loyalitetspligten er gældende både for arbejdsgiveren og arbejdstageren, men der vil i specialet udelukkende blive fokuseret på arbejdstagers forpligtelser. Pligten indebærer både en aktiv handlepligt såvel som en forpligtelse til at undlade handlinger. Det har den betydning for arbejdstageren, at denne skal arbejde for virksomhedens bedste, undgå forstyrrelser i driften, informere om forhold der kan påvirke virksomheden samt undlade handlinger der kan skade arbejdsgiveren.⁷⁵

Loyalitetspligten for arbejdstageren kan derfor opdeles i overordnet tre forpligtelser;⁷⁶

1. Offentlige udtalelser må ikke være til skade for virksomhedens interesser.
2. Handlinger og ytringer internt i virksomheden må ikke forstyrre den daglige drift.
3. Arbejdstageren har pligt til at informere arbejdsgiveren om forhold, der kan have betydning for virksomhedens drift

⁷⁴ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 287 og 488

⁷⁵ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 489-490

⁷⁶ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 491-492

4.5 Illoyalitet

Som tidligere nævnt i afsnit 4.4 er arbejdstageren underlagt loyalitetspligten i det individuelle ansættelsesforhold og skal derfor udvise rimeligt hensyn til arbejdsgiverens interesser, hvilket udgør kernen i loyalitetspligten. Det er derfor relevant at undersøge, hvilke handlinger der kan karakteriseres som illoyale, og hvordan de kan føre til misligholdelse af det individuelle ansættelsesforhold. Illoyale handlinger forekommer, når en arbejdstager handler ud fra egne interesser på en måde, der strider mod arbejdsgiverens. Dette forekommer bl.a. hvis arbejdstager fremsætter kritiske udsagn om arbejdsgiver og virksomheden på en måde, der kan skade dens omdømme, forretningsmæssige relationer eller hvis arbejdstager starter konkurrerende virksomhed. Konflikter om illoyal adfærd og handlinger opstår som regel i forbindelse med specifikke hændelser, hvor arbejdsgiveren anser arbejdstagerens handlinger for at udgøre et væsentligt brud på den tillid, der er nødvendig i ansættelsesforholdet.

4.5.1 Voldelig adfærd

Hvis en arbejdstager udøver vold mod arbejdsgiver, kollegaer arbejdsgiverens kunder, leverandører eller samarbejdspartnere, foreligger der en utvetydig bortvisningsgrund. Ved vurderingen om en bortvisning er berettiget, forudsættes det, at den voldelige adfærd har en betydelig grovhed. Dette vil som regel være tilfældet i situationer, hvor en opsigelse ikke vurderes tilstrækkelig, og hvor der er tale om voldelig adfærd af betydelig grovhed.⁷⁷

Arbejdsgiveren kan miste retten til at bortvise en arbejdstager, der har udøvet vold, hvis der er tale om passivitet i en vis grad. Dette blev tydeligt i U.1985.101H, hvor en underdirektør kastede en potteplante efter direktøren, efter denne havde forladt lokalet under en diskussion. Episoden blev først bragt op 10 dage senere af direktøren på et bestyrelsesmøde, hvor hændelsen blev nævnt overfor bestyrelsesformanden. Bestyrelsesformanden valgte at bortvise underdirektøren dagen efter på grund af voldshandlingen. Da der var gået 10 dage mellem hændelsen og bortvisningen, blev det anset som passivitet, hvilket medførte, at arbejdsgiveren mistede retten til at bortvise underdirektøren.⁷⁸

⁷⁷ Kia Dollerschell, *Bortvisning*, side. 817-818

⁷⁸ U.1985.101H

En tilsvarende situation blev behandlet i U.2019.3878H, hvor en arbejdstager blev bortvist efter at have kastet en computermus efter virksomhedens direktør i forlængelse af et møde om uenighed vedrørende virksomhedens hidtidige og fremtidige løn- og provisionsordning. Ifølge dommens anbringender var der enighed om, at arbejdstageren havde kastet computermusen uden at have ramt direktøren. Direktøren forklarede, at han havde “dukke” sig for at undgå computermusen, som ellers ville have ramt ham. Der var uenighed om, hvordan genstanden blev kastet, og om arbejdstageren havde til hensigt at ramme direktøren. Højesteret vurderede, at kastet med computermusen ikke udgjorde en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, der kunne berettigede en bortvisning. Det blev lagt til grund, at drøftelserne om virksomhedens løn- og provisionsordning fortsatte efter kastet med computermusen, og at begge parter undskyldte for den ophidsede diskussion. Endvidere blev der lagt vægt på, at arbejdstageren forud for hændelsen ikke havde modtaget en advarsel, der kunne begrunde en eventuel opsigelse. Kastet med computermusen fandt sted under en ophidset diskussion om et provisions tilgodehavende, som arbejdstageren mente at have krav på. Derudover kunne det ikke lægges til grund, at han under den ophidsede situation havde til hensigt at ramme direktøren med computermusen.⁷⁹

Ved de tidligere instanser, herunder Byretten og Landsretten, var sagens udfald delvist anderledes. Landsretten nåede frem til samme konklusion som Højesteret og vurderede, at bortvisningen ikke var berettiget ud fra de samme kriterier som nævnt ovenfor. Byretten derimod fandt, at bortvisningen var berettiget, idet arbejdstagerens kast med computermusen blev anset for at have en grov karakter, og arbejdsgiveren ikke havde fortabt retten til bortvisning ved passivitet. Retten lagde vægt på, at ledelsen umiddelbart efter mødet drøftede, hvordan episoden skulle håndteres, og at en mail om bortvisningen blev sendt få timer efter, at arbejdstageren havde forladt arbejdspladsen.⁸⁰

⁷⁹ U.2019.3878H, side. 27

⁸⁰ U.2019.3878H, side. 9

4.5.2 Den indadrettede loyalitetspligt

Som en del af arbejdsgivers ledelsesret har de ret til at fastsætte arbejdspladsreglementer med respekt for de gældende overenskomster, lokalaftaler og personalecirkulære i virksomheden. Med henvisning til ro og sikkerhed kan arbejdsgiveren fastsætte arbejdspladsreglementer for, hvordan medarbejdere skal agere og tale med hinanden på arbejdspladsen med hjemmel i ledelsesretten. Arbejdstageren er inden for rimelige grænser forpligtet til at acceptere det gældende niveau af omgangstone og adfærdsnormer fastsat af arbejdsgiveren på arbejdspladsen. Hvis en arbejdstager ikke kan acceptere dette, må vedkommende fratræde efter egen opsigelse.⁸¹

Den rimelige omgangstone, afpasset efter den sædvanlige praksis i virksomheden, forpligter både arbejdstageren og arbejdsgiveren til at overholde den i deres indbyrdes relation på arbejdspladsen. Da en rimelig omgangstone nødvendigvis må defineres bredt, afhænger vurderingen af konkrete omstændigheder. Derfor træffes der ofte specifikke afgørelser om, hvorvidt en given adfærd har berettiget arbejdsgiveren til at bortvise en arbejdstager. Jo mere uformel omgangstone er på arbejdspladsen, desto højere skal grænsen sættes, før sprogbrug kan anses for at udgøre misligholdelse af ansættelsesforholdet. I praksis betyder dette, at en arbejdsgiver, der anvender en direkte og uformel tone, også må acceptere, at arbejdstageren kommunikerer på en tilsvarende måde. I en situation, hvor en arbejdstager samtidig anvender et stærkt sprog og udviser lydighedsnægtelse, vil det ofte resultere i, at selv en mindre form for lydighedsnægtelse vurderes som en grov misligholdelse, hvilket kan føre til opsigelse eller bortvisning, selvom den almindelige omgangstone på arbejdspladsen ikke ændres.⁸²

Hvis en arbejdstager ønsker at fremsætte kritik af arbejdsforhold, løn eller lignende forhold, bør denne rettes direkte til arbejdsgiveren. Når kritikken fremføres over for arbejdsgiveren eller en anden person i en ledende stilling, tillades der i praksis et mere frit sprog, end hvis udenforstående havde adgang til eller overhørte kritikken. I en sådan situation vil en

⁸¹ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 846

⁸² Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 846-847

bortvisning som udgangspunkt ikke være berettiget, medmindre udtalelserne fremføres i andres påhør eller på anden måde gøres tilgængelige for udenforstående.⁸³

Dette fremgår af U.1969.419/2H, hvor en arbejdstager i et brev til sin direktør fremsatte alvorlige anklager om manglende aftaleoverholdelse og svigt i samarbejdet. Brevet var formuleret i et "friere sprogbrug" med et skarpt og nedsættende indhold. Ved vurderingen af, om arbejdstageren havde tilsidesat sin loyalitetspligt, lagde Højesteret vægt på, at brevet udelukkende var sendt til direktøren. Da det ikke var delt med kollegaer eller eksterne samarbejdspartnere, blev bortvisningen vurderet som usaglig og dermed uberettiget. Brevets skarpe og nedsættende formuleringer var i sig selv ikke tilstrækkelige til at statuere illoyalitet eller berettige en bortvisning, da indholdet ikke blev kendt af andre end direktøren. Højesteret vurderede dog, at hvis kritikken med det nedsættende indhold var blevet delt med kollegaer eller eksterne parter, ville en bortvisning have været berettiget.⁸⁴

En tilsvarende situation ses i Vestre Landsrets dom af 8. december 2005, hvor en direktør efter en diskussion med sin chef om uenighed om den fremtidige løn blev opsagt samme dag. Sagens faktum omhandlede, at direktøren under opsigelsesperioden havde handlet illoyalt over for virksomheden. Under et møde under opsigelsesperioden med virksomhedens chef havde hun på en aggressiv måde udtalt, at hun ville optræde illoyalt over for virksomheden i relation til kollegaer, kunder og konkurrenter. Som konsekvens blev direktøren bortvist fra virksomheden med øjeblikkelig virkning efter mødet. Virksomhedens chef gav direktøren mulighed for at tilbagekalde sine illoyale udtalelser, men direktøren insisterede på at fastholde dem. Efter Landsrettens vurdering udgjorde direktørens udtalelser en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, hvilket berettigede arbejdsgiveren til at reagere med en bortvisning.⁸⁵

Ved vurderingen af, om der forelå en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, lagde retten vægt på flere forhold: Direktøren nægtede at tilbagekalde sine illoyale udtalelser, udtalelserne

⁸³ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 849-850

⁸⁴ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 850

⁸⁵ Kia Dollerschell, *Bortvisning*, side. 168

omfattede at fremtræde illoyalt til både interne og eksterne relationer, direktøren havde en ledende stilling med ansvar i virksomheden, og udtalelserne blev fremsat under et møde, hvor en kollega var til stede. Direktøren havde under den ophidsede situation ikke taget hensyn til, at en anden kollega var til stede, hvor vedkommende havde hørt de aggressive udtalelser, hun gav imod virksomhedens chef. Disse kombinerede momenter var afgørende for vurderingen af sagen og førte til, at der blev statueret grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, hvilket gjorde bortvisningen berettiget.⁸⁶

Afgørelsen fra Landsretten viser, at der er visse grænser for, hvad en ansat kan ytre, især når udtalelserne overhøres af andre kollegaer. Ydermere viser afgørelsen at, hvis den ansatte har en ledende stilling og et stort ansvar i virksomheden, gælder der skærpede krav for, hvilke udtalelser der kan anses for acceptable når der skal statueres et brud på loyalitetspligten mellem arbejdstageren og arbejdsgiveren.

4.5.3 Virksomhedens omdømme og relationer

Arbejdstagerens pligt til at undgå handlinger, der kan skade arbejdsgiverens omdømme, vejer tungt, da arbejdsgiverens image ikke må forstyrres af arbejdstageren. Dette gælder, uanset om der er tale om handlinger, udtalelser eller undladelser.⁸⁷ Arbejdstageren er dermed forpligtet til at handle i overensstemmelse med virksomhedens interesser og undgå handlinger, som kan skade forholdet til kunder, kollegaer, eksterne samarbejdspartnere og leverandører.⁸⁸

Arbejdsgiverens evne til at fastholde sin konkurrencemæssige position på markedet er afgørende for virksomhedens indtjeningsevne. I modsætning til interne forhold har arbejdsgiveren ikke direkte kontrol over markedsforholdene, men kan i stedet træffe strategiske beslutninger og indgå aftaler for at sikre virksomhedens fortsatte vækst. Dette skyldes, at virksomhedens eksterne markedsinteresser befinder sig uden for arbejdsgiverens direkte kontrol og ledelsesret, og det er en naturlig interesse for arbejdsgiveren, at

⁸⁶ Kia Dollerschell, *Bortvisning*, side. 168

⁸⁷ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 805

⁸⁸ Kia Dollerschell, *Bortvisning*, side. 817

arbejdstagernes handlinger og adfærd ikke skader virksomhedens omdømme, forretningsrelationer eller konkurrencemæssige position på markedet.⁸⁹

Arbejdstageren har i virksomheden en forpligtelse til at udvise diskretion ved videregivelse af interne oplysninger. Formålet med denne pligt er at sikre, at virksomheden bevarer kontrollen over, hvilke interne oplysninger der deles, således at dens egne interesser beskyttes.

Diskretionspligten gælder for alle ansatte i virksomheden og indebærer en forpligtelse til at beskytte interne oplysninger om virksomhedens forhold samt at undgå videregivelse af sensitiv information. Det er dog kun oplysninger, der vedrører virksomheden direkte, som vurderes for fortrolige og beskyttede, mens offentligt tilgængelige eller alment kendte oplysninger ikke er omfattet af denne beskyttelse.⁹⁰

Som udgangspunkt har enhver arbejdstager ret til at ytre sig kritisk om virksomheden. Denne ytringsfrihed begrænses dog af loyalitetspligten over for arbejdsgiveren, hvis grænser flere gange er blevet afprøvet i praksis.⁹¹ Arbejdstagerens loyalitetspligt gælder både inden for arbejdstiden og udenfor arbejdstiden, hvor vedkommende er forpligtet til at undgå handlinger og udtalelser, som kan skade virksomhedens omdømme eller skabe negativ opmærksomhed. Vurderingen af en kritisk handling eller udtalelse uden for arbejdstiden afhænger af, hvilken konkret påvirkning den kan have på virksomhedens omdømme. For at arbejdsgiveren kan sanktionere en arbejdstager, kræves der en tydelig sammenhæng mellem arbejdsgiverens virksomhed og arbejdstagerens adfærd, hvilket medfører, at der stilles høje krav, før en sanktion kan anses for berettiget. Dette krav vil umiddelbart være opfyldt, hvis en arbejdstager fremsætter kritiske udtalelser om arbejdsgiveren på en måde, der kan skade virksomhedens omdømme og interesser. Kritiske udtalelser på sociale medier bliver vurderet ud fra samme principper som udtalelser på andre medier.⁹²

⁸⁹ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 300-301

⁹⁰ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 301 og 305-306

⁹¹ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 306-307

⁹² Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 313-314

Derimod er en handlings moralske eller strafbare dadelværdighed ikke i sig selv et afgørende moment for at kunne statuere illoyalitet. Det påhviler arbejdsgiveren at bevise, at arbejdstagerens konkrete handlinger eller udtalelser, uanset om de er foretaget i eller uden for arbejdstiden, har haft en skadelig effekt på virksomhedens omdømme og interesser.⁹³

Dette blev tydeligt i Østre Landsrets dom af d. 5. september 2005, hvor en passageragent i Københavns Lufthavn, uden for arbejdstiden, begik et strafbart forhold, som ikke havde nogen relation til hendes ansættelse. Under sin ansættelse blev hun idømt 60 dages fængsel for falsk forklaring i retten, en dom hun skulle afsone i forbindelse med ferie og orlov. Efter at have orienteret sine foresatte herom blev hun bortvist af arbejdsgiveren. Landsretten vurderede imidlertid, at bortvisningen var uberettiget, da hendes handling ikke udgjorde en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet. Ved vurderingen lagde retten vægt på, at den strafbare handling, hun var dømt for, ikke havde nogen tilknytning til arbejdsgiveren eller virksomheden, men udelukkende vedrørte private forhold. Derudover blev det bemærket, at virksomhedens personalepolitik om krav om ren straffeattest ved ansættelse ikke tidligere var blevet konsekvent håndhævet. Endelig spillede det en rolle, at hun afsonede sin straf i forbindelse med ferie og orlov, hvilket ikke påvirkede hendes arbejde.⁹⁴

Ved andre former for adfærd stilles der høje krav om, at der for det første skal være en konkret forbindelse til virksomheden samt at adfærden enten har forårsaget eller kan forårsage skade for virksomheden, før det kan få ansættelsesretlige konsekvenser.⁹⁵

Der bliver i vurderingsgrundlaget yderligere set på nedenstående momenter;

- *"For det andet kan kun omstændigheder, som arbejdsgiveren konkret kan godtgøre, inddrages i vurderingen.*
- *For det tredje kan de konkrete omstændigheder lempe eller skærpe vurderingen af væsentligheden af handlingen. Der er lagt vægt på, at en handling er en reaktion på forhold i tjenesten, det øvrige forløb omkring en opsigelse, grovheden af selve*

⁹³ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 322-323

⁹⁴ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 313

⁹⁵ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 313-314

udtalelsen, udspredelsen af kritik, og om arbejdsgiveren selv har opfyldt egne forpligtelser.

- *For det fjerde foretages i nogle tilfælde en helheds- eller proportionalitetsvurdering, hvori arbejdstagerens ansættelseshistorik indgår.”⁹⁶*

Dog må arbejdsgiveren acceptere en vis grad af kritik, når det vedrører forhold af væsentlig interesse for den offentlige debat, da ytringsfriheden beskytter sådanne udtalelser. Imidlertid er der en grænse, da miskreditering eller mistænkeliggørelse af virksomheden som udgangspunkt ikke kan accepteres, idet det overskrider loyalitetspligten. Overordnet kritik af bredere forhold, som ikke direkte knytter sig til den specifikke arbejdsgiver, anses som en del af ytringsfriheden og kan ikke i sig selv betragtes som illoyalt.⁹⁷

Dette blev særligt tydeligt i Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 10. oktober 2007, hvor to rengøringsassistenter, A og B, blev bortvist af arbejdsgiveren for at have fremsat negative og illoyale udtalelser om forholdene på deres arbejdsplads. Deres udtalelser omhandlede specifikt manglende ledelse efter, at rengøringen i virksomheden var blevet udliciteret. A valgte at indgive en politianmeldelse mod virksomheden, hvor vedkommende havde beskyldt virksomheden for grove uredelige forhold. Kopier af politianmeldelsen blev yderligere sendt til flere offentlige myndigheder, instanser samt virksomhedens kunder. På denne baggrund blev A's adfærd vurderet som en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, hvilket berettigede en bortvisning. B valgte derimod at rette henvendelse til den landsdækkende danske avis Ekstra Bladet for at kunne fremhæve hvilke problemer udlicitering på virksomheden havde medført for hende og hendes øvrige kollegaer. Efter Afskedigelsesnævnets vurdering skulle B's adfærd vurderes i lyset af reglerne om offentlige ansattes ytringsfrihed. Dette skyldes at arbejdstagernes udtalelser om hospitalets rengøringsudlicitering var et spørgsmål af væsentlig offentlig interesse.⁹⁸

⁹⁶ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 313-314

⁹⁷ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 306 og 313

⁹⁸ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 306-307

Der blev endvidere lagt vægt i vurderingen, at B's kontakt til Ekstra Bladet havde til formål at rejse en offentlig debat om de udfordringer, der fulgte med hospitalets rengøringsudlicitering samt rengøringspersonalets uddannelsesforhold. Under samtalen med Ekstra Bladet præciserede B, at hensigten ikke var at skade virksomhedens omdømme eller miskreditere arbejdsgiveren, men derimod at belyse de arbejdsrelaterede udfordringer for de ansatte. Afskedigelsesnævnet konkluderede derfor, at B's udtalelser til pressen ikke overskred grænserne for, hvad arbejdsgiveren med rimelighed måtte tolerere. Da udtalelserne vedrørte et emne af offentlig interesse og ikke kunne anses for illoyale, var bortvisningen uberettiget.⁹⁹

Spørgsmålet om grænserne for arbejdstagers kritiske udtalelser til eksterne relationer blev yderligere behandlet i Højesterets dom af 4. februar 2015. Sagen omhandlede en ph.d.-studerende medarbejder, der blev bortvist for at have tilsidesat sin loyalitetspligt ved at udtale sig kritisk om virksomhedens ledelse i en mailkorrespondance med sin samlever. Højesteret lagde ved vurderingen vægt på, at korrespondancen var privat og ikke skrevet med forventning om, at den ville nå andre. Derfor måtte der accepteres en vis grad af frisprog. På denne baggrund fandt retten, at hverken bortvisning eller opsigelse var berettiget, da arbejdstagerens udtalelser ikke udgjorde en illoyal handling, der kunne betragtes som en misligholdelse af ansættelsesforholdet.¹⁰⁰

Samme type spørgsmål blev behandlet i dommen U.2005.1639V af Vestre Landsret, hvor domstolen fastslog, at der gælder mere lempelige grænser for indholdet af kritiske udtalelser om virksomheden ved private korrespondancer. Dommen tager specifikt udgangspunkt i udveksling af private synspunkter, som ikke har til formål at komme til andres kundskab. Ved vurderingen om hvorvidt arbejdstageren havde tilsidesat sin loyalitetspligt var både arbejdstagerens intention samt den reelle risiko for at den private korrespondance blev tilgængelig for udenforstående et vigtigt parameter for at lempe vurderingen. Domstolens resultat understreger, at spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdstager har handlet illoyalt, skal tage udgangspunkt i, hvorvidt dens udtalelser har været med til at påvirke arbejdsgivers beskyttelsesværdige interesser. Hvis en arbejdstager udtaler sig kritisk om sin arbejdsgiver

⁹⁹ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 306-307

¹⁰⁰ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 316-317

eller dens virksomhed i en privat sammenhæng, uden risiko for at udtalelserne spredes til offentligheden, kollegaer eller øvrige samarbejdspartnere, vil det som udgangspunkt ikke udgøre en overtrædelse af loyalitetspligten. I sådanne tilfælde vil en opsigelse eller bortvisning ikke være berettiget, da arbejdsgiverens beskyttelsesværdige interesser ikke kan anses for at være kompromitterede.¹⁰¹

4.5.4 Starte konkurrerende virksomhed

Det er en grundlæggende forpligtelse i et ansættelsesforhold, at arbejdstageren loyalt skal medvirke til virksomhedens succes. Hvilket vil sige at enhver form for konkurrencehandling som udgangspunkt må anses som et alvorligt brud på loyalitetspligten, og vil derfor være en grov misligholdelse, som vil berettige en bortvisning. Arbejdstager der ønsker enten selv at starte konkurrerende virksomhed, eller søger indtil en konkurrent befinder sig derfor nemt i en konfliktmæssig situation mellem loyalitetspligten og retten til at søge arbejde. Det ses også i praksis, at der stilles store krav til loyalitetspligten i opsigelsesperioden, hvor der stilles krav til arbejdstageren om at informere arbejdsgiveren, så snart der opstår en loyalitetskonflikt. Dog vil en fastholdelse af loyalitetspligten forudsætte virksomhedens fortsatte eksistens også efter arbejdstagerens fratræden.¹⁰²

Hvorvidt der er tale om konkurrerende virksomhed bliver der sondret mellem om arbejdstageren er i en uopsagt stilling eller om denne befinder sig i opsigelsesperioden.¹⁰³

4.5.4.1 Uopsagt stilling

Udøver arbejdstageren under ansættelsen konkurrerende virksomhed mod arbejdsgiveren, vil denne kunne bortvises grundet grov misligholdelse, såfremt der er tale om et åbenbart forhold. Er arbejdstageren i tvivl om, hvorvidt en bibeskæftigelse strider imod dennes loyalitetspligt, må spørgsmålet rejses overfor arbejdsgiveren. Sker der fra arbejdsgivers side

¹⁰¹ Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i ansættelsesretlige relationer*, side. 316-317

¹⁰² Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 972

¹⁰³ Jens Paulsen, *Afskedigelse*, side. 869

en undladelse om at advare imod beskæftigelsen, vil denne være afskåret for uden varsel at kunne påberåbe forholdet som en grov misligholdelse.¹⁰⁴

Dette ses bl.a. i U.1965.384H, hvor en konsulent for en landbrugsforening L havde oprettet en avlsdyrseksportsammenslutning, hvor ledelsen var blevet orienteret om dette og uden at L blev advaret herom. Højesteret fandt, at der ikke var tale om illoyalitet, som ville berettige en afskedigelse uden varsel, og ligeledes at L's foresatte virksomhed kunne berettige en bortvisning. Højesterets vurdering lagde særligt vægt på, at L's ledelse gennem hele processen var blevet orienteret og at der ingen advarsel var givet.¹⁰⁵

På trods af godkendelse om bibeskæftigelse skal arbejdstageren sikre sig, at godkendelsen også omfatter arbejde af samme karakter som arbejdet hos arbejdsgiveren. Herudover er det selvsagt, at en arbejdstager ikke må påtage sig arbejde hos en af arbejdsgiverens kunder. Det forhold, at arbejdstageren undlader at informere arbejdsgiveren, er med til at understøtte en formodning om, at der er tale om ikke tolererbare forhold, som arbejdsgiveren ikke ville godkende. Et sådant forhold ville, når arbejdsgiver bliver bekendt hermed, komme til skade for arbejdstageren.¹⁰⁶

Endvidere kan der i tilfælde hvor der er tale om passivt engagement i konkurrerende virksomhed også begrunde en bortvisning, hvis dette er sket uden godkendelse fra arbejdsgiver. Dette kan medføre en usikkerhed af placeringen af arbejdstagerens loyalitet eller medføre en reel påvirkning af konkurrenceforholdene.¹⁰⁷

Der kan også være andre former for sammenblanding af interesser, som kan være uacceptable ift. loyaliteten f.eks. væsentlige interesser i leverandør- eller aftagervirksomheder. Desuden omfatter konkurrencehandling ubeføjet videregivelse af informationer, som vedrører virksomhedens forhold til en tredjemand. Dette kan åbne op for muligheden for at kunne påføre arbejdsgiveren konkurrence. Yderligere vil dette også omfatte konkurrenceforhold angående produkter eller opfindelser der kan have interesse for arbejdsgiveren, og det vil

¹⁰⁴ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 972-973

¹⁰⁵ U.1965.384H

¹⁰⁶ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 973-974

¹⁰⁷ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 974

være illoyalt, hvis arbejdstageren er klar over dette, men stadig skader arbejdsgiverens eventuelle interesse. I en sådan situation skal man være bevidst med arbejdsgivernes holdning og der kan ikke handles ud fra formodninger om arbejdsgivernes manglende interesse for det gældende produkt. Dette gælder selvom arbejdsgiver tidligere har afvist produktet eller lignende produkter, jf. U.1966.115H.¹⁰⁸

Sker der en bortvisning på baggrund af konkurrencehandlinger, må det desuden stå klart, at der ved arbejdstagerens handlinger kan blive påført arbejdsgiverens virksomhed konkurrence, jf. U.1960.411SH.¹⁰⁹

4.5.4.2 Opsigelsesperioden

Arbejdstager der befinder sig i en opsagt stilling, og som er blevet ansat eller besluttet sig for at påbegynde konkurrerende virksomhed, skal forblive loyal overfor arbejdsgiver ift. omverden, herunder konkurrenter, leverandører, kunder osv. Det gælder i almindelighed ud fra retspraksis, at arbejdstageren i en opsagt stilling, så længe denne aflønnes af arbejdsgiver, ikke vil have muligheden for at påbegynde konkurrerende virksomhed, såfremt dette udsætter arbejdsgiver for væsentlig konkurrence.

Arbejdstageren er derimod berettiget til at forberede sig på et stillingsskift eller påbegyndelse af en konkurrerende virksomhed. Der indebærer en række rettigheder under forberedelseshandlinger, hvor arbejdstager har ret til at erhverve lokaler, inventar osv. Samtidig har arbejdstager retten til at oprette de nødvendige kommunikationsredskaber f.eks. telefoner, brevpapir osv. Desuden kan arbejdstager også retmæssigt henvende sig til leverandører, dog med den begrænsning, at det ikke må have til formål eller indebære, at leverandøren fremadrettet tilsidesætter arbejdsgiveren.¹¹⁰

Arbejdstageren må ift. de tilbageværende ansatte, ej hellere forsøge sig på at kapre disse. Dog vil antagelse af medarbejdere til den nye virksomhed ikke være en bortvisningsgrund, da de ansatte oftest bliver bekendt med årsagen til arbejdstagerens fratræden, og de kan eventuelt

¹⁰⁸ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 975

¹⁰⁹ U.1960.411SH - Funktionærs køb af egen forretning uden underretning til arbejdsgiveren ej anset for bortvisningsgrund.

¹¹⁰ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 978

selv henvende sig om et stillingsskift. Kravene til arbejdstageren på dette område synes også at være skærpet.¹¹¹

Det kræver en balanceakt ift. kunderne, da den fratrædende arbejdstager på den ene side kan finde det unaturligt ikke at kunne informere kunderne om bl.a. at der kommer en ny arbejdstager. Dog på den anden side vil enhver form for reklamation omhandlende det nye ansættelsessted blive betragtet som en grov misligholdelse. Det vil være acceptabelt for arbejdstageren at informere, hvad denne fremover skal beskæftige sig med, såfremt dette sker efter forespørgsel. Den nye arbejdsgiver vil ligeledes have muligheden for at informere omverdenen inklusiv sine kunder om tiltræden af en ny arbejdstager. Dog må en sådan udmeldelse ikke ske specifikt til kunderne af den stadig nuværende arbejdsgiver, da dette ville være i strid med kravet om loyalitetspligten. Informationer vedrørende jobskift vil heller ikke bedømmes anderledes, hvis der er tale om oplysninger på de sociale medier. Dette har den virkning, at arbejdstageren ikke må markedsføre for den kommende arbejdsgiver eller målrette informationerne til arbejdsgiverens kunder, hvor der såfremt vil være tale om en grov misligholdelse. Dog vil simple informationer om jobskift på f.eks. LinkedIn ikke kunne ses som illoyalt.¹¹²

Hvis opfordringen til at starte den konkurrerende virksomhed kommer fra en af arbejdsgiverens forretningsforbindelser, vil der her være en fin balance mellem arbejdstagerens forpligtelser om at skulle informere arbejdsgiver om dette, og arbejdstagerens mulighed for at reelt overveje et sådant tilbud. Arbejdstageren skal i en sådan situation meget hurtigt afklare sin stilling herom, og ligeledes informere arbejdsgiver når dette er blevet gjort, sådan at denne kan tage de nødvendige foranstaltninger. Kommer dette initiativ helt eller delvist fra arbejdstageren selv, vil der være tale om en grov misligholdelse.¹¹³

¹¹¹ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 979

¹¹² Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 979-980

¹¹³ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 980-981

5. U.2019.3878H - Instansbehandling

Højesteret har i deres afgørelse ikke lavet en blåstempling af arbejdstagers skjulte lydoptagelser af arbejdsgiver, men har valgt at afbalancere det. Dette forstås på den måde at skjulte lydoptagelser som udgangspunkt er tilladt, men at dette vejer på en konkret vurdering af strafferetlige og databeskyttelsesretlige kriterier f.eks. saglighed og proportionalitet. Lydoptagelser var tidligere blevet blåstemplet af Vestre Landsret, sådan at der kunne være tale om så grov misligholdelse, at det kunne føre til en bortvisning med tilbagevirkende kraft. Lydoptagelsen blev kendt ved Byrettens behandling af bortvisningen af A, hvor A blev bortvist med tilbagevirkende kraft. Landsretten stadfæstede Byrettens afgørelse og begrundet dette med, at *"A's lydoptagelse af mødet den 11. oktober 2016 skete uden, at han forudgående havde oplyst B og de øvrige mødedeltagere om, at mødet blev optaget. Optagelsen må derfor anses for en grov misligholdelse af den loyalitetspligt, der fulgte af ansættelsesforholdet, og som berettigede X ApS til at bortvise A."*¹¹⁴

Dommen vil blive gennemgået og ud fra dette vil relevante problemstillinger blive behandlet og analyseret, med det formål at undersøge retstilstanden før og efter U.2019.3878H. Spørgsmålet om vold, som kastet med musen fremsætter, vil ikke blive behandlet, da dette er behandlet i afsnit 4.5.1. og det er derfor alene spørgsmålet om lydoptagelser der vil blive behandlet.

5.1 Sagens faktum

Sagen angik en arbejdstager (A), som blev bortvist af X ApS (X) af flere omgange, hvor den seneste skete med tilbagevirkende kraft, eftersom arbejdsgiveren blev bekendt med A's lydoptagelse af mødet. Mødets deltager var direktøren (B), som også var ejer af X og to af A's kollegaer, som ikke var bekendte med lydoptagelsen. Endvidere omhandler det, hvorvidt der var tale om en berettiget bortvisning.

A blev d. 12. maj 2015 ansat hos X som kundeconsulent, hvor A's arbejdsopgaver bestod i udlejning af vikarer i hhv. Danmark og Norge.

¹¹⁴ U.2018.3294V, side. 12

På ansættelsestidspunktet blev der efter aftale aftalt en løn på 20.000 kr om måneden med et tillæg til pensionsbidrag. Der blev ikke aftalt noget vedrørende provisionsaflønningsen. Aflønningsen og størrelsen af provisionen blev løbende drøftet gennem ansættelsen bl.a. ved møder d. 28. september 2016 og d. 11. oktober 2016 med X's ledelse, A og to andre kollegaer. Der blev her drøftet opgørelsen og størrelsen af provisionen, hvor der var uenighed mellem D og konsulenterne om disse. Mødet d. 11. oktober 2016 resulterede i en ordveksling mellem A og B ift. opgørelsen af A's optjente provision frem til d. 30. september 2016. Udvekslingen resulterede i at A kastede en computermus gennem lokalet, som ramte nær B. Hvorvidt kastet var tiltænkt at ramme B, og hvor tæt den ramte på B, var der uenighed om.

Eftersom A havde haft problemer med tidligere at kunne dokumentere, hvad B havde tiltænkt ham ift. provisionen som A tidligere havde optjent, besluttede han sig derfor at lave en lydoptagelse af mødet d. 11. oktober 2016. A havde ikke indhentet tilladelse til optagelsen af mødet eller informeret herom, og dette kom først til lys ved Byrettens behandling d. 26. januar 2017.

Kort efter A havde forladt mødet valgte han at forlade arbejdspladsen, hvilket han informerede HR-chefen (C) og sagde at han afspadserede de sidste timer af eftermiddagen. Senere samme dag modtog A en mail fra X, hvori de betragtede A's ansættelsesforhold for ophørt fra d.d. efter eget valg, hvor dette blev begrundet i episoden om kastet af computermusen samt at A var taget hjem fra arbejdspladsen inden arbejdsdagens ophør. D. 24. oktober 2016, altså 13 dage efter episoden modtog A en bortvisning, med henvisning til, at A uberettiget havde forladt arbejdspladsen. Først efter dette betragtede A sig som bortvist, og han anlagde d. 28. november sag an mod sin tidligere arbejdsgiver X angående en påstand om uberettiget bortvisning.

Gennem sagens behandling ved Byretten kom udskriften af A's lydoptagelse af mødet d. 11. oktober 2016 til kundskab ved Byretten d. 26. januar 2017. Dagen efter d. 27. januar 2017 valgte X ved skrivelse at bortvise A på ny, med tilbagevirkende kraft pr. d. 11. oktober 2016, med henvisning til lydoptagelsen. Begrundelsen for dette var at lydoptagelsen var sket uden B's eller de andre deltagers viden, og han på baggrund af dette havde groft misligholdt sin loyalitetspligt.

5.1.1 Sagsøger A's anbringender

A har i sagen gjort til følge, at han ikke selv havde opsagt sin stilling og han heller ikke betragtede sig selv som bortvist, da X ikke havde løftet bevisbyrden for, at B havde været berettiget til at foretage en bortvisning på noget tidspunkt i forløbet. A havde i sin ansættelsesperiode heller ikke tidligere modtaget nogen form for advarsel fra B. A mente desuden at B ikke på baggrund af en lønstridighed, som han mente var A's eget ansvar, kunne berettige en opsigelse af A's ansættelsesforhold. Skulle B have foretaget en bortvisning på baggrund af kastet af computermusen, skulle dette være sket uden ugrundet ophold. Da A mente dette ikke var tilfældet, mente A derfor at der var tale om passivitet fra B's side. A mente endvidere, at bortvisningen ikke var sket på en tilstrækkelig klar måde.

A anførte, at lydoptagelsen af mødet d. 11. oktober 2016 ikke udgjorde en gyldig bortvisningsgrund og den efterfølgende bortvisning d. 27. januar 2017 derfor heller ikke var berettiget.

A mente ikke at de forhold der skal være gældende for en berettiget bortvisning, var til stede ved lydoptagelsen af mødet. Lydoptagelsen havde alene til formål at skulle dokumentere de ansættelsesvilkår, som A havde aftalt med B, herunder aftalen angående provision, som A mente at B gentagende gange havde ændrede sin holdning til og nægtede at afgive en skriftlig bekræftelse af.

Lydoptagelsen var ikke foretaget med det formål at skade X, men rettere som en bevissikring. Mødet d. 11. oktober 2016 var opstået spontant på B's initiativ, hvilket gjorde at A ikke havde haft muligheden for at forberede sig på dette eller finde repræsentation til mødet. De drøftelser som mødet indeholdte fandt desuden sted i et åbent kontor, hvor der ikke var tale om et fortroligt møde, og at to kollegaer med lignende spørgsmål var til stede, var uden betydning.

Lydoptagelsen blev fremlagt for første gang af A i Byretten, da B hævdede, at A var blevet bortvist umiddelbart efter mødet d. 11. oktober 2016 samt at A's afspadsering ikke var sket

efter sædvane. A var derfor nødsaget til at dokumentere det faktiske forløb ved at fremlægge lydoptagelsen.

Hverken retspraksis eller øvrig lovgivning understøtter, at en lydoptagelse selvstændigt vil udgøre en grov misligholdelse, og lydoptagelser er også flere gange blevet accepteret som bevis i retten. Desuden er der ikke tale om en strafbar handling at optage samtaler, såfremt optageren selv er deltagende.

A mente ikke at der kunne ske en bortvisning med tilbagevirkende kraft som der var foretaget d. 27. januar 2017. Eftersom X allerede ved stævningen d. 22. november 2016 var blevet bekendt med lydoptagelsen, men undlod at reagere uden ugrundet ophold. A påstår at X's passivitet gjorde, at bortvisningen d. 27. januar 2017 derfor ikke vil kunne opretholdes. Der vil således være tale om en uberettiget bortvisning.

5.1.2 Sagsøgte X's anbringender

X anførte navnlig, at A's adfærd under mødet d. 11. oktober 2016, hvor A kastede computermusen efter B, var en så grov adfærd, at dette berettigede en bortvisning. Endvidere anførte X, at bortvisningen blev meddelt pr. mail samme dag, hvorefter der ikke foreligger passivitet, og at der desuden ikke gælder nogle specifikke formkrav til en bortvisning.

X mente desuden at være berettiget til at bortvise A d. 27. januar 2017 med tilbagevirkende kraft, da A havde foretaget lydoptagelsen uden samtykke til en intern lønforhandling med ledelsen og flere kollegaer. X anførte, at dette var i strid med loyalitetspligten, og at der var tale om en hemmelig lydoptagelse, som måtte anses som en skærpende omstændighed. Det var X's opfattelse, at loyalitetspligten ikke kun er gældende over for arbejdsgiver, men også de andre arbejdstagere, og at lydoptagelsen sætter dem i en dårlig situation. Desuden mentes der ikke at være en klarhed ift. hvordan lydoptagelsen blev opbevaret, anvendt eller behandlet.

X mente at A skulle have anmodet om tilladelse til at foretage en lydoptagelse af mødet, så de øvrige deltagere kunne have taget stilling til, hvorvidt dette ville være acceptabelt. Ligeledes menes der, at A ikke havde retskrav på at foretage lydoptagelse af mødet, hvor han selv

deltog. Yderligere kunne A have sikret den nødvendige dokumentation ved at anmode om et referat eller have en tillidsrepræsentant eller bisidder deltagende til mødet. Desuden havde A muligheden for at få de øvrige mødedeltagere til at afgive forklaringer som vidner, og der var derfor ikke en saglig begrundelse for at foretage lydoptagelsen. X mente *‘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.’*¹¹⁵

Ved fremlæggelsen af et udskrift af lydoptagelsen hos retten er oplysninger vedrørende X's interne forhold blevet offentligt tilgængelige, hvilket var til skade for virksomheden.

Misligholdelsen af A's ansættelsesforhold fandt sted d. 11. oktober 2016. X mente derfor at være berettiget til at foretage en bortvisning af A med tilbagevirkende kraft pr. denne dato. Det vil yderligere være urimeligt, hvis A havde muligheden for at opnå en mere gunstig retstilling ved at skjule den grove misligholdelse for sin arbejdsgiver.

I forbindelse med bortvisningen af A d. 27. januar 2017 udviste X ikke passivitet, da X først var blevet gjort bekendt med lydoptagelsen og dens indhold, da A d. 26. januar 2017 fremlagde denne. Forholdet om at A allerede d. 22. november 2016 nævnte lydoptagelsen i sin stævning til Byretten, havde ikke indflydelse på vurderingen, da oplysningen om at der var foretaget en lydoptagelse, ikke i sig selv var et tilstrækkeligt grundlag til at X ville kunne træffe en beslutning angående bortvisning.

5.2 Udfald ved Byretten

Byretten fandt det ikke godtgjort, at der mellem parterne var aftalt noget endeligt ift. provision, og at A derfor ikke skulle aflønnes med provision for september. Byretten fandt forholdet om kastet af computermusen at have en så grov karakter, at X var berettiget til at bortvise A. Ligeledes fandt Byretten, at X ikke mistede retten til bortvisning ved passivitet.¹¹⁶

Byretten forholdt sig ikke til lydoptagelsen eller bortvisningerne af d. 11 og 24. oktober 2016.

¹¹⁵ U.2018.3294V, side. 23

¹¹⁶ Viborg byrets dom d. 14 august 2017 - Sag BS 1-1284/2016

5.3 Udfald ved Vestre Landsret

På baggrund af yderlige vidneforklaringer og en gennemgang af lydoptagelsen, lagde Vestre Landsret modsat Byretten til grund at under parternes møde d. 11. oktober 2016, at B umiddelbart efter at A havde kastet computermusen og B havde råbt *"af sted"* og *"ud herfra"* til A, at de havde fortsat mødet samt de drøftelser angående løn og provision. Yderligere lægger Landsretten til grunde, at B efter mødet havde overværet og accepterede, at A fortsatte sit arbejde. På baggrund heraf kan det ikke tilkendes gives, at X ikke havde foretaget en berettiget bortvisning af A under mødet d. 11. oktober 2016.

Endvidere fandt Landsretten ud fra A's og C's forklaringer, at det ligger til grunde, at A havde informeret C angående afspadseringen, før A senere samme dag forlod arbejdspladsen. Mailen som X sendte samme dag til A, vurderede Landsretten, at både ud fra ordlyden og de forudgående begivenheder ej heller opfyldte kravene for en officiel erklæring om bortvisning. Landsretten udtalte at *"X ApS kan derfor ikke anses for at have bortvist A ved mailen af 11. oktober 2016."*¹¹⁷ X kan derfor ikke anses som at have foretaget en berettiget bortvisning af A.

Landsretten fandt dog omvendt, at *"A's lydoptagelse af mødet den 11. oktober 2016 skete uden, at han forudgående havde oplyst B og de øvrige mødedeltagere om, at mødet blev optaget. Optagelsen må derfor anses for en grov misligholdelse af den loyalitetspligt, der fulgte af ansættelsesforholdet, og som berettigede X ApS til at bortvise A."*¹¹⁸ Landsretten fastslog derfor, at A således efter at have foretaget en lydoptagelse af mødet d. 11. oktober 2016 uden at have informeret de øvrige deltagere forud om dette, groft havde misligholdt sin loyalitetspligt. Bortvisningen med tilbagevirkende kraft som X havde foretaget af A, blev gennemført umiddelbart i forlængelse af, at X blev bekendt med lydoptagelsen. Landsretten lægger derfor til grunde, at X var berettiget til via meddelelse for deres advokat at bortvise A med virkning fra tidspunktet, hvor den grove misligholdelse af ansættelsesforholdet fandt sted. Landsretten vurderede, at der heller ikke var indtrådt passivitet for X's side.

¹¹⁷ U.2018.3294V, side. 12

¹¹⁸ U.2018.3294V, side. 12

Landsretten tiltrådte derfor, at X blev frifundet.

Landsretten forholdt sig ikke til bortvisning af d. 24. oktober 2016.

5.4 Udfald ved Højesteret

Højesteret lagde til grund, at kastet af computermusen ikke udgjorde en tilstrækkelig grov misligholdelse af ansættelsesforholdet til at kunne berettige en bortvisning, ud fra de givne omstændigheder.

Det relevante spørgsmål er derfor, hvorvidt X var berettiget til at foretage en bortvisning af A d. 11. oktober 2016 som følge af A's lydoptagelse af mødet uden B's og de øvrige kollegaers vidende.

Det er efter STRFL lovligt at optage samtaler, som man selv er deltagende i, også uden samtykke fra de øvrige deltagere, jf. STRFL § 263, stk. 2, nr. 2. Dette tillades fordi lydoptagelser alene fastholder informationer, som deltagerne allerede havde til hensigt at dele under mødet. Der er derfor ikke den samme beskyttelsesinteresse, som hvis der var tale om skjulte aflytninger eller samtaler mellem andre personer.

Ift. databeskyttelseslovgivningen kræves der et sagligt formål ved behandlingen af personoplysninger, herunder lydoptagelser af samtaler. Vurderingen af, hvorvidt en skjult lydoptagelse stemmer overens med lovgivningen, afhænger derfor bl.a. af en proportionalitetsvurdering. Lydoptagelsen skal derfor afvejes imod hensynet til øvrige deltagere samt andre eventuelle parter.

Højesteret fastslog i sin vurdering af spørgsmålet angående, hvorvidt skjulte lydoptagelser, foretaget af en arbejdstager, under et møde med sin arbejdsgiver kan udgøre en misligholdelse af ansættelsesforholdet. Der skal her foretages en afvejning af parternes interesser, hvor dette beror på en konkret vurdering. Højesteret fastsætter dog ikke en udtømmende liste for kriterierne for denne vurdering, men specificerer, at der bl.a. lægges vægt på baggrunden og formålet med lydoptagelsen. Yderligere hvorvidt arbejdstageren havde en særlig grund til at foretage en bevissikring for at undgå eventuelle krænkelser af

sine rettigheder. Endvidere skal der ligeledes vurderes, hvilke informationer arbejdstageren havde til sinde at opnå ved lydoptagelsen bl.a. hvorvidt der er tale om rent private informationer eller om der er tale om fortrolige virksomhedsinformationer.

Højesteret vurderede, at der nødvendigvis ikke var tale om en misligholdelse af ansættelsesforholdet, når en arbejdstager foretager en lydoptagelse. Derimod kan den efterfølgende behandling herunder opbevaringen og anvendelsen af lydoptagelsen i nogle tilfælde anses som værende en misligholdelse. Dog skal det også bemærkes, at efter Højesterets vurdering, at overtrædelser af databeskyttelsesreglerne i forbindelse med lydoptagelser ikke nødvendigvis vil medføre grundlag for en bortvisning eller opsigelse.

Højesteret kom frem til at der på baggrund af A's formål med lydoptagelsen samt indholdet heraf og A's efterfølgende brug, at der var tale om en lydoptagelse som var blevet foretaget med et sagligt formål. Yderligere vurderes det, at hensynet til B og de øvrige deltagere ikke i dette tilfælde oversteg A's egen interesse i at foretage lydoptagelsen uden deres vidende.

Højesteret vurderede, at der under omstændighederne, at lydoptagelsen som A havde foretaget, ikke udgjorde en misligholdelse af ansættelsesforholdet, hverken ved optagelsen eller A's efterfølgende anvendelse. Kravene om hvorvidt lydoptagelsen kan begrunde en bortvisning eller opsigelse var derfor ikke til stede og der var derfor ikke tale om en berettiget bortvisning.

Der forefindes derfor heller ikke grundlag for Højesteret til at tage stilling til, om bortvisning med tilbagevirkende kraft fra d. 27. januar 2017 kunne have haft virkning.

Højesteret havde dermed ikke grundlag for at tage stilling til, om en eventuel bortvisning kunne have haft virkning fra d. 11. oktober 2016, hvor optagelsen fandt sted.

Højesteret valgte derfor at tage A's påstand til følge.

5.4.1 Spørgsmål som dommen giver anledning til at analysere videre

U.2019.3878H giver anledning til en række problemstillinger som er værd at undersøge for at skabe en bedre forståelse af retstilstanden. Dette vil blive behandlet i de kommende afsnit;

Lydoptagelser i det ansættelses- og strafferetlige perspektiv i 6.1 og 6.2. Desuden vil andre relevante retlige spørgsmål, som dommen giver anledning til, blive behandlet i afsnit 8.

6. Arbejdstagerens adgang til at anvende lydoptagelser i et ansættelses- og strafferetligt perspektiv

6.1 Ansættelsesretligt

Følgende afsnit behandler udvalgte tidligere ansættelsesretlige domme, hvor lydoptagelser er blevet benyttet som bevismateriale, uden der har været tvivl om lydoptagelsens lovlighed eller fremgangsmåde. Disse domme anvendes med henblik på at kunne klarlægge retstilstanden forud for U.2019.3878H.

I tre af de følgende domme blev der ikke rejst spørgsmål omkring forholdet angående lydoptagelserne af arbejdsgiver. Når der er tale om civile sager er der begrænsninger på domstolenes kompetencer, og der bliver alene behandlet, hvad parterne gør gældende. Domstolene kan på denne baggrund derfor ikke vurdere, hvorvidt lydoptagelser konstituerer illoyalitet, uden at denne påstand er blevet fremført. Ud fra dette kan der udledes, at skjulte lydoptagelser af parterne i dommene ikke er blevet anset som værende en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet.

En afgørelse fra Datatilsynet vurderede lydoptagelser som et ansættelsesretligt bevismateriale, men ud fra den daværende persondatalov. Denne afgørelse benyttes til at klarlægge, hvilke regler der kan gøres gældende efter en lydoptagelse er foretaget, og hvilke problemer dette kan medføre databeskyttelsesretligt.

I en sag fra Afskedigelsesnævnet af d. 26. juni 2009¹¹⁹ blev en montør (A), opsagt efter at have krævet betaling af pension i henhold til den gældende overenskomst i virksomheden. A blev ansat i starten af 2007, men ansættelseskontrakten nævnte hverken pension eller overenskomstforhold. Efter cirka halvandet års ansættelse blev A opsagt med begrundelsen

¹¹⁹ Afskedigelsesnævnets kendelse af 26. juni 2009 - Sag 20090111

arbejdsmangel, da virksomhedens direktør (B), som følge af finanskrisen, havde besluttet at nedbringe antallet af medarbejdere. Forud for opsigelsen havde A henvendt sig til sin fagforening, hvor han blev oplyst om, at der forelå en gældende overenskomst mellem fagforeningen og virksomheden. Ifølge overenskomsten havde A krav på pensionsbidrag. A videreformidlede disse oplysninger til B, som efterfølgende indkaldte ham til et møde med henblik på at drøfte spørgsmålet om pensionsbidrag. Under mødet foretog A en skjult lydoptagelse af samtalen ved hjælp af en diktafon, hvor optagelsen blev gemt på bånd.

Som tidligere nævnt blev A's opsigelse formelt begrundet med arbejdsmangel, idet B hævdede at reducere antallet af medarbejdere som følge af den daværende finanskrisen. Imidlertid afslørede A's skjulte lydoptagelse, at B både havde truet med et søgsmål vedrørende materiel, som A havde lånt til ombygning af sin bolig samt med at miskreditere ham, således at han fremover ville få vanskeligheder med at opnå beskæftigelse inden for samme branche. Efter opmandens vurdering, baseret på de forklaringer, der blev givet ved Afskedigelsesnævnet samt lydoptagelsen af mødet mellem A og B, var hans vurdering i overensstemmelse med Arbejdsrettens bevisresultat, som konkluderede, at A's opsigelse på grund af arbejdsmangel kunne tilsidesættes. Det kunne således lægges til grund, at A's opsigelse udelukkende var begrundet i hans krav om betaling af pensionsbidrag, som han havde ret til i henhold til den gældende overenskomst.

Det fremgår af hovedaftalens § 4, stk. 3, at en opsigelse, der udelukkende sker som følge af en arbejdstagers krav om betaling i henhold til en gældende overenskomst mellem en fagforening og en virksomhed, udgør et groft brud på bestemmelsen. Bruddet blev yderligere forstærket af B's trussel om miskreditering samt trussel om et muligt søgsmål vedrørende lånt materiel. På baggrund af dette blev A tildelt en godtgørelse på 100.000 kr., svarende til 13 ugers løn, hvor fastsættelsen af godtgørelsen fandt sted uden hensyntagen til anciennitet og virksomhedens størrelse.

Lydoptagelsen blev i kendelsen fra Afskedigelsesnævnet ikke anset for at udgøre en illoyal handling fra arbejdstagerens side. Derimod blev optagelsens indhold tillagt vægt som

bevismateriale under sagens behandling ved nævnet med henblik på at dokumentere, at opsigelsen af A var uberettiget.

I en afgørelse fra Vestre Landsret af d. 12. april 2016¹²⁰ blev det fastslået, at bortvisningen af en programmør (A), var sagligt begrundet. A havde uden for arbejdstiden udført opgaver for arbejdsgiverens kunder mod betaling, hvilket udgjorde en illoyal handling. Landsretten fandt, at denne illoyalitet berettigede arbejdsgiveren til at ophæve ansættelsesforholdet med øjeblikkelig virkning.

A var under sin stillingsbetegnelse ansat som programmør, kontomedarbejder og skulle give salgsstøtte til arbejdsgiveren. Disse opgaver omfattede blandt andet at vedligeholde hjemmesider og shopsystemer, yde kundeservice, udføre opsøgende arbejde samt afholde kundebesøg. Udførelsen af opgaverne skulle ske på virksomhedens adresse, hvor A i henhold til ansættelsesforholdet var afskåret fra at udføre tilsvarende opgaver for konkurrerende virksomheder. Endvidere fremgik det af ansættelseskontrakten, at A ikke selvstændigt måtte drive virksomhed med identiske arbejdsopgaver. Begge forbud gjaldt i hele ansættelsesforholdets varighed.

Under sin ansættelse havde A foretaget en lydoptagelse af et møde mellem sig selv, arbejdsgiveren, en af virksomhedens største kunder samt en konkurrerende virksomhed. I løbet af mødet blev der drøftet de specifikke betingelser, der regulerede, hvem der kunne beskæftiges af hvem samt de præmisser, der skulle være opfyldt for, at dette kunne finde sted. Parterne enedes om, at der fremadrettet ikke måtte udføres arbejde uden for virksomhedens rammer, og at alle arbejdsopgaver skulle udføres inden for virksomhedens regi. Eventuelle eksterne opgaver skulle forudgående godkendes af arbejdsgiveren. A's lydoptagelse af mødet blev gennemført uden arbejdsgiverens vidende og uden, at han på noget tidspunkt var bevidst om, at samtalen blev optaget.

¹²⁰ Vestre Landsrets dom af 12. april 2016 - Sag B-1442-13

Vestre Landsret vurderede, at A's arbejde udenom virksomheden var en illoyal handling og udgjorde en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet. A havde nemlig uden arbejdsgiverens vidende og uden dennes godkendelse udført arbejde og modtaget betaling uden om virksomheden fra en af virksomhedens konkurrenter. Som en del af bevisførelsen blev der fremlagt en udtalelse fra den optagede lydfil fra mødet, hvor det blev erkendt, at A havde udført arbejde for en konkurrerende virksomhed. På denne baggrund var bortvisningen af A sagligt begrundet og berettiget.

På tilsvarende vis som i sagen for Afskedigelsesnævnet blev lydoptagelsen i den pågældende dom fra Vestre Landsret ikke anset for i sig selv at udgøre den illoyale handling. Den illoyale handling bestod derimod i, at A havde udført arbejde uden om virksomheden mod betaling for en konkurrerende virksomhed og ikke i foretagelsen af lydoptagelsen.

En lignende problemstilling blev behandlet i Vestre Landsrets dom af 13. marts 2015¹²¹, hvor en økonomichef (F), blev bortvist fra sin stilling efter at have udtrykt sin hensigt om at etablere en konkurrerende virksomhed inden for samme branche. F, der tiltrådte stillingen som økonomichef i 2011, udtrykte allerede året efter, i 2012, sine intentioner om at etablere sin egen virksomhed. På denne baggrund blev F i ultimo juni 2012 indkaldt til et møde med selskabets ejere, hvor han fik forelagt en skriftlig skrivelse for bortvisningen. To måneder senere, i august samme år, modtog F det formelle bortvisningsbrev, hvori hans fratrædelse blev endeligt bekræftet.

Under mødet ultimo juni 2012 blev der afholdt forhandlinger mellem F og selskabets ledelse vedrørende hans fortsatte tilknytning til virksomheden. Selskabets ejere undlod at fremsætte en utvetydig afvisning af hans fortsatte beskæftigelse, hvilket efterlod spørgsmålet uafklaret. Endvidere modtog F løn for den efterfølgende måned, juli 2012, hvilket yderligere skabte uklarhed om hans ansættelsesforhold.

¹²¹ Vestre Landsrets dom af 13. marts 2015, 2 afd - Sag B-1748-13

Eftersom F under sit ansættelsesforhold havde udvist illoyal adfærd ved at tilkendegive sine intentioner om at etablere en konkurrerende virksomhed, ville en bortvisning i princippet have været berettiget. Dog havde selskabets ejere efter mødet ultimo juni 2012 bibragt F opfattelsen af, at hans illoyale handling ikke blev anset for at udgøre en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, der kunne berettige en bortvisning. Følgelig forelå der passivitet fra selskabets side, hvor selskabets ejere havde fortabt muligheden for at bortvise F igen i august 2012, og bortvisningen måtte derfor betragtes som en opsigelse af ansættelsesforholdet.

Under bevisførelsen blev opsigelsen underbygget af, at Landsretten havde forelagt en lydoptagelse af en samtale mellem F og en anden person, hvori der blev drøftet planer om at starte konkurrerende virksomhed til virksomheden.

Dommen fra Vestre Landsret viser tillige, at lydoptagelsen i sig selv ikke blev anset for at udgøre den illoyale handling. Den illoyale handling blev derimod anset for at bestå i indholdet af optagelsen, nærmere bestemt i en samtale, hvor F sammen med en anden person drøftede planer om at etablere en konkurrerende virksomhed til virksomheden.

Østre Landsrets dom af 25. maj 2004, 3 afd - Sag B-3870-03

Østre Landsretsdommen af d. 25. maj. 2004.¹²² Dommen omhandler en rengøringsinspektør (A) som var arbejdstager i rengøringsfirmaet (F). A havde optaget en telefonsamtale mellem sig selv og en kollega uden dennes vidende. A havde senere afspillede lydoptagelsen for en anden kollega. A forklarede, at lydoptagelserne blev foretaget regelmæssigt, da hun benyttede sig af en diktafon til at optage samtalerne, sådan at hun ikke behøvede at tage skriftlige noter.

F mente, at der var tale om en handling, som måtte anses som en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, og foretog derfor straks en bortvisning af A. Bortvisningen skete på baggrund af, at F mente at optagelsen af samtalen var en form for illoyal adfærd. Det blev fra F's side argumenteret for, at der på trods af ikke at være tale om en strafbar handling, at det

¹²² Østre Landsrets dom af 25. maj 2004, 3. afd - Sag B-3870-03

stadig var en uacceptabel adfærd, og at det samtidig ikke var accepteret at foretage lydoptagelser af kollegaer uden deres vidende.

Dog fandtes der hverken i første instans eller ved stadfæstelsen i anden instans, at de anførte forhold som A havde foretaget, havde den nødvendige grovhed til at foretage en berettiget bortvisning. Yderligere vurderes der, at forholdene som var blevet påberåbt ikke havde en alvorlig nok karakter, at dette kunne begrunde en saglig opsigelse uden, at der var indgivet en forudgående advarsel. Det blev gjort gældende, at det at foretage lydoptagelsen hellere ikke enkeltstående vil kunne udgøre en handling, som kunne danne grundlag for en saglig opsigelse.¹²³

Lydoptagelsen blev i dommen understreget som værende en illoyal handling, dog kom både By- og Landsretten frem til konklusionen, at lydoptagelsen ikke alene kan udgøre en alvorlig nok misligholdelse af ansættelsesforholdet til at kunne konstituere en berettiget bortvisning. Endvidere vil der ikke kunne foretages en saglig opsigelse uden en forudgående advarsel, ud fra dette grundlag. På baggrund af dette kan der fra dommen udledes, at F burde have givet en advarsel til A, før spørgsmålet om en saglig opsigelse overhovedet ville kunne være truffet.

Det kan overvejes, om sagens udfald ville have været anderledes, hvis optagelsen havde omfattet en samtale med en overordnet i stedet for en kollega. Retten forholder sig dog ikke til dette aspekt i sin begrundelse og konklusion.

Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017

Datatilsynet har i en afgørelse af d. 22. december 2017¹²⁴ taget stilling til to lydoptagelser foretaget af en arbejdstager (B). Lydoptagelserne var foretaget under to møder mellem B og den daværende chef (A), uden at A på noget tidspunkt i forløbet var blevet oplyst om dette. Lydoptagelserne indeholdte oplysninger vedrørende A's arbejdsopgaver samt oplysninger vedrørende A's arbejdsliv og interesser. Lydoptagelserne blev senere benyttet som bevis i en

¹²³ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 1010

¹²⁴ Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017

faglig voldgift, og de blev i deres helhed videregivet til opmanden, en Højesteretsdommer. Lydoptagelserne blev efter afgørelsen ved voldgiften slettet af B.

Datatilsynet vurderede, ud fra daværende persondatalovs § 6, stk. 1, nr. 7, at B's interesse for at kunne dokumentere, hvordan B ansættelsesretligt var blevet behandlet, oversteg A's interesse for at oplysninger ikke behandles.¹²⁵ Vurderingen lagde særligt vægt på, at lydoptagelserne var blevet foretaget for at kunne dokumentere et ansættelsesretligt forhold. Modsætningsvist gav Datatilsynet udtryk for kritik, da B ikke havde overholdt oplysningspligten og ikke havde informeret A omkring lydoptagelserne umiddelbart efter, at disse var blevet foretaget.¹²⁶ Da A først var gjort bekendt med lydoptagelserne halvandet år senere, kunne dette ikke anses som "snarest muligt", hvilket Datatilsynet fandt beklageligt.¹²⁷ Midlertidigt blev det vurderet, at lydoptagelserne ikke var i strid med den daværende persondatalovs interesseafvejningsregel.¹²⁸ Da der for B's side forfandt sig en legitim interesse og A ikke havde påvist en interesse som kunne tilsidesætte B's interesse, fandt Datatilsynet ej heller at lydoptagelserne var i strid med interesseafvejningsreglen.

Ift. interesseafvejningsreglen skal den dataansvarlige foretage en konkret vurdering af, hvorvidt dennes ønske om at kunne dokumentere egne interesser vil overstige de rettigheder og interesser den registrerede måtte have. Den dataansvarlige skal derfor have en legitim og saglig interesse for at kunne gøre brug af denne regel, og en sådan interesse skal ikke kunne tilsidesættes af en modparts rettigheder.¹²⁹

En sådan legitim interesse vil derfor kunne foreligge, såfremt de indsamlede materialer kan anvendes som et retsgrundlag.¹³⁰ Dog med en forudsætning om, at den beskyttelse og de rettigheder den registrerede har, respekteres. Interesseafvejningsreglen findes i artikel 6, stk. 1, litra f, i GDPR samt DBL § 12, stk. 2. Ligeledes har Datatilsynet vurderet, at hvis

¹²⁵ Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017, side. 5

¹²⁶ Martin Sønnersgaard, Kammeradvokaten, 2018, *Må du optage et møde med din chef?*, <https://kammeradvokaten.dk/nyheder/maa-du-optage-et-moede-med-din-chef>

¹²⁷ Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017, side. 7

¹²⁸ Daværende persondatalovs § 6, stk. 1, nr. 7, nu databeskyttelseslovens § 12, stk. 2.

¹²⁹ Betænkning 1565, side. 224-225

¹³⁰ Betænkning 1565, side. 234

afgørelsen var blevet afsagt efter databeskyttelseslovens ikrafttræden i 2018, ville resultatet have været uændret.

Lydoptagelserne blev af Datatilsynet anset som værende relevante og med et sagligt formål, dog burde oplysninger som vedrørte A's arbejdsliv og personlige interesser have været slettet umiddelbart efter indsamlingen.¹³¹ Disse oplysninger blev ikke anset som værende relevante eller nødvendige for at dokumentere B's ansættelsesretlige behandling og at dette var i strid med proportionalitetsprincippet samt kravet om tidsbegrænsning for behandling. Videregivelsen af lydoptagelserne til opmanden var efter Datatilsynet nødvendig for at B kunne gøre sit retskrav gældende, og at der forfandt sig en legitim interesse for B.

Datatilsynet lagde vægt på bl.a., at opmanden i voldgiftssagen havde nået det resultat, at *"Opmanden lægger til grund, at E har et medansvar for sygemeldingen, navnlig på baggrund af A's tilkendegivelser over for B under samtalen i februar eller marts 2014. og opmanden finder, at adgangen for E til at afskedige ham under sygdom må vurderes i lyset heraf."*¹³²

Endvidere lægges der vægt på, at Højesteretsdommeren har ubetinget tavshedspligt.

Yderligere konkluderes der, at der ikke har været dokumenteret en særlig interesse hos A, som kunne overstige det behov, som B havde for at videregive oplysningerne.

Datatilsynets afgørelse illustrerer, at skjulte lydoptagelser i nogle omstændigheder kan være berettiget, såfremt dette sker med henblik på at varetage egne interesser. Foretager man lydoptagelser, anses man herefter som værende den dataansvarlige. Yderligere blev det af afgørelsen understreget, at den dataansvarlig har en oplysningspligt overfor den optagede, og at dette skal ske snarest muligt efter optagelsen.

Desuden lægger afgørelsen også fokus på den dataansvarliges pligt til dataminimering, hvorefter oplysninger uden relevans for sagen skal slettes. Dog omfatter Datatilsynets kompetencer alene det databeskyttelsesretlige.¹³³ Dette anerkendes også af afgørelsen, at

¹³¹ Martin Sønnersgaard, Kammeradvokaten, 2018, *Må du optage et møde med din chef?*, <https://kammeradvokaten.dk/nyheder/maa-du-optage-et-moede-med-din-chef>

¹³² Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017, side. 9

¹³³ Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017, side. 1

arbejdstagerens rettighed til at anvende lydoptagelser som bevis, i nogle tilfælde kan overstige arbejdsgiverens interesse om ikke at blive optaget.

6.1.1 Opsummering - Ansættelsesretligt

Gennemgangen af den relevante retspraksis er med til at vise retstilstanden angående lydoptagelser i ansættelsesretlige sager forud for U.2019.3878H. Ud fra retspraksissen ses der at lydoptagelser i et begrænset omfang bliver påstået som værende en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet. Generelt tildeler retten lydoptagelser en bevismæssig betydning på lige fod med andre dokumentationsformer, uden at dette har medført sanktioner mod arbejdstageren.

I sagen fra Østre Landsret gjorde arbejdsgiveren det gældende, at arbejdstagerens lydoptagelse af en telefonsamtale udgjorde en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, som berettigede en bortvisning. Landsretten fandt frem til, at dette ikke var tilfældet, da handlingen ikke havde den nødvendige karakter eller grovhed, og at der ikke fandtes et grundlag, som kunne berettige en bortvisning eller opsigelse. Dommen er bl.a. en indikator for hvordan domstolenes vurdering af forhold vedrørende lydoptagelser har været præget af den strafferetlige tilgang, og ud fra dette er disse ensidige lydoptagelser ikke som udgangspunkt ulovlige med mindre disse foretages under skærpende omstændigheder. Der kan derfor også ud fra retspraksissen vurderes, at der i retstilstanden ikke entydigt er noget der vil kvalificere en arbejdstagers anvendelse af lydoptagelser som en form for illoyalitet eller en misligholdelse af ansættelsesforholdet.

Desuden er det anerkendt af Datatilsynets afgørelse, at DBL's interesseafvejningsregel finder anvendelse i et ansættelsesretligt sammenhæng. Reglen indebærer, at arbejdstagerens lydoptagelser i nogle tilfælde kan udgøre en legitim interesse, der kan overstige den registreredes interesser, såfremt arbejdstageren foretager lydoptagelsen med henblik på at dokumentere egen interesse i tilfælde af en tvist.

Dette ses også anvendt i U.2019.3878H og det kan derfor antages at retstilstanden før denne har været, at benytte den strafferetlige vurdering af lydoptagelser i sammenhæng med det

databeskyttelsesretlige. Denne tilgangsmåde er derfor også blevet solidificeret af Højesteretsdommen.

6.1.2 Opsummering ift. U.2019.3878H

Det kan observeres ud fra tidligere retspraksis angående lydoptagelser, at de ligesom i afgørelsen i U.2019.3878H er blevet benyttet som bevis. Det kan ses fra retspraksis, at lydoptagelserne tidligere var blevet benyttet som bevis for at kunne dokumentere de faktiske omstændigheder under møder og samtaler mellem arbejdstager og arbejdsgiver. Der er også kun i en af de behandlede domme blevet påberåbt illoyalitet ift. at foretage en lydoptagelse. Dog kom både By- og Landsretten frem til, at foretagelsen af en lydoptagelse i sig selv ikke kunne konstatere en saglig opsigelse uden, at der forefandt sig en forudgående advarsel.

De faktiske omstændigheder som findes i U.2019.3878H og Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017 er ikke identiske, men har dog sammenlignelige problemstillinger. Begge situationer omhandlede en arbejdstager, som havde tvivl angående hvad deres næste samtale med deres respektive arbejdsgiver ville indeholde. Derfor foretog de lydoptagelser for at dokumentere hændelsesforløbet. Begge parter foretog lydoptagelser af deres møder, men undlod at orientere de øvrige mødedeltagere og uden at vide, hvorvidt lydoptagelserne ville have en relevans i fremtidige tvister. Begge parter undlod derfor også af egen drift at informere om optagelserne i forbindelse med deres møder. Hvilket efter dagældende persondatalovs § 28, stk. 1, betyder at oplysningspligten indtræder ved indsamlingen af oplysningerne. Dog skelnes der ud fra Datatilsynets vejledning til kapitel 8-10 i DBL mellem tilfælde, hvor det er den registrerede der foretager henvendelsen til den dataansvarlige og tilfælde, hvor det er den dataansvarlige som foretager henvendelsen til den registrerede. Oplysningspligten i det sidstnævnte tilfælde har indtrædelse ”snarest muligt”, hvor der typisk vil være tale om en tidsramme på 10 dage. Det kan derfor vurderes, at arbejdstagerne i begge sager burde have orienteret deres arbejdsgiver rettidigt, hvilket ikke var tilfældet. Dog foreligger der ikke en forpligtelse til at informere om foretagelsen af en lydoptagelse imens denne finder sted.¹³⁴

¹³⁴ Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017, side. 6-7

Det fremgår ikke af U.2019.3878H, at den lydoptagelse, som A foretog, indeholdt oplysninger om D's private forhold, og der har derfor heller ikke været anledning til at slette potentielt irrelevante oplysninger. Formålet med lydoptagelsen var også, at foretage en bevissikring af hændelsesforløbet i relation til de ansættelsesretlige forhold, som blev diskuteret under mødet.

Det kan ud fra Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017 udledes, at der ved U.2019.3878H også skulle foretages en vurdering efter DBL's interesseafvejningsregel. Højesteret anførte i U.2019.3878H at ” (...) *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* ”¹³⁵, hvilket også viser at dette også er blevet gjort. Det afgørende spørgsmål var derfor, hvorvidt A's interesser oversteg arbejdsgivers interesser i ikke at blive optaget. På trods af forskellene i sagernes konkrete forhold, omhandler begge situationer, at der blev foretaget en afvejning af hvilken part der havde den stærkeste berettigede legitim interesse.

I U.2019.3878H var A's legitim interesse begrundet i at dokumentere de ansættelsesretlige forhold som blev diskuteret under mødet, hvilket blev vurderet til at overstige arbejdsgiverens legitim interesse i at holde oplysningerne fortrolige. Hvorefter afgørelsen fra Datatilsynet var det nødvendigt at foretage videregivelsen til opmanden for at forfølge den berettigede interesse. Eftersom U.2019.3878H er blevet vurderet ud fra næsten identiske regler og principper som Datatilsynets afgørelse af d. 22. december 2017 har dette medført nærmest identiske resultater. Nemlig at A's legitim interesse for at dokumentere mødet samt bruge dette til at forsvare sig mod en uberettiget bortvisning oversteg arbejdsgiverens legitim interesse i ikke at blive optaget.

¹³⁵ U.2019.3878H, side. 27

6.2 Strafferetligt

Siden straffelovrådets behandlede lydoptagelser i betænkning nr. 601 angående privatlivets fred samt den efterfølgende lovændring tilbage i 1972, har det rent strafferetligt været tilladt at foretage lydoptagelser af samtaler, møder, forhandlinger osv. Kravet hertil er, at mindst en af de berettigede deltager er bevidst om optagelsen.¹³⁶

STRFL § 263, stk. 1, vedrører breve, telegrammer og anden form for lukkede meddelelser. Dette adskiller sig markant for lydoptagelser, da det omfatter skriftlig kommunikation frem for mundtlig. Der er overtiden sket en udvikling med lovgivningen ift. placeringen af bestemmelserne om lydoptagelser, dog har ordlyden forblevet den samme. Dette ses på opdateringen af STRFL § 263 i 2018, hvor opdateringen skyldes, at den fremadrettet skulle afspejle den stigende teknologiske udvikling. Bestemmelsen om lydoptagelser blev herefter placeret i STRFL § 263, stk. 2, nr. 2, og der skete en sproglig præcisering af stk. 1 og 2. Lydoptagelser er derfor efter den gældende straffelov reguleret af STRFL § 263, stk. 2, nr. 2.¹³⁷

Det fremgår af bestemmelsen i STRFL § 263, stk. 2, nr. 2, at:

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

- *1) åbner et brev eller en anden lukket meddelelse eller optegnelse eller gør sig bekendt med indholdet eller*
- *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.”¹³⁸*

Der bliver i bestemmelsen fastslået, at der skal foretages en hemmelig optagelse og at dette skal ske ved hjælp af et apparat. Dog stiller bestemmelsen intet krav til, hvorvidt apparatet skal være skjult under optagelsen, hvor det vigtige element er derfor at optagelsen er

¹³⁶ Thomas Elholm m.fl. *Kommenteret straffelov - speciel del*, side. 588

¹³⁷ Thomas Elholm m.fl. *Kommenteret straffelov - speciel del*, side. 584 og side. 586

¹³⁸ Lovbekendtgørelse 2024-11-05 nr. 1145 - Straffeloven

hemmelig. Det har den effekt, at optagelsen f.eks. kan foretages ved brug af en frit fremliggende telefon under mødet.¹³⁹

Det er afgørende ift. optagelsen er, at denne sker i forbindelse med en lovlig deltagelse ved møder, samtaler og forhandlinger, eller i øvrigt at den optagende part på anden vis har retten til at være til stede. Ligeledes diskulperer dette også, at hvis blot en af de berettigede deltagere giver en udenforstående tilladelse til at foretage en lydoptagelse, vil det være lovligt.¹⁴⁰

Spørgsmålet om grænserne for anvendelsen af lydoptagelser strafferetligt kom særligt til udtryk i U.2019.3878H, hvor arbejdsgiver havde bortvist en arbejdstager med tilbagevirkende kraft for at have lydoptaget et møde uden de øvrige deltagers vidende. Som tidligere nævnt i afsnit 5.1 foretog arbejdstageren, der var ansat som kundekonsulent i virksomheden, en lydoptagelse af et møde med sin arbejdsgiver, hvor øvrige kundekonsulenter ligeledes var til stede. Arbejdstageren, der besad en tilsvarende stilling som de øvrige deltagere, besad på lige vilkår en legitim ret til at deltage til mødet.

Som nævnt tidligere, så ifølge Straffelovrådets betænkning nr. 601 fastsætter STRFL § 263, stk. 2, nr. 2, at en person kan idømmes bøde eller fængselsstraf i op til 6 måneder, hvis vedkommende benytter et apparat til at hemmeligt aflytte eller foretage skjulte lydoptagelser af udtalelser fremsat i enrum, under en telefonsamtale, et møde hvor andre deltager eller til forhandlinger foretaget i et lukket møde. Sanktionen i den nævnte bestemmelse finder dog kun anvendelse, hvis den pågældende ikke selv deltager i de pågældende møder eller lignende situationer, hvor lydoptagelsen foretages, eller hvis vedkommende har skaffet sig adgang på uberettiget vis. Dermed kan lydoptagelsen foretaget af kundekonsulenten i den pågældende Højesteretsafgørelse ikke anses for at være i strid med STRFL § 263, stk. 2, nr. 2, da kundekonsulenten selv deltog i mødet og ikke havde skaffet sig uberettiget adgang hertil. Efter Højesterets vurdering faldt forholdet i afgørelsen uden for STRFL § 263, stk. 2, nr. 2's anvendelsesområde efter en modsætningsslutning. Dette betyder i denne sammenhæng,

¹³⁹ Thomas Elholm m.fl. *Kommenteret straffelov - speciel del*, side. 588

¹⁴⁰ Thomas Elholm m.fl. *Kommenteret straffelov - speciel del*, side. 588

at bestemmelsen alene forbyder lydoptagelser foretaget af en person, der enten ikke selv deltager i et møde eller har skaffet sig uberettiget adgang hertil.

6.2.1 Opsummering - Straffe- og ansættelsesretligt

I de behandlede domme under afsnit 6.1 blev arbejdstagers anvendelse af lydoptagelser ikke anset som en illoyal handling. I stedet blev fokus rettet mod lydoptagelsernes indhold, som i flere tilfælde blev tillagt bevismæssig vægt under sagens behandling. Det viser, at lydoptagelser før afsigelsen af dommen U.2018.3294V ikke blev betragtet som en grov misligholdelse til at kunne begrunde en opsigelse eller bortvisning. Det kan således konstateres, at det strafferetlige og det ansættelsesretlige udgangspunkt for vurderingen af lydoptagelser før afsigelsen af U.2018.3294V i vidt omfang var sammenfaldende.

Med Højesterets afgørelse af dommen kan det hævdes, at retsstillingen i nogen grad er vendt tilbage til det tidligere udgangspunkt. Højesteret har i deres afgørelse U.2019.3878H, ikke blåstemplet arbejdstagers adgang til at anvende lydoptagelser af arbejdsgiver som bevissikring, men har i stedet foretaget en afbalanceret vurdering. Før en lydoptagelse kan anses som tilladt, skal den vurderes konkret ud fra både strafferetlige og databeskyttelsesretlige kriterier, herunder bl.a. kravene om saglighed og proportionalitet.

Under det strafferetlige udgangspunkt vil det dog stadig være tilladt for arbejdstager at foretage lydoptagelser af samtaler, møder, forhandlinger eller lignende situationer, forudsat at vedkommende deltager lovligt i disse situationer. Hvis arbejdstageren ikke selv er til stede under de pågældende situationer, eller hvis vedkommende på anden måde skaffer sig adgang på uberettiget vis, kan dette medføre sanktioner i henhold til STRFL § 263, stk. 2, nr. 2. På baggrund af den behandlede retspraksis kan det konkluderes, at det ansættelsesretlige udgangspunkt i vidt omfang er blevet sammenfaldende med det strafferetlige udgangspunkt, idet arbejdstagerens anvendelse af lydoptagelser i vid udstrækning er vendt tilbage til det oprindelige udgangspunkt efter U.2019.3878H.

7. Loyalitetskonflikter

Som nævnt i afsnit 4.5 er der med afsæt i juridisk litteratur og relevant retspraksis redegjort for og analyseret de handlinger, der i praksis kan kvalificeres som illoyale, og som dermed kan anses for at udgøre en grov misligholdelse af det individuelle ansættelsesforhold. Selv om visse handlinger i juridisk forstand er lovlige, kan de under visse omstændigheder alligevel udgøre en tilsidesættelse af arbejdstagerens loyalitetspligt, såfremt de strider mod de forpligtelser, der udspringer af ansættelsesforholdet. Det kan f.eks. observeres hos arbejdstagere, der foretager en uberettiget brug af oplysninger de har været berettiget til. En uberettiget videresendelse af forretningshemmeligheder kan sanktioneres med bortvisning. Det er gældende, uanset om arbejdstageren havde til hensigt at videregive oplysningerne til tredjemand eller selv benytte disse, da en videregivelse ikke kan ske uden arbejdsgiverens tilladelse.¹⁴¹ Illoyalitet kan derfor forekomme alene ved tanken om at anvende disse berettigede materialer på en uberettiget måde, og kan på denne baggrund være en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, som kan medføre en bortvisning.

Følgende afsnit behandler relevant retspraksis vedrørende de loyalitetskonflikter der kan opstå når, arbejdstagere med en berettiget adgang til materialer benytter dem på en uberettiget måde. Således kan der observeres, hvordan domstolene bedømmer denne form for loyalitetskonflikt, hvilket er med til at skabe en bedre forståelse af retstilstanden.

Sagen fra Vestre Landsret af d.13. marts 2002¹⁴² omhandler en arbejdstager (A), som tiltrådte en stilling hos en konkurrerende virksomhed efter at havde opsagt en femårig ansættelse. Da A accepterede stillingen hos konkurrenten, foretog han samme dag et udskrift af en række dokumenter, herunder fortrolige kundematerialer. A opbevarede materialerne i en pose i sin bil. Efterfølgende påstod A, at det formål med kopieringen og opbevaringen af materialerne var til hensyn, at skulle benyttes til oplæringen af en ny kollega, på trods af at dette ikke var aftalt med arbejdsgiveren.

¹⁴¹ Lars Svenning Andersen m.fl. *Funktionærret*, side. 305

¹⁴² Vestre Landsrets dom af d. 13. marts 2002 - Sag B-1024-01

Der blev herefter foretaget en intern undersøgelse, hvor A nægtede kopieringen af materialet. Dog kunne det dokumenteres, at A havde foretaget kopieringen og A indrømmede også dette ved fremvisningen af dokumentationen. Der kunne ikke dokumenteres, hvorvidt der var sket en videregivelse af oplysningerne til en tredjepart. Yderligere kunne det ikke bevises om A havde hensigten til at videregive oplysningerne til sin kommende arbejdsgiver, og A nægtede også at have haft en sådan hensigt.

Landsretten bestredte ikke A's handlinger med at have accepteret en ansættelse hos en konkurrerende virksomhed samt at A havde kopieret og opbevaret kundematerialer fra arbejdspladsen. Noget af materialet havde desuden en fortrolig karakter, og det vurderes af Landsretten, at dette kunne være blevet benyttet til at skade virksomheden og dens kunder.

Der blev af flere af dommerne lagt vægt på, at A gennem forløbet ikke havde givet en troværdig forklaring og samtidig ikke kunne fremføre dokumentation angående, hvorfor materialet var fjernet og opbevaret i A's bil. Flertallet vurderede derfor, at A havde *"(...) optrådt så illoyalt, at det havde været berettiget at bortvise ham."*¹⁴³ Dermed blev A's hensigt om videregivelse af oplysningerne også anset som værende irrelevant, og det var derfor selve handlingen med at foretage en uberettiget kopiering og opbevaring af fortrolige kundematerialer, som blev vurderet som så groft illoyalt, at der var tale om en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet.

Endvidere blev der af flertallet fastslået, at A udnyttede den legitime adgang til oplysningerne som hans stilling berettiget ham til, men A's anvendelse af denne adgang havde intet arbejdsrelateret formål og var derfor uberettiget. Derudover blev der ved vurderingen af loyalitetsbruddet tillagt særlig betydning til karakteren og konteksten af A's handling, særligt grundet hans overgang til en konkurrerende virksomhed.

Der forefandt sig dissens i dommen, da et mindretal af dommerne fandt det betænkeligt, at anse A's adfærd som værende så grov en misligholdelse, at det kunne berettige en bortvisning. Det blev i dissens ikke fundet bevist, at A havde til hensigt at udlevere

¹⁴³ Vestre Landsrets dom af d. 13. marts 2002 - Sag B-1024-01, side. 1

oplysningerne til sin nye arbejdsgiver eller at A havde udleveret disse. Dissens finder derfor ikke et tilstrækkeligt bortvisningsgrundlag.

Dommen illustrerer, at en illoyal adfærd om uberettiget brug kan udgøre en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, på trods af manglen på konkrete skader eller beviser på at en videregivelse til tredjemand har fundet sted. Det ses også at det afgørende for flertallet var, at A's handling var så uforenelig med loyalitetspligten, og det viser, at dette også gør sig gældende i opsigelsesperioden og ved overgang til konkurrerende virksomhed.

Der bliver i Vestre Landsrets dom af d. 19. februar 2013¹⁴⁴ behandlet en tilsvarende problemstilling. I dommen havde arbejdstageren (F) været ansat som konferencekoordinator på et hotel (H) siden 2006. F blev senere i 2009 sygemeldt grundet graviditetsproblemer. F's ansvar som konferencekoordinator bestod i håndtering og opfølgning vedrørende H's erhvervskunder. Denne stilling omfattede, at F håndterede fortrolige og forretningskritiske oplysninger. Forud for F's sygemelding var hun i gang med en række firmaaftaler, men var ikke i stand til at færdiggøre disse, hvor hun dermed videresendte to firmaaftaler til sin private mail, så hun kunne færdiggøre arbejdet hjemmefra.

Fem dage efter blev F opsøgt i sit hjem af H's bogholder (B) og salgs- og marketingchefen (C) for at konfrontere hende angående de dokumenter, som var sendt til hendes private mail. Yderligere ønskede de afklarede, hvorvidt F efterfølgende har videreformidlet materialet til en kollega (K), som havde opsagt sin stilling og på daværende tidspunkt var på barselsorlov. F udarbejdede en håndskreven note under mødet, hvori hun oplyste, at firmaaftalerne bl.a. var udleveret til K ~~”til brug ved ny an evt. inspiration ved fremtidige ansættelsesforhold.”~~¹⁴⁵ F havde dog undervejs foretaget overstregninger i notatet og forklarede efterfølgende, at disse kunne give B og C det fejlagtige indtryk, at hun havde udleveret firmaaftalerne til K, selvom det ikke var tilfældet. F's forklaring blev understøttet af K, som ligeledes benægtede at have modtaget materialerne.

¹⁴⁴ Vestre Landsrets dom af d. 19. februar 2013, 3. afd. - Sag B-2042-11

¹⁴⁵ Randers Byrets dom af d. 3. august 2011, side. 2

F blev på trods af dette efterfølgende bortvist. I forbindelse med sin bortvisning fastholdte F sin påstand om ikke at have videregivet materialet til K. Tilsvarende sagde direktøren (D) at *"det er tanken der tæller"* og forklarede i retten at den illoyale handling som F havde foretaget bestod i, indscanningen og videregivelsen af materiale, som ikke tidligere var digitaliseret. Dokumenterne indeholdte fortrolige oplysninger, som ifølge D ikke måtte forlade virksomhedens interne systemer, da dette indebar en risiko for H's virksomhed. D bemærkede, at hvis F havde foretaget en fysisk kopiering, vil det sandsynligvis ikke have været opdaget, men at dette ikke ændrer karakteren af handlingen.

I Byretten blev det fundet, at F bevidst havde tilsendt sin private mail fortrolige firmaaftaler og at hun yderligere underskrev et notat, hvorpå hun bekræftede at have videregivet materialet til K. Retten fandt derfor, at F ved overførelsen af fortrolige og forretningskritiske materialer til sin private mail, og med den henblik at videregive materialet til den fratrædende kollega K, havde groft misligholdt sin loyalitetspligt og at dette berettiget en bortvisning. Der blev særligt lagt vægt på, at handlingen involverede oplysninger som F havde adgang til grundet sin stilling og at hun benyttede disse udenfor virksomhedens øjemed.

Landsretten tiltrådte præmisserne fremstillet af Byretten og stadfæstede afgørelsen.

Landsretten fastslog, at F's handlinger udgjorde en så grov misligholdelse af loyalitetspligten, at bortvisningen var berettiget, uanset om materialet var videregivet til K eller ej. Dommen illustrerer, at det er handlingens karakter, der er afgørende for vurderingen og ikke nødvendigvis de faktiske skader eller konsekvenser.

Dommen kan derfor i lighed med den tidligere behandlede Vestre Landsrets dom fra 2002 synliggøre, at den faktiske skadevirkning ikke altid er nødvendig for at der er tale om en egentlig tilsidesættelse af loyalitetspligten, og at handlingens karakter kan danne grundlag for en berettiget bortvisning. D's bemærkning om *"at det er tanken der tæller"* afspejler derfor også en forenklet version af den retlige vurdering, hvor det er handlingens karakter og dens potentielle illoyalitet, der er afgørende for vurderingen og ikke den faktiske skade.

I en dom afsagt af Østre Landsret af d. 10. december 2009¹⁴⁶ blev en arbejdstager (A) bortvist under henvisning til illoyal adfærd udvist i opsigelsesperioden. Illoyaliteten bestod i, at A, i samarbejde med en kollega, havde planlagt at etablere en konkurrerende virksomhed samt i, at han dagen før sin opsigelse havde sendt kundeoplysninger til sin egen private mail. Hvor første instans ikke fandt grundlag for bortvisning, vurderede anden instans, at illoyaliteten havde en sådan grovhed, at der forelå en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, som kunne berettige en bortvisning.

A var i sin stilling beskæftiget med henholdsvis reparation af computere og salgsarbejde for virksomheden. Den 21. januar 2008 valgte A at opsige sin stilling med henblik på at etablere en konkurrerende virksomhed i samarbejde med en tidligere kollega (B), der var blevet opsagt og fritstillet medio januar 2008. A's intention om at etablere en konkurrerende virksomhed blev dokumenteret gennem en Messenger-korrespondance via applikationen Facebook med en anden kollega (C), hvor han blandt andet skrev; *"Siger op i løbet af denne måned og starter selv med min nuværende kollega... Vi har ideerne, produkterne og samarbejdspartnerne... Skal bare lige have nogle kunder også."*¹⁴⁷

Den 20. januar, altså dagen før A formelt opsagde sin stilling, sendte han seks mails fra sin arbejdsadresse til sin egen private mailkonto. Disse mails indeholdte fortrolige oplysninger såsom softwarenøgler, arbejdsrelaterede dokumenter samt information om kunder og virksomhedens kundemøder i marts 2008. Sidstnævnte oplysninger vedrørte forhold, som A ikke burde have haft adgang til, da de relaterede sig til en periode, hvor han allerede ville have været fratrådt virksomheden. Over for retten forklarede A, at formålet med at sende disse oplysninger til sig selv var, at han d. 21. januar skulle afholde et kundemøde på vegne af virksomheden, og at han havde behov for materialet i den forbindelse. Virksomheden vurderede imidlertid, at A's handling udgjorde en tilsidesættelse af loyalitetspligten og dermed en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, hvorfor han blev bortvist d. 23. januar 2008.

¹⁴⁶ Østre Landsrets dom af d. 10. december 2009, 2. afd. - Sag B-458-09

¹⁴⁷ Østre Landsrets dom af d. 10. december 2009, 2. afd. - Sag B-458-09, side. 2

Umiddelbart efter udløbet af opsigelsesperioden etablerede A en konkurrerende virksomhed i samarbejde med B, hvor forretningsområdet i al væsentlighed svarede til det, de tidligere havde beskæftiget sig med hos deres tidligere arbejdsgiver.

I den forbindelse havde A under opsigelsesperioden tilbudt B at anvende et tomt kontorlokale beliggende på A's private adresse som driftsbasis for den nye virksomhed, der skulle operere under navnet VoIP*IT. A havde overdraget retten til virksomhedsnavnet til B allerede forud for sin egen opsigelse fra virksomheden, idet B på dette tidspunkt var blevet opsagt og dermed fritstillet, hvilket muliggjorde, at B kunne påbegynde etableringen af den konkurrerende virksomhed. På baggrund af en samlet vurdering af disse forhold, herunder Messenger-korrespondancen, udlånet af kontorlokalet, overdragelsen af virksomhedsnavnet til B samt fremsendelsen af kundeoplysninger til A's private mail forud for opsigelsen, fandt Østre Landsret, at der forelå en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet som følge af illoyal adfærd.

Ligesom ved Byrettens behandling af sagen fandt Østre Landsret heller ikke bevis for, at A rent faktisk havde anvendt de sendte oplysninger i forbindelse med etableringen af sin egen virksomhed. Retten lagde imidlertid vægt på, at der i sådanne tilfælde ikke kræves bevis for faktisk anvendelse, idet allerede en begrundet formodning om, at oplysningerne kunne blive benyttet illoyalt, kan udgøre en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet. Virksomhedens begrundede mistanke om, at A havde til hensigt at bruge oplysningerne til eget formål, blev derfor anset som tilstrækkelig til at berettiggende en bortvisning.

7.1 Opsummering - Loyalitetskonflikter

På baggrund af den behandlede retspraksis i ovenstående afsnit kan det konstateres, at der kan statueres illoyalitet, selv i tilfælde hvor en arbejdstager alene har haft til hensigt at anvende oplysninger, som vedkommende var berettiget til at besidde, på en uberettiget måde.

Den behandlede retspraksis viser, at en tilsidesættelse af loyalitetspligten ikke nødvendigvis forudsætter en faktisk skadevirkning, idet det var handlingens karakter og den potentielle illoyalitet, som var afgørende for vurderingen i de behandlede domme.

På baggrund af den behandlede retspraksis kan det udledes, at arbejdstageren i de pågældende sager har været berettiget til at besidde de omhandlede oplysninger som led i udførelsen af sine arbejdsopgaver. Den illoyale handling bestod imidlertid i, at arbejdstageren benyttede disse oplysninger på en uberettiget måde, eksempelvis ved at sende dem til sin private mail eller tage dem med hjem med henblik på anvendelse uden for arbejdspladsen. Det er i den forbindelse afgørende, at sagsøgeren under bevisførelsen dokumenterer, at arbejdstageren har skaffet sig adgang til oplysningerne, og at der kan rejses tvivl om hensigten hermed. En begrundet mistanke om, at arbejdstageren agter at benytte oplysningerne uberettiget, kan på baggrund af de konkrete omstændigheder være tilstrækkelig til at statuere illoyalitet, hvilket udgør en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet og kan begrunde en berettiget bortvisning.

7.2 Loyalitetskonflikter ift. U.2019.3878.H

U.2019.3878H adskiller sig væsentligt fra de ovenfor behandlede afgørelser, idet der ikke blev behandlet oplysninger vedrørende erhvervshemmeligheder, kundeoplysninger eller andre sådanne forhold, som er relateret til virksomhedens drift. A havde i den konkrete sag foretaget en lydoptagelse af et internt møde mellem B, A og to andre kundekonsulenter. Mødet havde til formål at drøfte fremtidige opgørelser og provisioner til de deltagende kundekonsulenter.

Sammenlignes dette med den ovenfor behandlede retspraksis, hvor dommerne har lagt til grund, at disse har anerkendt retten til adgang til nogle oplysninger, hvor den uberettiget brug er sanktioneret, må der foretages en behandling bestående af tre led; Der skal derfor vurderes hvorvidt oplysninger som fremkom af lydoptagelsen kan sidestilles med de oplysninger retspraksis behandler, om der var tale om berettiget adgang til oplysningerne fra A's side og om måden A benyttede lydoptagelsen kan karakteriseres som uberettiget.

Der må ud fra mødet d. 11. oktober 2016 lægges til grund, at mødet udelukkende omhandlede forhold som ville karakteriseres som personlige for kundeconsulenterne bl.a. oplysninger vedrørende ansættelsesvilkår og aflønning. Der var derfor ikke tale om oplysninger som ville kunne anses som værende forretningskritiske som f.eks. erhvervshemmeligheder og kundeoplysninger, hvilket også har en særlig beskyttelse efter særlovgivning. Oplysningerne kan således ikke sidestilles med den gennemgået retspraksis.

A var selv deltagende til mødet, og havde derfor også en retmæssig adgang til de oplysninger, som fremkom under mødet. A havde ikke indhentet et forudgående samtykke til lydoptagelsen inden denne blev foretaget, og A medbragte lydoptagelsen, da han senere forlod arbejdspladsen. Det fremgår af A's egen forklaring, at lydoptagelsens formål var at dokumentere eventuelle løfter fremsagt af B, da de ifølge A tidligere ikke var blevet efterlevet. Lydoptagelserne var derfor tiltænkt som værende dokumentation i tilfælde af fremtidig konflikt og der var derfor ikke henblik på udbredelse til tredjeparter. I dette henseende har det derfor relevans at vurdere, hvorvidt lydoptagelsen ville kunne sidestilles som et medie ligesom en mail, idet begge typer kan indeholde oplysninger med potentiel værdi. Selve formen hvori oplysningerne findes har ikke en afgørende betydning, men indholdets karakter og følsomhed har.

A angav at formålet med lydoptagelsen var til eget brug, men det er nærtliggende at kunne antage, at A havde grund til at have et strategisk formål med lydoptagelsen, såfremt uenigheder angående forholdene på mødet skulle opstå. Dette strategiske formål eller bagtanke kunne tale for at der forefandt sig en illoyal handling overfor arbejdsgiver. Dog vil det omvendt tale imod illoyalitet, at der ikke fremgår at A på noget tidspunkt havde intentioner om at videreformidle oplysningerne eller at have til hensigt at skade

virksomheden. Desuden burde det nævnes, at indholdet af lydoptagelsen formentligt ikke ville kunne betegnes som værende en forretningskritisk oplysning i den juridiske forstand og at denne ikke var blevet anvendt før efter bortvisningen, som et led i A's forsvar. På denne baggrund er sagen heller ikke fuldt ud sammenlignelig med den tidligere behandlede retspraksis, da det ikke er blevet gjort indgreb i beskyttede forretningsinteresser. Sagen falder derfor ikke indenfor rammerne af de ovenfor behandlede domme, dog kan det ikke udelukkes, at lignende overvejelser er blevet inddraget i domstolenes vurdering, på trods af at dette ikke er direkte trykt.

8. Øvrige retlige spørgsmål rejst af U.2019.3878H

8.1 Lydoptagelse ved samtale og møde

Der er tidligere blevet behandlet retspraksis, hvor arbejdstagere har foretaget lydoptagelser alene af deres arbejdsgiver uden deres vidende. U.2019.3878H vedrører imidlertid en situation, hvor en lydoptagelse blev foretaget under et møde med flere deltagere uden deres vidende. Det rejser et ansættelsesretligt spørgsmål om, hvorvidt retlige konsekvenser og vurderingskriterier adskiller sig, alt efter om en lydoptagelse foretages under en bilateral samtale mellem arbejdstager og arbejdsgiver eller i en bredere mødekontekst med flere deltagende parter.

I en lignende situation, som Højesteret behandlede i U.2019.3878H, forelå der en afgørelse fra Vestre Landsret af d. 12. april 2016, behandlet i afsnit 6.1. Mødet havde flere deltagere, herunder arbejdsgiveren, en af virksomhedens største kunder samt en konkurrerende virksomhed. Arbejdstageren havde uden arbejdsgiverens vidende udført arbejde for disse parter uden om virksomheden. Vestre Landsret fandt, at det ikke var lydoptagelsen, der udgjorde den illoyale handling, men derimod arbejdstagerens uautoriserede engagement med virksomhedens kunde og konkurrent. Retten lagde til grund, at det var arbejdstagerens illoyale handling ved at omgå arbejdsgiverens interesser, og ikke lydoptagelsen, der begrundede bortvisningen.

Som nævnt i afsnit 4.5.2 om den indadrettede loyalitetspligt, der relaterer sig til den fastsatte omgangstone i virksomheden, kan der under en fortrolig samtale mellem arbejdsgiver og arbejdstager være større rummelighed for en uformel og friere omgangstone. Hvis sådanne ytringer imidlertid bringes til udenforståendes kendskab, reduceres tolerancen over for en uformel sproganvendelse, idet hensynet til virksomhedens omdømme og professionelle fremtoning får forrang. Under et møde med flere deltagende parter vil der således foreligge en skærpet adgang til at statuere illoyalitet ved ytringer præget af et uformelt og frit sprogbrug sammenlignet med en bilateral samtale mellem arbejdstager og arbejdsgiver.

Som nævnt tidligere påvirkes den strafferetlige vurdering ikke af, om lydoptagelsen er foretaget under en bilateral samtale mellem arbejdstager og arbejdsgiver eller under et møde med flere deltagere, så længe den, der foretager optagelsen, selv har en berettiget adgang til at deltage.

Efter at have taget højde for de konkrete omstændigheder i U.2019.3878H, kan det ikke udelukkes, at retten har tillagt det betydning, at arbejdstagerens lydoptagelse fandt sted i en situation, hvor flere tilstedeværende, ud over arbejdsgiveren, var til stede. Der foreligger imidlertid ingen retspraksis, der understøtter den opfattelse, at lydoptagelser foretaget under møder med flere tilstedeværende parter bør sanktioneres hårdere for at statuere illoyalitet, sammenlignet med lydoptagelser af bilaterale samtaler mellem arbejdstager og arbejdsgiver.

8.2 Arbejdstagers bevis gennem lydoptagelser

Lydoptagelser bliver anvendt som et centralt element i vurderingen af, om der er tale om en berettiget bortvisning, og i U.2019.3878H, om bortvisningen kan anses som værende med tilbagevirkende kraft.

Lydoptagelsen blev af retten benyttet til at klargøre hændelsesforløbet under mødet mellem A og D samt klarlægge hvilke udtalelser der under mødet var blevet fremsat. Retten kan på baggrund af hændelsesforløbet, som fremgik af lydoptagelsen, samt den mail, bogholderen afsendte, konstatere, at de nødvendige betingelser for en bortvisnings erklæring ikke var opfyldt. Retten konkluderede yderligere på dette grundlag, at X ApS ikke anses for at have foretaget en gyldig bortvisning af A d. 11. oktober 2016.

Det bemærkes desuden, at der ikke forefindes et ulovlighedsprincip vedrørende bevisførelsen i civile sager. Det er på dette grundlag alene dommerne i de konkrete sager der vurderer hvilke beviser der kan føres og hvilke der har relevans. Det er en grundsætning, at alle beviser som udgangspunkt kan føres, såfremt de har relevans. Dette følger af retsplejelovens § 341¹⁴⁸, hvor bevisførelse uden relevans kan nægtes. Derfor indebærer dette også en

¹⁴⁸ Retsplejelovens § 341 - “Bevisførelse, der skønnes at være uden betydning for sagen, kan ikke finde sted”

modsætningsvis bestemmelse, at relevant bevisførelse skal tillades. Grundsætningen kan spores tilbage til Nellemanns-udkastet fra 1866 og op gennem tiden. Grundsætningen har haft samme hensyn dengang såvel som nu, hvilket er at sikre den fri bevisbedømmelse, sådan at det alene er dommerne der afgør hvordan og hvilke beviser der tillægges vægt.¹⁴⁹

Beviserne i civilprocessen føres hovedsageligt i to grundformer; mundtlige og synbare bevismidler. Mundtlige beviser ses f.eks. i form af vidneforklaringer, og kan karakteriseres som enten berettende eller som sagkyndige og det er primært disse der føres under en hovedforhandling. Synbare beviser er derimod dispositive, berettende eller vurderende, eksempler herpå er bl.a. dokumenter og lydoptagelser, hvor det primært er disse der fremlægges eller oplæses under en hovedforhandling.¹⁵⁰ Lydoptagelser udgør dispositive synbare beviser, da de selvstændigt dokumenterer relevante dele af et hændelsesforløb og tillægges derfor også en retsbærende betydning.¹⁵¹ Der foreligger ikke en hierarkisk orden mellem bevismidlerne i civilprocessen, hvor værdien af beviserne beror på en konkret vurdering af troværdigheden samt vægten de tillægges. Det påhviler parterne selv, at tilvejebringe og fremlægge de beviser, der vurderes som mest egnede til at støtte deres individuelle påstande og anbringende.¹⁵² Det skyldes, at det er parterne selv, der råder over sagens genstand i civilprocessen. Parterne sørger derfor selv for at fremføre de bedste oplysninger af sagen, for således at påvirke bedømmelsen og afgørelsen til egen fordel.

Ved afsigelsen af U.2019.3878H har dette reelt været med til at sikre arbejdstagerens muligheder for at føre lydoptagelser som bevis. Denne sikring skaber flere muligheder for arbejdstagerens bevisførelse ved at give dem lydoptagelser som et redskab til at løfte bevisbyrden, sådan at de ikke alene har vidneforklaringer og referater som bevis.

¹⁴⁹ Mette Mortensen, *Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje*, side. 114-115

¹⁵⁰ Mette Mortensen, *Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje*, side. 53

¹⁵¹ Mette Mortensen, *Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje*, side. 58

¹⁵² Mette Mortensen, *Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje*, side. 63

8.3 Databeskyttelsesloven og GDPR ift. lydoptagelser

Det kan ud fra den tidligere behandlede afgørelse af Datatilsynet udledes, at en arbejdstager i konkrete tilfælde kan foretage lydoptagelser af arbejdsgiver uden dens vidende, såfremt der foreligger en legitim interesse som vejer tungere end modpartens og der er tale om et sagligt formål. Datatilsynets praksis viser, at legitimiteten af lydoptagelsen sker på baggrund af interesseafvejningsreglen. Denne ses også anvendt i U.2019.3878H på trods af ikke at være eksplicit nævnt. Det blev dog af Datatilsynet understreget, at det grundlag, skjulte lydoptagelser, foretages skal ske efter det reelle behov, og at dette behov ikke kan fyldestgøres på anden vis.¹⁵³ Interesseafvejningsreglen som findes i GDPR artikel 6, stk. 1, litra f, kræver, såfremt denne bliver benyttet, at der foretages en afvejning af nødvendigheden af lydoptagelsen og formålet herved.¹⁵⁴ Både i Datatilsynets afgørelse og i U.2019.3878H fandtes lydoptagelserne, at være relevante og tilstrækkelige til det tiltænkte formål.

Det kan også ses i retspraksis, at der ved foretagelse af lydoptagelsen skal ske en overholdelse af GDPR's øvrige bestemmelser bl.a. reglerne for dataminimering og opbevaringsbegrænsning jf. GDPR art. 5, stk. 1, litra c og e, svarende til DBL § 5, stk. 1. Det lægges til grund, at den dataansvarlige, altså den som har foretaget lydoptagelsen, udelukkende må opbevare det for formålet nødvendige materiale. Irrelevant materiale skal derfor slettes umiddelbart efter indsamlingen. Desuden skal opbevaringen ske i det kortest mulige tidsrum.¹⁵⁵ Datatilsynet understreger også, at lydoptagelser som bliver benyttet som bevis også bør slettes, når behovet ophører f.eks. ved sagens afslutning. I begge domme er der også tale om en lovlig opbevaring, på trods af at B i Datatilsynets afgørelse manglede at overholde proportionalitetsprincippet ved ikke at foretage en rettidig sletning.

Endvidere skal der ske en overholdelse af oplysningspligten i iht. GDPR art 13-14. Dog anerkender Datatilsynet, at en sådan oplysningspligt ved lydoptagelser ikke kan finde sted snarest muligt, da dette ville modvirke formålet ved at foretage en skjult lydoptagelse. Der forefindes en vejledende frist på ca. 10 dage, hvor denne frist ikke var blevet overholdt i

¹⁵³ Datatilsynets vejledning: *Optagelse af telefonsamtaler*, side. 2

¹⁵⁴ Datatilsynets vejledning: *Databeskyttelse i ansættelsesforhold*, side. 6

¹⁵⁵ Datatilsynets vejledning: *Databeskyttelse i ansættelsesforhold*, side. 9

hverken Datatilsynets afgørelse eller i U.2019.3878. En sådan overtrædelse vil betyde, at den dataansvarlige dermed ville handle i strid med god databehandlingsskik. Der tillægges dog ikke megen vægt til denne overtrædelse, eftersom Datatilsynet selv anførte dette som ”*beklageligt*” i deres afgørelse.

Det ses i lyset af Datatilsynets afgørelse, at skjulte lydoptagelser kan foretages, såfremt der er et tilstrækkeligt sagligt formål. Dette ses også i U.2019.3878H, hvor Højesteret kom frem til at lydoptagelsen som A foretog, havde et tilstrækkeligt sagligt formål. Et eksempel på et sagligt formål vil netop være en bevissikring for at kunne beskytte egne interesser. Det kan ud fra både Datatilsynet og U.2019.3878H præciseres, at lydoptagelser skal dække et reelt behov og være både nødvendige og proportionale med formålet. Disse principper understøttes ligeledes af Datatilsynets vejledning om ”*Databeskyttelses i ansættelsesforhold*”.

Retspraksis viser også, at retstilstanden som udgangspunkt er, at skjulte lydoptagelser gerne må finde sted efter databeskyttelsesreglerne, såfremt interesseafvejningen peger på et legitimt og sagligt formål. Yderligere skal der ske en overholdelse af oplysningspligten og opbevaringsbegrænsningen. I praksis har Datatilsynet og U.2019.3878H tillagt det betydning, at arbejdstager kun burde foretage skjulte lydoptagelser når der forefindes tungtvejende grunde herfor f.eks. dokumentation angående ansættelsesforhold. Desuden anses arbejdstageren, der foretager en lydoptagelse, herefter som dataansvarlig og skal derfor være varsom i behandlingen af lydoptagelsen og overholde gældende regler.

Dette viser også som tidligere nævnt i specialet, en praksis, der benytter en databeskyttelsesretlig vurdering af en ansættelsesretlig konflikt, på trods af størstedelen af den tidligere behandlede retspraksis viser, at lydoptagelser er blevet benyttet som bevis på lige fod med andre bevisformer, uden sanktioner over for arbejdstageren.

8.4 Er der fastsat en for liberal tilgang til at foretage lydoptagelser fremadrettet?

Dommen giver anledning til at diskutere, om Højesteret har anlagt en for liberal tilgang ved arbejdstagerens brug af lydoptagelser som bevissikring fremadrettet. I takt med den teknologiske udvikling i samfundet er mobiltelefoner generelt blevet et uundværligt teknologisk redskab for den enkelte borger, både i privatlivet og på arbejdsmarkedet. Mobiltelefonen giver i forlængelse heraf arbejdstageren mulighed for aflytning og lignende på arbejdspladsen. Eftersom optagekvaliteten og de tekniske funktioner hos de fleste mobiltelefonudbydere løbende forbedres, og da de fleste arbejdstagere er i besiddelse af et sådant apparat, får de retlige rammer for anvendelsen af skjulte lydoptagelser på arbejdspladsen betydning for både arbejdstageren og arbejdsgiveren.

Arbejdsgiveren anførte i Højesteretsdommen, at hvis anvendelsen af lydoptagelser vinder frem til en normaltilstand på arbejdspladsen, vil det skade både samarbejds- og tillidsrelationer på arbejdspladsen.¹⁵⁶ I dommen blev der ikke foretaget en planlagt lydoptagelse, men derimod en impulsiv lydoptagelse, som arbejdstageren valgte at foretage i en presset situation, hvor han optog en samtale mellem sig selv og virksomhedens direktør uden hans vidende. Michael Gøtze, professor ved Det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet, har i sin artikel *"Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878"*¹⁵⁷ blandt andet behandlet spørgsmålet om, hvorvidt dommen udtrykker en for liberal tilgang til arbejdstageres brug af lydoptagelser som bevissikring fremadrettet, samt øvrige uklarheder, problematikker og dommens rækkevidde.

Gøtze har anført, at *"Sammenfattende kan domspræmisserne i U 2019.3878 H være udtryk for, at dommerne i Højesteret har været noget søgende efter, hvordan man skulle gribe en test-sag af denne karakter an. Det springer navnlig i øjnene, at den strafferetlige og persondataretlige vurdering af den hemmelige lydoptagelse reelt synes at have forgrebet den ansættelsesretlige konklusion og dermed har sat den ansættelsesretlige loyalitetspligt ud på et*

¹⁵⁶ U.2019.3878H, side. 23

¹⁵⁷ Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*

sidespor i den samlede vurdering af lydoptagelsen.”¹⁵⁸ Gøtze mener nemlig, at dommens konkrete tilgang til lovligheden af lydoptagelsen foretaget af arbejdstageren ved mødet d. 11. oktober 2016 samt at der foreligger et element af uklarhed ved domspræmisserne er med til at gøre det vanskeligt, at vurdere dommens rækkevidde. Ifølge Gøtze kan rækkevidden nemlig tolkes på to forskellige måder.

Han anførte som det første, at *”På den ene side kan dommen læses som udtryk for et bagvedliggende rationale om, at udgangspunktet er, at en medarbejders brug af skjult lydoptagelse er problematisk, og at sådan en brug typisk udgør grov misligholdelse af ansættelsesforholdet på det private arbejdsmarked. Det gælder lydoptagelser af møder og samtaler om arbejdsrelaterede forhold. Man bør derfor udvise stor tilbageholdende med at foretage sådanne lydoptagelser, og en medarbejder løber en betydelig risiko ved at optage samtaler, da han/hun skal kunne godtgøre, at lydoptagelsen var saglig i den konkrete situation, og at interesseafvejningen var til hans/hendes fordel.”*¹⁵⁹

Han anførte dernæst, at *”På den anden side kan dommen som følge af sit resultat i den konkrete situation også læses som en relativt liberal tilgang til lovligheden af skjulte lydoptagelser på arbejdspladsen, hvor det afgørende vil være, at man som medarbejder kan godtgøre, at det var et behov for bevissikring.”*¹⁶⁰ Ifølge Gøtze har Højesteret i deres afgørelse sat ”barren” relativt lavt i forhold til, hvilke situationer der kan berettige, at der foretages en skjult lydoptagelse på arbejdspladsen. Dette er ifølge Gøtze med til at åbne døren for, at arbejdstagere eksempelvis under tjenstlige samtaler i videre omfang kan foretage skjulte lydoptagelser som bevissikring af omtvistede forhold.

Derudover anfører Gøtze, at det formentlig vil være en forudsætning, at en arbejdstager kun benytter en skjult lydoptagelse som en sidste udvej for at sikre bevissikring af konkrete

¹⁵⁸ Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, side. 237

¹⁵⁹ Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, side. 237-238

¹⁶⁰ Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, side. 238

omstændigheder og udtalelser under en samtale eller et møde. Han understreger også, at det er en forudsætning, at sådanne optagelser ikke bør anvendes, medmindre der ikke findes anden dokumentation af drøftelserne, som f.eks. ved et referat. Det kan være vanskeligt at vurdere, hvor langt dommens rækkevidde strækker sig i forhold til sager om chikane og diskrimination, hvor bevisspørgsmålet i disse sager spiller en væsentlig rolle. Skjulte lydoptagelser kan i den sammenhæng anvendes som led i bevissikringen.¹⁶¹

Ifølge Gøtze har Højesteretsdommen følgelig åbnet døren for, at nogle arbejdstagere mere eller mindre fremadrettet har deres mobiltelefoner tændt på optagefunktion konstant for at kunne foretage skjulte lydoptagelser af enhver samtale og ethvert møde. Dette vil ifølge Gøtze føre til en uheldig udvikling, hvor man fremover bør undgå, at brugen af skjulte lydoptagelser bliver en standard-refleks, altså en handling, hvor arbejdstagere anvender dem i situationer med samtaler og møder, hvor de oplever et vist pres, hvilket i mange tilfælde kan være en uundgåelig handling på arbejdspladsen.¹⁶²

Dermed kan Højesterets dom anses for at opstille nogle første pejlemærker for, hvilke forhold der indgår i vurderingen af, om en skjult lydoptagelse kan anses for berettiget. Dommens udfald vil fremadrettet have bred betydning for både arbejdstagere, arbejdsgivere og organisationer. Selvom Højesterets afgørelse er konkret affattet i relation til de konkrete omstændigheder i sagen, rejser dommen også interessante spørgsmål om de situationer, den ikke direkte tager stilling til.

Som tidligere nævnt mener Gøtze, at dele af domspræmisserne er uklare og ikke giver tilstrækkelig vejledning fremadrettet. Han anfører, at dommen blandt andet giver anledning til modforestillinger, idet den skjulte lydoptagelse i sagen reelt blev vurderet ud fra en

¹⁶¹ Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, side. 238

¹⁶² Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, side. 238

databeskyttelsesretlig tilgang for at afgøre, om en sådan lydoptagelse under et arbejdsrelateret møde kan udgøre en overtrædelse af loyalitetspligten i det individuelle ansættelsesforhold.¹⁶³

Gøtze anførte, at *"Hvis dommens tilgang er udtryk for en relativt liberal tilgang til hemmelige lydoptagelser, vil fænomenet formentlig få yderligere momentum."*¹⁶⁴ Samtidig med den teknologiske udvikling bliver det mere fristende for arbejdstagere at foretage skjulte lydoptagelser i pressede situationer. I sammenhæng med de ovennævnte pointer kan dette åbne døren for nye sager, hvor det kan være vanskeligt for både arbejdstagere og arbejdsgivere at vurdere, om brugen af mobiltelefoner som redskab til skjulte lydoptagelser er en berettiget form for bevissikring på arbejdspladsen.

¹⁶³ Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, side. 239

¹⁶⁴ Michael Gøtze, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, side. 239

9. Konklusion

Formålet med specialet har været, at foretage en ansættelsesretlig analyse af arbejdstagers lydoptagelser af arbejdsgiver uden dennes vidende, med særligt fokus på, hvorvidt sådanne optagelser kan udgøre en misligholdelse af det individuelle ansættelsesforhold som følge af illoyalitet. Specialet har indledningsvist belyst misligholdelsesbegrebets anvendelse i ansættelsesretten, herunder retspraksis og kriterier for, hvornår en adfærd kan anses for at være væsentlig. Endvidere er der blevet analyseret loyalitetspligtens retsgrundlag og indhold samt dens betydning for vurderingen af arbejdstagers handlepligt og adfærd. Der blev foretaget en gennemgang af relevant retspraksis vedrørende skjulte lydoptagelser, herunder både ansættelses- og strafferetlige aspekter samt en vurdering af loyalitetskonflikter i beslægtede tilfælde. Afslutningsvis blev de principielle retlige spørgsmål behandlet, som U.2019.3878H rejser, og dens betydning for retsstillingen på området.

I specialet er der blevet foretaget en redegørelse og analyse af relevant retspraksis med henblik på at belyse, hvornår en arbejdstager på forskellig vis og med forskellige grader af alvor tilsidesætter sine aftalemæssige forpligtelser, og hvordan dette kan udgøre en misligholdelse af loyalitetspligten. Specialet har taget afsæt i U.2019.3878H og har fokuseret på, hvornår arbejdstagers adfærd kan anses for illoyal samt hvilke ansættelsesretlige sanktioner arbejdsgiver kan bringe i anvendelse som følge heraf.

Specialet viser, at misligholdelse af ansættelsesforholdet overordnet indebærer, at enten arbejdstager eller arbejdsgiver tilsidesætter de rettigheder og forpligtelser, der følger af ansættelsesaftalen. Arbejdsgiver er, i medfør af sin ledelsesret, berettiget til at antage og opsiges medarbejdere, forudsat at dette sker med saglig begrundelse og i overensstemmelse med gældende frister og regler. Ved grov misligholdelse på arbejdstagers side kan arbejdsgiver foretage en bortvisning, forudsat at der reageres straks efter, at arbejdsgiver er blevet bekendt med forholdet.

Passivitet fra arbejdsgivers side kan medføre fortabelse af retten til at sanktionere forholdet, men denne retsvirkning indtræder først fra det tidspunkt, hvor arbejdsgiveren opnår faktisk kendskab til misligholdelsen. Gennem retspraksis ses det, at reaktionstiden for arbejdsgiver

ved grov misligholdelse er relativt kort, hvilket understreger nødvendigheden af hurtig og konsekvent handling i sådanne tilfælde.

Loyalitetspligten indebærer, at arbejdstager er forpligtet til at tage rimeligt hensyn til arbejdsgiverens interesser og handle i overensstemmelse hermed. Kernen i loyalitetspligten er dog, at begge parter i ansættelsesforholdet skal udvise et rimeligt hensyn til hinandens interesser i deres daglige beslutninger. For arbejdstager betyder dette bl.a., at vedkommende i ansættelsesperioden skal undlade at træffe beslutninger eller foretage handlinger, der kan skade arbejdsgiveren eller dennes virksomhed. Denne forpligtelse skærpes særligt i situationer, hvor arbejdstager optræder udadtil på virksomhedens vegne, eksempelvis i relation til kunder, samarbejdspartnere eller andre eksterne aktører. Her kan illoyal adfærd, som skader virksomhedens omdømme, relationer eller markedsposition herunder ved opstart af en konkurrerende virksomhed, udgøre en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet.

På baggrund af den analyserede retspraksis kan det konstateres, at der sjældent foreligger en fuldstændig tilsidesættelse af arbejdsgiverens interesser, og at vurderingen ofte beror på en konkret afvejning, hvor bl.a. den databeskyttelsesretlige interesseafvejningsregel kan have betydning.

Ved uenighed mellem arbejdstager og arbejdsgiver kan lydoptagelser i visse tilfælde udgøre arbejdstagerens eneste mulighed for at dokumentere et hændelsesforløb under eksempelvis en samtale eller et møde. På baggrund af den gennemgående retspraksis kan det konstateres, at det forhold, at en arbejdstager foretager en lydoptagelse uden arbejdsgiverens vidende, ikke i sig selv udgjorde en misligholdelse af loyalitetspligten. Tværtimod har sådanne optagelser i flere tilfælde været anvendt som bevissikring i ansættelsesretlige sager.

Før U.2019.3878H forekom der kun en sag, hvor en skjult lydoptagelse blev anset som betænkelig og muligvis illoyal. I den konkrete sag var der tale om en optagelse af en telefonsamtale mellem to kollegaer, men både By- og Landsretten fandt, at optagelsen ikke udgjorde en så grov misligholdelse, at den kunne begrunde hverken en bortvisning eller en saglig opsigelse uden forudgående advarsel.

Det kan derfor udledes, at domstolene hidtil generelt ikke har anset skjulte lydoptagelser som en grov misligholdelse af loyalitetspligten. Denne retsopfattelse blev dog udfordret i U.2018.3294V, hvor Landsretten indtog en strengere linje. Højesterets efterfølgende afgørelse medførte imidlertid, at retstilstanden i vidt omfang er blevet ført tilbage til den tidligere retstilstand, hvor en konkret vurdering stadig er afgørende, og hvor skjulte lydoptagelser ikke pr. automatik udgør en grov misligholdelse af loyalitetspligten.

I en sag lignende til U.2019.3878H har Datatilsynet anvendt interesseafvejningsreglen for at vurdere lovligheden af en skjult lydoptagelse. Reglen indebærer en konkret vurdering af parternes modstående legitime interesser, hvorefter disse afvejes for at fastslå, hvilken interesse der vejer tungest i den givne situation.

I den pågældende afgørelse lagde Datatilsynet vægt på, at lydoptagelsen blev foretaget af arbejdstageren med det formål at sikre bevis for, hvordan vedkommende blev behandlet i ansættelsesretlig henseende. Arbejdstagerens interesse i at dokumentere et muligt usagligt forhold fra arbejdsgivers side blev i denne sammenhæng anset for at overstige arbejdsgiverens interesse i, at optagelsen ikke fandt sted. På den baggrund fandt Datatilsynet, at brugen og eventuel videregivelse af lydoptagelsen som dokumentation kunne anses for berettiget i henhold til interesseafvejningsreglen.

Dette understreger, at en lydoptagelse under visse omstændigheder kan være lovlig og legitim, særligt når den tjener som nødvendig bevissikring for arbejdstagerens retsstilling.

Det kan konkluderes, at vurderingen af skjulte lydoptagelser både strafferetligt og ansættelsesretligt før afsigelsen af U.2018.3294V i vidt omfang var sammenfaldende, og at dette fortsat gør sig gældende efter U.2019.3878H. Den gældende retstilstand må derfor forstås således, at en lydoptagelse som udgangspunkt hverken udgør en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet eller en strafbar handling, forudsat at arbejdstageren lovligt deltager i det møde, den samtale eller forhandling eller lignende situationer, hvor optagelsen finder sted. Ved ulovlig deltagelse eller hvor arbejdstager har skaffet sig uberettiget adgang til en samtale eller et møde, kan lydoptagelsen medføre sanktioner efter STRFL's bestemmelser.

U.2019.3878H har således medført en mere afbalanceret afvejning, hvor arbejdstagers anvendelse af skjulte lydoptagelser som bevissikring vurderes på baggrund af både straffe- og databeskyttelsesretlige hensyn. Det indebærer, at lovligheden og berettigelsen af optagelsen ikke alene afhænger af den ansættelsesretlige loyalitetspligt, men også at, om optagelsen vurderes efter interesseafvejningsreglen.

I U.2019.3878H fremgår det, at A havde en berettiget adgang til de oplysninger, der blev fremlagt under mødet, men at disse oplysninger blev anvendt i en skjult lydoptagelse uden arbejdsgiverens vidende. Anvendelsen af oplysningerne kunne imidlertid ikke sidestilles med den behandlede retspraksis i afsnit 7, hvor der foreligger en loyalitetskonflikt, idet der ikke var tale om erhvervshemmeligheder, kundeoplysninger eller anden forretningsfølsom information. Det kan derfor konkluderes, at sagen ikke omhandler ulovlig brug af oplysninger, som A havde lovlig adgang til.

Det kan endvidere konkluderes, at der ikke foreligger retspraksis, som understøtter en differentieret vurdering af skjulte lydoptagelser afhængigt af, om optagelsen sker under et møde med flere deltagere eller i en bilateral samtale mellem arbejdstager og arbejdsgiver. Højesteret tillægger i U.2019.3878H ikke antallet af deltagere nogen selvstændig betydning ved vurderingen af, om handlingen udgør en illoyal handling.

Afsigelsen af U.2019.3878H har medført, at arbejdstagere i videre omfang kan anvende skjulte lydoptagelser som et legitimt middel til bevissikring i ansættelsesretlige tvister. Det forudsætter imidlertid, at der foreligger et reelt og sagligt behov for optagelsen, og at dette behov ikke med rimelighed kan imødekommes på anden vis.

Efter Datatilsynets praksis betragtes en arbejdstager, der foretager lydoptagelser, som dataansvarlig og er dermed forpligtet til at overholde de gældende databeskyttelsesretlige regler ved behandlingen af optagelsen. Dette indebærer bl.a., at reglerne om oplysningspligt og opbevaringsbegrænsning skal efterleves. I praksis tillægges sådanne formelle krav dog ofte begrænset vægt i den samlede vurdering af, om lydoptagelsen kan anses for lovlig og berettiget.

Den nuværende retstilstand vedrørende arbejdstageres anvendelse af skjulte lydoptagelser over for deres arbejdsgiver har åbnet op for potentielt flere fremtidige ansættelsesretlige tvister. På den ene side indebærer U.2019.3878H afgørelse en risiko for en uhensigtsmæssig udvikling, hvor arbejdstagere i stigende grad anvender mobiltelefoner til at optage samtaler og møder som rutine. På den anden side må det anerkendes, at skjulte lydoptagelser i visse tilfælde kan udgøre arbejdstagerens eneste mulighed for at dokumentere et hændelsesforløb, særligt i situationer præget af ubalance, pres eller manglende mulighed for efterfølgende bevisførelse.

Retstilstanden er således, at skjulte lydoptagelser af arbejdstageren som udgangspunkt kan anses for lovlige, når de foretages med henblik på bevissikring, og hvor dette formål ikke med rimelighed kan opnås på anden vis.

10. Abstract

The purpose of this master's thesis is to shed light on an employee's loyalty in relation to audio recordings of the employer, and how this may constitute a breach of loyalty.

Furthermore, it will examine the sanctions available to the employer if a breach of the duty of loyalty does occur.

Trust is fundamental in an employment relationship and the employee is expected to perform their duties loyally and in accordance with the employers' interests. Whereas the employee has an expectation of fair and proper treatment. In cases of disagreements within this relationship, the employee can have difficulties documenting the actual course of events, especially in cases with no written evidence. In such situations the employee may choose to make a covert audio recording of the employer to document the events and ensure an objective account of what was said as evidence in case of a dispute and to protect their own interest.

The analysis shows that jurisprudence hitherto when it comes to audio recordings has been that these can be used as evidence in trials, and that only in a few cases has the audio recording been seen as a disloyal act though the courts didn't agree. Audio recordings alone therefore aren't enough to justify a dismissal or an expulsion. This practice is also followed by the Danish criminal justice and data protection law. The Supreme Court's verdict U.2019.3878H also follows this practice.

According to the analysis it can be concluded that there rarely is a complete disregard for the employers' interest, and that the assessment often depends on a specific balancing of interests. It can further be concluded that, for an audio recording to be considered lawful, at least one of the individuals present must be aware that the recording is taking place. Furthermore, the analysis concludes that "interesseafvejningsreglen" is used in the assessment of audio recordings. The thesis therefore concludes that the legal position is that covert audio recordings, are, as a general rule, considered legal when made with the purpose of securing evidence, and where this objectively cannot be reasonably achieved by other means.

Litteraturliste

Lovgivning

- EP/RFO 2016/679 - Databeskyttelsesforordningen - (GDPR Forordningen)
- LBKG 2017-05-18 nr. 511 - Lov om tjenestemænd (Tjenestemandsløven)
- LBKG 2017-08-24 nr 1002 - Funktionærloven
- LBKG 2024-03-08 nr 289 - Databeskyttelsesloven
- LBKG 2024-11-05 nr 1145 - Straffeløven
- LBKG 2024-11-05 nr. 1160 - Retsplejeløven

Forarbejder

- Nellemann, J.: Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i borgerlige Domssager med Motiver, 1869 - (Nellemannsudkastet)
- Straffelovrådets betænkning om privatlivets fred, Betænkning nr. 601/1971
- Databeskyttelsesforordningen (2016/679) - og de retlige rammer for dansk lovgivning, Betænkning nr. 1565, Del I - bind 1
- Datatilsynets vejledning af Marts 2023: *Databeskyttelse i ansættelsesforhold*
- Datatilsynets vejledning af April 2024: *Optagelse af telefonsamtaler*

Domsregister

- U.1960.411SH
- U.1964.750V
- U.1965.384H
- U.1966.115H
- U.1969.419/2H
- U.1985.101H
- Vestre Landsrets dom af d. 13. marts 2002 - Sag B-1024-01
- Østre Landsrets dom af 25. maj 2004, 3 afd. - Sag B-3870-03
- Vestre Landsrets dom af 8. december 2005, 8. afd. - Sag B-2843-04

- U.2005.1639V
- U.2006.39Ø - Østre Landsret dom af 5. september 2005
- Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 10. oktober 2007, Fagligt Fællesforbund for A og B mod HTS, for Forenede Rengøring.
- Afskedigelsesnævnets kendelse af 26. juni 2009 - Sag 20090111
- Østre Landsrets dom af d. 10. december 2009, 2. afd. - Sag B-458-09
- Randers Byrets dom af d. 3. august 2011
- Vestre Landsrets dom af d. 19. februar 2013, 3. afd. - Sag B-2042-11
- U.2015.1525H - Højesterets dom af 4. februar 2015
- Vestre Landsrets dom af 13. marts 2015, 2. afd. - Sag B-1748-13
- Vestre Landsrets dom af 12. april 2016 - Sag B-1442-13
- Viborg Byrets dom af 14. august 2017 - Sag BS 1-1284/2016
- Datatilsynets afgørelse af d. 22 december 2017 -
https://media.poulschmith.dk/media/yueokjn1/maa-du-optage-et-moede-med-din-chef-260118-datatilsynets-afgoerelse-af-22-december-2017-anonymiseret-002-13460772-1-_redacted-kopi.pdf
- U.2018.3294V - Vestre Landsrets dom af 6. juni 2018, 6. afd. - B-1178-17
- U.2019.3878H - Højesterets dom af 19. August 2019, 1. afd. - BS-42617/2018-HJR

Faglitteratur

- Dollerschell, Kia, *Bortvisning*, 1. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Elholm, Thomas m.fl., *Kommenteret straffelov - speciel del*, 12. udgave, 2022, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Gøtze, Michael, *Skjult lydoptagelse som bevissikring - Implikationer af Højesterets dom i U 2019.3878*, 2019, Juristen/Djøf, Danmarks Jurist- og Økonomforbund
- Hansen, Carsten Munk, *Retsvidenskabsteori*, 3. udgave, 2022, Djøf Forlag
- Mortensen, Mette, *Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje*, Ph.d afhandling, 2016, Aalborg universitet
- Munkholm, Natalie Videbæk, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

- Nielsen, Ruth, *Dansk arbejdsret*, 5. udgave, 2023, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Paulsen, Jens, *Afskedigelse - Arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt alm. del*, 1. udgave, 2015, Karnov Group
- Svenning Andersen, Lars m.fl., *Funktionærret*, 6. udgave, 2020, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Webadresser

Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, 2016, *Et godt sikkerhedsnet skaber fleksibilitet på arbejdsmarkedet*. Hentet 20. februar

- https://www.ae.dk/files/dokumenter/publikation/ae_tema-den-danske-model.pdf

Due, J., og Madsen, S., 1999, *Septemberforliget og den danske model*. FAOS, Sociologisk Institut, Københavns Universitet. Hentet 3. marts

- https://faos.ku.dk/pdf/artikler/ovrige_artikler/1999/Septemberforliget_og_den_danske_model.pdf

Sønnersgaard, M., 2018, *Må du optage møde med din chef?* Poul Schmith Kammeradvokaten. Læst 17. marts

- <https://kammeradvokaten.dk/nyheder/maa-du-optage-et-moede-med-din-chef>

Anslagsdokumentation

Ordoptælling

?

×

Statistik:

Sider	81
Ord	23.535
Tegn (uden mellemrum)	144.714
Tegn (med mellemrum)	167.971
Afsnit	514
Linjer	2.193

☒ Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter

Luk