

DOM

afsagt den 6. juni 2018 af Vestre Landsrets 6. afdeling (dommerne Karen Foldager, Jens Hartig Danielsen og Teresa Lund Tøgern (kst.)) i ankesag

V.L. B-1178-17

A

(advokat Martin Hauschild Høgholm, Holstebro)

mod

X ApS

(advokat Knud Borup Jensen, Skive)

Retten i Viborg har den 14. august 2017 afsagt dom i 1. instans (rettens nr. BS 1-1284/2016).

Påstande

For landsretten har appellanten, A, nedlagt påstand om, at indstævnte, X ApS, til A skal betale 216.865,97 kr. med tillæg af procesrente af 177.742,19 kr. fra sagens anlæg og af 39.123,78 kr. fra den 18. maj 2017.

Indstævnte, X ApS, har påstået dommen stadfæstet

Forklaringer

A, B, E, D og F har afgivet supplerende forklaring for landsretten.

A har supplerende forklaret, at frem til mødet den 11. oktober 2016 havde han mange møder om sin provision med B. På et tidspunkt ønskede B at ændre provisionsgrænsen fra 175.000 kr. til 250.000 kr. Hans forhold til B var godt, men B kunne i forbindelse med møder godt lide at bande. For eksempel fremlagde B på et tidspunkt et forslag i forbindelse med forhandlingerne om provision, som sælgerne ikke ville acceptere; det fik B til at slå hårdt i mødebordet, hvorved en kaffekop væltede.

På mødet den 11. oktober 2016 sluttede B mødet med at sige til ham: "Nu skal vi have det her ud af verden" og "Sæt dig ned og arbejd videre".

Da han efter ferien mødte han op hos X ApS, havde han sine ting med i tilfælde af, at man ikke ønskede, at han skulle arbejde der længere. Han havde også en bisidder med.

Udtrykket "DB", der fremgår af X ApS' opgørelse, ekstraktens side 59, står for dækningsbidrag og er det, der er tilbage, når vikarens løn er betalt. Da han var ansat, var han ikke bekendt med, at X ApS' kunde K var gået konkurs, og der var aldrig tale om, at X ApS' tab på kunder havde betydning for beregningen af hans provision. Alle aftaler, som sælgerne indgik, blev godkendt af F.

Det personlige tillæg på 1.000 kr., der fremgår af hans lønseddel for perioden 1. september 2016 - 30. september 2016 fra X ApS, var for pasning af vagttelefonen.

Han lavede opgørelserne over sin arbejdstid, der ses i ekstraktens side 51 og 52. Han afleverede sine opgørelser til F, og det var normal procedure.

Han meldte sig først ledig den 25. oktober 2016, fordi han var i tvivl om, hvorvidt han var opsagt eller bortvist. Han mente, at det beroede på en fejl, hvis B antog, at ansættelsesforholdet var ophørt.

Efter at han havde skrevet mailen af 14. oktober 2016 til F og B, hvor han blandt andet skrev, at hvis han ikke hørte nærmere inden den 17. oktober 2016, så anså han sig for bortvist, fik han den 18. oktober 2016 en mail fra B, hvor X ApS fastholdt sit standpunkt.

B har supplerende forklaret, at sælgerne gerne vil have en højere fast løn, men man kom aldrig i mål med forhandlingerne. F står for alle ansættelseskontrakter og har fuldmagt til at afskedige ansatte. Der var ikke en aftale eller lagt noget fast om provision til A.

Det fremgår af mødereferatet fra mødet den 28. september 2016, at "Enten så fortsætter de som individer med individuel provision (som de arbejder i dag)", men det er en skrivemåde, som er anvendt af referenten.

Efter A havde kastet pc-musen, mente han, at situationen skulle "dysses ned". Han fortsatte derfor dialogen med A, medens han skrev på et whiteboard. Efter mødet var slut, bad han nok A om at fortsætte sit arbejde. Han så ikke A afspadsere den pågældende dag. Det var også uden betydning, da A afspadsring ikke var bortvisningsgrunden. Bortvisningsgrundlaget var, at A kastede en ting efter ham og havde råbt af ham.

Han hørte første gang om optagelsen fra sin advokat.

E har supplerende forklaret, at han til at begynde havde en aftale om provision med X ApS. For den pågældende periode modtog han ikke nogen beregning af provisionen, og han bad heller ikke om det. Da han overgik til en fast løn, fortsatte de andre sælgere med deres provisionsaftale. Der var i alt 4 møder om provision. På et af møderne hørte han, at der var en provisionsaftale med en provisionsgrænse på 175.000 kr., og når han ser mødereferatet af 28. september 2016, kan han huske, at provisionen var 10 %. Man kunne ikke blive enige om, hvorvidt provisionsgrænsen skulle rykkes fra 175.000 kr. til 250.000 kr. Hvis X ApS havde tab på en kunde, havde det ikke betydning for beregningen af provisionen. Alle aftalerne, som sælgerne indgik med kunderne, skulle godkendes af F.

Efter A havde kastet musen, sagde B til A, at han skulle sætte sig ned. Da mødet var slut, sagde B til A, at han skulle arbejde videre.

D har supplerende forklaret, at provisionsgrænsen var 175.000 kr. Hans provisionsaftale blev aldrig overholdt af X ApS. Da B ønskede provisionsgrænsen hævet, og de ikke kunne blive enige om det, måtte den gældende grænse fortsætte.

På mødet den 11. oktober 2016 pressede B A "ud i et hjørne", og As kast "var noget forkølet". Både B og A faldt ned efter kastet, og de undskyldte begge over for hinanden og gav hinanden hånd. B sagde til A, at nu skulle de videre, og han bad A sætte sig ned. Sælgerne styrede selv deres afspadsring og indrapporterede en gang om ugen til F. Han mener, at han fik lønsedler, hvor hans afspadsring fremgik. Han vidste ikke, at mødet den 11. oktober 2016 blev optaget.

F har supplerende forklaret, at der ikke blev lavet faste provisionsaftaler; dog havde D en aftale. Der er ikke sket udbetaling af provision til D, fordi det ikke var aftalt, fra hvornår provision skulle udbetales.

Han har lavet opgørelserne i ekstraktens side 59 og 60. "DB" står for dækningsbidraget og er omsætning minus udgift til vikarerne. Omsætningen er det, som faktureres til kunden. Det er sædvanligt, at tab fratrækkes ved opgørelsen af sælgerens provision. Det er det samme, der gælder, hvis X ApS pålægges en bod og skal betale overtid til vikarerne. En bod og overtidsbetaling reducerer jo dækningsbidraget. Det var sælgerne selv, der skulle godkende de aftaler, de indgik. Det var kun, hvis sælgerne var i tvivl, at han så aftalerne. Han fik derfor som regel ordrebekræftelserne, efter de var sendt.

Efter han overhørte råbene i forbindelse med mødet den 11. oktober 2016, gik der et par minutter, inden han gik ind i mødelokalet, hvor han så B stå midt i lokalet.

Han skrev ikke "bortvisning" i mailen til A, fordi han med B havde talt om, at A selv havde valgt det.

Sælgerne, heriblandt A, afleverede opgørelser over deres afviklede afspadsringstimer til ham, Han har modtaget As seddel om afspadsring, ekstraktens side 52. Der er ikke aftalt noget om, hvorledes der skal forholdes med afspadsring ved ophør af ansættelse.

Han indtrådte som medejer i X ApS i januar 2017.

Procedure

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

Landsrettens begrundelse og resultat

Efter As forklaring lægger landsretten til grund, at på parternes møde den 11. oktober 2016 i umiddelbar forlængelse af, at A havde kastet pc-musen, og B til A havde råbt "af sted" og "ud herfra", fortsatte B og A deres møde og drøftelse af As lønforhold. Endvidere lægger landsretten til grund, at B efter mødet overværede og accepterede, at A fortsatte sit arbejde. På denne baggrund kan X ApS ikke anses for at have bortvist A under mødet den 11. oktober 2016.

Efter As og HR-chef Cs forklaringer lægger landsretten til grund, at A den 11. oktober 2016 oplyste til C, at han afspadserede, da han senere samme dag gik hjem. X ApS anførte i mail af 11. oktober 2016 til A, at "Efter dagens hændelse hvor du kastede et objekt efter indehaver B og efterfølgende forlod arbejdspladsen før normal arbejdstids ophør, betragter X ApS derfor nu dit ansættelsesforhold for ophørt d.d. efter eget valg." Landsretten finder, at X ApS' mail efter sin ordlyd og i lyset af det, der var passeret i forbindelse med mødet samme dag, ikke opfyldte kravene til en erklæring om bortvisning. X ApS kan derfor ikke anses for at have bortvist A ved mailen af 11. oktober 2016.

As 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. Landsretten lægger til grund, at X ApS først blev gjort bekendt med lydoptagelsens indhold, da As advokat den 26. januar 2017 fremlagde en udskrift af optagelsen i forbindelse med sagens behandling for byretten. X ApS var derfor berettiget til ved selskabets advokats brev af 27. januar 2017, at bortvise

A i umiddelbar forlængelse af modtagelsen af udskriften af optagelsen. Lydoptagelsen og dermed den grove misligholdelse af ansættelsesforholdet fandt sted den 11. oktober 2016, og bortvisningens virkning skal herefter regnes fra denne dato. Landsretten tiltræder derfor, at X ApS er frifundet for As påstand om løn i opsigelsesperioden og godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2b.

Efter bevisførelsen finder landsretten det ikke bevist, at der mellem A og X ApS blev indgået en endelig aftale om, at A havde ret til provision. Landsretten tiltræder herefter, at X ApS er frifundet for As påstand om udbetaling af provision.

Landsretten tiltræder af de grunde, som byretten har anført, at X ApS er frifundet for As krav om betaling for overarbejde og godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal A betale sagsomkostninger for landsretten til X ApS med 25.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand. Beløbet er uden moms, da X ApS er momsregistreret. Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens omfang.

Th i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom stadfæstes.

A skal inden 14 dage betale sagens omkostninger for landsretten til X ApS med 25.000 kr. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Karen Foldager

Jens Hartig Danielsen

Teresa Lund Tøgern
(kst.)

