

**2010 20-13****Advarsel på utilstrækkeligt grundlag**

*Et forbund klagede på vegne af en socialpædagog over en skriftlig advarsel. Begrundelsen for advarslen var at pædagogen havde involveret forældre til beboere i en institution i en intern konflikt. Som dokumentation henviste regionen til oplysninger i et internt notat.*

*Ombudsmanden udtalte at han ikke – ud fra oplysningerne i sagen – kunne lægge til grund at regionens centralforvaltning havde kendskab til notatet da advarslen blev givet.*

*Ombudsmanden udtalte desuden at der ikke var belæg for at hævde at socialpædagogen havde involveret forældre i en intern konflikt. At give en faktisk oplysning om en tjenestefritagelse var ikke en involvering og heller ikke illoyalt. Der var heller ikke tale om overtrædelse af tavshedspligten. Det grundlag som advarslen byggede på, var derfor ikke tilstrækkeligt, og ombudsmanden henstillede at sagen blev genoptaget.*

*(J.nr. 2009-3401-812).*

23. september 2010

**Ansættelses- og arbejdsret:**

24.9

**Forvaltningsret:**

112.2

1121.1

2.2.

**Ombudsmandens udtalelse**

"Sagen drejer sig om berettigelsen af en skriftlig advarsel som blev givet den 5. december 2008 til (A) under hendes ansættelse som socialpædagog ved (X) som er en specialinstitution under Region Syddanmark. Forinden var hun blevet fritaget for tjeneste da ledelsen mente at hun medvirkede til et dårligt arbejdsmiljø.

**Grundlaget for advarslen**

Advarslen var begrundet med at (A) efter sin tjenestefritagelse havde involveret to forældre i en intern konflikt ved (X). I tilfælde af gentagelse ville det få konsekvenser for ansættelsen.

Illoyale handlinger og brud på tavshedspligten kan utvivlsomt udgøre et sagligt grundlag for arbejdsgiverens negative personaleretlige reaktioner.

Det er myndigheden der skal sørge for at sagen er tilstrækkeligt oplyst, inden der træffes beslutning om en sådan reaktion. Ved vurderingen af hvilke krav der kan stilles til oplysningsgrundlaget og beviset, må det tages i betragtning hvor indgribende afgørelsen er over for den ansatte. Ombudsmanden har adskillige gange udtalt at der ved afskedigelsesbeslutninger skal være et særligt sikkert grundlag for tilstedeværelsen af de forhold der begrundet afskedigelsen, jf. bl.a. Kaj Larsen mfl., Forvaltningsret, 2. udgave (2002), s. 241, og den praksis der er gengivet der. Selv om en advarsel også er bebyrdende for den ansatte og kan have den konsekvens at vedkommende i gentagelsestilfælde afskediges, kan der formentlig ikke stilles de samme bevismæssige krav til grundlaget for meddelelsen af advarslen som der må stilles i forbindelse med grundlaget for en afskedigelsesbeslutning, jf. s. 453 i samme værk.

(A) har erkendt at hun har talt med to forældre efter tjenestefritagelsen. Hun havde lovet at ringe til den ene, mens den anden selv ringede til hende for at spørge hvad der var sket. Regionen mente at hun skulle have bedt institutionen om at ringe til den førstnævnte forælder.

Der er ikke enighed mellem regionen og (A) om hvad der blev sagt under samtalerne.

Ifølge (A) oplyste hun forældrene om at hun ikke kunne gøre noget i deres sag, da hun var sendt hjem fra arbejde uden nærmere begrundelse fra sin leder. På forespørgsel havde hun svaret at hun ikke vidste om hun kom tilbage.

Regionen har som dokumentation for at (A) tog kontakt til og involverede forældre i en intern konflikt, henvist til et notat dateret den 23. oktober 2008. I notatet refererer forstanderen en oplysning fra afdelingslederen om at to forældre havde kontaktet ham og sagt at (A) havde kontaktet dem og fortalt at hun var fyret fra (X), og at der var store problemer på afdelingen. Desuden refererede forstanderen et eksempel fra dagbogen hvor en beboer skulle have sagt at (A) havde sagt til hans mor at hun var fyret fordi personalet mente at hun var en kælling og skabte splid i personalegruppen. Det fremgår ikke hvilke forældre afdelingslederen talte med, hvem der havde skrevet eksemplet i dagbogen, eller hvilken beboer der udtalte sig til den pågældende om hvad (A) skulle have sagt til hans mor.

(A) har bestridt at hun skulle have udtalt sig sådan som det fremgår af notatet.

Ombudsmandsinstitutionen er ikke egnet til at afklare et bevisspørgsmål som dette fordi ombudsmanden normalt ikke har mulighed for at afhøre vidner i sagen, men behandler klager på et skriftligt grundlag. Det vil ikke være muligt at konstatere endeligt inden for rammerne af en ombudsmandsundersøgelse hvad der blev sagt under samtalerne. Efter min opfattelse må en afklaring af

dette bevisspørgsmål ske ved domstolene. Jeg kan imidlertid vurdere om det grundlag som advarslen byggede på, var tilstrækkeligt til at meddele advarslen.

Regionen har oplyst at den ved beslutningen om advarslen lagde vægt på de oplysninger som fremgår af notatet, jf. regionens udtalelse af 15. december 2009 til mig. Jeg mener imidlertid ikke at jeg – ud fra oplysningerne i sagen – kan lægge til grund at den pågældende afdeling i regionens centralforvaltning var bekendt med oplysningerne i notatet dateret den 23. oktober 2008 da advarslen blev givet. Der er nemlig ikke noget i sagens akter der viser at det var tilfældet.

(A) og forbundet blev først gjort bekendt med notatet da regionen sendte det den 6. februar 2009, efter at forbundet havde efterspurgt dokumentation for at (A) havde involveret forældre i en intern konflikt. På intet tidligere tidspunkt havde regionen over for (A) eller forbundet omtalt notatets eksistens eller den del af indholdet som angik hendes ytringer, og regionen har ikke over for mig eller forbundet givet en forklaring på dette forhold. Det er således påfaldende at oplysningerne i notatet ikke blev nævnt i det ellers ret fyldige partshøringsbrev af 20. november 2008, selv om oplysningerne må have haft stor betydning for sagen. Notatet dateret den 23. oktober 2008 blev heller ikke omtalt i forbindelse med meddelelsen af advarslen eller i forbindelse med at regionen senere fastholdt den del af advarslen som angik inddragelse af pårørende i interne konflikter på (X). Endvidere har regionen ikke bestridt oplysningen fra forbundet om at notatet ikke blev medsendt da forbundet fik aktindsigt ved regionens brev af 24. oktober 2008. Af dette brev fremgik det at regionen gav 'fuld aktindsigt', og at der blev vedlagt dokumenter fra både (X) og regionens centrale arkiver.

Hertil kommer at referatet fra den tjenstlige samtale den 31. oktober 2008 giver indtryk af at ledelsen ved mødets start kun var bekendt med at (A) havde kontakten én forælder. Ifølge referatet kom hun selv med oplysningen om at en anden forælder havde ringet til hende. Dette bestyrkes af partshøringsbrevets formulering: 'På mødet tilkendegav du, at du havde haft kontakt til flere forældre, ...'.

Herudover har jeg konstateret at sagens akter, som jeg har modtaget fra regionen, ikke indeholder en journaliste eller andet materiale som viser hvornår den afdeling i regionens centralforvaltning som behandlede sagen om advarslen, modtog notatet dateret den 23. oktober 2008.

Som sagen er oplyst for mig, kan jeg ikke lægge til grund at centralforvaltningen havde kendskab til dette notat da advarslen blev givet. Jeg må derfor gå ud fra at begrundelsen for advarslen var at (A) havde haft kontakt med to forældre efter tjenestefritagelsen og havde fortalt at hun var fritaget for tjeneste.

Herved havde hun efter regionens mening involveret forældre i en intern konflikt.

En tjenestefritagelse betyder normalt at man ikke må møde på sin arbejdsplads og/eller udføre sit arbejde. Om man i øvrigt under tjenestefritagelsen må have kontakt til tredjemand med interesse i arbejdet, må bero på en konkret vurdering.

Jeg mener ikke der er belæg for at hævde at (A) ved at ringe til en forælder som lovet, eller ved at besvare en henvendelse fra en forælder og oplyse at hun var tjenestefritaget, involverede forældre i en intern konflikt. At give en faktisk oplysning om en tjenestefritagelse kan efter min opfattelse ikke karakteriseres som en involvering og ej heller som illoyalt. Dette ville forudsætte at forældrene også fik en nærmere orientering om den nævnte konflikt, og at orienteringen efter sit indhold kunne medføre en forværring af konflikten.

Oplysninger om egne ansættelsesforhold er desuden normalt ikke fortrolige. Der er således ikke grundlag for at antage at (A) har overtrådt reglerne om tavshedspligt. Tværtimod indebærer reglerne om offentligt ansattes ytringsfrihed at de ansatte i vidt omfang er berettiget til at give udtryk for deres opfattelse af forholdene på arbejdspladsen, herunder deres egen arbejdssituation. Jeg henviser til de sager som er gengivet i Folketingets Ombudsmands beretning for 2000, s. 485 og 535\*, og 2001, s. 618\*.

Det er derfor min opfattelse at det grundlag som advarslen byggede på, ikke var tilstrækkeligt til at give (A) en advarsel. Jeg mener det er kritisabelt at regionen trods dette gav advarslen. Jeg har henstillet til regionen at den genoptager sagen og træffer en ny afgørelse i lyset af det jeg har anført.”

## Sagsfremstilling

Det fremgår af et notat af 20. oktober 2008 fra forstanderen ved X at A den 13. oktober 2008 blev fritaget for tjeneste indtil videre fordi flere kollegaer havde tilkendegivet at der var massive samarbejdsproblemer mellem dem og hende. Tjenestefritagelsen skulle give ledelsen tid til at skabe ro på afdelingen. Det fremgår også af notatet at A blev informeret om baggrunden for tjenestefritagelsen.

Ved brev af 24. oktober 2008 gav regionen forbundet aktindsigt i A's sag.

Der blev afholdt en tjenstlig samtale med A den 31. oktober 2008 om samarbejdsproblemerne. I mødet deltog bl.a. forstanderen for X, (...), og afdelingsleder (...), X. Af referatet fra samtalen fremgår bl.a. følgende:

”Efter (A) blev fritaget for tjeneste ringede hun til en forældre og fortalte, at hun var blevet fritaget for tjeneste. (X) og Region Syddanmark gav udtryk for, at det ikke var i orden at handle på den måde. (A) forklarede, at hun havde lovet at ringe til den pågældende forælder. Region Syddanmark gav udtryk for, at (A) burde have givet (X) besked og bedt dem om at ringe til den pågældende forælder. (A) fortalte desuden, at en anden forælder havde ringet til hende for at spørge, hvad der var sket.

Region Syddanmark opsummerede, at baggrunden for fritagelsen for tjeneste således var, at ledelsen ved (X) fandt, at (A) med sin samarbejdsform og omgangstone var med til at eskalere et psykisk dårligt arbejdsmiljø på afdelingen.”

Det fremgår desuden af referatet at (A) var ked af at hun havde kontaktet en forælder, men hun havde ikke vidst at hun ikke måtte gøre dette. Det blev oplyst at ledelsen påtænkte at give hende en advarsel på grund af hendes omgangstone og samarbejdsform. Endvidere ville hun blive flyttet til en anden afdeling.

Den 13. november 2008 blev der afholdt en såkaldt opstartsamtale mellem ledelsen og (A), og det blev aftalt at hun skulle begynde på den nye afdeling den 1. december 2008.

Den 20. november 2008 skrev regionen til (A) at ledelsen påtænkte at give hende en skriftlig advarsel. Baggrunden var at ledelsen fandt hendes omgangstone og adfærd over for kollegerne uacceptabel. Om kontakten til pårørende skrev regionen:

”På mødet tilkendegav du, at du havde haft kontakt til flere forældre, efter du var blevet fritaget for tjeneste. Du fortalte, at du således havde ringet til en forælder, da du havde lovet forælderen dette, og at du under samtalen havde fortalt, at du var blevet fritaget for tjeneste. En anden forældre ringede til dig for at spørge, hvad der var sket.

Du fortalte, at du var ked af, at du havde haft kontakt med forældrene, da du ikke vidste, at du ikke måtte tale med dem.”

Regionen skrev desuden at for at hun kunne fortsætte sin ansættelse ved regionen, var det et krav at hun bl.a. ikke inddrog pårørende i eventuelle interne konflikter på arbejdspladsen.

I brev af 1. december 2008 protesterede (A) mod den påtænkte advarsel. Hun skrev bl.a. at hun tidligere havde beklaget at hun tog kontakt til en forælder, men hun havde ikke inddraget forælderen i interne konflikter på arbejdspladsen. Der manglede dokumentation for denne beskyldning.

I brev af 5. december 2008 fik (A) den bebudede advarsel. Regionen skrev bl.a.:

”Ledelsen for (X) ved Region Syddanmark giver dig hermed en skriftlig advarsel i tilknytning til din ansættelse som assistent ved (X).

Baggrunden for advarslen er, at ledelsen ved (X) finder din omgangstone og adfærd over for dine kolleger uacceptabel.

...

Din omgangstone og adfærd over for dine kolleger kan ikke accepteres af (X)’s ledelse, hvorfor ledelsen giver dig en skriftlig advarsel.

For at du kan fortsætte din ansættelse ved Region Syddanmark, er det derfor et krav, at du:

- er opmærksom på din omgangstone over for dine kolleger
- i din adfærd viser, at du respekterer dine kolleger
- optræder med imødekommenhed og forståelse over for nye kolleger
- ikke inddrager pårørende i eventuelle interne konflikter på din arbejdsplads.”

Forbundet skrev den 17. december 2008 til regionen at der manglede den nødvendige dokumentation for grundlaget for advarslen. Advarslen byggede på anonyme oplysninger fra A’s kolleger, og der var ikke i sagen notater fra de samtaler ledelsen havde haft med kollegerne. Der var heller ikke i forbindelse med partshøringen henvist til notater i sagen.

Regionen skrev herefter den 22. januar 2009 til A at regionen på baggrund af forbundets henvendelse trak advarslen delvist tilbage. Det betød at den del af advarslen der vedrørte A’s omgangstone over for kolleger, blev kaldt tilbage. Den del af advarslen der handlede om hendes inddragelse af pårørende i interne konflikter, blev fastholdt. Det betød at hun for at kunne fortsætte sin ansættelse ved regionen ikke inddrog pårørende i eventuelle interne konflikter på X.

Forbundet skrev igen til regionen den 5. februar 2009 og anførte at der ikke havde været fremlagt den nødvendige dokumentation for at A skulle have involveret pårørende i interne konflikter på X.

Herefter sendte regionen den 6. februar 2009 et notat til forbundet, dateret den 23. oktober 2008, fra forstanderen som dokumentation for at A havde taget kontakt til forældre og involveret dem i interne konflikter. Regionen mente derfor at der var dokumentation for denne del af advarslen, og at notatplig-

ten var overholdt. Regionen ville derfor ikke trække denne del af advarslen tilbage.

I det nævnte notat stod bl.a. følgende:

”To forældre kontakter uafhængig af hinanden afdelingsleder (...) og informerer ham om, at (A) har kontaktet dem for at fortælle, at hun er fyret fra (X) og at der er store problemer på afdelingen.

Samtidig fortæller de unge det samme i afdelingen: (Eksempel fra dagbogen)

’Her til sengetid spurgte en ung, hvorfor (A) var blevet fyret. Jeg sagde til ham at hun ikke var blevet fyret, men havde fri med løn. Han insisterer, at det har (A) sagt til hans mor, at hun er fyret og at det var fordi personalet mente, at hun var en kælling og skabte splid i personalegruppen.’”

Notatet var underskrevet ”Med venlig hilsen (forstanderen)”.

Forbundet skrev den 29. maj 2009 igen til regionen og undrede sig over at notatet af 23. oktober 2008 først blev fremlagt den 6. februar 2009 efter at forbundet havde gjort indsigelse mod advarslen. Notatet burde have eksisteret forud for indkaldelsen til den tjenstlige samtale, på tidspunktet for den tjenstlige samtale, på mødet den 13. november 2008 og under den efterfølgende korrespondance. Det fremgik ikke af notatet hvilke personer forstanderen havde talt med, og der var anført udsagn fra dagbogen uden at de pågældende kunne identificeres. Det fremgik ikke af den skriftlige advarsel at A ikke måtte kontakte pårørende. Det fremgik heller ikke klart af notatet hvad der var talt om under de samtaler hun havde haft med forældre. Efter forbundets opfattelse var A berettiget til at fortælle forældre at hun var fritaget for tjeneste. Forbundet mente at notatet ikke var i overensstemmelse med notatpligten, og at regionen havde lagt vægt på anonyme personers tilkendegivelser.

I brev af 31. august 2009 beklagede regionen hvis forbundet ved en fejl ikke havde modtaget notatet af 23. oktober 2008 da forbundets anmodning om aktindsigt blev besvaret den 24. oktober 2008. Regionen mente det var tvivlsomt om en advarsel var omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb. Regionen mente at advarslen var baseret på en konkret vurdering af A's involvering af forældre i en intern konflikt. Dette fandt ledelsen ved X både var illoyalt og et brud på tavshedspligten. Tildelingen af advarslen lå inden for grænserne af det skøn der lå i ledelsesretten, og dette skøn var foretaget på et sagligt grundlag. Advarslen ville derfor ikke blive trukket tilbage.

Forbundet bad mig i brev af 16. september 2009 tage stilling til om advarslen var tildelt på et korrekt grundlag, og om advarslen var et forsøg på at begrænse A's ytringsfrihed.

Jeg bad regionen om en udtalelse, herunder om det var korrekt forstået at regionen ikke mente den givne advarsel var omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb. I bekræftende fald bad jeg regionen uddybe denne opfattelse.

Regionen skrev i brev af 15. december 2009 bl.a. at hverken A eller X efter hendes egne oplysninger under den tjenstlige samtale havde været i tvivl om hvilke forældre hun havde været i kontakt med. Regionen mente at A, der var fritaget for tjeneste, skulle have overladt det til X at tage kontakt til den pågældende forælder. Under samtalen havde hun delagtiggjort den pågældende forælder i en verserende sag ved X der også involverede andre af institutionens ansatte. Dette var en illoyal handling foretaget som led i hendes tjeneste. Det samme var tilfældet i forhold til den forælder som selv havde ringet op. Regionen mente at A havde overtrådt sin tavshedspligt og som led i sin tjeneste var kommet med illoyale udtalelser vedrørende institutionen samtidig med at hun var fritaget for tjeneste. Regionen havde i brev af 31. august 2009 beklaget at notatet af 23. oktober 2009 ikke var sendt sammen med de øvrige dokumenter i sagen. Notatet indeholdt ikke oplysninger om navnene på de personer som havde udtalt sig, men dette var fremgået af ordvekslingen under den tjenstlige samtale. Der var derfor ikke lagt anonyme oplysninger til grund for advarslen. Regionen ville ikke begrænse A's ytringsfrihed, men mente at hun havde optrådt illoyalt ved at fortælle en forælder at hun var fyret, hvilket ikke var korrekt. Hun havde desuden fortalt at der var problemer i afdelingen. Herved havde hun involveret forældrene i en intern sag.

Regionen udtalte desuden at det var uafklaret i retspraksis om en advarsel var omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb, og at det samme syntes at være tilfældet i teorien, jf. Jens Kristiansens artikel i Ugeskrift for Retsvæsen, 2005 B, s. 214 ff. Regionen havde imidlertid valgt at behandle sagen som en afgørelsessag.

I brev af 11. januar 2010 kommenterede forbundet regionens udtalelse. Forbundet skrev bl.a. at A ikke havde delagtiggjort forældrene i en verserende sag, men kun oplyst om at hun ikke kunne gøre noget i deres sag da hun var sendt hjem fra arbejde uden nærmere begrundelse fra sin leder. Forbundet mente ikke at hun havde optrådt illoyalt ved at tage kontakt til en forælder. Hun havde ikke fortalt at hun var fyret eller at der var problemer i afdelingen. Forælderen havde spurgt om hun kom tilbage, og til det havde hun svaret at det vidste hun ikke.



I brev af 1. februar 2010 oplyste regionen at forbundets kommentarer ikke gav regionen anledning til yderligere bemærkninger.

Noter: FOB 2000, s. 485 og s. 535, og FOB 2001, s. 618.