

**OMBUDSMANDEN  
FOR INATSISARTUTS  
BERETNING  
FOR 2014**



## Påtale

### 5.2 Offentligt ansattes ytringsfrihed. Afgørelsesbegrebet ved tildeling af negative tjenstlige ledelsesreaktioner. Retten til at lade sig bistå af andre

*Advokat D, der repræsenterede fagforeningen F, klagede til ombudsmanden over, at K Kommune havde tildelt tre daginstitutionsledere hver en påtale i forbindelse med, at lederne havde udsendt et åbent brev til pressen, hvor lederne*

*blandt andet kritiserede K Kommunes planer om at foretage ændringer på daginstitutionsområdet.*

*Ombudsmanden fandt ikke, at K Kommune havde overtrådt reglerne for offentligt ansattes ytringsfrihed. Ombudsmanden lagde herved vægt på, at lederne ikke havde udtalt sig privat, men som led i deres tjeneste.*

*Ombudsmanden var enig med K Kommune i, at de tildelte påtaler ikke kunne anses for at være afgørelser i sagsbehandlingslovens forstand, hvorfor denne lovs regelsæt således ikke skulle finde anvendelse. Ombudsmanden lagde herved vægt på, at de tildelte påtaler ikke var retsskabende og således ikke havde en direkte negativ følgevirkning for ansættelsesforholdet.*

*Ombudsmanden fandt det dog beklageligt, at det var K Kommunes opfattelse, at de tre ledere ikke havde haft ret til at medbringe en bisidder under de tjenstlige samtaler, hvorunder påtalerne var blevet meddelt. K Kommune burde have vejledt lederne om muligheden for at medbringe en bisidder til samtalerne (udtalelse af 24. april 2014, j.nr. 2011-320-0001).*

På baggrund af nogle påtænkte ændringer på daginstitutionsområdet i K Kommune udsendte tre af kommunens daginstitutionsledere, A, B og C, den 18. august 2011 et åbent brev til pressen med følgende indhold:

### **”Et åbent brev vedrørende ændring af daginstitutionernes ledelse.**

Det blev meddelt lederne af daginstitutioner januar 2011, at man agter at ændre på daginstitutionernes ledelse, som blev dækket meget af nyhedsmedierne, og hvor det blev meddelt, at der skal være een leder for fem/seks daginstitutioner.

Efter dækningen i nyhedsmedierne tilbød man at samarbejde med lederne i daginstitutionerne for at udfærdige planer for ændringerne med to danske konsulenter. Opgaverne blev uddelegeret til 4 arbejdsgrupper, hvor man skulle arbejde med 8 overskrifter. Lederne valgte selv at arbejde med det, som har deres interesse, og de blev sat til at arbejde i 4 måneder.

Vi som ledere satte alle andre opgaver til side og arbejdede ihærdigt på opgaven.

Status i dag.

Efter opgaverne var afleveret blev vi gjort opmærksom på under et møde med fagschefen, at arbejdsgruppernes opgaver vil blive arkiveret i Udviklingsforvaltningen i X by, da man ville arbejde på sagen efter de oprindelige planer.

Arbejdet blandt daginstitutionernes ledere blev stoppet, som vi som ledere har brugt en masse kræfter på.

Vi som ledere i X by vil hermed offentliggøre vore bekymringer igennem et åbent brev, som er følgende:

Man agter at skære ned på antallet af ledere, mens man har lavet et ansættelsesstop af ledere, hvor man blot opnormerer souschefstillingen. Så vil man ansætte lederne blandt den menige medarbejderstab, hvor de skal sidde på kontor ½ dag, og så skal de arbejde blandt børnene ½ dag.

- Vi er også bekymrede for de børn, der har et særligt behov.
- Hvornår skal vi have tid til dem? Hvordan skaffer vi overblik over dem?
- Hvordan får vi tid til at udvikle medarbejderstaben m.v.?
- Hvordan skal vi som ledere skaffe os et overblik over samtlige opgaver i daginstitutionen, når vi skal til at arbejde i stuerne?

Når vi læser Landstingsforordning nr. 10 af 5. december § 17, har K Kommune allerede overtrådt den i X by.

Det vi i dag hører som enkelte ledere/souschefer er også blevet bekymrede efter direktørernes møde den 18. august 2011 vedr. ændringer i daginstitutionernes ledelse.

Som følger:

Ansatte souschefer kan ikke ansættes som ledere på grundlag af ændringerne, og endelig skulle fagschefen have udtrykt, at han/hun vil foretage afskedigelser af ledere i daginstitutionerne fra august til november, så man kan begynde med en områdeleder på området.

Når fem/seks daginstitutioner får en enlig leder, og der opstår sygdom blandt personalet, så skal man kunne flytte/'leje' personale ud til den underbemandede daginstitution.

Man må frygte konsekvenserne af det, da der vil blive færre pædagoger, som i dag allerede er 'en mangelvare'.

Politikerne plejer at give udtryk for, at der ikke må spares på børneområdet, mens man gør det stik modsatte i X by.”

Det åbne brev var underskrevet ”Lederne i daginstitutionerne i X by”.

I begyndelsen af september måned 2011 blev de tre daginstitutionsledere indkaldt til ”afklaringsamtaler”.

Under disse samtaler blev de tre ledere hver især tildelt en påtale.

Baggrunden for tildelingen af disse påtaler var overordnet, at kommunen fandt, at daginstitutionslederne havde udvist manglende loyalitet ved at rette henvendelse til pressen i stedet for til kommunen, herunder i det åbne brev havde afgivet direkte misvisende og forkerte informationer og anklager, samt at daginstitutionslederne med deres adfærd havde udvist manglende vilje til samarbejde om et politisk initieret projekt. For B og C's vedkommende blev påtalen endvidere begrundet i det forhold, at kommunen fandt, at de bevidst havde undladt at følge kommunens pressestrategi.

Ved brev af 14. september 2011 med bilag klagede advokat D som advokat for daginstitutionsledernes fagforening, F, til mig. Advokat D anførte i sit brev blandt andet, at det var hendes opfattelse, at kommunen havde tilsidesat lovgivningen om pædagogisk udviklende tilbud til børn i førskolealderen, at partshøringsreglerne og øvrige forvaltningsretlige regler ikke var fulgt ved tildelingen af påtalerne, og at daginstitutionsledernes ytringsfrihed var blevet krænket.

Efter anmodning fra mig fremsendte K Kommune ved brev af 3. november 2011 sagens akter. Kommunen anførte i sit brev blandt andet følgende:

”Indledningsvis skal kommunen gøre opmærksom på, at F ikke har søgt de nævnte påtaler behandlet ved det fagretlige system, sådan som F's hovedaftale foreskriver i kapitel 5.

Det er kommunens opfattelse, at de nævnte påtaler er en ledelsesmæssig præcisering over for medarbejdere vedrørende forventninger til det fremtidige samarbejde samt en præcisering af indholdet af kommunens pressestrategi.

Der har således ikke været tale om tjenstlige samtaler. Det er kommunens opfattelse, at sådanne ledelsesmæssige præciseringer falder under ledelsesretten, og da der ikke er tale om afgørelser, så skal der ikke være mulighed for partsrepræsentation.

Der fremgår ingen ansættelsesretlig konsekvens af referaterne af møderne, hvor påtalerne er givet. Ligeledes er der heller ikke nævnt noget om eventuelle sanktioner i indkaldelsen til samtalerne. Det er således kommunens opfattelse, at der ikke er tale om en forvaltningsakt, da der ikke er truffet en afgørelse, jf. lov nr. 8 af 13. juni 1994, § 2 [sagsbehandlingsloven].

Kommunen har på ingen måde til hensigt at afskære de ansatte deres ret til at ytre sig frit. Der har alene været tale om, at man har præciseret kommunens pressestrategi over for de pågældende personer.

Kommunen bruger Justitsministeriets vejledning af 14. september 2006 om offentligt ansattes ytringsfrihed [må være vejledning nr. 87 af 14. september 2006, min bemærkning], når der vejledes om grænserne for, hvad den enkelte medarbejder kan ytre sig om.

Der er ikke truffet endelig beslutning om en omstrukturering af daginstitutionsområdet. Det er en igangværende proces, der pr. 9. oktober 2011 blev sat i bero.

Det er dog kommunens vurdering, at det forslag, der blev arbejdet med, ville være inden for rammerne af landstingsforordning nr. 10 af 5. december 2008 [om pædagogisk udviklende dagtilbud til børn i førskolealderen]. Dette begrundes i svaret fra Departement for Uddannelse og Forskning den 24. oktober 2011.

Det er i øvrigt kommunens opfattelse, at en eventuel overtrædelse af nævnte forordning i første omgang hører under Tilsynsrådets kompetence, jf. lov nr. 22 af 18. november 2010, § 57.”

Ved brev af 4. februar 2013 fremkom advokat D med bemærkninger til K Kommunes brev af 3. november 2011. Advokat D anførte blandt andet, at det var hendes opfattelse, at de pågældende samtaler havde været tjenstlige samtaler, og at de tildelte påtaler var forvaltnings- og ansættelsesretlige afgørelser. Advokat D fastholdt videre, at kommunen ulovligt havde afskåret de berørte daginstitutionsledere fra deres ret til at ytre sig frit og gjorde gældende, at der ikke var mulighed for at indskrænke deres ytringsfrihed, da lederne havde givet udtryk for en faglig bekymring. Advokat D fastholdt endelig, at de påtænkte omstruktureringsplaner var i strid med lovgivningen på området.

Ved brev af 12. august 2013 anmodede jeg K Kommune om en udtalelse til sagen. Jeg bad kommunen i sin udtalelse komme ind på spørgsmålet, om – og i givet fald i hvilket omfang – hensynet til offentligt ansattes ytringsfrihed var indgået i kommunens overvejelser forud for tildelingen af påtalerne til daginstitutionslederne. I mit brev anførte jeg blandt andet videre følgende:

”[...]

2. Jeg noterer mig, at de tre institutionsledere blev indkaldt til ”afklaringsamtaler” som følge af blandt andet deres henvendelser til pressen i forbindelse med en omstrukturering på institutionsområdet, og at de under disse samtaler, jf. samtalereferaterne, alle blev meddelt en påtale for blandt andet manglende loyalitet og uvilje for samarbejde.

Jeg noterer mig videre, jf. kommunes brev af 3. november 2011, at det er K Kommunes opfattelse, at der ikke har været tale om tjenstlige samtaler, men at påtalerne (alene) er en ”ledelsesmæssig præcisering over for medarbejdere vedrørende forventninger til det fremtidige samarbejde, samt en præcisering af indholdet af kommunens pressestrategi”.

Når K Kommune henviser til, at samtalerne ikke har været tjenstlige samtaler, forstår jeg det sådan, at samtalerne ikke har haft et disciplinært, men alene et diskretionært indhold. Som en følge heraf forstår jeg det sådan, at påtalerne alene er af diskretionær og ikke disciplinær karakter.

Jeg beder om kommunens bemærkninger hertil.

3. Jeg noterer mig, at K Kommune ikke anser tildelingen af påtalerne for afgørelser i sagsbehandlingslovens forstand.

Med henvisning til at de tildelte påtaler – som disse er meddelt – må anses for at være negative ledelsesforanstaltninger over for de pågældende institutionsledere, beder jeg kommunen om at uddybe denne opfattelse.

Jeg beder endvidere kommunen nærmere redegøre for, om det er kommunens opfattelse, at en part alene har ret til en bisidder, såfremt der er tale om en samtale, der kan munde ud i en afgørelse i sagsbehandlingslovens forstand.

4. Jeg forstår det umiddelbart sådan, at det er K Kommunes opfattelse, at de berørte institutionsledere i deres henvendelse til pressen har udtalt sig som privatpersoner og ikke har udtalt sig på kommunens vegne.

Jeg beder om kommunens bemærkninger hertil.

I det tilfælde at det er kommunens opfattelse, at de pågældende institutionsledere har udtalt sig som privatpersoner, beder jeg kommunen redegøre for, om (og i bekræftende fald i hvilket omfang) det er kommunens opfattelse, at kommunens ansatte – i forbindelse med, at de udtaler sig som privatpersoner – er bundet af kommunens pressestrategi.

5. Det fremgår af begrundelsen for at tildele påtalerne, at disse blandt andet er blevet tildelt, fordi de pågældende institutionsledere i forbindelse med deres henvendelse til pressen er fremkommet med direkte misvisende og forkerte informationer og anklager.

Jeg beder K Kommune om at komme med en nærmere redegørelse for, præcist hvori disse direkte misvisende og forkerte informationer og anklager består.”

Ved brev af 9. december 2013 fremkom K Kommune med sin udtalelse til sagen. Af brevet fremgår blandt andet følgende:

”[...]

Ad 2)

Det er K Kommunes opfattelse, at påtalerne (alene) er ledelsesmæssige præciseringer over for medarbejdere vedrørende forventninger til det fremtidige samarbejde samt en præcisering af indholdet af kommunens pressestrategi.

Kommunens opfattelse er, at en påtale ikke er en sanktion i ansættelsesretlig forstand, men udelukkende en tilkendegivelse af, hvilke adfærd lederen oplever som utilfredsstillende, og hvordan lederen vil have, at en medarbejder skal agere fremover.

Det er derfor korrekt opfattet, at samtalerne og påtalerne alene har haft et diskretionært indhold.

Ad 3)

Som allerede nævnt er det kommunens opfattelse, at en påtale ikke er en ansættelsesretlig sanktion og heller ikke en afgørelse i sagsbehandlingslovens forstand. Det er kommunens opfattelse, at sådanne ledelsesmæssige præciseringer falder ind under ledelsesretten, og derfor kræver en påtale ikke partshøring.



Kommunen er velvidende, at den ikke kan træffe en afgørelse, der kan få en negativ ansættelsesmæssig konsekvens for en medarbejder, uden at foretage en partshøring.

Når der derimod er tale om en samtale, der har karakter af påtale/irettesættelse, vurderer kommunen, at der som udgangspunkt ikke er grund til at medbringe en bisidder eller foretage en høring, da der netop ikke er tale om en ansættelsesretslig afgørelse. Det er kommunens opfattelse, at en part alene har ret til en bisidder, såfremt der er tale om en samtale, der kan munde ud i en afgørelse i sagsbehandlingslovens forstand.

Ad 4)

[...] Det er kommunens klare opfattelse, at de tre institutionsledere har udtalt sig som ansatte, på vegne af K Kommune. Dette ses tydeligt, idet de tre institutionsledere har underskrevet sig som "Ledere i daginstitutionerne i X by" – det viser klart, at de ikke skriver som privatpersoner, men som ansatte i kommunen.

Yderligere er det åbne brev fremsendt til medierne fra en af de ansattes arbejds-emailadresser og ikke fra en privat e-mailadresse.

Ønskede de tre institutionsledere at udtale sig som privatpersoner, skulle dette have fremgået klart af brevet.

Det er derfor kommunens klare opfattelse, at de tre institutionsledere udtalte sig som ansatte i kommunen og derfor også er underlagt kommunens pressestrategi, samt den loyalitetsforpligtelse der følger med ansættelsen.

De tre institutionsledere deltog i projektarbejdet og har derigennem haft godt kendskab til processen og de ting, der har været til drøftelse. I det åbne brev udtaler de sig om faktiske oplysninger, som de kun kender til gennem deres deltagelse i projektarbejdet. De tre institutionsledere udtalte sig, før kommunalbestyrelsen havde truffet en endelig beslutning.

Kommunen har en klar opfattelse af, at der skal udvises tilbageholdenhed om at ytre sig om forhold vedrørende en ansats eget arbejdsområde i forbindelse med beslutningsprocesser, særligt hvis man er centralt placeret, og det er, før beslutningen er truffet. Dette gælder således også for de tre institutionsledere.

Kommunen er klar over, at man som offentlig ansat har de samme rettigheder til at ytre sig som alle andre borgere. Men der er dog begrænsninger for, hvordan en ansat kan ytre sig, uden at denne optræder illoyalt over for sin arbejdsplads. Derfor skelner kommunen

imellem de tilfælde, hvor en ansat tydeligt udtaler sig som privatperson, og de tilfælde, hvor en ansat udtaler sig på vegne af sin arbejdsplads.

I den pågældende sag ansås således hensynet til det igangværende projekt vigtigere end de enkelte institutionslederes ytringsfrihed. Dette især, fordi der endnu ikke var truffet nogen politisk beslutning om, hvordan projektet skulle udmunde.

Ad 5)

[Ombudsmanden] beder K Kommune om at komme med en nærmere redegørelse for, præcist hvori de direkte misvisende og forkerte informationer og anklager i det åbne brev består.

De tre institutionsledere fremkommer flere steder med urigtige oplysninger om væsentlige forhold i deres åbne brev til medierne. Den første direkte urigtige udtalelse er formuleret således: ”Efter opgaverne var afleveret, blev vi gjort opmærksomme på under et møde med fagchefen, at arbejdsgruppernes opgaver vil blive arkiveret i Udviklingsforvaltningen i X by, da man ville arbejde på sagen efter de oprindelige planer.” I næste afsnit lyder videre: ”Arbejdet blandt daginstitutionernes ledere blev stoppet, som vi som ledere har brugt en masse kræfter på.”

Kommunen har følgende bemærkninger til dette:

Efter arbejdsgruppernes arbejde blev afleveret, er det blevet oplyst for alle arbejdsgrupperne, at der blev oprettet et idékatalog. Projektstyregruppen havde opdaget, at nogle arbejdsgrupper havde misforstået deres opgave og ikke har arbejdet med de emner som projektgruppen og styregruppen har ønsket belyst, og derfor kunne resultaterne ikke umiddelbart anvendes, men ville blive gemt i dette idékatalog, for måske senere at kunne bruges. Det er således urigtigt, at arbejdsgruppernes opgaver ville blive arkiveret. Der var kun tale om nogle af arbejdsgruppernes arbejde, og dette er alle deltagere i arbejdsgrupperne også blevet informeret om.

De tre institutionsledere giver endvidere udtryk for deres bekymring i deres åbne brev. Deres udtalelse er formuleret således: ”Vi som ledere i X by vil hermed offentliggøre vore bekymringer igennem et åbent brev, som er følgende...”

De følgende punkter i det åbne brev giver læseren en klar opfattelse af, at der allerede er truffet en beslutning, hvilket er direkte misvisende og urigtigt, hvilket de tre institutionsledere var fuldstændig klar over.

De tre institutionsledere skriver videre: “Når vi læser Landstingsforordning nr. 10 af 5. december § 17, har K Kommune allerede overtrådt den i X by.”

Kommunen har følgende bemærkninger til dette:

Dette er klart en urigtig og misvisende oplysning. Som nævnt ovenfor var der på det givne tidspunkt ikke truffet nogen politisk beslutning, og anklagen om, at kommunen har overtrådt ovennævnte lov, er helt forkert.

Afslutningsvis oplyser de tre institutionsledere i deres åbne brev, at “fagchefen havde udtrykt at han/hun vil foretage afskedigelser af ledere i daginstitutionerne fra august til november...”

Dette er direkte misvisende og forkert, idet fagchefen på det tidspunkt udelukkende har oplyst til arbejdsgrupperne i forhold til tids- og handleplanen, og at der vil kunne ske ændringer i de enkelte ledes ansættelsesbrev. Og dette ville kun være for at præcisere eventuelt nye strukturer, hvis forslaget om områdeledelse ville blive indført. Der har således aldrig været nævnt noget om afskedigelse af institutionsledere.

Samlet set er de tre institutionslederes åbne brev på denne måde fyldt med direkte forkerte og misvisende informationer, der kun kan give læseren et helt forkert indtryk af sagen.

Afsluttende skal det derfor fastslås, at kommunen anser de tre institutionsledere for at have udtalt sig som ansatte i kommunen og ved at have fremkommet med flere direkte forkerte og misvisende oplysninger har handlet groft illoyalt over for kommunen. Kommunen fastholder derfor stadig at have ledelsesretten og fastholder påtalerne.”

Ved e-mail af 22. april 2014 meddelte advokat D mig, at hun fastholdt klagen, men ikke havde yderligere bemærkninger til sagen.

### **Jeg udtalte herefter:**

”1. Afgrænsning af min undersøgelse

Jeg har i denne sag valgt at koncentrere mig om spørgsmålet om ytringsfrihedens grænser for offentligt ansatte (afsnit 2). I forlængelse af behandlingen af dette spørgsmål har jeg også undersøgt, hvorvidt kommunen i sagsbehandlingsmæssigt øjemed har håndteret sagerne mod de tre daginstitutionsledere korrekt (afsnit 3).

## 2. Ytringernes karakter

Offentligt ansatte er som øvrige borgere omfattet af ytringsfrihedsbestemmelserne i grundlovens § 77 og Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10.

Som det fremgår af de nævnte bestemmelser, er ytringsfriheden ikke ubetinget. Den ytringsfrihed, der er knæsat ved bestemmelserne, kan således underkastes visse begrænsninger.

Det er vanskeligt at foretage en meget enkel sammenfatning af retsstillingen vedrørende offentligt ansattes ytringsfrihed, herunder grænserne for denne frihed. For offentligt ansatte må ytringsfriheden i tjenstlig henseende dog overordnet anses for begrænset i medfør af tavshedspligten (jf. for eksempel sagsbehandlingslovens § 27, jf. kriminallovens § 50, stk. 1 og 3, og §§ 52-54), loyalitetspligten (jf. Folketingets Ombudsmands beretning for 1987, side 237 ff.) og decorumkravet/vandelskravet (jf. Anders Jørgensen, Decorumkravet for præster, 2011, side 74 ff., med henvisninger). Endvidere omfatter ytringsfriheden ikke de såkaldte tjenstlige ytringer, altså ytringer, der afgives i tjenstligt øjemed (jf. straks nedenfor).

K Kommune har over for mig tilkendegivet, at det er kommunens opfattelse, at de tre daginstitutionsledere med deres åbne brev udtalte sig på kommunens vegne – altså tjenstligt – og at kommunen som følge heraf var berettiget til over for institutionslederne at påtale forholdet.

Tjenstlige ytringer er ikke beskyttet af hverken grundlovens § 77, jf. allerede bestemmelsens ordlyd, eller af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10, jf. side 98 i betænkning 1472/2006 om ytringsfrihed og meddeleret for offentligt ansatte og for eksempel Folketingets Ombudsmands beretning for 1982, side 199 ff. En myndighed har således mulighed for at fastsætte regler for, hvem der må udtale sig på myndighedens vegne, herunder fastsætte nærmere retningslinjer for sådanne udtalelser.

Tilbage står det således at undersøge, hvorvidt daginstitutionslederne med deres åbne brev – som anført af K Kommune – udtalte sig tjenstligt.

K Kommune har over for mig blandt andet henvist til, at det åbne brev var underskrevet ”Lederne i daginstitutionerne i X by”. Det kan tilføjes, at vendingen ”Vi som ledere i X by” benyttes flere gange i brevet, herunder fremgår en sætning med følgende indhold: ”Vi som ledere i X by vil hermed offentliggøre vore bekymringer igennem et åbent brev, som er følgende:”

Østre Landsret har i dom af 6. december 2004 (optrykt i Ugeskrift for Retsvæsen, 2005, side 1089 ff.) udtalt, at den omstændighed, at en skoleinspektør i et læserbrev havde underskrevet sig med sin stillingsbetegnelse (og tjenestested), medførte, at han havde tilkendegivet at have udtalt sig i sin egenskab af skoleinspektør i kommunen og derved tjenstligt.

Med henvisning til teorien og praksis for tjenstlige ytringer, herunder specifikt nævnte dom afsagt af Østre Landsret, finder jeg ikke grundlag for at kunne kritisere K Kommune for at finde, at det pågældende åbne brev måtte anses for afgivet som led i de pågældende daginstitutionslederes egenskab af ledere i kommunen.

Det forhold, at det åbne brev måtte anses for at være afgivet tjenstligt, medfører, at kommunen havde fuld instruktionsbeføjelse i forhold til, hvad daginstitutionslederne kunne udtale sig om.

K Kommune har i ”Pressestrategi for K Kommune” fra marts 2011 fastsat, at udtalelser til pressen kan gives af borgmesteren og relevante udvalgsformænd (politiske forhold) samt direktører og eventuelt – efter aftale med den relevante direktør – fagchefer (administrative forhold).

Allerede fordi daginstitutionslederne har overtrådt kommunens regler for pressehåndtering, finder jeg ikke anledning til at kritisere kommunen for med påtalerne at iværksætte tjenstlige tiltag over for de pågældende ledere. Jeg bemærker videre, at det i øvrigt måtte stå de tre daginstitutionsledere klart, at indholdet af det åbne brev, der var en direkte kritik af kommunen, i sagens natur ikke var dækkende for kommunens holdninger.

### 3. Kommunens varetagelse af de tjenstlige sager

#### 3.1. Indledning

Som nævnt ovenfor, afsnit 2, finder jeg ikke grundlag for at kunne kritisere K Kommune for med påtalerne at iværksætte tjenstlige tiltag over for de pågældende daginstitutionsledere i anledning af det åbne brev.

Det står således tilbage at vurdere, hvorvidt kommunens håndtering af sagerne mod de tre daginstitutionsledere er foregået i overensstemmelse med gældende regler.

#### 3.2. Samtalernes karakter

K Kommune har under sagen gjort gældende, at samtalerne med de tre daginstitutionsledere ikke var tjenstlige samtaler, men alene ”afklaringsamtaler” med det formål at fremkomme med ”ledelsesmæssige præciseringer”.

Det står mig ikke ganske klart, hvorfor kommunen mener, at der ikke har været tale om tjenstlige samtaler. Muligvis er det kommunens opfattelse, jf. kommunens brev af 9. december 2013 til mig, at der alene er tale om tjenstlige samtaler, når disse samtaler må forventes at munde ud i disciplinære reaktioner (sanktioner).

At kommunen ikke har opfattet de omhandlede samtaler som tjenstlige samtaler, er efter min opfattelse afgjort forkert.

Samtalerne, der fandt sted mellem den enkelte daginstitutionsleder og dennes foresatte, havde karakter af samtaler om daginstitutionsledernes tjenstlige forhold. En samtale med et sådant indhold må efter min opfattelse klart anses for at være en tjenstlig samtale til forskel fra mere formløse samtaler mellem foresat og underordnet, for eksempel om spørgsmål om tilrettelæggelsen af arbejdet. Jeg henviser i den forbindelse også til Finansministeriets personaleadministrative vejledning, punkt 29.2.2.4.

#### 3.3. Den retlige kvalifikation af påtalerne

At samtalerne må betegnes som tjenstlige samtaler, har ikke i sig selv nogen betydning for, hvilken retlige kvalifikation de tildelte påtaler har. Ved vurderingen af

dette spørgsmål må man se nærmere på indholdet, herunder baggrunden, for tildelingen af påtalerne.

Med den retlige kvalifikation af påtalerne menes, hvilken forvaltningsretlig status påtalerne, der er negative ansættelsesretlige (tjenstlige) reaktioner, har. Det vil sige, om påtalerne hviler på et diskretionært eller et disciplinært grundlag, og om de må anses for at være afgørelser i sagsbehandlingslovens forstand eller ej. De to nævnte forhold har en vis indre sammenhæng.

Om påtalerne hviler på et diskretionært eller et disciplinært grundlag, afhænger af, på hvilken baggrund påtalerne er tildelt, og delvist hvilken retsfølge påtalerne har. En diskretionær reaktion er en udmøntning af arbejdsgiverens almindelige ledelsesret for at tilsikre arbejdspladsens almindelige funktion, herunder opgavevaretagelsen (for eksempel spørgsmålet om den ansattes egnethed), mens en disciplinær reaktion (en sanktion) er en reaktion som følge af en decideret tjenesteforseelse (for eksempel den ansattes overtrædelse af tavshedspligten), som kan tilregnes den ansatte med en grad af mindst uagtsomhed. Om en tjenstlig reaktion hviler på et diskretionært eller et disciplinært grundlag, kan være afgørende for, hvordan den tjenstlige sag skal varetages samt retsfølgen af den tjenstlige reaktions meddelelse; for eksempel vil en tjenstlig reaktion på disciplinært grundlag altid være en afgørelse i sagsbehandlingslovens forstand, hvorfor denne lovs bestemmelser skal følges ved tildelingen af sådanne reaktioner.

Om påtalerne må anses for afgørelser i sagsbehandlingslovens forstand, har afgørende betydning for, om kommunen har håndteret sagerne mod daginstitutionslederne korrekt. I fald påtalerne må anses for afgørelser, træder denne lovs bestemmelser nemlig i kraft, jf. således lovens § 2, stk. 1, hvorefter loven som udgangspunkt (alene) gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed. Af sagsbehandlingsloven fremgår regler om partshøring over påtænkte afgørelser, begrundelse for afgørelser, partsaktindsigt m.v.

K Kommune har gjort gældende, at det er kommunens opfattelse, at de tildelte påtaler hviler på et diskretionært grundlag og ikke falder inden for sagsbehandlingslovens afgørelsesbegreb. Som en naturlig konsekvens af denne opfattelse vedrørende afgørelsesbegrebet har kommunen blandt andet ikke foretaget partshøring i sagerne mod de tre daginstitutionsledere.

Jeg er enig med kommunen i, at påtalerne må anses for at hvile på et diskretionært og derved ikke et disciplinært grundlag. Jeg henviser herved til det nærmere indhold af referaterne fra de tjenstlige samtaler, som jeg læser således, at kommunen ved tildelingen af påtalerne ikke har lagt vægt på, at udfærdigelsen af det åbne brev kunne tilregnes daginstitutionslederne som tjenesteforseelser (der som nævnt skal forfølges disciplinært), men som mere overordnede vurderinger af ledernes egnethed til at fungere som ledere. Endvidere blev påtalerne tildelt med et fremadrettet sigte, det vil sige, de blev tildelt med henblik på at ændre daginstitutionsledernes fremtidige adfærd.

Tilbage står således at undersøge, hvorvidt disse (diskretionære) påtaler må anses for at være omfattet af sagsbehandlingslovens afgørelsesbegreb.

Af bemærkningerne til sagsbehandlingslovens § 2, stk. 1, fremgår det, at der med udtrykket ”truffet afgørelse” sigtes til udfærdigelse af retsakter, det vil sige udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde.

Negative ansættelsesretlige reaktioner, som en påtale som ovenfor nævnt er, vil kunne falde ind under sagsbehandlingslovens afgørelsesbegreb.

Det antages således som tidligere nævnt, at i hvert fald disciplinær afskedigelse (herunder for ikke-tjenestemænd bortvisning og opsigelse) og øvrige disciplinære reaktioner er afgørelser i sagsbehandlingslovens forstand.

Også afskedigelse, der hviler på et diskretionært grundlag, må anses for omfattet af afgørelsesbegrebet.

Visse øvrige negative diskretionære reaktioner må også kunne være omfattet af afgørelsesbegrebet. Der må imidlertid gælde en undergrænse for, hvilke (diskretionære) reaktioner der er omfattet af dette begreb.

Afgørende for denne grænsedragning må være, om den diskretionære reaktion (ligesom den disciplinære reaktion) er af retlig bindende betydning, jf. de nævnte bemærkninger til sagsbehandlingsloven, hvilket vil give sig udtryk i, at reaktionen har en direkte negativ følgevirkning for ansættelsesforholdet. Jeg henviser endvidere til de bemærkninger om afgørelsesbegrebet ved tjenstlige reaktioner, der er



anført af Niels Fenger m.fl. i Forvaltningsloven med kommentarer, 2013, side 103 f.

En diskretionær advarsel, der vil være defineret ved at have gentagelsesvirkning og således efter omstændighederne vil kunne indgå direkte i grundlaget i en senere tjenstlig sag, vil således have en direkte negativ følgevirkning for ansættelsesforholdet. En diskretionær advarsel må således efter min opfattelse være omfattet af sagsbehandlingslovens afgørelsesbegreb, jf. også Folketingets Ombudsmands beretning for 2003, side 677 f.

Øvrige diskretionære negative reaktioner såsom påtaler, indskærpelser, tilrettevisninger m.v., der terminologisk ofte benyttes i flæng, vil som oftest alene være ledelsesmæssige præciseringer af ansættelsesforholdets varetagelse. Sådanne negative reaktioner vil ikke i udgangspunktet have en direkte negativ følgevirkning for ansættelsesforholdet og vil således efter min opfattelse ikke være omfattet af sagsbehandlingslovens afgørelsesbegreb.

Som jeg ser denne sag, er de tildelte påtaler alene ledelsesmæssige præciseringer over for de tre daginstitutionsledere om, hvordan deres ansættelsesmæssige forhold fremadrettet skal varetages. Med påtalerne er der således heller ikke fastsat en direkte konsekvens ved tildelingen af disse.

Jeg kan således ikke kritisere K Kommune for kommunens opfattelse af, at påtalerne ikke er afgørelser i sagsbehandlingslovens forstand. Konsekvensen heraf er således, at lovens (garanti)bestemmelser ikke skulle iagttages ved tildelingen af disse.

#### 3.4. Retten til at lade sig bistå af andre (bisidder)

K Kommune har under sagen anført, at det er kommunens opfattelse, at de berørte daginstitutionsledere ikke havde ret til at medbringe en bisidder under de tjenstlige samtaler ("afklaringssamtalerne"). En part har således efter kommunens opfattelse alene ret til under en samtale at medbringe en bisidder, hvis der er tale om, at samtalen kan munde ud i en afgørelse i sagsbehandlingslovens forstand.

Jeg antager, at kommunens retsopfattelse bunder i, at bestemmelsen om ret til at lade sig bistå af andre fremgår af sagsbehandlingslovens § 8, der som nævnt alene gælder, hvis der er tale om en afgørelsessag.

Sagsbehandlingslovens § 8 udspringer imidlertid af en retsgrundsætning, og retten til at lade sig bistå af andre er således bredere end sagsbehandlingslovens anvendelsesområde, jf. Jon Andersen i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2002, side 537.

Særligt i relation til en ledelses samtaler med myndighedens ansatte følger det heraf, at en ansat i almindelighed må have ret til at lade en anden person ledsage sig ved tjenstlige samtaler med ledelsen. Dette gælder – som anført – uanset om samtalen må forventes at udmønte sig i en tjenstlig reaktion, der har karakter af afgørelsessag, jf. Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2013, side 296.

Jeg finder det beklageligt, at det er K Kommunes opfattelse, at de tre daginstitutionsledere ikke havde ret til at medbringe en bisidder under de tjenstlige samtaler. Kommunen burde efter min opfattelse af egen drift i henhold til god forvaltningsskik have vejledt de berørte institutionsledere om muligheden for at medbringe en bisidder, jf. også Folketingets Ombudsmands beretning for 2007, side 132 f.”