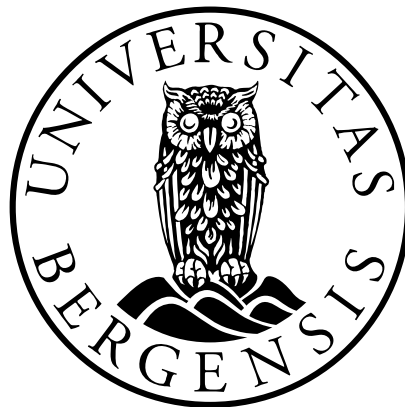


Oppsigelse i prøvetiden

*En analyse av terskelen for oppsigelse i
prøvetiden og domstolenes prøvingsintensitet*

Kandidatnummer: 80

Antall ord: 14 683



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning	4
1.1 Tema og problemstillinger	4
1.2 Aktualitet.....	5
1.3 Avgrensninger	5
1.4 Metode og rettskildebilde.....	6
2 Generelt om oppsigelsesvernet	9
2.1 Innledning.....	9
2.2 Arbeidsmiljølovens historiske bakgrunn.....	9
2.3 Dagens alminnelige oppsigelsesvern	11
3 Prøvetidsordningen	14
3.1 Innledning.....	14
3.2 Historisk bakgrunn	14
3.2.1 Arbeidervernloven av 1956.....	14
3.2.2 Arbeidsmiljøloven av 1977.....	16
3.2.3 Tjenestemannslovene	17
3.3 Dagens regelverk.....	18
3.3.1 Arbeidsmiljøloven § 15-6	18
3.3.2 Statsansatteloven § 15.....	19
4 Terskelen for oppsigelse i prøvetiden	20
4.1 Innledning.....	20
4.2 Rettslige utgangspunkter	20
4.2.1 Prøvetidsreglenes formål og reelle hensyn	20
4.2.2 En «noe lavere» terskel.....	21
4.2.3 En gjensidig lojalitetsplikt	22
4.2.4 Krav til likebehandling	23
4.2.5 Krav til arbeidsgivers saksbehandling	24
4.3 Oppsigelser begrunnet i forhold som prøvetiden er ment å avklare.....	24
4.3.1 Manglende tilpasning til arbeidet.....	24
4.3.2 Manglende faglig dyktighet	26
4.3.3 Manglende pålitelighet.....	28

4.4	Betydningen av arbeidsgivers veiledning og saksbehandling.....	30
4.5	Vektleggingen av oppsigelsens rimelighet.....	33
4.6	Oppsummering.....	35
5	Domstolsprøvingen av oppsigelser i prøvetiden.....	38
5.1	Innledning.....	38
5.2	Utgangspunkter for domstolsprøvingen.....	39
5.3	Analyse av domstolenes prøvingsintensitet ved behandlingen av prøvetidsoppsigelser.....	41
5.3.1	Manglende tilpasning til arbeidet.....	41
5.3.2	Manglende faglig dyktighet.....	44
5.3.3	Manglende pålitelighet.....	45
5.4	Domstolsprøvingen av rimeligheten av arbeidsgivers kvalifikasjonskrav.....	48
5.5	Oppsummering.....	49
6	Avsluttende betraktninger og konklusjon.....	51
	Litteraturliste.....	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Et arbeidsforhold omtales gjerne som et rettsforhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, regulert av en arbeidsavtale. Arbeidstakeren forplikter seg til å utføre arbeid for arbeidsgiveren, mens arbeidsgiveren plikter å gi arbeidstakeren vederlag for arbeidet.

Arbeidsforholdet har normalt ikke en bestemt opphørsdato. Ved ansettelse er det vanlig at partene blir enige om at arbeidstakeren begynner arbeidsforholdet med en prøveperiode. Som regel er denne perioden på 6 måneder, men den kan også være kortere. I prøveperioden får arbeidsgiver mulighet til å vurdere arbeidstakers ferdigheter og evne til å tilpasse seg stillingen. Samtidig får arbeidstaker teste ut stillingen og virksomheten som arbeidsplass.

Dersom arbeidstaker ikke når opp til kravene som arbeidsgiver har satt for stillingen i løpet av prøvetiden, kan arbeidstaker sies opp. Ved en oppsigelse opphører arbeidsforholdet mellom partene etter oppsigelsesfristens utløp. Reglene for oppsigelse av arbeidsforholdet reguleres av kapittel 15 i arbeidsmiljøloven.¹ Oppsigelse av statlig ansatte reguleres av statsansatteloven.² Etter norsk rett har arbeidstaker et sterkt oppsigelsesvern, som har blitt særlig styrket de siste tiårene. Vernet er imidlertid noe svakere der arbeidstaker blir oppsagt i prøvetiden på grunn av forhold som prøvetiden er ment å avklare. Dette blir gjerne omtalt som en «lavere terskel» for oppsigelse i prøveperioden. Etter lovforarbeidene og rettspraksis skal domstolene også være tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers skjønsmessige vurderinger i forbindelse med prøvetidsoppsigelser.

Prøvetidsordningen aktualiserer flere motstridende interesser. En oppsigelse får som regel betydelig negative konsekvenser for arbeidstaker, både personlig og økonomisk. Dette gir prøvetidsansatte et markert behov for vern mot vilkårlig oppsigelse fra arbeidstaker. På en annen side er samfunnet tjent med at arbeidsgivere «tør» å ansette personer uten full forsikring om at ansettelsesforholdet vil fungere. For at arbeidsgiver skal kunne ta denne risikoen, har de et særlig behov for å kunne vurdere arbeidstakers egnethet for stillingen i

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.).

² Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

oppstartsfasen av arbeidsforholdet, og i forlengelsen av dette, gå til oppsigelse dersom arbeidstaker ikke innfrir.

Temaet for min masteravhandling er terskelen for oppsigelse i prøvetiden og domstolenes prøvingsintensitet i slike oppsigelsessaker. Avhandlingen har to hovedsiktemål. For det første vil jeg undersøke hvor terskelen går for oppsigelse i prøvetiden ut fra forholdene som prøvetiden er ment å avklare. For det andre vil jeg foreta en analyse av domstolenes prøvingsintensitet ved prøvetidsoppsigelser sett opp mot de samme forholdene. Et overordnet spørsmål jeg skal forsøke å besvare gjennom analysen er om domstolene er tro mot de rettslige utgangspunktene som er satt for vurderingen av prøvetidsoppsigelser.

1.2 Aktualitet

Avhandlingens tema er aktuelt av flere grunner. For det første er prøvetid ved nyansettelser en utbredt ordning blant norske arbeidsgivere. Videre står prøvetidsinstituttet i en arbeidsrettslig særstilling sammenlignet med arbeidsforhold utenfor prøvetiden. For det tredje har tvister om oppsigelse i prøvetiden vært oppe for Høyesterett med jevne mellomrom det siste tiåret. Senest i en avgjørelse fra 2021³ kom Høyesterett med prinsipielle uttalelser som befinner seg i kjernen av avhandlingens tema. I tillegg er domstolenes prøvingsintensitet et debattert tema innenfor arbeidsretten, som også har samfunnspolitisk aktualitet.⁴

1.3 Avgrensninger

Avhandlingens tema er hovedsakelig rettet mot oppsigelsesvernet i norsk rett. Utgangspunktet er derfor det alminnelige oppsigelsesvernet og oppsigelsesadgangen i prøvetiden etter både arbeidsmiljøloven og statsansatteloven. Av plassmessige årsaker avgrenser jeg mot andre lover som omhandler oppsigelse og prøvetid, som for eksempel skipsarbeiderloven.⁵

EUs opplysningsdirektiv fra 2019⁶ inneholder en egen bestemmelse om prøvetid i artikkel 8. Direktivet er ikke gjennomført i norsk rett per dags dato, men er under vurdering i EØS-

³ HR-2021-605-A (Servitør).

⁴ Se bl.a. diskusjonen mellom Hotvedt, Fougner og Evju, nærmere omtalt i Hotvedt (2021) s. 258-275.

⁵ Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).

⁶ Direktiv (EU) 2019/1152.

komiteen angående spørsmålet om innlemmelse i EØS-avtalen.⁷ Ifølge direktivet skal prøvetidens maksimale lengde være på 6 måneder, samt at arbeidsgiver skal ha mulighet til å forlenge prøvetiden ved fravær hos arbeidstaker. Slik jeg ser det berører ikke direktivet kjerneproblemstillingene i denne avhandlingen, og jeg vil derfor ikke behandle det nærmere. Etter mitt syn gir heller ikke EU- og EØS-retten ellers spesielle føringer for det materielle innholdet i prøvetidsreglene.⁸

Internasjonale konvensjoner som ILO-konvensjon nr. 158 om oppsigelse av arbeidsforhold,⁹ den reviderte europeiske sosialpakten¹⁰ og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)¹¹ inneholder bestemmelser som berører prøvetidsansettelser.¹² Etter mitt syn gir konvensjonene likevel lite til avhandlingens hovedproblemstillinger. Bestemmelsene gir verken materielle føringer for oppsigelsesvernet i prøvetiden eller domstolenes prøvingsintensitet. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på konvensjonene i avhandlingen.

Prøvetidsinstituttet reiser flere interessante arbeidsrettslige problemstillinger, som retten til å fortsette i stillingen under pågående tvist og adgangen til å avtale prøvetid ved overgang til ny stilling. Av hensyn til oppgavens omfang, avgrenser jeg imidlertid mot problemstillinger som ikke knytter seg til det materielle innholdet i det lovfestede oppsigelsesvernet og domstolenes prøvingsintensitet.

1.4 Metode og rettskildebilde

Avhandlingens tema er knyttet opp mot et bredt spekter av rettskilder. Utgangspunktet er reglene for oppsigelse i prøvetiden i henholdsvis arbeidsmiljøloven og statsansatteloven. I arbeidsmiljøloven reguleres oppsigelsesvernet av kapittel 15. Reglene er preseptoriske, jf. aml. § 1-9. Det alminnelige oppsigelsesvernet er regulert i aml. § 15-7 (heretter § 15-7), mens oppsigelsesvernet i prøvetiden reguleres av aml. § 15-6 (heretter § 15-6). Etter § 15-7 kreves

⁷ EFTA, «Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union», EEA-lex, <https://www.efta.int/eea-lex/32019L1152>, (lest 15. september 2022).

⁸ Se likevel behandlingen av en tolkningsavgjørelse fra EU-domstolen i pkt. 4.4.

⁹ ILO Convention No. 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, Geneva 2 June 1982 (entered into force 23 November 1985).

¹⁰ European social charter (revised), Strasbourg 3 May 1996 (entered into force 1 July 1999).

¹¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York 16 December 1966 (entered into force 3 January 1976).

¹² Se ILO-konvensjon nr. 158 art. 2, den reviderte europeiske sosialpakten art. 24 og ØSK art. 7.

det at arbeidsgiver kan vise til en «saklig grunn» for oppsigelsen. Ifølge § 15-6 kan en arbeidstaker sies opp i prøvetiden dersom oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakerens «tilpasning til arbeidet», «faglige dyktighet» eller «pålitelighet». Oppsigelsesvernet for statlig ansatte i prøvetiden er regulert i statsansatteloven § 15. Det følger av fjerde ledd at arbeidstakeren kan sies opp på grunn av «manglende tilpasning til arbeidet» eller dersom vedkommende ikke oppfyller «rimelige krav til dyktighet eller pålitelighet». Oppsigelse av statsansatte utenfor prøvetiden på grunn av virksomheten eller den ansattes forhold er regulert i henholdsvis §§ 19 og 20.

Rettskildebildet preges av at lovbestemmelsene ikke gir særlig veiledning om hva som ligger i oppsigelsesvernet. Lovforarbeidene gir noen flere retningslinjer, men er heller ikke særlig utfyllende.¹³ Følgelig blir rettspraksis en viktig rettskilde for å tolke og analysere reglene ytterligere.

Til tross for at lovbestemmelsene og forarbeidene gir begrenset veiledning, kan det utledes fra dem at det i utgangspunktet skal mye til for å si opp en arbeidstaker. Dersom oppsigelsen skjer i prøvetiden, og er begrunnet i ett eller flere forhold nevnt i § 15-6, fremgår det imidlertid av forarbeidene at det skal være en «noe romsligere»¹⁴ oppsigelsesadgang, og at domstolenes prøvingsintensitet skal være begrenset.¹⁵ Ordlyden i statsansatteloven § 15 tilsier at paragrafen er skrevet etter mønster fra aml. § 15-6. Dette fremgår også av forarbeidene til § 8 i den eldre tjenestemannsloven, som hadde tilnærmet lik ordlyd.¹⁶ Videre har Høyesterett tolket oppsigelsesvernet i den gamle tjenestemannsloven i tråd med prøvetidsregelen i arbeidsmiljøloven.¹⁷ Rettskildene tilsier derfor at de to lovbestemmelsene skal tolkes likt.

Det er avsagt flere høyesterettsdommer av interesse for oppgavens tema og problemstillinger. Det finnes også en god del underrettspraksis fra henholdsvis lagmannsrettene og tingrettene. I henhold til alminnelig juridisk metode vil imidlertid underrettspraksis ha begrenset rettskildemessig vekt sammenlignet med høyesterettsavgjørelser. Jeg vil derfor i hovedsak vise til dommer avsagt av Høyesterett. Der jeg finner det aktuelt og nødvendig for å belyse oppgavens problemstillinger, vil jeg i tillegg vise til underrettspraksis. Jeg vil prioritere praksis fra lagmannsrettene fremfor tingrettspraksis, da denne har større rettskildemessig vekt.

¹³ Se særlig Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76 og Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160-164.

¹⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160

¹⁵ Ibid s. 164.

¹⁶ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven); Ot.prp. nr. 72 (1981-1982) s. 21.

¹⁷ Se Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant) avsnitt 36-37.

I tillegg vil jeg benytte enkelte dommer som gjelder det alminnelige oppsigelsesvernet som sammenligningsgrunnlag opp mot prøvetidsreglene.

Avhandlingens tema er berørt i litteraturen. Flere teoretikere skriver både om oppsigelsesvernet i prøvetiden og domstolenes prøvingsintensitet i slike oppsigelsessaker, men nøyer seg med en relativt overfladisk behandling. Dette gir både rom og behov for en dypere analyse. Litteraturen vil derfor først og fremst benyttes for å belyse ulike sider ved oppsigelsesreglene og relevante rettsavgjørelser som behandles. Juridisk teori har imidlertid liten rettskildemessig vekt sammenlignet med de øvrige rettskildene.

Formålsbetraktninger og reelle hensyn gir veiledning for tolkningen av oppsigelsesvernet både i og utenfor prøvetiden. I avhandlingen vil jeg særlig fokusere på formålet bak prøvetidsreglene og reelle hensyn som gjør seg gjeldende på området.

2 Generelt om oppsigelsesvernet

2.1 Innledning

Arbeidsavtalens karakter innebærer et ujevnt styrkeforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁸ Mot vederlag fra arbeidsgiver, stiller arbeidstaker sin arbeidskraft til rådighet og underlegger seg arbeidsgivers omfattende styringsrett. I dag har derfor norske arbeidstakere et sterkt vern mot oppsigelse. Dette har imidlertid ikke alltid vært tilfellet. Oppsigelsesvernet ble først introdusert i norsk lovgivning på generelt plan i 1936. Det gav innledningsvis arbeidstaker en svært begrenset beskyttelse mot arbeidsgivers oppsigelse. Siden den gang har oppsigelsesvernet vært under stadig utvikling. I dag må arbeidsgiver kunne vise til en «saklig grunn» for å si opp arbeidstaker fra arbeidsforholdet, som i rettspraksis har blitt tolket strengt i favør av arbeidstaker. Domstolene foretar også en inngående prøving av arbeidsgivers oppsigelsesgrunnlag.

I det følgende vil jeg gi en kortfattet gjennomgang av det alminnelige oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven og statsansatteloven, ettersom reglene danner et viktig bakteppe for å forstå prøvetidsreglene. Jeg har imidlertid valgt å hovedsakelig fokusere på bestemmelsen i § 15-7 om oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, da denne etter mitt syn utgjør det beste sammenligningsgrunnlaget for prøvetidsreglene.¹⁹ I lys av dette vil jeg derfor kun redegjøre for arbeidsmiljølovens historiske utvikling.

2.2 Arbeidsmiljølovens historiske bakgrunn

I samsvar med alminnelige privatrettslige regler stod arbeidsgiver som hovedregel fritt til å si opp sine arbeidstakere i norsk rett frem til 1936. Utgangspunktet illustreres godt gjennom avgjørelsen i Rt. 1935 s. 467 (Amlie), som gjaldt oppsigelse av en disponent og aksjonær i et rederi. Høyesterett fant oppsigelsen gyldig. Retten presiserte at arbeidsforholdet var gjenstand for de samme reglene som ellers gjaldt i kontraktsforhold, hvor arbeidsgiver var berettiget til å si opp sine arbeidstakere uten nærmere begrunnelse. På dette tidspunktet hadde likevel arbeidere tilhørende noen få bestemte grupper vern mot oppsigelse uten «saklig grunn»

¹⁸ Se bl.a. Fougner (2019) s. 188 og HR-2020-1339-A (ISS) avsnitt 48.

¹⁹ Se pkt. 2.3 for nærmere begrunnelse.

gjennom lover eller tariffavtaler.²⁰ Dette utgjorde imidlertid beskjedne unntak fra utgangspunktet om arbeidsgivers frie oppsigelsesadgang.

I 1936 ble arbeidervernloven²¹ vedtatt. Loven representerte den første alminnelige arbeidervernlovgivningen, og gjaldt tilnærmet alle arbeidsforhold på norsk fastland. Gjennom lovens § 33 ble arbeidsgivers «frie» oppsigelsesadgang begrenset. Ifølge bestemmelsen kunne arbeidstakere over 21 år med minimum tre års ansettelsestid kreve erstatning av arbeidsgiver dersom oppsigelsen manglet «saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldes helt utenforliggende grunner».²² Regelen gjaldt derimot ikke for prøvetidsansatte, som fortsatt kunne sies opp av arbeidsgiver uten nærmere begrunnelse. Sett opp mot Høyesteretts standpunkt i Amlie-dommen kun ett år tidligere, innebar vedtakelsen av loven et markert brudd med gjeldende rettstilstand.²³ Samtidig ble vernet mot oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold i liten grad gjenstand for domstolsbehandling, ettersom arbeidsgiver normalt viste til «bedriftens forhold» som oppsigelsesgrunnlag. Dette ble bl.a. poengtert av Rømcke, som argumenterte for at det store utvalget av saklige grunner innenfor denne kategorien innebar at oppsigelsesvernet ble tilnærmet illusorisk.²⁴

1936-loven ble erstattet av en ny arbeidervernlov i 1956.²⁵ Oppsigelsesreglene ble videreført i lovens § 43, som utvidet oppsigelsesvernet til å gjelde alle arbeidstakere uavhengig av ansiennitet i virksomheten. Det materielle innholdet i oppsigelsesvernet forble uendret. I rettspraksis skjedde det imidlertid en utvikling tilknyttet både saklighetskravet og domstolenes prøvingsintensitet.²⁶ Høyesterett stilte strengere krav til arbeidsgiver om å påvise riktig faktisk grunnlag for oppsigelsen, og foreta grundige vurderinger av alternative løsninger. Retten la også til grunn en mer intensiv prøving av oppsigelsesgrunnlaget sammenlignet med tidligere.

I 1977 ble 1956-loven erstattet av arbeidsmiljøloven.²⁷ Saklighetskravet ble hovedsakelig videreført i lovens § 60.²⁸ Syv år etter vedtakelsen avsa Høyesterett en prinsipiell avgjørelse i Rt. 1984 s. 1058 (Nationalteatret). Saken gjaldt en skuespiller som hadde blitt oppsagt fra sin

²⁰ Se bl.a. Midlertidig lov 23. juli 1920 om arbeider-utvalg i industrielle bedrifter mv. § 8.

²¹ Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (gamle arbeidervernlov).

²² Gamle arbeidervernlov § 33 nr. 3 bokstav a.

²³ Se Bull (1953) s. 221-222 og Friberg (1978) s. 308.

²⁴ Rømcke (1936) s. 103.

²⁵ Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern (gamle arbeidervernlov).

²⁶ Se bl.a. Rt. 1959 s. 900, Rt. 1962 s. 6 og Rt. 1972 s. 1330.

²⁷ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.

²⁸ Med unntak av innføringen av § 60 nr. 2 om oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold.

arbeidsplass ved Nationalteatret. I forbindelse med prøvingen av oppsigelsens gyldighet kom en enstemmig Høyesterett med en generell uttalelse om innholdet i domstolsprøvingen.²⁹

«Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et *riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag*, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på *relevante argumenter*, om vurderingen har *tilstrekkelig bredde*, således også om avveiningen *omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren* (uthevet her).»³⁰

Høyesterett la en bred domstolsprøving til grunn. Henvisningen til «rimelighetshensyn» viser at retten ikke bare så seg egnet til å overprøve det faktiske grunnlaget for oppsigelsen, men også arbeidsgivers skjønsmessige vurderinger. Samtidig påpekte retten at det ikke alltid ville være praktisk mulig å prøve skjønnet fullt ut:

«Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten.»³¹

Sammenlignet med tidligere praksis, representerte avgjørelsen et markant sprang mot en full prøvingsrett i oppsigelsessaker. Avgjørelsens prinsipielle uttalelser danner fortsatt grunnlag for dagens domstolsprøving etter § 15-7.³²

2.3 Dagens alminnelige oppsigelsesvern

Dagens arbeidsmiljølov ble vedtatt i 2005, og innførte store endringer i regelverket. Det alminnelige oppsigelsesvernet i den tidligere lovens § 60 ble på sin side videreført i § 15-7.³³ Ifølge første ledd kan en arbeidstaker ikke sies opp uten at det er «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». I tråd med Nationaltheater-dommen

²⁹ Avgjørelsen ble avsagt med dissens 3-2 hva gjaldt den konkrete vurderingen, men de prinsipielle uttalelsene som domstolenes prøvingsadgang var enstemmig. Se mindretallets votum på s. 1071-1073.

³⁰ S. 1067.

³¹ Ibid.

³² Se bl.a. Storeng m.fl. (2020) s. 581.

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

har domstolene en bred prøvingsadgang, og arbeidsgiver har som hovedregel bevisbyrden for de faktiske forholdene som oppsigelsen bygger på.³⁴

Oppsigelsesgrunner som omfattes av «virksomhetens forhold» vil for eksempel være nedbemanning og omorganisering av virksomheten. Arbeidsgiver må likevel ha en saklig grunn til å si opp den enkelte arbeidstaker, og operere med saklige utvelgelseskriterier.³⁵ Dersom oppsigelsen skyldes «driftsinnskrenking eller rasjonaliseringstiltak», fremgår det av § 15-7 andre ledd at det skal foretas en interesseavveining mellom «virksomhetens behov» og «de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker». Oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold har imidlertid ingen tydelig parallell til oppsigelsesgrunnene i prøvetiden etter § 15-6 og statsansatteloven § 15. Bestemmelsen fungerer derfor dårlig som sammenligningsgrunnlag for prøvetidsreglene.

Oppsigelser begrunnet i «arbeidstakers forhold» omfatter derimot både oppsigelser begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet. Rettspraksis har lagt til grunn en høy terskel for slike oppsigelser, hvor arbeidsgiver må vise til gode grunner.³⁶ I Rt. 2009 s. 685 bekreftet Høyesterett at det også skulle foretas en avveining av arbeidsgiver og arbeidstakers interesser i saklighetsvurderingen av oppsigelser på grunn av arbeidstakers forhold.³⁷ Innholdet i interesseavveiningen ble ytterligere presisert i HR-2021-2389-A (Pasientjournal), hvor retten fremhevet at oppsigelsen, ut fra en «samlet og konkret vurdering», ikke måtte utgjøre en «uforholdsmessig streng reaksjon».³⁸

Statsansatteloven fra 2017 skiller mellom oppsigelse på grunn av virksomheten og den statsansattes forhold i henholdsvis §§ 19 og 20. Oppsigelsesgrunnene etter § 20 om arbeidstakers forhold er imidlertid langt mer eksplisitte enn etter § 15-7. Ifølge paragrafens bokstav a til d må oppsigelsen være begrunnet i minst ett av fire forhold; arbeidstaker kan ikke «gjenoppta arbeidet på grunn av sykdom», arbeidstaker «har ikke lenger de kvalifikasjoner som er nødvendig eller foreskrevet for stillingen», arbeidstaker er «uskikkethet for stillingen» på grunn av «vedvarende mangelfull arbeidsutførelse», eller arbeidstaker har «gjentatte ganger krenket sine tjenesteplikter». Etter ordlyden synes bestemmelsen å gi uttrykk for et annet og snevrere oppsigelsesvern enn det som følger av §

³⁴ Se bl.a. HR-2022-390-A (Multimedieproduent) avsnitt 55.

³⁵ Se bl.a. HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 30.

³⁶ Se bl.a. Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52.

³⁷ Avsnitt 52.

³⁸ Avsnitt 41. Se også HR-2022-390-A (Multimedieprodusent) avsnitt 34.

15-7. Videre er domstolsprøvingen begrenset til «lovligheten» av vedtaket,³⁹ i tråd med alminnelig forvaltningsrett. I motsetning til etter § 15-7, er domstolene dermed avskåret fra å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger.⁴⁰ Bestemmelsen utgjør derfor ikke et hensiktsmessig sammenligningsgrunnlag for prøvetidsreglene.

Det alminnelige oppsigelsesvernet har følgelig gjennomgått en betydelig utvikling, både når det gjelder vernets materielle innhold og domstolenes prøvingsadgang. Oppsigelsessaker har gått fra å regnes som rent kontraktsrettslige tvister, til å få et større særpreg med egne lovregler. Videre viser den historiske gjennomgangen at saklighetskravet er dynamisk, og at Høyesterett har spilt en viktig rolle i denne sammenhengen ved å tolke og utvikle gjeldende rett. Disse betraktningene danner viktige utgangspunkter for den videre analysen av oppsigelsesvernet i prøvetiden.

³⁹ Jf. statsansatteloven § 34 første ledd.

3 Prøvetidsordningen

3.1 Innledning

Prøvetidsansettelser har lang tradisjon i norsk arbeidsliv, men ble først underlagt et stillingsvern i 1975. Frem til dette stod arbeidsgiver tilnærmet fritt til å si opp en ansatt i løpet av prøvetiden. I dag er alle prøvetidsansatte vernet mot vilkårlig oppsigelse fra arbeidsgiver. Samtidig skal arbeidsgiver ha et noe større rom for oppsigelse av prøvetidsansatte, sammenlignet med arbeidstakere som ikke er underlagt prøvetid.

Prøvetiden har tre klare kjennetegn. For det første har partene som hovedregel en kortere oppsigelsesfrist. For det andre har ikke arbeidstaker rett til å bli stående i stillingen under en pågående tvist, slik arbeidstaker har når oppsigelsen skjer utenfor prøvetiden. For det tredje har arbeidsgiver en noe romsligere adgang til å si opp arbeidstaker i prøvetiden dersom arbeidstaker ikke innfrir på de punkter som prøvetiden er ment å avklare. Prøvetiden har flere likhetstrekk med midlertidige ansettelser, men skiller seg likevel fra disse ved at arbeidstakere som er underlagt prøvetid er ansatt i permanente stillinger. Arbeidsforholdet til en midlertidig ansatt arbeidstaker vil utløpe av seg selv, mens en prøvetidsansatt selv må gå til oppsigelse eller sies opp av arbeidsgiver for at arbeidsforholdet skal opphøre.

I dette kapitlet vil jeg gi en oversikt over dagens regler for ansatte i prøvetiden etter arbeidsmiljøloven og statsansatteloven, samt reglens historiske utvikling. Jeg har imidlertid valgt å ha størst fokus på arbeidsmiljølovens regler, siden disse har vært veiledende for utformingen av prøvetidsreglene i statsansatteloven.⁴¹

3.2 Historisk bakgrunn

3.2.1 Arbeidervernloven av 1956

Frem til 1975 hadde ikke ansatte vern mot oppsigelse i prøvetiden. I arbeidervernloven fra 1936 var prøvetidsansatte unntatt fra oppsigelsesreglene, jf. § 33 nr. 1. Ved vedtakelsen av 1956-loven ble rettstilstanden videreført i § 43 nr. 1, men i 1975⁴² ble det inntatt et nytt tredje

⁴¹ Se pkt. 1.4.

⁴² Endringslov 7. mars 1975 nr. 4.

ledd som omfattet prøvetidsansatte. Den nye bestemmelsen unntok prøvetidsansatte fra de generelle oppsigelsesreglene i de første seks månedene av ansettelsesforholdet. Videre fulgte det av bestemmelsen at arbeidsgiver ble erstatningspliktig overfor arbeidstaker «dersom oppsigelsen er begrunnet i forhold som ikke vedrører arbeiderens dyktighet, pålitelighet, tilpasning til jobben e.l, og ellers ikke har saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold».

I sitt brev til stortingskomiteen uttalte departementet følgende om forståelsen av det nye tilskuddet i § 43:

«Departementet forutsetter at en oppsigelse som gis i prøvetiden *uten videre må anses saklig dersom den er begrunnet i forhold som prøvetiden skal avklare.* [...]

Departementet forutsetter at domstolene i slike tilfeller vil begrense seg til å prøve *om oppsigelsen har sin grunn i utenforliggende forhold eller ikke.* Arbeidsgiverens *skjønnsmessige vurdering av om arbeidstakeren er skikket for stillingen,* bør imidlertid ikke bli prøvet dersom oppsigelsen er skjedd i prøvetiden (uthevet her).»⁴³

Stortingets vedtakelse av bestemmelsen kan forstås som en tilslutning til departementets forståelse.

Forståelsen fikk også tilslutning av Høyesterett to år senere i Rt. 1977 s. 902 (Hammerverk), som gjaldt oppsigelse av en ansatt ved Norsk Hammerverk i prøvetiden. Retten bemerket innledningsvis at de nye reglene i § 43 nr. 1 tredje ledd ikke var «enkle å forstå».⁴⁴ Særlig gjaldt dette domstolenes overprøving av arbeidsgivers beslutninger om oppsigelse i prøvetiden. Basert på de ovenfor nevnte uttalelsene fra departementet, kom imidlertid en enstemmig Høyesterett med noen generelle bemerkninger om oppsigelsesvernet og prøvingsintensiteten:

«Etter bestemmelsen i § 43 nr. 1 tredje ledd er det vern som gis arbeidstakeren, *snevvrere* dersom oppsigelsen er begrunnet i forhold som prøvetiden skal tjene til å avdekke. Domstolene må imidlertid kunne prøve *om oppsigelsen reelt sett er bygd på*

⁴³ Innst. O. nr. 23 (1974-1975) s. 2.

⁴⁴ S. 909.

slike omstendigheter og ikke på andre som i relasjon til prøvetiden eller i det hele tatt må sies å være *utenforliggende* (uthevet her).»⁴⁵

[...]

«Finner domstolen å kunne bygge på det faktum bedriften anfører å ha lagt til grunn, må den *respektere det skjønn arbeidsgiveren på dette grunnlag har utøvet*, med mindre den finner å måtte karakterisere det som *uforsvarlig* (uthevet her).»⁴⁶

Høyesterett presiserte at arbeidstaker hadde et svakere oppsigelsesvern dersom oppsigelsen var begrunnet i forhold som prøvetiden skulle avdekke, og at domstolene som hovedregel skulle avstå fra å overprøve arbeidsgivers skjønsmessige vurderinger. Uttalelsene har likhetstrekk med høyesterettsuttalelser og uttalelser i juridisk teori om domstolenes prøvingsrett i forvaltningssaker.⁴⁷ Avhandlingen vil vise at Hammerverk-dommen fortsatt er relevant ved tolkningen av dagens oppsigelsesvern i prøvetiden.

3.2.2 Arbeidsmiljøloven av 1977

Ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven i 1977 ble oppsigelsesvernet for prøvetidsansatte inntatt i § 63 første ledd med følgende ordlyd:

«Blir en arbeidstaker som skriftlig er tilsatt på en bestemt prøvetid, sagt opp, må oppsigelsen være begrunnet i arbeidstakerens tilpassing til arbeidet, faglig dyktighet eller pålitelighet. Arbeidsgiveren skal ved eventuell domstolsbehandling av tvist om oppsigelsen godtgjøre hva oppsigelsen bygger på, slik at domstolene kan etterprøve arbeidsgiverens vurderinger.»

Ifølge forarbeidene til bestemmelsen bygget den på § 43 i 1956-loven.⁴⁸ Når det gjaldt prøvingsintensiteten, la departementet til at domstolene «normalt [må] vise tilbakeholdenhet når det gjelder å prøve arbeidsgivers skjønsmessige vurdering av arbeidstakeren i prøvetiden». ⁴⁹ Uttalelsen samsvarer godt med standpunktet i Hammerverk-dommen. Samtidig bemerket Stortingskomiteen i sin innstilling at arbeidstakerne i realiteten hadde et «sterkt

⁴⁵ S. 910.

⁴⁶ S. 911.

⁴⁷ Se bl.a. Rt. 1933 s. 548 (Rådhusospits) og Eckhoff og Smith (2022) s. 427.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76.

⁴⁹ Ibid.

begrenset vern» mot oppsigelse, og at regelen derfor burde endres for «å gi arbeidstakeren et reelt vern mot oppsigelse også i prøvetiden».⁵⁰ Dette indikerer at lovgiver ønsket et noe sterkere oppsigelsesvern for prøvetidsansatte enn det som fulgte av forslaget som ble fremmet.

I 1995 ble det vedtatt flere sentrale endringer i prøvetidsreglene.⁵¹ Arbeidsgiver ble gitt adgang til å forlenge prøvetiden ved arbeidstakers fravær, samtidig som arbeidstaker ble unntatt fra hovedregelen om rett til å stå i stilling under pågående tvist. I forarbeidene til lovendringen viste departementet til at prøvetidsregelen var ment å gi «en noe romsligere» oppsigelsesadgang.⁵² Samtidig bemerket departementet at oppsigelsesvernet «i praksis [ble] sett på som tilnærmet likt det som gjelder for andre tilsatte», og at mange arbeidsgivere derfor oppfattet prøvetidsordningen som «lite reell».⁵³ I forlengelsen av dette fremhevet departementet viktigheten av at prøvetidsreglene ble utformet slik at arbeidsgiver turte å benytte seg av prøvetidsordningen slik den var ment.⁵⁴ Videre mente departementet at en mer reell prøvetid kunne bidra til å redusere misbruket av midlertidige ansettelse, samt lette unge arbeidstakers inngang på arbeidsmarkedet.⁵⁵

3.2.3 Tjenestemannslovene

Prøvetidsreglene ble ikke inntatt i lovverket for statsansatte før vedtakelsen av ny tjenestemannslov i 1977.⁵⁶ I lovens § 8 ble det innført en prøvetid på seks måneder for statlig ansatte, som partene bare kunne avtale seg bort fra i «særlige tilfelle». Videre ble kravet om saklig grunn til oppsigelse i § 6 utvidet til å gjelde alle arbeidstakere, inkludert prøvetidsansatte. Lovgiver bemerket imidlertid at det gjaldt en viss begrensning i hva som utgjorde en usaklig oppsigelse i prøvetiden, sammenlignet med det alminnelige oppsigelsesvernet.⁵⁷ Den lavere terskelen for oppsigelse i prøvetiden fulgte dermed av tjenestemannsloven allerede på dette tidspunktet.

⁵⁰ Innst. O. nr. 90 (1975-1976) s. 12.

⁵¹ Endringslov 6. januar 1995 nr. 2.

⁵² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

⁵³ Ibid s. 163

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Lov 10. juni 1977 nr. 65 om statens tjenestemenn.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 44 (1976-1977) s. 16.

Ved vedtakelsen av 1983-loven ble det inntatt en egen bestemmelse om oppsigelsesvern for prøvetidsansatte i § 8 nr. 2:

«I prøvetiden kan tjenestemannen sies opp med tre ukers frist så fremt vedkommende ikke kan tilpasse seg arbeidet eller ikke tilfredsstillende rimelige krav til dyktighet eller pålitelighet.»

Ordlyden var lik regelen i arbeidsmiljøloven § 63, bortsett fra de mer presise ordene «ikke kan». Lovgiver begrunnet den endrede ordlyden med at arbeidsmiljøloven «ikke synes helt heldig formet» på dette punktet.⁵⁸ Departementet presiserte at vilkårene for oppsigelse skulle tilsvare regelen i arbeidsmiljøloven.⁵⁹ Dette ble også lagt til grunn i senere høyesterettspraksis.⁶⁰

3.3 Dagens regelverk

3.3.1 Arbeidsmiljøloven § 15-6

Adgangen til oppsigelse i prøvetiden følger i dag av § 15-6 første ledd i arbeidsmiljøloven fra 2005:

«Blir arbeidstaker som skriftlig er ansatt på en bestemt prøvetid, sagt opp, må oppsigelsen være begrunnet i *arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet* eller *pålitelighet* (uthevet her).»

Ordlyden er tilnærmet lik § 63 i den gamle loven, og ifølge lovforarbeidene er paragrafen ment å videreføre den eldre loven.⁶¹ Ifølge de eldre lovforarbeidene vil en prøvetidsoppsigelse i utgangspunktet være «saklig» dersom den er begrunnet i ett eller flere av de ovenfor nevnte forholdene.⁶²

I § 15-6 andre ledd presiseres det at oppsigelsesadgangen etter første ledd «ikke innskrenker arbeidsgivers rett til å si opp arbeidstaker etter § 15-7». Ordlyden må forstås slik at det alminnelige oppsigelsesvernet kommer til anvendelse der arbeidstaker blir oppsagt av andre

⁵⁸ Ot.prp. nr. 72 (1981-1982) s. 21.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Se bl.a. Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant).

⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

⁶² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

grunner enn de som følger av § 15-6. Videre fremgår det av bestemmelsens tredje ledd at reglene kun kommer til anvendelse der oppsigelsen er gitt innen utløpet av prøvetiden, og at prøvetid «kan avtales» for en periode inntil seks måneder.

3.3.2 Statsansatteloven § 15

Statsansatteloven ble vedtatt i 2017, og prøvetidsreglene ble i stor grad videreført i lovens § 15. Fjerde ledd i bestemmelsen angir oppsigelsesadgangen i prøvetiden:

«I prøvetiden kan den ansatte sies opp på grunn av *manglende tilpasning til arbeidet* eller dersom vedkommende ikke tilfredsstillter *rimelige krav til dyktighet eller pålitelighet* (uthevet her).»

Ordlyden er tilnærmet lik som § 8 i den tidligere tjenestemannsloven, og må derfor tolkes i tråd med regelen i § 15-6.⁶³

Arbeidsgivers plikt til å gi veiledning og oppfølging ble videreført i lovbestemmelsens tredje ledd. Til tross for at dette ikke fremgår uttrykkelig av § 15-6, er det en sikker rettsoppfatning at mangler fra arbeidsgiver på dette punktet veier tungt i vurderingen av oppsigelsens saklighet.⁶⁴ Dette vil jeg behandle nærmere i avhandlingens neste kapittel.

⁶³ Se pkt. 1.4.

⁶⁴ Se bl.a. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

4 Terskelen for oppsigelse i prøvetiden

4.1 Innledning

Ifølge § 15-6 og statsansatteloven § 15 kan arbeidsgiver saklig si opp en prøvetidsansatt på grunn av vedkommendes «tilpasning til arbeidet», «faglig dyktighet» og «pålitelighet». Arbeidsgiver har bevisbyrden ved tvist om oppsigelsens gyldighet,⁶⁵ og må sannsynliggjøre at oppsigelsen er saklig begrunnet i et eller flere av disse forholdene. Det gjelder imidlertid en lavere terskel for å si opp en arbeidstaker i prøvetiden på grunn av forhold som prøvetiden er ment å avklare. Arbeidstakers stillingsvern har samtidig vært gjenstand for en generell styrkning de siste tiårene. En interessant problemstilling blir derfor hvor terskelen for oppsigelse i prøvetiden faktisk går, og hvilke momenter som spiller inn i saklighetsvurderingen.

Målet med kapitlet er å foreta en nærmere analyse av domstolenes vurdering av prøvetidsoppsigelser for å undersøke om det kan sies noe generelt om hvor oppsigelsesterskelen går. Innledningsvis vil jeg derfor oppstille noen generelle utgangspunkter for vurderingen av oppsigelser i prøvetiden, før jeg vil behandle oppsigelsesgrunnene i § 15-6 og statsansatteloven § 15 hver for seg ut fra aktuell rettspraksis. I tillegg vil jeg se nærmere på betydningen av arbeidsgivers ansvar for å gi nødvendig veiledning og opplæring og foreta en forsvarlig saksbehandling, samt hvordan oppsigelsens rimelighet vektlegges i saklighetsvurderingen. Det går samtidig ikke et skarpt skille mellom de tre vilkårene i prøvetidsreglene, og arbeidsgiver viser som regel til flere av disse som begrunnelse for oppsigelsen. I lys av avhandlingens tema finner jeg det likevel hensiktsmessig å forsøke å skille eksplisitt mellom de tre oppsigelsesgrunnene i analysen. Samtidig vil den nære sammenhengen mellom vilkårene påvirke analysen, siden domstolene som regel foretar en samlet vurdering av hele arbeidsgivers oppsigelsesgrunnlag.

4.2 Rettslige utgangspunkter

4.2.1 Prøvetidsreglenes formål og reelle hensyn

⁶⁵ Jf. ordlyden i aml. 1977 § 63.

Det overordnede formålet med prøvetidsordningen er at både arbeidsgiver og arbeidstaker skal kunne prøve ut ansettelsesforholdet over en begrenset tidsperiode. For arbeidsgiver er et annet hovedformål med reglene *beskyttelse mot feilansettelser*. Dette kommer tydelig til uttrykk i lovforarbeidene, hvor departementet fremhever at det er «svært viktig at prøvetidsreglene utformes slik at arbeidsgiver tør å ta sjansen på å tilsette en arbeidstaker som det er noe usikkert om kan utføre arbeidet tilfredsstillende.»⁶⁶ Ifølge aml. § 1-1 bokstav b er et overordnet formål med reglene i arbeidsmiljøloven dessuten «å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet». I lys av dette skal prøvetidsreglene verne arbeidstaker mot vilkårlige oppsigelser, ved å kreve at arbeidsgiver kan vise til en saklig oppsigelsesgrunn.

Prøvetidsordningen bygger også på reelle hensyn. Ved begynnelsen av ansettelsesforholdet er arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen og stillingen svak, samtidig som arbeidsgiver enda ikke har investert mye i arbeidstaker. Dette tilsier at den første fasen av ansettelsesforholdet er en fase hvor både arbeidstaker og arbeidsgiver må ha *mulighet til å prøve ut om ansettelsesforholdet er riktig*. Arbeidsgiver har likevel et ansvar for å følge opp og veilede arbeidstaker, slik at arbeidstaker kan fungere best mulig i stillingen. I tillegg bidrar prøvetidsreglene til å *tilrettelegge for et inkluderende arbeidsliv*,⁶⁷ ved å gjøre det enklere for arbeidsgiver å ta sjansen på å ansette unge personer og andre med liten arbeidserfaring.⁶⁸

4.2.2 En «noe lavere» terskel

Behovet for en enklere oppsigelsesadgang i prøvetiden er omtalt i forarbeidene til § 15-6, som presiserer at paragrafen er ment å gi «en noe romsligere adgang til oppsigelse innenfor prøvetiden enn ellers».⁶⁹ Departementet fremhevet at arbeidsgiver ikke kan kreve en «idealytelse» fra arbeidstaker i prøvetiden, men at ytelsen må kunne forventes å ligge på «et gjennomsnittlig nivå».⁷⁰ Det ble imidlertid presisert at kravene må ses opp mot arbeidstakers stillingsbeskrivelse:

⁶⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163. Hensynet er også fremhevet i lovforarbeidene til aml. § 14-9 om midlertidige ansettelser, se Prop. 39 L (2014-2015) s. 95.

⁶⁷ Som også er et av arbeidsmiljølovens overordnede formål, jf. § 1-1 bokstav f.

⁶⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

⁷⁰ Ibid s. 163.

«I stillinger med høye kvalifikasjonskrav, må arbeidsgiver kunne forvente en raskere tilpasning til arbeidet enn ellers. Dersom noen sider ved arbeidet er særlig viktige, må det kunne stilles større krav til ytelsen på dette området enn andre områder.»⁷¹

I Rt. 2003 s. 1071 (Bilforhandler), som gjaldt oppsigelse i prøvetiden av en daglig leder i en bilforretning, kom Høyesterett med en prinsipiell uttalelse om terskelen for oppsigelse etter § 15-6:

«Både det forhold at det er utformet særlige bestemmelser om oppsigelse i prøvetiden og formålet med prøvetiden, tilsier at terskelen for oppsigelse i slike tilfeller er *noe – ikke helt ubetydelig – lavere enn det som ellers gjelder* (uthevet her).»⁷²

Standpunktet har blitt gjentatt i nyere rettspraksis,⁷³ og anses i dag som gjeldende rett. Ettersom prøvetidsregelen i statsansatteloven § 15 harmonerer med regelen i arbeidsmiljøloven, må tilsvarende terskel legges til grunn her.⁷⁴

Bestemmelsen i § 15-7 om oppsigelse begrunnet i «arbeidstakers forhold» utgjør det beste sammenligningsgrunnlaget for prøvetidsreglene.⁷⁵ Det er dermed naturlig å tolke Høyesteretts uttalelse som at terskelen for prøvetidsoppsigelser skal være «noe lavere enn» oppsigelsesadgangen etter denne bestemmelsen. Oppsigelser etter § 15-7 på grunn av «arbeidstakers forhold» krever generelt gode grunner.⁷⁶ Saklighetsvurderingen er imidlertid svært konkret, og vil avhenge av oppsigelsesgrunnlaget og de faktiske forholdene i den enkelte sak. Når det gjelder oppsigelser på grunn av arbeidstakers mangelfulle arbeidsutførelse, har det blitt lagt til grunn i lagmannsrettspraksis at arbeidstaker må ha prestert «markert under det som kan forventes».⁷⁷

4.2.3 En gjensidig lojalitetsplikt

I et arbeidsforhold gjelder det en gjensidig lojalitetsplikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, med et overordnet mål om å få arbeidsforholdet til å fungere best mulig. Arbeidsgiver må

⁷¹ Ibid.

⁷² Avsnitt 29.

⁷³ Se Rt. 2011 s. 74 (Miljøterapeut) avsnitt 34 og HR-2021-605 (Servitør) avsnitt 36.

⁷⁴ Dette synes også forutsatt av Høyesterett i Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant) avsnitt 37.

⁷⁵ Se pkt. 2.3.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Se bl.a. LE-1995-768-2, LG-2007-124516, LA-2017-30027 og LA-2021-77023.

sørge for at arbeidstaker har forutsetningene for å fungere i stillingen, mens arbeidstaker må opptre lojalt overfor arbeidsgiver og følge de instruksjoner og pålegg som gis.

Ved prøvetidsansettelser innebærer lojalitetsplikten blant annet at en nyansatt arbeidstaker må få nødvendig opplæring og veiledning fra arbeidsgiver for å fungere tilfredsstillende i stillingen. At dette utgjør et sentralt moment i saklighetsvurderingen etter § 15-6 og statsansatteloven § 15, er tydelig presisert i arbeidsmiljølovens forarbeider:

«En forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne stille slike krav, er at arbeidstaker har fått den veiledning eller opplæring i utførelsen av arbeidsoppgavene som anses nødvendig overfor en nytilsatt. Arbeidstaker må få en relevant tilbakemelding på eventuelle feil, slik at vedkommende har en mulighet til å korrigere sin utførelse av arbeidet. *En oppsigelse skal således ikke kunne komme som en overraskelse på arbeidstaker* (uthevet her).»⁷⁸

En illustrerende beskrivelse av arbeidsgivers veiledningsplikt overfor prøvetidsansatte fremgår av flertallsvotumet i LG-2010-61725:

«Arbeidstaker må være gitt *reell mulighet til å få prøve seg i stillingen*. Arbeidstaker skal gis særlig instruksjon, opplæring og tilbakemelding i prøvetiden. Arbeidstaker må således gis mulighet til å innrette seg og utføre arbeidet i samsvar med arbeidsgivers ønsker. De nærmere krav her vil avhenge av arbeidets art, type stilling, arbeidstakers utdanning, erfaring m.v (uthevet her).»

4.2.4 Krav til likebehandling

Kravet til likebehandling gjelder som et overordnet prinsipp i arbeidsretten,⁷⁹ og utgjør et ytterligere moment i saklighetsvurderingen av prøvetidsoppsigelser. Det innebærer at arbeidsgiver ikke kan stille strengere krav til en prøvetidsansatt enn til andre i samme stilling. Samtidig må det tas hensyn til at arbeidstakeren er ny i stillingen, og derfor trenger tid på å tilpasse seg. Arbeidsgiver må derfor som utgangspunkt stille *lavere krav* til en prøvetidsansatt enn til ansatte som har fullført prøvetiden. Stortingskomiteens uttalelse i tilknytning til lovendringen i 1995 er illustrerende:

⁷⁸ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁷⁹ Se bl.a. aml. § 1-1 bokstav b og Fougner (2019) s. 805.

«I denne forbindelse mener komiteen at det i reglene ikke må stilles strengere krav til arbeidstakere tilsatt på prøvetid enn til dem som er fast ansatt. *Tvert imot vil det være rimelig at det ble lagt vekt på de [faktiske] forhold at vedkommende var nyansatt (uthevet her).*»⁸⁰

4.2.5 Krav til arbeidsgivers saksbehandling

Saklighetsvurderingen etter det alminnelige oppsigelsesvernet i § 15-7 forutsetter at arbeidsgiver har gjennomført en forsvarlig saksbehandling i oppsigelsesprosessen. Dette ble nylig presisert av Høyesterett i HR-2022-390-A (Multimedieprodusent):

«Som tidligere nevnt innebærer saklighetsnormen i arbeidsmiljøloven § 15-7 krav til den saksbehandlingen og de vurderingene som arbeidsgiver må foreta før det treffes beslutning om oppsigelse. Retten må ha *et tilstrekkelig faktisk grunnlag for å kunne etterprøve sakligheten av de vurderingene som arbeidsgiver har gjort* (uthevet her).»⁸¹

I likhet med alminnelige oppsigelsessaker, har arbeidsgiver bevisbyrden ved tvist om prøvetidsoppsigelsers gyldighet.⁸² Arbeidsgiver må kunne dokumentere det faktiske grunnlaget for prøvetidsoppsigelsen, slik at domstolene kan prøve om den er bygget på saklige forhold som prøvetiden er ment å avklare. Dette forutsetter at arbeidsgiver har gjennomført en tilfredsstillende saksbehandling. At arbeidsgivers saksbehandling utgjør et relevant moment i saklighetsvurderingen av prøvetidsoppsigelser, er også lagt til grunn i høyesterettspraksis.⁸³

4.3 Oppsigelser begrunnet i forhold som prøvetiden er ment å avklare

4.3.1 Manglende tilpasning til arbeidet

⁸⁰ Innst. O. nr. 90 (1975-1976) s. 12. Se også uttalelsen i Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163 om at arbeidsgiver bare kan forvente prestasjoner på et «gjennomsnittlig nivå», jf. pkt. 4.2.2.

⁸¹ Avsnitt 53.

⁸² Se pkt. 4.1.

⁸³ Se bl.a. Rt. 1983 s. 537 (Kranfører) s. 541 og Rt. 2003 s. 1071 (Bilforhandler) avsnitt 49. Avgjørelsene behandles nærmere i pkt. 4.4.

En av oppsigelsesgrunnene etter § 15-6 og statsansatteloven § 15 er arbeidstakers «tilpasning til arbeidet». Til tross for at det ikke fremgår av ordlyden i § 15-6, er det klart at lovteksten refererer til *mangler* ved arbeidstakers tilpasning. Ordlyden «tilpasning» er vid, men peker på arbeidstakers evne til å fungere i den aktuelle stillingen ut fra arbeidsoppgaver og instruksjoner fra arbeidsgiver. Siden oppsigelsesvernet i statsansatteloven § 15 tilsvarer oppsigelsesvernet i § 15-6,⁸⁴ kan det vises til tolkningen av vilkåret i forarbeidene til statsansatteloven:

«Ordlyden «tilpasning til arbeidet» [...] innebærer blant annet [...] om den ansatte tilpasser seg de beskjeder og pålegg som arbeidsgiver gir, de rutiner som gjelder på arbeidsplassen og for det aktuelle arbeidet.»⁸⁵

Videre legger Skarning følgende forståelse av vilkåret til grunn:

«Arbeidstakers manglende tilpasning til arbeidet innebærer *at arbeidstakeren ikke vil eller klarer å komme inn i arbeidsoppgavene og løse disse på en tilfredsstillende måte (uthevet her).*»⁸⁶

Det bevismessige grunnlaget som arbeidsgiver bygger oppsigelsen på er avgjørende for saklighetsvurderingen etter prøvetidsreglene. For oppsigelser begrunnet i manglende tilpasning til arbeidet er dette særlig fremtredende, noe som kommer tydelig frem i Hammerverk-dommen.⁸⁷ Arbeidsgiver begrunnet oppsigelsen av arbeidstakeren i prøvetiden med at hans interesse i arbeidets sikkerhetsmessige sider gikk utover hans arbeidsprestasjoner, samt at han generelt hadde et lavere prestasjonsnivå enn det som kunne forventes. Høyesterett kom til at oppsigelsen måtte underkjennes på grunn av manglende bevismessig grunnlag. En sikkerhetsmessig interesse hos arbeidstaker var ikke i seg selv et negativt trekk som kunne danne grunnlag for en oppsigelse. Retten presiserte imidlertid at dette kunne stille seg annerledes dersom interessen var overdreven og gikk ut over arbeidstakerens prestasjoner. Høyesterett kunne derimot ikke finne bevis for at arbeidstakers interesse i sikkerheten hadde påvirket hans arbeidsprestasjoner negativt. Uvissheten måtte legges arbeidsgiver til last, som hadde hatt mulighet og oppfordring til å føre nærmere bevis for sitt syn. Høyesterett stilte

⁸⁴ Se pkt. 1.4.

⁸⁵ Prop. 94 L (2016-2017) s. 133.

⁸⁶ Skarning (2021) s. 36.

⁸⁷ Rt. 1977 s. 902.

dermed relativt strenge krav til arbeidsgivers bevisgrunnlag. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at arbeidsgiver har bevisbyrden i prøvetidssaker.

Et annet eksempel er Rt. 1987 s. 562 (Bestyrer). En bestyrer på et kommunalt sykehjem ble oppsagt på grunn av svikt i tjenesteutføringen og manglende evne til å tilpasse seg stillingen. Oppsigelsen ble sendt etter prøvetidens utløp, og måtte derfor vurderes etter det alminnelige oppsigelsesvernet i § 15-7. Bestyreren hadde imidlertid kun fungert i stillingen i litt over tre måneder på grunn av sykdom. Arbeidstakeren hadde dermed arbeidet i mindre enn seks måneder, som utgjorde prøvetidens lengde. Da han i tillegg ble oppsagt på grunn av sin manglende tilpasning til arbeidet, er dommen også relevant for prøvetidsoppsigelser.⁸⁸ Retten fant det godtgjort at bestyreren hadde vist «sterk svikt i utføringen av sin bestyrerfunksjon».⁸⁹ Arbeidsgivers dokumentasjon viste at bestyrerens arbeidstid hadde vært svært uregelmessig, og at han sjeldent hadde deltatt i interne møter. Arbeidsgiver hadde også mottatt klager fra flere ansatte angående bestyrerens arbeid. Klagene hadde vært adressert i møter med bestyreren til stede, uten at dette hadde medført forbedring fra hans side.

4.3.2 Manglende faglig dyktighet

Ordlyden «faglig dyktighet» viser til arbeidstakers kvalifikasjoner og prestasjoner i stillingen. En isolert forståelse av ordet «dyktighet» kan tilsi at arbeidsgiver kan kreve at arbeidstaker er fullt ut faglig kompetent fra begynnelsen av prøveperioden. Som tidligere nevnt, kan arbeidsgiver imidlertid ikke normalt forvente mer enn «prestasjoner på et gjennomsnittlig nivå» fra den ansatte i prøvetiden.⁹⁰

Hvilke krav arbeidsgiver kan stille til arbeidstakers faglige dyktighet, avhenger i stor grad av arbeidstakers stillingsbeskrivelse og forutsetningene for ansettelsesforholdet.

Lagmannsrettsavgjørelsen i LB-2018-13157 er illustrerende i denne sammenhengen. Saken gjaldt oppsigelse av to telefonselgere i et design- og teknologiselskap seks uker inn i prøvetiden. Arbeidsgiver begrunnet oppsigelsen med at arbeidstakernes prestasjoner var for lave sett opp mot deres stillingsbeskrivelser som seniorselgere og lønnen de mottok.

Lagmannsretten kom under dissens 2-1 «under tvil» til at oppsigelsen var saklig etter § 15-6.

⁸⁸ Avgjørelsen ble avsagt før lovendringen i 1995 hvor adgangen til forlengelse av prøvetid ble innført, se. pkt. 3.2.2.

⁸⁹ S. 566.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163, se pkt. 4.2.2.

Flertallet la avgjørende vekt på at salgshallene ikke nådde opp til det som måtte forventes av selgerne ut fra deres høye stillinger og gode lønn. Stillingsbeskrivelsene tilsa dermed at arbeidsgiver kunne forvente mer enn gjennomsnittlige prestasjoner fra arbeidstakerne. Flertallet var videre uenige med arbeidstaker i at den korte tidsperioden i seg selv tilsa at oppsigelsen var usaklig, da dette var en konkret vurdering som hørte inn under arbeidsgivers skjønn. Mindretallet la på sin side avgjørende vekt på at salg av kompliserte og dyre produkter var en tidkrevende prosess. En oppsigelse etter kun seks uker var derfor ikke tilstrekkelig for å la arbeidstakerne prøve seg ordentlig i stillingen, og vise sine evner. Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, men ble ikke tillatt fremmet.⁹¹

I LG-2010-183711 hadde en offshorearbeider blitt oppsagt i prøvetiden på grunn av lave arbeidsprestasjoner og manglende nødvendig kunnskap. Arbeidstakers arbeidsprestasjoner i prøvetiden samsvarte ikke med hans opplyste kvalifikasjoner. Han hadde etter hvert blitt ansett som en risikofaktor i arbeidet, og hadde vist manglende evne til å utføre arbeidet på en faglig tilfredsstillende måte, selv etter instruksjon og gjentatte forklaringer fra arbeidsgiver. Lagmannsretten fant enstemmig oppsigelsen saklig, da den bygget på et riktig faktisk grunnlag. Det var både utarbeidet evalueringsrapporter og ført vitner i saken som underbygget arbeidsgivers vurderinger og dokumenterte en tilstrekkelig saksbehandling.

Avgjørelsen i LG-2002-1647 er også av interesse. Arbeidstakeren hadde blitt ansatt i Sjøforsvaret under forutsetning om at han skaffet seg kompetanse som røykdykker i løpet av prøvetiden. Da han ikke hadde skaffet seg denne kompetansen innen prøvetidens utløp, gikk arbeidsgiver til oppsigelse. Lagmannsretten kom under dissens 2-1 til at oppsigelsen var saklig etter tjenestemannsloven § 8. Arbeidsgivers kvalifikasjonskrav ble ansett som legitime, og arbeidstaker hadde selv skyld i at han ikke hadde skaffet seg den påkrevde kompetansen. Mindretallet mente imidlertid at arbeidstaker tilfredsstilte kravet til faglig dyktighet ved å være kvalifisert for stillingen ved ansettelse. Basert på hans arbeidserfaring og alder, kunne ikke arbeidsgiver kreve at han skulle gjennomføre røykdykkerkurs på lik linje med yngre ansatte. Mindretallet mente også at arbeidsgiver ikke hadde tilrettelagt for at arbeidstaker kunne gjennomføre røykdykkerkurset i løpet av prøvetiden.

De nevnte avgjørelsene er avsagt av lagmannsretten, og har dermed mindre rettskildemessig vekt enn høyesterettsavgjørelser. To av dommene er avsagt under dissens, noe som kan

⁹¹ Se HR-2019-2046-U.

svekke deres rettskildemessige vekt ytterligere. Avgjørelsen i LB-2018-13157 ble imidlertid nektet fremmet av Høyesterett, noe som kan tilsi en styrking av rettskildevekten. På en annen side ble avgjørelsen avsagt under tvil. Avgjørelsene viser uansett at prøvetidsoppsigelser grunnet arbeidstakerens faglige dyktighet i stor grad beror på konkrete og skjønsmessige arbeidsfaglige vurderinger.

4.3.3 Manglende pålitelighet

Etter § 15-6 og statsansatteloven § 15 kan en arbeidstaker sies opp i prøvetiden på grunn av manglende «pålitelighet». Ordlyden fremstår som vid, men innebærer at arbeidstaker er redelig og til å stole på. Vilåret har dermed en tydelig tilknytning til den alminnelige lojalitetsplikten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Samtidig må pålitelighetsvilkåret omfatte andre forhold enn lovlydig opptreden, ettersom lovbrudd normalt vil kunne utgjøre avskjedsgrunnlag.⁹² Den relativt ferske avgjørelsen i HR-2021-605-A (Servitør) gjaldt oppsigelse av en servitør i prøvetiden på grunn av hans unnlattelse av å informere arbeidsgiver om utfordringer i tidligere arbeidsforhold. I domspremissene la Høyesterett en bred forståelse av vilkåret til grunn:

«En forutsetning for oppsigelse er at den manglende påliteligheten gjelder forhold som har betydning for arbeidstakerens utførelse av det konkrete arbeidet eller er av relevans for virksomhetens oppgaver og karakter. I Rt-2011-1674 avsnitt 57 – som riktignok ikke gjaldt oppsigelse i prøvetid – er det uttalt at oppførselen må være slik at den *«fjerner grunnlaget for tillit til hvordan tjenestestillingen vil bli utført i fremtiden»*. [...] Pålitelighet omfatter imidlertid også *om arbeidstaker er til å stole på mer generelt og holder den etiske standarden som kreves for stillingen*. Kravene vil dermed variere etter hva slags arbeidsoppgaver og ansvar som hører til stillingen, og hva slags virksomhet det gjelder (uthevet her).»⁹³

Hvorvidt en prøvetidsoppsigelse fremstår som saklig begrunnet i arbeidstakers manglende pålitelighet, avhenger i stor grad av hvilken type svikt en står overfor, sett opp mot arbeidstakers stillingsbeskrivelse. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant) er her illustrerende. Saken gjaldt en tollaspirant som hadde blitt oppsagt i prøvetiden på grunn av

⁹² Se bl.a. Skarning (2021) s. 37.

⁹³ Avsnitt 37-38.

promillekjøring. Kjernen i arbeidsgivers begrunnelse var at arbeidstakers handlemåte viste at han ikke hadde den nødvendige holdning og vurderingsevne som krevdes for stillingen som tolltjenestemann. Tollaspiranten var statlig ansatt, og oppsigelsen ble derfor vurdert etter reglene i tjenestemannsloven § 8. Høyesterett anså oppsigelsen som saklig, da det var klart at arbeidstaker ikke hadde blitt ansatt dersom promillekjøringen hadde funnet sted før ansettelsen. Det måtte tilligge etaten som arbeidsgiver å bestemme hvilke vandelsmessige krav som skulle stilles til arbeidstakerne.

Motsatt ble oppsigelsen i Rt. 2011 s. 74 (Miljøterapeut) på grunn av fravær som følge av fire ukers varetektsfengsling og en forsovelse ansett som ugyldig av Høyesterett. Fraværet i forbindelse med varetektsfengslingen utgjorde ikke en saklig oppsigelsesgrunn, da dette stred mot uskyldspresumpsjonen i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen⁹⁴ art. 6 nr. 2. Samtidig var enkeltepisoden med fravær på grunn av forsovelse ikke tilstrekkelig til å alene begrunne oppsigelse.⁹⁵

I Servitør-dommen var tilknytningen mellom pålitelighetsvilkåret og lojalitetsplikten fremtredende. Høyesterett fastholdt at lojalitetsplikten ikke innebar en plikt for arbeidstaker til å opplyse om problemer i tidligere arbeidsforhold, med mindre dette var uttrykkelig etterspurt fra arbeidsgivers side. Da det heller ikke forelå annen dokumentasjon som indikerte at servitøren ikke oppfylte kravene som var satt for stillingen, fant retten oppsigelsen usaklig. Retten bemerket innledningsvis at terskelen for oppsigelse måtte være lavere i prøvetiden enn ellers:

«Som nevnt går det fram av forarbeidene til § 15-7 at man ønsket å ha en reell forskjell i oppsigelsesvilkårene under og etter prøvetid, blant annet for å gjøre det lettere for arbeidsgivere å ta sjansen på å ansette søkere med en usikker bakgrunn. Begrunnelsen tilsier at *vilkårene for oppsigelse må ligge noe lavere generelt* – også når grunnlaget for å avslutte arbeidsforholdet er manglende pålitelighet forut for tiltredelsen (uthevet her).»⁹⁶

⁹⁴ Convention of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953).

⁹⁵ Avsnitt 35.

⁹⁶ HR-2021-605-A avsnitt 40.

Høyesteretts konkrete vurdering av de tilbakeholdne opplysningene kan likevel tyde på at retten opererte med en høyere terskel, som minner mer om terskelen for alminnelige oppsigelser etter § 15-7:

«Heller ikke ved oppsigelse i prøvetiden på grunn av sviktende pålitelighet kan det at arbeidssøker har holdt tilbake informasjon av vesentlig betydning, i seg selv være tilstrekkelig. Det må i tillegg kreves at tilbakeholdelsen etter en helhetsvurdering må sies å være *klart illojal* fra arbeidssøkers side (uthevet her).»⁹⁷

Samtidig må Høyesteretts vurdering ses i sammenheng med at retten ikke så tilbakeholdelsen av opplysningene som et brudd på lojalitetsplikten, siden arbeidsgiver ikke hadde etterspurt informasjonen. Avgjørelsen illustrerer likevel at lojalitetsplikten er styrende for hvor terskelen for oppsigelse på grunn av manglende pålitelighet går.

De gjennomgatte avgjørelsene gjaldt enkelthendelser. Det er imidlertid naturlig å anta at også flere mindre svikter i påliteligheten vil kunne utgjøre en saklig oppsigelsesgrunn, dersom de samlet sett utgjør et brudd på lojalitetsplikten. Avgjørelsene viser samtidig at sakligheten av prøvetidsoppsigelser grunnet manglende pålitelighet beror på en konkret vurdering av det faktiske oppsigelsesgrunnlaget, sett opp mot typen pålitelighetssvikt og arbeidstakers stillingsbeskrivelse.

4.4 Betydningen av arbeidsgivers veiledning og saksbehandling

For at arbeidstaker skal kunne nå opp til de krav som er satt for stillingen, må arbeidsgiver gi arbeidstaker tilfredsstillende opplæring underveis i prøveperioden. Arbeidsgiver må i tillegg gi tilstrekkelig med tilbakemeldinger og veiledning, slik at arbeidstaker får mulighet til å forbedre og tilpasse seg stillingen. Dette er særlig viktig i begynnelsen av ansettelsesforholdet, hvor arbeidstaker er helt fersk i stillingen. Videre har arbeidsgiver bevisbyrden prøvetidsoppsigelsessaker, og må derfor kunne dokumentere at veilednings- og oppfølgingsplikten er overholdt. Dette forutsetter at arbeidsgiver har gjennomført en tilfredsstillende saksbehandling forut for oppsigelsen.⁹⁸

⁹⁷ Avsnitt 58.

⁹⁸ Se pkt. 4.2.5.

Avgjørelsen i Kranfører-dommen⁹⁹ viser at det skal mye til for at en oppsigelse anses saklig dersom arbeidsgivers veiledning og saksbehandling er utilstrekkelig. Saken gjaldt en kranførerlærling som hadde blitt oppsagt av arbeidsgiver etter kun tre uker, med den begrunnelse at arbeidsforholdet ikke utviklet seg som ønsket. Ut fra arbeidsgivers fremlagte bevis fant ikke Høyesterett grunnlag for at arbeidstaker ikke hadde tilpasset seg arbeidet, eller hadde vist manglende evner til å fungere som kranfører. Arbeidstaker hadde blitt tildelt selvstendige arbeidsoppgaver etter bare tre dager, og hadde ikke fått nødvendig veiledning og oppfølging fra arbeidsgiver. Retten vektla også at hele oppsigelsesprosessen hadde blitt behandlet og avgjort på «en ytterst utilfredsstillende måte».¹⁰⁰

Manglende opplæring og saksbehandling var også avgjørende i Bilforhandler-dommen.¹⁰¹ Arbeidsgiver begrunnet oppsigelsen av den daglige lederen i bilforretningen med at han ikke hadde tilpasset seg stillingen og ikke innehadde nødvendige kvalifikasjoner. Retten kom imidlertid til at oppsigelsen var ugyldig, da arbeidstakeren ikke hadde fått en «reell mulighet» til å prøve seg i stillingen som daglig leder.¹⁰² Bedriften stod overfor interne utfordringer, i form av dårlig arbeidsmiljø og økonomisk underskudd, som krevde en snuoperasjon som «erfaringsmessig [ville] ta noe tid».¹⁰³ I likhet med Kranfører-dommen, ble arbeidsgivers mangelfulle saksbehandling vektlagt, i form av manglende drøftelsesmøte forut for oppsigelsen.¹⁰⁴

Der arbeidsgiver har innfridd sin veiledningsplikt, uten at dette har ledet til forbedring hos arbeidstaker, vil oppsigelsen som regel fremstå som saklig. Avgjørelsen i LG-2010-61725 er her illustrerende. Saken gjaldt oppsigelse i prøvetiden av en organisasjonskonsulent i en 50 prosent stilling. Bakgrunnen for oppsigelsen var at arbeidstaker ikke forholdt seg til prioriterte arbeidsoppgaver, samtidig som hun utførte arbeid som verken var avklart eller ønsket av arbeidsgiver. Lagmannsrettens flertall fant dette tilstrekkelig bevist, og sluttet seg til arbeidsgivers vurderinger. Det ble fremhevet at arbeidsgiver hadde tilbudt arbeidstaker nærmere oppfølging, men at hun hadde takket nei. Arbeidsgiver hadde også formidlet sitt syn til arbeidstaker i flere møter uten at dette hadde medført noen forbedring, samt at det hadde blitt avholdt et drøftingsmøte forut for oppsigelsen. Mindretallet mente derimot at

⁹⁹ Rt. 1983 s. 537.

¹⁰⁰ S. 541.

¹⁰¹ Rt. 2003 s. 1071

¹⁰² Avsnitt 48.

¹⁰³ Avsnitt 40.

¹⁰⁴ Avsnitt 49.

arbeidsgiver ikke hadde tilrettelagt for at arbeidstaker skulle lykkes i stillingen, og at det derfor ikke forelå et tilstrekkelig oppsigelsesgrunnlag.

Lagmannsrettspraksis har generelt mindre rettskildemessig vekt, og den sistnevnte avgjørelsen er i tillegg avsagt under dissens. Samtidig gir den, i likhet med de to ovenfor nevnte høyesterettsdommene, uttrykk for at arbeidsgivers oppfølging og saksbehandling veier tungt i saklighetsvurderingen.

En annen plikt som har sitt utspring i lojalitetsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er tilretteleggingsplikten. Ifølge aml. § 4-6 første ledd skal arbeidsgiver «så langt det er mulig» tilrettelegge for at en arbeidstaker med «reduert arbeidsevne» skal kunne «beholde eller få annet passende arbeid». Tilretteleggingsplikten utgjør et sentralt moment i saklighetsvurderingen etter § 15-7 der arbeidstaker blir oppsagt på grunn av redusert arbeidsevne.¹⁰⁵

En tolkningsavgjørelse fra EU-domstolen¹⁰⁶ viser at arbeidsgiver har en omfattende tilretteleggingsplikt også i prøvetiden. Saken gjaldt en arbeidstaker i Belgia som på grunn av en operasjon i prøvetiden ikke kunne fortsette i stillingen som vedlikeholder av jernbaneskinner. Han ble omplassert til en midlertidig stilling som lagerarbeider, men ble likevel oppsagt ved prøvetidens utløp. EU-domstolen fastholdt at arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter artikkel 5 i Rammedirektivet mot diskriminering¹⁰⁷ omfattet en plikt til å tilby omplassering til stillinger utover den arbeidstaker var ansatt i, både før og etter prøvetidens utløp.¹⁰⁸ Retten anså omplassering som en «passende foranstaltning» i den aktuelle saken.¹⁰⁹ Tilretteleggingsplikten vil imidlertid ikke utgjøre et sentralt moment i saklighetsvurderingen etter § 15-6 og statsansatteloven § 15, idet arbeidstakers reduserte arbeidsevne ikke omfattes av oppsigelsesgrunnene i paragrafene. I slike tilfeller vil oppsigelsen omfattes av det alminnelige oppsigelsesvernet i § 15-7, hvor tilretteleggingsplikten vil utgjøre et sentralt vurderingsmoment. Ettersom tilretteleggingsplikten ikke synes å ha til formål å innvirke på de forholdene som prøvetiden

¹⁰⁵ Se bl.a. HR-2022-390-A (Multimedieprodusent) avsnitt 35.

¹⁰⁶ *HR Rail SA [C5] C-485/20*.

¹⁰⁷ Rådsdirektiv 2000/78/EF.

¹⁰⁸ Avsnitt 37-38.

¹⁰⁹ Avsnitt 43.

er ment å avklare, gir dommen etter mitt syn ikke ytterligere veiledning for avhandlingens tema.

4.5 Vektleggingen av oppsigelsens rimelighet

Rimelighet spiller inn i vurderingen av om en oppsigelse er saklig. Spørsmålet om en oppsigelse er rimelig inneholder imidlertid forskjellige vurderingsmomenter. I det følgende vil det fokuseres på to typer rimelighetsvurderinger; rimeligheten av kravene arbeidsgiver stiller til arbeidstaker, og rimeligheten av oppsigelsens konsekvenser for arbeidstaker. Spørsmålet blir hvordan disse rimelighetsvurderingene slår ut ved behandlingen av prøvetidsoppsigelser, herunder hvordan de innvirker på oppsigelsesterskelen.

Etter statsansatteloven § 15 kan den ansatte sies opp på grunn av «manglende tilpassing til arbeidet eller dersom vedkommende ikke tilfredsstillende rimelige krav til dyktighet eller pålitelighet». Ifølge lovforarbeidene, vil rimeligheten av kravene som stilles til arbeidstaker inngå i saklighetsvurderingen:

«En arbeidsgiver som kan dokumentere at arbeidstakeren ikke fyller de krav til dyktighet, pålitelighet og tilpassing til jobben o.l. *som han med rimelighet må kunne forlange*, vil etter komiteens mening på dette grunnlag kunne foreta en saklig oppsigelse (min utheving).»¹¹⁰

Siden regelen i statsansatteloven er utformet etter mønster fra arbeidsmiljøloven,¹¹¹ kan et tilsvarende rimelighetskrav utledes av § 15-6.

Verken ordlyden i statsansatteloven § 15 eller forarbeidene gir derimot svar på om rimelighetsvurderingen beror på subjektive forhold ved arbeidstaker eller om kravene objektivt sett er rimelige. I LG-2002-1647, som gjaldt en prøvetidsoppsigelse etter tjenestemannsloven § 8,¹¹² foretok lagmannsretten en objektiv vurdering av arbeidsgivers krav, opp mot arbeidstakers stillingsbeskrivelse og virksomhetens karakter:¹¹³

¹¹⁰ Innst. O. nr. 90 (1975-1976) s. 12.

¹¹¹ Se pkt. 1.4.

¹¹² Se pkt. 4.3.2.

¹¹³ Se også Bogerud og Løwenborg (2020) s. 121.

«Lagmannsretten tar utgangspunkt i at vilkåret i tjenestemannsloven § 8 nr. 2 om «rimelige krav til ...» innebærer at det ikke kan stilles idealkrav, men at kravene vil kunne variere med type stilling og type virksomhet.»

Retten anså kvalifikasjonskravene som «legitime», og fant ikke grunn til å foreta en mer omfattende rimelighetsvurdering av subjektive forhold hos arbeidstakeren:

«[...] når arbeidsgivers kvalifikasjonskrav anses legitime slik som i denne saken, og oppsigelsen bygger på at dette saklige begrunnede kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt på grunn av arbeidstakers forhold, og det ikke er holdepunkter for at det er tatt utenforliggende hensyn, er det ikke rom for ytterligere vurdering basert på rimelighetsbetraktninger [...] Det skal for øvrig påpekes at *en oppsigelse av tjenestemann etter tjenestemannsloven § 8 neppe vil kunne settes til side som følge av subjektive forhold hos arbeidstakeren som alder osv og som ikke knytter seg til vilkårene i lovens § 8*. I denne saken er det uansett ikke forhold som tilsier at arbeidsgivers behov bør vike ut fra hensynet til arbeidstakers subjektive forhold (uthevet her).»

Uttalelsen indikerer at den andre rimelighetsvurderingen, i form av oppsigelsens konsekvenser for arbeidstaker, ikke er fremtredende i saklighetsvurderingen etter prøvetidsreglene. Samtidig tilsier den siste setningen at lagmannsretten ikke så bort fra at det i visse tilfeller vil kunne være nødvendig å vektlegge arbeidstakers individuelle forhold. Lagmannsretten begrunnet ikke uttalelsen nærmere, men det er nærliggende å anta at retten siktet til tilfeller der arbeidsgiver har begrunnet oppsigelsen i utenforliggende hensyn, eller der spesielle forhold hos arbeidstaker medfører at arbeidsgiver må tilpasse de fastsatte kravene.

Motsatt inngår individuelle rimelighetshensyn i saklighetsvurderingen etter det alminnelige oppsigelsesvernet i § 15-7. Nyere høyesterettspraksis presiserer imidlertid at oppsigelsens konsekvenser for arbeidstaker kommer i bakgrunnen ved oppsigelser begrunnet i arbeidstakers forhold. Sakligheten vil heller bero på om oppsigelsen fremstår som en forholdsmessig reaksjon, sett opp mot oppsigelsesgrunnen.¹¹⁴ Høyesteretts uttalelse i Pasientjournal-dommen er illustrerende:

¹¹⁴ Se pkt. 2.3.

«At oppsigelsen vil ramme hardt, er et moment som må tillegges vekt i vurderingen av om oppsigelsen av A er uforholdsmessig. Samlet sett mener jeg likevel at man her står overfor et så grovt pliktbrudd fra hennes side at en oppsigelse ikke vil være en uforholdsmessig reaksjon.»¹¹⁵

Individuelle rimelighetshensyn synes derimot fremhevet i Høyesteretts saklighetsvurdering av prøvetidsoppsigelsen i Servitør-dommen. I forbindelse med vurderingen av om servitøren var berettiget til å holde tilbake opplysningene ved ansettelsen, la retten blant annet vekt på de negative konsekvensene det ville hatt for arbeidstaker å opplyse om det tidligere arbeidsforholdet:

«Det er videre forståelig at A ønsket å holde opplysningene om ansettelsesforholdet skjult. Informasjon om dette kunne i ytterste konsekvens holdt ham utenfor arbeidsmarkedet som servitør, til tross for at samarbeidsproblemene ved restaurant [restaurant5] ikke nødvendigvis gjorde ham uskikket som servitør ved en annen restaurant.»¹¹⁶

Retten la ikke vekt på rimeligheten av oppsigelsen overfor arbeidstaker, men *de potensielle konsekvensene for arbeidstaker dersom han hadde informert arbeidsgiver om ansettelsesforholdet*. Vurderingen er likevel preget av individuelle hensyn på arbeidstakersiden, som har en parallellitet til den individuelle rimelighetsvurderingen under det alminnelige oppsigelsesvernet. Argumentasjonen fremstår imidlertid som et utslag av det konkrete saksforholdet i dommen, nemlig at arbeidstaker ikke hadde brutt sin lojalitetsplikt. Det finnes heller ikke spor av tilsvarende vurderinger i annen rettspraksis om prøvetidsoppsigelser. Uttalelsene synes derfor å ha begrenset rettslig relevans utover det konkrete saksforholdet.

4.6 Oppsummering

Gjennomgangen viser at utfallet av saklighetsvurderingen av prøvetidsoppsigelser etter § 15-6 og statsansatteloven § 15 avhenger av de enkelte oppsigelsesgrunnene og saksforholdet for øvrig. *Arbeidsgivers konkrete bevisgrunnlag og dokumentasjon* fremstår som avgjørende, noe som er særlig fremtredende ved prøvetidsoppsigelser begrunnet i arbeidstakers tilpasning til

¹¹⁵ HR-2021-2389-A avsnitt 73.

¹¹⁶ HR-2021-605 avsnitt 63.

arbeidet. *Arbeidsgivers stillingsbeskrivelse* er en annen sentral faktor, særlig for oppsigelser begrunnet i manglende faglig dyktighet eller pålitelighet. Saklighetsvurderingen av oppsigelser begrunnet i manglende pålitelighet beror videre på *sviktens karakter*, sett opp mot stillingsbeskrivelsen. I tillegg fremstår *den alminnelige lojalitetsplikten* som en slags målestokk for pålitelighetsvurderingen. Videre viser analysen at arbeidsgiver har en sterk oppfordring til å *veilede og følge opp* prøvetidsansatte. I forlengelsen av dette står *kvaliteten av arbeidsgivers saksbehandling* sentralt. *Rimeligheten av kravene arbeidsgiver stiller til arbeidstaker*, sett opp mot stillingsbeskrivelsen, utgjør et ytterligere vurderingsmoment. Oppsigelsens konsekvenser for arbeidstaker har derimot liten vekt i saklighetsvurderingen.

Til tross for at oppsigelsesterskelen skal være «noe lavere» enn ellers, viser analysen at domstolene er forsiktige med å definere terskelen nærmere. I stedet foretas en konkret saklighetsvurdering basert på momentene nevnt ovenfor. En naturlig forklaring kan være at saklighetsvurderingens karakter gjør det krevende å oppstille en generell terskel for prøvetidsoppsigelser. En annen del av forklaringen kan være at prøvetidsoppsigelser ofte er begrunnet i flere av oppsigelseskriteriene i prøvetidsreglene. Dette gjør det også krevende å trekke generelle slutninger fra de enkelte rettsavgjørelsene, og foreta en presis definisjon av terskelen for oppsigelser i prøvetiden. Samtidig etterlater det en usikkerhet ved behandlingen av fremtidige prøvetidssaker om hvor terskelen faktisk går, og hva som er den reelle forskjellen mellom oppsigelsesvernet i prøvetiden og det alminnelige oppsigelsesvernet.

Et flertall av de gjennomgatte dommene synes likevel å gi uttrykk for en noe videre oppsigelsesadgang i prøvetiden enn det som gjelder for alminnelige oppsigelser. Der arbeidsgiver *kan dokumentere tilstrekkelig veiledning og oppfølging*, og i tillegg *har gjennomført en forsvarlig saksbehandling*, vil oppsigelsen fort anses saklig. Motsatt vil oppsigelsen normalt kjennes ugyldig dersom dette ikke er på plass, eller der oppsigelsen bygger på *urimelige krav* eller begrunnes i *utenforliggende hensyn*. Dette skiller seg fra det alminnelige oppsigelsesvernet, hvor arbeidsgiver i tillegg må vise til gode grunner for at oppsigelsen skal anses saklig.¹¹⁷

¹¹⁷ Se pkt. 2.3.

Funnene i kapitlet har nær sammenheng med at domstolene skal være tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger ved behandlingen av prøvetidsoppsigelser. Dette temaet vil jeg behandle nærmere i avhandlingens neste kapittel.

5 Domstolsprøvingen av oppsigelser i prøvetiden

5.1 Innledning

Som utgangspunkt kan domstolene prøve alle sider av en rettslig tvist. På visse områder er retten imidlertid avskåret fra å overprøve de skjønsmessige sidene av avgjørelser og vedtak. Et klassisk eksempel er den forvaltningsrettslige myndighetsmisbrukslæren, hvor domstolene som hovedregel skal avstå fra å prøve skjønsmessige sider av forvaltningsvedtak.¹¹⁸ Innenfor andre rettsområder har domstolene i utgangspunktet full prøvingskompetanse, men viser likevel tilbakeholdenhet i sin overprøving. Dette har tradisjonelt vært tilfellet i arbeidsretten. Og til tross for at domstolene har blitt mer inngående i prøvingen av alminnelige oppsigelsessaker,¹¹⁹ skal domstolene fortsatt vise tilbakeholdenhet med å overprøve arbeidsgivers skjønsmessige vurderinger i prøvetidsoppsigelser.¹²⁰

I lys av dette er det nødvendig å skille mellom domstolenes *prøvingsadgang* og *prøvingsintensitet*. *Prøvingsadgangen*, også kalt *prøvingsretten* eller *prøvingskompetansen*, beskriver domstolenes kompetanse, og ansvar, til å overprøve rettslige spørsmål. *Prøvingsintensiteten* beskriver på sin side domstolenes faktiske bruk av denne kompetansen, samt hvor inngående overprøving som foretas.¹²¹ Skillet mellom domstolenes prøvingsadgang og -intensitet er imidlertid ikke alltid like skarpt i praksis.¹²²

I dette kapitlet skal jeg se nærmere på domstolenes prøvingsintensitet ved saklighetsvurderingen av prøvetidsoppsigelser etter arbeidsmiljøloven og statsansatteloven. Jeg vil først oppstille noen rettslige utgangspunkter for domstolsprøvingen, før jeg vil foreta en analyse av prøvingsintensiteten ut fra aktuell rettspraksis. I analysen tar jeg utgangspunkt i de tre forholdene prøvetiden er ment å avklare; tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet og pålitelighet. Målet med kapitlet er primært å undersøke domstolenes reelle prøvingsintensitet i prøvetidsoppsigelsessaker. Sentrale spørsmål i denne sammenhengen er hvilke faktorer som

¹¹⁸ Se bl.a. Graver (2019) s. 122 og Eckhoff og Smith (2022) s. 393.

¹¹⁹ Se pkt. 2.2.

¹²⁰ Se pkt. 3.2.2 og 3.3.1.

¹²¹ Se bl.a., Fougner (2018) s. 43 og 45, Hotvedt (2018) s. 8 og Skjønberg (2021) s. 119.

¹²² For nærmere omtale, se Hotvedt (2021) s. 244-245.

påvirker prøvingsintensiteten, og hvor strengt domstolene forholder seg til sine egne og lovgivers forutsetninger.

5.2 Utgangspunkter for domstolsprøvingen

Ordlyden i § 15-6 gir ikke uttrykk for en begrenset domstolsprøving av arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger. Tradisjonelt har det heller ikke blitt skilt tydelig mellom domstolenes prøvingsintensitet i oppsigelsessaker i og utenfor prøvetiden. Til tross for uttalelsene i Hamnerverk-saken,¹²³ la Høyesterett senere til grunn i et obiter dictum i Nationaltheatret-dommen at aml. 1977 § 63 «forutsetter en domstolsprøving på linje med» det alminnelige oppsigelsesvernet etter § 60.¹²⁴ Denne oppfatningen medførte imidlertid at departementet ved lovendringen i 1995, uttrykkelig presiserte at det gjaldt en lavere prøvingsintensitet ved behandlingen av prøvetidsoppsigelser:

«Departementet ser det som viktig å understreke gjeldende rett om at domstolene skal være *svært tilbakeholdne* med å etterprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering av hvordan arbeidstaker fungerer i stillingen, så lenge det faktum som oppsigelsen bygger på må anses bevist og relevant (uthevet her).»¹²⁵

Temaet kom igjen på spissen for Høyesterett i Bilforhandler-dommen, hvor retten sluttet seg til forarbeidene:

«Det sentrale ved prøving av oppsigelse i prøvetiden har både forut for arbeidsmiljøloven og etter den vært det faktiske grunnlaget for oppsigelsen; *om det er bevismessig dekning for at oppsigelsen bygger på forhold som prøvetiden tar sikte på å avklare*. Ved gjennomgangen av prøvetidsreglene ved lov nr. 2/1995, som jeg nettopp har nevnt, ble det understreket at domstolene skal være «svært tilbakeholdne» med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering av hvorledes arbeidstakeren fungerer i stillingen, så lenge det faktum oppsigelsen bygger på, må anses bevist og relevant. Etter mitt syn må bestemmelsen anvendes på denne måten (uthevet her).»¹²⁶

¹²³ Se pkt. 3.2.1.

¹²⁴ Rt. 1984 s. 1058, s. 1068.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 164.

¹²⁶ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 30.

Standpunktet har blitt lagt til grunn i senere rettspraksis, og anses i dag som gjeldende rett etter arbeidsmiljøloven.¹²⁷ Domstolene kan dermed prøve *det faktiske grunnlaget for prøvetidsoppsigelsen* fullt ut. Arbeidsgiver har bevisbyrden i oppsigelsessaker, og må derfor vise til et tilstrekkelig etterprøvbart oppsigelsesgrunnlag. Det forutsetter at de har gjennomført *en tilfredsstillende og forsvarlig saksbehandling*,¹²⁸ som domstolene må kunne prøve alle sider av.

Statsansatteloven § 34 første ledd begrenser på sin side domstolsprøvingen til «lovligheten» av forvaltningens vedtak, som også omfatter § 15 om prøvetidsoppsigelser. I forarbeidene presiseres det at domstolene, i tråd med alminnelig forvaltningsrett, er «avskåret fra å overprøve forvaltningens skjønn».¹²⁹ Dette kan tilsynelatende gi uttrykk for en snevrere prøvingsadgang enn det som følger av § 15-6. Samtidig innebærer en domstolsprøving av oppsigelsens «lovlighet» at domstolene har kompetanse til å prøve alle sider av arbeidsgivers rettsanvendelse og saksbehandling.¹³⁰ Prøvingsadgangen etter statsansatteloven § 15 vil derfor omfatte hvorvidt oppsigelsen er saklig begrunnet i den prøvetidsansattes «manglende tilpasning til arbeidet», «dyktighet» eller «pålitelighet». En slik forståelse skiller seg ikke nevneverdig fra prøvingsadgangen og -intensiteten etter § 15-6. Høyesteretts uttalelser i Tollaspirant-dommen tilsier også at prøvingsadgangen og -intensiteten er den samme etter de to prøvetidsreglene.¹³¹

Domstolenes tilbakeholdenhet i overprøvingen byr på en krevende balansegang. Det faktiske grunnlaget for oppsigelsen og arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger av arbeidstakers fungering i stillingen utgjør til sammen et helhetlig beslutningsgrunnlag. Vurderingene har dermed en tendens til å gli over i hverandre, idet faktorer på hver side av «grensen» spiller inn og påvirker hverandre. Departementets beskrivelse av domstolsprøvingen i lovforarbeidene til aml. 1997 § 63 illustrerer utfordringene:

«Slik bestemmelsen er utformet, må domstolene normalt vise tilbakeholdenhet når det gjelder å prøve arbeidsgiverens skjønnsmessige vurdering av arbeidstakeren i prøvetiden. På den annen side vil det ofte være nødvendig å gå inn på en slik vurdering for å få fastslått om arbeidsgiveren har tatt utenforliggende hensyn, spesielt

¹²⁷ Se Rt. 2011 s. 74 avsnitt 34.

¹²⁸ Se pkt. 4.2.5.

¹²⁹ Prop. 94 L (2016-2017) s. 181.

¹³⁰ Se bl.a. Hotvedt (2018) s. 5.

¹³¹ Rt. 2008 s. 135 avsnitt 36-37.

dersom det kan reises spørsmål om det er andre grunner for oppsigelsen enn de som er nevnt ovenfor. Ofte vil arbeidsgiveren nettopp oppgi arbeidstakerens dyktighet, tilpasning etc., når han sier opp en arbeidstaker i prøvetiden, selv om de reelle grunner er helt andre. Domstolene kan da ikke være avskåret fra å foreta en realitetsvurdering av hva som virkelig er grunnen for oppsigelsen, og herunder prøve om de oppgitte grunner er holdbare.»¹³²

Følgelig er det ikke rart at domstolene ofte har problemer med å trekke opp dette skillet i praksis. Samtidig skaper utfordringene et ekstra behov for en nærmere analyse av domstolenes overprøving av oppsigelsessaker i prøvetiden.

5.3 Analyse av domstolenes prøvingsintensitet ved behandlingen av prøvetidsoppsigelser

5.3.1 Manglende tilpasning til arbeidet

Der arbeidstaker er oppsagt i prøvetiden på grunn av manglende «tilpasning til arbeidet», vil saklighetsvurderingen ofte dreie seg om det faktiske grunnlaget som arbeidsgiver viser til.¹³³ Spørsmålet blir så om, og i så fall hvordan, dette påvirker domstolsprøvingen.

Oppsigelsen av den ansatte i Hammerverk-dommen var begrunnet i at den ansatte ikke evnet å tilpasse seg stillingen.¹³⁴ I forbindelse med overprøvingen uttalte Høyesterett at retten kunne prøve «det faktum bedriften anfører å ha lagt til grunn»,¹³⁵ herunder «om oppsigelsen reelt sett er bygd på slike omstendigheter og ikke på andre som i relasjon til prøvetiden eller i det hele tatt må sies å være utenforliggende».¹³⁶ Retten måtte imidlertid «respektere det skjønne arbeidsgiver på dette grunnlag har utøvet», med mindre skjønnet måtte anses som «uforsvarlig».¹³⁷ Det er nærliggende å forstå formuleringene på liknende måte som den forvaltningsrettslige myndighetsmisbrukslæren, hvor domstolene kan overprøve

¹³² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76.

¹³³ Se pkt. 4.3.1.

¹³⁴ Se pkt. 3.2.1.

¹³⁵ Rt. 1977 s. 902 s. 911

¹³⁶ S. 910.

¹³⁷ S. 911.

forvaltningsskjønnet fullt ut der det bygger på utenforliggende hensyn, innebærer usaklig forskjellsbehandling eller medfører et kvalifisert urimelig resultat.¹³⁸

I Kranfører-dommen¹³⁹ var bakgrunnen for oppsigelsen av kranførerlærlingen etter tre ukers prøvetid, at arbeidsgiver mente at arbeidsforholdet ikke hadde utviklet seg på en tilfredsstillende måte.¹⁴⁰ Innledningsvis uttalte Høyesterett følgende om sin egen prøvingsadgang:

«Jeg nevner først at etter arbeidsmiljøloven § 63 må arbeidsgiveren ved oppsigelse av en prøvetilsatt *godtgjøre hva oppsigelsen bygger på, slik at domstolene kan etterprøve hans vurderinger* (uthevet her).»¹⁴¹

I den konkrete vurderingen var det igjen det faktiske grunnlaget for oppsigelsen som retten var opptatt av. Arbeidstakeren hadde blitt oppsagt etter kun tre uker, hadde ikke fått tilstrekkelig opplæring og veiledning av arbeidsgiver, og saksbehandlingen hadde vært «ytterst utilfredsstillende».¹⁴² Følgelig forelå det ikke et tilstrekkelig forsvarlig oppsigelsesgrunnlag.

Oppsigelsen i Bilforhandler-dommen¹⁴³ var delvis begrunnet med at arbeidstakeren ikke evnet å tilpasse seg stillingen som daglig leder i virksomheten.¹⁴⁴ Som tidligere nevnt, presiserte Høyesterett at domstolene skulle være tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverskjønnet. Dersom en ser nærmere på domspremissene kan det imidlertid argumenteres for at retten gikk ganske langt i å overprøve arbeidsgivers vurderinger. Høyesterett la til grunn at prøvelsen måtte skje «under hensyn til at A overtok en virksomhet hvor det var meget store utfordringer» som det ville ta «noe tid» å snu.¹⁴⁵ Retten anså enkelte deler av arbeidsgivers begrunnelse som «forholdsvis generelle»,¹⁴⁶ og bemerket at organiseringen i bedriften «måtte vanskeliggjøre daglig leders arbeid i betydelig grad».¹⁴⁷ Til tross for at han hadde «forholdt seg passiv»¹⁴⁸ i visse sammenhenger, hadde han ikke fått en «reell mulighet til å prøve seg» i

¹³⁸ Se bl.a. Graver (2019) s. 122.

¹³⁹ Rt. 1983 s. 537

¹⁴⁰ Se pkt. 4.4.

¹⁴¹ S. 540.

¹⁴² S. 541.

¹⁴³ Rt. 2003 s. 1071.

¹⁴⁴ Se pkt. 4.4.

¹⁴⁵ Avsnitt 40.

¹⁴⁶ Avsnitt 41.

¹⁴⁷ Avsnitt 46.

¹⁴⁸ Avsnitt 42.

stillingen.¹⁴⁹ Premissene viser at Høyesterett ikke bare overprøvede det faktiske grunnlaget for arbeidsgivers oppsigelse, men også arbeidsgivers mer skjønsmessige vurderinger av arbeidstakerens fungering i stillingen. Retten synes dermed å ha blandet sammen det som innledningsvis var tydeliggjort at skulle holdes klart fra hverandre. Avgjørelsen har blitt kritisert i litteraturen på et lignende grunnlag.¹⁵⁰ Samtidig må prøvingen ses i lys av at arbeidsgivers veiledning og saksbehandling var utilfredsstillende.¹⁵¹ Domstolene hadde dermed en større oppfordring til å foreta en mer inngående prøving av arbeidsgivers skjønsmessige vurderinger for å undersøke om oppsigelsen var begrunnet i forhold som prøvetiden var ment å avklare, eller om arbeidsgiver hadde tatt utenforliggende hensyn.

Høyesteretts uttalelser i HR-2019-424-A (Skanska) illustrerer også at *kvaliteten av det faktiske oppsigelsesgrunnlaget* påvirker prøvingsintensiteten. Saken gjaldt oppsigelse i forbindelse med en nedbemanningsprosess etter § 15-7. Arbeidsgiver hadde imidlertid lagt særlig vekt på arbeidstakernes kompetanse og faglige dyktighet som grunnlag for utvelgelse, noe som har likhetstrekk med oppsigelsesgrunnlaget i Bilforhandler-dommen. Ved bedømmelsen av utvelgelseskriterienes saklighet oppstilte Høyesterett et strengt dokumentasjonskrav:

«Dess mer skjønsmessige og subjektive kriteriene da er, dess bedre dokumentasjon må etter min mening kreves.»¹⁵²

I neste avsnitt synes retten å forutsette en omfattende prøvingsintensitet:

«I en situasjon som den lagmannsretten beskriver, hvor fundamentet for domstolskontrollen svikter, kan domstolene ikke på forsvarlig måte gjennomføre *en individuell, konkret totalbedømmelse av sakligheten på arbeidsgiverens vegne* (uthevet her).»¹⁵³

Følgelig foretar domstolene en mer inngående prøving av oppsigelsen der det faktiske grunnlaget fremstår som utilstrekkelig, for å undersøke om arbeidsgiveren faktisk har bygget oppsigelsen på arbeidsgivers manglende tilpasning til arbeidet. Kan arbeidsgiver derimot dokumentere at oppsigelsen bygger på dette forholdet, i tillegg til en tilfredsstillende

¹⁴⁹ Avsnitt 48.

¹⁵⁰ Se eksempelvis Fougner (2019) s. 783, Johnsen (2021) s. 300 og Kruge (2004) s. 139.

¹⁵¹ Se pkt. 4.4.

¹⁵² Avsnitt 81.

¹⁵³ Avsnitt 82.

saksbehandling og tilstrekkelig veiledning og oppfølging, viser analysen at domstolene er tilbakeholdne med å prøve oppsigelsgrunnlaget mer inngående.

5.3.2 Manglende faglig dyktighet

Oppsigelser begrunnet i manglende faglig dyktighet hos arbeidstaker, innebærer konkrete vurderinger av arbeidstakers kvalifikasjoner ut fra stillingsbeskrivelsen.¹⁵⁴ En naturlig konsekvens av dette er at domstolene som regel viser tilbakeholdenhet i overprøvingen, ettersom arbeidsgiver ofte er bedre egnet til å foreta disse vurderingene.

Argumentasjonen til lagmannsrettens flertall i Telefonselger-dommen¹⁵⁵ er illustrerende. Ifølge flertallet, stod arbeidsgiver nærmest til å vurdere hvor lang tid som trengtes for å avgjøre om det var grunnlag for oppsigelse av arbeidstakeren på grunn av manglende faglig dyktighet:

«Langt på vei er det en konkret vurdering arbeidsgiver må foreta når det gjelder hvor lang tid en som er ansatt i prøvetid trenger for å avklare om det er grunnlag for oppsigelse eller å fortsette arbeidsforholdet. I stor grad må denne vurderingen bygge på *arbeidsgiverens erfaring og kunnskap til det aktuelle arbeidet*. Flertallet peker på at domstolene skal være *svært tilbakeholdne* med å overprøve arbeidsgiverens skjønn, jf. bl.a. Ot.prp.nr.50 (1993–1994) kapittel XIII punkt 6.4 side 164, som er sitert ovenfor. Etter flertallets syn er tidsperioden arbeidstaker får prøve seg et slikt skjønnsmessig element (uthevet her).»

Flertallet var også tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverskjønnet i Offshorearbeider-saken fra 2010.¹⁵⁶

«Ut fra bevisførselen for lagmannsretten kan ikke lagmannsretten se at arbeidsgivers skjønn er basert på et faktisk uriktig grunnlag. De skriftlig nedtegnede momenter som fremkommer i de to evalueringsrapportene er for lagmannsretten underbygget ved vitneførsel fra personer som har vært til stede på Ekofisk feltet eller på X. De har

¹⁵⁴ Se pkt. 4.3.2.

¹⁵⁵ LB-2018-13157.

¹⁵⁶ LG-2010-183711.

arbeidet sammen med A eller vært hans overordnede og har mottatt rapporter om ham.»

Mindretallet på én dommer foretok derimot en grundigere prøving. Dommeren så det slik at arbeidsgiver hadde «en klar omsorgsplikt» overfor den ansatte, og at det faktiske grunnlaget viste at arbeidsgiver hadde «totalt sviktet i utøvelse av sin arbeidsgiverfunksjon». I forlengelsen av dette konkluderte mindretallet med at arbeidsgiver ikke hadde utvist «et forsvarlig skjønn» i forbindelse med oppsigelsen av arbeidstakeren. Mindretallsuttalelsen bygger imidlertid på konkrete vurderinger, og har uansett begrenset rettskildemessig vekt.

Lagmannsrettsavgjørelsene har generelt lavere rettskildemessig vekt enn høyesterettspraksis. De gir likevel inntrykk av at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers vurderinger av den prøvetidsansattes faglige dyktighet. I denne sammenhengen kan det trekkes en parallell til domstolsprøvingen av oppsigelser på grunn av «virksomhetens forhold» etter § 15-7, hvor domstolene normalt viser tilbakeholdenhet med å overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske analyser.¹⁵⁷ I begge tilfeller beror vurderingen på konkrete arbeidsfaglige vurderinger, som domstolene ofte har begrenset grunnlag for å overprøve.

5.3.3 Manglende pålitelighet

Utgangspunktet om at domstolene skal være svært tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger gjelder også for oppsigelser begrunnet i arbeidstakers pålitelighet. Samtidig viser rettspraksis at domstolene ikke er like tilbakeholdne her, som ved prøvingen av de to andre vilkårene i prøvetidsreglene. En naturlig forklaring kan være at pålitelighetsvurderingen ofte beror på vurderinger av mer juridisk og moralsk art, som domstolene har bedre forutsetninger for å foreta.

Høyesteretts uttalelser i Tollaspirant-dommen,¹⁵⁸ som gjaldt oppsigelse i prøvetiden på grunn av promillekjøring, er illustrerende. Retten viste innledningsvis til utgangspunktet om domstolenes tilbakeholdenhet i overprøvingen,¹⁵⁹ og at det tillå tolltjenesten å bestemme hvilke vandelsmessige krav som skulle stilles til de ansatte.¹⁶⁰ Retten bemerket imidlertid at de skjønnsmessige vurderingene rundt «hvorvidt opplæringen er gjennomført på en

¹⁵⁷ Se Rt. 1989 s. 508 og Fougner mfl. (2016) s. 236.

¹⁵⁸ Rt. 2008 s. 135.

¹⁵⁹ Avsnitt 36-37.

¹⁶⁰ Avsnitt 41.

tilfredsstillende måte», herunder om kravet til den ansattes «holdninger» og «vurderingsevne» er tilfredsstillt, var «forhold som arbeidsgiver neppe har vesentlig bedre forutsetninger for å vurdere enn en domstol».¹⁶¹ Om prøvingen av disse forholdene uttalte retten følgende:

«I et slikt tilfelle må domstolene kunne prøve *hvorvidt skjønnets fremstår som forsvarlig ut fra bredere samfunnsmessige oppfatninger*, men med respekt for de holdepunkter som følger av den generelle ordning etaten har etablert for å sikre seg at dens ansatte er skikket for tjenesten (uthevet her).»¹⁶²

I påfølgende avsnitt kom retten, etter en konkret vurdering, til at oppsigelsen av tollaspiranten var saklig:

«Det er ikke for meg nødvendig å prøve å angi den nærmere grense for prøvingsintensiteten i det foreliggende tilfelle. På grunnlag av de momenter jeg har nevnt, finner jeg det klart at det skjønn som ligger til grunn for tilsetningsrådets vedtak bygger på hensyn det er adgang til å ta, og at *skjønnets har en tilstrekkelig bredde og ikke fremstår som uforsvarlig eller uforholdsmessig*. Det er på det rene at A ikke hadde blitt opptatt som aspirant dersom promillekjøringen hadde funnet sted før ansettelsen. På denne bakgrunn fremstår oppsigelsen som saklig (uthevet her).»¹⁶³

Høyesteretts beskrivelse av innholdet i domstolsprøvingen synes ikke å gi uttrykk for en svært tilbakeholden prøving av arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger, slik lovforarbeidene forutsetter. Beskrivelsen minner heller om den brede overprøvingen i Nationaltheatret-dommen.¹⁶⁴ Samtidig er arbeidsgivers vurderinger av om den ansatte består opplæringen ut fra fastsatte vandelsmessige krav godt egnet for domstolsprøving, idet det ikke skiller seg nevneverdig fra hva domstolene ellers har befatning med. Det kan også argumenteres for at oppsigelsesgrunnen i saken innebar en belastende karakteristikk for arbeidstaker, som igjen skapte behov for en mer inngående prøving.¹⁶⁵ Uttalelsen kan imidlertid også leses som at Høyesterett var i tvil om hvordan prøvingsintensiteten i prøvetiden skulle beskrives, og at de derfor nøyde seg med å vise til at oppsigelsen uansett fremstod som saklig ut fra en mer inngående prøving tilsvarende prøvingsintensiteten i alminnelige oppsigelsessaker.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Avsnitt 42.

¹⁶⁴ Rt. 1984 s. 1058, se pkt. 2.2.

¹⁶⁵ Se bl.a. Meder (2021) pkt. 4.

Oppsigelsen i Miljøterapeut-dommen¹⁶⁶ var begrunnet i fravær hos arbeidstakeren på grunn av varetektsfengsling. Retten viste innledningsvis til utgangspunktet i Bilforhandler- og Tollaspirant-dommen om at domstolene skal være tilbakeholdne med å prøve arbeidstakers fungering og egnethet for stillingen.¹⁶⁷ Etter rettens syn kunne det imidlertid ikke oppstilles ytterligere begrensninger i prøvingsadgangen utover dette, slik at arbeidstakerens fravær måtte vurderes «etter vanlige regler for domstolsprøving».¹⁶⁸ Følgelig synes Høyesterett å forutsette en full overprøving av arbeidsgivers vurdering av om miljøterapeutens fravær fra arbeidet utgjorde et tilstrekkelig oppsigelsesgrunnlag. Avgjørelsen viderefører dermed tendensen i Tollaspirant-dommen om en mer intensiv overprøving av arbeidsgivers pålitelighetsvurderinger.

Servitør-dommen¹⁶⁹ fremstår som en ytterligere videreføring av denne tendensen. I forbindelse med overprøvingen av arbeidsgivers vurdering av servitørens manglende opplysninger om problemene i det tidligere arbeidsforholdet, uttalte Høyesterett følgende:

«Domstolene bør i utgangspunktet respektere arbeidsgivers vurdering av hvilke kvalifikasjoner som er nødvendige, og av den ansattes egnethet, jf. Rt-2008-135 avsnitt 36 og 41 og Rt-2011-74 avsnitt 34. *Spørsmålet om en ansatt har den nødvendige påliteligheten for stillingen, ligger likevel ikke i kjerneområdet for det domstolene skal vise tilbakeholdenhet med å overprøve (uthevet her).*»¹⁷⁰

Arbeidstakers pålitelighet stod altså ikke i sentrum av den begrensede domstolsprøvingen. Hva som utgjorde dette «kjerneområdet» uttalte retten seg imidlertid ikke eksplisitt om. Ut fra konteksten kan det argumenteres for at Høyesterett så det slik at arbeidstakers pålitelighet er bedre egnet for domstolsprøving enn de to øvrige kriteriene i § 15-6.

Domstolene er følgelig mindre tilbakeholdne med å prøve arbeidsgivers vurderinger av arbeidstakers pålitelighet sammenlignet med de to andre kriteriene i § 15-6 og statsansatteloven § 15. En naturlig del av forklaringen kan være at domstolene anser seg godt egnet til å overprøve oppsigelser begrunnet i manglende pålitelighet, da avgjørelsene gjerne er bygget på vurderinger av mer generell juridisk og moralsk karakter, som retten er vant med å

¹⁶⁶ Rt. 2011 s. 74.

¹⁶⁷ Avsnitt 34.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ HR-2021-605-A.

¹⁷⁰ Avsnitt 41.

overprøve. Dette skiller seg fra de to øvrige vilkårene om tilpasning til arbeidet og faglig dyktighet, som normalt forutsetter en arbeidsfaglig vurdering ut fra arbeidstakers stillingsbeskrivelse og virksomhetens ønsker og behov. Høyesteretts uttalelse i Rt. 2007 s. 257 (Trallfa), som gjaldt gyldigheten av et dispensasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven,¹⁷¹ har her overføringsverdi:

«Det utelukker likevel ikke at skjønnet i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av *bygningfaglige og politiske vurderinger* og mer være av *juridisk eller moralsk art*. I en slik situasjon vil *rettssikkerhetsgrunner kunne tilsa en mer intensiv domstolkontroll* (uthevet her).»¹⁷²

5.4 Domstolsprøvingen av rimeligheten av arbeidsgivers kvalifikasjonskrav

For at prøvetidens hovedformål om å unngå feilansettelser skal realiseres, må arbeidsgiver kunne stille visse krav til arbeidstaker i prøvetiden. Samtidig følger det av § 15-6 og statsansatteloven § 15 at kravene til den prøvetidsansattes tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet må være rimelige for at oppsigelsen skal anses saklig.¹⁷³ Spørsmålet blir så hvor inngående domstolene prøver dette rimelighetskravet.

Domstolene skal prøve det faktiske grunnlaget for oppsigelsen. I dette ligger det at arbeidsgiver må begrunne oppsigelsen i forhold som prøvetiden er ment å avklare, og ikke i utenforliggende hensyn.¹⁷⁴ Følgelig må domstolene også kunne prøve om de kravene arbeidsgiver stiller til arbeidstaker, er rimelige. Det kan her trekkes en parallell til den første delen av saklighetsvurderingen etter § 15-7, som i HR-2021-2389 (Pasientjournal) ble skissert som at oppsigelsesgrunnen må være «legitim».¹⁷⁵

Avgjørelsen i LB-2018-13157 er videre illustrerende. Både flertallet og mindretallet i lagmannsretten foretok en grundig vurdering av de høye kravene arbeidsgiver hadde stilt til

¹⁷¹ Lov av 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan og bygningsloven).

¹⁷² Avsnitt 44.

¹⁷³ Se pkt. 4.5.

¹⁷⁴ Se pkt. 4.2.5.

¹⁷⁵ Avsnitt 41.

de to seniorselgerne.¹⁷⁶ Til tross for at den konkrete vurderingen slo ulikt ut, viser premissene at retten foretok en inngående prøving av kravenes rimelighet.

Motsatt ble oppsigelsene i Kranfører-¹⁷⁷ og Bilforhandler-dommen¹⁷⁸ kjent ugyldige på grunn av at arbeidsgiver hadde stilt for høye krav til de prøvetidsansatte.¹⁷⁹ Kranfører-lærlingen fikk selvstendige arbeidsoppgaver etter kun tre dager, mens bilforretningen forventet at den daglige lederen skulle få til en snuoperasjon i virksomheten i løpet av kort tid.

Avgjørelsene viser samtidig at det ikke går et skarpt skille mellom vurderingen av kravenes rimelighet og den ansattes faktiske prestasjoner. Siden prøvingsintensiteten av prøvetidsansattes faglige dyktighet generelt sett er svak,¹⁸⁰ vil domstolene også vise større tilbakeholdenhet med å overprøve rimeligheten av de faglige kravene. Der prøvingsintensiteten derimot er sterkere, som i tilknytning til pålitelighet, vil rimelighetprøvingen også bli mer inngående.

5.5 Oppsummering

Gjennomgangen over viser at domstolene som regel er tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger, forutsatt at arbeidsgiver kan vise til *et korrekt og etterprøvbart faktisk oppsigelsesgrunnlag og en tilfredsstillende saksbehandling*. Samtidig viser analysen at *det konkrete oppsigelsesgrunnlaget* har stor betydning for hvilken prøvingsintensitet domstolene legger til grunn ved behandlingen av prøvetidsoppsigelser. Domstolene er særlig forsiktige med å overprøve arbeidsgivers vurderinger der oppsigelsen bygger på *arbeidstakers faglige dyktighet*, da dette ofte beror på konkrete skjønnsmessige og arbeidsfaglige vurderinger. Motsatt foretas det en mer inngående prøving av arbeidsgivers vurderinger av *arbeidstakers pålitelighet*. Har arbeidsgiver derimot *sviktet i utførelsen av sine plikter*, i form av *manglende veiledning og oppfølging* eller *utilfredsstillende saksbehandling*, er domstolene villig til å prøve oppsigelsesgrunnlaget mer inngående. Samtidig er prøvetidsoppsigelser ofte begrunnet i flere av vilkårene i § 15-6 og statsansatteloven § 15, noe

¹⁷⁶ Se pkt. 4.3.2.

¹⁷⁷ Rt. 1983 s. 537.

¹⁷⁸ Rt. 2003 s. 1071.

¹⁷⁹ Se pkt. 4.4.

¹⁸⁰ Se pkt. 5.3.2.

som forutsetter en mer samlet prøving av hele oppsigelsesgrunnlaget.¹⁸¹ Dette påvirker også prøvingsintensiteten domstolene legger til grunn.

I praksis synes prøvingsintensiteten å avhenge av *i hvilken grad domstolene ser seg egnet til å overprøve arbeidsgivers vurderinger*.¹⁸² Dette er særlig fremtredende i Servitør-dommen,¹⁸³ hvor retten påpekte at pålitelighetsbetraktninger ikke lå i kjernen av den begrensede domstolsprøvingen. Samtidig følger det av Hammerverk-dommen,¹⁸⁴ etterfølgende forarbeider¹⁸⁵ og Bilforhandler-dommen¹⁸⁶ at domstolene *generelt skal være svært tilbakeholdne i overprøvingen*. Variasjonen i prøvingsintensiteten ut fra domstolenes syn på egne forutsetninger stemmer derfor ikke alltid godt overens med denne normen.

Samtidig er et overordnet formål bak en begrenset prøvingsadgang å begrense domstolenes overprøving av skjønnsmessige vurderinger som de ikke har reelle forutsetninger for å foreta. Da analysen viser at domstolene som regel foretar en samvittighetsfull vurdering av om de faktisk er egnet til å overprøve arbeidsgivers vurderinger, kan dette tale for at de ikke går utenfor domstolsprøvingens rettslige rammer. I tillegg har Høyesteretts uttalelser om egen prøvingsintensitet prejudikatsverdi, og utgjør i henhold til alminnelig rettskildelære en tungtveiende rettskildefaktor ved fastleggingen av gjeldende rett.

Prøvingsintensiteten synes for øvrig også å variere etter det alminnelige oppsigelsesvernet i § 15-7, basert på hvor komfortable domstolene er med å overprøve arbeidsgivers vurderinger. Eksempelvis er domstolene tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske vurderinger ved oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold.¹⁸⁷ Der arbeidsgiver har brukt sin styringsrett basert på faglige vurderinger, fremstår også prøvingsintensiteten som svak. Som eksempel kan det vises til Rt. 2014 s. 402 (Kontreadmiral), som gjaldt tvist om kjønnsdiskriminering ved ansettelse, hvor domstolene viste «tilbakeholdenhet med å sette sine vurderinger over arbeidsgivers» ved prøvingen av arbeidsgivers «faglige skjønn».¹⁸⁸

¹⁸¹ Se pkt. 4.6.

¹⁸² Se også Skjønberg (2021) s. 121.

¹⁸³ HR-2021-605-A.

¹⁸⁴ Rt. 1977 s. 902.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 164.

¹⁸⁶ Rt. 2003 s. 1071.

¹⁸⁷ Se pkt. 5.3.2.

¹⁸⁸ Avsnitt 70.

6 Avsluttende betraktninger og konklusjon

Prøvetidens formål og særegne karakter gir behov for å operere med en lavere terskel for oppsigelse og et større spillerom for arbeidsgiver ved vurderingen av oppsigelsesgrunnlaget, uten inngående domstolsprøving. Analysen i denne avhandlingen har vist at domstolene som regel forholder seg til dette, og operer med en noe videre oppsigelsesadgang og svakere prøvingsintensitet. Samtidig er det vanskelig å trekke sikre slutninger for hvor terskelen for oppsigelser i prøvetiden faktisk går, sammenlignet med terskelen for oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold etter § 15-7. Prøvingsintensiteten synes også å variere ut fra det konkrete oppsigelsesgrunnlaget og domstolenes syn på grunnlaget for domstolsprøvingen.

En lavere oppsigelsesterskel og mer begrenset prøvingsadgang er nødvendig for å ivareta et av prøvetidens hovedformål; å verne arbeidsgiver mot konsekvensene av feilansettelser. En reell og ikke for begrenset prøvetidsordning vil videre kunne forhindre at arbeidsgiver alternativt benytter midlertidige ansettelse og innleie som prøvetidsordninger.¹⁸⁹ Selv om det er i strid med arbeidsmiljølovens regler, ser man i praksis eksempler på at arbeidsgivere benytter seg av slike ordninger. Følgelig er det viktig at domstolene, i tråd med de rettslige utgangspunktene som er satt, faktisk gir arbeidsgiveren det spillerommet som behøves for å gjennomføre en reell prøvetid. Dersom domstolene blir for inngående i sin prøving og legger en for streng terskel til grunn, vil hovedformålet med prøvetidsordningen kunne falle bort, og arbeidsgiver vil kunne bli fristet til å søke mot andre og mindre arbeidstakervennlige ansettelsesmetoder.

En kan reise spørsmålet om prøvingsintensiteten og den materielle oppsigelsesterskelen er to sider av samme sak. En inngående domstolsprøving innebærer en økt risiko for at oppsigelsen blir kjent usaklig, noe som igjen kan medføre en høyere terskel for oppsigelse av prøvetidsansatte. Samtidig kan prøvingsintensiteten og terskelen, iallfall teoretisk, eksistere uavhengig av hverandre, så lenge domstolene er bevisste på terskelen ved den mer inngående prøvingen. De gjennomgatte dommene viser likevel at de to elementene henger tett sammen,

¹⁸⁹ Jf. også Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163, se pkt. 3.2.2.

og har en gjensidig påvirkningskraft på hverandre. I praksis er det derfor krevende å holde elementene klart adskilt. Et sitat fra Marianne Hotvedt er illustrerende:

«Domstolsprøvelsen er uløselig forbundet med materiell rettsforståelse: Domstolene skal tolke og anvende rettsregler, og rettsregler er slike regler som håndheves av domstoler. Usikkerhet om de nærmere rettslige grensene forplanter seg derfor til prøvelsen.»¹⁹⁰

Høyesterett har blitt kritisert i litteraturen for å foreta en tilnærmet full overprøving av prøvetidsoppsigelser.¹⁹¹ Jeg mener imidlertid at denne fremstillingen blir noe unyansert. Analysen i denne avhandlingen viser heller at prøvingsintensiteten varierer ut fra det konkrete oppsigelsesgrunnlaget, arbeidsgivers saksbehandling og Høyesteretts reelle forutsetninger for overprøving.

Ut fra prøvetidens hovedformål er det imidlertid problematisk at prøvingsintensiteten avhenger av domstolenes eget syn på hvor egnet de er til å overprøve arbeidsgivers vurderinger. For å kunne sikre seg mot feilansettelser, har arbeidsgiver et større behov for å foreta selvstendige vurderinger av arbeidstakere i prøvetiden enn det som ellers gjelder. Dersom domstolene selv skal vurdere sin prøvingsintensitet i hver enkelt sak, uten å holde seg til prøvetidsreglenes overordnede prinsipper, vil arbeidsgiver kvie seg for å benytte prøvetidsordningen. Dette vil igjen kunne lede til det motsatte av det som var lovgivers ønske i forbindelse med lovendringen, nettopp å styrke prøvetidens reelle funksjon.

Flere arbeidsrettsadvokater har tatt til orde for at mange arbeidsgivere ikke benytter seg av prøvetidsreglene slik de er ment.¹⁹² En forklaring som har blitt fremhevet er at arbeidsgiver ofte er usikker på om de i tilstrekkelig grad kan dokumentere at de har overholdt sin opplærings- og veiledningsplikt forut for oppsigelsen.¹⁹³ En løsning som har blitt foreslått er å forenkle saksbehandlingsreglene i prøvetiden.¹⁹⁴ Dette kan medføre at prøvetidsreglene blir mer reelle og brukt i samsvar med sitt formål. Samtidig har analysen i denne avhandlingen vist at kravene som stilles til arbeidsgivers saksbehandling er nødvendige for at domstolene skal kunne foreta en tilfredsstillende prøving av det faktiske grunnlaget for

¹⁹⁰ Hotvedt (2021) s. 241.

¹⁹¹ Se bl.a. Fougner (2019) s. 783 og Johnsen (2021) s. 300.

¹⁹² Se bl.a. Styren (2019).

¹⁹³ Som påpekt i pkt. 4.2.3 og 4.4.

¹⁹⁴ Styren (2019).

prøvetidsoppsigelser. Løsningen vil dermed kunne innebære en ytterligere svekkelse av arbeidstakers oppsigelsesvern i prøvetiden, noe som gjør den betenkelig. På en annen side kan det også tenkes at domstolenes differensiering ved behandling av prøvetidsoppsigelser har noe av skylden for denne usikkerheten blant norske arbeidsgivere. En mer konsekvent domstolsbehandling, i tråd med de rettslige utgangspunktene bak prøvetidsreglene, vil derfor kunne ha samme resultat, uten at det vil svekke oppsigelsesvernet ytterligere.

Konklusjonen på analysen blir følgelig at domstolene generelt sett forholder seg til de rettslige utgangspunktene som gjelder for prøvetidsoppsigelser. Oppsigelsesterskelen fremstår normalt som «*noe – ikke helt ubetydelig – lavere*»¹⁹⁵ enn terskelen ved alminnelige oppsigelser, og domstolene er generelt «*svært tilbakeholdne*»¹⁹⁶ i prøvingen av arbeidsgivers skjønsmessige vurderinger. Samtidig avstår domstolene fra å presisere terskelen nærmere, og foretar en svært konkret saklighetsvurdering ut fra det faktiske og etterprøvbare grunnlaget for oppsigelsen og arbeidsgivers saksbehandling. Prøvingsintensiteten fremstår heller ikke alltid som svak, men avhenger av det faktiske oppsigelsesgrunnlaget og om domstolene ser seg egnet til å overprøve dette. Særlig legger domstolene en sterkere prøvingsintensitet til grunn der oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers manglende pålitelighet, som retten er mer komfortabel med å overprøve. Domstolenes anvendelse av de rettslige utgangspunktene i prøvetiden fremstår dermed som mer nyansert enn det en kan få inntrykk av ved første øyekast. Det gjenstår å se hvordan dette vil utvikle seg i fremtiden, og hvilke konsekvenser det vil få for prøvetidsordningen.

¹⁹⁵ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 29.

¹⁹⁶ Avsnitt 30.

Litteraturliste

Litteratur

- Bogerud og Løwenborg (2020) Bogerud, Ingeborg Moen og Agathe Løwenborg, i samarbeid med Emilie Veggeland Knudsen, *Statsansatteloven, Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte m.m, Lovkommentar*, 1. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Bull (1953) Bull, Edvard, *Arbeidervern gjennom 60 år*, 1. utg., Tiden 1953.
- Eckhoff og Smith (2022) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget 2022.
- EFTA, EEA lex EFTA, «Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union», EEA-lex, <https://www.efta.int/eea-lex/32019L1152>, (lest 15. september 2022)
- Fougner m.fl. (2016) Fougner, Jan, Camilla Schøyen Borge, Marit B. Frogner, Julie Piil Lorentzen, Trond Erik Solheim, Tron Løkken Sundet og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2016.

- Fougner (2018) Fougner, Jan, «Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll», *Arbeidsrett* vol. 15 2018, s. 37-60.
- Fougner (2019) Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett*, Universitetsforlaget 2019.
- Friberg (1978) Friberg, Odd, *Arbeidsmiljøloven : kommentarer til lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. med endringer ved lov av 3. juni 1977*, 2. utg., Tanum-Norli 1978.
- Graver (2019) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019.
- Hotvedt og Ulseth (2013) Hotvedt, Marianne og Therese Smith Ulseth, «Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett», *Arbeidsrett* vol. 10 2013, s. 112-132
- Hotvedt (2018) Hotvedt, Marianne, «Prøvelsesrett på prøve», *Arbeidsrett* vol. 15 2018, s. 1.36.

- Hotvedt (2021) Hotvedt, Marianne, «Styringsrett og domstolsprøvelse», i *Styringsretten - prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt, Alexander Sønderland Skjønberg og Kurt Weltzien (red.), 1. utg., Gyldendal 2021, s. 289-276.
- Johnsen (2021) Johnsen, Benjamin Stokke, «Høyesteretts prøvingsintensitet i styringsrettssaker», i *Styringsretten - prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt, Alexander Sønderland Skjønberg og Kurt Weltzien (red.), 1. utg., Gyldendal 2021. s. 277-328.
- Kruge (2004) Kruge, Geir J., «Oppsigelse av daglig leder i prøvetid – en kommentar til Høyesteretts dom i Rt. 2003 side 1071», *Arbeidsrett* vol. 1 2004, s. 56-66.
- Meder (2021) Meder, Margrethe, «Kommentar til HR-2021-605-A Servitørdommen», *Juridika*, 9. juni 2021, [Kommentar til HR-2021-605-A Servitørdommen | Juridika](#) (lest 29. november 2022)
- Rømcke (1936) Rømcke, Ferdinand, *Lov om arbeidervern av 19. juni 1936*, 1. utg., Norli 1936.

- Storeng m.fl. (2020) Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B. Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Styren (2019) Styren, Lars Fredrik, «Reglene om prøvetid bør revideres», *Rett24*, 30. september 2019, <https://rett24.no/articles/reglene-om-provetid-bor-revideres>, (lest 11. november 2022)
- Skarning (2021) Skarning, Nicolay, *Oppsigelse ved mangelfull arbeidsytelse eller illojalitet*, 1. utg., Universitetsforlaget 2021.
- Skjønberg (2021) Skjønberg, Alexander Sønderland, «Styringsrettens begrunnelse og karakter», i *Styringsretten - prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt, Alexander Sønderland Skjønberg og Kurt Weltzien (red.), 1. utg., Gyldendal 2021. s. 88-130.

Lover

1920	Midlertidig lov 23. juli 1920 om arbeider-utvalg i industrielle bedrifter mv. § 8.
1936	Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (gamle arbeidervernlov).
1956	Lov 7. juni 1956 nr. 2 om arbeidervern (gamle arbeidervernlov)
1975	Endringslov 7. mars 1975 nr. 4.
1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.
1977	Lov 10. juni 1977 nr. 65 om statens tjenestemenn.
1983	Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven).
1995	Endringslov 6. januar 1995 nr. 2.

- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- 2008 Lov av 27. jui 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Forarbeider

- Innst. O. nr. 23
(1974-1975) *Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om endringer i lov av 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern – oppsigelsesvern for unge arbeidstakere.*
- Ot.prp. nr. 41
(1975-1976) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*
- Innst. O. nr. 90
(1976-1977) *Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om endringer i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4*
- Ot.prp. nr. 44
(1976-1977) *Om lov om statens tjenestemenn.*
- Ot.prp. nr. 72
(1981-1982) *Om lov om statens tjenestemenn m. m.*
- Ot.prp. nr. 50
(1993-1994) *Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*
- Ot.prp. nr. 49
(2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).*

Prop. 39 L (2014-2015)

*Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven
(adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet
for stønad til livsopphold.*

Prop. 94 L (2016-2017)

Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Internasjonale konvensjoner og EU-direktiver

Internasjonale konvensjoner

- 1950 Convention of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953).
- 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York 16 December 1966 (entered into force 3 January 1976).
- 1982 ILO Convention No. 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, Geneva 2 June 1982 (entered into force 23 November 1985).
- 1996 European social charter (revised), Strasbourg 3 May 1996 (entered into force 1 July 1999).

EU-direktiver

- 2000 Rådskivediv 2000/78/EF av 20. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet.

2019

Europaparlamentet og rådets direktiv (EU) 2019/1152 av
20. juni 2019 om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår i
Den Europeiske union.

Rettsavgjørelser

Høyesterettspraksis

Rt. 1933 s. 548 (Rådhusospits)

Rt. 1935 s. 467 (Amlie)

Rt. 1959 s. 900

Rt. 1962 s. 6

Rt. 1972 s. 1330

Rt. 1977 s. 902 (Hammerverk)

Rt. 1983 s. 537 (Kranfører)

Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheatret)

Rt. 1987 s. 562 (Bestyrer)

Rt. 2003 s. 1071 (Bilforhandler)

Rt. 2007 s. 257 (Trallfa)

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant)

Rt. 2011 s. 74 (Miljøterapeut)

Rt. 2011 s. 1674

Rt. 2014 s. 402 (Kontreadmiral)

HR-2019-424-A (Skanska)

HR-2019-2046-U

HR-2020-1339-A (ISS)

HR-2021-2389-A (Pasientjournal)

HR-2021-605-A (Servitør)

HR-2022-390-A (Multimediaprodusent)

Underrettspraksis

LE-1995-768-2

LG-2002-1647

LG-2007-124516

LG-2010-61725

LG-2010-183711

LA-2017-30027

LB-2018-13157

LA-2021-77023

Praksis fra EU-domstolen

Dom av 10. februar 2022 [C5], *HR Rail SA*, C-485/20, EU:C:2022:85