

UiO : **Det juridiske fakultet**

Hvordan inngå arbeidsavtale med prøvetid

Om arbeidsmiljølovens prøvetidsregel, norsk rettspraksis, samt forslag til lovendringer basert på arbeidsvilkårsdirektivet.

Kandidatnummer: 656

Leveringsfrist: 25.11.2022

Antall ord: 17488



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	3
1.3	Rettskilder og metode	3
1.4	Fremstillingen videre	4
2	PRØVETIDENS SVAKERE STILLINGSVERN.....	4
2.1	Den rettslige reguleringen av prøvetidsreglene	4
2.2	Bakgrunnen for prøvetidsregelen.....	7
2.3	Oppsigelse begrunnet i prøvetidsbestemmelsen	9
2.3.1	Utgangspunkt for vurderingen.....	9
2.3.2	Oppsigelsesgrunnene	10
2.3.3	Vurderingen om prøvetiden er reell.....	11
2.4	Arbeidsgivers plikter under prøvetiden.....	13
2.4.1	Opplæring, veiledning og oppfølging.....	13
2.4.2	Advarsel før oppsigelse	15
2.4.3	Drøftingsmøte før oppsigelse	16
3	HVORDAN PRØVETID AVTALES.....	17
3.1	Formelle krav til innhold i ansettelsesavtale (prøvetidsklausul).....	17
3.1.1	Avtalekrav	17
3.1.2	Skriftlighetskrav	17
3.1.3	Varigheten av prøvetid	19
3.1.4	Oppsigelsesfrist	21
3.2	Forlengelse av prøvetiden	23
3.2.1	Hensyn og formelle krav	23
3.2.2	Arbeidstakers fravær.....	23
3.2.3	Utvidelse av prøvetid.....	24
3.2.4	Lengre prøvetid enn seks måneder	25
4	OM ADGANG TIL Å AVTALE PRØVETID FOR ARBEIDSTAKER SOM HAR JOBDET I VIRKSOMHETEN TIDLIGERE	26
4.1	Innledning	26
4.2	Problemet i en praktisk sammenheng	27
4.2.1	Fra vikar til fast ansatt	27
4.2.2	Forfremmelse i stilling.....	28

4.2.3	Fra en fast stilling til en annen stilling i virksomheten (omplussing).....	30
4.2.4	Fra innleid til fast ansatt	31
4.2.5	Fra tilkallingsvikar til fast ansatt	33
4.2.6	Fra lærling til fast ansatt	34
4.2.7	Atypiske arbeidstakere	36
4.3	Oppsummering av de sentrale momentene fra rettspraksis	39
4.4	Nye oppklarende regler?	40
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	42
	LITTERATURLISTE.....	43

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er hvordan prøvetid avtales i arbeidsforhold og hva er adgangen til å gjøre dette. Prøvetid er den perioden på starten av et ansettelsesforhold som brukes av arbeidsgiver til å sjekke om arbeidstaker er passende for arbeidet, og av arbeidstaker for å sjekke om de trives i stillingen. På denne måten er prøven gjensidig. Prøvetid benyttes ved ansettelser både i privat og offentlig sektor. For statsansatte finnes det en egen regel om prøvetid i statsansatteloven.¹ For resten av arbeidsmarkedet gjelder arbeidsmiljølovens² regel. Sistnevnte bestemmelsen er hovedfokuset i oppgaven.

Prøvetid er regulert av arbeidsmiljøloven § 15-6. Bestemmelsen er plassert i lovens kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold, og etablerer oppsigelsesvernet i arbeidsavtaler hvor prøvetid er avtalt. Bestemmelsen angir at prøvetiden kan maksimalt være seks måneder og lister opp oppsigelsesgrunner som arbeidsgiver kan begrunne en oppsigelse med. Selve oppsigelsesvernet ved prøvetid har klare vilkår som må være oppfylt. Det finnes rettspraksis som utpensler disse vilkårene og temaet er hyppig diskutert i juridisk litteratur.

Når det gjelder adgangen til å avtale prøvetid, er ikke dette uttrykkelig regulert i arbeidsmiljøloven. Adgangen til å inngå arbeidsavtaler med prøvetid leses dermed ut av den samme bestemmelsen som etablerer oppsigelsesvernet og må suppleres med rettspraksis. Rettspraksisen har vært tett knyttet opp mot de konkrete saksforholdene, noe som gjør det utfordrende å trekke ut entydige rettsregler. Et uklart rettskildebilde er problematisk fordi arbeidsrett er en spesiell avtalerett hvor hensynet til forutsigbarhet gjør seg gjeldende. Det er viktig at arbeidstakere gis arbeidsrettslig vern i form av forutsigbare arbeidsvilkår, samtidig som det er viktig at arbeidsgivere finner de riktige medarbeiderne og unngår feilansettelser.

Prøvetidsregelen ble innført i norsk rett i ved lovendring av 7. mars 1975 til arbeidervernloven av 1956.³ Prøvetid kunne ikke avtales for mer enn seks måneder og oppsigelse fra arbeidsgivers side kunne begrunnes med manglende «dyktighet, pålitelighet, tilpasning til jobben».⁴ Dagens arbeidsmiljølov § 15-6 har samme utgangspunkt. Det er en oppsigelsesvernsbestemmelse med samme krav til tid og angir de samme oppsigelsesgrunnene. Ved utarbeidelsen av arbeidsmiljøloven var det en viktig oppgave for Arbeidslivlovsutvalget at loven måtte gjøres enkel, klar og tilgjengelig, i den forstand at den skal være forståelig både for en gjennomsnittlig

¹ Lov 16. juni 2017 nr. 67.

² Lov 17. juli 2006 nr. 62.

³ Endringslov til arbeidervernloven av 7. mars 1975.

⁴ Arbeidervernloven 1956 § 43 tredje ledd.

arbeidstaker og for arbeidsgiver.⁵ Det er helt grunnleggende at det store flertallet av arbeidstakere og arbeidsgivere kan finne frem til de rettighetene og pliktene som gjelder for dem, fordi dette skaper trygge og forutsigbare ansettelsesforhold.

Den Europeiske Union har de siste årene forsøkt å styrke forutsigbarhet ved ansettelser. Den 20. juni 2019 vedtok Europaparlamentet og Europarådet direktivet om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår (heretter arbeidsvilkårsdirektivet).⁶ Dersom direktivets regler blir implementert i norsk rett, vil de nyansere og utfylle de reglene som foreligger i dagens arbeidsmiljølov. Endringene er basert på den utviklingen som har skjedd i EU/EØS-arbeidsmarkedet. På norsk plan, har Arbeids- og inkluderingsdepartementet med bakgrunn i direktivet utarbeidet et høringsnotat.⁷ Her foreslår de nye regler i arbeidsmiljøloven om hvordan, og i hvilke tilfeller, prøvetid kan avtales.

Den arbeidsrettslige utviklingen som har skjedd i EU/EØS-området og nasjonalt for spørsmålet om hvordan og når prøvetid kan avtales, har gjort temaet aktuelt. Prøvetidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven, slik den er utformet i dag, setter ingen vilkår for i hvilke tilfeller prøvetid prøvetid kan avtales, eller hvilke plikter og rettigheter som er i behold mens den pågår. Usikkerheten reises særlig rundt hvordan varigheten av prøvetiden fastsettes og om prøvetid kan avtales for en arbeidstaker som har vært ansatt i samme virksomhet før. Rettspraksisen som er tilknyttet spørsmålet varierer etter hva slags stilling det dreier seg om, noe som gjør det vanskelig å trekke ut en rettsregel som kan anvendes for andre ansettelsesformer. Særlig er dette uklart ved utradisjonelle ansettelsesformer som for eksempel tilkallingsvikarer, innleide arbeidstakere eller læringer og praksisstudenter.

I praksis er denne uklarheten i rettskildene problematisk, fordi når saker om oppsigelse i prøvetiden har kommet opp i retten, har ofte inngangsspørsmålet vært om det overhodet foreligger en adgang til å avtale prøvetid. Spørsmålet er viktig siden stillingsvernet er svakere i prøvetiden. Om det i en konkret sak var adgang til å avtale prøvetid har derfor noe å si for hvilken oppsigelsesnorm som brukes – prøvetidsnormen eller den ordinære oppsigelsesnormen.

I denne oppgaven gir jeg en fremstilling av prøvetidsreglene i norsk rett, og besvarer spørsmålet om hvordan avtaler med prøvetid skal inngås og når det er adgang til å gjøre det. Formålet er å gi en fremstilling av någjeldende ulovfestet rett, og redegjøre for Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag til potensielle lovendringer for å diskutere om de bidrar til å klargjøre rettstilstanden.

⁵ Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 24.

⁶ Direktiv (EU) 2019/1152.

⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022).

1.2 Avgrensning

I oppgaven skal jeg gi en fremstilling av hvordan prøvetid er regulert i arbeidsmiljøloven. Derfor avgrensner jeg mot en komparativ analyse av prøvetidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven og statsansatteloven. Statsansatteloven skal derimot brukes der den er utfyllende for forståelsen av arbeidsmiljøloven. Videre avgrensner jeg mot reguleringen av prøvetid i kollektive avtaler. Det er sjeldent at prøvetidsbestemmelser tas inn i tariffavtaler eller overenskomster, men det forekommer. Tariffreguleringer er bransjespesifikke, noe som gjør det lite relevant i denne fremstillingen.

1.3 Rettskilder og metode

Som påpekt ovenfor, er selve ordlyden i prøvetidsregelen i arbeidsmiljøloven lite informativ når det gjelder spørsmålet i denne oppgaven. Forarbeider og rettspraksis spiller dermed en stor rolle for tolkningen av rettsregelen. Eldre norske arbeidsmiljølover som hadde en prøvetidsregel vil også på enkelte steder brukes. Særlig er forarbeidene og rettspraksisen til arbeidsmiljøloven av 1977 § 63 relevant, da ordlyden i den bestemmelsen og i arbeidsmiljøloven § 15-6 er ganske lik.

En metodisk utfordring for min oppgave er at rettspraksisen fra Høyesterett vedrørende adgangen til å avtale prøvetid er begrenset. Spørsmålet om adgangen til å avtale prøvetid har oftere kommet på tale i underrettspraksis. Rettskildevekten av underrettspraksis er omdiskutert i den juridiske litteraturen. Underrettsavgjørelser bærer ikke preg av autoritative rettskilder og gir dermed ikke uttrykk for gjeldende rett, med mindre de har dannet grunnlag for en konsistent praksis.⁸ I denne oppgaven skal jeg bruke praksis fra underrettene som ressurs til å illustrere hvordan vurderinger kan foretas og hvilke momenter som kan vektlegges.

Norge er folkerettslig bundet til EØS-avtalen.⁹ Dette innebærer at norsk lov skal være i samsvar med de reglene som avtalen består av, da det er et formål at reglene praktiseres likt i alle EØS-land.¹⁰ Per i dag er arbeidsvilkårsdirektivet et EU-direktiv og ikke EØS-direktiv. Arbeidsvilkårsdirektivet trådte i kraft innen EU med virkning fra 1. august 2022.¹¹ EØS-komiteen har derimot enda ikke avgjort relevansen av arbeidsvilkårsdirektivet for EFTA-landene, som innebærer at direktivet er ikke en del av EØS-avtalen foreløpig. Norge er derfor ikke folkerettslig forpliktet til å følge reglene i direktivet.

⁸ Se Skoghøy (2018) s. 40.

⁹ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

¹⁰ EØS-avtalens fortale, første avsnitt og EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1.

¹¹ Arbeidsvilkårsdirektivet artikkel 24.

Likevel har direktivet betydning for norsk rett, fordi Arbeids- og inkluderingsdepartementet har igangsatt arbeidet med forslag til endringer i arbeidsmiljøloven ettersom de legger til grunn at Arbeidsvilkårsdirektivet er EØS-relevant.¹² De tar sikte på å fremme en proposisjon til endringslov for Stortinget etter at saken er behandlet i EØS-komiteen.¹³ Høringsfristen på deres høringsnotat med forslag var den 20. oktober 2022. Høringsinstansenes svar har blitt publisert og i noen tilfeller inneholder de kritikk. Dette er innarbeidet i oppgaven der det vurderes som relevant.

Arbeidsvilkårsdirektivet er et minimumsdirektiv. Det innebærer at medlemstatene kan gi arbeidstakere bedre vern ved nasjonal gjennomføring enn det direktivet krever. Arbeidsvilkårsdirektivet kapittel III inneholder materielle regler om prøvetid. Disse skal gjennomføres ved lovendringer i norsk rett. Det foreslås to endringer som er svært relevante for denne oppgaven. Det foreslås en skjerpelse når det gjelder prøvetidens lengde ved midlertidige ansetter. Deretter er det foreslått å lovfeste at det ikke er adgang til å avtale ny prøvetid ved fornyelse av midlertidig kontrakt eller overgang fra midlertidig til fast ansettelse.¹⁴ Arbeidsvilkårsdirektivet brukes til å belyse bakgrunnen for endringene, og hensyn bak direktivet vil aktivt brukes.

Jeg presiserer at dette er foreslåtte endringer i arbeidsmiljøloven slik de fremgår av høringsnotatet, med de usikkerhetene som følger.

1.4 Fremstillingen videre

I neste kapittel går jeg nærmere inn på hva prøvetid er. Her gir jeg en generell fremstilling av formålet med prøvetidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-6, og redegjør for det spesielle oppsigelsesvernet i prøvetiden. I kapittel 3 behandles formelle krav som må være oppfylt for at en avtale om prøvetid skal foreligge, samt adgangen til forlengelse av avtalt prøvetid. Om, og i hvilke tilfeller man kan inngå en avtale om prøvetid behandles i kapittel 4. Her tar jeg utgangspunkt i ulike situasjoner som oppstår i arbeidslivet og vurderer hvordan de bør løses. Avslutningsvis gir jeg en oppsummering av funnene i oppgaven.

2 Prøvetidens svakere stillingsvern

2.1 Den rettslige reguleringen av prøvetidsreglene

Arbeidsmiljøloven § 15-6 er den bestemmelsen som introduserer oss til begrepet prøvetid. Bestemmelsen inneholder ingen legaldefinisjon, og begrepet blir heller ikke definert andre steder i loven. Høyesterett har definert prøvetid som «en begrenset tidsperiode hvor arbeidsgiveren skal kunne vurdere arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, vedkommendes faglige dyktighet og

¹² Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 7.

¹³ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 7.

¹⁴ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 8.

pålitelighet».¹⁵ I Rt. 1997 s. 560 på side 565 oppsummerer Høyesterett de viktigste virkningene av prøvetiden er et svakere oppsigelsesvern for arbeidstakeren, kortere oppsigelsesfrist og mangel på retten til å stå i stillingen etter oppsigelse.¹⁶ Avtalt prøvetid gjennomføres på starten av ansettelsesforholdet. Varigheten på denne perioden kan variere, men loven setter en maksimum grense på seks måneder.¹⁷ Avtalefriheten i norsk rett innebærer at det er opp til avtalepartene å bli enige om lengden innenfor rammen på seks måneder.

Arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd er en oppsigelsesvernsbestemmelse. Den slår fast at når en arbeidstaker som er ansatt med en bestemt prøvetid skal sies opp, «må oppsigelsen være begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet». Gjennomgående rettspraksis er klar på at «denne terskelen for oppsigelse er noe - ikke helt ubetydelig - lavere enn det som ellers gjelder», jfr. Høyesterett i HR-2021-605-A.

Lovgivningen om prøvetid er konstruert med den konsekvens at stillingsvernet er svakere under denne perioden. Lovgiver har gitt adgang for arbeidsgiver til å benytte seg av uttrykkelige oppsigelsesgrunner som skal være tilpasset arbeidsforholdets tidlige fase. Arbeidsgiver får muligheten til å vurdere om den ansatte den riktige kandidaten. Så lenge arbeidsgiver kan begrunne oppsigelsen i et av de tre grunnene, så er oppsigelsen saklig, og en vurdering etter saklighetsnormen i arbeidsmiljøloven § 15-7 er ikke nødvendig.

For å belyse forskjellen mellom terskelen for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven §§ 15-6 og 15-7 viser jeg til at saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-7 kan oppfattes som streng. I Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52 uttaler Høyesterett at det skal foretas avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Avveiningen skal være konkret og skjønnsmessig, og behovene fra begge sider må tas i betraktning når man vurderer om det er «rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør». Arbeidsgiver skal kunne vise til gode grunner og terskelen skal være høy. Dette innebærer ofte kompliserte og detaljerte vurderinger. Prøvetiden er etablert for å unngå hele denne prosessen tidlig i arbeidsforholdet dersom det viser seg at det ikke fungerer som tilsiktet.

For ordens skyld viser jeg til arbeidsmiljøloven § 15-6 andre ledd som sier «bestemmelsene i paragrafen her innskrenker ikke arbeidsgivers rett til å si opp arbeidstaker etter § 15-7.» Det betyr at arbeidsgiver kan gå til oppsigelse etter § 15-7 også under prøvetidsperioden dersom saklighetskravet er oppfylt. I forarbeidene omtales det som at arbeidsgiver også kan ha annet

¹⁵ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 29.

¹⁶ Se arbeidsmiljøloven § 15-3 sjuende ledd om kortere frist, og arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd som gir adgang til å stå i stillingen kun dersom retten bestemmer det.

¹⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-6 tredje ledd.

saklig grunnlag enn de tre som er nevnt i bestemmelsen.¹⁸ I praksis vil dette si at arbeidsgivers oppsigelsesadgang under prøvetiden er utvidet fordi man kan benytte seg av begge bestemmelsene, dersom vilkårene er oppfylt. Det ville derimot vært vanskeligere å begrunne en saklig oppsigelse med arbeidstakers manglende pålitelighet, faglig dyktighet eller tilpasning til arbeidet på et senere tidspunkt i arbeidsforholdet. Det er slike forhold som arbeidsgiver bør være oppmerksom på fra starten av. Det ville hatt lite for seg at arbeidsgiver eksempelvis etter en fire års lang ansettelse sier opp arbeidstakeren med den begrunnelse at personen ikke passer stillingen.

Disse to stillingsvernsbestemmelsene må sees i sammenheng. Mens prøvetiden pågår, eksisterer de parallelt, og begge skal kunne benyttes avhengig av hvilken oppsigelsesgrunn arbeidsgiver vil argumentere for. Når prøvetiden er ute, kan arbeidsgiver bare begrunne med saklighetsnormen. Prøvetiden utvider dermed oppsigelsesadgangen.

Prøvetid er noe som avtales før ansettelsesforholdet starter, noe som i praksis gjøres gjennom en klausul som inntas i arbeidsavtalen. Dette behandles i kapittel 3. Med andre ord må forholdene rundt prøvetiden være avklart før arbeidsforholdet etableres. Likevel har lovgiver valgt å utforme prøvetidsregelen som en oppsigelsesbestemmelse og plassere den i lovens kapittel om opphør av arbeidsforhold, fremfor i lovens kapittel om ansettelser. Helt siden prøvetidsregelen ble innført i norsk rett i 1975¹⁹ har den vært formulert på liknende måte – en oppsigelsesvernsbestemmelse som antyder tre grunner for at oppsigelse fra arbeidsgiver skal være saklig.²⁰ Lovgiver har ikke i forarbeidene kommentert dette valget, derfor er det usikkert om dette var diskutert ved utformingen. Det virker likevel som bevisst av lovgiver å plassere det der.

Det kan argumenteres for at det hadde vært mer oversiktlig å plassere regelen i kapittelet om ansettelser. Dette ville også vært den mest naturlige tilnærmingen ettersom prøvetid er noe som må avklares på starten av et ansettelsesforhold, mens oppsigelsen forekommer ved opphøret av forholdet. En slik tilnærming ville trolig gjort det lettere for arbeidstakere og arbeidsgivere å finne frem til rettighetene og pliktene knyttet til prøvetidsbestemmelsene.

Likevel kan det fort tenkes at problemer knyttet til prøvetid ikke oppstår før det eventuelt gis en oppsigelse. Plasseringen av prøvetidsregelen i oppsigelsesvernkapittelet knytter seg dermed trolig til selve formålet med bestemmelsen og hovedhensynet bak, som er lettere oppsigelsesadgang. Regelen er dermed plassert der den er viktigst. Plasseringen indikerer også at prøvetid er ikke en særskilt ansettelsesstilling i norsk rett. Man er ikke en *prøvetidsansatt* – ansettelsen

¹⁸ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 160.

¹⁹ Endringslov til arbeidervernloven av 7. mars 1975 (arbeidervernloven 1956).

²⁰ Mo (1998) s. 3-29.

er fast og løpende og prøvetiden er kun en spesiell periode på starten. Da blir det ikke riktig å si at man er prøvetidsansatt eller ansatt *på* prøve, men heller ansatt *med* prøvetid.

2.2 Bakgrunnen for prøvetidsregelen

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-6 er formulert på den måten at den gir en særegen adgang til oppsigelse under prøvetiden, hvor konsekvensen blir lettere oppsigelsesadgang. Dette kommer særlig til uttrykk ved oppstillingen av de særlige oppsigelsesgrunner og oppsigelsesfristen som er 14 dager.

De spesifikke oppsigelsesgrunner som angis i ordlyden er retningsgivende for partene, fordi det gir dem informasjon om hva de bør følge med på under startfasen av arbeidsforholdet. Det skal være fordelaktig både for arbeidsgiver og arbeidstaker å kunne komme seg ut av arbeidsforholdet raskt hvis man merker at det ikke fungerer. Forskjellen er at arbeidstaker må ikke begrunne oppsigelse, det må arbeidsgiver. Prøvetidsreglene er dermed utformet med tanke på begge parter, og «legger opp til en avveining mellom arbeidstakers behov for vern og arbeidsgivers behov for å få ansatt riktige personer fast og unngå virkninger av feilansettelser».²¹ For arbeidsgiver er det også en økonomisk fordel, ettersom en kort oppsigelsesfrist har som konsekvens en kortere lønnsplikt overfor arbeidstaker. Den alminnelige oppsigelsesfristen er én måned, så lønnsplikten blir betydelig redusert med 50 prosent.²²

Hovedregelen i norsk arbeidsrett er at ansettelser skal gjøres fast, jfr. arbeidsmiljøloven § 14-9. I dette ligger at ansettelsen skal være løpende og ubegrenset, og at arbeidstaker skal sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang.²³ Det er derfor viktig å presisere at ved å være ansatt på prøvetid er man ansatt fast, og etter utløpet av prøvetiden vil man oppnå ordinært stillingsvern etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Svakere oppsigelsesvern skal bidra til at arbeidsgivere ansetter arbeidstakere på faste stillinger, fremfor å bruke underleverandører og utleiefirmaer.²⁴ Ved utformingen av loven var det også ønsket å redusere misbruket av midlertidig ansettelse.²⁵ Dette er viktig fordi det kan tenkes tilfeller hvor arbeidsgivere vil teste ut arbeidstakeren uten å bli bundet av reglene om oppsigelsesvern.

Eksempel på slik omgåelse av prøvetidsreglene er når arbeidsgiver heller leier inn arbeidskraft fra bemanningsforetak – noe som innebærer at arbeidstaker ikke er ansatt hos arbeidsgiveren direkte.²⁶ Slike avtaler er ofte kortvarige og gir dermed arbeidsgiver stor fleksibilitet til å dekke

²¹ LB-2018-13157.

²² Arbeidsmiljøloven § 15-3 første ledd.

²³ Arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd.

²⁴ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 161.

²⁵ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 163.

²⁶ Arbeidsmiljøloven § 14-12.

sine behov for bemanning, uten å knytte seg rettslig til arbeidstakeren og bli ansvarlig for stillingsvernet.²⁷ Dette svekker hovedformålet om faste ansettelser.

Lignende problematikk kan tenkes ved midlertidige ansettelser.²⁸ Stillingsannonser kan ofte bruke formuleringer om midlertidig stilling *med mulighet for forlengelse*. I praksis kan man se dette som at arbeidsgiver utnytter den begrensede, midlertidige ansettelsen til å teste om arbeidstakeren er skikket til jobben, og det dersom svaret på dette er «ja» så vil arbeidstakeren få forlenget eller fast ansettelse etter hvert. Dette er ikke nødvendigvis problematisk, siden det til slutt kan bidra til en fast ansettelse, men det svekker praksisen rundt hovedregelen om fast ansettelse. På den måten gir det adgang til å omgå stillingsvernsreglene, fordi arbeidsforholdet naturligvis avsluttes etter utløpet av den midlertidige kontrakten og derfor ikke er behov for å gå til oppsigelse.

Adgangen til å hente inn innleid arbeidskraft og midlertidige ansettelser påvirker bruken av prøvetiden. Utstrakt bruk av slike ansettelser kan svekke betydningen av prøvetid ved at arbeidsgivere vil bruke innleid arbeidskraft og midlertidige ansettelser som en test av arbeidstaker. Prøvetid skal etter sitt formål bidra til at arbeidsgivere heller velger å ansette fast, ettersom prøvetid er en periode i startfasen som gir dem sjansen til å tenke seg om. Derfor er det viktig at man bruker prøvetidsreglene riktig, altså som en ressurs for å sikre solide og gode ansettelser.

Dette kan også illustreres med såkalte «try and hire»-ansettelser som går ut på at bemanningsbyråer (utleier) tilbyr sin klient (innleier) at arbeidstaker leies inn for en tidsbegrenset periode.²⁹ Etter utgangen av denne perioden får innleieren muligheten til å ansette arbeidstakeren fast, dersom det er ønsket av begge partene.³⁰ Jakhelln skriver uttrykkelig at slike ansettelser er problematiske i relasjon til prøvetidsreglene. Jakhelln påpeker at det i slike tilfeller oppstår spørsmål om hva som skjer med arbeidstakerens prøvetid hvis han så ansettes fast etter oppdragets opphør. Jakhelln argumenterer for at den tid som den utleide arbeidstaker har arbeidet for brukerfirmaet må regnes med i lovens maksimale grense om seks måneder.³¹ Innleid arbeidskraft og adgang til å inngå avtale om prøvetid behandles i kapittel 4.2.5.

Ikke minst er terskelen for oppsigelse i prøvetid satt ned for at arbeidsgivere skal våge å ta sjansen på å ansette også de som kanskje ikke stiller så sterkt i søkeprosessen.³² Prøvetidsreglene skal på denne måten «motivere» arbeidsgivere til å ansette ikke bare de best kvalifiserte.

²⁷ Denne problematikken er utredet nærmere i Prop.131 L (2021–2022) og jeg går ikke nærmere inn på det.

²⁸ Arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd.

²⁹ Jakhelln (1988) s. 241.

³⁰ Jakhelln (1988) s. 241.

³¹ Jakhelln (2006) s. 180.

³² Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 161.

Det kan være unge uten erfaring, ha hull i CVen og arbeidstakere med ulike former for nedsatt funksjonsevne. Prøvetiden skal kunne vise om de likevel kan utføre jobben tilfredsstillende.

I forarbeidene er det uttalt:

«Et godt rekrutteringsarbeid, med bl.a aktiv bruk av prøvetidsreglene, vil til en viss grad kunne redusere virksomhetenes behov for å gå til oppsigelser. Prøvetidsreglene er gitt for å redusere virksomhetenes risiko for å foreta feiltilsetninger. Departementet foreslår derfor endringer i prøvetidsreglene som vil gjøre prøvetiden mer reell».³³

Prøvetiden må altså være «reell», noe som innebærer at tiden må brukes på en effektiv måte, hvor arbeidstakeren får innblikk i arbeidshverdagen, og kan bli testet i de områdene som er vanlige i hans stilling. Dette henger med arbeidsgivers plikter om hvordan prøvetiden gjennomføres og skranker ved forlengelse av prøvetiden. Før jeg går nærmere på disse temaene i henholdsvis kapittel 2.4 og 3.2 skal jeg redegjøre nærmere for oppsigelsesgrunnene.

2.3 Oppsigelse begrunnet i prøvetidsbestemmelsen

2.3.1 Utgangspunkt for vurderingen

Hva prøven skal bestå av er knyttet opp mot oppsigelsesvilkårene i arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd: manglende faglig dyktighet, manglende tilpasning til arbeidet, manglende pålitelighet. I det følgende skal jeg gjennom rettspraksis illustrere hva som ligger i disse. Selv om dette er alternative vilkår, så glir de ofte over i hverandre når den samlede vurderingen foretas til slutt.

For å forstå rekkevidden til rettspraksis, er det hensiktsmessig å redegjøre for domstolenes prøvingsrett i slike saker. I forarbeidene er det uttalt at retten skal forholde seg passivt ved vurderingen av arbeidsgivers skjønn: «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.»³⁴ En nærliggende begrunnelse for dette er at arbeidsgiver står nærmest og derfor har best forutsetninger til å foreta vurderingen av hva som kreves for forsvarlig utførelse av stillingen. Dette har blitt bekreftet av Høyesterett, hvor de uttaler at egnethet er noe som i første rekke må vurderes av arbeidstaker, da dette er et arbeidsfaglig spørsmål.³⁵

³³ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 152.

³⁴ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 164.

³⁵ Rt. 2008 s. 135 avsnitt 36.

2.3.2 Oppsigelsesgrunnene

Arbeidsmiljøloven § 15-6 angir tre forhold som kan gi grunnlag for oppsigelse. Bestemmelsen tolkes som at dersom en av dem – eller flere i kumulasjon – *er manglende* i ansettelsesforholdet, så kan arbeidsgiver gå til oppsigelse. I det følgende skal jeg kort redegjøre for innholdet i hver av disse grunnene.

Den første som nevnes er «arbeidstakers tilpasning til arbeidet». Et nytt arbeidsforhold innebærer naturligvis at arbeidstakeren setter seg inn i en arbeidshverdag og arbeidsoppgaver som har vært fremmed for han. Under prøvetiden må arbeidsgiver sørge for å gi tilstrekkelig veiledning og opplæring, men dette må ses i sammenheng med at den ansatte samtidig må tilpasse seg de beskjeder, pålegg og rutiner som gjelder på arbeidsplassen. Eksempler kan være tilstedeværelse, overholdelse av frister, sikkerhetsrutiner etc.³⁶ LA-2013-154564 gjaldt en førsteamanuensis i rettsvitenskap ved et universitet. Det er følgende tjenestemannsloven³⁷ som regulerte tilfellet, men ettersom ordlyden er lik som i arbeidsmiljøloven så vil den også være illustrerende her (det gjelder også de øvrige oppsigelsesgrunner). Lagmannsretten kom til at oppsigelsen var gyldig fordi arbeidsgiver begrunnet oppsigelsen med manglende evne til den fleksibiliteten stillingen krevde, samt vilje til å forandre undervisningen.

Dette illustrer samtidig at det ikke ligger plikter kun på arbeidsgivers side, men også arbeidstakers. Arbeidstaker skal etter beste evne gjøre en innsats. Arbeidstaker er ansatt fast, og er under arbeidstiden pliktig til å utføre de oppgaver som er pålagt av arbeidsgiver.

Neste oppsigelsesgrunn er «faglige dyktighet». En rekrutteringsprosess har som formål å finne den riktige kandidaten til stillingen. Basert på CVer og intervjuer fra søkere, velger arbeidsgiver ut de aktuelle kandidatene. Ofte baseres denne utvelgelsen på tidligere erfaringer fra den søkende, men også personlige egenskaper. Likevel kan man ikke alltid vite om personen fungerer som tiltenkt i stillingen før vedkommende faktisk tiltrer stillingen. Om vedkommende har tilstrekkelig faglig dyktighet er derfor noe som ofte fremkommer gradvis etter at arbeidet begynner. Den samme oppsigelsesgrunnen finnes i statsansatteloven. Forarbeidene til statsansatteloven avklarer at denne ordlyden omfatter både formelle kvalifikasjoner og hvordan selve arbeidet skal utføres.³⁸

Et eksempel er LG-2002-1647. Saken gjaldt en materialforvalter/brannmester hvor arbeidsgiver antok at vedkommende var kvalifisert for stillingen forutsatt at han kvalifiserer seg som røykdykker i prøveperioden. Ingen slik kompetanse ble fremskaffet av den ansatte, og han oppfylte

³⁶ Prop. 94 L (2016–2017) s. 133.

³⁷ Tjenestemannsloven § 8.

³⁸ Prop. 94 L (2016–2017) s. 129.

neppe kvalifikasjonskravene for stillingen. Lagmannsretten kom til at oppsigelsen var saklig begrunnet ettersom manglende kvalifikasjonskrav skyldes forhold hos arbeidstakeren selv.

Den siste oppsigelsesgrunnen «pålitelighet» var til behandling i HR-2021-605-A. Dersom oppsigelsen skal begrunnes i manglende pålitelighet må det dreie seg om «forhold som har betydning for arbeidstakerens utførelse av det konkrete arbeidet eller er av relevans for virksomhetens oppgaver og karakter».³⁹ Det vises til Rt. 2011 s. 1674 hvor dette oppsigelsesgrunnlaget ble tolket som at det må foreligge forhold som gjør at arbeidsgiver mister tillit til hvordan den fremtidige tjenesteytingen blir utført.⁴⁰ Eksempler på slike forhold er punktlighet, møte opp, utføre de oppgaver som er tildelt og lignende.⁴¹ Alt dette tyder på at etikk blir en del av vurderingen, og arbeidsgiver står overfor spørsmålet om de kan stole på arbeidstaker. Dette tilsier at hver sak må vurderes konkret og terskelen vil avhenge av de forventninger som arbeidstaker med rimelighet kan stille.

2.3.3 Vurderingen om prøvetiden er reell

«Prøvetiden tar sikte på å klarlegge arbeidstakerens tilpasning til arbeidet og vedkommendes kvalifikasjoner for stillingen. Men det forutsetter at arbeidstakeren blir gitt reell mulighet til å prøve seg» ble lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1071.⁴² Saken gjelder oppsigelse av daglig leder i prøvetid. Han ble sagt opp etter 5 måneders ansettelse. En viktig del av faktum var at den oppsagte ikke fikk anledning til å tilpasse seg stillingen og vise at han kunne fylle stillingen på en tilfredsstillende måte. Han ble ansatt når selskapet var i en svært vanskelig situasjon både økonomisk, og med problemer blant arbeiderne, samt problemer på verkstedet. Retten uttaler at det er klart at ny daglig leder vil i en sånn situasjon måtte prioritere oppgavene i startfasen. I saken forelå det flere forhold som gjorde daglig leders arbeidssituasjon vanskelig, også forårsaket av arbeidsgiver.⁴³ På bakgrunn av dette konkluderer Høyesterett at den ansatte ikke fikk en reell mulighet til å prøve seg og at oppsigelsen ikke var saklig.

Et annet sentralt moment i vurderingen av om prøvetiden er reell, er om arbeidsgiver har fått «tilstrekkelig tid» til å vurdere arbeidsutførelsen. Et eksempel på dette kan vi se i Rt. 1987 s. 562. Saken gjaldt en bestyrer av et kommunalt alders- og sykehjem som ble sagt opp etter at han virket i stillingen tre og en halv måned før han ble sykmeldt. Oppsigelsen kom frem til den ansatte etter at prøvetiden var utløpt, og derfor var saken dømt etter den ordinære saklighetsnormen for oppsigelser, etter arbeidsmiljølov 1977 § 60. Høyesterett uttaler imidlertid at det

³⁹ HR-2021-605-A avsnitt 37.

⁴⁰ Rt. 2011 s. 1674 avsnitt 57.

⁴¹ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 163.

⁴² Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 48.

⁴³ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 47.

var tatt sikte på at oppsigelsen skulle gjennomføres før prøvetidens utløp, og det faktum at man ikke rakk, kan ikke medføre at oppsigelsessaken eventuelt må tas opp på ny. Det var ingen tvil om at kommunen ville gå til oppsigelse uansett og utløpet av prøvetid førte bare til at sakligheten måtte vurderes etter reglene i § 60.⁴⁴ Derfor vil momentene som Høyesterett la vekt på være til hjelp for å forstå hva som er tilstrekkelig tid til å se om arbeidstakeren er tilpasset stillingen.

Høyesterett la vekt på at den ansatte ikke hadde «vist evne og vilje til å tilpasse seg ‘det arbeid og ansvar som ei styrarstilling ved institusjonen krev’».⁴⁵ Den ansatte manglet også strukturert arbeidstid og var vanskelig å få tak i. Han hadde fått klager på seg fra de underordnede vedrørende manglende ledelse av institusjonen. Retten konkluderte derfor at det forelå sterk svikt i utførelsen av bestyrerfunksjonen og at oppsigelsen var saklig. Gjennom denne vurderingen viser Høyesterett at så lite som tre og en halv måned kan være nok til å vise om en arbeidstaker fungerer bra nok i stillingen.

Rt. 2003 s. 1071 og Rt. 1987 s. 562 er to eksempler som begge handler om oppsigelse i prøvetid, men med ulikt utfall. I begge er det snakk om ansatte i ledende stillinger. I den første var arbeidstakeren ansatt i fem måneder før oppsigelse, mens i den andre varte ansettelsen tre og en halv måned til oppsigelse ble gitt. Dette illustrerer hvor konkrete slike saker kan bli. Dommene er knyttet tett opp mot de faktiske forhold, hvor detaljer spiller en stor rolle og hva som er reell prøvetid vil alltid avhenge av saksforholdene.

Oppsummeringsvis kan man dermed si at vurderingsgrunnlaget for å fastslå om prøvetiden var reell avhenger av hva som med rimelighet kan forventes av arbeidstaker i startfasen av arbeidsforholdet. Forarbeidene formulerer dette som at «arbeidsgiver kan ikke forvente noen idealytelse fra arbeidstaker i prøvetiden, men må kunne kreve at arbeidsytelsen ligger på et gjennomsnittlig nivå».⁴⁶ Forventningene må altså tilpasses de kvalifikasjonskrav som stilles – jo høyere krav, jo raskere tilpasning til arbeidet kan arbeidsgiver forvente. De eksempler som nevnes i forarbeidene er at selger/kelner må takle kundebehandlingen bra, eller at en utreder har god fremstillingsevne, at en kokk er hygienisk og at en ansatt i arbeid som krever mye samarbeid har gode samarbeidsevner.⁴⁷ Det støttes også av Rt. 1977 s. 902 hvor Høyesterett vurderer arbeidsprestasjoner etter den aktuelle fasen i arbeidsforholdet.⁴⁸ Vurderingene må også ses i sammenheng med den opplæringen som arbeidsgiver tilbyr. En god oppfølging fra arbeidsgiverens side vil kunne tale for at det kreves mer av arbeidstakeren, da arbeidsgiver i dette

⁴⁴ Rt. 1987 s. 562 s. 567.

⁴⁵ Rt. 1987 s. 562 s. 566.

⁴⁶ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 163.

⁴⁷ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 163.

⁴⁸ Rt. 1977 s. 902.

tilfellet yter tilstrekkelig hjelp, og ikke kan bebreides for å ha forsømt sine plikter, som redegjort i neste avsnitt.

2.4 Arbeidsgivers plikter under prøvetiden

2.4.1 Opplæring, veiledning og oppfølging

Statsansatteloven er på noen punkter mer utfyllende enn arbeidsmiljøloven i reguleringen av prøvetid, men som lovens navn antyder gjelder den kun for statsansatte. Statsansatteloven § 15 tredje ledd angir at «den ansatte skal få nødvendig veiledning, oppfølging og vurdering av arbeidet i prøvetiden». Det vil si at arbeidsgiver har i prøvetiden en plikt til å yte slik nødvendig veiledning, oppfølging og vurdering. Tidligere var denne regelen nedfelt i tjenstemannsloven § 8 første ledd.⁴⁹

Arbeidsmiljøloven har ingen slik klar regel om dette nedfelt i ordlyden. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven står det dog at tilsvarende veiledningsplikt som gjelder etter tjenstemannsloven § 8 første ledd forutsettes å gjelde etter arbeidsmiljøloven, men det ble ikke forslått presisert i ordlyden.⁵⁰ Dette antyder at pliktene etter disse bestemmelsene er like. Dette støttes også med at det finnes rettspraksis hvor Høyesterett bruker kravene til veiledning, opplæring og oppfølging også i saker hvor ansettelsen har sitt grunnlag i arbeidsmiljøloven.⁵¹ I det følgende skal jeg derfor redegjøre for opplærings-, veilednings- og oppfølgingsplikten slik den fremgår av statsansatteloven § 15 for å illustrere pliktene til arbeidsgiver under prøvetiden også etter arbeidsmiljøloven. Rettspraksis etter statsansatteloven bidrar også til å belyse hva som ligger i sentrale elementer i vurderingene etter begge lovene og vil derfor brukes.

Statsansattelovens forarbeider sier at veiledning og oppfølging er avgjørende for at arbeidstaker skal klare å tilpasse seg den nye stillingen raskest mulig. Den nyansatte har også krav på å bli kjent med arbeidsmiljøet, kollegaer, og forventinger som stilles.⁵² Hvor mye veiledning og opplæring som kreves må være konkret tilpasset stillingen og arbeidstakers forutsetninger. Arbeidsgiver må regne med at dersom han ansetter noen som ikke har mye erfaring eller treffende kvalifikasjoner, så er det opplagt at mer veiledning må gis.

Arbeidsgiver kan velge noen som er skikket til å utføre opplæring (for eksempel en erfaren arbeidstaker). I løpet av prøvetiden skal den nyansatte få konstruktive tilbakemeldinger som kan bidra til at arbeidskraften ytes på en best mulig måte, noe som er en vesentlig del av

⁴⁹ Lov 4. mars 1983 nr. 3.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 250.

⁵¹ Se for eksempel Rt. 1983 s. 537.

⁵² Prop. 94 L (2016–2017) s. 132.

veiledningsplikten. Tilbakemeldinger er helt nødvendige, ettersom arbeidstaker også skal ha vært gitt muligheten til å forbedre seg, før en eventuell oppsigelse blir aktuelt.⁵³

Dette henger sammen med forutsetningen om at prøvetiden skal være reell. Arbeidstaker skal få prøve seg i stillingen med de krav som stilles, og for at dette skal være mulig, må også arbeidsgiver yte de midler han kan for å gjøre det mulig. Ved å pålegge arbeidsgiver en slik plikt, bidras det til å unngå at arbeidsgiver utnytter ansettelser på prøvetid bare til å dekke et arbeidsbehov som er midlertidig. Arbeidsgiver må yte noe, og prøve å få arbeidsforholdet til å fungere. Konstruktive tilbakemeldinger er dermed nødvendige. Spesielt er det viktig i saker hvor arbeidsforholdet ikke går riktig vei.⁵⁴ Manglende veiledning blir nemlig vektlagt ved vurderingen av om vilkårene for oppsigelse i prøvetiden er oppfylt, dersom det kommer til en rettssak.

Rt. 1983 s. 537 er et eksempel på dette. Saken gjaldt en kranfører ansatt med prøvetid som ble oppsagt etter tre ukers arbeid. Høyesterett går gjennom momentene i saken og kommer til at det ikke forelå godt nok grunnlag til å vurdere kranførerens skikkethet og utviklingsmuligheter. Det ble lagt vekt på at det forelå mangelfull opplæring, da den nyansatte bare fikk opplæring de første to dagene og deretter kun fikk selvstendige oppdrag. Blant annet sa Høyesterett at instruksjonene som ble gitt var sporadisk og tilfeldig, samt lite presist og bar heller preg av bemerkninger fremfor instruksjoner.⁵⁵ Det må nevnes at den nyansatte ikke hadde et kranførerbevis, men Arbeidstilsynet ga dispensasjon fra forskrifter i medhold av arbeidsmiljøloven for kjøring av mobilkran, under forutsetning at forskriftene i bedriftsintern opplæring av tårn- og mobilkranfører ble fulgt.⁵⁶ Oppsigelsen var ugyldig. Saken er et eksempel på hvor tilpasset opplæringen og veiledningen må være den konkrete stillingen og arbeidstakeren. Her måtte man forvente mer veiledning og opplæring ettersom den ansatte ikke hadde tidligere erfaring med dette. Det utledes fra dommen at veiledningen må tilpasses arbeidstakerens forutsetninger, og opplæringen og oppfølgingen må gjennomføres intensivt nok til å faktisk prøve å utbedre ytelsen.

Motsatt utfall ble det i LB-2018-13157 hvor flertallet kom til at oppsigelsene av to seniorselgere var gyldige. Lagmannsretten viser riktignok ikke til avgjørelsen over. Oppsigelsene fant sted seks uker etter ansettelsene. Flertallet ser det slik at det må stilles høye krav til de som blir ansatt på seniorstillinger, samt at arbeidsoppgaven som ble fremlagt klart krevde stor innsats. De nyansatte manglet denne innsatsen og initiativ til å gjennomføre arbeidsoppgavene for å nå tiltenkte arbeidsresultater. Flertallet uttalte at «oppfølgingen av de ansatte kunne vært bedre,

⁵³ Prop. 94 L (2016–2017) s. 208 og Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 163.

⁵⁴ Prop. 94 L (2016–2017) s. 132.

⁵⁵ Rt. 1983 s. 537 s. 541.

⁵⁶ Rt. 1983 s. 537 s. 537.

men at den var tilstrekkelig hensett til at han var ansatt som senior selger og rådgiver». Her ser vi altså at også selve stillingen gir krav til hvor omfattende veiledning og oppfølging skal være.

Høyesterett oppsummerer pliktene som at arbeidsgiver skal være mer «våken» i prøvetiden og se til de problemene som oppstår.⁵⁷ Dersom arbeidsgiver følger med og oppfatter eventuelle utfordringer så skal han ha foranledning til å forsøke å utbedre de gjennom dialog, opplæring og veiledning.

2.4.2 Advarsel før oppsigelse

Det et mål for arbeidsgivers oppfølging er at den skal forhindre at en eventuell oppsigelse ikke kommer som en overraskelse på arbeidstaker.⁵⁸ Spørsmålet er om denne uttalelsen kan tolkes slik at den gir en plikt for arbeidsgiver til å gi en advarsel som gjør det klart for arbeidstaker at det vil vurderes oppsigelse dersom adferden ikke skjerpes.

Det kan tenkes at en slik advarsel i så fall ville innebære at arbeidsgiver gir som en del av sin tilbakemelding/oppfølging hvor det gis uttrykk for eventuell misnøye. Det oppstilles intet formelt krav om slik oppsigelsesadvarsel i arbeidsmiljøloven, verken ved prøvetid eller ordinær oppsigelse. Rettspraksis gir heller ingen entydig svar på dette. Det finnes dommer hvor tematikken om advarsel før oppsigelse ikke engang blir reist, for eksempel Rt. 2003 s. 1071 som er omtalt overfor. Videre finnes det rettspraksis hvor oppsigelsene i prøvetid ble opprettholdt når ingen slik advarsel ble gitt, se eksempel i Rt. 1987 s. 562 hvor Høyesterett uttalte at de ikke legger avgjørende vekt på at arbeidstakeren ikke fikk en formell advarsel før oppsigelse. Av underrettspraksis kan RG-1990-1138 og LE-2003-545 nevnes. I annen underrettspraksis har det derimot vært trukket inn som et moment i disfavør av arbeidsgiver at advarsel før oppsigelse ikke ble gitt. Se eksempelvis LB-2001-694 og LB-2006-87379.

På bakgrunn av den ovennevnte rettspraksisen er det vanskelig å oppstille advarsel som en plikt som påligger arbeidsgiver før han velger å gå til oppsigelse i prøvetiden, selv om forarbeidene peker mot at arbeidsgiver bør gi noen føringer på dette. Det kan tenkes saker hvor konkrete detaljer tilsier at arbeidsgiveren burde ha gitt advarsel og det kan da trekkes inn som et moment ved vurderingen av oppsigelsens gyldighet. Det kan spesielt tenkes i situasjoner hvor arbeidsgiver har blitt oppmerksom på arbeidstakers vanskelige forhold og derfor burde ivareta arbeidstakeren bedre, i den forstand at det skapes dialog og arbeidstakeren får rede på at han må forbedre seg for å beholde jobben.

⁵⁷ Rt. 1991 s. 236 s. 239.

⁵⁸ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 163.

2.4.3 Drøftingsmøte før oppsigelse

Regelen om drøfting før det besluttes oppsigelse følger av arbeidsmiljøloven § 15-1. Denne regelen gjelder også ved prøvetid. Ordlyden angir at før beslutning tas, skal det holdes et drøftingsmøte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker samt arbeidstakers tillitsvalgte «med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det». Et slikt drøftingsmøte skal blant annet belyse overfor arbeidstaker hva grunnlaget for oppsigelsen er. Poenget er at oppsigelse kanskje kan unngås dersom man kommer i dialog om dette. Det fremgår av forarbeidene til endringsloven til arbeidsmiljøloven 1977 at «arbeidsgiver [har en] plikt til å vurdere omplassering og å foreta en interesseavveining mellom virksomhetens behov og arbeidstakers ulemper under saklighetsvurderingen av en oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak. Disse vurderingene kan vanskelig foretas uten i samarbeid med arbeidstakeren».⁵⁹

I Rt. 2003 s. 1071 fikk arbeidstaker medhold i at oppsigelsen ugyldig fordi det ikke ble gitt en reell mulighet til å tilpasse seg, men også siden arbeidsgiver hadde begått feil i saksbehandlingen. Høyesterett la vekt på at det ikke ble holdt drøftingsmøte før oppsigelse etter arbeidsmiljøloven 1977 § 57 nr. 1, og uttaler at «unnlattelse av slik drøfting medfører ikke ugyldighet, men er et moment ved vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet», og viser til lovens forarbeider.⁶⁰ Ettersom regelen i forarbeidene behandles som en del av saklighetsvurderingen så bidrar det til at det er mest naturlig å tenke at den gjør seg kun praktisk etter det ordinære oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven § 15-7. Det at Høyesterett bruker prøvetidsbestemmelsen i dommen fremhever at regelen også er relevant ved prøvetid. Denne saksbehandlingsregelen skal gi mulighet til å finne en løsning før det går til oppsigelse, ved at partene kommer i dialog og kan prøve å løse problemet.

Et eksempel hvor manglende drøftingsmøte ikke ble tillagt vekt er LH-2000-458. Det begrunnes med at «lagmannsretten kan ikke finne at brist i saksbehandlingen kan ha hatt slik betydning for beslutningen om oppsigelse, at den av denne grunn skulle være usaklig». Lagmannsretten uttalte at feil i saksbehandlingen ikke var av betydning fordi det ikke ville forandret beslutningen om oppsigelse.

Fra dette kan det utledes at drøftingsmøte er et moment i helhetsvurderingen om oppsigelsen er gyldig. Noen ganger tillegges det faktum om det ble holdt drøftingsmøte mer eller mindre betydning – avhengig av det konkrete saksforholdet. Et slikt drøftingsmøte kan også tenkes å inngå som en del av arbeidsgivers oppfølgingsplikt. En oppsigelse i prøvetiden skal ikke komme som en overraskelse på arbeidstaker. Da er det naturlig at arbeidsgiver uttrykker sin

⁵⁹ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 182.

⁶⁰ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 49 hvor Høyesterett viser til Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 183.

misnøye med arbeidstakeren slik at arbeidstakeren får en mulighet til å forbedre seg, og på den måten forsøke å unngå oppsigelse.

3 Hvordan prøvetid avtales

3.1 Formelle krav til innhold i ansettelsesavtale (prøvetidsklausul)

3.1.1 Avtalekrav

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-6 fremhever avtalekravet. Det vil si at prøvetid må avtales. Ordlyden avklarer ikke om det må avtales før tiltredelse, men praktiske årsaker og prøvetidens formål tilsier at det gjøres i ansettelsesavtalen. Rent ordlydsmessig er det dog ingenting i veien for at det avtales separat. Formålet med prøvetiden er jo en gjensidig prøve av på starten av arbeidsforholdet og det har lite for seg at prøvetid avtales på et senere tidspunkt. Slikt utgangspunkt støttes av ordlyden i bestemmelsens fjerde ledd om eventuell forlengelse av prøvetiden, hvor det står at adgangen til dette må være avtalt «ved ansettelsen».

Makstiden på prøvetid som kan avtales er seks måneder, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-6 tredje ledd. Dette indikerer at det ligger en viss fleksibilitet i dette. Partene kan etter ordlyden bli enige om lengden på prøvetiden så lenge den ikke overskrider grensen. Dersom det ved ansettelse eller forlengelse av prøvetiden skulle blitt avtalt en prøvetid som overskrider seks måneder til sammen, så vil den ikke ha noen rettslig betydning.⁶¹ Det vil si at prøvetidsregelens oppsigelsesgrunner ikke lenger kan brukes, og eventuell oppsigelse vil vurderes etter arbeidsmiljøloven § 15-7.

Det er ingen kilder som tyder på at prøvetid ikke kan avtales for visse ansettelsesformer. De samme krav vil derfor gjelde for alle ansettelsesavtaler hvor man ønsker å gjøre prøvetid gjeldende. Dette støttes av forarbeider hvor det står at prøvetid også kan avtales for midlertidige stillinger,⁶² og rettspraksis hvor prøvetid for innleide arbeidstakere var akseptert.⁶³ Arbeidsvilkårsdirektivet konstaterer også at prøvetid skal kunne avtales for atypiske arbeidsformer. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har i sitt høringsnotat ikke kommentert dette. Derfor er det nærliggende å anta at prøvetid kan avtales for alle.

3.1.2 Skriftlighetskrav

Av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-6 følger også at avtalen om prøvetid må gjøres skriftlig. Skriftlighetskravet følger også av arbeidsmiljøloven § 14-6 som lister opp minimumskrav til innholdet i den skriftlige arbeidsavtalen. Her står det uttrykkelig at avtalen må inkludere

⁶¹ LH-2000-458.

⁶² Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 160.

⁶³ Eksempler fra rettspraksis i kapittel 4.2.4.

eventuelle prøvetidsbestemmelser.⁶⁴ Skriftlighet er et gyldighetskrav for at prøvetiden skal gjøres gjeldende i arbeidsforholdet.⁶⁵ I praksis gjøres avtaler om prøvetid gjennom å innta en prøvetidsklausul i ansettelseskontrakten.

I lagmannsrettssaken RG-1989-787 blir det uttalt at det ikke er tilstrekkelig at det i ansettelsesavtalen henvises til et annet reglement for å gjøre prøvetid gjeldende. I denne saken ble det i ansettelsesavtalen vist til personalreglementet for kommunen, som var vedlagt arbeidsavtalen, og det ble av flertallet ikke ansett som en uttrykkelig skriftlig avtale om prøvetid. Konsekvensen av at skriftlighetskravet ikke var oppfylt var at det ikke ble truffet avtale om prøvetid og oppsigelsen måtte vurderes etter den ordinære saklighetsnormen.

Utgangspunktet har lenge vært at skriftlighetskravet innebærer at prøvetid må uttrykkelig fremgå av ansettelsesavtalen. Avtalefriheten tilsier at prøvetid skal være gjenstand for forhandlinger, og denne friheten hadde vært avskåret dersom man hadde vist til et annet reglement som pålegger den prøvetiden som er fastsatt der. Likevel er det i de nye lovforslagene fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet foreslått at avtale om prøvetid skal kunne gjøres ved en henvisning, gjennom en endring i arbeidsmiljøloven § 14-6.

Den någjeldende arbeidsmiljøloven § 14-6 er konstruert slik at første ledd stiller en liste over minimumskrav til innholdet i den skriftlige avtalen. (Det er en liste av forskjellige forhold a-m som må fremgå skriftlig av avtalen). Bestemmelsens andre ledd sier at de forholdene som er nevnt i g-k kan gis ved å henwise til lover, forskrifter eller tariffavtaler som regulerer disse forholdene. I høringsnotatet foreslår departementet at bokstav f som er bestemmelser om prøvetid, også skal være omfattet av henvisningsadgangen i andre ledd.⁶⁶ På denne måten vil man kunne gjøre en bestemmelse om prøvetid gjeldende ved en henvisning til et annet reglement.

Denne henvisningsadgangen har blitt kritisert av høringsinstansene. NITO og Norges Farmaceutiske Forening uttaler at en slik henvisningsadgang for prøvetid vil skape uklarhet i prøvetidsreglene. For ordens skyld nevnes at § 14-6 første ledd bokstav g henviser til arbeidsmiljøloven § 15-6 som forutsetter at prøvetid er avtalt, og at dette avtalekravet er ikke foreslått endret. Etersom prøvetid uansett må avtales skriftlig, så vil en henvisningsadgang undergrave denne regelen og skape uklarhet. Praktiske formål taler dermed for at prøvetidsadgang skal

⁶⁴ Arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav f.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 241.

⁶⁶ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 26.

uttrykkelig fremgå av ansettelsesavtalen.⁶⁷ Jussbuss er kritiske til hensiktsmessigheten av slik henvisningsadgang.⁶⁸ Andre høringsinstanser har ikke kommentert på dette.

Skriftlighetskravet gjelder også adgangen til forlengelse av prøvetiden. Dersom det skal være mulig å forlenge prøvetiden, så må adgangen til dette ha vært avtalt på forhånd. Det må altså klart fremgå av prøvetidsklausulen i kontrakten at eventuell forlengelse kan forekomme. Jeg kommer tilbake til forlengelse av prøvetid i kapittel 3.2.

3.1.3 Varigheten av prøvetid

Maksimal varighet på prøvetid er seks måneder. Et spørsmål som oppstår er om det i noen tilfeller kan stilles et krav om at prøvetiden er kortere enn den maksimale lengden. Frem til nylig har det ikke vært noen føringer på at dette er det rettslige utgangspunktet. Loven tillater seks måneder prøvetid. Siden loven ikke oppstiller noen begrensinger på dette, så var utgangspunktet at prøvetid alltid kan være seks måneder, uansett stillingstype eller varigheten på arbeidsforholdet.

Forarbeidene til prøvetidsbestemmelsen slår fast at prøvetid kan avtales også ved midlertidige ansettelse.⁶⁹ Slike ansettelse er regulert av arbeidsmiljøloven § 14-9. Bestemmelsen gir ingen begrensning på hvor korte midlertidige ansettelse kan være, som innebærer at de i praksis kan være alt fra én dag og opp til tre eller fire år, avhengig av ansettelsestype.⁷⁰ Dersom den midlertidige ansettelse skal vare mellom ett og tre eller fire år, så er det vanskelig å se at det er noe i veien for å avtale prøvetid. Når ansettelse skal vare så lenge, så er det naturlig at de samme hensyn for å prøve ut om arbeidstaker er tilpasset stillingen vil gjøre seg gjeldende. Det vil i slike tilfeller også være fordelaktig for arbeidstaker.

Når ansettelse er kort (under ett år) kan det derimot stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av å avtale prøvetid. Det kan argumenteres med at det blir overflødig å avtale prøvetid, da det har lite for seg å avtale en seks måneders prøveperiode når ansettelse i praksis ikke skal vare lengre enn dette. Samme utgangspunkt vil gjelde dersom ansettelse er ment å vare to måneder. Slik retten er nå tillates det at hele den perioden er prøvetid. Slike tilfeller innebærer at arbeidstakeren aldri vil nyte av ordinært stillingsvern mens arbeidsforholdet pågår. Midlertidige ansettelsesforhold inngås med en start- og sluttdato, noe som gjør at forutsigbarheten i slike arbeidsforhold i utgangspunktet er stor. Et svekket stillingsvern i denne perioden setter arbeidstakere i en mer sårbar posisjon, hvis de risikerer å lettere miste en allerede kortvarig kilde til inntekt.

⁶⁷ NITO (2022) punkt 2.3 og Norges Farmaceutiske Forning (2022) punkt 3.2.

⁶⁸ Jussbuss (2022) punkt 3.2.2.

⁶⁹ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 160.

⁷⁰ Arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd.

Arbeidsvilkårsdirektivet stiller nye krav til nasjonale lovgivninger som strammer inn forutsigbarheten for arbeidstakere. I artikkel 8 nr. 2 står det at varigheten av et tidsbegrenset arbeidsforhold skal stå i et rimelig forhold til kontraktens forventede varighet og arbeidets art. På bakgrunn av dette foreslår Arbeids- og inkluderingsdepartementet en lovendring. Det er foreslått å ta inn et nytt punktum i arbeidsmiljøloven § 15-6 tredje ledd: «Prøvetiden for midlertidige ansettelser skal stå i et rimelig forhold til arbeidsforholdets forventede varighet og arbeidets art».⁷¹

Det er uklart hva som er innholdet i kravet om rimelighet i den foreslåtte ordlyden. Det vil måtte avgjøres konkret, men det er også uklart hva vurderingene skal bestå av. Som støtte i tolkningen kan punkt 28 i Arbeidsvilkårsdirektivets fortale brukes. Her fremgår at dersom den midlertidige ansettelsen skal være kortere enn 12 måneder så bør medlemstatene sikre en adekvat lengde til prøvetidens varighet som er tilpasset ansettelsens lengde og art. Departementet legger således til grunn at seks måneders prøvetid må være rimelig ved en 12 måneders ansettelse.⁷² Departementet uttaler at behovet for prøvetid reduseres jo kortere ansettelsen er ment å være. Dersom det gjelder kortere ansettelsesforhold enn 12 måneder så vil det måtte fastsettes konkret hva lengden skal bli, men generelt bør prøvetiden være kortere enn ansettelsesforholdet. Arbeidets art vil få betydning i den forstand at jobben krever lite opplæring. Et slikt moment vil tale for kortere prøvetid.

Dette gir føringer på komplekse vurderinger som arbeidsgivere vil stå ovenfor, og kan gjøre rekrutterings- og ansettelsesprosesser mer utfordrende. Denne uklarheten har blitt kritisert av noen høringsinstanser. Saken kan sees på fra arbeidstakers og arbeidsgivers side. På arbeidstakersiden har NITO foreslått at ordlyden bør være så presis at den uttrykkelig sier at prøvetid generelt bør være kortere enn ansettelsesforholdet.⁷³ Dette vil bidra til at retningslinjene blir klarere for partene. Parat har gått enda lenger i arbeidstakervern og tar til orde for at det ikke foreligger et behov for prøvetid ved ansettelser som er ment å være kortere enn 12 måneder. Dette fordi arbeidstakerens stillingsvern og forutsigbarhet må stå sterkere siden hensynet til å unngå feilansettelser ikke gjør seg særlig gjeldende. De legger til grunn at det burde lovfestes et forbud mot prøvetid i midlertidige ansettelsesforhold.⁷⁴

På arbeidsgiversiden mener NHO også at departementets forslag gir lite veiledning. NHO vil ha en klargjøring i lovens forarbeider, siden skjønsmessige vurderinger om prøvetidens lengde

⁷¹ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 36.

⁷² Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 36.

⁷³ NITO (2022) pkt. 3.1.

⁷⁴ Parat (2022) til artikkel 8 – Maksimal varighet av prøvetid.

kan bli prosessdrivende for arbeidsgivere.⁷⁵ Virke på sin side mener det er helt uproblematisk at prøvetiden i praksis kan være hele ansettelsesforholdet og mener at maksimal prøvetid på seks måneder må gjelde også ved midlertidige ansettelser uansett lengde. Virke argumenterer med at formålet med prøvetidsbestemmelsene er å teste ut arbeidsforholdet, og seks måneder er en passende tid til dette formål. Virke peker på at det ikke er uvanlig å forlenge midlertidige ansettelser – og da vil man gå glipp av en vesentlig del av testen dersom prøvetiden skulle vært kortere og ikke kunne forlenges etter at den opprinnelig gikk ut (slik regelen er i dag).⁷⁶

Hva som er hensiktsmessig lengde av prøvetiden for midlertidige ansettelser vil dermed kunne argumenteres forskjellig avhengig av om man ser det fra arbeidsgivers eller arbeidstakers side. Det nye lovforslaget gir best vern for arbeidstakere, men for arbeidsgivere vil den innebære sammensatte vurderinger for hva som er rimelig i forhold tilpasset enhver arbeidstaker, noe som kan gjøre rekrutteringsprosessene for arbeidsgivere mer kompliserte.

3.1.4 Oppsigelsesfrist

Som gjennomgått overfor, er den viktigste konsekvensen av prøvetid at oppsigelsesvernet blir svakere. Dette understrekes av at den gjensidige oppsigelsesfristen er kun 14 dager «med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale».⁷⁷ Partene kan bli enige om en lengre eller kortere oppsigelsesfrist, ved en individuell eller kollektiv avtale.⁷⁸ For ordens skyld nevnes også at det gjelder et skriftlighetskrav ved oppsigelse.⁷⁹ Arbeidsmiljøloven § 15-6 tredje angir at oppsigelsen må bli gitt innen utløpet av den avtalte prøvetiden. Spørsmålet som oppstår er hvordan denne fristen beregnes.

Fristberegningen etter bestemmelsen om prøvetid var hovedspørsmålet for Høyesterett i HR-2022-175-U. En arbeidstaker ble sagt opp etter arbeidsmiljøloven § 15-6 på den siste dagen av prøveperioden. Han tiltrådte stillingen den 19. oktober og ble sagt opp seks måneder senere, den 19. april. Høyesterett konstaterer at 19. april var den siste dagen av prøvetiden, som betyr at oppsigelsen etter arbeidsmiljøloven § 15-6 ble gitt i tide. Høyesterett legger til grunn at denne fristen skal tolkes i samsvar med domstolloven⁸⁰ § 148. Bestemmelsen sier at dersom fristen beregnes etter måneder, så skal man ta utgangspunkt i dagens tall, fristen går ut på samme dag

⁷⁵ NHO (2022) s. 6.

⁷⁶ Virke (2022) s. 9-10.

⁷⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-3 sjuende ledd.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 71.

⁷⁹ Jfr. arbeidsmiljøloven § 15-4 første ledd. Ingen kilder tyder på at denne regelen ikke skal gjelde også ved oppsigelse i prøvetiden.

⁸⁰ Lov 13. august 1915 nr. 5.

som den startet, men tilsvarende måneder etter.⁸¹ Høyesterett uttaler at domstolloven gir uttrykk for generelle prinsipper, og det selv om det gjelder prosessuelle og ikke materielle frister.⁸²

Oppsigelse kan dermed gis på den aller siste dagen i prøvetiden, som betyr at arbeidstakeren ikke er sikret ordinært oppsigelsesvern frem til utgangen av den siste prøvetidsdagen. Selv om det er uttalt i dommen at oppsigelsen er gitt i tide, så blir ikke rettsfølgene av dette avklart. Spørsmålet om hva som skjer med 14 dagers oppsigelsestid er dermed ikke uttrykkelig besvart, ettersom 14 dagers fristen ikke nevnes i dommen overhode.

Usikkert er derfor om det at oppsigelsen blir gitt siste dagen i prøvetiden, også innebærer at arbeidsforholdet opphører umiddelbart. Jeg finner ingen rettslige holdepunkter som støtter et slikt utgangspunkt. Det ligger i oppsigelsesfristens natur at arbeidstakers arbeidsplikt og arbeidsgivers lønnsplikt består. I samsvar med avtalefriheten kan partene bli enige om umiddelbar fratredelse uten noen bestående plikter, eller fratredelse med lønnsplikt. Dersom ikke annet er avtalt, men arbeidsgiver har en interesse av å ikke ha arbeidstakeren på arbeidsplassen, så er det på det rene at arbeidstakeren ikke kan fratras retten til lønn innenfor oppsigelsestiden.⁸³ Med andre ord, arbeidsmiljøloven tillater ikke at arbeidsgiver sier opp arbeidstakeren «på dagen». For at arbeidstaker skal fratre på dagen uten at noen plikter gjenstår for partene av arbeidsforholdet, må vilkår for avskjed være oppfylt.⁸⁴ Dette støttes med forutsetningen om at et arbeidsforhold er en gjensidig ytelse, og begge parter interesser skal ivaretas. Når arbeidstaker mottar en oppsigelse innen prøvetiden, og det gjelder en 14 dagers oppsigelsesfrist, så vil det innebære at han jobber disse 14 dagene, og mottar lønn, så han har tilstrekkelig tid til å områ seg.

For ordens skyld nevner jeg også at det fremgår av domspremissene i saken at arbeidstakeren jobbet 14 dager til etter at oppsigelsen fant sted.⁸⁵ Det kan tas til inntekt for at når oppsigelse gis på den siste dagen i prøvetiden, så starter 14 dagers fristen å løpe. Dersom dette var en formell feil fra arbeidsgivers side, så kunne man tenkt at domstolen ville påpekt dette.

Jeg leser HR-2022-175-U på den måten at når det uttales at det er lovlig å gi oppsigelse på den siste dagen i prøvetiden, så betyr det i praksis at arbeidstaker skal jobbe seks måneder pluss to uker etter at oppsigelse i prøvetiden har blitt gitt. Bare på denne måten vil oppsigelsesfristen overholdes, og partenes plikter i arbeidsforholdet består til utgangen av den fristen, så lenge ikke annet er avtalt.

⁸¹ Domstolloven § 148 andre ledd.

⁸² HR-2022-175-U avsnitt 20.

⁸³ Rt. 2009 s. 1183 avsnitt 27.

⁸⁴ Arbeidsmiljøloven § 14-15.

⁸⁵ HR-2022-175-U avsnitt 2.

For ordens skyld nevnes også arbeidsmiljøloven § 15-4 andre ledd andre punktum som sier at «oppsigelsen skal anses for å ha funnet sted når den er kommet fram til arbeidstaker». Dersom oppsigelsen skulle kommet frem til arbeidstaker etter den siste dagen av prøvetiden, må oppsigelsen vurderes etter saklighetsnormen i arbeidsmiljøloven § 15-7. Dette var tilfelle i Rt. 1987 s. 562 som er omtalt ovenfor.

3.2 Forlengelse av prøvetiden

3.2.1 Hensyn og formelle krav

Arbeidsmiljøloven § 15-6 fjerde ledd gir adgang til å forlenge prøvetid utover det som har vært avtalt og stiller opp vilkår om skriftlighet, varsel og årsak. Hensynet som ligger bak muligheten til å forlenge prøvetiden, er at prøvetiden må være av den lengden som gjør det tilstrekkelig å teste ut arbeidstakeren. Regelen skal sikre at prøvetiden blir så lang som den opprinnelig var avtalt.⁸⁶ Dersom arbeidstakeren hadde vært borte fra arbeidsplassen deler av den avtalte prøvetiden og det ikke var adgang til forlengelse, så ville man gått glipp av store deler av den utprøvingen som skal gjøres og prøvetiden vil derfor ikke være effektiv for sitt formål. Denne adgangen til forlengelse må sees i sammenheng med at den prøven som skal gjennomføres skal være reell, som gjennomgått ovenfor i kapittel 2.

Det står i bestemmelsen at adgangen til forlengelse må være avtalt skriftlig. Ettersom prøvetid er noe som avtales før arbeidsforholdet starter, er det praktisk at dette fremgår av prøvetidsbestemmelsen i ansettelsesavtalen. Det er ikke tilstrekkelig at bare adgangen til forlengelse ordlydsfestes i avtalen. Dersom arbeidsgiver faktisk skal forlenge prøveperioden, må arbeidstaker gjøres skriftlig oppmerksom på dette.⁸⁷ I praksis vil dette si at arbeidsgiver må huske å forlenge prøvetiden uttrykkelig ovenfor arbeidstakeren. Forlengelse er derfor ikke noe som inntrer automatisk selv om det står i arbeidsavtalen at prøvetiden kan forlenges. I praksis kan dette gjøres gjennom et brev eller e-post. Arbeidstakeren må bli gjort oppmerksom på forlengelsen *før* utløpet av den opprinnelige prøvetiden.⁸⁸ Det vil si senest siste dag av prøvetiden. Etter det vil adgangen til forlengelse være avskåret.

3.2.2 Arbeidstakers fravær

Adgangen til forlengelse forutsetter at årsaken til fraværet ligger på arbeidstakersiden, og kan ikke være forårsaket av arbeidsgiver.⁸⁹ Forarbeidene nevner sykdom og svangerskapspermisjon som eksempler som vil gi rett til forlengelse, men påpeker at ekstern opplæring vil ikke

⁸⁶ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 238.

⁸⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-6 fjerde ledd andre punktum.

⁸⁸ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 164.

⁸⁹ Arbeidsmiljøloven § 15-6 fjerde ledd siste punktum.

gi rett til forlengelse, fordi det er fravær bestemt av arbeidsgiver.⁹⁰ Det må også antas at andre permisjoner, fravær grunnet varetektsfengsling,⁹¹ eller annet urettmessig fravær også er omfattet av bestemmelsen. Av forarbeidene fremgår det at det ikke var nødvendig eller hensiktsmessig med en uttømmende liste av fraværstyper som kan gi rett til forlengelse i ordlyden.⁹² Adgangen holdes derfor åpen.

Om fravær grunnet ferie er omfattet av loven har omdiskutert i juridisk litteratur.⁹³ Problemet har vært at ferie ikke helt passer inn i lovens begrep om «fravær forårsaket arbeidstaker», siden ferie er lovpålagt i medhold av ferieloven og kan i utgangspunktet også bli pålagt av arbeidsgiver, dersom arbeidstaker ikke tar initiativet selv. Dette er nå blitt avklart i arbeidsvilkårsdirektivet. Det følger av direktivets fortale at «det bør også være mulig å forlænge prøvetid tilsvarende i tilfælde, hvor arbeidstageren har været fraværende fra arbejdet under prøvetiden, f.eks. på grund af sygdom eller *ferie*, så arbejdsgiveren får mulighed for at bedømme, om arbeidstageren er egnet til den pågældende opgave» (min utheving).⁹⁴ Begrunnelsen om at ferie gir adgang til forlengelse knytter seg til selve formålet med prøvetiden, altså at den skal være reell og effektiv på den måten at partene får tilstrekkelig tid til å prøve seg i stillingen.

3.2.3 Utvidelse av prøvetid

Seks måneder er lovens maksimale grense for prøvetid, men partene står fritt til å avtale en kortere prøvetid. Spørsmålet er da om slik kortere prøvetid kan forlenges til å være ut lovens maksimale grense. Høyesterett besvarer dette bekreftende i kjæremålsutvalg inntatt i Rt. 2001 s. 1101. Saken omhandlet en kvinne som var ansatt i en barnehage med tre måneders prøvetid. Før utgangen av prøvetiden, traff partene en skriftlig avtale om å forlenge prøvetiden med ytterligere tre måneder. Kvinnen ble sagt opp i den forlengede prøvetiden og reiste sak hvor det blant annet ble anført at forlengelsen ikke var rettmessig.

Høyesterett kom til at det var adgang å forlenge prøvetiden, da de ikke fant hinder for en slik adgang i ordlyden til arbeidsmiljøloven 1977 § 63 som tillater en prøvetid på seks måneder. Det uttales i dommen:

«Bestemmelsen i § 63 fjerde ledd gjelder arbeidsgivers rett til ensidig å forlenge prøvetiden, og kan ikke tillegges noen betydning for spørsmålet om arbeidsgiver og arbeidstaker har adgang til å avtale en forlengelse innenfor lovens maksimumsgrense. Det

⁹⁰ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 238–239.

⁹¹ Rt. 2011 s. 74 avsnitt 40.

⁹² Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 164.

⁹³ Se for eksempel Skarning (2014) s. 238 som tar opp problematikken og viser til andre forfattere.

⁹⁴ Samme blir kommentert av Nærings- og fiskeridepartementet (2022) s. 30.

bemerkes at også arbeidstakeren kan være tjent med en slik adgang dersom alternativet er oppsigelse». ⁹⁵

Det menes med dette at forlengelse av prøvetiden ikke er noe arbeidsgiver ensidig kan gjøre. Dersom det oppnås en enighet om forlengelse mellom partene, er det ingenting i veien for at dette skjer, så lenge det er innenfor grensen på seks måneder. I denne saken forelå det en slik skriftlig avtale, og det var derfor dokumentert.

At forlengelse ikke kan gjøres ensidig av arbeidsgiver følger også mer indirekte av prøvetidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-6. Forutsetningen i ordlyden er at prøvetid *avtales*, som det fremgår av tittelen på bestemmelsen «arbeidsavtaler med bestemt prøvetid».

En slik utvidelse av prøvetiden som opprinnelig var avtalt kortere enn seks måneder er en forlengelsesadgang som ikke er lovfestet, ettersom ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-6 fjerde ledd bare nevner arbeidstakers fravær som forlengelsesgrunn. For at slik utvidelse finner sted er forutsetningen at det ikke gjøres ensidig, men avtales mellom partene. Lovens maksimumsgrense på seks måneder må fortsatt overholdes.

I dommen skjedde forlengelsen av prøvetiden innen utgangen av den opprinnelig avtalte prøvetiden. Dette er i samsvar med det som står i bestemmelsen om at forlengelsen skal skje skriftlig før prøvetiden går ut. Det må derfor være klart at man ikke skal kunne avtale en ny prøvetid senere i ansettelsesforholdet bare for å utnytte lovens maksimale grense. Når det ordinære stillingsvernet først er oppnådd ved prøvetidens slutt, kan ikke arbeidsgiver gå tilbake på det. En slik begrenset regel til forlengelse av opprinnelig avtalt prøvetid er fordelaktig for arbeidstaker i den forstand at forlengelse kan kun skje hvis arbeidstakeren samtykker. Arbeidstaker kan derfor velge å si ja til forlengelse dersom det er av interesse for hen. Samme utgangspunkt gjelder for arbeidsgiver. Arbeidstaker kan spørre om å forlenge prøvetiden innen grensen på seks måneder, men det gjenstår for arbeidsgiver å samtykke. Dette er likevel ikke like relevant på arbeidsgiversiden ettersom arbeidstakere kan si opp arbeidsforholdet uten å gi begrunnelse. Et ønske om forlengelse fra arbeidstaker kan være for eksempel begrunnet i ønsket om kortere oppsigelsesfrist som vil i så fall gjelde lengre.

3.2.4 Lengre prøvetid enn seks måneder

Arbeidsmiljøloven § 15-6 femte ledd åpner for at det kan avtales lengre prøvetid enn seks måneder ved forskrift. Denne regelen ble innført i arbeidsmiljøloven av 1977 ved endringslov i 1985. ⁹⁶ Bakgrunnen for innføringen var spesielle forhold ved ansettelse av skuespillere til

⁹⁵ Rt. 2001 s. 1101 s. 1103.

⁹⁶ LOV-1985-06-07-57.

teatre og operaer, og at en prøvetid på seks måneder er for kort til å vurdere skuespillerens ferdigheter. I forarbeidene ble det uttalt at «det er lite ønskelig med et unntak for en meget liten del av arbeidslivet».⁹⁷ Derfor ble det ikke innført en generell regel om adgang til å avtale lengre prøvetid enn seks måneder på bakgrunn av behovene i én bransje.

Myndigheten til å fastsette lengre prøvetid ble da lagt til Kongen dersom det oppstår behov. En slik formulering forutsetter at den virksomheten som mener har et behov fremmer en forespørsel om forskrift overfor Arbeids- og inkluderingsdepartementet.⁹⁸ Per dagens dato har det ikke blitt gitt forskrifter med hjemmel i denne bestemmelsen.

4 Om adgang til å avtale prøvetid for arbeidstaker som har jobbet i virksomheten tidligere

4.1 Innledning

Arbeidsforhold har en dynamisk karakter. Dette gjør endringer i ansettelseskontrakter eller opphør av ansettelsesforhold nødvendig. Arbeidstakere som har jobbet i en virksomhet én gang kan tenkes å bli ansatt en gang til, men på nye vilkår. I noen tilfeller kan arbeidsgiver ha et ønske om å prøve arbeidstakeren også i det nyetablerte arbeidsforholdet. Da oppstår spørsmålet om det er adgang til å inngå en avtale om prøvetid. Oftest kommer spørsmålet på spissen i saker hvor arbeidstaker blir oppsagt begrunnet med oppsigelsesalternativene i arbeidsmiljøloven § 15-6, mens arbeidstakeren mener arbeidsmiljøloven § 15-7 ville gitt hen bedre vern. Anførselen er da at det ikke var adgang til å avtale en prøvetid i det nye ansettelsesforholdet for samme arbeidstaker hos samme arbeidsgiver. Et ønske om et sterkere stillingsvern er på denne måten en pådriver for disse sakene.

I dette kapittelet presenterer jeg hvilke skranker som gjelder dersom det skal avtales en prøveperiode for arbeidstaker som allerede har jobbet i den aktuelle virksomheten gjennom ulike ansettelser. Jeg gir en fremstilling av hvilke rettsregler som gjelder med utgangspunkt i ulike ansettelsessituasjoner. Disse vil presenteres hver for seg med hjelp av relevant rettspraksis og regler. Rekkefølgen på de neste kapitlene er plassert etter utviklingen som har skjedd i rettspraksis. Meningen er å utlede slutninger som kan anvendes til å besvare problemstillingen. Til slutt presenteres et nytt lovforslag, og jeg vurderer i hvor stor grad regelen fanger opp de slutningene som trekkes fra rettspraksisen.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 67 (1984–1985) s. 17.

⁹⁸ Kroken og Mo (u.å.)

4.2 Problemet i en praktisk sammenheng

4.2.1 Fra vikar til fast ansatt

Vikariat er en ansettelsesform som går ut på at en arbeidstaker ansettes midlertidig for å erstatte arbeidskraften til én eller flere ansatte som for den aktuelle tiden er fraværende fra sin stilling. Dette er regulert i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav b. Vikariat er dermed ingen fast og løpende ansettelse – den må være begrenset i en eller annen form.⁹⁹ Prøvetid kan også benyttes i slike stillinger. Vikariater kan ha en varighet opp til 3 år.¹⁰⁰ Mye i virksomheten kan forandre seg i løpet av så lang tid, og det kan oppstå behov for fast ansettelse. I praksis kan ansettelse i vikariatstillinger ofte føre til fast ansettelse på et senere tidspunkt.

Spørsmålet om en ansatt som har vært vikar i samme virksomhet før, kan ansettes fast med ny prøvetid har vært oppe for Høyesterett i Rt. 1996 s. 1026. Saken omhandlet en kvinne som var ansatt i et vikariat som avdelingssykepleier. Kvinnen hadde vært ansatt som vikar i cirka ni og en halv måned, før hun fikk fast ansettelse, og var ansatt fast i cirka fem og en halv måned før arbeidsgiver gikk til oppsigelse begrunnet i arbeidsmiljøloven 1977 § 63 om prøvetid. Kvinnen hadde allerede gått gjennom en prøveperiode i stillingen som vikar, og reiste derfor innsigelse mot at en ny prøvetid kunne avtales i den faste stillingen.

For Høyesterett argumenterte kvinnen med at rettstradisjonen viser at prøvetid på seks måneder kan kun avtales én gang innenfor samme virksomhet, og at lovgiver ikke mente å bryte denne rettstradisjonen ved en ordlydsendring i arbeidsmiljøloven 1977 § 63, hvor formuleringen om «samme virksomhet» ble fjernet.¹⁰¹ Argumentasjonen gikk ut på at ansettelse med en prøvetid må tilknyttes til selve virksomheten – på den måten at samme arbeidstaker ikke kan gjennomgå flere prøvetidsperioder hos samme arbeidsgiver.

I sin vurdering legger Høyesterett til grunn at den nye ordlyden har tatt avstand fra virksomhetstilknypningen.¹⁰² Høyesterett viser til lagmannsrettens avgjørelse hvor det uttales at spørsmålet om det kan avtales ny prøvetid i slike tilfeller ikke var løst i forarbeidene til denne loven eller forløperne. Høyesterett viser til den eldre formuleringen av ordlyden som ga «støtte for at det ikke kunne avtales ny prøvetid når arbeidstakeren fikk annen stilling innenfor samme virksomhet».¹⁰³ Sitatet gjelder ordlyden i arbeidervernloven 1956 § 43 nr. 1, men er her relevant fordi Høyesterett bruker det ved tolkningen av prøvetidsregelen etter arbeidsmiljøloven 1977 § 63 som er lik dagens arbeidsmiljølov. Høyesterett uttaler at dersom utgangspunktet om

⁹⁹ Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 165.

¹⁰⁰ Arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd.

¹⁰¹ Rt. 1996 s. 1026 s. 1027 og Ot.prp.nr.50 (1993–1994) s. 249.

¹⁰² Rt. 1996 s. 1026 s. 1028.

¹⁰³ Rt. 1996 s. 1026 s. 1028.

virksomhetstilknytningen skulle blitt endret ved bruken av den nye ordlyden, så hadde det vært naturlig at spørsmålet ble drøftet i forarbeidene. Forarbeidene er dog tause, og da fant Høyesterett ingen støtte for at det er adgang til å avtale ny prøvetid ved enhver stillingsendring innenfor samme virksomhet. Den foreliggende saken ga imidlertid ikke foranledning til å avgjøre dette tolkningsspørsmålet i sin fulle bredde.

Høyesterett konkluderte med at det er «klart at det ikke kan avtales ny prøvetid ved fast tilsetning i samme stilling eller i stilling i samme virksomhet som i det vesentlige er likeartet den arbeidstakeren har vikariert i». Dette vil si at dersom det skal være adgang til å avtale ny prøvetid for samme arbeidstaker i samme virksomhet, må den nye stillingen være av noe ulik art. Hvor terskelen for ulikheten ligger vil måtte bedømmes konkret i enhver sak. Det kan tenkes at det er tale om vurderinger som arbeidsgiver står nærmest til å foreta, ettersom arbeidsgiver vet best hva som kreves for å utføre stillingens oppgaver tilstrekkelig.

4.2.2 Forfremmelse i stilling

Det er veldig vanlig at ansatte i virksomheten forfremmes. Dette kan være begrunnet med blant annet bedre ansiennitet eller annen opparbeidet erfaring utenfor virksomheten, som diverse kurs eller fagbrev. Spørsmålet som oppstår i slike tilfeller, er når arbeidstakere som blir forfremmet kan bli pålagt ny prøvetid i den nye stillingen.

Rt. 1997 s. 560 handler om en ansatt som hadde jobbet i selskapet som bilmekaniker siden 1987. Han hadde diverse helseproblemer som hindret han i å utføre hans arbeid og førte til mye sykefravær. Den 1. februar 1996 ble han i samme virksomhet ansatt i stilling som verksmester og teknisk leder. Det ble ansett som en forfremmelse. I den nye avtalen ble det fastsatt en prøvetid på tre måneder. Han ble deretter sagt opp innen utløpet av prøvetiden. Det springende punktet i saken var om han måtte anses som ansatt på prøve. Arbeidstakeren hadde anført at «loven må forstås slik at det ikke er adgang til å avtale ny prøvetid når en arbeidstaker som har oppnådd vanlig oppsigelsesvern, går over til en annen stilling innen samme virksomhet».¹⁰⁴

I sin argumentasjon viste den ansatte til Rt. 1996 s. 1026 og argumenterte for at lovens historie og langvarig lovtradisjon stenger for at det skal avtales ny prøvetid for arbeidstaker i samme virksomhet. Arbeidstaker støttet sin argumentasjon på at prøvetidens formål om å avklare arbeidstakerens dyktighet, pålitelighet og tilpasning til arbeidet, taler for at det ikke skal være adgang til å prøve arbeidstakeren over flere perioder.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Rt. 1997 s. 560 s. 562.

¹⁰⁵ Rt. 1997 s. 560 s. 562–563.

Høyesterett foretok en tolkning av ordlyden i arbeidsmiljøloven 1977 § 63. De uttaler at det fra ordlyden ikke kan utledes et forbud mot at en arbeidstaker som har vært ansatt mer enn seks måneder i virksomheten, blir ansatt på prøve i en annen stilling.¹⁰⁶ Høyesterett påpeker at lovgiver ikke hadde overveid spørsmålet i tidligere forarbeider, og det var derfor lite tilfredsstillende å søke løsning i lovens ordlyd, forarbeider eller forhistorie.¹⁰⁷ Høyesterett var i den foreliggende saken bundet av lagmannsrettens uttalelse om at saken gjaldt en «ansettelse i en annen stilling i bedriften, som er vesentlig forskjellig fra den stilling vedkommende var ansatt i». En slik situasjon ble det ikke tatt stilling til i dommen fra 1996, og var derfor til lite hjelp.

Spørsmålet i denne saken var om det i et slikt tilfelle «er adgang til prøvetidsansettelse i den nye og vesentlig forskjellige stilling».¹⁰⁸ Grunnet få rettskilder som belyser temaet uttaler Høyesterett at avgjørelsen må fattes på bakgrunn av hensynene for prøvetidsbestemmelsen og de øvrige stillingsvernsbestemmelsene. Høyesterett fremhever at de samme hensyn også vil gjøre seg gjeldende når det er snakk om å gi arbeidstakeren sjansen til å prøve seg i en mer krevende avansementstilling.¹⁰⁹ Dette vil altså tilsi at prøvetid også kan avtales i slike tilfeller.

Høyesterett legger også vekt på øvrig stillingsvern som tilsier at arbeidstaker ikke skal havne i en «utsatt posisjon»¹¹⁰ når han allerede har oppnådd ordinært stillingsvern i virksomheten. Det helt sentrale i denne saken var en klausul i den nye arbeidskontrakten. Den sa at arbeidstaker har rett til å få tilbake til stilling som bilmekaniker dersom arbeidsforholdet bringes til opphør under prøvetiden. På denne måten ble det aldri gitt avkall på ordinært stillingsvern. Det ble av Høyesterett ansett som en heldig avtale for begge partene, og da var det ingen «tilstrekkelig tungtveiende grunner til at rettsordenen skulle forby en avtale om prøvetid.»¹¹¹

Høyesterett uttaler til slutt at sett fra et retts teknisk perspektiv, så kunne et forbud mot prøvetidsansettelse i ny stilling i samme virksomhet bidra til en klar rettsregel, hvor man eventuelt måtte åpnet for unntak. Slike situasjoner som i denne saken er dog ikke uvanlige. Det ville vært uheldig om det skulle foreligge rettslige hindringer i veien for avtale prøvetid, når det egentlig vil være tjenlig for begge partene.¹¹² En slutning fra denne dommen er derfor at det kan avtales ny prøvetid dersom det ikke røkkes med arbeidstakerens opparbeidete stillingsvern og på denne måten er en heldig avtale for begge parter.

¹⁰⁶ Rt. 1997 s. 560 s. 565.

¹⁰⁷ Rt. 1997 s. 560 s. 566.

¹⁰⁸ Rt. 1997 s. 560 s. 566.

¹⁰⁹ Rt. 1997 s. 560 s. 567.

¹¹⁰ Rt. 1997 s. 560 s. 567.

¹¹¹ Rt. 1997 s. 560 s. 567.

¹¹² Rt. 1997 s. 560 s. 567.

4.2.3 Fra en fast stilling til en annen stilling i virksomheten (omplussing)

Omplussinger av arbeidstakere innen firmaet kan skje av forskjellige grunner. Stillinger kan avvikles, andre kan opprettes. Ofte er omplussinger tilknyttet nedbemanningssituasjoner. Det fremgår av arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd at dersom oppsigelsen skyldes «driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker.» Når arbeidsgiver går til oppsigelse grunnet virksomhetens forhold, har han dermed en plikt til å tilby en annen passende stilling, så lenge det lar seg gjøre.

Rt. 1999 s. 1694 er en sak hvor det skulle skje omplussing av arbeidstaker, men arbeidstaker ikke aksepterte tilbudet, blant annet begrunnet med at det i ansettelsesavtalen ble pålagt en prøvetid i den nye stillingen. Arbeidstakeren prøvde også i denne saken å argumentere med at prøvetidsreglene måtte knyttes til virksomhetsbegrepet, som i sakene fra 1996 og 1997, men førstevoterende uttaler også her at det ikke er noe betydelig støtte å finne verken i den gamle ordlyden eller forarbeidene. Saksforholdene kunne heller ikke sammenlignes.

Førstvoterende satte så opp slutningene fra dommene fra 1996 og 1997 opp mot hverandre, og uttalte at «åpningen for å akseptere vilkår om prøvetid i ny stilling i samme virksomhet er trang, og at en nødvendig forutsetning må være at det dreier seg om overgang til en stilling av vesentlig annen karakter.»¹¹³ Det måtte derfor gjøres en avveining mellom virksomhetens behov på den ene side og ulempen som en prøvetid medfører for arbeidstakeren, på den annen.¹¹⁴

Slutningen er at det ikke skal kunne avtales ny prøvetid ved omstillinger, men at det kan finnes unntak dersom man finner det særlig begrunnet. Førstvoterende uttaler «etter min mening bør det iallfall kunne gjøres unntak hvor den nye stilling er av en slik karakter at det ikke uten en prøvetid vil kunne la seg konstatere om bedriften har annet passende arbeid å tilby».¹¹⁵ I denne saken var altså stillingens art av veldig ulik karakter, som gjorde det vanskelig å avgjøre om arbeidet som ble tilbudt ved oppsigelsen «var passende» etter lovens ordlyd. Prøvetid var dermed lovlig. Dette ble begrunnet med at stillingen er avhengig av personlige egenskaper, hvor arbeidsgiver må se an om arbeidstakeren vil fungere i stillingen. Det ble også uttalt at arbeidstakeren vil kunne ha en interesse av prøvetid. Dette viser hvor konkrete sakene er.

Det var en dissens 4-1 i dommen. Begge kom til samme resultat, men annenvoterende hadde en annen oppfatning av begrunnelsen og adgangen til å avtale prøvetid. Han begrunnet med at ut ifra den nye stillingens art var det åpenbart at stillingen ikke var passende, og da hadde heller

¹¹³ Rt. 1999 s. 1694 s. 1699.

¹¹⁴ Rt. 1999 s. 1694 s. 1699.

¹¹⁵ Rt. 1999 s. 1694 s. 1700.

ikke arbeidsgiver «en passende stilling å tilby». Dette var fordi han mente den nye stillingen manglet et reelt oppsigelsesvern og uten det, kan ikke stillingen anses som «passende».¹¹⁶ Annenvoterende finner støtte i dommen fra 1997 og uttaler at bruk av prøvetidsvilkår ved omplassering i annen «passende» stilling undergraver lovens oppsigelsesvern.¹¹⁷ Dette er en sterk dissens, noe som tilsier at annenvoterendes bemerkninger ikke får stor betydning for videre tolkning, men uttalelsene understreker hvor viktig stillingsvernet er når det vurderes ny prøvetid.

4.2.4 Fra innleid til fast ansatt

Innleie av arbeidskraft kan skje på to måter. Den første er innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak), etter arbeidsmiljøloven § 14-12. Den ansettelsesformen kjennetegnes med et tre-partsforhold. Arbeidstaker er ansatt hos bemanningsforetaket, og leies ut til bemanningsforetakets kunder. Arbeidstaker inngår en arbeidskontrakt med bemanningsforetaket, mens bemanningsforetaket har kontrakt med sin kunde (innleier). Etter bestemmelsens første ledd gjelder at slik innleie er tillat «i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav a til e». En innleid arbeidstaker kan også jobbe i vikariatstilling.

Den andre måten er innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie, etter arbeidsmiljøloven § 14-13. Forarbeidene tar til orde for at det siktes til «ordinære virksomheter eller produksjonsbedrifter». Typisk kan det være produksjonsbedrifter innenfor verksteds- og oljeindustrien, da det kan oppstå behov for å leie sine arbeidstakere ut til andre bedrifter som alternativ for oppsigelse eller permittering, ved svingninger i markedet. Bestemmelsen er også vanlig å anvende ved utleie for å dekke behovet for spisskompetanse – eksempler er konsulentfirma innen ingeniørfag og IKT.¹¹⁸

Det er ingenting i loven som tyder på at man ikke kan avtale prøvetid også ved innleid arbeidskraft. Spørsmålet kan reises om hva som skjer med prøvetid dersom en innleid arbeidstaker får tilbud om fast ansettelse i virksomheten de har vært innleid i.

Det finnes ingen Høyesterettspraksis hvor spørsmålet om prøvetid ved fast ansettelse etter en innleid periode i samme virksomhet kommer opp. Derimot finnes det praksis fra lagmannsretten, og i det følgende viser jeg eksempler på hvordan sakene ble løst og hva det argumenteres med. Sakene omhandler innleie fra et bemanningsbyrå.

¹¹⁶ Rt. 1999 s. 1694 s. 1702.

¹¹⁷ Rt. 1999 s. 1694 s. 1702.

¹¹⁸ Ot.prp. nr.56 (2006–2007) s. 19-20.

LB-2004-81937 gjaldt en kvinne som hadde vært innleid fra et bemanningsbyrå og hadde jobbet i virksomheten i sju måneder som regnskapsfører. Deretter ble hun tilbudt fast ansettelse i stilling som økonomisjef i virksomheten, men ansettelsesavtalen inneholdt en bestemmelse om tre måneders prøvetid. Når kvinnen ble sagt opp i prøvetiden reiste hun innsigelser mot gyldigheten av prøvetidsklausulen i avtalen. Dette fikk hun ikke medhold i. Lagmannsretten begrunnet dette med det faktum at ved innleiesaker er saksforholdet annerledes enn i saken fra 1996 ettersom det ikke dreier seg om arbeid hos samme arbeidsgiver. Ved innleie er man ansatt i bemanningsforetaket, og ikke i virksomheten direkte. Konklusjonen ble også begrunnet med at det var tale om en viktig stilling – økonomisjef, og skulle derfor ikke bli tillagt vekt at hun jobbet med regnskap i under sin vikarperiode.

LF-2020-175882 gjaldt også innleie fra bemanningsforetak. Den ansatte inngikk en arbeidskontrakt med bemanningsforetaket hvor det var inntatt en klausul om prøvetid på seks måneder. Vedkommende var utleid til virksomhet hvor hun jobbet nesten seks måneder. Deretter ble hun fast ansatt på bedriften i samme stilling som produksjonssjef, og partene var enige om at innholdet i stillingen var lik under innleieforholdet og den faste ansettelsen. I denne kontrakten var det også inntatt en klausul om seks måneders prøvetid i stillingen. Hun ble så sagt opp fem måneder etter at hun tiltrådte den faste stillingen. Spørsmålet for retten var om det var adgang å avtale prøvetid også denne gangen.

Den ansatte argumenterte med at det er «sikker rett at det ikke kan avtales ny prøvetid når en arbeidstaker går fra midlertidig til fast ansettelse hos samme arbeidsgiver. Det samme må gjelde når arbeidstakeren går fra å være innleid til å bli fast ansatt», og underbygget med at loven flere steder likestiller innleide med fast ansatte. Deretter begrunnet de med formålsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven som skal sikre trygt ansettelsesforhold, og arbeidsrettens dynamiske karakter. Lagmannsretten sa seg ikke enig i dette, da de mente at lovens ordlyd, forarbeider eller rettspraksis ikke ga støtte for en slik lovforståelse. Det ble uttalt at det er en lovgiveroppgave å ta stilling til spørsmålet og selv om arbeidsretten er dynamisk, så var det utenfor deres ramme.

Lagmannsretten foretok ikke inngående vurderinger basert på rettspraksisen fra 1996 og 1997, og tok derfor ingen standpunkt angående rettsutviklingen. Likevel er det klart at denne lagmannsrettssaken er i samsvar med LB-2004-81937. Det kan derfor diskuteres om det er en rettsregel at det ikke er noe i veien for å avtale prøvetid for arbeidstaker som har vært innleid i virksomheten tidligere. Som påpekt innledningsvis gir ikke underrettspraksis uttrykk for gjeldende rett, med mindre de har dannet grunnlag for en konsistent praksis.¹¹⁹ I eksempelvis HR-2017-2429-A avsnitt 14 fastslår Høyesterett at hvis lagmannsrettsavgjørelser skal danne en rettsregel, så må det ha blitt foretatt en omfattende analyse av det rettslige grunnlaget. Likevel

¹¹⁹ Se kapittel 1.3.

mener jeg å kunne tillegge de to lagmannsrettsdommene vekt som eksempler for å illustrere hvordan vurderingen om adgangen til å inngå prøvetid for disse tilfellene foretas.

I de to ovennevnte avgjørelsene har lagmannsrettene kommet til samme resultat. To avgjørelser er allikevel for få til å fastslå at dette er konsekvent praksis. Ingen av de to sakene hadde en inngående vurdering av rettspraksis som kan belyse spørsmålet, annet enn så si at saksforholdene er annerledes enn i sakene fra 1996, 1997 og 1999. I LF-2020-175882 sier også retten uttrykkelig at det er lovgivers oppgave å ta stilling til hvordan man skal forholde seg ved prøvetid for tidligere innleide arbeidstakere.

Høyesterettspraksisen fra 90-tallet viser at vurderingsformen for når ny prøvetid kan avtales for arbeidstaker som har jobbet i virksomheten tidligere, ligger ved stillingens art – og hvor vesensforskjellig den nye stillingen er. Noe som taler for at samme norm bør gjelde for tidligere innleid arbeidskraft, er at innleide arbeidstakere ofte jobber i vikariatkontrakter for å erstatte andres arbeidskraft, situasjonen ligner dermed veldig på den vi så i dommen fra 1996.

Hensynene bak prøvetid taler også for at det ikke bør være adgang til å avtale prøvetid i disse tilfellene. Den innleide arbeidstaker har allerede jobbet i virksomheten i en periode. Særlig må dette være utgangspunktet dersom det er snakk om samme stilling. I praksis vil arbeidstakeren da fortsette arbeidet, men denne gangen under direkte ledelse fra arbeidsgiver. Det ville vært overflødig å avtale ny prøvetid ettersom arbeidstakeren allerede har blitt kjent med arbeidsoppgavene, og trenger ikke å bli testet på ny i samme stilling. Hensynene for prøvetid gjør seg dermed ikke gjeldende. Det stiller seg annerledes dersom den innleide arbeidstakeren skulle nå fått fast ansettelse i en annen stilling. Da må man vurdere vesensforskjellene.

Rt. 1997 s. 560 er ikke til mye hjelp her da det i innleiesaker er tale om et tre-partsforhold. I et slikt tilfelle har arbeidstaker aldri oppnådd ordinært stillingsvern i den virksomheten hen er innleid i. Hensynet om at ny prøvetid ikke skal gå negativt utover stillingsvernet til arbeidstaker, kommer dermed ikke til anvendelse. Det er derfor ikke sikkert hvordan man skal løse sakene når det gjelder avtale om prøvetid for arbeidstaker som tidligere har vært ansatt i virksomheten. Saksforholdet er annerledes enn det vi er kjent med fra høyesterettspraksis. Hensynene bak prøvetid og normen om stillingens art taler dog mest for at prøvetid ikke skal kunne avtales.

4.2.5 Fra tilkallingsvikar til fast ansatt

Stillinger i tilkallingsvikariater, også kalt tilkallingshjelp, kjennetegnes ved at arbeidstakere blir kontaktet for et arbeidsoppdrag ved behov. Det betyr at arbeidstakere ikke har en fast avtalt arbeidstid, men stiller på jobb når arbeidsgiver gir beskjed om at de trenger arbeidstakers arbeidskraft. Ettersom den ansatte har ingen faste arbeidstider, kan det oppstå spørsmål om hvordan prøvetid fastsettes.

Spørsmålet om hvordan prøvetid fastsettes i en etterfølgende fast stilling i tilkallingstilfelle ble vurdert av lagmannsretten i LA-2021-157670. Saken omhandler en mann som var tilkallingsvikar i en virksomhet tre somrer på rad. Liten tid etter den siste sommeren ble han fast ansatt. Ansettelsesavtalen inneholdte en klausul om prøvetid på seks måneder. Arbeidstakeren ble sagt opp litt over en måned etter at han startet i den nye stillingen. For retten argumenterte han at oppsigelsen var ugyldig, blant annet fordi det ikke var adgang til å avtale prøvetid, og derfor måtte den strengere oppsigelsesnormen gjelde.

Lagmannsretten viste til høyesterettspraksisen fra 90-tallet og sa at det som regel ikke er adgang til å sette vilkår om prøvetid ved overgang fra vikariat til fast stilling, og at samme gjelder ved omstilling. Unntaket fra dette er kun dersom virksomhetens behov for å prøve ut arbeidstakeren er «tilstrekkelig godt begrunnet». Lagmannsretteten la så vekt på de konkrete forholdene i saken, og at det forelå dokumentasjon som viste at arbeidstakeren forut for den faste ansettelsen jobbet like mye eller mer enn en full stillingsbrøk. På bakgrunn av dette hadde bedriften muligheten til å prøve arbeidstakeren tilstrekkelig til at det ikke kunne settes nye vilkår om det i den nye avtalen. Lagmannsretten vurderte konkret at de aktuelle nye arbeidsoppgavene ikke var så avvikende fra de forrige at arbeidstakeren måtte prøves i det. Konklusjonen ble at det ikke var adgang å avtale ny prøvetid.

Dette er den eneste saken i rettspraksis som omhandler spørsmålet om adgangen til å avtale prøvetid for en ansatt som tidligere var tilkallingsvikar i virksomheten. Ikke minst er dette også en lagmannsrettsdom som ikke danner grunnlag for gjeldende rett. Dommen er dog et eksempel på at slutningene fra høyesterettspraksis kan også anvendes i andre tilfeller enn i de saksforholdene som gjaldt i disse sakene. Her ser man også hvordan tid kan brukes i vurderingen. Lagmannsretten hadde sammenfattet den tiden arbeidstakeren tidligere hadde jobbet i virksomheten for å fastslå om det forelå grunnlag for å prøve han ytterligere.

4.2.6 Fra lærling til fast ansatt

Opplæringslova¹²⁰ kapittel 4 regulerer fire typer opplæringsstillinger i bedrifter; lærling, praksisbrevkandidat, lære kandidat og kandidat for fagbrev. Disse blir definert i opplæringslova § 4-1. I det følgende skal jeg bruke begrepet «lærlinger» som samlebetegnelse på denne ansettelsesformen, fordi det er det begrepet som oftest brukes i det praktiske livet.

Formålet med en læringsperiode er at man oppnår yrkesfagkompetanse ved å utføre praktisk arbeid i bedrift. Bedriften, som er godkjent som en lærebedrift,¹²¹ skal yte opplæring slik at

¹²⁰ Lov av 17. juli 1998 nr. 61.

¹²¹ Opplæringslova § 4-3.

lærlingen lærer faget han senere skal jobbe i. Det følger av opplæringslova § 4-2 andre ledd at lærlinger regnes som arbeidstakere i de bedriftene de jobber i. Praksis fra EU-domstolen anerkjenner også lærlinger som arbeidstakere.¹²² Av den grunn er det av interesse å behandle denne ansettelsesformen i denne oppgaven.

Prøvetid for lærlinger er regulert av opplæringslova § 4-5 tredje ledd. Her kommer det frem at lærlinger skal ha en prøvetid på seks måneder hvis de har fylt 21 år og inngår en lære- eller opplæringskontrakt med full opplæring i bedriften. Det gjelder ingen skriftlighetskrav, prøvetiden inntreer automatisk. For oppsigelse i denne perioden må reglene i arbeidsmiljøloven § 15-6 og fristen i arbeidsmiljøloven § 15-3 sjuende ledd følges. Det betyr at i prøveperioden skal ikke opplæringslovas egen hevingsregel i § 4-6 følges, men etter utgangen av prøveperioden er det den som gjelder.¹²³

Loven regulerer ikke hvordan man skal forholde seg til prøvetiden dersom lærlinger blir tilbudt en fast stilling hos sin opplæringsbedrift etter fullført lærlingperiode. Spørsmålet har heller ikke blitt berørt i rettspraksis tidligere.

I sjeldne tilfeller er prøvetidsbestemmelser inntatt i tariffavtaler. Et eksempel hvor det er inntatt bestemmelser om prøvetid og lærlinger er grossistavtalen med ordlyd «lønnsansiennitet regnes fra påbegynt lærekontrakt. Dersom bedriften velger å ansette lærlingen etter endt opplæring regnes prøvetiden som gjennomført».¹²⁴ Et annet eksempel er Speditøroverenskomsten hvor det står «lærlinger med 2 års læretid (3. og 4. læreår) i bedriften, som blir fast ansatt, skal ikke ha prøvetid ved fast ansettelse».¹²⁵

Selv om tariffavtaler kun er bindende for avtalens parter, så virker slike løsninger logisk utfra læringsperiodens formål. I løpet av denne perioden som vanligvis er to til tre år, skal den ansatte lære seg hvordan han skal utføre jobben.¹²⁶ Det er derfor naturlig at lærlingen får tilstrekkelig opplæring og veiledning for å lykkes i faget, slik det utøves i virksomheten. Det ville vært overflødig med en ny prøveperiode, hvor arbeidsgiver i det tilfellet hadde hatt en ny plikt til opplæring, veiledning og oppfølging etter reglene i arbeidsmiljøloven som beskrevet i kapittel 3. Hensynene bak prøvetidsreglene om at arbeidsgiver får testet arbeidstakerens pålitelighet,

¹²² Se for eksempel Case C-229/14 Ender Balkaya v Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH hvor det refereres til «vocational education» hvor lærlinger blir ansett for å være arbeidstakere.

¹²³ Helgeland (2022) kommentar til opplæringslova § 4-5.

¹²⁴ Grossistavtalen 2020–2022 Norge § 2 punkt 2 underpunkt 1.

¹²⁵ Speditøroverenskomsten 2020–2022 § 2 punkt 1 merknad til bokstav d.

¹²⁶ Se opplæringslova § 4-2 hvor det står at den ansatte skal få opplæring, og formålsbestemmelsen i opplæringslova § 1-1 som viser til hva opplæringen tar sikte på å gjøre.

dyktighet og tilpasning til arbeidet gjør seg heller ikke gjeldende, da arbeidsgiver allerede kjenner vedkommende.

Den mest nærliggende konklusjonen på spørsmålet om ny prøvetid kan avtales for lærlinger som etter læreperioden blir fast ansatt i bedriften er dermed nei. Men også her må man foreta vurderingen knyttet til stillingens art. Dersom stillingen er annerledes enn den lærlingen hadde læreperiode i, vil det tale for prøvetid. Spesielt kan dette tenkes hvis lærlingen går over til en fast stilling med ledende karakter – da vil man ha behovet for å se hvordan arbeidstakeren fungerer i en ledende stilling.

4.2.7 Atypiske arbeidstakere

Arbeidsretten må utvikle seg i samsvar med samfunnet. I løpet av de siste 20 årene har det kommet nye former for ansettelse som loven ikke tok hensyn til tidligere. En fellesbetegnelse som har oppstått for å fange opp slike tilfeller er *atypiske arbeidstakere*. I arbeidsvilkårsdirektivet er det omtalt som «atypiske kontrakter». I direktivets fortale er det et formål at «ansettelsesforhold, der fører til usikre arbeidsvilkår, skal forhindres, bl.a. ved at forbyde misbrug af atypiske kontrakter, og at en prøvetid bør være af en rimelig varighed».¹²⁷ Arbeidsvilkårsdirektivet har som formål å gjøre ansettelsesforholdene mer tilpasset dagens samfunn og gjøre de mer forutsigbare for arbeidstakere. Forutsigbarhet styrker stillingsvernet ved at arbeidstakere vet hva de kan forvente når de undertegner en arbeidsavtale.

Arbeidsvilkårsdirektivet har vært et omfattende arbeids basert på utviklingen i samfunnet og rettspraksisen. Arbeidstakersbegrepet som legges til grunn i direktivet er dermed i samsvar med det begrepet som ble utviklet i EU-domstolens praksis. EU-domstolen har ved flere anledninger uttalt at at begrepet «arbeidstaker» må tolkes bredt.¹²⁸ Direktivet er derfor utformet slik at den inkluderer alle i arbeidslivet. Det er viktig å få frem at atypiske arbeidstakere også er arbeidstakere, og følgelig skal ha likt vern. I direktivets forarbeid (forslag til direktiv), uttales det at stillinger som faste deltidsstillinger, midlertidige fulltids- og deltidsstillinger også blir fanget opp av begrepet om «ikkestandardmessige» jobber.¹²⁹ Tolkningen av forarbeidene og selve direktivet tilsier derfor at alle utenom de som er fast ansatt i fulltidsstillinger skal anses som atypiske arbeidstakere.¹³⁰

Arbeidstakerdefinisjonen fremgår av arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd som sier at arbeidstaker er «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Hvem som anses som arbeidstaker må

¹²⁷ Arbeidsvilkårsdirektivets fortale punkt 2.

¹²⁸ Se Case 53/81 D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie avsnitt 11 hvor det ble uttalt for første gang, deretter eksempel hvor det senere ble bekreftet Case 139/85 R. H. Kempf v Staatssecretaris van Justitie.

¹²⁹ COM (2017) 797 final s. 1 fotnote 1.

¹³⁰ Støttes av Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 7.

være basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor realiteten blir avgjørende. Det norske arbeidstakerbegrepet er fleksibelt og definisjonen vil utvikle seg i tråd med samfunnsutviklingen. På bakgrunn av dette uttaler Arbeids- og inkluderingsdepartementet at det norske begrepet er i samsvar med EU-domstolens praksis.¹³¹

I arbeidsvilkårsdirektivets artikkel 4 er det redegjort for regelen om at arbeidsgivere er forpliktet til å informere sine arbeidstakere om essensielle aspekter ved arbeidsforholdet. Blant de som er listet opp står det «varigheden af og vilkårene for en eventuel prøvetid». Dette betyr at det i arbeidsavtalen skal være klart hvor lang prøvetiden er og hvilke vilkår som gjelder.

Det finnes i norsk rett ingen forbud mot at prøvetid kan avtales også i slike atypiske arbeidsforhold. Det er ingenting som tyder på at det er uvanlig i praksis å avtale prøvetid for deltidsstillinger og, som vi så over, så er det adgang til å avtale det i midlertidige stillinger (se kapittel 3.1.3). For deltidsstillinger vil dette for eksempel innebære at prøvetiden avsluttes etter avtalt periode, selv om arbeidstakeren i praksis kun jobbet én dag i uken. Den avtalte arbeidsmengden skal ikke gi grunnlag for utvidet prøvetid.

Grunnet omfanget av oppgaven, har jeg ikke mulighet til å gå inn på alle atypiske former for ansettelse. Jeg har allerede omtalt noen av dem ovenfor, siden det finnes norsk rettspraksis på disse. Videre tar jeg for meg praksisstudenter, traineer og graduates som eksempler for å belyse kort hvilke problemer som kan oppstå for slike atypiske arbeidstakere og hvilke hensyn som må vektlegges når det vurderes prøvetid. Disse tre ansettelsesformene behandles sammen, siden vurderingene kan gli inn i hverandre.

EU-domstolen har bekreftet at praksisstudenter skal være ansett som arbeidstakere.¹³² Når det gjelder *traineeships* og *graduate positions* så er det ingen tvil at de anses som ansettelse. *Traineeships/internships* er en ansettelsesform som kan ha varierende perioder, det kan være alt fra én måned og opp til to år. Studenter blir ofte ansatt på slike stillinger så de kan prøve ut hvordan hverdagen i en lignende stilling eller bransje er. Mange firmaer bruker dette som en del av rekrutteringsprosessen. På den måten blir de kjent med kandidater til fremtidige ansettelse. Bruken av sånne ansettelse kan derfor antyde at arbeidsgivere på den måten prøver ansatte. *Graduate positions* brukes som regel om stillinger for nyutdannede som skal starte sine karrierer. Et kjennetegn ved slike stillinger er at den ansatte får prøve seg i forskjellige roller i selskapet, og utføre et mangfold av oppgaver. På den måten skal vedkommende lære hvordan det er å jobbe i selskapet på en daglig basis.¹³³

¹³¹ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 11.

¹³² Case 66/85 Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg.

¹³³ Se eksempelvis stillingsbeskrivelsen hos Equinor (2022).

Spørsmålet blir hvordan reglene om prøvetid kan anvendes på slike atypiske arbeidstakere når de skal fortsette i samme virksomhet etter den opprinnelige ansettelsen. Dette har ikke avklart i norsk rett. Den mest nærliggende løsningen er da at vurderingen av hvordan prøvetid avtales baseres på de slutningene som kan trekkes fra rettspraksisen som omtalt ovenfor, og trekke inn betraktninger om hva som er formålene med stillingene.

Når formålet med selve stillingen er at arbeidstakeren skal prøve seg i den rollen han får, eller bli prøvd i stillingen, så er det vanskelig å argumentere for at det skal være adgang til å avtale prøvetid i en etterfølgende ansettelse hos samme arbeidsgiver i samme stilling. På det stadiet har jo arbeidsgiveren allerede blitt kjent med arbeidstakeren, og vet hvordan arbeidstakeren jobber på ulike områder. Da kan man anta at arbeidsgiveren allerede har testet påliteligheten og til en viss grad faglig dyktighet (avhengig av stillingens intensitet). Det som står igjen, er en test av tilpasningen til arbeidet. Rettspraksisen som er gjennomgått ovenfor taler for at vurderingstemaet da må være om den nye stillingen er av vesentlig annen art.

Om stillingen er av vesentlig annen art avhenger av både arbeidsoppgavene som utføres, men også intensiteten. Dersom det gjelder en traineestilling på fire uker, så er det vanskelig å argumentere for at partene skal være avskåret fra å avtale prøvetid i etterfølgende stilling. Men dersom det er snakk om en graduate position over to år, så taler prøvetidens hensyn for at det er lang nok tid til å vurdere både faglig dyktighet og tilpasning til arbeidet. Hensynene bak prøvetid gjør seg dermed ikke gjeldende. Likevel, hvis vesentlige deler av den nye stillingen er annerledes, så vil det være rimelig at prøvetid avtales.

Problemstillingen kan sees i sammenheng med partenes avtalefrihet til å avtale lengden av prøvetiden. Det skal være adgang til å forhandle kortere prøvetid, som da vil sikre arbeidstakeren sterkere stillingsvern fortere, spesielt hvis man mener at man allerede har blitt prøvd i en periode, og det ikke er rimelig med ytterligere seks måneder. Som gjennomgått i kapittel 3.1.3, så finnes det per i dag ingen rettslige føringer på at prøvetid må i enkelte tilfeller reduseres. Forslaget til lovendringen som ble omtalt i kapittel 3.1.3 gjøres etter sin ordlyd kun gjeldende for midlertidige stillinger, og vil ikke passe like godt ellers. Dersom regelen skulle blitt gjort generell, måtte den blitt formulert etter hva som er «rimelig» lengde på prøvetid i et hvert tilfelle. Fra arbeidstakerens side ville noe sånt sikret bedre stillingsvern, men fra arbeidsgiverens side ville det ført til en mer komplisert rekrutteringsprosess som trolig ville lagt opp til forhandlinger om prøvetid.

Dette viser at prøvetidsreglene i arbeidsmiljøloven gir lite veiledning også for ansatte i slike atypiske stillinger. Vurderingene blir sammensatte og må baseres på hensynene som ligger bak det stillingsvernet som er ønsket oppnådd gjennom arbeidsvilkårsdirektivet.

4.3 Oppsummering av de sentrale momentene fra rettspraksis

Det er høyesterettspraksisen fra 90-tallet som har dannet grunnlaget for hvordan man løser problemstillingen om ny prøvetid kan avtales for en arbeidstaker som har jobbet i virksomheten tidligere. Sakene er tett knyttet opp mot sine faktum og det er ikke alltid lett å anvende de i andre tilfeller. Utfallet kan dermed variere avhengig av hva slags type stilling arbeidstakeren kommer fra, og skal senere starte i.

Det helt sentrale i vurderingen er stillingens art, slik det først ble formulert i Rt. 1996 s. 1026. Man må vurdere hvor lik eller ulik den nye stillingen er, sammenlignet med den opprinnelige stillingen arbeidstakeren jobbet i. Dersom det er samme stilling vil det tale for at det ikke er adgang til å avtale prøvetid. Hvor viktig stillingen er har også noe å si. Går man fra en underordnet til en ledende stilling, så kan det argumenteres med at prøvetid er rimelig for å teste arbeidstakeren i en krevende rolle.

Problemstillingen i seg selv oppstår når arbeidstakere ikke ønsker et svakere stillingsvern som prøvetid innebærer. Det var noe Høyesterett la vekt på i Rt. 1997 s. 560 og særlig annenvotende i Rt. 1999 s. 1694. Etter saksforholdene i disse to sakene, må denne vurderingen særlig foretas når arbeidstakeren allerede har oppnådd ordinært stillingsvern i virksomheten. Ny prøvetid vil da kunne aksepteres dersom det er tjenlig for begge parter, fordi man i utgangspunktet ikke skal rokke ved arbeidstakerens opptjente stillingsvern.

Hvem som er arbeidsgiver er også viktig. Dette så vi i sakene som gjaldt innleie. Trepartsforholdet gjorde at arbeidstakeren ble dårligere stilt, selv om situasjonen ellers ikke skilte seg veldig fra den vi så i dommen fra 1996. Dersom en opprinnelig innleid arbeidstaker skal fortsette i virksomheten i samme stilling, men blir ansatt fast, så taler prøvetidens hensyn for at prøvetid ikke skal avtales på nytt. Dette vil i praksis føre til en dobbel test av arbeidstakeren. At det skal være meningen bak prøvetidsreglene er ikke noe som kan leses ut av forarbeidene. Tvert imot skal prøvetidsreglene hindre misbruk av innleid arbeidskraft, siden man ønsker å motivere arbeidstakere til å ansette fast. En adgang til å avtale prøvetid for en tidligere innleid arbeidstaker i samme stilling utvider arbeidstakerens svakere stillingsvern.

Enda en viktig faktor i vurderingen vil være hvor lang tid det har gått mellom den første stillingen arbeidstakeren var ansatt i og den nye stillingen. Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidstakeren slutter i en virksomhet som han har jobbet i over en lengre periode, men så kommer tilbake og skal starte å jobbe der igjen. Det er nå klart at dersom stillingen er vesentlig annerledes så vil det være adgang til å avtale prøvetid. Men dersom stillingen skal være lik, så blir det mer vrient. Svaret på spørsmålet om det kan avtales prøvetid i den nye stillingen vil da trolig avhenge av tiden mellom ansettelsene og hva som har skjedd i virksomheten i løpet av den

tiden. Det er nærliggende å tenke at dersom det er snakk om så lang tid som åtte år, så har det skjedd mye nytt i virksomheten som vil tale for at arbeidstakeren må prøves i stillingen på nytt. Det er eksempelvis mulig at ledelsen har skiftet, eller at loven stiller nye krav til virksomheten. Men dersom det har gått ett eller to år, så vil svaret blir mer uklart. En slik terskel for hva som eventuelt er passende lang tid i slike situasjoner er ikke avklart i norsk rett.

Overordnet må man også støtte seg på hensyn og formål til prøvetidsbestemmelsene. Dette har en sammenheng med oppsigelsesgrunnene i arbeidsmiljøloven § 15-6. Dersom den første stillingen til arbeidstakeren ga arbeidsgiveren tilstrekkelige muligheter til å teste arbeidstakerens pålitelighet, tilpasning til arbeidet og faglig dyktighet, så taler det får at ny prøvetid for etterfølgende stilling ikke kan avtales. Dette var tilfelle for lærlingstillinger. Samme gjelder dersom formålet med den første ansettelsen allerede var å teste ut arbeidsforholdet, som virker å være tilfelle i for eksempel «try and hire»-stillinger og graduate stillinger.

Ved vurderingen av om det kan avtales ny prøvetid for samme arbeidstaker i samme virksomhet, må det foretas en avveining mellom virksomhetens behov på den ene siden mot ulempene det vil medføre for arbeidstaker på den annen. Man kan derfor ikke utlede et konkret «ja» eller «nei»-svar på problemstillingen. Svaret vil avhenge av det konkrete saksforholdet og forskjellige momenter kan tillegges avgjørende vekt.

4.4 Nye oppklarende regler?

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har på bakgrunn av strengere forutsigbarhetskrav i arbeidsvilkårsdirektivet foreslått et nytt femte ledd i arbeidsmiljøloven § 15-6 som lyder:

«Ved fornyelse av midlertidig kontrakt eller ved overgang fra midlertidig til fast stilling er det ikke adgang til å avtale ny prøvetid dersom arbeidstaker skal fortsette i samme stilling eller i en stilling som i det vesentlige er likeartet den arbeidstakeren har stått i». ¹³⁴

Departementet uttaler at dette, på bakgrunn av rettspraksis allerede er norsk rett. Tilføyelsen til ordlyden i bestemmelsen er ment som en kodifisering av rettsregelen som er skapt i høyesterettspraksisen fra 90-tallet. De slutningene som kan trekkes fra høyesterettsdommene er relevante i vurderinger som skal foretas etter bestemmelsen.¹³⁵ Innføring av denne ordlyden gjør rettsregelen mer tilgjengelig for brukerne. Ved første øyekast virker regelen derfor oppklarende for rettstilstanden.

¹³⁴ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 37.

¹³⁵ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) s. 37.

Likevel, når man ser nærmere på ordlyden, gjenstår det fortsatt flere ubesvarte spørsmål. Først må man merke seg at regelen gjelder «fornyelse av midlertidig kontrakt» eller «ved overgang fra midlertidig til fast stilling». Det er dermed bare de to situasjonene som blir fanget opp. Det er imidlertid fortsatt uklart hva rettstilstanden blir ved omstillinger, forfremmelser, lærlinger, innleide arbeidstakere eller andre ansettelsestyper som ikke er nevnt her. Disse er ikke en uttømmende liste, som gjennomgått ovenfor så er det veldig mange stillinger der ute som omfangs av begrepet om «atypiske arbeidstakere». Arbeidsvilkårsdirektivet sikter jo på å forbedre deres stillingsvern, og da kan det settes spørsmålstegn ved om dette lovforslaget ivaretar formålet.

De fleste høringsinstansene er enige med departementets lovforslag og mener at det i lys av arbeidsvilkårsdirektivet er nødvendig og hensiktsmessig med en kodifisering av utgangspunktet som allerede gjelder i norsk rett. NITO påpeker imidlertid at ordlyden ikke er helt treffende for alle de praktiske situasjonene som kan oppstå i arbeidslivet, og tar til orde for at ordlyden hvert fall bør endres til å også gjelde nedbemanningssituasjon og omstillinger. De foreslår å innta en presisering om at loven også gjelder når arbeidstakeren skifter fra en fast stilling til en annen fast eller midlertidig stilling i samme virksomhet.¹³⁶

Det er klart at med den rettsutviklingen som har funnet sted, så er det nødvendig med en kodifisering av regelen i ordlyden. Dette fordi det vil bidra til at arbeidstakere blir bedre opplyst om sine rettigheter, og til at arbeidsgivere kjenner til sine begrensinger. For at forutsigbarheten skulle blitt styrket for alle ansettelsesformer, så måtte nok ordlyden vært mer generell, eller så må det gis en inngående avklaring på dette i lovforarbeidene. Som vi så i lagmannsrettssakene som handlet om innleid arbeidskraft, ble det påpekt at det er en lovgiveroppgave å avklare problemstillingen.

Den foreslåtte ordlyden mangler dermed det store og moderne perspektivet, og uten flere retningslinjer vil det igjen fort oppstå situasjoner med avtale om prøvetid som man ikke klarer å løse. De fleste atypiske stillingene og overganger til nye etterfølgende stillinger vil fortsatt kunne skape uenigheter når det gjelder avtale om prøvetid. Ordlyden eller vurderingene i høringsnotatet er ikke inkluderende for de fleste atypiske arbeidsformene som arbeidsvilkårsdirektivet sikter på å omfatte. Ved utarbeidelsen av en proposisjon til lovendringen bør derfor lovgiver vurdere flere situasjoner enn bare de som har vært avklart av norsk rett gjennom rettspraksis. En kodifisering av gjeldende rett er bra, men den er ufullstendig når den ikke omfatter

¹³⁶ NITO (2022) punkt. 3.1.

situasjoner som gjenstår lovgiver å ta stilling til. Arbeidsvilkårsdirektivet gir slik foranledning til prøvetidssituasjonen vurderes for flere atypiske ansettelsesformer.

5 Avsluttende bemerkninger

Min oppgave har vært å avklare hvordan arbeidsavtaler med prøvetid skal inngås og når det er adgang til å gjøre dette. For å inngå en gyldig avtale om prøvetid, er det flere formelle krav som må følges. Avtalen må være skriftlig, prøvetiden må fastsettes til en tid innen seks måneder og frister må følges. Spørsmålet om når avtaler med prøvetid kan inngås er delvis avklart gjennom rettspraksis, men reiser forstått mange uklarheter. Høyesterettspraksisen fra 90-tallet har sentral betydning ved drøftelsen om det kan utledes en rettsregel som kan anvendes mer generelt. Jeg har kommet frem til denne høyesterettspraksisen fastsetter helt sentrale momenter som må vurderes i lignende saker. Blant disse er om den nye stillingen er vesentlig forskjellig, om et opparbeidet stillingsvern svekkes, eller om prøvetidens hensyn blir ivaretatt. Likevel har slutningene i dommen vært nært tilknyttet det spesifikke faktumet, som gjøre det utfordrende å anvende de også for andre ansettelsestyper enn de det gjelder.

Rettskildebildet har derfor gjort det vanskelig å trekke ut klare rettsregler om temaet. Gjennomgående har jeg vist til arbeids- og inkluderingsdepartementets forlag til lovendringer basert på arbeidsvilkårsdirektivet. Disse endringene er ment forbedre arbeidstakerens forutsigbarhet i arbeidsforhold gjennom å gi klarere regler og prøvetid. Forslagene har dog ikke vært fullstendig treffende for dette formål, da det fortsatt gjenstår flere spørsmål for diverse ansettelsesformer.

Det har i arbeidsretten skjedd en grunnleggende rettsutvikling. Nye og mindre vanlige arbeidsforhold har blitt etablert, en utvikling som krever tilpasninger i loven. Det er klart at prøvetidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven, slik den er utformet i dag, ikke gjenspeiler den utviklingen som har skjedd i norsk rettspraksis eller i EØS-området. Mangelen på regler om hvordan avtaler med prøvetid inngås og hvilke skranker som gjelder når man vil avtale prøvetid har gjort at det er vanskelig å utnytte prøvetid som en ressurs for gode og solide ansettelser.

Usikkerheten om hvordan reglene skal praktiseres kan føre til at prøvetidsinstituttet i norsk rett undergraves. Hovedregelen om faste ansettelser kan dermed bli omgått ved midlertidige ansettelser eller innleie. Det er derfor både i arbeidstakerens og arbeidsgiverens interesse at det innføres lovendringer som avklarer reglene. Arbeidsvilkårsdirektivet har gitt føringer på hvilke krav som stilles, og nå er det opp til lovgiver hvordan dette gjennomføres.

Litteraturliste

Litteratur mv.

- Equinor (2022) Equinor. «Graduates» (2022) https://www.equinor.com/careers/graduates?fbclid=IwAR1RfR3eqLWp-skgnZLYo011w63UnmylEY4RJyy_dmghqaW32Sss-PIVHK6I (Lastet ned 3.11.2022).
- Helgeland (2022) Helgeland, Geir. «Ajourført versjon av Opplæringslova, kom mentarutgave.» I *Juridika.no* 2022 hentet 15.10.2022.
- Jakhelln (1988) Jakhelln, Henning. «'Try and hire' – arbeidsformidling eller vikarbyråvirksomhet?» *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus*, 1988 s. 241-250. <https://lovdata.no/pro/litteratur/jakhelln-h-1988-01> hentet 28. oktober 2022. [Lest i Lovdata].
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utgave, Oslo: Damm, 2006.
- Kroken og Mo (u.å.) Kroken, Nina og Preben H. Mo. «Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 15-6.» I *Arbeidsrett.no* hentet 30. oktober 2022.
- Mo (1998) Mo, Einar. «Oppsigelse i prøvetiden.» *Lov og rett* (1998) s. 3-29. <https://lovdata.no/pro/litteratur/mo-e-1998-01> [Lest i lovdata].
- Skarning (2014) Skarning, Nicolay. «Prøvetid i privat og statlig sektor». *Arbeidsrett*, Vol.11, nr.2 (2014), s. 221–249. [Lest i Idunn.no].
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*. 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Lover

- 1915 Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).
- 1956 Lov av 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern (opphevet).

1975	Lov av 7. mars 1975 nr.4 om endringer i lov av 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern (opphevet).
1977	Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven).
1983	Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) (opphevet).
1985	Lov av 7. juni 1985 nr. 57 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
1998	Lov av 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova).
2005	Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
2017	Lov av 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Forarbeider

Ot.prp.nr.41 (1975–1976)	<i>Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.</i>
Ot.prp.nr 67 (1984–1985)	<i>Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.</i>
Ot.prp.nr.50 (1993–1994)	<i>Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.</i>
Ot.prp.nr.49 (2004–2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i>
Ot.prp. nr.56 (2006–2007)	<i>Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.</i>
Prop.94 L (2016–2017)	<i>Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven).</i>

- Prop.131 L (2021–2022) *Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak).*
- Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) *Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven og statsansatte loven mv. for å sikre arbeidstakere tydelige og mer forutsigbare arbeidsvilkår – gjennomføring av direktiv (EU) 2019/1152. [Høringsnotat], 2022. <https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/aid/dokumenter/2022/horingsnotat-endring-i-arbeidsmiljolooven-.pdf>*
- Jussbuss (2022) *Jussbuss. Hørings svar fra Jussbuss. [Hørings svar], 2022. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-endringer-i-arbeidsmiljolooven-og-statsansatteloven-mv/id2920934/?uid=ede23343-b520-431a-8204-af4af60ca906>*
- NHO (2022) *Næringslivets Hovedorganisasjon. Hørings svar fra Næringslivets Hovedorganisasjon. [Hørings svar], 2022. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-endringer-i-arbeidsmiljolooven-og-statsansatteloven-mv/id2920934/?uid=7c64e87d-84a9-44fa-a167-cdac5cd1845f>*
- NITO (2022) *Hørings svar fra NITO – Norges Ingeniør- og Teknologior ganisasjon. [Hørings svar], 2022. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-endringer-i-arbeidsmiljolooven-og-statsansatteloven-mv/id2920934/?uid=fbc445b0-ad9e-4c25-9d70-ee1fdcdfe9e2>*
- Norges Farmaceutiske forening (2022) *Hørings svar fra Norges Farmaceutiske Forening. [Hørings svar], 2022. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-endringer-i-arbeidsmiljolooven-og-statsansatteloven-mv/id2920934/?uid=e879c6c2-2499-49bd-9d15-465894ba8d09>*

- Nærings- og fiskeridepartementet (2022) *Forslag til endringer i skipsarbeidsloven – gjennomføring av direktiv (EU) 2019/1152 om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår.* [Høringsnotat], 2022. <https://www.regjeringen.no/contentassets/56074beab8c2484bb6c529eded03fb61/horingsnotat.pdf>
- Parat (2022) *Hørings svar fra Parat.* [Hørings svar], 2022. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-endringer-i-arbeidsmiljolooven-og-statsansatteloven-mv/id2920934/?uid=30527593-50b9-4062-a87a-58b8e45fe7ca>
- Virke (2022) *Hørings svar fra Hovedorganisasjonen Virke.* [Hørings svar], 2022. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-endringer-i-arbeidsmiljolooven-og-statsansatteloven-mv/id2920934/?uid=530343e2-bcfb-4769-b593-02c421591867>

Høyesterettspraksis

Rt. 1977 s. 902.

Rt. 1983 s. 537.

Rt. 1987 s. 562.

Rt. 1991 s. 236.

Rt. 1996 s. 1026.

Rt. 1997 s. 560.

Rt. 1999 s. 1694.

Rt. 2001 s. 1101.

Rt. 2003 s. 1071.

Rt. 2008 s. 135.

Rt. 2009 s. 685.

Rt. 2009 s. 1183.

Rt. 2011 s. 74.

Rt. 2011 s. 1674.

HR-2017-2429-A.

HR-2021-605-A.

HR-2022-175-U.

Underrettspraksis

RG-1989-787.

RG 1990 s. 1138.

LH-2000-458.

LB-2001-694.

LG-2002-1647.

LE-2003-545.

LB-2004-81937.

LB-2006-87379.

LA-2013-154564.

LB-2018-13157.

LF-2020-17882.

LA-2021-157670.

Tariffavtaler

Grossistavtalen 2020–2022	Grossistavtalen 2020-2022 mellom NHO v/ NHO Service og handel og LO v/ Fellesforbundet (Avtale nr. 369). http://tariffavtaler.nho.no/getfile-english.php?TA_Radnr=14313 hentet 25.10. 2022.
Speditøroverenskomsten 2020–2022	Speditøroverenskomsten 2020-2022 mellom NHO v/ NHO Logistikk og Transport og LO v/ Fellesforbundet (Avtale nr. 183). http://tariffavtaler.nho.no/getfile-english.php?TA_Radnr=14240 hentet 25.10.2022.

EU/EØS-rettslige kilder

EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde</i> , Oporto 2. mai 1992. [Offisiell norsk oversettelse].
Direktiv (EU) 2019/1152	Europa-parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1152 af 20. juni 2019 om gjennomstige og forudsigelige arbeidsvilkår i Den Europæiske Union [Arbeidsvilkårsdirektivet].
COM (2017) 797 final	Forslag til Europa-parlamentets og Rådets direktiv (EU) om gjennomstige og forudsigelige arbeidsvilkår i Den Europæiske Union.
Case 53/81 D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie.	ECLI:EU:C:1982:105
Case 139/85 R. H. Kempf v Staatssecretaris van Justitie.	ECLI:EU:C:1986:223
Case 66/85 Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg.	ECLI:EU:C:1986:284
Case C-229/14 Ender Balkaya v Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH.	ECLI:EU:C:2015:455