

Oppsigelse i prøvetid

Hvilket stillingsvern har arbeidstaker under avtalt prøvetid etter arbeidsmiljøloven § 15-6?

Kandidatnummer: 741

Leveringsfrist: 25.04.2016

Antall ord: 16555



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning og presisering av oppgaven	1
1.3	Aktualitet.....	2
1.4	Rettslig plassering av emnet	3
1.5	Begrepsavklaringer	3
1.5.1	Arbeidstaker.....	3
1.5.2	Arbeidsgiver	4
1.6	Rettskilder	4
1.6.1	Lov.....	4
1.6.2	Forarbeider.....	5
1.6.3	Rettspraksis.....	6
1.7	Internasjonal rett	6
1.8	Historikk.....	8
2	HENSYN OG FORMÅL	9
3	ADGANG TIL Å AVTALE PRØVETID	12
3.1	Innledning	12
3.2	Begrepet prøvetid	13
3.3	Lovhjemmel	13
3.4	Rammer for prøvetiden	14
3.4.1	Skriftlighet	15
3.4.2	Prøvetidens lengde.....	16
3.4.3	Forlengelse av prøvetiden.....	17
3.4.4	Adgang til å avtale ny prøvetid ved ny stilling i samme virksomhet	18
3.5	Oppsigelsestid under prøvetiden	21
4	OPPSIGELSE AV ARBEIDSTAKER UNDER PRØVETIDEN.....	21
4.1	Innledning	21
4.2	Ordinært oppsigelsesvern etter arbeidsmiljøloven § 15-7	22
4.3	Oppsigelse under avtalt prøvetid etter arbeidsmiljøloven § 15-6	24
4.3.1	Innledning	24
4.3.2	Arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt	24
4.4	Terskelen for oppsigelse i prøvetiden	27
4.4.2	Vurderingen av arbeidstakers egnethet og skikkethet for stillingen.....	30

4.4.3	Arbeidstakers tilpasning til arbeidet	31
4.4.4	Arbeidstakers faglige dyktighet	32
4.4.5	Arbeidstakers pålitelighet	35
4.5	Saklighetskravet og saklighetsvurderingen	38
4.5.1	Bevisbyrden	39
4.6	Retten til å fortsette i stillingen	39
4.7	Domstolenes etterprøving av arbeidsgivers vurdering	42
5	KONKLUSJON.....	44
6	LITTERATURLISTE	46
6.1	Bøker	46
6.2	Artikler	46
6.3	Lovregister	46
6.3.1	Lover	46
6.3.2	Internasjonale konvensjoner	47
6.4	Rettspraksis	47
6.4.1	Høyesterettsdommer	47
6.4.2	Lagmannsrettsdommer	48
6.4.3	Tingrettsdommer	48
6.5	Forarbeider	49

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er hvilket stillingsvern arbeidstaker har under avtalt prøvetid etter arbeidsmiljøloven § 15-6. Arbeidsmiljøloven er en vernelov som skal skape trygge og forutsigbare arbeidsforhold for arbeidstaker. Den inneholder arbeidsgivers og arbeidstakers spilleregler i arbeidsforholdet. Alle arbeidstakere har etter arbeidsmiljøloven et stillingsvern. Arbeidsmiljøloven § 15-6 oppstiller et noe svakere stillingsvern for arbeidstakere under prøvetid enn ved ordinære oppsigelser etter § 15-7.

Oppsigelse under prøvetid etter reglene i § 15-6 må være begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Arbeidsgiver skal i denne perioden av arbeidsforholdet ha anledning til å teste ut arbeidstakers arbeidsprestasjoner. Stillingsvernet er med på å skape en balanse mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, der arbeidsgiver tradisjonelt er sett på som den sterke part.

Oppgaven vil ta for seg vilkårene som må være oppfylt for at en oppsigelse skal anses som saklig under prøvetiden etter vilkårene i arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd, samt hvordan arbeidsgivers opplysnings- og veiledningsplikt spiller inn på denne vurderingen.

For å få et helhetlig bilde av prøvetiden og prøvetidens funksjon, vil jeg dele oppgaven inn i to deler. Først vil jeg se på adgangen til å avtale en prøvetid i et arbeidsforhold, samt rammen som prøvetiden må befinne seg innenfor. I neste del vil jeg se på adgangen til oppsigelse innenfor prøvetiden og terskelen for dette.

1.2 Avgrensning og presisering av oppgaven

Jeg vil i oppgaven foreta nødvendige avgrensninger i forbindelse med de rammer som ligger i en masteroppgave. Oppgavens tema er oppsigelser som foretas mens arbeidstaker er under avtalt prøvetid etter aml. § 15-6, men arbeidsmiljøloven også inneholder bestemmelser om stillingsvern ved oppsigelser på andre grunnlag.

Arbeidsmiljøloven har et generelt vern mot usaklig oppsigelse etter § 15-7. Jeg vil ta for meg de generelle oppsigelsesreglene etter denne bestemmelsen når det er naturlig for fremstillingen av stillingsvernet under prøvetid. Utover dette vil ikke de generelle reglene i § 15-7 bli behandlet særskilt. Arbeidsmiljøloven regulerer i tillegg oppsigelsesvernet ved oppsigelse på grunn av sykdom i § 15-8, oppsigelsesvernet ved svangerskap, og etter fødsel og adopsjon i § 15-9 og oppsigelsesvern ved militærtjeneste mv. i § 15-10. Det særskilte oppsigelsesvernet som fastsettes i disse bestemmelsene vil gjelde for ansatte i prøvetid på lik linje med ordinære ansatte. Oppgaven avgrenses mot en videre fremstilling av disse bestemmelsene.

Lov om statens tjenestemenn m.m av 1983 nr. 3 har også en bestemmelse om prøvetid for statsansatte i § 8. Denne loven gir også et noe svakere oppsigelsesvern for arbeidstakere under

prøvetiden. Her er hovedregelen at tjenestemenn blir ansatt med en prøvetid på 6 måneder, med mindre det skriftlig avtales at dette ikke skal gjelde. Oppsigelsesfristen etter denne lov er fastsatt til 3 uker. Oppsigelse av tjenestemenn etter denne bestemmelsen må saklig begrunnes i tilpasning til arbeidet og at tjenestemannen ikke fyller rimelige krav til dyktighet og pålitelighet. Dette ligner arbeidsmiljølovens vilkår¹ for oppsigelse. Det er i rettspraksis ikke lagt til grunn et skille mellom saklighetsvurderingen i de to prøvetidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Høyesterettspraksis fra begge lovene vil dermed være relevant for tolkningen av saklighetsvurderingen av aml. § 15-6. Utover i oppgaven vil tjenestemannsloven bli nevnt der det er naturlig for fremstillingen, men den vil ikke gis en videre redegjørelse.

1.3 Aktualitet

De fleste arbeidstakere blir i dag ansatt med en arbeidsavtale hvor det er bestemt en prøvetid². Innenfor denne tidsrammen som lov- og avtaleverk setter til prøvetiden, skal arbeidsgiver ha mulighet til å avklare om arbeidstaker er skikket for stillingen. Så lenge arbeidstaker er under prøvetid vil han ha et noe svakere stillingsvern enn ved ordinær ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Bakgrunnen for prøvetidsbestemmelsen er at arbeidsgiver skal ha anledning til å teste arbeidstaker og hans arbeidsprestasjoner i en tidsbegrenset periode. Tilfredsstillende ikke arbeidstaker kravene til tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet eller pålitelighet vil arbeidsgiver ha en noe lempeligere adgang til å si opp arbeidstaker, dersom oppsigelsen er saklig begrunnet i disse vilkårene i aml. § 15-6 første ledd.

Det er i dag diskusjoner i norsk arbeidsliv om bruken av midlertidige ansettelse. Det kan tenkes at enkelte arbeidsgivere benytter seg av adgangen til å ansette arbeidstakerne på midlertidige kontrakter for å teste ut nyansatte, på samme måte som prøvetiden har som formål å fungere. Under en prøvetid er en arbeidstaker «på prøve» hos arbeidstaker, men er en fast ansatt på lik linje som de øvrige ansatte. Ønsker arbeidsgiver å si opp en ansatt under prøvetiden må man følge lovens krav til saklighet, dokumentasjon og saksbehandling. Ved midlertidige ansettelse vil arbeidsforholdet opphøre ved det avtalte tidsrommets utløp eller når det bestemte arbeidet er avsluttet med mindre annet er avtalt³.

Klarhet i hvordan prøvetiden fungerer i forhold til formålet og på hvilket grunnlag man kan si opp en arbeidstaker under prøvetiden, kan være med på å få arbeidsgivere til å ta sjansen på å ansette arbeidstakere fast, selv om det er noe usikkert om vedkommende kan utføre arbeidet tilfredsstillende. Dette var noe av det departementet la fram som sin begrunnelse for at det

¹ Se aml. § 15-6 første ledd.

² Mo (1998) s. 3

³ Jf. aml. § 14-9 (5)

burde være en videre adgang til oppsigelser under prøvetiden, jf. Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163. Dette kan være med på å få flere inn på arbeidsmarkedet. Her blir det lagt til grunn at en lemping av prøvetidsreglene også kan være viktig for å redusere midlertidige tilsetninger. Departementet finner grunn til å tro at en del av de midlertidige ansettelsene i teorien blir sett på som en form for prøvetid fra arbeidsgivers side⁴, fordi de slipper å gå igjennom en ordinær oppsigelsesprosess ved endt arbeidskontrakt hvis arbeidstaker ikke fungerer etter forventningene.

1.4 Rettslig plassering av emnet

Adgangen til å avtale en prøvetid i arbeidsforholdet er forankret i lov av 17.juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., også kalt arbeidsmiljøloven og forkortet aml. Her er adgangen til å avtale en tidsbestemt prøvetid regulert i § 15-6, men loven omfatter også andre bestemmelser som regulerer prøvetidsansettelser. Arbeidsmiljøloven har i § 15-3 sjuende ledd en bestemmelse om oppsigelsestid i prøvetid, mens § 15-11 tredje ledd regulerer prøvetidsansattes rett til i utgangspunktet ikke å stå i stillingen ved en eventuell tvist om opphør av arbeidsforholdet.

Foruten om bestemmelsene hvor prøvetidsansatte er regulert særskilt, gjelder de øvrige reglene i arbeidsmiljøloven på samme måte for ansatte i prøvetid som andre ordinære ansatte.

1.5 Begrepsavklaringer

For at arbeidsmiljølovens bestemmelser skal gjelde for en ansatt, må både arbeidstaker og arbeidsgiver falle inn under lovens virkeområde. Etter aml. § 1-2 første ledd gjelder loven for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker. Loven oppsetter noen unntak fra dette i annet ledd, hvor blant annet sjøfart, fangst og fiske er områder som holdes utenfor arbeidsmiljølovens virkeområde.

1.5.1 Arbeidstaker

Arbeidstakerbegrepet er definert i aml. § 1-8 første ledd. En arbeidstaker blir her definert som enhver som utfører arbeid i annens tjeneste. Arbeidstaker er den parten i arbeidsforholdet som stiller sin arbeidskraft til disposisjon.

⁴ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 161.

Forståelsen av arbeidstakerbegrepet vil kunne variere fra hvilken lov den er plassert i, men i praksis vil det ikke være store forskjeller på arbeidstakerbegrepet innenfor arbeidsvernlovgivningens område.

1.5.2 Arbeidsgiver

Arbeidsgiverbegrepet er definert i aml. § 1-8 annet ledd. Arbeidsgiver blir her definert som enhver som har ansatt en arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som etter loven her er bestemt som arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.

1.6 Rettskilder

Rettskildene som er tillegges mest vekt i tolkningen av en rettsregel er lovtekst, forarbeider og rettspraksis. Juridisk teori, reelle hensyn og lovens formål må også tas med i denne vurderingen.

Prøvetidsreglene i arbeidsmiljøloven av 2005 § 15-6 er en videreføring av prøvetidsreglene i arbeidsmiljøloven av 1977⁵ § 63⁶. Lovgiver oppgir i forarbeidene at bestemmelsen i nåværende arbeidsmiljølov av 2005 skal være en videreføring av tidligere bestemmelse i 1977-loven, uten andre tilføyelser når det gjelder tolkning eller forståelse av bestemmelsen. På bakgrunn av dette vil derfor både forarbeider og rettspraksis fra tidligere lov være retningsgivende for dagens lovbestemmelse i § 15-6.

1.6.1 Lov

Lovteksten er rettskilden med størst rettskildevekt. Når man skal gjøre seg opp en mening om hvordan loven skal tolkes, bør man først se på bestemmelsens egen ordlyd.

Arbeidsmiljøloven av 2005 har bestemmelser som regulerer en oppsigelse i prøvetid særskilt flere steder i loven⁷. Arbeidstaker under prøvetid har et noe svakere stillingsvern i denne tidsperioden som følge av disse bestemmelsene. Utover disse bestemmelsene som omhandler forhold rundt oppsigelse, gjelder arbeidsmiljølovens øvrige bestemmelser også for ansatte i prøvetid. Foruten et noe svakere stillingsvern i prøvetidsperioden er man vernet på samme måte under prøvetiden som ellers i arbeidsforholdet.

⁵ Lov av 4.februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (opphevet)

⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 335

⁷ Se aml. §§ 14-6 første ledd bokstav f), 15-3 (7), 15-6 og 15-11 (3)

Adgangen til å avtale prøvetid er fastsatt i § 15-6. I denne bestemmelsen finner vi også vilkårene for å avtale prøvetid, samt hvilke vilkår som må være oppfylt for at arbeidsgiver skal kunne benytte seg av de særskilte reglene som gjelder for oppsigelse under prøvetid. Andre forhold som loven regulerer knyttet til prøvetid er oppsigelsesfrister⁸, skriftlighetskrav i arbeidskontrakten⁹ og spørsmålet om retten til å stå i stillingen ved tvist om opphøret av stillingen¹⁰.

Arbeidsmiljøloven er en preseptorisk lov, jf. § 1-9. Denne loven er ufravikelig og kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt. Et av arbeidsmiljølovens formål er å beskytte arbeidstaker mot vilkårlig behandling fra arbeidsgiver. For å opprettholde dette formålet er det viktig at arbeidsgiver ikke kan avtale seg bort fra lovens bestemmelser, og forflytte styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver ytterligere.

Loven oppsetter rammene for oppsigelse under prøvetid, men for å få et helhetlig bilde av vilkårene og tolkningsmomentene må man se på forarbeider og rettspraksis i sammenheng med lovbestemmelsen.

1.6.2 Forarbeider

Med forarbeider menes forslag, utredninger, debatter og voteringer som skriver seg fra dem som har deltatt i lovens forberedelse og vedtakelse¹¹. I forarbeidene til formelle lover slik som arbeidsmiljøloven, finner man gjerne opplysninger om hvordan rettstilstanden var tidligere, hvilke livsforhold loven angår, formålet med loven og hva lovgiver har ment med de enkelte bestemmelser.

Bestemmelsen om stillingsvernet i prøvetiden i aml. § 15-6 er i det vesentlige en videreføring av tilsvarende bestemmelse i den tidligere arbeidsmiljølov av 1977. Lovgiver har her ikke ment å foreta noen realitetsendringer eller nye tolkningsmomenter i forbindelse med bestemmelsen. Departementet uttaler i forarbeidene til § 15-6 i 2005-loven:

⁸ Aml. § 15-3 (7)

⁹ Aml. § 14-6 første ledd bokstav f)

¹⁰ Aml. § 15-11 (3)

¹¹ Eckhoff (2001) s. 65

«Bestemmelsen erstatter gjeldende regler om oppsigelsesvern av arbeidstaker som er ansatt på bestemt prøvetid i arbeidsmiljøloven § 63»¹².

Bestemmelsen i § 63 i 1977-loven bygger på bestemmelsen i § 43 nr. 1 tredje ledd i arbeidervernloven av 1956¹³, slik den lyder etter lovendring av 7.mars 1975¹⁴. Ved lovendringen i 1975 ble det for første gang innført et begrenset vern mot oppsigelse i prøvetiden.

Når man ser på hva lovgiver har lagt til grunn for aml. § 15-6 vil forarbeidene til 1977-loven være en relevant rettskildefaktor for tolkning av dagens lovbestemmelse. Henvisninger til forarbeider i denne oppgaven vil dermed ofte dreie seg om henvisninger til forarbeidene til 1977-lovens § 63.

1.6.3 Rettspraksis

Gjennom rettspraksis er rettsreglene utviklet og presisert. Rettspraksis er dermed en relevant rettskilde for å få et konkret overblikk over hvordan rettstilstanden skal forstås.

Rettsavgjørelser avsagt i Høyesterett vil ha størst rettskildevekt, mens underrettsdommer kan også regnes som en relevant rettskildefaktor når det er fravær av høyesterettspraksis.

Mange av rettsavgjørelsene som er foreliggende på temaet om stillingsvern under prøvetiden er avsagt på bakgrunn av 1977-loven. Siden lovgiver har uttalt at bestemmelsen i nåværende lov er en videreføring av tidligere lovs bestemmelser, vil disse rettsavgjørelsene fortsatt ha rettskildevekt.

1.7 Internasjonal rett

Norge har ratifisert et betydelig antall konvensjoner på det arbeidsrettslige området. De mest sentrale av disse konvensjonene er ILO-konvensjonene. ILO – The International Labour Organisation – ble opprettet som et organ innen Folkeforbundet og ble i 1946 tatt inn under FN.

Norge har ratifisert ILO-konvensjonen R119 *Termination of Employment Recommendations* fra 1963¹⁵ og C158 *Termination of Employment Convention* fra 1982¹⁶.

Begge konvensjonene fastsetter at oppsigelse ikke skal skje med mindre det foreligger saklig grunn. I C158 artikkel 4 er det lagt til grunn at:

¹² Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 335

¹³ Lov av 12. juli nr. 2 om arbeidervern (opphevet)

¹⁴ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 280

¹⁵ R199 - Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 199)

¹⁶ C158 – Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)

«The employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking establishment or service»

Konvensjonen gir samtidig uttrykk i artikkel 2 punkt 2b at det kan gjøres unntak for disse reglene for ansatte i prøvetid:

«workers serving a period of probation or a qualifying period for employment, determined in advance and of a reasonable duration».

Konvensjonene oppsetter her et vern mot usaklig oppsigelse, men gir samtidig adgang til å fravike denne saklighetsvurderingen ved prøvetid. Her blir det lagt til grunn at prøvetiden må være avtalt på forhånd og at den skal ha en rimelig lengde. Dette samsvarer med utgangspunktet for prøvetidsbestemmene i norsk rett, jf. aml. § 15-6.

Ved å ratifisere en konvensjon blir Norge folkerettslig forpliktet til å overholde de reglene som følger av konvensjonen. Er det gitt lovregler som svarer til bestemmelsene i konvensjonene, vil konvensjonene få betydning for tolkningen av norsk rett. Ut i fra harmoneringshensyn skal de norske reglene tolkes slik at de blir i overensstemmelse med konvensjonsbestemmelsene.

Andre internasjonale konvensjoner inneholder også bestemmelser på arbeidsrettens område. Dette gjelder Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (1950)¹⁷, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (1966)¹⁸ og FNs konvensjon om økonomiske og politiske rettigheter (1966)¹⁹.

FNs konvensjon om økonomiske og politiske rettigheter har i artikkel 7 lagt til grunn at konvensjonspartene skal legge til rette for rettferdige og gode arbeidsvilkår. Dette skal blant annet sikre rettferdige lønninger, likebehandling og trygge og sunne arbeidsforhold.

EØS-avtalen fra 1992, med tilhørende tilleggsavtale av 1994 inneholder også bestemmelser som har betydning for arbeidsforholdet. Formålet med de arbeidsrettslige reglene i EU-retten var til å begynne med i utgangspunktet for å sikre like konkurransevilkår for medlemslandene. I senere tid har hensynet til arbeidstakernes rettigheter fått betydning også innenfor EU-retten. EU-retten inneholder direktiver som omhandler blant helse og sikkerhet på arbeidsplassen, likebehandling av kvinner og menn, masseoppsigelse og arbeidskontrakter.

¹⁷ Se artikkel 11 (1) om retten til å danne og slutte seg til fagforeninger

¹⁸ Se artikkel 22 (1) om retten til å danne og slutte seg til fagforeninger

¹⁹ Se blant annet artikkel 6 om rett til arbeid, artikkel 7 om trygge og gode arbeidsvilkår og artikkel 8 om rett til å danne eller slutte seg til fagforeninger og retten til å streike.

Som vi ser av konvensjonene er det en internasjonal standard at oppsigelser skal ha en saklig begrunnelse og at det på bakgrunn av avtalt prøvetid er anledning til å gå bort i fra det generelle saklighetskravet for å oppfylle formålet med en reell prøvetid. Det understrekes også i internasjonale i konvensjoner at prøvetiden må holdes innenfor en rimelig lengde.

1.8 Historikk

Arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005 nr. 62 med senere endringer er en videreføring og utvikling fra tidligere arbeidervernlover. Grunnlaget for vår arbeidervernlovgivning slik vi kjenner den i dag ble lagt ved lov av 27.juni 1882 om tilsyn med arbeid i fabrikker mv. Denne første arbeidervernloven gjaldt arbeidsforholdene i industrien og arbeidervernlovgivningen her i landet har en direkte sammenheng med industrialiseringen på slutten av 1800-tallet.

Lov av 19.juni 1936 nr. 8 om arbeidervern fikk et langt større virkeområde enn tidligere lover, og kan karakteriseres som en alminnelig arbeidervernlov som tar for seg flere forhold ved arbeidslivet. I denne loven fra 1936 ble alminnelige bestemmelser om vern mot usaklige oppsigelser tatt inn for første gang. Bestemmelsene om vern mot usaklig oppsigelse bar tydelig preg av kompromissløsning, men de mange rettsakene gir vitnesbyrd om at bestemmelsen i denne loven fikk stor betydning²⁰.

Ansettelse på prøve har lang tradisjon i norsk arbeidsliv. Arbeidervernloven av 1956²¹ hadde opprinnelig ingen regler om dette, men ved lovendring av 7. mars 1975 for arbeidervernloven av 1956 § 43 ble det for første gang innført et begrenset vern mot oppsigelse i prøvetiden²². Etter denne reglen kunne en oppsigelse kun angripes som usaklig, på det grunnlag at den skyldtes andre forhold enn de prøvetiden tar sikte på å avklare.

Reglene i arbeidsmiljøloven av 1977 om oppsigelse i prøvetid bygger på reglene i arbeidervernloven fra 1956, men styrker stillingsvernet for arbeidstakere i prøvetiden ved at det her blir innført et strengere krav til arbeidsgivers skjønn. Bestemmelsen i dagens arbeidsmiljølov bygger på en videreføring av bestemmelsen i 1977-loven²³.

Prøvetidsreglene ble gjenstand for endring ved en lovrevisjon som trådte i kraft 1.februar 1995, jf. Ot.prp.nr. 50 (1993-1994)²⁴. Departementets bakgrunn for disse endringene var at de

²⁰ Fougner (2013) s. 5

²¹ Lov av 12.juli 1956 nr. 2 om arbeidervern (opphevet)

²² Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 280

²³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 335

²⁴ Side 160 flg.

ønsket å få til en prøvetidsordning som var mer reell. På bakgrunn av dette ble også domstolenes etterprøvingskompetanse innskrenket.

2 HENSYN OG FORMÅL

Arbeidsmiljøloven av 2005 er en vernelov som skal balansere styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver i et ansettelsesforhold. Arbeidstaker har gjennom tiden blitt regnet som den svakere part i et arbeidsforhold.

Et av arbeidsmiljølovens overliggende formål er å sikre trygge ansettelsesforhold og gi likebehandling og forutsigbarhet i arbeidslivet. Loven har også som formål å sikre et inkluderende arbeidsliv for alle arbeidstakere, og å sikre et arbeidsmiljø som er helsefremmende og meningsfylt. Dette kan vi lese direkte ut fra lovens formålsbestemmelse i § 1-1. På denne måten skal loven verne arbeidstakere mot å bli utsatt for tilfeldig og urimelig behandling av arbeidsgiver.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven fastsetter at:

«Formålsbestemmelsen skal først og fremst gi veiledning, ved at den angir retning, gir inspirasjon og gir uttrykk for lovens overordnede visjon og verdisyn²⁵»

Formålsbestemmelsen har også en realitet ut over det å gi veiledning. Departementet fastsetter i samme forarbeid at formålsbestemmelsen også vil ha en viss rettslig betydning:

«Formålsbestemmelsen gir informasjon om regelverkets hensikt og viktige forutsetninger som ligger til grunn for reglene. Den vil derfor ha en mer eller mindre rettslig betydning, selv om formålsbetegnelsen i seg selv ikke innebærer noen bindende materiellrettslig regulering. Tolkning av lovens materiellrettslige bestemmelser skal skje i lys av formålet og formålsangivelsen kan derfor etter omstendighetene være avgjørende for tolkningsresultatet²⁶»

Når man skal tolke en bestemmelse i arbeidsmiljøloven må man gjøre dette i lys av lovens formål. På denne måten vil det bidra til at reglene i arbeidsmiljøloven fører til en jevnere balanse mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og lovens formål om å være en vernelov vil bli sterkere.

²⁵ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 68

²⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 68

En av arbeidsmiljølovens målsettinger er å sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker, jf. NOU 2004:5²⁷. Dette er en av bakgrunnene for stillingsvernreglene i arbeidsmiljøloven. Formålet med stillingsvernreglene i arbeidsmiljøloven er å verne arbeidstaker mot usaklige oppsigelser. Det generelle oppsigelsesvernet finnes i aml. § 15-7 som gir et vern mot usaklig oppsigelse på generelt grunnlag. Arbeidsmiljøloven oppsetter også et særlig vern for arbeidstakere under sykdom i aml. § 15-8 og ved svangerskapsrelaterte forhold i aml. § 15-9. Arbeidsmiljøloven gir her utsatte grupper et sterkere stillingsvern på bakgrunn av sykdom og svangerskap. Dette skal sikre et inkluderende arbeidsliv for alle ansatte og forhindre at noen faller utenfor arbeidslivet på bakgrunn av forbigående sykdom og svangerskap. Arbeidslivslovutvalget har i NOU 2004:5 gjennomgått lovens stillingsvern ut fra hensynet til et inkluderende arbeidsliv:

«Utvalget har gjennomgått lovens stillingsvernregler ut fra hensynet til et inkluderende arbeidsliv. Stillingsvernreglene er gitt for å gi arbeidstakerne trygge og forutsigbare arbeidsforhold. Samtidig som reglene beskytter de som er i arbeid, kan de i noen tilfelle hindre arbeidsledige å komme inn i arbeidslivet. Det kan argumenteres med at et sterkt stillingsvern trolig kan bidra til å hindre utstøtning fra arbeidslivet. Det må likevel vurderes om et vern som oppfattes som for sterkt kan medføre at arbeidsgivere er mer skeptiske til å ansette personer som av ulike grunner stiller dårligere på arbeidsmarkedet²⁸»

Her ser utvalget på muligheten for at et sterkt stillingsvern kan gjøre det vanskelig for nye arbeidstakere å komme inn på arbeidsmarkedet. Dette kan føre til at arbeidsgiver vegrer seg mot å ansette noen han ikke er sikker på om fungerer i stillingen. Et av formålene med prøvetiden er derfor også å gi arbeidstakerne en sjanse til å vise at de faktisk fungerer i stillingen.

Arbeidsmiljøloven § 15-6 regulerer stillingsvernet i arbeidsavtaler med bestemt prøvetid. Under denne tiden vil arbeidstaker ha et noe svakere stillingsvern enn ved ordinære oppsigelser etter aml. § 15-7, dersom arbeidsgiver kan begrunne at oppsigelsen skyldes arbeidstakers manglende tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Bestemmelsene i loven om stillingsvern ved sykdom, svangerskap, militærtjeneste og alder gjelder også for ansatte under prøvetid²⁹. Formålet med prøvetiden er å etablere en begrenset tidsperiode hvor arbeidsgiver skal kunne vurdere arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet. Reglen er ment å gi en noe romsligere adgang til oppsigelse innenfor prøvetiden enn ellers, jf. Ot.prp.nr. 50 (193-1994) s. 160.

²⁷ Arbeidslivslovutvalget NOU 2004:5 s. 288

²⁸ Arbeidslivslovutvalget NOU 2004:5 s. 290

²⁹ Se aml. §§ 15-8, 15-9, 15-10 og 15-13a.

Høyesterett legger til grunn i Rt-2003-107 at:

«Formålet med prøvetiden er å etablere en begrenset tidsperiode hvor arbeidsgiveren skal kunne vurdere arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, vedkommendes faglige dyktighet og pålitelighet. Både det forhold at det er utformet særlige bestemmelser om oppsigelse i prøvetiden og formålet med prøvetiden, tilsier at terskelen for oppsigelse i slike tilfeller er noe – ikke helt ubetydelig – lavere enn det som ellers gjelder».

Hensynet bak dette er å gi arbeidsgiver en mulighet til å avdekke feil og mangler hos arbeidstaker så tidlig som mulig i arbeidsforholdet, før arbeidstaker blir tett knyttet til arbeidsstedet. Selv om arbeidsgiver går igjennom intervjuer og foretar referansesjekk av arbeidstaker, vil det ikke være mulig å se hvordan han fungerer i stillingen før han faktisk har begynt. Dersom arbeidstaker viser seg å være helt feil for stillingen, vil det kunne virke urimelig ovenfor arbeidsgiver at det ikke er mulig å gå til oppsigelse av arbeidstaker uten å måtte gå igjennom den strenge saklighetsvurderingen etter § 15-7 og en påfølgende lang oppsigelsestid.

Formålet med prøvetiden er ikke bare å gi arbeidsgiver en noe lempeligere adgang til oppsigelse dersom arbeidstaker ikke fungerer i stillingen. Prøvetiden kan også være til fordel for arbeidstaker dersom han merket at dette ikke var rett arbeid for han. Prøvetidsperioden innebærer en gjensidig kortere oppsigelsesfrist, og dette gir arbeidstaker en lettere vei ut av arbeidsforholdet dersom det viser seg at arbeidsoppgavene eller arbeidsstedet ikke var som forventet. Dette er en fordel for begge parter dersom arbeidstaker ikke er motivert eller ønsker seg vekk fra arbeidstedet.

En av departementets tanker bak å gjøre prøvetiden mer reell ved lovendringen i 1995, var å redusere bruken av midlertidige ansettelser. Departementet mente at prøvetidsordningen kan føre til at arbeidsgivere blir mer interessert i ansette arbeidskraften direkte i virksomheten, fremfor å bruke utleiefirmaer eller underleverandører. Departementet uttaler i forarbeidene³⁰:

«Etter departementets syn er det svært viktig at prøvetidsreglene utformes slik at arbeidsgiver tør å ta sjansen på å tilsette en arbeidstaker som det er noe usikkert om kan utføre arbeidet tilfredsstillende. En mer reell prøvetid vil bl.a kunne redusere misbruket av midlertidig tilsetting og kunne gi unge arbeidstakere en lettere inngang på arbeidsmarkedet».

Dette er et viktig hensyn, spesielt med tanke på dagens arbeidsmarked hvor midlertidige arbeidskontrakter benyttes i et stort omfang. Dersom arbeidsgiver er klar over muligheten til å ansette arbeidstakere med prøvetid, samt at formålet med dette er å avklare om arbeids-

³⁰ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

taker er skikket for stillingen eller ikke, vil det være grunn til å tro at antall midlertidige ansettelser kan reduseres.

Som vi kan se er arbeidsmiljølovens formål å verne arbeidstaker i arbeidsforholdet og stillingsvernreglene er viktig for å beskytte arbeidstakere mot usaklig oppsigelse fra arbeidsgiver. Under prøvetiden er både arbeidsgiver og arbeidstaker i en spesiell situasjon og formålet med prøvetiden først og fremst og gi arbeidsgiver en mulighet til å vurdere arbeidstakeres skikket for stillingen. Under denne perioden har arbeidstaker et noe svakere stillingsvern hvis arbeidsgiver kan dokumentere at arbeidstaker ikke er egnet for stillingen. Selv om arbeidstaker er under prøvetid, har han fortsatt et stillingsvern etter aml. § 15-6 som fastsetter at oppsigelsen må være saklig begrunnet i arbeidstakers manglende tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Lovens formålsbestemmelse i § 1-1 gjør seg gjeldende også ved tolkning av bestemmelsen om prøvetid. Arbeidstaker skal heller ikke under prøvetid bli offer for vilkårlige og urimelige oppsigelser.

3 ADGANG TIL Å AVTALE PRØVETID

3.1 Innledning

Adgangen til å avtale prøvetid følger av arbeidsmiljølovens bestemmelse i § 15-6.

Dette følger også av internasjonale standarder i ILO-konvensjonene R199 (1963)³¹ og C158 (1982)³², som gir anledning til å fravike saklighetsvurderingen som er lagt til grunn for ordinær oppsigelse når det er prøvetid i et arbeidsforhold.

Prøvetid etter arbeidsmiljølovens bestemmelser kan avtales i både faste og midlertidige arbeidsforhold. Dette følger av lovens forarbeider i Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) side 160:

«Det kan avtales prøvetid også ved midlertidige tilsetninger».

Det kan synes å være en oppfatning i enkelte tilfeller at man ikke blir fast ansatt før man er ferdig med prøvetiden. Det understrekes i forarbeidene at selv om man er i prøvetid dreier det seg om et løpende, og ikke et midlertidig arbeidsforhold³³.

³¹ R199 – Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 199) artikkel 2 (1) og artikkel 18 (b)

³² C158 – Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158) artikkel 2 punkt 2b og artikkel 4

³³ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 160

3.2 Begrepet prøvetid

Prøvetid er begrepet som benyttes om den innledende fasen av et arbeidsforhold hvor arbeidsgiver har mulighet til å teste ut arbeidstakers arbeidsprestasjoner. Prøvetid kan også karakteriseres som en gjensidig utprøving av arbeidsforholdet for både arbeidstaker og arbeidsgiver, for å se om det står til forventningene. Under prøvetiden vil arbeidstaker ha et noe svakere stillingsvern etter aml. § 15-6.

3.3 Lovhjemmel

Bestemmelsen som regulerer stillingsvernet for arbeidstaker under prøvetiden er arbeidsmiljøloven § 15-6. Første ledd lyder:

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

Forarbeidene³⁴ til nåværende § 15-6 fastsetter at denne bestemmelsen erstatter gjeldende regel om stillingsvern av arbeidstaker som er ansatt på bestemt prøvetid i § 63 i arbeidsmiljøloven av 1977. Det legges dermed til grunn at det ikke skal være en realitetsendring for denne bestemmelsen ved overgangen fra 1977-loven til 2005-loven.

«(2) Bestemmelsene i paragrafen her innskrenker ikke arbeidsgivers rett til å si opp arbeidstaker etter § 15-7».

Andre ledd i bestemmelsen understreker at reglene om oppsigelse i prøvetid ikke er til hinder for at arbeidsgiver kan si opp arbeidstakere på ordinært grunnlag, selv om vedkommende er i prøvetid. Arbeidstaker har følgelig det samme stillingsvernet i forhold til saklighetsvurderingen som andre, dersom oppsigelsen ikke skyldes forhold som er nevnt i første ledd og dermed må foretas etter § 15-7. Arbeidstakere med avtale om prøvetid kan på lik linje med andre ansatte sies opp på bakgrunn av driftsinnskrenkninger. Denne bestemmelsen om særskilt adgang til oppsigelse på bakgrunn av arbeidstakers forhold i prøvetiden, verken utvider eller innskrenker adgangen til å si opp arbeidstaker etter § 15-7.

«(3) Bestemmelsene i paragrafen her gjelder bare dersom oppsigelsen blir gitt innen utløpet av den avtalte prøvetiden. Prøvetid kan avtales for en periode på inntil seks måneder, jf. likevel fjerde ledd».

³⁴ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 335

Bestemmelsen som reduserer stillingsvernet i prøvetiden vil kun få virkning i tilfeller hvor oppsigelsen skjer til fratreden før arbeidstakeren har vært ansatt i 6 måneder. Prøvetid utover 6 måneder får dermed ikke betydning for ved stillingsvernet etter § 15-6³⁵. Det ordinære stillingsvernet vil da gjelde³⁶.

«(4) Dersom arbeidstaker har vært fraværende kan arbeidsgiver forlenge den avtalte prøvetiden med en periode som tilsvare lengden av fraværet. Forlengelse kan bare skje når arbeidstaker ved ansettelse er skriftlig orientert om adgangen til dette og arbeidsgiver skriftlig har orientert arbeidstaker om forlengelsen innen utløpet av prøvetiden. Det er ikke adgang til forlengelse ved fravær som er forårsaket av arbeidsgiver».

Dersom arbeidstaker er fraværende i prøvetiden, kan det føre til at arbeidsgiver ikke får tilstrekkelig tid til å vurdere arbeidstakers egnethet for stillingen før prøvetiden er utløpt. På bakgrunn av dette har lovgiver gitt adgang til at prøvetiden kan forlenges tilsvarende lengden på fraværet, dersom fraværet er forårsaket av forhold på arbeidstakers side. På denne måten vil man kunne få en reell prøving også av arbeidstakere som har vært borte i større eller mindre deler av prøvetiden, selv om hensynet for en forlengelse av prøvetiden vil gjøre seg mest gjeldende ved lengre fravær³⁷.

«(5) Departementet kan gi forskrift om adgang til å avtale lengre prøvetid enn seks måneder for visse arbeidstakergrupper».

Denne regelen i femte ledd kom inn i lovverket ved endringslov nr. 57/1985. Bakgrunnen for denne endringen var de spesielle forholdene ved teateret og operaen. Ved teatrene er det i mange år blitt praktisert en ordning med tidsbegrensede arbeidsavtaler, og de alminnelige reglene om prøvetid ville her gi for kort tid til å avgjøre om en skuespiller burde gis fast ansettelse. Departementet ønsket dermed å lovfeste en adgang til å gi forskrifter om unntak eller særregler, fremfor å lovfeste et generelt unntak for skuespillere³⁸

3.4 Rammer for prøvetiden

For at arbeidstaker skal kunne ansettes med prøvetid i sitt arbeidsforhold, må man holde seg innenfor de rammene som loven setter i forbindelse med prøvetid i arbeidsmiljøloven § 15-6.

³⁵ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s.280

³⁶ Se Rt-1992-1188

³⁷ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 161-162

³⁸ Fougner (2013) s. 971.

Det er avtalefrihet mellom partene om man ønsker å benytte seg av prøvetid i starten av arbeidsforholdet, jf. tredje ledd siste setning hvor det er sagt at prøvetid *kan* avtales for en periode på inntil seks måneder. Det samme er uttrykt i fjerde ledd hvor det er lagt til grunn at arbeidsgiver kan forlenge den *avtalte* prøvetiden ved fravær hos arbeidstaker.

Dersom arbeidsforholdet allerede er etablert, kan arbeidstaker velge å si nei til avtale om prøvetid. Dette følger av lovens ordlyd om at prøvetid skal avtales mellom partene, og ikke pålegges av arbeidsgiver.

Etter ordlyden kan arbeidstaker også velge å si nei til prøvetiden i forkant av arbeidsforholdet. Dette er i praksis neppe så aktuelt, da prøvetid ofte ligger inne i tilbudet som arbeidstaker må akseptere for å bli ansatt. Velger arbeidstakeren å si nei til prøvetid, kan arbeidsgiver fastsette at prøvetid er en del av stillingen og dermed tilby stillingen til noen andre som godtar dette.

Loven setter rammer for skriftlighet, prøvetidens lengde og adgangen til utvidelse av prøvetiden ved fravær. Er ikke prøvetid inngått, må de ordinære stillingsvernet i § 15-7 følges, fordi loven forutsetter inngått avtale om prøvetid for å kunne benytte seg av reglene i § 15-6.

3.4.1 Skriftlighet

Avtale om prøvetid må gjøres skriftlig, jf. § 15-6 første ledd. Bestemmelsen fastlegger at en arbeidstaker som *skriftlig* er ansatt på en bestemt prøvetid vil omfattes av vilkårene som kan legges til grunn for oppsigelse etter første ledd.

En avtale om prøvetid må dermed inngås skriftlig for å være gyldig og en muntlig avtale om prøvetid vil ikke være bindende for arbeidstaker. Dette følger også av aml. § 14-6 bokstav f som fastsetter at eventuelle prøvetidsbestemmelser skal inn i den skriftlige arbeidsavtalen etter lovens minimumskrav til avtalen. Denne bestemmelsen viser til § 15-3 sjuende ledd om oppsigelsesfrister ved prøvetid. Opplysninger om oppsigelsestidens lengde skal også tas med i den skriftlige arbeidsavtalen.

Det vil ikke være tilstrekkelig med en henvisning til «alminnelige vilkår» eller lignende for å oppfylle skriftlighetskravet. Dette blir blant annet understreket i Frostating Lagmannsretts dom i RG-1989-787. Her ble en arbeidstaker ansatt i et kommunalt foretak på «*de vilkår som til enhver tid gjelder for X kommune*». Det var under signaturene på avtalen skrevet at personalreglementet fulgte som vedlegg. I personalreglementet fremgikk det at for ansatte i kommunen gjaldt det en prøvetid på seks måneder, dersom annet ikke var bestemt av tilsetningsmyndigheten. Lagmannsretten kom fram til at dette ikke var tilstrekkelig for at det var inngått en skriftlig avtale om prøvetid.

For at avtale om prøvetid skal være gyldig inngått, må det dermed følge skriftlig av den enkelte arbeidstakers arbeidskontrakt.

3.4.2 Prøvetidens lengde

Lovens hovedregel er at prøvetiden kan avtales for en periode på inntil 6 måneder, jf. § 15-6 tredje ledd. Siden det framgår av lovteksten at prøvetiden kan avtales for en periode på *inntil* 6 måneder, er det mulig å inngå avtale om kortere prøvetid³⁹. Denne avtalen kan derimot ikke være til ugunst for arbeidstaker, jf. § 1-9. Loven stenger derimot for adgangen til å avtale lengre prøvetid enn seks måneder, uavhengig av om det er avtalt mellom partene.

Høyesteretts kjæremålsutvalg hadde i Rt-2001-1101 oppe en sak til vurdering hvor arbeidstaker var ansatt med en prøvetid på 3 måneder. Partene avtalte litt over en måned etter den opprinnelige avtaleinngåelsen at prøvetiden skulle utvides, slik at den varte i ytterligere 2 måneder fra dette tidspunktet⁴⁰. Arbeidstaker mottok i denne perioden en oppsigelse fra arbeidsgiver. Når saken kom opp til rettslig behandling, la arbeidstakers side vekt på at lovens ordlyd la til grunn at prøvetidens lengde skulle avtales før tiltredelse og at avtalen om prøvetid derfor ikke var gyldig. Høyesteretts Kjæremålsutvalg kom fram til at aml. § 63⁴¹ ikke er til hinder for at partene i fellesskap kan avtale en forlengelse av prøvetiden opptil det lovbestemte maksimum på seks måneder, så lenge dette gjøres innenfor tidsperioden for den opprinnelig avtalte prøvetiden. Dette følger av avtalefriheten til partene i forbindelse med inngåelse av prøvetid. Det kan også tenkes at alternativet til å utvide prøvetiden vil være en oppsigelse, noe arbeidstaker ikke er tjent med.

I Hålogaland Lagmannsretts dom i LH-2000-458 hadde arbeidsgiver og arbeidstaker avtalt en prøvetid på et år. Arbeidstaker var ansatt som flyger og innehadde ikke de kvaliteter som flyselskapet krevde av sine ansatte når de gikk over fra opplæringsfasen til fast ansettelse. På bakgrunn av dette mottok arbeidstaker en oppsigelse under prøvetiden. Oppsigelsen ble gitt til arbeidstaker før det var gått seks måneder. Et av spørsmålene som her var oppe til behandling var om det i det hele tatt kunne sies å foreligge en prøvetid, siden den avtalte prøvetiden lå utenfor lovens grense.

³⁹ Se også Rt-2001-1101

⁴⁰ Opprinnelig prøvetid på 3 måneder ble avtalt 21.august. 31.oktober ble prøvetiden avtalt forlenget fram til 31.desember.

⁴¹ Tilsvareer dagens bestemmelse om maksimal lengde i aml. § 15-6 tredje ledd.

Lagmannsretten kom her til at dersom partene avtaler en lengre prøvetid enn seks måneder, kan det ikke få annen betydning enn at avtalen tolkes innskrenkende slik at den faller innenfor den preseptoriske tidsrammen. Lagmannsretten uttaler videre at:

«Det er flere hensyn som ligger bak prøvetidens begrensning i tid, og felles for disse er at arbeidstakerens vern står i sentrum. Når arbeidstaker således aksepterer ansettelse på prøvetid, vil det ikke være i strid med dennes interesser eller stillingsvern om avtalen tolkes i samsvar med lovens bestemmelser. Lagmannsretten finner derfor at partene er bundet av avtalen om prøvetid, dog slik at den ikke kan strekke seg lengre enn seks måneder⁴²».

Prøvetiden kan etter § 15-6 (3) maksimalt avtales for en periode på inntil seks måneder. Er prøvetiden i utgangspunktet avtalt for et kortere tidsrom, kan den ved avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker utvides opptil den lovbestemte maksimumsgrensen. Selv om partene har avtalt en lengre prøvetid enn loven gir adgang til, vil avtalen om prøvetid ikke være gyldig utover lovens grense på 6 måneder. Ut over denne perioden på seks måneder vil man være omfattet av lovens alminnelige stillingsvern etter § 15-7.

3.4.3 Forlengelse av prøvetiden

Dersom arbeidstaker har vært fraværende fra arbeidet i prøvetiden, kan arbeidsgiver forlenge den avtalte prøvetiden med en periode som tilsvarer lengden av fraværet. Forlengelse på dette grunnlaget kan bare skje når arbeidstaker ved ansettelse er skriftlig orientert om adgangen til dette og arbeidsgiver skriftlig har orientert arbeidstaker om forlengelsen innen utløpet av prøvetiden, jf. § 15-6 fjerde ledd. Forlengelse etter denne bestemmelsen kan kun skje på bakgrunn av fravær som skyldes forhold på arbeidstakers side. Det er ikke adgang til forlengelse ved fravær som skyldes arbeidsgiver.

Forlengelse forutsetter at arbeidsgiver skriftlig må gi arbeidstaker beskjed om den konkrete forlengelsen av prøvetiden, innen den opprinnelige prøvetidens utløp⁴³

Arbeidsgivers ensidige adgang til å forlenge prøvetiden ved fravær ble tatt inn i loven ved lovendringen av 6. januar 1995 nr. 2⁴⁴. Slik loven var utformet tidligere skulle den forstås slik at prøvetiden ikke ble avbrutt ved fravær. Det var da den formelle tjenestetiden som ble lagt til grunn, ikke den faktiske tiden som arbeidstaker hadde fungert i arbeidet. Forarbeidene uttaler i forbindelse med lovendringen at:

⁴² LH-2000-458

⁴³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 162 og 164

⁴⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 161

«Sterke hensyn taler for å gi adgang til å forlenge prøvetidsperioden ved fravær innenfor prøvetiden. Dette gjelder for alle typer fravær som har sin årsak i omstendigheter på arbeidstakers side, mest aktuelt er sykdom. Fravær forårsaket av arbeidsgiver bør falle utenfor forlengelsesadgangen, f.eks. ekstern opplæring⁴⁵».

Fravær fra arbeidstaker i prøvetiden kan føre til at arbeidsgiver ikke får anledning til å vurdere arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet.

Forarbeidene⁴⁶ viser til at muligheten for å forlenge prøvetiden ved arbeidstakers fravær vil imøtekomme arbeidsgivers behov for å gjennomføre en mer reell prøving av arbeidstaker.

Forhold som typisk vil gi rett til forlengelse av prøvetiden er sykdom, permisjoner og ferie hos arbeidstaker.

I følge forarbeidene⁴⁷ burde en slik rett gjelde uansett lengde på fraværet, og det må være arbeidsgivers ansvar å kunne dokumentere lengden og årsaken til fraværet. Det er likevel kun der fraværet har vært av en viss lengde at det vil være et faktisk behov for å forlenge prøvetiden, men departementet legger til grunn at en forlengelse tilsvarende fraværets lengde lovteknisk sett vil være den enkleste reglen å forholde seg til.

For at prøvetiden skal kunne være reell er det nødvendig at arbeidstaker er i arbeid i en tilstrekkelig periode, slik at arbeidsgiver har anledning til å vurdere arbeidstakers arbeidsprestasjoner. Siden forlengelsen skal tilsvare lengden på fraværet, vil den reelle arbeidende prøvetidsperioden ikke overstige lovens grense på seks måneder, selv om arbeidstakeren vil være ansatt med en prøvetid på papiret lengre enn seks måneder.

Adgangen til en forlengelse av prøvetiden ved fravær vil føre til at arbeidstaker har et svakere stillingsvern i en periode som overstiger lovens begrensning på seks måneder. Det vil allikevel være nødvendig med en forlengelse av prøvetiden, i de tilfeller hvor det ikke er anledning til å oppfylle formålet om en reell utprøving av arbeidstaker på bakgrunn av for mye fravær i prøvetiden.

3.4.4 Adgang til å avtale ny prøvetid ved ny stilling i samme virksomhet

Dersom arbeidstaker går fra en stilling til en annen innenfor samme virksomhet, vil det kunne oppstå spørsmål om det er adgang til å avtale ny prøvetid. Ordlyden i loven gir oss ingen vei-

⁴⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 161

⁴⁶ Ot.prp.nr 50 (1993-1994) s. 161

⁴⁷ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 161 flg.

ledning på hvordan dette spørsmålet skal vurderes. Lovforarbeidene har heller ikke tatt opp dette spørsmålet til vurdering. Det vil da være naturlig å se på hvordan rettspraksis har avgjort disse problemstillingene.

Hovedregelen er at det ikke er anledning til å inngå ny avtale om prøvetid dersom arbeidstaker blir ansatt til å gjøre de samme eller vesentlig samme arbeidsoppgaver som arbeidstakeren hadde i sin tidligere stilling i virksomheten.

Dette synet legges til grunn i Høyesteretts Kjæremålsutvalg i Rt-1996-1026. Her ble en sykepleier ansatt i et vikariat, for senere å bli fast ansatt i samme stilling. Da hun ble ansatt i den faste stillingen, fikk hun en arbeidsavtale med en ny prøvetid. Lagmannsretten kom fram til at det var adgang til å avtale ny prøvetid, mens Høyesteretts Kjæremålsutvalg ser på Lagmannsrettens tolkning som uriktig. Kjæremålsutvalget peker på at dette spørsmålet ikke er drøftet i forarbeidene, men at spørsmålet er praktisk viktig og har betydning for arbeidstakerens stillingsvern:

«Spørsmålet er praktisk viktig. Hvordan det besvares kan ha betydelige konsekvenser for arbeidstakeres stillingsvern. Hvis meningen hadde vært å åpne adgang til å avtale ny prøvetid ved enhver stillingsendring innenfor samme virksomhet, ville det på denne bakgrunn vært naturlig å vente at spørsmålet var blitt nærmere drøftet i forarbeidene til endringsloven av 1995. Forarbeidene er imidlertid tause på dette punkt.

Saken gir ikke foranledning til å avgjøre tolkningsspørsmålet i sin fulle bredde. Utvalget finner det i hvert fall klart at det ikke kan avtales ny prøvetid ved fast tilsetting i samme stilling eller i stilling i samme virksomhet som i det vesentlige er likeartet den arbeidstakeren har vikariert i».

Er det snakk om vesentlig endrede arbeidsoppgaver, åpner Høyesterett i Rt-1997-560 for at det skal kunne være adgang til å avtale ny prøvetid ved ny stilling innenfor samme virksomhet. I denne saken jobbet arbeidstakeren opprinnelig som bilmekaniker, men på grunn av helsemessige årsaker ble han tilbudt en stilling som verksmester og teknisk leder. For den nye stillingen ble det inngått en avtale om ny prøvetid på tre måneder, men han fikk samtidig tilbud om å gå tilbake til sin opprinnelige stilling som bilmekaniker dersom arbeidsavtalen ble brakt til opphør enten i eller etter prøvetiden. Høyesterett viser til avgjørelsen i Rt-1996-1026 som fastsetter at det ikke er anledning til å gi ny prøvetid ved ny stilling i virksomheten som innehar samme eller vesentlig samme arbeidsoppgaver. I denne saken gjelder det derimot ansettelse i en stilling som er vesentlig forskjellig fra den stillingen vedkommende var ansatt i tidligere. På bakgrunn av dette legger Høyesterett til grunn at:

«Avgjørelsen må – slik jeg ser det – bygge på overveielser av hvilken løsning som er best egnet til å realisere hensynene bak arbeidsmiljøloven § 63 og de øvrige stillingsvernbestemmelsene i loven».

Etter en vurdering av hensynene og det faktum at arbeidstakeren ikke måtte gi avkall på stillingsvernet han allerede hadde oppnådd i virksomheten, kom Høyesterett til konklusjonen om at det var anledning til å gi arbeidstaker en ny prøvetidsperiode:

«Arbeidsmiljøloven § 63 må tolkes slik at den ikke stenger for at en arbeidstaker som har oppnådd vanlig stillingsvern i virksomheten, kan ansettes på prøve i en vesentlig annen stilling, dersom han ved prøvetidsavtalen beholder rett til å gå tilbake til sin tidligere stilling».

Høyesterett fortsetter i denne retningen i Rt-1999-1694. På bakgrunn av driftsinnskrenkninger ble de ansatte fra bedriftens pakkeavdeling tilbudt stillinger som telefonselgere. Telefonselgeren ble sagt opp i prøvetiden, og spørsmålet i denne saken var om det her var anledning til å gi de ansatte ny prøvetid i den nye stillingen. Det vises til de to avgjørelsene som nevnt over i vurderingen av dette spørsmålet. Høyesterett mener at loven må forstås slik at det ved oppsigelser på bakgrunn av driftsinnskrenkninger, skal de berørte ansatte tilbys annet passende arbeid hvis dette foreligger i virksomheten, uten å måtte inngå avtale om ny prøvetid. Høyesterett påpeker samtidig forskjellen mellom omplasseringer og nyansettelser i en virksomhet. Ved nyansettelser vil arbeidsgiver være uten kjennskap til arbeidstakeren og ha et legitimt behov for prøvetid. Dette hensynet gjør seg ikke like sterkt gjeldende ved en omplassering innad i bedriften.

Høyesterett mener at svaret i saken må vurderes ut ifra om denne saken har særtrekk som kan begrunne et unntak fra hovedregelen som er at ny prøvetid ikke skal avtales ved ny stilling innenfor samme virksomhet. Her må det foretas en avveining *«mellom virksomhetens behov på den ene siden og ulempen en prøvetid medfører for arbeidstakeren på den annen»*. Det legges til grunn at det *«i alle fall bør kunne gjøres et unntak hvor den nye stillingen er av en slik karakter at det ikke uten en prøvetid vil kunne la seg konstatere om bedriften har annet passende arbeid å tilby»*.

Høyesterett la til grunn at det kunne settes vilkår om ny prøvetid ved overgang fra en pakkestilling til en stilling som telefonselger, uten at oppsigelsen ble usaklig og vektla den store forskjellen det var mellom arbeidsoppgavene ved pakkeavdelingen og arbeidsoppgavene som telefonselger. Retten vurderte disse arbeidsoppgavene som grunnleggende forskjellige og la til grunn at en stilling som telefonselger krever særskilte personlige egenskaper, som det ikke var mulig å vurdere mens vedkommende jobbet i pakkeavdelingen. Høyesterett fortsetter begrunnelsen sin med at *«I et tilfelle som det foreliggende, hvor stillingens forskjelligartede karakter er så iøynefallende, vil det være vanskelig å avgjøre om det tilbudte arbeidet er «passende» før arbeidstakeren har fått prøvd seg i den nye stillingen»*. Høyesterett konkluderte her med at det var adgang til å avtale ny prøvetid ved en slik stillingsendring og at oppsigelsen følgelig var gyldig.

Rettspraksis på dette området oppsetter en hovedregel om at det ikke er anledning til å avtale ny prøvetid ved ny stilling i virksomheten der arbeidsoppgavene er de samme eller av vesentlig samme karakter. Dersom arbeidsoppgavene er vesentlig endret i den nye stillingen, kan det etter en vurdering være anledning til å gi ny prøvetid. Et sentralt moment i denne vurderingen vil være om arbeidsoppgavene er av så forskjellig art at arbeidsgiver ikke kan avgjøre om arbeidstaker er skikket for stillingen, før arbeidstakeren faktisk har prøvd seg i den aktuelle stillingen. I slike tilfeller vil det være anledning til å inngå avtale om ny prøvetid.

3.5 Oppsigelsestid under prøvetiden

En prøvetid innebærer ikke bare at arbeidsgiver har en noe videre adgang til å si opp en arbeidstaker på bakgrunn av forhold på arbeidstakers side, men det er også adgang til å avtale kortere oppsigelsesfrister i denne perioden.

Etter aml. § 15-3 syvende ledd er hovedregelen at det er en gjensidig oppsigelsesfrist under prøvetiden på 14 dager. Dette kan likevel fravikes ved skriftlig avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, eller annet kan være fastsatt i tariffavtale mellom arbeidstakerorganisasjon og arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening.

Oppsigelsesfristen løper fra dato til dato. Dette kan legges til grunn etter aml. § 15-3 fjerde ledd som viser til at det kun er tilfellene i første til tredje ledd som har oppsigelsesfrister som løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen ble levert. Dette vil si at oppsigelsestiden er 14 kalenderdager fra levert oppsigelse. Denne oppsigelsestiden er gjensidig og gjelder både for arbeidsgiver og arbeidstaker.

Så lenge oppsigelsen er mottatt av arbeidstaker innen utløpet av prøvetiden, vil dette være tilstrekkelig. Det er ikke nødvendig at oppsigelsestiden må holde seg innenfor den avtalte prøvetiden eller lovens maksimale lengde på 6 måneder⁴⁸

4 OPPSIGELSE AV ARBEIDSTAKER UNDER PRØVETIDEN

4.1 Innledning

Den rettslige betydningen av å være ansatt i prøvetid er i hovedsak tre forhold. Arbeidstakere har et svakere stillingsvern under prøvetiden enn det som følger av aml. § 15-7, jf. § 15-6

⁴⁸ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 162

første ledd. Arbeidstakere i prøvetid har også en kortere oppsigelsesfrist som løper fra dato til dato, jf. § 15-3 (7). Til slutt vil arbeidstakere som blir sagt opp i prøvetiden ikke ha rett til å stå i stillingen ved en eventuell tvist, med mindre retten ved kjennelse bestemmer det motsatte, jf. aml. § 15-11 (3).

En arbeidstaker som sies opp etter at det har gått seks måneder, skal vurderes etter den ordinære saklighetsvurderingen etter § 15-7⁴⁹.

4.2 Ordinært oppsigelsesvern etter arbeidsmiljøloven § 15-7

Arbeidsgiver har styringsretten i arbeidsforholdet og dette fører til at arbeidsgiver har rett til å organisere, lede og fordele arbeidsoppgavene, og til å ansette og si opp arbeidstakere. I styringsretten ligger det at arbeidsgiver ensidig har rett til å treffe bestemmelser som angår arbeidsforholdet og virksomheten⁵⁰, men at arbeidsgiver samtidig må holde seg innenfor de begrensninger som settes i lov eller avtaleverk. Dette vil typisk være bestemmelser i lovgivning⁵¹, tariffavtaler, arbeidskontrakter og personalreglement.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd regulerer det ordinære stillingsvernet ved at arbeidstakere er vernet mot usaklig oppsigelse:

«Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold».

Styringsretten til arbeidsgiver er begrenset av denne bestemmelsen, og er til hinder for at arbeidsgiver kan gå til oppsigelse av arbeidstaker med mindre det foreligger en saklig begrunnelse. Som påpekt tidligere er arbeidsmiljøloven en vernelov og har som formål å beskytte arbeidstakeren i kontraktsforholdet ovenfor arbeidsgiver. Styringsretten til arbeidsgiver i forbindelse med oppsigelse er også begrenset av stillingsvernreglene aml. §§ 15-8, 15-9 og 15-13a. Disse bestemmelsene gir et stillingsvern som skaper forutsigbarhet for arbeidstaker når det kommer til arbeidssituasjonen og skal forhindre vilkårlig behandling fra arbeidsgiver.

Det stilles strenge krav til arbeidsgivers saksbehandling ved oppsigelse. Dette er i tråd med hensynet til forutsigbarhet og trygghet for arbeidstaker. Dette skal sikre at oppsigelsen er grundig overveid fra arbeidstakers side og at avgjørelsen er tatt på et fullstendig og riktig grunnlag. Saklighetskravet krever en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Sosiale forhold, helsesituasjon, forsørgelsesbyrde og mulighet for annet arbeid er forhold som også skal tas

⁴⁹ Jf. Rt-1992-1188

⁵⁰ Evju (2010) s. 37.

⁵¹ F.eks. arbeidsmiljøloven, tjenestemannsloven og likestilling- og diskrimineringslovgivningen.

med i betraktning når man skal vurdere sakligheten ved en oppsigelse etter § 15-7. Det er lagt til grunn i forarbeidene at saklighetskravet i loven må følge den sosiale utviklingen ellers i samfunnet⁵².

Dette innebærer at arbeidstakere har et stillingsvern etter aml. § 15-7 som begrenser styringsretten til arbeidsgiver når det gjelder oppsigelse av arbeidstaker. Arbeidstaker kan kun sies opp når det saklig kan begrunnes i virksomheten, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Dette er med på å opprettholde lovens formål om trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet.

Domstolene har full prøvingsrett i oppsigelsessaker etter § 15-7. Domstolene kan prøve om rettsreglene er korrekt anvendt i det konkrete tilfellet, og om oppsigelsen bygger på et riktig og tilstrekkelig faktisk grunnlag. Domstolen vil også kunne vurdere om oppsigelsen bygger på relevante argumenter og om vurderingen har tilstrekkelig bredde. Domstolen skal også prøve om hensynet til arbeidstakeren er tilstrekkelig vektlagt. Retten kan dermed prøve alle sider ved en oppsigelsessak etter § 15-7. Dette gjelder også arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger så langt det er praktisk mulig. Dette har Høyesterett lagt til grunn i Rt-1984-1058 hvor saken gjaldt oppsigelse av skuespillere ved Nationaltheatret. Om domstolens prøvingsrett i slike oppsigelsessaker uttalte Høyesterett:

«Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag og om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfatter de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren».

Videre i samme avgjørelse redegjør Høyesterett for prøvingsretten i forhold til arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger av arbeidstakers prestasjoner:

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

Det må dermed legges til grunn at domstolene legger avgjørende vekt på at arbeidsgiver har gitt spørsmålet om oppsigelse en saklig, rimelig og samvittighetsfull behandling. At domstol-

⁵² Se Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72.

ene har full prøvingsrett i disse spørsmålene styrker arbeidstakers stillingsvern ytterligere ved oppsigelse etter § 15-7.

4.3 Oppsigelse under avtalt prøvetid etter arbeidsmiljøloven § 15-6

4.3.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven § 15-6 gir et noe svakere stillingsvern for arbeidstakere i prøvetid. Oppsigelse i prøvetiden må begrunnes i arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Vurderingstemaet for oppsigelse er snevrere etter denne bestemmelsen enn etter § 15-7, men det forutsettes samtidig strenge krav til oppfølging og opplæring av arbeidstaker.

Skyldes oppsigelsen andre forhold enn det som er tatt inn i § 15-6 første ledd, må arbeidsgiver følge de ordinære oppsigelsesreglene i § 15-7, jf. § 15-6 annet ledd.

Under prøvetiden har arbeidsgiver plikt til å følge opp arbeidstaker og gi han nødvendig opplæring og veiledning. På denne måten skal arbeidstaker få muligheten til å rette på eventuelle feil og mangler ved arbeidsprestasjonen. Under prøvetiden blir det lagt vekt på at det er en løpende dialog mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om hvordan arbeidsforholdet utvikler seg i forhold til begge parters forventninger.

I løpet av prøvetiden skal arbeidsgiver foreta en vurdering av om arbeidstaker er egnet for stillingen. Finner arbeidsgiver ut at arbeidstaker ikke er skikket for stillingen, vil det være urimelig at arbeidsgiver må gå igjennom en oppsigelsesprosess med det strenge saklighetskrav som følger av § 15-7. Skal formålet med prøvetiden oppfylles, må det være et noe svakere stillingsvern for ansatte som er under prøvetid. Hadde ikke loven hatt særregler som tilsier et svakere stillingsvern under prøvetiden, ville det ikke være mulig å få til en reell prøvetid i praksis.

Saksbehandlingsreglene om drøfting før beslutning om oppsigelse i § 15-1 og formkravene til oppsigelse i § 15-4 gjelder tilsvarende for arbeidstakere som blir sagt opp innenfor prøvetiden.

4.3.2 Arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt

Vurderingstemaet for saklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-6 er snevrere enn etter § 15-7, men prøvetidsreglene stiller strenge krav til oppfølging og opplæring av de nyansatte.

Arbeidsgiver har en opplærings- og veiledningsplikt for arbeidstakere som er under prøvetid. Lovteksten gir ikke direkte uttrykk for dette, men denne plikten fastsettes i lovforarbeidene og rettspraksis. For at en arbeidsgiver skal kunne si opp en arbeidstaker under prøvetiden på bakgrunn av manglende tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet etter § 15-6, må det ha blitt gitt tilstrekkelig opplæring i begynnelsen av arbeidsforholdet. På denne måten skal arbeidstaker sikres en reell mulighet til å kunne oppnå kravene som arbeidsgiver stiller. I forarbeidene til endringen av arbeidsmiljøloven i 1995 er dette nevnt særskilt, jf. Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 164:

«En forutsetning for at arbeidsgiver kan stille slike krav, er at arbeidstaker har fått den veiledning eller opplæring i utførelsen i arbeidsoppgavene som anses som nødvendig ovenfor en nytilsatt. Arbeidstaker må få en tilbakemelding på eventuelle feil, slik at vedkommende har en mulighet til å korrigere sin utførelse av arbeidet».

Rt-1983-537 omhandlet spørsmålet om gyldigheten av en oppsigelse av en kranførerlæring i prøvetiden. Kranførerlærlingen var ansatt i stillingen uten kranførerbevis, men fikk en dispensasjon fra Arbeidstilsynet for å jobbe som kranfører. Denne dispensasjonen var betinget av at forskriftene i bedriftsintern opplæring av kranførere ble fulgt. Arbeidstakeren ble ansatt som «kranfører/kranførerlærling» og med en prøvetid på seks måneder. Etter omtrent tre uker ble han sagt opp i stillingen, fordi arbeidsgiver mente at arbeidsforholdet ikke hadde utviklet seg tilfredsstillende. Høyesterett fant at det ikke forelå et forsvarlig grunnlag for arbeidsgiver etter så kort tid å kunne vurdere hans utvikling og skikkethet i stillingen. Høyesterett mente også at han ikke hadde fått tilstrekkelig med instruksjoner om hvordan han skulle utføre stillingen:

«Han hadde bare fått opplæring og instruksjon de første to dager og var deretter tildelt selvstendige oppdrag som han skulle utføre uten noen form for instruksjon eller bistand. Det han måtte ha fått av instruksjon etter de to første dager, må ha vært sporadisk og tilfeldig. Det som er sagt til han om å unngå brå bevegelser med kranen, har vært lite presist og synes å ha hatt mer preg av alminnelige bemerkninger enn av instruksjon».

Høyesterett kom fram til at oppsigelsen av vedkommende var ugyldig fordi det blant annet forelå manglende opplæring og veiledning fra arbeidsgiver.

Hvor mye opplæring og veiledning en arbeidstaker trenger, samt hvor mye tid han behøver for å sette seg inn i arbeidet, må vurderes ut ifra arbeidstakerens kompetanse, utdanning og tidligere erfaring. Det vil også ha betydning hva slags stilling det er snakk om, og hva slags arbeidsoppgaver arbeidstakeren er satt til å utføre.

I Bodø Byretts dom fra 1981⁵³ gjaldt saken en nattportier som ble oppsagt etter 8 vakter på bakgrunn av arbeidsgiverens vurdering av hans manglende faglige dyktighet. Selv om han ble oppsagt etter kun åtte vakter, anså retten det som en saklig oppsigelse. Retten uttalte at arbeidsoppgavene som var pålagt nattportieren var så vidt enkle og oversiktlige, at det ikke skulle være nødvendig med en lengre opplæringstid.

Her ble det lagt til grunn at arbeidsoppgavene var mindre kompliserte, og at omfanget på opplæringsplikten må ses i sammenheng med dette.

Det er ikke mulig å sette en generell regel på hvor langt veiledningsplikten til arbeidsgiver strekker seg. Dette må bero på en konkret vurdering av hver sak med bakgrunn i arbeidets karakter og forutsetningene til arbeidstaker. Den sentrale vurderingen vil dreie seg om arbeidstaker har fått tilstrekkelig opplæring i forbindelse med utførelsen av arbeidsoppgavene, slik at arbeidstaker gis en reell mulighet til å beherske stillingen.

4.3.2.1 Betydningen av om det er gitt en formell advarsel i forkant av oppsigelsen

I vurderingen av om en oppsigelse er saklig etter § 15-6 første ledd, vil det ha betydning om arbeidsgiver har fulgt opp arbeidstakeren på en tilfredsstillende måte. Arbeidstaker må under prøvetiden få relevante tilbakemeldinger på sine prestasjoner, slik at vedkommende har en mulighet til å korrigere eventuelle feil. En oppsigelse skal ikke komme som en overraskelse på arbeidstaker⁵⁴. En måte for arbeidsgiver å dokumentere misnøye med arbeidsprestasjonene på, er å gi arbeidstaker en formell advarsel. På denne måten vil arbeidstakeren få en konkret tilbakemelding på hva som må forbedres i arbeidsforholdet.

I Rt-1987-562 gjaldt saken en bestyrer av et kommunalt sykehjem som fikk en oppsigelse på bakgrunn av arbeidsgivers vurdering av at han ikke hadde klart å tilpasse seg stillingen. På grunn av sykdom hadde arbeidstaker ikke fungert mer enn tre og en halv måned i stillingen før oppsigelsen fant sted. Her hadde arbeidsgiver gått til oppsigelse uten forutgående formell advarsel, men Høyesterett kom fram til at oppsigelsen ble kjent saklig og det ble ikke tillagt utslagsgivende vekt på at det ikke var gitt en formell advarsel i forkant av oppsigelsen:

«Det hadde vært ønskelig at A hadde fått en formell advarsel om at han risikerte oppsigelse dersom angitte forhold ikke ble rettet på. Selv om de reaksjoner som etter hvert kom fra de ansatte og styret på As arbeidsstil ikke kan sidestilles med formell advarsel, burde de likevel

⁵³ NAD-1981-248

⁵⁴ Se Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

bidratt til å gi A en realistisk innsikt i hans lederansvar. A måtte være klar over at det i prøvetiden foregikk en løpende vurdering av han. Jeg finner derfor at det ikke bør legges avgjørende vekt på at A ikke først fikk en formell advarsel».

Det samme synet videreføres i avgjørelse fra Hålogaland Lagmannsrett inntatt i NAD-1984-277. Denne saken gjaldt en snekker som ble sagt opp på bakgrunn av manglende tilpasning til arbeidet og faglig dugelighet. Arbeidstaker mente hun hadde krav på ytterligere advarsler før hun ble oppsagt. Retten la til grunn at manglende formell advarsel heller ikke her hadde betydning for utfallet.

«Flertallet kan ikke si seg enig med A i at hun hadde krav på ytterligere advarsel før hun ble oppsagt. I et tilfelle hvor det synes å være evner for snekkerfaget som har sviktet, kan rettens flertall ikke se at noen advarsel ville bedret A's situasjon. Det er på det rene at hun stadig fikk kommentarer og kritikk på det arbeidet hun gjorde, og således må ha fått klart inntrykk av hvordan hun lå an».

Denne avgjørelsen ble anket til Høyesterett av arbeidstaker, men ble nektet fremmet av Kjæremålsutvalget.

I Bergen byretts dom inntatt i NAD-1988-1071 ble det derimot lagt vekt på at advarsel ikke ble gitt i forkant av oppsigelsen. Her ble en nattevakt sagt opp på bakgrunn av forsømmelser i arbeidet. Flertallet i byretten fremhevet betydningen av at arbeidstaker skal få tilbakemelding fra arbeidsgiver dersom han er misfornøyd med arbeidstakerens prestasjon. Siden oppsigelsen var begrunnet i en sum av forsømmelser, mente flertallet at advarsel burde blitt gitt. Oppsigelsen ble kjent usaklig.

Rettspraksis viser at spørsmålet om det er gitt en formell advarsel i forkant av oppsigelsen kan bli tatt med som et moment i vurderingen av om en oppsigelse skal anses som saklig, men det er ikke et ubetinget krav. Det som er relevant er om arbeidstaker har fått oppfølging og tilbakemeldinger på andre måter, og dermed har fått informasjon om hvor han står i arbeidsforholdet.

4.4 Terskelen for oppsigelse i prøvetiden

I prøvetiden kan arbeidstakeren sies opp på grunn av manglende tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd som lyder:

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

Denne bestemmelsen gir arbeidstaker i prøvetid et svakere stillingsvern i denne perioden. Ordlyden setter rammene for når oppsigelse under prøvetid kan skje, men gir ingen nærmere veiledning på hvordan disse vilkårene skal tolkes. Forarbeidene legger til grunn at det ikke kan stilles idealkrav til arbeidsgivers arbeidsprestasjoner i prøvetiden, men at de skal ligge på et gjennomsnittlig nivå, se Ot.prp.nr. 50 (1993-1994):

«Det kan heller ikke stilles idealkrav til arbeidstakers utførelse av arbeidet. Arbeidsgiver må i sine krav ta hensyn til vedkommendes manglende arbeidserfaring⁵⁵» og videre at

«Arbeidsgiver kan ikke forvente noen idealytelse fra arbeidstaker i prøvetiden, men må kunne kreve at ytelsen ligger på et gjennomsnittlig nivå. I stillinger med høye kvalifikasjonskrav, må arbeidsgiver kunne forvente en raskere tilpasning til arbeidet enn ellers. Dersom noen sider ved arbeidet er særlig viktige, må det kunne stilles større krav til ytelsen på dette området⁵⁶».

Dette viser at arbeidsgiver må ha rimelige forventninger til arbeidstakere i prøvetid, og at det vil være naturlig at nyansatte bruker litt tid på å sette seg inn i arbeidet og opparbeide seg erfaring før de kan prestere på sitt aller beste. Forarbeidene⁵⁷ legger til grunn at en av forutsetningene for at arbeidsgiver kan stille slike krav til arbeidstaker, er at arbeidstaker har fått den veiledning og opplæring som er nødvendig for utførelsen av arbeidsoppgavene som nytilsatt. Vurderingen av hva som vil regnes som gjennomsnittlig nivå på arbeidsprestasjonene må vurderes konkret ut i fra arbeidsoppgavene, og det skal legges vekt på arbeidstakers tidligere arbeidserfaring og kompetanse. Har arbeidstaker erfaring fra tidligere arbeid innenfor samme område, vil det naturlig kunne stilles høyere forventninger til han ved oppstart. Det samme gjelder dersom arbeidsoppgavene er såpass enkle, at det ikke er nødvendig med inngående opplæring.

Dersom noen sider med arbeidet er spesielt viktig, vil det kunne legges større krav til ytelsen på akkurat dette området. I stillinger hvor det er høye kvalifikasjonskrav, må arbeidsgiver kunne forvente en raskere tilpasning til arbeidet enn ellers⁵⁸

Det følger av lovbestemmelsen, forarbeider og rettspraksis at det skal legges til grunn en noe lavere terskel ved oppsigelser av arbeidstakere som er under prøvetid. Dette gir arbeidstakerne et noe lavere stillingsvern enn ansatte som har fullført sin prøvetid eller som ikke har avtalt en slik ordning.

⁵⁵ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s.160

⁵⁶ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

⁵⁷ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s.163

⁵⁸ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

Dette synet er ført videre av Høyesterett i Rt-2003-1071. Denne saken gjaldt oppsigelse av en daglig leder i prøvetid. Høyesterett legger til grunn at terskelen for oppsigelse i prøvetid etter aml. § 15-6 skal være lavere enn ordinære oppsigelser på bakgrunn av lovbestemmelsen, forarbeider og prøvetidens formål:

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

Denne uttalelsen er det referert til i mange senere rettsavgjørelser i forbindelse med oppsigelse i prøvetid, og avgjørelsen har vært med på å skape rettstilstanden på dette punktet⁵⁹.

Terskelen for oppsigelse i prøvetid er dermed fastsatt å være lavere enn ved ordinær oppsigelse etter § 15-7. I saklighetsvurderingen av oppsigelsen må man også se på arbeidstakerens forutsetninger i forhold til arbeidsoppgavene.

4.4.1.1 Forholdet til saklighetsvurderingen etter tjenestemannsloven § 8

Tjenestemannsloven har også bestemmelser om prøvetid. I tjenestemannsloven § 8 er prøvetid hovedregelen ved ansettelse, og det må spesifikt avtales bort i fra dette dersom det ikke skal gjelde.

Tjenestemannsloven § 8 har følgende ordlyd i annet ledd om oppsigelsesgrunnlaget i prøvetiden:

«Tjenestemannen sies opp med tre ukers frist så fremt vedkommende ikke kan tilpasse seg arbeidet eller ikke tilfredsstiller rimelige krav til dyktighet eller pålitelighet».

Her er det tatt inn i lovteksten at det skal settes rimelige krav til arbeidsprestasjonene til arbeidstaker. Rettspraksis på arbeidsmiljøloven og tjenestemannslovens bestemmelser om prøvetid legger ikke til grunn at det er vesentlige forskjeller i saklighetsvurderingen av vilkårene om tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet og pålitelighet etter de to bestemmelsene. Man må dermed legge til grunn at saklighetsvurderingen etter de to bestemmelsene er tilnærmet like og at man kan benytte rettspraksis fra de to lovene om hverandre når det kommer til tolkning av saklighetskravet.

⁵⁹ Se f.eks. Rt-2011-74 og Rt-2008-135

Departementet la fram et forslag i 2005 om å oppheve tjenestemannslovens bestemmelser om prøvetid og at statstjenestemenn dermed skulle omfattes av arbeidsmiljølovens regler om adgang til å avtale prøvetid, jf. Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 250. Etter departementets syn ville dette ikke endre rettstilstanden for tjenestemennene. Oppsigelsestiden for tjenestemenn ville i denne forbindelse ha blitt redusert fra 3 uker til 14 dager etter aml. § 15-(3), men ved å benytte arbeidsmiljølovens regler om avtaleadgang på dette punktet ville partene kunne opprettholdt gjeldende regler ved prøvetidsordningen dersom de ønsket det⁶⁰ selv om de gikk over til arbeidsmiljølovens regler.

Dette forslaget ble ikke tatt til følge, men det styrker synet på at arbeidsmiljøloven og tjenestemannslovens bestemmelser om saklig oppsigelse i prøvetiden skal vurderes på samme måte. Dette begrunner jeg i at departementet mente at en avvikling av tjenestemannslovens regler og en overgang til å bli omfattet av arbeidsmiljølovens regler, ikke ville føre til en endring av rettstilstanden for tjenestemennene. Dette synet er også videreført i Nicolai Skarnings artikkel i *Arbeidsrett* 2014⁶¹.

4.4.2 Vurderingen av arbeidstakers egnethet og skikkethet for stillingen

Det er i arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd satt opp tre forhold som oppsigelse i prøvetiden kan ha sin begrunnelse i, for at den skal kunne anses som saklig. Dette er arbeidstakers tilpassning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet. Dette er tre selvstendige vilkår og det er tilstrekkelig at oppsigelsen begrunnes i ett av dem. Det er ikke nødvendig at arbeidstaker har mangler knyttet til alle tre forholdene.

Når man skal avgjøre om en oppsigelse er saklig etter vilkårene i § 15-6 første ledd er det ofte på bakgrunn av en helhetsvurdering av arbeidsforholdet. I rettsavgjørelser vises det ofte til en skjønsmessig vurdering av arbeidstakerens *egnethet* og *skikkethet* for stillingen. Disse begrepene blir brukt i vurderingen av om arbeidstaker viser evne til å utføre arbeidet på en tilfredsstillende måte.

Dersom arbeidstaker ikke viser seg skikket til stillingen, kan dette begrepet være dekkende for alle de tre grunnlagene som loven oppstiller som saklig grunn til oppsigelse.

I Rt-1983-537 hadde Høyesterett en sak oppe til avgjørelse angående oppsigelse av en kranfører i prøvetid som arbeidsgiver mente ikke utviklet seg tilfredsstillende i arbeidet og manglet den faglige dyktigheten som trengtes. Høyesterett uttaler i denne vurderingen:

⁶⁰ Se Ot.prp.nr 50 (2004-2005) s. 250

⁶¹ Skarning (2014) s. 221 flg.

«Jeg finner at det ikke forelå et forsvarlig grunnlag for å vurdere Jarle Bråsteins skikkethet og utviklingsmuligheter i kranføreryrket da han ble oppsagt etter knappe tre ukers ansettelse».

Her refererer Høyesterett til arbeidstakers skikkethet for stillingen, og ikke direkte til arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Arbeidstakers skikkethet til stillingen vurderes direkte ut i fra disse kriteriene i § 15-6, men blir betegnet som en generell skikkethetsvurdering i denne avgjørelsen.

I Rt-2008-135 var spørsmålet hvorvidt en oppsigelse av en tollaspirant som kjørte i alkoholpåvirket tilstand kunne anses som gyldig på bakgrunn av tjenestemannsloven § 8. Høyesterett kom til at avgjørelsen om oppsigelse var saklig og legger til grunn arbeidstakerens egnethet i sin redegjørelse av saken:

«Hvorvidt relevante forhold kan begrunne oppsigelse i prøvetiden, og hvorvidt de i tilfelle bør lede til oppsigelse, beror i første rekke på arbeidsgivers vurdering av den ansattes egnethet til stillingen».

Arbeidstakerens egnethet og skikkethet for stillingen vil være betegnende for om de oppfyller kravene til stillingen på en tilfredsstillende måte. Begrepene fungerer som en samlebetegnelse av vurderingen av arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet.

4.4.3 Arbeidstakers tilpasning til arbeidet

Arbeidsmiljøloven fastsetter at arbeidstakers tilpasning til arbeidet er et av grunnlagene som en oppsigelse kan bygge på etter § 15-6 første ledd. Lovteksten gir rammen for at oppsigelse begrunnet i manglende tilpasning til arbeidet kan være gyldig, men gir ingen videre utdypning på hvordan dette vilkåret skal vurderes. Dette belyser derimot lovforarbeidene⁶² og rettspraksis.

Når arbeidsgiver tilsetter en ny arbeidstaker er han avhengig av at arbeidstakeren kan sette seg inn i arbeidsoppgavene på en god måte. Det er nødvendig at arbeidstakeren følger instruksjoner og setter seg inn i hva han skal gjøre for at arbeidet skal bli utført tilfredsstillende. Dersom arbeidstaker ikke kan vise til dette i løpet av prøvetiden, kan arbeidsgiver gå til oppsigelse på bakgrunn i manglende tilpasning til arbeidet.

⁶² Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

Høyesterett avsa i Rt-2003-1071 dom i en sak som gjaldt oppsigelse i prøvetiden av daglig leder ved et verksted. Arbeidsgiver gikk til oppsigelse av arbeidstaker fordi de ikke var fornøyd med hans utvikling, motivasjon og lagdannelse i virksomheten ut i fra de forventninger de hadde til han som daglig leder. De etterlyste også mer aktivitet innenfor salg og påpekte arbeidstakerens manglende initiativ til å ta tak i detaljer. Arbeidstakeren mente på sin side at bedriften var langt nede før han tok over, og at han på bakgrunn av dette ikke fikk drevet verkstedet på den måten han hadde sett for seg før oppstart. Han hevdet at det manglet elementære ting hos verkstedet og at beskrivelsen av verkstedets tilstand som ble gitt ved tiltredelse var feilaktig. Høyesterett kom til at forholdene på arbeidsplassen gjorde at han ikke fikk en reell sjanse til å lykkes som daglig leder og at han ikke hadde utvist manglende evne til å tilpasse seg arbeidet:

«Ved oppsummeringen peker jeg på at prøvetiden tar sikte på å klarlegge arbeidstakerens tilpasning til arbeidet og vedkommendes kvalifikasjoner for stillingen. Men det forutsetter at arbeidstakeren blir gitt en reell mulighet til å prøve seg. I denne saken sto man også ovenfor en virksomhet med behov for en snuoperasjon, som vanskelig vil kunne forventes gjennomført umiddelbart. Selv om det er visse forhold som A må tåle kritikk for, tyder det som foreligger etter mitt syn på at A ikke har fått en reell sjanse til å lykkes i arbeidet som daglig leder».

Formålet med prøvetiden er å avdekke feil og mangler ved arbeidsprestasjonene til arbeidstaker. Klarer ikke arbeidstaker å sette seg inn i arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte, vil ikke arbeidsgiver være tjent med å ha vedkommende i arbeid. På bakgrunn av prøvetidens formål vil det dermed være rimelig at en arbeidstaker som ikke passer til arbeidet vil ha et noe svakere stillingsvern for de forhold prøvetiden tar sikte på å avklare.

4.4.4 Arbeidstakers faglige dyktighet

For at en arbeidstaker skal kunne utføre arbeidsoppgave på en tilfredsstillende måte, er det nødvendig at arbeidsgiver besitter faglig dyktighet på området.

Arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd fastsetter at oppsigelse under prøvetiden kan være begrunnet i arbeidstakers faglige dyktighet. Dersom en arbeidstaker viser manglende faglig dyktighet, vil det være adgang til å si opp arbeidstakeren i prøvetid etter denne bestemmelsen. Ordlyden gir ingen videre veiledning til hvordan faglig dyktighet skal tolkes og vurderes, slik at man også her må se på forarbeider og rettspraksis for å klarlegge dette.

Forarbeidene⁶³ legger til grunn at «Arbeidsgiver ikke kan forvente noen idealytelse fra arbeidstaker i prøvetiden, men må kunne kreve at arbeidsytelsen ligger på et gjennomsnittlig nivå». Arbeidsgivers veiledningsplikt vil ofte være et viktig vurderingstema i spørsmålet om arbeidstakerens faglige dyktighet er tilfredsstillende⁶⁴.

Arbeidstaker skal gis rimelig tid til å kunne lære seg arbeidsoppgavene og vise at hans faglige dyktighet er tilstrekkelig for stillingen. Oppsigelsen må bygge på et forsvarlig grunnlag og begrunnes ut i fra arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet, jf. § 15-6 første ledd. For at grunnlaget for oppsigelsen skal regnes som forsvarlig, må arbeidstaker få en reell mulighet til å vise at han mestrer arbeidsoppgavene etter veiledning fra arbeidsgiver. Det er også vesentlig at en oppsigelse i prøvetiden ikke må komme for tidlig, og før arbeidsgiver har hatt muligheten til å danne seg et reelt inntrykk av arbeidstakerens prestasjoner og utviklingsmuligheter.

I en dom fra Eidsivating lagmannsrett fra 1983⁶⁵ var det foretatt en oppsigelse av en assisterende butikksjef. Butikksjefen var ansatt med prøvetid og oppsigelsen ble foretatt etter halvannen måned. Lagmannsretten fant det her bevist at butikksjefen ikke hadde fungert tilfredsstillende ut i fra de forhold og arbeidsoppgaver han tok på seg som butikksjef. Det ble særlig lagt vekt på hans manglende forståelse av hva en slik stilling krevde av han, samt mangel på initiativ og evne til å arbeide selvstendig. Selv om han ble ansatt som assisterende butikksjef, kom arbeidsforholdet aldri så langt at han fikk prøve seg som butikksjef. Dette var begrunnet i at han ikke viste at han tilfredsstilte de kravene arbeidsgiver rettmessig kunne forvente av han med tanke på å ta lærdom, løse problemer og arbeide selvstendig. Retten mente derfor at det var rimelig at arbeidsgiveren ikke ga han oppgaver som normalt tilhører en butikksjefs område. Lagmannsretten kom fram til at oppsigelsen var saklig begrunnet etter kriteriene i daværende aml. § 63, fordi arbeidstakeren manglet den faglige dyktigheten som var nødvendig i stillingen.

Det er ikke nødvendig at arbeidstakeren må gå ut hele den avtalte prøvetiden, dersom arbeidsgiver tidligere ser at arbeidstaker ikke fungerer i stillingen. I Rt-1987-562 ble en bestyrer av et sykehjem sagt opp etter tre og en halv måned i prøvetiden. På grunn av sykdom hadde arbeidstaker kun fungert denne tiden i stillingen, og han la ned påstand om at tre og en halv måned var fort kort tid for at arbeidsgiver kunne vurdere hans skikkethet for stillingen. Høyesterett la til grunn at det «nødvendigvis må gå en viss til før man kunne trekke en slik konklusjon», men at en slik anførsel om at dette automatisk er for kort tid kan ikke kunne føre fram. Dette må

⁶³ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

⁶⁴ Se vurdering i Rt-1983-537 om kranførerlæreren som ble sagt opp i prøvetiden.

⁶⁵ NAD-1981-823

bero på en konkret vurdering av hver enkelt sak, hvor også arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt må spille inn. Det samme gjelder arbeidstakers tidligere erfaring og kompetanse. Har arbeidstaker lite arbeidserfaring, må dette tas hensyn til i vurderingen av arbeidstakers faglige dyktighet⁶⁶

I Rt-1983-537 ble en kranførerlærling sagt opp i stillingen etter knappe tre uker, med den begrunnelse at arbeidsforholdet ikke utviklet seg tilstrekkelig og at han dermed ikke tilfredstilte kravene til den faglige dyktigheten som var nødvendig i stillingen. Høyesterett kom til at tre uker er for kort tid for å kunne konkludere med at vedkommende ikke hadde egenskapene som var nødvendige:

«Jeg finner at det ikke forelå et forsvarlig grunnlag for å vurdere Jarle Bråsteins skikkethet og utviklingsmuligheter i kranføreryrket da han ble oppsagt etter knappe tre uker»

Hvordan arbeidsgiver går fram for å vurdere skikketheten for stillingen, skal også være forsvarlig. Arbeidsgiver skal kunne dokumentere på hvilket grunnlag oppsigelsen bygger på, når det vurderes om arbeidstaker innehar den faglige dyktigheten som trengs. Arbeidsgiver kan for eksempel ikke legge til grunn rykter på arbeidsplassen som grunnlag for oppsigelse, uten at disse er sjekket opp og verifisert i etterkant. I samme sak om kranførerlærlingen som ble oppsagt i prøvetiden, la arbeidsgiver vekt på snakk mellom arbeidstakere på arbeidsplassen når oppsigelsen ble begrunnet. Her uttaler Høyesterett at det ikke er forsvarlig å foreta vurderingen av arbeidstakers skikkethet på bakgrunn av rykter:

«Jeg finner også grunn til å peke på at oppsigelsspørsmålet ble behandlet og avgjort på en ytterst utilfredsstillende måte. De klager som har vært påberopt, er bare i ett tilfelle en egentlig klage. Det dreier seg i andre tilfeller om hva selskapets ledelse mer eller mindre indirekte hadde hørt om hvorledes Bråsteins arbeid var blitt vurdert på forskjellige arbeidsplasser. Det ble ikke foretatt nærmere undersøkelser om hva som hadde skjedd».

Det vil være naturlig at man setter høyere krav til arbeidstakerens faglige dyktighet dersom de har relevant erfaring og utdanning⁶⁷. Formålet med dette er derimot ikke at arbeidstakere uten erfaring skal få et ekstra stillingsvern som oppleves som urimelig ovenfor arbeidsgiver, men at det skal være en del av flere momenter man tar hensyn til i vurderingen av hvor mye man kan forvente av faglig dyktighet hos arbeidstaker.

⁶⁶ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 160

⁶⁷ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

I en avgjørelse fra Oslo Byrett i 1988⁶⁸ ble en arbeidstaker oppsagt i prøvetiden på grunn av svake prestasjoner i arbeidet, selv om arbeidsgiver var kjent med hans manglende utdanning og erfaring på området. Det ble ansett at arbeidsgiver hadde gitt tilstrekkelig med opplæring og arbeidsprestasjonene var under det man med rimelighet kunne forvente selv med arbeidstakerens manglende erfaringsbakgrunn.

Som vi ser av forarbeidene til loven og rettspraksis må det foretas en konkret vurdering av hver enkelt sak for å kunne avgjøre hvorvidt en arbeidstaker oppfyller kravene til faglig dyktighet. Hvor man skal legge listen i forhold til hvor høye krav man med rimelighet kan stille, vil ha sammenheng med hvor kompliserte arbeidsoppgavene er. Arbeidsgivers veiledningsplikt og hvorvidt arbeidsgiver har oppfylt denne, vil være en sentral del av vurderingsgrunnlaget når man skal se på arbeidstakers faglige prestasjoner under prøvetiden⁶⁹. Innehar stillingen enklere arbeidsoppgaver vil det være naturlig at arbeidsgiver raskere kan se at arbeidstaker ikke innehar de nødvendige kvalifikasjonene for stillingen. Dersom det er snakk om mer kompliserte arbeidsoppgaver vil det kunne ta noe lengre tid før det er forsvarlig at arbeidsgiver tar en vurdering av om arbeidstaker har tilstrekkelig faglig dyktighet.

4.4.5 Arbeidstakers pålitelighet

Arbeidsgiver er avhengig av at arbeidstakerne som blir ansatt viser pålitelighet i arbeidsforholdet. Arbeidstakers manglende pålitelighet er et av vilkårene som gir adgang til oppsigelse etter aml. § 15-6 første ledd. Arbeidstakers manglende pålitelighet er følgelig noe prøvetiden tar sikte på å avklare, og formålet med prøvetiden er å få klarhet i slike forhold før arbeidsforholdet har blitt etablert. Arbeidstaker kan ha kvalifikasjonene og erfaringen som trengs i en stilling, men kan falle igjennom på pålitelighet og personlig egnethet. Dette er forhold som vanskelig kan plukkes opp i en intervjusituasjon, og oppdages som regel ikke før arbeidstaker har fått prøvd seg i arbeidet over en periode. Det kan være flere forhold som tilsier at arbeidsgiver ikke finner arbeidstaker pålitelig til stillingen. For å få et bilde av hvordan dette skal vurderes er det naturlig å se på hvordan Høyesterett og underrettsdomstolene har vurdert dette vilkåret, da bestemmelsens ordlyd ikke gir videre veiledning om tolkningen. Lovforarbeidene kan også gi veiledning i hvordan dette vilkåret skal forstås.

I Rt-2011-74 hadde Høyesterett en sak hvor en arbeidstaker ble sagt opp fra en kommune i prøvetiden, på bakgrunn av at vedkommende hadde vært borte fra arbeidet i fire uker på

⁶⁸ NAD-1988-360

⁶⁹ Ot.prpr.nr. 50 (1993-1994) s. 163

grunn av varetektsfengsling. Arbeidsgiver oppga at hovedgrunnen for oppsigelsen var at arbeidsgiver ikke fikk mulighet til å vurdere hans egnethet til stillingen i den tiden han hadde befunnet seg på arbeidsplassen. Arbeidstakeren hadde også et tilfelle av forsovelse i denne perioden, men dette ble ikke ansett som alvorlig nok til oppsigelse fra kommunen.

Høyesterett viste til tidligere sak i Rt-1992-1482 hvor de behandlet betydningen av fravær på bakgrunn av soning av fengselsstraff. I denne saken kom Høyesterett til at et fravær på 2 måneder og 19 dager ga grunnlag for oppsigelse. I denne saken var det snakk om soning og ikke varetektsfengsling, samt at arbeidstakeren det var snakk om ikke befant seg innenfor prøvetiden. Så lenge arbeidstakeren er varetektsfengslet er han ikke dømt for forholdet, men saken er under etterforskning. I avgjørelsen fra 1992 redegjorde Høyesterett for forskjellen mellom fravær på grunn av soning og fravær på grunn av varetektsfengsling:

*«Hvis en sak resulterer i en fellende dom, vil fravær på grunn av varetekt kunne gi grunnlag for oppsigelse på samme måte som fravær grunnet soning. Dersom det ikke reises tiltale eller vedkommende blir frifunnet, vil det ikke være like selvfølgelig å legge risikoen for fraværet utelukkende på arbeidstakeren. Under enhver omstendighet bør det vises forsiktighet fra arbeidsgivers side med å oppsi arbeidstaker grunnet fravær ved varetektsfengsling før det foreligger fellende dom».*⁷⁰

I denne saken er vurderingen av situasjonen litt spesiell siden varetektsfengslingen skjedde i prøvetiden. Dette førte til at tiden som står til arbeidsgivers disposisjon for å vurdere arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet, ble redusert. Når vi ser på utsagnet fra avgjørelsen i 1992 vil det ikke være riktig å la arbeidstaker alene bære risikoen for et slikt fravær, da han på dette tidspunktet ikke er dømt for handlingen han var varetektsfengslet for, jf. EMK artikkel 6 nr. 2. Høyesterett avskjærer imidlertid ikke muligheten for at det kan være grunnlag for oppsigelse også i slike tilfeller:

*«Dersom fraværet er av en slik lengde at arbeidsgiver ikke har fått tilstrekkelig grunnlag til å vurdere arbeidstakerens skikkethet for stillingen før denne blir fast tilsatt, kan det tale for at oppsigelse må kunne skje. Men i disse tilfellene bør det som alternativ til oppsigelse vurderes forlengelse av prøvetiden».*⁷¹⁷²

Det som tilslutt sto igjen til vurdering for Høyesterett, var om reduksjonen i prøvetidens lengde er tilstrekkelig for å foreta en oppsigelse. Det var ikke fremkommet opplysninger som kunne tilsi at arbeidstakeren ikke hadde tilpasset seg arbeidet, eller at han ikke fungerte til-

⁷⁰ Rt-1992-1482

⁷¹ Rt-2011-74 avsnitt 40

⁷² Se aml. § 15-6 fjerde ledd om adgangen til å forlenge prøvetiden ved arbeidstakers fravær

fredsstillende i stillingen. Arbeidstakeren hadde i de fem månedene før oppsigelsen ble gitt satt seg godt inn i stillingen, og vist at han utførte arbeidsoppgavene på en god måte. Retten legger også til grunn at foruten hans ene tilfelle av forsovelse, var det heller ikke noe å si på hans pålitelighet som arbeidstaker. På bakgrunn av dette, samt det faktum at han var blitt frikjent for forholdet som varetektsfengslingen bygget på, ble oppsigelsen kjent ugyldig. Høyesterett kom i denne saken til at det ikke gjaldt spesielle rettslige begrensinger i prøvingsintensiteten ved denne oppsigelsen, selv om den skjedde innenfor prøvetiden:

«Utover det som her er omhandlet, vil det imidlertid ikke kunne oppstilles spesielle begrensninger i prøvingsintensiteten i prøvetid. I vår sak vil således både fraværet på grunn av varetektsfengslingen og forsovelsen den 2.november 2008 bli vurdert etter vanlige regler for domstolsprøving».

Fravær i form av varetektsfengsling i prøvetiden, vil på bakgrunn av uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 ikke kunne regnes som manglende pålitelighet fra arbeidstaker i denne saken. Siden arbeidstaker forutfor oppsigelsen hadde vist at han kunne håndtere arbeidsoppgavene på en god måte, og ikke vist ytterligere mangel på pålitelighet enn den ene hendelsen med forsovelse, kom Høyesterett til at det ikke forelå saklig grunnlag for oppsigelse.

I LA-2004-10690 fra Agder Lagmannsrett var det oppe en sak hvor en arbeidstaker under prøvetiden hadde vært fraværende fra arbeidet i to uker på grunn av ferie som ikke var godkjent av arbeidsgiver. Arbeidsgiver anså dette som ulovlig fravær og avskjediget den ansatte i prøvetiden. I vurderingen av gyldigheten av oppsigelsen uttalte lagmannsrettens flertall:

«Avslutningen av arbeidsforholdet skjedde i prøvetiden. Avgjørende blir da om det er bevismessig dekning for at oppsigelsen bygget på forhold prøvetiden tar sikte på å avklare, dvs arbeidstakernes tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet, jf. arbeidsmiljøloven § 63 nr. 1».

I spørsmålet om fraværet på to uker kunne anses som gyldig grunn til oppsigelse, fastsetter Lagmannsretten at *«et ureglementert fravær er relevant ved vurderingen av pålitelighet som omhandlet i arbeidsmiljøloven § 63»*. Fravær som ikke er avtalt med arbeidsgiver vil vurderes ut ifra arbeidstakerens pålitelighet. Lagmannsretten kom i sin vurdering av saken fram til at avskjed ikke var saklig begrunnet i dette tilfellet, men at den sto seg som en oppsigelse. Saken ble avsagt med dissens i både tingretten og lagmannsretten, men lagmannsrettens flertall sluttet seg til tingrettens flertall om at det forelå saklig grunn for oppsigelse begrunnet i manglende pålitelighet hos arbeidstaker.

De tre vilkårene om arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet ses ofte i sammenheng og knytter seg til en samlet vurdering av arbeidstakers egnethet og skik-

kethet for stillingen. Allikevel vil manglende pålitelighet hos arbeidstaker kunne gi en noe annen vurdering av arbeidstaker, enn om det er manglende faglig dyktigheten eller tilpasningen til arbeidet som er problemet. Ved manglende faglig dyktighet kan det være mulig å foreta tiltak for å gi arbeidstaker ytterligere opplæring i arbeidsoppgavene, og tilpasning til arbeidet kan komme over tid. Manglende pålitelighet er ikke noe som kan læres opp på samme måte, og det kan være en egenskap som følger personligheten til arbeidstaker uavhengig av opplæring og arbeidsoppgaver. Selv om en arbeidstaker har de nødvendige faglige kvalifikasjonene, kan pålitelighet være en mangelvare. Høy pålitelighet er viktig for arbeidsgiver, og departementet legger også dette synet til grunn i forarbeidene⁷³:

«Det er også høyst relevant at arbeidsgiver stiller store krav til at arbeidstaker kommer punktlig på jobb, ikke skoster, utfører de oppgaver som vedkommende har fått tildelt ol.»

Underrettspraksis viser at arbeidstakere som utviser manglende pålitelighet under prøvetiden, slik som unnasluntring, fravær og lignende står svakt i saker som går til oppsigelse. I Stavanger Byretts dom fra 1981⁷⁴ ble en oppsigelse av arbeidstaker i prøvetid ansett som gyldig på bakgrunn av at han ikke overholdt arbeidstidene, og at han forlot arbeidet for å ta røykepauser. Dette ble regnet som manglende pålitelighet hos arbeidstaker og tilstrekkelig til oppsigelse etter reglene om oppsigelse i prøvetid. Dette synet deles i flere underrettsdommer⁷⁵.

Ut ifra hvor nødvendig det er med pålitelighet i et arbeidsforhold, er det viktig for arbeidsgiver å ha anledning til å teste ut dette i begynnelsen av arbeidsforholdet. Pålitelighet er noe som ikke kan avgjøres ved å se på tidligere erfaring og kompetanse, og formålet med prøvetiden er å gi arbeidsgiver en mulighet til å teste ut dette hos arbeidstaker før man blir sterkt knyttet til arbeidsplassen og opparbeider seg ordinært stillingsvern etter § 15-7.

4.5 Saklighetskravet og saklighetsvurderingen

For at prøvetiden skal være reell og at formålet med prøvetiden skal være oppfylt, er det nødvendig at arbeidstaker har et noe svakere stillingsvern enn ordinære ansatte⁷⁶. Selv om aml. § 15-6 gir arbeidsgiver en lavere terskel for å si opp en arbeidstaker i prøvetid, må oppsigelsen fortsatt være saklig begrunnet etter vilkårene i første ledd. Sakligheten vurderes ut ifra om

⁷³ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 163

⁷⁴ NAD-1981-681

⁷⁵ Se også NAD-1986-802, NAD-1984-38 og RG-1990-1138.

⁷⁶ Se Rt-2003-1071.

oppsigelsen kan begrunnes i arbeidstakers manglende tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Det faktum som oppsigelsen bygger på, må også kunne anses som bevist og relevant for at oppsigelsen skal regnes som saklig⁷⁷. Dette opprettholder arbeidstakers stillingsvern også under prøvetiden.

4.5.1 Bevisbyrden

Arbeidsgiver har bevisbyrden for at det foreligger saklig oppsigelsesgrunnlag i prøvetiden. I tidligere arbeidsmiljølov av 1977 var dette fastsatt i lovteksten i § 63 første ledd annet punktum:

«Arbeidsgiveren skal ved eventuell domstolsbehandling av tvist om oppsigelsen godtgjøre hva oppsigelsen bygger på, slik at domstolen kan etterprøve arbeidsgivers vurderinger». Denne formuleringen er tatt ut av dagens arbeidsmiljølov, uten at dette er kommentert ytterligere i lovforarbeidene. I Arbeidslivslovutvalgets lovforslag i NOU 2004:5 er denne formuleringen foreslått tatt inn igjen⁷⁸, uten at det ble fulgt opp i lovforarbeidene til 2005-loven⁷⁹. I Arbeidsrett.no av Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth⁸⁰ er dette lagt til grunn for at det neppe skal føre til noen realitetsendring, og at arbeidsgiver fortsatt har bevisbyrden selv om denne presiseringen er tatt ut av loven. Dette er jeg enig i.

4.6 Retten til å fortsette i stillingen

Dersom det oppstår tvist om arbeidsforholdet lovlig er brakt til opphør etter reglene i arbeidsmiljøloven § 15-7, er hovedregelen at arbeidstaker har rett til å stå i stillingen mens forhandlingene pågår, jf. § 15-11 første ledd.

Etter aml § 15-11 tredje ledd gjelder dette ikke for ansatte i prøvetid. Her er hovedregelen at de ansatte ikke kan fortsette i stillingen under en eventuell tvist. Etter krav fra arbeidstaker kan retten ved kjennelse likevel bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette fram til saken er rettskraftig avgjort. For at arbeidstaker skal ha denne muligheten må søksmål reises innen fristene i aml. § 17-4.

⁷⁷ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 164

⁷⁸ Arbeidslivslovutvalget NOU 2004:5 s. 526.

⁷⁹ Se Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)

⁸⁰ Jakhelln (2011) s. 949. Kommentarer av Nina Kroken.

Denne bestemmelsen er videreført fra 1977-loven. Før lovendringen i 1995 hadde Høyesterett lagt til grunn at de særlige prosessregler gjaldt prøvetidsansatte⁸¹, og at de alminnelige reglene om retten til å stå i stilling kom til anvendelse også ovenfor arbeidstakere i prøvetid. Ved lovendringen i 1995 ble det tatt inn i loven at prøvetidsansatte ikke har rett til å stå i stillingen ved tvist om oppsigelsens gyldighet. Samtidig åpnet loven for muligheten til at arbeidstaker i særlige tilfeller kan stå i stillingen på bakgrunn av rettslig kjennelse. Grunnlaget for denne endringen har departementet gjort rede for i forarbeidene⁸². Her uttales det at denne endringen vil føre til en viss svekkelse av arbeidstakers stillingsvern, men at hensynet til at arbeidstaker skal holde kontakten med arbeidsplassen under tvistebehandlingen ikke gjør seg like sterkt gjeldende for prøvetidsansatte som for de som har et lengre ansettelsesforhold bak i seg i virksomheten. Det vil også kunne gi urimelige økonomiske belastninger for arbeidsgiver å måtte bære lønnskostnadene fram til endelig avgjørelse i domstolene, når det dreier seg om en ansatt under prøvetid som arbeidsgiver har vurdert som uegnet til stillingen.

Ved å legge inn muligheten for at arbeidstaker kan kreve å stå i stillingen etter kjennelse, vil man allikevel kunne fange opp de tilfellene av mulig usaklig oppsigelse hvor det er urimelig at arbeidstaker ikke får fortsette i stillingen inntil rettskraftig dom foreligger.

Forarbeidene⁸³ legger samtidig til grunn at prøvetidsansatte ikke har rett til å stå i stillingen også i de tilfeller hvor oppsigelsen skjer på bakgrunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonalisering:

«Det kan synes å være liten grunn til at en arbeidstaker i prøvetiden ikke skal ha de samme rettigheter som andre arbeidstakere, i de tilfeller grunnen til oppsigelsen er av driftsinnskrenkning/rasjonalisering. Men også i slike tilfeller vil situasjonen være noe forskjellig. Ved vurderingen av oppsigelsen vil den korte tilsetningstiden den prøvetidsansatte har i virksomheten, komme inn som ett av momentene som skal vurderes etter § 60 nr. 2. Utvalget antar derfor at den rettighet en tilsatt i prøvetiden vil få etter forslaget til § 66 nr. 3⁸⁴, er tilstrekkelig».

Blir en arbeidstaker sagt opp i prøvetiden på bakgrunn av driftsinnskrenkninger vil saklighetskravet vurderes etter § 15-7, men arbeidstakeren vil i slike tilfeller ikke ha rett til å stå i stillingen etter ordinære regler⁸⁵. Høyesteretts kjæremålsutvalg fastsetter i Rt-2001-1161 at

⁸¹ Se Rt-1982-1725

⁸² Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 164

⁸³ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 161

⁸⁴ Tilsvarer dagens bestemmelse i aml. § 15-11 (3), min henvisning

⁸⁵ Sml. aml. § 15-11 (3)

ansatte som er under prøvetid ikke vil ha rett til å stå i stillingen, selv om oppsigelsen ikke begrunnes etter § 15-6 og ikke knytter seg til forhold rundt prøvetiden:

«Etter arbeidsmiljøloven § 63 femte ledd har arbeidstakeren ved oppsigelse som er gitt innenfor prøvetiden ikke «rett til å stå i stillingen under behandling av tvisten, med mindre retten bestemmer dette ved kjennelse». Kjæremålsutvalget er enig med lagmannsretten i at denne bestemmelsen – i samsvar med ordlyden – kommer til anvendelse selv om oppsigelsen ikke er begrunnet i forhold som er nevnt i § 63 første ledd».

Høyesteretts kjæremålsutvalg legger det samme synet til grunn i sin kjennelse i Rt-2001-1101. Her var det tvist om gyldigheten av en oppsigelse i prøvetiden, samt om prøvetiden var gyldig forlenget fra tre til seks måneder. Arbeidstakeren ønsket å fortsette i stillingen mens oppsigelsen var til behandling i domstolene. Kjæremålsutvalget konkluderte her med at ettersom forlengelsen av prøvetiden var gyldig, hadde ikke arbeidstaker rett til å stå i stillingen mens saken var oppe for domstolen.

At arbeidstakere som hovedregel ikke får stå i stilling under behandling av tvisten, kan ses i sammenheng med det noe svakere stillingsvernet som arbeidstakere i prøvetid beskyttes av etter aml. § 15-6. Siden arbeidsgiver er den som er nærmest til å vurdere om arbeidstaker er egnet eller ikke for stillingen og formålet med prøvetiden er å teste ut arbeidstaker, vil det kunne være urimelig for arbeidsgiver å ha arbeidstakeren i arbeid under domstolsbehandlingen. Domstolene skal i utgangspunktet ikke etterprøve skjønnet til arbeidsgiver i slike tilfeller. Med dette utgangspunktet vil det være nærliggende at arbeidstaker ikke skal ha anledning til å fortsette i stillingen etter at arbeidsgiver har kommet fram til at arbeidsforholdet ikke fungerer.

At arbeidstakere i prøvetid ikke har rett til å stå i stillingen ved tvist om oppsigelse, gir dem et svakere stillingsvern enn ved oppsigelse etter § 15-7, og vil i de fleste tilfeller være en ulempe for arbeidstaker som ønsker å ta oppsigelsen til domstolene. Når arbeidstakere ikke har rett til å stå i stillingen også i de tilfeller oppsigelsen skyldes forhold hos arbeidsgiver eller virksomheten, går arbeidstaker glipp av en viktig rett innenfor stillingsvernet.

At arbeidstakere i prøvetid ikke har rett til å stå i stillingen, er samtidig med på å gjøre prøvetiden mer reell⁸⁶.

I de tilfeller det vil være urimelig at arbeidstaker ikke får fortsette i stillingen, er det oppsatt et unntak fra hovedregelen i aml. § 15-11 (3) om at retten kan avsi kjennelse om at arbeidstaker skal få fortsette i stillingen under domstolsbehandlingen av saken. Dette harmonerer med

⁸⁶ Rt-2003-1071

formålet til arbeidsmiljøloven som en vernelov, og gir adgang til et ordinært stillingsvern på dette punktet også for ansatte i prøvetid når retten finner det urimelig.

4.7 Domstolenes etterprøving av arbeidsgivers vurdering

Domstolenes prøvingsrett av oppsigelsessaker er ikke direkte regulert i arbeidsmiljøloven, og for å få oversikt over rettstilstanden på dette området må vi se på forarbeider og rettspraksis.

Et begrenset stillingsvern for arbeidstakere i prøvetiden ble for første gang innført ved lovendringen av 7.mars 1975 i § 43 i daværende arbeidervernlov av 1956. I forarbeidene til lovendringen i 1995⁸⁷ er det redegjort for den historiske utviklingen av spørsmålet om domstolenes etterprøvingsrett av arbeidsgivers vurdering angående arbeidstakers egnethet for stillingen.

Når det for første gang ble tatt inn en regel om domstolenes etterprøvingsrett i § 43 i 1975⁸⁸, kunne man etter denne reglen bare angripe en oppsigelse i prøvetiden som usaklig på det grunnlag at den skyldtes *«andre grunner enn de prøvetiden tar sikte på å avklare⁸⁹»*.

I samme uttalelse redegjøres det for endringen som skjedde ved overgangen til 1977-loven. Denne bestemmelsen bygger på § 43 fra tidligere lov, men styrker stillingsvernet til arbeidstaker ved at det er satt strengere krav til arbeidsgivers skjønn. Blir en arbeidstaker som er ansatt med en prøvetid sagt opp, må oppsigelsen etter denne bestemmelsen være begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet.

Forarbeidene uttaler i denne forbindelse at: *«arbeidsgiver må kunne godtgjøre de faktiske forhold vurdering av arbeidstaker bygger på, slik at domstolene skal kunne etterprøve vurderingene. Det er ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver begrunner oppsigelsen med en generell skjønnsmessig skikkethetsvurdering⁹⁰»*.

Ved endringene av prøvetidsreglene i 1995, ble det i forarbeidene understreket at domstolenes etterprøvingsrett skulle innskrenkes:

«Departementet ser det som viktig å understreke gjeldende rett om at domstolene skal være svært tilbakeholdne med å etterprøve arbeidsgiverens skjønnsmessige vurdering om hvordan arbeidstaker fungerer i stillingen, så lenge det faktum som oppsigelsen bygger på må anses som bevist og relevant⁹¹».

⁸⁷ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s.160-164

⁸⁸ Se vurderingene i Rt-1977-902

⁸⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160

⁹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160

⁹¹ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 164

Dette fastlegger at domstolene har en snevrere adgang til å etterprøve arbeidsgivers skjønn i oppsigelsessaker som skjer under prøvetiden. Dette synet er også lagt til grunn i nyere rettspraksis i blant annet i Rt-2003-1071, Rt-2005-135 og Rt-2011-74. Her er det framvist tilbakeholdenhet med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering av hvordan arbeidstaker fungerer i stillingen med henvisning til uttalelsene i forarbeidene.

I ordinære oppsigelsessaker etter aml. § 15-7 har domstolene full prøvingskompetanse, mens ved oppsigelse i prøvetid etter aml. § 15-6 kan domstolene kun etterprøve om det er bevismessig dekning for at oppsigelsen bygger på forhold som prøvetiden tar sikre på å avklare⁹², jf. aml. § 15-6 første ledd.

Høyesterett hadde i 2008⁹³ oppe en sak som gjaldt oppsigelse av en tollaspirant på grunn av promillekjøring i prøvetiden. I denne saken hadde arbeidsgiver lagt vekt på vedkommendes handlemåte, holdninger og de vurderinger arbeidstakeren hadde utvist i forbindelse med arbeidsoppgavene og promillekjøringen i seg selv. Etter denne vurderingen kom arbeidsgiver fram til at han ikke var egnet til stillingen som tollaspirant. Om dette uttalte Høyesterett at *«Hvorvidt relevante forhold kan begrunne oppsigelse i prøvetiden, og hvorvidt de i tilfelle bør lede til oppsigelse beror i første rekke på arbeidsgivers vurdering av den ansattes egnethet for arbeidet. Det er alminnelig antatt at domstolene skal være tilbakeholdne i sin prøving i oppsigelsessaker. Vurderingen av en ansatts egnethet for stillingene er i stor grad et arbeidsfaglig spørsmål som ligger til arbeidsgiver»*.

Dette viser at det har blitt en snevrere adgang for domstolene til å etterprøve arbeidsgivers skjønn når det kommer til vurderingen av om en arbeidstaker er skikket for stillingen eller ikke. Domstolen kan etterprøve om det faktum som oppsigelsen bygger på kan anses som bevist og relevant, og på denne måten vil arbeidstakers stillingsvern fortsatt være beskyttet av domstolen mot vilkårlig behandling fra arbeidsgiver. Arbeidsgiver må på bakgrunn av dette kunne dokumentere at forholdene de har lagt til grunn er relevante, og at oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Dette skal sikre at arbeidstakere i prøvetid også omfattes av hensynet bak loven som er å sikre arbeidstakerne trygge og forutsigbare arbeidsforhold. Vurderingen av om arbeidstakeren fungerer i stillingen eller ikke, er det arbeidsgiver som er nærmest til å kunne avgjøre. Siden prøvetiden tar sikre på å avklare om arbeidsgiver mener at arbeidstaker er egnet for stillingen eller ikke, samt er den som innehar kjennskap til hva som kreves i hvert enkelt tilfelle, vil det også være

⁹² Se Rt-2003-1071 avsnitt 30

⁹³ Rt-2008-135

nærliggende at dette skjønnets ikke i normale tilfeller kan etterprøves av domstolene. Dette er også med på å gjøre prøvetiden mer reell for både arbeidsgiver og arbeidstaker⁹⁴

5 KONKLUSJON

Under prøvetiden vil arbeidstaker være omfattet av et noe svakere stillingsvern dersom oppsigelsen har sin bakgrunn i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet. Arbeidsgiver vil i denne perioden ha mulighet til å teste ut hvordan en arbeidstaker fungerer i stillingen. Arbeidsmiljøloven § 15-6 setter rammene for adgangen til å avtale prøvetid, samt fastsetter hvilke grunnlag en oppsigelse må begrunnes i under prøvetiden.

På bakgrunn av dette kan arbeidsgiver foreta en reell prøving av arbeidstaker, samtidig som arbeidstaker fortsatt innehar et stillingsvern mot usaklig oppsigelse.

Etter en redegjørelse av prøvetidsreglene i arbeidsmiljøloven, kan man trekke slutningen om at bestemmelsene om prøvetid balanserer formålet med prøvetiden og arbeidstakers stillingsvern på en god måte. Opplærings- og tilretteleggingsplikten til arbeidsgiver skal legge til rette for at arbeidstakere gis en god sjanse til å lykkes, men at prøvetiden skal fungere som en sikkerhetsventil i de tilfeller hvor arbeidstaker ikke når opp til forventningene.

For at prøvetidsfunksjonen skal fungere optimalt er det viktig at arbeidsgiver kjenner til reglene og er klar over hva prøvetiden tar sikte på å avklare. Dersom arbeidsgiver er kjent med adgangen til å si opp ansatte som ikke fungerer, er det grunn til å tro at det kan minske bruken av midlertidige ansettelser i norsk arbeidsliv. Ved endringene i prøvetidsreglene⁹⁵ ble det tatt sikte på å gjøre prøvetiden mer reell, og på denne måten stimulere til flere faste ansettelser i arbeidslivet.

Når prøvetidsreglene er utformet for å gi en reell utprøvningsmulighet av arbeidstaker, vil dette innebære en mindre risiko for arbeidsgiver ved ansettelse. Arbeidsgivers skjønn kan som hovedregel ikke etterprøves av domstolene og det fører til at arbeidsgivers egen vurdering av arbeidstaker veier tungt, så fremt grunnlaget den bygger på kan anses som bevist og relevant.

Etter en gjennomgang av lovreglene, lovforarbeider og rettspraksis gir det grunn til å fastsette at dagens regler harmoniserer med formålet til prøvetiden. Det som kan gjøres for å forbedre prøvetidsfunksjonen ytterligere er å gi arbeidsgivere mer kunnskap om rettsreglene og hvordan de fungerer, samt å klargjøre viktigheten av opplærings- og veiledningsplikten. På denne

⁹⁴ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 164

⁹⁵ Ot.prr.nr. 50 (1993-1994)

måten vil prøvetiden kunne leve opp til sitt formål på best mulig måte og hensynene bak reglene vil bli satt til verks i praksis.

6 LITTERATURLISTE

6.1 Bøker

- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5.utg ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001
- Evju (2010) Evju, Stein *Arbeidsrett Utvalgte artikler (2001-2010)*. 1.utgave. Oslo, 2010
- Fougner (2013) Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*. 2.utagve. Oslo 2013.
- Jakhelln (2011) Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth *Arbeidsrett.no*. 3. utgave. Oslo, 2011.

6.2 Artikler

- Mo (1965) Mo, Einar *Oppsigelse i prøvetiden I. Innledning. I: Lov og rett* 1998 s. 3-29.
- Skarning (2014) Nicolai Skarning *Prøvetid i privat og statlig sektor I: Arbeidsrett* 2014, s. 221-249.

6.3 Lovregister

6.3.1 Lover

- 1936 Lov om arbeidervern av 19.juni nr. 8 (opphevet)
- 1956 Lov om arbeidervern av 12.juli nr. 2 (opphevet)
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v (arbeidsmiljøloven) av 4. februar nr. 4 (opphevet)
- 1983 Lov om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven) av 4.mars nr. 3

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

6.3.2 Internasjonale konvensjoner

1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)
Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) av 4.november 1950

1963 R199 Termination of Employment Recommendation av 1963 (No.199)

1966 International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR)
Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16.desember 1966.

1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)
Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og politiske rettigheter (ØSK) av 16.desember 1966

1982 C158 Termination of Employment Convention av 1982 (No. 158)

1993 Agreement on the European Economic Area (EEA Agreement)
Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen) av 17.mars 1993.

6.4 Rettspraksis

6.4.1 Høyesterettsdommer

Rt-1977-902

Rt-1982-1725 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt-1983-537

Rt-1984-1058

Rt-1987-562

Rt-1992-1188 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt-1992-1482

Rt-1996-1026 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt-1997-560 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt-1999-1131 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt-1999-1694

Rt-2001-1101 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt-2003-1071

Rt-2008-135

Rt-2011-74

6.4.2 Lagmannsrettsdommer

NAD-1984-277

RG-1989-787

LH-2000-458

LA-2004-10690

6.4.3 Tingrettsdommer

NAD-1981-248

NAD-1981-681

NAD-1981-823

NAD-1984-38

NAD-1986-802

NAD-1988-360

NAD-1988-1071

RG-1990-1138

6.5 Forarbeider

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp.nr. 50 (1994-1994) Om lov om endringer i lov av 4.februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp.nr 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.