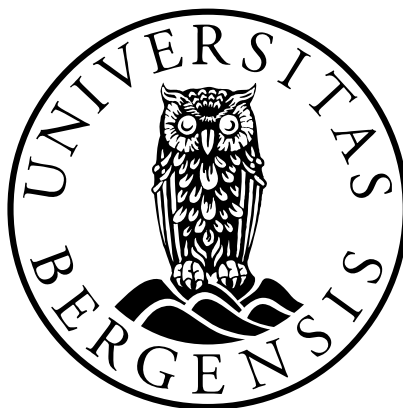


Arbeidstakers rettslige stilling i prøvetid

Hvordan arbeidstakers rettsvern er annerledes i prøvetid – særlig om arbeidstakers vern mot opphør av arbeidsforhold i prøvetid

Kandidatnummer: 85

Antall ord: 13 654



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.21

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Tema for oppgaven og dets aktualitet.....	4
1.2	Begrepsavklaring	6
1.2.1	Arbeidstaker.....	6
1.2.2	Arbeidsgiver.....	6
1.2.3	Arbeidsgivers styringsrett	6
1.3	Rettskildebildet	7
1.4	Avgrensning.....	8
1.5	Videre fremstilling.....	9
2	Innledende om prøvetid.....	10
2.1	Begrepet og prøvetidens konsekvenser.....	10
2.2	Formålet	10
2.3	Adgangen til å avtale prøvetid	11
2.4	Prøvetidens- og oppsigelsestidens lengde.....	12
3	Arbeidstakers rettslige stilling i prøvetiden	13
3.1	Hva gir arbeidstaker en særskilt rettslig stilling i prøvetid?	13
3.1.1	Arbeidstakers krav på opplæring og veiledning	13
3.1.2	Krav om tilbakemelding til arbeidstaker?.....	17
3.1.3	Oppsummert.....	18
4	Arbeidstakers rettsstilling ved oppsigelse i prøvetiden	19
4.1	Hva er vilkårene for oppsigelse utenfor prøvetid?.....	19
4.1.1	Oppsigelsens funksjon, regler og begrensninger	19
4.1.2	Nærmere om kravet til saklig grunn ved ordinær oppsigelse	20
4.2	Hvordan reguleres oppsigelse i prøvetiden?	21
4.2.1	Rettslig regulering.....	21
4.2.2	Grunner for oppsigelse i prøvetid	22
4.2.3	Hvor ligger terskelen for oppsigelse i prøvetid og hvordan vernes arbeidstaker mot oppsigelse i prøvetid?	27
4.3	Kort om domstolens adgang til overprøving	31
5	Arbeidstakers rettsstilling ved avskjed i prøvetid	34
5.1	Generelt om avskjed	34
5.1.1	Avskjed etter aml. § 15-14 og arbeidsgivers styringsrett	34
5.1.2	Nærmere om kravet til grovt pliktbrudd eller vesentlig mislighold	35
5.1.3	Særlig om rettslige hensyn.....	36
5.2	Hvordan reguleres avskjed i prøvetid?	36

5.3	Avskjed i prøvetid sammenlignet med oppsigelse i prøvetid	37
5.4	Finnes det situasjoner i prøvetid der det er behov for avskjed?.....	38
5.5	Prøvetidens innvirkning på terskelen for avskjed.....	39
5.5.1	Får prøvetiden noen innvirkning på terskelen for avskjed?.....	39
5.6	Oppsummerende om avskjed i prøvetid	43
6	Avsluttende bemerkninger	45
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven og dets aktualitet

Arbeidstaker og arbeidsgiver kan avtale i arbeidsavtalen at den første perioden av ansettelsesforholdet skal være en prøvetid.¹ Avtale om prøvetid innebærer at begge parter i denne tiden kan vurdere om arbeidstaker er egnet til den aktuelle stillingen.² For arbeidsgiver er prøvetid et viktig virkemiddel fordi det antas at det er enklere å avvikle ansettelsesforholdet i prøvetiden sammenlignet med senere.³ Samtidig er et arbeidsforhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker et avtaleforhold,⁴ som etablerer rettigheter og plikter for begge parter: Mens arbeidstaker må vise at vedkommende er egnet til stillingen, er det for arbeidsgiver sentralt å gi tilstrekkelig opplæring og veiledning slik at arbeidstaker settes i posisjon til å kunne utføre arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte.

Twister om prøvetid reiser dermed ofte til dels kompliserte rettslige spørsmål med høy grad av skjønnsmessige vurderinger, der det ikke bare aktualiseres om den ansatte er egnet, men også om arbeidsgiver har oppfylt sine plikter.⁵ Dette er særlig aktuelt i spørsmål om opphør av arbeidsforhold i prøvetid. Dermed er det interessant å analysere arbeidstakers rettslige stilling i prøvetid, og dette er oppgavens hovedtema.

Temaet for oppgaven reguleres hovedsakelig av lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.). Arbeidsmiljøloven er en vernelov som skal sikre trygghet og likebehandling for arbeidstaker.⁶ Dette kommer særlig til uttrykk i aml. § 1-9, der det fremgår at loven er preseptorisk «til ugunst» for arbeidstaker, slik at det ikke er adgang til å avtale noe i en arbeidsavtale som gir arbeidstaker dårligere rettigheter enn det loven oppstiller. Arbeidsmiljøloven verner altså om arbeidstakere ved å oppstille minsterettigheter. Loven gir også arbeidstaker et stillingsvern, som etter aml. § 15-6 er noe svakere for arbeidstaker i prøvetid.

¹ Se lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.) § 14-6 (1) bokstav f.

² Fougner (2019) s. 758.

³ Se oppgavens fjerde kapittel for nærmere redegjørelse.

⁴ Fougner (2019) s. 199.

⁵ Se eksempelvis Rt. 1983 s. 537.

⁶ Prop. 74 L (2018-2019) s. 21.

Oppgaven vil i hovedsak omhandle situasjoner der arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker avsluttes i prøvetiden, og de rettslige problemstillinger dette reiser. Både situasjonen der det gis en oppsigelse i prøvetiden og arbeidstakeren dermed jobber ut oppsigelsestiden, jf. aml. § 15-6, og situasjonen der det gis avskjed heller enn oppsigelse vil behandles. Avskjed av arbeidstaker i prøvetid er ikke særskilt regulert i arbeidsmiljøloven, men det forekommer i praksis at arbeidsgiver avskjediger arbeidstaker i prøvetid.⁷ Dette gir oppgavens tema en praktisk verdi, og gjør det interessant å undersøke fraværet av særskilt rettslig regulering.

Illustrerende for temaets aktualitet er Høyesteretts vurdering av prøvetid i HR-2021-605-A, der arbeidstaker ble oppsagt i prøvetid etter å ha tilbakeholdt informasjon om konflikt med tidligere arbeidsgiver. Spørsmålet for retten var hvor langt arbeidstakers opplysningsplikt strakk seg på et arbeidsintervju, og om det var den lavere terskelen etter aml. § 15-6 (1) eller den generelle regelen i aml. § 15-7 som skulle anvendes.

Omtale i media og internt i advokatbransjen viser at det stadig reises spørsmål om arbeidstakers rettsvern i prøvetid. Illustrerende er den oppmerksomhet LB-2018-13157 fra Borgarting lagmannsrett mottok, og den påfølgende diskusjon. Dommen omhandlet to arbeidstakere som ble ansatt som seniorselgere i et design- og teknologiselskap med avtale om seks måneders prøvetid. Lagmannsretten la avgjørende vekt på en forarbeidsuttalelse om at der det er tale om stillinger med høye kvalifikasjonskrav, hvilket var tilfelle i denne saken, kunne arbeidsgiver forvente en raskere tilpasning til arbeidet enn ellers.⁸ Arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstakerne etter kun seks uker var derfor saklig.⁹

Diskusjonen i etterkant av dommen omhandlet særlig om avgjørelsen svekket arbeidstakers rettsvern i prøvetid. Dette fordi dommen av flere ble tolket som et signal på at det ikke finnes noen minimumsgrense for hvor lenge arbeidstaker må ha vært ansatt før arbeidsgiver rettmessig kan si opp vedkommende grunnet svake prestasjoner.¹⁰ Landsorganisasjonen i Norge (LO) var på sin side uenig, og mente at det ikke var «grunnlag for å hevde at dommen

⁷ For nærmere redegjørelse se oppgavens punkt 5.4.

⁸ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁹ Se LB-2018-13157.

¹⁰ Ove André Oftebro, «Arbeidsrett og stillingsvern: Ingen «minimumstid» for oppsigelse i prøvetiden – svake selgere oppsagt etter seks uker», Nettavisen, 01. juli 2019; Arntzen de Besche, «Nyhetsbrev – Ny og viktig dom fra Borgarting lagmannsrett – Prøvetidsansatte måtte gå etter seks uker», AdeB, 02. juli 2019.

generelt svekker oppsigelsesvernet for prøvetidsansatte» når avgjørelsen fulgte «et tradisjonelt rettslig utgangspunkt».¹¹

Avslutningsvis er den rettslige regulering av prøvetid aktuelt grunnet prøvetidens sammenheng med midlertidige ansettelser. Lovgiver har trukket frem prøvetid som en måte å redusere bruken av midlertidige ansettelser på, og uttalt et ønske om å oppnå dette.¹² Høyesterett har vist til, og bekreftet, dette i nyere praksis.¹³ Adgangen til midlertidige ansettelser har økt under de siste års borgerlige regjering,¹⁴ og vært et tema den nye regjeringen har måttet ta stilling til etter regjeringsskiftet.¹⁵

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 Arbeidstaker

Begrepet arbeidstaker er legaldefinert i aml. § 1-8 (1). Bestemmelsen definerer arbeidstaker som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». I et arbeidsforhold er arbeidstaker den ansatte som stiller sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver.

1.2.2 Arbeidsgiver

Begrepet arbeidsgiver er legaldefinert i aml. § 1-8 (2). Bestemmelsen definerer arbeidsgiver som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.» Videre angir bestemmelsen at arbeidsgiverbegrepet «skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten».

1.2.3 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers styringsrett er ikke et begrep som anvendes eller defineres i arbeidsmiljøloven. Begrepet stammer fra domstolene, der styringsretten har blitt definert som arbeidsgivers rett

¹¹ Landsorganisasjonen i Norge (LO), *Oppsigelse i prøvetiden. Er spillereglene endret?*, 21. november 2019.

¹² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

¹³ Se HR-2021-605-A avsnitt 36.

¹⁴ Landsorganisasjonen i Norge (LO), *En fast jobb er din trygghet*, 25. juni 2021.

¹⁵ Mats Rønning, «Støres juleløfte: Strammer inn vikarbruken», NRK, 28. oktober 2021.

til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».¹⁶ Domstolen begrenser videre denne retten ved at handlingene må ligge innenfor arbeidsforholdets rammer.¹⁷

Begrepet er nøye gjennomgått i juridisk teori, og det er bred enighet om at styringsretten, i tillegg til retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, også innebærer retten til å ansette og si opp arbeidstakere.¹⁸ Arbeidsgivers styringsrett begrenses av de ufravikelige reglene i arbeidsmiljøloven.

1.3 Rettskildebildet

Arbeidsmiljøloven fra 2005 erstatter lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (opphevet). Det følger av forarbeidene til gjeldende arbeidsmiljølov at § 15-6 om oppsigelsesvern i arbeidsavtaler med bestemt prøvetid skal erstatte den tidligere aml. § 63.¹⁹ Det samme gjelder for den nye aml. § 15-7 om usaklig oppsigelse, som erstatter tidligere aml. § 60,²⁰ og for en rekke andre bestemmelser. Dermed er både forarbeid og rettspraksis tilknyttet tidligere lov relevant for tolkningen av dagens bestemmelser i gjeldende arbeidsmiljølov.

Det bemerkes at Norge har ratifisert en rekke konvensjoner på arbeidsrettens område. Oppgaven avgrenses mot en nærmere redegjørelse av dette, ettersom slike konvensjoner ikke har direkte relevans som rettskilde for oppgavens tema. Arbeidsrettens regulering er også preget av tariffavtaler, men oppgaven avgrenses fra å gå inn på slik særregulering.

Rettspraksis vedrørende arbeidstakers rettslige stilling i prøvetid er omfattende, og praksis fra Høyesterett er en viktig rettskilde i oppgaven. Ettersom praksis fra underrettene ikke kan tillegges tilsvarende rettskildemessig vekt som høyesterettspraksis, vil praksis herfra kun bli brukt som eksempler eller for å illustrere ulike poeng.

Det finnes en rekke rettsavgjørelser som omhandler oppsigelse i prøvetid. Oppsigelse i prøvetid er regulert i både gjeldende og tidligere arbeidsmiljølov, omtalt i forarbeidene og problemstillinger tilknyttet temaet er diskutert i juridisk teori. Det sammensatte

¹⁶ Se Rt. 2000 s. 1602 s. 1609.

¹⁷ Se Rt. 2000 s. 1602 s. 1609.

¹⁸ Se blant annet Fanebust (2015) s. 117; Fougner (2019) s. 124.

¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

rettskildebildet om oppsigelse i prøvetid vil anvendes i oppgaven for å belyse problemstillinger tilknyttet oppsigelse i prøvetid. Problemstillinger som omhandler avskjed i prøvetid omtales ikke i noen av de ovennevnte rettskildene. Fraværet av rettskilder for avskjed i prøvetid gjør at den rettslige analysen i stor grad vil baseres på rettslige hensyn. Det gjør også at det blir naturlig å trekke linjer til de rettskilder som omhandler oppsigelse i prøvetid, samtidig som en bevissthet rundt ulikhetene mellom formålet med oppsigelse og avskjed blir viktig.

1.4 Avgrensning

Opgaven avgrenses til å omhandle situasjoner der arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker avsluttes før prøvetiden er utløpt. Det vil ikke fokuseres på problemstillinger knyttet til adgangen til å avtale prøvetid, prøvetidens lengde,²¹ oppsigelsestidens lengde i prøvetid,²² eller lignende spørsmål.

Ettersom oppgaven omhandler arbeidstakers rettsstilling, vil det ikke fokuseres på arbeidsgivers rettigheter og plikter, med unntak av arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt. Hovedfokuset vil være på hvilket rettsvern arbeidstaker har i situasjoner der arbeidsgiver avslutter arbeidsforholdet med arbeidstaker.

Opgaven avgrenses mot problemstillinger som omhandler arbeidstakers stillingsvern mot oppsigelse ved sykdom i aml. § 15-8, oppsigelse ved svangerskap, etter fødsel og adopsjon i § 15-9 og oppsigelse ved militærtjeneste i § 15-10. Prøvetid medfører at arbeidstaker ikke har rett til å stå i stillingen ved en eventuell tvist.²³ Oppgaven avgrenses mot en nærmere redegjørelse av dette. Det bemerkes imidlertid at en slik begrensning er nødvendig for at prøvetiden skal bli reell, ettersom arbeidstakeren ellers ville kunne fortsatt å arbeide utover prøvetiden dersom det oppstod tvist om oppsigelsen.

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven) § 15 har egne regler for prøvetid for statsansatte. Også her gis arbeidstaker i prøvetid et noe svakere vern. Oppgaven avgrenses mot noen videre redegjørelse for disse reglene, og mot en sammenligning av bestemmelsen og arbeidsmiljølovens regler om prøvetid.

²¹ Jf. aml. § 15-6 (3), § 15-6 (4) og § 15-6 (5).

²² Jf. § 15-3 (7).

²³ Jf. aml. § 15-11 (3).

1.5 Videre fremstilling

Den videre redegjørelsen for temaet er inndelt i kapitler. I kapittel to vil det redegjøres overordnet for konseptet prøvetid. Kapittel tre redegjør for det som gir arbeidstaker en særskilt rettslig stilling i prøvetid, hovedsakelig arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt. Kapittel fire og fem omhandler arbeidstakers rettsstilling når et arbeidsforhold opphører i prøvetid.

I kapittel fire vil det først gis en gjennomgang av reglene for ordinær oppsigelse i aml. § 15-7, før de ulike forhold som kan kvalifisere for oppsigelse i prøvetid jf. aml. § 15-6 gjennomgås og illustreres ved rettspraksis. Deretter vil rettstilstanden for terskel for oppsigelse i prøvetid analyseres ved å se hen til arbeidsmiljøloven, tilhørende forarbeid, rettspraksis av både eldre og nyere karakter, juridisk teori og rettslige hensyn, før domstolens rett til overprøving undersøkes.

Oppgavens femte kapittel omhandler avskjed i prøvetid. Først vil det redegjøres for regelen om avskjed i aml. § 15-14, før reguleringen av avskjed i prøvetid undersøkes. Deretter sammenlignes avskjed i prøvetid med oppsigelse i prøvetid, før det praktiske behov for avskjed i prøvetid og prøvetidens innvirkning på terskelen for avskjed vurderes. Siste del av kapittel 5 konkluderer vedrørende avskjed i prøvetid, og i oppgavens siste kapittel 6 kommer jeg med enkelte avsluttende bemerkninger.

2 Innledende om prøvetid

2.1 Begrepet og prøvetidens konsekvenser

Begrepet prøvetid er ikke legaldefinert i arbeidsmiljøloven, men loven viser til begrepet ved en rekke anledninger.²⁴ Begrepet brukes om den første tiden av et arbeidsforhold, dersom arbeidstaker og arbeidsgiver har avtalt i arbeidsavtalen at det i denne perioden skal vurderes om arbeidstaker passer til stillingen. Partene har da, i den første perioden, forpliktet seg til hverandre i en mer begrenset grad.

Å bli ansatt med forutsetning om prøvetid får en rekke konsekvenser for arbeidstaker. Blant annet blir oppsigelsestiden kortere, jf. aml. § 15-3 (7), arbeidstakeren har ikke rett til å stå i stillingen ved en eventuell oppsigelse, jf. § 15-11 (3) og arbeidstakeren har et svakere rettsvern mot oppsigelse.²⁵

2.2 Formålet

Formålet med prøvetid kan leses ut av aml. § 15-6 (1). Det er arbeidstakers «tilpasning til arbeidet», «faglige dyktighet» og «pålitelighet» som skal testes av arbeidsgiver. En naturlig forståelse av begrepet prøvetid indikerer at det er snakk om en avgrenset tidsperiode. Dette bekreftes av aml. § 15-6 (3) og forarbeidene, som i tillegg utdyper at prøvetiden er ment å gi arbeidsgiver «en noe romsligere adgang til oppsigelse».²⁶

Høyesterett har i Rt. 2003 s. 1071 formulert formålet som 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.²⁷

²⁴ Se blant annet aml. §§ 15-3 (7) og 15-6 (1).

²⁵ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 29.

²⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

²⁷ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 29.

Den bakenforliggende tanken er å avklare om arbeidstaker er skikket for stillingen,²⁸ og gi arbeidsgiver en sjanse til å virkelig prøve ut arbeidstaker.²⁹ Dette ivaretar hensynet til fleksibilitet i arbeidslivet.

Prøvetid medfører altså at arbeidsgivere tar en mindre risiko ved ansettelsen av en arbeidstaker. Dette er en del av formålet med prøvetid, ettersom lovgiver ønsket å legge til rette for økt bruk av prøvetid i et forsøk på å redusere antallet midlertidige ansettelser.

Departementet formulerte denne målsetningen slik i forarbeidene:

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.³⁰

Videre gjør formålet med prøvetid at denne første perioden av ansettelsesforholdet kan være gunstig også for arbeidstaker, på tross av at arbeidstaker også utenfor prøvetid kan si opp sin stilling uten å oppfylle særlige krav. Arbeidstaker kan nyte godt av en avtale om prøvetid fordi en avklaring om mindre forpliktelser den første tiden vil gjøre det enklere for arbeidstaker å si opp stillingen dersom vedkommende ikke ønsker å fortsette. I tillegg er den korte oppsigelsestiden etter aml. § 15-3 (7) gjensidig, slik at arbeidstaker har mulighet til å være ute av arbeidsforholdet i løpet av kort tid.

2.3 Adgangen til å avtale prøvetid

Adgangen til å avtale prøvetid følger av aml. § 15-6. I forarbeidene presiseres det at prøvetid også kan avtales i midlertidige ansettelser, og at prøvetid må avtales skriftlig mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.³¹ Videre følger det av forarbeidene at det er snakk om et løpende ansettelsesforhold når man er ansatt i prøvetid.³² Dette innebærer at arbeidstaker er fast ansatt også i prøvetiden. Prøvetid er altså ikke en form for midlertidig ansettelse.

²⁸ Fanebust (2015) s. 26.

²⁹ Fougner (2019) s. 758.

³⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

³¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

³² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

2.4 Prøvetidens- og oppsigelsestidens lengde

Det følger av aml. § 15-6 (3) at prøvetid kan avtales «for en periode på inntil seks måneder». En naturlig forståelse av «inntil» tilsier at det er anledning til å avtale prøvetid for en kortere periode enn seks måneder, slik at loven kun angir den maksimale lengde for prøvetid.

I aml. § 15-6 (4) gis arbeidsgiver adgang til å forlenge prøvetiden dersom arbeidstaker har vært borte fra arbeidet i prøvetiden. Prøvetiden kan da forlenges med «en periode som tilsvarer lengden av fraværet». Bestemmelsen angir også enkelte vilkår for forlengelse, dersom arbeidstaker ved ansettelsen ble «skriftlig orientert om adgangen til dette» og «arbeidsgiver skriftlig har orientert arbeidstaker om forlengelsen innen utløpet av prøvetiden». Fraværet må i tillegg skyldes arbeidstaker og ikke arbeidsgiver.

Det gjelder en gjensidig oppsigelsesfrist på 14 dager i prøvetiden, jf. aml. § 15-3 (7). Bestemmelsen presiserer at dette er utgangspunktet dersom ikke annet er fastsatt i arbeidsavtale eller tariff.

3 Arbeidstakers rettslige stilling i prøvetiden

3.1 Hva gir arbeidstaker en særskilt rettslig stilling i prøvetid?

Enkelte krav og rettsregler oppstilt i lov, forarbeid og rettspraksis gir arbeidstaker en annen rettslig stilling i prøvetid enn ellers. Ett eksempel er arbeidstakers rett til å si opp sin stilling med en kortere oppsigelsestid på to uker.³³ Som tidligere nevnt, ivaretar den korte oppsigelsestiden hensynet til fleksibilitet i arbeidslivet ved at arbeidstakeren får mulighet til å avslutte arbeidsforholdet etter kun to uker. Den korte oppsigelsestiden gir dermed arbeidstakeren en gunstigere rettslig stilling i prøvetiden enn ellers. Slik gjør prøvetiden at arbeidsforholdet den første perioden er fleksibelt for begge parter, og er fordelaktig både for arbeidsgiver og arbeidstaker.

Ellers er rettsstillingen for arbeidstaker i prøvetid stort sett den samme som for arbeidstaker utenfor prøvetid. Unntaket fra dette er regler for opphør av arbeidsforhold i prøvetid, som behandles senere i oppgaven. Tilknyttet reglene for oppsigelse i prøvetid er arbeidstakers krav på opplæring og veiledning.³⁴ Krav på opplæring og veiledning kan formuleres som arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt, og er et viktig aspekt av arbeidstakers særskilte rettslige stilling i prøvetid. Oppgaven vil i det videre redegjøre for denne opplærings- og veiledningsplikten. En del av arbeidstakers særskilte rettslige stilling er også arbeidstakers krav på tilbakemelding fra arbeidsgiver. Dette behandles avslutningsvis i kapitlet.

3.1.1 Arbeidstakers krav på opplæring og veiledning

Kravets hjemmel

Arbeidstakers krav på opplæring og veiledning er en sentral del av arbeidstakers rettsvern i prøvetid. Likevel oppstilles det ikke noe krav til opplæring og veiledning i aml. § 15-6 eller i

³³ Jf. aml. § 15-3 (7).

³⁴ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

arbeidsmiljøloven for øvrig. Arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt kommer imidlertid til uttrykk i arbeidsmiljølovens forarbeid og i rettspraksis. I forarbeidene formuleres kravet til opplæring og veiledning fra arbeidsgiver slik:

En forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne stille slike krav, er at arbeidstaker har fått den veiledning eller opplæring i utførelsen av arbeidsoppgavene som anses nødvendig overfor en nytilsatt.³⁵

Videre presiseres det i forarbeidene at det ikke kan «(...) stilles idealkrav til arbeidstakers utførelse av arbeidet. Arbeidsgiver må i sine krav ta hensyn til vedkommendes manglende arbeidserfaring.»³⁶ Omtalen av opplærings- og veiledningsplikten som en forutsetning medfører at dette er noe arbeidsgiver er nødt til å gjennomføre dersom vedkommende skal kunne si opp en arbeidstaker etter aml. § 15-6. Høyesterettspraksis har utviklet plikten videre, og gjør det klart at en oppsigelse av arbeidstaker i prøvetid kun er saklig dersom arbeidsgiver har gitt tilstrekkelig med opplæring og veiledning.³⁷ Slik er arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt også en side av saklighetskravet ved oppsigelser.

Illustrert og utpenslet i høyesterettspraksis

Opplærings- og veiledningsplikten kan illustreres blant annet ved Rt. 1983 s. 537. Dommen omhandler en arbeidstaker som ble ansatt som kranfører med seks måneders prøvetid. Han ble oppsagt etter omtrent tre uker, og Høyesterett fant oppsigelsen usaklig ettersom arbeidsgiver ikke hadde gitt tilstrekkelig opplæring og veiledning. Det ble uttalt at:

Han hadde bare fått opplæring og instruksjon de to første 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 ham om å unngå brå bevegelser med kranen, har vært lite presist og synes å ha hatt mer preg av alminnelige bemerkninger enn av instruksjon.³⁸

Dermed var arbeidstakeren vernet mot oppsigelse fordi kravet om opplæring og veiledning fra arbeidsgiver ikke var oppfylt. Dommen viser hvordan krav på opplæring og veiledning

³⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

³⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

³⁷ Se blant annet Rt. 1983 s. 537.

³⁸ Jf. Rt. 1983 s. 537 s. 541.

konkret verner om arbeidstakeren, og hvor tett opplæring og veiledning fra arbeidsgiver henger sammen med saklighetskravet og arbeidsgivers rett til å si opp arbeidstakeren.

Også det nærmere innholdet av opplærings- og veiledningsplikten er klarlagt i rettspraksis. Rent overordnet har arbeidstakers krav på opplæring og veiledning blitt formulert som at arbeidstaker må ha fått «en reell mulighet» til å prøve seg i arbeidet.³⁹ Det følger av langvarig høyesterettspraksis at hvilke krav som stilles til arbeidsgiver varierer fra sak til sak.⁴⁰ Dette medfører at det må gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Bakgrunnen for den konkrete vurderingen er blant annet at kravene som stilles til arbeidsgiver må justeres ut ifra arbeidstakerens tidligere erfaring. Dette oppstilles i forarbeidene,⁴¹ og følger også av Rt. 1984 s. 337. Dommen omhandlet en arbeidstaker som ble ansatt med prøvetid på en boreplattform. Arbeidstakeren hadde seks års erfaring fra offshorevirksomhet da han ble ansatt. Den omfattende erfaringen fra tidligere arbeidsforhold gjorde at Høyesterett mente arbeidsgiver ikke hadde forsømt sin opplærings- og veiledningsplikt. Oppsigelsen ble dermed vurdert som saklig.⁴²

Kravene som stilles til arbeidsgiver varierer ikke kun etter arbeidstakers tidligere erfaring, men også ut fra hvilken arbeidsgiver det er snakk om i det enkelte tilfelle. Dette følger av Rt. 1991 s. 236, som omhandlet en sykepleier som var ansatt i kommunen og som ble oppsagt mens hun var sykemeldt. I sin vurdering av om kommunen som arbeidsgiver hadde oppfylt sine plikter uttalte Høyesterett at det måtte vektlegges at kommunen var en «(...) stor arbeidsgiver med forventet profesjonell kompetanse.»⁴³ Oppsigelsen ble kjent ugyldig og sykepleieren tilkjent erstatning.⁴⁴

Etter den ovennevnte rettspraksis må det, i vurderingen av om arbeidsgiver har oppfylt sin opplærings- og veiledningsplikt, gjøres en konkret vurdering der både arbeidstakers tidligere erfaring og arbeidsgivers forutsetninger tas i betraktning.

Videre er det relevant for kravene som stilles til arbeidsgivers opplæring og veiledning om arbeidsoppgavene er av en slik karakter at de krever omfattende opplæring og veiledning,

³⁹ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 48.

⁴⁰ Se eksempelvis Rt. 1984 s. 337 og Rt. 1991 s. 236.

⁴¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

⁴² Se Rt. 1984 s. 337 s. 342.

⁴³ Se Rt. 1991 s. 236 s. 239.

⁴⁴ Se Rt. 1991 s. 236 s. 240.

eller om det er snakk om relativt enkle arbeidsoppgaver som det burde kunne forventes at arbeidstaker mestrer i løpet av en kortere periode og med mindre bistand fra arbeidsgiver. Et eksempel på dette fra underrettspraksis er NAD-1081-248 (Stavanger Byrett). Dommen omhandler en nattportier som ble oppsagt etter kun åtte vakter. Bakgrunnen for oppsigelsen var hans manglende faglige dyktighet, og retten vurderte oppsigelsen som saklig. I vurderingen av hvilke krav som måtte stilles til arbeidsgiver og om denne hadde oppfylt sin plikt, uttalte retten at «de arbeidsoppgaver som er pålagt en nattportier er såvidt enkle og oversiktlige at det ikke skulle være nødvendig med en lengre opplæringstid.»⁴⁵ Dommen eksemplifiserer hvordan også arbeidsoppgavens karakter er relevant i den konkrete vurderingen av hvilke krav som må stilles til arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt.

Oppsummert kan det ikke oppstilles noen generell eller formell regel om innholdet av arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt, på tross av at en slik plikt oppstilles i forarbeidene. Det må gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle og en rekke momenter vil være relevante.

Opplærings- og veiledningspliktens funksjon – linje til midlertidige ansettelser

Den videre fremstillingen i oppgavens kapittel 4 vil vise at det stilles mindre krav til grunnlaget for oppsigelse av arbeidstaker i prøvetid enn ved oppsigelse av arbeidstaker utenfor prøvetid. Arbeidstakeren har dermed et svakere rettsvern i prøvetid enn ellers. Når arbeidsgiver, i henhold til opplærings- og veiledningsplikten, må gi den prøvetidsansatte opplæring og veiledning for å kunne si opp vedkommende, sikres det at arbeidsgiver investerer ressurser i den prøvetidsansatte og ikke tjener på å kunne gi vedkommende oppsigelse med en lavere terskel etter kort tid.

Dersom arbeidsgivere ikke må forholde seg til en slik plikt vil det å ansette arbeidstaker i prøvetid gi mulighet for arbeidsgivere til å skaffe seg arbeidskraft i en kort periode, for så å kunne kvitte seg med dem på et mindre grunnlag enn ellers. Dette vil legge til rette for flere midlertidige ansettelser, hvilket går imot lovgivers intensjon om å motvirke den økte bruken av midlertidige ansettelser i norsk arbeidsliv.⁴⁶

⁴⁵ NAD-1981-248.

⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

Samtidig må det påses at opplæring- og veiledningsplikten ikke blir for omfattende. Dersom det stilles for høye krav til arbeidsgiver vil det, på tross av den lavere terskelen for oppsigelse, ikke lenger være gunstig for arbeidsgiver å ansette arbeidstaker i prøvetid, og det er naturlig å anta at arbeidsgiver da heller vil benytte seg av midlertidige ansettelser. Så lenge opplæring- og veiledningsplikten holdes på et nivå som er håndterbart for arbeidsgiver er dette både en sentral del av arbeidstakers rettsvern i prøvetid, og avgjørende for å sikre prøvetidens formål og lovgivers intensjon om hva prøvetid skal bidra til i norsk arbeidsliv.

3.1.2 Krav om tilbakemelding til arbeidstaker?

Arbeidsgivers tilbakemelding til arbeidstaker i prøvetid er også relevant i vurderingen av om en oppsigelse er saklig etter aml. § 15-6.⁴⁷ Heller ikke dette er formulert i arbeidsmiljøloven, og det ses derfor hen til lovens forarbeid.

Arbeidsmiljølovens forarbeid oppstiller krav om at arbeidsgiver gir tilbakemelding til arbeidstaker om vedkommendes prestasjoner, slik at arbeidstakeren skal få mulighet til å forbedre seg og bli forberedt på en eventuell oppsigelse. Dette formuleres som at:

«Arbeidstaker må få en relevant tilbakemelding på eventuelle feil, slik at vedkommende har en mulighet til å korrigere sin utførelse av arbeidet. En oppsigelse skal således ikke kunne komme som en overraskelse på arbeidstaker.»⁴⁸

Forarbeidsuttalelsen oppstiller krav til prosessen og kommunikasjonen som må være mellom arbeidstaker og arbeidsgiver i prøvetid. Arbeidsgiver kan ikke simpelthen gi opplæring og veiledning til arbeidstaker, for så å konstatere at arbeidstaker ikke utfører arbeidet på en tilstrekkelig god måte uten å kommunisere sin eventuelle misnøye til arbeidstakeren.

Presiseringen av at en oppsigelse ikke skal komme overraskende på arbeidstakeren gir krav om at kommunikasjonen rundt arbeidsgivers misnøye må være av en slik art at arbeidstakeren har grunn til å forvente en oppsigelse. En naturlig slutning av dette kan være at arbeidsgiver i praksis må ha gitt arbeidstaker en formell advarsel for at forarbeidenes krav skal kunne anses oppfylt.

Samtidig oppstiller ikke forarbeidene noen formelle retningslinjer på hvordan tilbakemeldingen skal gis. Det fokuseres tvert imot på tilbakemeldingens virkning, og ikke i

⁴⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

hvilket format den har blitt gitt. Dette taler for at det ikke kan oppstilles krav om formell advarsel.

Spørsmålet om det kreves formell advarsel har ikke blitt vurdert av Høyesterett. Det ses derfor hen til underrettspraksis for å illustrere hvordan problemstillingen kan møtes av domstolene der Høyesterett ikke har tatt stilling til spørsmålet. I NAD-1984-277 (Hålogaland lagmannsrett) ble oppsigelsen av en snekker i prøvetid ansett saklig. Arbeidstakeren mente hun ikke skulle ha vært oppsagt uten en formell advarsel fra arbeidsgiver. Lagmannsretten var ikke av samme oppfatning, og vektla at «hun stadig fikk kommentar og kritikk på det arbeid hun gjorde, og således må ha fått klart inntrykk av hvordan hun lå an.»⁴⁹ Rettens vurdering er i tråd med de ovennevnte slutninger fra forarbeidsuttalelsen der det avgjørende er i hvilken grad arbeidstaker har fått tilstrekkelig tilbakemeldinger på arbeidet sitt, ikke tilbakemeldingens form.

Selv om det ikke kan oppstilles et formkrav for arbeidsgivers tilbakemelding, er det verdt å merke seg at dette likevel ofte i praksis gjøres skriftlig. Dette fordi arbeidsgiver har et behov for notoritet, ettersom det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at tilbakemelding er gitt dersom arbeidstaker reiser sak om oppsigelsens gyldighet.⁵⁰

3.1.3 Oppsummert

Det oppstilles ingen generelle eller formelle krav til arbeidsgivers opplæring og veiledning, men skal gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Hvilke krav som stilles beror på en rekke ulike faktorer som er utpenslet i rettspraksis.

Rettspraksis viser imidlertid at hvilken opplæring og veiledning arbeidsgiver gir i prøvetid er avgjørende for arbeidsgivers rett til oppsigelse av arbeidstakeren. Den videre fremstillingen vil dreie seg om arbeidstakers rettsstilling når et arbeidsforhold opphører i prøvetid, først ved oppsigelse og deretter ved avskjed. For å bedre kunne omtale de særskilte reglene for oppsigelse i prøvetid jf. aml. § 15-6, gis det først en gjennomgang av regelen for ordinær oppsigelse jf. aml. § 15-7.

⁴⁹ Se NAD-1984-277 (Hålogaland lagmannsrett).

⁵⁰ Se eksempelvis Rt. 2008 s. 135.

4 Arbeidstakers rettsstilling ved oppsigelse i prøvetiden

4.1 Hva er vilkårene for oppsigelse utenfor prøvetid?

4.1.1 Oppsigelsens funksjon, regler og begrensninger

Et ansettelsesforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er et avtaleforhold. Utgangspunktet er derfor at avtalen skal holdes, og at arbeidstaker, når det er inngått avtale om ansettelse, skal være ansatt. En arbeidsavtale vil imidlertid som regel inneholde et punkt om opphør av ansettelsesforholdet, og arbeidsmiljøloven gir både arbeidsgiver og arbeidstaker en rett til å terminere.⁵¹ Dermed har både arbeidsgiver og arbeidstaker anledning til å avslutte arbeidsforholdet uten å bryte avtalen. I tillegg gir arbeidsgivers styringsrett, som tidligere nevnt, arbeidsgiver rett til å foreta avgjørelser om opphør av arbeidsforhold.

Oppsigelse er den mest anvendte fremgangsmåten for arbeidsgivere som ønsker at et arbeidsforhold skal opphøre. Det følger av aml. § 15-7 (1) at:

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

Kravet om at oppsigelsen må være «saklig» og begrunnet i enten «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold» er en del av arbeidstakers vern mot oppsigelse utenfor prøvetid, ved at tilfeller som kvalifiserer for oppsigelse begrenses.

En oppsigelse innebærer at arbeidstakeren fortsetter å være ansatt og utføre arbeid for arbeidsgiver ut den perioden man har avtalt oppsigelsestid. Dette gjør at arbeidsforholdet i praksis opphører på et senere tidspunkt enn oppsigelsen gis. Hvor mye senere avhenger av oppsigelsestidens lengde. Regler om oppsigelsesfrist fremgår av aml. § 15-3.

Arbeidsgivers adgang til å treffe avgjørelser om oppsigelse begrenses av de preseptoriske reglene i arbeidsmiljøloven. Arbeidsgiver kan ikke på hvilket som helst grunnlag si opp en

⁵¹ Se eksempelvis aml. § 15-3 (1).

arbeidstaker – det må foreligge saklig grunn som er begrunnet i enten virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Denne begrensningen av arbeidsgivers styringsrett bunner i at arbeidsmiljøloven er en vernelov som sikter å ivareta arbeidstakerens rettigheter.

Arbeidsgivers styringsrett begrenses også av aml. §§ 15-8, 15-9 og 15-13. I tillegg stilles det krav til oppsigelsens form og måten den blir gitt på ved krav om drøftelsesmøte i aml. § 15-1, krav om skriftlighet etter § 15-4 (1) og krav til oppsigelsens innhold i § 15-4 (2). Kravene til arbeidsgiver i forbindelse med oppsigelse sikrer at oppsigelsen er veloverveid fra arbeidsgiver, og gir forutsigbarhet og trygge rammer for arbeidstaker. Slik verner arbeidsmiljøloven om arbeidstaker.

Adgangen til oppsigelse i arbeidsforhold sikrer fleksibilitet både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Det er avgjørende for flyt i arbeidslivet at adgangen til å fri seg fra et arbeidsforhold ikke er for snever. Samtidig må reglene for oppsigelse ha klare nok rammer til å sikre forutsigbarhet og forutberegnelighet for begge parter. Dette er særlig avgjørende for arbeidstaker, som er avhengig av arbeidsforholdet ved at det er slik vedkommende tjener sin inntekt. Dermed er det naturlig at hensynet til arbeidstakers behov for forutsigbarhet og forutberegnelighet veier tyngre enn hensynet til fleksibilitet. En slik tankegang er også i tråd med arbeidsmiljølovens funksjon som vernelov.

Utformingen av reglene om oppsigelsestid ivaretar også hensynet til forutsigbarhet og forutberegnelighet både for arbeidsgiver og arbeidstaker, ettersom de gjør at partene er sikret henholdsvis arbeidskraft og inntekt i en periode etter oppsigelsen.

4.1.2 Nærmere om kravet til saklig grunn ved ordinær oppsigelse

Kravet om at oppsigelsen må ha «saklig» grunn, jf. aml. § 15-7 tilsier, etter en naturlig språklig forståelse, at det må være snakk om relevante forhold av en viss tyngde, og at forholdet må overskride en viss, ikke ubetydelig terskel.

I forarbeidene påpekes det at saklighetsvurderingen må følge «den sosiale utvikling i samfunnet.»⁵² Dette gjør at hva som anses saklig vil utvikle seg over tid, og skal være i tråd med samfunnets oppfatning om hva som anses saklig. Domstolene får dermed en viktig rolle

⁵² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

ved å oppdatere saklighetskravet gjennom avgjørelser som tar samfunnsutviklingen i betraktning.

Innholdet i saklighetskravet har blitt utviklet gjennom rettspraksis, og blitt oppsummert som at det «etter en samlet avveining av begge parters behov» anses som «rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør».⁵³ Nærmere bestemt må oppsigelsen være bygget på et korrekt faktisk grunnlag,⁵⁴ på hensyn som ikke er utenforliggende eller usaklige, og på forhold som er tilstrekkelig tungtveiende.⁵⁵ Videre må den saklige grunnen være begrunnet i enten «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold», jf. aml. § 15-7 (1).

Oppgaven avgrenses mot en nærmere redegjørelse av hva som ligger i disse tre kategoriene av forhold.

Regelen om saklig grunn for oppsigelse i aml. § 15-7 er av betydning også i prøvetiden. Dette følger av aml. § 15-6 (2), som presiserer at bestemmelsen ikke innskrenker retten til oppsigelse etter § 15-7. Regelen for oppsigelse i prøvetid i aml. § 15-6 skal etter dette være et alternativ for arbeidsgiver der det skal mindre til for å si opp arbeidstakeren, men innebærer ingen begrensning i arbeidsgivers adgang til oppsigelse etter aml. § 15-7 dersom det foreligger saklig grunnlag.⁵⁶

Den videre fremstillingen vil fokusere på arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstaker i prøvetiden, jf. aml. § 15-6 (1).

4.2 Hvordan reguleres oppsigelse i prøvetiden?

4.2.1 Rettslig regulering

Oppgaven vil nå ta for seg oppsigelse i prøvetid og arbeidstakers rettsvern mot dette. Det vil redegjøres for det rettslige utgangspunktet i aml. § 15-6 (1), før de ulike alternativene for oppsigelse i aml. § 15-6 (1) gjennomgås hver for seg. Deretter vil det foretas en analyse av terskelen for oppsigelse i prøvetid. Avslutningsvis vil domstolens adgang til overprøving av saker om oppsigelse i prøvetid undersøkes.

⁵³ Se Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør) avsnitt 52.

⁵⁴ Rt. 1984 s. 1058 s. 1067 (Nationaltheatret).

⁵⁵ Næss Skjønberg, Hognestad og Jenum Hotvedt (2017) s. 416.

⁵⁶ Fanebust (2015) s. 28.

Det følger av aml. § 15-6 (1) at dersom en arbeidstaker som er skriftlig ansatt med bestemt prøvetid blir sagt opp må oppsigelsen:

«(...) være begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet.»

På samme måte som oppsigelse etter aml. § 15-7 begrenser arbeidsgivers rett til å foreta avgjørelser om oppsigelser ved å stille krav om saklig grunn, begrenser aml. § 15-6 arbeidsgivers styringsrett gjennom krav om at oppsigelsen må skyldes ett eller flere av de ovennevnte forhold. Dersom oppsigelsen ikke skyldes arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet vil ikke arbeidsgiver kunne benytte seg av spesialbestemmelsen for oppsigelse i prøvetid.

Det finnes en rekke rettsavgjørelser som vurderer sakligheten ved oppsigelse etter aml. § 15-6.⁵⁷ Det avgjørende i denne vurderingen er om oppsigelsens forhold faller inn under ett eller flere av alternativene i § 15-6 (1), og om forholdet når opp til terskelen. Et eksempel fra underrettspraksis som illustrerer en begrunnelse som oppfyller bestemmelsens krav finnes i LB-2018-13157 (Borgarting lagmannsrett). I denne saken hadde oppsigelsen sin bakgrunn i «manglende resultatet, salgsmessig dyktighet, innsatsvilje og manglende tilpasning til arbeidet.» Denne begrunnelsen ble altså vurdert som saklig etter aml. § 15-6 (1), ettersom forholdene omhandlet arbeidstakerens faglige dyktighet og tilpasning til arbeidet, og var tilstrekkelige til å nå opp til terskelen. Retten påpekte også at det skal gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om oppsigelsen er saklig etter aml. § 15-6 (1).⁵⁸

4.2.2 Grunner for oppsigelse i prøvetid

Forutsetningen for oppsigelse i prøvetid er at oppsigelsen har sin bakgrunn i arbeidstakers «tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet», jf. aml. § 15-6 (1). Dette er tre alternative vilkår, slik at det er tilstrekkelig at oppsigelsen er begrunnet i ett av dem for at oppsigelsen skal være saklig.

Ved å snevre inn hvilke forhold som er relevante er lovens alternativer en del av arbeidstakers rettsvern i prøvetiden, på samme måte som arbeidstakers krav på opplæring og veiledning fra arbeidsgiver. Alternativene i bestemmelsen er også en begrensning av

⁵⁷ Se eksempelvis Rt. 2008 s. 135 og Rt. 2003 s. 1071.

⁵⁸ Se LB-2018-13157.

arbeidsgivers styringsrett, og er i tråd med arbeidsmiljølovens funksjon som vernelov for arbeidstaker.

Den videre fremstillingen vil redegjøre for de ulike alternativene i aml. § 15-6 (1), og gi illustrerende eksempler fra rettspraksis. Det bemerkes at det ofte ikke skilles tydelig mellom de ulike alternativene, og at begrunnelser for oppsigelse ofte knytter seg til flere av alternativene.

Arbeidstakers egnethet og skikkethet til stillingen

Hvordan de tre alternativene i aml. § 15-6 (1) glir over i hverandre og ofte behandles samlet kommer særlig tydelig frem i domstolens behandling av bestemmelsen. I rettspraksis har det vokst frem en praksis der det ikke er arbeidstakers «tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet» jf. aml. § 15-6 (1) som vurderes, men heller om arbeidstaker er egnet og skikket til stillingen.⁵⁹ Dette kan betegnes som en sekkebestemmelse.

I Rt. 2008 s. 135 var en tollaspirant oppsagt i prøvetiden. Oppsigelsen var gitt med grunnlag i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) § 8 (opphevet) fordi arbeidstakeren hadde promillekjørt. Høyesterett vurderte arbeidsgivers oppsigelse som saklig, og formulerte arbeidstakers egnethet til stillingen som et forhold arbeidsgiver må vurdere:

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.⁶⁰

Videre vektla Høyesterett at oppsigelsens faktiske forhold var egnet til å illustrere at arbeidstakeren ikke var skikket for stillingen:

De faktiske forhold vedtaket således bygger på og de holdninger det vises til, må Høyesterett bygge på. De er etter min mening etter sin art egnet til å kaste lys over As skikkethet som tolltjenestemann.⁶¹

⁵⁹ Se eksempelvis Rt. 1983 s. 537 og HR-2021-605-A.

⁶⁰ Se Rt. 2008 s. 135 avsnitt 36.

⁶¹ Se Rt. 2008 s. 135 avsnitt 35.

Det avgjørende for Høyesteretts konklusjon var altså arbeidstakers manglende egnethet og skikkethet til stillingen, og det at de faktiske forhold oppsigelsen bygget på var illustrerende for den manglende skikketheten. Vurderingen av arbeidstakers egnethet og skikkethet istedenfor et spørsmål om arbeidstakers «tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet» jf. aml. § 15-6 (1), har senere blitt fulgt opp i blant annet Rt. 2011 s. 74 og HR-2021-605-A, og er dermed stadfestet som praksis.

Vurderingen av arbeidstakers egnethet og skikkethet til stillingen kan også være avgjørende for om oppsigelsen er saklig eller ikke, dersom arbeidsforholdet har blitt avsluttet for tidlig for at arbeidsgiver kan ha opparbeidet seg en begrunnet mening om dette. I Rt. 2011 s. 74 var en miljøterapeut blitt ansatt i kommunen med avtale om prøvetid. Underveis i prøvetiden ble arbeidstakeren varetektsfengslet i fire uker. Vedkommende ble senere frifunnet for forholdet, slik at selve varetektsfengslingen var arbeidsgivers eneste grunn for oppsigelse. Høyesterett konkluderte med at varetektsfengslingen ikke var tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse. I forbindelse med dette uttalte Høyesterett at varetektsfengslingen hadde ført til at arbeidsgivers mulighet til å vurdere arbeidstakeren var blitt redusert, og at

«dersom fraværet er av en slik lengde at arbeidsgiver ikke har fått et 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.»⁶²

Dermed var ikke arbeidsgivers manglende mulighet til å vurdere arbeidstakers skikkethet til stillingen tilstrekkelig for oppsigelse. Arbeidsgiver skulle heller ha benyttet seg av sin mulighet til å forlenge prøvetiden.

Arbeidstakers tilpasning til arbeidet

Arbeidsgivers mulighet til å si opp en arbeidstaker grunnet manglede «tilpasning til arbeidet» gir, etter en naturlig språklig forståelse, anvisning på en vurdering av hvor kapabel arbeidstakeren er til å sette seg inn i arbeidsoppgavene, følge instruksjoner og finne sin rolle på arbeidsplassen.

⁶² Se Rt. 2011 s. 74 avsnitt 40.

Viktigheten av arbeidstakers tilpasning i prøvetiden understrekes i forarbeidene. Det uttales her at hvilke krav som stilles til arbeidstakers tilpasning til arbeidet vil variere etter hvor høye kvalifikasjonskrav som følger med stillingen.⁶³

Den tidligere nevnte Rt. 2003 s. 1071 omhandlet en arbeidstaker som ble ansatt som daglig leder i en bilforretning med seks måneders prøvetid. Oppsigelsen av arbeidstakeren var begrunnet i faktiske forhold som arbeidsgiver mente knyttet seg til arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, faglige kvalifikasjoner og evne til å følge instruks. Høyesterett konkluderte med at arbeidstakeren ikke hadde fått mulighet til å tilpasse seg stillingen, og uttalte at:

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 reell mulighet til å prøve seg. I denne saken sto man også overfor 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 kunne lykkes i arbeidet som daglig leder.⁶⁴

Når arbeidstakeren i realiteten ikke hadde fått mulighet til å vise at han kunne tilpasse seg rollen som daglig leder og de tilhørende arbeidsoppgavene, kunne arbeidsgiver heller ikke si han opp i prøvetiden. Avgjørelsen illustrerer godt hvordan aml. § 15-6 (1) gir arbeidstaker et rettsvern i prøvetid ved å begrense hvilke forhold som kan kvalifisere for oppsigelse med lavere terskel.

Samtidig er det i tråd med prøvetidens formål at arbeidsgivere har anledning til å si opp arbeidstaker med en lavere terskel etter § 15-6 (1) dersom arbeidstakeren har blitt gitt tilstrekkelig mulighet til å tilpasse seg arbeidet, men ikke gjør dette tilfredsstillende. Arbeidstakers tilpasning til arbeidet er helt i kjernen av de forhold prøvetiden tar sikte på å avklare, og manglende oppfyllelse av dette må derfor gi grunnlag for oppsigelse dersom det skal være gunstig for arbeidsgiver å ta sjansen på en arbeidstaker med prøvetid.

⁶³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁶⁴ Se Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 48.

Arbeidstakers faglige dyktighet

Også om arbeidstaker er tilstrekkelig faglig dyktig i utførelsen av arbeidsoppgavene som hører til stillingen er i kjernen av det prøvetid skal avklare. Dermed er det i tråd med prøvetidens formål at arbeidsgiver har anledning til å si opp arbeidstakeren med en lavere terskel enn for ordinær oppsigelse, jf. aml. § 15-6 (1), dersom arbeidstaker ikke er tilstrekkelig faglig dyktig.

En naturlig forståelse av arbeidstakers «faglige dyktighet», jf. aml. § 15-6, indikerer at arbeidstakers prestasjon kan være grunnlag for oppsigelse i prøvetid dersom denne ikke er tilfredsstillende nok. Forarbeidene justerer hvilke krav arbeidsgiver kan stille til arbeidsgivers prestasjon i prøvetid ved å uttale at arbeidsgiver ikke kan «forvente noen idealytelse fra arbeidstaker i prøvetiden, men må kunne kreve at arbeidsytelsen ligger på et gjennomsnittlig nivå.»⁶⁵

Dermed kan ikke arbeidsgiver kreve annet enn at arbeidstakeren presterer faglig på et nivå som er det man alminnelig kan forvente av enhver nyansatt arbeidstaker. Tidligere nevnt rettspraksis og prøvetidens formål medfører også at arbeidstaker må få tilstrekkelig tid til å lære seg de aktuelle arbeidsoppgavene.⁶⁶ Arbeidsgiver må altså gi arbeidstaker muligheten til å bli tilstrekkelig faglig dyktig. Hvor mye tid som må gis vil variere etter stillingens art og de kvalifikasjonskrav som ligger til stillingen.⁶⁷

I NAD-1988-360 fra Oslo byrett (nå Oslo tingrett) var en arbeidstaker uten relevant erfaring ansatt som selger i et reklamebyrå. Det var avtalt prøvetid mellom partene, og arbeidstakeren ble oppsagt fordi arbeidsgiver ikke var fornøyd med hans prestasjoner som selger. Byretten vurderte at oppsigelsen var saklig, og vektla blant annet at «hans salg alt i alt var så vidt lite at det måtte være grunnlag for misnøye med hans prestasjoner.»⁶⁸ I denne uttalelsen ligger at arbeidstakeren hadde prestert på et så dårlig nivå at arbeidsgiver utvilsomt hadde grunn til å ikke være fornøyd med hans faglige dyktighet. Avgjørende for rettens vurdering var også at arbeidstakeren hadde mottatt tilstrekkelig med opplæring og veiledning fra arbeidsgiver. Når arbeidsgiver hadde oppfylt sine plikter, og arbeidstakeren fått tilstrekkelig anledning til å møte de krav til faglig dyktighet stillingen krevde, måtte oppsigelsen kjennes gyldig.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁶⁶ Se eksempelvis Rt. 2003 s. 1071.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163; eksempelvis LB-2018-13157 (Borgarting lagmannsrett).

⁶⁸ Se NAD-1988-360 (Oslo byrett).

Dommen kan ikke tillegges særlig rettskildemessig vekt, men illustrerer på en god måte hvordan arbeidstakers faglige dyktighet kan være avgjørende i enkeltsaker.

Arbeidstakers pålitelighet

En naturlig språklig forståelse av alternativet «pålitelighet» i aml. § 15-6 (1) tilsier at fravær av tillit og grunnlag for å ikke kunne stole på arbeidstaker kan være tilstrekkelig for oppsigelse i prøvetid. Arbeidsgivers mulighet til å si opp en arbeidstaker i prøvetiden grunnet manglende pålitelighet kan i praksis fungere som en viktig sikkerhetsventil. For arbeidsgiver vil det kunne være svært alvorlig dersom det avdekkes forhold som viser at arbeidstakeren ikke er til å stole på. Samtidig er pålitelighet et forhold som vanskelig kan avdekkes før arbeidstakeren faktisk er ansatt og praktiserende i stillingen. Lovens anerkjennelse av at dette kvalifiserer til en lavere terskel for oppsigelse i prøvetid jf. § 15-6 (1) er derfor sentral for arbeidsgiver.

I HR-2021-605-A ble en arbeidstaker oppsagt i prøvetid. Det var arbeidstakers manglende pålitelighet som var grunnlaget for arbeidsgivers oppsigelse, etter at arbeidstaker på intervju hadde tilbakeholdt opplysninger om konflikt med en tidligere arbeidsgiver. Høyesterett foretok en vurdering av om «pålitelighet» i § 15-6 (1) kun omhandlet forhold som kan knyttes til arbeidet, eller om generell pålitelighet også faller inn under begrepet. Det ble konkludert med at «pålitelighet» jf. § 15-6 (1) også omfattet «om arbeidstaker er til å stole på mer generelt» og om arbeidstakeren «holder den etiske standarden som kreves for stillingen.»⁶⁹ Dermed var det ikke relevant at den manglende påliteligheten til arbeidstaker stammet fra manglende opplysninger på jobbintervju, og ikke til forhold knyttet til utførelsen av arbeidet. Høyesterett konkluderte likevel med at oppsigelsen var usaklig og ugyldig. På tross av konklusjonen illustrerer dommen hvordan pålitelighet kan være helt avgjørende for om en arbeidstaker fungerer i en stilling.

4.2.3 Hvor ligger terskelen for oppsigelse i prøvetid og hvordan vernes arbeidstaker mot oppsigelse i prøvetid?

Hvilke forhold som kan kvalifisere for oppsigelse i prøvetid, jf. aml. § 15-6, fremgår altså av bestemmelsens ordlyd. Hvilken alvorlighetsgrad som kreves utpensles imidlertid ikke, og det

⁶⁹ Se HR-2021-605-A avsnitt 38.

må derfor ses hen til forarbeid og rettspraksis for å fastsette terskelen for oppsigelse i prøvetid jf. aml. § 15-6.

Forarbeidene adresserer terskelen for oppsigelse i prøvetid, og sammenligner denne med terskelen for ordinær oppsigelse. Det uttales at det skal være «en noe romsligere adgang til oppsigelse innenfor prøvetiden enn ellers».⁷⁰ Dermed er det klart at terskelen for oppsigelse i prøvetid er lavere enn utenfor prøvetid. Forarbeidene gir ingen videre redegjørelse av hvor mye lavere terskelen skal være, men dette er utpenslet i høyesterettspraksis.

Terskelen for oppsigelse i prøvetid ble vurdert av Høyesterett i blant annet Rt. 2003 s. 1071. Dommen omhandlet en arbeidstaker som ble ansatt som daglig leder i en bilforretning. Det ble avtalt seks måneders prøvetid. Arbeidstakeren hadde relevant utdanning for stillingen, men hadde aldri før vært daglig leder. I løpet av prøvetiden fikk arbeidstakeren flere tilbakemeldinger på at arbeidsgiver ikke var fornøyd med hans arbeid, og etter fem måneder ble han oppsagt. Høyesterett viste til den ovennevnte uttalelsen fra forarbeidene, formålet med prøvetid og lovgivers særskilte regulering av oppsigelse i prøvetid, og uttalte at terskelen for oppsigelse i slike tilfeller er

«noe – ikke helt ubetydelig – lavere enn det som ellers gjelder.»⁷¹

Høyesterett fant oppsigelsen usaklig. Det ble lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren i realiteten ikke hadde fått mulighet til å vise at han kunne lykkes som daglig leder,⁷² ettersom det krevdes store tiltak over lenger tid for å bedre bedriften. Høyesteretts formulering om terskelen for oppsigelse i prøvetid i Rt. 2003 s. 1071 er senere fulgt opp i annen høyesterettspraksis, og følgelig bekreftet som et standpunkt fra Høyesterett.⁷³

Terskelen for oppsigelse i prøvetid ble på nytt tema for Høyesterett i den nyere dommen HR-2021-605-A. Det vises til oppgavens tidligere redegjørelse for sakens faktum. Spørsmålet for Høyesterett var, for det første, hvor langt arbeidstakers opplysningsplikt om tidligere arbeidskonflikter strekker seg på et jobbintervju, og for det andre om forholdet skulle vurderes etter den lavere terskel for oppsigelse i aml. § 15-6 eller den ordinære terskel i

⁷⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

⁷¹ Se Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 29.

⁷² Se Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 48.

⁷³ Se eksempelvis Rt. 2011 s. 74 avsnitt 34.

§ 15-7. Deretter måtte det vurderes om oppsigelsen oppfylte kravene i henholdsvis § 15-6 eller § 15-7, avhengig av hvilken bestemmelse som skulle anvendes. Oppgaven avgrenses mot en nærmere redegjørelse av den første problemstillingen.

Vedrørende spørsmålet om manglende pålitelighet skulle vurderes etter aml. § 15-6 eller § 15-7, viste Høyesterett til tidligere rettsavgjørelser, blant annet Rt. 2003 s. 1071, og uttalelsen om en lavere terskel.⁷⁴ Videre viste Høyesterett til forarbeidenes uttalelse med lovgivers ønske om at prøvetid skal motvirke midlertidige ansettelser.⁷⁵ Høyesterett konkluderte med at manglende generell pålitelighet falt inn under «pålitelighet» i aml. § 15-6.⁷⁶ Dermed måtte den lavere terskelen for oppsigelse i aml. § 15-6 anvendes, og oppsigelsen ble vurdert til å oppfylle bestemmelsens krav. Oppsigelsen ble derfor kjent saklig av Høyesterett. I sin konklusjon viste Høyesterett på nytt til prøvetidens formål om å gjøre det enklere for arbeidsgivere å ansette usikre arbeidstakere, og til at denne begrunnelsen må medføre en lavere terskel for oppsigelse i prøvetid.⁷⁷

Ved å vise til formuleringen av terskelen i Rt. 2003 s. 1071, og til øvrig rettspraksis som stadfester dette synspunktet, stiller Høyesterett i HR-2021-605-A seg bak sine tidligere uttalelser og viderefører den tidligere klarlagte rettstilstanden. Dette underbygges ytterligere når Høyesterett to ganger i sin redegjørelse velger å vise til den 30 år gamle, opprinnelige begrunnelsen for en lavere terskel for oppsigelse i prøvetid. Slik gis prøvetidens formål ny aktualitet og bekreftet status som et viktig hensyn i fremtidige konkrete vurderinger.⁷⁸ Dommen må tolkes som et tydelig signal fra Høyesterett om at den klarlagte rettstilstanden, der terskelen for oppsigelse i prøvetid er noe lavere enn ellers, videreføres også i nyere tid, og at terskelens begrunnelse og prøvetidens formål er like aktuell i dag som tidligere.

Som tidligere nevnt har arbeidsgiver alltid mulighet til å si opp en arbeidstaker dersom det foreligger saklig grunn for oppsigelse i henhold til aml. § 15-7.⁷⁹ Terskelen for dette er imidlertid ikke ubetydelig, og det vil kunne være krevende for en arbeidsgiver å dokumentere forhold som når opp til terskelen når arbeidstaker kun har vært ansatt en kort periode. Dermed er det nødvendig for å realisere formålet og lovgivers mål om å erstatte midlertidige

⁷⁴ Se HR-2021-605-A avsnitt 36.

⁷⁵ Se HR-2021-605-A avsnitt 36.

⁷⁶ Se HR-2021-605-A avsnitt 38.

⁷⁷ Se HR-2021-605-A avsnitt 40.

⁷⁸ Meder, Margrethe, *Kommentar til HR-2021-605-A Servitørdommen «Er det lov å lyve?»*, Juridika, 09. juni 2021.

⁷⁹ Jf. Aml. § 15-6 (2).

ansettelser,⁸⁰ at terskelen for å si opp en arbeidstaker i prøvetid er lavere enn ellers. Også det faktum at lovgiver har valgt å særskilt regulere oppsigelse i prøvetid tilsier at terskelen må være annerledes i prøvetid enn utenfor prøvetid.

Tilsvarende har det i juridisk teori blitt fokusert på prøvetidens formål i relasjon til terskelen for oppsigelse i prøvetid. Blant annet trekker teoretikeren Arne Fanebust linjer til prøvetidens formål i sin omtale av terskelen. Han viser til Rt. 2003 s. 1071 og Rt. 2011 s. 74, og uttaler at:

«Prøvetiden er ment å skulle avklare om arbeidstaker er skikket for stillingen, og det må da være rom for oppsigelse på noe svakere indikasjoner enn det som er tilfellet ellers.»⁸¹

Det bekreftes altså i juridisk teori at terskelen for oppsigelse i prøvetid er lavere enn ellers, og at prøvetidens formål gjør dette nødvendig.

Arbeidsmiljølovens forarbeid, rettspraksis av både eldre og nyere dato og juridisk teori er dermed sammenfallende: Terskelen for oppsigelse i prøvetid er «noe» lavere enn ellers,⁸² og dette er avgjørende for at prøvetidens formål og lovgivers mål om å redusere bruken av midlertidige ansettelser skal kunne realiseres. En mer konkret analyse av terskelen viser at formuleringene «en noe romsligere adgang»⁸³ og «ikke helt ubetydelig»⁸⁴ har en sammenfallende ordlyd som gir inntrykk av at terskelen senkes til en viss grad, men ikke drastisk. Forskjellen i terskel skal etter dette være så omfattende at det får utslag i praksis, men ikke slik at de krav som stilles til en oppsigelse frafalles totalt eller noe i nærheten av dette.

Terskelen kan illustreres ved å bruke underrettspraksis som eksempler. I LA-2017-30027 fant Agder lagmannsrett at oppsigelsen av en arbeidstaker var usaklig, jf. aml. § 15-7. Det var snakk om oppsigelse utenfor prøvetid med grunnlag i manglende arbeidsprestasjon.

Arbeidsgiver anførte manglende arbeidsinnsats og prestasjoner under selskapets standard. Det avgjørende for lagmannsretten var at arbeidstakerens prestasjoner ikke lå «markert» under det som kan forventes. De anførte forhold for oppsigelsen nådde altså ikke opp til den høye terskelen for saklighet som er fastlagt i § 15-7.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁸¹ Fanebust (2015) s. 28.

⁸² Se Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 29.

⁸³ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 160.

⁸⁴ Se Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 29.

I LB-2008-131479 konkluderte Borgarting lagmannsrett derimot med at oppsigelse i prøvetid var saklig, jf. aml. § 15-6. I likhet med LA-2017-30027 hadde arbeidsgiver anført svake arbeidsprestasjoner som grunnlag for oppsigelsen. Flertallet i lagmannsretten viste til lav salgsaktivitet og dårlige resultater, og påpekte at slike forhold er i kjernen av det prøvetiden skal avklare. Avgjørende for flertallet var at arbeidstakerens prestasjoner «lå på et nivå langt under hva som kunne forventes». En sammenligning av denne begrunnelsen med LA-2017-30027 illustrerer hvordan terskelen for oppsigelse senkes noe i prøvetiden, slik at arbeidsgiver får en større adgang til å si opp arbeidstaker og arbeidstaker følgelig får et mindre rettsvern i prøvetid enn ellers.

Som tidligere redegjort for har dette svakere vernet for arbeidstaker i prøvetid blant annet sin bakgrunn i lovgivers mål om å redusere bruken av midlertidige ansettelser. En slik prioritering står i kontrast til arbeidsmiljølovens funksjon som vernelov, og avslører et spenningsforhold mellom lovgivers ønske og den funksjon arbeidsmiljøloven er ment å ha.

4.3 Kort om domstolens adgang til overprøving

Arbeidstaker har rett til å bringe spørsmål om gyldighet av oppsigelse inn for domstolen.⁸⁵ Den videre fremstillingen vil undersøke i hvilket omfang domstolene kan overprøve arbeidsgivers vurdering av om det foreligger grunnlag for oppsigelse. Dette kan betegnes som domstolens adgang til overprøving. Domstolens adgang til å overprøve saker om oppsigelse i prøvetid, jf. aml. § 15-6, reguleres ikke direkte av arbeidsmiljøloven. Det må dermed ses hen til forarbeidene og rettspraksis.

I forarbeidene uttales det at:

Departementet ser det som viktig å understreke gjeldende rett om at domstolene skal være svært tilbakeholdne med å etterprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering av hvordan arbeidstaker fungerer i stillingen, så lenge det faktum som oppsigelsen bygger på må anses bevist og relevant.⁸⁶

Dermed slår forarbeidene fast at domstolen har en snevrere adgang til å overprøve arbeidsgiveres beslutning om oppsigelse i prøvetid. Forutsetningen for dette er at bakgrunnen

⁸⁵ Dette kommer til uttrykk gjennom omfattende rettspraksis der arbeidstaker reiser spørsmål ved gyldighet av oppsigelse, eksempelvis Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør) og Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheatret).

⁸⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 164.

for oppsigelsen må være dokumentert og relevant. Kravet om at bakgrunnen for oppsigelsen må være relevant innebærer at oppsigelsen må falle inn under ett eller flere av de ovennevnte alternativene i aml. § 15-6 (1). Denne vurderingen har domstolen etter forarbeidene rett til å overprøve.

Synspunktet fra forarbeidene er fulgt opp i en rekke høyesterettsdommer. I Rt. 2003 s. 1071 uttalte Høyesterett at der «en oppsigelse i prøvetiden bygger på riktig faktisk grunnlag, skal domstolene være meget forsiktige med å tilsidesette arbeidsgivers skjønn.»⁸⁷ Videre uttalte Høyesterett at

«domstolene skal være “svært tilbakeholdne” med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering av hvorledes arbeidstakeren fungerer i stillingen, så lenge det faktum oppsigelsen bygger på, må anses bevist og relevant. Etter mitt syn må bestemmelsen anvendes på denne måten.»⁸⁸

Uttalelsen bekrefter forarbeidenes synspunkt om at domstolen kun i begrenset grad kan overprøve arbeidsgivers beslutning, men har rett til å vurdere om de forhold som ligger til grunn for oppsigelsen er relevant og dokumentert.

Denne oppfatningen om domstolens overprøving følges opp i en rekke høyesterettsavgjørelser.⁸⁹ Standpunktet formuleres særlig eksplisitt i Rt. 2008 s. 135, der det uttales at:

Det er alminnelig antatt at domstolene skal være tilbakeholdne i sin prøving i oppsigelsessaker. Vurderingen av en ansatts egnethet for stillingen er i stor grad et arbeidsfaglig spørsmål som ligger til arbeidsgiver.⁹⁰

Retten til overprøving knytter seg imidlertid ikke kun til om de forhold som ligger til grunn for oppsigelsen er bevist og av relevans. I HR-2021-605-A påpekte Høyesterett at hvorvidt arbeidstakeren har nødvendig pålitelighet for stillingen ikke er i kjerneområdet av det

⁸⁷ Se Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 16.

⁸⁸ Se Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 30.

⁸⁹ Se blant annet Rt. 2011 s. 74 avsnitt 34.

⁹⁰ Se Rt. 2008 s. 135 avsnitt 36.

domstolen skal være tilbakeholdne med å overprøve, og foretok følgelig en vurdering av dette.⁹¹

Domstolens adgang til å overprøve om bakgrunnen for oppsigelsen er relevant og bevist sikrer et vern for arbeidstaker i prøvetiden. Dette fordi arbeidsgiver plikter å kunne fremskaffe dokumentasjon på de relevante forhold, og arbeidstaker har rett til å få det prøvd av domstolene om dokumentasjonen er tilstrekkelig for en oppsigelse. Slik er domstolens overprøvingsrett i tråd med arbeidsmiljølovens funksjon som vernelov, og en del av arbeidstakers rettsvern i prøvetid.

Samtidig er den begrensningen for domstolens prøvingsrett som oppstilles i forarbeid og rettspraksis i tråd med prøvetidens formål, ettersom det må være opp til arbeidsgiver å vurdere om arbeidstakeren fungerer tilstrekkelig og oppfyller de krav som ligger til stillingen.

⁹¹ Se HR-2021-605-A avsnitt 41.

5 Arbeidstakers rettsstilling ved avskjed i prøvetid

5.1 Generelt om avskjed

5.1.1 Avskjed etter aml. § 15-14 og arbeidsgivers styringsrett

Avskjed er alternativet til oppsigelse når arbeidsgiver avslutter et arbeidsforhold.

Arbeidstakers ordinære stillingsvern mot avskjed oppstilles i aml. § 15-14 (1). Det følger av bestemmelsen at:

Arbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker med påbud om øyeblikkelig fratreden dersom denne har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.

Avskjed innebærer at arbeidsforholdet avsluttes umiddelbart. Arbeidstakeren må altså gå på dagen, får ikke mulighet til å arbeide ut oppsigelsestiden, og fritas fra de plikter vedkommende har hatt i arbeidsforholdet fra det tidspunktet avskjeden mottas. Dette gjør at avskjed skiller seg fra oppsigelse som måte å avslutte et arbeidsforhold på, og gir avskjed en langt mer alvorlig karakter enn oppsigelse.

I likhet med oppsigelse er avskjed et avvik fra utgangspunktet om at avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker skal holdes. Avskjed skiller seg imidlertid fra oppsigelse ved at forhold tilknyttet avskjed som regel ikke vil være regulert av arbeidsavtalen. Arbeidsgiver vil likevel ha mulighet til å avskjedige en arbeidstaker dersom det foreligger grovt kontraktsbrudd, i henhold til generelle kontraktsrettslige grunnprinsipper, og gjennom arbeidsgivers styringsrett i kraft av å kunne treffe beslutninger om opphør av ansettelsesforhold.⁹² Retten til å avskjedige arbeidstaker følger også av aml. § 15-14, så lenge det har forekommet et «grovt pliktbrudd» eller «vesentlig mislighold» av arbeidsavtalen. Slik begrenser loven arbeidsgivers styringsrett på samme måte som krav om saklighet i aml. § 15-7.

⁹² Se blant annet Fanebust (2015) s. 117; Fougner (2019) s. 124.

Arbeidsgivers styringsrett innskrenkes også ved at krav om drøftelsesmøte, jf. aml. § 15-1, og formkravene etter § 15-4 også gjelder ved avskjed, jf. § 15-14 (2). Slik sikres det at også en avskjed er veloverveid fra arbeidsgiver, og at arbeidstaker får så mye forutsigbarhet og forutberegnelighet som mulig på tross av avskjedens inngripende karakter. Dermed verner arbeidsmiljøloven om arbeidstaker også ved avskjed.

5.1.2 Nærmere om kravet til grovt pliktbrudd eller vesentlig mislighold

Arbeidstaker vernes gjennom de krav arbeidsmiljøloven stiller for at en arbeidstaker skal kunne avskjediges. En naturlig forståelse av krav om et «grovt pliktbrudd» eller «annet vesentlig mislighold» av arbeidsavtalen, jf. aml. § 15-14 (1), oppstiller en høy terskel for hvilke forhold som kvalifiserer for avskjed.

Bestemmelsens formulering om at det må dreie seg om grovt pliktbrudd «eller annet» vesentlig mislighold tilsier at grovt pliktbrudd må anses å falle innenfor den videre kategorien vesentlige mislighold. Ellers åpner formuleringen for at mange ulike forhold kan kvalifisere for avskjed, så lenge de når opp til den høye terskelen. En naturlig forståelse tilsier også at både én enkeltstående hendelse og flere mindre hendelser over tid kan kvalifisere for avskjed.

Vurderingen av om et forhold kvalifiserer for avskjed er utpenslet i rettspraksis. Av rettspraksis følger det at det skal gjøres en konkret totalvurdering av hvert enkelt tilfelle.⁹³ Det følger av Rt. 2005 s. 518 at vurderingstemaet er om avskjeden «fremstår som en uforholdsmessig reaksjon.»⁹⁴

Vurderingen omhandler ikke bare misligholdets art og alvor. Avskjeden må

«etter en bredere helhetsvurdering hvor det tas hensyn til de ansattes og bedriftens forhold – ikke fremstå som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon.»⁹⁵

Dermed skal det, jf. rettspraksis, gjøres en konkret vurdering av om avskjeden arbeidsgiver har gitt fremstår som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon. I så tilfelle er ikke avskjeden å regne som rettmessig, og arbeidstakeren kan kreve erstatning jf. § 15-14 (4).

⁹³ Se Rt. 2005 s. 518 under «Sammendrag».

⁹⁴ Rt. 2005 s. 518 avsnitt 40.

⁹⁵ Se Rt. 2005 s. 518 avsnitt 40.

5.1.3 Særlig om rettslige hensyn

Som tidligere nevnt bidrar den høye terskelen for avskjed i aml. § 15-14 til å verne om arbeidstaker. Hensynet til forutsigbarhet og forutberegnelighet for arbeidstaker er imidlertid markant mindre vektlagt ved avskjed enn ved oppsigelse, ettersom avskjed innebærer at arbeidstaker mister sitt virke og sin inntekt på dagen. Den høye terskelen som oppstilles i aml. § 15-14 for at et forhold skal kunne kvalifisere for avskjed gjør at arbeidsmiljøloven i utgangspunktet verner arbeidstakeren mot avskjed, med mindre det foreligger særlig gode grunner for annet.

Terskelen for avskjed medfører også at lovens fokus på ivaretagelse av arbeidsgiver blir naturlig i de tilfeller som kvalifiserer for avskjed. Er arbeidstaker skyldig i et forhold som kvalifiserer for avskjed har det skjedd noe av en så alvorlig karakter at arbeidsgiver må vernes ved å umiddelbart fris fra arbeidsforholdet med arbeidstakeren. Slik ivaretar reguleringen av avskjed hensynet til arbeidsgivers drift av virksomheten og arbeidsgivers behov for fleksibilitet.

Opphør av arbeidsforhold gjennom avskjed skiller seg altså fra oppsigelse ved at det er hensynet til arbeidsgiver som vektlegges i størst grad, i motsetning til hensynet til arbeidstaker.

5.2 Hvordan reguleres avskjed i prøvetid?

Hverken lov, forarbeid eller rettspraksis regulerer avskjed i prøvetid særskilt. Avskjed i prøvetid skiller seg dermed fra oppsigelse i prøvetid, som reguleres særskilt i aml. § 15-6. Lovgivers særskilte regulering av oppsigelse i prøvetid indikerer at arbeidstakers vern mot opphør av arbeidsforhold i prøvetid har blitt vurdert, og at det har blitt funnet tilstrekkelig å kun særskilt regulere oppsigelse i prøvetid. Slikt fravær av regulering må tas på alvor i henhold til lovgiverlojalitet. Samtidig finnes det ingen konkrete holdepunkter i forarbeid eller lignende for at lovgiver bevisst har latt være å regulere avskjed i prøvetid særskilt. Dette gjør at lovgivers taushet kun kan tillegges begrenset vekt. På tross av dette er lovgivers taushet vedrørende avskjed i prøvetid et signal som må tas på alvor.

Fraværet av regulering må forstås som et signal om at man ved avskjed i prøvetid må falle tilbake på den ovennevnte generelle regel for avskjed i aml. § 15-4. Dermed får arbeidstaker

som er ansatt i prøvetid det samme vernet mot avskjed som andre arbeidstakere utenfor prøvetid.

Som tidligere redegjort for medfører den lavere terskelen for oppsigelse i prøvetid et svakere vern for arbeidstaker. Arbeidstaker vernes likevel gjennom de krav som oppstilles i aml. § 15-6 (1). Når avskjed i prøvetid ikke er særskilt regulert, og utgangspunktet da er at arbeidstaker i prøvetid har samme vern mot avskjed som øvrige arbeidstakere, får arbeidstaker i prøvetid relativt sett et bedre vern mot avskjed enn mot oppsigelse. Dette fordi den særskilte reguleringen av oppsigelse i prøvetid medfører en lavere terskel for oppsigelse i prøvetid.

Opgaven vil i det videre stille spørsmål ved om det rettslig sett er en naturlig og god løsning at avskjed i prøvetid ikke er særskilt regulert. For å svare på dette må det foretas en sammenligning av oppsigelse og avskjed, der det ses hen til likheter og forskjeller mellom metodene for opphør av arbeidsforhold og de ulike rettslige hensyn bak reglene.

5.3 Avskjed i prøvetid sammenlignet med oppsigelse i prøvetid

Oppsigelse i prøvetid er altså særskilt regulert i aml. § 15-6, og er tema både i forarbeid og rettspraksis, jf. tidligere redegjørelse i oppgavens fjerde kapittel. Den omfattende reguleringen av oppsigelse i prøvetid og rettskildenes konklusjon om en lavere terskel for oppsigelse i prøvetid er naturlig, fordi kjernen av prøvetidens formål er arbeidsgivers mulighet til å løsrive seg fra arbeidsforholdet dersom arbeidstakeren ikke oppfyller de aktuelle krav. Det er derfor praktisk viktig at oppsigelse i prøvetid er særskilt regulert.

Det kan tenkes at bakgrunnen for fraværet av særskilt regulering av avskjed i prøvetid er at avskjed i prøvetid muligens ikke er praktisk viktig på samme måte som oppsigelse i prøvetid. Det er særlig to forhold som tilsier dette.

For det første kan avskjed i prøvetid anses for ikke å være av praktisk betydning grunnet den lavere terskelen for oppsigelse i prøvetid. Terskelen for oppsigelse i prøvetid gjør at arbeidsgivers adgang til å avslutte arbeidsforholdet gjennom oppsigelse er relativt stor og uten særlig høye krav. Denne enklere muligheten til å avslutte arbeidsforholdet gjør at behovet for avskjed vil oppstå sjeldnere. Dermed er det tvilsomt at det er behov for egne regler om avskjed i prøvetid.

Det andre forholdet som tilsier at avskjed i prøvetid ikke har særlig stor praktisk betydning er den korte oppsigelsestiden. Det følger av aml. § 15-3 (7) at det gjelder en gjensidig oppsigelsesfrist på 14 dager når det er avtalt prøvetid, med mindre annet følger av arbeidsavtale eller tariff. Den korte oppsigelsestiden gjør at arbeidsgiver ikke bare har en enklere tilgang til å avslutte arbeidsforholdet, men også i praksis ikke trenger å ha arbeidstakeren som en del av arbeidsplassen mer enn en kort periode i etterkant av oppsigelsen. Den korte oppsigelsestiden gjør at virkningen av oppsigelse i prøvetid får en karakter av ordinær avskjed, og reduserer behovet for å gi en form for avskjed som er særskilt for prøvetiden.

På tross av det ovennevnte kan det likevel argumenteres for et behov for særskilt regulering av avskjed i prøvetid dersom dette er en situasjon som oppstår i praksis, og som skiller seg fra avskjed utenfor prøvetid. Oppgaven vil i det videre først undersøke om avskjed i prøvetid er aktuelt, og deretter om det får konsekvenser for avskjeden at arbeidstaker er ansatt i prøvetid.

5.4 Finnes det situasjoner i prøvetid der det er behov for avskjed?

Som vist tidligere i kapittel fire er det de grovere tilfeller som kvalifiserer for avskjed, jf. kravet om «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold» i aml. § 15-14. I juridisk teori blir det gitt eksempler på slike tilfeller, og oppstilt at dette kan være:

Ordrenekt, ulovlige og/eller straffbare handlinger, brudd på lojalitets- eller taushetsplikten, bruk av rusmidler i tjenesten, trakassering av kolleger, kunder eller andre mv.⁹⁶

Eksempelvis vil en arbeidstakers trakassering av kollegaer klart gi arbeidsgiver et behov for å avskjedige vedkommende, uavhengig av om trakasseringen skjer mens arbeidstakeren er i prøvetid eller ikke. Det samme gjelder dersom arbeidstaker utfører en ulovlig handling, eksempelvis tyveri eller trakassering av kunder. Den alvorlige karakteren av disse eksemplene er helt i kjernen av avskjed, ettersom avskjed er forbeholdt situasjoner der arbeidstaker ikke rimeligvis kan møte på arbeid dagen etter. I disse situasjonene er det ikke avgjørende om

⁹⁶ Næss Skjønberg, Hognestad og Jennum Hotvedt (2017) s. 466.

arbeidstaker er ansatt i prøvetid eller ikke. Det er alvorligheten av det oppståtte forhold som er relevant for reaksjonen.

Dermed finnes det situasjoner der behovet for avskjed oppstår, selv om arbeidstaker er i prøvetid. Dette er i tråd med avskjedens formål, og den funksjonen lovgiver og domstolen har ment at avskjed skal ha. Avskjedens aktualitet i prøvetid taler for et behov for særskilt regulering, særlig dersom det får innvirkning på avskjeden at den skjer i prøvetid. Dette kan skje dersom terskelen for avskjed blir annerledes som en konsekvens av prøvetiden.

5.5 Prøvetidens innvirkning på terskelen for avskjed

5.5.1 Får prøvetiden noen innvirkning på terskelen for avskjed?

Selv om aml. § 15-14 kan anvendes også i prøvetid medfører den lavere terskelen for oppsigelse i prøvetid, og de hensyn som begrunner dette, at det er interessant å oppstille spørsmål om terskelen skal være annerledes i prøvetid også der det gis avskjed og ikke oppsigelse.

Generelt kan en terskel være annerledes på to måter. Terskelen kan senkes, slik at det kreves mindre for å nå opp til den, eller heves slik at det kreves mer. Den videre fremstillingen vil først undersøke om det finnes rettslig grunnlag for at terskelen for avskjed senkes i prøvetid. Dette vil eventuelt innebære at det kreves mindre alvorlige forhold før arbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker i prøvetid enn en arbeidstaker utenfor prøvetid. Deretter vil det undersøkes om det finnes rettslig grunnlag for at terskelen for avskjed er høyere i prøvetid. I så tilfelle vil de forhold som kvalifiserer for avskjed i prøvetid måtte være av en mer alvorlig karakter enn dersom arbeidstakeren hadde vært utenfor prøvetid.

Dersom det finnes grunnlag for at terskelen for avskjed er annerledes i prøvetid enn utenfor, er dette et sterkt argument for at det finnes behov for særskilt regulering av avskjed i prøvetid.

Skal terskelen for avskjed senkes i prøvetid?

Adgangen til å avtale prøvetid ivaretar hensynet til fleksibilitet i arbeidslivet. Det er klart at en lavere terskel for avskjed i prøvetid også vil bidra til dette, ettersom en lavere terskel vil medføre at arbeidsgiver enklere kan fri seg fra arbeidsforholdet fra den ene dagen til den

andre. De hensyn som begrunner prøvetid i arbeidsforhold tilsier dermed at terskelen for avskjed i prøvetid bør senkes.

Samtidig er avskjed, som tidligere redegjort for, en svært inngripende reaksjon for arbeidstaker. Ved avskjed er hensynet til forutsigbarhet og forutberegnelighet for arbeidstaker allerede nedprioritert, som en konsekvens av at det ved avskjed er snakk om særlig alvorlige tilfeller. En reduksjon av terskelen for avskjed, der det kreves mindre enn de vilkår som fremgår av aml. § 15-14, vil gå på bekostning av arbeidstakers rettsvern i prøvetiden. Dette vil på ingen måte samsvare med arbeidsmiljølovens funksjon som vernelov. Dersom dette vektlegges kan ikke terskelen for avskjed være lavere i prøvetid enn ellers.

I samme retning trekker lovgivers taushet rundt avskjed i prøvetid. Fraværet av særskilt regulering må trolig tolkes som et signal om at det er den ordinære regelen for avskjed i aml. § 15-14 som må gjelde også for arbeidstaker i prøvetid. Som tidligere nevnt er dette et signal som må vektlegges noe, dersom lojaliteten til lovgiver skal ivaretas.

Samlet sett tilsier avskjedens alvorlige konsekvenser for arbeidstaker altså at terskelen aldri kan senkes, og hensynet til forutsigbarhet og forutberegnelighet for arbeidstaker må veie tyngre enn hensynet til fleksibilitet for arbeidsgiver. Den naturlige konklusjon er dermed at terskelen for avskjed ikke kan senkes selv om arbeidstaker er ansatt i prøvetid.

Skal terskelen for avskjed være høyere i prøvetid?

Mer aktuelt er spørsmålet om det finnes rettslig grunnlag for at terskelen for avskjed skal heves i prøvetiden. Dette fordi prøvetidens formål, synspunkter fra forarbeidene og rettslige hensyn kan virke å støtte opp under en slik regel.

Høyere krav for å kunne avskjedige en arbeidstaker i prøvetiden kan anses for å være i tråd med prøvetidens formål. Prøvetiden skal, blant annet, være en periode med læring for arbeidstaker, jf. tidligere redegjørelse om prøvetid og arbeidsgivers opplærings- og veiledningsplikt. En høyere terskel for avskjed i prøvetid vil medføre at en arbeidstaker, som ellers ville ha blitt avskjediget utenfor prøvetid, får være lenger i stillingen, og følgelig får lenger tid til å lære seg de aktuelle arbeidsoppgavene gjennom opplæring og veiledning fra arbeidsgiver. Tidligere redegjørelse i oppgaven har vist at prøvetidens formål fortsatt er

aktuelt,⁹⁷ og at målet om å redusere bruken av midlertidige ansettelse gjennom bruk av prøvetid aktivt skal legges til rette for.⁹⁸ En høyere terskel for avskjed i prøvetid vil gi arbeidstaker mer tid og mulighet til å lykkes i stillingen. Dermed taler både prøvetidens formål og lovgivers uttrykte ønske for en slik terskel, og videre for særskilt regulering av avskjed i prøvetid.

Videre kan også andre uttalelser i forarbeidene tale for en høyere terskel for avskjed i prøvetid. Det følger av arbeidsmiljølovens forarbeid at arbeidsgiver ikke kan «forvente noen idealytelse fra arbeidstaker i prøvetiden, men må kunne kreve at arbeidsytelsen ligger på et gjennomsnittlig nivå.»⁹⁹ Uttalelsen gir uttrykk for at arbeidstaker i prøvetid ikke er underlagt de samme forventningene som arbeidstaker utenfor prøvetid. Dette støtter opp under en høyere terskel for avskjed i prøvetid, ettersom bakgrunnen for den høyere terskelen nettopp vil være at det ikke kan stilles de samme krav til arbeidstaker i prøvetid som til arbeidstakere utenfor prøvetid.

Økte krav for at en avskjed skal være gyldig i prøvetid vil bidra til forutberegnelighet for arbeidstaker ved at det skal mer til før denne mister sitt virke og sin inntekt på dagen. Dermed kan det argumenteres for at også relevante rettslige hensyn støtter en høyere terskel for avskjed i prøvetid.

Det finnes altså holdepunkter i rettskildene for at terskelen for avskjed skal være høyere i prøvetid. Samtidig må den alvorlige karakteren av tilfeller som kvalifiserer for avskjed, jf. aml. § 15-14, tillegges mye vekt. Tilfellenes art og grad tilsier at terskelen for avskjed aldri kan heves, ettersom det vil være snakk om så alvorlige forhold at de må kvalifisere til avskjed uavhengig av om arbeidstakeren er i prøvetid eller ikke. Dette kommer særlig på spissen i tilfeller der arbeidstaker har gjort seg skyldig i en straffbar handling.

Som illustrasjon kan det tenkes et arbeidsforhold i en barnehage der arbeidstaker i prøvetid slår barnet. Det er innlysende at en slik hendelse vil føre til avskjed av arbeidstakeren. Vold er straffbart og det kan ikke rimeligvis forventes at arbeidsgiver lar arbeidstaker komme tilbake på arbeid neste dag. I et slikt tilfelle vil det ikke være avgjørende om arbeidstaker er nylig

⁹⁷ HR-2021-605-A avsnitt 36.

⁹⁸ HR-2021-605-A avsnitt 36; Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

ansatt i prøvetid eller mer erfaren - det er snakk om et så alvorlig forhold at avskjed uansett vil være reaksjonen.

Underrettspraksis eksemplifiserer hvordan slike alvorlige tilfeller kan kvalifisere for avskjed i prøvetid. I LB-2014-101611 vurderte Borgarting lagmannsrett avskjed av en vernepleier som gyldig. Vernepleieren hadde gjennomført gjentatte overgrep mot en bruker på en omsorgsbolig, og dette var klart et «grovt pliktbrudd», jf. aml. § 15-14. Det er ikke tvilsomt at konklusjonen ville vært den samme selv om arbeidstakeren arbeidet i prøvetid. Dermed er det klart at det i noen tilfeller aldri vil være aktuelt å gjøre terskelen for avskjed høyere fordi arbeidstaker er ansatt i prøvetid. Dette indikerer at terskelen for avskjed ikke skal være høyere i prøvetid.

I samme retning trekker avskjedens formål og de rettslige hensyn bak avskjed, nærmere bestemt vernet av arbeidsgiver, hensynet til arbeidsgivers drift av virksomheten og behov for fleksibilitet. Videre må lovgivers taushet i spørsmålet om særskilt regulering av avskjed i prøvetid som nevnt også vektlegges. Signalet fra lovgiver om at arbeidstaker i og utenfor prøvetid må være underlagt samme regulering av avskjed må tas på alvor.

På tross av det ovennevnte finnes det tilfeller der det er naturlig å tenke seg at en ny arbeidstaker i prøvetid behandles annerledes enn en mer erfaren ansatt, slik at terskelen for avskjed i praksis blir høyere for den prøvetidsansatte. Dette vil i det følgende illustreres gjennom eksempler som baserer seg på praksis fra domstolene.

I Rt. 2001 s. 1253 ble en arbeidstaker avskjediget fordi arbeidsgiver mente han var skyld i et uhell på en borerigg. Arbeidstakeren hadde gitt instruksjoner til andre ansatte om å «tilte» en rigg. Dette førte til at en kran kom i ukontrollert bevegelse, slik at det oppstod en kollisjon og materielle skader.¹⁰⁰ Høyesterett kom til at avskjeden var ugyldig.¹⁰¹ Arbeidstakeren hadde vært ansatt i syv måneder på tidspunktet for uhellet, og var ikke ansatt i prøvetid. Saken er et eksempel på at det rimeligvis kan tenkes at arbeidsgiver ville ha opptrådt annerledes dersom arbeidstakeren var ansatt i prøvetid og tidlig i arbeidsforholdet. Hvor mye arbeidsgiver har grunn til å forvente av arbeidstaker vil selvfølgelig variere ut fra dennes tidligere erfaring. Det

¹⁰⁰ Jf. Rt. 2001 s. 1253 s. 1254.

¹⁰¹ Jf. Rt. 2001 s. 1253 s. 1262.

er likevel naturlig å anta at arbeidsgiver ville ha reagert annerledes på et uhell som i den foreliggende sak dersom arbeidstakeren var i prøvetiden, og ikke kunne forventes å vite utfallet av de instruksene han ga.

I TOSLO-2014-206230 (Oslo tingrett) ble en avskjed funnet saklig av tingretten.

Arbeidstakeren hadde blant annet hatt en tone i sin korrespondanse med selskapets klienter som ikke var akseptabel for arbeidsgiver, og hadde brutt interne rutiner ved å gi sensitiv informasjon til flere i selskapet enn de som skulle hatt tilgang til den. Samlet ble dette av retten vurdert som et grovt pliktbrudd og vesentlig mislighold av avtalen.¹⁰² Også denne saken kan tjene som et eksempel på et tilfelle der den ansatte muligens ikke ville ha blitt avskjediget dersom vedkommende var nyansatt og i prøvetiden. Dersom arbeidstakeren hadde gjort seg skyldig i disse forholdene i den første perioden av arbeidsforholdet kan det tenkes at arbeidsgiver heller ville ha gitt arbeidstakeren en advarsel, og vært nøye med opplæring og veiledning videre. Dette fordi det kan unnskyldes at en nyansatt ikke er kjent med interne rutiner eller hvilken tone som er akseptabel i samtale med klienter.

5.6 Oppsummerende om avskjed i prøvetid

Fremstillingen har vist at det er en rekke forhold som tilsier at det ikke er behov for særskilt regulering av avskjed i prøvetid. Særlig må lovgivers taushet rundt avskjed i prøvetid og arbeidsgivers mulighet til å benytte seg av aml. § 15-14 også i prøvetid vektlegges. I de mest alvorlige tilfeller vil det være irrelevant for arbeidsgiver at arbeidstaker er ansatt i prøvetid, og arbeidsgiver vil benytte seg av § 15-14. For de mindre alvorlige tilfeller gjør den lavere terskelen for oppsigelse i prøvetid og den korte oppsigelsestiden, jf. aml. § 15-6 (2), at avskjed i prøvetid blir av mindre praktisk betydning. Dermed er det få tilfeller der det kan tenkes behov for særskilt regulering av avskjed i prøvetid, og det er naturlig å konkludere med at det ikke er behov for å særskilt regulere avskjed i prøvetid.

Likevel er det interessant at det finnes holdepunkter i forarbeid, prøvetidens formål og rettslige hensyn som kan tale for en høyere terskel for avskjed i prøvetid. Det kan også argumenteres for at en løsning der arbeidstaker i prøvetid har et ytterligere vern enn arbeidsgivere utenfor prøvetid er i tråd med arbeidsmiljølovens funksjon som vernelov. Som

¹⁰² Se TOSLO-2014-206230 punkt 4. Konklusjon.

nevnt vil det være et sterkt argument for at det finnes behov for særskilt regulering av avskjed i prøvetid dersom det kan tenkes at terskelen for avskjed i praksis praktiseres annerledes i prøvetid enn ellers. Dette fordi det ikke vil være gunstig med en praksis i norsk arbeidsliv som ikke er i tråd med arbeidsmiljølovens regler. Et slikt skille mellom regulering og praksis vil også være svært lite forutberegnelig for arbeidsgiver og arbeidstaker, noe som taler ytterligere for et behov for særskilt regulering.

Det er imidlertid ikke selvsagt at en ordning som skiller seg fra lovgivers regulering i praksis er særlig problematisk i dette tilfellet. Dersom arbeidsgiver har muligheten til å avskjedige en arbeidstaker i prøvetid, jf. aml. § 15-14, men velger å gi arbeidstakeren en ny sjanse heller enn å avskjedige vedkommende, vil dette potensielt være positivt for begge parter.

Arbeidsgiveren vil unngå å bruke ressurser på ny ansettelse og opplæring, og arbeidstakeren vil unngå å miste sitt virke og sin inntekt på dagen. En slik praksis kan også synes å ha støtte fra lovgiver, da dette vil medføre mer langvarige ansettelsesforhold og følgelig motvirke midlertidige ansettelser,¹⁰³ noe som vil være i tråd med arbeidsmiljølovens funksjon som vernelov for arbeidstaker. Følgelig vil en pragmatisk tilnærming, der det avgjørende er hva som i praksis gir det beste resultatet for alle parter og en rimelig løsning i det konkrete tilfellet, ikke nødvendigvis gi behov for særskilt regulering av avskjed i prøvetid.

Dermed vil spørsmålet om det er behov for særskilt regulering av avskjed i prøvetid kunne besvares ulikt, avhengig av hva som vektlegges. Dersom fokuset legges på forutberegnelighet og på at lovgivning skal være i tråd med arbeidslivets praksis, finnes det et mulig behov for ny regulering. Et mer pragmatisk fokus på hva som gir den rimeligste løsningen i hver enkelt sak og de overordnede formål gir derimot ikke et slikt behov.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

6 Avsluttende bemerkninger

Oppgaven illustrerer den store kontrasten mellom regulering av oppsigelse i prøvetid og regulering av avskjed i prøvetid, og viser hvordan begge fremgangsmåter for opphør av arbeidsforhold i prøvetid både er aktuelle og reiser interessante rettslige problemstillinger.

Oppsigelse i prøvetid er nøye gjennomgått i rettskildene, og rettsstilstanden fremstår som avklart. Likevel oppstår det spørsmål tilknyttet oppsigelse i prøvetid både for Høyesterett og i media. Inntrykket av at rettsstilstanden for oppsigelse i prøvetid ikke er så avklart som rettskildene kan gi inntrykk av underbygges av Høyesterett i HR-2021-605-A. I sin omtale av vilkårene for oppsigelse i prøvetid, forskjellen mellom oppsigelse i og utenfor prøvetid, og begrunnelsen for denne ulikheten uttaler førstevoterende at hun «ikke uten videre» er enig i arbeidstakersidens anførsel.¹⁰⁴ Dette er en åpen uttalelse som indikerer noe tvil fra Høyesterett. En slik uttalelse blir særlig interessant når resultatet av dommen er en videreføring av den tidligere klarlagte rettsstilstanden, og de forhold som begrunner den, mens uttalelsen åpner opp for at utviklingen videre kan gå i en annen retning. Dette gir et noe sprikende inntrykk.

Den videre utvikling vil også være påvirket av regjeringsskiftet fra oktober 2021. Som nevnt innledningsvis økte adgangen til midlertidige ansettelser under den forrige regjeringen,¹⁰⁵ og lovgiver ønsker å bruke prøvetid i arbeidsforhold som en måte å motvirke midlertidige ansettelser.¹⁰⁶ Den nye regjeringen vil redusere adgangen til midlertidige ansettelser ved å fjerne aml. § 14-9 bokstav f,¹⁰⁷ og har som mål at dette skal skje allerede før julen 2021.¹⁰⁸ Når prøvetid har blitt vurdert som en måte å redusere midlertidige ansettelser på er det naturlig å tenke seg at den nye regjeringen videre vil legge ytterligere til rette for bruk av prøvetid i arbeidsforhold.¹⁰⁹

Om prøvetid i arbeidsforhold faktisk vil bidra til å senke bruken av midlertidige ansettelser er imidlertid ikke selvsagt. Det ligger i midlertidige ansettelsers natur at dette tas i bruk når arbeidsgiver er usikker på omfanget av behovet for arbeidskraft, ettersom arbeidstaker kun er

¹⁰⁴ Se HR-2021-605-A avsnitt 40.

¹⁰⁵ Landsorganisasjonen i Norge (LO), *En fast jobb er din trygghet*, 25. juni 2021.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 163.

¹⁰⁷ Jf. NOU 2021: 9 s. 351.

¹⁰⁸ Mats Rønning, «Støres juleløfte: Strammer inn vikarbruken», NRK, 28. oktober 2021.

ansatt i et fastsatt tidsrom. Dette gjør at midlertidige ansettelse ofte misbrukes av arbeidsgivere som vet at de kun har behov for arbeidskraft i en viss periode, typisk i høysesong. Slike ulovlige, midlertidige ansettelse må selvsagt bekjempes, men tilrettelegging for bruk av prøvetid for arbeidsgivere vil ikke avhjelpe dette problemet. Dette fordi det kreves saklig grunn for oppsigelse i prøvetid, jf. aml. § 15-6, i motsetning til ved midlertidig ansettelse der arbeidsforholdet utløper ved avtalt dato uten videre krav. En arbeidsgiver som ønsker ekstra arbeidskraft i høysesong vil altså ikke se det som en gunstig løsning å ansette arbeidstaker i prøvetid heller enn i en midlertidig stilling, ettersom vedkommende ved ansettelse i prøvetid må kunne vise til saklig grunn for oppsigelse for at arbeidsforholdet skal opphøre ved høysesongens utløp. Dermed kan ikke arbeidsgiveres behov for midlertidige ansettelse erstattes med økt bruk av prøvetid.

Litteraturliste

Norske lover

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (opphevet)

Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) § 8 (opphevet)

Arbeidsmiljøloven

Statsansatteloven

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (opphevet)

Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) (opphevet)

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

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

Norske lovforarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

Prop. 74 L (2018-2019)

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

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1997 nr 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v

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

Prop. 74 L (2018-2019) Endringer i arbeidsmiljøloven (Varsling)

NOU 2021: 9

NOU 2021: 9 Den norske modellen og
fremtidens arbeidsliv – Utredning om
tilknytningsformer og
virksomhetsorganisering

Norske rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1983 s. 537 A

Rt. 1984 s. 337 A

Rt. 1984 s. 1058 A (Nationaltheatret)

Rt. 1991 s. 236 A

Rt. 2000 s. 1602 A

Rt. 2001 s. 1253 A

Rt. 2003 s. 1071 A

Rt. 2005 s. 518 A

Rt. 2008 s. 135 A

Rt. 2009 s. 685 A (Webredaktør)

Rt. 2011 s. 74 A

HR-2021-605-A

Lagmannsrettene

NAD-1984-277 (Hålogaland lagmannsrett)

LB-2008-131479 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2014-101611 (Borgarting lagmannsrett)

LA-2017-30027 (Agder lagmannsrett)

LB-2018-13157 (Borgarting lagmannsrett)

Tingrettene

NAD-1981-248 (Stavanger byrett)

NAD-1988-360 (Oslo byrett)

TOSLO-2014-206230 (Oslo tingrett)

Juridisk litteratur

Arntzen de Besche, «Nyhetsbrev – Ny og viktig dom fra Borgarting lagmannsrett – Prøvetidsansatte måtte gå etter seks uker», 02. juli 2019,

<https://www.adeb.no/aktuelt/aktuelt/nyhetsbrev---ny-og-viktig-dom-fra-borgarting-lagmannsrett----provetidsansatte-matte-ga-etter-seks-uker/>

(lest 11. oktober 2021)

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2015.

Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, 1. utg., Universitetsforlaget 2019.

Meder, Margrethe, *Kommentar til HR-2021-605-A Servitørdommen «Er det lov å lyve?»*, Juridika, 09. juni 2021,

<https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-hr-2021-605-a-servit%C3%B8rdommen>

(lest 11. oktober 2021)

Næss Skjønberg, Alexander, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., Gyldendal 2017.

Ove André Oftebro, «Arbeidsrett og stillingsvern: Ingen «minimumstid» for oppsigelse i prøvetiden – svake selgere oppsagt etter seks uker», Nettavisen, 01. juli 2019,

<https://www.nettavisen.no/okonomi/ingen-minimumstid-for-oppsigelse-i-provetiden-svake-selgere-oppsagt-etter-seks-uker/s/12-95-3423807917>

(lest 11. oktober 2021)

Mats Rønning, «Støres juleløfte: Strammer inn vikarbruken», NRK, 28. oktober 2021,
https://www.nrk.no/norge/stores-julelofte_-strammer-inn-vikarbruken-1.15708473
(lest 05. november 2021)

Uttalelse fra organisasjon

Landsorganisasjonen i Norge (LO), *En fast jobb er din trygghet*, 25. juni 2021,
<https://www.lo.no/hva-vi-gjor/valg-2021/temaer-til-valget/midlertidig-ansettelser/>
(lest 05. oktober 2021)

Landsorganisasjonen i Norge (LO), *Oppsigelse i prøvetiden. Er spillereglene endret?*, 21. november 2019,
<https://www.lo.no/hva-vi-mener/lo-advokatene/nyheter-fra-lo-advokatene/oppsigelse-i-provetiden.--er-spillereglene-endret/>
(lest 10. november 2021)