



ARBEIDSRETTE

DOM

Avsagt: 10. desember 2018

Saksnr.: 5/2018

Lnr.: AR-2018-27

Dommere: Jakob Wahl
Alexander Næss Skjønberg
Liv Gjølstad
Roger Hansen
Niels Selmer Schweigaard
Stein Grøtting
Axel Thuve

Saken gjelder: Beregningsgrunnlag for omregning av prosentlønn til fastlønn

Landsorganisasjonen i Norge med
Fellesforbundet

Advokat Katrine Hellum-Lilleengen

mot

1. Næringslivets Hovedorganisasjon med
NHO Reiseliv
2. Radissons Hotels Norway AS

Advokat Fredrik Mohn Lian

DOM

(1) Saken gjelder spørsmålet om hva som skal være beregningsperioden for den gjennomsnittsinntekt som skal danne grunnlaget for omregning fra prosentlønn til fastlønn i Riksavtalen § 5.

(2) **Sakens tariffrettslige ramme**

(3) Mellom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og NHO Reiseliv på den ene side og Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Fellesforbundet (FF) på den andre er det for perioden 2016–2018 inngått Riksavtale. Med noen få unntak omfatter den ansatte innenfor overnattingsvirksomhet, serveringsvirksomhet, cateringvirksomhet og lignende på land.

Paragraf 5 Særbestemmelse for prosentlønnen serveringspersonale lyder:

«I bedrifter eller avdelinger hvor lønssystemet praktiseres i henhold til § 5 kan bedriften i forbindelse med overgang fra et kalenderår til det neste, beslutte at prosentavlønningen skal utgå for servitørene og omregne prosentlønn til fremtidig fastavlønnings. Før bedriften treffer sin beslutning skal de tillitsvalgte gis mulighet til å fremme sine synspunkter.

Servitører ansatt på overgangstidspunktet skal etter overgangen omfattes av reglene for fastlønnede, med unntak av tillegg etter Riksavtalens § 4.3 pkt. 3.1, 3.2 og 3.3.

Ovennevnte servitører utbetales en godtgjørelse per arbeidet time basert på gjennomsnittsinntekten eksklusiv overtid- og helligdagstillegg i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften.

Servitører ansatt etter overgangen som ovenfor beskrevet, kan ikke påberope seg ovennevnte gjennomsnittsinntekt, men bedriften kan velge å avlønn disse etter Riksavtalens § 3 i sin helhet.

Ingen skal som følge av denne omleggingen lønnes lavere enn summen av minstelønn og ulempetillegg.»

(4) I innledningen til Riksavtalen heter det om godtgjørelse til tillitsvalgte:

«LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR

(Hvis ikke annet fremgår av de enkelte paragrafers oppbygning, gjelder det anførte hele personalet.)

Godtgjørelse for deltakelse i forhandlingsmøter

...

3. Prosentlønte

Disse utbetales en godtgjørelse pr. time basert på gjennomsnittsinntekten eksklusiv overtids- og helligdagstillegg, i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften. Beløpet fastsettes hver januar måned etter avtale mellom bedrift og tillitsvalgte, og gjøres gjeldende for inneværende kalenderår.»

(5) **Tariffhistorikken**

(6) Opprinnelig besto servitørenes lønn utelukkende av drikkepenge. Etter det opplyste ble drikkepengesystemet avløst av et tariffert prosentlønnssystem i 1924. Prosentsatsen har

endret seg opp gjennom årene. I overenskomsten 2014 – 2016 var servitørens lønn 12,5 % av vedkommendes bruttoomsetning. Fra 1980 åpnet Riksavtalen for at det kunne inngås avtaler på bedriftene med andre lønssystemer enn prosentlønn.

- (7) Ved tariffrevisjonen i 2000 ble partene enige om å nedsette et partssammensatt utvalg for modernisering av det som den gang het Riks- og Funksjonæravtalen – nå Riksavtalen. Jostein Hansen i daværende Reiselivsbedriftenes Landsforening – nå NHO Reiseliv – oversendte 28. august 2001 til Jarl Kåvin i daværende Hotell- og Restaurantarbeiderforbundet – nå Fellesforbundet – slikt forslag til ny § 6 om særbestemmelse for prosentlønnen serveringspersonale:

«...

I bedrifter hvor prosentlønn opprettholdes for serveringspersonalet, gjelder bestemmelsene fra punkt 2 og følgende.

I bedrifter som velger å gå over til fast lønn skal følgende overgangsregler legges til grunn dersom partene ikke blir enige om noe annet:

- 1.1 Den lønn, inklusiv kontanttillegg men eksklusiv feriepenger og de tillegg som fremgår av punkt 5. nedenfor, som servitøren har mottatt i det foregående kalenderår for det tidspunkt prosentlønn avvikles, summeres.
- 1.2 Antall arbeidede timer i den samme perioden og antall timer i samme periode som servitøren skulle ha arbeidet, men ikke har arbeidet for eksempel sykefravær, tillitsvalgtarbeid og lignende, som det er betalt lønn eller annen godtgjørelse for og som er medregnet i beløpet i punkt 1.1 summeres.
- 1.3 Den nye timelønnen fremkommer ved å dele lønnen i punkt 1.1 med gjennomsnittlig arbeidede timer i punkt 1.2. Månedslønn for heltidsansatte fremkommer ved å gange timelønnen med henholdsvis 162 ved 37,5 timers uke og 154 ved 35,5 timers uke.
- 1.4 Den nye timelønnen eller månedslønnen fryses inntil den er innhentet av fastlønnssatsene i § 4, men tilleggene etter § 5 kommer i tillegg til den fastlønnen.
- 1.5 Eksempel: Brutto lønn i 2001, kr. 350,000,-. Antall arbeidede timer i 2001, 1600 timer pluss gyldig fravær 100 timer er til sammen 1700 timer.
Kr. 350.000,-: 1700 timer = kr. 205,88 er den nye timelønnen.»

- (8) Det lykkes ikke partene å komme til enighet om avvikling av prosentlønn ved oppgjøret i 2002, og arbeidet med gjennomgang av prosentlønnssystemet lå dødt i tariffperioden 2002 – 2004. Partene intensiverte arbeidet med modernisering av tariffavtalen i 2005. Ved tariffrevisjonen i 2006 ble det oppnådd enighet om å fryse prosentlønn på bedriftsnivå. Paragraf 5 Særbestemmelse for prosentlønnen serveringspersonale punkt 5.1 Omfang fikk slik ordlyd:

«Bedrifter eller avdelinger i bedriften som praktiserte § 5 pr. 31.12.2005 opprettholdes dette dersom partene på bedriften ikke blir enige om noe annet. I så fall gjelder bestemmelsene i punkt 2 og følgende.

I bedrifter hvor en eller begge partene ønsker å gå over til andre resultatbaserte lønssystemer, oppfordres det til drøftinger og om ønskelig kan bistand fra Fellesforbundet og NHO Reiseliv innhentes.

Nye, og allerede etablerte bedrifter som pr. 01.04.2006 ikke praktiserer § 5, står fritt til å praktisere prosentlønn også etter denne dato, men da forutsettes det enighet mellom begge parter på bedriften.»

- (9) Ved tariffrevisjonene i 2010 og 2012 fremmet NHO Reiseliv slike likelydende krav til § 5:

«I bedrifter eller avdelinger hvor lønssystemet praktiseres i henhold til § 5 kan bedriften i forbindelse med overgangen fra et kalenderår til det neste beslutte at prosentavlønningen skal utgå for servitørene og omregne prosentlønn til fremtidig fastavlønning. Før bedriften treffer sin beslutning skal de tillitsvalgte gis mulighet til å fremme sine synspunkter.

Servitører ansatt på overgangstidspunktet skal etter overgangen omfattes av reglene for fastlønnede, med unntak av tillegg etter Riksavtalens § 4 pkt. 3, 4 og 5. Ovennevnte servitører utbetales en godtgjørelse pr. arbeidet time basert på gjennomsnittsinntekten eksklusive overtids- og helligdagstillegg i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften.

Servitører ansatt etter overgangen som ovenfor beskrevet, kan ikke påberope seg ovennevnte gjennomsnittsinntekt, men bedriften kan velge å avlønne disse etter Riksavtalens § 4 i sin helhet.

(Dagens tekst i Riksavtalens § 5 tilpasses ovennevnte.)»

- (10) Disse revisjonene ledet ikke til noen endring av bestemmelsen, og den forble uendret frem til tariffrevisjonen i 2016. Dette oppgjøret endte i streik som varte i fire uker.

Hovedspørsmålene som partene ikke greide å bli enige om, var kravet fra NHO Reiseliv om endring i prosentavlønningsbestemmelsen og kravet fra Fellesforbundet om rett til lokale lønnsforhandlinger. Under meklingen fremmet NHO Reiseliv slik forslag til Riksavtalens § 5.1:

«I bedrifter eller avdelinger hvor lønssystemet praktiseres i henhold til § 5 kan bedriften i forbindelse med overgang fra et kalenderår til det neste beslutte at prosentavlønningen skal utgå for servitørene og omregne prosentlønn til fremtidig fastavlønning. Før bedriften treffer sin beslutning skal de tillitsvalgte gis mulighet til å fremme sine synspunkter.

Servitører ansatt på overgangstidspunktet skal etter overgangen omfattes av reglene for fastlønnede, med unntak av tillegg etter Riksavtalens § 4.3 pkt. 3.1, 3.2 og 3.3.

Ovennevnte servitører utbetales en godtgjørelse pr. arbeidet time basert på gjennomsnittsinntekten eksklusive overtids- og helligdagstillegg, i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften.»

- (11) Fellesforbundet fremmet slikt forslag:

«I bedrifter eller avdelinger hvor lønssystemet praktiseres i form av ren prosentlønn skal det i avtaleperioden 2016–2018 avtales overgang til alternativt lønssystem i henhold til § 5.9, eller overgang til fastlønn etter følgende modell:

Overgang fra prosentlønn til fastlønn

- Servitører ansatt på overgangstidspunktet skal etter overgangen omfattes av reglene for fastlønnede.
- For ovennevnte servitører fastsettes fastlønnen per time basert på gjennomsnittsinntekten per arbeidede time, eksklusive overtids- og helligdagstillegg, i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften. Ingen skal etter overgangen ha en lavere fastlønn enn den til en hver tid gjeldende minstelønnsats for vedkommende servitør.
- Servitører ansatt etter overgangen som ovenfor beskrevet, kan ikke påberope seg ovennevnte gjennomsnittsinntekt, med mindre noe annet blir avtalt ved overgangen.

Allerede etablerte alternative lønssystemer etter § 5.9 endres ikke som en konsekvens av ovennevnte. En eventuell reforhandling eller oppsigelse av slike lønssystemer følger den varighetsbestemmelse som er avtalt i den enkelte særavtale. Ved en overgang fra et alternativ lønssystem til fastlønn benyttes samme beregningsmåte som beskrevet ovenfor.»

- (12) Etter samtykkebasert mekling anbefalte partene Riksmeklerens forslag til § 5.1:

«I bedrifter eller avdelinger hvor lønssystemet praktiseres i henhold til § 5 kan bedriften i forbindelse med overgang fra et kalenderår til det neste beslutte at prosentavlønningen skal utgå for servitørene og omregne prosentlønn til fremtidig fastavlønning. Før bedriften treffer sin beslutning skal de tillitsvalgte gis mulighet til å fremme sine synspunkter.

Servitører ansatt på overgangstidspunkter skal etter overgangen omfattes av reglene for fastlønnede, med unntak av tillegg etter Riksavtalens § 4.3 pkt. 3.1, 3.2 og 3.3.

Ovennevnte servitører utbetales en godtgjørelse pr. arbeidet time basert på gjennomsnittsinntekten eksklusive overtids- og helligdagstillegg, i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften.

Servitører ansatt etter overgangen som ovenfor beskrevet, kan ikke påberope seg ovennevnte gjennomsnittsinntekt, men bedriften kan velge å avlønne disse etter Riksavtalens § 3 i sin helhet.

Ingen skal som følge av denne omleggingen lønnes lavere enn summen av minstelønn og ulempetillegg.»

- (13) Partene ble videre enige om lokal forhandlingsrett.

- (14) **Nærmere om bakgrunnen for tvisten**

- (15) Tvisten har sin bakgrunn i at Radisson Blu Hotel i Tromsø ønsket at avlønningen av servitørene i avdelingene Charly's Restaurant, Meeting & Events/Bankett og Yonas Pizzeria & Catering skulle endres fra prosentlønn til fastlønn. Første gang bedriften tok opp spørsmålet med de tillitsvalgte, var i møte 19. oktober 2016. Fra dette møtet ble det skrevet slik protokoll:

«Ledelsen orienterte om at de vurderer å legge om lønssystemet fra prosentlønn til fastlønn for følgende 3 avdelinger:

- Charly's Restaurant
- Meeting & Events / Banket
- Yonas Pizzeria & Catering

De ansatte mener at særavtalen for Yonas ikke omfattes av bestemmelsene i Riksavtalens § 5, da den pr. definisjon er å betrakte som en særavtale. De ba ellers om at utregninger for alle 3 avdelingene blir fremlagt. De mener videre det er viktig for de ansatte at de har et insitament for å øke salget.

Ledelsen er ikke enig i at særavtalen for Yonas ikke omfattes av bestemmelsene i Riksavtalens § 5, da de mener at den er bygget opp på grunnlag av prosentlønnbestemmelsene i Riksavtalen. De vil besørge at utregninger for de berørte avdelingene blir fremlagt.

Ledelsen vil innkalle til nytt møte etter å ha vurdert innspillene fra de ansatte.»

- (16) Nytt møte ble avholdt mellom bedriften og de tillitsvalgte 4. november 2016. Protokollen fra møtet lyder:

«De ansatte var ikke villig til å drøfte avtalen for Yonas, da de fastholder at denne er å betrakte som en særavtale, som de mener ikke omfattes av tariffavtalens bestemmelse om at bedriften kan beslutte at prosentlønn etter § 5 skal utgå.

Ledelsen er på sin side av den oppfatning at særavtalen for Yonas bygger på prosentlønnbestemmelsen i Riksavtalen, og de er derfor uenig med de ansattes syn.

Partene kom ikke til enighet på dette punktet.

For avdelingene Charly`s Restaurant og M&E Bankett ble det utlevert utregningsgrunnlag for gjennomsnittlig timelønn for 2015.

Hovedtillitsvalgt vil gjennomgå utregningen sammen med de berørte ansatte for disse avdelingene frem til neste møte mellom partene, som avholdes onsdag 9. november 2016 kl. 09.00.»

- (17) Med bakgrunn i de foran nevnte møter ble det avholdt møte mellom ledelsen og hovedtillitsvalgte 9. november 2016. Fra dette møtet ble det skrevet slik protokoll:

«Det ble i møtet 4. november konstatert uenighet mellom partene om avtalen for Yonas Pizzeria & Catering var omfattet av tariffavtalens bestemmelse om at bedriften kan beslutte at prosentlønn etter § 5 skal utgå.

I dagens møte ble derfor kun Charly`s Restaurant og M&E Bankett drøftet.

De ansatte tar til etterretning at det er bedriftens styringsrett å beslutte avvikling av prosentlønn for Charly`s Restaurant og M&E Bankett.

Ledelsen orienterte om at prosentlønn i de 2 avdelingene skal utgå og at fastlønn i henhold til Riksavtalens § 3 vil bli gjort gjeldende med virkning fra 1. januar 2017. For de 2 fast ansatte i M&E Bankett vil gjennomsnittslønnen for 2015 bli lagt til grunn i henhold til utlevert utregning. Disse skal etter omleggingen dog ikke bli lønnet lavere enn summen av minstelønn og eventuelle ulempetillegg. For ansatte i Charly`s restaurant utgjør gjennomsnittlig prosentlønn for 2015 mindre enn tariffsatsene i Riksavtalens § 3. Disse tariffsatsene vil dermed bli gjort gjeldende. Ovennevnte gjøres gjeldende fra 1. januar 2017, slik at beregningsgrunnlaget for lønn i januar 2017 splittes i prosentlønn for perioden 16.–31. desember 2016 og fast timelønn fra perioden 1.–15. januar 2017.»

- (18) Radisson Blu Hotel sendte 30. november 2016 slikt brev til hovedtillitsvalgte og tillitsvalgte for Yonas Pizzeria og Catering:

«Oppsigelse av særavtale for Yonas Pizzeria og Catering

Under henvisning til dagens forhandlingsmøte på bedriften i henhold til Hovedavtalen § 4-2 punkt 3, sies særavtalen for Yonas Pizzeria og Catering av 22. juni 1989 herved opp til utløp 31. desember 2016.

Det vil snarlig bli innkalt til drøftelser om avlønning fra 1. januar 2017.»

- (19) Bedriften og de tillitsvalgte avholdt møte 30. november 2016 vedrørende oppsigelsen av særavtalen for Yonas Pizzeria og Catering. Fra møtet ble det skrevet slik protokoll:

«Bakgrunn for møtet:

I protokoll fra drøftelsesmøte datert 09. november 2016 vedrørende overgang fra prosentlønn til ordinær fastlønn ble det konstatert uenighet mellom partene om avtalen for Yonas Pizzeria & Catering var omfattet av tariffavtalens bestemmelse om at bedriften kan beslutte at prosentlønn etter § 5 skal utgå.

Bedriften fastholder sitt standpunkt om at lønssystemet for Yonas bygger på prosentlønnbestemmelsene i Riksavtalen og at bedriften kan fastsette lønna i samsvar med innledningsbestemmelsene i § 5.

Særavtalen for Yonas av 22. juni 1989 inneholder bestemmelse om at den kan sies opp av partene i henhold til Hovedavtalens bestemmelser. Dette er også fastslått i Arbeidsrettens dom av 14. januar 2013 – avsnittene 68, 77, 78 og 84. Hovedavtalens § 4-2 punkt 3 – Særavtaler som gjelder inntil videre – fastslår at disse når som helst kan sies opp med minst en måneds varsel, med mindre annet er avtalt.

Bedriften mener strengt tatt at de har adgang til ensidig å beslutte at prosentlønn etter § 5 skal utgå, uten å gå veien om oppsigelse. De har likevel valgt å fremlegge for forhandling med de ansatte en gjennomføring av oppsigelse av særavtalen.

De ansatte hevder at særavtalen kun kan sies opp i forbindelse med tariffoppgjøret. De ønsker en avklaring fra forbundenes side før de vil forhandle.

Ledelsen tar til etterretning at de ansatte ikke ønsker å forhandle om en oppsigelse av særavtalen og at de ikke ønsker å begrunne sitt syn med annet enn at særavtalen har vært gjeldende i så mange år. Egen oppsigelse vil bli sendt ut.

Partene kom ikke til enighet.»

- (20) Drøftelsesmøte mellom bedriften og de ansatte vedrørende omlegging fra prosentlønn til fastlønn for ansatte i Yonas Pizzeria og Catering fra 1. januar 2017 ble avholdt 14. desember 2016. Protokollen fra dette møtet lyder:

«Bakgrunnen for møtet:

Den 30. november 2016 ble særavtalen for prosentavlønning i Yonas Pizzeria & Catering sagt opp av bedriften med en måneds varslingsfrist – ref. Hovedavtalens § 4-2. Bedriften innkalte til dagens drøftelsesmøte for å gi mulighet for de ansatte til å fremme synspunkter vedrørende avlønning etter 1. januar 2017. Gjennomsnittsutregning av timelønn, basert på månedstrunk for 12 måneder i 2015 er utlevert i tidligere drøftelsesmøter, men en korrigert utgave ble gjennomgått i dagens møte.

De ansatte mener at gjennomsnittsberegningen av timelønn som legges til grunn skal baseres på 2016 og ikke 2015. De mener at tallene for 2016 totalt er klar den 16. desember og at det dermed er mulig å bruke 2016 som grunnlag. De fastholder Hovedavtalens oppsigelsesfrister.

Ledelsen registrerer de ansattes innspill, men fastholder at 2015-tallene legges til grunn etter samme prinsipp som for de 2 øvrige avdelingene i hotellet som går over fra prosentlønn til fastlønn. Ledelsen vil gjøre nytte av bedriftens rett til ensidig å fastslå at avlønningen for Yonas Pizzeria & Catering fra 1. januar 2017 endres fra prosentlønn i henhold til særavtale til fast timelønn i henhold til Riksavtalen § 5. Den timelønnen som legges til grunn, er basert på gjennomsnittlig beregnet månedstrunk for hele 2015, som er på kr 249,04 pr. time og er lik for alle som har vært prosentavlønnet i avdelingen.

Forslag til bonusavtale ble fremlagt av bedriften, og innholdet ble gjennomgått og drøftet i møtet. De ansatte ble gitt mulighet til å vurdere forslaget frem til bedriften innkaller til nytt møte vedrørende denne i januar 2017.»

- (21) NHO Reiseliv og Fellesforbundet avholdt forhandlingsmøte 20. april 2017. Fra møte ble det skrevet slik protokoll:

«Partene diskuterte saken uten å komme frem til en løsning.

Arbeidsgiver/NHO Reiseliv anfører at 2015 som beregningsår følger direkte av ordlyden. Det henvises til «siste kalenderår» samtidig med at det pålegges drøftelser forut for beslutning ifm. «overgang fra et kalenderår til det neste».

Fellesforbundet er av den oppfatning at siste kalenderår er 2016 da nyordningen var innført 1.1.2017.»

- (22) LO og NHO avholdt tvistemøte 15. august 2017. Protokollen fra møte lyder:

«Det ble forhandlet med utgangspunkt i protokoll av 20. april 2017 mellom NHO Reiseliv og Fellesforbundet.

Partene opprettholder sine respektive standpunkter, men oppfordrer de lokale parter å finne en enighet.

LO meddelte at de tok forbehold om å kunne bringe tvisten inn for Arbeidsretten.»

- (23) LO med FF tok ut stevning for Arbeidsretten 13. mars 2018. NHO og Radissons Hotels Norway AS innga tilsvaer 26. april 2018. Hovedforhandling ble avholdt 13. og 14. november 2018. Tre partsrepresentanter og fire vitner forklarte seg.
- (24) **Partenes påstandsgrunnlag og påstander**
- (25) *Landsorganisasjonen i Norge* med Fellesforbundet har i korte trekk anført:
- (26) Ordlyden, som er utgangspunktet ved tolkning av tariffavtaler, taler klart for at det er gjennomsnittsinntekten i det siste kalenderår før overgangen fra prosentlønn til fastlønn som er beregningsgrunnlaget for omregning til fastlønn. Det er ingen holdepunkter i ordlyden for at beregningsgrunnlaget skal være gjennomsnittsinntekten i siste kalenderår forut for bedriften treffer sin beslutning om endret avlønning. Skjæringstidspunktet for overgang fra prosentavlønning til fastlønn er årsskiftet. Det må således være siste året med prosentavlønning som er grunnlaget for omregningen. I motsatt fall vil det være lønnen 1–2 år tilbake i tid, noe som gjennomgående vil bety en lønnsnedgang. Det følger av bestemmelsen at det er i forbindelse med «overgang fra et kalenderår til det neste» at bedriften kan beslutte nytt avlønningssystem. Beslutningstidspunktet vil følgelig være nært opp til overgangen fra det ene år til det andre.
- (27) Den drøftelsesplikten som følger av § 5 første ledd, gjelder utelukkende spørsmålet om hvorvidt prosentavlønning skal utgå og erstattes av fastlønn. Selve beregningsgrunnlaget er ikke gjenstand for drøftelser. Det følger av bestemmelsens tredje ledd.
- (28) Systembetragtninger og kontekst tilsier at det er den forståelse LO legger til grunn som er den korrekte. Ved tidligere diskusjoner om bestemmelsen om prosentavlønning og revisjoner av Riksavtalen har det vært en klar forutsetning at avvikling av prosentlønn og overgang til fastlønn ikke skulle medføre lønnsnedgang. Det er ikke avgjørende at beregningsgrunnlaget er fullstendig og korrekt ved årsskiftet ved overgang fra prosentlønn til fastlønn. Omsetningstallene for vedkommende avdeling i bedriften og hvor mange timer som er arbeidet i siste kalenderår før omleggingen, er klart umiddelbart etter årsskiftet og i god tid før første utbetaling av fastlønn i januar.

- (29) Tariffhistorikken støtter opp om LOs forståelse. Reiselivsbedriftens Landsforening/NHO Reiseliv har siden 2001 fremsatt en rekke forslag om å avvikle prosentlønnssystemet til fordel for en fastlønn. I forslagene fra 2001, 2005 og 2006 het det at den nye fastlønnen skulle baseres på lønn «som servitøren har mottatt i det foregående kalenderår for det tidspunktet prosentlønn avvikles». Fellesforbundet hadde på denne bakgrunn ingen grunn til å tro at forslagene fra 2010, 2012 og 2016 om «siste kalenderår» skulle henviser til et tidligere kalenderår enn det som lå forut for ikrafttredelsen av fastlønn.
- (30) Det følger av teori og rettspraksis at tariffavtaler skal tolkes i disfavør av den part som burde ha uttrykt seg klarere. Det må legges til grunn at partene i den avsluttende meklingen ikke diskuterte nærmere hvilket kalenderår som skulle være beregningsgrunnlaget for omregning av lønnen. Den påståtte forutsetning, som det hevdes NHO Reiseliv hadde ved utformingen av bestemmelsen, ble ikke tilkjennegett overfor Fellesforbundets forhandlere. De hadde således ingen foranledning til å få presisert i avtaleteksten at det var siste kalenderår før overgangen til fastlønn som skulle legges til grunn. Det var NHO Reiseliv som ønsket arbeidsgiverstyrt omlegging fra prosentlønn til fastlønn. Den part som ønsker endring i bestående rettstilstand, har en særlig foranledning til å klargjøre sine egne forutsetninger.
- (31) NHO Reiseliv utformet ordlyden i bestemmelsen og må også på dette grunnlag bære risikoen for mulig uklarhet.
- (32) Prosentavlønte som deltar i forhandlingsmøter, har etter Riksavtalens innledende bestemmelser rett til godtgjørelse. Denne skal fastsettes hver januar og skal baseres på gjennomsnittsinntekten «i siste kalenderår».
- (33) Den praksis som de saksøkte har vist til fra bedrifter som har benyttet lønn i 2015 som beregningsgrunnlag ved overgang til fastlønn fra 1. januar 2017, kan ikke tillegges betydning. Dersom praksis skal være et tolkningsmoment av betydning, må den ha vært langvarig og konsekvent. Det er ikke tilfelle i vår sak. Den praksis som det er vist til, har Fellesforbundet som overordnet tariffpart ikke vært kjent med.
- (34) Også reelle hensyn taler for LOs forståelse av hvilket kalenderår som skal legges til grunn. Det må ses hen til at arbeidsgiver nå har en ensidig rett til å bestemme at prosentavlønte servitører skal over på fastlønn. Dersom ikke siste år før overgangen fra prosentlønn til fastlønn legges til grunn, vil det normalt medføre en lønnsnedgang. Det vil være urimelig. Årslønnsveksten for prosentavlønnede servitører har de siste år vært ca. 3 % årlig. Det skal sterke holdepunkter for å tolke § 5 tredje ledd slik at servitørene får en lønnsnedgang i

forbindelse med overgang til fastlønn. Det følger av siste ledd i § 5 at ingen som følge av omleggingen skal lønnes lavere enn minstelønn og ulempetillegg. Det må relatere seg til lønn og tillegg som gjelder i siste året før omleggingen.

(35) Det er nedlagt slik påstand:

«1. Riksavtalen § 5 er slik å forstå at ved bedriftens beslutning om endring av servitørens prosentlønn til fastlønn, er beregningsgrunnlaget gjennomsnittsinntekten i det siste kalenderår forut for ikrafttreddelsen av ny fastlønn.

2. I henhold til punkt 1 foretar Radisson Blu Hotel Tromsø etterbetaling fra 1. januar 2017.»

(36) *Næringslivets Hovedorganisasjon* med NHO Reiseliv og *Radissons Hotels Norway AS* har i korte trekk anført:

(37) Ordlyden gir klare holdepunkter for at «siste kalenderår» må forstås som det hele og avsluttede kalenderår forut for det året da bedriften fatter sin beslutning om omlegging av lønssystemet fra prosentavlønning til fastlønn. Beslutningstidspunktet er sentralt i § 5 første ledd. Beregningsgrunnlaget for fastsettelse av ny grunnlønn må være gjennomsnittsinntekten i et helt år. Kalenderåret må være avsluttet. Man kan ikke foreta en beregning for et år som ikke er avsluttet. Følgelig må det være opptjent lønn i siste kalenderår før beslutningen om omleggingen treffes, som er beregningsgrunnlaget for ny fastlønn. De saksøktes syn innebærer en presisering av ordlyden og ikke en fravikelse fra den.

(38) Tariffhistorikken gir støtte for de saksøktes syn. Tidligere drøftede omregningsforslag er tydelige på at omregning til fastlønn må basere seg på sikre tall fra et helt og avsluttet kalenderår. Et tvunget ikrafttredelsestidspunkt ble ikke innført med det formål å skyve beregningsgrunnlaget ett år frem i tid. Det er begrunnet i prosessen og hensynet til de ansatte, slik at partene på bedriften skal få ro på seg til å drøfte, beregne og beslutte omlegging uten tidspress.

(39) Fellesforbundets løsningsforslag under den avsluttende meklingen gir uttrykk for en oppfatning i tråd med de saksøktes syn. Forbundets forslag gikk ut på at beregning av ny fastlønn skulle foreta på bakgrunn av «arbeidede timer». Da må man nødvendigvis se bakover i tid.

(40) Det må legges til grunn at det var reelle drøftinger mellom NHO Reiseliv og Fellesforbundet om bestemmelsens utforming under meklingen. Det vises i denne sammenheng til at siste ledd i bestemmelsen om at ingen som følge av omleggingen skulle

lønnes lavere enn summen av minstelønn og ulempetillegg. Dette kom inn etter krav fra Fellesbundet.

- (41) For det tilfelle at Arbeidsretten skulle mene at ordlyden er uklar, er det ikke riktig at NHO Reiseliv skal bære risikoen for det. Fellesforbundet må ha vært vel kjent med NHO Reiselivs syn ut fra de forslag som ble fremsatt under tariffrevisjonene i 2010 og 2012. LO og Fellesbundet er nærmest til å bære risikoen for mulig uklarhet.
- (42) Bestemmelsen i Riksavtalen om godtgjørelse for deltakelse i drøftingsmøter gir ingen veiledning for forståelsen av det som er tvisten i vår sak. Tariffpartene så seg nødt til å presisere at en beregning av og en endelig beslutning om slik godtgjørelse må utstå til januar måned fordi man først da har sikre tall fra det siste kalenderår å regne på. Dersom beslutningen tas i januar, kan siste kalenderår ikke være noe annet enn det kalenderår som nettopp er avsluttet.
- (43) Uttrykket «Siste kalenderår» i § 5 henspiller på det siste hele kalenderår forut for det året bedriftens beslutning om omlegging til fastlønn blir fattet. Radisson Blu Hotel Tromsø fattet sin beslutning om omlegging i 2016. Siste kalenderår blir dermed i 2015. Bedriften har følgelig handlet i overensstemmelse med Riksavtalens bestemmelse ved fastsettelsen av fastlønnen fra 1. januar 2017.
- (44) Konsekvensbetraktninger taler mot saksøkers forståelse. En tolkning i tråd med LOs anførsler vil innebære at drøfting, beregning og beslutning om omlegging til et annet lønssystem må basere seg på tall som ikke er endelige. Selv mot slutten av året vil det ikke være klart hva endelige omsetningstall vil være. Riktige tall vil ikke foreligge før året er omme. Det kan av bestemmelsen ikke utledes noe tvungent beslutningstidspunkt. Omregningsfaktoren skal også være klar dersom beslutningen om omlegging treffes tidlig på året. Det har formodningen mot seg at beslutning tidlig på året skal baseres på tall man ikke har kjennskap til. Kvalifiserte gjetninger på omsetningstall langt frem i tid vil aldri bli korrekte.
- (45) Det må tillegges betydning at NHO Reiseliv har hatt en klar forståelse for hvordan bestemmelsen skal forstås og praktiseres. Landsforeningens notat fra juni 2016 dokumenterer dens syn på sakens tolkingsspørsmål lenge før det oppsto noen konkret tvist om valg av beregningsår.
- (46) Praksis er helt ensartet og uten unntak. De bedriftene som i løpet av 2016 besluttet å gå over til fastlønn fra 1. januar 2017, har lagt gjennomsnittslønnen i 2015 til grunn for omregning. Praksis er et viktig tolkningsmoment.

- (47) Det konkrete resultat av tvisten på Yonas er ikke av betydning for den generelle fortolkningen av § 5. At bedriften ikke fikk truffet sin endelige beslutning før i desember 2016, har sammenheng med at de tillitsvalgte halte ut tiden ved å gjøre gjeldende at særavtalen var til hinder for omlegging til nytt lønssystem.
- (48) Rimelighetsbetraktninger kan ikke tillegges betydning for det generelle tolkningsspørsmålet.
- (49) LOs anførsel om at ingen skal gå ned i lønn er irrelevant. At ingen skal gå ned i lønn, er et umulig resultat når den enkelte servitørs nye fastlønn skal være basert på snittlønnen i vedkommende avdeling. En gjennomsnittsberegning må nødvendigvis innebære at noen må gå opp og noen må gå ned i lønn.
- (50) Det er nedlagt slik påstand:

«De saksøkte frifinnes.»

(51) **Arbeidsrettens merknader**

- (52) Saken har sin bakgrunn i en tvist ved pizzarestauranten Yonas ved Radisson Blu Hotel i Tromsø. Servitørene i restauranten var frem til 1. januar 2017 avlønnet med prosent av brutto omsetning, jf. Riksavtalen § 5.3, jf. lokal særavtale. Denne særavtalen fremgår av ARD 2013 side 1 avsnitt 11. I medhold av Riksavtalen § 5 første ledd besluttet bedriften 14. desember 2016 at prosentavlønningen skulle utgå, og at de ansatte fra 1. januar 2017 skulle lønnes med fastlønn.
- (53) I § 5 første ledd er det prosedyreregler for bedriftens fremgangsmåte ved slik endret avlønningssmåte. Det er i «forbindelse med overgang fra et kalenderår til det neste» at bedriften, etter at de tillitsvalgte er gitt anledning til å uttale seg, kan beslutte at prosentavlønning skal utgå. Ved omlegging fra prosentlønn til fastlønn skal det skje en omregning, jf. Riksavtalen § 5 tredje ledd:

«Ovennevnte servitører utbetales en godtgjørelse per arbeidet time basert på gjennomsnittsinntekten eksklusiv overtids- og helligdagsgodtgjørelse i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften.

- (54) Gjennomsnittlig timelønn for servitørene i Yonas var 265,79 kroner per time i 2016. I 2015 var gjennomsnittslønnen 249,04 kroner per time. Tvistetema i saken er om «siste kalenderår» er året forut for bedriftens beslutning om omlegging av lønssystemet, eller om det er året forut for overgangen fra et lønssystem til et annet. I dette spørsmålet har retten delt seg i et flertall og mindretall.

- (55) *Arbeidsrettens flertall, dommerne Wahl, Skjønberg, Gjølstad, Hansen og Grøtting* er kommet til at LO/FF må gis medhold, og vil bemerke:
- (56) Etter flertallets syn tilsier en naturlig forståelse av ordlyden i § 5 første og tredje ledd at «siste kalenderår» må forstås som det siste året servitørene ble prosentavlønnet før overgang til fastlønn. Endring av lønssystem fra prosentlønn til fastlønn kan kun finne sted i forbindelse med overgangen fra et kalenderår til et annet. Lønn frem til overgangstidspunktet fremstår på denne bakgrunn som det naturlige utgangspunkt for omregning til ny fastlønn. Servitørene skal fra 1. januar i det nye kalenderåret utbetales en godtgjørelse basert på gjennomsnittsinntekten for vedkommende avdeling i bedriften «i siste kalenderår». I vår sak blir siste kalenderår 2016 når ny fastlønn skal gjelde fra 1. januar 2017.
- (57) Flertallet finner støtte for en slik forståelse i tariffhistorien. Avlønning av servitører basert på en prosentsats av deres omsetning har vært hovedlønssystemet i hotell- og restaurantbransjen siden 1920-tallet. Fra 1980 kunne partene på den enkelte bedrift avtale et annet lønssystem. Siden 2001 har det vært diskusjoner mellom partene om avvikling av prosentlønssystemet. I 2006 ble det enighet om å fryse prosentavlønning på bedriftsnivå. Ved tariffrevisjonen i 2010 og 2012 fremmet NHO Reiseliv forslag om at bedriften ensidig kunne beslutte avvikling av prosentavlønning og omregne prosentlønn til fremtidig fastlønn. Forslaget gikk ut på at ny fastlønn skulle baseres på gjennomsnittsinntekten «i siste kalenderår, for vedkommende avdeling i bedriften». Disse forslagene innebar at omlegging av lønssystemet kunne endres på et hvilket som helst tidspunkt i løpet av året. Når partene i 2016 ble enige om at endringen kun kan skje i forbindelse med «overgang fra et kalenderår til det neste», og ny fastlønn skal baseres på gjennomsnittsinntekten i «sist kalenderår», tilsier dette at «siste kalenderår» er det foregående kalenderår forut for ny fastlønn trer i kraft.
- (58) Flertallet finner ingen holdepunkter for at bedriftens beslutningstidspunkt er avgjørende for hva som er å anse som «siste kalenderår». Dersom det skal være gjennomsnittslønn i året forut for bedriften beslutter overgang til nytt lønssystem, vil konsekvensen være at ny fastlønn fra januar 2017 vil måtte basere seg på lønn inntil to år tilbake i tid, dvs. fra og med januar 2015. Også lønn for halve desember 2014 inngår i lønn som utbetales i januar 2015. Flertallet finner heller ikke holdepunkter for at partene hadde en felles oppfatning om at lønn så langt tilbake i tid skulle danne grunnlaget for ny fastlønn. Etter bevisførselen legges til grunn at det som er tvistetema i saken, ikke var gjenstand for

nærmere diskusjon mellom partene under den avsluttende meklingen. Det var NHO Reiseliv som formulerte teksten til ny § 5 og som var nærmest til å presisere de forutsetninger de mente å ha overfor Fellesforbundets representanter. Dette ble ikke gjort. I en slik situasjon må NHO Reiseliv bære risikoen for egne forutsetninger om hvilket «kalenderår» som omregningen til fastlønn skal baseres på.

- (59) De saksøkte har gjort gjeldende at bedriften på beslutningstidspunktet må ha oversikt over opptjent lønn i et helt år for å beregne den nye fastlønnen. Flertallet viser til at det er i «forbindelse med overgangen fra et kalenderår til det neste» at bedriften ensidig kan beslutte å endre avlønningmåten. Det fremstår da som lite praktisk å treffe en slik beslutning lang tid forut før årsskiftet. For øvrig skal ikke selve omregningen være gjenstand for det de tillitsvalgte skal gis anledning til å uttale seg om. Omregning av prosentlønn til fastlønn blir en ren matematisk øvelse. Det følger av § 5.3 at servitørens lønn skal avregnes av vedkommendes bruttoomsetning. Etter § 5 tredje ledd skal ny fastlønn baseres på gjennomsnittsinntekten i siste kalenderår for vedkommende avdeling i bedriften. Gjennomsnittsinntekten for servitører blir avdelingens samlede bruttoomsetning delt på antall timer servitørene til sammen har arbeidet. I god tid før lønnen for januar skal utbetales, har bedriften oversikt over hvor mange timer som servitørene har arbeidet i avdelingen foregående år og hvor stor omsetningen har vært. Det er således ingen praktiske problemer forbundet med å legge gjennomsnittslønnen i det siste kalenderår forut for ikrafttreddelsen til grunn for beregning av ny fastlønn.
- (60) Årslønnsveksten for prosentlønnede servitører på Riksavtalen har ifølge det opplyste vært på ca. 3 % i de senere år. Det er fremlagt oversikt over lønnsutviklingen for servitørene ved Yonas fra 2009 til og med 2016. Den viser at det i alle år, med unntak av 2011 og 2012, har vært lønnsøkning. I 2011 oppsto uenighet på bedriften om anvendelsesområdet for særavtalen om prosentavlønning. Tvisten var gjenstand for behandling i Arbeidsretten, som i dom av 14. januar 2013 – ARD 2013 side 1 – kom til at bedriften urettmessig hadde endret særavtalen, og den ble dømt til å etterbetale berørte arbeidstakere fra 1. februar 2011. Gjennomsnittlig lønn for servitørene i 2015 var 249,04 kroner per time, mens den i 2016 var 265,79 kroner. Dersom servitørenes fastlønn skal beregnes ut fra lønn i 2015 i stedet for 2016, vil det innebære en lønnsnedgang på 16,75 kroner per time – ca. 6,5 %. Flertallet finner i denne sammenheng grunn til å vise til at NHO Reiseliv i sine tidligere forslag til endring av lønssystemet for servitører, blant annet i 2002, hadde som forutsetning «at ingen av de som har prosentlønn og som går over til fastlønn skal gå ned i

lønn» Ved revisjonen av Riksavtalen i 2006 var partene enige om at ingen skulle gå ned i lønn som følge av revisjonen. Hvis det var slik at NHO Reiseliv i 2016 hadde som forutsetning at lønnsøkning i siste kalenderår før overgangen til fastlønn ikke skulle medregnes ved fastsettelse av ny fastlønn, skulle dette ha vært meddelt motparten.

- (61) Flertallet finner ikke å legge vekt på den praksis som er blitt fulgt ved noen andre bedrifter som endret sine lønssystemer fra 1. januar 2017. Det er tale om en meget kortvarig praksis, og det nærmere tallgrunnlag for de lønsmessige konsekvenser av å benytte 2015 som beregningsår istedenfor 2016 i disse bedriftene, er ikke opplyst for Arbeidsretten.
- (62) Det er nedlagt påstand om at Radisson Blu Hotel Tromsø skal foreta etterbetaling fra 1. januar 2017. For det tilfelle at Arbeidsretten skulle gi LO/Fellesforbundet medhold i påstandens punkt 1, har de saksøkte ikke fremmet innsigelser til dette. LO og Fellesforbundet må derfor gis medhold i påstandens punkt 2.
- (63) *Arbeidsrettens mindretall, dommerne Schweigaard og Thuve*, er kommet til at de saksøkte må frifinnes, og vil bemerke:
- (64) Etter mindretallets syn er tilblivelseshistorien sentral for å belyse forståelsen av bestemmelsen. Det er redegjort for arbeidet med å modernisere og slå sammen det som het Riks- og Funksjonæravtalen – nå Riksavtalen – i et partssammensatt utvalg. Arbeidet var omfattende og pågikk over en periode på 16 år. Ut fra de tidligere forslag som NHO Reiseliv siden 2001 har fremsatt til partssammensatte utvalg og ved tariffrevisjoner, er det ikke tvilsomt at det var den lønn som servitørene hadde mottatt i året før prosentlønn ble besluttet avvirket som skulle danne grunnlag for ny fastlønn. Innføring av tvunget ikrafttredelsestidspunkt – overgangen fra et kalenderår til det neste – tilsier ingen fundamental annen forståelse av hva som er ment med «siste kalenderår».
- (65) Mindretallet finner videre at forhistorien – både arbeidsform og varighet - tilsier at det er lite naturlig å bruke risikobetraktninger ved fortolkning av bestemmelsen. Begge parter har hatt rikelig tid og anledning til både å formulere egne standpunkter og forstå den annen sides posisjoner. Mindretallet viser til partsforklaringen fra Jostein Hansen, direktør for arbeidslivspolitik i NHO Reiseliv, som var den som førte utvalgets forslag i pennen. Han forklarte at arbeidet hadde vært en omfattende prosess, og at ønsker og forslag var utvekslet og hadde gått frem og tilbake med spørsmål om «kan vi være enige om dette»? Mindretallet mener derfor at begge parter har vært like nær mht. å vurdere konsekvensen av bestemmelsen om tvunget ikrafttredelsestidspunkt.

- (66) Mindretallet mener derfor at når ordlyden i bestemmelsen er uklar, er det naturlig å ta utgangspunkt i en forståelse som gir drøftelsen som bestemmelsen forutsetter best mulig reelt innhold. Slik mindretallet ser det, forutsetter «drøftelsen» at dialogen er basert på den omregnede lønn som vil bedriften faktisk vil legge til grunn. Dette er den løsning som vil gi de tillitsvalgte best grunnlag når de fremmer sine synspunkter, og som sikrer at arbeidsgivers beslutning bygger på korrekte fakta. Uttrykket «siste kalenderår» må derfor være siste året før bedriften treffer sin beslutning. Det var således korrekt av Radisson Blu Hotel Tromsø å benytte gjennomsnittslønnen i 2015 for fastsettelse av ny fastlønn fra 2017.
- (67) Mindretallet vil her tilføye, at prosentlønn etter sin natur innebærer en vesentlig større usikkerhet knyttet til avlønningens størrelse enn det fastlønn gir. I prinsippet kan avlønning like gjerne reduseres som økes fra ett år til et annet. En rekke forhold, både eksterne og bedriftsinterne, vil kunne påvirke omsetningens størrelse det enkelte år. Det er derfor ikke slik, at den forståelse av bestemmelsen som mindretallet legger til grunn, nødvendigvis vil medføre at de ansatte alltid kom dårligere ut ved omlegging fra prosentlønn til fastlønn.
- (68) Praksis som er fulgt ved de andre bedriftene som i 2016 besluttet overgang fra prosentlønn til fastlønn, er entydig og lik den som Radisson Blu Hotel i Tromsø fulgte. Denne omstendighet støtter også mindretallets resultat.
- (69) Dommen er avsagt med slik dissens som fremgår ovenfor.

SLUTNING

1. Riksavtalen § 5 er slik å forstå at ved bedriftens beslutning om endring av servitørenes prosentlønn til fastlønn, er beregningsgrunnlaget gjennomsnittsinntekten i det siste kalenderår forut for ikrafttreddelsen av ny fastlønn.
2. I henhold til punkt 1 foretar Radisson Blu Hotel Tromsø etterbetaling fra 1. januar 2017.

Jakob Wahl
(sign.)

Alexander Næss Skjønberg
(sign.)

Liv Gjølstad
(sign.)

Roger Hansen
(sign.)

Niels Selmer Schweigaard
(sign.)

Stein Grøtting
(sign.)

Axel Thuve
(sign.)

Rett utskrift bekrefte: