[AZA 0/2]

4C.71/2000

Ie COUR CIVILE
****

Séance du 26 septembre 2000

Présidence de M. Walter, Président de la Cour.
Présents: M. Leu, M. Corboz, Mme Klett et M. Nyffeler, juges.
Greffier: M. Ramelet.

_____

Dans la cause civile pendante
entre
F._____, demandeur et recourant, représenté par Me Jean-Bernard Waeber, avocat à Genève,

et
X._____ S.A., défenderesse et intimée, représentée par Me Eric C. Stampfli, avocat à Genève;

(contrat de travail; salaire)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- A compter du 2 janvier 1983, F._____ a été engagé en qualité de serveur par X._____ S.A., société exploitant une pizzeria; il percevait un salaire fixe de 660 fr. par mois auquel s'ajoutait un montant variable correspondant à un pourcentage de son chiffre d'affaires.

Avant l'entrée en vigueur de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 septembre 1988 (CCNT 1988), le directeur d'alors de la société précitée, P._____, avait voulu changer le mode de rémunération et instaurer un système de paiement de salaires assorti d'un treizième salaire comme cela était prévu par ladite convention. Certains employés se sont opposés à ce nouveau système de rémunération qu'ils considéraient comme moins avantageux que celui en vigueur jusqu'alors.

Le 18 décembre 1989, une assemblée extraordinaire s'est tenue afin d'examiner la situation. A la suite de cette réunion, P._____ a adressé à ses employés un courrier libellé comme il suit:

"Monsieur,

En assemblée extraordinaire, en date du 18 décembre
1989, nous nous sommes réunis pour analyser l'ensemble
des salaires pour les employés rémunérés
jusqu'alors sur la base des taxes de service, en
pourcentage par rapport au chiffre d'affaires de
chacun.

Selon l'art. 28 al. 3, (CCNT), dès le 1er janvier
1990, Monsieur P._____ envisageait de changer le
système de rémunération en attribuant un salaire
mensuel fixe à chaque employé. Après débat et discussion,
et d'un commun accord entre l'employeur et

chaque salarié, il a été convenu ce qui suit:

1) Monsieur P._____ renonce à changer le système
de rémunération pour le personnel de service qui
continuera à être payé au pourcentage par rapport
au chiffre d'affaires de chacun.

2) En contrepartie de l'avantage accordé, l'employé
soussigné renonce à l'application de l'art. 34 al. 1, c'est-à-dire au versement d'un treizième salaire
dans les proportions prescrites par la CCNT à la

fin de chaque année de travail.

Le présent accord a valeur de contrat de travail
pour les points soulevés, et ne pourra faire l'objet
d'aucune action en justice".

F._____ a approuvé cette proposition en signantcette écriture sous la mention "Bon pour accord".

Les salaires annuels bruts perçus de 1994 à 1998 par le travailleur ont été les suivants:

En 1994: 55 003 fr.35(:12 = moyenne: 4583 fr.60)
En 1995: 55 334 fr.70 (moyenne: 4611 fr.20)
En 1996: 53 559 fr.10 (moyenne: 4463 fr.25)
En 1997: 58 251 fr.10 (moyenne: 4854 fr.25)
En 1998: 55 037 fr.75 (moyenne: 4586 fr.50).

Le 30 janvier 1999, F._____ a résilié son contrat de travail pour le 28 février 1999. Il a reçu son salaire jusqu'à la fin février 1999. Son dernier salaire mensuel brut s'est élevé à 4744 fr.90.

B.- Le 26 mars 1999, F._____ a réclamé à X._____ S.A., par l'intermédiaire de son syndicat, le paiement de 23 824 fr.45 à titre de paiement du treizième salaire de 1994 à 1999.

Le 16 avril 1999, le nouvel administrateur de l'employeur, G._____, a répondu au travailleur en se référant à l'accord passé en décembre 1989; il a relevé que F._____ avait préféré maintenir les 12 mensualités, au lieu de 13, considérant que cela était à son avantage, qu'il l'avait fait de son plein gré et que, dès l'instant où, pendant les cinq dernières années, le travailleur avait perçu un gain supplémentaire d'environ 80 000 fr. par rapport au salaire prévu par la convention collective, treizième mois compris, la demande était injustifiée, voire malhonnête.

F._____ a alors assigné X._____ S.A. devant la juridiction des prud'hommes de Genève, en paiement de 30 526 fr.90, plus intérêts.

Par jugement du 1er juillet 1999, le Tribunal des prud'hommes de Genève a condamné la défenderesse à payer au demandeur la somme brute de 2468 fr.30, plus intérêts, à titre de paiement de jours fériés; il a débouté le demandeur de ses prétentions en paiement d'un treizième salaire.

Statuant sur appel du demandeur, la Chambre d'appelde la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, par arrêt du 22 novembre 1999, a confirmé le jugement du Tribunal des prud'hommes.

C.- F._____ exerce un recours en réforme au Tribunal fédéral. Il conclut à la réforme de l'arrêt de la Chambre d'appel, en ce sens que la défenderesse est condamnée à lui verser la somme brute de 26 258 fr.35, plus intérêts.

La défenderesse propose le rejet du recours.

Considérantendroit :

1.- La Chambre d'appel a examiné la réclamation du demandeur en paiement pour 1994 à 1999 d'un treizième salaire calculé sur les salaires bruts perçus, se demandant si et à quelles conditions le travailleur pouvait renoncer au paiement d'un treizième salaire en contrepartie de la continuation du versement de sa rémunération en pourcentage du chiffre d'affaires réalisé.

La cour cantonale, après avoir retenu que la CCNT 1988 prévoyait, dès le 1er janvier 1990, le paiement d'un salaire mensuel fixe, payable treize fois l'an, a contrôlé, à la lumière de l'art. 341 al. 1 CO, si le travailleur pouvait renoncer à une telle créance. Elle a considéré que l'art. 341 al. 1 CO ne s'appliquait qu'en cas de renonciation unilatérale du travailleur portant sur des prétentions à l'encontre de son employeur; en revanche, lorsque les parties sont parvenues à un accord comportant des concessions réciproques, celui-ci est valable au regard de la disposition précitée, l'admission d'un tel accord devant être cependant limitée à des cas sans équivoque où la renonciation du travailleur est largement compensée par des contre-prestations de l'employeur.
L'autorité cantonale a jugé que le droit au salaire ne découlait pas d'une disposition impérative de la loi ou d'une convention collective, si bien que le travailleur pouvait valablement renoncer au paiement d'un treizième salaire sans contrepartie, l'art. 341 al. 1 CO n'étant pas applicable (ATF 118 II 58). Pour la Chambre d'appel, l'accord écrit conclu entre les parties à cet égard était limpide et sans équivoque; il stipulait clairement que l'employeur renonçait à changer le système de rémunération pour le personnel de service, qui continuerait donc à être payé au pourcentage par rapport au chiffre d'affaires, et qu'en contrepartie de l'avantage accordé, les employés renonçaient à se voir verser un treizième salaire. Les juges cantonaux en ont déduit que le demandeur pouvait valablement renoncer au paiement de cette part de salaire.
L'autorité cantonale, par application du principe de la clause la plus favorable, a cherché à déterminer si les revenus annuels qu'a perçus le demandeur de 1994 à 1999 auraient été plus élevés s'il avait été payé treize fois l'an selon le système prévu par la convention collective. Elle a constaté que, pendant cette période, les salaires annuels bruts effectivement touchés par le travailleur, représentant 277 186 fr., dépassaient les salaires annuels bruts fixés par les conventions collectives, qui atteignaient au total 231 530 fr., de sorte que la renonciation du demandeur à un treizième salaire, convenue par l'accord du 18 décembre 1989, avait été largement compensée. Partant, il était indéniable, a poursuivi la Chambre d'appel, qu'un salaire de base auquel s'ajoutait un montant correspondant à un certain pourcentage du chiffre d'affaires avait été un mode de rémunération tout à fait favorable aux employés.

2.- Le recourant ne s'en prend qu'à la question du droit au treizième salaire pour les années 1994 à 1999. Il invoque le caractère impératif des dispositions des CCNT et de la Convention collective cantonale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCCT), qui prévoient que le salaire brut mensuel de l'année civile sert de base pour calculer le treizième salaire, lequel est dû quels que soient le système de rémunération et le montant du salaire du travailleur.
Il fait valoir que les conventions collectives applicables n'instituent aucune exception au paiement du treizième salaire pour les travailleurs dont le salaire de base dépasse le salaire minimum ou dont le salaire est payé au prorata du chiffre d'affaires. Il se réfère à l'art. 357 al. 2 CO, qui dispose qu'en tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par une convention collective sont nuls et remplacés par ces clauses, mais que, toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables.

Le recourant invoque aussi les articles des CCNT et de la CCCT qui prescrivent que les accords conclus entre employeurs et travailleurs dérogeant à la convention ne sont admis que s'ils sont exclusivement en faveur du travailleur.
Il expose que le treizième salaire est dû à tout salarié soumis à la convention, et non aux seuls travailleurs dont le salaire de base ne dépasse pas le minimum conventionnel, comme l'a admis la Chambre d'appel. Le demandeur souligne, enfin, que, lorsqu'il a signé l'accord du 18 décembre 1989, il était déjà au bénéfice d'une rémunération au chiffre d'affaires, si bien qu'il n'a pas obtenu à cette occasion un avantage par rapport à sa

situation antérieure. L'appréciation n'aurait pu être différente que s'il avait été au bénéfice, avant 1989, d'une rémunération fixe correspondant au minimum conventionnel. A suivre le recourant, l'accord du 18 décembre 1989, qui ne constituerait nullement une dérogation faite exclusivement en faveur du travailleur, serait nul.

3.- a) Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu à rectification de constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ; ATF 126 III 59 consid. 2a; 119 II 353 consid. 5c/aa). Dans la mesure où un recourant se prévaut d'un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée sans invoquer l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte. Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). L'appréciation des preuves à laquelle s'est livrée l'autorité cantonale ne peut être remise en cause (ATF 125 III 78 consid. 3a, 368 consid. 3 in fine; 122 III 26 consid. 4a/aa, 61 consid. 2c/bb)

Si le Tribunal fédéral ne saurait aller au-delà des conclusions des parties, lesquelles ne peuvent prendre de conclusions nouvelles (art. 55 al. 1 let. b in fine OJ), il n'est lié ni par les motifs qu'elles invoquent (art. 63 al. 1 OJ), ni par ceux de la décision cantonale (art. 63 al. 3 OJ; ATF 126 III 59 consid. 2a; 123 III 246 consid. 2).

b) Les rapports contractuels noués par les parties du 2 janvier 1983 au 28 février 1999 ont été régis successivement par la CCNT pour les hôtels, restaurants et cafés dans sa version 1988 (CCNT 1988), du 1er novembre 1988 au 30 juin 1992, et par la CCNT 1992 du 1er juillet 1992 au 30 juin 1996. La CCNT 1992 ayant été dénoncée par les partenaires sociaux pour le 30 juin 1996, la Chambre d'appel a retenu à bon droit que celle-ci ne s'appliquait plus dès cette date mais que, comme les parties n'avaient pas modifié les conditions de travail à cette échéance, il y avait lieu d'admettre qu'elles étaient convenues tacitement d'incorporer le contenu de cette convention au contrat de travail qui les liait pour la période courant du 1er juillet 1996 au 30 septembre 1996 (cf. ATF 98 Ia 561). Du 1er octobre 1996 au 31 décembre 1998, les rapports des parties ont été régis par la CCCT. Enfin, du 1er janvier 1999 au 28 février 1999, les rapports des plaideurs ont de nouveau été soumis à une Convention collective nationale de travail, la CCNT 1998.

Les dispositions des conventions collectives de travail qui prévoient le versement d'un treizième salaire sont des clauses qui ont un effet direct dans les relations entre l'employeur et le travailleur (art. 356 al. 1 et 357 CO). Selon l'opinion dominante, de telles clauses, dites normatives, doivent s'interpréter objectivement selon les principes valables pour l'interprétation des lois, singulièrement lorsque la convention a fait l'objet d'une décision d'extension (Schönenberger/Vischer, Commentaire zurichois, n. 110 ad art. 356 CO et n. 144 ad art. 356b CO; Rehbinder, Commentaire bâlois, 2e éd., n. 3 et 4 ad art. 356 CO; Kramer, Commentaire bernois, n. 112 ad art. 1 CO et n. 63 ad art. 18 CO).

Les conventions collectives de travail dont le champ d'application a été étendu, que ce soit par le Conseil fédéral ou par une autorité cantonale, renferment du droit privé fédéral (ATF 98 II 205 consid. 1; Jean-Fritz Stöckli, Commentaire bernois, n. 88 ad art. 356b CO; Schönenberger/Vischer, op. cit. , n. 144 ad art. 356b CO). Il s'ensuit que le Tribunal fédéral, qui est tenu d'appliquer d'office le droit fédéral (art. 63 al. 1 et 3 OJ), doit prendre en compte le contenu de telles conventions, même s'il n'a pas été constaté dans l'arrêt déféré.

c) Le 1er novembre 1988 est entrée en vigueur la CCNT 1988. L'art. 34 ch. 1 de cette convention prévoit notamment que le salarié, dont les rapports de travail chez le même employeur ont duré plus de quatre ans, a droit à une part de treizième salaire fixée à 50% dès le 1er janvier 1989 et à 75 % dès le 1er janvier 1990, l'intégralité du treizième salaire lui étant accordée dès le 1er janvier 1991. A teneur de l'art. 34 ch. 1 in fine CCNT 1988, le treizième salaire est calculé sur la base du salaire brut mensuel moyen de l'année civile, et non pas sur le salaire mensuel minimum conventionnel.

Cette disposition a donc clairement introduit l'obligation pour l'employeur de payer annuellement dès le 1er janvier 1989, en sus des douze mois de salaire versés jusqu'alors, un treizième salaire aux travailleurs qui, à

l'instar du demandeur, étaient au moins dans leur cinquième année de service.

La CCNT 1992, entrée en vigueur le 1er juillet 1992, n'a pas modifié cette réglementation (cf. art. 34 ch. 1 CCNT 1992), pas plus que la CCCT (cf. art. 32) et la CCNT 1998 (cf. art. 12).

d) In casu, le demandeur réclame le paiement d'un treizième mois pour les années 1994 à 1999. La défenderesse s'oppose à cette prétention en faisant valoir qu'elle a offert en 1988 un tel complément de rémunération conformément à la CCNT 1988, mais que les salariés n'en ont pas voulu, préférant, lors de l'assemblée extraordinaire du 18 décembre 1989, percevoir un salaire fixe plus une participation au chiffres d'affaires, à savoir un salaire variable sans treizième salaire.

Il convient donc d'examiner si le demandeur a pu valablement renoncer à l'octroi de la part de salaire en cause à partir de 1994, année pendant laquelle la CCNT 1992 déployait ses effets.

aa) Selon l'art. 1 des Dispositions transitoires CCNT 88/ CCNT 92, les contrats de travail qui ont été conclus conformément aux art. 31, 32 ou 33 ch. 2 CCNT 1988 - c'est-à-dire qui prévoient une rémunération basée sur le chiffre d'affaires - doivent être établis par écrit au plus tard au début de la saison d'hiver 1992/93. En cas d'absence d'accord écrit, est applicable dès le début de la saison d'hiver 1992/93 ou dès le 1er janvier 1993 l'art. 28 ch. 3 de la CCNT 1992, lequel a la teneur suivante :

"Si le contrat ne prévoit pas exclusivement un salaire
fixe, le système de rémunération doit être
défini par écrit. Le salaire mensuel minimum convenu
doit clairement ressortir.

En cas d'absence d'accord écrit et lorsque la rémunération
d'un employé de service n'est pas uniquement
basée sur un salaire fixe, l'application de
l'art. 32 est obligatoire".
L'art. 32 ch. 1 CCNT 1992 dispose pour sa part ce qui suit:

"En cas d'absence d'accord écrit prévoyant un autre
modèle de rémunération sur la base du chiffre d'affaires,
le personnel de service doit se voir bonifier:

1.1 une part d'au moins 13,04 % du chiffre d'affaires
brut découlant de la cuisine et de la cave
(caisses enregistreuses, banquets, manifestations
diverses), ainsi que

1.2 une part de salaire fixe égale à Fr. 660.– au
moins par mois.

Ces deux éléments de salaire forment le salaire
brut.

La part du chiffre d'affaires et celle du salaire
fixe sont deux minimums distincts qui ne peuvent
être inférieurs aux prescriptions susmentionnées.

Lorsque le service est dirigé de manière permanente
par un cadre, le taux prévu au chiffre 1.1 est ramené
à 11,5 %".

bb) Il ne résulte pas de l'arrêt critiqué que les parties aient passé un contrat de travail écrit. Le 18 décembre 1989, les plaideurs sont certes convenus que le salaire du demandeur se composerait toujours d'un pourcentage du chiffre d'affaires auquel s'ajoutait une part de salaire fixe, cela sans versement d'un treizième salaire, comme l'atteste le courrier adressé le même jour par le directeur d'alors de la défenderesse au recourant, pli que celui-ci a signé sous la mention "Bon pour accord". Mais, cette convention, pour respecter l'art. 28 ch. 3 al. 1 CCNT 1992, devait, dès lors qu'elle ne prévoyait pas exclusivement un salaire fixe, définir par écrit le système de rémunération et faire clairement ressortir le salaire mensuel minimum convenu. Il n'est nul besoin de longues explications pour admettre que l'accord du 18 décembre 1989 ne satisfaisait pas à ces exigences formelles. Et il n'est pas constaté que les parties aient établi par écrit un nouveau contrat de travail conforme aux réquisits de l'art. 28 ch. 3 al. 1 CCNT 1992 dans le délai de l'art. 1 des Dispositions transitoires CCNT 88/ CCNT
92. Il suit de là que l'accord susmentionné a cessé de déployer des effets juridiques lorsque la CCNT 1992 est entrée en vigueur, soit le 1er juillet 1992.

Dans ces conditions, la rémunération du demandeur de 1994 au 28 février 1999 est fonction uniquement des diverses conventions collectives qui se sont succédé dans l'intervalle, lesquelles, comme on l'a vu, prévoient toutes le versement d'un treizième salaire.

cc) Le recourant a donc bien droit au versement d'un treizième salaire pendant la période considérée. Pour calculer la quotité de ce treizième salaire, encore faudrait-il connaître le salaire brut mensuel moyen perçu par le travailleur à l'époque déterminante (cf. art. 34 ch. 1 in fine CCNT 1992).

Pour le début de 1994 au 30 septembre 1996, période pendant laquelle les rapports de travail du demandeur étaient régis par la CCNT 1992, l'art. 28 ch. 3 al. 2 de la Convention collective renvoie, en l'absence d'accord écrit, à l'art. 32, dont l'application est obligatoire, qui prescrit que la rémunération du travailleur se décompose en une part de salaire fixe égale à 660 fr. au moins par mois et en une part d'au minimum de 13,04 % du chiffre d'affaires brut découlant de la cuisine et de la cave, voire de 11,5 % lorsque le service est dirigé de manière permanente par un cadre.

Du 1er octobre 1996 au 31 décembre 1998, c'est la CCCT qui est applicable; celle-ci prévoit, à son art. 31, les mêmes parts minimales de salaire fixe et variable que la CCNT 1992, sous la réserve que la participation au chiffre d'affaires de 13,04 % est réduite de 6,5 % pour tenir compte de la TVA, d'où un pourcentage de 12,24 %.

S'agissant du 1er janvier 1999 au 28 février 1999, la CCNT 1998 doit être appliquée; son art. 10 instaure des salaires minimaux, toutefois inférieurs à la rémunération mensuelle de 4744 fr.90 qu'a perçue alors le demandeur.

Si la Chambre d'appel a retenu que le salaire fixe qui était versé au recourant se montait à 660 fr. par mois, elle n'a pas constaté le pourcentage qui était accordé au demandeur sur le chiffre d'affaires qu'il a réalisé de 1994 à 1998. Autrement dit, on ne sait si le demandeur s'est vu alors octroyer un pourcentage dépassant les taux minimums arrêtés par la CCNT 1992 et la CCCT. Le Tribunal fédéral n'est ainsi pas à même de calculer le salaire brut mensuel moyen du demandeur de 1994 à 1998 et, par conséquent, de fixer le montant de son treizième salaire pendant cette période. Conformément à l'art. 64 al. 1 OJ, il y a lieu d'admettre partiellement le recours, d'annuler l'arrêt attaqué et de retourner la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle complète l'état de fait quant à la détermination du pourcentage applicable au chiffre d'affaires obtenu par le recourant, puis fixe le treizième salaire sur la base du salaire brut mensuel moyen du demandeur pour les années 1994 à 1999.

4.- Le recourant obtient gain de cause sur le principe de l'allocation d'un treizième salaire. C'est donc à sa partie adverse de payer l'émolument de justice (art. 156 al. 1 OJ) et de lui verser des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Admet partiellement le recours, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants;

2. Met un émolument judiciaire de 2000 fr. à la charge de l'intimée;

3. Dit que l'intimée versera au recourant une indemnité de 2500 fr. à titre de dépens;

4. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et à la Chambre d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève.

_____

Lausanne, le 26 septembre 2000 ECH

Au nom de la Ie Cour civile
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

Le Greffier,