

**Arrêt N° 150/16 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du premier décembre deux mille seize.

Numéro 42499 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, président de chambre,  
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,  
Mireille HARTMANN, premier conseiller,  
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à D-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER de Luxembourg du 17 juin 2015,

comparant par Maître Stephan Wonnebauer, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**la société à responsabilité limitée B s.à r.l. en faillite**, ayant été établie et ayant eu son siège social à L-(...), représentée par son curateur Maître Max MAILLIET,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 15 mars 2016.

Où le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par son arrêt du 2 juin 2016, la Cour a, après avoir retenu que le contrat de travail conclu le 6 mars 2013 entre parties intitulé « *Arbeitsvertrag für die Dauer der Entsendung in die Schweiz* » était soumis à la loi luxembourgeoise mais qu'il était susceptible d'être régi par des dispositions impératives plus favorables de la loi suisse, ordonné la réouverture des débats afin de permettre aux parties :

*« d'examiner l'incidence de l'article 8-1. du Règlement (CE) no 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) dans le contexte du litige, de prendre position sur la question de savoir si des dispositions impératives protectrices de la loi suisse prévoyant un salaire social minimum pour un « Bauleiter » dans le Canton d'Argovie (CH) ont existé pendant la période litigieuse d'avril 2013 à mai 2014 et, dans l'affirmative, d'indiquer le montant du salaire minimum d'un « Bauleiter » ainsi que la durée légale de travail minimale d'un « Bauleiter » lié par un contrat de travail à temps plein ».*

Suite à cet arrêt, A fait valoir qu'à défaut de choix par les parties le contrat de travail est, conformément à l'article 8-2 du Règlement (CE) no 593/2008, régi par la loi du pays où il a habituellement accompli son travail, à savoir la loi suisse.

La Cour n'entend pas revenir sur ce point. Dans son arrêt du 2 juin 2016, la Cour a retenu, du fait que les dispositions du contrat de travail entre parties ont visé le code du travail luxembourgeois, que les parties avaient choisi la loi luxembourgeoise pour leur relation contractuelle, de sorte qu'il y avait lieu de l'appliquer, sauf dispositions impératives plus favorables au salarié prévues par la loi suisse.

L'article 8-1 du Règlement (CE) no 593/2008 précité, renvoie, en effet, à la question du choix des parties, à l'article 3 prévoyant que le « *choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ».

Il n'y a dès lors pas lieu à application de l'article 8-2 du Règlement (CE) no 593/2008 précité.

Quant à question de savoir s'il existe des dispositions impératives protectrices de la loi suisse prévoyant un salaire social minimum pour un « Bauleiter » dans le Canton d'Argovie pendant la période litigieuse d'avril 2013 à avril 2014, A se réfère à la loi fédérale du 9 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés, aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types et à la convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse et à l'arrêté du Conseil fédéral étendant le champs d'application de cette Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse, actualisée le 15 janvier 2013, pour dire que la durée de travail légale minimale en Suisse est de 37,5 heures par semaine et que le salaire minimum pour un chef d'équipe est de 6.026 CHF/mois, respectivement 34,25 CHF/heure.

Suivant son dernier décompte, A demande acte qu'il fonde exclusivement et uniquement sa demande, en application de la loi suisse, sur un taux horaire de 34,25 CHF, soit 31,70 euros. Il sollicite dès lors paiement du montant de 27.164,68 euros pour 50 heures de travail prestées hebdomadairement, sinon paiement du montant de 6.596,43 euros pour 37,5 heures de travail hebdomadaires. Il renonce à sa demande basée sur le calculateur de salaire.

Le curateur de la faillite n'a plus pris de conclusions suite à l'arrêt du 2 juin 2016.

Il résulte de l'article 2 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés que les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail (...) notamment quant à la rémunération minimale, y compris les suppléments et la durée du travail.

Il y a lieu partant de se référer à la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse, actualisée par l'arrêté du Conseil fédéral du 15 janvier 2013 étendant son champ d'application.

Aux termes de l'article V de l'arrêté du Conseil fédéral du 15 janvier 2013, « *le présent arrêté entre en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2013 et a effet jusqu'au 31 décembre 2015* ».

Il résulte de l'article 25 de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse que la durée de travail légale minimale est de 37,5 heures hebdomadaires.

Par application de l'article 41 de la prédite Convention nationale, actualisée par l'arrêté du conseil fédéral du 15 janvier 2013, le salaire de base pour un chef d'équipe en Argovie est de 6.026 CHF/mois, respectivement 34,25 CHF/heure.

Force est de constater que le salaire de base prévu par loi suisse est supérieur au salaire fixé par le contrat de travail. Nonobstant la convention entre parties, cette disposition impérative protectrice de la loi suisse a dès lors vocation à s'appliquer. Le fait que le salaire mensuel de A a été librement négocié entre parties et fixé au montant de 3.855 euros, ne saurait, en effet, avoir pour conséquence d'empêcher, dans le cadre d'un détachement, l'application des conditions salariales plus protectrices de la loi suisse.

Le curateur conteste encore le bien-fondé de la demande au motif que A n'établit pas qu'il a exercé la fonction de chef de chantier en Suisse. Il soutient que la liste de présence indiquant que A avait la qualité de « Bauleiter » ne saurait suffire à elle seule pour établir la prétendue qualité de chef de chantier, ce d'autant moins que le contrat de travail et les fiches de salaire renseignent sa fonction de « Monteur ». A n'établirait pas non plus qu'il ait effectivement presté une durée de travail de 50 heures par semaine, ce d'autant moins que le contrat de travail prévoit expressément que la durée de travail est de 40 heures et que le fiches de salaire font en moyenne état d'un total de 160 à 173 heures par semaine.

Devant les contestations du curateur, A a formulé une offre de preuve par témoins tendant à établir les faits suivants :

*« Durant sa période d'embauche auprès de la société B s.à r.l. du 1<sup>er</sup> avril 2013 au 31 mai 2014, A a uniquement et exclusivement presté son travail pour le compte de son employeur sur un chantier sis en Suisse à X.*

*Les fonctions de A sur ce chantier étaient celles de chef d'équipe.*

*Dans le cadre de l'exécution de sa tâche, A a presté toutes les semaines 50 heures de travail ».*

En se prévalant des dispositions de l'article 1347 du code civil, le curateur soulève l'irrecevabilité de l'offre de preuve par la voie testimoniale au motif que A ne verse pas de commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable ses prétentions et qu'une offre de preuve par témoins ne saurait servir à pallier la carence de la partie à établir le fait par elle allégué.

Pour pouvoir servir de commencement de preuve par écrit l'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué.

Il résulte de la liste intitulée de « Anzahl Mitarbeiter auf der Baustelle » émanant du cahier de charges de la firme C, qu'en ce qui concerne le « Montage », A figure en tant que seul « Bauleiter » et qu'il est prévu « Auf Baustelle » de « Mo-Fr (Sa) ».

Contrairement aux conclusions du curateur, cette pièce rend crédible l'assertion de A quant à la nature de la fonction qu'il a réellement exercée sur place.

Le curateur soulève encore l'irrecevabilité de l'offre de preuve au motif que le témoin D était employé par la société en faillite B, de sorte que son témoignage ne saurait être considéré comme concluant et pertinent, sinon impartial et qu'il a de surcroît quitté la société en novembre 2013. En ce qui concerne le témoin E, il résulterait de la documentation de la société faillie que celui-ci ne figurait pas parmi les salariés en poste depuis 2012.

Pour pouvoir témoigner, il suffit d'être tiers par rapport aux parties. Il résulte des renseignements fournis en cause que D a travaillé avec A jusqu'en novembre 2013. Suivant la liste de présence ci-avant décrite, E, bien que travaillant pour une autre firme, assurait la fonction de « Bauleitung ». Les arguments avancés par le curateur pour s'opposer à l'audition des deux témoins ne sauraient partant valoir.

Les faits offerts en preuve étant pertinents pour la solution du litige, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, d'y faire droit.

#### **PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

statuant en continuation de l'arrêt du 2 juin 2016,

avant tout autre progrès en cause ;

admet A à prouver par l'audition des témoins :

- 1) D, D(...),
- 2) E, D(...),

les faits suivants :

*« Durant sa période d'embauche auprès de la société B s.à r.l. du 1<sup>er</sup> avril 2013 au 31 mai 2014, A a uniquement et exclusivement presté son travail pour le compte de son employeur sur un chantier sis en Suisse à X.*

*Les fonctions de A sur ce chantier étaient celles de chef d'équipe.*

*Dans le cadre de l'exécution de sa tâche, A a presté toutes les semaines 50 heures de travail ».*

contre-preuve réservée,

commet à ces devoirs d'instruction Madame le premier conseiller Théa HARLES-WALCH,

fixe jour et heure pour l'enquête au mercredi, 18 janvier 2017 à 9.00 heures,

fixe jour et heure pour la contre-enquête au mercredi, 15 mars 2017 à 9.00 heures,

**chaque fois en la Chambre du Conseil de la salle d'audience CR.4.28, quatrième étage, en les locaux de la Cour Supérieure de Justice à Luxembourg, Bâtiment CR, Cité judiciaire, L-2080 Luxembourg,**

dit que la société B s.à r.l. devra déposer **au plus tard le 27 janvier 2017** au greffe de la Cour les noms, prénoms et demeures des témoins qu'elle voudra faire entendre lors de la contre-enquête,

réserve le surplus et les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.