

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°158/23 - VIII - TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail

Audience publique du quatorze décembre deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2021-00958 du rôle

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre,
Françoise ROSEN, premier conseiller,
Yola SCHMIT, premier conseiller,
Amra ADROVIC, greffier.

Entre :

la société anonyme SOCIETE1.) (SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 26 août 2021,

comparant par Maître Georges WIRTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

PERSONNE1.), demeurant à F-ADRESSE2.),

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître Catherine WARIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Le 24 septembre 2012, un avenant au contrat de travail liant PERSONNE1.) à la SOCIETE2.) a été conclu dans le cadre d'une convention intitulée « lettre d'engagement relative à la mise à disposition de PERSONNE1.) auprès de la société anonyme SOCIETE1.) » (ci-après la société SOCIETE1.)).

Cet avenant stipule dans son article 1^{er} que PERSONNE1.) est mise à disposition de la société SOCIETE1.) pour exercer les fonctions de « Permanent au Centre Opérationnel » au Luxembourg. L'article 2 précise que la durée de la mise à disposition est d'un an à compter du 1^{er} avril 2012 et qu'elle est prorogée par tacite reconduction sans que la durée totale ne puisse dépasser en principe 5 ans.

L'article 3 impose à PERSONNE1.) de se conformer aux consignes en vigueur chez la société SOCIETE1.) sous l'autorité de laquelle elle est placée pendant sa mise à disposition et la soumet au régime de travail et de repos, au régime des congés payés et des jours fériés ainsi qu'aux règles d'hygiène et de sécurité de la société SOCIETE1.). Il y est encore précisé que le lien contractuel de PERSONNE1.) avec la SOCIETE2.) est maintenu et que l'intéressée conserve les droits individuels attachés à sa qualité d'agent SOCIETE2.).

Parallèlement à la signature de cet avenant, PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) ont signé la lettre d'engagement du 24 septembre 2012, qui précise dans son article 1^{er} les conditions particulières convenues entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) dans le cadre de sa mise à disposition par la SOCIETE2.) auprès de la société SOCIETE1.).

L'article 5 relatif aux conditions d'emploi, de cette lettre d'engagement précise que PERSONNE1.) relève de l'autorité de la société SOCIETE1.) pour le régime de travail et pour les règles d'hygiène et de sécurité, qu'elle doit suivre les dispositions du règlement interne de la société SOCIETE1.). Cet article fixe l'horaire de travail de 40 heures par semaine ainsi que la réalisation possible de services d'alternance, réglementés dans un plan d'organisation de travail, accepté par PERSONNE1.).

Il est constant en cause que par des avenants successifs (quatre fois par tacite reconduction et deux fois par avenants du 1^{er} mars 2017 au

31 mars 2018 et du 1^{er} avril 2018 au 31 mars 2019), la mise à disposition a été prorogée, en précisant que les avenants écrits ont été signés entre PERSONNE1.) et SOCIETE2.).

Le 27 juin 2018, la société SOCIETE1.) a adressé à la SOCIETE2.) une lettre mettant fin à la mise à disposition de PERSONNE1.) au 31 décembre 2018. Cette décision était motivée par le fait que PERSONNE1.) aurait exprimé son intention de prolonger le travail à temps partiel dans le cadre du congé parental d'éducation, mais que cette demande serait incompatible avec l'organisation de la société SOCIETE1.).

Depuis le 31 décembre 2018, PERSONNE1.) n'était plus à disposition de la société SOCIETE1.) pour être aux services de la SOCIETE2.), qui était un des actionnaires de la société SOCIETE1.).

Arguant que « le licenciement prononcé par courrier du 27 juin 2018 est nul, sinon illégal, irrégulier et abusif », PERSONNE1.), suivant requête du 17 mai 2019 devant le tribunal du travail de Luxembourg, a fait convoquer la société SOCIETE1.) pour la voir condamner à lui payer, outre les intérêts légaux, les montants de 59.455 € au titre d'indemnité de départ, 17.616,3 € au titre d'indemnisation des préjudices matériel et moral, 1.500 € au titre d'allocation d'une indemnité de procédure avec la condamnation aux frais et dépens de l'instance, le jugement à intervenir étant à assortir de l'exécution provisoire.

A l'audience des plaidoiries du 24 juin 2020, PERSONNE1.) a ramené les demandes en paiement d'une indemnité de départ, respectivement d'indemnité de licenciement au montant de 4.917 € et la société SOCIETE1.) a conclu à son tour à l'obtention d'une indemnité de procédure de 1.500 €.

Par jugement no 1844/20 du 15 juillet 2020, le tribunal du travail, après avoir écarté les situations de travail intérimaire, de détachement temporaire et de prêt temporaire de main-d'œuvre, a donné acte aux parties qu'elles ont limité les débats à la compétence matérielle du tribunal du travail et a ordonné, avant tout autre progrès en cause, la comparution personnelle des parties, tenue les 6 octobre 2020 et 23 février 2021.

A l'audience des plaidoiries du 7 juin 2021, PERSONNE1.) a modifié sa demande indemnitaire en réclamant principalement le montant de 23.739,87 €, se décomposant en une indemnité de départ de 4.917 €, une perte de revenu sur une année de 12.906,87 €, un manque à gagner sur un an en raison d'une perte de perspective de promotion de 916 €, ainsi qu'en un préjudice moral de 5.000 €. Subsidièrement, elle a réclamé 4.917 € au titre d'indemnité de départ et 17.616,30 € au

titre de 6 mois de salaire. Elle a encore augmenté sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile à 3.000 €.

Par jugement no 2198/21 du 12 juillet 2021, le tribunal du travail s'est déclaré matériellement compétent pour connaître des demandes dirigées par PERSONNE1.) à l'encontre de la société SOCIETE1.), a dit que la loi luxembourgeoise est applicable et a refixé l'affaire pour permettre aux parties de conclure en application du droit luxembourgeois, tout en réservant les frais.

Pour statuer ainsi, le tribunal, après avoir constaté, que la société SOCIETE1.) a exercé son pouvoir de direction au quotidien sur PERSONNE1.), en exerçant des prérogatives dans le cadre de la procédure d'avancement de PERSONNE1.), en sélectionnant PERSONNE1.) dans sa procédure de recrutement et en mettant fin à sa mise en disposition, en exerçant son pouvoir disciplinaire et en ayant une influence sur l'évolution de la carrière de PERSONNE1.), a retenu que cette dernière, qui se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société SOCIETE1.), était pendant 6 années dans une situation de co-emploi, de sorte que tant la SOCIETE2.) que la société SOCIETE1.) sont à considérer comme ses employeurs pour cette période de sa carrière.

A défaut de choix de la loi applicable par les parties, le tribunal du travail, au regard des dispositions de l'article 8 § 2 du règlement (UE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, a encore conclu à l'application de la législation luxembourgeoise pour savoir si et dans quelle mesure la décision de la société SOCIETE1.) de mettre un terme au détachement de PERSONNE1.) doit s'analyser en un licenciement, et dans l'affirmative, de déterminer si ce licenciement est annulable, s'il est à déclarer abusif ou si la réaction de la société SOCIETE1.) n'est pas sanctionnable et que c'est finalement sur base de la loi luxembourgeoise qu'il convient d'évaluer les indemnités devant, le cas échéant, être allouées à PERSONNE1.).

Par exploit d'huissier de justice du 6 août 2021, la société SOCIETE1.) a régulièrement relevé appel de ce jugement, qui lui a été notifié le 21 juillet 2021.

Dans ses conclusions récapitulatives du 8 mai 2022, la société SOCIETE1.) conclut, principalement et, par réformation, à l'incompétence *ratione materiae* du tribunal du travail pour connaître des demandes de PERSONNE1.) dirigées à son encontre. Subsidiairement, elle demande à voir enjoindre à PERSONNE1.) de lui communiquer, sous peine d'astreinte de 50 € par jour de retard, les fiches de salaires pour la période de 2013 à décembre 2019, tous les courriers / courriels avec la SOCIETE2.) en relation avec le terme du

détachement au Luxembourg, la documentation en relation avec l'accord reçu pour le travail à temps partiel pendant la période des années 2017 ou encore 2018, la documentation signée avec la SOCIETE2.), copie de la documentation applicable au statut et gouvernant le statut d'un « agent SOCIETE2.) », copie du certificat d'affiliation au régime de pension pour la période du 1^{er} janvier 2010 jusqu'à ce jour, copie intégrale de la demande de PERSONNE1.) de travail à temps partiel datant du 6 octobre 2017 et copie intégrale de la demande de renouvellement en relation avec le régime de travail à temps partiel.

Elle demande encore à voir rejeter l'appel incident de PERSONNE1.), à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.500 € en instance d'appel et à voir condamner PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

PERSONNE1.) demande à voir confirmer le jugement entrepris en ce qui concerne la compétence matérielle du tribunal du travail et interjette appel incident pour voir dire, par réformation, que la loi française est applicable au présent litige. Elle réclame à son tour l'obtention de la somme de 3.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Discussion

I. Quant à la compétence matérielle du tribunal du travail

La société SOCIETE1.), qui conteste toute relation de travail avec PERSONNE1.), reproche au tribunal du travail, d'avoir retenu l'existence d'un lien de subordination entre parties dans le cadre d'un co-emploi au motif que PERSONNE1.) aurait fait l'objet d'un détachement d'agent dans le cadre de prestation de services de la SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.), détachement reconduit à plusieurs reprises. Elle soutient que la lettre d'engagement conclue entre la société SOCIETE1.) et PERSONNE1.) avec effet au 1^{er} avril 2012 ne constituerait pas un contrat de travail, le statut d'agent de la SOCIETE2.) de PERSONNE1.) ne permettant pas de relation de travail avec un autre employeur et le lien contractuel entre PERSONNE1.) et la SOCIETE2.) ayant étant maintenu suivant l'avenant signé entre PERSONNE1.) et la SOCIETE2.).

Elle affirme que seule la SOCIETE2.) aurait pu accorder le temps partiel au regard d'un formulaire préétabli de la SOCIETE2.).

Arguant que PERSONNE1.) aurait toujours refusé de signer un contrat de travail avec la société SOCIETE1.), qu'elle aurait toujours gardé son statut d'agent de cadre permanent depuis son embauche à la SOCIETE2.) en 1999 et que PERSONNE1.) aurait fait l'objet d'un

transfert de la SOCIETE2.) à SOCIETE2.) sans que la société SOCIETE1.) n'en aurait été informée, la société SOCIETE1.) conteste tout pouvoir de direction de sa part.

Elle soutient que le pouvoir disciplinaire serait resté exclusivement auprès de la SOCIETE2.), respectivement SOCIETE2.), en cas de faute grave suivant ce qui résulterait tant de la comparution des parties et de l'avenant pour 2017/2018 conclu avec SOCIETE2.) et que la SOCIETE2.) serait restée responsable des examens médicaux effectués en France suivant l'article 7 de l'avenant signé le 24 septembre 2012.

La société SOCIETE1.) fait grief au tribunal d'avoir retenu que PERSONNE1.) aurait été engagée suivant les critères de la société SOCIETE1.), étant donné que PERSONNE1.) se serait manifestée auprès de Monsieur PERSONNE2.), responsable du centre opérationnel et représentant de la SOCIETE2.) chez la société SOCIETE1.) pour exécuter des prestations de service de la SOCIETE2.). Elle soutient que PERSONNE1.) aurait été sélectionnée par la SOCIETE2.), suivant les critères de cette dernière.

Elle soutient que c'est à tort que le tribunal l'aurait considérée comme employeur de PERSONNE1.), étant donné que cette dernière s'est directement retournée vers la SOCIETE2.) pour obtenir un nouveau poste à la fin du détachement.

La SOCIETE2.) aurait été informée par la société SOCIETE1.) de la fin anticipée de la mise à disposition de PERSONNE1.), cette dernière n'ayant reçu qu'une copie. Le fait que PERSONNE1.) n'aurait pas formulé de revendications relatives à la fin de sa disposition prouverait qu'elle considérerait la SOCIETE2.) comme son employeur.

L'appelante soutient que les salaires de PERSONNE1.), affiliée à la Caisse de Prévoyance et de retraite du personnel de la SOCIETE2.), auraient été payés par la SOCIETE2.) sans que la société SOCIETE1.) aurait été impliquée dans les augmentations de salaire régies par le statut d'agent de la SOCIETE2.), de sorte que la SOCIETE2.) serait à considérer seul employeur de PERSONNE1.).

La société SOCIETE1.) fait grief au tribunal d'avoir conclu à sa compétence d'employeur dans le cadre de l'avancement au grade F de PERSONNE1.). Elle soutient que seul la SOCIETE2.) exercerait ces prérogatives et que les déclarations lors de la comparution personnelle des parties seraient insuffisantes pour conclure sur la procédure d'avancement, non éclaircie en l'absence de la documentation réclamée à PERSONNE1.). Elle fait encore plaider que PERSONNE1.) aurait adressé sa lettre de réclamation du 1^{er} mars 2018 aux responsables de la SOCIETE2.) et qu'elle aurait reçu la

qualification F le 1^{er} avril 2020, soit après la fin du détachement au Luxembourg.

La société SOCIETE1.), qui soutient que PERSONNE1.) aurait été détachée avec d'autres agents de la SOCIETE2.) au Luxembourg à partir de 2012 pour effectuer des prestations que la SOCIETE2.) fournissait à la société SOCIETE1.), conteste que PERSONNE1.) serait entrée dans ses services en tant qu'agent « pour être immédiatement ou ultérieurement mise à disposition d'une autre personne morale pour accomplir un travail déterminé sous l'autorité commune de cet utilisateur de main d'œuvre et de l'employeur qui l'a recruté ». Elle fait grief au tribunal d'avoir retenu l'existence d'une situation de co-emploi, étant donné qu'il n'y aurait pas de mise à disposition immédiate ou ultérieure par la SOCIETE2.) ni au regard de la jurisprudence française, ni de la jurisprudence luxembourgeoise.

Elle soutient que la SOCIETE2.) exécuterait des prestations de service pour la société SOCIETE1.) par détachement du personnel au Luxembourg, ce qui ressortirait des affirmations faites lors de la comparution des parties du 6 octobre 2020 par Monsieur PERSONNE3.) et Madame PERSONNE4.), représentants de la société SOCIETE1.).

PERSONNE1.) soutient avoir établi le lien de subordination à l'égard de la société SOCIETE1.) au regard des pièces versées et des déclarations faites lors des comparutions personnelles des parties, et conclut à la confirmation du jugement entrepris, par adoption des motifs de la juridiction de première instance.

Appréciation

C'est à bon droit que la juridiction de première instance a précisé qu' « *aux termes de l'article 25 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, le tribunal du travail n'est compétent que pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail, aux contrats d'apprentissage et aux régimes complémentaires de pension qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin* ».

Il y a d'abord lieu de rappeler que le tribunal du travail est une juridiction d'exception qui ne peut connaître que des affaires qui lui sont réservées par la loi.

La compétence exceptionnelle attribuée par l'article 25 du Nouveau Code de procédure civile aux juridictions du travail se limite à la connaissance des contestations qui s'élèvent, d'une part, entre les employeurs et, d'autre part, leurs salariés, relatives notamment aux

contrats de travail et aux contrats d'apprentissage y compris les contestations survenant après que l'engagement a pris fin.

Le contrat de travail ou d'emploi s'analyse en substance comme la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération.

De cette définition découlent trois éléments constitutifs : la prestation de travail, la prestation de travail accomplie moyennant une rémunération ou salaire et le lien de subordination avec le pouvoir de direction inhérent à la qualité d'employeur.

Après avoir précisé que la relation de travail n'est pas nécessairement exclusive, le tribunal du travail a retenu qu'un salarié peut se trouver en situation de co-emploi en citant une jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation française 8 oct. 1981, no 80-179, Bull. civ. V, no 767.-V. Suivant cette jurisprudence, il a été jugé, à plusieurs reprises, qu'un salarié peut se trouver dans une telle situation de co-emploi lorsqu'il est embauché par un employeur et qu'il se trouve immédiatement ou ultérieurement mis par celui-ci à la disposition d'une autre personne physique ou morale, pour accomplir un travail déterminé sous l'autorité commune de cet utilisateur de main-d'œuvre et de l'employeur qui l'a recruté; ces derniers ayant la possibilité de lui prescrire, de manière alternative ou conjointe, des directives, des instructions ou des ordres, ainsi que d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner, le cas échéant, les manquements. C'est ainsi que des démonstrateurs mis à la disposition d'un grand magasin par une société qui les avait engagés pour assurer la promotion de leurs produits, ont été considérés comme effectuant « le même travail au profit de deux employeurs », dès lors qu'ils étaient tenus d'observer les horaires de travail et le règlement intérieur du magasin, ainsi que les règles de discipline prises par son personnel d'encadrement, tout en s'exposant à des sanctions de cette société qui les avait recrutés (Soc. 8 oct. 1981, no 80-179, Bull. civ. V, no 767.-V). Le salarié se trouve partant dans un lien de subordination par rapport à l'employeur d'origine et par rapport à l'utilisateur ; l'un comme l'autre lui donne des instructions, des directives ou des ordres, soit alternativement soit conjointement, selon les circonstances.

PERSONNE1.), qui conclut à la confirmation du jugement entrepris pour avoir retenu la compétence *ratione materiae* du tribunal du travail de Luxembourg, soutient qu'elle se trouvait pendant six années dans une situation de co-emploi, de sorte qu'il existerait une relation de travail tant à l'égard de la SOCIETE2.) que de la société SOCIETE1.).

L'appelante, qui conclut à l'absence d'un contrat de travail entre la société SOCIETE1.) et PERSONNE1.), se limite à contester la théorie du co-emploi, sans fournir d'éléments concrets à la qualification du lien juridique entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.).

Contrairement à ce que fait valoir l'appelante, l'absence de contrat de travail écrit entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) ne permet pas d'exclure une relation de travail entre ces parties. Il en va de même pour les avenants au contrat de travail signés entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.).

Avant d'apprécier s'il y a co-emploi, PERSONNE1.) doit établir l'existence d'une relation de travail avec la société SOCIETE1.). Cette présomption peut résulter d'un ensemble d'éléments qui constituent des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination. Ces circonstances relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Tel que relevé à juste titre par le tribunal du travail, l'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée des parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié.

Pour apprécier s'il y a existence ou absence d'un lien de subordination, le juge doit prendre en considération non seulement les termes de la convention des parties et les obligations qui en découlent, mais également tous les indices fournis par la situation particulière des parties dans laquelle doit s'intégrer le lien de subordination et desquels peut se dégager la véritable intention des parties.

Il importe de rappeler que le critère essentiel du contrat de travail est ce lien de subordination qui est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements d'un subordonné.

En l'espèce, tant l'article 5 de la lettre d'engagement conclue entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.), que l'article 3 de l'avant contrat de travail du 24 septembre 2012 signé entre la SOCIETE2.) et PERSONNE1.) prévoient que PERSONNE1.) est soumise au régime de travail et aux dispositions du règlement interne de la société SOCIETE1.).

Il y a lieu de suivre le tribunal du travail pour avoir retenu, au regard des éléments du dossier et des déclarations faites lors des

comparutions personnelles des parties, que c'est la société SOCIETE1.) qui a seule donné, au jour le jour, des instructions à PERSONNE1.) et qui seule a organisé l'exercice du travail de PERSONNE1.), en l'affectant à ses différents postes, en lui imposant les horaires de travail, en établissant les plannings et en accordant les jours de congés demandés.

La société SOCIETE1.) ne saurait dès lors affirmer qu'elle se serait limitée à donner des instructions purement pratiques pour organiser le travail de la requérante au quotidien. Au contraire, la société SOCIETE1.) a choisi son intégration dans ses effectifs et a également décidé de son exclusion. Au cours de l'exécution, c'est également la société SOCIETE1.) qui a modelé les fonctions de la requérante en lui demandant d'occuper des fonctions différentes, sans qu'il résulte d'aucun élément du dossier que la SOCIETE2.) aurait été consultée à cet égard. Il n'est en effet pas contesté que PERSONNE1.) a occupé plusieurs postes et exercé plusieurs fonctions tout au long de son détachement auprès de la société SOCIETE1.).

Il résulte des déclarations de Monsieur PERSONNE3.) et Madame PERSONNE4.), représentant la société SOCIETE1.) lors de la comparution que des parties du 6 octobre 2020, que PERSONNE1.) travaillait sous les ordres du manager direct, agent direct de la SOCIETE2.), également au service de la société SOCIETE1.). Or, le détachement d'agents SOCIETE2.) auprès de la société SOCIETE1.), même dans le cadre de prestations de services de la part de la SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.), ne permet pas de remettre en cause le pouvoir de direction au quotidien de la société SOCIETE1.) sur PERSONNE1.).

La Cour de cassation française (Cass. soc. 23 mars 2016, n°14-14.811), dans un contexte spécifique d'un agent SOCIETE2.) mis à la disposition d'un organisme privé, a confirmé la possibilité de requalifier une situation de mise à disposition en contrat de travail. Cette jurisprudence française rejoint une autre décision de la haute juridiction française (Cass. ass. plén. du 20 décembre 1996, n° 92-40.641), requalifiant une mise à disposition en contrat de travail après la constatation d'un réel lien de subordination à l'égard du salarié « prêté ».

Le fait que PERSONNE1.) ait gardé son statut d'agent SOCIETE2.) et que cette dernière soit restée son employeur, gardant le pouvoir de mettre fin au contrat de travail, n'exclut pas l'autorité de la société SOCIETE1.) dans l'organisation du travail de PERSONNE1.) au jour le jour.

La société SOCIETE1.) a également exercé des prérogatives ayant eu une incidence sur la carrière de PERSONNE1.).

C'est encore à bon droit que le tribunal du travail a retenu que dans le cadre de la procédure d'avancement, la société SOCIETE1.) s'est abstenue de proposer la promotion de PERSONNE1.) au grade F. Il ressort en effet des comparutions personnelles des parties des 6 octobre 2020 et 23 février 2021 que la société SOCIETE1.) a omis de proposer PERSONNE1.) à la promotion au grade F auprès de la SOCIETE2.), proposition nécessaire dans la prise en compte du candidat à la promotion. Cette omission a eu pour effet de retarder la promotion de PERSONNE1.) en avril 2020 soit après la fin de son détachement. Dès lors, la société SOCIETE1.) détenait un certain pouvoir dans la carrière de PERSONNE1.).

La société SOCIETE1.) ne saurait reprocher à PERSONNE1.) son refus de communication de la documentation relative à sa procédure d'avancement, des fiches de salaire de PERSONNE1.) de 2013 à 2019, de tous les courriers/courriels en relation avec le détachement avec effet au 31 décembre 2018, de la documentation en rapport avec l'accord du temps partiel et son renouvellement, de la documentation applicable au statut d'agent SOCIETE2.) ainsi que d'une copie du certificat d'affiliation au régime de pension à partir du 1^{er} janvier 2010, ces pièces destinées à établir l'existence d'une relation de travail unique avec la SOCIETE2.) n'étant pas pertinentes à la solution du litige.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal du travail, après avoir énoncé correctement les dispositions applicables des articles 284, 285 et 288 du Nouveau code de procédure civile, a retenu, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, qu'il n'est pas établi que PERSONNE1.) détienne certaines pièces dont la production est réclamée, que ces pièces sont dépourvues d'intérêt dans la mesure où elles visent à établir des faits qui se dégagent d'ores et déjà du dossier soumis à l'appréciation du tribunal, respectivement qui ne font l'objet d'aucune contestation.

La demande réitérée de la société SOCIETE1.) en communication des prédites pièces énoncées dans le courrier du 31 mai 2021 de son mandataire et contestée par la défense est partant à rejeter.

La société SOCIETE1.) a encore exercé ses prérogatives d'employeur en ce qui l'attribution du temps partiel. S'il est exact que PERSONNE1.) a en fait la demande sur base d'un formulaire préétabli par la SOCIETE2.), la société SOCIETE1.) devait marquer son accord dans le cadre de la mise en disposition.

Il résulte en effet des déclarations de PERSONNE1.) lors de la comparution personnelle des parties du 6 octobre 2020 et du prédit courrier du 27 juin 2018 relatif à la fin de la mise à disposition, que la

société SOCIETE1.) a dans un premier temps accepté la demande de congé partiel de PERSONNE1.), rédigée sur un formulaire de la SOCIETE2.). Dans un deuxième temps, la société SOCIETE1.), après avoir été informée par PERSONNE1.) sur son intention de prolonger le congé partiel, a tiré des conséquences de cette demande en mettant fin à la mise à disposition de SOCIETE2.) (SOCIETE2.) à partir du 1^{er} janvier 2019. C'est dès lors à tort que la société SOCIETE1.) conteste ses prérogatives d'employeur sur ce point.

Dans ce contexte, le tribunal du travail est encore à approuver pour avoir retenu que la société SOCIETE1.) a influencé la carrière de PERSONNE1.) au sujet de la demande de prolongation du temps partiel dans le cadre d'un congé parental, cette dernière ayant été affecté à d'autres fonctions au sein de la SOCIETE2.) après 6 années au sein de la société.

De même et contrairement aux affirmations de la société SOCIETE1.), il résulte des déclarations de PERSONNE1.) lors de la deuxième comparution personnelle des parties du 23 février 2021 qu'elle a postulé pour le poste vacant auprès de la société SOCIETE1.) avant son annonce à la bourse de l'emploi de la SOCIETE2.) et que suite à son entretien avec le directeur général de la société SOCIETE1.), c'est cette dernière qui a engagé des discussions avec la SOCIETE2.) sur sa mise à disposition, l'engagement de mise à disposition et l'avenant à son contrat de travail ayant été signés dans les locaux de la société SOCIETE1.).

Le fait que le poste occupé par PERSONNE1.) était annoncé à la bourse de la SOCIETE2.) et que l'entretien auprès de la société SOCIETE1.) ait été effectué en présence d'un agent détaché de la SOCIETE2.) ne remettent pas en cause la liberté de choix du candidat en fonction des critères de sélection propres de la société SOCIETE1.).

Il n'est pas contesté que la société SOCIETE1.) a, de sa propre initiative, mis un terme à la relation de travail avec PERSONNE1.), suite à l'entretien préalable avec celle-ci.

Le fait que PERSONNE1.), qui s'est vu adresser une copie de cette lettre, ait postulé pour un nouveau poste auprès de la SOCIETE2.) ne permet pas de conclure que cette dernière était son unique employeur.

Même si la SOCIETE2.) a dû avaliser les décisions de la société SOCIETE1.) relatives à l'embauche de PERSONNE1.) et à la fin du détachement, c'est bien la société SOCIETE1.) qui a usé de son pouvoir de direction dans la relation contractuelle avec PERSONNE1.). L'affirmation de la société SOCIETE1.) que les deux prérogatives les plus importantes d'un employeur (le choix

d'embaucher un salarié et celui de résilier le contrat de travail) lui auraient échappé, est dès lors contredite par les éléments du dossier.

Le fait que PERSONNE1.) n'a pas voulu renoncer à son statut d'agent de la SOCIETE2.) depuis son embauche auprès de la SOCIETE2.) en 1999, ne suffit pas pour remettre en cause la relation de travail avec la société SOCIETE1.), étant donné qu'en matière de co-emploi le lien de subordination n'est pas forcément exclusif vis-à-vis d'un employeur.

L'affirmation de la société SOCIETE1.) selon laquelle PERSONNE1.) aurait refusé de signer un contrat de travail reste également à l'état de pure allégation. En effet, au cours de la comparution personnelle des parties du 23 février 2021, cette dernière, a contesté toute proposition formelle émanant de la société SOCIETE1.) de signer un contrat pendant toute la durée du détachement, en croyant se souvenir d'une telle possibilité évoquée au courant de l'année 2017.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que la société SOCIETE1.) pouvait aussi exercer des prérogatives dans le domaine disciplinaire. Il résulte en effet des déclarations du représentant de SOCIETE1.) faites lors de la comparution des parties du 6 octobre 2020 que les avertissements, écrits et rappels à l'ordre étaient faits par la société SOCIETE1.), et que ce n'était qu'en cas de faute très grave remettant en cause la prestation du service, qu'il en était référé à la SOCIETE2.). Il s'ensuit que le pouvoir disciplinaire était réparti entre les deux co-employeurs, la SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.).

La théorie du co-emploi n'est pas remise en cause par les faits que les fiches de salaires de PERSONNE1.) étaient établies par la SOCIETE2.) sur base des données nécessaires (horaires, congé, maladie) fournies par la société SOCIETE1.) et que les augmentations de salaire se faisaient en fonction de la position de rémunération et des échelons auprès de la SOCIETE2.).

Il résulte encore de la comparution personnelle des parties du 6 octobre 2020 que PERSONNE1.) percevait certes son salaire de la SOCIETE2.), mais que le coût total du salarié était facturé à la société SOCIETE1.). Il s'ensuit que cette dernière supportait en définitive les frais du salaire, versé à PERSONNE1.) pour effectuer son travail auprès de la société SOCIETE1.).

Il en va de même des examens médicaux périodiques de médecine du travail prévus à l'article 5 de la lettre d'engagement relative à la mise à disposition de PERSONNE1.), pour lesquels PERSONNE1.) a fait état d'un certain relâchement de la SOCIETE2.) en mentionnant 2 visites médicales en France en 6 ans, sans visite post maternité

obligatoire en France lors de la comparution personnelle des parties du 6 octobre 2020.

Contrairement aux affirmations de la société SOCIETE1.), les prérogatives d'employeur ne se trouvaient pas entièrement entre les mains de la SOCIETE2.) et PERSONNE1.) a établi l'existence d'un lien de subordination avec la société SOCIETE1.).

Quant à la prétendue incompatibilité du cumul d'emploi pour un agent SOCIETE2.), force est de constater que la SOCIETE2.), a signé trois avenants au contrat de travail de PERSONNE1.), de sorte qu'elle a forcément marqué son accord à la mise à disposition de la société SOCIETE1.). La réglementation relative au cumul d'emplois auprès de la SOCIETE2.), autorisés dans certains cas, ne permet pas d'exclure cette mise à disposition.

L'affirmation de la société SOCIETE1.) de ne pas avoir eu connaissance du transfert de PERSONNE1.) auprès de SOCIETE2.) se trouve contredite par le courrier prémentionné du 27 juin 2018 de la société SOCIETE1.), transfert fait dans le cadre d'une réorganisation interne de la SOCIETE2.) en 2015.

Dès lors la partie appelante ne saurait prétendre que cette prétendue ignorance du transfert prouverait l'absence de relation de travail.

Au vu des développements ci-avant, c'est à tort que la société SOCIETE1.) soutient que la jurisprudence citée par le tribunal du travail serait inapplicable au présent cas d'espèce. En effet, PERSONNE1.) a bien été embauchée en 1999 par la SOCIETE2.) et a été mise à disposition de la société SOCIETE1.) en 2012 pour accomplir un travail déterminé sous l'autorité commune de la société SOCIETE1.) et de la SOCIETE2.), en recevant de manière alternative ou conjointe des instructions et tombant sous le contrôle tant de la SOCIETE2.) que de la société SOCIETE1.). La dualité d'employeurs implique dès lors une dualité de liens de subordination.

La société SOCIETE1.) se réfère à la jurisprudence ci-après citée de la Cour supérieure de justice de Luxembourg et de la Cour de cassation française du 20 novembre 2020 pour soutenir qu'en l'espèce, il n'y a pas de situation de co-emploi. Elle fait grief au tribunal d'avoir retenu la théorie du co-emploi sans que les conditions en soient réunies dans un groupe de sociétés, à savoir « confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière » et « de la perte totale d'autonomie d'action de la filiale » .

L'arrêt de la CSJ 3^{ème}, 31 (et non du 21 tel qu'indiqué erronément par la société SOCIETE1.)) mars 2011, n° NUMERO2.) cité par la société

SOCIETE1.), rendu dans une hypothèse où la salariée avait signé plusieurs contrats de travail avec plusieurs personnes morales différentes, précise que « *si, comme le montre l'exemple de la requérante, il y a eu des mutations de personnel d'une société à l'autre et si les deux sociétés ont manifestement des intérêts communs, il ne peut être retenu qu'il y a une confusion entre leur direction et leur patrimoine. X n'a en effet pas seule le pouvoir directionnel au sein de la société 1, dont la société 2 n'est pas actionnaire majoritaire. Au vu de ce qui précède, il ne peut pas être retenu que la requérante a eu un seul et même employeur dans le cadre de trois contrats de travail signés par elle* ».

Les conclusions de la société SOCIETE1.) procèdent d'une lecture erronée de l'arrêt qui ne confirme pas la réunion des trois conditions prémentionnées pour qu'il y ait co-emploi. Contrairement aux affirmations de la partie appelante, l'arrêt du 31 mars 2011 retient l'existence de plusieurs contrats de travail avec différents employeurs sans confusion de direction et de patrimoine.

L'arrêt CSJ, 8^{ème}, du 17 mai 2017, n° 43317, rendu dans une hypothèse de domination économique dans un groupe de sociétés et hors l'existence d'un lien de subordination n'est pas transposable au présent cas d'espèce. En effet, une confusion d'intérêts et une immixtion dans la gestion de la société SOCIETE1.) et le fait que la société SOCIETE1.) serait une filiale sans autonomie, ne sont pas établis dans le présent dossier.

Il en va de même pour la jurisprudence de la Cour de cassation française du 20 novembre 2020.

De même, l'arrêt de la Cour d'appel 3^{ème}, du 6 février 2020, n° CAL-2019-00422 cité par la société SOCIETE1.), rendu dans une hypothèse d'identité de dirigeants sociaux dans un groupe de sociétés où le salarié a signé un contrat de travail avec une société, qui est une coquille vide, n'est pas non plus applicable au présent cas d'espèce.

Le lien de subordination entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) étant établie au regard des développements ci-avant, le tribunal du travail est à confirmer pour avoir retenu que PERSONNE1.) s'est trouvée pendant 6 années dans une situation de co-emploi, de sorte que tant la SOCIETE2.) que la société SOCIETE1.) sont à considérer comme ses employeurs pour cette période de sa carrière.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal du travail s'est déclaré compétent *ratione materiae* pour connaître des demandes dirigées par PERSONNE1.) contre la société SOCIETE1.).

L'appel de la société SOCIETE1.) n'est dès lors pas fondé de ce chef et le jugement est à confirmer sur ce point.

II. Quant à la loi applicable

Formant appel incident, PERSONNE1.) conclut, par réformation, à l'application de la loi française au regard des dispositions l'article 8 § 1 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après le règlement Rome I) disposant que le contrat individuel du travail est régi par la loi choisie par les parties.

Elle déclare avoir estimé que son travail serait encadré par la législation française, étant donné que l'avenant de son contrat de travail était soumis à la loi française. Elle affirme que la société SOCIETE1.) aurait elle-même considéré que les relations entre parties étaient soumises à la loi française au regard d'un courriel du 3 décembre 2014 de PERSONNE5.) concernant la « présentation formelle des contrats de droit luxembourgeois ».

La société SOCIETE1.) conclut à la confirmation du jugement déféré pour avoir retenu que c'est la loi luxembourgeoise qui est applicable au présent litige. N'étant pas partie à l'avenant au contrat de travail de PERSONNE1.), cette dernière ne saurait en déduire que la loi française mentionnée dans le cadre de cet avenant aurait été implicitement choisie pour régir la lettre d'engagement. Elle soutient que le courriel du 3 décembre 2014 ne permettrait pas non plus à conclure au choix implicite de la loi française.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a rappelé les dispositions de l'article 8 du règlement Rome I disposant :

« 1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. A défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du § 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur.

4. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé aux § 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique ».

Le tribunal du travail est encore à approuver pour avoir écarté le choix implicite de loi française en faisant état d'une clause de l'avenant au contrat de travail conclu entre PERSONNE1.) et la SOCIETE2.), avenant inopposable à la société SOCIETE1.) qui n'y est pas partie, d'autant plus que la « lettre d'engagement » conclue parallèlement à cet avenant entre la société SOCIETE1.) et PERSONNE1.) ne contient aucune disposition relative à la loi applicable entre les parties.

Il s'y ajoute que plusieurs dispositions de cette lettre d'engagement font explicitement référence à l'application de la loi luxembourgeoise. Ainsi l'article 7.3 prévoit que les frais professionnels engagés par PERSONNE1.) seront remboursés par la société SOCIETE1.) selon les règles internes et la réglementation luxembourgeoise, l'article 10 se réfère au droit fiscal luxembourgeois et notamment au prélèvement à la source et l'article 4.2 se réfère au Code du travail luxembourgeois en matière de congés.

Le courriel du 3 décembre 2014 ne faisant que convier à une présentation formelle des contrats de droit luxembourgeois, ne contient aucune disposition relative à l'application de la législation française aux relations liant PERSONNE1.) à la société SOCIETE1.).

En l'absence de choix fait par les parties, le tribunal est dès lors à confirmer pour avoir appliqué la règle de conflit de loi désignée à l'article 8 § 2 du règlement Rome I, étant donné que PERSONNE1.) a exercé ses fonctions au sein de la société SOCIETE1.) sur le territoire du Grand-Duché.

La Cour en conclut, par adoption des motifs retenus par le tribunal du travail, que la loi luxembourgeoise désignée par l'article 8 § 2 du règlement Rome I a vocation à s'appliquer au présent litige.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé et le jugement entrepris est à confirmer sur ce point.

III. Quant aux demandes accessoires

Eu égard au sort réservé à leurs appels respectifs, la société SOCIETE1.) et PERSONNE1.) sont chacune à débouter de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement,

dit les appels principal et incident recevables

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

rejette les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des parties.