

**Jugement commercial n°2019TALCH06/00429**

Audience publique du jeudi, quatre avril deux mille dix-neuf.

**Numéro TAL-2018-01171 du rôle**

Composition :

Nadine WALCH, vice-présidente;  
Laurent LUCAS, juge,  
Jackie MORES, juge;  
Elia DUARTE, greffière.

**Entre :**

Monsieur **A**), demeurant à (...),

élisant domicile en l'étude de Maître Frank WIES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**demandeur**, comparant par Maître Noémie SADLER, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Frank WIES, avocat à la Cour susdit,

**et :**

**1) la société anonyme B), en liquidation volontaire**, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de (...) sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions;

**défenderesse**, comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg SARL, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Annie ELFASSI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**2) la société à responsabilité limitée C), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de (...) sous le numéro (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, prise en sa qualité de liquidateur de la société (...), en liquidation volontaire ;**

**défenderesse**, défaillante.

---

## **I. Faits :**

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Michèle BAUSTERT, en remplacement de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg, en date du 7 février 2018, le demandeur a fait donner assignation aux défenderesses à comparaître le vendredi, 23 février 2018, à 9.00 heures du matin devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, 1<sup>er</sup> étage, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans lesdits exploits d'huissier ci-après reproduits :

## **II. Faits :**

Par exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg, en date du 22 mars 2018, le demandeur a fait donner réassignation à la défenderesse sub 2) à comparaître le vendredi, 20 avril 2018, à 9.00 heures du matin devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, 1<sup>er</sup> étage, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans lesdits exploits d'huissier ci-après reproduits :

L'affaire fut inscrite sous le numéro TAL-2018-01171 du rôle, pour les audiences publiques des 23 février 2018 et 20 avril 2018 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale et remise devant la sixième chambre, siégeant en matière commerciale.

Après plusieurs refixations, l'affaire fut utilement retenue à l'audience publique du 12 mars 2019 devant la sixième chambre, siégeant en matière commerciale, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Noémie SADLER, en remplacement de Maître Frank WIES, donna lecture de l'acte introductif d'instance et de sa note de plaidoiries et exposa les moyens de sa partie.

Maître Annie ELFASSI, donna lecture de sa note de plaidoiries, répliqua et exposa les moyens de sa partie.

La société C) fit défaut.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

### **jugement** qui suit :

#### Faits

Le 1<sup>er</sup> octobre 2013, B) (ci-après « B)»), anciennement dénommé (...), a signé un contrat intitulé « *EMPLOYMENT AGREEMENT* » avec A). Aux termes de l'article 5.1 dudit contrat, A) a droit à un salaire mensuel à hauteur de 10.000,- EUR net.

#### Procédure

Par exploit d'huissier du 7 février 2018, A) a assigné B) et C) (ci-après « C) ») à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Par exploit d'huissier du 22 mars 2018, A) a réassigné C).

#### Prétentions et moyens des parties

A) demande la condamnation de B) au paiement du montant de 70.000,- EUR, avec les intérêts légaux à partir du 2 octobre 2013, sinon à partir du 6 mars 2015, sinon à partir du 19 juillet 2016, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Il sollicite encore la condamnation de B) au paiement du montant de 3.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

A) fait valoir à l'appui de sa demande qu'il aurait été nommé administrateur de catégorie A de B) par assemblée générale du 2 octobre 2013. En date du 6 mars 2015, l'assemblée générale de B) aurait pris note de sa démission en tant qu'administrateur. Il conclut avoir exercé un mandat social au cours de cette période. Il résulterait du contrat intitulé « *EMPLOYMENT AGREEMENT* » qu'il avait droit à une

rémunération mensuelle à hauteur de 10.000,- EUR en contrepartie de l'exercice de ses fonctions de « Managing Director » de B). Cet « *EMPLOYMENT AGREEMENT* » constituerait un contrat de mandat social et non un contrat de travail. Il n'aurait plus été rémunéré par B) à partir de septembre 2014, alors même qu'il aurait continué d'assumer sa fonction d'administrateur jusqu'au mars 2015. Sa demande serait dès lors principalement fondée sur base de l'article 1999 du Code civil et, subsidiairement, sur base des articles 1134 et suivants du Code civil. A titre plus subsidiaire encore, A) base sa demande sur les articles 1382 et suivants du même code.

A) conclut à la compétence du présent tribunal sur base de l'article 631 du Code de commerce, au motif que le litige aurait trait à la rémunération qu'il aurait dû percevoir en contrepartie de l'exercice de son mandat social, que la rémunération du mandat social ferait partie intégrante du fonctionnement de B) et que l'issue du litige affecterait dès lors le patrimoine de cette dernière. A titre subsidiaire, A) argue que la distinction entre matière civile et commerciale n'aurait aucune incidence au stade de la détermination de la compétence matérielle du tribunal d'arrondissement.

A) estime, au cas où le litige aurait un caractère civil, que l'irrégularité de l'exploit tenant à l'indication erronée du mode de comparution constituerait une nullité de forme, et que B) omettrait de prouver l'existence d'un préjudice dans son chef du fait de l'indication du mauvais mode de comparution.

Quant au moyen de nullité relatif à l'indication erronée de l'organe représentant B), A) donne à considérer que C) a été assignée en sa qualité de liquidateur de B), de sorte que ce moyen serait aussi à rejeter. A titre subsidiaire, A) fait valoir qu'il s'agirait d'une nullité de forme, et qu'il appartiendrait à B) de rapporter la preuve d'avoir subi un préjudice en raison de l'inobservation de cette formalité, ce qu'elle omettrait de faire.

A) donne encore à considérer que dans le cadre d'une procédure en matière de référé travail, ayant donné lieu à l'ordonnance du 30 novembre 2015, B) aurait plaidé que l'« *EMPLOYMENT AGREEMENT* » ne saurait être considéré comme contrat de travail, de sorte qu'elle serait actuellement mal venue de soutenir le contraire.

En réponse à la demande reconventionnelle, A) argue que le montant total perçu de 147.848,72 EUR correspondrait à des salaires touchés en sa qualité de mandataire social et au remboursement de frais exposés en cette qualité.

B) conclut in limine litis à l'incompétence rationae materiae du présent tribunal, au motif que le litige ne tomberait pas dans un des cas visés par les articles 631 et 634 du Code de commerce.

A titre subsidiaire, B) conclut à la nullité de l'assignation au motif que A) l'a assignée selon la procédure sommaire, alors que le litige aurait un caractère civil. L'assignation serait encore nulle pour indication erronée de l'organe représentant B). Ayant été en liquidation volontaire au moment de l'assignation du 7 février 2018, seul son liquidateur, à savoir C), et non son ancien conseil d'administration, aurait qualité pour la représenter en justice.

A titre plus subsidiaire et quant au fond, B) estime que l'« *EMPLOYMENT AGREEMENT* » constituerait un contrat de travail et non un contrat de mandat et que A) aurait été salarié de B). Il aurait d'ailleurs été affilié en tant que salarié auprès du Centre commun de la

sécurité sociale. Le présent tribunal serait dès lors incompétent pour connaître de la demande de A), laquelle relèverait de la compétence exclusive du tribunal du travail.

A titre plus subsidiaire encore, et si le présent tribunal se déclarait compétent pour connaître de la demande, cette dernière serait à rejeter, étant donné que A) aurait démissionné de sa fonction de « *Managing Director* » avec effet au 31 août 2014 et qu'il aurait été désaffilié du Centre commun de la Sécurité sociale à partir de cette date. Il n'aurait donc pas droit à une quelconque rémunération pour les mois subséquents au mois d'août 2014.

B) argue encore que l' « *EMPLOYMENT AGREEMENT* » n'aurait pas été valablement signé, étant donné que deux administrateurs de catégorie B, au lieu d'un administrateur de catégorie A ensemble avec un administrateur de catégorie B, l'auraient signé au nom et pour compte de B).

Au cas où le présent tribunal « *venait à se déclarer compétent pour connaître des demandes introduites par A) et de considérer lesdites demandes comme fondées* », B) demande reconventionnellement la condamnation de A) au paiement du montant de 37.848,72 EUR sur base de la répétition de l'indu. A) n'aurait travaillé qu'onze mois et n'aurait donc eu droit qu'à une rémunération totale de 110.000,- EUR. Il résulterait cependant des pièces versées en cause qu'il aurait touché au cours de cette période un montant total de 147.848,72 EUR.

B) sollicite finalement une indemnité de 3.500,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

### Motifs de la décision

#### 1) Quant aux moyens de procédure

Il y a lieu de relever en premier lieu qu'il n'existe au Grand-Duché de Luxembourg aucun tribunal civil ou tribunal de commerce proprement dit. Conformément à l'article 20 du Nouveau Code de procédure civile, le tribunal d'arrondissement est, en matière civile et commerciale, juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée à une autre juridiction, en raison de la nature ou du montant de la demande.

Il s'ensuit que le tribunal de céans est en tout état de cause compétent pour connaître de la demande.

Reste à examiner si la demande a été valablement introduite selon la procédure commerciale.

Au cas où un particulier agit à l'encontre d'un commerçant, il peut indifféremment avoir recours soit aux règles de la procédure commerciale, soit aux règles de la procédure civile (voir Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n°356).

S'il n'est pas établi en l'espèce que A) a la qualité de commerçant, B) est cependant constituée sous forme d'une société anonyme et C) est constituée sous forme d'une société à responsabilité limitée. Elles sont donc des sociétés commerciales ayant la qualité

de commerçant en application de l'article 100-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « la loi modifiée du 10 août 1915 »).

Dès lors, la demande a valablement été introduite selon la procédure commerciale.

Quant au moyen de nullité de l'assignation basée sur une indication erronée de l'organe représentant B), il a lieu de retenir que l'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice, ainsi qu'une indication erronée de l'organe représentatif, n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (voir Cass. 2 avril 2009, n°2622 du registre), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (voir Cass. 15 novembre 2001, n°1826 du registre).

Ce moyen de nullité est donc à rejeter.

## II) Quant au fond

Il y a de prime abord lieu de constater que si A) a assignée B) et C) individuellement, sa demande est cependant exclusivement dirigée contre B) et C) est assignée en sa seule qualité d'organe représentatif, à savoir de liquidateur de B).

Aux termes de l'article 441-1 de la loi modifiée du 10 août 1915, « *les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps, associés ou non, révocables, salariés ou gratuits* ».

Il ressort des pièces versées en cause que A) a été nommé administrateur de catégorie A par l'assemblée générale de B) du 2 octobre 2013 et que sa démission de cette fonction a été acceptée par l'assemblée générale de B) du 6 mars 2015.

A) était donc mandataire de B) pour la période allant du 2 octobre 2013 au 6 mars 2015. Etant donné qu'en vertu du prédit article, le mandat d'administrateur peut être rémunéré ou non, il appartient à A) de rapporter la preuve du caractère rémunéré de son mandat en application de l'article 1315 du Code civil.

Le mandat social de l'administrateur est un contrat commercial, de sorte que la preuve de son existence ainsi que de son contenu est libre (voir Cour d'appel, 9 juin 1993, numéro du rôle 14076 ; Jacques 't KINT et Rodolphe GYSELINCK, *Les sociétés anonymes*, n° 233 ; J. BORE *La cassation en matière pénale* éd. 1985 n° 3571).

Afin de rapporter la preuve du caractère rémunéré de son mandat, A) se prévaut du contrat intitulé « *EMPLOYMENT AGREEMENT* », dont l'article 5.1 fixe un salaire annuel net à hauteur de 120.000,- EUR au profit de A).

B) argue que l'« *EMPLOYMENT AGREEMENT* » constituerait un contrat de travail de sorte que le salaire y fixé ne saurait constituer la rémunération de A) pour l'exercice de son mandat social.

S'il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social, les fonctions salariales doivent cependant correspondre à un emploi effectif exercé dans un état de subordination à l'égard de la société (voir Cour 22 janvier 2004, no 27451 du rôle).

En principe, il appartient à celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Cependant, lorsque les parties sont en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat.

En l'espèce, les parties ont signé un contrat qu'ils ont eux-mêmes nommé contrat de travail et dans lequel ils font à de multiples reprises référence aux dispositions du Code du travail. Les parties y ont notamment prévu une période d'essai, fixé le lieu de travail et le nombre de jours de congé annuel payé de A), ainsi que ses obligations envers son « employeur » en cas de maladie. Aux termes de son article 10.1, il y a lieu de se référer au Code du travail pour tout ce qui n'est pas prévu explicitement dans l'« *EMPLOYMENT AGREEMENT* ».

Au vu de ce qui précède, l'« *EMPLOYMENT AGREEMENT* » a l'apparence d'un contrat de travail, apparence qui est encore corroborée par les déclarations d'entrée et de sortie de A) comme salarié auprès du Centre Commun de la Sécurité sociale.

Il appartient dès lors à A) de rapporter la preuve de son caractère fictif.

Or, à défaut de rapporter le moindre élément de preuve en ce sens, il y a lieu de dire que l'« *EMPLOYMENT AGREEMENT* » est un contrat de travail.

Dans la mesure où A) et B) s'accordent pour dire que les paiements perçus par A) au cours de la période allant d'octobre 2013 à septembre 2014 ont été effectués par B) en exécution de l'« *EMPLOYMENT AGREEMENT* », il est oiseux d'analyser si ce contrat a été valablement signé ou non par B), les prédicts paiements ayant en tout état de cause ratifié un éventuel défaut de signature valable dans le chef de B).

Au vu de ce qui précède et étant donné que A) ne se prévaut d'aucun autre élément de preuve susceptible de prouver le caractère rémunéré de son mandat social, il est à débouter de sa demande de ce chef aussi bien sur base de l'article 1999 du Code civil, que sur base des articles 1134 et suivants du même code.

Il y a lieu de déclarer la demande irrecevable sur base de la responsabilité délictuelle en application du principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle.

### III) Quant aux demandes accessoires

La demande de A) en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas fondée, alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier de ces dispositions.

La demande de B) en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer fondée, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de la partie demanderesse l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Le tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 1.500,- EUR.

### **Par ces motifs :**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

se **déclare** compétent pour connaître de la demande ;

**reçoit** la demande sur base de la responsabilité contractuelle ;

la **dit** non fondée ;

la **dit** irrecevable pour autant qu'elle est basée sur la responsabilité délictuelle ;

**déboute** A) de sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

**condamne** A) à payer à la société B) une indemnité de 1.500,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

**condamne** A) aux frais et dépens de l'instance.