

## CA Rennes, 01-04-2022, n° 19/02658

A01287SK

Article, 1353, C. civ.

Article, L1234-5, C. trav.

Article, L1235-3, C. trav.

Article, L3171-4, C. trav.

Article, L1235-1, C. trav.

Fusion de sociétés

Mise à pied

Déclaration d'appel

Mise en état

Intervention d'un tiers

8ème Ch Prud'homale

ARRÊT N°184

N° RG 19/02658 -

N° Portalis DBVL-V-B7D-PWYS

SAS INCIDENCE SAILS venant au droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES

M. Aa A

Infirmité partielle

Copie exécutoire délivrée

le :

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE RENNES

ARRÊT DU 1er AVRIL 2022

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

Monsieur Rémy LE DONGE L'HENORET, Président de chambre,

Monsieur Philippe BELLOIR, Conseiller,

Monsieur Emmanuel ROCHARD, Conseiller,

GREFFIER :

Monsieur Ab B, lors des débats et lors du prononcé

DÉBATS:

A l'audience publique du 17 Décembre 2021

devant Monsieur Rémy LE DONGE L'HENORET, magistrat rapporteur, tenant seul l'audience, sans opposition des représentants des parties, et qui a rendu compte au délibéré collégial

En présence de Madame Ac C, Médiatrice judiciaire

ARRÊT :

Contradictoire, prononcé publiquement le 1er Avril 2022 par mise à disposition au greffe comme indiqué à l'issue des débats

APPELANTE et intimée à titre incident :

La SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES prise en la personne de son représentant légal et ayant son siège social :

14 Avenue Bernard Moitessier

17180 PERIGNY

Ayant Me Bertrand MERLY de la SCP CHEVALIER MERLY & ASSOCIÉS, Avocat au Barreau de RENNES, pour postulant et représentée à l'audience par Me Laurence AUDIDIÉ-ANTONA, Avocat plaidant du Barreau de LA ROCHELLE-ROCHEFORT

INTIMÉ et appelant à titre incident :

Monsieur Aa A

né le ... .. à ... (...)

... ..

... .. PLAGE

Comparant à l'audience et représenté par Me Bruno LOUVEL de la SELARL PHENIX, Avocat au Barreau de RENNES

INTERVENANT VOLONTAIRE :

L'institut public POLE EMPLOI BRETAGNE pris en la personne de son représentant légal et ayant son siège

36 rue de Léon

CS 75301

35053 RENNES CEDEX

Représentée par Me Charles PIOT substituant à l'audience Me Mélanie VOISINE de la SELARL BALLU-GOUGEON, VOISINE, Avocats au Barreau de RENNES

M. Aa A a été embauché le 1er juin 2013 par la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée en qualité de Responsable développement, statut cadre, niveau VII échelon 2 de la Convention collective nationale de la navigation de plaisance, l'article 4 du contrat fixant le lieu de travail à la Rochelle.

Dans le courant du premier semestre 2016, M. Aa A a déménagé sur Lorient avec l'assentiment de son employeur.

A compter du mois de mai 2016, M. Aa A a été nommé Responsable R&D et responsable produits membranes.

Par courriel du 17 mai 2017, l'employeur de M. Aa A lui a demandé d'assurer une présence active et positive sur le site de Périgny (La Rochelle), précisant attendre sa présence au siège à compter du 22 mai 2016.

M. Aa A a été placé en arrêt de travail à compter du 22 mai 2017 et manifesté son désaccord par courrier du 1er juin 2017.

Au terme d'un échange de courriers des 22 juin et 11 juillet 2017, les parties sont restées en désaccord.

Le 17 juillet 2017, M. Aa A a fait l'objet d'une convocation à un entretien préalable, assorti d'une mise à pied à titre conservatoire, qui s'est tenu le 28 juillet 2017, avant d'être licencié pour faute grave par lettre recommandée avec accusé réception du 1er août 2017 au motif d'une "insubordination liée à votre refus de réintégrer votre lieu de travail".

Le 7 novembre 2017, M. Aa A a saisi le conseil de prud'hommes de Lorient aux fins de voir :

\* Condamner la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à lui payer les sommes de :

- 15.378 € brut à titre de rappel d'heures supplémentaires,

- 3.347 € brut au titre du rappel de salaire au titre de la mise à pied à titre conservatoire pour la période du 19 juillet au 1er août 2017,

- 3.759 € brut à titre de rappel de congés payés,
- 6.000 € à titre de prime CIR 2015,
- 5.000 € à titre de prime d'invention,
- 642 € au titre des frais professionnels,
- 24.624 € brut au titre de l'indemnité compensatrice de préavis,
- 2.562 € brut au titre des congés payés afférents,
- 6.567 € au titre de l'indemnité de licenciement,
- 80.000 € au titre des dommages-intérêts pour licenciement abusif,
- 4.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Exécution provisoire.

La cour est saisie de l'appel régulièrement formé par la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES le 19 avril 2019 contre le jugement en date du 11 avril 2019 notifié le 11 avril 2019, par lequel le conseil de prud'hommes de Lorient a :

"Dit se déclarer compétent territorialement pour connaître du litige,

"Invité M. A à saisir la commission compétente ou le tribunal de grande instance pour régler le litige afférent à la prime d'invention,

" Jugé que le licenciement de M. A est dénué de cause réelle et sérieuse,

\* Condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à régler à M. A les sommes de :

- 642 € au titre des frais professionnels,
- 2.701,20 € brut au titre du rappel de salaire au titre de la mise à pied à titre conservatoire pour la période du 19 juillet au 1er août 2017,
- 17.943,63 € brut au titre de l'indemnité compensatrice de préavis,
- 1.794,36 € brut au titre des congés payés afférents,
- 6.355,64 € au titre de l'indemnité de licenciement,
- 35.887,26 € brut au titre des dommages-intérêts pour licenciement abusif,
- 1.500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

\* Rappelé que l'exécution provisoire est de droit pour les salaires et accessoires de salaire dans la limite de 9 mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois,

\*Débouté M. A de ses plus amples demandes,

"Ordonné à la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES de rembourser à Pôle Emploi de l'équivalent d'un mois d'indemnité de chômage versée,

"Débouté la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES de l'ensemble de ses demandes et prétentions,

" Dit que les dépens seront supportés par la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES.

Vu les écritures notifiées par voie électronique le 24 février 2021, suivant lesquelles la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES demande à la cour de :

\*Débouter M. A de sa demande tendant à voir être seulement débattus la question du quantum des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et le montant de la mise à pied conservatoire,

"Infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que le licenciement prononcé à l'encontre de M. A reposait sur une cause réelle et sérieuse et a condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à l'indemniser au titre de la mise à pied conservatoire, du préavis (et congés payés afférents), de l'indemnité de licenciement et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, des frais professionnels ainsi que d'une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

" Confirmer le jugement entrepris en ses autres dispositions,

Statuant à nouveau,

" Débouter M. A de ses demandes relatives à la reconnaissance d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et au versement d'une indemnité compensatrice de préavis (et de l'indemnité de congés payés afférente), d'une indemnité de licenciement, d'un rappel de salaire au titre de la période de mise à pied conservatoire, et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

" Infirmier le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Lorient le 11 avril 2019 en ce qu'il a condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à verser à M. Aa A une somme de 642 € au titre d'un remboursement de frais et statuant à nouveau, débouter M. Aa A de sa demande à ce titre ;

\* Condamner M. A à verser à la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES une somme de 2.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens.

Vu les écritures notifiées par voie électronique le 20 juillet 2021, suivant lesquelles la SAS INCIDENCE SAILS demande à la cour de :

\* Constaté qu'en raison de la fusion intervenue avec effet au 7 juin 2021, la SAS INCIDENCE SAILS vient désormais intégralement aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES dans le cadre de la présente instance,

\*Débouter M. A de sa demande tendant à voir être seulement débattus la question du quantum des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et le montant de la mise à pied conservatoire,

" Infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que le licenciement prononcé à l'encontre de M. A reposait sur une cause réelle et sérieuse et a condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à l'indemniser au titre de la mise à pied conservatoire, du préavis (et congés payés afférents), de l'indemnité de licenciement et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, des frais professionnels ainsi que d'une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Statuant à nouveau,

\*Débout M. A de ses demandes relatives à la reconnaissance d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de ses différentes demandes pécuniaires et au versement d'une indemnité compensatrice de préavis (et de l'indemnité de congés payés afférente), d'une indemnité de licenciement, d'un rappel de salaire au titre de la période de mise à pied conservatoire, et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

" Infirmer le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Lorient le 11 avril 2019 en ce qu'il a condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à verser à M. Aa A une somme de 642 € au titre d'un remboursement de frais et statuant à nouveau, débouter M. Aa A de sa demande à ce titre ;

" Confirmer le jugement entrepris en ses autres dispositions,

" Condamner M. A à verser à la SAS INCIDENCE SAILS, venant désormais aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES, une somme de 2.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens.

Vu les écritures notifiées par voie électronique le 10 septembre 2021, suivant lesquelles M. A demande à la cour de :

" Déclarer irrecevables les prétentions nouvelles notifiées par conclusions du 24 février 2021 de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES et maintenues ensuite par la SAS INCIDENCE SAILS,

" Confirmer le jugement en ce qu'il a :

- Dit le licenciement de M. A dénué de cause réelle et sérieuse,

- Condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à lui payer différentes sommes aux titres de : indemnité compensatrice de préavis, congés payés afférents, indemnité légale de licenciement, article 700 du code de procédure civile,

"Pour le surplus, réformer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté M. A de ses plus amples demandes et y additant,

" Condamner la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à payer à M. A :

- 2.701,20 € brut au titre du rappel de salaire au titre de la mise à pied à titre conservatoire pour la période du 19 juillet au 1er août 2017,

- 270,01 € brut à titre de rappel de congés payés,

- 3.111,65 € brut à titre de rappel de congés payés sur la rémunération variable,

- 6.000 € brut à titre de prime CIR 2015,

- 600 € au titre des congés payés afférents,

- 80.000 € net au titre des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

- 28.815,66 € brut à titre de rappel d'heures supplémentaires et contrepartie en repos,

- 2.881,56 € brut au titre des congés payés afférents,

- 321 € à titre de frais professionnels,

- 3.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens,

\* Ordonner la délivrance d'une attestation Pôle Emploi et d'un bulletin de paie rectifiés conformes à la décision à intervenir.

Vu les écritures notifiées par voie électronique le 28 août 2019 suivant lesquelles Pôle Emploi demande à la cour de :

\* Condamner la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à rembourser auprès de Pôle Emploi les indemnités versées à M. A, soit 23.266,60 €,

\* Condamner la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à verser au Pôle Emploi la somme de 1.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens.

La clôture a été prononcée par ordonnance du 9 décembre 2021.

Pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties la cour, conformément à l'article 455 du code de procédure civile, renvoie aux conclusions notifiées via le RPVA.

MOTIFS DE LA DÉCISION Il convient de rappeler à titre liminaire que par application de l'article 954, alinéa 3 du code de procédure civile, la cour ne statuera que sur les prétentions énoncées au dispositif des écritures des parties en cause d'appel, ce que ne sont pas au sens de ces dispositions des demandes visant seulement à 'dire' ou 'constater' un principe de droit ou une situation de fait.

Sur l'intervention de la SAS INCIDENCE SAILS au lieu et place de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES :

La SAS INCIDENCE SAILS demande à la cour de constater qu'à raison de la fusion intervenue à effet au 7 juin 2021, elle intervient en lieu et place de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES.

Si en application des dispositions de l'article 953 alinéa 3 sus rappelé, il n'appartient pas à la cour de statuer sur cette demande, la cour prenant acte de cette substitution, en tiendra compte dans le cadre de la présente décision.

Sur l'irrecevabilité des demandes de débouté :

Pour voir déclarer irrecevable la demande de débouté de M. Aa A de sa demande tendant à voir seulement débattus la question du quantum des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et le montant de la mise à pied conservatoire telle que formulée dans le cadre du dispositif des conclusions du 24 février 2021 et dans les conclusions suivantes des deux sociétés, M. Aa A se fondant sur les dispositions de l'article 910-4 du Code de procédure civile dans sa version antérieure au 1er janvier 2020, soutient que nonobstant les termes de la déclaration d'appel du 11 avril 2019, l'employeur n'a formulé sa demande d'infirmité du jugement concernant le bien-fondé du licenciement qu'en février 2021, qu'à la date de l'appel, la cour était compétente pour statuer sur la recevabilité de ces écritures.

L'employeur objecte que seul le conseiller de la mise en état avait compétence pour statuer sur l'irrecevabilité invoquée par le salarié, que ce dernier est dorénavant forclos et qu'il avait comme il l'a fait clairement, la possibilité de demander l'infirmité totale ou partielle du jugement, que le salarié a attendu le 4ème jeu

d'écritures sur le fond pour soutenir que la cour n'était saisie d'aucune demande.

L'article 910-4 du Code de procédure civile dans sa rédaction en vigueur du 01 septembre 2017 au 01 janvier 2020 dispose que : "A peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond. L'irrecevabilité peut également être invoquée par la partie contre laquelle sont formées des prétentions ultérieures.

Néanmoins, et sans préjudice de l'alinéa 2 de l'article 783, demeurent recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait."

En l'espèce, ainsi que le souligne le salarié intimé, antérieurement au 1er janvier 2020, il appartenait à la cour de statuer sur les exceptions d'irrecevabilité relevées par les parties ou soulevées d'office, de sorte qu'il ne peut être soutenu que l'intéressé serait forclos à ce titre.

En outre, au terme du dispositif de ses écritures des 26 juin 2019, 25 octobre 2019 et 29 mai 2020, la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES demandait à la cour de :

"Infirmier le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Lorient le 11 avril 2019 en ce qu'il a dit et jugé que le licenciement prononcé à l'encontre de Monsieur Aa A reposait sur une cause réelle et sérieuse et a par conséquent condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à l'indemniser au titre de la mise à pied conservatoire, du préavis (et de l'indemnité de congés payés afférente), de l'indemnité de licenciement et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que d'une indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- Infirmier le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Lorient le 11 avril 2019 en ce qu'il a condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à verser à Monsieur Aa A une somme de 642 € au titre d'un remboursement de frais ;

- Confirmer le jugement prud'homal en ces autres dispositions ;"

Au terme de ses écritures postérieures et en dernier lieu de celles susvisées et reprises par la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES, l'employeur demande à la cour sur ces mêmes points de : (...) Infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que le licenciement prononcé à l'encontre de M. A reposait sur une cause réelle et sérieuse et a condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à l'indemniser au titre de la mise à pied conservatoire, du préavis (et congés payés afférents), de l'indemnité de licenciement et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, des frais professionnels ainsi que d'une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Statuant à nouveau,

Débouter M. A de ses demandes relatives à la reconnaissance d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de ses différentes demandes pécuniaires et au versement d'une indemnité compensatrice de préavis (et de l'indemnité de congés payés afférente), d'une indemnité de licenciement, d'un rappel de salaire au titre de la période de mise à pied conservatoire, et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Infirmier le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Lorient le 11 avril 2019 en ce qu'il a condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à verser à M. Aa A une somme de 642 € au titre d'un remboursement de frais et statuant à nouveau, débouter Monsieur Aa A de sa demande à ce titre ;' Confirmer le jugement entrepris en ses autres dispositions,(..)

Cependant nonobstant l'imprécision et les erreurs de formulation reprises dans chacun des jeux d'écriture, il résulte de l'examen des dispositifs concernés que l'employeur en conformité avec sa déclaration d'appel,



demande à la cour l'infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a "condamné la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à l'indemniser au titre de la mise à pied conservatoire, du préavis (et de l'indemnité de congés payés afférente), de l'indemnité de licenciement et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse", ce qui contrairement à ce que soutient le salarié comprend en soi l'infirmer de la décision statuant sur le bien-fondé du licenciement.

S'il doit être relevé que s'agissant d'un appel régulièrement formé par la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES le 19 avril 2019 contre le jugement du 11 avril 2019 notifié le 11 avril 2019, la cour n'était saisie au terme de ses écritures des 26 juin 2019, 25 octobre 2019 et 29 mai 2020 d'aucune demande tendant au débouté du salarié de ces chefs, il n'en demeure pas moins que l'examen de la demande d'infirmer de la décision des premiers juges concernant le bien fondé du licenciement, induit nécessairement une réponse de la cour concernant les demandes subséquentes du salarié.

Il y a lieu par conséquent de rejeter l'exception soulevée par M. Aa A et de le débouter de sa demande tendant à ne statuer que sur les quantités des demandes formulées au titre du licenciement.

Sur l'exécution du contrat de travail :

- Quant à la prime CIR 2015 :

Pour infirmer, M. Aa A soutient qu'il a bien perçu la prime CIR pour les années 2012, 2013 et 2014, qu'il avait été convenu que la prime CIR serait intégrée à son salaire à compter de 2016 mais à la condition que celle de 2015 lui soit versée mais que cet engagement n'a pas été respecté par son employeur.

La SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES rétorque que l'engagement de lui verser la prime CIR sur trois ans a été tenue, qu'il a été rempli de ses droits à ce titre, dès lors qu'il n'y a pas eu d'avenant à ce titre.

Selon l'article 1315 devenu 1353 du code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation

En l'espèce, M. Aa A produit un échange de courriels avec M. X Y Z et M. Ad AG respectivement Directeur général et Président de la société concernant l'évolution de sa rémunération de février 2016, au terme duquel M. Aa A subordonne son accord à cette évolution au versement des primes CIR pour les années 2014 et 2015. Or, le tableau établi dans la réponse à sa réclamation du 3 mai 2017 mentionne effectivement le versement de cette prime au titre des années 2012, 2013 et 2014, l'employeur justifiant le non versement pour 2015 par l'intégration de ladite prime à compter de mars 2016 dans le salaire de l'intéressé mais ce faisant démontre que l'engagement pris par M. Ad AG de verser la prime 2015 n'a pas été tenue.

Il y a lieu par conséquent d'infirmer le jugement entrepris de ce chef et de faire droit aux prétentions de M. Aa A à ce titre.

- Quant au rappel d'heures supplémentaires et contrepartie en repos:

Pour infirmer et condamner son employeur à lui verser les sommes correspondant aux heures supplémentaires réalisées, M. Aa A soutient avoir établi pour la valorisation du R&D un décompte précis de ses heures de travail sur lequel figure son nom, qu'ils ont été validés par l'employeur pour obtenir les crédits d'impôts, qu'une réclamation avait été formulée à ce titre pendant l'exécution du contrat de travail, qu'elles ont été réalisées avec l'accord implicite de l'employeur, qu'une partie de ces heures ont été réalisées indépendamment du projet d'aile souple ou de celui de

L'employeur objecte que le contrat de travail de M. Aa A prévoit qu'il ne peut réaliser des heures supplémentaires qu'à la demande de son employeur, qu'elles n'ont jamais été demandées, ce qu'il n'ignorait pas, que le courriel

de Mme AH qu'il produit n'a pas le sens qu'il lui donne, qu'aucune exigence de précision à la demi-heure n'est demandée, que le salarié produit des décomptes au mois qui ne sont pas recevables, qu'il travaillait en totale autonomie à Lorient sans que l'employeur ne puisse contrôler son temps de travail, qu'au regard du salaire perçu et des augmentations obtenues il est mal fondé à réclamer le règlement d'heures supplémentaires dont il ne démontre pas l'accomplissement.

Selon l'article L. 3121-10 du Code du Travail, la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaines civile ; l'article L. 3121-22 énonce que les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L. 3121-10, ou de la durée considérée comme équivalente, donnent lieu à une majoration de salaire de 25% pour chacune des huit premières heures supplémentaires, les heures suivantes donnant lieu à une majoration de 50 % ;

Une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir un taux de majoration différent qui ne peut être inférieur à 10%;

En application de l'article L.3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

En l'espèce, M. Aa A produit au débat les fiches hebdomadaires des heures du bureau d'études 2015/2016 (pièce 20), un relevé d'heures supplémentaires 2016 et 2017 (pièce 21), des tableaux récapitulatifs présentant des décomptes hebdomadaires et les modalités de calcul des sommes dues (pièce 34) ainsi que les attestations de MMs AI et AJ (pièces 40 et 39) sur le temps consacré aux activités liées aux déclarations CIR et à sa faible implication au projet IWS confirmant les éléments rapportés par le salarié.

L'employeur auquel il appartient d'assurer le contrôle des heures de travail effectuées ne peut sérieusement invoquer l'autonomie dont disposait le salarié qui n'était soumis à aucun régime dérogatoire du temps de travail et ne peut feindre de n'avoir pas tacitement admis l'exécution des heures revendiquées dès lors qu'il est établi qu'un relevé des heures effectuées dans le cadre de la justification des crédits impôts recherches était effectué, peu important qu'il ait été indiqué que la précision de tels relevés était secondaire.

L'employeur qui ne produit aucun élément relatif au contrôle du temps de travail de M. Aa A, ne discute aucun des éléments précis produits par le salarié, de sorte qu'il y a lieu d'infirmier le jugement entrepris et de faire droit aux prétentions de l'intéressé, la circonstance qu'il ait pu à ses heures perdues effectuer des recherches à titre personnel, n'a pas à être prise en compte dès lors qu'il n'est pas établi qu'il ait retenu ces heures au titre des heures dont il demande le règlement.

- Quant au rappel de congés payés sur rémunération variable :

Selon l'article 1315 devenu 1353 du code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

L'employeur n'oppose à M. Aa A aucun argument à la demande qu'il formule à ce titre. Il y a lieu d'infirmier le jugement entrepris en ce qui concerne cette demande qui apparaît fondée en son principe comme en son montant.

- Quant aux frais professionnels :

Pour infirmation, l'employeur soutient que les premiers juges l'ont condamné à verser au salarié 642 € sans le moindre justificatif.

M. Aa A demande également à la cour d'infirmier le jugement entrepris dans la mesure où l'employeur l'a indemnisé de deux déplacements à la Rochelle après lui avoir interdit d'utiliser son véhicule de fonction pour ce faire mais qu'il lui reste dû le remboursement de son trajet pour l'entretien préalable à hauteur de 321 € calculé sur la base du barème fiscal pour un véhicule de 4cv dont il produit la carte grise.

Selon l'article 1315 devenu 1353 du code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation

En l'espèce, il ressort des pièces produites qu'il a été fait interdiction à M. Aa A d'utiliser le véhicule qui lui avait été confié par la société pour les trajets Lorient La Rochelle et il n'est pas justifié par l'employeur de la prise en charge des frais exposés par le salarié pour se rendre à l'entretien préalable à son licenciement.

Il y a lieu en conséquent de réformer la décision entreprise dans les limites des demandes de M. Aa A.

Sur la rupture du contrat de travail :

Pour infirmation et bien fondé du licenciement, l'employeur expose qu'au terme d'un accord avec le salarié, ce dernier est parti s'installer à Lorient dans des locaux du groupe, sans que cela fasse l'objet d'un avenant à son contrat de travail prévoyant qu'il travaillait à la Rochelle où était basée son équipe, que ce dispositif a montré ses limites fin 2016 et la nécessité d'avoir le chef sur place, au travers de défauts sur les voiles liées à des problèmes de développement, qu'aucun engagement de pérennisation de ce déplacement n'avait été pris, qu'en réclamant son retour à la Rochelle, la société n'a fait qu'exercer son pouvoir de direction s'agissant d'un cadre occupant un poste stratégique, rémunéré très au dessus du minimum conventionnel, imposant sa présence physique à la Rochelle, de sorte que le refus opposé par le salarié constitue un acte d'insubordination.

M. Aa A rétorque que la Rochelle n'est pas le lieu de travail contractuellement établi, qu'il travaille dans les locaux de la voilerie composée de deux équipes de deux personnes, qu'il y a une seconde voilerie à Brest, qu'il avait pour projet de s'installer à Lorient, qu'au terme d'échanges du 20 juin 2016, il a été convenu qu'il conserverait sa fonction, qu'il se déplace de Brest à la Rochelle mais travaille principalement à Lorient, qu'il lui a été demandé de retourner à la Rochelle en lui laissant une semaine pour se retourner, la demande de déplacement émanant de surcroît d'Incidence Sails qui n'était pas son employeur à l'époque.

Il résulte des articles L.1234-1 et L.1234-9 du code du travail que, lorsque le licenciement est motivé par une faute grave, le salarié n'a droit ni à un préavis ni à une indemnité de licenciement.

La faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle fait obstacle au maintien du salarié dans l'entreprise y compris pendant la durée du préavis.

L'employeur qui invoque la faute grave pour licencier doit en rapporter la preuve.

En application des dispositions de l'article L.1235-1 du code du travail, en cas de litige relatif au licenciement, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ; si un doute subsiste, il profite au salarié.

La lettre de licenciement qui circonscrit les limites du litige et qui lie le juge, est ainsi motivée :

"L'article 4 de votre contrat de travail prévoit que votre lieu de travail est situé à La Rochelle, plus précisément sur le site de Périgny.

Pour des questions d'organisation personnelle, vous avez souhaité dans le courant du 1<sup>er</sup> semestre 2016 transférer votre domicile à Lorient, et travailler désormais en partie depuis les locaux de la société INCIDENCE SAILS.

Cela a été accepté, sans qu'aucun avenant ne soit signé, ni limitation dans le temps prévue, mais à la condition que votre décision n'impacte pas l'organisation et l'activité de notre société et donc sans qu'il ne soit question que cette décision soit définitive.

Or, au fil des mois, il est apparu que votre éloignement géographique et le fait que vous ne soyez pas présent au quotidien sur le site de Périgny a :

- amené le Bureaux d'Etudes, placé directement sous votre responsabilité, à exprimer des plaintes sur le fait que vous ne puissiez répondre à ses interrogations au quotidien ;
- engendré des manquements dans les procédures de contrôle qualité, notamment s'agissant de la qualité des productions de membranes.

Nous vous rappelons que dans le descriptif correspondant à vos fonctions, il se trouve parmi les « critères de performance rattachés à la fonction » : l'organisation et le fonctionnement du service, le climat social et la formation des collaborateurs, l'esprit d'équipe, et il est bien évident qu'en n'étant pas présent au quotidien auprès des salariés, vous êtes dans l'incapacité d'exercer ces missions."

En l'espèce, l'article 4 du contrat de travail signé entre la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES et M. Aa A est ainsi rédigé : 'Le lieu d'activité est fixé à la ROCHELLE.

Cependant, Monsieur A pourrait être amené à effectuer des déplacements de courte ou moyenne durée, tant pour des expériences, essais, que dans ses relations avec d'éventuels prestataires, fournisseurs, ou bien pour exercer son activité au sein d'établissements d'entreprises appartenant au même Groupe que son employeur."

Il est établi que M. Aa A a effectivement été installé dans les locaux de la SAS INCIDENCE SAILS appartenant au même groupe, installés à Lorient avec l'accord de M. AK Directeur Général de la société à compter d'octobre 2016, sans qu'il soit justifié des réserves auxquelles aurait été subordonné cet accord, que faute pour l'employeur d'avoir précisé dans un avenant les conditions d'application dont était assorti ce transfert accepté par les parties, il ne pouvait le remettre en cause au motif d'une désorganisation de l'activité de la société, étant relevé qu'il n'est pas discuté que ses fonctions avaient été circonscrites à la responsabilité R&D, alors que la direction opérationnelle de l'usine du site de Périgny (la Rochelle) était confiée à Mme Ae AL et la responsabilité fonctionnelle du bureau d'étude d'Incidence Technologies à M. X Ae et la direction technique étant confiée à M. Af Ag.

En toute hypothèse, il n'est pas justifié de difficultés qui seraient imputables à l'installation de M. Aa A à Lorient, l'employeur admettant qu'il avait mis en place un plan d'actions pour pallier les difficultés dont il avait été saisi concernant la production placée sous la responsabilité de Mme Ae AL.

Il résulte des développements qui précèdent que l'injonction adressée à M. Aa A de rejoindre le site de la Rochelle (Périgny) n'avait ni justification contractuelle ni justification fonctionnelle, de sorte que l'insubordination qui lui est imputée est dénuée de caractère réel ou sérieux. Il y a lieu en conséquence de confirmer le jugement entrepris de ce chef.

En application de l'article L.1235-3 du code du travail, si un licenciement intervient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas réintégration du salarié dans l'entreprise, il est octroyé au salarié à la charge de l'employeur une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Compte tenu de l'effectif du personnel de l'entreprise, de la perte d'une ancienneté de 4 ans et 2 mois pour un

salarié âgé de 34 ans ainsi que des conséquences matérielles et morales du licenciement à l'égard de l'intéressé qui justifie de sa situation d'allocataire Pôle Emploi jusqu'au 30 juin 2019 et de l'absence de revenus tirés de l'activité de la société qu'il a créée ainsi que cela résulte des pièces produites et des débats, il lui sera alloué, en application de l'article L. 1235-3 du Code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 une somme de 45.000 € net à titre de dommages-intérêts, compte tenu du salaire moyen tel qu'invoqué par l'employeur, outre l'incidence des heures supplémentaires allouées ;

Aux termes de l'article L.1234-1 du code du travail, lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit à un préavis dont la durée est calculée en fonction de l'ancienneté de services continus dont il justifie chez le même employeur.

Selon l'article L.1234-5 du code du travail, lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit, sauf s'il a commis une faute grave, ou si l'inexécution résulte du commun accord des parties, à une indemnité compensatrice.

Le licenciement étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié peut donc prétendre au rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire, aux indemnités de licenciement, compensatrice de préavis et de congés afférents dans les limites des prétentions du salarié, pour les sommes non autrement contestées.

Sur la remise des documents sociaux :

La demande de remise de documents sociaux conformes est fondée ; il y sera fait droit dans les termes du dispositif ci-dessous ;

Sur le remboursement ASSEDIC :

En application de l'article L.1235-4 du Code du travail, dans les cas prévus aux articles L.1235-3 et L.1235-11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé. Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées

Les conditions d'application de l'article L 1235-4 du Code du travail étant réunies en l'espèce, le remboursement des indemnités de chômage par l'employeur fautif, est de droit ; ce remboursement sera ordonné à concurrence de 23.266,60 €, la décision entreprise étant réformée de ce chef ;

Sur l'article 700 du Code de procédure civile

Les éléments de la cause et la situation économique respective des parties justifient qu'il soit fait application de l'article 700 du code de procédure civile dans la mesure énoncée au dispositif ; la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES qui succombe en appel, doit être déboutée de la demande formulée à ce titre et condamnée à indemniser le salarié intimé et Pôle emploi des frais irrépétibles qu'ils ont pu exposer pour assurer leur défense en cause d'appel.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant en dernier ressort et par arrêt contradictoire mis à la disposition des parties au greffe,

ECARTE le moyen tiré de l'irrecevabilité des demandes des SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES et SAS INCIDENCE SAILS soulevée par M. Aa A,

INFIRME partiellement le jugement entrepris,

et statuant à nouveau,

CONDAMNE la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à payer à M. A :

- 270,01 € brut à titre de rappel de congés payés afférents au rappel de salaire au titre de la mise à pied à titre conservatoire pour la période du 19 juillet au 1er août 2017,

- 3.111,65 € brut à titre de rappel de congés payés sur la rémunération variable,

- 6.000 € brut à titre de prime CIR 2015,

- 600 € brut au titre des congés payés afférents,

- 28.815,66 € brut à titre de rappel d'heures supplémentaires et contrepartie en repos,

- 2.881,56 € brut au titre des congés payés afférents,

- 321 € net à titre de frais professionnels,

- 80.000 € net au titre des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

RAPPELLE que les sommes de nature salariale porteront intérêts au taux légal à compter de la date de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation, les autres sommes, à caractère indemnitaire porteront intérêts au taux légal à compter de la décision qui les alloue ;

CONDAMNE la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à remettre à M. A une attestation destinée au Pôle Emploi et un bulletin de salaire conformes au présent arrêt dans un délai de deux mois à compter de sa signification

ORDONNE le remboursement par la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES, à Pôle Emploi des indemnités de chômage payées à M. Aa A à concurrence de 23.266,60 € en application de l'article L 1235-4 du code du travail.

CONFIRME le jugement entrepris pour le surplus,

et y ajoutant,

CONDAMNE la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES à payer à M. A 2.800 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

DÉBOUTE la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES de sa demande fondée sur les dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

DÉBOUTE les parties de leurs autres demandes,

CONDAMNE la SAS INCIDENCE SAILS venant aux droits de la SAS INCIDENCE TECHNOLOGIES aux entiers dépens de première instance et d'appel,

LE GREFFIER, LE PRESIDENT.