

PRÉJUDICES ET INDEMNISATION EN DROIT SOCIAL

Les préjudices liés à la perte d'emploi

L'impact de l'assurance-chômage sur la réparation de la perte d'emploi

par Laurène JOLY, Maître de conférences à l'Université de Bordeaux*

PLAN

I. Les sommes compensant la rupture du contrat de travail à l'épreuve du différé spécifique d'indemnisation

- A. Une évolution des modalités de calcul du différé spécifique d'indemnisation
- B. Une évolution du critère de non-cumul entre les indemnités liées à la perte d'emploi et les allocations-chômage

II. La réparation de la perte d'emploi injustifiée du salarié à l'épreuve du différé spécifique d'indemnisation

- A. Les incidences de la contestation judiciaire du licenciement sur l'indemnisation par l'assurance-chômage
- B. Les conséquences de la nullité du licenciement sur l'indemnisation du chômeur

Le contentieux relatif à l'assurance-chômage est mal connu des juristes de droit du travail. Il est vrai que la matière est gouvernée par une réglementation parfois très technique. Pourtant, l'application et l'interprétation du droit de l'assurance-chômage sont susceptibles de se répercuter sur le contentieux prud'homal et l'effectivité des droits sociaux. À cet égard, certaines règles issues de la nouvelle convention d'assurance-chômage négociée par les partenaires sociaux (1) ont fait l'objet, à maintes reprises depuis leur entrée en vigueur, de critiques. Le durcissement des règles encadrant le différé spécifique d'indemnisation offre une parfaite illustration des atteintes portées au dédommagement du préjudice résultant de la perte d'emploi (I). Il est aujourd'hui manifeste qu'une reconfiguration de l'articulation entre les droits pécuniaires du salarié liés à la rupture de son contrat de travail et les droits à l'assurance-chômage est à l'œuvre. Certaines indemnités versées au salarié licencié visent uniquement à compenser la rupture du contrat de travail (2). En revanche, les dommages-intérêts sanctionnant l'irrégularité, l'absence de justification ou l'illicéité de la rupture réparent le préjudice subi par l'intéressé. À ce titre, leur perception ne devrait pas avoir d'incidence sur l'indemnisation servie par l'organisme d'assurance-chômage dont l'objectif premier est d'assurer un revenu de remplacement aux personnes involontairement privées d'emploi (3). Or, il est patent que la réparation de la perte d'emploi injustifiée du salarié semble désormais avoir moins comme finalité d'assurer l'indemnisation d'un préjudice que de constituer un véritable revenu de substitution, nonobstant les droits ouverts à l'assurance-chômage (II).

I. Les sommes compensant la rupture du contrat de travail à l'épreuve du différé spécifique d'indemnisation

Les dispositions du nouveau règlement général annexé à la convention d'assurance-chômage de mai 2014 n'apportent pas d'innovation radicale mais elles prévoient un allongement du différé spécifique d'indemnisation (A). Les partenaires sociaux auraient-ils ainsi trouvé un levier efficace pour réaliser

des économies ? Quelle que soit la réponse à cette question, cette réforme est loin d'être indolore pour le demandeur d'emploi. L'examen des règles visant à encadrer le cumul des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail avec les allocations chômage permet de s'en convaincre (B).

* COMPTRESEC UMR CNRS 5114

(1) La convention d'assurance chômage a été signée le 14 mai 2014 par le patronat et trois organisations syndicales de salariés : la CFDT, la CFTC et FO.

(2) V. M. Keller, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », Dr. Ouv. 1996. 264.

(3) Le chômage se définit, en effet, comme la conséquence de la perte de salaire par suite de privation d'emploi et représente un risque contre lequel on peut s'assurer.

A. Une évolution des modalités de calcul du différé spécifique d'indemnisation

Le salarié qui perd involontairement son emploi peut bénéficier, sous conditions, d'une indemnisation de l'assurance-chômage (4). La mise en place du revenu de remplacement n'est toutefois pas immédiate. Le chômeur indemnisé se voit imposer un délai d'attente incompressible de sept jours (5). Ce délai de carence s'applique à tout nouveau demandeur d'emploi (6), sauf s'il a déjà été pris en charge par Pôle Emploi dans les douze derniers mois.

L'attente peut être allongée par deux différés d'indemnisation. Ces différés d'indemnisation ne font perdre aucun droit à l'assurance-chômage, puisqu'ils n'entraînent pas une diminution de la durée totale d'indemnisation. Le point de départ du versement de l'allocation chômage se trouve seulement retardé d'un certain nombre de jours après la perte effective de l'emploi.

Le premier différé est lié aux congés payés non pris par le salarié. La durée de ce différé est calculée en divisant le montant de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par l'employeur par le salaire journalier de référence.

La prise en charge par Pôle Emploi peut également être retardée par l'application d'un second différé, dénommé « différé spécifique d'indemnisation ». Celui-ci est classiquement présenté comme un délai d'attente supplémentaire en cas de versement d'indemnités plus importantes que les indemnités légales, appelées indemnités « supra légales ».

La mise en place de ce différé spécifique d'indemnisation peut s'avérer désastreuse pour le demandeur d'emploi. En effet, depuis le 1^{er} juillet 2014, la prise en charge par l'assurance chômage peut être retardée d'une durée maximum de 180 jours lorsque le salarié perçoit, en cas de rupture de son contrat de travail pour motif personnel, « *des indemnités ou [...] toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que*

soit leur nature, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative » (7). Cela signifie que certains salariés devront attendre six mois à compter de leur inscription sur la liste des demandeurs d'emploi pour toucher une indemnisation. En revanche, en cas de rupture du contrat de travail pour motif économique, le différé spécifique reste limité à 75 jours.

Par rapport aux dispositions antérieures, deux changements requièrent une attention particulière. D'une part, le motif de rupture constitue désormais un paramètre pour déterminer le plafonnement de la durée maximale du différé spécifique d'indemnisation (8). On retrouve ainsi le régime de faveur à l'égard des salariés licenciés pour motif économique. Faveur liée au fait que le motif économique écarte toute responsabilité du salarié dans la perte de son emploi. La faveur est toutefois discutable si l'on songe au salarié licencié en raison de son inaptitude. D'autre part, le calcul de la durée de ce différé ne se fait plus sur la base du salaire journalier de référence (9). Dorénavant, seul le montant des indemnités allouées au salarié entre en ligne de compte (10). Cette nouvelle formule a le mérite de ne plus défavoriser les personnes touchant une faible rémunération comparativement à celles percevant un salaire élevé. La note n'en est pas moins salée pour le salarié dont les indemnités de rupture sont transformées en revenu de substitution, ces indemnités perdant ainsi toute vocation de compensation de la perte d'emploi.

B. Une évolution du critère de non-cumul entre les indemnités liées à la perte d'emploi et les allocations-chômage

Alors qu'aucun texte ne pose de lien entre la qualification juridique donnée aux sommes allouées au salarié à l'occasion de la rupture de son contrat de travail et leur régime dans le champ de l'assurance-

(4) Ces conditions sont posées par l'article L.5422-1 du Code du travail : privation involontaire d'emploi, aptitude au travail et recherche active d'un emploi. Il existe cependant des hypothèses de ruptures volontaires qui peuvent ouvrir droit à indemnisation comme la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié.

(5) Art. 22 du Règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014.

(6) Exception faite des départs en contrat de sécurisation professionnel.

(7) Art. 21 § 2 du Règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014.

(8) Cette différenciation est justifiée par les partenaires sociaux comme une mesure visant à combattre les dérives dues aux ruptures conventionnelles.

(9) La durée du différé spécifique est obtenue en divisant le montant total des sommes perçues par le salarié, diminué éventuellement du montant résultant directement de l'application d'une disposition législative, par 90. Pour ce calcul, sont prises en compte toutes les fins de contrats de travail qui sont intervenues dans les 182 jours précédant la dernière fin de contrat, au lieu des 91 jours pris en compte auparavant. Ainsi, à chaque fin de contrat durant cette période, un différé spécifique est calculé. C'est celui qui expire le plus tard qui est retenu.

(10) Ainsi, selon que le montant des indemnités est plus ou moins élevé, le différé est plus ou moins long.

chômage, une règle de non-cumul avec les allocations d'aide au retour à l'emploi a été instituée.

Jusqu'à présent, il convenait de distinguer selon la nature des sommes que l'employeur était condamné à payer au salarié, et précisément selon que celles-ci présentaient, ou non, un caractère salarial (11). Dès lors qu'une somme allouée à un chômeur a le caractère de rémunération ou d'équivalent, elle est assimilée à un revenu de substitution qui ne se cumule pas avec le versement de l'allocation-chômage. Or, ce critère de différenciation n'est pas retenu pour déterminer l'assiette de calcul du différé spécifique d'indemnisation. La nature des sommes octroyées au salarié est indifférente. En effet, selon le règlement général annexé à la convention de 2014, les « indemnités ou [...] toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que soit leur nature, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative » doivent être prises en compte pour le calcul du différé.

Quelles sont donc les sommes dont le montant ou les modalités de calcul résultent directement de l'application d'une disposition législative visées par le règlement ?

L'indemnité légale de licenciement, dont le montant est déterminé par les articles R.1234-1, R. 1234-2 et R. 1234-4 du Code du travail, est, à ce titre, exclue de l'assiette de calcul du différé spécifique (12).

De même, entrent dans cette catégorie des sommes à exclure :

- l'indemnité spéciale de licenciement prévue à l'article L. 1226-14 du Code du travail et destinée aux accidentés du travail ou aux personnes atteintes d'une maladie professionnelle, dont le reclassement est impossible ou refusé par l'intéressé ;
- l'indemnité de fin de CDD (13) et l'indemnité de fin

de mission d'un contrat d'intérim (14) ;

- l'indemnité accordée par le juge en cas de requalification judiciaire d'un CDD en CDI (15), ou lorsque la mission d'intérim est requalifiée en CDI (16).

Il en est de même pour l'indemnisation accordée au salarié en cas de rupture anticipée de son CDD à l'initiative de l'employeur jugée abusive (17). Le montant de cette indemnisation qui doit être, selon l'article L.1243-7 du Code du travail, « au moins égal aux rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme du contrat », n'a pas à être pris en compte pour le calcul du différé d'indemnisation.

Cette dernière exclusion se heurte, cependant, à une jurisprudence bien établie. En effet, la Cour de cassation a estimé, dès 1997, que cette indemnisation ne peut se cumuler avec les indemnités - chômage versées au titre des mêmes périodes. Cela reviendrait à indemniser le salarié deux fois pour le même préjudice de perte de salaires (18). Cette position, qui a été plusieurs fois confirmée par la suite (19), pourrait ne plus être réitérée à l'avenir. Le cas échéant, cela ne ferait que renforcer l'impression d'iniquité des nouvelles règles. En effet, la Cour de cassation a également consacré le non-cumul avec les allocations chômage de l'indemnisation accordée au salarié, au titre de la violation par l'employeur d'une clause de garantie d'emploi (20). Le raisonnement est très similaire dans la mesure où l'indemnisation accordée au salarié dans cette hypothèse, correspond aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de la période de garantie prévue par la clause (21). Toutefois, la règle de non-cumul n'est pas menacée dans ce cas, puisque ce sont les juges - et non le législateur - qui ont déterminé de façon constante le montant de l'indemnisation allouée au salarié.

A contrario, certaines indemnités doivent être intégrées dans l'assiette de calcul du différé d'indemnisation. Il s'agit :

(11) Instruction Pôle emploi n° 2012-144 du 10 oct. 2012.

(12) Doivent également être exclues l'indemnité de licenciement des journalistes prévue à l'art. L. 7112-3 C. trav., l'indemnité de licenciement des assistantes maternelles et familiales employées par des personnes morales prévue aux art. L. 423-12 et D. 423-4 CASF, l'indemnité de licenciement du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile prévue à l'art. L. 6523-4 du Code des transports, l'indemnité de clientèle des VRP prévue à l'art. L. 7313-13 C. trav.

(13) Art. L. 1243-8 et L. 1243-9 C. trav.

(14) Art. L. 1251-32 C. trav.

(15) Art. L. 1245-2 C. trav.

(16) Art. L. 1251-41 C. trav.

(17) La rupture doit intervenir en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'incapacité constatée par le médecin du travail.

(18) Cass. Soc. 14 janv. 1997, n° 94-21.806 et n° 95-13.044, Bull. civ. V, n° 15, Dr. Soc. 1997. 315, obs. C. Roy-Loustaunau, Dr. Ouv. 1997. 170.

(19) Cass. Soc. 25 mars 1998, n° 96-10.367, inédit ; Cass. Soc. 27 fév. 2001, n° 98-45.140, Bull. civ. V, n° 59.

(20) Cass. Ass. plén. 13 déc. 2002, n° 00-17.143, Bull. Ass. plén., n° 3, Dr. Soc. 2003. 439, obs. Ch. Willmann, Dr. Ouv. 2003. 231 obs. P. Tillie ; Cass. Soc. 21 déc. 2006, n° 04-40.793, inédit.

(21) Cass. Soc. 27 oct. 1998, n° 95-43.308, Bull. civ. V, n° 455, Dr. Soc. 1999. 293, obs. C. Roy-Loustaunau ; JCP 1999, II, n° 10040, n. G. Auzero. V. aussi Cass. Soc. 2 fév. 1999, n° 96-40.773, Bull. civ. V, n° 498.

- des indemnités de licenciement ou de rupture conventionnelle versées aux salariés ayant moins d'un an d'ancienneté ;
- de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle pour la fraction excédant le montant de l'indemnité légale de licenciement (22) ;
- de l'indemnité conventionnelle ou contractuelle de licenciement pour la part dépassant les minima légaux ;
- des indemnités de non-concurrence ;
- des indemnités transactionnelles versées au

moment de la rupture du contrat de travail ou postérieurement à la fin de contrat de travail ;

- des sommes prévues dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi pour la part dépassant les minima légaux.

Nul doute que ces évolutions inciteront les salariés à négocier des « indemnités de départ » majorées pour couvrir le manque à gagner induit par le différé spécifique d'indemnisation, mais le succès d'une telle stratégie n'est guère assuré.

II. La réparation de la perte d'emploi injustifiée du salarié à l'épreuve du différé spécifique d'indemnisation

Alors qu'on aurait légitimement pu croire que les dommages et intérêts obtenus par le salarié pour indemniser le préjudice causé par la perte injustifiée de son emploi ne pouvaient pas être pris en compte pour déterminer le différé spécifique d'indemnisation, en raison de leur nature même, il n'en est rien (A). De même, il aurait pu être soutenu que le régime d'indemnisation du licenciement nul n'avait aucune incidence sur celui relatif aux droits à indemnisation par l'assurance-chômage. En réalité, les deux s'articulent selon des règles qui ne contribuent pas à une réparation juste et cohérente du préjudice subi par les salariés illégalement licenciés (B).

A. Les incidences de la contestation judiciaire du licenciement sur l'indemnisation par l'assurance-chômage

Le dispositif du différé d'indemnisation joue ici « rétroactivement » et peut conduire un salarié indemnisé par la juridiction prud'homale à devoir rembourser à Pôle Emploi une fraction des allocations qui lui ont été versées. En effet, entrent dans la catégorie des sommes intégrées dans l'assiette de calcul du différé spécifique tout ou partie des dommages et intérêts perçus par les salariés en raison de l'absence de cause réelle et sérieuse de leur licenciement (23). Un salarié dont le licenciement est jugé

injustifié dans le cadre d'un procès prud'homal peut donc se trouver dans l'obligation de rembourser jusqu'à 180 jours d'allocations chômage (24) !

Ceci étant, le mécanisme du différé spécifique d'indemnisation date de 1993 (25). La lecture des dispositions antérieures s'y rapportant montre que leur rédaction est assez similaire à celle actuellement en vigueur. Le sort, réservé aux indemnités accordées par les juges, n'y est pas explicitement fixé. La possibilité pour Pôle Emploi d'agir en répétition de sommes indues n'est donc pas nouvelle mais semble correspondre à une évolution de l'interprétation des dispositions relatives à l'assurance-chômage et des pratiques du service public de l'emploi.

Selon l'article 21 § 2 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative, les sommes octroyées doivent être prises en compte pour déterminer la période d'indemnisation au titre de l'assurance-chômage.

Quelle interprétation donner à ce texte ? Les juges n'ont eu que rarement à se prononcer sur les modalités de calcul du différé spécifique d'indemnisation. Néanmoins, dans un arrêt du 25 septembre 2012 (26), la Chambre sociale de la Cour de cassation a tranché

(22) Art. L. 1237-13 C. trav.

(23) Il en est de même pour les indemnités versées en raison de l'irrégularité de la procédure.

(24) Ce maximum de six mois est atteint dès l'obtention de 16 200 euros de dommages et intérêts. Sur la question de la répétition des trop-perçus ou indus, v. L. Camaji, « Quel accès à la justice pour les usagers du service public de l'emploi ? », Dr. Ouv. 2014. 713 ; F. Hennequin et E. Videcoq, « Droits des chômeurs : sur la nécessité de Pôle Emploi dans la sphère du contrôle du juge », RDT 2014. 640.

(25) L. Milet, « La cannibalisation par Pôle Emploi du différé d'indemnisation correspondant aux indemnités de licenciement supra-légales », Dr. Ouv. 2011. 645.

(26) Cass. Soc. 25 sept. 2012, n° 10-18.800, Bull. civ. V, n° 233.

la question de la prise en compte de l'indemnité accordée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse versée sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail (27). L'arrêt indique clairement que, si le salarié a obtenu une indemnisation supérieure au minimum fixé par l'article L. 1235-3, la fraction des dommages et intérêts alloués qui excède les salaires bruts des six derniers mois précédant la rupture est prise en compte par le Pôle Emploi pour réviser le calcul du différé spécifique d'indemnisation.

Logiquement, la solution diffère, s'agissant d'un salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés, dans la mesure où la loi ne prévoit pas d'indemnisation minimale. La Cour de Cassation a déjà jugé, par deux arrêts rendus le 15 juin 2010, que, pour ces salariés, l'intégralité des dommages et intérêts obtenus peut être réintégrée par Pôle Emploi dans l'assiette de calcul du différé spécifique dès lors que l'article L. 1235-5 du Code du travail « *ne détermine pas directement le montant des dommages et intérêts alloués pour licenciement sans cause réelle et sérieuse que le juge évalue souverainement en fonction du préjudice subi* » (28).

Le raisonnement de la Cour de cassation, s'il est généralisé, aboutit donc à considérer que les sommes susceptibles d'être exclues de l'assiette correspondent aux minima des sanctions indemnitaires prévues par le Code du travail. On peut ainsi raisonnablement penser que l'indemnité au plus égale à 1 mois de salaire, prévue par l'article L. 1235-2 du Code du travail pour les salariés dont la procédure de licenciement n'a pas été observée, est exclue de l'assiette.

À bien y regarder, cela revient à traiter différemment les salariés selon leur ancienneté et la taille de l'entreprise qui les employait. Alors qu'un des objectifs de la nouvelle convention est de faire évoluer le système d'assurance-chômage vers davantage d'équité entre les demandeurs d'emploi (29), comment justifier la différence entre un salarié ayant 5 ans d'ancienneté travaillant dans une entreprise de 50 salariés et le salarié d'ancienneté identique appartenant à une

société de 10 salariés du point de vue de l'indemnisation du chômage (30) ?

Ce régime différencié mériterait ainsi d'être soumis pour examen au Conseil constitutionnel via une question prioritaire de constitutionnalité, mais un tel contentieux risque de ne pas prospérer. En effet, la disparité de traitement entre salariés quant à l'indemnisation de l'absence de justification de leur licenciement a déjà fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour de cassation au motif qu'elle porterait atteinte au principe d'égalité devant la loi. La Cour de cassation a cependant refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Elle a, en effet, considéré que l'article L. 1235-5 du Code du travail, « *sans faire échec à la réparation de l'intégralité du préjudice subi par le salarié, retient des critères objectifs et rationnels d'ancienneté du salarié et d'effectifs de l'entreprise en lien direct avec l'objet de la loi et répondant à des raisons d'intérêt général* » (31).

La reconnaissance d'un paiement d'allocations indues est toutefois discutable au regard de la nature et de l'objet distincts des sommes considérées. Les dommages et intérêts réparent le préjudice matériel et moral causé par la faute de l'employeur dans la rupture du contrat de travail (32), tandis que l'allocation-chômage constitue un revenu de remplacement auquel le salarié involontairement privé d'emploi a droit dans le cadre du régime d'assurance-chômage.

Au demeurant, peut-on vraiment considérer que les allocations d'assurance-chômage ont été indûment perçues par le salarié ? D'une part, le versement d'allocations-chômage relève d'un principe assurantiel en contrepartie du paiement de cotisation lorsque le salarié se trouve en emploi ; il a droit, si la réalisation du risque pour lequel il est assuré – c'est-à-dire la perte involontaire de son emploi – au versement d'un revenu de substitution. D'autre part, dès lors qu'il remplit les exigences posées à l'article L. 5422-1 du Code du travail pour le versement des allocations (privation involontaire d'emploi, aptitude au travail et recherche active d'emploi), comment expliquer de l'en priver ?

(27) Cet article dispose que, lorsque le salarié a plus de deux ans d'ancienneté et que l'employeur qui l'a licencié employait au moins 11 salariés, l'indemnité à la charge de l'employeur ne peut être inférieure aux salaires bruts des six derniers mois précédant la rupture de son contrat de travail.

(28) Cass. Soc. 15 juin 2010, n° 08-20.513 et n° 09-10.437, Bull. civ. V, n° 136 ; L. Milet, préc.

(29) Référence est faite dans le préambule de l'ANI conclu le 22 mars 2014 au souci d'édicter des règles d'indemnisation qui « *doivent renforcer l'équité entre allocataires, quelle que soit leur activité habituelle* ».

(30) À ce titre, ces mesures, jugées illégales, font l'objet d'un recours en annulation engagé par des associations de défenses de chômeurs et précaires contre l'agrément de la nouvelle convention d'assurance chômage devant le Conseil d'État en août 2014.

(31) Cass. Soc. 10 oct. 2014, n° 14-40.037.

(32) Selon l'article 80 duodecies du Code général des impôts les indemnités de l'article L. 1235-3 du Code du travail ont un caractère indemnitaires et ne sont donc pas assujetties aux cotisations sociales, ni aux contributions d'assurance-chômage.

Ce procédé est particulièrement injuste dans la mesure où il tend à faire supporter par le salarié licencié, qui a déjà subi un préjudice important – la perte de son emploi – une partie des conséquences de l'illégitimité de son propre licenciement en le contraignant à rembourser l'organisme qui lui a assuré un revenu de remplacement (33). D'autant que Pôle Emploi dispose déjà, dans certains cas, de la possibilité de récupérer auprès de l'employeur une partie des indemnités versées au salarié privé d'emploi. Lorsque l'effectif de l'entreprise est au moins égal à 11 salariés et que le salarié licencié a 2 ans d'ancienneté au moins, le Conseil de prud'hommes peut, même d'office (34), condamner l'employeur à rembourser à Pôle Emploi les allocations d'aide au retour à l'emploi, versées au salarié dans la limite de six mois d'indemnités-chômage (35). Ceci est logique, dès lors que c'est par la faute de l'employeur que le salarié a perdu son emploi. Le remboursement des indemnités de chômage, tel qu'il est institué par l'article L.1235-4 du Code du travail, constitue donc une peine privée accessoire.

À cet égard, il est intéressant de souligner qu'un arrêt du 20 octobre 2009 a affirmé que la condamnation de l'employeur sur le fondement de l'article L.1235-4 ne privait pas l'organisme d'assurance-chômage du droit d'agir en répétition des prestations induites versées au salarié (36). Cet arrêt pourrait-il ainsi permettre à Pôle Emploi de recouvrer deux fois les sommes versées ? On sait qu'en vertu des règles relatives au différé d'indemnisation, le salarié peut rembourser toutes les sommes perçues à titre d'allocation chômage correspondant à la part des dommages et intérêts obtenus au-delà des 6 derniers mois de salaires prévus à l'article L.1235-3. On pourrait penser qu'une savante combinaison de ces règles

avec l'article L.1235-4 du Code du travail aboutisse au juste remboursement des sommes versées par Pôle Emploi. Cependant, la somme remboursée par l'employeur correspond au maximum au versement de six mois d'allocations-chômage, et non à six mois de salaires. Ces sommes ne font pas l'objet de l'application du coefficient réducteur de 90 utilisé pour le calcul du différé d'indemnisation spécifique. Les deux « formules » de remboursement semblent ne se recouper qu'imparfaitement. Il apparaît donc là une articulation qui mérite d'être précisée.

Il convient également de s'interroger sur l'incidence du recours au barème fixant le montant de l'indemnité forfaitaire de conciliation instaurée par la loi du 14 juin 2013 (37). Dorénavant, en cas de litige portant sur un licenciement, tout accord trouvé devant le bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes prévoit le versement au salarié d'une indemnité forfaitaire. Dans le cadre de l'ANI sur la sécurisation de l'emploi du 11 janvier 2013, les partenaires sociaux avaient fixé un barème de référence pour l'indemnité de conciliation (38). Celui-ci a été confirmé par décret (39). Il s'élevait ainsi à :

- 2 mois de salaire pour un salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté ;
- 4 mois de salaire pour un salarié ayant au moins 2 ans d'ancienneté, mais moins de 8 ans ;
- 8 mois de salaire pour un salarié ayant au moins 8 ans d'ancienneté, mais moins de 15 ans ;
- 10 mois de salaire pour un salarié ayant au moins 15 ans d'ancienneté, mais pas plus de 25 ans ;
- 14 mois de salaire pour un salarié ayant plus de 25 ans d'ancienneté (40).

Le barème, basé sur la prise en compte d'un seul et unique critère – celui de l'ancienneté du salarié au

(33) V. not. la critique portée par le Syndicat des Avocats de France (SAF), « Nouveau différé d'indemnisation de l'ANI du 22 mars 2014 : la double peine pour le salarié victime d'un licenciement injustifié », reproduit au Dr. Ouv. 2014. 405.

(34) L'intervention de Pôle Emploi peut se produire à tout moment dans le procès, il est fréquent que son intervention se fasse le jour des débats. Si Pôle Emploi n'est pas présent à l'instance, le remboursement ne représente pas une faculté laissée à l'appréciation du juge, qui doit l'ordonner. En revanche, il fixe souverainement la part des indemnités remboursables, dans la limite du maximum prévu par la loi (Cass. Soc. 22 avr. 1992, n° 90-44.015, Bull. civ. V, n° 294).

(35) Art L. 1235-4 C. trav. : « 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 ».

(36) Cass. Soc. 20 sept. 2009, n° 08-13.428.

(37) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n° 138 du 16 juin 2013, p.9958. L'article L. 1235-1 du Code du travail a été complété de la façon suivante : « En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié. Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre. [...] ». Pour une analyse critique v. D. Boulmier, « Faciliter la conciliation prud'homale... mais pour qui ? La transcription de l'article 25 de l'ANI du 11 janv. 2013 par l'article 21 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 », Dr. Soc. 2013. 837

(38) Le barème n'est qu'optionnel.

(39) Décret n° 2013-721 du 2 août 2013 portant fixation du montant du barème de l'indemnité forfaitaire prévue à l'article L. 1235-1 du Code du travail.

(40) Art. D. 1235-21 C. trav.

sein de l'entreprise – semble tout à fait inadapté pour évaluer l'intégralité du préjudice subi par le salarié. Au demeurant, il prévoit, par conséquent, des montants inférieurs à ce que le juge attribue généralement (41). Toutefois, certains salariés pourraient être tentés d'accepter de conclure un accord au stade du bureau de conciliation sans débat au fond. En effet, lorsque l'indemnité forfaitaire de conciliation correspond aux montants fixés par le barème, elle est exclue de l'assiette de calcul du différé spécifique d'indemnisation. Exception faite des salariés ayant entre 2 et 8 ans d'ancienneté, dont l'indemnité est minorée par rapport au minimum posé à l'article L. 1235-3 du Code du travail (42), les autres peuvent trouver dans ces modalités de réparation un compromis plus avantageux s'ils parient sur une période de chômage relativement courte. De nouveau, l'iniquité réapparaît puisque les salariés licenciés en situation de précarité professionnelle ne seront pas en mesure de se risquer à de tels arbitrages.

Sur ce point, il faut également souligner que le projet de loi *Macron* pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques comprenant un volet portant sur la réforme de la justice prud'homale prévoit d'amender les dispositions relatives à ce référentiel (43).

Reste que les sanctions indemnitaires relatives au licenciement injustifié ne sont pas plafonnées par la loi, ou du moins, pas encore (44). Ce qui signifie que le juge est totalement libre d'en fixer le montant et d'accorder des indemnités réparant intégralement le préjudice subi. Dans cette optique, le montant de l'indemnité devrait tenir compte, entre autres, des difficultés à retrouver un emploi, des éventuels troubles psychologiques, de la perte des avantages liés à la carrière dans l'entreprise. Pourquoi ne pas adjoindre un nouveau paramètre relatif aux situations financières difficiles de certains chômeurs, aggravées par le remboursement du paiement d'allocations-chômage indues ?

Ainsi, pendant le temps du différé, le salarié doit puiser dans les dommages intérêts obtenus. De telles mesures peuvent décourager les salariés d'agir en justice et contrevient au principe de la réparation intégrale du préjudice (45).

B. Les conséquences de la nullité du licenciement sur l'indemnisation du chômeur

Le contentieux relatif à la question du cumul d'allocations chômage avec la ou les indemnité(s) que l'employeur est condamné à verser en raison de la nullité du licenciement qu'il a prononcé n'est pas unifié, loin s'en faut. La diversité des solutions dégagées par la jurisprudence invite à distinguer trois hypothèses, selon que le salarié est réintégré (1.), qu'il ne demande pas sa réintégration (2.) et, enfin, lorsque la décision d'autorisation de licencier un salarié protégé a été annulée. Dans ce dernier cas, la question de la réintégration est indifférente (3).

1. Les conséquences en cas de réintégration du salarié dans l'entreprise

Les répercussions de la nullité du licenciement sur le calcul du différé d'indemnisation ne sont pas les mêmes selon que la réintégration concerne un salarié ordinaire, c'est-à-dire un salarié non bénéficiaire d'une procédure d'autorisation de licenciement, ou un salarié protégé.

Les salariés licenciés en violation d'une liberté fondamentale ou d'une disposition légale prévoyant expressément la nullité peuvent, outre leur réintégration, bénéficier de la réparation du préjudice qu'ils ont subi. Ainsi, le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration dans la limite du montant des salaires dont il a été privé (46). Si cette indemnité doit réparer l'entier préjudice subi, elle ne doit néanmoins réparer que le

(41) Un auteur estime que le barème « n'a d'autre but que de tenter de limiter le montant des indemnités versées aux salariés demandeurs et donc de limiter, pour les juges, leur liberté de juger et d'apprécier les préjudices au cas par cas » : D. Boulmier, « Le volet prud'homal du projet de loi Macron : en "coup de force" mais sans "coup de jeune" », Dr. Soc. 2015. 439.

(42) La situation des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté est plus délicate à évaluer : d'un côté, le barème prévoit deux mois de salaires et de l'autre, l'article L. 1235-5 du Code du travail prévoit une indemnisation en fonction du préjudice subi.

(43) V. l'art. préc. de D. Boulmier.

(44) La fixation dans la loi de plafonds d'indemnités représente toutefois une menace réelle. Très récemment, le 9 juin 2015, le Premier ministre Manuel Valls a annoncé que les

indemnités accordées par les conseils de prud'hommes pour les licenciements dénués de cause réelle et sérieuse seraient désormais plafonnées selon la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié licencié.

(45) Le principe de réparation intégrale a été consacré par les juges, qui l'ont déduit des articles 1382 et 1149 du Code civil. La Cour de cassation exprime, de façon constante, le principe de la réparation intégrale de la manière suivante : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». V. Cass. 2^e civ., 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328.

(46) Cass. Soc. 3 juill. 2003, n°01-44.522, 01-44.717, 01-44.718, Bull. civ. V, n°214, D. 2004, Somm. 180, obs. B. Reynès, JCP E 2004. 563, obs. J.-F. Cesaro.

préjudice réellement éprouvé. Or, le préjudice matériel du salarié est incontestablement atténué par les revenus de toute provenance qu'il peut avoir perçus pendant la période d'éviction, c'est-à-dire entre son départ et son retour dans l'entreprise. La Cour de cassation estime donc que c'est « à bon droit que la Cour d'appel a déduit de la réparation du préjudice subi les revenus qu'il a pu tirer d'une autre activité professionnelle pendant la période correspondante et le revenu de remplacement qui a pu lui être servi pendant la même période » (47). Tout en confirmant cette position, la Cour de cassation a, par la suite, admis que ce qui a été indûment perçu est sujet à répétition (48). Il en résulte que l'employeur qui a versé une somme supérieure à ce préjudice, au regard des revenus perçus par ailleurs par le salarié, peut demander répétition de cet excédent. Plus récemment, un arrêt est venu préciser que les juges n'ont pas à opérer d'office de déduction des revenus de remplacement si l'employeur ne la demande pas (49). Cela pourrait-il signifier qu'en l'absence de demande de déduction expresse de l'employeur, le salarié pourrait cumuler réparation au titre de la nullité et revenu de remplacement sans avoir à rembourser Pôle Emploi ?

Au regard de l'assurance-chômage, cette solution implique que le chômeur n'a pas à rembourser à Pôle Emploi le montant des allocations chômage qui a été pris en compte pour le calcul de l'indemnité accordée au salarié et fixée par le juge au titre de la nullité du licenciement. C'est la solution retenue par la Chambre sociale dans un arrêt du 11 mars 2009, dont l'attendu a pu semer le doute : « la nullité du licenciement n'a pas pour effet de priver rétroactivement un travailleur du droit à l'allocation d'assurance que l'Assedic lui a servie pendant la période comprise entre son licenciement et sa réintégration où il était involontairement privé d'emploi, apte au travail et à la recherche d'un emploi » (50). Il ne faut cependant pas se méprendre sur la portée de cet arrêt, le remboursement était exclu

parce que les sommes perçues au titre des allocations chômage avaient été décomptées de l'indemnité que l'employeur avait été condamné à verser au salarié.

Une telle solution n'est guère satisfaisante dès lors que le salarié réintégré ne voit pas, dans ce cas, disparaître tous les effets du licenciement pourtant annulé, notamment en ce qui concerne sa rémunération, qui n'est pas reconstituée totalement. De plus, en cas d'annulation du licenciement, lorsque la décision de justice prévoit expressément que les revenus tirés d'une autre activité doivent être déduits de la réparation du préjudice, les sommes allouées en réparation du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre le licenciement et la réintégration n'ont pas la nature d'un salaire pour Pôle Emploi (51). Le caractère indemnitaire de ces sommes étant ainsi clairement affirmé, elles ne sauraient, par conséquent, être prises en compte dans le calcul de l'affiliation en vue d'une nouvelle ouverture de droits.

Il existe, toutefois, trois exceptions pour lesquelles la réduction des revenus perçus pendant la période d'éviction est impossible.

La première concerne le licenciement fondé sur l'état de santé du salarié. Sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, le licenciement motivé par l'état de santé du salarié est nul (52). Le salarié a droit à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir pendant sa période d'éviction jusqu'à sa réintégration effective, sans déduction des salaires ou revenus de remplacement éventuellement perçus pendant cette période (53). L'interdiction de déduire les revenus perçus pendant la période d'éviction a également été retenue à l'occasion de la réintégration dans l'entreprise de salariés licenciés en raison de leur participation à un mouvement de grève licite (54) et pour les salariés licenciés en raison de leurs activités syndicales (55). La lecture des motivations des trois décisions dans lesquelles ces hypothèses ont

(47) Même arrêt.

(48) Cass. Soc. 12 févr. 2008, n°07-40.413, Bull. civ. V, n°34 : « le préjudice subi par la salariée devait être évalué en tenant compte des revenus qu'elle avait pu percevoir pendant cette période et [...] ce qui avait été versé au-delà de ce préjudice ouvrait droit à répétition ».

(49) Cass. Soc. 16 nov. 2011, n°10-14.799 : « la cour d'appel, devant laquelle l'employeur n'avait pas invoqué l'existence d'un revenu de remplacement, n'avait pas à procéder à une déduction qui ne lui était pas demandée ».

(50) Cass. Soc. 11 mars 2009, n°07-43.336, Bull. civ. V, n°75 ; Ch. Willmann, « L'indemnisation chômage à l'épreuve des nullités du licenciement : complexité des textes, clarification judiciaire », RDSS 2009. 731.

(51) Instruction Pôle emploi n° 2012-144, 10 oct. 2012.

(52) Art. L. 1132-1 et L. 1132-4 C. trav.

(53) Cass. Soc. 11 juill. 2012, n°10-15.905, Bull. civ. V n°218 : « Le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et le jugement constatant la résiliation judiciaire de son contrat de travail, peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou revenus de remplacement pendant cette période ».

(54) Cass. Soc. 2 févr. 2006, n°03-47481, Bull. civ. V n°53, RDT 2006. 42, obs. O. Leclerc, Dr. Ouv. 2006. 540, obs. J.-L. Borie. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que « les salariés, dont les contrats de travail n'avaient pas été rompus et dont les licenciements étaient nuls, avaient droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'ils auraient dû percevoir entre leur éviction de l'entreprise et leur réintégration, peu important qu'ils aient ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période ».

(55) Cass. Soc. 2 juin 2010, n°08-43277 et n°08-43369, Dr. Ouv. 2010. 608, obs. J. Guyon ; Cass. Soc. 9 juill. 2014, n°13-16434.

été examinées révèle que ces exceptions se déduisent de la caractérisation d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution ou ayant valeur constitutionnelle (56). Un auteur estime que « *la Cour de cassation consacre ici une "logique de restitution" au détriment d'une "logique d'indemnisation"* » et que « *ce sont en quelque sorte des dommages punitifs qui sont alloués au salarié qui bénéficie d'une indemnité supérieure au seul préjudice subi* » (57).

Ainsi, seuls les licenciements annulés en raison de l'atteinte portée à une liberté ou un droit d'essence constitutionnelle sont susceptibles de donner lieu au versement d'une indemnité égale aux rémunérations de la période d'éviction sans réduction possible. Cette interdiction de tenir compte des sommes perçues pendant la période d'éviction ne bénéficie donc pas aux salariés réintégrés dont le licenciement pour motif économique a été annulé (58). La voie de la déduction semble pourtant bien délicate dans la mesure où l'employeur doit rembourser à Pôle Emploi les allocations chômage versées dans la limite de six mois d'indemnités en application de l'article L. 1235-4 du Code du travail. Là encore, la solution dégagée par les juges pour ces salariés pourrait bien être inédite. En effet, dans tous les autres cas de nullité du licenciement (59), le remboursement des indemnités-chômage par l'employeur ne peut être ordonné (60). C'est l'assurance-chômage qui supporte financièrement les conséquences de l'illégalité.

Il convient enfin de souligner que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre au paiement d'indemnité de rupture. Cette décision est logique. En effet, la demande de réintégration permet à la nullité de produire ses effets, c'est-à-dire la disparition rétroactive de la rupture et de toutes ses consé-

quences, dont le paiement des indemnités de rupture. *Quid* alors de la réparation du préjudice subi par le salarié, dont les indemnités de rupture ont servi au calcul d'un différé d'indemnisation et qui n'a pas pu bénéficier d'un revenu de remplacement pendant une période plus ou moins longue ?

Lorsque l'employeur licencie un salarié protégé sans demander l'autorisation à l'inspection du travail ou malgré le refus d'autorisation, il y a violation du statut protecteur du salarié.

Le licenciement est nul et le salarié qui demande sa réintégration a droit à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration (61). Du fait de la nullité rétroactive du licenciement, le salarié doit être considéré comme n'ayant jamais quitté l'entreprise. Le salarié ne devrait donc pas pouvoir cumuler les allocations de chômage avec une indemnité équivalente aux rémunérations qu'il aurait perçues s'il n'avait pas été licencié. La Chambre sociale de la Cour de cassation en avait pourtant décidé autrement en rejetant la possibilité de réduire l'indemnisation en raison des sommes perçues par le salarié pendant la période d'éviction (62). Un arrêt rendu en novembre 2014 a opté pour une solution bien moins favorable au salarié. Il résulte de cette décision qu'un salarié protégé se trouvant dans une telle situation doit rembourser à Pôle Emploi les allocations de chômage, constitutives d'un indu, qui lui ont été versées pendant la période d'éviction (63).

2. Les conséquences en l'absence de réintégration du salarié dans l'entreprise

Là encore, il convient de distinguer selon que l'annulation du licenciement concerne un salarié protégé ou non.

(56) La liberté syndicale est garantie par l'article 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le droit de grève par l'article 7. Quant au droit à la protection de la santé, il est garanti par l'article 11 de ce même préambule, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958.

(57) O. Leclerc, préc.

(58) Art. L. 1235-10 C. trav. : « *Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul. En cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 1233-61, la procédure de licenciement est nulle. [...]* ».

(59) Exception faite de la nullité du licenciement lorsqu'il fait suite à une action en justice sur le fondement des dispositions relatives à la discrimination ou à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dès lors qu'il est établi que ce

licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue une mesure prise par l'employeur en raison même de cette action en justice (art. L. 1134-4 C. trav.).

(60) Cass. Soc. 12 déc. 2001, n° 99-44.167, Bull. civ. 2001, V, n° 383 confirmé par Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 10-17.874, Cass. Soc. 5 mars 2015, n° 13-22.235 (nullité du licenciement pour harcèlement moral), Cass. Soc. 15 avr. 2015, n° 13-27.211 (prise d'acte ayant produit les effets d'un licenciement nul).

(61) Cass. Soc. 10 déc. 1997, n° 94-45.254, RJS 1/98, n° 71 ; Cass. Soc. 26 mars 2013, n° 11-27.964.

(62) Cass. Soc., 10 oct. 2006, n° 04-47.623, Bull. civ. V, n° 297, D. 2006. 2689 : « *Mais attendu que le licenciement d'un salarié protégé, prononcé sans autorisation administrative ou malgré un refus d'autorisation administrative, est nul et ouvre droit, pour le salarié qui demande sa réintégration pendant la période de protection, au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration ; qu'il n'y a pas lieu de déduire de cette indemnité les revenus qu'il a pu percevoir de tiers au cours de cette période* ».

(63) Cass. Soc. 19 nov. 2014, n° 13-23.643.

Le salarié ordinaire dont le licenciement est annulé et qui ne sollicite pas sa réintégration bénéficie d'une indemnisation. La règle a été posée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 27 juin 2000 (64) : « *le salarié victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration, a droit, d'une part, aux indemnités de rupture et, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L.122-14-4 du Code du travail* » (65). Cette indemnisation concerne tous les salariés, quels que soient leur ancienneté et l'effectif de l'entreprise.

Les indemnités de rupture ont, en principe, déjà donné lieu au calcul d'un différé d'indemnisation, mais celui-ci doit-il être révisé en raison du versement de l'indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement ? Il n'existe, à ce jour, aucune jurisprudence sur la possibilité de déduire du montant de cette indemnité les allocations chômage versées. Pas plus qu'il n'existe de décision imposant le remboursement. Bien que cette somme présente un caractère indemnitaire, comme le prévoit expressément l'article 80 duodecies du Code général des impôts, elle peut être considérée comme une somme inhérente à la rupture susceptible d'être prise en compte pour le calcul du différé d'indemnisation. Toutefois, l'indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement ne devrait pas faire l'objet d'une réintégration dans l'assiette pour la part correspondant aux salaires des six derniers mois prévus par l'article L. 1235-3 du Code du travail.

En toute logique, le même raisonnement peut être appliqué aux salariés dont le licenciement économique est nul. Si la réintégration n'est pas demandée par le salarié, ou si elle s'avère impossible, l'indemnité versée au salarié par l'employeur ne pourra se cumuler avec les allocations chômage que dans la mesure où elle n'excède pas le minimum prévu par l'article L.1235-11 al. 2 du Code du travail soit les salaires des douze derniers mois. Quoique, là encore, l'application, dans cette hypothèse, de l'article L. 1235-4 du Code du travail pourrait changer la donne.

S'agissant du salarié protégé, la situation est encore plus complexe. S'il ne demande pas sa réintégration, le salarié protégé, licencié sans autorisation ou malgré le refus d'autorisation de l'inspection du travail, peut prétendre à une indemnité due au titre de la violation de son statut protecteur (66).

Depuis un arrêt du 11 juin 2013 (67), la Chambre sociale opère une distinction pour le calcul de cette indemnité. Si le salarié présente sa demande d'indemnisation avant le terme de la période de protection, il perçoit une indemnité forfaitaire égale au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de cette période. S'il introduit sa demande après l'expiration de la période de protection sans justifier de motifs qui ne lui soient pas imputables, il perçoit une indemnité dont le montant est fixé par le juge en fonction du préjudice subi. La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de préciser si le salarié qui a saisi le juge après l'expiration de la période de protection, mais pour des « *motifs qui ne lui sont pas imputables* », peut prétendre à l'indemnisation forfaitaire. Quoiqu'il en soit, la sanction de la violation du statut protecteur est donc différenciée selon la date à laquelle le salarié sollicite cette indemnisation.

Quelle conséquence emporte cette distinction au regard du bénéfice des allocations chômage ? L'indemnité forfaitaire due au titre de la sanction de la violation par l'employeur du statut protecteur peut-elle être réduite ? Rien ne permet d'affirmer que les solutions applicables au salarié réintégré ne seront pas reprises. Outre les indemnités de rupture (indemnité de licenciement, indemnité compensatrice de préavis et de congés payés) que le salarié conserve (68), celui-ci a droit, en vertu de la jurisprudence *Peccoud* (69), à une indemnité complémentaire réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L.1235-3 du Code du travail, c'est-à-dire au moins égale aux salaires des six derniers mois quels que soient l'effectif de l'entreprise et l'ancienneté du salarié.

Le remboursement d'un trop perçu d'allocation pourrait ainsi être ordonné au salarié n'ayant pas sollicité la poursuite de son contrat de travail dans la mesure où l'indemnisation qui lui a été octroyée

(64) Cass. Soc. 27 juin 2000, n°98-43.439, Bull. civ. V, n°250.

(65) L'article L.122-14-4 est devenu l'article L.1235-3 du Code du travail.

(66) Cass. Soc. 27 mai 1970, n°69-40.070, Bull. civ. V, n°362, Dr. Soc. 1971. 132, n. J. Savatier.

(67) Cass. Soc. 11 juin 2013, n°12-12.738, RDT 2013. 573, n. M. Grévy.

(68) Cass. Soc. 5 févr. 2002, n°99-43.896, Bull. civ. V, n°53 ; Cass. Soc. 10 mai 2006, n°04-40.901, Bull. civ. V, n°173.

(69) Cass. Soc. 12 juin 2001, n°99-41.695, Bull. civ. V, n°219, Dr. Soc. 2001. 899, obs. J. Savatier, RPD 2001. 330, obs. L. Millet. Confirmé par Cass. Soc. 16 mars 2005, n°02-45.077, Bull. civ. V, n°96, D. 2005. 1048.

peut faire l'objet d'une réintégration dans l'assiette de calcul du différé d'indemnisation.

3. L'indifférence de la réintégration lorsque l'autorisation de licenciement est annulée *a posteriori*

L'article L.2422-4 du Code du travail détermine l'indemnité à laquelle peut prétendre le salarié protégé dont l'autorisation de licenciement a été annulée : « Lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le salarié investi d'un des mandats mentionnés à l'article L. 2422-1 a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration, s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision. L'indemnité correspond à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration. Ce paiement s'accompagne du versement des cotisations afférentes à cette indemnité qui constitue un complément de salaire. ». La somme allouée au salarié

doit réparer la totalité du préjudice subi, tant matériel que moral (70). Encore faut-il définir son étendue et l'évaluer. À cet égard, elle n'est pas nécessairement égale au montant des salaires perdus. En revanche, la somme allouée devant toutefois correspondre au préjudice effectivement subi, il convient de déduire de ce montant les sommes perçues par l'intéressé durant cette période. Autrement dit, à la suite de l'annulation d'une autorisation de licenciement, le salarié protégé ne peut cumuler l'indemnisation à laquelle il a droit avec les revenus tirés de l'exercice d'une activité professionnelle qu'il a perçus pendant la période indemnisée ou les allocations chômage (71).

On aurait donc tort de minimiser les effets néfastes de la mise en place de ce différé spécifique d'indemnisation, notamment sur le contentieux du droit du travail. À n'en pas douter, certains chômeurs risquent fort d'être découragés de saisir la juridiction prud'homale pour contester la rupture de leur contrat de travail.

Laurène Joly

(70) Cass. Soc. 11 mai 1999, n° 97-41.821, inédit.

(71) Cass. Soc. 28 oct. 2003, n° 01-40.762, RJS 1/04, n° 91, Dr. Soc. 2004. 117, obs. P.-Y. Verkindt ; Cass. Soc. 19 oct. 2005, n° 02-46.173, Bull. civ. V, n° 293 ; Cass. Soc. 13 nov. 2008, n° 07-41.331, Bull. civ. V, n° 223 : « le salarié protégé qui, lorsque l'annulation de l'autorisation de licenciement est devenue définitive, a droit au

paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, s'il la demande, ou l'expiration du délai de deux mois à compter de la notification de la décision qui emporte réintégration, n'est pas fondé à cumuler cette somme avec les allocations chômage et les revenus d'activités professionnelles qu'il a perçus pendant cette période ».



IL FAUT SAUVER LE DROIT DU TRAVAIL !

Pascal Lokiec

Ce livre est un plaidoyer en faveur du droit du travail. Sans nier ni son coût ni sa complexité, il montre que la subordination est aujourd'hui encore au cœur des relations de travail et qu'il importe, dans l'intérêt de tous, qu'elle soit encadrée. Il décrypte les multiples stratégies des entreprises pour contourner les contraintes du droit et souligne que celles-ci sont souvent contrées avec succès par le recours croissant du juge aux droits fondamentaux.

Car la santé et la qualité du travail sont loin de s'opposer à la productivité de l'entreprise. Et de cela le droit du travail est bien le garant.

Pascal Lokiec est professeur à l'université Paris Ouest-Nanterre-La Défense.

Editeur : Editions Odile Jacob 2015 - 176 pages - ISBN 978-2-7381-3222-2 - 19,90 euros