



La cannibalisation par Pôle Emploi du différé d'indemnisation correspondant aux indemnités de licenciement supra-légales

Laurent Milet

DANS **LE DROIT OUVRIER** 2011/11 N° 760 , PAGES 645 À 649
ÉDITIONS **CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL**

ISSN 0222-4194

DOI 10.3917/drou.760.0645

Date de mise en ligne : 12/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-le-droit-ouvrier-2011-11-page-645?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Confédération générale du Travail.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

La cannibalisation par Pôle Emploi du différé d'indemnisation correspondant aux indemnités de licenciement supra-légales

par *Laurent Milet*,

Docteur en Droit, Professeur associé à l'Université de Paris XI

PLAN

I. Au regard des textes de l'assurance-chômage

II. Au regard de la nature juridique des sommes en cause

L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 15 juin 2010 (1), bien qu'un peu ancien, mérite commentaire dans la mesure où il est révélateur de la démarche idéologique de bon nombre de nos décideurs. La réglementation de l'assurance-chômage réserve en effet parfois bien des surprises à ses bénéficiaires, surtout lorsque ceux-ci, ayant perdu leur emploi, ont osé attaquer leur ex-employeur devant les prud'hommes et obtenu la condamnation de ce dernier pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Tel était le cas dans l'affaire commentée où un salarié s'est vu réclamer par l'Assedic un trop perçu d'allocation, l'organisme ayant revu les conditions d'indemnisation au regard des répercussions sur le délai spécifique de carence des indemnités de licenciement perçues par l'ancien salarié, du fait de la victoire judiciaire remportée contre son ex-employeur.

Comment en est-on arrivé là ? Le règlement de l'assurance-chômage prévoit le versement de l'allocation de retour à l'emploi après deux délais de carence (appelés différés d'indemnisation). L'un correspond aux indemnités de congés payés non pris. L'autre est un différé spécifique en raison du versement d'indemnités de licenciement supra-légales.

Plus précisément, il s'agit selon l'article 21 §2 du règlement général Unedic « *d'un différé spécifique en cas de prise en charge consécutive à une cessation du contrat de travail ayant donné lieu au versement d'indemnités ou de 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* ». Il correspond à un nombre de jours égal au nombre entier obtenu en divisant le montant total des indemnités et sommes versées à l'occasion de la fin du contrat de travail, diminué du montant éventuel de celles-ci résultant directement de l'application d'une disposition législative, par le salaire journalier de référence. Ce différé spécifique est limité à 75 jours.

Selon le même texte, « *Si tout ou partie de ces sommes est versé postérieurement à la fin du contrat de travail ayant ouvert des droits, le bénéficiaire et l'employeur sont dans l'obligation d'en faire la déclaration. Les allocations*

qui, de ce fait, n'auraient pas dû être perçues par l'intéressé doivent être remboursées ». Le nombre de jours de carence dont est redevable l'allocataire a pour effet de décaler dans le temps son indemnisation mais ne s'impute pas sur la durée de ses droits. Ceux-ci sont ouverts mais non consommés. Il s'agit donc en principe d'une opération blanche puisque l'allocataire doit être rempli de ses droits en fin d'indemnisation. Cette disposition a été instituée en 1993 dans la convention d'assurance chômage afin d'accorder à l'Unedic des facilités de trésorerie. En apparence, l'allocataire n'est pas perdant à terme. Mais l'application de ce décalage « glissant » peut le désavantager. En effet, l'intéressé reste redevable, le cas échéant, d'un certain nombre de jours de carence (dans la limite de 75) dès qu'il perçoit plus tard des sommes qui auraient dû être prises en compte au moment du calcul initial du différé d'indemnisation et qui, par définition, n'ont pas pu l'être !

Sans rentrer trop dans les détails, si le chômeur est resté inscrit comme demandeur d'emploi et s'il a cessé d'être indemnisé par le régime d'assurance (sans percevoir l'allocation de solidarité spécifique) depuis au moins un nombre de jours équivalent au nombre de jours de carence manquants, il ne doit rien au régime d'assurance (2). En revanche, le chômeur qui a retrouvé un emploi sans épuiser ses droits à l'assurance-chômage devra

au chômeur qui a cessé d'être indemnisé et a cessé d'actualiser son inscription comme demandeur d'emploi, il doit rembourser les jours de carence manquants. Mais miracle : il conserve un droit virtuel à récupérer ces jours s'il se réinscrit et s'il peut être à nouveau indemnisé. Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué !

(1) Bull. n° 136, reproduit ci-après p. 649.

(2) Malheur à celui qui n'est plus indemnisé par le règlement d'assurance chômage (RAC) parce qu'il a épuisé sa durée totale d'indemnisation mais qui perçoit l'allocation de solidarité spécifique (ASS) ; on lui demandera de rembourser les jours de carence dont il reste redevable en les prélevant sur l'ASS. Quant

rembourser les jours de carence manquants car son indemnisation aurait dû démarrer plus tard et Pôle emploi s'estime dès lors perdant.

Curieusement, toutes ces subtilités ne sont pas explicitées dans le règlement général Unedic et la documentation interne à cette institution n'est pas plus loquace en la matière. Evidemment, cela ne facilite pas la compréhension par les usagers du service public de l'emploi des demandes de remboursement dont ils sont l'objet, et, au surplus, risque d'installer encore plus vite les intéressés dans la précarité.

Au-delà de ces aspects très techniques, on aura compris que le débat porte sur ce qu'il faut entendre par indemnités supra-légales et plus précisément sur l'interprétation qu'il faut donner à l'expression « *versement d'indemnités ou de 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* ».

Visiblement, l'Assedic (devenue depuis lors "Pôle Emploi") dans cette affaire en a une conception extensive (3).

En l'espèce, un salarié a été licencié pour faute grave le 22 juin 2004, alors qu'il avait moins de deux ans d'ancienneté. Le 30 septembre 2005, la juridiction

prud'homale a jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêts pour licenciement abusif sur le fondement de l'article L. 1235-5 du Code du travail. L'Assedic a alors appliqué au salarié un différé d'indemnisation spécifique au motif qu'il avait perçu cette indemnité, ce qui le privait d'un certain nombre d'allocations journalières dont l'intéressé demandait au juge le rétablissement.

Comme l'intéressé avait moins de deux ans d'ancienneté, l'Assedic soutenait que l'indemnité de licenciement perçue par le salarié ne résultait pas directement de l'application d'une disposition législative. Selon elle, dans cette hypothèse, l'article L. 1235-5 du Code du travail ne prévoit pas de montant minimum et indique seulement que le salarié peut prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi dont le juge évalue souverainement le montant. La Cour de cassation confirme le raisonnement des premiers juges en considérant que les dommages-intérêts accordés au salarié devaient être pris en compte pour l'application du différé d'indemnisation.

Or une telle interprétation nous semble excessive tant au regard des textes de l'assurance-chômage que de la nature juridique des sommes en cause.

I. Au regard des textes de l'assurance-chômage

Il est contestable de soutenir que le montant ou les modalités de calcul des dommages-intérêts pour licenciement abusif que le juge accorde au salarié demandeur ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative.

En effet, l'article L.1235-5 du Code du travail indique que le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi. C'est donc bien la loi qui exige du juge, si le salarié en fait la demande, qu'il fixe le montant de l'indemnité pour licenciement abusif en fonction du préjudice subi par le salarié, même si son montant ne peut être déterminé à l'avance. Il en va de même, à notre avis, de la somme qui dépasserait le minimum de six mois de salaire qui doit être accordée au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Est-ce pour autant que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative ?

Certes, la loi n'institue pas un montant prédéterminé comme c'est le cas avec l'indemnité légale de licenciement, mais elle donne néanmoins des indications précises qui ne transforment pas, comme par enchantement, l'indemnisation accordée au salarié en indemnité supra-légale. Les termes indemnités supra-

légales impliquent que l'on ne dépasse pas un plafond. Or, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec son minimum de six mois de salaire ne constitue en aucun cas un plafond mais au contraire un plancher. Et pour ce qui concerne l'indemnité fixée en fonction du préjudice subi, il n'y a ni plancher ni plafond puisqu'il appartient au juge d'évaluer l'étendue du préjudice et de fixer le montant, rôle qui lui est assigné par la loi ; les modalités de calcul de cette indemnité résulte donc bien « directement » de l'application d'une disposition législative.

Pourtant, cela n'empêche pas l'Unedic, dans ces circulaires (4), d'affirmer que sont prises en compte pour le calcul du différé les indemnités accordées par le juge et excédant les minima légaux. Il en résulte que sont ainsi prises en compte dans l'assiette de calcul du différé spécifique d'indemnisation (liste non exhaustive selon l'Unedic) :

- l'indemnité de licenciement versée aux salariés ayant moins d'un an d'ancienneté ;
- l'indemnité conventionnelle de licenciement pour la part dépassant les minima légaux ;
- les sommes prévues dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi pour la part dépassant les minima légaux ;

(3) Dans cette affaire, la convention chômage applicable était celle du 1^{er} janvier 2001 dont le règlement général prévoyait le même différé d'indemnisation spécifique. Un second arrêt du 15 juin 2010 a adopté la même solution dans un cas où la convention d'assurance-chômage applicable était celle du 1^{er} janvier 2004

(Cass. soc. 15 juin 2010, n° 09-10437). La rédaction du texte servant de fondement au recours de l'Unedic, à savoir l'article 21 § 2 du règlement général, est identique pour la convention du 6 mai 2011.

(4) Notamment n° 2009-10 du 22 avril 2009.

- l'indemnité conventionnelle pour non-renouvellement d'un contrat de travail saisonnier (5) ;

- l'indemnité, calculée par le juge en fonction du préjudice subi, accordée au salarié en cas de non-respect de la procédure de licenciement pour motif économique (6) ;

- les indemnités de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée versées à l'amiable ou accordées par le juge pour la fraction excédant celles résultant de l'application de l'article L. 1243-4 du Code du travail.

- la fraction de l'indemnité de rupture perçue par les VRP (indemnité de clientèle, indemnité spéciale de rupture, indemnité de licenciement, etc.) dépassant l'indemnité légale de licenciement ;

- les indemnités de non-concurrence ;

- la fraction de l'indemnité spécifique de licenciement des journalistes, assistants maternels et assistants familiaux employés par des personnes morales ou personnels navigants de l'aéronautique civile excédant un certain seuil ;

- les indemnités accordées par le juge en cas de licenciement dénué de cause réelle et sérieuse ou prononcé sans respect de la procédure, pour la part excédant les minima légaux ou attribuées au salarié ayant une ancienneté inférieure à 2 ans ou occupé par une entreprise de moins de 11 salariés (7).

Pour s'en tenir à ce dernier exemple, on en arrive à l'absurdité suivante : à niveau de salaire identique, un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté ou licencié d'une entreprise de moins de 11 salariés ayant obtenu du juge six mois de salaire en fonction du préjudice subi se

voit *in fine* appliquer un différé spécifique d'indemnisation plus important qu'un salarié travaillant dans une entreprise de 11 salariés et plus et totalisant au moins 2 ans d'ancienneté, dont la loi nous dit que lui a droit à un minimum de 6 mois de salaires. L'égalité la plus élémentaire consisterait à retenir *a minima* le montant fixé par le juge en fonction du préjudice subi jusqu'à concurrence de 6 mois de salaire. Le même raisonnement peut très bien s'appliquer à l'indemnité octroyée par le juge en fonction du préjudice subi, accordée au salarié en cas de non-respect de la procédure de licenciement pour motif économique, en alignant le point de départ de ce qui doit être considéré comme « supra-légal » sur le mois de salaire dû au salarié pour non-respect de la procédure de licenciement lorsque ce dernier a une cause réelle et sérieuse ou lorsque les dispositions relatives à l'assistance du salarié par un conseiller extérieur à l'entreprise n'ont pas été respectées par l'employeur.

Il est par conséquent dommageable pour les privés d'emploi que la Cour de cassation souscrive à l'analyse de l'Unedic. On aimerait que cette dernière, si prompte à invoquer le règlement général pour recalculer le différé spécifique correspondant aux indemnités de licenciement dès lors que les indemnités accordées par le juge excèdent les « minima légaux », mette autant d'ardeur à exiger le recouvrement devant le tribunal d'instance des allocations de chômage versées au salarié lorsque l'employeur a été condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et que ce remboursement des allocations a été ordonné d'office par le juge (8).

Au-delà, la disposition de l'article 21 § 2 du règlement général Unedic est également excessive au regard de la nature juridique des sommes en cause.

II. Au regard de la nature juridique des sommes en cause

Il ne viendra à l'idée de personne l'idée de contester que les indemnités de licenciement obtenues par un salarié à la suite d'une action en justice ont un caractère de dommages-intérêts. Nous parlons ici des indemnités octroyées par le juge :

- pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans le cadre de l'article L. 1235-3 du Code du travail (minimum de 6 mois de salaire) ;

- pour nullité de la procédure de licenciement économique dans le cadre de l'article L. 1235-11 (minimum de 12 mois de salaire) ;

- pour non-respect de la priorité de réembauchage après un licenciement économique (minimum de 2 mois de salaire fixé par l'article L. 1235-13) ;

- pour le licenciement prononcé sans respect de la procédure lorsqu'il existe une cause réelle et sérieuse

(maximum fixé à un mois de salaire par l'article 1235-2 mais qui peut être plus importante si le salarié justifie d'un préjudice particulier) ;

- pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au salarié ayant une ancienneté inférieure à 2 ans ou occupé par une entreprise de moins de 11 salariés (9), l'indemnité étant fixée en fonction du préjudice subi ;

- pour licenciement économique prononcé sans respect de la consultation des représentants du personnel en cas de licenciement collectif (10), indemnité également fixée en fonction du préjudice subi.

Cette nature juridique de dommages-intérêts devrait en toute logique avoir pour conséquence de les neutraliser au regard de la réglementation sociale afin de ne pas pénaliser les salariés, déjà victimes d'une rupture abusive ou irrégulière, dans leur droit aux prestations sociales. C'est d'ailleurs le sens des dispositions du droit

(5) Art. L. 1244-2 du Code du travail.

(6) Art. L. 1235-12 du Code du travail.

(7) Art. L. 1235-5 du Code du travail.

(8) Art. L. 1235-4 et R.1235-1 du Code du travail.

(9) Art. L. 1235-5.

(10) Art. L. 1235-12.

de la Sécurité sociale et de la législation fiscale avec lesquelles la réglementation de l'Unedic semble accuser quelques distorsions.

Ainsi, dans son dernier état, tel qu'il résulte de la loi de financement de la Sécurité sociale du 20 décembre 2010, le douzième alinéa de l'article L. 242-1 du Code de Sécurité sociale dispose notamment qu'est exclue de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail qui n'est pas imposable en application de l'article 80 duodecies du Code général des impôts. Au surplus, cette part exonérée ne peut dépasser un montant équivalent à trois fois le plafond annuel de la Sécurité sociale.

Et l'article 80 duodecies du Code général des impôts dispose que ne constituent pas une rémunération imposable :

- Les indemnités mentionnées aux articles L. 1235-2, L. 1235-3 et L. 1235-11 à L. 1235-13 du Code du travail (11) ;

- les indemnités de licenciement ou de départ volontaire versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi au sens des articles L. 1233-32 et L. 1233-61 à L. 1233-64 du Code du travail.

Seule la fraction des indemnités de licenciement versées en dehors du cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi dépassant certaines limites devient imposable. Il faut pour cela comparer trois plafonds relatifs, retenir le plus élevé, à savoir soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi ; soit deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond annuel de la Sécurité sociale.

L'exclusion des indemnités représentatives de dommages et intérêts se comprend aisément : ces sommes ne sont pas versées à l'occasion de la rupture, mais sont le fruit d'une action en justice engagée par le salarié. Elles ne constituent ni un prolongement ni un complément des indemnités légales ou conventionnelles. Le fait que le juge accorde plus que le minimum fixé par la loi (1 mois, 6 mois ou 12 mois) ne modifie pas leur nature de dommages-intérêts. C'est pourquoi elles sont donc exonérées de cotisations dans leur intégralité.

La jurisprudence faisait la même analyse avant la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000, puisqu'elle estimait que l'indemnité allouée par décision de justice pour rupture abusive ou irrégulière du contrat de travail à

durée indéterminée présentait le caractère de dommages et intérêts. En conséquence, cette indemnité ne rentrait pas dans l'assiette des cotisations sociales (12).

Il est vrai que l'Unedic a été encouragé dans sa démarche par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation qui inclut dans l'assiette de la CSG-CRDS les dommages et intérêts dépassant le minimum légal de six mois de salaires de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Or, il a été démontré en son temps dans ces colonnes que cette jurisprudence est *contra legem* dans la mesure où les dommages-intérêts en question ne peuvent pas être séparés artificiellement entre un minimum légal et ce qui est accordé au salarié en plus du minimum prévu (13).

On nous objectera que le règlement général annexé à la convention d'assurance-chômage procède de la volonté des signataires de ladite convention. Ceux-ci sont libres d'adopter des règles différentes s'agissant d'un régime conventionnel, qui plus est lorsque la disposition du règlement procède d'un objet différent qui n'est pas de soumettre ou non une somme à cotisation, mais de calculer un différé d'indemnisation. Chaque réglementation est donc libre de prendre les dispositions lui permettant de remplir les objectifs qu'elle s'assigne. Il s'agirait d'une nouvelle illustration de la fonctionnalité des droits et il n'y aurait pas lieu de s'en offusquer !

Sauf que si, justement ! Car dans le cas de l'arrêt reproduit ci-après, cela aboutit à infliger au demandeur d'emploi une double peine : la première découle du Code du travail qui établit une distinction pour l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse entre les salariés des entreprises de moins de onze salariés et les autres, puis entre les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté et les autres.

La seconde découle de la réglementation Unedic qui peut aboutir, comme nous l'avons déjà démontré, à imposer un différé spécifique d'indemnisation plus important à un salarié indemnisé uniquement en fonction du préjudice subi, alors que le montant de son indemnisation peut être moins important. Dans un cas comme dans l'autre, cela renforce le sentiment qu'il serait souhaitable d'en finir avec la distinction discriminante de l'article L. 1235-5 du Code du travail. Rappelons à cet égard que deux Conseils de prud'hommes en se fondant sur l'article 26 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ont écarté la distinction de la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse selon que le salarié relève d'une entreprise de plus ou moins de 11 salariés (14).

Consciente sans doute des limites du raisonnement, la Chambre sociale prend soin de préciser indirectement

(11) Voir ci-dessus.

(12) Cass. soc. 26 mars 1992, n° 89-13153 ; Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 96-43932.

(13) Cass. civ. 2^e, 19 avr. 2005, Bull. n° 101, *Urssaf du Loiret c/Monoprix*, Dr. Ouv. 2005.462, note P. Tillie.

(14) CPH Arles, 29 nov. 2004, Dr. Ouv. 2006, p. 96, note A. de S. ; CPH Puy en Velay, 16 mai 2001, Dr. Ouv. 2005, p. 126, note M. Bonnechère.

que l'application du différé spécifique d'indemnisation ne doit pas avoir pour effet de priver le salarié de l'indemnité pour licenciement abusif qui lui a été allouée. Encore heureux, car il ne manquerait plus qu'à l'interprétation hasardeuse des textes, on ajoute l'enrichissement sans cause au profit des institutions de l'assurance-chômage !

En conclusion, afin d'éradiquer les déséquilibres engendrés par cette jurisprudence, il est temps que la Cour de cassation revienne à une interprétation plus rigoureuse eu égard principalement à la nature juridique des sommes versées. Et pour ce qui concerne le règlement général annexé à la convention d'assurance-chômage, il serait souhaitable qu'elle en ait une lecture un peu moins influencée par les circulaires de l'Unedic,

lesquelles, rappelons-le, n'ont valeur que de simples renseignements devant les tribunaux.

Au-delà on ne peut que s'inquiéter de l'attitude du service public de l'emploi qui par une rédaction et une interprétation partisane des textes s'approprie en quelque sorte les résultats de la négociation collective entre syndicats et patronat. Il est en effet peu probable que ces derniers aient eu conscience lors de la création du différé spécifique des indemnités de licenciement supra-légales de l'instrumentalisation du mécanisme ainsi mis en place et de la « cannabalisation » par Pôle Emploi dont il est l'objet depuis quelques années. Cela est d'autant plus critiquable que le préjudice qui donne lieu à réparation pour l'ex-salarié n'est pas celui de Pôle Emploi.

Laurent Milete

Annexe

CHÔMAGE – Indemnisation – Différé d'indemnisation spécifique applicable aux indemnités de licenciement supra-légales – Dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse évalués par le juge en fonction du préjudice subi par le salarié – Montant ou modalités de calcul ne résultant pas directement de l'application d'une disposition législative – Application du différé d'indemnisation.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 juin 2010

B. contre Assedic de Lorraine (p. n° 08-20.513)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (juridiction de proximité de Metz, 24 janvier 2008) que M. B. a été licencié pour faute grave le 22 juin 2004, alors qu'il avait moins de deux ans d'ancienneté ; que le 30 septembre 2005 la juridiction prud'homale a dit ce licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêts pour licenciement abusif sur le fondement de l'article L. 1235-5 du Code du travail ; que l'Assedic de Lorraine, auprès de laquelle M. B. a sollicité le bénéfice des prestations d'assurance chômage, lui a appliqué un délai de carence spécifique au motif qu'il avait perçu cette indemnité ; qu'il a contesté cette décision devant le juge de proximité ;

Attendu que M. B. fait grief au jugement de le débouter de ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de l'article 30 § 2 du règlement annexé à la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001, « le délai de carence visé au paragraphe 1^{er} est augmenté d'une carence spécifique en cas de prise en charge consécutive à une cessation de contrat de travail ayant donné lieu au versement d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que soit leur nature, lorsqu'elles excèdent les indemnités légalement obligatoires dont le taux et les modalités de calcul résultent directement d'une disposition légale » ; que l'article L. 122-14-5, devenu L. 1235-5 du Code du travail exige du juge qu'il fixe le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction du préjudice subi par le salarié ; que les modalités de calcul de cette indemnité étant directement fixées par la loi, elle ne peut être prise en compte dans le calcul du délai de carence spécifique ; qu'en décidant du contraire, la juridiction de proximité a violé les textes susvisés ;

2°/ que l'article L. 122-14-5, devenu L. 1235-5 du Code du travail, impose au juge d'allouer au salarié dont le licenciement a été déclaré sans cause réelle et sérieuse des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il a nécessairement subi ; qu'en retenant que le versement de cette indemnité était laissé à libre appréciation du juge, de sorte que ni son montant, ni ses modalités de calcul ne résultaient directement de la loi, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé ;

3°/ que les sommes versées en application de l'article L. 122-14-5, devenu L. 1235-5 du Code du travail, ont pour objet d'indemniser le préjudice résultant de la perte injustifiée d'emploi ; qu'intégrer ces sommes dans l'assiette de calcul du délai de carence spécifique conduit à priver le salarié de cette indemnisation ; qu'en se déterminant ainsi, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé ;

Mais attendu que la loi ne déterminant pas directement le montant des dommages-intérêts alloués pour licenciement sans cause réelle et sérieuse que le juge évalue souverainement en fonction du préjudice subi par le salarié, la juridiction de proximité, devant laquelle il n'était pas soutenu que l'application du délai de carence aurait pour effet de priver le salarié de l'indemnité pour licenciement abusif qui lui avait été allouée, a exactement décidé, abstraction faite du motif erroné mais surabondant critiqué par la deuxième branche, que le délai de carence spécifique de l'article 30 paragraphe 2 du règlement annexé à la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 s'appliquait ; que le moyen, irrecevable en sa troisième branche comme nouveau, mélange de fait et de droit, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(Mme Collomp, prés. - M. Lebreuil, rapp. - M. Lalonde, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Bouleuz, av.)