

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1956/2011

ATAS/193/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 23 février 2012

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur R _____, domicilié à VERNIER

recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE DU SIT, sise rue des Chaudronniers 16,
1204 GENEVE

intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Sabina MASCOTTO, Maya CRAMER, Doris GALEAZZI, Karine STECK, Juges, Diane BROTO et Eugen MAGYARI, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur R_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1949, a travaillé à plein temps pour X_____ (ci-après l'employeur), en qualité de pilote de bateau, du 1^{er} décembre 2006 au 2 septembre 2009.
2. Selon la déclaration manuscrite datée du 3 septembre 2009 et signée par l'assuré, avec la précision "sain d'esprit et de corps", et un représentant de son employeur, il a été mis fin aux rapports de travail d'un commun accord le jour même.
3. L'assuré s'est inscrit au chômage le mardi 8 septembre 2009, selon le formulaire de confirmation d'inscription de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) qui mentionnait également le 8 septembre 2009 comme date de placement.
4. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert du 8 septembre 2009 au 7 septembre 2011 et le délai-cadre de cotisation correspondant a été fixé du 8 septembre 2007 au 7 septembre 2009.
5. L'assuré a régulièrement perçu 403 indemnités de chômage jusqu'au 31 mars 2011.
6. Par décision du 3 mai 2011, la CAISSE DE CHOMAGE DU SIT (ci-après la caisse ou l'intimée) a nié le droit de l'assuré à percevoir des indemnités de chômage à partir du 1^{er} avril 2011, motif pris qu'il ne pouvait justifier que de 23,79 mois de cotisation, du 8 septembre 2007 au 2 septembre 2009, ce qui limitait à 400 le nombre d'indemnités auxquelles il avait droit, selon les dispositions en vigueur dès le 1^{er} avril 2011.
7. Par pli du 5 mai 2011, l'assuré s'y est opposé, faisant valoir, d'une part, qu'il souffrait à l'époque d'un burn out et était suivi par un psychologue et d'autre part, que la nouvelle loi n'était pas prévue pour des assurés de 62 ans qui avaient travaillé plus de 35 mois avant d'être au chômage.
8. Par décision sur opposition du 30 mai 2011, la caisse a confirmé sa décision du 3 mai 2011.
9. En date du 24 juin 2011, l'assuré a formé recours contre cette décision sur opposition. Il fait valoir qu'il était incapable d'effectuer les démarches relatives à son inscription au chômage entre le 3 et le 8 septembre 2009 pour des raisons de santé attestées par son psychologue. Subsidiairement, il estime que le principe de la bonne foi interdit de nier le droit aux indemnités sur la base d'une modification législative intervenue en avril 2011 pour des faits survenus en 2009, car un assuré peut seulement connaître ses droits et devoirs en vigueur lors de l'inscription.

Il produit à l'appui de son recours :

- une attestation d'assurance-chômage non datée établie par son employeur, lequel indique que la durée du délai de congé était de trois mois dès la deuxième année de service et que le rapport de travail avait pris fin le 2 septembre 2009 ;

- une attestation établie en date du 11 septembre 2009 par Monsieur S_____, psychologue, lequel certifie suivre le recourant en traitement psychologique depuis le 21 mai 2009, à raison d'une séance par semaine, pour des problèmes de stress dus à son travail en tant que pilote de bateau ;

- une attestation du 10 juin 2011 de ce même psychologue, qui déclare que le recourant n'était pas en mesure, d'un point de vue psychologique, d'entreprendre ses démarches administratives et les formalités liées au chômage, en raison du licenciement conflictuel dont il a été victime. Il précise qu'il suivait le recourant, du 3 au 8 septembre 2009, pour une psychothérapie d'appui.

10. Par acte du 26 juillet 2011, l'intimée maintient sa décision sur opposition.
11. La Cour de céans a posé plusieurs questions au psychologue du recourant, qui y a répondu ainsi le 8 septembre 2011:
 - a) l'assuré a été très affecté de perdre son emploi, il a fait une dépression nerveuse et il éclatait facilement en sanglots ;
 - b) l'assuré n'a pas été suivi par un psychiatre et n'a pas été hospitalisé ;
 - c) en cas de nécessité d'hospitalisation ou d'observation, notamment d'idées suicidaires, il amène personnellement ses patients dans le service adéquat ;
 - d) pour le surplus, il a relevé que le canton devrait prévoir un centre de prévention et d'aide psychologique pour les conducteurs de bus et de bateau, au vu du nombre de dépressions nerveuses chez ces employés.
12. Par pli du 23 septembre 2011, l'intimée indique qu'elle est dans l'attente d'une modification de la LACI ramenant à 22 le nombre de mois de cotisations nécessaires pour une personne de plus de 55 ans pour avoir droit à 520 indemnités journalières, ce qui pourrait modifier la situation du recourant. Elle en informera la Cour de céans le cas échéant.
13. En date du 11 novembre 2011, la Cour de céans transmet aux parties la directive du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après le SECO) concernant la modification de la durée de cotisation minimale, ramenée à 22 mois, pour les chômeurs de plus de 55 ans, afin d'avoir droit au nombre maximum de 520 indemnités journalières (art. 27 al. 2 let. c LACI). L'entrée en vigueur était prévue pour le 1^{er} janvier 2012.

14. Par courrier du 24 novembre 2011, le recourant requiert de la Cour de céans, de statuer rapidement, car sa situation financière déplorable l'avait contraint à contracter des dettes.
15. L'intimée relève, en date du 25 novembre 2011, que la modification n'est pas applicable au recourant dont le délai-cadre d'indemnisation était échu le 7 septembre 2011.
16. En décembre 2011, le recourant indique qu'il n'a pas bénéficié de mesures du marché du travail (ci-après MMT) postérieurement au 1^{er} avril 2011.
17. Sur requête de la Cour de céans, l'intimée explique, par pli du 15 décembre 2011, qu'elle n'a pas connaissance de MMT qui auraient été accordées par l'OCE à des assurés dans une situation similaire à celle du recourant. Elle produit :
 - une circulaire envoyée durant le mois de janvier 2011 à tous ses assurés bénéficiant d'indemnités de chômage, les informant de la réduction du nombre d'indemnités pour certaines catégories d'assurés et les invitant à participer à l'une des séances d'information organisées à ce sujet ;
 - un courrier qu'elle a envoyé au recourant, en date du 17 février 2011, lui signalant qu'il aura en principe épuisé, en date du 31 mars 2011, les 400 indemnités auxquelles il avait droit et l'invitant à se rendre le plus rapidement possible au Service des mesures cantonales de l'OCE, afin de déterminer quelle solution pourrait être trouvée le concernant.
18. Par pli du 16 décembre 2011, l'OCE informe la Cour de céans qu'il n'a pas systématiquement proposé des MMT aux assurés de plus de 55 ans arrivés en fin de droits au 1^{er} avril 2011 en raison de la modification de la LACI. En revanche, si un assuré se trouvant dans cette situation sollicitait une telle mesure, sa demande était étudiée et une décision rendue.
19. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.
3. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA).
4. Le litige porte sur le droit du recourant de bénéficier du maximum de 520 indemnités journalières au lieu de 400.
5. a) Conformément à l'art. 8 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage:
 - a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10);
 - b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11);
 - c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12);
 - d. s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS;
 - e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14);
 - f. s'il est apte au placement (art. 15) et
 - g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).b) Selon l'art. 9 LACI, le délai-cadre de deux ans applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies et le délai-cadre de deux ans applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt.

D'après le SECO, une fois ouvert, le délai-cadre ne peut plus être reporté. S'il est établi par la suite que l'assuré ne remplissait pas toutes les conditions ouvrant le droit à l'indemnité dès le début de son chômage, les délais-cadres doivent être annulés ou, le cas échéant, reportés (Circulaire relative à l'indemnité de chômage, état janvier 2007, B 44). Le Tribunal fédéral a confirmé que le début du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation reste fixé une fois pour toutes, sauf s'il s'avère par la suite, sous l'angle de la reconsidération ou de la révision procédurale, que les indemnités de chômage ont été indûment allouées et versées parce qu'une ou plusieurs conditions du droit n'étaient pas remplies (ATF 127 V 475 consid. 2b).

6. a) Selon l'art 27 al. 1 LACI, dans les limites du délai-cadre d'indemnisation, le nombre d'indemnités est calculé selon l'âge de l'assuré et la période de cotisation.

Dans sa teneur jusqu'au 31 mars 2011, l'art 27 al. 2 LACI prévoit que l'assuré a droit à : 400 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de douze mois au total (let. a); 520 indemnités journalières au plus à partir de

55 ans s'il justifie d'une période de cotisation minimale de dix-huit mois (let. b); 520 indemnités journalières au plus s'il touche une rente de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-accidents obligatoire, ou en a demandé une et que sa demande ne paraît pas vouée à l'échec, et s'il justifie d'une période de cotisation minimale de 18 mois (let. c).

Dans sa teneur en vigueur dès le 1^{er} avril 2011, l'art. 27 al. 2 LACI prévoit que l'assuré a droit à : 260 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de douze mois au total (let. a); 400 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de dix-huit mois au total (let. b); 520 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 24 mois au total et remplit au moins une des conditions suivantes: 1. être âgé de 55 ans ou plus, 2. toucher une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c).

b) L'art. 27 al. 2 let. c LACI a toutefois subi une nouvelle modification, laquelle est entrée en vigueur rétroactivement dès le 1^{er} janvier 2012, étant précisé que le délai référendaire est arrivé à échéance le 19 janvier 2012. Son texte est le suivant :

L'assuré a droit à 520 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 22 mois au moins et remplit au moins une des conditions suivantes : 1. être âgé de 55 ans ou plus, ou 2. toucher une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40%.

Le SECO a établi une directive publiée en février 2012 (027 - Bulletin LACI Marché du travail et assurance-chômage 2012/2, Directive concernant l'art. 27 al. 2 let. c LACI). Il en ressort que le Parlement a décidé, pour les personnes de plus de 55 ans, d'abaisser de 24 à 22 mois la durée de cotisation minimale donnant droit au nombre maximum de 520 indemnités journalières, modification entrant en vigueur au 1^{er} janvier 2012. Le SECO a déterminé, à titre de réglementation transitoire, que dans la mesure où l'assuré justifie d'une période de cotisation d'au moins 22 mois, qu'il a, au 1^{er} janvier 2012, un délai-cadre d'indemnisation ouvert avec un nombre maximum de 400 indemnités journalières et qu'il a plus de 55 ans, il a droit à 520 indemnités journalières, étant précisé que les indemnités restantes (120) pourront être perçues jusqu'à la fin du délai-cadre d'indemnisation.

c) Aux termes de l'art. 41b OACI, l'assuré pour lequel un délai-cadre d'indemnisation fondé sur l'art. 13 LACI a été ouvert dans les quatre ans précédant l'âge donnant droit à une rente ordinaire AVS a droit à 120 indemnités journalières supplémentaires (al. 1). Le délai-cadre d'indemnisation est prolongé jusqu'à la fin du mois précédant celui du versement de la rente AVS (al. 2).

7. En vertu de l'art. 41 LPGa, si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les trente jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son

mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis.

Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 24 de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.02), par empêchement non fautif d'accomplir un acte de procédure, il faut comprendre non seulement l'impossibilité objective ou la force majeure, mais également l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou une erreur excusables (ATF 96 II 265 consid. 1a). La maladie peut être considérée comme un empêchement non fautif et, par conséquent, permettre une restitution d'un délai de recours, si elle met la partie recourante ou son représentant légal objectivement ou subjectivement dans l'impossibilité d'agir par soi-même ou de charger une tierce personne d'agir en son nom dans le délai (ATF 119 II 86 consid. 2 p. 87, 112 V 255 consid. 2a, ATF non publié 8C_767/2008 du 12 janvier 2009, consid. 5.3.1). En particulier, une restitution du délai doit être accordée si l'assuré a été incapable d'agir en raison d'une maladie psychique entraînant une incapacité de discernement (ATF 108 V 226 consid. 4 ; ATFA non publié I 264/00 consid. 1b). En revanche, l'ignorance du droit n'est en principe pas une excuse valable pour se voir accorder une restitution de délai (RCC 1968 586 ; ATFA non publié du 15 juin 2001, C 63/01, consid. 2).

8. a) L'art. 27 LPGA prévoit que, dans les limites de leur domaine de compétence, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations (al. 1^{er}). Chacun a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations. Sont compétents pour cela les assureurs à l'égard desquels les intéressés doivent faire valoir leurs droits ou remplir leurs obligations (al. 2). L'alinéa premier ne porte que sur une information générale des assurés, par le biais par exemple de brochures d'informations ou de lettres-circulaires. En revanche, l'alinéa 2 prévoit l'obligation de donner une information précise ou un conseil dans un cas particulier, de sorte qu'il peut conduire à l'obligation de verser des prestations sur la base du principe de la bonne foi (voir à ce propos la Journée AIM, « Premiers problèmes d'application de la LPGA », intervention de Monsieur le Juge fédéral Ulrich MEYER, le 7 mai 2004 à Lausanne).

b) Le droit à la protection de la bonne foi est expressément consacré à l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst., qui est toujours valable (ATF 127 I 36 consid. 3a, 126 II 387 consid. 3a ; RAMA 2000 n. KV 126 p. 223), l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. Le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le

droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 381 consid. 7.1 et les nombreuses références citées).

Pour cela, les conditions cumulatives suivantes doivent être réunies : 1. il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; 2. qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence ; 3. que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; 4. qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice ; 5. que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 121 V 66 consid. 2a et les références).

9. En l'espèce, l'intimée a supprimé le droit du recourant à des indemnités journalières au 1^{er} avril 2011, au motif qu'il ne pouvait pas justifier de 24 mois de cotisation durant le délai-cadre de cotisation.

Le recourant s'est inscrit au chômage en date du 8 septembre 2009. Un délai-cadre d'indemnisation a dès lors été ouvert du 8 septembre 2009 au 7 septembre 2011 et le délai-cadre de cotisation a été fixé du 8 septembre 2007 au 7 septembre 2009.

Dans la mesure où les rapports de travail entre le recourant et son employeur ont été résiliés le 3 septembre 2009, avec effet rétroactif au 2 septembre 2009, le recourant ne peut pas justifier de 24 mois de cotisation dans un délai-cadre de 24 mois, mais uniquement de 23.79 mois comme retenu par l'intimé - et non contesté par le recourant -, bien qu'il ait travaillé du 1^{er} décembre 2006 au 2 septembre 2009. Partant, conformément à l'art. 27 al. 2 let. c LACI, en vigueur du 1^{er} avril au 31 décembre 2011, il ne peut pas bénéficier de 520 indemnités journalières, mais uniquement de 400.

En outre, son délai-cadre d'indemnisation est échu au 7 septembre 2011 - et non postérieurement au 1^{er} janvier 2012 -, de sorte que la réglementation transitoire résultant des directives du SECO ne permet pas d'appliquer au recourant le nouvel art. 27 al. 2 let. c LACI, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012 et réduisant la période de cotisation de 24 à 22 mois pour les assurés de plus de 55 ans.

Enfin, le recourant avait moins de 61 ans (60 ans et 5 mois) lors de son inscription au chômage, de sorte qu'il ne peut pas non plus bénéficier des 120 indemnités supplémentaires prévues par l'art. 41b OACI.

10. La question de savoir si une restitution de délai au sens de l'art. 41 LPGA est applicable à l'inscription au chômage, en tant que telle non soumise à un délai, mais qui a des conséquences selon la date d'inscription, peut rester ouverte dès lors que l'assuré ne rend pas vraisemblable qu'il aurait été empêché de s'inscrire en date du

3 septembre 2009, les éléments ressortant de l'attestation de son psychologue ne permettant pas d'établir un tel empêchement.

11. Par ailleurs, il convient d'examiner s'il peut être reproché à l'intimée d'avoir violé son devoir d'information ou de conseil envers le recourant, lors de son inscription au chômage en septembre 2009.

Selon l'art. 27 al. 2 let. b LACI en vigueur en 2009, 18 mois de cotisation dans le délai-cadre de 24 mois suffisaient pour ouvrir le droit à 520 indemnités aux chômeurs de plus de 55 ans et ceux-ci ne pouvaient pas savoir que ces conditions se modifieraient en cours d'indemnisation. Ni la caisse de chômage ni aucune autorité administrative ne connaissait, en septembre 2009, la teneur des modifications de la LACI entrées en vigueur le 1^{er} avril 2011, de sorte qu'elles n'étaient pas en mesure d'informer les assurés sur les conséquences d'une inscription au-delà du premier jour chômé. La question du devoir d'information ne se pose dès lors pas et la bonne foi du recourant n'est pas protégée, eu égard au changement législatif.

12. Il y a toutefois lieu d'examiner la question de savoir si la modification de la LACI, entrée en vigueur rétroactivement dès le 1^{er} janvier 2012, contient une lacune, dès lors qu'elle ne prévoit pas de réglementation spécifique pour les assurés dont le délai-cadre d'indemnisation s'est achevé avant le 1^{er} janvier 2012.

a) Une véritable ou authentique lacune (lacune proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune authentique appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 131 II 562 consid. 3.5, ATF 127 V 38 consid. 4b/cc, ATF 127 V 439 consid. 2b, ATF 125 III 427 consid. 3a et les arrêts cités, ATF 124 V 346 consid. 3b/aa et ATFA du 19 octobre 2001 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 142-143).

En vertu du principe de la légalité, toute prestation d'une assurance sociale doit reposer sur une base légale claire. De jurisprudence et doctrine constantes, en matière de prestations, le juge n'a pas le pouvoir de combler les lacunes d'une disposition légale ou d'un contrat afin d'accorder une prestation qui n'y figure pas. Il y a lacune au sens étroit, soit une lacune proprement dite, lorsque la loi ne contient aucune règle sur un point essentiel à son application, par exemple sur le droit

transitoire, sur le conflit de compétence ou de for ou sur la prescription des obligations de droit public (Pierre MOOR, *Doit administratif*, vol. 1, 1994, p. 154 et la jurisprudence citée).

Il y a également lacune lorsque des dispositions légales, appliquées à des situations particulières, aboutissent à des résultats contraires à la systématique ou aux objectifs de la loi. Dans ce cas, il faut admettre que le législateur aurait manifestement prévu un régime topique, s'il avait vu le problème. En droit administratif et en droit des assurances sociales, le juge reconnaît assez souvent l'existence de telles lacunes. L'absence de codification générale, l'évolution des situations de fait, qu'il est impossible de prévoir toutes, l'expliquent. Ces lacunes seront donc comblées par le juge, qui devient législateur. Il s'inspirera du but de la loi et des règles adoptées en d'autres matières ou domaines, en se limitant à ce qui est nécessaire pour trancher le cas d'espèce (MOOR, *op. cit.*, p. 154-155). C'est ainsi que le TFA a comblé une lacune en déclarant les dispositions sur le régime conventionnel en matière d'assurance-maladie applicables par analogie aux chiropraticiens et aux physiothérapeutes (ATF 99 V 1; 103 V 79).

Il y a, enfin, lacune improprement dite lorsque la loi apporte au problème posé une solution insatisfaisante : le législateur ne l'a pas vue, ou l'a réglée de manière incomplète. La frontière avec les lacunes de la seconde catégorie est floue, mais néanmoins nécessaire : ni l'autorité d'application, ni le juge n'ont cette compétence pour rectifier la politique législative, et ils ne peuvent donc combler les lacunes improprement dites. C'est ainsi que la jurisprudence a refusé de faire renaître le droit à la rente de la veuve remariée mais dont le mariage a été déclaré nul (ATF 105 V 209) ou de remettre en cause le système de calcul de la rente LAA fondée sur le revenu antérieur à l'accident en cas de rechute ou de suites tardives (ATF 118 V 293). Elle a également refusé de reconnaître, en l'absence d'une base légale formelle et claire, l'existence d'une lacune législative permettant au juge de créer une obligation de servir un intérêt sur une prestation de libre-passage (ATF 117 V 46; SZS 1991 203; SZS 1993 99; SVR 1995 N° 40, p. 119).

b) Il résulte du rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) du 30 août 2011 (FF 2011 6695), faisant suite à une initiative parlementaire, que l'art. 27 al. 2 let. c LACI, entré en vigueur le 1^{er} avril 2011, peut entraîner un problème particulier, qui se pose uniquement pour le droit maximal aux 520 indemnités journalières : en matière de cotisation, l'assurance-chômage ne prend en compte que la période de deux ans consécutive à l'inscription au chômage. Par conséquent, le relèvement de la période de cotisation à 24 mois suppose que l'assuré a cotisé de manière ininterrompue au cours des deux dernières années. Cette condition ne sera pas remplie si les assurés concernés ont changé d'emploi durant le délai-cadre de cotisation et s'ils n'ont pas travaillé quelques jours entre les deux activités (souvent de façon involontaire), ne versant ainsi aucune cotisation. Ne remplit pas non plus cette condition, toute personne qui ne

s'est pas directement inscrite à l'assurance-chômage au début de la période de chômage et qui a essayé, pendant un certain temps, de chercher un nouveau travail par elle-même. Ce deuxième cas est considéré comme particulièrement gênant. La CER-N a souhaité corriger les conséquences problématiques de l'art. 27 al. 2 let. c LACI, soit en particulier le fait que cette disposition en vigueur peut faire perdre à des assurés qui cotisent depuis des années à l'assurance-chômage leur droit à 120 indemnités journalières supplémentaires. Elle a qualifié cette situation de particulièrement choquante, puisque les assurés sont confrontés à cette situation indépendamment de leur volonté et malgré leur bonne foi. Elle a encore donné l'exemple suivant : après l'introduction de la nouvelle LACI, les caisses de chômage ont parfois dû fixer le nombre maximum d'indemnités journalières à 400, parce que certains assurés ne pouvaient justifier que d'une période de cotisation de 23.78 mois, par exemple, au lieu des 24 requis. Ainsi, le but de la CER-N était d'éviter les cas de rigueur découlant de l'application de l'art. 27 al. 2 let. c LACI. En ce qui concernait les conséquences financières de la modification, la réduction de la période minimale de cotisation de 24 à 22 mois concernait environ 370 chômeurs par année et engendrait des coûts supplémentaires annuels d'environ 15 millions de francs. Il y est enfin indiqué que l'objectif était une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012, permettant aux chômeurs concernés de bénéficier le plus rapidement possible du minimum vital dont ils avaient besoin de toute urgence. En l'absence de référendum, ils ont examiné l'admissibilité d'une entrée en vigueur de manière rétroactive au 1^{er} janvier 2012.

Dans son message du 16 septembre 2011 (FF 2011 6703), le Conseil fédéral a approuvé le projet de la CER-N et n'a proposé aucune modification. Il a rappelé que des délais-cadres de deux ans sont prévus pour la perception des prestations et pour les périodes de cotisation. En ce qui concerne la perception des indemnités journalières, le délai-cadre débute à partir du premier jour de chômage, pour autant que les conditions relatives au droit à l'indemnité soient remplies. Le délai-cadre relatif à la période de cotisation commence, lui, deux ans avant le premier jour de chômage. Ces conditions créent une situation problématique dans laquelle seules les personnes âgées de plus de 55 ans et les personnes qui perçoivent une rente d'invalidité se retrouvent : en effet, pour bénéficier de 520 indemnités journalières au maximum, ces personnes doivent avoir cotisé de manière discontinue durant les deux années qui ont précédé la période de chômage. Cette situation peut donner lieu à des cas de rigueur indésirables, notamment lorsque la personne concernée a changé d'emploi au cours des deux années précédant la période de chômage et qu'elle n'a pas travaillé quelques jours entre les deux activités, ou lorsqu'elle ne s'est pas annoncée à l'assurance-chômage dès le premier jour de chômage, parce qu'elle a cherché un emploi pendant un certain temps sans le soutien de l'assurance-chômage. Si la réglementation actuelle à l'avenir était conservée, environ 50 personnes assurées arriveraient en fin de droits chaque mois en justifiant une période de cotisation de 22 ou 23 mois. Le Conseil fédéral est parti du principe

que le nombre d'arrivées en fin de droits restera constant à l'avenir. Le projet de la CER-N prévoit une réduction de la durée minimale de cotisation à 22 mois pour les groupes de personnes mentionnés, proposition qui reflète la requête initiale du Conseil fédéral dans le cadre de la quatrième révision partielle de la LACI. Il a également souligné que tant lors de la 3^{ème} que de la 4^{ème} révision de la LACI, le droit à 520 indemnités journalières a été maintenu pour les personnes âgées de plus de 55 ans, eu égard au fait qu'elles couraient un risque plus élevé de connaître un chômage de longue durée. Le Conseil fédéral a conclu qu'un abaissement de la période de cotisation minimale à 22 mois pour les groupes de personnes mentionnés permettrait à quelque 370 personnes en moyenne par année (entre 600 et 700 personnes au total) de bénéficier de 120 indemnités journalières supplémentaires, cette réduction de la période de cotisation à 22 mois coûterait 15 millions de francs par année au Fonds de l'assurance-chômage. Au vu de l'importance de cette modification en termes de minimum vital pour les personnes concernées, ce coût est jugé supportable, sans compter qu'il ne menace pas le désendettement de l'assurance-chômage.

Le Conseil national et le Conseil des Etats ont adopté, en date du 30 septembre 2011, à l'unanimité, la proposition de la CER-N de modification de l'art. 27 al. 2 let. c LACI. Il résulte des discussions parlementaires que les arguments de la CER-N ont été largement repris ainsi que les éléments suivants : les assurés de plus de 55 ans pouvaient se retrouver, au vu de la nouvelle réglementation, avec des indemnités journalières diminuées de 120 jours, même s'ils avaient travaillé pendant des décennies, ce qui était injuste et l'acceptation de la révision de la loi permettrait la correction de l'anomalie pour le 1^{er} janvier 2012 ; la nouvelle situation induisait des cas de rigueur disproportionnés chez les personnes de plus de 55 ans, quelque 600 personnes étant déjà arrivées en fin de droits depuis l'entrée en vigueur de la loi révisée et une trentaine de personnes étant nouvellement touchées par cette norme chaque mois ; lors de la 4^{ème} révision, le Conseil fédéral était conscient de la problématique des personnes plus âgées mais non encore à la retraite et avait demandé une période de cotisation de 22 mois pour accéder à la durée maximale de 520 jours (cf. Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2008, FF 2008 7029, p. 7041, 7047 et 7071) ; la nouvelle réglementation résultant de la 4^{ème} révision mettait en exergue une lacune.

Quant à Monsieur le Conseiller fédéral Johann N. SCHNEIDER-AMMANN, il a invité tant le Conseil national que le Conseil des Etats à accepter la modification de l'art. 27 al. 2 let. c LACI et a indiqué qu'il s'agissait de cas de rigueur, que cette modification, engendrant un coût de 15 millions par année, était acceptable d'un point de vue financier et qu'elle ne remettait pas du tout en cause l'assainissement de l'assurance-chômage.

13. a) Il résulte de ce qui précède que le législateur fédéral a certes décidé que les assurés qui ont cotisé durant 22 mois au moins et qui sont âgés de plus de 55 ans,

ont droit à 520 jours d'indemnités journalières, et ce avec effet au 1^{er} janvier 2012. Il ne s'est toutefois pas prononcé sur la question du droit transitoire et en particulier sur celle des délais-cadres d'indemnisation déjà en cours. En effet, le cas des assurés dont le délai-cadre d'indemnisation est venu à échéance entre le mois d'avril et le mois de décembre 2011 semble avoir échappé au législateur, ceux-ci ne pouvant ni bénéficier de la réglementation antérieure au 1^{er} avril 2011 ni de celle postérieure au 1^{er} janvier 2012. Ces assurés, dont le recourant fait partie, ne peuvent ainsi pas bénéficier du droit à 120 indemnités journalières complémentaires à leurs 400 indemnités journalières. Pourtant, c'est précisément pour ces assurés, qui présentaient, comme le recourant, une période de cotisation légèrement inférieure à 24 mois en raison d'une annonce tardive à l'assurance-chômage, qu'une initiative parlementaire a été déposée et que leur situation a été traitée de manière urgente par le Parlement et que l'art. 27 al. 2 let. c LACI a été modifié.

La Cour de céans constate également que les discussions parlementaires n'ont pas porté sur la date de l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 27 al. 2 let. c LACI. Seule la date du 1^{er} janvier 2012 a été évoquée. Certes, dans le rapport de la CER-N s'est posé le problème de l'entrée en vigueur rétroactive de cet article au 1^{er} janvier 2012, laquelle était envisageable d'après la doctrine à certaines conditions. Toutefois, la possibilité d'étendre la modification à tous les assurés dès le 1^{er} avril 2011 n'a pas été abordée. En outre, il ne résulte ni de ce rapport ni de l'avis du Conseil fédéral ou encore des discussions parlementaires que la question de la prolongation du délai-cadre d'indemnisation ait été abordée.

En revanche, les parlementaires, suivant en cela tant la CER-N que le Conseil fédéral, ont mis en évidence à plusieurs reprises que l'application de l'art. 27 al. 2 let. c LACI, entré en vigueur le 1^{er} avril 2011, entraînait des cas de rigueur disproportionnés. En effet, dans la mesure où les assurés âgés de plus de 55 ans devaient avoir cotisé durant 24 mois sans discontinuer pendant le délai-cadre de cotisation, un retard d'un ou quelques jours dans l'annonce à l'assurance-chômage ne leur permettait pas d'avoir droit à 520 indemnités journalières, mais uniquement à 400. En diminuant la période de cotisation à 22 mois pour tenir compte de ces cas de rigueur, l'intention du législateur était de permettre aux assurés se trouvant dans cette situation de bénéficier immédiatement de 520 indemnités journalières. Le fait que le Conseil national et le Conseil des Etats aient adopté à l'unanimité la réduction de la durée minimale de cotisation tend d'ailleurs à confirmer que la problématique était indéniable.

Au vu de ce précède, et notamment de l'évidence avec laquelle s'est imposée la modification de l'art. 27 al. 2 let. c LACI, il apparaît que c'est par une inadvertance manifeste que le législateur n'a pas réglé, dans l'urgence, le cas des assurés de plus de 55 ans dont le délai-cadre d'indemnisation est arrivé à échéance entre avril et décembre 2011. Ce sujet n'ayant en effet jamais été abordé, on peut exclure un silence qualifié.

L'absence de réglementation transitoire entre le 1^{er} avril et le 31 décembre 2011 doit ainsi être qualifiée de lacune proprement dite.

b) Il convient également de tenir compte du fait que lors de la 4^{ème} révision de la LACI, le Conseil fédéral avait proposé une durée de cotisation de 22 mois pour les plus de 55 ans, de sorte qu'il avait déjà vu le problème découlant de l'exigence excessive faite à ces assurés de cotiser durant une période de 24 mois pour avoir droit aux 520 indemnités journalières.

Enfin, lors des discussions parlementaires, il a été insisté sur le coût de cette mesure touchant les personnes âgées de plus de 55 ans, qui n'était que de 15 millions par année et qui ne compromettait pas l'assainissement de l'assurance-chômage, ce qui tend également à permettre l'application à titre rétroactif au 1^{er} avril 2011 de l'art. 27 al. 2 let. c LACI dans sa teneur modifiée.

c) Pour le surplus, le SECO a publié, en février 2012, une directive concernant le nouvel article 27 al. 2 let. c LACI, directive qui contient une réglementation qui est improprement appelée « réglementation transitoire ». En effet, elle ne permet pas de régler la situation des assurés dont le délai-cadre s'est terminé entre le 1^{er} avril et le 31 décembre 2011, mais précise l'application de l'art. 27 al. 2 let. c LACI dès le 1^{er} janvier 2012 et semble même restreindre cette application. La directive met clairement en lumière une inégalité de traitement entre deux catégories d'assurés résultant de la modification à deux reprises en moins d'une année de l'art. 27 al. 2 let. c LACI, étant rappelé que lors d'une violation de la Constitution, le juge peut même suppléer à une lacune improprement dite (cf. not. ATF 131 II 562 consid. 3.5).

Il sera rappelé que le SECO a retenu que les assurés âgés de 55 ans, disposant d'une période de cotisation d'au moins 22 mois et d'un délai-cadre d'indemnisation ouvert au 1^{er} janvier 2012 avec un nombre maximum de 400 indemnités journalières, ont droit à 520 indemnités journalières, étant précisé que les indemnités restantes (120 jours) pourront être perçues jusqu'à la fin du délai-cadre d'indemnisation.

Cette réglementation se comprend en ce sens que l'assuré dont le délai-cadre d'indemnisation arrive à échéance, par exemple, le 2 janvier 2012 et qui remplit les autres conditions, se voit allouer deux jours d'indemnités journalières pour 2012, alors même qu'il n'a plus perçu d'indemnités durant 118 jours en 2011 (120-2 jours). Cette situation ne paraît pas conforme à la volonté du législateur de pallier les cas de rigueur, ce d'autant moins qu'il en résulte une discrimination avec les assurés, qui verraient leurs 400 indemnités journalières arriver à échéance le 31 décembre 2011, et qui auraient ainsi droit dès le 1^{er} janvier 2012, à 120 indemnités journalières. L'inégalité de traitement résulte ainsi d'un pur hasard de calendrier.

Ces constatations permettent de confirmer que la discrimination des assurés dont le délai-cadre d'indemnisation arrive à échéance entre avril et décembre 2011, résultant de l'absence de réglementation transitoire, n'est justifiée par aucun élément objectif et qu'elle ne correspond du reste manifestement pas à la volonté du législateur.

d) Par conséquent, il y a lieu de combler la lacune découlant de la modification de l'art. 27 al. 2 let. c LACI. Le recourant âgé de plus de 55 ans, justifiant de 23.79 mois de cotisation dans le délai-cadre de cotisation et dont le délai-cadre d'indemnisation est arrivé à échéance le 7 septembre 2011, a ainsi droit à 520 indemnités journalières sous déduction des 403 indemnités qui lui ont déjà été versées.

Le recours est dès lors bien fondé.

14. A titre éventuel, il sera remarqué que la question d'une éventuelle prolongation des rapports de travail durant le délai de congé se pose également (art. 11 al. 3 LACI et 29 LACI), dans la mesure où la résiliation des rapports de travail a eu lieu avec effet rétroactif - soit de manière peu conventionnelle -, alors même que le délai de congé était de trois mois. On ne sait notamment pas quelles étaient les circonstances exactes de la résiliation du contrat ou si l'OCE ou l'intimée ont informé ou non le recourant de son droit au salaire durant son délai de congé et du fait qu'il devait le faire valoir auprès de son employeur ou auprès de l'instance judiciaire compétente. Ces questions peuvent toutefois rester ouvertes au vu de l'admission du recours pour un autre motif.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

Conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne l'intimée à verser au recourant 520 indemnités journalières sous déduction des 403 indemnités déjà versées.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Irène PONCET

Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le