

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3262/2007

ATAS/767/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 25 juin 2008

En la cause

Monsieur O _____, domicilié à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Monique STOLLER
FÜLLEMANN

recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, sise boulevard James-Fazy 18,
GENEVE

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Dana DORDEA, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Le 1^{er} septembre 2003, Monsieur O _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1941, a présenté une demande d'indemnité de chômage et un délai-cadre d'indemnités a été ouvert du 1^{er} septembre 2003 au 31 août 2005.
2. L'assuré a bénéficié de divers gains intermédiaires auprès de X _____ SA du 20 octobre 2004 au 15 avril 2005.
3. Dans l'attestation de gain intermédiaire du 14 avril 2005, X _____ SA a indiqué que l'assuré avait exercé l'activité de « filing supervisor » du 1^{er} au 15 avril 2005 à raison de 88 heures rémunérées 30 fr. par heure ce qui représentait un salaire de 2'640 fr. y compris les indemnités de vacances de 8.33 %.
4. Par contrat du 5 avril 2005, l'assuré a été engagé par la fiduciaire Y _____ SA en tant que « trust administrator » dès le 18 avril 2005 et pour une durée indéterminée moyennant un salaire annuel brut de 108'000 fr. versés en 13 mensualités de 8'307 fr. 70 chacune et 25 jours ouvrables de vacances.
5. Le 8 juillet 2005, Y _____ SA a résilié le contrat de travail pour le 18 juillet 2005 en précisant que le salaire serait versé jusqu'au 18 juillet 2005 et que l'assuré était libéré de l'obligation de travailler à partir du 11 juillet 2005. Elle a ajouté que le droit aux vacances de 6.25 jours lui serait versé en espèces.
6. À la suite de la fin de son droit aux indemnités de chômage selon la législation fédérale, l'assuré a bénéficié d'un contrat d'emploi temporaire cantonal auprès de Z _____ du 6 septembre au 9 décembre 2005 en tant qu'assistant de direction, rémunéré selon un salaire horaire brut de 26 fr. pour 40 heures, soit un salaire mensuel brut de 4'506 fr. 60.
7. Le 13 décembre 2005, l'assuré a présenté une demande d'indemnité de chômage dès le 12 décembre 2005.
8. Le 19 mars 2006, l'assuré a contesté les décomptes de la caisse de chômage UNIA (ci-après : la Caisse) pour les mois de décembre 2005, janvier et février 2006.
9. Après qu'il ait demandé des informations sur le calcul du gain assuré, le 5 avril 2006, la Caisse lui a communiqué un tableau établissant son gain assuré à 6'642 fr.
10. Le 17 avril 2006, l'assuré a fait valoir diverses erreurs. En outre, il a amplifié sa contestation du 19 mars 2006 en s'opposant également aux décomptes des mois de mars et avril 2006.
11. Le 18 mai 2006, la Caisse a admis que ses calculs étaient erronés pour le mois d'octobre 2004, à savoir que l'assuré avait reçu des indemnités de chômage d'un

montant de 4'226 fr. 60, ce qui n'avait toutefois pas d'incidence sur le calcul du gain assuré.

12. Par décision du 2 octobre 2006, la Caisse a fixé le gain assuré à 6'669 fr. en précisant que le délai-cadre de cotisation s'étendait du 12 décembre 2003 au 11 décembre 2005 et que, durant cette période, l'assuré avait été inscrit au chômage jusqu'au 31 août 2005, terme de son précédent délai-cadre d'indemnisation. Elle a exposé que le salaire de l'assuré s'était élevé à 14'421 fr. 20 du 6 septembre au 9 décembre 2005 et à 27'123 fr. 69 du 18 avril au 18 juillet 2005 alors que les gains intermédiaires et indemnités compensatoires du 20 octobre 2004 au 15 avril 2005 ascendaient à 42'402 fr. 75, ce qui représentait un montant total de 41'544 fr. 80 sur une période de 6.23 mois et de 83'947 fr. 55 sur une période de 12.75 mois. Elle a conclu que le salaire moyen le plus élevé était celui qui avait été calculé sur les six derniers mois de cotisations en englobant les indemnités compensatoires de sorte que le gain assuré était de 6'669 fr. (41'544 fr. 80 / 6.23).
13. Le 31 octobre 2006, l'assuré a formé opposition contre ladite décision. Il a reproché à la Caisse d'avoir calculé le gain assuré en appliquant pour chaque mois de cotisation le nombre de jours ouvrables effectifs au lieu de retenir un nombre de jours ouvrables moyens mensuels de 21.7 contrairement aux informations figurant dans le guide des droits et devoirs du chômeur et, partant, en violation du principe de la bonne foi. Il lui a également reproché de ne pas avoir pris en compte la somme de 2'592 fr. 15 qu'Y_____ SA lui avait versés en juillet 2005 à titre d'indemnité de vacances alors qu'il avait déjà pris ses vacances en nature. En recalculant son gain assuré en fonction de ces éléments, il a allégué que ce dernier s'élevait à 7'118 fr. 90 dès le 12 décembre 2005.
14. Le 12 février 2007, sur la base des fiches de salaire et de l'attestation d'Y_____ SA, la Caisse a demandé à cette dernière s'il était exact que l'assuré avait été licencié le 8 juillet pour le 18 juillet 2005, qu'il avait été libéré de l'obligation de travailler dès le 11 juillet 2005 et, partant, qu'il n'avait pas utilisé son droit aux vacances durant cette période, que le montant de 2'592 fr. 17 correspondait à son droit aux vacances non prises et que cette somme lui avait été versée à la fin des rapports de travail.
15. Le 12 mars 2007, ladite entreprise a confirmé que l'assuré avait été libéré le lundi 11 juillet 2005 et que, par conséquent, il n'avait pas utilisé son droit aux vacances durant son activité de sorte qu'il avait eu droit à une indemnité pour 6.25 jours de vacances de 2'592 fr. 15.
16. Par décision sur opposition du 28 juin 2007, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle a exposé que l'assuré percevait un salaire supérieur à son gain assuré lors de son emploi auprès d'Y_____ SA de sorte qu'il n'avait pas droit à une indemnité compensatoire et qu'il avait été considéré comme n'étant plus assuré par

l'assurance-chômage. Elle a soutenu que, durant cette activité, le calcul du gain assuré devait être effectué selon le salaire déterminant dans lequel il ne fallait pas inclure les 2'592 fr. 15 d'indemnités de vacances versés à la fin du rapport de travail car cela aurait pour effet de prolonger d'autant le rapport de travail et de générer une nouvelle période de cotisations. Quant au calcul des jours ouvrables, elle a relevé que le tableau conçu par la Direction du travail du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci.-après : SECO) calculait automatiquement ces données.

17. Par acte du 28 août 2007, l'assuré a recouru contre ladite décision auprès du Tribunal de céans. Il conclut, sous suite de dépens, à la fixation du gain assuré à 7'118 fr. 90 pour le délai-cadre allant du 12 décembre 2005 au 11 décembre 2007 et à la condamnation de la Caisse à verser les arriérés des indemnités avec intérêt 5 % l'an. Il reprend les mêmes arguments que dans son opposition. De plus, il relève que, selon la législation sur le chômage, les revenus supérieurs au gain assuré qu'il a obtenus dans une activité soumise à cotisation exercée pendant moins de six mois doivent être considérés comme gain intermédiaire. Il en déduit que l'indemnité de vacances de 2'592 fr. 15 doit être incluse dans le calcul du salaire soumis à cotisation.
18. Dans sa réponse du 5 octobre 2007, l'intimée conclut au rejet du recours. Elle observe que le tableau qu'elle a utilisé pour le calcul du gain assuré correspond également aux directives contenues dans la Circulaire relative à l'indemnité de chômage. Elle relève que les 2'592 fr. 15 correspondant au droit aux vacances durant l'activité auprès d'Y_____ SA ont été versés à la fin des rapports de travail en plus du salaire dû pour la période du 1^{er} au 18 juillet 2005 au motif que le recourant a été libéré de l'obligation de travailler du 11 au 18 juillet 2005.
19. Dans sa réplique du 13 novembre 2007, le recourant allègue que la réponse de l'intimée est irrecevable car elle a été déposée au-delà du délai fixé par le Tribunal et sans que la Caisse ait demandé une prolongation de délai avant son échéance. En outre, il reproche à l'intimée de produire des pièces non pertinentes pour la présente cause et d'omettre de joindre son premier calcul du 5 avril 2006 fixant le gain assuré à 6'642 fr. ce qui établit que la forme informatisée du tableau n'est pas le garant de son exactitude. Il lui fait grief d'avoir fabriqué des pièces à des fins de procédure en demandant des précisions à Y_____ SA ce qui dénote sa mauvaise foi à son égard. Il persiste dans ses précédentes explications au sujet du gain assuré et du gain intermédiaire. En outre, il conclut à l'irrecevabilité de la réponse de l'intimée, à l'exception des pièces produites.
20. Dans sa duplique du 4 décembre 2007, l'intimée explique qu'elle a demandé téléphoniquement un délai supplémentaire, le 26 septembre 2007, au greffe du Tribunal en raison d'un surcroît de travail qui lui a été accordé par la même voie. Elle admet que le premier tableau de calcul est absent des pièces fournies et qu'il est relevant. Elle relève qu'elle ne prétend pas que son tableau est correct en raison de sa forme informatisée mais que les formules de calcul mises au point par le SECO

répondent en tous points aux exigences de la législation et que si des données erronées sont introduites le résultat ne peut qu'être faux. Elle observe que le guide des droits et devoirs du chômeur mentionné par le recourant n'est pas un document mis à disposition des caisses par le SECO de sorte qu'elle n'est pas liée par son contenu, d'autant plus que l'assuré doit encore l'interpréter correctement. Elle explique que, devant l'insistance du recourant à affirmer que le montant de ses vacances devait être pris en compte dans le calcul du gain assuré, elle avait demandé à l'employeur de confirmer les renseignements fournis. Pour le surplus, elle confirme ses conclusions précédentes.

21. Le 6 décembre 2007, le Tribunal communique cette écriture au recourant.
22. Le 5 mars 2008, le Tribunal de céans procède à une comparution personnelle des parties. Lors de cette audience, le recourant admet qu'il a été libéré de l'obligation de travailler, le 11 juillet 2005, car cela n'avait pas de sens qu'il continuât à travailler. Il confirme que, durant les trois mois où il a travaillé chez Y_____, il n'a pas pu prendre de vacances et qu'en conséquence, l'employeur lui a versé l'indemnité pour vacances non prises. Il déclare qu'il maintient ses conclusions s'agissant de l'indemnité de vacances au motif que ce n'est pas sans incidence sur le montant des indemnités de chômage puisque la différence représente plusieurs centaines de francs par mois. Pour sa part, l'intimée considère que le raisonnement du recourant consistant à prendre en compte cette indemnité dans le calcul du gain assuré a pour effet que le montant global est supérieur au 100 % du salaire. Par ailleurs, elle observe qu'il est faux de tenir compte de l'indemnité de vacances correspondant à 6.25 jours dans la dernière semaine de cinq jours ouvrables comme le fait le recourant dans son calcul. En outre, ce dernier demande à la Caisse d'appliquer le nombre de jours ouvrables moyens par mois de 21.7 mentionné dans le guide du chômage. Il indique que le tableau concernant le nombre de jours ouvrables a été modifié à trois reprises par l'intimée, mais que sa dernière version semble toutefois correspondre. Il considère que la moyenne de jours ouvrables de 12.13 sur 12 mois ou de 6.23 sur six mois est acceptable et que si l'on divise 83'947 fr. 55 par 12.13, son gain assuré s'élève à 6'920 fr. par mois. L'intimée conteste que le tableau ait été corrigé trois fois. Elle relève que le premier tableau a été modifié parce que le gestionnaire avait pris en compte pour mai et juin 2005 le montant maximal du gain assuré, soit 8'900 fr., alors que l'on ne peut dépasser ce montant pour un mois donné que si le résultat final ne dépasse pas la moyenne de 8'900 fr. Elle précise que, dans le calcul du gain assuré pour les 12 derniers mois, le montant de 83'947 fr. 55 comprend le salaire soumis à cotisation plus les indemnités compensatoires que l'assuré a perçues d'octobre 2004 à avril 2005, alors que le montant de 69'300 fr. 35 correspond au salaire perçu par l'assuré en tant que salarié. Elle explique que ces montants sont divisés par le nombre de périodes de contrôle. Le recourant persiste dans l'intégralité de ses conclusions.

Sur quoi, le Tribunal garde la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982.

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

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, de même que les modifications de la LACI du 22 mars 2002 (3^{ème} révision) et de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2003, sont applicables en l'espèce dès lors que la demande de prestations est postérieure au 1^{er} juillet 2003 (cf. ATF 130 V 446 ss consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Cela étant, les notions et les principes développés jusqu'alors par la jurisprudence en matière de droit à l'indemnité de chômage n'ont pas été modifiés par l'entrée en vigueur de la LPGA ou de la 3^{ème} révision de la LACI (voir ATF 130 V 343 consid. 3).
3. Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). La décision sur opposition du 28 juin 2007 a été reçue par le recourant le lendemain et le délai a commencé à courir le 30 juin 2007 (art. 38 al. 1 LPGA), puis a été interrompu du 15 juillet au 15 août 2007 (art. 38 al. 4 let. b LPGA) de sorte que le recours du 28 août 2007 a été formé en temps utile. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.
4. Le litige porte sur le droit du recourant aux indemnités journalières de l'assurance-chômage depuis le 12 décembre 2005 date à partir de laquelle le nouveau délai-cadre d'indemnisation a commencé à courir et, plus particulièrement, sur le calcul du gain assuré.
5. Les notions de gain assuré (art. 23 LACI), de gain intermédiaire (art. 24 LACI) sont distinctes l'une de l'autre, mais étroitement liées. En effet, le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 3 LACI); effectuer une telle comparaison nécessite d'en définir les termes selon des critères analogues (dans ce sens, ATF 121 V 360 consid. 6a). Il convient par ailleurs d'éviter, autant que possible, qu'un assuré se voie imputer un gain intermédiaire réalisé pendant un délai-cadre d'indemnisation et que ce revenu ne soit pas ensuite pris en considération pour déterminer son gain assuré (et inversement), lors de l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation. Aussi, en règle ordinaire, le Tribunal fédéral des assurances détermine le gain intermédiaire selon les mêmes règles qu'il applique au calcul du gain assuré. Ainsi

en va-t-il, par exemple, du régime applicable aux indemnités de vacances versées avec le salaire, sous forme de pourcentage (cf. DTA 2000 n° 7 p. 33 consid. 2).

Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail (ATFA non publié du 26 juin 2006, C 139/05, consid. 4.1).

Les indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus du salaire horaire ou mensuel doivent être comptées à titre de gain assuré dans le mois où il a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 48 consid. 5; DTA 2000 n° 7 p. 33). N'est pas contraire au droit fédéral la pratique administrative selon laquelle l'indemnité versée pour des vacances non obtenues ne doit pas être prise en compte dans le calcul du gain assuré (ATF 125 V 42, 123 V 70). Selon la jurisprudence, l'indemnité de vacances acquise en plus du salaire ordinaire doit être prise en compte au titre de gain intermédiaire pour les mois où il y a effectivement vacances. Ce principe permet ainsi d'assurer l'égalité entre les assurés qui reçoivent une indemnité de vacances versée avec le salaire de base sous forme de pourcentage et ceux qui continuent à percevoir leur salaire durant leurs vacances (ATF 125 V 42 consid. 5, 124 V 73 consid. 4; DTA 2000 p. 33 consid. 2).

6. Le recourant conteste, d'une part, le gain assuré fixé dans le nouveau délai-cadre d'indemnisation en tant que, d'une part, l'intimée n'englobe pas l'indemnité pour vacances de 2'592 fr. 15 dans le salaire soumis à cotisation en juillet 2005, d'autre part, elle ne calcule pas les mois de cotisation en divisant les jours civils de la période de contrôle comptant dans la période de cotisation par le coefficient 21.7. En revanche, il ne conteste pas les autres chiffres du calcul du 29 septembre 2006, ni que la variante retenue par cette dernière est la plus avantageuse pour lui.

En l'espèce, le contrat de travail conclu le 5 avril 2005 entre le recourant et Y_____ prévoit un salaire mensuel de 8'307 fr. 70 sans indemnité supplémentaire pour vacances sous forme de pourcentage. En outre, par lettre de résiliation du 8 juillet 2005 pour le 18 juillet 2005, l'employeur a très clairement indiqué que le recourant était libéré de l'obligation de travailler dès le 11 juillet 2005 en précisant qu'il verserait en espèce le droit aux vacances de 6.25 jours. Selon le bulletin de salaire de juillet 2005, le recourant a reçu son salaire de base

« pro rata temporis », à savoir 4'594 fr. 10, son pourcentage du 13^{ème} salaire de 2'086 fr. 50, soit 382 fr. 68 pour le mois considéré (4'594.10 x 8.33 %), ainsi qu'une indemnité pour vacances de 9'272 fr. 75. Lors de son audition par le Tribunal de céans, il a admis que, durant les trois mois où il avait travaillé chez Y_____, il n'avait pas pu prendre de vacances et qu'en conséquence, l'employeur lui avait versé, en juillet 2005, une indemnité pour vacances non prises.

Au regard de la jurisprudence (ATF 125 V 42), l'indemnité de 2'592 fr. 15 versée en juillet 2005 par l'employeur ne doit pas être prise en compte dans le calcul du gain intermédiaire puisqu'il s'agit d'une indemnité versée pour des vacances non obtenues. Par conséquent, l'intimée a admis à juste titre que le salaire soumis à cotisation pour juillet 2005 est de 4'967 fr. 78

7. Dans un deuxième grief sur cette question, le recourant invoque une violation du principe de la bonne foi au motif que l'intimée a procédé à son calcul de façon contraire au guide des droits et devoirs du chômeur (www.guidechomage.ch) qui mentionne que pour calculer le nouveau gain assuré dans un nouveau délai-cadre d'indemnisation, la Caisse prend en compte « autant de périodes de contrôle (mois civils) qu'il est nécessaire pour atteindre les 12 mois de cotisation (somme des jours de travail effectivement accomplis chaque mois divisé par le nombre de jours ouvrables moyen par mois : 21.7) ».

Ancré à l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. Selon la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, 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 : il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence, que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu, qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice, enfin, 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).

En l'espèce, le recourant ne peut pas invoquer de droit à la protection de la bonne foi, car le guide des droits et devoirs du chômeur a été créé par un écrivain public, P_____, de sorte que les informations qu'il contient ne peut en aucun cas être considéré comme une promesse faite par l'autorité administrative. De plus, on ne voit pas quelles dispositions le recourant aurait pris sur la base de ces informations qu'il ne pourrait pas modifier sans subir un préjudice. Par conséquent, les conditions requises pour admettre le droit à la protection de la bonne foi ne sont pas réalisées.

8. Selon l'art. 23 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (al. 1). Lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a obtenu durant le délai-cadre applicable à la période de cotisation, les indemnités compensatoires sont prises en considération dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation, pour autant que le montant du gain intermédiaire atteigne le montant minimum visé à l'al. 1 (al. 4). Le montant des indemnités compensatoires à prendre en considération ne doit pas dépasser le montant du gain intermédiaire réalisé pendant la période de contrôle (al. 5).

D'après l'art. 37 al. 3^{ter} OACI, si l'assuré a perçu un gain intermédiaire dans les limites d'un délai-cadre d'indemnisation écoulé, le gain assuré est calculé d'après celui des modes de calcul ci-après qui est le plus avantageux pour lui, les périodes de cotisation qu'il a accomplies alors qu'il touchait des indemnités réduites en vertu de l'art. 41a, al. 4, n'étant pas prises en considération :

- a. la somme du revenu soumis à cotisation et des indemnités compensatoires à prendre en compte conformément à l'art. 23, al. 4 et 5, LACI est divisée par le nombre de mois civils à prendre en considération. Sont pris en considération autant de mois civils qu'il est nécessaire pour arriver à six mois (al. 1) ou à douze mois (al. 2) de cotisation.
 - b. le revenu soumis à cotisation est divisé par le nombre de mois de cotisation pendant lesquels l'assuré a cotisé au cours de la période de référence.
9. La directive du SECO 2007 concernant le calcul du gain assuré dans un nouveau délai-cadre (Circulaire relative à l'indemnité de chômage - C44 à 46) a la teneur suivante : Est retenue, dans les deux variantes, la période de référence de six ou douze mois la plus avantageuse pour l'assuré. Les indemnités compensatoires sont prises en compte dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation. Le montant des indemnités compensatoires prises en compte ne doit

cependant pas dépasser le gain intermédiaire réalisé dans la période de contrôle. Le calcul du gain assuré pour un nouveau délai-cadre doit être effectué uniquement au moyen de la table de calcul informatisée mise à disposition sur le TCNet.

Cette directive a été édictée en vertu de l'art. 110 LACI qui autorise le SECO en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit, à donner des instructions aux organes d'exécution. Destinée à servir de guide aux caisses de chômage dans la manière de déterminer le gain assuré au sens des art. 23 LACI et 37 OACI, cette circulaire doit être rangée parmi les ordonnances administratives dites interprétatives.

Bien que de telles ordonnances exercent, par leur fonction, une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 61 consid. 3a et les références citées).

La directive du SECO (C44 à 46) se borne à reprendre le texte de l'art. 37 al. 3^{ter} OACI et à donner des instructions d'ordre technique aux collaborateurs de l'assurance-chômage. En imposant à ces derniers de calculer le gain assuré dans un nouveau délai-cadre au moyen de la table de calcul informatisée mise à disposition sur le TCNet, le SECO ne fait que prendre les mesures nécessaires pour une application identique de la loi à tous les assurés au moyen d'un tableau informatisé. Le but poursuivi, à savoir garantir l'égalité de traitement entre les assurés ne peut qu'être salué, étant précisé que des directives en la matière sont indispensables car la fixation du gain assuré peut être faussée si les calculs ne sont pas effectués selon un ordre préétabli au moyen d'un tableau informatisé. Par conséquent, cette directive ne crée pas de nouvelles règles de droit et ne contraint pas les administrés à adopter un certain comportement de sorte qu'elle ne sort pas du cadre juridique fixé par le législateur.

Par ailleurs, l'art. 37 al. 3^{ter} OACI impose que l'addition du revenu soumis à cotisation et des indemnités compensatoires à prendre en compte soit divisée par le nombre de mois civils nécessaire pour arriver à six ou douze mois de cotisation. Cette disposition doit être interprétée au regard de l'art. 11 OACI. Selon ce dernier, compte comme mois de cotisation, chaque mois civil entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (al. 1). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2). Pour la conversion d'une journée de travail, on utilise le facteur 1.4 (7 jours civils : 5 jours ouvrables = 1.4 [ATF 122 V 251 consid. 2c et 263 consid. 5a]).

En définitive, en tenant compte de la systématique de la loi, lors de l'application de l'art. 37 al. 3^{ter} OACI, il convient de diviser le total du revenu soumis à cotisation et des indemnités compensatoires par le nombre de mois civils nécessaire pour arriver à six ou douze mois de cotisation. Lorsque les périodes de cotisation atteignent un mois civil entier, elles comptent pour un et lorsque tel n'est pas le cas, il faut tenir compte des jours ouvrables de la période concernée et les convertir en jours civils en les multipliant par le facteur 1.4.

Pour procéder au calcul prévu par l'art. 37 al. 3^{ter} OACI, l'intimée a utilisé le programme informatique du SECO qui définit automatiquement les mois de cotisation selon cette méthode de sorte qu'il y a lieu de confirmer le résultat auquel elle est arrivée. En effet, elle a procédé au calcul suivant :

Période de contrôle	Jours ouvrables	Jours civils (jours ouvrables x 1.4)	Mois de cotisation (jours civils : 30)
Octobre 2004	8	11.2	0.37
Novembre 2004	22		1
Décembre 2004	23		1
Janvier 2005	21		1
Février 2005	20		1
Mars 2005	23		1
Avril 2005	11	15.4	0.51
<i>Avril 2005</i>	<i>10</i>	<i>14</i>	<i>0.47</i>
<i>Mai 2005</i>	<i>22</i>		<i>1</i>
<i>Juin 2005</i>	<i>22</i>		<i>1</i>
<i>Juillet 2005</i>	<i>12</i>	<i>16.8</i>	<i>0.56</i>
<i>Septembre 2005</i>	<i>19</i>	<i>26.6</i>	<i>0.89</i>
<i>Octobre 2005</i>	<i>21</i>		<i>1</i>
<i>Novembre 2005</i>	<i>22</i>		<i>1</i>
<i>Décembre 2005</i>	<i>7</i>	<i>9.8</i>	<i>0.33</i>
Total			12.13

Si l'on prend les six derniers mois de cotisation (en italiques), le total des mois de cotisation est bien de 6.25 et le total des mois de contrôle de 6.23. En outre, le calcul le plus avantageux pour le recourant consiste à diviser la somme du salaire soumis à cotisation et des indemnités compensatoires obtenus durant les six derniers mois, opération dont il résulte un gain assuré de 6'699 fr. (41'544 fr. 80 : 6.23).

Le coefficient 21.7 cité par le recourant est le facteur de conversion du gain assuré mensuel en gain assuré journalier (cf. ATF 111 V 244 consid. 4) et n'a donc pas à être appliqué pour convertir les jours civils comptant comme période de cotisation en mois de cotisation.

10. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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); 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

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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