

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/334/2010

ATAS/271/2011

**ARRET**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**du 17 mars 2011**

En la cause

Monsieur B \_\_\_\_\_, domicilié à Thônex, représenté par le  
Syndicat SIT (Monsieur C \_\_\_\_\_)

recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE SYNA, sise rte du Petit-Moncor 1, 1752  
Villars-sur-Glâne

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Maya CRAMER, Doris GALEAZZI, Sabina MASCOTTO et Valérie MONTANI, Judges; Evelyne BOUCHAARA et Christine BULLIARD-MANGILI, Judges assessesurs**

---

**EN FAIT**

1. Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré), né en 1959, régisseur de théâtre, a reçu une première fois des indemnités de la caisse de chômage SYNA (ci-après la caisse) à compter du mois de juillet 2007.
2. Le 4 août 2009, l'assuré a une nouvelle fois demandé à bénéficier des indemnités de chômage avec effet au 1<sup>er</sup> août 2009 en précisant qu'il sollicitait un changement de délai-cadre.
3. Il ressort des formulaires d'indications de la personne assurée (IPA) et des attestations de gain intermédiaire de l'employeur (AGI) relatifs au précédent délai-cadre d'indemnisation de l'assuré que durant les douze mois précédant son inscription auprès de la caisse, l'intéressé a réalisé les revenus suivants :
  - a. 2'769 fr. 30 en août 2008, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 74 heures de travail réparties sur 9 jours pour X\_\_\_\_\_ - FESTIVAL, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;
  - b. 4'153 fr. 97 en septembre 2008, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 111 heures réparties sur 14 jours pour X\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était variable;
  - c. 1'056 fr. en octobre 2008, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 33 heures réparties sur trois jours pour L'ASSOCIATION Y\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;
  - d. 630 fr. en novembre 2008, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 21 heures réparties sur 3 jours pour le THEATRE Z\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;
  - e. 360 fr. en décembre 2008, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 12 heures réparties sur 2 jours pour le THEATRE Z\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;
  - f. 896 fr. en janvier 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 24 heures réparties sur trois jours pour La COMPAGNIE XA\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;

- g. 2'520 fr. en février 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 78 heures réparties sur 11 jours pour le THEATRE Z\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures; s'y ajoutaient le même mois :

3'117 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 83.75 heures de travail réparties sur 11 jours pour X\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;

et 6'775 fr. 75 en février 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 16 jours pour La COMPAGNIE XA\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur qu'aucun horaire n'avait été convenu avec l'assuré;

- h. 4'026 fr. 60 en mars 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 125.5 heures de travail réparties sur 13 jours pour XB\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine; s'y ajoutaient le même mois :

700 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 20 heures de travail réparties sur 2 jours pour XC\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine;

1'500 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 44 heures réparties sur 8 jours pour le THEATRE Z\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;

5'261 fr. 70, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 140.4 heures de travail réparties sur 18 jours pour X\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;

et 4'057 fr. 50, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 125.5 heures réparties sur 13 jours pour XD\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;

- i. 272 fr. 70 en avril 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 8.5 heures de travail réparties sur un jour pour B\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine; s'y ajoutaient le même mois :

3'000 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour huit jours pour XE\_\_\_\_\_, sans précision de l'employeur sur l'horaire de travail;

630 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 21 heures réparties sur 3 jours pour le THEATRE Z\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;

et 6'000 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 168 heures de travail réparties sur 21 jours pour X\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;

- j. 2'852 fr. 50 en mai 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 81.5 heures de travail réparties sur 8 jours pour XC\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine; s'y ajoutaient le même mois :

750 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour deux jours pour XE\_\_\_\_\_ , sans précision de l'employeur sur l'horaire de travail;

1'080 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 36 heures réparties sur 4 jours pour le THEATRE Z\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;

et 6'000 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 160 heures de travail réparties sur 20 jours pour X\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;

- k. 3'270 fr. en juin 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 88 heures réparties sur 22 jours pour le THEATRE Z\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que la durée hebdomadaire de travail dans l'entreprise était de 40 heures;

s'y ajoutaient 6'000 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 176 heures de travail réparties sur 22 jours pour X\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;

- l. 1'200 fr. en juillet 2009, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 36 heures de travail réparties sur 5 jours pour X\_\_\_\_\_, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;

s'y ajoutaient 7'000 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 168 heures de travail réparties sur 21 jours pour XF\_\_\_\_\_, sans précision de l'employeur sur l'horaire de travail.

4. L'assuré a pris des vacances du 10 au 15 août 2009.

5. Le 20 septembre 2009, l'assuré a remis à la caisse une copie des contrats signés avec X\_\_\_\_\_ et XE\_\_\_\_\_, en précisant qu'il était difficile de procéder à une répartition exacte des heures effectuées dans la mesure où celles-ci étaient très variables. Le contrat de travail avec X\_\_\_\_\_ stipulait que l'assuré était engagé du 1<sup>er</sup> février au 30 septembre 2009, pour un taux variable de travail de 52 % en février, 88 % en mars, 100 % en avril, mai et juin, et 20 % en août et septembre pour un revenu total de 32'500 fr. bruts.
6. Par courriel adressé le 26 septembre 2009 à la caisse, l'assuré s'est étonné de n'avoir aucune nouvelle concernant son délai-cadre, lequel devait commencer mi-juillet.
7. Par courriel du 28 septembre 2009, la caisse lui a répondu que son délai-cadre d'indemnisation courait dès le lundi 3 août 2009, l'assuré n'ayant aucune perte de gain à faire valoir avant la fin de son emploi pour XF\_\_\_\_\_. La caisse a signalé à l'assuré qu'une avance de 1'848 fr. lui serait versée, mais que la détermination du gain assuré pour le nouveau délai-cadre n'était pas terminée.
8. Le 6 octobre 2009, la caisse a versé à l'assuré une avance de 3'145 fr., en se fondant sur un gain assuré de 6'081 fr. donnant droit à une indemnité journalière de 226 fr. 05.
9. Par courrier du 8 octobre 2009, la caisse a demandé au Secrétariat d'État à l'économie (SECO) de confirmer l'exactitude du calcul auquel elle avait procédé, calcul qui l'avait conduite à retenir un gain assuré de 6'131 fr. pour un salaire soumis à cotisation total de 49'416 fr. 10. Ce montant avait été obtenu en admettant que les revenus réalisés de février à juillet 2009 correspondaient à des taux d'activité supérieurs à 100 %, raison pour laquelle ils avaient été réduits dans les proportions suivantes:
  - de 12'412 fr. 75 (correspondant à 181.09 %) à 6'854 fr. 32 pour février 2009,
  - de 15'545 fr. 80 (correspondant à 187.44 %) à 6'234 fr. 16 pour mars 2009,
  - de 9'902 fr. 70 (correspondant à 148.58 %) à 6'681 fr. 61 pour avril 2009,
  - de 10'682 fr. 50 (correspondant à 174.70 %) à 6'114 fr. 68 pour mai 2009,
  - de 9'270 fr. (correspondant à 150 %) à 6'180 fr. pour juin 2009,
  - de 8'200 fr. (correspondant à 110.87 %) à 7'396 fr. 06 pour juillet 2009.

Le gain assuré de 6'131 fr. a été obtenu en divisant le salaire ainsi calculé par 8.06 périodes de contrôle.

10. Par courrier du 8 novembre 2009, l'assuré a contesté le montant de son indemnité journalière (226 fr. 05), dont il a fait remarquer qu'elle était inférieure de 65 fr. 10 à celle qui lui avait été accordée en juillet 2007 alors que les salaires réalisés étaient sensiblement les mêmes que ceux ayant présidé au calcul des indemnités du délai-cadre précédent.

11. Par courrier du 2 décembre 2009, le SECO a signifié à la caisse qu'à son avis, le calcul du gain assuré comportait deux erreurs : selon lui, les indemnités compensatoires devaient être ajoutées au revenu soumis à cotisation et le montant ainsi obtenu être divisé par le nombre de mois civils où le revenu avait été réalisé; en outre, on ignorait quel avait été le taux d'occupation de l'assuré chez XE\_\_\_\_\_. Le SECO a requis de la caisse que celle-ci recalcule le gain assuré conformément à ses directives.
12. Le 16 décembre, la caisse a procédé à un nouveau calcul conformément aux instructions du SECO et a conclu à un gain assuré de 4'739 fr. (en ajoutant au revenu soumis à cotisation [49'416 fr. 10] les indemnités compensatoires [7'452 fr. 40] et en divisant cette somme par douze [nombre de mois durant lesquels le revenu avait été réalisé]).
13. Le 17 décembre 2009, la caisse a réclamé à l'assuré la restitution du montant de 2'012 fr. 25 correspondant à la différence entre les indemnités compensatoires qui lui avaient été effectivement versées en septembre et octobre 2009 et celles qu'il aurait dû recevoir compte tenu du nouveau calcul du gain assuré. Selon les nouveaux décomptes d'indemnités établis le 3 novembre 2009, l'assuré avait perçu 1'012 fr. 35 de trop en septembre 2009 et 1'001 fr. 90 de trop en octobre 2009.
14. Le 21 décembre 2009, l'assuré s'est opposé à cette décision en faisant valoir que ses gains avaient été tronqués de près de 40 % et en reprochant à la caisse d'avoir procédé à un calcul ne tenant pas compte de la spécificité de son métier.
15. Par décision sur opposition du 23 décembre 2009, la caisse a confirmé sa décision de restitution en se référant à l'argumentation développée dans la décision rendue à l'encontre de l'assuré s'agissant de son précédent délai-cadre d'indemnisation ainsi qu'à la prise de position du SECO sur ces points, soit en substance que les revenus correspondant à un taux d'activité supérieur à 100% devaient être réduits pour correspondre au revenu tiré d'une activité exercée à 100% et que les indemnités de vacances ne pouvaient servir à combler les "trous" (jours non travaillés) durant les mois civils de la période de référence.
16. Par acte du 28 janvier 2010, l'assuré (ci-après le recourant) a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales - alors compétent - en concluant à ce que le gain assuré servant à déterminer ses indemnités soit fixé à 6'286 fr. 06.

S'il ne nie pas certaines erreurs de calcul de la caisse, le recourant conteste que l'horaire contractuel maximal soit de 40 heures dans son cas. Il soutient que son activité s'apparente au contrat d'entreprise en ce sens qu'il n'y a pas de véritable horaire de travail et que la rémunération de nature forfaitaire dépend d'une multitude de facteurs et non seulement du nombre d'heures travaillées, qui n'a le plus souvent qu'une valeur indicative. Il ajoute que le taux d'activité fixé par

certaines contrats ne reflète pas la réalité des heures effectuées par les travailleurs du secteur engagés pour une durée déterminée durant les pics d'activité. Il fait remarquer que les emplois simultanés sont la norme dans ce domaine, où les salariés doivent accepter tout travail qui se présente à eux. Le recourant rappelle qu'il est rare d'effectuer 40 heures par semaine pour le compte d'un seul et même employeur et que les heures supplémentaires dans un tel cas ne sont pas majorées. Selon lui, il serait dès lors raisonnable de considérer comme usuel l'horaire hebdomadaire maximal découlant de la législation sur le travail, soit 54 heures (*sic*). Enfin, le recourant fait valoir qu'un assuré n'a pas à prendre effectivement ses vacances durant les périodes non travaillées des périodes de référence pour combler celles-ci et qu'il convient donc d'ajouter au salaire les indemnités vacances acquises au *pro rata* des mois de travail effectués, dans la limite des jours non travaillés.

Pour conclure, le recourant, se basant sur un horaire hebdomadaire de 54 heures, se prévaut d'un gain assuré de 61'473 fr. 19 pour les mois d'août 2008 à juillet 2009. A ce montant, il ajoute les indemnités de vacances à hauteur de 8.33 %, soit 5'120 fr. 72, ainsi que les indemnités compensatoires à hauteur de 8'838 fr. 80 et obtient ainsi, après division par le nombre de périodes de contrôle, un gain assuré de 6'286 fr. 06.

17. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 1<sup>er</sup> mars 2010, rappelle que le SECO, dans son calcul, a considéré que le gain correspondant à une activité en sus du taux d'occupation de 100% était un revenu accessoire, bien que ce procédé diffère du calcul usuel de gain accessoire selon la directive applicable. L'intimée admet que les conditions particulières de travail du recourant justifieraient éventuellement un autre mode de calcul et qu'on peut s'interroger sur l'opportunité de prendre en compte l'horaire maximal légal de 50 heures plutôt que l'horaire indiqué dans l'attestation de gain intermédiaire ou le contrat. Elle relève qu'elle est néanmoins liée par la pratique du SECO à laquelle elle renvoie s'agissant de l'indemnité de vacances et des modalités de calcul du gain assuré. Enfin, l'intimée souligne que le calcul du gain assuré dans un nouveau délai-cadre doit tenir compte des modifications du gain assuré dans le délai-cadre précédent.

18. Une audience s'est tenue en date du 2 septembre 2010.

A cette occasion, le recourant a exposé que les horaires qu'il pratiquait étaient fluctuants et rémunérés de manière forfaitaire, sans en établir un relevé précis. Il a précisé qu'il ne prenait jamais de vacances, mais s'employait à acquérir de nouvelles compétences et à démarcher de nouveaux clients entre deux engagements.

19. Par écriture du 14 septembre 2010, l'intimée a donné des précisions sur ses calculs. Il ressort de ses explications que le recourant a reçu en septembre 2009 un montant total après déduction des cotisations sociales de 3'543 fr. 45 (17.8 indemnités journalières calculées sur un gain assuré de 6'131 fr. x 226 fr. 05), alors qu'il

---

n'aurait dû recevoir que 2'531 fr. 10 hors charges (16.5 indemnités calculées sur un gain assuré de 4'739 fr. x 174 fr. 70), soit 1'012 fr. 35 en trop.

Pour octobre 2009, le recourant a touché 3'543 fr. 45 après déduction des charges (22 indemnités x 226 fr. 05) alors que, selon le décompte correctif du 18 janvier 2010, le montant des indemnités n'aurait dû être que de 174 fr. 70, de sorte que c'étaient 748 fr. 45 qui lui avaient été versés en trop ce mois-là.

20. Un délai a été imparti au recourant pour s'exprimer une dernière fois, qu'il n'a pas utilisé.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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).

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009).

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

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, s'applique au cas d'espèce.
3. Le recours, déposé dans la forme et le délai prévus par la loi, est recevable (art. 56ss LPGA).
4. Le litige porte sur la conformité au droit de la décision de restitution querellée, en particulier sur les modalités de calcul du gain assuré.

S'agissant de la demande de remise, la Cour de céans observe qu'une telle demande ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force (ATF C 169/05 du 13 avril 2006, consid. 1.2). La remise et son étendue font ainsi l'objet d'une procédure distincte (ATF P 63/06 du 14 mars 2007, consid. 3; ATF C 264/05 du 25 janvier 2006, consid. 2.1), raison pour laquelle il ne sera pas statué sur ce point à ce stade de la procédure.

5. a) À teneur de l'art. 25 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées, la restitution ne pouvant toutefois être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1<sup>er</sup>). Le droit de

demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 2).

L'obligation de restituer suppose que soient réalisées les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 9C\_564/2009 du 22 janvier 2010, consid. 6.4; ATF 130 V 318, consid. 5.2). Aux termes de l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Ainsi, si une décision est fondée sur une application erronée du droit (application initiale erronée), il y a lieu d'envisager une révocation sous l'angle de la reconsidération (ATF 135 V 215, consid. 4.1).

b) En l'espèce, la demande de restitution est intervenue dans le délai légal, moins d'une année après le versement des prestations litigieuses. Les conditions de la reconsidération sont en outre remplies si le montant des indemnités journalières versées se fonde sur un calcul erroné, ce qu'il convient à présent de vérifier.

6. En vertu de l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'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 (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2).
7. a) En vertu de l'art. 22 al. 1<sup>er</sup> LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré. L'assuré touche en outre un supplément qui correspond au montant, calculé par jour, des allocations légales pour enfants et formation professionnelle auxquelles il aurait droit s'il avait un emploi. Le supplément n'est versé que dans la mesure où les allocations pour enfants ne sont pas servies durant la période du chômage. Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante. L'art. 24 al. 3 LACI dispose qu'est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération.

b) À teneur de l'art. 23 al. 1<sup>er</sup> 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 de 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. Lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a réalisé durant le délai-cadre 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 (art. 23 al. 4 LACI).

Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1<sup>er</sup> LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF C 155/06 du 3 août 2007, consid. 3.2; ATF 131 V 444, consid. 3.2). Ne font en revanche pas partie du gain assuré les indemnités versées pour les heures supplémentaires – dans leur acception étroite –, de même que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (ATF C 139/05 du 26 juin 2006, consid. 4.1; ATF 129 V 105).

Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (art. 37 al. 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI; RS 837.02]). Un bref engagement de moins d'un jour suffit déjà pour que tout le mois soit pris en considération dans le calcul (Circulaire relative à l'indemnité de chômage du SECO [IC], ch. 64). Cette disposition concerne notamment les personnes mentionnées à l'art. 8 al. 1 OACI, soit celles qui exercent des professions qui comportent des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2<sup>ème</sup> éd., p. 307ss). Les douze derniers mois visés par l'art. 37 al. 3<sup>bis</sup> OACI ne se réfèrent pas à des mois de cotisation, mais aux douze mois civils qui précèdent la perte de gain à prendre en considération (ATF 121 V 165, consid. 4b). Toutefois, les mois durant lesquels l'assuré n'a pas exercé d'activité ne sont pas pris en compte au nombre des douze derniers mois au sens de cette disposition (ATF C 30/05 du 26 avril 2006, consid. 3; ATF 121 V 165, consid. 4e).

Selon la circulaire IC, les indemnités de vacances peuvent être prises en considération pour combler les trous (jours non travaillés) dans les mois civils de la période de référence dans le cas d'assurés enchaînant des engagements à court terme, que ce soit pour le calcul du gain assuré lors d'un premier délai-cadre d'indemnisation (ch. 64) ou dans le calcul du gain assuré sur la base d'un gain intermédiaire (ch. 67).

8. Eu égard aux considérants qui précèdent, il y a lieu d'examiner si le calcul du SECO est conforme à la loi.

a) A titre préliminaire, la Cour de céans observe que le montant de 2'012 fr. 45 dont la restitution est exigée ne correspond pas aux décomptes fournis. En effet, le décompte corrigeant les indemnités dues pour septembre conclut à une différence en faveur de la caisse de 1'012 fr. 35. Quant à celui relatif au mois d'octobre 2009, il a fait l'objet de deux correctifs, le dernier - établi en date du 18 janvier 2010 - faisant état d'un trop-perçu de 748 fr. 45. Additionnés, ces montants ne représentent que 1'760 fr. 80 et non 2'012 fr. 45. Le cas échéant, la décision litigieuse devra donc être corrigée en ce sens.

b) La réduction des revenus dans la mesure où ceux-ci correspondraient à un taux d'activité supérieur à 100 % est dans son principe conforme au droit, puisque seule la rémunération obtenue pour l'exercice d'une activité usuelle normale bénéficiant de la protection de l'assurance-chômage (DTA 2003 p. 191, consid. 3.2; ATF 116 V 281, consid. 2d). Cependant, cette réduction ne peut par définition être opérée que si les heures supplémentaires ont été payées en sus du salaire convenu, comme cela ressort de la jurisprudence précitée. A défaut, il en résulterait une inégalité de traitement entre les assurés ayant travaillé selon l'horaire contractuel et ceux ayant effectué des heures supplémentaires non indemnisées : les premiers verraient l'intégralité de leur rétribution retenue à titre de gain assuré, tandis que les seconds subiraient une réduction du gain assuré sans même avoir touché un surcroît de salaire du fait des heures supplémentaires.

En outre, contrairement à ce que retient le calcul du SECO - et même à supposer que les prétendues heures supplémentaires soient rétribuées -, on ne peut simplement déduire du gain assuré la part du revenu correspondant à une activité dépassant un horaire hebdomadaire de 40 heures pendant chaque engagement donné, puisqu'il y a lieu de se référer à une moyenne sur une période d'une année, conformément aux dispositions légales.

c) En l'espèce, rien ne démontre que les heures de travail effectuées par le recourant dans le cadre de chacun de ses contrats de travail en sus de l'horaire officiellement en vigueur dans l'entreprise ont été réellement payées. Comme le recourant l'a exposé en audience, sa rémunération était convenue à l'avance et versée de manière forfaitaire, sans que ses employeurs ne procèdent à un décompte détaillé des heures

réellement effectuées. Pour ce motif déjà, la réduction des gains à laquelle a procédé l'intimée pose problème puisqu'elle porte sur des heures qui n'ont pas toutes été payées en plus du salaire de base. Elle se révèle de plus contraire à la circulaire, puisqu'elle retient un horaire hebdomadaire de 40 heures. Or, certains des employeurs ayant engagé le recourant n'ont mentionné aucun horaire contractuel ou en vigueur dans l'entreprise sur les formulaires à cet effet. C'est notamment le cas de XE\_\_\_\_\_ et de XG\_\_\_\_\_. Compte tenu du fait que toutes les entreprises pour lesquelles le recourant a travaillé simultanément n'ont pas le même horaire, on ne peut se référer à 40 heures hebdomadaires et il y a lieu de retenir comme limite l'horaire hebdomadaire dans la branche (qui était de 41.2 heures en 2006 et de 41.3 heures en 2007 dans les activités récréatives, culturelles et sportives selon la Statistique de la durée normale du travail dans les entreprises selon la division économique [DNT]) lorsqu'il est possible de reconstituer le nombre d'heures de travail du recourant, et pour autant qu'il soit démontré que les heures effectuées en sus aient effectivement été rémunérées. A défaut, et à condition qu'il soit démontré que l'emploi était exercé à temps plein, il convient, en l'absence d'indications horaires, de prendre comme limite du gain assuré le nombre de jours indemnissables par mois.

En l'espèce, l'intimée a réduit les revenus réalisés par le recourant de février à juillet 2009 en les ramenant à un salaire correspondant à une activité déployée sur 40 heures hebdomadaires. Or, s'agissant des mois de février et mars en tout cas, on ignore si tous les employeurs concernés avaient instauré un tel horaire dans leur entreprise. De plus, il n'est pas démontré que les prétendues heures supplémentaires ont été rémunérées. Dans ces circonstances, seule la partie du salaire correspondant à des jours effectués au-delà du nombre maximal de jours indemnissables des mois en cause peut avoir lieu.

d) En ce qui concerne les indemnités de vacances, il est exact qu'elles doivent en principe être comptées à titre de gain assuré dans le mois où l'assuré a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 42, consid. 5b). Une pratique contraire aurait pour effet de favoriser sans motif l'assuré qui n'a pas pris ses vacances par rapport à celui qui a fait valoir son droit aux vacances (ATF 8C\_676/2008 du 28 novembre 2008, consid. 3.1). Cependant, comme cela ressort de la circulaire du SECO citée, l'intégration des indemnités de vacances est de mise dans le calcul du gain assuré des assurés qui exercent des professions dans lesquelles les changements de place ou les engagements de durée limitée sont usuels. Une telle pratique est d'ailleurs compatible avec la jurisprudence, puisqu'il n'existe aucun motif de ne pas assimiler à des périodes de vacances les jours de battement entre deux engagements, lors desquels l'assuré n'est pas occupé et ne touche aucun salaire alors que la totalité du mois est prise en compte à titre de période de contrôle. L'intimée devra donc procéder à un nouveau calcul du gain assuré en tenant compte des indemnités de vacances à hauteur de 6'715 fr. 82, qu'elle pourra convertir en revenus pendant les mois durant lesquels le recourant n'a pas été occupé totalement.

9. Compte tenu de ce qui précède, le calcul du gain assuré par l'intimée se révèle erroné. Les décisions du 17 et du 23 décembre 2009 doivent donc être annulées et la cause renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul et nouvelle décision au sens des considérants.

Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens qu'il convient de fixer à 1'500 fr.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

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

**Statuant en l'application de l'art. 133 al. 2 LOJ**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement.
3. Annule les décisions de l'intimée du 17 et 23 décembre 2009.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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

Marie-Catherine SÉCHAUD

Karine STECK

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