

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/336/2010

ATAS/277/2011

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, Juges; Evelyne BOUCHAARA et Christine BULLIARD-MANGILI, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur B_____ (ci-après l'assuré), né en 1959, est régisseur de théâtre.
2. Le 6 juillet 2007, il s'est annoncé à la caisse de chômage SYNA (ci-après : la caisse) et a demandé à bénéficier d'indemnités à compter du 12 juillet 2007. L'assuré a indiqué avoir auparavant touché des indemnités de chômage d'une autre caisse et a précisé avoir été employé par X_____ - (ci-après : X_____) du 1^{er} avril 2007 au 11 juillet 2007.
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 bruts en août 2006, indemnité de vacances de 8.33% non incluse, pour 112 heures de travail réparties sur 16 jours pour X_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;
 - b. 8'307 fr. 95 bruts en septembre 2006, indemnité de vacances de 8.33% non incluse, pour 240 heures de travail réparties sur 25 jours pour X_____;
 - c. 2'000 fr. bruts en novembre 2006, indemnité de vacances de 8.33% non incluse, pour 8 jours de travail auprès de Y_____ 100%, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine;
 - d. 2'000 fr. bruts en décembre 2006, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 8 jours de travail auprès de Y_____ 100%, étant précisé par l'employeur que l'horaire était variable;
 - e. 2'194 fr. bruts en janvier 2007, indemnité de vacances de 8.33% non incluse, pour 56 heures de travail réparties sur 7 jours auprès de Z_____, étant précisé par l'employeur qu'il n'y avait pas d'horaire convenu; s'y ajoutaient le même mois :

300 fr. bruts, indemnité de vacances de 8.33% non incluse, pour un jour de travail au THEATRE DE XE_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine;

2'307 fr. 60, indemnité de vacances de 8.33% non incluse, pour 64 heures de travail réparties sur 8 jours pour XA_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine;

et 5'000 fr. bruts, indemnité de vacance de 8.33% non incluse, pour 11 jours de travail auprès de Y_____;

- f. 5'769 fr. 40 en février 2007, indemnité de vacances de 8.33% non incluse, pour 19 jours pour XA_____, étant précisé par l'employeur qu'il n'y avait pas d'horaire convenu; s'y ajoutaient le même mois :

585 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour deux jours au XB_____ L;

940 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 24 heures de travail réparties sur 3 jours pour la REGIE DE F_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire de l'entreprise était de 40 heures;

840 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 28 heures de travail réparties sur deux jours pour XC_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire de l'entreprise était de 40 heures;

et 1'250 fr. bruts, indemnité de vacance de 8.33 % non incluse, pour 5 jours de travail chez Y_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire de l'entreprise était de 40 heures;

- g. 161 fr. 55 en mars 2007, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 5 heures de travail pour XD_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire était irrégulier; s'y ajoutaient le même mois :

4'500 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 104 heures de travail réparties sur 13 jours chez XE_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire était de 40 heures par semaine;

4'846 fr. 30, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 64 heures réparties sur 8 jours pour XA_____, étant précisé par l'employeur qu'il n'y avait pas d'horaire convenu;

360 fr. indemnité de vacances de 8.33 % non incluse pour une journée de travail de 12 heures pour XC_____, étant précisé par l'employeur que l'horaire de l'entreprise était de 40 heures par semaine;

- h. 1'500 fr. en avril 2007, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 5 jours de travail chez XB_____ , étant précisé par l'employeur qu'aucun horaire n'avait été convenu;

et 6'738 fr. 65 bruts, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour X_____, sans précision de l'employeur sur l'horaire;

-
- i. 1'299 fr. 75 en mai 2007, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 3 jours chez XB _____, sans précision de l'employeur sur l'horaire dans l'entreprise; s'y ajoutaient le même mois :

7'015 fr. 60 bruts, indemnité de vacances de 8.33 % déduite, pour X _____, sans précision de l'employeur sur l'horaire dans l'entreprise;

et 390 fr., indemnité de vacances de 8.33 % non incluse pour une journée de travail de 10 heures pour XF _____, étant précisé par l'employeur que l'horaire hebdomadaire de l'entreprise était de 40 heures;

- j. 7'015 fr. 60 bruts en juin 2007, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour X _____, sans précision de l'employeur sur l'horaire dans l'entreprise;

et 1'016 fr. 50, indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour 4 jours de travail pour XG _____, étant précisé par l'employeur que l'horaire de l'entreprise était de 40 heures par semaine;

- k. 3'415 fr. 50 au début du mois de juillet 2007 (jusqu'au 12), indemnité de vacances de 8.33 % non incluse, pour X _____, sans précision de l'employeur sur l'horaire dans l'entreprise.

4. La caisse a ouvert un délai-cadre d'indemnisation en faveur de l'assuré dès le 12 juillet 2007 et lui a versé des indemnités compensatoires calculées sur un gain assuré de 7'897 fr.

Selon les décomptes, l'assuré a perçu les indemnités suivantes:

- juillet 2007: 9 indemnités à 291 fr. 15
- août 2007: 11.4 indemnités à 291 fr. 15;
- septembre 2007: 12.9 indemnités à 254 fr. 75;
- octobre 2007: 16.4 indemnités à 254 fr. 75;
- novembre 2007: 16.4 indemnités à 291 fr. 15;
- décembre 2007: 21 indemnités à 291 fr. 15;
- janvier 2008: 12.9 indemnités à 291 fr. 15;
- février 2008: 9.2 indemnités à 291 fr. 15;
- mars 2008: 13.3 indemnités à 291 fr. 15;
- avril 2008: 22 indemnités à 291 fr. 15;
- mai 2008: 12.5 indemnités à 291 fr. 15;
- juin 2008: 7.8 indemnités à 291 fr. 15;
- juillet 2008: 15.4 indemnités à 291 fr. 15;
- août 2008: 13.4 indemnités à 291 fr. 15;
- septembre 2008: 10.6 indemnités à 291 fr. 15;
- octobre 2008: 20.1 indemnités à 291 fr. 15;

- novembre 2008: 18.3 indemnités à 291 fr. 15
- décembre 2008: 22 indemnités à 291 fr. 15
- janvier 2009: 19.5 indemnités à 291 fr. 15.

5. Dans le cadre d'un contrôle, un réviseur du SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE (SECO) a conclu que diverses erreurs avaient été commises dans le calcul des prestations. Il a ainsi relevé qu'au mois de juillet 2007, la caisse n'avait pas pris en compte le délai d'attente supplémentaire d'un jour applicable aux professions dans lesquelles les rapports de travail sont de durée limitée et qu'elle avait au surplus versé une indemnité pour le 12 juillet 2007, jour où l'assuré était encore employé; ces deux éléments avaient conduit la caisse à verser neuf indemnités pour ce mois alors que l'assuré ne pouvait en prétendre que sept.

Le réviseur a également reproché à la caisse d'avoir calculé le gain assuré en tenant compte des heures supplémentaires au lieu de se limiter à l'horaire maximum contractuel et d'avoir pris en compte les indemnités de vacances pour les mois d'août et septembre 2007 et février 2008. Le SECO a procédé à ses propres calculs, en date du 21 août 2008, qui l'ont conduit à fixer le gain assuré à 6'339 fr. en tenant compte du revenu réalisé et des indemnités compensatoires versées et à conclure que le montant des indemnités journalières aurait dû s'élever à 233 fr. 70.

Concrètement, le SECO a considéré que les revenus de l'assuré pour le mois d'août 2006 et les mois de janvier à juillet 2007 correspondaient à un taux d'activité supérieur à 100 % durant certains mois et devaient alors être réduits à un montant correspondant à une activité à 100 % dans les proportions suivantes :

- de 8'307 fr. 95 (correspondant à 138.46 %) à 6'000 fr. 25 pour août 2006,
- de 9'801 fr. 75 (correspondant à 117.37 %) à 8'351 fr. 16 pour janvier 2007,
- de 9'384 fr. 40 (correspondant à 140.45 %) à 6'681 fr. 67 pour février 2007,
- de 9'881 fr. 30 (correspondant à 109.65 %) à 9'011 fr. 67 pour mars 2007,
- de 8'238 fr. 45 (correspondant à 127.46 %) à 6'463 fr. 56 pour avril 2007,
- de 8'705 fr. 40 (correspondant à 126.39 %) à 6'887 fr. 73 pour mai 2007,
- de 8'031 fr. 90 (correspondant à 126.96 %) à 6'326 fr. 30 pour juin 2007,
- de 3'415 fr. 40 (correspondant à 125.10 %) à 2'730 fr. 14 pour juillet 2007.

6. Par décision du 19 juin 2009, la caisse, se référant aux indications du SECO, a réclamé à l'assuré la restitution d'un montant de 20'122 fr. 40 correspondant à la différence entre les indemnités journalières qui lui avaient effectivement été versées et celles qu'il aurait dû recevoir de juillet 2007 à janvier 2009.

7. Le 24 août 2009, l'assuré s'est opposé à cette décision. S'il n'a pas contesté la déduction de deux indemnités pour le mois de juillet 2007, il s'est en revanche opposé au fait que ne soient pas inclus dans le gain assuré les indemnités de vacances et les gains correspondant aux heures effectuées en sus de l'horaire contractuel, alléguant qu'une telle pratique faisait fi des réalités des métiers du

spectacle. L'assuré demandait que son gain assuré fût calculé sur l'ensemble de son revenu soumis à cotisations.

8. Par courrier du 2 décembre 2010, le SECO a pris position sur l'opposition de l'assuré en faisant remarquer que plusieurs attestations de gain intermédiaire versées au dossier faisaient état d'un horaire de 40 heures hebdomadaires et qu'il convenait dès lors de retenir un horaire à 100%. S'agissant des attestations de gain intermédiaire de Y _____ afférentes aux mois de février, avril et mai 2007, le SECO était d'avis qu'on devait admettre, compte tenu de la rémunération et de sa comparaison avec celle perçue en moyenne durant les autres contrats de travail, que l'activité avait été exercée à plein temps. S'agissant de X _____, le SECO relevait que les contrats de travail prévoyaient une rémunération mensuelle à plein temps et que le salaire versé avait été plus conséquent puisque l'assuré avait effectué de nombreuses heures supplémentaires "de par la nature d'une activité exercée durant un festival". Quant aux indemnités de vacances, le SECO était d'avis que l'assuré n'avait pas apporté la preuve qu'il avait effectivement pris ses vacances et que ces indemnités ne pouvaient servir à combler les trous (jours non travaillés) durant les mois civils de la période de référence.
9. Par décision du 17 décembre 2009, la caisse, reprenant l'argumentation développée par le SECO, a écarté l'opposition et confirmé sa décision de restitution.
10. Par acte du 28 janvier 2010, l'assuré (ci-après le recourant) a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales - alors compétent.

S'il admet que l'indemnisation aurait dû débiter le 14 et non le 12 juillet et que les indemnités pour vacances n'ont pas été déduites des périodes d'août et septembre 2007 ainsi que février 2008, le recourant conteste en revanche l'horaire contractuel retenu de 40 heures hebdomadaires et fait valoir que les indemnités de vacances auraient dû être prises en compte dans le calcul du gain intermédiaire. 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 certains 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 72'234 fr. 10 pour les mois d'août 2006 à juillet 2007. A ce montant, il ajoute les indemnités de vacances à hauteur de 8.33 %, soit 6'017 fr. 10, multipliés par 10.41 périodes de contrôle et divisés par douze mois, ainsi que les indemnités compensatoires par 6'768 fr. 30 et divise le chiffre ainsi obtenu par le nombre de périodes de contrôle - soit 10.41 -, ce qui le conduit à un gain assuré de 8'090 fr. 51.

11. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 1^{er} 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 du 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.

12. 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.

13. Par courrier du 3 septembre 2010, le Tribunal a interrogé l'intimée sur les raisons pour lesquelles le gain de 3'000 fr. réalisé par le recourant en août 2006 pour le compte de X_____ n'avait pas été pris en compte dans le calcul du gain assuré, et l'indemnité de vacances n'avait pas été déduite du revenu réalisé au service de XD_____ au mois de mars 2007. Il a également demandé à l'intimée d'expliquer comment les pourcentages d'occupation du recourant avaient été établis pour les mois d'avril, mai, juin et juillet 2007 pour X_____ puisque les attestations établies par l'employeur n'indiquaient pas les horaires effectués.

14. Par écriture du 14 septembre 2010, l'intimée a donné des précisions sur les tableaux de révision établis par le SECO. Pour le reste, elle a dit ignorer les raisons pour lesquelles le SECO n'avait pas déduit l'indemnité de vacances afférente à l'engagement d'une demi-journée à XD_____. S'agissant du calcul des taux

d'occupation, l'intimée a émis l'hypothèse que le SECO s'était référé à des contrats antérieurs fixant une rémunération de 6'000 fr. pour un taux d'occupation de 100 % et en avait tiré la conclusion que si des revenus supérieurs étaient versés pour des engagements subséquents, la part excédant 6'000 fr. correspondait aux heures effectuées en sus d'un plein temps.

L'intimée a également produit tous les décomptes d'indemnités. Selon les décomptes établis lors de la révision, les indemnités suivantes auraient dû être versées :

- juillet 2007: 7 indemnités à 233 fr. 70, soit 782 fr. 30 à restituer
- août 2007: 9.5 indemnités à 233 fr. 70, soit 890 fr. 40 à restituer;
- septembre 2007: 11.8 indemnités à 233 fr. 70, soit 877 fr. 50 à restituer;
- octobre 2007: 14.8 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'115 fr. 85 à restituer;
- novembre 2007: 22 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'115 fr. 85 à restituer;
- décembre 2007: 21 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'063 fr. 30 à restituer;
- janvier 2008: 10.4 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'175 fr. 75 à restituer;
- février 2008: 7.4 indemnités à 233 fr. 70, soit 830 fr. 30 à restituer;
- mars 2008: 11.4 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'067 fr. 65 à restituer;
- avril 2008: 22 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'117 fr. 70 à restituer;
- mai 2008: 10.2 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'117 fr. 70 à restituer;
- juin 2008: 4.5 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'079 fr. 45 à restituer;
- juillet 2008: 13.5 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'178 fr. à restituer;
- août 2008: 11.5 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'072 fr. 85 à restituer;
- septembre 2008: 7.8 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'119 fr. 35 à restituer;
- octobre 2008: 19.4 indemnités à 233 fr. 70, soit 1'167 fr. 55 à restituer;

15. 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^{er} 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^{er} 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. Le nombre d'indemnités journalières versées pour le mois de juillet 2007 n'est en revanche pas contesté.

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^{er}). 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). Sur ce point, la réglementation prévue par la LPGA reprend, matériellement, le contenu des anciens art. 95 al. 4 1^{ère} phrase de la loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0) et 47 al. 2 1^{ère} phrase de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) notamment, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Selon la jurisprudence relative à ces dispositions, qu'il convient également d'appliquer à l'art. 25 al. 2 précité, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où l'assurance sociale aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai le moment où la faute a été commise, mais bien celui auquel l'administration aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF C 80/05 du 3 février 2006; ATF 124 V 380, consid. 1).

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, le nouveau calcul du gain assuré par le SECO a été effectué en août 2008. C'est au plus tôt dès cette date que l'intimée a pris connaissance du motif de reconsidération de la décision d'octroi d'indemnités journalières, de sorte que la demande de restitution, intervenue moins d'une année plus tard, a été notifiée au recourant dans le délai légal. La demande de restitution est donc intervenue en temps utile. 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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^{bis} 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^{ème} éd., p. 307ss). Les douze derniers mois visés par l'art. 37 al. 3^{bis} 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. a/aa) S'agissant de la réduction appliquée par le SECO en l'espèce aux revenus dont il a considéré qu'ils correspondaient à un taux d'activité supérieur à 100%, la Cour de céans observe que ce procédé est dans son principe conforme au droit, puisque seule la rémunération obtenue pour l'exercice d'une activité usuelle normale bénéficie 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 appliquée 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 assurés ayant travaillé selon l'horaire contractuel et ceux ayant dû effectuer 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 avoir pourtant touché un salaire plus élevé 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.

a/bb) 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 lui ont été 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. De tels décomptes ne figurent au demeurant pas dans la plupart des AGI. Pour ce motif déjà, la réduction des gains à laquelle a procédé le SECO pose problème puisqu'elle porte sur des heures qui n'ont pas été payées en plus du salaire de base. De plus, elle ne tient pas compte de l'horaire de travail moyen sur une période d'une année. Or, plusieurs des compagnies 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 la XF_____, du Y_____, et de XD_____. D'autres employeurs, tels que Y_____ XA_____ ou Y_____, ont tour à tour indiqué que l'horaire hebdomadaire dans l'entreprise était de 40 heures ou qu'il n'existait pas d'accord sur ce point. Compte tenu du fait que toutes les entreprises dans lesquelles le recourant a travaillé simultanément n'ont pas le même horaire, on ne saurait se référer à un horaire habituel de 40 heures hebdomadaires mais bien plutôt 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 ont 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.

In casu, les mois pour lesquels le SECO a réduit le revenu en tenant compte d'hypothétiques heures supplémentaires ou d'activités en sus de l'horaire habituel sont ceux de septembre 2006, et janvier à juillet 2007.

Au mois de septembre 2006, le recourant n'a travaillé que pour X_____, qui a fait état de 240 heures de travail réparties sur 25 jours, sans mentionner d'horaire dans l'entreprise. On ne voit guère comment le SECO a pu en inférer que le recourant était occupé à 138.46 %. En particulier, la référence au salaire perçu par le recourant lors de ses précédents engagements pour cette manifestation ne suffit en aucun cas à extrapoler le taux d'occupation en septembre 2006. En effet, la différence de revenu constatée peut s'expliquer par le fait que le cahier des charges du recourant a changé, qu'il a mieux négocié son contrat de travail, que son employeur a tenu compte du fait que son expérience professionnelle s'était étoffée ou encore que son employeur a modifié sa politique salariale. Dans la mesure où l'horaire effectué par le recourant ne peut être reconstitué, seule peut être déduite du revenu la part correspondant au nombre de jours travaillés en sus du nombre maximal de jours indemnissables.

Le même constat s'impose pour janvier 2007. Le recourant ayant été occupé en tout 27 jours, pour un montant total de 12'187 fr. 85, indemnités de vacances déduites, il sied de ramener ce montant à celui correspondant au nombre maximum de jours indemnissable pour ce mois.

Le calcul est identique pour les mois de février et mars 2007, lors desquels le recourant a été occupé respectivement 31 et 32 jours pour des revenus de 9'384 fr. 40 et 9'867 fr. 85, après déduction des indemnités de vacances.

Aux mois d'avril, mai et juin 2007, le recourant a travaillé tant pour X_____ que pour d'autres productions. X_____ n'a pas indiqué le taux d'occupation du recourant durant la période en question. Cependant, compte tenu du montant de sa rémunération, on peut admettre comme démontré au degré de la vraisemblance prépondérante applicable en assurances sociales (ATF 126 V 353, consid. 5b), qu'il s'agissait d'un travail à plein temps, exercé pendant les jours ouvrables usuels. Ainsi, il est vraisemblable que les activités exercées en parallèle pour d'autres employeurs ces mois-là ont été effectuées en dépassement du nombre de jours ouvrables maximal des mois correspondants, de sorte qu'il y aura lieu de retrancher le revenu que le recourant en a tiré du montant du gain assuré. Par conséquent, les revenus correspondant aux activités pour Y_____ au mois d'avril 2007 et mai

2007, pour XF_____ en mai 2007, et pour la XG_____ en juin 2007 n'ont pas à être pris en compte dans le calcul du gain assuré.

b/aa) En ce qui concerne les indemnités de vacances, il est exact qu'elles doivent en principe être comptées à titre de gain assuré 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 IC, 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.

b/bb) Eu égard à ce qui précède, le calcul du SECO, dans la mesure où il ne tient pas compte du montant des indemnités de vacances pour compléter le gain assuré durant les mois lors desquels le recourant n'a été employé que quelques jours (soit novembre et décembre 2006) ne saurait être avalisé. Le montant total des indemnités de vacances perçues pour la période d'août 2006 à juillet 2007, soit 6'298 fr. 70, devra être converti en jours de vacances utilisés durant les périodes creuses, conformément aux modalités de calcul de la circulaire du SECO. La Cour de céans s'étonne d'ailleurs que le SECO, dans sa prise de position du 2 décembre 2010, se soit écarté de la pratique relative à la prise en compte des indemnités de vacances qu'il a lui-même consacrée dans sa directive.

9. Compte tenu de ce qui précède, le calcul du SECO sur lequel se fondent les décisions de la caisse du 18 juin 2009 et du 17 décembre 2009 s'avère inexact. Il y a donc lieu d'admettre partiellement le recours et de renvoyer la cause à la caisse pour nouveau calcul du gain assuré au sens des considérants et nouvelle décision.

Le recourant, qui obtient partiellement 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,
LA CHAMBRE 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 19 juin 2009 et du 17 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