

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), comédien, est inscrit à l'assurance chômage depuis le 11 août 2008 et plusieurs délais-cadres ont été ouverts en sa faveur, notamment du 1^{er} septembre 2010 au 31 août 2012. Il s'est adressé à la caisse de chômage du SIT (ci-après la caisse). Son gain assuré a alors été fixé à 7'222 fr.
2. L'assuré a régulièrement déclaré les gains intermédiaires réalisés auprès de plusieurs compagnies de théâtre. Il a en particulier été engagé, comme comédien et/ou scénographe par X_____ du 1^{er} novembre au 15 décembre 2010, par Y_____ Cie du 1^{er} au 31 janvier 2011, par le Théâtre Z_____ du 1^{er} février au 10 avril 2011, par le Théâtre XA_____ du 11 au 30 avril 2011.
3. L'assuré a ensuite conclu les contrats de travail suivants avec L'atelier XB_____ (ci-après l'employeur) pour le spectacle de Cyrano de Bergerac:
 - en qualité de comédien, du 1^{er} août au 3 octobre 2011, au Théâtre XC_____, pour un salaire brut, hors vacances, de 11'500 fr., selon contrat conclu le 17 juillet 2011;
 - le 4 octobre 2011, au Théâtre XD_____ pour un salaire de 250 fr., ainsi que les 2, 3 et 4 novembre 2011 au Théâtre XE_____ à Fribourg pour un salaire de 1'000 fr., selon avenant au contrat de travail du 17 juillet 2011, conclu le 30 septembre 2011.
4. Le 3 octobre 2011, l'assuré et l'employeur ont conclu deux contrats annulant et remplaçant l'avenant du 30 septembre 2011, comme suit:
 - le 4 octobre 2011 au Théâtre XD_____, en qualité de comédien, pour un salaire de 250 fr., hors vacances;
 - du 2 au 4 novembre 2011, au Théâtre XE_____ à Fribourg, en qualité de scénographe et comédien, pour un salaire de 1'000 fr. hors vacances.
5. L'assuré a encore travaillé avec l'association Théâtre XF_____ du 8 novembre 2011 au 8 janvier 2012 et avec la Compagnie XG_____ du 10 du 1^{er} août au 30 septembre 2012.
6. Un nouveau délai cadre a été ouvert en faveur de l'assuré du 1^{er} octobre 2012 au 30 septembre 2014.
7. La caisse a fixé son gain assuré à 5'652 fr. en considérant notamment que la période de travail effectuée pour l'employeur du 1^{er} août au 4 novembre 2011 constituait une période de cotisation ininterrompue.

8. L'assuré s'est opposé au décompte de ses indemnités de chômage d'octobre 2012, et a transmis copie des contrats de travail du 3 octobre 2011 annulant l'avenant du 30 septembre 2011, précédemment transmis.
9. Par décision du 29 novembre 2012, la caisse a considéré que la période du 4 octobre au 4 novembre 2011 devait être considérée comme une période de cotisation ininterrompue, dès lors que les contrats avaient été conclus avec le même employeur, pour le même spectacle, et sans interruption par un mois civil complet.
10. L'employeur a indiqué à la caisse que l'avenant du 30 septembre 2011 avait été annulé par deux contrats distincts car il n'est pas dans l'intérêt de l'employeur de garder sous contrat un artiste non rémunéré sur une période de non-activité prolongée. Durant la période entre les dates d'engagement, l'assuré n'était pas employé et libre de contracter un contrat auprès d'autres employeurs.
11. Le 15 décembre 2012, l'assuré a formé opposition à la décision du 29 novembre 2012. Il conclut à ce que les périodes de cotisation, du 1^{er} au 4 octobre 2011 et du 2 au 4 novembre 2011 soient considérées comme distinctes, au sens de la circulaire LACI B-10. En effet, il n'est pas rare qu'un spectacle soit repris en tournée, parfois rapidement après la précédente, mais aussi jusqu'à plusieurs années plus tard, sans qu'il s'agisse de la prolongation du contrat initial. Il s'agit donc bien de contrats distincts.
12. Par décision sur opposition du 13 février 2013, la caisse a rejeté l'opposition, en maintenant sa motivation et en précisant que le no B150b Bulletin LACI s'applique aux employés d'agence d'intérim.
13. Par acte du 18 mars 2013, représenté par un avocat, l'assuré a déposé un recours contre la décision sur opposition. Il conclut à l'annulation de la décision et à ce que les périodes de cotisation du 4 octobre, puis celle du 2 au 4 novembre 2011 soient considérées comme distinctes, pour le calcul des périodes de cotisation et du gain assuré, avec suite de dépens. Contrairement à l'avis de la caisse, il ressort des contrats successifs conclus avec l'employeur que la situation de l'assuré ne se limitait pas à un seul et unique contrat au sens du numéro B150a du bulletin LACI, qui concerne la situation du salarié effectuant plusieurs missions irrégulières dans le cadre d'un seul et même contrat de travail auprès du même employeur. Le recourant a en effet conclu d'autres contrats de travail distincts avec l'employeur, le premier comme comédien à XD_____ le 4 octobre 2011 et le second, près d'un mois plus tard, du 2 au 4 novembre 2011 comme comédien et scénographe à Fribourg. L'annulation de l'avenant au contrat de travail d'origine a été décidée le 3 octobre 2011 déjà, soit trois jours seulement après la conclusion de l'avenant, d'un commun accord. Plus aucune disposition légale ne contient de règle selon laquelle l'octroi d'une nouvelle période de cotisations dépendrait d'une période d'un mois sans travail, contrairement à ce que soutient la caisse.

Il produit la détermination du SECO au Syndicat suisse romand du spectacle du 24 janvier 2013 concernant le numéro B150b-bulletin LACI. L'indication selon laquelle s'il y a moins d'un mois entre deux missions, alors la caisse doit compter l'ensemble de la période, n'est pas correcte et ne doit pas être inférée de l'exemple présenté sous ce chiffre. Dans ce type de contrat de travail, la période de cotisations recouvre, en effet, intégralement les périodes travaillées. La durée séparant deux missions auprès du même employeur est indifférente.

14. La caisse a persisté le 8 avril 2013. A la demande réitérée de la Cour de céans, elle a produit son dossier le 20 juin 2013.
15. Invité à consulter les pièces et à se déterminer, l'assuré a précisé le 5 juillet 2013 que les questions posées au SECO n'étaient pas formulées de façon orientée. Il produit le courriel du 15 janvier 2013 du Syndicat suisse romand du spectacle au SECO. Après avoir cité le numéro B150b du bulletin LACI, le syndicat indique qu'il lui a été affirmé que s'il y avait moins d'un mois entre deux missions, alors la caisse devait compter l'ensemble de la période et précise qu'il ne trouve pas trace de cela dans le formulaire du B150b, tout en relevant que dans l'exemple illustré, tel est bien le cas, mais que cela irait à l'encontre de la volonté de permettre un calcul du gain assuré proche de la réalité et reviendrait à retourner aux anciennes pratiques.
16. Par pli du 21 août 2013, la caisse a informé la Cour de céans qu'elle avait procédé à un réexamen du dossier de l'assuré, assisté d'un avocat conseil spécialisé dans le droit du travail et qu'à l'issue de celui-ci elle acquiesçait à aux conclusions de l'assuré. Il s'avère ainsi que les rapports de travail entre l'assuré et l'employeur s'étendaient entre trois périodes distinctes allant du 1^{er} août au 3 octobre 2011, du 4 octobre 2011 puis du 2 au 4 novembre 2011. Il s'agit donc de contrats de durée déterminée distincts et, a contrario, aucun contrat ne courait entre le 5 octobre et le 3 novembre 2011 entre les deux parties.
17. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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

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

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable.
3. Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA).
4. Le litige porte sur les périodes de cotisation à prendre en compte pour fixer le gain assuré, en particulier sur le fait de savoir si l'assuré a été lié par trois contrats de travail distincts ou un seul du 1^{er} août au 4 novembre 2011.
5. a) 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, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (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 218 consid. 2).

b) L'art. 13 al. 1^{er} LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Selon l'al. 4, le Conseil fédéral peut fixer des règles de calcul et la durée des périodes de cotisation tenant compte des conditions particulières pour les assurés qui tombent au chômage après avoir travaillé dans une profession où les changements d'employeur ou les contrats de durée limitée sont usuels.

6. L'art. 11 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI ; RS 837.02) précise que 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. 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2). Les périodes assimilées à des périodes de cotisation (art. 13, al. 2, LACI) et celles pour lesquelles l'assuré a touché une indemnité de vacances comptent de même (al. 3). La période de cotisation des personnes occupées à temps partiel est calculée d'après les règles applicables aux travailleurs occupés à plein temps. Lorsque l'assuré exerce simultanément plusieurs activités à temps partiel, la période de cotisation ne compte qu'une seule fois (al. 4).

Selon l'art. 13 OACI, dans les professions visées à l'art. 8 OACI (musicien, acteur, artiste, journaliste, etc.) où les changements d'emploi ou les engagements de durée limitée sont fréquents, la période de cotisation accomplie pendant les 60 premiers jours civils d'un engagement de durée limitée compte double.

7. Selon les directives du SECO (bulletin LACI, état 2013), lorsque des missions sont effectuées de manière irrégulière dans le cadre d'un seul et même contrat de travail (p. ex. pour le travail sur appel), il convient de considérer tous les mois comportant une période de travail comme un mois entier de cotisation. Ceci vaut également pour les mois durant lesquels l'assuré n'a travaillé que quelques jours, voire seulement un jour, et qu'il n'a pas travaillé au cours du mois précédent ou suivant. Les mois durant lesquels l'assuré n'a pas du tout travaillé ne sont pas considérés comme période de cotisation (cf. ATF du 26 août 2008, 8C_20/2008 et du 29 janvier 2009, 8C_836/2008.). Le calcul de la période de cotisation court à partir du début des rapports de travail jusqu'à la fin de ceux-ci uniquement lorsque le travail a débuté (resp. s'est terminé) en cours de mois (calcul au prorata) conformément à l'art. 11, al. 2, OACI (B150a)

Par contre, lorsque des missions sont effectuées auprès du même employeur mais toujours dans le cadre de contrats de travail distincts les uns des autres (p. ex. contrats de mission pour du travail temporaire), elles doivent être considérées comme des contrats de travail indépendants. Le calcul de la période de cotisation se base, dans ce cas, sur un découpage au prorata des mois civils sur lesquels porte la mission, du début à la fin de celle-ci (B150b).

8. En l'espèce, il est établi que l'assuré a conclu un premier contrat de travail avec l'employeur le 17 juillet 2011, en qualité de comédien, pour collaborer au spectacle "Cyrano de Bergerac" au Théâtre XC_____ à Genève du 1^{er} août au 3 octobre 2011. Ce n'est que le 30 septembre 2011 que l'assuré a été engagé par le même employeur, pour jouer le même spectacle, mais au Théâtre XD_____ et à celui de Morges, respectivement le 4 octobre et du 2 au 4 novembre 2011, étant précisé que pour ces représentations-là, il était aussi engagé comme scénographe, ce qui explique certainement la différence de salaire et implique qu'il s'agit d'un contrat différent. La caisse a admis, après réexamen du cas, qu'il convient de considérer que l'assuré a été lié par trois contrats de travail distincts, l'un allant du 1^{er} août au 3 octobre 2011, l'autre pour le 4 octobre 2011 et le dernier du 2 au 4 novembre 2011. La position désormais commune des deux parties est en tout point conforme à la législation et aux directives du SECO, qui a au surplus confirmé que la durée séparant deux missions auprès du même employeur était indifférente dans le cadre du no B150b des directives.

Il s'avère notamment que lors de la conclusion du premier contrat, les parties n'avaient pas prévu de se lier pour des représentations ultérieures. De plus, l'assuré et l'employeur n'étaient liés par aucune obligation contractuelle du 5 octobre au 1^{er} novembre 2011, de sorte que l'assuré aurait pu accepter courant août de participer à une nouvelle tournée d'un de ses précédents spectacles durant cette période-là. De même, si l'assuré avait conclu courant août 2011 un contrat avec une autre compagnie pour jouer du 15 octobre au 15 décembre 2011, il n'aurait pas pu accepter l'offre de l'employeur de conclure un troisième contrat les liant du 2 au 4

novembre 2011, comme cela aurait été le cas fin 2012. Alors qu'il jouait avec l'atelier XB_____ "Mein Kampf" du 1^{er} au 30 novembre 2012, l'assuré a conclu un contrat le 2 novembre 2012 pour jouer "Mangeclous" avec une autre compagnie du 3 décembre 2012 au 3 février 2013, empêchant toute reprise de "Mein Kampf" en décembre 2012.

L'assuré a ainsi été lié par trois contrats distincts avec l'employeur, de sorte que la décision sur opposition du 13 février 2013, qui confirme la prise en compte d'une seule période de cotisation du 1^{er} août au 4 novembre 2011 pour déterminer le gain assuré, est mal fondée.

9. Le recours est admis et la décision du 13 février 2013 est annulée en tant qu'elle retient que la période du 1^{er} août au 4 novembre 2011 est une seule période de cotisation. La cause est renvoyée à l'intimé pour un nouveau calcul du gain assuré et une nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le recourant qui obtient gain de cause a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, fixée en fonction du nombre d'écritures et de leur pertinence, du nombre d'audience et de la complexité de l'affaire, soit en l'espèce à 1'000 fr. (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10).

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet, annule la décision du 13 février 2013 et renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
3. Condamne l'intimée au versement d'une indemnité de procédure de 1'000 fr. en faveur du recourant.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Irène PONCET

Sabina MASCOTTO

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