[AZA 7]
C 279/00 Mh

Ière Chambre

composée des Juges fédéraux Lustenberger, Président, Schön,
Widmer, Leuzinger et Ferrari; Addy, Greffier

Arrêt du 9 mai 2001

dans la cause
A._____, recourant,

contre
Office cantonal de l'emploi, rue des Glacis-de-Rive 4-6, 1207 Genève, intimé,

et
Commission cantonale de recours en matière d'assurance-chômage, Genève

A.- Après avoir bénéficié de trois délais-cadres d'indemnisation entre le 4 septembre 1991 et le 30 novembre 1997, A._____ s'est vu dénier le droit à de nouvelles prestations de l'assurance-chômage au motif qu'il ne satisfaisait pas aux conditions relatives à la période de cotisation (décision du 5 janvier 1998 de la Caisse cantonale genevoise de chômage).
A la demande de la caisse de chômage, la section des enquêtes de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : la section des enquêtes de l'OCE) a examiné la situation de A._____ vis-à-vis de l'assurance-chômage, plus particulièrement ses liens et ceux de son épouse avec des sociétés pour lesquelles il avait travaillé avant de tomber au chômage ainsi qu'entre ses périodes d'indemnisation.
Dans un rapport du 29 octobre 1998, la section des enquêtes de l'OCE a relevé que A._____ était ou avait été propriétaire économique de quatre sociétés sises dans le canton de Genève et en France voisine (B._____ SA, C._____ Sàrl, D._____ SA et E._____ SA); qu'il se trouvait dans une situation financière difficile depuis 1988/1989; qu'il avait depuis lors occupé à plusieurs reprises une activité salariée dans ses propres sociétés, notamment en qualité de directeur de B._____ SA du 1er décembre 1992 au 30 juin 1993 (pour un salaire de 7500 fr.) et du 1er juillet 1995 au 30 novembre 1995 (pour un salaire de 8000 fr.); que ses périodes d'activité avaient systématiquement été interrompues en raison de "la non réalisation des affaires prévues"; que la durée de ces périodes d'activité avait néanmoins été suffisante pour justifier, à chaque fois, l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation; que les cotisations d'assurance-chômage avaient toujours été payées à la caisse de compensation bien que les salaires correspondants n'avaient pas été versés par la société.
Sur le vu de ces constatations, la Section assurance-chômage de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : la SACH) a rendu, le 17 février 1999, une décision par laquelle elle a nié le droit de A._____ à des prestations de chômage depuis l'ouverture de son premier délai-cadre d'indemnisation le 4 septembre 1991. Pour l'essentiel, la SACH a considéré que A._____ était dans une situation comparable à celle d'un employeur, vu sa qualité d'actionnaire et d'administrateur unique de ses sociétés, de telle sorte qu'il n'avait pas droit à des indemnités de chômage.
Saisi d'un recours de A._____, le Groupe réclamations de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : le Groupe réclamations de l'OCE) l'a partiellement admis, en ce sens qu'il n'a nié le droit à des indemnités journalières que pour le deuxième et le troisième délai-cadre, mais non pour le premier (décision du 18 juin 1999).

B.- A._____ a recouru contre cette décision.
Par jugement du 30 septembre 1999, la Commission cantonale genevoise de recours en matière d'assurance-chômage a rejeté le recours.

C.- A._____ interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont il requiert implicitement l'annulation, en concluant à ce que les prestations de chômage qu'il a perçues soient reconnues comme étant

justifiées et, en tout état de cause, à ce qu'il soit constaté que leur remboursement ne peut pas être exigé de sa part, vu sa situation financière difficile.
La SACH et le Secrétariat d'Etat à l'économie ont renoncé à se déterminer sur le recours.

Considérant en droit :

1.- La contestation a pour objet la décision de la SACH du 17 février 1999 qui a été portée devant le Groupe réclamations de l'OCE à la suite du recours de l'assuré.
Dans sa décision du 18 juin 1999, le Groupe réclamations a constaté que le recourant avait droit à des indemnités de chômage pour son premier délai-cadre d'indemnisation (soit du 4 septembre 1991 au 3 septembre 1993), mais qu'il ne remplissait pas, en revanche, les conditions requises pour prétendre de telles indemnités durant les deux délais-cadres suivants (soit du 22 septembre 1993 au 21 septembre 1995, et du 1er décembre 1995 au 30 novembre 1997). L'objet de la contestation se limite donc au point de savoir si le recourant réalisait, durant ces périodes, les conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8ss LACI).
Dans cette mesure, sa conclusion tendant à faire constater que le remboursement des prestations litigieuses ne peut, vu sa situation financière difficile, être exigé de sa part, sort de l'objet de la contestation et doit être déclarée irrecevable. C'est en effet seulement lorsque la caisse aura rendu, conformément à l'art. 95 al. 1 LACI, une décision en restitution des prestations versées à tort, que la question soulevée par le recourant en relation avec sa situation financière pourra et devra, si nécessaire, être examinée (ATF 126 V 399 consid. 2).

2.- a) D'après la jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI (ATF 123 V 234). Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise.
Dans ce sens, il existe donc un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage.
La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb).

b) En l'espèce, seul est encore litigieux, en instance fédérale, le droit à des prestations de chômage se rapportant au deuxième et au troisième délai-cadre d'indemnisation (soit du 22 septembre 1993 au 21 septembre 1995, et du 1er décembre 1995 au 30 novembre 1997). Cela étant, il est constant qu'à l'ouverture de ces deux délais-cadres, le recourant occupait le poste de Président du conseil d'administration de la société B._____ SA, dont il était également, selon ses déclarations, le propriétaire économique.
A ce titre, il pouvait donc décider seul de son engagement comme travailleur salarié au service de cette société et, de la même façon, de son licenciement. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait en entrant, le 1er décembre 1992, au service de B._____ SA comme directeur, avant de se licencier lui-même pour le 30 juin 1993; par ailleurs, c'est son épouse F._____ qui a procédé à son engagement et à son licenciement concernant le gain intermédiaire qu'il a annoncé à la caisse pour la période du 1er au 30 septembre 1994; quant à sa troisième et dernière période d'activité au service de B._____ SA, les lettres d'engagement et de licenciement ont été signées par sa fille : en l'absence d'autres indications - la prénommée n'était pas membre du conseil d'administration de la société et n'occupait, semble-t-il, pas de poste de direction au sein de celle-ci -, il faut admettre que ces formalités ont été faites à la demande de A._____ pour les besoins de la cause, et à titre d'acte de pure complaisance, comme F._____ l'a d'ailleurs précisé au sujet d'un autre contrat d'engagement que sa fille

avait signé en sa faveur (cf. lettre du 24 avril 1998 de F._____ à l'OCE).
On ajoutera encore, à toutes fins utiles, que les attestations d'employeur de l'assurance-chômage ont été signées, soit directement par le recourant lui-même - y compris à des dates où il n'était plus directeur de B._____ SA (cf. attestation du 22 septembre 1993) -, soit par son épouse.

c) Au regard de ces circonstances, le recourant ne remplissait pas, au moment déterminant, les conditions pour prétendre des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, et ne pouvait pas davantage, compte tenu de son statut au sein de la société B._____ SA, obtenir des indemnités de chômage. A cet égard, il convient de relever que son droit à de telles indemnités n'était pas, comme il le soutient, "d'emblée" exclu : c'est en effet seulement parce qu'il a continué, après s'être trouvé au chômage, à occuper une fonction dirigeante dans sa société et à entretenir avec elle des liens étroits que sa situation doit être comparée à celle d'un employeur et que des prestations de l'assurance-chômage ne peuvent lui être reconnues. Il en irait différemment s'il avait quitté une fois pour toutes sa société ou s'il avait rompu définitivement tout lien avec celle-ci (supra consid. 2a in fine).
3.- Si le droit du recourant à des indemnités de chômage doit être nié, c'est non seulement parce que sa situation était comparable, durant la période considérée, à celle d'un employeur, mais encore parce qu'il était inapte au placement : plusieurs fois exprimée, sa volonté tendait en effet tout entière vers un seul but, à savoir faire redémarrer les activités de la société B._____ SA. Il n'était donc, en réalité, pas disposé à prendre une activité salariée auprès d'un employeur potentiel. Preuve en est qu'il a accepté de travailler sans rémunération pour B._____ SA - les salaires étaient certes comptabilisés, mais non versés (cf. infra consid. 4b) - et qu'il a de surcroît refusé de prendre un emploi temporaire afin de pouvoir prolonger, pour un temps limité, son activité auprès de cette société (cf. sa lettre du 30 juin 1995 à la caisse de chômage). A cela s'ajoute que la quasi totalité de ses nombreuses offres de service ont été adressées à des sociétés internationales auxquelles il proposait de mettre à disposition ses compétences dans le domaine bancaire et financier. Dans la mesure où B._____ SA était précisément active dans ce domaine d'activité, la nature des recherches d'emploi effectuées par le recourant ne fait
donc que souligner le fait que son véritable but n'était pas tant de se trouver un emploi salarié que de réactiver sa société, ainsi que l'ont également relevé les premiers juges.

4.- En plus des motifs exposés aux considérants qui précèdent, le recours doit encore être rejeté pour une autre raison.

a) Aux termes de l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI) a exercé durant six mois au moins, une activité soumise à cotisation, remplit les conditions relatives à la période de cotisation.
Selon la jurisprudence, l'art. 13 al. 1 LACI présuppose que l'assuré ait effectivement exercé une activité soumise à cotisation, mais non que l'employeur ait réellement transféré à la caisse de compensation la cotisation du salarié, en sa qualité d'organe participant à la procédure de perception des cotisations (ATF 113 V 352).

b) En l'espèce, la société B._____ SA a certes payé des cotisations à la caisse de chômage; mais elle n'a en revanche pas versé au recourant les salaires correspondants à ces cotisations, contrairement à ce qu'elle a annoncé tant aux organes de l'AVS (en omettant d'apposer la mention "pas de salaire", comme exigé sur la déclaration lorsque l'employeur n'a pas versé de salaire) qu'à la caisse de chômage (en indiquant sur les attestations d'employeur que les salaires avaient été versés pour la période allant jusqu'au dernier jour de travail effectué). Le recourant a en effet reconnu qu'il n'avait touché aucune rémunération effective pour son activité de directeur B._____ SA, seule une créance de salaire en sa faveur ayant été comptabilisée dans les comptes de la société.

c) Cette circonstance - inhabituelle - appelle d'apporter une précision à la jurisprudence publiée aux ATF 113 V 352, en ce sens que l'exercice effectif d'une activité salariée, comme exigence qui doit être satisfaite pour remplir les conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI), implique également qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (cf. DTA 1988, no 1, p. 19 sv. consid. 3b/c non publié aux ATF 113 V 352). L'art. 13 al. 1 LACI exige en effet l'exercice d'une activité soumise à cotisation; or, aux termes de l'art.

2 al. 1 let. a LACI, est tenu de payer des cotisations celui qui est obligatoirement assuré selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) et doit payer des cotisations sur le revenu d'une activité dépendante en vertu de cette loi; il n'y a donc pas d'activité soumise à cotisation en l'absence d'une rémunération versée à l'assuré. Par ailleurs, la qualité d'employeur au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LACI présuppose également, en vertu du renvoi à l'art. 12 LAVS, le versement d'une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (voir aussi Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in :
Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 1998, ch. 161; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, 1987, note 8 ad art. 13 LACI, p. 170).
Outre qu'elle découle de l'interprétation de la loi, l'exigence d'un salaire effectif - pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont réunies - présente également l'avantage de prévenir les abus qui pourraient résulter en cas d'accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second (surtout lorsque, comme c'est le cas en l'occurrence, l'employeur et le travailleur ne font en réalité qu'une seule et même personne). A cet égard, les principes jurisprudentiels développés à propos de l'art. 23 al. 1 LACI peuvent être transposés mutatis mutandis : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération, sous l'angle de l'art. 13 al. 1 LACI, que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 1995 no 15 p. 79ss).
Le recourant, qui n'a pas reçu de salaire durant ses périodes d'activité au service de B._____ SA, ne remplit par conséquent pas les conditions relatives à la période de cotisation.

5.- En tout point mal fondé, le recours doit être rejeté.
Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances

prononce :

I. Dans la mesure où il est recevable, le recours est
rejeté.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice.
III. Le présent arrêt sera communiqué aux parties, à la Commission cantonale genevoise de recours en matière d'assurance-chômage et au Secrétariat d'Etat à

l'économie.
Lucerne, le 9 mai 2001

Au nom du
Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la Ière Chambre :

Le Greffier :