RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1941/2021-EXPLOI **ATA/316/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 mars 2022

1ère section

dans la cause

A_____ SÀRL
représentée par Me Gabriel Aubert, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

EN FAIT

1) A_____ Sàrl (ci-après : A_____) est une société ayant pour but l'aide et les soins professionnels ou les services à domicile pour des personnes nécessiteuses, le transport de personnes, notamment à mobilité réduite, ainsi que le transport de produits sanguins, médicaments et toute autre marchandise.

Madame B_____ en est l'associée gérante et Monsieur C_____, le directeur.

2) Le 23 mai 2018, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), rattaché au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé, devenu depuis lors le département de l'économie et de l'emploi, a demandé à A_____ de lui décrire ses activités, afin qu'il puisse déterminer si celles-ci étaient assujetties à autorisation.

Le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) l'avait informé que la société pratiquerait la location de services sans autorisation dans le domaine des soins à domicile. Il y avait rapport de location de services lorsqu'une entreprise déléguait son personnel à des clients dans le domaine des soins d'aide à domicile, sauf lorsqu'il s'agissait de soins prodigués pris en charge dans le cadre de la législation sur l'assurance-maladie. La location de services était soumise à autorisation de l'OCE et quiconque pratiquait cette activité sans autorisation s'exposait à des sanctions pénales.

3) Le 27 juillet 2018, A_____ a contesté la réalisation des conditions de la location de services.

Il ne découlait pas de la distinction faite par le Tribunal fédéral entre, d'une part, les prestations fournies selon le régime de l'assurance-maladie et, d'autre part, celles pouvant relever de la location de services lorsque le salarié était soumis aux instructions du client, que toute activité fournie hors du régime de l'assurance-maladie relevait de la location de services. Il convenait d'examiner chaque cas particulier, pour déterminer si le locataire des services exerçait une partie importante du droit de donner des instructions à l'employé. Or, la société, qui s'occupait alors d'une douzaine de personnes, pour lesquelles les prestations étaient détaillées, travaillait essentiellement pour des curateurs, parfois pour des proches des intéressés, et prenait toutes les dispositions et décisions pour gérer le ménage et la vie quotidienne de ses clients (assistance à la personne, fourniture des repas, gestion de l'argent de poche, achats nécessaires auxquels les intéressés ne pouvaient même pas songer, contacts avec des tiers, auxquels les intéressés ne pensaient pas spontanément, comme le médecin, le jardinier, le vétérinaire ou les entreprises en cas d'inondation, conduite à l'hôpital). Ni les clients, ni les curateurs, ni les proches ne donnaient des ordres à sa directrice ou à ses employés.

Il n'y avait aucune délégation aux clients du droit de donner des instructions à son personnel.

4) Le 27 août 2018, sur demande de l'OCE, A_____ a versé à la procédure un « contrat de mandat », non signé, du 23 septembre 2017 avec l'une de ses clientes, représentée par son curateur (ci-après : le contrat de mandat), un contrat de travail du 1er décembre 2017 avec l'une de ses employées (ci-après : le contrat de travail), et le cahier des charges établi pour l'exécution du contrat de mandat. Elle a souligné que le contrat de mandat ne prévoyait pas que le personnel soit soumis aux instructions du mandant, que le contrat de travail ne prévoyait pas que l'employée soit soumise aux instructions de la cliente et que le cahier des charges contenait des instructions à ses employées, dont sa directrice, en contact quotidien avec le personnel et la patiente, surveillait le respect.

5) Le 7 septembre 2018, le SECO a expliqué sa position à l'OCE. Sa pratique constante était de considérer qu'en principe, toute société active dans le domaine de l'assistance à domicile était soumise à la législation sur le service de l'emploi et la location de services et devait être au bénéfice d'une autorisation de pratiquer la location de services.

Il y avait lieu, de manière générale, d'examiner les situations au cas par cas. Les prestations non remboursées par l'assurance-maladie obligatoire représentaient des actes du quotidien basiques, pour lesquels même une personne âgée, atteinte de troubles psychiques ou grabataire, pouvait donner des instructions simples. Dans le cas contraire, il était peu probable que le patient puisse rester chez lui sans être placé dans un établissement spécialisé. Si le patient n'était plus en mesure de donner des instructions, c'étaient souvent les proches de la personne âgée qui s'en chargeaient à sa place. Il ne pouvait toutefois pas être totalement exclu qu'une très petite minorité de situations de soins à domicile soit exclue du champ d'application de la législation sur le service de l'emploi et la location de services. Il était cependant impossible qu'une entreprise d'assistance à domicile travaille uniquement avec des clients dans un état de santé de telle gravité que tout rapport de location de services doive être exclu.

6) Le 5 novembre 2018, le SECO a confirmé à l'OCE sa position s'agissant du cas particulier.

Dans la pratique, il suffisait que le bailleur de services et l'entreprise locataire de services partagent le pouvoir de direction. S'il était exact qu'il fallait dans chaque cas particulier examiner l'activité concrète accomplie chez le client, les personnes aidées à domicile n'étant plus en mesure de donner des instructions constituaient des cas exceptionnels et ne représentaient jamais la majorité de la clientèle d'une entreprise active dans le domaine. De manière générale, les personnes bénéficiant de ces services n'étaient pas dans une telle situation de dépendance qu'elles n'étaient plus du tout en mesure de donner quelque instruction

que ce soit (état végétatif). Tant une personne grabataire que dépressive ou alcoolique disposait encore de la faculté de donner spontanément un ordre ou une instruction à la personne chargée de l'assistance, que cela soit concernant le repas, le loisir de la journée ou la façon d'exécuter des tâches ménagères. Sept des cas mentionnés par A_____ ne présentaient pas de troubles de santé tels que les personnes concernées n'étaient plus du tout en mesure de communiquer et donc de donner des instructions au personnel d'assistance.

7) Le 6 novembre 2018, l'OCE, qui a indiqué être disposé à prononcer une décision formelle d'assujettissement sur requête en ce sens, a invité A_____ à régulariser la situation légale dans les meilleurs délais en déposant une demande d'autorisation de pratiquer la location de services. Il a repris les explications fournies par le SECO le 5 novembre 2018.

8) Le 4 décembre 2018, A_____ a proposé à l'OCE, qui ne pouvait déléguer l'instruction du dossier à une autorité de recours, d'effectuer un transport sur place chez ses clients, alternativement de lui fournir des attestations des curateurs.

L'OCE avait adopté un raisonnement contraire à la jurisprudence et au texte réglementaire, seul le transfert d'une partie essentielle du pouvoir de direction étant déterminant. L'autorité n'avait pas examiné cette question dans le cas d'espèce, s'étant fondée sur des généralités et non des constatations concrètes. Contrairement aux entreprises que l'OCE prenait implicitement pour comparaison, elle recevait un nombre limité de mandats, vu la nature des services fournis. Le contenu des mandats confiés par les clients, respectivement les curateurs, ne pouvait être négligé.

9) Le 25 avril 2019, A_____ a transmis à l'OCE une lettre explicative de deux curateurs, Messieurs D_____ et E_____, un questionnaire rempli par ces derniers et des fiches de services concernant les clients de la société.

10) Le 25 novembre 2019, A_____ a répondu aux demandes formulées par l'OCE à la suite de son courrier du 4 décembre 2018, versant à la procédure un courrier des deux curateurs de neuf des onze personnes dont elle s'occupait alors, un formulaire – préalablement validé par l'OCE – rempli par chacun de ces deux curateurs et dix fiches de services. Elle a par ailleurs renouvelé son invitation à rencontrer les intéressés lors d'un transport sur place, ce qui permettrait de constater les réalités de la démence ou du grand âge et a indiqué que les curateurs seraient « ravis » d'expliquer chacun des cas, les pupilles n'étant pas en mesure, selon eux, pour des raisons médicales diverses, d'exercer un pouvoir, même partiel, de direction.

11) Par décision du 3 mai 2021, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCE a prononcé l'assujettissement de A_____ à la législation sur le service de l'emploi et la location de services dans le cadre de son activité de mise à disposition de

personnel dans le domaine des soins d'aide à domicile à des personnes nécessiteuses et l'a enjointe à lui faire parvenir un dossier complet de demande d'autorisation dans le délai imparti, à défaut de quoi une peine prévue par ladite législation serait prononcée.

L'activité consistant à mettre à disposition du personnel dans le domaine des soins à domicile à des personnes nécessiteuses devait être qualifiée de location de services.

12) a. Par acte du 3 juin 2021, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à la production du dossier de l'OCE, à l'annulation de la décision attaquée et à l'allocation d'une indemnité à titre de dépens. Elle a sollicité l'audition des répondants, soit des trois curateurs ou des proches, s'est déclarée disposée à fournir les noms des médecins pouvant être interrogés et a proposé un transport sur place, sauf contre-indication par les médecins.

L'OCE n'avait pas procédé aux actes d'instruction sollicités, ni répondu à ses arguments juridiques. Il ne s'était pas soucié de l'évolution depuis le 25 avril 2019, sa décision étant intervenue subitement sur un état de fait dépassé. L'OCE commettait une erreur de droit en retenant comme critère distinctif un simple partage du droit de donner des instructions, critère contraire à l'ordonnance applicable et sans appui dans la jurisprudence. La décision était dépourvue d'état de fait et se fondait sur un état de fait vieux de deux ans, de sorte qu'elle était potentiellement nulle pour violation de son droit d'être entendue sur la situation actuelle. Elle avait désormais huit clients, soit cinq des onze anciens clients et trois nouveaux, sept étant sous curatelle de trois curateurs différents et un aidé par un proche. Elle expliquait pour chaque client la situation et le contenu de l'accompagnement. Elle n'avait pas pour mandat de fournir des salariés à qui les clients donnaient des instructions, mais remplissait un mandat, dirigeant elle-même ses salariés, pour gérer son mandat. Elle rendait ses services « clé en main » et n'était pas loueuse de services. L'OCE s'était fondé sur « ce qu'il semblait et ne pouvait être exclu », alors qu'il lui appartenait et qu'il était possible d'établir des faits précis, ce qui consacrait une erreur de fait. Lorsque son employée venait effectuer la promenade ou préparer un repas, il se pouvait que le client émette une préférence ou demande une promenade puis refuse de sortir et qu'il faille le convaincre, ou qu'il refuse un aliment qu'il paraissait apprécier. L'employée devait néanmoins effectuer le travail demandé par A_____. Tenu par ses instructions, le personnel ne pouvait pas céder d'emblée aux refus de personnes, qui, de toute façon, n'étaient pas en état de se décider librement. Par ailleurs, les cas visés par l'OCE ne correspondaient plus à sa situation actuelle, ce qui consacrait également une erreur de fait.

b. À l'appui de son recours, elle a notamment versé à la procédure les huit fiches de services concernant ses clients actuels.

13) Par réponse du 6 juillet 2021, l'OCE a persisté intégralement dans sa décision.

Il ne pouvait être exclu que les clients actuels de A_____, ou à tout le moins certains d'entre eux, puissent donner au minimum certaines instructions simples relevant de la vie quotidienne. La maladie d'Alzheimer, dont souffraient plusieurs clients de A_____, évoluait généralement sur une longue période, parfois plusieurs années, une personne atteinte de cette maladie n'étant pas totalement dépendante, à tout le moins au début de la maladie. Même à un stade avancé, le malade avait des moments de lucidité et était en mesure de donner des instructions et prendre de petites décisions. A_____, qui reconnaissait pourtant cette évolution, s'abstenait de détailler le degré d'avancement de la maladie chez ses clients. De plus, il était très probable que les proches ou les éventuels curateurs des clients donnent à A_____ des instructions et dirigent le travail de ses employés. Le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de confirmer que le partage du pouvoir de direction suffisait pour conclure à un rapport de location de services. Le site internet de A_____ indiquait que ses prestations étaient destinées à toutes les personnes se trouvant dans l'impossibilité de gérer leurs tâches quotidiennes sans une aide extérieure et mentionnait également accompagner toutes les personnes dépendantes, notamment les personnes convalescentes et isolées. Des personnes isolées pouvaient donner des instructions au personnel accompagnant. Les clients pouvaient demander des instructions spécifiques à tout moment en fonction notamment de leurs envies à leur accompagnant, lequel était disponible toute la semaine, jour et nuit. Le site internet démontrait que A_____ souhaitait développer le nombre de ses clients et était prête à accepter toutes sortes de personnes, quel que soit leur état, requérant un aide-soignant, ce qui était corroboré par son but social.

14) Par réplique du 6 août 2021, A_____ a persisté dans ses conclusions et son argumentation.

15) Le 18 août 2021, l'OCE a maintenu sa position.

Les travailleurs œuvraient dans le cas d'espèce au domicile des personnes nécessiteuses. Ils utilisaient donc les outils et le matériel du client, ce qui était corroboré par les fiches de services et le contrat de mandat, lequel prévoyait le remboursement des frais sur présentation des justificatifs. La responsabilité du fait des auxiliaires était exclue. Les éléments contenus dans les fiches de services dénotaient que les clients de A_____ avaient une activité cognitive leur permettant notamment de donner des instructions et prendre certaines décisions.

16) a. Le 13 septembre 2021, A_____ a maintenu ses conclusions.

Une personne âgée ne pouvait être qualifiée d'entreprise de mission. Les employés utilisaient en effet en partie les ustensiles de cuisine des clients, mais le

faisaient de manière autonome. A_____ choisissait, achetait et cuisinait la nourriture, ainsi que se chargeait du choix, de la location, voire de l'achat du matériel médical, décisions que les clients étaient incapables de prendre eux-mêmes. Elle donnait d'ailleurs le plus souvent elle-même en location le matériel adéquat. Plutôt que de prouver la location de services, le remboursement des frais démontrait la présence d'un mandat qui ne se bornait pas à la sélection du personnel dont la direction était abandonnée à un tiers. D'entente avec les curateurs, elle avait conclu une assurance responsabilité civile pour son personnel. Le fait qu'un sinistre soit couvert pas une assurance et non par la société ne changeait rien. Une agence de location de services ne souscrivait pas à ce genre d'assurance pour tout acte engageant la responsabilité civile des employés, bien au contraire. On ne pouvait pas se fonder sur un texte télégraphique d'instructions internes formulées en vue de leur exécution sur place pour se prononcer sur l'état de santé de ses clients.

b. Elle a versé à la procédure une attestation du 8 septembre 2021 d'assurance responsabilité civile et du fait des produits.

17) Le 10 février 2022, sur demande de la chambre de céans, A_____ a transmis la liste de ses aides à domicile, ainsi que, pour chacun d'entre eux, la date à laquelle ils avaient été engagés, leur taux d'activité et le nombre de patients.

18) a. Le 4 mars 2022, a eu lieu une audience de comparution personnelle et d'enquêtes, lors de laquelle le représentant de A_____, M. C_____, a indiqué que la société avait actuellement six clients et employait dix-neuf salariés. Tous ses employés étaient attribués à l'ensemble des clients. La société proposait une prise en charge 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7. Les employés effectuaient un tournus afin d'assurer une présence continue chez chacun des clients. Aucun des clients de la société n'avait alors de famille et tous étaient exclusivement assistés de leur curateur. Les fiches de services et les « carnets de bord » étaient les seuls documents détaillant les activités quotidiennes des employés. En plus des fiches de services, il y avait des affiches dans la cuisine (concernant l'alimentation, l'hydratation, le contact en cas d'urgence), dans la chambre (concernant l'utilisation du matériel d'hygiène et le positionnement dans la chambre) ainsi que dans la salle de bain (concernant l'utilisation des produits de soins d'hygiène et de beauté ainsi que des petites images sur l'utilisation des dentiers). Ces affiches étaient régulièrement changées en fonction de la situation médicale du client et des transmissions entre collègues. Mme B_____, qui avait un double des clés de chaque client, se présentait sur place chaque jour. La durée de ses passages variait en fonction des besoins. Il lui arrivait de faire les courses, remplir le frigo et aider l'employé à la mise en place. M. C_____ se présentait sur place environ deux à trois fois par semaine. Il s'occupait de tout ce qui relevait du support, de l'administration et du matériel médical, étant précisé qu'il avait une expérience

médicale ayant travaillé comme aide-soignant dans les EMS et aux HUG. De par sa formation, il était également habilité à réparer les dysfonctionnements des appareils, qu'il s'agisse de matelas adaptés ou d'appareils à oxygène. Il apportait le matériel nécessaire en fonction des besoins médicaux. Il pouvait s'agir de cuillères adaptées, de lits médicaux ou d'élévateurs. Il apportait également le matériel nécessaire à la préparation des repas et à l'habillement. Le menu des repas était décidé en concertation avec les diététiciens, étant précisé que les clients n'étaient pas aptes à faire part de leurs volontés. Ils présentaient tous une démence très avancée, de sorte qu'il n'y avait aucune communication entre eux. Une simple fièvre était par exemple détectée par le personnel et ne pouvait pas être communiquée par le client. Les clients n'étaient pas à même de gérer leur vie. Les seuls moments où ils pouvaient se retrouver sans accompagnement étaient quand ils étaient couchés. Les employés devaient remplir quotidiennement des cahiers de transmission. Il s'agissait surtout de vérifier l'état de santé des clients, afin d'appeler le personnel médical en cas de nécessité. La société effectuait des plannings chaque mois afin d'attribuer les employés aux différents clients. Il pouvait arriver que pendant un mois un employé s'occupe du même client, mais en général cela changeait le mois d'après. Enfin, se référant à la pièce 6 recourante, M. C_____ a précisé que les clients actuels de la société étaient Mme « B. O. », M. « B. G. », Mme « H. I », Mme « R. F. », Mme « C. S. » et Mme « B. Z. ».

b. Mme B_____ a relevé que, pour la société, les clients étaient les curateurs, ce qui avait pour effet que sa clientèle était très spécialisée. Les personnes qu'ils soignaient n'avaient ni proches, ni famille. Le but de la société était d'en soigner un petit nombre dans le besoin et sans famille. Elle n'était pas intéressée par une clientèle nombreuse et un chiffre d'affaires élevé. Elle n'avait pas de communication avec les patients, qui n'étaient pas en mesure d'exprimer leurs souhaits. Elle se mettait à la place du patient et essayait d'anticiper ses besoins. S'agissant de la préparation des repas, il lui arrivait d'apporter ses propres casseroles quand elle amenait de la nourriture déjà préparée, qu'elle ramenait ensuite chez elle. Elle s'occupait également de changer du matériel utilisé (poêles, autre matériel de cuisine), ce qui pouvait l'amener à changer tout le matériel de cuisine suivant l'état. Cela valait également pour l'habillement (chaussettes, pyjamas, chemises trouées, etc.). Elle relevait le courrier de la boîte aux lettres régulièrement et le remettait au curateur du client.

c. Entendu en qualité de témoin, Monsieur F_____, aide-soignant et employé de A_____ à 50 %, a précisé avoir acquis plusieurs formations médicales aux Pays-Bas. Il avait travaillé auprès de deux clients au total depuis mai 2021, de nuit. En général, le client dormait déjà quand il arrivait chez lui. Il n'y avait pas de communication avec ses clients. Il se limitait à évaluer la situation. En cas de difficultés, il appelait M. C_____. Sa cliente actuelle ne pouvait pas s'occuper elle-même de son hygiène et de sa sécurité. Il devait

également s'assurer qu'elle ne quitte pas le bâtiment. Il n'était pas possible de laisser ses clients tout seuls, cela était même dangereux. Au courant du dernier mois, il avait appelé M. C_____ environ dix fois au sujet d'une situation délicate la nuit. Ce dernier était venu environ trois fois chez la cliente pour différents problèmes, notamment une chute.

d. Également entendue en qualité de témoin, Madame G_____, aide-soignante et employée de A_____ à 80 %, a indiqué qu'elle avait une formation médicale (aides en soins et accompagnement, soins palliatifs). Elle travaillait alors pour un seul client, étant précisé que les plannings changeaient tous les mois. Elle consacrait sept heures par jour à son client. Elle s'occupait entre autre de la préparation des repas, étant précisé que son patient n'était pas capable de lui communiquer ce qu'il souhaitait manger. Elle ne communiquait pas avec le curateur, car cela relevait de la responsabilité de Mme B_____. À sa connaissance, son client n'avait pas de famille. En raison de leur démence, les clients ne pouvaient pas lui communiquer leurs souhaits. Elle choisissait toutes les activités à effectuer et les clients la suivaient. En cas de problème, elle pouvait appeler Mme B_____ ou les infirmiers. Mme B_____ se présentait chez le client tous les jours pour voir comment cela se passait et évaluer la situation. Il y avait tout ce qu'il fallait sur place. La cuisine était équipée et adaptée aux besoins du client. Elle ne pouvait toutefois pas indiquer qui fournissait le matériel. C'était M. C_____ qui fixait les horaires et elle ne recevait pas d'autres instructions que celles de M. C_____ et Mme B_____.

e. Madame H_____, a expliqué être employée de A_____ à 100 % et au bénéfice d'une formation d'aide à domicile. Elle s'occupait alors d'une cliente et avait des horaires irréguliers. Elle avait toujours travaillé pour une seule cliente. Les menus étaient choisis par l'équipe en fonction de ce qui était apprécié par la cliente. Elle la connaissait bien de sorte qu'elle pouvait choisir des menus qu'elle appréciait. En cas de problème, elle appelait Mme B_____ ou M. C_____. Il arrivait souvent que ces derniers se présentent sur son lieu de travail. M. C_____ venait environ une fois par semaine et Mme B_____ environ deux fois. M. C_____ livrait le matériel dont ils avaient besoin (alèzes, matériel de cuisine, collants, remplacement d'appareils électroménagers). Sa cliente avait toujours besoin d'un accompagnement, que ce soit pour son hygiène ou sa sécurité. En général, aucune demande ne venait de la cliente. Elle ne recevait aucune instruction, autre que celles de M. C_____ et Mme B_____.

f. Madame I_____, aide-soignante et employée de A_____ à raison de 70 % à 80 %, a précisé avoir une formation médicale et avoir précédemment travaillé à la maison de retraite J_____. Elle s'occupait alors de deux personnes. En cas de problème, elle appelait Mme B_____ ou M. C_____. Ses clients ne lui demandaient rien en raison de leur état de santé. Elle évaluait la situation des clients et proposait des activités adaptées. Elle préparait les repas et suivait pour

cela le programme de la semaine qui était défini dans les fiches de service. Mme B_____ venait tous les matins. Le cas échéant, elle complétait la nourriture en faisant des courses. Elle ne communiquait jamais avec les curateurs des clients, ni avec leur famille. Ses clients ne pouvaient pas rester seuls et nécessitaient un accompagnement 24 heures sur 24. Mme B_____ ou M. C_____ apportait du matériel en cas de besoin (couches, crème, fauteuil roulant, etc). Si elle constatait qu'il manquait du matériel, elle contactait Mme B_____ ou M. C_____. La demande ne provenait jamais du client. C'était à elle qu'il appartenait de vérifier que les clients bénéficiaient de tout ce dont ils avaient besoin. Elle ne recevait aucune instruction, autre que celles de M. C_____ et Mme B_____.

19) Au terme de l'audience, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 38 al. 1, al. 2 let. a et al. 3 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 - RS 823.11 - LSE ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la -procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Le litige porte sur la conformité au droit de la décision de l'autorité intimée prononçant l'assujettissement de la recourante à la LSE dans le cadre de son activité dans le domaine des soins d'aide à domicile à des personnes nécessiteuses.

3) La recourante a sollicité sa comparution personnelle et l'audition des répondants, en particulier des trois curateurs de ses clients actuels ou des proches. Elle a également proposé de fournir le nom des médecins de ses clients en vue de leur audition et d'effectuer un transport sur place, sauf avis contraire des médecins. Elle a reproché par ailleurs à l'autorité intimée d'avoir prononcé sa décision sans procéder aux actes d'instruction sollicités devant elle.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de

témoins
(ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

b. En l'espèce, la chambre administrative a mené une audience de comparution personnelle, de sorte que la demande de la recourante a, sur ce point, été satisfaite.

S'agissant de ses autres requêtes, la chambre administrative a entendu plusieurs membres du personnel de la recourante. Elle dispose désormais d'un dossier complet lui permettant de trancher le litige en toute connaissance de cause, sans qu'il ne soit nécessaire ou utile de procéder aux autres actes d'instruction sollicités par la recourante, ce qu'elle a du reste admis durant l'audience devant la chambre de céans.

Les requêtes en audition des répondants et des médecins ainsi que la demande de tenue d'un transport sur place seront par conséquent écartées.

S'agissant de la procédure devant l'autorité intimée, cette dernière a formulé des demandes auprès de la recourante à la suite des observations de celle-ci du 4 décembre 2018, accédant ainsi partiellement aux requêtes qui y étaient formulées. Elle a ainsi pu verser à la procédure des courriers de deux curateurs et un formulaire rempli par ces derniers, ainsi que les dernières fiches de services concernant ses clients. Contrairement à ce qu'affirme la recourante, l'autorité intimée a ainsi instruit le dossier et estimé, au vu des éléments réunis, être en mesure de prononcer sa décision, sans devoir procéder aux autres actes d'instruction suggérés par la recourante, soit un transport sur place et l'audition des curateurs.

Elle a ainsi agi de manière conforme à son devoir d'instruction d'office et au droit d'être entendue de la recourante. Le grief de violation du droit d'être entendue sera sur ce point écarté.

4) La recourante fait par ailleurs grief à l'autorité intimée d'avoir prononcé sa décision en se fondant sur un état de fait datant de près de deux ans, lui reprochant une violation de son droit d'être entendue sur sa situation actuelle.

a. Le droit d'être entendu comprend également le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_74/2019 du 13 mai 2019 consid. 3.1 et les références citées ; ATA/358/2020 du 16 avril 2020 consid. 7 et les arrêts cités).

b. En l'espèce, il est certes regrettable que l'autorité intimée ait mis deux ans à rendre sa décision, le dernier courrier figurant au dossier avant la décision du 3 mai 2021 datant du 25 avril 2019. Néanmoins, la recourante a été interpelée sur son assujettissement à la LSE et la soumission à autorisation de ses activités le

23 mai 2018 et l'autorité intimée a exposé sa position à plusieurs reprises au cours de la procédure et avant le prononcé de la décision attaquée, soit dans les courriers des 23 mai 2018, 6 novembre 2018 et 25 février 2019, ces deux derniers courriers ainsi que celui du 4 avril 2019 annonçant la nécessité de prendre une décision relative à l'assujettissement de la recourante à LSE si celui-ci devait continuer à être contesté. La recourante devait donc s'attendre à ce qu'une décision concernant son assujettissement à la LSE soit rendue, malgré l'écoulement du temps. Par ailleurs, dans ce contexte, la recourante a pu prendre connaissance de la problématique, répondre aux demandes d'instruction de l'autorité intimée et verser des documents à la procédure ainsi que faire valoir son point de vue, ceci dans quatre courriers des 27 juillet, 27 août et 4 décembre 2018 ainsi que 25 avril 2019.

Dans ces circonstances, il ne peut pas non plus être reproché à l'autorité intimée d'avoir violé le droit d'être entendue de la recourante sous cet aspect également. Le grief sera écarté.

5) La recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir rendu une décision dépourvue d'état de fait. Ce faisant, elle lui reproche une motivation insuffisante de sa décision.

a. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits constitutionnels a également déduit du droit d'être entendu le droit d'obtenir une décision motivée (ATF 142 II 154 consid. 4.2 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_41/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.1.1). L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 143 III 65 consid. 5.2 ; 142 II 154 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_41/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.1.1 Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, p. 531 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 143 III 65 consid. 5.2 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_463/2019 du 10 juin 2020 consid. 4.5).

b. En l'espèce, si la motivation de la décision est brève, la recourante a pu comprendre à sa lecture la portée de celle-ci, soit le fait que son activité a été considérée comme de la mise à disposition de personnel dans le domaine des soins d'aide à domicile à des personnes nécessiteuses et donc de la location de services, de sorte qu'elle était considérée comme assujettie à la LSE et que son activité était soumise à autorisation. Par ailleurs, la décision attaquée se réfère aux différentes correspondances figurant au dossier, parmi lesquelles celles dans lesquelles l'autorité intimée a exposé son point de vue et son appréciation du dossier.

Ces éléments suffisaient à la recourante à se rendre compte de la portée de la décision et à recourir contre elle en connaissance de cause, ce qu'elle a d'ailleurs fait dans un recours de dix-huit pages, y compris en critiquant les faits retenus par l'autorité intimée. Le grief sera dès lors écarté.

6) La recourante conteste être soumise à la LSE.

a. La LSE vise à régir le placement privé de personnel et la location de services (let. a), assurer un service public de l'emploi qui contribue à créer et à maintenir un marché du travail équilibré (let. b) et à protéger les travailleurs qui recourent au placement privé, au service public de l'emploi ou à la location de services (let. c ; art. 1 LSE).

b. Selon l'art. 12 al. 1 LSE, les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail (al. 1), soit à Genève l'OCE (art. 2 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1992 - LSELS - J 2 05 et 1 du règlement d'exécution de la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 14 décembre 1992 - RSELS - J 2 05.01).

La définition de l'art. 12 al. 1 LSE est large afin d'éviter que la finalité de la loi ne soit détournée, la caractéristique principale de la location de services étant la cession à des fins lucratives, c'est-à-dire régulière et contre rémunération, de travailleurs à d'autres employeurs. Elle implique que la loi est également applicable aux entreprises dont les travailleurs exécutent des travaux pour des tiers qui s'en chargent habituellement eux-mêmes, c'est-à-dire qui sont spécifiques à la branche (FF 1985 III 524, p. 581 ss).

c. L'art. 26 de l'ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991 (OSE - RS 823.111) précise l'activité de location de services. Est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (al. 1). On peut également conclure à une activité de location de services, notamment lorsque le travailleur est impliqué dans l'organisation de travail de l'entreprise locataire sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel (let. a) ; le travailleur réalise les travaux avec les outils, le matériel ou les appareils de l'entreprise locataire (let. b) ; l'entreprise locataire supporte elle-même le risque en cas de mauvaise exécution du contrat (let. c ; al. 2). Fait commerce de location de services celui qui loue les services de travailleurs à des entreprises locataires de manière régulière et dans l'intention de réaliser un profit ou qui réalise par son activité de location de services un chiffre d'affaires annuel de CHF 100'000.- au moins (art. 29 al. 1 OSE). Exerce régulièrement celui qui conclut avec les entreprises locataires, en l'espace de douze mois, plus de dix contrats de locations de services portant sur l'engagement

ininterrompu d'un travailleur individuel ou d'un groupe de travailleurs (art. 29 al. 2 OSE).

d. Le pouvoir de donner des instructions ne doit pas être entièrement détenu par le tiers ; pour qu'il y ait location de services, il suffit que le tiers se voie confier des compétences essentielles en matière d'instructions ; le droit de donner des instructions entre l'employeur légal (bailleur de services) et l'entreprise locataire de services est scindé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_543/2014 du 26 novembre 2014 consid. 2.1 ; 2C_356/2012 du 11 février 2013 consid. 3.1).

Dans le cadre du contrat de location de services, le bailleur de services ne s'engage donc pas à fournir une prestation de travail déterminée qu'il fait exécuter par des auxiliaires, mais plutôt à choisir soigneusement les travailleurs correspondants et à les remettre à l'entreprise locataire de services contre rémunération, en leur octroyant un pouvoir d'instruction essentiel. La différence essentielle entre la location de services et un contrat de mandat réside dans le fait que, dans le cas du mandat, il n'existe pas de rapport de subordination au sens du droit du travail entre le prestataire de services et le destinataire de la prestation (art. 321d de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse - code des obligations - CO - RS 220) : le mandataire recherche et acquiert ses missions pour lui-même et travaille simultanément pour différents mandants, sans être dépendant d'un seul mandant sur le plan économique ou organisationnel. En revanche, le travailleur détaché dans le cadre d'une location de services est soumis aux directives du tiers ou de l'entreprise locataire de services : il est intégré dans l'organisation de l'entreprise d'un tiers, ce dernier ayant ainsi la possibilité d'employer des personnes comme des salariés, sans conclure avec elles un rapport de travail ; le rapport de travail avec le bailleur de services subsiste (arrêts du Tribunal fédéral 2C_543/2014 précité consid. 2.2 ; 2C_356/2012 précité consid. 3.2).

La distinction entre les contrats de mise à disposition de travailleurs et ceux qui visent l'offre d'une prestation de nature différente à effectuer auprès d'un tiers n'est pas aisée, le nom que les parties donnent au contrat n'étant pas déterminant. En particulier, la distinction doit se faire dans chaque cas d'espèce, en s'appuyant sur le contenu du contrat, la description du poste et la situation du travail concrète dans l'entreprise de mission (arrêts du Tribunal fédéral 4A_500/2018 du 11 avril 2019 consid. 4.1 ; 2C_543/2014 précité consid. 2.4 ; 2C_356/2012 précité consid. 3.5).

e. Comme critères auxiliaires pour les questions de délimitation, la jurisprudence s'inspire également des directives et commentaires relatifs à la LSE du SECO (arrêts du Tribunal fédéral 2C_132/2018 précité consid. 4.1 ; 2C_543/2014 précité consid. 2.4 ; 2C_356/2012 précité consid. 3.5).

Celles-ci définissent différents critères, non exhaustifs, permettant de conclure à la fourniture d'une prestation de travail sous la forme de la location de services. Il en va ainsi du rapport de subordination, dans le cadre duquel le pouvoir de direction et de contrôle, caractéristique essentielle de la fourniture d'une prestation de travail, appartient à l'entreprise de mission, notamment s'agissant de la compétence de donner des instructions concernant la manière d'exécuter le travail et le choix des moyens auxiliaires. Cette condition peut déjà être remplie lorsque le bailleur de services et l'entreprise de mission se partagent le pouvoir de direction. Il en va de même de l'intégration du travailler dans l'entreprise de mission au niveau du personnel, de l'organisation et des horaires : il travaille avec les outils, le matériel, les instruments de l'entreprise de mission, principalement au siège de celle-ci et selon ses horaires. Tel est également le cas de l'obligation d'établir le décompte des heures effectuées, le bailleur de services ne facturant pas un prix fixe convenu d'avance pour la prestation de travail. Par ailleurs, le risque commercial de la prestation de travail est supporté par l'entreprise de mission, le bailleur de services assumant le seul risque du bon choix du travailleur. Finalement, le bailleur de services ne répond pas non plus des dommages que son travailleur est susceptible de causer par négligence ou intentionnellement à l'entreprise de mission ou à des tiers dans le cadre de son activité pour l'entreprise de mission (SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, 2003, p. 65-66). La durée de la mission et la nature du travail ne jouent aucun rôle dans l'identification du rapport de location de services (SECO, op. cit., p. 66).

Dans ce sens, il n'y a pas de contrat de location de services lorsque l'entreprise n'a pas le pouvoir de direction, que le travailleur ne se sert pas des outils, du matériel et des instruments de l'entreprise de mission, que le travailleur ne travaille pas exclusivement au siège selon les horaires de travail de l'entreprise de mission, que le contrat conclu entre l'entrepreneur et l'entreprise de mission n'a pas pour objet primordial la facturation d'heures de travail mais la réalisation d'un objectif clairement défini contre une certaine rémunération, qu'en cas de non réalisation de cet objectif, l'entrepreneur garantit à l'entreprise de mission des prestations réparatoires gratuites ou des réductions des horaires (SECO, op. cit., p. 66). Le fait que les personnes mises à disposition se qualifient elles-mêmes d'indépendantes ou sont dites telles par le bailleur de services n'est pas déterminant, une activité étant qualifiée d'indépendante sur la base de la manière dont elle est exécutée et non pas de la nature juridique du contrat liant les parties (SECO, op. cit., p. 63, p. 67).

f. La location de services peut prendre différentes formes. Selon l'art. 27 OSE, elle comprend le travail temporaire, la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (al. 1). Il y a travail temporaire lorsque le but et la durée du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur sont limités à une seule

mission dans une entreprise (al. 2). Il y a mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste principalement à louer les services du travailleur à des entreprises locataires et que la durée du contrat de travail est en principe indépendante des missions effectuées dans les entreprises locataires (al. 3 let. a et b). Il y a mise à disposition occasionnelle de travailleurs (al. 4) lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste à placer le travailleur principalement sous les ordres de l'employeur (let. a), que les services du travailleur ne sont loués qu'exceptionnellement à une entreprise locataire (let. b) et que la durée du contrat de travail est indépendante d'éventuelles missions effectuées dans des entreprises locataires (let. c).

7) a. Selon la jurisprudence, les services d'assistance et les services à domicile peuvent en principe aussi être assujettis à la LSE. La question de savoir si une organisation d'assistance est soumise à l'obligation d'autorisation de la LSE doit être évaluée sur la base de l'activité concrètement convenue entre l'organisation concernée et les clients ainsi que des conditions effectives chez le tiers ou dans l'entreprise de mission. Dans de tels cas, l'activité peut être soumise à autorisation si le ménage privé qui fait appel à la prestation de services exerce dans un cas concret le droit de donner des instructions (au moins partagées) au sens d'un employeur. De même, il doit y avoir activité professionnelle (régularité et intention de réaliser un bénéfice ou chiffre d'affaires annuel de CHF 100'000.- ; art. 29 OSE), et le ménage privé, en tant que bénéficiaire de prestations de services, doit pouvoir être désigné comme établissement d'affectation ou « tiers » (art. 12 LSE). En revanche, l'activité n'est pas soumise à autorisation lorsque la personne qui recourt à la prestation de services ne peut exercer un tel droit d'instruction, que le personnel soignant travaille selon ses propres connaissances professionnelles ou que le rapport juridique constitue un mandat ou un contrat d'entreprise (arrêts du Tribunal fédéral 2C_543/2014 précité consid. 2.5 ; 2C_356/2012 précité consid. 3.6 ; SECO, op. cit., p. 152-153).

b. En ce qui concerne la notion de droit de donner des instructions pour les services d'assistance et les services ménagers, il convient de retenir spécifiquement que les clients et les patients, en raison déjà de leur liberté personnelle
(art. 10 al. 2 Cst.) et de la protection de la personnalité (art. 28 du code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210), doivent être libres à tout moment de consentir à des interventions médicales ou de les refuser et, en fin de compte, de décider eux-mêmes du traitement ; un « droit d'instruction » ainsi compris, respectivement le droit à l'autodétermination, existe indépendamment de la qualification de la relation juridique comme rapport de mandat, comme location de services ou comme autre contrat. Le droit de donner des instructions qui nous intéresse ici doit par contre être compris dans un sens plus large, celui du droit du travail : il exige qu'une partie du pouvoir de donner des instructions, tel qu'il est

normalement dévolu à l'employeur sur la base de l'art. 321d CO pour concrétiser unilatéralement le contrat de travail, soit transférée au client. Celui-ci peut donc donner des instructions plus étendues sur l'exécution des travaux et le comportement de l'auxiliaire dans le ménage que ce qui serait possible dans le cadre de l'exécution d'un mandat (arrêts du Tribunal fédéral 2C_543/2014 précité consid. 2.6 ; 2C_356/2012 précité consid. 3.6).

c. Dans un arrêt récent (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 précité consid. 6.2), le Tribunal fédéral a constaté que l'assujettissement des services d'assistance et des services à domicile aux dispositions relatives à la location de services était partiellement critiqué par la doctrine.

Cette dernière s'interroge notamment sur la conception selon laquelle le ménage privé ou la personne à assister pourrait se voir attribuer des pouvoirs d'instruction importants, dépassant la mesure d'un mandat. En outre, elle met en doute que des personnes souffrant de déficits physiques ou psychiques soient en mesure de donner les instructions techniques et les objectifs correspondants (Fabian LOOSER, Der Personalverleih, 2015, p. 81 ss ; Michael KULL, Die Abgrenzung des einfachen Auftrag zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP 2013 p. 1492 ; Michael KULL/Eva-Maria SOMMER-BÄNI, Personalverleih oder einfacher Auftrag ?, AJP 2016 p. 781 s.). Les réserves sont également motivées par le fait que le droit de donner des instructions est indissociable du devoir d'assistance de l'employeur (Michael KULL, op. cit., p. 1491). Selon une autre critique, il ne peut y avoir de location de services pour les activités ménagères parce que le service professionnel est au premier plan et que le personnel d'encadrement est interchangeable (Michael LOOSER, op. cit., p. 79). Cette critique se fonde sur l'idée que, dans la location de services, l'exécution du travail passe au second plan par rapport au critère de la personne exécutante. Si seule la prestation de service est au premier plan, l'expérience ou les qualifications du travailleur exécutant ne jouent aucun rôle. En revanche, dans le cas de la location de services, c'est la mise à disposition d'un travailleur approprié qui est au premier plan (Christoph SENTI, Mandat ou location de services, AJP 2013 p. 360).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a constaté que les éléments soulevés par la doctrine pour remettre en cause sa jurisprudence, selon laquelle les services d'assistance et les services à domicile pouvaient tomber sous le coup des dispositions relatives à la location de services, n'étaient pas réalisés, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de revenir sur celle-ci, précisant que l'activité concrètement convenue entre l'organisation concernée et les clients ainsi que les conditions effectives chez le tiers ou dans l'entreprise locataire de services demeuraient toujours déterminantes pour l'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 précité consid. 6.3).

8) En l'espèce, selon l'inscription au registre du commerce, le but social de la recourante comprend l'aide et les soins professionnels ou les services à domicile pour des personnes nécessiteuses.

Son site internet met en avant le fait qu'elle prodigue des soins personnalisés et une aide à domicile, après une analyse des besoins pour répondre à chacun de ceux-ci, favorisant une relation de confiance et privilégiée en s'organisant pour faire bénéficier le client d'un aide-soignant unique ou attitré. Elle destine son aide à toutes les personnes dépendantes, dans l'impossibilité de gérer les tâches quotidiennes sans aide extérieure, soit les personnes âgées en perte d'autonomie, les personnes nécessitant de l'accompagnement aux soins et les personnes handicapées, convalescentes ou isolées. L'accompagnement peut être ponctuel ou permanent, y compris toute la semaine jour et nuit. Les prestations incluent les soins et le suivi des soins, la toilette et l'habillage, les soins du corps, la coiffure, le maquillage et la pédicure par un podologue, la préparation ou l'aide à la préparation des repas, la présence sécurisante, des activités créatives et ludiques, des sorties au restaurant, l'accompagnement à des sorties culturelles, la lecture et l'assistance à la vie quotidienne pour pallier l'isolement, l'accompagnement à tous les rendez-vous (médecin et autres instances de soins, rendez-vous administratifs), l'aide pour les courses, des promenades, l'aide dans les tâches administratives.

Par son offre de prestations, la recourante vise ainsi à contribuer au maintien de la qualité de vie des personnes dépendantes en mettant à leur disposition un personnel d'assistance, afin qu'elles puissent rester dans leur environnement habituel malgré leur état de dépendance.

Il convient donc de déterminer si, conformément à l'art. 26 al. 1 OSE, en relation avec l'art. 12 al. 1 LSE, et à la jurisprudence susmentionnée, une partie essentielle du pouvoir de donner des instructions est transférée aux clients, étant rappelé que cette question doit être évaluée sur la base de l'activité concrètement convenue entre l'organisation concernée et les clients ainsi que les conditions effectives chez le tiers.

En l'occurrence, il ressort du contrat de mandat conclu entre la société et l'une de ses clientes, que la recourante s'est engagée à s'en tenir « exclusivement aux instructions reçues du mandant », représenté par son curateur. En cas d'urgence, il est précisé que la recourante doit agir en s'inspirant des « intérêts présumés du mandant ». En audience, la représentante de la recourante a expliqué que les clients de la société étaient, en réalité, les curateurs. La société travaillait, ainsi, exclusivement avec les curateurs, ce qui avait pour effet que sa clientèle – peu nombreuse – était très spécialisée. Les patients soignés par la recourante n'avaient ni proches ni famille et se trouvaient tous dans un état de démence très avancée. Aucune communication ne pouvait avoir lieu avec eux, car ils n'étaient pas en mesure d'exprimer leurs souhaits. La société avait pour but de soigner un petit nombre de personnes dans le besoin et sans famille.

Ces explications ont été corroborées par les employés de la recourante. Tous ont en effet déclaré en audience qu'il n'y avait aucune communication possible avec les patients en raison de leur état de démence avancée. La situation devait toujours être évaluée par les employés, en fonction de leur situation médicale et des circonstances du cas concret. Les clients ne pouvaient pas s'occuper eux-mêmes de leur hygiène et de leur sécurité. Ils ne pouvaient pas rester seuls et nécessitaient un accompagnement continu, 24 heures sur 24, sans quoi cela pouvait s'avérer dangereux. Ils n'étaient pas non plus en mesure de formuler des demandes, en particulier de choisir les menus des repas préparés par les aides à domicile. D'après les renseignements fournis par la recourante dans ses écritures, parmi les six clients actuels de la société, Mme « B. O. », âgée de 95 ans, souffre d'Alzheimer (« parfois elle ne connaît même plus son prénom »), M. « B. G. », âgé de 69 ans est « totalement dépressif » et « ne demande rien », Mme « H. I », âgée de 87 ans, est « grabataire depuis trois ans » et présente une « forte tendance à l'anorexie » et Mme « R. F. », 79 ans, souffre de démence et de dépression. Les clients bénéficient tous d'une équipe de trois à quatre personnes pour s'occuper d'eux. L'impossibilité pour ces personnes d'exercer leur droit de donner des instructions est également confirmée par les curateurs dans leurs réponses au questionnaire destiné à l'OCE du 18 avril 2019. M. D_____ – qui à l'époque du questionnaire avait mandaté la recourante pour quatre protégés – et M. E_____ – qui à l'époque du questionnaire avait mandaté la recourante pour six protégés – ont en effet tous deux affirmé que leurs clients, d'un très grand âge ou très malades, n'étaient pas capables de prendre des décisions sur la gestion du ménage, ces décisions étant prises par Mme B_____. Ils ont également répondu positivement à la question de savoir si cette dernière donnait elle-même des instructions à son personnel et était en contact permanent avec lui.

Sur la base de ces témoignages, il convient donc de retenir que, dans les circonstances très particulières du cas d'espèce et compte tenu de leur état de santé, les patients pris en charge par la recourante n'ont pas la possibilité de faire connaître leurs besoins, en donnant des instructions au personnel d'assistance. Au contraire, l'intervention des aides à domicile se limite à des activités clairement définies par la recourante. Cela ressort d'ailleurs des fiches de services produites par la recourante, lesquelles décrivent de manière détaillée l'accompagnement journalier du personnel de l'intéressée. À titre d'exemple, la fiche de services de Madame « H.I. » prévoit un programme détaillé de 7h00 à 16h00, soit « un verre d'eau avant l'arrivée de la gouvernante, ouvrir porte terrasse pour faire sortir le chien entre 7h et 8h, toilette complète à deux personnes, observer le transit matin, midi et soir, noter sur la feuille d'observation, soins de beauté (peau et cheveux), hydratation préventive des points d'appui avec lipolotion, surveillance de la peau, plis de seins, plis inguinaux, et application de la crème barrière Coloplast sur le siège, installation et le surélèvement des membres inférieurs, mettre un coussin sous les cuisses et sous les mollets, plus un coussin de positionnement pour les pieds, petit coussin de millet sous l'oreiller côté porte pour éviter la tendance à se

tourner vers la droite, proposer à boire régulièrement, à partir de 10h30 préparation d'un repas équilibré, entre 12h00 et 12h30 repas avec aide complète, sieste et télévision, 14h00 vérifier l'installation, changer de protection si besoin avec une mobilisation douce, effleurage des points d'appuis, collation ». De telles instructions laissent peu de marge de manœuvre au personnel occupé chez les clients. Ces fiches de services sont par ailleurs complétées par des instructions détaillées affichées par la recourante dans les cuisines, salles de bain et chambres des clients, lesquelles suivent de près l'évolution de leur état de santé. La recourante conserve ainsi le pouvoir essentiel de donner des instructions aux aides à domicile. Entendus devant la chambre de céans, les aides à domicile ont d'ailleurs tous déclaré qu'ils ne suivaient que les instructions de M. C_____ et Mme B_____. En cas de problème, ils se référaient exclusivement à ces derniers. Aucun des témoins n'a mentionné l'existence de proches de la personne à assister, précisant au contraire que leurs clients n'avaient pas de famille. Ils ont, par ailleurs, tous confirmé que M. C_____ et Mme B_____ – laquelle possède un double des clés de chaque domicile de clients – assuraient une présence régulière sur le lieu de travail, de manière à assurer une surveillance continue et donner des instructions plus étendues sur l'exécution des travaux. Ce pouvoir d'instruction de l'employeur résulte, enfin, des relations de travail telles que définies contractuellement entre la société et son personnel. Il ressort, en effet, du contrat de travail produit par la recourante que « les responsabilités et tâches découlant de [la] fonction [de femme de compagnie et d'aide à domicile] seront définies d'entente avec la direction de A_____ ». Les temps de pause durant le service sont du reste réglementés en détail et aucune disposition ne confère de pouvoir d'instructions au client.

S'agissant ensuite du matériel de travail, les enquêtes ont permis d'établir que la recourante fournissait des équipements spécialisés et adaptés aux besoins des clients. Les témoins ont en particulier relevé qu'en fonction des besoins, M. C_____ livrait des produits tels qu'alèzes, collants, couches, crèmes, ainsi que du matériel médical adapté (par exemple, fauteuils roulants). Il fournissait également des appareils ménagers et des accessoires de cuisine. Mme B_____ a d'ailleurs précisé que la société se chargeait également de changer le matériel utilisé, ce qui pouvait impliquer de remplacer tous les accessoires de cuisine, suivant leur état.

À cela s'ajoute que le personnel d'encadrement est interchangeable. Le représentant de la recourante a expliqué en audience que leurs dix-neuf employés s'occupaient des six clients actuels de la société sur la base d'un tournus afin d'assurer une présence continue, 24 heures sur 24. Il pouvait arriver que pendant un mois un employé s'occupe toujours du même client mais en général cela changeait le mois d'après. Il ressort par ailleurs des témoignages que certains employés travaillent simultanément dans plusieurs ménages de clients. On ne saurait ainsi retenir que la recourante choisit soigneusement les travailleurs en

fonction des caractéristiques et besoins des clients. Le service professionnel est, partant, au premier plan par rapport au critère de la personne exécutante.

Sur la base de l'ensemble de ces éléments, il convient de retenir que les employés de la recourante restent entièrement intégrés, sur le plan organisationnel, à la recourante et reçoivent, pour leurs différentes interventions dans les ménages, des instructions détaillées concernant la manière d'exécuter le travail directement de la recourante. La société, qui travaille avec un nombre limité de clients dans un état de démence avancée, conserve en effet le pouvoir de donner des instructions aux aides à domicile. Il suit de là que la recourante ne peut se voir attribuer la qualité de bailleuse de services au sens de l'art. 12 al. 1 LSE, de sorte que les services d'assistance et d'aide à domicile qu'elle propose ne sont pas soumis à autorisation au sens de cette disposition.

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision entreprise.

9) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu et une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 juin 2021 par A_____ Sàrl contre la décision de l'office cantonal de l'emploi du 3 mai 2021 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision précitée ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à A_____ Sàrl une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la charge de l'État de Genève ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui

suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Gabriel Aubert, avocat de la recourante ainsi qu'à l'office cantonal de l'emploi.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
S. Cardinaux	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :