

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2520/2019-EXPLOI

ATA/1177/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 24 juillet 2019

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ GMBH

représentée par Me Rayan Houdrouge, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

Vu la décision de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) du 11 juin 2019 enjoignant A_____ GmbH (ci-après : A_____), dont le siège se trouve à Zurich, d'inscrire sa succursale sise à la route B_____ à C_____ au registre du commerce du canton de Genève (ci-après : RC) et assujettissant cette succursale à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE - RS 823.11) dans le cadre de ses activités de livraison de repas à domicile au moyen de la plateforme dite « D_____ » ;

que l'OCE a exposé que la location de services par une entreprise domiciliée à l'étranger était interdite en Suisse ; que les locaux sis à l'adresse précitée étaient utilisés, de 9h00 à 13h20 et de 13h30 à 17h00, les lundis, mercredis et vendredis afin de procéder à des inscriptions auprès d'« E_____ », ce qui démontrait l'existence d'une succursale, de sorte que l'OCE était compétent pour exiger son inscription au RC et l'assujettir à la LSE ; que seule une entreprise inscrite au RC pouvait obtenir une autorisation de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) ;

qu'au vu des nombreuses instructions, consignes et obligations imposées aux livreurs, l'existence d'un rapport de subordination devait être retenue ; que les livreurs étaient assurés contre le risque accidents ; que durant leur mission, le pouvoir de direction et le risque commercial passaient aux restaurateurs, ce qui créait les éléments caractéristiques d'une location de services ;

que l'OCE a ainsi imparté à A_____ un délai de trente jours pour s'inscrire au RC et lui faire parvenir un dossier complet sur la base du courrier et des questionnaires de demande d'autorisation qu'il joignait ; qu'à défaut de recevoir les documents requis, l'OCE prononcerait les sanctions prévues par l'art. 39 LSE et ordonnerait la cessation d'activité ; la décision était exécutoire nonobstant recours ;

vu la requête de mesures provisionnelles en restitution de l'effet suspensif expédiée par A_____ le 3 juillet 2019 à la chambre administrative de la Cour de justice, par laquelle elle a conclu à ce qu'il soit constaté que l'effet suspensif n'avait pas valablement été retiré, qu'il soit dit que son recours emportait effet suspensif, subsidiairement que l'effet suspensif soit restitué ;

qu'elle a indiqué que la plateforme « D_____ » était exploitée par F_____ B.V., une société néerlandaise, qui fournissait à des restaurants et des coursiers indépendants un outil technologique, à savoir l'application « D_____ » ; cette application mettait en relation les coursiers, les restaurants et les consommateurs ; A_____ fournissait des services de soutien local aux entités du groupe A_____, dont F_____, sous forme de support local ou marketing ; elle n'avait aucune relation contractuelle avec les utilisateurs de la plateforme ;

que les coursiers avaient une relation contractuelle avec F_____, qui leur octroyait une licence d'utilisation de l'application « D_____ » ; la conclusion du contrat n'était

subordonnée qu'à la détention d'une autorisation nécessaire à la conduite du véhicule choisi par le coursier ; l'enregistrement sur la plateforme était gratuit ; pour la mise en relation entre le coursier et le restaurateur, F_____ percevait des « royalties (frais de services) » sur les frais de livraison payés par les restaurateurs ; les coursiers n'avaient aucune obligation d'utiliser l'application ; même connectés, ils pouvaient décliner des propositions de livraison ;

que les restaurateurs étaient tenus de payer des frais d'activation de l'application à F_____ ; les « royalties » étaient calculées sur la base d'un pourcentage fixe appliqué aux prix des commandes ; F_____ n'offrait aucune garantie qu'un coursier soit disponible au moment souhaité ; les restaurateurs payaient les coursiers selon un prix suggéré par l'application ; enfin, les coursiers ne recevaient des restaurateurs aucune instruction autre que le lieu et l'heure de la prise en charge et de livraison des repas ;

que l'OCE a conclu au rejet de la requête ; sa décision était une « décision en constatation de droit, plus exactement en constatation de non-droit » ; la société ne disposait pas d'une autorisation et la décision lui enjoignait de demander, en s'inscrivant au RC et en déposant une demande « dont la conséquence, et non la condition, sera l'existence d'un contrat de travail entre la recourante et les livreurs » ; la recourante ne demandait pas la modification de la situation actuelle, mais des mesures provisionnelles ayant pour but de maintenir sa situation économique actuelle ; la jurisprudence rendue en lien avec les chauffeurs A_____ s'appliquait mutatis mutandis aux livreurs ; l'intérêt de ces derniers à être assujettis aux assurances sociales, à se voir octroyer des vacances ou encore à bénéficier d'indemnités de chômage primait celui de la recourante à poursuivre une activité en toute illégalité ;

que, par ailleurs, le retrait de l'effet suspensif engendrerait pour les livreurs le versement d'un salaire convenable et une protection sociale ; enfin, la protection de ces employés faisant l'objet de contrat-type, voire de conventions collectives, il y avait un intérêt public à faire respecter ces accords ;

que A_____ a déposé auprès de la chambre de céans, le 16 juillet 2019, le recours au fond contre la décision querellée ; le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) avait indiqué dans sa prise de position du 14 mars 2018 que A_____ B.V. devait être considérée comme locataire de services dans ses rapports contractuels avec les entreprises utilisant l'application A_____ pour fournir des services de transports de personnes ; A_____ a conclu à ce qu'il soit constaté que l'OCE n'était pas compétent pour se prononcer sur la nécessité pour elle d'obtenir une autorisation de pratiquer la location de services, subsidiairement qu'elle n'y était pas soumise ;

que A_____ a fait valoir que seule l'autorité où se trouvait le siège de l'entreprise bailleresse était compétente pour délivrer une autorisation fondée sur la LSE, soit les autorités zurichoises, qu'aucune disposition ne permettait d'imposer l'inscription d'une succursale au RC cantonal ; les coursiers travaillant avec l'application litigieuse étaient

indépendants ; aucun élément ne permettait de retenir la location de services, a fortiori pas en lien avec la recourante ;

que A_____, dans sa réplique sur effet suspensif, a repris ses arguments, relevant pour le surplus que l'exécution immédiate de la décision querellée n'aurait pas pour conséquence le versement d'un salaire convenable comme le faisait valoir l'OCE ; au contraire, en l'absence d'effet suspensif au présent recours, l'ordre de cesser l'activité liée à l'application « D_____ » serait donné ; dès lors qu'elle contestait être soumise à la LSE, A_____ ne modifierait pas son modèle économique avant qu'une décision finale soit rendue ; l'absence de restitution de l'effet suspensif entraînerait pour les coursiers la perte d'une source de revenus ; l'activité d'environ 450 coursiers serait ainsi interrompue ; enfin, contrairement à ce que soutenait l'OCE, s'il s'était trompé de destinataire et que F_____ aurait dû recevoir la décision querellée, la conclusion qu'en tirait l'OCE, à savoir que l'activité liée à la plateforme serait interdite dès lors que la location de services par une société étrangère n'était pas autorisée, était erronée ; en effet, dans ce cas, la décision adressée à la fausse entité serait annulable, celle-ci n'en étant alors pas le destinataire ;

que, sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur requête de mesures provisionnelles ;

Considérant, en droit, l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 septembre 2017, à teneur duquel les décisions sur effet suspensif sont prises par la présidente de ladite chambre, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de celles-ci, par un juge ;

qu'aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; que toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3) ;

que, par ailleurs, l'art. 21 al 1 LPA permet le prononcé de mesures provisionnelles ;

que selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/503/2018 du 23 mai 2018 ; ATA/955/2016 du 9 novembre 2016 consid. 4) ;

que lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution ; elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1) ;

que pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

que, par ailleurs, l'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405) ;

qu'un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif ; la fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344) ;

qu'aux termes de l'art. 2 al. 1 LSE, quiconque entend exercer en Suisse, régulièrement et contre rémunération, une activité de placeur, qui consiste à mettre employeurs et demandeurs d'emploi en contact afin qu'ils puissent conclure des contrats de travail, doit avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail ;

que celui qui s'occupe régulièrement de placement de personnel de l'étranger ou à l'étranger (placement intéressant l'étranger) doit avoir obtenu une autorisation du SECO en sus de l'autorisation cantonale (art. 2 al. 3 LSE) ;

que si une succursale n'a pas son siège dans le même canton que la maison mère, elle doit avoir obtenu une autorisation; si elle est établie dans le même canton que la maison mère, elle doit être déclarée à l'office cantonal du travail (art. 2 al. 5 LSE) ;

que les succursales suisses de maisons dont le principal établissement est en Suisse sont inscrites au lieu où elles ont leur siège, après l'avoir été au siège de l'établissement principal (art. 935 al. 1 CO) ;

que les succursales suisses de maisons dont le siège principal est à l'étranger sont tenues de se faire inscrire; l'inscription s'opère comme si leur siège principal était en Suisse, sous réserve des dérogations découlant de la législation étrangère. Pour ces succursales, il devra être désigné un fondé de procuration domicilié en Suisse chargé de les représenter (art. 935 al. 2 CO) ;

qu'en l'espèce, il convient de relever, en premier lieu, que la recourante a son siège dans le canton de Zurich, mais utilise dans le canton de Genève des locaux sis B_____ à C_____, comme cela ressort, notamment, de son propre site Internet (https://www.A_____.com/fr-CH/drive/resources/contact-us/) ;

que, par ailleurs, il ressort clairement de la décision querellée que celle-ci est déclarée exécutoire nonobstant recours ; que la recourante l'a bien compris, de sorte que la question de savoir si cette indication aurait dû figurer dans le dispositif plutôt que dans les considérants de la décision n'a donc pas de portée propre ;

que la décision contestée assujettit A_____ à la LSE et lui impartit un délai pour requérir l'autorisation se rapportant à l'activité ainsi assujettie;

qu'il s'agit donc d'une décision, qui a un contenu positif, à savoir qu'elle constate l'assujettissement de la recourante à la LES et lui impose des obligations, de sorte qu'à teneur de l'art. 66 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10), tout recours contre cette décision entraîne l'effet suspensif ;

que cet effet ne peut être retiré que si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose et qu'à défaut, les intérêts d'une partie seraient gravement menacés (art. 66 al. 3 LPA) ;

que, prima facie, l'activité d'A_____ et F_____ vise à mettre en rapport des restaurateurs avec des livreurs, moyennant rémunération de la course après prélèvement d'une commission en faveur d'F_____ ; selon la recourante, l'application utilisée est mise à disposition par F_____, elle-même ne s'occupant que du marketing et du « support local » ;

qu'en l'état, l'étendue de ce support n'est pas établi ;

que la question de la nature des activités de la recourante, en particulier de son bureau genevois, sera tranchée de manière complète dans le cadre de l'examen du fond du recours ;

qu'à teneur des pièces produites et explications données par les parties, il n'est pas manifeste que l'activité fournie par A_____ ressortisse à la LSE, le « support local » dont la signification devra être précisée au cours de la procédure au fond, ne se confondant, a priori, pas avec la mise à disposition de l'application « D_____ » ; qu'ainsi, l'activité de placeur au sens de l'art. 2 al. 1 LSE d'A_____ à Genève n'est pas manifeste ;

qu'à défaut de restitution de l'effet suspensif, la recourante devrait se soumettre à l'ensemble des obligations découlant de la LSE, à savoir notamment d'obtenir une autorisation LSE (art. 12ss LSE) et de conclure des contrats de placement avec les coursiers (art. 8 pour le placeur, voire art. 19 LSE pour le bailleur de services), avant même de savoir si son assujettissement est fondé ;

que, dans ces conditions, l'intérêt public à l'exécution immédiate de la décision querellée, à savoir que l'assujettissement de la recourante à la LSE prenne immédiatement effet, ne semble pas primer sur celui de la recourante à ce qu'elle ne déploie d'effet qu'une fois la question de l'assujettissement tranchée au fond ;

qu'il ne ressort, enfin, pas des pièces produites que des plaintes auraient été formulées de la part de coursiers au sujet de leur statut ;

qu'au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre la requête de restitution de l'effet suspensif ;

que la question des frais de la présente décision sera tranchée avec la décision au fond ;

que la suite de la procédure est réservée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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 la présente décision à Me Rayan Houdrouge, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'emploi, ainsi qu'au secrétariat d'État à l'économie, pour information.

La Vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :