RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3223/2022-EXPLOI **ATA/228/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 mars 2023

2ème section

dans la cause

A_____
représentée par Me Stéphanie Fontanet, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

EN FAIT

1) A_____ (ci-après : A_____) est une société ayant pour but la fourniture de services d'aide et d'assistance, à domicile ou à l'extérieur, pour les enfants et les adolescents, l'organisation et l'animation d'évènements les concernant, tels que fêtes, anniversaires et baptêmes notamment. Elle a été inscrite le 16 mai 2013 au registre du commerce du canton de Genève.

Madame B_____en est l'associée gérante.

2) Le 1er septembre 2021, A_____ a déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande, complétée le 24 septembre 2021, afin d'obtenir des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) à hauteur de 70 % pour cinq employés, pour la période du 1er septembre 2021 au 30 avril 2022.

3) Le 1er octobre 2021, l'OCE a rejeté cette requête, au motif que l'activité exercée par la société était illégale dans la mesure où elle ne disposait pas d'une autorisation de pratiquer la location de services, conformément à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE - RS 823.11).

4) L'opposition formée auprès de l'OCE contre cette décision a été rejetée pour des motifs sans rapport avec la question de l'assujettissement à la LSE. Un recours est actuellement pendant devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice.

5) Le 12 octobre 2021, l'OCE a imparti un délai à la société pour décrire ses activités, afin qu'il puisse déterminer si elle était soumise à la LSE.

6) Le 12 novembre 2021, A_____ a expliqué que, de 2013 à 2019, Mme B_____ avait été la seule employée. La société comptait désormais cinq employés au bénéfice de contrats de travail de durée indéterminée. Elle concluait directement avec ses clients des contrats de mandat ou des contrats mixtes, selon le type de service concerné, à savoir la garde d'enfants, l'entretien de maison ou les deux combinés. La société proposait à ses clients les services de l'un de ses employés en fonction des besoins du client et de la disponibilité de l'employé, étant précisé que le client pouvait demander l'intervention d'un employé en particulier. A_____ attribuait les tâches à ses employés et leur donnait directement des instructions précises nécessaires à la bonne exécution du mandat. Le client n'exerçait aucun pouvoir de direction sur l'employé. En cas d'absence de ses employés, la société assurait leur remplacement. Ses employés et ses clients n'étaient liés par aucun contrat. Son fonctionnement pouvait être assimilé à celui d'une école de ski, qui n'était pas soumise à la LSE.

7) Le 25 novembre 2021, l'OCE a requis de A_____ qu'elle produise des exemples de contrats conclus avec ses employés et ses clients et de démontrer que ces derniers ne pouvaient donner d'instructions à la personne venant assurer une garde d'enfant à leur domicile (par exemple choix des vêtements, horaire du coucher, menus des repas, etc.) ou effectuant l'entretien de la maison (ménage à faire, produits et matériel à utiliser apportés par le collaborateur ou fournis par le client, etc.).

8) Le 20 décembre 2021, la société a indiqué ne pas être en mesure de démontrer que les clients ne pouvaient pas donner la moindre instruction à la personne venant assurer une garde d'enfant à leur domicile ou ne donner aucune instruction sur le ménage à effectuer ou la manière de le faire, dès lors qu'il était impossible d'apporter la preuve d'un fait négatif. Ses clients lui transmettaient dans un premier temps les informations relatives à leurs besoins. Elle désignait ensuite, en fonction des tâches à effectuer, l'employé en charge de la mission qu'elle instruisait de manière précise. En principe, l'employé utilisait le matériel du client.

Trois exemples de contrats étaient joints à ce courrier, à savoir un contrat pour « garde d'enfant », un pour « entretien de maison » et un contrat-type entre la société et un client pour l'activité de « garde d'enfant ».

9) Le 21 janvier 2022, à la demande de l'OCE, le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) a indiqué, en sa qualité d'autorité de surveillance en matière de LSE, que si l'organisation d'événements par A_____ tombait sous la notion de mandat au sens des art. 394ss de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) et ne relevait pas de la LSE, tel n'était pas le cas de l'aide et de l'assistance à domicile. Il paraissait en l'occurrence évident que les employés de la société étaient directement impliqués dans l'organisation du travail de la famille accueillante sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel. Seuls les parents étaient en mesure de planifier les activités de leurs enfants telles que les repas ou l'accompagnement à l'école. De même, en cas d'imprévu, comme par exemple de maladie, il incombait aux parents d'instruire les employés s'occupant de leurs enfants, la société n'étant pas apte à donner, dans ce type de situation, des consignes. Il était peu vraisemblable que la société équipe les employés d'outils et de matériel nécessaires à la réalisation des tâches dans le cadre de l'assistance à domicile. La référence aux écoles de ski n'était pas pertinente dès lors que les enfants étaient confiés à une structure externe à la famille dans un but défini, l'apprentissage du ski.

10) Le 15 février 2022, l'OCE a informé A_____ que, compte tenu des explications données et de l'avis du SECO, il considérait que l'activité de la société constituait de la location de services, raison pour laquelle il lui transmettait de la documentation à ce sujet et l'invitait à déposer une demande d'autorisation.

11) Le recours formé auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette communication a été déclaré irrecevable le 7 juin 2022, celle-ci ne constituant pas une décision attaquable au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

12) Par décision du 31 août 2022, l'OCE a prononcé l'assujettissement de A_____ à la LSE dans le cadre de son activité de mise à disposition de personnel dans le domaine d'aide et d'assistance à domicile à pour les enfants et les adolescents et l'a enjointe, sous la menace de l'art. 292 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), à lui faire parvenir un dossier complet de demande d'autorisation dans le délai imparti ou de cesser toute activité, à défaut de quoi les peines prévues notamment à l'art. 39 LSE seraient prononcées.

Il convenait de distinguer parmi les activités proposées par la société celles consistant en un service d'animation « clé en main » pour des anniversaires ou des ateliers particuliers, qui ne relevaient pas de la LSE, de celles consistant en la mise à disposition de travailleurs dans le cadre de ses services d'aide à domicile.

Le fait que la société et ses collaborateurs étaient liés par un contrat de travail de durée indéterminée n'excluait pas l'existence de location de services. A_____ mettait à disposition de ses clients du personnel pour réaliser un emploi domestique et, en contrepartie, le client lui versait un montant couvrant le salaire, les charges sociales et les frais de prestations de la société. Si cette dernière donnait les instructions nécessaires à l'exécution des tâches demandées par les clients, ceux-ci pouvait également donner des instructions particulières liées aux modalités du service. Le pouvoir d'instruction était ainsi partagé. Il apparaissait vraisemblable que les activités d'animation faisaient l'objet d'une rémunération forfaitaire, alors que la mise à disposition de travailleurs était rémunérée en fonction des heures de travail effectuées. Si la société possédait son propre matériel pour l'organisation d'événements selon le thème choisi par le client, le personnel utilisait pour les tâches réalisées à domicile le matériel et les produits se trouvant chez le client, la société n'imposant pas l'utilisation de son propre matériel. Cette pratique était conforme à l'usage pour ce type de prestations. A_____ ne garantissait pas un remplacement automatique en cas d'absence de ses collaborateurs, dès lors qu'il appartenait au client d'en faire expressément la demande et d'assumer les frais supplémentaires y relatifs.

13) Par acte du 3 octobre 2022, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre cette décision, concluant à la tenue d'une audience de comparution personnelle, puis à l'annulation de la décision attaquée, au constat qu'elle n'était pas soumise à autorisation au sens de la LSE, subsidiairement au renvoi du dossier à l'OCE pour nouvelle décision.

Reprenant les explications qu'elle avait déjà fournies, la société, qui comptait à désormais six employés dont Mme B_____, contestait être liée à ses clients par un contrat de location de services. Après avoir conclu un contrat de mandat, le cas échéant un contrat mixte avec un client, elle attribuait la mission à l'un ou l'autre de ses employés, en fonction de leur disponibilité, des besoins et des éventuels souhaits particuliers du client. Elle donnait à l'employé toutes les instructions nécessaires, lui indiquant notamment le lieu et l'horaire auxquels celui-ci devait effectuer sa prestation, ainsi que les tâches qui lui étaient confiées, convenues au préalable avec le client. Ce dernier pouvait revoir avec l'employé certains détails ainsi que les modalités du service, mais n'exerçait pas à son égard de pouvoir de direction, qui n'était pas partagé. Les employés n'étaient pas « intégrés » chez le client ; ils se rendaient d'un client à l'autre, parfois à unique occasion. La société assurait le remplacement automatique de ses employés en cas de maladie ou de vacances, sans frais supplémentaires. Les employés percevaient un salaire mensuel fixe sur la base d'un contrat de durée indéterminée conclu pour une année au moins et déterminant d'avance un certain nombre d'heures de travail. Les clients payaient à la société un certain montant fixé soit selon un système forfaitaire convenu d'avance, soit en fonction des heures effectives de service ; une facture leur était adressée à la fin de chaque mois.

14) Le 31 octobre 2022, l'OCE a persisté dans sa décision du 31 août 2022.

Si Mme B_____ devait être entendue, l'audition des collaborateurs de la société était également sollicitée en vue d'apporter des informations quant à leurs relations et liens de subordination avec les clients.

15) Le 21 novembre 2022, la juge déléguée a tenu une audience de comparution personnelle des parties.

Mme B_____ a confirmé que la société employait six personnes, dont elle-même. Les cinq autres employées travaillaient à 100%, leur activité étant répartie entre différents clients. Leurs contrats seraient produits, de même que, de manière caviardée, des contrats conclus avec des clients portant sur chacune des activités proposées par la société. Cette dernière comptait une douzaine de clients.

Lorsqu'un client la contactait, elle se rendait chez lui pour connaître ses besoins. Elle s'adressait ensuite à l'employée qu'elle estimait la plus apte à y répondre en lui décrivant précisément le type d'activité attendu, puis elles se rendaient ensemble chez le client pour faire connaissance. Un fois l'aval du client obtenu, elle concluait le contrat avec celui-ci ainsi qu'avec son employée, en indiquant le pourcentage de l'activité à déployer. Une employée était ainsi susceptible d'avoir plusieurs contrats avec la société. Le contrat avec l'employée mentionnait l'activité attendue, par exemple aller chercher les enfants à l'école, se rendre au parc pour le goûter puis rentrer à la maison, éventuellement donner la douche à un enfant. Elle-même se rendait sur place une fois par mois, pendant les

heures de travail, pour voir comment cela se passait. Elle contactait également le client environ tous les quinze jours pour avoir son retour. Le client devait lui signaler toute modification dans les horaires ou le type d'activité et elle-même transmettait oralement l'information à son employée, sans modification de contrat, mais éventuellement avec une modification dans le décompte des heures facturées au client. Elle-même établissait les décomptes destinés aux clients. En cas d'éventuelles heures supplémentaires, elle en discutait immédiatement avec le client puis, soit elle les facturait à celui-ci, soit elles étaient compensées. Ses employées étaient flexibles pour la compensation des heures supplémentaires, que ce soit par le salaire ou un congé. Lorsque des heures supplémentaires étaient prévisibles parce que le client l'en informait, elle demandait à son employée si elle était disposée à les effectuer. En cas de refus, elle sollicitait une autre employée susceptible de les assumer. Elle-même contresignait les décomptes d'heures supplémentaires que lui présentaient ses employés. Elle n'avait jamais été confrontée à des allégations divergentes entre un client et une employée au sujet des horaires ou d'autres événements qui se seraient produits.

Pour l'entretien de la maison, ses employées se rendaient chez les clients avec l'ensemble du matériel de nettoyage, qu'elle mettait à leur disposition. Il arrivait que des clients préfèrent que leur propre matériel de nettoyage soit utilisé. Pour la garde d'enfants, ses employés utilisaient le matériel des clients ; la société ne disposait pas d'un tel matériel hormis celui utilisé pour l'organisation des fêtes d'anniversaire. La société rembourserait le client en cas de dommage causé par une employée à son matériel, ce qui n'était jamais arrivé. En pareil cas, l'employée ne serait a priori pas tenue de rembourser la société.

En cas de maladie d'une employée, celle-ci percevait son salaire intégral pendant trente jours. S'il n'était pas possible de la remplacer par une autre employée, elle-même solliciterait l'accord de son client pour chercher une autre personne, étant précisé que cela n'était pas encore arrivé. La clause figurant au point 5 du contrat avec le client prévoyait que si celui-ci n'acceptait pas la personne de remplacement proposée, il devait payer les trente premiers jours du congé-maladie. La même solution valait en cas d'accident. En cas d'empêchement, elle disposait d'un délai de sept jours au minimum pour proposer une personne de remplacement, durant lequel le client continuait à payer le montant convenu. Le contrat-type qu'elle avait produit concernant les employés était incomplet en tant qu'il ne prévoyait pas expressément que ceux-ci percevaient l'intégralité de leur salaire pendant les trente premiers jours de congé-maladie. Aucune perte ne résultait de cette période pour la société, dès lors que le client continuait à payer les trente premiers jours d'arrêt maladie. Concernant la clause figurant au point 7 du contrat avec le client, c'était elle-même qui informait ce dernier en cas d'absence d'une employée et lui proposait une personne de remplacement. Il n'appartenait pas au client de faire la demande pour avoir une personne de remplacement.

En cas de situation imprévue, le client discutait directement avec l'employée. Par exemple si un enfant était malade, le client donnait à l'employée les instructions nécessaires pour la prise en charge de l'enfant, sans passer par la société. En revanche, l'employée l'avertissait rapidement en cas de changement par rapport à ce qui avait été convenu, étant rappelé que le cadre général de la prise en charge était décrit dans le contrat passé tant avec le client qu'avec l'employée.

16) Le 19 décembre 2022, A_____ a produit un bordereau de pièces complémentaires contenant les contrats de travail qu'elle avait conclus avec ses cinq employées ainsi que deux contrats conclus avec des clients portant respectivement sur la garde d'enfants et l'entretien de la maison.

La nature de la tâche ainsi que le cadre général des activités étaient décrits dans les contrats passés avec les employées. Les informations spécifiques liées à l'activité en question étaient en revanche données par la société à ses employées tout au long de la relation de travail en fonction des demandes des clients. D'éventuelles modifications concernant l'activité des employés pouvaient intervenir oralement en cours de contrat.

17) Le 17 janvier 2023, l'OCE a transmis ses observations après enquêtes.

Les déclarations de Mme B_____ lors de l'audience n'étaient pas corroborées par les pièces produites, lesquelles tendaient à confirmer l'existence d'une activité de location de services des travailleurs par A_____. En particulier, la recourante n'avait pas produit de contrat de travail la liant à plein temps avec ses collaborateurs ni de documents confirmant qu'elle était seule habilitée à leur donner des instructions sur les tâches à effectuer chez un client. Les contrats produits étaient succincts, ne contenaient aucun détail sur les tâches précises attendues du collaborateur et ne mentionnaient que les activités génériques de garde d'enfants et/ou d'entretien de la maison. S'agissant des activités d'entretien de la maison, les contrats ne faisaient pas référence à une voiture de fonction ou à une éventuelle indemnité pour l'utilisation d'un véhicule privé, ce qui permettait de douter que les travailleurs se rendaient au domicile des clients avec tout le matériel (machines et produits) nécessaire à leur activité. La rémunération prévue entre la recourante et le client était déterminée en fonction du tarif horaire des collaborateurs. Par ailleurs, aucun remplacement automatique du collaborateur absent n'était prévu, le client devant en faire la demande expresse et les contrats prévoyant que les trente premiers jours d'absence en cas de maladie ou les quatre premiers jours en cas d'accident étaient à la charge du client.

18) Le 10 février 2023, A_____ a persisté dans ses conclusions et produit deux relevés de compte contenant les libellés « frais déplacement oct22 », « prest-serv.setembro22 », « parking août 22 » et « C_____, hotel – 08.22 », ainsi que deux factures liées à l'achat de carburant dans des stations-service.

Dans la mesure où ses employés intervenaient chez plusieurs clients, c'était le cumul de ces interventions qui constituait leur temps plein. Pour l'activité d'entretien de la maison, la société mettait à disposition de ses employés tout le matériel nécessaire, à savoir les machines (aspirateur, serpillère, etc.) et les produits de nettoyage. Ceux-ci se rendaient chez les clients avec ce matériel et percevaient une indemnité, versée par la société, pour les frais de déplacement. Les clients pouvaient toutefois demander que des produits de nettoyage particuliers soient utilisés. Seuls les contrats liant la société à ses clients mentionnaient la « [mise] à disposition du personnel », ce qui faisait sens dans le cadre d'un contrat de mandat. La rémunération en fonction du tarif horaire n'avait pas d'incidence sur la qualification des contrats entre la société et ses employés. Enfin, le système de remplacement qui pouvait être mis en place en cas d'absence était clairement prévu, les modalités d'un tel remplacement n'impactant pas les relations contractuelles de la société avec ses employés.

19) Le 17 février 2023, l'OCE a relevé que, eu égard aux explications et pièces fournies par la recourante, il était incontestable que par exemple les horaires ou encore la répartition des heures à effectuer par le travailleur était déterminée par les familles en fonction de leurs besoins spécifiques variant d'un jour à l'autre. Ces dernières instruisaient l'employé en lui indiquant ses tâches au quotidien et la manière concrète d'exécuter le travail. Le travailleur œuvrait principalement dans le logement des familles. Les pièces produites par la recourante n'apportaient pas la preuve que la société mettait à disposition de ses employés des voitures de fonction ou indemnisait l'utilisation d'un véhicule privé. Enfin, la rémunération de la prestation dépendait des heures de travail effectuées et ne se basait pas sur un prix fixe convenu à l'avance.

20) Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA).

2) La recourante a sollicité une audience de comparution personnelle des parties. Pour sa part, l'intimée a demandé l'audition des collaborateurs de la société.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves pertinentes quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à

l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_467/2020 du 14 juin 2021 consid. 4.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas la juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier si elle 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 145 I 167 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_467/2020 précité consid. 4.1).

b. En l'espèce, les parties ont été entendues lors de l'audience du 21 novembre 2022. Elles ont par ailleurs eu l'occasion, lors des échanges d'écritures et des observations après enquêtes, de se déterminer sur les prises de position de leur partie adverse et ont joint à leurs mémoires plusieurs pièces. La chambre de céans dispose ainsi d'un dossier complet qui lui permet de rendre son arrêt en connaissance de cause.

Il ne sera donc pas procédé à d'autres actes d'instruction.

3) La recourante conteste son assujettissement à la LSE pour son activité dans le domaine de la garde d'enfants et de l'entretien de maison.

a. À teneur de l'art. 1 LSE, cette loi vise à régir le placement privé de personnel et la location de services (let. a), à 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).

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 CO) : 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 travailleur 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).

4) 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 LES 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 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).

5) En l'espèce, le but social de la recourante consiste en la fourniture de services d'aide et d'assistance, à domicile ou à l'extérieur, pour les enfants et les adolescents, ainsi que l'organisation et l'animation d'évènements les concernant, ce second volet de son activité n'entrant pas dans le cadre du présent litige.

Pour exercer son activité, la recourante conclut avec ses clients, en principe des familles, des contrats portant sur la garde d'enfants et/ou sur l'entretien de la maison. Ces tâches sont exécutées par des personnes, actuellement au nombre de six, liées par des contrats avec la recourante.

Les contrats liant la recourante aux personnes qui exécutent le travail sont conclus pour une durée d'une année et peuvent être reconduits tacitement. Ils contiennent notamment des dispositions précisant le domaine d'activité (garde d'enfant, entretien de la maison ou les deux), les horaires de travail (heures et jours de la semaine), la rémunération selon un tarif horaire et le droit aux vacances. Ils indiquent en outre que l'absence pour cause de maladie est prise en charge par la société dès le 31ème jour et celle pour cause d'accident dès le 4ème jour. Un seul des contrats produits, conclu le 1er novembre 2022, mentionne le nombre d'heures devant être consacré à l'entretien de la maison, respectivement la garde de l'enfant.

Les contrats liant la recourante à ses clients sont conclus pour une durée d'une année et peuvent être reconduits tacitement. Ils mentionnent notamment que la société s'engage à « fournir » ou « mettre à disposition » du personnel nécessaire pour la garde d'enfants et/ou l'entretien de la maison et que le client rémunère cette prestation sur la base d'un tarif horaire, le cas échéant forfaitaire,

incluant notamment le salaire, les charges sociales. Ils précisent que l'absence pour cause d'accident est prise en charge par la société dès le 4ème jour et celle pour cause de maladie dès le 31ème jour, les coûts entre les 4ème et 30ème jours d'incapacité étant facturés au client. Une personne de remplacement peut être mise à disposition à la demande du client, sans frais supplémentaires. Il ressort d'un contrat, signé le 27 août 2022, qu'en cas d'utilisation d'un véhicule privé pour les déplacements des enfants, le tarif facturé au client est de CHF 0.80 par kilomètre.

Il ressort par ailleurs du dossier, en particulier des explications fournies par la recourante tant dans ses écritures qu'en audience, ainsi que des pièces produites, que la société désigne dans chaque cas la personne qui exécutera les tâches convenues avec le client en fonction des besoins ou souhaits de celui-ci et qu'un collaborateur est susceptible d'intervenir chez plusieurs clients. Il s'avère également que la société détermine d'abord avec le client, puis avec le collaborateur concerné les contours de la prestation (nature de l'activité, horaires, rémunération), mais que les modalités d'exécution de la mission (choix des vêtements, des repas, des activités, pièces à nettoyer, lessive ou repassage à effectuer, par exemple) sont discutées directement entre le travailleur et le client, cette manière de procéder étant au demeurant inhérente aux domaines de la garde d'enfants et de l'entretien de maison. Il y a ainsi lieu de retenir que le pouvoir d'instruction à l'égard des employés est à tout le moins partagé entre la société et ses clients.

Il apparaît, en outre, que le travailleur exécute ses tâches avec du matériel appartenant aux clients (jeux, livres, ustensiles de cuisine, appareils pour le ménage ou le repassage, machines à laver, produits de nettoyage, etc.), la recourante échouant à démontrer qu'elle fournit elle-même ledit matériel et se limitant à alléguer que ses collaborateurs utilisent ses propres produits de nettoyage ou encore des aspirateurs lui appartenant. De même, les pièces transmises par la recourante le 10 février 2023, lesquelles ne contiennent aucune indication concernant les personnes ou le contexte liés à ces frais, ne permettent pas de déduire que la société mettrait à disposition de ses collaborateurs un véhicule privé ou les indemniserait en cas d'utilisation d'un véhicule privé.

Bien que la recourante ait mentionné la possibilité d'une rémunération forfaitaire, il ressort des pièces que dans la majorité des cas, ce sont les heures effectives, y compris les heures supplémentaires, qui sont facturées aux clients sur la base de décomptes mensuels, respectivement rémunérées aux employés.

Enfin, il incombe aux clients de la recourante de prendre à leur charge les trente premiers jours de maladie d'un collaborateur, la société ne prenant le relais qu'à partir du 31ème jour. De plus, la société n'assure pas un remplacement de manière automatique en cas d'absence d'un employé, tous les contrats produits prévoyant expressément qu'il appartient au client d'en faire la demande.

Les éléments qui précèdent, pris dans leur ensemble, conduisent à retenir que la recourante – dont la chambre de céans n'entend pas mettre en cause l'implication et la volonté de fournir des prestations de qualité – doit être considérée, au sens des dispositions et de la jurisprudence précitées, comme une bailleresse de services et ses clients comme des locataires de services. C'est ainsi conformément au droit que l'intimé l'a assujettie à la LSE, considérant qu'une part de l'activité de la recourante était soumise à autorisation au sens de la LSE.

Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 octobre 2022 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'emploi du 31 août 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Stéphanie Fontanet, avocate de la recourante, ainsi qu'à l'office cantonal de l'emploi.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf et Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	le président siégeant :
N. Deschamps	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :