RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/880/2022-EXPLOI **ATA/606/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 juin 2022

dans la cause

A_____
représentée par Me Stéphanie Fontanet, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

EN FAIT

1) La société A_____ (ci-après : A_____ ou la société) a été inscrite le 16 mai 2013 au registre du commerce du canton de Genève.

Elle a 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.

Madame B_____ en est l'associée gérante.

2) A_____ dit compter cinq employés, dont Mme B_____, au bénéfice de contrats de travail de durée indéterminée.

3) Les clients de la société concluent avec elle des contrats de mandat ou des contrats mixtes selon le type de service concerné.

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

5) L'OCE, par décision du 1er octobre 2021, a rejeté cette requête d'indemnités, au motif que l'activité exercée par la société était illégale dans la mesure où elle était soumise à autorisation en vertu de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE - RS 823.11), autorisation dont A_____ n'était pas titulaire.

6) La société a formé opposition auprès de l'OCE contre cette décision le 1er novembre 2021. La procédure est en cours.

7) L'OCE a, par courrier du 12 octobre 2021, imparti un délai d'un mois à la société pour décrire ses activités, afin qu'il puisse déterminer si elle était soumise à la LSE.

8) A_____ estime avoir fourni les 12 novembre et 20 décembre 2021 toutes les informations et documents requis par l'OCE dans ce cadre.

9) Le 15 février 2022, l'OCE a écrit à la société qu'au vu des explications données et après avoir obtenu l'avis du secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO), il considérait que l'activité de A_____ constituait bien de la location de services.

L'OCE lui transmettait donc plusieurs documents, dont la demande d'autorisation, l'« appendice responsable » et divers modèles de contrats-types en priant de les compléter et de les lui retourner, accompagnés des diverses annexes mentionnées, notamment le casier judiciaire, le certificat de bonne vie et mœurs et d'autres documents concernant le futur responsable, des sûretés de CHF 50'000.-, un exemplaire de contrats de travail, de mission et de location de services, ainsi que de ses conditions générales, un extrait du registre du commerce certifié conforme et une copie du bail à loyer commercial.

Ce courrier rappelait nombre d'exigences légales requises d'un bailleur de services et du responsable au sein de la société.

Il ne contient ni le terme « décision » ni de voie de recours.

10) A_____ a formé recours par acte expédié le 18 mars 2022 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette « décision », concluant préalablement à une audience de comparution des parties et au fond, principalement, à l'annulation de ladite « décision », à ce qu'il soit dit que les activités de A_____ n'étaient pas soumises à la LSE, subsidiairement au renvoi du dossier à l'OCE pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

La « décision » du 15 février 2022 ne contenait aucune motivation et partant violait son droit d'être entendue. L'OCE n'avait pas pris la peine, même de manière succincte, de répondre aux griefs formulés dans ses déterminations du 12 novembre 2021 qui lui auraient paru pertinents. « À défaut de considérant, on ne saurait considérer en l'état que la décision [était] implicite et qu'elle résul[tait] de ses différents considérants ». À défaut de motivation, elle était dans l'impossibilité de se rendre compte de la portée de la décision et partant de l'attaquer en connaissance de cause.

Seule relevait de la LSE l'exécution d'un contrat de travail, sous la forme de la location de services, à savoir la fourniture, dans l'entreprise de mission, d'une prestation de travail par le travailleur dont les services étaient loués. Il ressortait d'un arrêt de la chambre administrative ATA/535/2020 du 29 mai 2020 que le critère de cession qui caractérisait la location de service supposait ainsi qu'une entreprise abandonne une part importante de son pouvoir de diriger ses propres travailleurs à une autre entreprise, tout en maintenant ses rapports de travail avec lesdits travailleurs.

En l'espèce, ses employés étaient liés par un contrat de travail. Lesdits employés n'étaient liés directement par aucun contrat avec les clients de la société. Les clients concluaient directement avec la société soit un contrat portant exclusivement sur la garde d'enfants ou sur l'entretien de la maison – un contrat de mandat –, soit portant sur ces deux aspects – un contrat mixte. Les tâches de ses

employés pouvaient consister en l'organisation d'anniversaires, d'ateliers de bricolages et de fêtes notamment.

A_____ attribuait ensuite la tâche à l'un ou l'autre de ses employés, en fonction de ses disponibilités et des éventuels souhaits particuliers du client. Elle assurait le remplacement de ses employés en cas de maladie ou de vacances notamment. Elle donnait à ses employés toutes les instructions nécessaires à la bonne exécution du mandat, soit le lieu, l'heure et les tâches confiées, d'entente entre la société et le client. Si le client pouvait revoir avec l'employé certains détails, ainsi que les modalités de services, notamment des souhaits particuliers, il n'exerçait pas de quelconque pouvoir de direction à l'égard de l'employé qui répondait uniquement de la société.

Les employés n'étaient pas « intégrés » chez le client et se rendaient de l'un à l'autre, parfois une seule fois chez un client pour ne plus jamais s'y rendre ensuite, ce qui dépendait de la disponibilité des employés et du souhait des clients.

L'employé percevait un salaire fixe de la société. Son contrat de travail, conclu pour une durée d'une année au moins, prévoyait un nombre d'heures de travail déterminé d'avance, par semaine, respectivement par mois. Le client payait un « forfait » convenu à l'avance ou en fonction des heures effectives de service, selon sa demande. La société adressait une facture à chacun de ses clients à la fin du mois.

A_____ possédait en règle générale son propre matériel. Pour un anniversaire par exemple, elle achetait et choisissait tout le nécessaire selon le thème choisi par le client.

Au vu de ces éléments, l'activité de A_____ ne pouvait être qualifiée de location de services et n'était pas soumise à autorisation au sens de la LSE.

11) L'OCE a conclu, le 13 avril 2022, à l'irrecevabilité du recours, dès lors qu'aucune décision d'assujettissement n'avait encore été rendue.

Le document du 15 février 2022 constituait un courrier type qu'il adressait aux sociétés exerçant une activité de placement privé et/ou de location de services soumise, selon lui, à autorisation. Ne s'agissant pas d'une décision formelle d'assujettissement, il ne comportait pas de voies de droit, ni de motivation. Par le biais de ce courrier informatif, il transmettait aux sociétés concernées un aide-mémoire du SECO relatif aux dispositions régissant la LSE, plusieurs liens Internet permettant d'obtenir des informations complémentaires en la matière, les formulaires de demandes idoines ainsi que divers modèles de documents type. Il y était indiqué, en outre, qu'il était à disposition des entreprises concernées pour tout renseignement complémentaire.

Il ne s'agissait dès lors clairement pas d'une décision administrative.

Cela étant, il avait pris bonne note des arguments avancés et du fait que la société considérait ne pas exercer d'activité soumise à autorisation et n'entendait pas déposer de demande d'autorisation. Ainsi, il rendrait prochainement une décision d'assujettissement dûment motivée.

12) Dans sa réplique du 4 mai 2022, A_____ a relevé que les termes du « courrier » du 15 février 2022 «… nous considérons que l'activité de [A_____] constitue bien de la location de services » étaient clairs. Il affirmait en clair que ses activités entraient dans le champ d'application de la LSE et étaient dès lors soumises à autorisation. L'OCE avait transmis toute une série de documents nécessaires à la demande d'autorisation, il s'agissait en réalité d'une demande d'autorisation, l'invitant à les remplir et à les lui retourner. En d'autres termes, par une mesure individuelle et concrète, l'OCE constatait que ses activités entraient dans le champ d'application de la LSE, ce qui entraînait pour elle l'obligation de solliciter une autorisation au sens des art. 12 ss LSE.

Il était ainsi évident que la mesure prise avait bel et bien pour objet de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits et d'obligations à sa charge. Ce « courrier » était donc clairement une décision au sens de l'art. 4 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), peu important qu'il ne soit pas libellé comme tel ou encore ce qu'en disait l'OCE. Dans un ATA/535/2020 du 29 mai 2020, il était question d'une décision dont la teneur ne différait en rien de celle du « courrier » du 15 février 2022.

13) Les parties ont été informées, le 5 mai 2022, que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 38 al. 1, al. 2 let. a et al. 3 LSE ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ). La chambre administrative connaît en instance cantonale unique des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 132 al. 2 LOJ et qui découlent d'un contrat de droit public.

2) L'autorité intimée conclut à l'irrecevabilité du recours dans la mesure où le « courrier » du 15 février 2022 ne serait pas une décision attaquable. Pour déterminer la recevabilité du recours, il convient donc préalablement d'examiner la nature de ce document.

a. Selon l'art. 4 LPA, sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 1 LPA, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet : de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a) ; de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b) ; de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Les décisions incidentes sont également considérées comme des décisions (art. 4 al. 2 LPA).

Constitue une décision finale, celle qui met un point final à la procédure, qu'il s'agisse d'une décision sur le fond ou d'une décision qui clôt l'affaire en raison d'un motif tiré des règles de la procédure (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 256 n. 2.2.4.2 ; ATA/521/2020 du 26 mai 2020 consid. 3b). Est en revanche une décision incidente, celle qui est prise pendant le cours de la procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale (ATA/521/2020 du 26 mai 2020 consid. 3b et les arrêts cités) ; elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle, jugée préalablement à la décision finale (ATF 139 V 42 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_567/2016 et 2C_568/2016 du 10 août 2017 consid. 1.3).

Sont susceptibles de recours (art. 57 LPA), les décisions finales (let. a) et les décisions incidentes si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. c). Selon l'art. 62 al. 1 LPA, le délai de recours est de trente jours s'il s'agit d'une décision finale ou d'une décision en matière de compétence (let. a) et de dix jours s'il s'agit d'une autre décision (let. b). Enfin, les règles posées par la LPA ne sont pas applicables aux actes de portée purement interne à l'administration (art. 2 let. a LPA).

b. Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 46 al. 1 LPA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

Pour qu'un acte administratif puisse être qualifié de décision, il doit revêtir un caractère obligatoire pour les administrés en créant ou constatant un rapport juridique concret de manière contraignante. Ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/775/2021 du 27 juillet 2021 consid. 3a).

De jurisprudence constante, l'absence de mention des voies de droit dans une décision constitue un vice formel qui rend sa notification irrégulière (ATF 125 V 65 consid. 4 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011. p. 314 n. 884 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3ème éd., 2011, p. 349 n. 2.2.8.3). Ce vice formel est susceptible d'avoir pour effet non pas que la décision soit invalidée pour ce motif, mais que le délai de recours ne

court pas ou doit être restitué (Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 531 n. 1576). En effet, la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité (ATF 132 I 249 consid. 6 qui concerne une problématique de notification en matière civile ; 122 I 97 consid. 3a.aa ; 111 V 149 consid. 4c), même si, selon le Tribunal fédéral, le fait de reconnaître un effet guérisseur au succès factuel d'une notification viciée comporte le risque, souligné par une partie de la doctrine, d'avoir pour conséquence que le respect des exigences légales soit peu à peu abandonné, ces dernières étant réduites à de simples règles d'ordre et les justiciables étant déchus du droit d'obtenir des communications transmises par la voie et selon les modalités légales (ATF 132 I 249 consid. 6).

3) En l'espèce, le courrier du 15 février 2022 ne contient pas les termes de décision ni l'indication d'une voie de recours. Certes, l'autorité intimée y indique considérer que l'activité de la recourante constitue « bien » de la location de services, après avoir obtenu l'avis du SECO. Il en ressort également que cette autorité demande à la recourante de lui transmettre nombre de documents, des sûretés de CHF 50'000.- et lui rappelle plusieurs exigences et indications concernant notamment la personne responsable de la société et la nomination d'un organe de révision. Elle indique que les documents exigés doivent être joints à la demande d'autorisation figurant en annexe. L'autorité intimée mentionne également qu'il est préférable de lui soumettre au préalable le but social que la société propose d'inscrire au registre du commerce auprès duquel le nom du responsable devra également être inscrit.

Le document litigieux ne contient aucune sanction pour le cas où la recourante ne se plierait pas aux demandes y formulées, en particulier si elle s'abstenait de déposer la demande d'autorisation requise.

Ainsi, le courrier litigieux ne modifie pas la situation juridique de la recourante. La question pourrait se poser de savoir s'il constate l'étendue de faits fondant la demande de dépôt d'une autorisation. Cette question souffrira de demeurer indécise vu ce qui suit.

Quand bien même le courrier attaqué laisse entendre que l'OCE pourrait soumettre à autorisation l'activité de la recourante, il a dans la présente affaire expressément indiqué avoir pris note des explications et de la position de la recourante et entendre rendre une décision formelle et motivée sujette à recours quant à son assujettissement à la LSE. Par ailleurs et en amont, il apparaît que l'instruction de la cause doit se faire par l'OCE, y compris et cas échéant en procédant à l'audition de la représentante de la société, sur la base en particulier des contrats dont elle a l'usage, et non pas d'emblée devant l'instance de recours.

Dans ces circonstances, faute de décision attaquable au sens de l'art. 4 al. 1 LPA, le recours sera déclaré irrecevable.

5. Nonobstant l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 18 mars 2022 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'emploi du 15 février 2022 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni 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, Payot Zen-Ruffinen, Lauber et McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
M. Marmy	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :