

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/975/2005-EP

ATA/295/2006

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 30 mai 2006

dans la cause

G _____ S.A.

représentée par Me Christian Luscher, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

EN FAIT

1. G_____ S.A. (ci-après : G_____) est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève depuis 1996. Elle a pour but d'apporter à des entreprises commerciales une plus-value à travers des conseils et des formations. Concrètement, G_____ est principalement active dans l'installation, la maintenance, le support et la formation d'un progiciel appelé «S_____ », qui offre une gamme complète de solutions répondant au besoin opérationnel de la gestion d'une entreprise.
2. Le 26 juillet 2004, M. M_____, ancien employé de G_____ - en procès avec cette société - a dénoncé son ancien employeur, par la plume de son conseil, à l'office cantonal de l'emploi du département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures, devenu depuis lors le département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : l'OCE ou le département).

En substance, M. M_____ a indiqué qu'il travaillait maintenant pour la société X_____ S.A. (ci-après : X_____), dont les activités étaient similaires à celles de G_____. Son nouvel employeur était au bénéfice d'une autorisation de location de services fondée sur la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE - RS 823.11), alors que G_____ ne bénéficiait pas d'une telle autorisation. Le statut de G_____ devait être reconsidéré, car si elle était liée à certains de ses partenaires par des contrats de travaux à forfait, elle pratiquait aussi la location de services.

A ce pli étaient jointes des attestations d'anciens employés de G_____, de sous-traitants ou de clients de cette dernière, dont il ressortait que les employés de G_____ étaient dépêchés auprès de clients pour mettre en place des fonctionnalités du progiciel «S_____ »; ils travaillaient alors sous la responsabilité du client, recevaient des instructions de sa part et leurs prestations étaient facturées par G_____ en régie.

M. M_____ a en outre produit divers documents, tels que contrats, bilans de G_____, etc, justifiant de ses allégations.

Le 29 juillet 2004, M. M_____, toujours par la plume de son conseil, a produit d'autres documents, en particulier un contrat-type, duquel il déduisait que les prestations offertes devaient être qualifiées de location de services.

3. Le 3 août 2004, le département s'est adressé à G_____. Au vu des éléments qui avaient été portés à sa connaissance, il avait décidé de procéder à des nouvelles investigations et demandait qu'un certain nombre de documents complémentaires lui soient transmis.

Le même jour, le département a demandé au conseil de M. M_____ de lui transmettre copie d'un certain nombre de contrats de travail et de contrats de mission.

4. Le 6 août 2004, le conseil de M. M_____ a transmis un tirage des contrats de travail dont il disposait.
5. Le 10 août 2004, G_____ s'est adressée au département. Elle avait le sentiment que l'OCE faisait l'objet d'une tentative de manipulation de la part de M. M_____.
6. Le 13 août 2004, le département s'est adressé aux personnes qui avaient signé une déclaration produite par le conseil de M. M_____, les invitant à prendre contact afin d'organiser une entrevue dans les locaux de l'OCE.

Le 25 août 2004, il a transmis à un ancien employé de G_____ un questionnaire au sujet des ses relations avec cette dernière.

Un questionnaire similaire a été envoyé à un employé de la société Y_____ International (ci-après : Y_____), cliente de G_____.

7. Le 6 septembre 2004, G_____ a transmis au département les pièces qui lui avaient été demandées.
8. Sur la base de l'instruction qu'il avait menée, le département a indiqué à G_____, le 18 octobre 2004, qu'il estimait qu'elle pratiquait la location de services assujettie à autorisation. Les personnes entendues avaient affirmé que dans le cadre de missions, les collaborateurs de G_____ étaient soumis hiérarchiquement aux ordres des clients et qu'ils recevaient les instructions techniques et fonctionnelles de la part des ces derniers. G_____ assurait uniquement une obligation de moyen, et non de résultat. Un délai lui était imparti pour se déterminer.
9. Le 3 décembre 2004, G_____ a transmis au département ses observations.

Afin de déterminer s'il y avait un contrat de location de services, il était nécessaire d'étudier le rapport de subordination, l'intégration du travailleur dans l'entreprise où il effectuait sa mission, l'obligation d'établir un décompte des heures effectuées, pour la facturation, le risque commercial de la prestation de travail ainsi que le fait de savoir si le bailleur répondait ou non des dommages causés par le travailleur, par négligence ou intentionnellement.

Les conditions d'existence d'un contrat de location de services n'étaient pas réalisées dans le cas de G_____.

De plus, son droit d'être entendue avait été violé, dans la mesure où elle n'avait pas pu participer aux auditions auxquelles le département avait procédé.

10. Le 26 janvier 2005, le département a informé G_____ que les procès-verbaux desdits entretiens avaient été écartés du dossier, et qu'ils ne seraient pas pris en compte dans la décision à rendre. G_____ avait eu accès à l'ensemble des autres pièces.
11. Par décision du 1^{er} mars 2005, le département a sommé G_____ de déposer une demande d'autorisation de pratiquer la location de services jusqu'au 30 avril 2005. Il lui a formellement interdit d'offrir des services relevant de la location de services tant qu'elle ne serait pas en possession des autorisations nécessaires, sous la menace des sanctions prévues par l'article 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.O) et par l'article 39 alinéa 1 lettre a LSE.

La lecture des contrats produits par G_____ ne permettait pas de déterminer si elle pratiquait la location de services. Le département était convaincu qu'une partie substantielle de ses activités ne relevait pas forcément d'une telle location, mais cela n'était pas déterminant.

Les anciens employés de la société affirmaient que celle-ci n'avait pas - sur le terrain - la maîtrise des projets, et qu'ils travaillaient sous les instructions directes des clients. Ils ne recevaient pas d'instructions de G_____. Cette dernière n'était pas au courant des détails de la mission.

Les anciens clients de la société, qui avaient écrit au département, affirmaient qu'ils avaient gardé la maîtrise de leurs projets. L'un d'entre eux précisait que G_____ n'assumait qu'une garantie de moyens.

La société avait eu accès à l'ensemble des pièces de la procédure et avait pu se déterminer. Les prestations offertes par G_____ ne différaient pas de celles offertes par les entreprises locataires de service.

12. Le 31 mars 2005, G_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours concluant à l'annulation de la décision litigieuse et à la constatation de ce que ses activités ne constituaient pas de la location de services.

Elle s'est plainte d'une violation de son droit d'être entendue, qui pouvait certes être réparée par le Tribunal administratif moyennant une nouvelle audition des personnes dont l'OCE avait écarté les premières déclarations ; elle souhaitait poser des questions supplémentaires aux intéressés.

Selon la LSE, les entreprises pratiquant la location de services par le biais de travail temporaire, la mise à disposition de travailleurs à titre principal ou de travailleurs occasionnels étaient soumises à autorisation. Tel n'était en revanche pas le cas de l'entreprise de louage d'ouvrages ou de montage, car cette dernière

équipait les travailleurs et conservait le droit de leur donner des instructions. Pour qu'il y ait location de services, le pouvoir de direction et de contrôle des travailleurs devait appartenir en tout ou en partie à l'entreprise où ils étaient en mission. Les travailleurs devaient être intégrés dans cette entreprise et travailler avec les outils, le matériel et les instruments de cette dernière, à son siège et selon ses horaires. Le travail devait être facturé par le bailleur de services en heures, semaines ou mois et à non un prix fixe pour la prestation. Le risque de mauvaise exécution devait être supporté par l'entreprise où les travailleurs effectuaient leur mission. Le bailleur de services ne répondait pas des dommages que le travailleur était susceptible de causer par négligence ou intentionnellement à l'entreprise de mission ou à des tiers.

Procédant à l'analyse des sociétés avec qui elle était en concurrence, aux documentations de présentation de la société, aux offres qu'elle avait faites, à l'analyse des différents contrats, G_____ a conclu qu'elle ne remplissait pas les conditions nécessaires pour être qualifiée d'entreprise de location de services tout en relevant qu'un certain nombre de ses concurrents directs n'étaient pas enregistrés comme loueurs de services, ce qui constituait une inégalité de traitement.

13. Le 20 mai 2005, l'OCE s'est opposé au recours. Le droit d'être entendu de G_____ n'avait pas été violé, les personnes qu'il avait entendues ne pouvant être qualifiées de témoins. Les procès-verbaux d'audition avaient au demeurant été retirés du dossier par gain de paix et parce que les déclarations écrites et les pièces y figurant étaient suffisantes.

La lecture des contrats conclus par G_____ ne permettait pas de retenir qu'elle ne pratiquait pas la location de services, ni le contraire. Quant aux renseignements obtenus et figurant au dossier, ils démontraient que les personnes placées par G_____ chez certains de ses clients étaient sous la responsabilité complète de ces derniers. G_____ assurait une garantie de moyens, pas de résultats.

S'agissant de l'inégalité de traitement alléguée par G_____, l'OCE a indiqué qu'aucune des sociétés mentionnées par la recourante n'avait fait l'objet de déclarations de la part d'anciens clients ou d'anciens collaborateurs tendant à démontrer qu'elles pratiquaient la location de services. Si de telles déclarations devaient être faites, leur situation serait réexaminée.

14. Tant la recourante que l'intimé ont encore produit un certain nombre de pièces, de contrats et de déclarations - certains en anglais - dont la teneur sera reprise, en tant que de besoin, dans la partie en droit du présent arrêt.
15. Les 10 octobre et 21 novembre 2005, le Tribunal administratif a procédé à des enquêtes, au cours desquelles plusieurs personnes ont été entendues, soit comme témoins, soit à titre de renseignement.

a. Mme B_____ travaillait pour G_____ depuis l'année 2000. Elle intervenait dans des entreprises pour les aider à développer un système informatique répondant à leurs besoins dans le domaine particulier des ressources humaines. G_____ prenait les premiers contacts ; il lui appartenait ensuite d'aller discuter avec l'entreprise et de rédiger - ou faire rédiger - un concept en vue d'une informatisation ultérieure. Elle avait un bureau chez G_____, mais travaillait également dans l'entreprise où elle intervenait. La durée de ses interventions variait entre dix jours et quatre mois. Il lui arrivait d'intervenir dans plusieurs entreprises simultanément.

Chez S_____, elle avait collaboré à l'installation d'un module précis du progiciel. Elle avait prodigué conseils et supervision, par tranches d'une demi-journée. Un employé de S_____ avait rédigé et conçu le projet et elle avait vérifié la cohérence de la démarche, par exemple en donnant des conseils pour que le système soit fonctionnel.

Lorsque les compétences disponibles dans les entreprises clientes étaient insuffisantes, elle s'occupait d'installer concrètement l'application. A la fin du contrat, G_____ s'assurait que l'entreprise dispose des compétences d'utilisation et lui fournissait une documentation détaillée.

Pendant la durée des interventions, elle pouvait demander à l'un de ses collègues de G_____ de l'épauler, notamment au niveau de la programmation. Lorsqu'il s'agissait de grands projets, l'intervention de G_____ était assurée par une équipe, le nombre des intervenants étant défini contractuellement. Dans le cas de R_____, l'intervention avait été négociée à prix fixe et G_____ devait faire en sorte que l'ensemble des applications soit fonctionnel à une date précise. G_____ avait pris des mesures pour contrôler l'avancement du projet et intervenir en cas de retard.

Mme B_____ recevait un salaire mensuel de G_____, qu'elle ait ou non des missions à l'extérieur. Elle remplissait des fiches horaire et les remettait à son employeur.

Dans le cadre de la gestion d'un projet, elle établissait le planning de ses collègues intervenant chez le client et leur donnait ses instructions. Lors de certaines interventions, le client gérait lui-même son projet du début à la fin. Parfois, c'était G_____ qui gérait tout ou partie du projet et remettait, à la fin du contrat, un système qui fonctionnait à une entreprise sachant l'utiliser.

b. Monsieur W_____, responsable des services financiers à l'université de _____, a expliqué que cette institution avait travaillé avec G_____ pour la mise en place du progiciel «S_____».

Dans un premier temps, les consultants de G _____ étaient venus à _____ et les discussions avaient porté sur les besoins de l'université et sur ses attentes vis-à-vis du logiciel.

En raison d'un manque de temps imputable à l'université, aucun cahier des charges définitif n'avait été établi. L'exploitation avait commencé le 1^{er} janvier 1999 ; quelques problèmes avaient surgi, qui avaient pu être réglés grâce à une très forte implication des partenaires. G _____ adressait ses factures à l'université, qui les réglait lorsque les produits fonctionnaient. Une fois, il y avait eu un problème de paramétrage de l'application pour lequel G _____ avait reconnu sa responsabilité. L'erreur avait été rectifiée sans surcoût.

c. Madame C _____ avait travaillé chez G _____ pendant deux ans, entre 2002 et 2004. Son activité avait essentiellement porté sur l'exécution d'un contrat chez Y _____, laquelle souhaitait installer le progiciel «S _____» pour les ressources humaines. Elle s'était tout d'abord occupée de la mise en place de la sécurité sur le système global ; concrètement, elle avait analysé les besoins de l'entreprise et rédigé un projet structurant les autorisations d'accès. Il s'agissait d'un petit volet du projet global. La programmation avait été réalisée par Y _____ et testée par elle-même, de manière itérative, jusqu'à ce que le module de sécurité soit parfaitement fonctionnel.

Ensuite, elle était intervenue dans le cadre de l'analyse, de la définition des besoins et de la mise en place de l'application pour le « système suisse ». Une quinzaine de personnes s'étaient occupées de ce projet, dont un petit nombre provenait de G _____, les autres étant des employés de Y _____. Elle-même était intervenue comme consultante, proposant des solutions, les choix stratégiques étant du ressort de Y _____. Une fois la décision prise, elle s'était occupée de la mise en œuvre.

Au début de son mandat, elle s'était souvent adressée à son chef (« team leader ») chez G _____ pour qu'il vérifie son travail, car c'était la première fois qu'elle intervenait en qualité de consultante. Elle rencontrait l'équipe de G _____ une fois par mois, et se soumettait à des évaluations professionnelles deux fois l'an. Elle remplissait des fiches horaires qu'elle remettait tant à G _____ qu'à Y _____. Celles-ci étaient signées par Y _____ et elle-même. G _____ la payait sur une base mensuelle, ce qui avait aussi été le cas lorsqu'elle avait été malade.

Elle avait signé une attestation qui avait été rédigée par M. M _____, son ancien « team leader » qui lui avait exposé avoir des problèmes avec G _____. Lorsque cette attestation indiquait « prestations en régie », il fallait comprendre qu'il s'agissait de prestations facturées à l'heure par G _____ pour du travail réalisé chez des clients. Elle avait été entendue par l'OCE et avait signé la déclaration après avoir donné les explications nécessaires.

Lorsqu'elle était intervenue chez Y_____, le chef de projet était un employé de cette entreprise, qui lui donnait des instructions générales, tant pour le système global que pour le « système suisse ». Cette personne, qui prenait les décisions en cas de doutes, lui avait également indiqué les analyses qu'elle devait faire et le nom des personnes à appeler à New York pour la coordination. Y_____ précisait ce qu'elle voulait retenir des choix qu'elle proposait. Le directeur de G_____ ne connaissait pas le détail de sa mission. Tel était par contre le cas de M. M_____ au début de celle-ci. Lorsqu'il avait été remplacé, son successeur était moins au courant. Si elle avait une question à poser, elle s'adressait aux employés de Y_____. Lors de sa maladie, c'était G_____ qui avait décidé de la remplacer chez ce client. C'était également cette société qui avait rédigé son certificat de travail.

d. Monsieur VT_____ avait travaillé pour G_____ d'août 2000 à décembre 2003 et avait depuis lors été engagé par X_____.

Chez G_____, il avait assumé diverses missions auprès de clients. Sa tâche avait consisté à paramétrer le progiciel «S_____», à offrir du support externe aux clients qui ne disposaient pas de ressources internes et à intervenir pour modifier les outils existants, à la demande des clients. Les missions qui lui avaient été confiées avaient duré entre trois jours et trois mois, la plus longue ayant été celle qu'il avait effectuée auprès de Y_____. Les missions avaient tendance à se chevaucher et, cas échéant, il y avait toujours du travail à effectuer au bureau de G_____. Il était rémunéré au mois.

Lors de sa mission auprès de Y_____, il avait une réunion avec l'ensemble de l'équipe de G_____ environ tous les deux mois. Il avait des contacts avec son responsable à qui il rendait compte du déroulement de la mission et de la facturation. Le contrôle était effectué par Y_____. Il devait remplir deux relevés de prestations, l'un pour G_____ et l'autre pour la cliente. En cas d'absence pour maladie ou de congés, il devait en référer à son employeur.

Sa mission chez Y_____ avait essentiellement consisté en fourniture de support, parfois en amélioration des données existantes. Il s'était aussi occupé de l'adaptation de logiciels. L'entreprise n'avait pas assez de personnel pour assurer la maintenance de l'application de manière indépendante. Il n'avait pas travaillé pour des clients de G_____ depuis qu'il avait été engagé chez X_____.

Il avait signé une attestation rédigée par l'avocat de M. M_____ et qui était conforme à la vérité. Il avait aussi été entendu par l'OCE. M. M_____, qui travaillait avec lui chez X_____, lui avait exposé les tenants et les aboutissants de la procédure fondée sur la LSE.

M. U_____ a confirmé la déclaration qu'il avait faite à l'OCE, dont un tirage a été versé à la procédure par l'avocat de G_____. Il a encore précisé qu'il avait suivi des cours de formation continue à Londres, aux frais de G_____.

Il a insisté sur le fait que lors de l'intervention chez Y_____, il avait travaillé sous la responsabilité de cette entreprise. Dans d'autres missions, il avait agi comme responsable du projet et indiqué au client ce qu'il fallait faire.

e. Le directeur des ressources humaines de R_____ a exposé qu'il avait fait appel à G_____ pour la mise en place d'un gros projet, relatif à la production des salaires pour toute la Suisse, leur intégration dans la comptabilité, et l'administration du personnel. Les travaux avaient été menés à l'entière satisfaction de l'entreprise. R_____ avait détaché deux personnes à plein temps pour piloter ce projet, lesquelles donnaient leurs instructions à des personnes externes, chargées de la mise en place technique. Les consultants de G_____ étaient au nombre de deux à quatre et s'occupaient de la programmation, de la mise en place du projet et de la paramétrisation. Un comité de pilotage, qu'il dirigeait en personne, se réunissait tous les mois.

Les employés de G_____ étaient autonomes chez R_____. Ils avaient été intégrés, car la direction considérait que cela était indispensable à la réussite du projet.

G_____ avait vendu un projet clés en mains, à un prix forfaitaire. Elle s'était occupée de la formation du personnel et un transfert de compétences avait été réalisé.

M. M_____ avait joué un rôle essentiel dans ce projet. M. U_____ ne l'avait pas recontacté lorsque celui-ci avait été terminé.

La direction du comité de pilotage impliquait des réunions régulières et structurées au cours desquelles le point était fait sur l'avancement (timing, comptabilité, aspects techniques, budget). Le planning était élaboré par le chef de projet, qui le négociait avec G_____. Beaucoup de pression était mise sur G_____ pour le respect des délais. Hormis une personne, qui bénéficiait du statut d'indépendant, G_____ avait placé ses propres employés chez R_____.

f. Monsieur V_____ était responsable financier à l'université de _____. Celle-ci avait mandaté G_____ pour installer une nouvelle fonctionnalité sur le logiciel «S_____», déjà utilisé. L'université était maîtresse de l'ouvrage. G_____ avait été sélectionnée à la suite d'un appel d'offres. Elle avait rédigé un cahier des charges techniques et mis en place la solution. Pendant la durée du projet, soit environ six mois, une séance hebdomadaire permettait de faire le point. G_____ avait un sous-traitant sur place. Il y avait deux types de collaborateurs : ceux de G_____, interlocuteurs privilégiés de l'université

intervenant sur le progiciel «S_____», et ceux du sous-traitant, qui travaillaient sur un autre logiciel. L'université n'avait pas instauré de contrôles des horaires du personnel intervenant chez elle. Elle désirait seulement savoir quand les gens étaient présents pour des raisons organisationnelles. Le projet devait être livré clés en mains, à un prix forfaitaire. De mémoire, M. V_____ pensait que G_____ avait eu une obligation de résultat.

g. Monsieur J_____ était responsable du progiciel «S_____» pour S_____, ainsi que pour d'autres projets informatiques de cette société.

Dans le cadre du progiciel «S_____», il avait travaillé avec G_____. Il ne se rappelait pas exactement le mandat qui avait été confié à cette entreprise, mais en règle générale, S_____ donnait des mandats lorsqu'elle avait besoin d'une adaptation ou d'un paramétrage particulier du progiciel.

Le personnel de G_____ était venu à plusieurs reprises, pour cinq jour au plus. Il s'agissait de petites interventions.

S_____ avait besoin d'une réalisation particulière concernant les ressources humaines et n'avait pas les compétences pour procéder aux adaptations nécessaires.

Il disposait de la signature individuelle, selon les règles internes de S_____, pour engager celle-ci à hauteur de CHF 5'000.- au plus.

Après les interventions de G_____, il avait repris contact avec M. M_____. Celui-ci travaillait déjà chez X_____ et il ne lui avait pas été possible d'accepter le mandat, en raison de la procédure en cours.

M. M_____ lui avait soumis un document rédigé par X_____, qu'il avait signé, car il correspondait à la manière de fonctionner de S_____. M. M_____ avait peu travaillé chez S_____.

Les intervenants auprès de S_____ devaient donner des garanties de compétence, car la modification d'un paramètre dans un progiciel tel que «S_____» pouvait avoir beaucoup de conséquences. Les exigences n'étaient pas les mêmes pour les interventions d'une journée ou pour les contrats forfaitaires de six mois : dans ce dernier cas, il y avait un cahier des charges précis.

Lorsque des tiers intervenaient peu de temps chez S_____, c'était pour régler un problème identifié, mais non maîtrisé par l'entreprise. En cas d'interventions de courtes durées, S_____ donnait des instructions à l'intervenant extérieur et elle s'attendait à ce qu'il résolve un problème précis et ciblé. Son travail était surveillé sur le plan interne.

Le représentant de la recourante a précisé que, selon la proposition faite à S_____, il y avait des intervenants techniques et fonctionnels et des suppléants. Lorsqu'une personne était partie, un suppléant avait été mis en œuvre, dont le travail n'avait pas été facturé.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue par l'OCE.

a. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2a et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss LPA) et le droit administratif spécial (Arrêt du Tribunal Fédéral 1P.742/1999 du 15 février 2000 consid. 3a ; ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 1998 publié in RDAF 1999 II 97 consid. 5a p. 103). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2b ; 1P.545/2000 du 14 décembre 2000 consid. 2a et les arrêts cités ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198).

Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer 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 (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 et les arrêts cités).

b. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.207/2001 du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités). Toutefois, la violation du droit d'être entendu est réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 et les arrêts cités ;

ATA/73/2005 du 15 février 2005; ATA/703/2002 du 19 novembre 2002 ; ATA/609/2001 du 2 octobre 2001 ; P. MOOR, Droit administratif: les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 1991, ch. 2.2.7.4 p. 190). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ACE A. Porta & Cie du 18 décembre 1991 consid. 4 et 6a in : SJ 1992 p. 528).

En l'espèce, il est inutile de déterminer si le droit d'être entendu de la recourante a été violé par l'OCE. En effet, le Tribunal a procédé aux enquêtes sollicitées par les parties, qui ont eu l'occasion de poser aux personnes auditionnées toutes les questions qu'elles estimaient nécessaires. Ainsi, l'éventuelle violation du droit d'être entendu a été réparée.

3. a. L'article 12 alinéa 1 LSE stipule que 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'OCE. Le Conseil fédéral a précisé cette disposition à l'article 26 de l'ordonnance sur le service de l'emploi et de la location de services du 16 janvier 1991 (OSE - 823.111), indiquant que le bailleur de services était celui qui louait les services d'un travailleur à une entreprise en abandonnant à cette dernière l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur.

La location de services est subdivisée en travail temporaire, mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) et mise à disposition occasionnelle de travailleurs. Il y a mise à disposition de travailleurs à titre principal 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 indépendante des missions effectuées dans celles-ci (art. 27 al. 3 let. a OSE).

L'article 29 alinéa 1 OSE précise encore qu'une entreprise fait commerce de location de services lorsqu'elle loue les services de travailleurs à des entreprises de manière régulière et dans l'intention de réaliser un profit ou qu'elle réalise, par son activité de location de services, un chiffre d'affaires annuel de CHF 100'000.- au moins. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que l'exercice régulier de la location de services est réalisé lorsqu'en l'espace de douze mois, plus de dix contrats de location de services portant sur l'engagement ininterrompu d'un travailleur individuel ou d'un groupe de travailleur ont été conclus.

- b. Le Message concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 27 novembre 1985 (FF 1985/3 p. 524s) souligne que la cession à l'entreprise locataire de services du droit de donner des instructions aux travailleurs engagés est une caractéristique de la location de

services, alors que l'entreprise de louage d'ouvrages ou l'entreprise de montage s'engage auprès du donneur d'ouvrages à produire quelque chose. Dans cette dernière hypothèse, l'entreprise de louage équipe les travailleurs et conserve le droit de donner des instructions, le donneur d'ouvrage étant passif. Afin d'éviter les tentatives de détournement de la loi par le biais de pseudo contrats de louage, la définition figurant à l'article 12 alinéa 1 LSE est intentionnellement large et implique que la loi est applicable aux entreprises dont les travailleurs, sur la base de contrats d'entreprise, de montage ou d'autres formes analogues, exécutent les travaux pour des tiers qui s'en chargent habituellement eux-mêmes, c'est-à-dire qui sont spécifiques à la branche (cf. FF précitée, p. 582 et 583).

c. Le secrétariat d'Etat à l'économie, dans ses directives et commentaires relatifs à la LSE et à l'OSE publiés en 2003 (ci-après : le commentaire SECO) souligne que la distinction entre les contrats ayant pour but la mise à disposition de travailleurs et ceux visant à fournir une prestation autre à effectuer chez un tiers n'est pas toujours aisée. Le nom que les parties donnent au contrat n'est pas déterminant et 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 locataire (Commentaire SECO, p. 61).

Il n'y a pas de contrat de location de services lorsque :

- l'entreprise de mission n'a pas le pouvoir de direction ;
- le travailleur ne se sert pas des outils, du matériel et des instruments de l'entreprise de mission ;
- le travailleur ne travaille pas exclusivement au siège et selon les horaires de travail de l'entreprise de mission ;
- 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 ;
- en cas de non réalisation de cet objectif, l'entrepreneur garantit à l'entreprise de mission des prestations réparatoires gratuites ou des réductions des honoraires.

(cf. Commentaires SECO, p. 66).

4. Afin de déterminer si la recourante pratique la location de services, il est nécessaire d'étudier les relations qu'elle entretient avec ses clients à l'aune des critères rappelés ci-dessus :

a. En ce qui concerne la teneur des contrats, l'OCE admet que ces derniers prévoient que G _____ veille à la qualité des prestations, qu'elle est pénalisée en cas de dépassement des délais et qu'à leur lecture, il n'est pas possible de conclure qu'elle pratique la location de services. Partant, il n'est pas nécessaire ni utile d'examiner plus avant le contenu des documents en question, ce qui explique que les parties n'aient pas été invitées à produire lesdits textes en français.

b. S'agissant des déclarations faites par les employés ou anciens employés de G _____ au cours des enquêtes, le Tribunal administratif retiendra les éléments suivants :

- Mme B _____ a travaillé dans des entreprises clientes de G _____, mais elle disposait aussi d'un bureau chez la recourante et faisait appel au personnel de celle-ci pour la soutenir en cas de besoin. La description qu'elle a faite de ses tâches ne permet pas d'admettre que ses services auraient été loués à des tiers ;
- Mme C _____ a très précisément énoncé le contenu de ses interventions auprès de Y _____ et le rôle de son supérieur (team leader) chez G _____, notamment la connaissance qu'il avait de la mission. Les éclaircissements fournis par l'intéressée ne plaident pas en faveur de l'existence d'un contrat de location de services ;

Toutefois, certains aspects de son travail, tels la facturation à l'heure de ses prestations et le suivi par Y _____ de ses interventions militent en sens inverse ;

- La situation de M. U _____ est également hybride : il a indiqué qu'il devait rendre des comptes sur le déroulement de sa mission à son responsable chez G _____, mais que l'ouvrage qu'il réalisait était sous le contrôle de Y _____ ;

Le Tribunal administratif relève cependant que M. U _____ travaille maintenant pour une entreprise pratiquant la location de services, avec laquelle G _____ est en procès, de sorte que ses déclarations doivent être prises avec une certaine prudence.

c. Au sujet des déclarations faites par des représentants de clients de G _____, le Tribunal administratif retiendra les éléments suivants :

- M. W _____, travaillant pour l'université de _____, a indiqué que G _____ avait pris en charge et rectifié des erreurs de paramétrage de l'application «S _____», sans surcoût, ce qui permet d'écarter l'existence d'un contrat de location de services ;

- Le directeur des ressources humaines de la société R_____, et M. V_____, de l'université de Genève, ont indiqué au tribunal que le projet informatique vendu par G_____ l'avait été clés en mains, à un prix forfaitaire, ce qui permet d'écarter l'existence d'un contrat de location de services ;
- Les déclarations de M. J_____, de S_____, décrivent clairement un contrat de location de services : les intervenants devaient donner des garanties de compétence, mais étaient surveillés et dirigés par S_____, en cas d'interventions de courte durée. En revanche, les interventions de longue durée ne répondent pas à la définition d'un tel contrat, puisque le témoin a indiqué qu'elles étaient faites sur la base d'un forfait, avec un cahier des charges précis.

d. En ce qui concerne la relation avec Y_____, M. K_____ - dont l'audition n'a pas été sollicitée par les parties - a indiqué, dans un courrier adressé le 31 août 2004 à l'OCE, que les personnes envoyées par G_____ travaillaient sous la responsabilité de Y_____, avec les moyens, les méthodes de travail et selon les procédures de cette entreprise, sans garantie de résultat (cf. pièce 14 OCE). Selon une attestation signée par la même personne le 19 août 2004, la facturation du travail se faisait à la journée.

5. Le Tribunal administratif doit également de tenir compte de la spécificité des services offerts par la recourante. Le marché de l'informatique - qui a émergé il y a quelques décennies - est d'une très haute technicité et ne correspond pas à l'un des contrats prévus par le législateur fédéral. Comme le relève la recourante, elle fournit à ses clients de l'expertise, de la formation et du transfert de compétences, plus que de la simple main d'œuvre.
6. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le Tribunal administratif admettra que la recourante a pratiqué la location de services, en tous cas avec S_____ et Y_____.
7. G_____ excipe de plus du principe de l'égalité de traitement.

Selon la jurisprudence, un justiciable ne saurait en principe se prétendre victime d'une inégalité de traitement au sens de l'article 8 Cst. lorsque la loi est correctement appliquée à son cas, alors même que dans d'autres cas, elle aurait reçu une fausse application ou n'aurait pas été appliquée du tout (ATF 123 II 248 consid. 3c p. 253-254 et arrêts cités ; ATA/194/2004 du 9 mars 2004 ; M.-M. du 5 juin 1991 ; W.-S du 24 janvier 1990 ; T. du 13 avril 1988 ; E. du 23 mars 1988 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Berne 2006, p. 501, n. 1067-1068 ; A. AUER, L'égalité dans l'illégalité, ZBl. 1978, pp. 281-302).

Cependant, cela présuppose de la part de l'autorité dont la décision est attaquée la volonté d'appliquer correctement, à l'avenir, les dispositions légales en question et de les faire appliquer par les services qui lui sont subordonnés (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit., p. 503 n. 1027).

En revanche, si l'autorité persiste à maintenir une pratique reconnue illégale ou s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle va persister dans celle-ci, le citoyen peut demander que la faveur accordée illégalement à des tiers le soit aussi à lui-même, cette faveur prenant fin lorsque l'autorité modifie sa pratique illégale (ATF 123 II 248 consid. 3c p. 253-254 ; 105 V 186 consid. 4 p. 191-192; 104 Ib 364 consid. 5 p. 372-373 ; 103 Ia 242 consid. 3 p. 244-245 ; 99 Ib 377 consid. 5 p. 383 ; 99 Ib 283 consid. 3c p. 290-291 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit., p. 503 n. 1025).

Encore faut-il qu'il n'existe pas un intérêt public prépondérant au respect de la légalité qui conduise à donner la préférence à celle-ci au détriment de l'égalité de traitement (ATF 99 Ib 377 consid. 5 p. 383) ni d'ailleurs qu'aucun intérêt privé de tiers prépondérant ne s'y oppose (ATF 108 Ia 212 consid. 4 p. 213 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit., p. 503 n. 1026).

Toutefois, si l'illégalité d'une pratique est constatée à l'occasion d'un recours contre le refus d'un traitement illégal, le Tribunal n'admettra le recours que s'il peut être exclu que l'administration changera sa politique (ATF 112 Ib 381 consid. 6 p. 387). Il présumera, dans le silence de l'autorité, que celle-ci se conformera au jugement qu'il aura rendu quant à l'interprétation correcte de la règle en cause (ATF 115 Ia 81 consid. 2 p. 82-83).

En l'espèce, la recourante se limite à prétendre que certaines des entreprises avec qui elle est en concurrence ne disposent pas d'une autorisation leur permettant de louer des services. Elle ne produit toutefois aucun document permettant d'établir que tel serait le cas. Quant à l'autorité, elle affirme que si elle avait connaissance d'informations similaires à celles qu'elle possède au sujet de G_____, elle réexaminerait la situation des sociétés concernées.

Ce grief doit dès lors être écarté.

8. La recourante conteste de plus que la décision litigieuse puisse lui être notifiée sous la menace des peines de droit prévues à l'article 292 CPS, d'une part parce que les sanctions visées par cette disposition seraient subsidiaires à celles de la LSE et, d'autre part, du fait de son inapplicabilité à une personne morale.

Cet élément du dispositif de la décision litigieuse ne constitue pas une décision, au sens de l'article 4 LPA. Il ne crée, ne modifie ou n'annule pas un droit ou une obligation et ne constate pas l'existence, l'inexistence ou l'étendue d'un droit, d'une obligation ou d'un fait. Il appartiendra à l'autorité pénale - si

elle est saisie du dossier - de trancher cette question, le juge administratif ne pouvant s'arroger une compétence qu'il n'a pas.

9. a. La recourante reproche ensuite à l'OCE d'avoir porté atteinte à sa liberté économique, en violation des articles 27 et 36 Cst., car il ne disposerait pas d'indications claires lui permettant d'identifier les activités constituant de la location de services.

b. Selon l'article 27 alinéa 1 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (cf. le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, in FF 1997 I 1 ss, p. 176). Aux termes de l'article 36 alinéa 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). L'essence des droits fondamentaux est inviolable (art. 36 al. 4 Cst.). Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c p. 222; arrêt du Tribunal fédéral 2P. 144/2004 consid. 6.2 du 10 septembre 2004).

En l'espèce, le Tribunal relève que les exigences précitées sont respectées. La décision est fondée sur une base légale au sens strict et elle est fondée sur un intérêt public, soit la protection des travailleurs (FF précitée p. 525 ; art. 110 Cst.). Ce grief doit aussi être écarté, car il n'appartient ni à l'autorité intimée ni au tribunal de commenter la LSE et l'OSE à l'intention de la recourante.

10. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, les autres conditions prévues par la LSE et l'OSE pour qu'il y ait location de services étant manifestement remplies, ce que la recourante ne conteste pas dans ses écritures.

Le délai imparti par l'OCE à la recourante pour déposer une demande de pratiquer la location de services sera fixé à soixante jours, courant à partir de la date à laquelle le présent arrêt sera définitif et exécutoire.

11. Un émolument de procédure, en CHF 2'000.-, ainsi que les frais de la procédure, en CHF 180,20, seront mis à la charge de G _____, qui succombe (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 4 avril 2005 par G_____ S.A. contre la décision de l'office cantonal de l'emploi du 1er mars 2005 ;

au fond :

le rejette ;

impartit à G_____ S.A. un délai de soixante jours à partir de la date à laquelle le présent arrêt sera définitif pour déposer auprès de l'office cantonal de l'emploi une demande de pratiquer la location de services ;

l'y contraint en tant que de besoin ;

met à la charge de G_____ S.A. un émolument de CHF 2'000.-, de même que les frais de la procédure, en CHF 180,20 ;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral ; 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 en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14 ; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christian Luscher, avocat de la recourante ainsi qu'à l'office cantonal de l'emploi et au secrétariat d'Etat à l'économie.

Siégeants : M. Paychère, président, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges,
M. Torello, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :