

# **BGE 151 II 178**

Bundesgericht (BGE), 2025-02-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_151 II 178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_II_178)

FR: ATF 151 II 178

IT: DTF 151 II 178

## **Regeste**

Regeste Art. 12 Abs. 1 AVG; Art. 26 Abs. 1 und 2 AVV; Unterstellung eines Fahrradkurierdiensts unter das Arbeitsvermittlungsgesetz in Bezug auf das Liefern von Mahlzeiten, die über die digitale Plattform eines Drittunternehmens ("UberEats") bestellt werden. Streitgegenstand (E. 5). Darstellung der (Haupt- und Hilfs-)Kriterien zur Identifikation der Tätigkeit des Personalverleihs (E. 6). Die Eigenschaften der digitalen Plattform "UberEats" weisen auf eine nennenswerte Weisungsbefugnis betreffend die Tätigkeit der von der beschwerdeführenden A. AG beschäftigten Kurierere hin. Auch die übrigen Hilfskriterien sprechen, wenn auch nur teilweise, für das Vorliegen eines Leiharbeitsverhältnisses. Das Zurverfügungstellen von Kurierern für die Plattform "UberEats" ist daher gemäss AVG bewilligungspflichtig (E. 7).

## **Erwägungen**

### **E. 5**

Le litige porte sur le point de savoir si c'est à juste titre que la Cour de justice a confirmé la décision du 4 novembre 2022 de l'Office cantonal considérant que l'activité de mise à disposition des livreurs de la recourante en faveur de C. pour réaliser des livraisons de repas commandés sur la plateforme B. relevait du régime de la location de services, soumis à autorisation.

### **E. 6**

La recourante conteste son assujettissement à la LSE. De son point de vue, elle ne saurait être considérée comme une bailleuse de services et C. comme une entreprise locataire de services. Elle y voit une violation des art. 12 al. 1 LSE et 26 al. 1 et 2 de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE; RS 823.111).

### **E. 6.1**

Selon l'art. 12 al. 1 LSE, les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de BGE 151 II 178 S. 181 services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail. Selon l'art. 26 al. 1 OSE, 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. L'art. 26 al. 2 OSE prévoit que l'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), lorsque le travailleur réalise les travaux avec les outils, le matériel ou les appareils de l'entreprise locataire (let. b) ou lorsque l'entreprise locataire supporte elle-même le risque en cas de mauvaise exécution du contrat (let. c).

## **E. 6.2**

Il ressort des art. 12 al. 1 LSE et 26 al. 1 et 2 OSE que la location de services désigne les rapports tripartites entre un employeur (bailleur de services), une entreprise locataire de services et un travailleur ( ATF 148 II 426 consid. 5.1, ATF 148 II 203 consid. 3.3.2 et l'arrêt et la référence cités; cf. aussi RÉMY WYLER ET AL., Droit du travail, 5e éd. 2024, p. 96). La location de services implique ainsi deux contrats: d'une part un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO entre le bailleur de services et le travailleur (cf. art. 19 LSE ) et, d'autre part, un contrat de location de services entre le bailleur et le locataire de services (cf. art. 22 LSE ) ( ATF 148 II 426 consid. 5.1 et les arrêts et références cités). L'existence d'un contrat de travail est ainsi une condition préalable à toute situation de location de services au sens de la LSE.

## **E. 6.3**

En pratique, l'examen de l'existence d'une location de services doit s'effectuer sur la base d'une appréciation globale des circonstances du cas d'espèce, en s'appuyant sur le contenu du contrat, la description du poste et la situation de travail concrète dans l'entreprise locataire ( ATF 148 II 426 consid. 7.1, ATF 148 II 203 consid. 3.3.3 et les arrêts cités; voir également ROMAIN FÉLIX, Location de services versus autres contrats de prestations: critères de distinction, in Panorama III en droit du travail, 2017, p. 805; MICHAEL KULL, in Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2014, n° 42 ad art. 12 LSE ). Le nom que les parties donnent au contrat n'est en revanche pas déterminant (cf. ATF 148 II 426 consid. 7.1 et les arrêts cités).

### **E. 6.3.1**

Dans ce contexte, et comme le dispose l' art. 26 al. 1 OSE , la cession de l'essentiel du pouvoir de direction à l'entreprise locataire BGE 151 II 178 S. 182 constitue la caractéristique centrale de la location de services, ainsi qu'un critère de distinction déterminant par rapport à d'autres types de prestations de services, notamment le mandat (cf. ATF 148 II 426 consid. 7.1, ATF 148 II 203 consid. 3.3.2 et les arrêts et références cités). Le pouvoir de direction cédé par le bailleur de services à l'entreprise locataire comprend essentiellement la compétence de donner des instructions sur la façon d'exécuter le travail au sens de l' art. 321d CO , soit des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche ou à un rappel des obligations légales applicables, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et qui instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit (cf. ATF 148 II 426 consid. 6.3 et 6.5.3 et les arrêts cités; FÉLIX, op. cit., p. 788 s.). Ce pouvoir ne doit pas nécessairement être entièrement détenu par l'entreprise locataire pour que l'existence d'une location de services soit retenue; le droit de donner des instructions peut également être réparti entre l'entreprise bailleuse et l'entreprise locataire (cf. ATF 148 II 426 consid. 7.1, ATF 148 II 203 consid. 3.3.2). Il faut néanmoins que la part essentielle de ce pouvoir soit détenue par l'entreprise locataire pour que le critère distinctif de l' art. 26 al. 1 OSE soit rempli (cf. KULL, op. cit., n° 25 ad art. 12 LSE ).

### **E. 6.3.2**

En complément au critère déterminant de l' art. 26 al. 1 OSE , les critères prévus aux let. a à c de l' art. 26 al. 2 OSE (cf. supra consid. 6.1) peuvent être utilisés comme indices supplémentaires d'un rapport de location de services (cf. KULL, op. cit., nos 25 et 38 ad art. 12 LSE ). À ceux-ci s'ajoutent encore, selon la jurisprudence, les critères auxiliaires

prévus dans les Directives et commentaires du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) relatifs à la loi sur le service de l'emploi et à la location de services et au tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi du 15 janvier 2007, actualisées en juin 2024, p. 69 ss (ci-après: Directives LSE SECO) (arrêt 4A\_134/2022 du 16 septembre 2022 consid. 3.2.4 et les arrêts cités). Il en va ainsi, selon ces Directives, notamment de l'obligation du bailleur de services d'établir le décompte des heures effectuées en faveur de l'entreprise locataire et de facturer celles-ci, et non pas un prix fixe convenu d'avance pour la prestation de travail. Le risque commercial de la mauvaise exécution de la prestation de travail doit par ailleurs être supporté par l'entreprise locataire, le bailleur de services n'assumant que la responsabilité du bon choix du travailleur loué. Enfin, le bailleur de services ne répond pas des dommages que son travailleur peut causer à l'entreprise locataire ou à des tiers dans le cadre de BGE 151 II 178 S. 183 son activité pour l'entreprise locataire (cf. Directives LSE SECO, p. 74).

#### **E. 6.4**

La location de services en lien avec les plateformes numériques de travail peut être envisagée de deux manières. D'une part, la société gérant la plateforme peut être elle-même une bailleuse de services au sens de la LSE lorsqu'elle est l'employeur direct des prestataires et que ceux-ci exécutent une prestation auprès d'une autre entreprise locataire (sur cette hypothèse, cf. ATF 148 II 426, où le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si la LSE était applicable entre C. et les restaurateurs utilisant la plateforme B., et a répondu par la négative, tout en précisant que les livreurs B. devaient être considérés comme des employés de C. en raison du rapport de subordination qui les liait à cette société). D'autre part, la société gérant la plateforme numérique peut recourir à des prestataires employés par une entreprise tierce, auquel cas il convient de se demander si elle est une locataire de services, respectivement si l'employeur mettant ses employés à sa disposition est un bailleur de services. C'est ce second cas de figure qui est litigieux en l'occurrence s'agissant de la relation tripartite entre la recourante, les livreurs qu'elle emploie et C. en tant que société détenant les droits de l'application B., pour le compte de laquelle lesdits livreurs exécutent des missions de livraison de repas.

#### **E. 6.5**

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante et ses livreurs sont liés par un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO. Reste à examiner si c'est à bon droit que la Cour de justice a considéré que la recourante devait être, compte tenu des circonstances du cas concret, considérée comme une bailleuse de services et C. comme une entreprise locataire de services selon l'art. 12 al. 1 LSE.

#### **E. 7.1**

Dans l'arrêt attaqué, la Cour de justice a d'abord commencé par examiner si la caractéristique centrale de la location de services, à savoir l'abandon de l'essentiel des pouvoirs de direction par le bailleur de services à l'entreprise locataire selon l'art. 26 al. 1 OSE (cf. supra consid. 6.1 et 6.3.1) était réalisée. Elle a considéré que tel était le cas, du fait que l'application B. ne se limitait pas à un simple outil de travail mis à la disposition de la recourante par C., mais permettait à cette dernière société de donner des instructions aux livreurs s'agissant de la mission de livraison et à la manière d'exécuter celle-ci. BGE 151 II 178 S. 184

##### **E. 7.1.1**

En l'occurrence, il ressort des constatations cantonales dénuées d'arbitraire (cf. consid. 4 non publié), qui lie donc le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que les livreurs de la recourante doivent obligatoirement télécharger l'application B. pour pouvoir exercer leur activité de livraison de repas. Une fois connectés, l'application leur attribue les demandes de livraison et leur communique les noms du restaurant et du client, ainsi que l'adresse et le code d'accès de l'immeuble de celui-ci. L'application estime ensuite le temps de trajet, qui est transmis tant au restaurateur qu'au client, et les livreurs reçoivent une notification vocale provenant de l'application s'ils prennent en charge la commande dans un délai excédant 30 minutes. L'application peut de plus restreindre le périmètre de livraison - et donc de travail - des livreurs en temps réel, en fonction de leur nombre. Enfin, l'application possède un chat au travers duquel le client peut interagir avec le livreur et lui donner des instructions.

### **E. 7.1.2**

Sur la base de ces éléments, l'autorité précédente a considéré qu'au travers de son application, C. disposait d'un pouvoir de direction sur les livreurs employés par la recourante, en particulier s'agissant des délais pour exécuter leurs missions, de leur périmètre de travail et de leur nombre. Pour le reste, elle a considéré que la recourante ne décidait pas seule des instructions à donner aux livreurs quant aux livraisons qu'ils pouvaient accepter, refuser et ignorer, ainsi qu'à la manière de procéder à celles-ci, contrairement à ce qui est prévu à l'art. 1.6 du contrat de licence, au motif que cette disposition se heurtait à la situation concrète qui se dégageait de l'utilisation de l'application.

### **E. 7.1.3**

L'analyse qui précède est conforme au droit. En effet, il convient d'admettre que les caractéristiques de la plateforme B., telles que constatées par la Cour de justice, relèvent de la compétence de donner des instructions au sens de l' art. 321d CO , en ce qu'elles portent sur l'objet concret du travail et la façon d'accomplir celui-ci, notamment son rythme et son étendue spatiale, et dénotent un pouvoir de contrôle sur l'activité des livreurs. D'une part, force est de constater que la recourante et ses livreurs n'ont aucun pouvoir de contrôle sur l'attribution des demandes de livraisons, qui est exclusivement décidée par l'application, respectivement par son algorithme. C'est en outre l'application qui communique aux livreurs les indications indispensables à chaque livraison (noms et adresses des restaurateurs et des clients). Le fait que ces indications BGE 151 II 178 S. 185 portent sur des éléments caractéristiques du service de livraison ne signifie pas qu'elles ne constituent pas des instructions au sens de l' art. 321d CO , dans la mesure où il ne s'agit pas de simples directives d'ordre général ou d'un rappel des obligations légales liées à la nature des affaires (cf. supra consid. 6.3.1). Quant aux instructions additionnelles que le client peut donner aux livreurs par le biais de l'application, il s'agit là d'un moyen indirect pour C. d'instruire les livreurs sur la manière concrète d'exécuter la livraison. Sans cette possibilité de contact, le client devrait en effet donner ces instructions de livraison directement à C., auprès de qui il a passé sa commande, incluant la livraison de celle-ci. D'autre part, il faut admettre que l'application exerce une influence sur l'organisation temporelle du travail des livreurs, que ce soit lors de la prise en charge de la commande auprès des restaurateurs ou lors de la livraison au consommateur final (cf. consid. 4.4 non publié). Leur liberté d'action peut également être confinée dans une zone géographique imposée, en temps réel, par l'application (cf. consid. 4.5 non publié). Enfin, il est vrai que l'art. 1.6 du contrat de licence prévoit que la recourante décide seule des instructions à donner à ses livreurs s'agissant des

livraisons que ceux-ci peuvent accepter, refuser ou ignorer. Il s'agit là indéniablement d'un pouvoir d'instruction important sur l'organisation du travail des livreurs. En pratique toutefois, il ressort du document "Formation initiale", auquel se réfère la recourante dans son recours, que ses livreurs ont pour instruction expresse de "ne pas rejeter ou laisser passer une commande" ( art. 105 al. 2 LTF ). En d'autres termes, ils doivent systématiquement accepter les demandes. On ne peut, dans ces conditions, reprocher à la Cour de justice d'avoir fortement relativisé la portée de l'art. 1.6 du contrat de licence, de même que la prétendue liberté des livreurs de refuser les commandes qui leur sont attribuées par B. En revanche, il ressort de l'arrêt attaqué que les livreurs peuvent annuler une commande en cas de problèmes rencontrés lors de la livraison, à savoir si le client ne répond pas ou si la commande est endommagée, pour autant qu'ils en avisent au préalable un Team Leader de la recourante. Il s'agit toutefois là de situations où la livraison du repas commandé est en pratique impossible, de sorte que l'on ne voit pas non plus que cette situation démontrerait un pouvoir de direction essentiel de la recourante sur la manière d'exécuter les livraisons. BGE 151 II 178 S. 186

#### **E. 7.1.4**

La recourante soutient néanmoins qu'elle conserve un pouvoir de direction sur les livreurs, notamment parce qu'elle établit elle-même leurs plannings, que C. ne connaîtrait pas et auxquels il n'aurait pas accès. Cet élément ne suffit toutefois pas à conclure au maintien d'une part essentielle du pouvoir de direction à l'égard des intéressés, élément déterminant posé à l' art. 26 al. 1 OSE . Il convient de rappeler que, selon les faits constatés, la recourante demande à ses livreurs de respecter l'horaire de travail qui leur est attribué. On peut ajouter qu'elle précise à cet égard qu'il est "inutile de se connecter avant l'heure" ( art. 105 al. 2 LTF ), ce qui indique bien que les horaires de travail sont liés à ceux de connexion à la plateforme. C. a donc de facto parfaitement connaissance du nombre de livreurs occupés dès la mise en fonction de l'application et est donc concrètement en mesure de contrôler leur travail dès qu'ils sont actifs, ce qu'elle fait du reste (cf., sur ce point, infra consid. 7.1.5). Quant à la procédure que la recourante impose à ses livreurs en cas de renversement de la commande, soit la possibilité d'aller nettoyer leurs sacs sales dans ses locaux, il s'agit davantage d'une information générale de simple bon sens que d'un réel moyen de contrôle. Enfin, si la recourante souligne avoir développé sa propre application, il a été constaté, d'une manière qui lie le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que celle-ci ne fournit pas d'informations concernant les livraisons à effectuer ni la manière de le faire. Pour le reste, le fait que l'art. 1.8 du contrat de licence prévoit que C. fait remonter à l'intéressée les plaintes reçues contre ses livreurs, pour lui permettre de prendre les mesures adéquates, est compréhensible, puisque le bailleur de services est tenu de choisir soigneusement les travailleurs dont il loue les services et peut engager sa responsabilité à ce titre (cf. Directives LSE SECO, p. 69).

#### **E. 7.1.5**

Pour le surplus, on observera qu'il ressort de la Déclaration de confidentialité de C. (xxx, consulté le 5 novembre 2024; art. 105 al. 2 LTF ), à laquelle renvoie l'art. 5.3 du contrat de licence, que C. peut exiger des coursiers qu'ils effectuent un selfie pour vérifier en temps réel qu'ils portent un casque ou d'autres équipements de sécurité, ainsi que le type de véhicule qu'ils utilisent pour effectuer leurs livraisons. C. peut aussi utiliser les données de localisation des coursiers pour les encourager à une conduite plus prudente et/ou désactiver leur compte. C. peut enfin utiliser les incidents signalés et d'autres commentaires pour

encourager une "utilisation sûre" de la plateforme, ainsi que le respect des conditions de C. Ces éléments démontrent BGE 151 II 178 S. 187 un pouvoir d'instruction, y compris en temps réel, par C. sur les livreurs de la recourante, pouvant influencer tant leur mode de travail que leur comportement et instaurer, in fine, un contrôle sur eux.

#### **E. 7.1.6**

Sur le vu de ce qui précède, même si la recourante conserve certaines prérogatives de direction, force est d'admettre que la part essentielle du pouvoir de direction est cédée à C. C'est partant à juste titre que la Cour de justice a retenu que le critère de la cession de l'essentiel du pouvoir de direction au sens de l' art. 26 al. 1 OSE était en l'espèce réalisé.

#### **E. 7.2**

Dans la suite de son raisonnement, la Cour de justice a encore recherché l'existence d'indices supplémentaires en faveur d'un rapport de location de services. À ce titre, elle a examiné si les critères auxiliaires prévus aux let. a à c de l' art. 26 al. 2 OSE étaient réalisés.

##### **E. 7.2.1**

Les juges précédents ont tout d'abord retenu que tel était le cas s'agissant du critère de l'intégration des livreurs de la recourante dans l'organisation de travail de C. au sens de l' art. 26 al. 2 let. a OSE . À cet égard, lesdits juges ont constaté, d'une manière qui lie le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que pour accéder à la plateforme B. et exercer leur travail, les livreurs doivent fournir leurs données personnelles à C. Leur activité s'effectue de plus sur la base des instructions données par la plateforme, qui choisit elle seule à quels livreurs attribuer les commandes passées, tout en pouvant ensuite délimiter les zones de distribution et le nombre de livreurs en fonction de ses besoins. À cela s'ajoute enfin, comme on l'a vu (cf. supra consid. 7.1.4), que les livreurs dédient tout leur temps de travail au service de C. Ces éléments, quoi qu'en dise la recourante, impliquent une intégration dans l'organisation de C. (dans le même sens, cf. WYLER ET AL., op. cit., p. 30), dont on rappellera que l'activité est de proposer un service de livraison de plats à domicile, ce qui nécessite inéluctablement du personnel affecté à cette tâche. On ne saurait dès lors reprocher à la Cour de justice d'avoir retenu que le critère auxiliaire de l' art. 26 al. 2 let. a OSE était en l'espèce réalisé.

##### **E. 7.2.2**

Les juges précédents ont ensuite considéré que le critère de la réalisation du travail avec les outils de l'entreprise locataire au sens de l' art. 26 al. 2 let. b OSE était également réalisé. Sous cet angle, ceux-ci ont relevé qu'il n'était pas contesté que, pour la mission proprement dite de livraison, l'application B. constituait un outil de BGE 151 II 178 S. 188 travail absolument indispensable pour les livreurs. La recourante admettait par ailleurs elle-même être totalement dépendante de cet outil. Ces constatations suffisent à confirmer la réalisation du critère de l' art. 26 al. 2 let. b OSE . La recourante se prévaut certes de ce qu'elle-même, et non pas C., fournit aux livreurs un sac portant son logo. On relèvera toutefois qu'il ressort de l'arrêt attaqué ( art. 105 al. 1 LTF ) que les restaurateurs ne prêtent en pratique que rarement attention aux sacs et partent de l'idée que le livreur travaille pour la plateforme qui a été utilisée pour la commande. Autrement dit, dans l'exécution concrète de leur travail, les livreurs de la recourante ne se distinguent généralement pas de B., pour le compte duquel ils effectuent les livraisons, sous réserve de leur sac. Quant aux téléphones et aux vélos servant aux livraisons, ils doivent être fournis par les livreurs, étant précisé que la possibilité offerte par la recourante de mettre à disposition des vélos de remplacement ne constitue par

définition qu'une solution de substitution temporaire. Le matériel d'entretien de vélos fourni par la recourante n'est quant à lui qu'un accessoire ne pouvant pas être qualifié d'outil essentiel de travail.

### **E. 7.2.3**

La cour cantonale a enfin retenu que le critère du risque de la mauvaise exécution du travail à la charge de l'entreprise locataire au sens de l' art. 26 al. 2 let . c OSE était également réalisé, du moins partiellement, dès lors qu'en cas de mauvaise exécution de la livraison par un livreur de la recourante, C. s'exposait à ce que le client ou le restaurateur n'utilise plus la plateforme B., de sorte que tant la recourante que C. supportaient un risque commercial. Dans la mesure où il ressort des constatations de fait de l'arrêt attaqué que le montant de la commission qui rétribue C. dépend de chaque livraison effectuée (sur ce point, cf. infra consid. 7.3), la cour cantonale peut être suivie lorsqu'elle conclut que C. supporte aussi un risque commercial, qu'elle qualifie de partagé, en cas de mauvaise exécution des prestations de livraison. La critique de la recourante, qui soutient que le risque commercial ne constitue pas un critère de distinction d'une location de services, ne convainc pas. Un tel risque est en effet expressément consacré par les Directives LSE SECO, ainsi que par la jurisprudence (cf. supra consid. 6.3.2, voir aussi arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3606/2014 du 7 mars 2018 consid. 6.4.4). On ne peut partant pas reprocher à la Cour de justice d'avoir retenu que ce critère de distinction était partiellement réalisé. Quant à la question de la responsabilité pour les dommages causés par les livreurs dans le cadre de leur activité, tant la recourante que la BGE 151 II 178 S. 189 cour cantonale s'accordent pour admettre que, selon l'art. 9 du contrat de licence, ceux-ci sont à la charge de la recourante.

### **E. 7.3**

Pour le reste, la recourante fait grief aux juges cantonaux d'avoir considéré à tort que, si elle ne facturait certes pas à C. les heures de travail effectuées par ses livreurs, il n'en demeurerait pas moins que ladite facturation ne s'effectuait pas sur la base d'un prix fixe convenu d'avance, selon le critère prévu par les Directives LSE SECO (cf. supra consid. 6.3.2). Elle soutient à cet égard qu'il y aurait bien un prix fixe puisque chaque livraison constituerait une prestation indépendante.

#### **E. 7.3.1**

En l'espèce, il ressort des constatations cantonales ( art. 105 al. 1 LTF ) que la facturation de la recourante ne repose pas seulement sur le nombre de livraisons effectuées, qui par nature est variable et qui ne peut pas être convenu en avance, mais aussi sur un tarif de livraison évoluant selon le type de livraison et, de mois en mois, les conditions du marché. La rémunération de la recourante repose ainsi sur une tarification dont l'adaptation mensuelle se fait selon des critères non pas fixes, mais fluctuants. Il n'y a ainsi, comme l'ont retenu à juste titre les juges précédents, pas de facturation fondée sur un prix fixe.

#### **E. 7.3.2**

Au surplus, en tant que la recourante affirme qu'il ne serait pas pertinent que le prix de livraison puisse changer de mois en mois car ce prix serait payé par les restaurateurs à la recourante et non pas par C. à la recourante, on relèvera que les frais de livraison sont compris dans le prix que le client paye directement à C. lors de sa commande. C. peut donc, à ce stade déjà, après avoir déduit sa commission prévue à l'art. 4.3 du contrat de licence, verser à la recourante les frais ainsi perçus. Ce n'est qu'en raison de clauses du contrat de licence, dont l'utilité pratique est discutable, que C. verse d'abord ces frais au restaurateur,

pour ensuite les lui réclamer "au nom et pour le compte de A." et enfin les reverser à cette dernière (cf. art. 3.1 à 3.3 du contrat de licence). La recourante ne peut ainsi se retrancher derrière ces clauses pour affirmer ne recevoir aucun paiement de C.

#### **E. 7.4**

En définitive, sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que le critère déterminant et caractéristique de la location de services, à savoir la cession de l'essentiel des pouvoirs de direction à l'entreprise locataire selon l' art. 26 al. 1 OSE , est en l'espèce réalisé. Quant aux autres critères auxiliaires, définis à l' art. 26 al. 2 OSE et aux Directives LSE SECO, pouvant constituer des BGE 151 II 178 S. 190 indices supplémentaires d'un rapport de location de services, ils plaident, pour l'un deux partiellement (cf. supra consid. 7.2.3), en faveur d'un tel rapport.

#### **E. 7.5**

À cela s'ajoute qu'il faut prendre en compte les circonstances dans lesquelles les rapports contractuels entre la recourante et C. ont été noués. Il ressort en effet des constatations cantonales que c'est moins d'une semaine après avoir été fondée que la recourante a conclu un contrat de services technologiques avec C., avant de recruter du personnel pour répondre spécifiquement aux demandes de la plateforme B. (cf. supra let. B.a). La recourante a par ailleurs été créée moins de trois mois après que la Cour de justice avait, par arrêt ATA/535/2020 du 29 mai 2020, jugé que les coursiers jusqu'alors actifs pour la plateforme B. étaient des salariés de C., point qui a ensuite été confirmé par le Tribunal fédéral dans son ATF 148 II 426 . De telles circonstances ont amené une partie de la doctrine à considérer que la recourante aurait été créée dans le seul but d'engager les coursiers de C. après l'arrêt de la Cour de justice précité (cf. KURT PÄRLI, Klärende Bundesgerichtsurteile zur Causa C. - weiterhin [viele] offene Fragen, RSAS 2022 p. 216; KURT PÄRLI, Anwendung der Regelungen zum Personalverleih bei "B.", in Ein Kunstflug durch das Recht und die Governance, 2021, p. 32; dans le même sens et qualifiant la recourante de "société de location de services", SABRINE MAGOGA-SABATIER, Portée et enjeux de la requalification en travail salarié des relations avec les plateformes C. et B.; commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 2C\_575/2020 et 2C\_34/2021, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2022). Au demeurant, avant d'avoir recours à des prestataires externes, C. se chargeait elle-même des services de livraisons de repas à domicile. Or, la LSE vise en particulier les entreprises dont les travailleurs exécutent des travaux pour des tiers qui s'en chargent habituellement eux-mêmes (cf. Message du 27 novembre 1985 concernant la révision de la LSE, FF 1985 III 524, 582 s.), ce qui, comme on vient de le voir, était le cas de C. Enfin, quoi qu'en dise la recourante, il ne peut être fait abstraction que, lors de sa création, celle-ci avait fait inscrire au registre du commerce la location de services comme l'un de ses buts sociaux, et que ce but y figure encore à ce jour.

#### **E. 7.6**

En conclusion, c'est sans violer le droit fédéral que la Cour de justice a confirmé que la recourante était assujettie à la LSE et que ses activités de mise à disposition de livreurs à la plateforme B. étaient par conséquent soumises à autorisation en vertu de cette loi.