

# **BGer 2C\_220/2024 vom 1. Mai 2025**

Bundesgericht, 2025-05-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_220\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_220_2024)

FR: TF 2C\_220/2024 du 1 mai 2025

IT: TF 2C\_220/2024 del 1 maggio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 148 I 160 consid. 1).

#### **E. 1.1**

L'arrêt attaqué est une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue par une autorité judiciaire cantonale supérieure de dernière instance (cf. art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF) dans une cause de droit public (cf. art. 82 let. a LTF ). Aucune des exceptions prévues à l' art. 83 LTF n'entrant en ligne de compte, la voie du recours en matière de droit public est partant en principe ouverte (cf. arrêt 2C\_575/2020 du 30 mai 2022 consid. 1.1, non publié in ATF 148 II 426 ). Pour le surplus, le recours a été formé en temps utile (art. 46 al. 1 let. a et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ) par la recourante qui a la qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 LTF ). Il convient partant d'entrer en matière, sous réserve de ce qui suit.

#### **E. 1.2**

La conclusion tendant à l'annulation de la décision du 12 janvier 2023 de l'Office cantonal est irrecevable en raison de l'effet dévolutif complet du recours à la Cour de justice, dont l'arrêt se substitue aux prononcés antérieurs (cf. ATF 149 II 1 consid. 4.7 et les arrêts cités).

#### **E. 2.1**

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral contrôle librement le respect du droit fédéral, qui comprend les droits de nature constitutionnelle (cf. art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF ), sous réserve des exigences de motivation figurant à l' art. 106 al. 2 LTF . Selon cet alinéa, le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (cf. ATF 145 I 121 consid. 2.1).

#### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF . Selon l' art. 97 al. 1 LTF , le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF , et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( ATF 148 I 160 consid. 3; 142 II 355 consid. 6). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , le recourant doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué ( ATF 148 I 160 consid. 3; 145 V 188 consid. 2).

En l'occurrence, en tant que la recourante présente une argumentation partiellement appellatoire, en complétant librement l'état de fait retenu dans l'arrêt attaqué, respectivement en se contentant de substituer sa propre appréciation des faits à celle des juges précédents, il n'en sera pas tenu compte. Seuls les griefs suffisamment motivés en lien avec l'établissement des faits par la Cour de justice seront donc examinés (cf. infra consid. 4).

### **E. 3**

Dans un grief formel, la recourante, invoquant l' art. 29 al. 2 Cst. et l'art. 19 de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA/GE; RSGE E 5 10), se plaint d'une violation du droit d'être entendu et de la maxime inquisitoire. Elle reproche en substance à la Cour de justice d'avoir clos l'instruction sans lui donner l'occasion de se prononcer sur celle-ci, d'avoir refusé de donner suite à sa demande d'audition et de transport sur place dans ses locaux, et de ne pas avoir suffisamment motivé son arrêt s'agissant des faits qu'elle considérait comme établis et prouvés.

#### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit des parties d'être informées et de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant leur situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et de participer à l'administration des preuves essentielles ou au moins de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ( ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1). En revanche, l' art. 29 al. 2 Cst. ne garantit en principe pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 147 I 259 consid. 1.2.2). L'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ( ATF 145 I 167 consid. 4.1). Le refus d'une mesure probatoire par appréciation anticipée des preuves ne peut être remis en cause devant le Tribunal fédéral qu'en invoquant l'arbitraire de manière claire et détaillée ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 146 III 3 consid. 5.2.2).

La jurisprudence a également déduit du droit d'être entendu de l' art. 29 al. 2 Cst. l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs l'ayant guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Il n'est pas nécessaire qu'elle expose et discute en détail tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (cf. ATF 148 III 30 consid. 3.1; 146 II 335 consid. 5.1). Ces exigences se recourent avec celles posées par la maxime inquisitoire, qui prévaut en particulier en droit public, selon laquelle l'autorité ne définit que les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés, sans que cela ne dispense les parties à collaborer à l'établissement des faits (cf. ATF 148 II 465 consid. 8.3). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée ( ATF 141 V 557 consid. 3.2.1).

#### **E. 3.2**

La recourante ne soutient pas que l' art. 19 LPA /GE lui offrirait une protection plus étendue que l' art. 29 al. 2 Cst. , de sorte que l'examen du Tribunal fédéral se confinerait à cette

dernière disposition ( art. 106 al. 2 LTF ).

### **E. 3.3**

La recourante fait tout d'abord grief à la Cour de justice d'avoir clos l'instruction sans lui donner l'occasion de se prononcer sur les faits et les moyens de preuve produits durant celle-ci. Ce grief est infondé. Il ressort de l'arrêt attaqué que la recourante, après le dépôt de son recours cantonal le 17 janvier 2023, qu'elle a complété le 13 février 2023, s'est exprimée lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 13 mars 2023, au cours de laquelle elle a déposé des pièces complémentaires, s'est ensuite déterminée le 20 mars 2023 sur les arguments soulevés par l'Office cantonal lors de cette audience, a répliqué le 24 août 2023 aux déterminations de l'Office précité du 19 mai 2023 en produisant de nouvelles pièces, et a enfin déposé des déterminations spontanées le 6 novembre 2023 à la suite de la duplique de l'Office cantonal du 20 octobre 2023. Le 7 novembre 2023, la Cour de justice a informé les parties que la cause était gardée à juger. Il ressort de ce qui précède que la recourante a ainsi pu s'exprimer et faire valoir ses moyens à de nombreuses reprises avant la clôture de l'instruction et a aussi pu se déterminer sur toutes les prises de position de l'Office cantonal. En tout état de cause, elle ne démontre pas, ni même rend vraisemblable, qu'elle n'aurait pas eu l'occasion de se déterminer sur les éléments qui lui paraissaient déterminants avant que l'arrêt attaqué ne soit rendu. Son droit d'être entendu n'a, partant, sur ce point, pas été violé.

### **E. 3.4**

La recourante reproche également à la Cour de justice de ne pas avoir donné suite à sa demande d'audition personnelle et de transport sur place dans ses locaux. Elle soutient que ces mesures d'instruction étaient nécessaires pour clarifier certains faits essentiels pour l'issue du litige, en particulier la situation de travail concrète en son sein.

#### **E. 3.4.1**

Dans l'arrêt attaqué, la Cour de justice a relevé qu'elle avait déjà procédé à l'audition de la recourante le 13 mars 2023, durant laquelle celle-ci avait notamment pu préciser son propre fonctionnement, celui de l'application B.\_\_\_\_\_, sa propre plateforme et ses projets. L'intéressée avait en outre produit de nombreuses pièces à l'appui de ses écritures. La Cour de justice a ainsi considéré qu'elle disposait d'un dossier complet qui lui permettait de rendre son arrêt en toute connaissance de cause et a refusé de procéder aux mesures d'instruction requises.

#### **E. 3.4.2**

La recourante échoue à démontrer en quoi le refus de procéder aux mesures d'instruction requises relève d'une appréciation anticipée des preuves par la Cour précédente qui serait arbitraire. Le fait que l'audition du 13 mars 2023 avait pour objet la question de la restitution de l'effet suspensif au recours et que la juge déléguée de la Cour de justice avait dans ce cadre relevé que la question de l'assujettissement de la recourante à la LSE était complexe et nécessitait une instruction plus approfondie, ne change rien au constat - qui n'est pas remis en cause par la recourante sous l'angle de l'arbitraire et qui lie partant le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ; cf. supra consid. 2.2) - que celle-ci a pu, durant cette audition, s'expliquer sur son fonctionnement et celui de l'application B.\_\_\_\_\_ notamment. Au demeurant, elle a encore pu se prononcer en détail sur la question de son assujettissement à la LSE au cours de la procédure qui a suivi cette audition. Pour le reste, en tant que la recourante soutient, de manière purement appellatoire et partant irrecevable

(cf. supra consid. 2.2), que son audition et la visite de ses locaux étaient les seules mesures aptes à permettre à la Cour de justice d'apprécier sa situation de travail, elle perd de vue que c'est la situation de travail concrète dans l'entreprise locataire et non dans l'employeur bailleur de services qui est déterminante pour apprécier l'existence d'une location de services (cf. infra consid. 6.2).

### **E. 3.5**

La recourante reproche enfin aux juges précédents d'avoir, dans la partie "En fait" de son arrêt, résumé les arguments qu'elle-même et l'Office cantonal avaient présentés durant la procédure cantonale, sans que l'on sache quels faits étaient considérés comme pertinents pour l'issue du litige. À cet égard, on se limitera à retenir que la partie "En droit" de l'arrêt attaqué permet de comprendre clairement les éléments de fait que la Cour cantonale a considéré comme établis et pertinents pour examiner l'existence d'une location de services, de même que les déductions juridiques tirées de ces faits, ce qui suffit. La recourante a par ailleurs parfaitement compris les motifs déterminants de fait et de droit ayant guidé les juges précédents et sur lesquels ceux-ci ont fondé leur arrêt, puisqu'elle ne manque pas de les contester sur plusieurs pages de son recours. La critique est donc infondée.

### **E. 3.6**

Sur le vu de ce qui précède, les griefs de violation du droit d'être entendu et de la maxime inquisitoire, mal fondés, doivent être rejetés.

## **E. 4**

Invoquant l'art. 97 al. 1 LTF, la recourante se plaint d'un établissement manifestement inexact et incomplet des faits et, implicitement, d'une appréciation arbitraire des preuves.

### **E. 4.1**

Il y a arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement des faits ou l'appréciation des preuves si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (cf. ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1).

### **E. 4.2**

La recourante reproche tout d'abord aux juges précédents d'avoir constaté de manière erronée que c'était in fine B. \_\_\_\_\_ B.V. qui procédait à la déconnexion des chauffeurs de son application, même si la demande en ce sens émanait de la recourante, conformément à l'art. 4 let. g du Contrat. L'intéressée soutient qu'elle est désormais elle-même, à la suite de modifications de l'application, en mesure de créer et supprimer directement les profils de ses chauffeurs, et qu'elle serait donc l'unique responsable de ce processus. Cette simple possibilité ne permet pas pour autant de tenir pour arbitraire le constat de la Cour de justice, pas plus qu'elle ne permet de retenir que la recourante serait la seule à pouvoir déconnecter les chauffeurs de l'application.

### **E. 4.3**

La recourante fait ensuite grief à la Cour de justice d'avoir omis de tenir compte de l'automatisation de ses échanges avec B. \_\_\_\_\_ B.V. Dans la mesure toutefois où elle admet que divers passages de l'arrêt attaqué ont trait à cet aspect, sa critique ne peut qu'être écartée. Pour le reste, en ce qu'elle se prévaut du fait que B. \_\_\_\_\_ B.V. ne dispose pas

d'opportunité de donner directement des instructions aux chauffeurs, la recourante se contente d'opposer sa propre appréciation des faits et des moyens de preuve à celle des juges précédents, sans nullement démontrer en quoi celle-ci serait arbitraire, ce qui n'est pas admissible (cf. supra consid. 2.2). Quant aux informations complémentaires sur l'état du trafic qu'elle fournit à ses chauffeurs via son pôle "Animation chauffeurs" et un groupe WhatsApp, ces éléments, qu'elle reproche à tort à la Cour de justice de n'avoir arbitrairement pas tenu compte, ne sont quoi qu'il en soit pas propres à influencer sur le sort de la cause (cf. infra consid. 9.1.2). Il en va de même des instructions sur la manière d'utiliser l'application et de gérer les demandes (cf. infra consid. 9.1.2).

#### **E. 4.4**

L'intéressée reproche enfin aux juges précédents d'avoir constaté que B.\_\_\_\_\_ B.V. recevait les signalements ou réclamations à l'encontre des chauffeurs, selon l'art. 14 let. b du Contrat. Selon l'intéressée, elle seule, et plus B.\_\_\_\_\_ B.V., traitait les réclamations, tel que le prouvait un courriel de juin 2023 produit devant la Cour de justice. Ce document n'est toutefois pas apte à démontrer l'arbitraire dans la constatation des faits par l'autorité précédente, dans la mesure où il ne concerne pas un signalement ou une réclamation contre un chauffeur, mais un simple avis, par un passager, de la perte de son téléphone portable. C'est également en vain que la recourante se plaint de la référence, dans l'arrêt attaqué, faite au système de notation des chauffeurs par les passagers, alors qu'un tel système ne serait selon elle plus disponible. Les juges précédents n'ont en effet pas tenu compte de cet élément dans l'examen de l'existence d'un rapport de location de services. Enfin, en tant que l'intéressée fait grief aux juges précédents d'avoir "fabriqué" des faits en considérant que B.\_\_\_\_\_ B.V. la rémunérait en fonction des courses effectuées et des tarifs que l'application proposait, alors qu'il ne s'agirait selon elle que d'un mandat d'encaissement et qu'elle se limiterait à payer à B.\_\_\_\_\_ B.V. la mise à disposition de sa technologie, son argumentation revient encore une fois à substituer sa propre appréciation des preuves à celle des juges précédents, sans pour autant démontrer l'arbitraire de celle-ci, ce qui n'est pas admissible (cf. supra consid. 2.2). Il en va de même en ce qu'elle affirme qu'elle seule, et non pas aussi en partie B.\_\_\_\_\_ B.V., supporte un risque commercial en cas de mauvaise exécution des courses par ses chauffeurs.

#### **E. 4.5**

Au vu ce qui précède, le grief d'arbitraire dans l'établissement des faits et l'appréciation des preuves doit être rejeté. Le Tribunal fédéral se fondera ainsi exclusivement sur les faits tels qu'ils ressortent de l'arrêt attaqué.

#### **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 12 janvier 2023 de l'Office cantonal considérant que l'activité de mise à disposition des chauffeurs de la recourante à B.\_\_\_\_\_ B.V. pour réaliser des services de transport de personnes commandés sur la plateforme détenue par cette dernière relève du régime de la location de services.

#### **E. 6**

La recourante conteste son assujettissement à la LSE. De son point de vue, elle ne saurait être considérée comme une bailleresse de services et B.\_\_\_\_\_ B.V. comme une entreprise locataire de services. Elle y voit une violation des art. 12 al. 1 LSE, 26 et 29 OSE.

## **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 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).

A teneur de l' art. 29 OSE , fait commerce de location de services celui qui loue les services de travailleurs à des entreprises locataires de manière régulière - à savoir en concluant, en l'espace de douze mois, plus de dix contrats de locations de services portant sur l'engagement ininterrompu d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs - et dans l'intention de réaliser un profit ou qui réalise par son activité de location de services un chiffre d'affaires annuel de 100'000 fr. au moins.

## **E. 6.2**

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; 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, Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2e éd. 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. 6.2.1**

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 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; 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; ROMAIN FÉLIX, op. cit., pp. 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; 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. MICHAEL KULL, op. cit., n° 25 ad art. 12 LSE ).

### **E. 6.2.2**

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. MICHAEL KULL, op. cit., n° 25 et 38 ad art. 12 LSE ). A 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, pp. 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 son activité pour l'entreprise locataire (cf. Directives LSE SECO, p. 74).

### **E. 6.3**

En l'occurrence, il n'est pas contesté que la recourante et ses chauffeurs 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 jugé que la recourante devait être, au vu des circonstances du cas concret, considérée comme une bailleresse de services et B.\_\_\_\_\_ B.V. comme une entreprise locataire de services selon l' art. 12 al. 1 LSE .

### **E. 7**

À titre préalable, il convient de préciser que le fait que B.\_\_\_\_\_ B.V., respectivement sa filiale B.\_\_\_\_\_ CH, ait été autorisée, depuis 2023, à exercer à Genève comme entreprise de diffusion de courses au sens de l' art. 5 let . d de la loi genevoise du 28 janvier 2022 sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (LTVTC/GE; RSGE H 1 31), à savoir comme une entreprise qui "sert d'intermédiaire entre le client et le transporteur par le biais de moyens de transmission téléphoniques, informatiques ou autres pour offrir au client l'accès au transporteur et pour transmettre au transporteur une offre de course", ne préjuge pas de la qualification des relations contractuelles entre B.\_\_\_\_\_ B.V. et la recourante, respectivement les chauffeurs de celle-ci, selon la LSE.

### **E. 8**

Dans un arrêt 2C\_46/2024 du 5 février 2025, destiné à la publication, le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur l'assujettissement à la LSE d'une entreprise de coursiers à vélo dans le cadre de l'activité consistant à mettre à disposition ses employés à B.\_\_\_\_\_ pour réaliser des livraisons de repas à domicile commandés sur la plateforme B.E.\_\_\_\_\_, détenue par la société précitée. À cet égard, la Cour de céans a considéré que les caractéristiques de la plateforme B.E.\_\_\_\_\_ dénotaient un pouvoir de direction essentiel sur l'activité des coursiers, en particulier du fait que l'attribution des commandes était exclusivement décidée par ladite plateforme, que celle-ci fournissait les instructions essentielles pour chaque

livraison et qu'elle influençait tant sur l'organisation temporelle que spatiale des coursiers, en temps réel (cf. arrêt 2C\_46/2024 précité consid. 7.1.3 à 7.1.6, destiné à la publication). Les critères auxiliaires de distinction plaidaient aussi, pour l'un deux partiellement, en faveur de l'existence d'un rapport de location de services (consid. 7.2 à 7.4). L'activité en cause était donc soumise à autorisation selon la LSE.

Les circonstances du présent cas d'espèce sont, comme on le verra ci-après, pour l'essentiel similaires à celles ayant prévalu dans l'arrêt 2C\_46/2024, de sorte que les critères utilisés dans cette affaire sont aussi applicables dans la présente cause (cf. à ce sujet arrêt 2C\_46/2024 précité consid. 6.1 à 6.5, destiné à la publication).

### **E. 9.1**

Il convient tout d'abord d'examiner si la caractéristique centrale d'un rapport de location de services, soit 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), est réalisée. L'arrêt attaqué a retenu que tel était le cas, au moins partiellement, du fait que l'application ne se limitait pas à un simple outil de travail mis à la disposition de la recourante par B.\_\_\_\_\_ B.V., mais permettait à cette dernière de donner des instructions aux chauffeurs de la recourante s'agissant de la mission de transport et à la manière de l'exécuter. La recourante conteste cette appréciation.

#### **E. 9.1.1**

En l'occurrence, il ressort des constatations cantonales dénuées d'arbitraire (cf. supra consid. 4), qui lient le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que ni la recourante ni ses chauffeurs n'ont le moindre pouvoir de contrôle sur l'attribution des demandes de transport, qui est décidée exclusivement par l'application, respectivement par son algorithme. C'est en outre l'application qui fournit aux chauffeurs les informations indispensables à chaque mission de transport (lieu de prise en charge du client, destination de celui-ci et heure de début de la course). Ces indications sont d'ailleurs, selon l' art. 4 let . d du Contrat, qualifiées d'informations "clés" fournies au chauffeur uniquement via l'application. Le fait qu'elles portent sur des éléments caractéristiques du service de transport 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 lié à la nature des affaires (cf. supra consid. 6.2.1; arrêt 2C\_46/2024 précité consid. 7.1.3, destiné à la publication). L'application fournit en outre aux chauffeurs la distance de la course et une proposition d'itinéraire. Dans la mesure où la distance de la course est utilisée par l'application pour calculer le tarif proposé au client, elle constitue, dès l'acceptation de ce tarif par le client, une instruction pour le chauffeur. Il en va de même de l'itinéraire proposé, ce d'autant plus qu'à la fin de la course, il est automatiquement envoyé par justificatif électronique au client, qui peut donc contrôler celui-ci. La recommandation générale de la recourante à ses chauffeurs est au demeurant de suivre l'itinéraire proposé. Dans ces conditions, le libre choix, par lesdits chauffeurs, de l'itinéraire dont se prévaut la recourante doit être relativisé et celui-ci doit être compris comme une instruction issue de l'application.

#### **E. 9.1.2**

La recourante se prévaut du fait que, selon les art. 4 let. b, e, f et i du Contrat, elle seule donne des instructions aux chauffeurs quant à la manière dont ils doivent utiliser l'application, et en particulier les courses qu'ils peuvent refuser ou accepter. Elle se limite toutefois à reprendre le contenu de ces dispositions, sans démontrer en quoi elle aurait

effectivement établi des instructions sous cet angle. Le seul fait d'avoir adressé une communication à ses chauffeurs en leur rappelant que la pratique consistant à accepter des courses attribuées via l'application, pour ensuite demander aux clients d'annuler celles-ci et leur proposer un transport à un prix plus avantageux, était interdite car elle violait leur obligation de fidélité et pouvait constituer une infraction pénale ( art. 105 al. 2 LTF ) ne saurait être compris comme une instruction sur quelles offres de courses peuvent être acceptées ou refusées, mais comme un simple rappel des obligations légales applicables. Du reste, dans la mesure où il ressort de l'arrêt attaqué que les chauffeurs sont rémunérés uniquement pour leur travail effectif et que ce dernier ne commence qu'à l'acceptation d'une demande de course transmise par la plateforme et prend fin lorsque la course est terminée, il convient au contraire d'admettre que les chauffeurs sont, en pratique, et dès lors que le temps d'attente n'est pas payé, systématiquement incités à accepter les offres de course qui leur sont attribuées par l'application. Quant à la manière dont les chauffeurs doivent utiliser celle-ci, les indications de la recourante se limitent à rappeler qu'il s'agit d'un outil professionnel, interdit aux tiers, devant être utilisé de bonne foi et à des seules fins professionnelles au nom et pour le compte de la recourante ( art. 105 al. 2 LTF ). On ne voit pas en quoi il s'agit-là d'instructions sur la façon concrète dont doivent être exécutées les courses. Il est en revanche vrai que la recourante, à travers son pôle "Animation chauffeurs" et un groupe WhatsApp, peut signaler à ses chauffeurs les événements perturbateurs (travaux, manifestations) ou attractifs (spectacles, etc.) sur le trafic, ce qui peut constituer des directives complémentaires aux informations clés déjà fournies par l'application. Ce seul élément n'est toutefois pas suffisant (cf. infra consid. 9.1.5).

### **E. 9.1.3**

Pour le reste, le fait que l'art. 14 let. b du Contrat prévoit que B. \_\_\_\_\_ B.V. informe la recourante des plaintes reçues contre ses chauffeurs pour qu'elle prenne les mesures adéquates est compréhensible, dès lors que 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. 9.1.4**

On observera pour le surplus qu'il ressort de la Déclaration de confidentialité de B. \_\_\_\_\_ B.V. au 20 juillet 2023, produite par la recourante et à laquelle renvoie l'art. 16 du Contrat, que B. \_\_\_\_\_ B.V. peut contrôler en temps réel, en demandant aux chauffeurs d'envoyer une photo d'eux-mêmes, que ceux-ci portent un équipement de sécurité. L'application peut aussi détecter, à partir des données recueillies sur les téléphones des chauffeurs, les comportements dangereux au volant, sensibiliser les intéressés aux règles de sécurité en matière de conduite et vérifier quel type de véhicule ils utilisent. Les signalements d'incidents peuvent enfin être utilisés par B. \_\_\_\_\_ B.V. pour encourager les chauffeurs à se conformer à la Charte de la communauté de B. \_\_\_\_\_ ( art. 105 al. 2 LTF ). Ces éléments démontrent un pouvoir d'instruction, y compris en temps réel, par B. \_\_\_\_\_ B.V. sur les chauffeurs de la recourante, pouvant influencer tant leur mode de travail que leur comportement et instaurer, in fine, un contrôle sur eux.

### **E. 9.1.5**

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 B. \_\_\_\_\_ B.V. L'application ne se limite donc pas uniquement à un système d'attribution

des courses. Que les instructions soient émises par ladite application et non pas directement par B. \_\_\_\_\_ B.V., comme s'en prévaut la recourante, n'y change rien, dès lors qu'il est constant que cette application, respectivement son algorithme, est développée par B. \_\_\_\_\_ B.V., qui en est par ailleurs la propriétaire. 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, à tout le moins en partie, en l'espèce réalisé.

## **E. 9.2**

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. 9.2.1**

Les juges précédents ont tout d'abord retenu que tel était le cas s'agissant du critère de l'intégration des chauffeurs de la recourante dans l'organisation de travail de B. \_\_\_\_\_ B.V. au sens de l' art. 26 al. 2 let. a OSE .

En l'occurrence, il ressort des constatations cantonales qui lient le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ) que les chauffeurs doivent fournir leurs données personnelles à B. \_\_\_\_\_ B.V. pour accéder à l'application. Leur activité s'effectue de plus sur la base des instructions fournies par la plateforme, qui choisit elle seule à quels chauffeurs attribuer les courses commandées. À cela s'ajoute enfin, comme on l'a vu (cf. supra consid. 9.1.2), que les chauffeurs dédient l'entier de leur temps de travail effectif au service de B. \_\_\_\_\_ B.V., qui est du reste la seule en mesure de l'exploiter, dès lors que les instructions indispensables à l'exécution des missions sont, comme on vient de le dire, données au travers de sa plateforme.

Ces éléments, quoi qu'en dise la recourante, impliquent une intégration dans l'organisation de B. \_\_\_\_\_ B.V. (dans le même sens, cf. RÉMY WYLER ET AL., Droit du travail, 5e éd. 2024, p. 30). Pour le reste, si celle-ci affirme qu'elle est libre de recourir à d'autres diffuseurs de courses et qu'elle peut même autoriser ses chauffeurs à utiliser une application mobile éditée par un concurrent de B. \_\_\_\_\_ B.V., elle ne démontre pas que tel serait le cas et cela ne ressort pas non plus des faits de l'arrêt attaqué. Au contraire, les documents fournis par l'intéressée font expressément référence à B. \_\_\_\_\_ B.V. et à la relation contractuelle qui la lie à cette société, sans faire mention d'autres concurrents. Il en va également de même pour les chauffeurs, dont le contrat de travail fait au demeurant référence au transfert d'employés entre B. \_\_\_\_\_ B.V. et la recourante. En tout état de cause, l'argumentation est appellatoire et, partant, irrecevable. On ne saurait, dans ces conditions, 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. 9.3**

S'agissant du critère de la réalisation du travail avec les outils de l'entreprise locataire au sens de l' art. 26 al. 2 let. b OSE , que les juges précédents ont également considéré comme étant réalisé, on relèvera que, selon l'arrêt attaqué, l'application constitue un outil de travail indispensable pour les chauffeurs de la recourante, sans lequel leurs missions de transport de personnes ne peuvent être réalisées. À ce constat, la recourante rétorque notamment qu'elle offre aux chauffeurs la possibilité de conclure des abonnements téléphoniques à des prix préférentiels. Il n'en demeure pas moins que ce sont leurs propres téléphones que les

chauffeurs doivent utiliser pour pouvoir accéder à la plateforme, et que ceux-ci ne sont pas fournis par la recourante. Il en va de même pour les véhicules des chauffeurs, dont il ressort des conditions générales d'engagement et règles de conduite établies par la recourante qu'ils ne peuvent utiliser que les véhicules immatriculés à leur nom en Suisse ( art. 105 al. 2 LTF ). La possibilité, dont se prévaut la recourante, de fournir aux chauffeurs un véhicule de remplacement en cas de panne ou de service de maintenance ne constitue ainsi, par définition, qu'une solution de substitution temporaire. Quant aux gilets qu'elle leur offre, on ne voit manifestement pas en quoi il s'agirait d'un outil de travail indispensable à l'exécution des missions de transport.

### **E. 9.3.1**

La Cour cantonale a aussi 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 mission de transport par un chauffeur de la recourante, B.\_\_\_\_\_ B.V. s'exposait à ce que le client ou le restaurateur n'utilise plus sa plateforme, de sorte que tant la recourante que B.\_\_\_\_\_ B.V. supportaient un risque commercial.

Dans la mesure où il ressort des constatations de fait de l'arrêt attaqué que la commission de B.\_\_\_\_\_ B.V. dépend de chaque livraison effectuée (sur ce point, cf. infra consid. 9.4), la Cour cantonale peut être suivie lorsqu'elle conclut que B.\_\_\_\_\_ B.V. supporte aussi un risque commercial, qu'elle qualifie de partagé, en cas de mauvaise exécution des courses. 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. 6.2.2, voir aussi arrêt 2C\_46/2024 précité consid. 7.2.3, destiné à la publication, et l'arrêt cité). La recourante ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle estime qu'elle supporte seule le risque d'entreprise en cas d'absence de courses au motif qu'elle doit payer le salaire de ses chauffeurs même en l'absence de courses, dès lors que le salaire est basé sur les courses effectivement exécutées et que le temps d'attente n'est pas payé (cf. supra consid. 9.1.2). 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 chauffeurs dans le cadre de leur activité, tant la recourante que la Cour cantonale s'accordent pour admettre que, selon l'art. 19 du Contrat, ceux-ci sont à la charge de la recourante. Qu'une telle responsabilité découle en sus, selon la recourante, de la loi sur la circulation routière ou du droit du mandat ne serait quoi qu'il en soit pas pertinent, dès lors que ce seul critère auxiliaire prévu par les Directives LSE (cf. supra consid. 6.2.2) ne suffit pas, à lui seul, à exclure une location de services (cf. infra consid. 9.5).

### **E. 9.4**

La recourante reproche enfin à la Cour de justice d'avoir retenu que sa facturation ne s'effectuait pas sur la base d'un prix fixe convenu d'avance avec B.\_\_\_\_\_ B.V., selon le critère prévu par les Directives LSE SECO (cf. supra consid. 6.2.2).

En l'occurrence, il ressort des constatations cantonales ( art. 105 al. 1 LTF ) que la facturation des prestations de transport 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 transport qui est calculé en fonction d'un tarif de base et/ou du temps de la

course réels ou estimés, et qui peut varier selon la région, en fonction de l'offre et de la demande ("tarification dynamique") et les facteurs du marché local notamment. Les éléments de calcul du tarif peuvent être librement modifiés par B.\_\_\_\_\_ B.V., qui doit uniquement en informer la recourante "de temps à autre". La rémunération de la recourante repose ainsi sur une tarification dont l'adaptation s'effectue 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.

On relèvera de plus que B.\_\_\_\_\_ B.V. encaisse en premier lieu le montant total de la prestation auprès des clients, pour y prélever ensuite un montant à titre de commission et reverser le solde à la recourante. C'est ainsi bien cette dernière qui est rémunérée par B.\_\_\_\_\_ B.V. en contrepartie de l'activité de transport déployée par ses chauffeurs. Il n'est pour le reste pas étonnant que la recourante n'établisse pas le décompte des heures effectuées par ses employés en faveur de B.\_\_\_\_\_ B.V., dans la mesure où elles correspondent à celles durant lesquelles les chauffeurs accomplissent des courses pour B.\_\_\_\_\_ B.V. Dès lors que l'application, selon les faits de l'arrêt attaqué, conserve toutes les données sur les heures de début et de fin des courses, B.\_\_\_\_\_ B.V. est ainsi d'ores et déjà en possession des heures effectuées et facturées, si bien qu'il n'y a aucun intérêt à ce que la recourante remette un tel décompte à B.\_\_\_\_\_ B.V. Elle ne peut donc pas se retrancher derrière cet élément.

#### **E. 9.5**

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 indices supplémentaires d'un rapport de location de services, ils plaident majoritairement en faveur d'un tel rapport.

#### **E. 9.6**

À cela s'ajoute qu'il faut prendre en compte les circonstances dans lesquelles les rapports contractuels entre la recourante et B.\_\_\_\_\_ B.V. ont été noués. Il ressort en effet des constatations cantonales que c'est moins d'un mois après que la Cour de céans ait confirmé que B.\_\_\_\_\_ B.V. était l'employeur des chauffeurs ayant recours à son application pour fournir des prestations de transport que cette société a transféré tous les contrats de travail de ses anciens employés à la recourante. Si le statut formel d'employeur a ainsi été repris par la recourante, sur le plan concret, les chauffeurs à présent employés par elle ont continué à exercer leur activité au moyen de l'application comme ils l'avaient fait jusqu'alors, à savoir que l'exécution de leur travail était et est toujours essentiellement déterminée par la plateforme et, partant, par la propriétaire de celle-ci, soit B.\_\_\_\_\_ B.V. 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, pp. 582 s.) ce qui, comme on vient de le voir, était le cas de B.\_\_\_\_\_ B.V.

#### **E. 9.7**

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 chauffeurs à la plateforme détenue par B.\_\_\_\_\_ B.V. étaient partant soumises à autorisation selon

cette loi.

#### **E. 10**

La recourante, citant les art. 5 al. 2 et 27 Cst. , se plaint enfin d'une violation du principe de la proportionnalité et de la liberté économique. Dans la mesure toutefois où les critiques de l'intéressée consistent, d'une part, à affirmer que sa liberté économique serait violée faute de réalisation des conditions d'assujettissement à la LSE - ce qui, comme on vient de le voir, est pourtant le cas - et, d'autre part, à nier dans une démarche purement appellatoire l'existence d'un intérêt public à la protection des travailleurs, au motif qu'elle se conformerait au salaire minimum genevois et s'acquitterait des cotisations sociales de ses chauffeurs, ce que ses concurrents ne feraient pas, ses critiques sont infondées respectivement irrecevables. Au surplus, on ne voit pas que l' art. 5 al. 2 Cst. puisse s'opposer à l'application de la LSE si les conditions en sont réunies.

#### **E. 11**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens ( art. 68 al. 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.