

100.2019.16

BEP/REN

**Tribunal administratif du canton de Berne**  
Cour des affaires de langue française

**Jugement du 16 octobre 2019**

Droit administratif

B. Rolli, président  
B. Arn De Rosa et C. Tissot, juges  
Ph. Berberat, greffier

**A.** \_\_\_\_\_ **Lda**  
p.a B. \_\_\_\_\_ AG  
représentée par Me C. \_\_\_\_\_  
recourante

contre

**Direction de l'économie publique du canton de Berne (ECO)**  
Service juridique, Münsterplatz 3a, 3011 Berne

relatif à une décision rendue sur recours par cette dernière le 13 décembre  
2018 (sanction administrative selon la LDét)



**En fait:**

**A.**

La société A. \_\_\_\_\_ Lda, dont le siège est à D. \_\_\_\_\_ (Portugal), est une entreprise spécialisée dans l'assemblage de structures en aluminium, en métal et en verre. En mai 2017, elle a détaché en Suisse six collaborateurs pour travailler du 15 mai au 30 juin 2017 sur un chantier situé à E. \_\_\_\_\_. Le 30 mai 2017, le Contrôle du marché du travail Berne (CMTBE) a exécuté un contrôle sur le chantier précité et rencontré les six employés détachés dans les combles du nouveau bâtiment, occupés à monter des éléments extérieurs sur l'enveloppe de l'édifice. Après avoir requis divers documents de la part de l'employeur, le cas a été transmis à la Commission paritaire nationale (CPN) responsable du respect de la Convention collective de travail (CCT) de la branche suisse de l'enveloppe des édifices. Après quelques échanges de correspondances avec la recourante, la CPN a, par décision du 15 décembre 2017, constaté que les salaires minimaux de la CCT précitée n'étaient pas respectés; elle a infligé à la société une peine conventionnelle de Fr. 7'280.- et réclamé le paiement des frais de contrôle de Fr. 300.-, tout en invitant A. \_\_\_\_\_ Lda à verser les différences de salaires à ses employés. Le 24 janvier 2018, l'entreprise a apporté la preuve des paiements de tous les montants susmentionnés.

**B.**

La CPN a communiqué sa décision du 15 décembre 2017 à beco Economie bernoise (nouvelle dénomination depuis le 1<sup>er</sup> mai 2019: Office de l'économie du canton de Berne [OEC]). Ce dernier a ouvert contre la société concernée une procédure administrative pour violation de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét, RS 823.20). Par courrier du 30 janvier 2018, beco a donné la possibilité à l'intéressée de prendre position par écrit sur les faits susmentionnés jusqu'au 6 mars 2018

et l'a invitée à communiquer une adresse de notification en Suisse. Par missive du 20 février 2018, la société a communiqué une adresse de notification en Suisse, tout en indiquant qu'elle ne comprenait pas pourquoi elle devrait à nouveau payer des frais de contrôle alors qu'elle avait déjà payé la peine conventionnelle et les frais de contrôle de la CPN. Beco a répondu à l'intéressée par courrier du 14 mars 2018 et lui a octroyé un nouveau délai jusqu'au 4 avril 2018 pour prendre position; ce délai s'est écoulé sans autre réponse de la part de l'intéressée. Par décision du 7 juin 2018, beco a constaté que l'entreprise n'avait pas respecté les conditions minimales de travail et de salaires en vigueur en Suisse et a prononcé à son encontre une sanction administrative sous la forme d'une amende de Fr. 30'000.-, plus Fr. 315.- de frais de contrôle et Fr. 135.- de frais de procédure.

#### **C.**

Par courrier du 22 juin 2018 adressé à beco, la société a demandé la reconsidération de la décision du 7 juin 2018 et requis la réduction de la sanction infligée. Ledit courrier a été considéré comme un recours et transmis pour traitement à la Direction de l'économie publique du canton de Berne (ECO). Dans son préavis du 24 juillet 2018, beco a conclu au rejet du recours. La recourante a pris position quant aux arguments de beco dans un courrier reçu par l'ECO le 22 août 2018. L'ECO a rejeté le recours dans sa décision sur recours rendue le 13 décembre 2018.

#### **D.**

Par acte reçu le 11 janvier et complété le 29 janvier 2019, A. \_\_\_\_\_ Lda, désormais représentée par un mandataire professionnel, a recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA) contre la décision sur recours du 13 décembre 2018 en concluant en substance à l'annulation de la sanction prononcée par beco à son encontre. Dans son mémoire de réponse du 1<sup>er</sup> mars 2019, l'ECO a conclu au rejet du recours dans la

mesure où il est recevable. Le mandataire de la recourante a produit sa note d'honoraires le 27 mars 2019.

## **En droit:**

### **1.**

**1.1** Aux termes de l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21), le TA connaît en qualité de dernière instance cantonale des recours contre les décisions et les décisions sur recours fondées sur le droit public, dans la mesure où le recours n'est pas irrecevable au sens des art. 75 ss LPJA. La décision sur recours rendue le 13 décembre 2018 par l'ECO ressortissant incontestablement au droit public et aucune des exceptions prévues aux art. 75 ss LPJA n'étant réalisées, le TA est compétent pour connaître du présent litige.

**1.2** La décision sur recours du 13 décembre 2018 représente l'objet de la contestation et confirme la décision de beco du 7 juin 2018 condamnant la recourante à une amende administrative de Fr. 30'000.- ainsi qu'au paiement de Fr. 315.- de frais de contrôle et de Fr. 135.- de frais de procédure. Au vu des conclusions du recours de droit administratif devant le TA et de l'effet dévolutif du recours devant l'ECO, qui implique que la décision sur recours du 13 décembre 2018 de l'ECO a remplacé la décision du 7 juin 2018 de beco (voir Merkli/Aeschlimann/Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 60 n. 7), l'objet du litige porte sur l'annulation de l'amende administrative de Fr. 30'000.-, amende confirmée par la décision sur recours du 13 décembre 2018.

**1.3** La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, est particulièrement atteinte par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Elle a par

conséquent qualité pour recourir (art. 79 al. 1 LPJA). Interjeté par ailleurs en temps utile, dans les formes prescrites et par un mandataire dûment légitimé, le recours est recevable (art. 15, 32 et 81 LPJA).

**1.4** Le pouvoir d'examen du TA résulte de l'art. 80 let. a et b LPJA; il couvre le contrôle des faits et du droit, y compris les violations du droit commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais pas le contrôle de l'opportunité.

## **2.**

**2.1** La LDét a été édictée en complément de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681). Elle fait partie des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes mises en place au 1<sup>er</sup> juin 2004 et destinées à compenser l'abandon des contrôles préalables et systématiques du marché du travail suite à l'entrée en vigueur de l'ALCP (cf. Message concernant la modification de la loi sur les travailleurs détachés du 1<sup>er</sup> juillet 2015 [Message LDét], 15.054, FF 2015 5359 p. 5361). L'art. 22 par. 2 annexe I ALCP, qui fait référence à la Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre de prestations de services (directive 96/71/CE) - qui a été concrétisée ultérieurement par la Directive 2014/67 UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 -, réserve aux parties contractantes le droit d'édicter des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant l'application de conditions de travail et d'emploi aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services. La LDét ayant été adoptée sur cette base (TF 4C\_714/2010 du 14 décembre 2010 c. 3.1), son contenu coïncide avec celui de la directive 96/71/CE. Tout projet de modification de la loi a dès lors été et est examiné sous l'angle de son adéquation avec la directive européenne (KURT PÄRLI, dans K. PÄRLI/C. JUNGHANS, *Entsendegesetz (EntsG)*, Stämpflis Handkommentar, 2018, *Einleitung* n. 42).

**2.2** Les mesures d'accompagnement sont destinées à lutter contre la sous-enchère abusive relative aux conditions de travail et de salaire applicables en Suisse. En cas de constatations de sous-enchères salariales, il peut être recouru soit à des mesures individuelles, comme des sanctions à l'encontre des employeurs étrangers fautifs, soit à des instruments collectifs, comme l'extension facilitée de conventions collectives de travail ou l'édiction de contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs. La loi sur les travailleurs détachés a connu depuis 2004 différentes améliorations et adaptations, notamment relativement à la lutte contre l'indépendance fictive des prestataires de services étrangers ou à la responsabilité solidaire renforcée dans les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre (Message LDét, FF 2015 5359 p. 5361 s.).

La dernière modification des mesures d'accompagnement, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2017, a entraîné une augmentation de Fr. 5'000.- à Fr. 30'000.- de la limite supérieure des sanctions administratives pouvant être infligées en cas d'infraction commise par une entreprise étrangère détachant des travailleurs en Suisse au mépris des conditions minimales de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, les ordonnances du Conseil fédéral, les CCT déclarées de force obligatoire ou encore les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a du droit des obligations (CO ; RS 220). De plus, l'autorité de sanction compétente peut aussi, selon la gravité du cas, prononcer une interdiction d'offrir des services en Suisse pour une durée de un à cinq ans, et ce, nouvellement, cumulativement à une peine pécuniaire. L'augmentation de la sanction administrative, dans le but d'en améliorer l'effet dissuasif, se fonde notamment sur une comparaison avec le droit étranger qui a montré que les Etats membres de l'UE, dans l'application de la directive 96/71/CE, ont eux-mêmes prévu des sanctions administratives et des peines parfois très lourdes (Message LDét, FF 2015 5359 p. 5366 s.). A titre comparatif, les dispositions légales allemande et autrichienne transposant la directive européenne vont jusqu'à prévoir, en cas d'infraction relatives aux conditions minimales de salaire et aux conditions minimales de travail, des amendes allant jusqu'à 500'000 euros en Allemagne et 50'000 euros en Autriche (Message LDét, FF 2015 5359 p. 5367).

Dans son message, le Conseil fédéral a relevé qu'il ne considérait pas comme opportun de préciser de manière contraignante dans la loi ou même dans l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét, RS 823.201) les conditions dans lesquelles il y a lieu de prononcer telle ou telle sanction. En effet, les autorités compétentes pour prononcer les sanctions sont les mieux à même, en raison de leur expérience en matière d'exécution, d'apprécier dans le cas particulier la sanction la plus appropriée. Il a néanmoins indiqué, afin de satisfaire les cantons qui souhaitaient des précisions quant aux critères à appliquer pour déterminer la sanction adéquate, que le Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) compléterait à cet égard son catalogue des sanctions en collaboration avec les autorités compétentes (Message LDét, FF 2015 5359 p. 5368). Le seco s'est exécuté en adaptant sa « Recommandation », devenue « Recommandation 2017 », aux nouvelles dispositions légales (cf. seco, "Catalogue des sanctions en vertu de la loi fédérale sur les travailleurs détachés", Berne, avril 2017 [ci-après : Recommandation 2017], à consulter sur le site du seco sous : [www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html](http://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html) > Travail > Détachement et mesures d'accompagnement > Directives et informations). Cette recommandation indique comme critères à prendre en considération pour fixer la sanction : l'ampleur de la sous-enchère constatée, la ou les récidive(s) éventuelle(s), le paiement ultérieur ou non de la différence de salaire. La sanction maximale de Fr. 30'000.- est à prononcer dès une sous-enchère totale de Fr. 20'001.-, la différence entre l'entreprise qui collabore et s'exécute en payant les arriérés et celle qui ne s'y conforme pas se trouvant dans une sanction complémentaire (cumulative) à l'encontre de cette dernière sous la forme d'une interdiction d'offrir ses services en Suisse pendant 24 à 36 mois (Recommandation 2017 ch. 1.2, en particulier ch. 1.2.2 let. b). A relever que le seco spécifie expressément dans sa recommandation 2017 que les entreprises qui paient les arriérés de salaire ne doivent pas être mises dans une situation financière plus mauvaise que celles qui s'y refusent (Recommandation 2017 ch. 1.5). En outre, l'autorité (de justice) administrative qui traite le cas doit prendre en considération que l'infraction salariale repose sur une décision de la commission paritaire ou une décision sur recours d'une commission paritaire centrale, laquelle n'a en règle générale pas été vérifiée par un tribunal civil. Par conséquent, il est important que

l'employeur ait aussi la possibilité de faire usage de son droit d'être entendu dans la procédure cantonale administrative et que le paiement effectif des arriérés même seulement au stade de la procédure administrative soit pris en considération dans le calcul des sanctions (Recommandation 2017 ch. 1.5).

**2.3** La LDét règle notamment les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger (art. 1 al. 1 LDét) ainsi que le contrôle des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse et les sanctions qui leur sont applicables en cas de non-respect des dispositions relatives aux salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (CTT) au sens de l'art. 360a CO (art. 1 al. 2 LDét). En vertu de l'art. 2 al. 1 LDét, les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, CCT déclarées de force obligatoire et CTT au sens de l'art. 360a CO dans les domaines suivants : rémunération minimale, y compris les suppléments (let. a) ; durée du travail et du repos (let. b) ; durée minimale des vacances (let. c) ; sécurité, santé et hygiène au travail (let. d) ; protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes (let. e) ; non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes (let. f).

Le contrôle du respect des conditions fixées dans la LDét incombe, pour les dispositions prévues par une CCT étendue, aux organes paritaires chargés de l'application de ladite convention (art. 7 al. 1 let. a LDét). La CCT de l'enveloppe des édifices (disponible sur le site internet [www.service-cct.ch](http://www.service-cct.ch)) est une CCT dont le champ d'application déclaré de force obligatoire a été étendu à tout le territoire suisse, à l'exception des cantons de Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Genève, Vaud et Valais.

**2.4** Aux termes de l'art. 9 al. 2 let. b LDét, en cas d'infraction à l'art. 2 LDét, l'autorité cantonale compétente peut prononcer une sanction administrative en prévoyant le paiement d'un montant de Fr. 30'000.- au plus (ch. 1) ou interdire à l'entreprise concernée d'offrir ses services en Suisse pour une durée de un à cinq ans (ch. 2). En cas d'infraction d'une

gravité particulière, elle peut prononcer cumulativement les sanctions administratives prévues par la let. b (art. 9 al. 2 let. b LDét). L'autorité cantonale compétente dans le canton de Berne est le service compétent de la Direction de l'économie publique du canton de Berne (ECO) (art. 33 de la loi cantonale du 23 juin 2003 sur le marché du travail [LMT, RSB 836.11]). Jusqu'au 30 avril 2019, cette tâche incombait à beco Economie bernoise (beco); cette entité a été scindée au 1<sup>er</sup> mai 2019 en deux nouveaux offices: d'une part, l'Office de l'assurance-chômage (OAC), et d'autre part l'Office de l'économie (OEC). C'est ce dernier qui a repris les tâches de beco en relation avec la surveillance de l'exécution de la loi sur les travailleurs détachés (modification du 20 mars 2019 de l'ordonnance cantonale du 18 octobre 1995 sur l'organisation et les tâches de la Direction de l'économie publique [Ordonnance d'organisation ECO, OO ECO, RSB 152.221.111]; art. 10 al. 1 let. f OO ECO). Les interventions figurant au présent dossier ont toutes été accomplies avant le 1<sup>er</sup> avril 2019 par beco.

### 3.

Les positions des parties se résument comme suit:

**3.1** Dans sa décision sur recours du 13 décembre 2018, l'ECO s'est fondée sur les faits retenus par la CPN dans sa décision du 15 décembre 2017. La CPN a estimé que la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices était applicable au cas d'espèce et que les conditions minimales de travail et de salaire qui y sont prévues avaient été violées. L'ECO a relevé que la CPN avait déjà corrigé dans son calcul le classement des collaborateurs dans le sens désiré par la recourante et que, même sans prendre en considération les suppléments habituels, le salaire minimal de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices pour les catégories les plus basses n'avait pas été respecté. Relativement à l'argument de l'application d'une fausse CCT, l'ECO a souligné qu'il était de la responsabilité de toute entreprise désireuse de détacher des travailleurs à l'étranger de prendre soigneusement des renseignements pour s'assurer d'appliquer correctement le droit et, notamment, de payer

les salaires minimaux corrects. L'ECO est d'avis que l'argument de la recourante, selon lequel celle-ci s'était fondée sur la CCT pour l'artisanat du métal, construction métallique, forge, serrurerie, construction en acier (ci-après : CCT pour l'artisanat du métal), n'était pas convaincant puisque les écarts de salaire entre la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices et celle pour l'artisanat du métal ne sont pas assez élevés pour justifier la différence de salaire constatée dans le cas d'espèce. En outre, l'ECO a considéré que la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices était applicable sur l'ensemble du territoire suisse et que, dès lors, l'argument de la recourante faisant référence aux particularités cantonales était incompréhensible, d'autant plus que, par ailleurs, la recourante avait déjà été sanctionnée dans le canton du Valais en raison d'un non-respect des salaires minimaux légaux. L'ECO a précisé de plus que l'accord entre la recourante et ses collaborateurs de payer la part de 13<sup>ème</sup> salaire et des vacances en fin d'année ne justifiait pas une dérogation à la LDét qui prévoit le paiement de ces éléments durant le détachement. L'instance précédente a aussi relevé que la recourante avait omis de prendre en compte le temps de déplacement dans ses calculs. Elle a souligné que la LDét conférait à beco une grande marge d'appréciation dans la détermination de la sanction et qu'elle-même s'imposait une certaine retenue lorsqu'elle jugeait, en tant qu'instance de recours, de l'exercice du pouvoir d'appréciation par l'autorité spécialisée qu'est beco. Elle a rappelé que le respect des conditions minimales de travail et de salaire est d'une importance cruciale et qu'une infraction à ces conditions n'est pas à prendre à la légère au vu de l'importance qu'elles ont pour la paix sociale en Suisse. L'ECO a dès lors admis que la recourante, en payant un salaire inférieur de Fr. 26'202.33 à celui qui émanait de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices, avait commis une infraction grave à la LDét et que la sanction prononcée par beco correspondait au montant prévu dans la recommandation du SECO d'avril 2017, dont il n'y avait pas lieu de s'écarter. Enfin, l'ECO a estimé que l'argument de la recourante, selon lequel une amende disciplinaire de Fr. 30'000.- dépassait sa capacité financière, n'était pas pertinent, car si l'entreprise n'était pas en mesure de détacher les travailleurs en respectant les prescriptions légales, elle devait s'en abstenir, l'augmentation de la sanction maximale en cas d'infraction à la LDét ayant justement été voulue par le législateur en vue d'en améliorer

l'effet dissuasif, qui n'était pas réellement obtenu sous l'ancien régime. Dans son mémoire de réponse du 1<sup>er</sup> mars 2019, l'ECO considère par ailleurs que la recourante, en payant les arriérés de salaires tels que calculés par la CPN, a reconnu l'application de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices, et qu'elle se comporte de manière contradictoire en remettant cette dernière en question dans son recours de droit administratif au TA et en invoquant l'application de la CCT pour l'artisanat du métal. En ce qui concerne la qualification des travaux, l'ECO se réfère au rapport de la CPN qui se base sur le rapport du CMTBE du 6 juin 2017, ce dernier ayant lui-même constaté au moment du contrôle effectué le 30 mai 2017 que les travailleurs étaient occupés à assembler les éléments extérieurs de toute l'enveloppe de l'édifice. Concernant la classification des travailleurs, l'ECO constate que la CPN a classé les travailleurs comme travailleurs non-qualifiés ou semi-qualifiés, allant ainsi moins loin que la recourante qui considérerait deux de ses ouvriers comme spécialisés ou qualifiés avec un salaire horaire plus élevé; dès lors, d'après l'ECO, la classification des travailleurs en question comme semi-qualifiés ne paraît pas contestable.

**3.2** La recourante invoque pour sa part que toute la procédure – comme déjà par-devant la CPN - se fonde sur la fausse prémisse selon laquelle les activités de ses collaborateurs détachés en Suisse en mai et juin 2017 tombaient sous le coup de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices et non sous la CCT pour l'artisanat du métal, dont les salaires sont inférieurs. En outre, elle fait valoir que ses travailleurs ont été catégorisés de façon erronée comme ouvriers qualifiés ou semi-qualifiés, alors que leurs qualifications se fondent sur leurs expériences respectives et non sur des diplômes. De plus, la recourante argue qu'elle a toujours voulu payer le 13<sup>ème</sup> salaire et les vacances, mais que son intention était néanmoins de le faire en fin d'année (comme retenu dans les contrats de travail et, aussi, dans les deux CCT entrant en considération), et non pas déjà durant la période de détachement. Elle ajoute avoir toujours collaboré, ayant versé aux travailleurs les arriérés dus conformément à la décision de la CPN et ayant payé rapidement la peine conventionnelle ainsi que les frais de contrôle et de procédure prononcés par cette dernière. Par conséquent, selon elle, la procédure est due à une interprétation différente des

dispositions applicables, mais pas à une volonté de contourner les dispositions légales en vigueur en Suisse. Finalement, la recourante estime être, avec la nouvelle sanction prononcée par beco et confirmée par l'ECO en sus de la peine conventionnelle déjà infligée par la CPN, doublement punie, en violation du principe "ne bis in idem".

#### 4.

**4.1** Est contestée en l'occurrence la justification d'une amende administrative de Fr. 30'000.-, prononcée en vertu de l'art. 9 al. 2 let. b ch. 1 en corrélation avec l'art. 2 LDét pour non-respect des conditions minimales de salaire par la recourante. En particulier, la recourante fait valoir que la sous-enchère salariale qui lui est reprochée est principalement due à l'application d'une autre CCT que celle qu'elle considérait comme appropriée et qu'elle comptait payer les montants relatifs aux parts du 13<sup>ème</sup> salaire et des vacances en fin d'année, et non durant le détachement.

**4.2** Pour prononcer la sanction contestée, beco et l'ECO se sont basés sur l'appréciation des faits opérée par la CPN dans sa décision du 15 décembre 2017, laquelle s'est elle-même fondée sur les faits tels qu'ils ont été retenus dans le rapport du CMTBE du 6 juin 2017. Si cette manière de procéder est en principe conforme aux dispositions applicables en la matière, le législateur ayant lui-même délégué aux commissions tripartites et aux organes paritaires compétents le contrôle du respect des CTT et CCT de leur domaine de compétence respectif (art. 7 al. 1 let. a LDét), il n'en demeure pas moins que les autorités (de justice) administrative ne sont pas déchargées de leur devoir d'instruire d'office, d'examiner et d'apprécier soigneusement l'état de fait en présence et, si nécessaire, de conduire elles-mêmes les mesures d'instruction qui s'imposent (cf. VGE 2014/218 du 8 février 2016 c. 5.2). En effet, les autorités (de justice) administrative ne sont pas liées par les constatations des commissions tripartites et paritaires (K. PÄRLI, *op. cit.*, ad art. 9 n. 17).

En l'occurrence, le CMTBE a retenu dans son rapport que les six collaborateurs de la recourante se trouvaient dans les combles du nouveau bâtiment, occupés à monter des éléments de l'enveloppe de l'édifice („...

[sie] wurden im Dachgeschoss des Neubaus angetroffen. Sie sind mit der Montage der Aussenelemente der gesamten Gebäudehülle beschäftigt.“). Sur la base de cette observation, il a demandé à l'employeur les documents nécessaires pour déterminer les salaires et conditions de travail et a transmis le dossier à la CPN. Invitée par cette dernière à prendre position, la recourante, par courrier du 9 novembre 2017, a fait valoir que d'après elle, ses activités, aussi sur le chantier en question, tombaient sous le coup de la CCT pour l'artisanat du métal, et non pas de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices. Or au vu du dossier de beco, aucun élément ne permet d'admettre que la CPN aurait examiné de manière approfondie cet argument avancé par la recourante. Sur la base du dossier, il n'est pas possible de déterminer si la CPN ou le CMTBE se sont penchés sur cette question en analysant les activités des ouvriers et examinant les deux CCT avant de conclure en faveur de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices, en particulier à la lumière de l'art. 2 al. 2 in fine de ladite CCT; cette disposition prévoit que sont exclus du champ d'application de cette CCT les fenêtres et les portes, l'exécution de façades compactes au mortier ou crépies, les systèmes en bois et en construction métallique ainsi que les façades en bois. Le rapport de contrôle de la CPN du 12 octobre 2017 et sa décision du 15 décembre 2017 sont succincts et demeurent très généraux quant à la question du champ d'application de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices (cf. dos. beco, p. 444-449 et p. 459-461).

**4.3** On constate donc que beco a repris l'appréciation de la CPN sans investiguer plus avant l'état de fait en présence. Au vu des circonstances, se pose cependant la question de savoir si c'est à juste titre que la CPN s'est estimée compétente et a traité le cas d'espèce en appliquant la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices.

**4.3.1** Selon le Tribunal fédéral (TF), sont soumis à une convention de branche dont le champ d'application a été étendu les employés qui sont actifs dans un certain secteur économique (ATF 134 III 11 c. 2.1 avec référence à l'arrêt 4C.45/2002 du 11 juillet 2002 c. 2.1.1). Le secteur économique auquel une entreprise est assimilée est déterminé par l'activité qui la caractérise. Ce n'est pas l'inscription au registre du commerce qui est

déterminante mais l'activité concrète (ATF 134 III 11 c. 2.1 avec références aux arrêts 4C.191/2006 du 17 août 2006 c. 2.2 et 4C.409/1995 du 15 mai 1996 c. 2b). En principe une seule CCT s'applique à une entreprise, même s'il peut être nécessaire de faire des exceptions pour celles qui ont plusieurs établissements avec différents secteurs d'activités, qui peuvent justifier une distinction par des affiliations différentes. C'est donc le type d'activité qui caractérise l'entreprise ou la partie d'entreprise en question qui détermine la CCT applicable (ATF 134 III 11 c. 2.1 avec références aux arrêts 4C.45/2002 du 11 juillet 2002 c. 2.1.1 et 4C.350/2000 du 12 mars 2001 c. 3b).

**4.3.2** Aucune description précise des prestations concrètement fournies par les salariés de la recourante sur le chantier en question à Bienne, où le contrôle du CMTBE a eu lieu en mai 2017, ne ressort du dossier de la cause. La recourante avance qu'elle a voulu se conformer au même domaine de convention que celui qui avait été appliqué précédemment sur les chantiers auxquels elle avait participé en Valais, soit la branche de la construction métallique. Il sied de relever que ce canton est exclu du champ d'application de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices et a effectivement une convention collective cantonale étendue applicable aux constructions métalliques. Par conséquent, l'argument de la recourante selon lequel elle a déjà offert des prestations en Suisse et appliqué dans d'autre(s) canton(s) une CCT relative aux constructions métalliques, et non la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices, n'est pas d'emblée sans fondement. A cela s'ajoute qu'il ressort du site internet de la recourante ([www\[...\]com](http://www[...]com), dans sa teneur du 4 septembre 2019) que l'entreprise compte 60 travailleurs et est spécialisée dans le montage de structures en métal, aluminium et verre. Par ailleurs, sur l'attestation d'annonce d'une activité lucrative pour travailleurs détachés établie le 6 mai 2017 par beco sur la base des indications fournies par la recourante, il est indiqué, à côté de chacun des noms des travailleurs détachés, « Construction métallique (montage/service objets métal/tôle, Façades ». Par ailleurs, l'art. 2 al. 2 let. a de l'arrêté du Conseil fédéral (ACE) du 22 mai 2014 étendant le champ d'application de la CCT pour l'artisanat du métal prévoit que les dispositions conventionnelles déclarées obligatoires s'appliquent directement à tous les employeurs et travailleurs

des entreprises comptant au maximum 70 travailleurs dans le secteur de la construction métallique, qui englobe l'usinage de tôles et de métaux pour la fabrication, le montage, la réparation et le service des produits suivants : portes, portails, installation de protection contre les incendies, fenêtres, façades, systèmes de protection solaire et contre les intempéries, volets à rouleaux, stores, meubles métalliques, équipements de magasins, réservoirs, conteneurs, appareils, plates-formes, éléments métalliques préfabriqués, systèmes techniques de sécurité, clôtures, produits de soudage, produits de construction métallique dans le génie civil. Cela étant, au vu du secteur d'activités de la recourante et de la description succincte, dans le rapport du 6 juin 2017 du CMTBE, de l'activité des collaborateurs observés sur le chantier, il ne peut être exclu que la CCT pour l'artisanat du métal s'applique dans le cas d'espèce. Néanmoins, au vu des considérations qui suivent et de motifs relevant de l'économie de procédure, il peut être renoncé à clarifier cette question, dans la mesure où une sous-enchère salariale doit être retenue en l'occurrence en faisant application des deux CCT entrant en ligne de compte.

#### **4.4**

**4.4.1** A l'appui de son recours du 22 juin 2018 auprès de l'ECO contre la décision de beco du 7 juin 2018, la recourante a joint des extraits de la CCT pour l'artisanat du métal, desquels il ressort qu'elle se fondait sur un salaire horaire de Fr. 24.60 pour les deux travailleurs les plus qualifiés et de Fr. 21.55 pour les quatre autres ouvriers concernés (cf. dos. ECO, sous « Annexe A » p. 11-14, extraits également déposés en annexe du recours au TA). Ce sont également ces montants horaires qui sont retenus dans les contrats de travail (cf. dos. beco, annexe 1 au courrier du 19 juin 2017 à la CPN, p. 137 à 163). De plus, il y a lieu de tenir compte du fait que la CCT pour l'artisanat du métal retient 23 jours de vacances pour les travailleurs de 20 à 49 ans (taux horaire de 9,70% selon la directive du SECO « Procédure de comparaison internationale des salaires » [ci-après : directive comparaison], ch. 3.5, à consulter sur le site internet : [www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html](http://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html) > Travail > Détachement et Mesures d'accompagnement > Directives et informations) et 24 jours dès 50 ans (applicable à un travailleur détaché de la recourante) (taux horaire



### Comparaison des salaires selon la CCT pour l'artisanat du métal avec les montants payés effectivement

Noms	Dus d'après la CCT pour l'artisanat du métal	Versés d'après la décision de la CPN du 15 décembre 2017	Différence
	CHF	CHF	CHF
F. _____	8'742.55	5'198.06	-3'544.49
G. _____	8'742.55	5'207.11	-3'535.44
H. _____	9'979.90	6'040.72	-3'939.18
I. _____	8'469.35	5'244.62	-3'224.73
J. _____	8'469.35	5'180.61	-3'288.74
K. _____	10'021.30	5'976.50	-4'044.80
<b>Total</b>	<b>54'425.00</b>	<b>32'847.62</b>	<b>-21'577.38</b>

Il ressort du dernier tableau comparatif ci-dessus qu'on aboutit à une sous-enchère salariale d'un total de Fr. 21'577.38. Par conséquent, même sous l'angle de la CCT pour l'artisanat du métal, il apparaît que la recourante a commis une infraction à l'art. 2 al. 1 let. a LDét et que le montant de la sous-enchère salariale dépasse également le seuil de Fr. 20'000.-, déterminant pour la sanction maximale de Fr. 30'000.- selon la Recommandation 2017 du SECO.

**4.4.2** En application de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices, la CPN a calculé une sous-enchère salariale de Fr. 26'202,33. A l'encontre du calcul de ce montant, la recourante se contente de répéter dans son recours de droit administratif du 8 janvier 2019 des arguments qu'elle avait déjà invoqués précédemment et qui ont été examinés en détail par l'ECO dans sa décision sur recours du 13 décembre 2018, à savoir la classification de la qualification des travailleurs concernés et le versement du 13<sup>ème</sup> mois de salaire prévu à la fin de l'année. Elle n'expose en aucune manière les raisons pour lesquelles les considérations détaillées émises sur ces points par l'ECO s'avèreraient incorrectes, si bien qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter. Pour le surplus, aucun élément au dossier ne permet de douter de la véracité du calcul de la sous-enchère salariale opéré par la CPN, sur lequel beco et l'ECO se sont fondés en l'occurrence. Il s'ensuit

qu'il convient de retenir qu'à la lumière de la CCT de la branche suisse de l'enveloppe des édifices, les rémunérations versées par la recourante aux travailleurs concernés fondent en l'occurrence une sous-enchère salariale de Fr. 26'202,33.

## 5.

La recourante fait aussi valoir que l'amende de Fr. 30'000.- prononcée par beco et confirmée par l'ECO dans la décision sur recours contestée a pour effet de la sanctionner deux fois, après qu'une amende conventionnelle de Fr. 7'280.- lui a déjà été infligée par la CPN dans sa décision du 15 décembre 2017.

**5.1** En cas de sous-enchère salariale, le risque, pour l'entreprise étrangère concernée, de se voir infliger deux sanctions, soit d'une part, une sanction conventionnelle par les commissions paritaires responsables de l'application des CCT, et d'autre part par les organes cantonaux compétents en vertu de la LDét, a effectivement donné lieu à des prises de positions critiques en doctrine (cf. K. PÄRLI, *op. cit.*, ad art. 9 n. 87 ss. et n. 89, ainsi que pour ce qui suit). Cependant, il y a lieu de souligner que les sanctions des commissions paritaires ont essentiellement pour objectif d'assurer le respect d'une CCT conclue entre des acteurs sociaux (d'une part, représentants des employeurs, de l'autre, représentants des travailleurs) après avoir mené des négociations sur un pied d'égalité en vue de fixer des standards minimaux applicables dans une branche d'activité ou un secteur économique donnés. Elles ont pour objectif d'assurer aux travailleurs des conditions minimales de travail décentes avec des salaires minimaux adéquats. Les sanctions des commissions paritaires se fondent exclusivement sur le droit privé. Par contre, les sanctions prononcées par un organe cantonal contrôlant le marché du travail visent à faire respecter la LDét et les mesures d'accompagnements à la libre circulation des personnes, soit, l'exécution de l'ALCP. Il en va de l'intérêt public au respect des dispositions en vigueur en vue d'éviter une discrimination des employeurs suisses par rapport aux entreprises sises à l'étranger mais offrant des services en Suisse. Les biens juridiques protégés par les CCT

d'une part et les dispositions légales respectives d'autre part sont donc différents. Par conséquent, les sanctions prononcées en l'occurrence par la CPN et par beco ont des fondements et des objectifs différents; dès lors, le prononcé d'une amende de Fr. 30'000.- par beco, en sus de la peine conventionnelle de Fr. 7'280.- infligée par la CPN, ne constitue pas une violation de l'interdiction de la double incrimination.

**5.2** S'agissant du montant de Fr. 30'000.- de l'amende prononcée à l'encontre de la recourante, il y a lieu de relever ce qui suit:

Selon la Recommandation 2017 du seco, la sanction administrative à prononcer sur la base de l'art. 9 al. 2 let. b LDét en présence d'une sous-enchère salariale allant de Fr. 20'001.- à Fr. 30'000.-, si les arriérés de la différence de salaire ont été payés aux travailleurs, consiste dans une amende administrative de Fr. 30'000.- ou une interdiction à l'entreprise concernée d'offrir des services pendant 18 à 24 mois. En l'occurrence, beco s'est conformé à cette recommandation quant à la sanction pécuniaire prononcée. La Recommandation 2017 du seco n'a certes pas valeur d'instruction obligatoire pour les organes de contrôle, l'art. 14 LDét ne donnant la compétence au seco d'en édicter que dans le cadre de l'art. 7 LDét, s'agissant de l'exécution du contrôle du respect par les entreprises des conditions fixées dans la LDét, et non pas en ce qui concerne les sanctions administratives en vertu de l'art. 9 LDét. Néanmoins, le catalogue de sanctions, dont l'adaptation aux nouvelles dispositions légales a expressément été souhaitée par les cantons, a pour objectif de donner aux organes chargés de l'exécution de la loi des points de repères et des bases de comparaison afin de favoriser un traitement égal et équitable des entreprises du point de vue juridique. Il s'agit aussi d'une recommandation émise par une autorité disposant des connaissances spécifiques en la matière, dont les tribunaux ne s'écartent pas sans motif pertinent ou justification particulière (cf. K. PÄRLI, *op. cit.*, ad art. 9 n. 11 et références citées).

Certes, l'on pourrait se demander si la recommandation d'une amende fixée d'emblée à Fr. 30'000.- pour tous les cas de sous-enchère salariale allant de Fr. 20'001.- à Fr. 30'000.-, indépendamment du montant concret de la sous-enchère en question, est conforme au principe de

proportionnalité. En l'espèce, il faut cependant retenir que la recourante est responsable d'une sous-enchère salariale incontestablement très importante, s'agissant d'un montant de plus de Fr. 20'000.- pour une période de moins de deux mois, touchant six collaborateurs. En outre, au vu du dossier, la recourante avait déjà détaché des collaborateurs en Suisse par le passé, et enfreint par deux fois des dispositions de la LDét (cf. décision beco du 7 juin 2018). Par son expérience, elle ne pouvait donc ignorer qu'il lui incombait d'observer scrupuleusement les dispositions légales applicables et qu'il lui appartenait le cas échéant, en cas d'incertitudes sur ce point, de se renseigner auprès des commissions paritaires et des organes de contrôle compétents (voir aussi JAB 2017 p. 255 c. 6.3).

**5.3** En conséquence, au vu des circonstances du cas d'espèce, à savoir la violation des dispositions légales commise par la recourante, la récidive, l'ampleur de la sous-enchère salariale et le nombre de collaborateurs touchés, il y a lieu d'admettre que beco n'a pas outrepassé son pouvoir d'appréciation ni violé le principe de proportionnalité en fixant à Fr. 30'000.- l'amende administrative prononcée à l'encontre de la recourante, même si les sanctions préconisées par la Recommandation 2017 du seco font preuve d'un certain schématisme.

## **6.**

**6.1** Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

**6.2** Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 3'500.-, sont mis à la charge de la recourante, qui n'obtient pas gain de cause, et compensés avec l'avance de frais qu'elle a fournie (art. 108 al. 1 LPJA).

**6.3** Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens ou d'indemnité de partie (art. 104 al. 1 à 3 et 108 al. 3 LPJA).

**Par ces motifs:**

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 3'500.-, sont mis à la charge de la recourante et compensés avec l'avance de frais fournie.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent jugement est notifié (R):
  - à la recourante,
  - à l'ECO,
  - au seco,et communiqué (A):
  - à la Commission paritaire nationale (CPN) de la branche suisse de l'enveloppe des édifices, Strassburgstrasse 11, Case postale 3321, 8021 Zurich
  - à la Commission paritaire nationale pour les métiers du métal (CPNM), Seestrasse 105, 8002 Zurich

Le président:

Le greffier:

**Voie de recours**

Dans les 30 jours dès sa notification, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).