

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Sara Rousselle-Ruffieux, La sanction des infractions à la LDét ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_150/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2017

Dépassement des horaires hebdomadaires ; travail le dimanche sans autorisation ; sanction

Art. 1, 2 et 9 LDét,
2 ODét, 9 et 19 LTr,
360a CO, 27 Cst.,
18 LDIP, ALCP

La sanction des infractions à la LDét ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_150/2016

Sara Rousselle-Ruffieux, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt porte sur le détachement de personnel et plus particulièrement sur l'interdiction de fournir des prestations en Suisse dont peut être sanctionnée une société étrangère détachant son personnel en Suisse lorsqu'elle ne respecte pas les conditions de travail de droit suisse.

Le Tribunal fédéral considère que la sanction de l'interdiction de prester en Suisse n'est pas contraire à la libre circulation découlant de l'ALCP¹ ; par ailleurs, même si une telle interdiction ne sanctionne que les sociétés étrangères et ne s'applique pas aux entreprises suisses, elle ne viole pas le principe de non-discrimination.

Le Tribunal fédéral définit aussi la notion d'infraction de « *peu de gravité* » – notion qu'il limite aux circonstances atténuantes de la partie générale du droit pénal – par opposition aux infractions « *plus graves* » justifiant l'interdiction de fournir des services en Suisse². L'infraction n'est **pas de « peu de gravité »** lorsque, comme en l'espèce, la société étrangère **s'accommode, dès avant l'exécution de sa prestation en Suisse, d'une possible violation** des conditions de travail. Et cela, même s'il s'agit d'une première infraction. **Une violation répétée et grossière des prescriptions de sécurité n'est pas nécessaire pour se voir interdire de prester en Suisse.**

¹ Accord 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.

² Ni cette distinction ni sa conséquence en matière de sanctions, prévues par l'article 9 LDét applicable au moment des faits de l'espèce, ne se retrouvent dans l'article 9 LDét aujourd'hui applicable ; certains principes restent néanmoins applicables, cf. commentaire ci-après.

II. Résumé

A. Faits et procédure

En juin 2012, X. BV (« X »), société sise aux Pays-Bas, détache deux travailleurs sur un chantier à U, dans le canton de Fribourg. Suite à cette prestation, la Direction de l'économie et de l'emploi du canton de Fribourg condamne X à une amende de CHF 2'400 pour dépassement de la durée maximale de la semaine de travail et non-respect de l'interdiction de travailler le dimanche et lui fait interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée d'une année.

Sur recours de X, le Tribunal cantonal fribourgeois confirme la décision attaquée³. X saisit alors le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public.

B. Droit

Devant le Tribunal fédéral, X fait valoir que l'instance précédente a violé le droit fédéral en qualifiant son infraction aux articles 9 al. 1 et 19 LTr⁴ d'**infraction d'une gravité particulière** à l'article 2 LDét⁵. De plus, X considère que l'interdiction qui lui est faite d'offrir ses services **viole le principe de proportionnalité** dans la mesure où le but visé aurait également pu être atteint par une mesure moins incisive. X est finalement d'avis que cette interdiction d'un an constitue une **atteinte illicite à son droit constitutionnel à la liberté économique**⁶.

Avant d'examiner les trois arguments soulevés par X, le Tribunal fédéral rappelle quelques principes : *i*) la LDét est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004 en tant que mesure d'accompagnement de l'ALCP (c. 2.2) ; *ii*) ces mesures d'accompagnement ont pour but d'atténuer les effets de l'ALCP sur le marché du travail afin de le protéger du *dumping* social et salarial et d'instaurer des conditions égales pour les prestataires de services de Suisse et des Etats membres de l'Union Européenne (« UE ») et de l'Association Européenne de Libre-Echange (« AELE ») (c. 2.1) ; *iii*) la Suisse est en principe d'ores et déjà autorisée, du point de vue du droit international privé, à appliquer ses propres conditions de travail et de salaire afin d'empêcher le *dumping* social et salarial sans égard au droit matériel auquel est soumis un contrat de travail spécifique⁷ ; *iv*) cette compétence est clairement exprimée, s'agissant des travailleurs détachés entre l'UE et la Suisse, à l'article 22 al. 2 de l'annexe I de l'ALCP, selon lequel les articles 17 et 19 Annexe I ALCP, de même que les mesures prises sur cette base, n'affectent en rien les prescriptions nationales juridiques et administratives relatives aux conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés en vue d'une prestation de services (c. 2.2) ; *v*) dans la mesure où ce domaine contient des concepts inspirés du droit européen, la jurisprudence européenne antérieure à la signature de l'ALCP⁸ doit être prise

³ Arrêt du 6 janvier 2016 du Tribunal cantonal fribourgeois, 603 2015 28. On apprend de cette décision que les employés de X ont travaillé 63 heures par semaine, y compris samedi et dimanche, sans aucune autorisation et sans que l'urgence ne soit démontrée. Pour l'autorité cantonale, X aurait dû prévoir davantage de temps ou détacher davantage d'employés si, comme X l'indique, le temps imparti était trop court et les problèmes supplémentaires inévitables.

⁴ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), RS 822.11.

⁵ Loi fédérale 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.

⁶ Art. 27 Constitution fédérale (Cst), RS 101.

⁷ Art. 18 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), RS 291.

⁸ 21 juin 1999.

en considération⁹ ; la jurisprudence postérieure est retenue par le Tribunal fédéral dans le but d'assurer une situation juridique parallèle pour autant qu'aucun motif sérieux ne s'y oppose¹⁰ (c. 2.2).

Le Tribunal fédéral précise ensuite la notion de détachement au sens de la LDét qui ne vise que le **détachement au sens propre**, à savoir, celui par lequel un employeur avec siège ou domicile à l'étranger détache des travailleurs en Suisse afin que *i)* ceux-ci fournissent une prestation en Suisse pendant une certaine durée, pour le compte et sous la direction de cet employeur, dans le cadre d'un rapport contractuel avec ce dernier¹¹ ou *ii)* qu'ils travaillent dans un établissement en Suisse qui appartient au même groupe d'entreprises que celui de leur employeur¹² (c. 2.3)¹³.

Dans le cadre d'un détachement au sens précité, l'employeur doit garantir au minimum les conditions de travail en Suisse, soit les conditions de travail et de salaire prévues dans les lois fédérales, les ordonnances du Conseil fédéral, les conventions collectives de travail étendues et les contrats types de travail au sens de l'article 360a CO, (en particulier celles relatives au temps de travail et de repos¹⁴). Les dispositions concernant le temps de travail et de repos, qui sont régies par les articles 9ss LTr et les ordonnances y relatives, font partie des garanties minimales (c. 2.3).

Le Tribunal fédéral examine ensuite le comportement de X et relève que ce dernier ne conteste ni être un employeur détachant du personnel selon l'article 2 LDét ni que les travailleurs détachés à U y ont travaillé plus de 50 heures par semaine et sans aucune autorisation pour le travail du dimanche (c. 3.1). L'examen du Tribunal fédéral se limite dès lors à examiner l'interprétation et l'application de l'article 9 LDét.

L'article 9 LDét, dans la version applicable au moment des faits, sanctionne en particulier les violations de l'article 2 LDét et distingue *i)* les **cas d'infractions de peu de gravité** entraînant une amende administrative de CHF 5'000 au plus¹⁵ *ii)* des **cas d'infractions plus graves** qui permettent de prononcer une interdiction pour l'employeur concerné d'offrir ses services en Suisse pour une période d'un à cinq ans¹⁶ (c. 3.2). Les sanctions entrées en force font l'objet d'une liste qui est publique¹⁷.

Selon X, son comportement, dans la mesure où il constitue une première infraction des prescriptions de durée du travail et de repos, devait être qualifié de « *peu de gravité* », les « *cas d'infraction plus graves* » supposant, selon X, une violation répétée et grossière des

⁹ Art. 22 al. 2 Annexe I ALCP en lien avec l'art. 16 al. 2 ALCP.

¹⁰ ATF 141 II 1.

¹¹ Art. 1 al. 1 lit. a LDét.

¹² Art. 1 al. 1 lit. b LDét.

¹³ Le détachement au sens de la LDét doit ainsi être distingué de la location de services, interdite d'ailleurs tant qu'elle provient de l'étranger selon l'art. 12 al. 2 LSE (c. 2.3).

¹⁴ Art. 2 al. 1 lit. b LDét, qui porte sur la durée normale du travail et sa répartition, les heures supplémentaires, le travail en équipe, le travail de nuit, du dimanche ou des jours fériés, le temps de repos et les pauses de même que les temps de déplacement et d'attente (art. 2 ODét).

¹⁵ Art. 9 al. 2 lit. a LDét qui sanctionne aussi les infractions aux art. 3 ou 6 aLDét.

¹⁶ Art. 9 al. 2 lit. b LDét qui sanctionne aussi les infractions visées à l'art. 12 al. 1 et les cas de non-paiement des amendes entrées en force.

¹⁷ Art. 9 al. 3 aLDét.

prescriptions de sécurité. L'instance précédente ne pouvait donc pas s'appuyer sur l'ATF 140 II 447 (c. 3.3).

Le Tribunal fédéral se livre alors à l'interprétation de la **notion de cas « de peu de gravité »**, notion juridique indéterminée¹⁸, et relève que la lettre¹⁹ n'est pas claire et n'a pas été entièrement clarifiée dans le précédent ATF 140 II 447 c. 4.6 (c. 3.3.2). Pour le Tribunal fédéral, l'infraction de peu de gravité contre de telles prescriptions correspond à la **circonstance atténuante de la partie générale du Code pénal**. L'ensemble des circonstances objectives et subjectives est alors pertinent pour déterminer si la notion juridique indéterminée du « *cas de peu de gravité* » est remplie et s'il existe ainsi une circonstance atténuante²⁰ (c. 3.3.2).

En l'espèce, le Tribunal fédéral constate que X a reconnu elle-même qu'au cours de l'engagement de juin 2012, les délais de livraison étaient si courts qu'un respect des normes en matière de temps de travail et de l'interdiction du travail du dimanche a paru exclu d'entrée de cause. **X s'est donc accommodée d'une infraction** aux prescriptions de l'article 2 LDét. En comparaison avec des infractions typiques aux prescriptions relatives au temps de travail et de repos²¹, le comportement de X n'apparaît ainsi pas si insignifiant que l'on puisse le qualifier d'une infraction de peu de gravité (c. 3.3.3).

Le Tribunal fédéral rejette aussi l'argument de X selon lequel une infraction aux prescriptions en matière de temps de travail et de repos²² ne peut d'entrée de cause atteindre la gravité d'une infraction aux normes relatives à la sécurité du travail ou à la santé sur le lieu de travail²³, notamment parce que les prescriptions en matière de temps de travail et de repos servent également la sécurité du travail²⁴ (c. 3.3.3).

S'agissant de **l'interdiction d'offrir ses services en Suisse pendant une durée d'une année**, X fait valoir que cette sanction viole les principes fondamentaux du droit communautaire à prendre en considération dans le cadre des mesures d'accompagnement. En effet, même si cette interdiction est apte à atteindre le but visé, il n'y a aucun élément en l'espèce permettant d'exclure qu'elle se comportera à l'avenir de manière conforme à la législation, raison pour laquelle la mesure ordonnée va au-delà du but visé et doit être qualifiée de disproportionnée (c. 4.1).

¹⁸ Le Tribunal fédéral rappelle les principes d'interprétation de la loi : La loi doit être interprétée en premier lieu à partir d'elle-même, soit au moyen de sa lettre, son esprit, son but et des considérations sur lesquelles elle repose, sur la base d'une méthode de compréhension téléologique. Le point de départ de l'interprétation est sa lettre. Si le texte n'est pas ou pas entièrement clair et si différentes interprétations sont possibles, la véritable portée de la disposition doit être recherchée. Tous les éléments d'interprétation reconnus doivent être pris en considération. Le Tribunal fédéral suit alors le pluralisme des méthodes et refuse de soumettre ces dernières à une hiérarchie (ATF 140 I 305 ; ATF 140 II 80). Le but de la réglementation ainsi que son contexte sont d'importance particulière. Si plusieurs interprétations sont possibles, il faut choisir celle qui est la plus proche de la Constitution, dans les limites de la lettre et de l'esprit de la disposition (c. 3.3.1).

¹⁹ « *Infraction de peu de gravité* » au sens de l'art. 9 al. 2 lit. a aLDét.

²⁰ ATF 127 IV 59 c. 2a/bb p. 61.

²¹ Art. 2 al. 1 lit. b LDét.

²² Art. 2 al. 1 lit. b LDét.

²³ Art. 2 al. 1 lit. d LDét.

²⁴ Le Tribunal fédéral relève aussi que les deux violations sont également punies pénalement (art. 59 LTr).

S'agissant de la **proportionnalité**, le Tribunal fédéral relève que la fourniture de prestations de services de courte durée, garantie par l'article 5 ALCP²⁵, ne peut s'exercer que dans le cadre prévu par le droit national en particulier la lutte contre le *dumping* social et salarial²⁶. Le choix des instruments adéquats revient aux Etats eux-mêmes ; l'instrument doit toutefois être **efficace, proportionné et dissuasif et correspondre à celui qui serait appliqué en cas d'infraction au droit national dans un contexte purement national** (c. 4.2.1).

A cet égard, l'instrument de l'interdiction faite à un prestataire d'offrir ses services²⁷ est conforme à l'objectif qui sous-tend la Directive 96/71/CE et s'avère être une mesure appropriée pour atteindre le but visé, puisqu'il permet, mieux que l'amende²⁸, d'assurer le respect de prescriptions qui sont d'intérêt public²⁹. Sachant que la sanction peut atteindre cinq ans³⁰, le Tribunal fédéral considère, en l'espèce, que l'interdiction d'un an faite à X est adaptée aux circonstances et proportionnée compte tenu du fait que X s'est manifestement accommodée de la violation de ses obligations³¹ (c. 4.2.2).

X estime aussi que cette sanction ne tient pas compte de la gradation prévue par le règlement des sanctions en Suisse selon lequel la première infraction à des normes de droit du travail serait sanctionnée en premier lieu par un signalement au contrevenant³² et ce n'est que dans le cas d'une deuxième infraction qu'une dénonciation à l'autorité de poursuite pénale compétente serait effectuée³³ (c. 4.1).

Le Tribunal fédéral voit dans cette argumentation un **grief de discrimination**, l'interdiction d'un an restreignant X dans sa liberté d'offrir ses services activement et la discriminant vis-à-vis de fournisseurs suisses (c. 4.2).

Il considère cependant que l'interdiction de prestation de services (limitée dans le temps) ne discrimine pas X. En effet, selon la jurisprudence à prendre en considération pour assurer une situation juridique parallèle³⁴, l'article 2 ALCP (pour autant que X puisse s'appuyer sur cette disposition en tant que prestataire de services), n'interdit pas de manière générale et absolue chaque différence de traitement de ressortissants d'une partie contractante

²⁵ Selon l'art. 17 Annexe I ALCP, toute restriction à une prestation de services transfrontalière sur le territoire d'une partie contractante dont la durée ne dépasse pas 90 jours de travail effectif par année civile est interdite. La prestation de services de courte durée est ainsi réglée de manière plus libérale que les droits de libre circulation, dans la mesure où l'accord interdit toute restriction. Cela ne signifie toutefois pas que la prestation de services de courte durée est illimitée : selon l'art. 19 Annexe I ALCP, l'Etat d'accueil n'a uniquement pas le droit d'imposer aux prestataires de services conformément aux Annexes I à III des conditions moins avantageuses que celles qui prévalent pour ses propres ressortissants (c. 4.2.1).

²⁶ Expressément prévu à l'art. 22 al. 2 Annexe I ALCP. Il faut partir du principe (voir l'art. 22 al. 2 Annexe I ALCP en lien avec art. 16 ALCP) que la Directive 96/71/CE oblige dans son art. 5 les Etats membres à prévoir les mesures appropriées en cas de non-respect de ladite Directive (c. 4.2.1).

²⁷ Art. 9 LDét.

²⁸ Le Tribunal fédéral relève qu'une amende seule ne dispose pas du même effet dissuasif, dans la mesure où elle est en principe tout simplement incluse dans la rémunération convenue pour la prestation de travail (c. 4.2.2).

²⁹ Il s'agit de la protection du travailleur conformément à l'art. 2 LDét.

³⁰ Art. 9 al. 2 lit. b LDét.

³¹ Cf. c. 3.3.3.

³² Art. 51 LTr.

³³ Selon les art. 59ss LTr.

³⁴ Selon les principes rappelés plus haut par le Tribunal fédéral (cf. p. 2 point v) ci-dessus).

séjournant sur le territoire d'une autre partie. Seules les discriminations en raison de la **nationalité** sont proscrites – et ce uniquement dans la mesure où la situation de ces ressortissants tombe dans le champ d'application matériel des dispositions des Annexes I à III à l'ALCP. Le Tribunal fédéral relève en outre qu'il faut tenir compte du fait que la Suisse n'a pas rejoint le marché intérieur de l'Union³⁵ (c. 4.2.3).

Dans le respect de cette exigence, le Tribunal fédéral ne constate aucune différence de traitement interdite par rapport à des employeurs nationaux. Il précise que le droit national prévoit en particulier des sanctions administratives³⁶ et pénales³⁷ pour les infractions (intentionnelles) aux prescriptions en matière de temps de travail et de repos et que la gradation des sanctions avancées par X³⁸ ne trouve aucun fondement dans la LTr (c. 4.2.3). Le reproche d'une discrimination sur ce point est donc infondé. Il est vrai cela dit que l'interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée d'un à cinq ans³⁹ ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'employeurs étrangers. Dans cette mesure, X est moins bien traitée que les employeurs indigènes qui ont commis des infractions similaires à la LTr. Le Tribunal fédéral considère cependant qu'il existe des différences objectives entre les entreprises qui sont établies dans le pays sur le territoire duquel elles fournissent leurs services et celles qui y détachent des travailleurs pour y offrir leurs services tout en étant établies dans un autre pays. Ces différences justifient des mesures différentes afin de pouvoir contrôler le respect des prescriptions légales pertinentes, ainsi que des sanctions proportionnées afin de garantir le respect de ces prescriptions. La **différence de traitement entre les employeurs indigènes et étrangers est ainsi justifiée et ne viole pas l'article 2 ALCP**. Le recours s'avère par conséquent infondé également sur ce point (c. 4.2.3).

Finalement, le Tribunal fédéral se penche brièvement sur le **grief de violation de la liberté économique**⁴⁰. Puisque, comme il vient de le démontrer, l'interdiction de prestation de services d'un an prononcée en l'espèce s'avère conforme au droit fédéral⁴¹, un recours déposé contre ladite interdiction pour violation des droits constitutionnels (en particulier de la liberté économique) se heurte à l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales⁴². Le recours doit dès lors être rejeté (c. 5).

³⁵ Marché grâce auquel les obstacles doivent être abolis pour créer un marché national qui comprend entre autres une liberté de prestation de services et d'établissement totale (c. 4.2.3).

³⁶ Art. 51 ss. LTr.

³⁷ Art. 59 al. 1 lit. b LTr.

³⁸ Selon X, en cas d'infraction aux prescriptions en matière de temps de travail et de repos, le droit national prévoirait une gradation des sanctions qui ne s'appliquerait pourtant pas aux ressortissants de l'UE – soit le signalement administratif (art. 51 al. 1 LTr), la décision sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (art. 51 al. 2 LTr) puis la dénonciation auprès du juge pénal (art. 59 ss LTr). Le Tribunal fédéral le conteste en rappelant que les mesures administratives au sens de l'art. 51 ss LTr ne sont pas subsidiaires aux dispositions pénales des art. 59 ss LTr en ce sens que l'ouverture d'une poursuite pénale ne serait possible selon le droit national qu'après la prise (infructueuse) de mesures administratives. Au contraire et contrairement à l'avis de X, la possibilité de sanctionner pénalement la violation (intentionnelle) de normes relatives au temps de travail et de repos même sans signalement administratif préalable existe en droit national.

³⁹ Selon l'art. 9 al. 2 lit. b LDét dans la version pertinente en l'espèce ; actuellement art. 9 al. 2 lit. b et/ou c LDét.

⁴⁰ Art. 27 Cst.

⁴¹ Art. 9 al. 2 lit. b LDét.

⁴² Art. 190 Cst.

Au final, le recours s'avère donc infondé dans son ensemble et est entièrement rejeté par le Tribunal fédéral.

III. Analyse

A. Généralités

Cet arrêt présente un intérêt par le fait, déjà, que les décisions du Tribunal fédéral sont rares en la matière. Depuis l'introduction de la LDét en juin 2004, on ne recense en effet pas plus de sept arrêts du Tribunal fédéral relatifs aux articles 2 et 9 LDét, dont deux seulement portent sur une interdiction de prester en Suisse⁴³. Les précisions apportées par le Tribunal fédéral sont dès lors bienvenues.

La LDét a fait l'objet de plusieurs modifications depuis son adoption. En particulier, les sanctions prévues à l'article 9 LDét en cas de violation des conditions de travail⁴⁴ ont été renforcées : l'alinéa 2 prévoit désormais deux sanctions administratives : *i)* le paiement d'un montant de CHF 30'000 au plus ou *ii)* l'interdiction d'offrir les services en Suisse pendant 1 à 5 ans, les deux sanctions pouvant être cumulées en cas d' « *infraction d'une gravité particulière à l'art. 2* »⁴⁵. Le SECO tient toujours une liste, publique, des entreprises ayant fait l'objet d'une sanction entrée en force⁴⁶.

En dépit de la modification de l'article 9 LDét, les principes développés par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ci-dessus s'agissant de la question de la proportionnalité et de l'absence de discrimination, restent applicables *mutatis mutandis*. Notre analyse se concentrera sur ces principes.

B. Principe de proportionnalité

Dans le cadre de l'ALCP, les prestations de services transfrontalières ne sont pas entièrement libéralisées : d'une part, l'article 5 ALCP ne garantit que les prestations de **courte durée** (jusqu'à 90 jours par année civile) ; d'autre part, la **location de services depuis l'étranger reste interdite** dans le cadre de l'ALCP.

Même lorsqu'elle entre dans la garantie de l'article 5 ALCP, une prestation de services peut être soumise à des restrictions visant à éviter le *dumping* social et salarial⁴⁷. La prestation de services ne peut dès lors s'exercer que dans le cadre du droit national. La LDét a précisé pour but de définir quels sont les principes/règles de droit national qui s'imposent à toute entreprise européenne⁴⁸ détachant du personnel en Suisse. En cela, la LDét poursuit le même objectif que la Directive 96/71/CE⁴⁹, qu'elle reprend dans une large mesure, celui de s'assurer que les entreprises étrangères ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable

⁴³ Le présent arrêt et l'ATF 140 II 447.

⁴⁴ Art. 2 LDét.

⁴⁵ L'al. 3 prévoit toujours l'établissement, par le SECO, d'une liste publique des entreprises sanctionnées.

⁴⁶ Art 9 al. 3 LDét.

⁴⁷ Art. 5 ALCP ainsi que art. 17 et 19 Annexe I ALCP.

⁴⁸ Le terme s'entend ici des entreprises qui bénéficient des garanties de l'ALCP.

⁴⁹ L'article 22 al. 2 Annexe I ALCP prévoit expressément un renvoi à la Directive 96/71/CE.

que les entreprises locales⁵⁰, respectivement que les travailleurs détachés en Suisse bénéficient des mêmes conditions de travail que les travailleurs nationaux⁵¹.

Les Etats membres de l'UE et la Suisse⁵² se doivent dès lors d'adopter des sanctions en cas de violation de ces principes⁵³. Ils sont libres cependant de choisir les mesures qu'ils veulent dans la mesure où celles-ci respectent les principes habituels d'efficacité, de proportionnalité et de non-discrimination.

S'agissant de la proportionnalité, l'article 9 LDét – tant dans sa version applicable au moment des faits du cas d'espèce que dans sa version actuelle – prévoit expressément une gradation des sanctions⁵⁴. Par ailleurs, la sanction de l'interdiction de prester en Suisse contient elle-même une gradation (de un à cinq ans) qui permet à l'autorité de sanctionner en fonction de la gravité de l'infraction.

La version actuelle de l'article 9 LDét⁵⁵ renforce toutefois l'interprétation du Tribunal fédéral selon lequel **le principe de la proportionnalité n'impose pas de réserver la sanction de l'interdiction de prester aux seules récidives**. Une telle interdiction peut très bien s'appliquer à une première infraction lorsque celle-ci s'avère suffisamment grave⁵⁶ : l'autorité peut en effet désormais choisir soit l'amende, soit l'interdiction de prester dans tous les cas ; quant aux infractions d'une gravité particulière, elles peuvent faire l'objet d'un **cumul de ces deux sanctions**.

Par ailleurs, la sanction ne vise pas les seules violations aux règles de sécurité, mais **toutes les conditions minimales de travail** que doit respecter l'entreprise étrangère qui détache du personnel en Suisse⁵⁷.

C. Principe de non-discrimination

L'article 2 ALCP pose le principe général de non-discrimination.

Ce principe n'interdit toutefois pas de manière générale et absolue chaque différence de traitement de ressortissants d'une partie contractante séjournant sur le territoire d'une autre partie. Seules les discriminations **en raison de la nationalité** sont proscrites dans la mesure où la situation de ces ressortissants tombe dans le champ d'application matériel des dispositions des Annexes I à III à l'ALCP. Par ailleurs, des **différences objectives** peuvent justifier des différences de traitement.

⁵⁰ Cf. art. 1 al. 4 Directive 96/71/CE.

⁵¹ Art. 3 Directive 96/71/CE ; Art. 2 LDét.

⁵² Cf. art. 22 al. 2 Annexe I ALCP et le principe de reprise des règles de droit européen en vue de garantir une situation juridique parallèle entre les Etats membres et la Suisse ; cf. c. 2.2 et c. 4.2.1 ci-dessus et ATF 140 II 447 c. 4.2 et 4.3.

⁵³ Art. 5 Directive 96/71/CE.

⁵⁴ Amende ou interdiction de prester allant de 1 à 5 ans. Avec le nouvel article 9 LDét, les deux peines peuvent en outre être cumulées en cas d'infraction d'une « *gravité particulière* » à l'article 2 LDét.

⁵⁵ En particulier l'alinéa 2 lit. b et lit. c LDét.

⁵⁶ Le Tribunal fédéral semble d'ailleurs quasiment inverser le principe : la violation de l'art. 2 LDét est suffisamment grave pour justifier une interdiction de prester, à moins de bénéficier d'une circonstance atténuante au sens du droit pénal transformant alors la violation en infraction de « *peu de gravité* ». Tel n'est manifestement pas le cas de l'entreprise qui accepte, d'entrée de cause, une violation des conditions de travail.

⁵⁷ Art. 2 LDét.

L'interdiction d'offrir ses services en Suisse⁵⁸ ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'employeurs étrangers. Dans cette mesure, les sociétés étrangères sont moins bien traitées que les employeurs indigènes qui ont commis des infractions similaires à la LTr.

Dans l'arrêt ci-dessus, le Tribunal fédéral indique toutefois, il est vrai sans grand développement, qu'il existe des **différences objectives** qui **justifient cette différence de traitement entre les employeurs indigènes et les employeurs étrangers** qui détachent des travailleurs en Suisse tout en étant établies dans un autre pays **de sorte que l'interdiction de prester en Suisse ne viole pas l'article 2 ALCP.**

Il faut reprendre l'ATF 140 II 447⁵⁹ pour mieux saisir les différences que le Tribunal fédéral considère comme justifiant objectivement une différence de traitement. A cet égard, le Tribunal fédéral retient notamment les arguments suivants : *i)* le fait que les sociétés étrangères ne peuvent fournir leurs prestations en Suisse que pendant 90 jours alors que les entreprises suisses y prestent toute l'année ; *ii)* le fait que les sanctions en matière de marchés publics sanctionnent plus lourdement les entreprises suisses puisqu'elles les empêchent pendant l'année entière alors qu'elles ne limitent les sociétés étrangères que pendant 90 jours ; *iii)* le fait que les entreprises suisses peuvent se voir imposer des augmentations de primes d'assurance-accident en cas de non-respect des prescriptions protégeant les travailleurs⁶⁰ ce qui ne peut être imposé aux entreprises étrangères, non soumises à l'assurance-accident suisse ; *iv)* la difficulté de pouvoir obtenir l'exécution des amendes/sanctions financières prononcées à l'égard de sociétés sises à l'étranger. Ces divers arguments justifient pour le Tribunal fédéral que les sanctions ne soient pas parfaitement identiques. Elles touchent en effet les deux catégories de prestataires avec la même sévérité et des effets comparables, de sorte qu'il n'y a pas de discrimination violant l'art. 2 ALCP⁶¹.

La question du marché public ne se posait *a priori* pas dans l'arrêt 2C_150/2015 ici commenté. Par ailleurs, la violation reprochée à la société X concernait le temps de travail et non les règles de sécurité en tant que telles⁶². On peut se demander dès lors si le Tribunal fédéral pouvait simplement renvoyer à sa jurisprudence précédente et considérer qu'il existe, dans ce cas aussi, des différences objectives en raison desquelles l'interdiction de prester n'est pas discriminatoire et ne viole pas l'article 2 ALCP.

Le Tribunal fédéral semble plutôt retenir une comparaison globale – plutôt qu'*in concreto* – et considérer, **de façon générale**, qu'il existe des différences objectives qui justifient ces sanctions différentes. En tout état, l'argument de la difficulté de pouvoir obtenir l'exécution des amendes/sanctions financières prononcées à l'égard de sociétés sises à l'étranger reste pleinement applicable dans tous les cas et pourrait justifier, sans doute déjà, une différence de traitement. En effet, compte tenu du principe de territorialité, une autorité suisse ne peut sanctionner que des faits qui se sont déroulés en Suisse et ses décisions ne peuvent déployer leurs effets qu'en Suisse. Tel est précisément le cas de l'interdiction de prester en Suisse.

⁵⁸ Selon l'art. 9 al. 2 LDét.

⁵⁹ C. 5.5 et 5.6 ; arrêt en italien, partiellement résumé *in* RDAF 2015 I 417.

⁶⁰ Sur la base des dispositions liées à l'assurance-accident, par ex : art.6 OPA ; 92 al. 3 LAA.

⁶¹ ATF 140 II 447, c. 5.5 et 5.6, non traduits à la RDAF précitée.

⁶² Le Tribunal fédéral rappelle toutefois que la durée du travail contribue aussi à la protection des travailleurs ; cf. c.3.3.3.

* * *

Au vu des considérants du Tribunal fédéral, s'agissant en particulier du principe de non-discrimination, les autorités administratives pourraient être tentées de sanctionner systématiquement toute violation de l'article 2 LDét par une interdiction de prester en Suisse, seule ou en cumul avec une amende. Elles ne sauraient toutefois le faire, selon nous, sans vider l'article 9 al. 2 lit. b ch. 1 LDét de sa substance et violer le principe de proportionnalité, principe qui devra, pour sa part, être examiné dans chaque cas d'espèce, au vu de l'ensemble des circonstances.

* * *