

Münsterplatz 3a
3011 Berne
Téléphone 031 633 48 44
Télécopie 031 633 48 52
info.vol@vol.be.ch
www.vol.be.ch

I2017-001AU

LE DIRECTEUR
DE L'ECONOMIE PUBLIQUE

en la cause



A.

représentée par M^e B.

recourante

contre

beco Economie bernoise (beco), Conditions de travail, à l'attention de l'Etat-major du beco,
Münsterplatz 3, 3011 Berne

concernant une sanction administrative (décision du 29 novembre 2016 rendue par le beco)

constate et considère:

1. a) Le Service des migrations du canton de Berne, par lettre du 5 mai 2015, a informé le beco des doutes entourant le salaire brut qu'A. et C. avaient convenu avec D.. Ce salaire n'était pas conforme aux salaires minimaux fixés dans l'ordonnance du 20 octobre 2010 sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (CTT économie domestique ; RS 221.215.329.4). Par lettre du 1^{er} juillet 2015, le beco a demandé à A. et C. de lui fournir des documents concernant le contrat avec D. à compter du 1^{er} avril 2014. Par lettre du 30 juillet 2015, A. a répondu qu'elle et son mari étaient séparés depuis le 1^{er} juillet 2014 et que depuis, elle habitait à E.. Sur demande du beco, elle a transmis un nouveau contrat de travail, débutant le 1^{er} juillet 2014, conclu entre elle et D..

Le beco, par lettre du 28 janvier 2016, a constaté que le salaire brut de D. divergeait du salaire minimal contraignant fixé dans le CTT économie domestique. Il a calculé un total d'arriérés de 27 256.32 francs (depuis le début du contrat le 1^{er} juillet 2014) et a invité A. à prendre position sur l'affaire et à présenter des documents. Dans cette lettre, le beco a aussi mentionné que ce fait pouvait constituer une infraction au CTT économie domestique rendant A. passible d'une sanction administrative en vertu de l'article 9, alinéa 2, lettre c 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 (loi sur les travailleurs détachés, LDét ; RS 823.20).

b) Après d'autres échanges de correspondance avec A., le beco a prononcé à son encontre une sanction administrative, sous la forme d'une amende de 4000 francs (décision du 29 novembre 2016). Dans cette décision, le beco exposait qu'au vu des rapports complets des heures de travail de D., il avait recalculé le montant total des arriérés de salaire, qui s'élevait désormais à 10 458.24 francs. De plus, D. travaillant au domicile d'A., elle n'exerçait pas en tant que maman de jour. Le beco constatait en outre que le CTT économie domestique fixait des salaires minimaux contraignants auxquels il ne pouvait être dérogé par contrat de travail écrit et que l'autorité cantonale était habilitée à prononcer une sanction administrative contre l'employeur qui engageait des travailleurs en Suisse en enfreignant ces dispositions. La gravité de l'infraction justifiait le prononcé d'une amende de 4000 francs, en particulier au vu du fait que les arriérés n'avaient pas été versés a posteriori.

2. a) Par mémoire du 30 décembre 2016, A. a formé recours contre la décision du beco du 29 novembre 2016 auprès de la Direction de l'économie publique du canton de Berne (ECO) en concluant à l'annulation de la décision et subsidiairement à la réduction du montant de l'amende à dire de justice. Elle avance, pour l'essentiel, que le beco n'a pas pris position sur ses griefs et a donc violé le droit d'être entendu, en l'espèce réparable par devant l'ECO. D. et elle, voisines et amies, avaient conclu un contrat prévoyant la garde de ses enfants par D. en qualité de maman de jour. L'activité de D., comparable à du baby-sitting, était strictement limitée à la garde des enfants, à l'exclusion donc de toute autre tâche domestique, et s'intégrait parfaitement dans sa propre vie familiale. Lorsqu'elle surveillait les enfants durant la pause de midi, il lui arrivait de préparer un repas. La recourante fait valoir que selon l'article 2, alinéa 3, lettre c CTT économie domestique, la prise en charge des enfants en dehors de la famille n'entre pas dans le champ d'application de celui-ci ; de même le CTT économie domestique du canton de Berne prévoit que la simple garde d'enfants hors famille n'y est pas soumise. Il serait justifié de proposer à une maman de jour un autre salaire horaire que celui d'une employée ou une nounou, dans la mesure où une maman de jour surveille l'enfant d'un tiers dans le cadre de sa propre activité familiale sans devoir mettre sur pied un programme particulier et contraignant. En tout cas, D. était la voisine de palier de la recourante et femme au foyer si bien que son emploi du temps n'était en aucune manière adapté spécifiquement à son activité pour la recourante. En outre, la recourante demande pour le moins la réduction du montant de la sanction administrative, dans la mesure où elle peine à comprendre en quoi son comportement serait si grave qu'il impliquerait un montant de l'amende représentant 80 pour cent du montant maximal applicable. De plus, ce montant représenterait une somme considérable très difficile à réunir.

b) Dans son préavis du 26 janvier 2017, le beco demande de rejeter le recours. Il expose, pour l'essentiel, que la recourante a enfreint le CTT économie domestique en ayant employé D. pour un salaire horaire de 10.23 francs, donc de 8.32 francs inférieur au salaire horaire minimum de 18.55 francs fixé par le CTT économie domestique. Celui-ci fixe les salaires minimaux contraignants dans le domaine de l'économie domestique. D'une manière générale, la garde des enfants est comprise dans ces activités domestiques au sein d'un ménage privé, sauf si elle est assumée occasionnellement par de jeunes ou si elle se déroule hors du cadre familial de l'employeur (mamans de jour, accueil à midi). Le CTT économie domestique bernois, qui n'est pas pertinent en l'espèce, est lui aussi rédigé de manière similaire sur ce point. Contrairement à l'avis de la recourante, D. ne serait pas concernée par ces exceptions. Elle ne pourrait plus être considérée comme une jeune fille et son activité ne serait pas non plus occasionnelle, vu

que son taux d'occupation se montait à 25 pour cent en moyenne. Contrairement à ce que prétend la recourante, D. aurait fait plus que juste garder les enfants : selon le contrat de travail ses tâches comprenaient également la confection ponctuelle du repas. On entendrait par mamans de jour les personnes prenant en charge des enfants en dehors de la famille, dans leur propre ménage (et en général en plus de leurs propres enfants). Ce système permet d'exploiter des synergies existant entre mamans et de générer un revenu supplémentaire, toutefois insuffisant pour garantir le minimum vital. D. a gardé les enfants de la recourante au domicile de cette dernière. En l'occurrence, elle ne pourrait donc pas être considérée comme une maman de jour au sens de l'article 2, alinéa 3, lettre c LDét. Comme les rapports de travail entre la recourante et D. relevaient du CTT économie domestique, la recourante serait tenue de respecter le salaire minimum prévu par celui-ci. Une infraction à cette disposition peut être sanctionnée en vertu de l'article 9, alinéa 2, lettre c LDét, par une amende allant jusqu'à 5000 francs. Etant donné que le salaire horaire était inférieur de 44.85 pour cent au salaire prescrit et que la recourante aurait dû verser 10 458.24 francs de plus à D., la sanction de 4000 francs serait appropriée. Pour ce qui est du reproche concernant la violation du droit d'être entendu, le beco aurait examiné et répondu à toutes les prises de position : il n'aurait donc pas commis une telle violation.

c) L'ECO s'est renseignée auprès du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) sur l'application du CTT économie domestique. D'après les informations fournies par le SECO, l'expression « prendre en charge des enfants en dehors de la famille » dans l'article 2, alinéa 3, lettre c CTT économie domestique n'est pas exacte. En fait, cette expression concernerait toute personne qui prend en charge des enfants, même si la garde des enfants a lieu au domicile familial. Cependant, dès que l'employé effectue aussi des travaux domestiques, le CTT économie domestique est applicable à son travail. Dès lors, la préparation du repas, s'il est destiné aussi aux parents qui rentreraient à la maison pour se restaurer, serait probablement qualifiée de travail domestique, compte tenu en outre de la proportion entre ce travail et la prise en charge des enfants.

d) Par ordonnance du 20 février 2017, l'ECO a informé les parties qu'elle envisageait de poser des questions à D.. Par lettre du 9 mars 2017, le beco a communiqué qu'il n'avait pas de remarques concernant l'interrogation de D..

e) Dans sa prise de position du 24 mars 2017, la recourante souligne que la présente procédure porte uniquement sur les faits intervenus à partir du 1^{er} juillet 2014 et que les éléments de faits et les considérations juridiques liés à la période préalable (d'avril à juin

2014) sortent de l'objet de la contestation et de la décision attaquée et doivent être exclus des questions soumises à D.. De plus, elle maintient que le beco ne s'est pas prononcé sur ses griefs et notamment sur la qualification d'une maman de jour et de l'activité concrète de D. selon le contrat du 1^{er} juillet 2014. Ainsi, le droit d'être entendu aurait été violé puisque le beco n'aurait pas satisfait pas à son obligation minimale d'examiner les griefs pertinents, ce que montreraient d'ailleurs aussi les questions posées par l'ECO. L'allégation du beco selon laquelle toute garde d'enfants relèverait du CTT économie domestique serait fautive. Le beco allèguerait sans preuve que D. exerçait différentes tâches en sus de la garde des enfants ; en effet, le fait de préparer un repas pour les enfants dont on a la garde ne saurait être considéré comme l'exécution de différentes tâches. Il serait aussi faux de considérer que les mamans de jour doivent prendre en charge des enfants en dehors de la famille, dans leur propre ménage.

f) D. a répondu aux questions écrites de l'ECO (courrier reçu le 7 avril 2017) et a déclaré notamment que les activités en question avaient été effectuées exclusivement au domicile d'A. et qu'elle avait préparé les repas régulièrement, pratiquement chaque jour de garde. Puisqu'elle gardait les enfants 2 à 3 jours par semaine, elle devait avoir préparé environ 20 repas (déjeuners et dîners, sans compter les petits déjeuners) par mois. Si A. rentrait, ce qui était convenu d'avance, le repas était aussi préparé pour elle. A part les repas (préparation du petit déjeuner, du déjeuner et du dîner), D. s'occupait essentiellement des enfants pour les réveiller, les coucher, leur faire prendre le bain, les habiller et aussi faire des sorties au parc. En ce qui concerne sa formation professionnelle, elle indique qu'elle a un bac économique et social et qu'elle travaille maintenant dans une entreprise d'horlogerie.

g) Dans ses remarques finales du 2 mai 2017, le beco rejette l'interprétation du SECO selon laquelle la garde exclusive des enfants est en général exclue du champ d'application du CTT économie domestique. S'il devait en être ainsi, le Conseil fédéral aurait dû formuler autrement l'article 2, alinéa 3, lettre c CTT économie domestique. L'interprétation du SECO ne peut pas non plus être déduite du message du Conseil fédéral. Le questionnaire remis par D. indique clairement qu'elle ne pouvait pas être considérée comme maman de jour, car elle effectuait des activités domestiques en plus de la garde des enfants. Partant, aucun des critères d'exclusion définis à l'article 2, alinéa 3 CTT économie domestique n'est applicable. Vu qu'il a correspondu plusieurs fois avec la recourante et a aussi accepté ses objections, il conteste avoir violé le droit d'être entendu.

h) Dans ses observations finales du 8 mai 2017, la recourante confirme ses conclusions. Elle relève que dès 2015, ses enfants se rendaient toute la journée à la crèche les lundis et mercredis et qu'elle avait en outre, pendant toute la durée du contrat, congé les mardis et vendredis. A son avis, D. gardait ses enfants plutôt 1 à 2 jours par semaine que 2 à 3 comme cette dernière l'allègue. Du 1^{er} juillet 2014 au 31 décembre 2015, D. a effectué en moyenne 2,8 heures de travail par jour. Les repas n'étaient jamais préparés spécialement pour la recourante. Elle insiste sur le fait qu'elle n'a jamais mandaté D. pour effectuer d'autres tâches comme le ménage, les courses ou l'éducation de ses enfants. Finalement, elle relève qu'elle perçoit un salaire horaire de 34.80 francs et que partant, il lui est impossible de verser un salaire horaire de 18.55 francs pour la personne qui garde ses enfants. Il serait ainsi cohérent de distinguer le personnel actif dans l'économie domestique et le personnel chargé uniquement de la garde d'enfants.

i) Ci-après, on tiendra compte des considérants exposés dans la décision attaquée et dans les différents écrits, dans la mesure où cela apparaît pertinent pour trancher les questions à examiner.

- 3. a)** L'ancienne teneur de l'article 9, alinéa 2, lettre c LDét (selon le chiffre I 2 de la loi fédérale du 15 juin 2012 portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 [RO 2012 6703 ; FF 2012 3161]), en vigueur durant la période concernée (2014 – 2015), habilite l'autorité cantonale compétente à, entre autres, prononcer une sanction administrative en cas d'infraction aux dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat-type de travail au sens de l'article 360a de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; CO ; RS 220). Le beco était l'autorité cantonale compétente dans ce domaine (cf. l'ancien art. 7 de la loi du 23 juin 2003 sur le marché du travail [LMT ; ROB 03-117] en corr. avec l'art. 10, al. 1, lit. f de l'ordonnance 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]). Selon l'article 35, alinéa 4 LMT, les prescriptions de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RSB 155.21) sont applicables en dehors du domaine de l'assurance-chômage. Dès lors, c'est l'ECO qui traite les recours formés contre les décisions du beco concernant le marché du travail (art. 62, al. 1, lit. a LPJA). Elle examine librement les questions de droit et l'exercice du pouvoir d'appréciation (art. 66 LPJA) et constate les faits d'office (art. 18, al. 1 LPJA).

- b)** A. est touchée par la décision du beco. Le recours ayant été déposé dans la forme et le délai prescrits, il est recevable.
- 4. a)** La recourante invoque la violation du droit d'être entendue par le beco en ce qu'il n'aurait pas répondu aux arguments qu'elle aurait avancés dans plusieurs prises de position. Il convient d'examiner ce grief en premier lieu.
- b)** Le droit d'être entendu implique le devoir pour l'autorité d'examiner soigneusement les allégations des personnes touchées juridiquement et d'en tenir compte en rendant sa décision. L'obligation de motiver les décisions résulte de l'obligation d'examiner ces allégations. Les décisions doivent contenir les faits, les règles juridiques et les considérants sur lesquels elles s'appuient (art. 52, al. 1, lit. *b* LPJA). Les motifs peuvent toutefois se limiter à un renvoi (p.ex. au procès-verbal séparé d'une séance). Il suffit que l'autorité indique les aspects essentiels qui sont déterminants pour la décision ; les personnes touchées doivent pouvoir l'attaquer adéquatement (cf. Merkli/Aeschlimann/Herzog, « Kommentar zum bernischen VRPG », Berne 1997, n°6 sur l'art. 52 LPJA). Une décision peut être notifiée sans motifs, si ceux-ci découlent manifestement des circonstances de la procédure (art. 52, al. 2, lit. *c* LPJA). En l'absence de motivation ou si cette dernière est insuffisante, le droit d'être entendu est violé. Ce droit étant de nature formelle, sa violation conduit en principe à l'annulation de la décision attaquée nonobstant l'issue du recours sur le fond. La jurisprudence admet toutefois la réparation de ladite violation lorsque l'instance de recours dispose des mêmes pouvoirs d'examen en faits et en droit que l'instance précédente et qu'elle peut rattraper ce qui a été omis (cf. Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., n°16 sur l'art. 21 LPJA et n°11 sur l'art. 52 LPJA).
- c)** Le beco et la recourante ont entretenu un échange de correspondance nourri ainsi qu'une conversation téléphonique avant le rendu de la décision attaquée. L'applicabilité du CTT économie domestique à l'activité de D. en a toujours constitué le thème principal avec pour question essentielle sa qualification de maman de jour. Les activités concrètement exercées par D. furent également abordées. Le beco a clairement expliqué que d'après lui, la qualité de maman de jour ne pouvait être reconnue à D. puisqu'elle ne gardait pas les enfants à son domicile, énonçant ainsi clairement son interprétation de la disposition susmentionnée. Il résulte partant de la décision que le beco considère l'applicabilité du CTT économie domestique comme acquise. De son point de vue, la question de savoir si D. s'acquittait d'autres tâches n'était donc plus décisive. S'il s'est prononcé à ce sujet à titre complémentaire, il n'avait plus à répondre en détail aux

arguments en traitant. Les développements du beco reposaient cependant notamment sur le contrat de travail litigieux et sur les tâches y figurant. Il ressort finalement de tout ce qui précède qu'outre la garde des enfants, il faisait référence à la préparation des repas, sur laquelle la recourante s'exprimait dans le cadre de sa correspondance avec lui. Le contenu de son recours en date du 30 décembre 2016 permet d'ailleurs de constater que la recourante s'était fait une idée précise de la portée de la décision du beco et des considérations qu'il jugeait pertinentes. Elle a donc pu attaquer la décision dans les règles de l'art, ce qui démontre que le beco n'a pas violé le droit d'être entendu de la recourante. Le fait que l'ECO poserait pour les besoins de l'établissement des faits des questions supplémentaires potentiellement pertinentes n'y change rien.

- 5. a)** Conformément à l'ancien article 9, alinéa 2, lettre c LDét, l'autorité cantonale compétente peut prononcer une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant maximal de 5000 francs en cas d'infraction aux dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat-type de travail au sens de l'article 360a CO par l'employeur qui engage des travailleurs en Suisse ; l'article 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0) est applicable. La question de l'application rétroactive d'un droit plus récent et plus favorable n'a pas lieu d'être soulevée en l'espèce puisque la disposition actuellement en vigueur (art. 9, al. 2, let. f LDét) prévoit pour sanction administrative de telles infractions le paiement d'un montant maximal de 30 000 francs.
- b)** Les dispositions de l'ancien article 9, alinéa 2, lettre c LDét s'appliquent à l'embauche de D. par la recourante dans la mesure où cette embauche contrevient à un CTT fixant des salaires minimaux. Ces dispositions doivent en effet permettre de sanctionner les employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse dans des branches soumises à des contrats-types de travail contraignants et qui n'en respectent pas les salaires minimaux impératifs. L'efficacité même des mesures stipulées dans le contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux serait mise à mal sans un tel levier (cf. FF 2012 3170 s). Le contrat-type du 25 avril 2007 pour l'économie domestique bernois (CTT économie domestique ; RSB 222.153.22) invoqué par la recourante n'a pas lieu d'être appliqué en l'espèce puisque, contrairement au CTT économie domestique, il ne prévoit aucun salaire minimal impératif mais se contente d'évoquer une directive en matière salariale à laquelle toute convention écrite, telle que le contrat de travail en cause, peut déroger (cf. art. 26, al. 3 CTT économie domestique).

c) Il ne reste plus dès lors qu'à vérifier si l'activité de D. relève du champ d'application du CTT économie domestique. Cette ordonnance s'applique à tous les rapports de travail entre les employé-e-s qui effectuent des activités domestiques dans un ménage privé et leurs employeurs. La teneur de l'article 2, alinéa 3 CTT économie domestique permet d'exclure du champ d'application du CTT notamment les contrats suivants : les jeunes personnes qui sont employées exclusivement pour garder occasionnellement des enfants (let. *b*) et les personnes qui prennent en charge des enfants en dehors de la famille (mamans de jour, accueil à midi; let. *c*). Sont également exclus de ce champ d'application les travailleurs actifs pendant moins de cinq heures en moyenne par semaine auprès du même employeur (let. *i*).

aa) D'emblée, l'article 2, alinéa 3, lettre *b* CTT économie domestique ne doit pas faire l'objet d'un examen plus poussé. Il est en effet incontestable qu'en 2014 et 2015, D., née en 1991, ne peut plus être considérée comme une jeune fille. Par ailleurs, un contrat de travail stipulant un taux d'occupation de 25 pour cent ne peut pas non plus porter sur une activité occasionnelle, comme celle typique des jeunes baby-sitters qui gardent des enfants ponctuellement : il indique aussi indéniablement une activité d'au moins cinq heures en moyenne par semaine (cf. art. 2, al. 3, let. *i* CTT économie domestique).

bb) L'applicabilité de l'article 2, alinéa 3, lettre *c* CTT économie domestique est, quant à elle, contestée et demande une analyse approfondie.

cc) L'interprétation d'une norme se fonde sur son libellé (cf. Tschannen/Zimmerli/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e édition, Berne 2014, § 25 note marginale 3). D'après ce principe, l'article 2, alinéa 3, lettre *c* CTT économie domestique se réfère expressément aux seules personnes qui prennent en charge des enfants en dehors de la famille, comme le font usuellement les mamans de jour et les responsables d'un accueil à midi. Le SECO a certes expliqué, à la demande de l'ECO, qu'à son avis, cette formulation serait inexacte car la norme concernerait toutes les personnes qui prendraient exclusivement en charge des enfants. Cette affirmation, qui, nous l'avons déjà dit, ne correspond pas au libellé pourtant clair du CTT économie domestique, est également remise en cause par la systématique des articles 2 et 3 du CTT économie domestique. En effet, pour définir l'objet de la réglementation, l'article 3, lettre *e* CTT économie domestique s'appuie explicitement aussi sur la notion d'aide dans la prise en charge des enfants, ce qui n'a rien d'étonnant puisque la prise en charge des enfants est communément considérée comme appartenant (de manière préminente) aux tâches d'une femme ou d'un homme au foyer qui peuvent être déléguées en tout ou partie à des employés de maison dans les ménages privés. Si l'ensemble des modalités de garde

d'enfants était exclu du champ d'applicabilité du CTT économie domestique, cette disposition serait dénuée de sens.

Une exclusion de principe ne peut pas non plus être déduite des documents afférents à la législation. D'après le rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimums impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique du 15 mars 2010 (ci-après rapport), l'économie domestique est un secteur où il règne peu de clarté sur le travail fourni et les salaires payés. La majorité des travailleurs domestiques est de sexe féminin, ne dispose pas d'une formation professionnelle (supérieure) et travaille à temps partiel. En outre, le pourcentage d'étrangers parmi les travailleurs domestiques est plus élevé que dans d'autres branches (rapport, p. 8, 10). Le champ d'application personnel couvre les personnes qui effectuent régulièrement des travaux domestiques dans des ménages privés. Il s'agit en premier lieu de personnes qui sont affectées à une ou plusieurs activités dans les ménages et qui sont responsables de l'entretien de la maison. Les personnes qui sont employées exclusivement à certaines tâches ne constituant pas des activités domestiques propres au sens de l'article 3 n'entrent en revanche pas dans le champ d'application du CTT. Cela concerne par exemple les chauffeurs et les jardiniers. Le champ d'application ne s'étend pas non plus à des spécialistes des soins, qui fournissent uniquement des prestations de soins et d'assistance avec des compétences médicales dans les ménages privés, car il ne s'agit dès lors pas d'activités domestiques. Dans la pratique, il devrait arriver souvent que les deux types de tâches soient effectués simultanément. Le but du CTT exige que les personnes qui effectuent, outre des activités domestiques, également des tâches d'assistance et des soins ne soient pas exclues par principe du champ d'application du CTT. Aucun pourcentage minimum de travaux domestiques n'est cependant fixé pour que le CTT s'applique. Les organes d'exécution disposent d'une marge d'appréciation dans l'évaluation de cette question. Il faut vérifier dans chaque cas la part de tâches domestiques dans l'activité totale. Dans les cas où les travaux domestiques jouent un rôle tout à fait secondaire et par conséquent négligeable ou lorsqu'ils sont exceptionnels, on partira plutôt du principe que le CTT ne s'applique pas (rapport, p. 13). La définition des activités domestiques comprend une énumération non exhaustive des activités. Les différentes activités se regroupent dans les domaines suivants : alimentation et restauration, habitat et technique du nettoyage, entretien du linge, accueil et service, administration ainsi que santé et domaine social. La participation à la prise en charge des enfants et l'assistance aux personnes âgées et aux malades, ainsi que l'assistance à ces personnes pour les actes de la vie quotidienne entrent aussi dans le cadre des activités domestiques, pour autant qu'il ne s'agisse pas de soins médicaux (rapport, p. 15). Au titre des exceptions figurant à l'article 2, alinéa 3, lettres a à c CTT économie domestique

et qui concernent toutes la prise en charge d'enfants, le rapport explicatif mentionne uniquement les travailleurs au pair pour la lettre a, en ce que leur embauche est limitée dans le temps et a donc peu d'influence sur le marché du travail suisse. Il n'est donc aucunement fait allusion à une exclusion de principe de la prise en charge d'enfants. Et il est indéniable que l'embauche, à partir d'un certain taux d'occupation et d'une plus longue durée, aurait sûrement des répercussions sur le marché des employés de maison en Suisse.

L'argument de la recourante, selon lequel la définition de la maman de jour utilisée par le beco n'a rien de juridique, ne peut pas non plus être admis. En effet, d'après l'acception commune de ce mot, une maman de jour garde à son domicile des enfants de tiers. La définition donnée, entre autres, par le canton de Vaud est la suivante : « Accueil familial de jour (maman de jour) : la prise en charge d'enfants par toute personne qui accueille dans son foyer, à la journée (à temps partiel ou à plein temps) et contre rémunération, régulièrement et de manière durable, des enfants », <http://www.scris.vd.ch/Default.aspx?DomID=2532> (état au 25 août 2017), ou encore la définition sur la plateforme des services de garde d'enfants : « Les mamans de jour (aussi appelées mères gardiennes) prenant en charge régulièrement des enfants de moins de 12 ans dans leur foyer contre rémunération sont assujetties à l'ordonnance fédérale sur les sur le placement d'enfants (PAVO) et doivent signaler leur activité à l'administration de la commune », <https://babysitting24.ch/fr/guide/obligation-de-declaration-des-mamans-de-jour> (état au 25 août 2017). La définition de maman de jour sur laquelle se fonde le beco ne peut donc être remise en cause. La plateforme susmentionnée de placement de baby-sitters explique, au surplus, au sujet du salaire : « Pour les baby-sitters (adolescents) gardant sporadiquement des enfants à leur domicile et n'ayant pas de tâches ménagères, il n'y a pas de salaire obligatoire. Les baby-sitters plus âgées sont assujetties au contrat-type de travail (CTT) de la Confédération pour l'économie domestique si elles ont au moins 18 ans et travaillent en moyenne 5 heures ou plus par semaine. Dans ce cas, c'est le salaire minimum obligatoire qui s'applique » (<https://babysitting24.ch/fr/guide/recommandations-de-salaire> [état au 25 août 2017]). Ces éléments concluent également à l'applicabilité de principe du CTT économie domestique à la prise en charge d'enfants.

dd) Par conséquent, la formulation limpide de la disposition considérée, la systématique des articles 2 et 3 du CTT économie domestique et les documents afférents à la législation permettent de déduire que la prise en charge d'enfants relève du champ d'application du CTT économie domestique, sous réserve des exceptions expressément mentionnées. En d'autres termes, aucun motif valable ne permet de douter que le libellé de la disposition exprime le sens juridiquement correct de la norme

(cf. ATF 131 III 314 consid. 2.2.). Il en ressort donc que le CTT économie domestique est d'emblée applicable à l'activité de D. du fait de son affectation primaire à la garde des enfants, et ceci en dépit de sa désignation en tant que « maman de jour » dans le contrat de travail. S'y ajoute le fait non contesté que les tâches de D. comprenaient également la préparation régulière de repas, non seulement pour les enfants mais aussi, au besoin, pour leur mère. Au vu du temps que cette activité implique, il n'est pas possible de la considérer comme parfaitement accessoire. De ce point de vue également, qui rejoint les explications du SECO à ce propos, il sied de confirmer l'applicabilité du CTT économie domestique.

ee) Pour conclure, les spécificités du cas d'espèce indiquent très nettement que les dispositions sur les salaires minimaux doivent trouver à s'appliquer : D. correspond au profil de l'employée de maison dépeint par le rapport explicatif (cf. consid. 5.c.cc ci-dessus), puisqu'elle est de sexe féminin et étrangère, qu'elle ne dispose pas d'une formation professionnelle supérieure et travaillait à temps partiel au moment des faits. Aux termes du contrat du 1^{er} juillet 2014, son taux d'occupation connaissait de fortes variations en fonction des besoins de son employeuse, sachant que ses jours de travail étaient définis un mois à l'avance. Entre juillet et décembre 2014, elle a fourni entre 65 et 120 heures de travail par mois, et en 2015, entre 25 et 80 heures, soit un taux d'occupation moyen de 25 pour cent d'après les calculs du beco. Au surplus, D. explique qu'elle réveillait et couchait les enfants, qu'elle les baignait, les habillait et les emmenait au parc. En outre, elle cuisinait régulièrement (de 2 à 3 jours par semaine d'après elle, de 1 à 2 jours par semaine d'après la recourante) pour les enfants, et, au besoin, pour leur mère. De toute évidence, le seuil des cinq heures par semaine était atteint. Il semble nécessaire de noter que D. a assuré une garde étendue des enfants et qu'elle a donc participé de fait à l'éducation de ceux-ci. En outre, il ressort de la convention de placement en crèche en date du 14 janvier 2015 que D. était aussi autorisée à aller y chercher les enfants et qu'elle y est mentionnée en tant que personne de contact en cas d'urgence. Il convient de noter à ce propos qu'en début de procédure, la recourante a expliqué au beco que d'après elle, une employée de maison est une personne qui, entre autres, confectionne des repas, habille les enfants, les emmène à l'école et va les y récupérer (cf. actes de procédure du beco, p. 67).

Vu ce qui précède, il est établi que D. assurait une mission d'importance au sein du ménage d'A. et qu'elle aménageait entièrement le déroulement de sa journée en fonction des tâches en rapport avec cette mission, comme tout employé et à la différence d'une maman de jour ; à noter qu'elle a même quitté F. et s'est installée à E. pour garder les enfants. Il est difficile, dès lors, d'acquiescer à l'allégation de la recourante selon laquelle

la garde des enfants s'intégrait parfaitement dans la vie familiale de D.. Il convient bien plus de placer l'activité de D. sous la protection du CTT économie domestique et de lui appliquer le salaire minimal qu'il prescrit.

d) En résumé, l'activité de D. relève du CTT économie domestique, ce que le beco a constaté à bon droit.

6. a) L'utilisation de la formulation potestative dans l'ancien article 9, alinéa 2, lettre c LDét confère au beco une grande marge d'appréciation. Celui-ci peut renoncer entièrement à l'amende ou au contraire prononcer l'amende maximale. Celle-ci se montait à 5000 francs durant la période en question. Le beco doit toutefois exercer son pouvoir d'appréciation conformément à ses devoirs et non arbitrairement. Les sanctions doivent être déterminées selon la gravité de l'infraction aux prescriptions de la LDét. L'ECO, en tant qu'instance de recours, s'impose une certaine retenue lorsqu'elle juge de l'exercice du pouvoir d'appréciation par l'autorité spécialisée qu'est le beco (cf. Merkli/Aeschlimann/ Herzog, *ib.*, n°4 *ad art.* 66 LPJA).

b) Le montant de l'amende doit être proportionnel à l'intensité de l'infraction aux prescriptions de la LDét. La violation des prescriptions relatives aux salaires minimaux ne peut être prise à la légère car ces dernières sont cruciales pour le maintien de la paix sociale en Suisse. Comparée à d'autres comportements pouvant également donner lieu à une amende maximale de 5000 francs aux termes de l'ancien article 9, alinéa 2 LDét (par ex. le défaut de présentation de documents sur le lieu d'une inspection [art. 1a, al. 2 LDét]), la présente infraction aux dispositions sur les salaires minimaux du CTT économie domestique doit être placée au niveau supérieur de l'échelle d'intensité des infractions. La recourante a en effet versé pendant longtemps un salaire inférieur de 8.32 francs à celui qui était fixé à l'époque dans le CTT (18.55 francs par heure pour une personne sans formation ; cf. la modification du 13 novembre 2013 du CTT économie domestique, RO 2013 4109), soit 44,85 pour cent de moins, un écart qui doit être qualifié de considérable. S'y ajoute le fait qu'en dépit des sommations répétées du beco, elle n'a toujours pas versé les arriérés de salaire constatés à hauteur de 10 458.24 francs. D'après le catalogue, actuellement en vigueur, de sanctions prévues par le SECO dans sa Recommandation 2017 (SECO -> Travail -> Libre circulation des personnes et relations du travail -> Détachement et Mesures d'accompagnement -> Directives et informations), il est renvoyé au chapitre concernant les infractions aux conditions minimales de salaire au sens de l'article 2 LDét pour les sanctions pécuniaires infligées en cas de non-respect des salaires minimaux prévus par un CTT. Le niveau de sanction

supérieur y mentionné correspond certes au contenu aujourd'hui plus strict de l'article 9, alinéa 2, lettre *f* LDét (l'ancien plafond de 5000 francs s'est révélé trop bas pour que la sanction soit réellement dissuasive [cf. FF 2015 5366]). Le schéma de sanctions du SECO en date du mois de juillet 2013 et en vigueur pendant la durée du contrat de travail en cause (http://amkbe.ch/web/wp-content/uploads/2014/08/DE_Bussenkatalog-definitiv_2013.pdf [en allemand uniquement; état au 25 août 2017]) prévoyait déjà toutefois pour ce type d'infraction, si elle était commise pour la première fois, une amende correspondant à 150 pour cent de la différence de salaire et au maximum à 5000 francs. L'application par analogie de ces recommandations du SECO pourrait même conduire sans autre, au vu de la différence de salaire en l'espèce d'un montant de 10 458.24, au prononcé de l'amende maximale de 5000 francs. La sanction administrative contestée d'un montant de 4000 francs paraît dès lors mesurée et proportionnelle à l'infraction.

Les arguments de la recourante selon lesquels le montant de l'amende serait difficile à réunir et son salaire horaire de 34.80 francs ne suffirait pas à financer un salaire de 18.55 francs pour la garde des enfants ne peuvent être retenus. Il est de sa responsabilité de procéder aux aménagements requis par sa situation personnelle en faisant appel à l'obligation d'entretien du père des enfants, de sorte qu'elle soit en mesure d'employer des tiers à leur garde en respectant les prescriptions légales ou qu'elle assume elle-même cette garde, au besoin en recourant au soutien des institutions publiques.

7. **a)** En résumé, il sied de retenir que l'amende de 4000 francs prononcée par le beco apparaît justifiée. Partant, le recours doit être rejeté.
- b)** Au vu de l'issue de la procédure, la recourante doit en supporter les frais (art. 108, al. 1 LPJA). Conformément à l'article 104, alinéa 3 LPJA, il n'y a pas lieu de prononcer des dépens.

Vu ce qui précède, il est rendu la présente

d é c i s i o n :

1. Le recours d'A. du 30 décembre 2016 est rejeté.

2. Les frais de la procédure de recours, fixés à **1000 francs** (émolument forfaitaire), sont mis à la charge de la recourante. La facturation aura lieu après que la présente décision aura acquis force de chose jugée.

3. La présente décision peut, dans les 30 jours à compter de sa notification, faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, Speichergasse 12, 3011 Berne. Le recours doit être produit par écrit et en deux exemplaires au moins. Il doit contenir des conclusions ainsi que des motifs et porter une signature. La décision attaquée ainsi que les autres moyens de preuve disponibles doivent être joints au recours.

Berne, le 14 septembre 2017