

IM ANWALTSREGISTER EINGETRAGEN

Lic. iur. Georg C. Umbricht, LL.M.
Lic. iur. Georg Steiger
Lic. iur. Thomas Hippele
Dr. iur. Markus Rüssli, LL.M.
Lic. iur. Vera Schmidt, LL.M.
Lic. iur. Alexia Rambosson, LL.M., dipl. Steuerexpertin
Lic. iur. Stefan P. Wehrenberg
Lic. iur. Gian Andri Töndury, LL.M., TEP
MLaw Benjamin Leupi, LL.M.
MLaw Sandra Küng, LL.M.
MLaw Philip Denzler
MLaw Corina Stump
MLaw Nadine Scherrer
MLaw Fiona Brenn

John E. Rhodes, LL.B., TEP, Solicitor



KONSULENTEN

Prof. Dr. iur. Tobias Jaag, LL.M.
Prof. Dr. iur. Andreas Auer, LL.M.
Prof. Dr. iur. Andreas Donatsch
Dr. iur. André W. Moser

**La constitutionnalité de l'avant-projet de loi du 8 septembre 2018
modifiant la loi valaisanne d'application de la loi fédérale sur les tra-
vailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir**

Avis de droit

établi par

Andreas Auer

Professeur ém. de droit constitutionnel aux Universités de Zurich et de Genève, Conseil

à la demande du Service de la protection des travailleurs et des relations de travail, Départe-
ment de la santé, des affaires sociales et de la culture, du Canton du Valais

Zurich, le 19 octobre 2018

UMBRICHT RECHTSANWÄLTE

Bahnhofstrasse 22, Postfach 125, CH-8024 Zürich
T +41 44 213 63 63, F +41 44 213 63 99, attorneys@umbricht.ch, www.umbricht.ch

Zürich, Representative Office in South Africa

Vue d'ensemble

Résumé	4
I. Introduction	5
A. Le contexte	5
B. Les lois applicables	6
1. Lois fédérales	6
2. Lois cantonales	6
C. Le mandat	7
D. Plan	7
II. Le cadre institutionnel	8
A. Côté Etat	8
B. Côté société	9
C. Entre Etat et société	10
D. Appréciation	10
III. La compétence de légiférer	11
A. Le principe de la primauté du droit fédéral	11
B. Application dans le cas d'espèce	12
1. Les mesures d'accompagnement	13
2. La LTN	15
3. Conclusion	16
IV. La dénonciation	17
A. Les mesures envisagées	17
B. Qualification juridique	18
C. L'exigence de la base légale	20
D. Application de la législation sur la protection des données	21
E. Conclusion	22
V. L'observation	23
A. Les mesures envisagées	23
B. Les sources d'inspiration	24
C. Une atteinte au droit à la protection de la sphère privée	25
1. Le cadre constitutionnel	25
2. La subsidiarité	26
3. Le lieu	27
4. La durée	28
5. Les observateurs	28

6. Conclusion	29
VI. La suspension.....	30
A. En droit positif	30
B. La mesure envisagée	32
C. Champ d'application.....	32
D. Voie de recours	33
E. Une atteinte aux droits fondamentaux	33
F. Le principe de la proportionnalité.....	34
G. La responsabilité de l'Etat	37
H. Conclusion	38
Remarques finales.....	38

Résumé

La communication entre les deux pôles institutionnels en matière de surveillance du marché du travail, que sont le Service et les Commissions professionnelles paritaires, mérite d'être améliorée.

Bien que la Confédération ait légiféré de façon exhaustive dans le domaine des mesures d'accompagnement, le canton est compétent pour adopter des règles, notamment pour améliorer le contrôle du respect de ces mesures. Sa marge de manœuvre est plus large en matière de lutte contre le travail au noir.

Les particuliers n'ont pas besoin d'une base légale pour pouvoir dénoncer à l'autorité des cas de suspicion de travail au noir, pas plus que l'autorité en ait besoin pour pouvoir recevoir ces informations et les prendre, ou non, en considération. Le principe de la légalité n'oblige pas le canton à légiférer sur une pratique qui s'est généralisée dans tout le pays.

Recevoir d'un tiers une information contenant des données personnelles, sans l'avoir cherchée, en prendre acte et la détruire ne constituent pas un traitement au sens de la législation sur la protection des données. Peu importe par quel moyen – lettre, téléphone, formulaire, application – l'information parvient à l'autorité.

L'observation d'une personne ou d'une entreprise à son insu constitue une atteinte grave à sa vie privée. Prévues par la loi dans le but de combattre le travail au noir, elles n'est conforme à la Constitution que si la condition de la subsidiarité est strictement observée. Une durée de trente jours par trimestre, renouvelable, paraît excessive.

La suspension de travaux dans un chantier porte une restriction grave à la liberté économique des employeurs et travailleurs sanctionnés. Prévues par la loi afin de lutter contre le travail au noir, elles n'est admissible que si l'autorité qui l'ordonne a soigneusement pris en considération et pesé tous les facteurs qui sont en jeu. Sa décision doit pouvoir être déférée au juge.

L'avant-projet de loi d'application des lois fédérales sur les travailleurs détachés et le travail au noir prévoit des mesures parfois courageuses pour améliorer le contrôle du marché du travail. Leur effet préventif et symbolique est probablement plus important que le résultat concret auquel l'on peut s'attendre.

Dans l'ensemble, l'avant-projet n'est pas contraire à la Constitution.

I. Introduction

A. Le contexte

- 1 Dans le cadre de la lutte contre le travail au noir, du contrôle des travailleurs détachés et de l'application des conventions collectives de travail étendues, le Service de la protection des travailleurs et des relations du travail de l'Etat du Valais (le Service) ainsi que les associations patronales et syndicales sont confrontés, depuis quelques années, à une sensible augmentation des cas de fraude, causant des pertes substantielles à l'économie et à l'Etat. Sous-traitances en cascade, emploi de clandestins, sous-enchère salariale, travailleurs sans contrat, faux travailleurs à temps partiel, faux indépendants, faux stagiaires, non-respect des conventions collectives de travail, dumping en relation avec le salaire en usage, charges sociales et fiscales impayées, malfaçons, faillites à répétition – tels sont les phénomènes qui se répandent et qui minent dangereusement les secteurs concernés de l'économie ainsi que la crédibilité de l'Etat, tout en portant atteinte aux droits les plus élémentaires des travailleurs. Parallèlement, les effets de la concurrence étrangère se font de plus en plus ressentir sous la forme d'un nombre sans cesse croissant de travailleurs européens détachés et d'indépendants, surtout dans les branches du second œuvre de la construction.
- 2 Dans ce contexte délétère à plus d'un titre, il n'est pas étonnant que le nombre des demandes de contrôle et de signalements de fraudes présumées auprès de l'Inspection cantonale de l'emploi (ICE) a sensiblement augmenté en 2016 et véritablement explosé en 2017, alors que les effectifs du personnel chargé de leur traitement ne se sont pas renforcés dans les mêmes proportions. Les auteurs de ces demandes, le plus souvent partenaires sociaux et employeurs, ont manifesté une incompréhension marquée à l'égard du manque de moyens à disposition du Service et de l'impossibilité de prononcer, en droit actuel, un arrêt immédiat des travaux en cas de fraude manifeste.
- 3 Au chapitre « Améliorer la compétitivité de l'économie valaisanne », le programme gouvernemental présenté par le Conseil d'Etat en décembre 2017 mentionne parmi les mesures et projets prioritaires « l'optimisation du contrôle des marchés publics et des mesures

de lutte contre le dumping salarial et le travail au noir et maintien d'une attitude exemplaire de l'Etat dans son rôle de mandant ».

- 4 En date du 14 mai 2018 une motion urgente « 1.2 milliard de travaux illégaux : utilisons les nouveaux moyens pour faciliter la lutte » a été acceptée par le Grand Conseil par 93 voix contre 21 et 8 abstentions. Elle requiert le Conseil d'Etat d'édicter des dispositions légales permettant aux inspecteurs de l'emploi et aux contrôleurs de chantier de localiser, donner suite et traiter les informations provenant de tiers relatives à des présomptions d'infraction, par support informatique, téléphonique ou autre.

B. Les lois applicables

1. Lois fédérales

- Code suisse des obligations, du 30 mars 1911 (CO, RS 220), art. 356-358; 360a, 360b
- Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956 (LECCT, RS 221.215.311)
- Loi fédérale sur les travailleurs détachés, du 8 octobre 1999 (LDét, RS 823.20), et l'ordonnance du 21 mai 2003 (Odét, RS 823.201)
- Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 17 juin 2005 (LTN, RS 822.41), avec l'ordonnance d'application, du 6 septembre 2006 (OTN, RS 822.411)
- Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (LPD ; RS 235.1)

2. Lois cantonales

- Loi d'application de la loi fédérale sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir, du 12 mai 2016 (LALDétLTN, RS/VS 823.1), et l'ordonnance du 14 septembre 2016 (Ord)
- Loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage du 9 octobre 2008 (LIPDA, RS/VS 170.2)

- Loi sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (LPJA, RS/VS 172.6)
- Loi sur le personnel de l'Etat du Valais du 19 novembre 2010 (LcPers, RS/VS 172.2)

C. Le mandat

- 5 Suite à quelques échanges par voie électronique, le Service m'a soumis, le 24 août 2018, un avant-projet de loi modifiant la LALDétLTN (avant-projet), accompagné d'un avant-projet de message (message) du même jour. Il m'a demandé d'en examiner la constitutionnalité, notamment sous l'angle de la primauté du droit fédéral et des droits fondamentaux qui sont en jeu, sans m'étendre en détail sur la problématique de la protection des données.
- 6 Par une série de modifications et d'adjonctions parfois fort détaillées, l'avant-projet tend à intégrer dans la LALDétLTN des dispositions visant pour l'essentiel i) à permettre aux particuliers de dénoncer aux Service et aux contrôleurs des chantiers des situations d'irrégularité présumée, ii) à autoriser l'ICE à mener des enquêtes préliminaires et des observations secrètes et iii) à rendre possible, dans des cas graves, la suspension immédiate de l'activité de personnes et d'entreprises sur le lieu de travail. Les dispositions liminaires détaillées de l'avant-projet seront reproduites au besoin dans les différents chapitres de cet avis.
- 7 Suite à un entretien avec l'équipe responsable du Service, qui a eu lieu à Sion, un avant-projet modifié m'a été communiqué en date du 8 septembre 2018, poursuivant les mêmes objectifs. Cet avant-projet constitue la base du présent avis.

D. Plan

- 8 Il importe dans un premier temps de rappeler brièvement le cadre institutionnel de la lutte contre le travail au noir et le dumping salarial dans le canton du Valais (II). L'avant-projet tend en effet à modifier et à clarifier ce cadre.
- 9 Ensuite, il convient d'examiner si et dans quelle mesure le canton est compétent pour légiférer en les matières qui font l'objet de l'avant-projet, étant donné que celles-ci sont régies par plusieurs lois fédérales (III).

- 10 La première mesure dont il faut soigneusement évaluer les rapports avec les exigences constitutionnelles est la réglementation formelle, dans une loi cantonale, du principe et de la procédure de la dénonciation, par des particuliers, de situations d'irrégularités présumées sur le marché du travail, dans le but de déclencher l'intervention des organes de contrôle (IV).
- 11 La deuxième mesure sujette à examen critique est l'observation de personnes et d'entreprises soupçonnées d'être en situation d'irrégularité, à leur insu, par les inspecteurs de l'emploi (V).
- 12 En troisième et dernier lieu l'avis se prononcera sur la constitutionnalité de la possibilité, pour le Service, de décréter, à certaines conditions, la suspension de travaux effectués par des personnes ou des entreprises fautives (VI).

II. Le cadre institutionnel

- 13 L'organisation du contrôle du marché du travail dans le canton du Valais se caractérise par une bipolarité marquée, résultant d'un partage relativement complexe des responsabilités entre, d'un côté, les services de l'Etat et, de l'autre côté, des organisations relevant du secteur privé. On peut y voir un exemple d'une séparation, respectivement d'une collaboration entre l'Etat et la société¹. On sait que dans le domaine crucial des relations du travail, cette collaboration remonte à 1937 et qu'elle n'est pas étrangère au succès du modèle économique suisse, fondé notamment sur le partenariat dit social².

A. Côté Etat

- 14 Du côté de l'Etat, l'organe central de contrôle cantonal et de sanction est le Service, respectivement l'ICE. Prévu par l'art. 4 LALDétLTN, il trouve son fondement aux art. 4 LTN, 2 OTN et 7 al. 1 let. c et d LDét. Le contrôle de l'ICE s'étend à toutes les branches du secteur du travail sur le territoire cantonal sous l'angle notamment du travail au noir, des conditions de travail (dumping) dans les secteurs sans convention collective de travail (CCT) étendue

¹ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, L'Etat, 3e éd. Berne 2013 N 1-12.

² CLAUDE SICARD, La Suisse: un succès économique dont on parle peu, LesObservateurs.ch du 18 mars 2018.

et des marchés publics.

- 15 L'ICE est doté de 8.5 ETP. Les inspecteurs de l'emploi sont des agents publics soumis aux devoirs de service, disposent d'un brevet de police, ont une expérience de plusieurs années au sein d'un corps de police et sont au bénéfice de formations spécialisées en matière d'assurances sociales et de droit public et collectif du travail.

B. Côté société

- 16 Du côté de la société dite civile, les organes de contrôle sont les commissions professionnelles paritaires (CPP), composées à parts égales de représentants des employeurs et des travailleurs. Prévues à l'art. 6 LALDétLTN, les CPP trouvent leur fondement à l'art. 357b CO concernant l'exécution commune de la CCT, à l'art. 6 al. 1 LECCT ainsi qu'aux art. 6 al. 4 et 7 al. 1 let. a LDét. Les CPP peuvent être constituées sous la forme d'une association pour agir en justice³. Le contrôle des CPP porte notamment sur le respect des CCT étendues dans le domaine de la construction au sens large, tant pour les entreprises indigènes que pour les entreprises étrangères européennes.
- 17 En date du 30 mai 2016, neuf CPP du canton⁴ ont fondé l'Association pour le renforcement des contrôles sur les chantiers de la construction (ARCC). Régie par les art. 60 ss CC et ses statuts, elle « a pour but le renforcement des contrôles sur les chantiers de construction en application de la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (LDét) ainsi que des contrôles sur les chantiers de la compétence des Commissions professionnelles paritaires notamment en ce qui concerne l'interdiction du travail du samedi ou du travail interdit (travail au noir) au sens des dispositions des conventions collectives de travail » (art. 2 des statuts).
- 18 L'ARCC est dotée de 3.5 ETP. Les contrôleurs paritaires, engagés par la commission de surveillance de l'ARCC, ne sont pas des agents publics.

³ ATF 134 III 541.

⁴ A savoir les CPP du second-œuvre, de la technique et de l'enveloppe du bâtiment, de la construction métallique, des installateurs électriciens et des monteurs de lignes, des paysagistes, des entreprises de nettoyage, de la tuyauterie industrielle, du secteur principal de la construction et des entreprises de carrelage.

C. Entre Etat et société

- 19 Le 18 novembre 2016, l'ARCC et l'Etat ont conclu une convention de collaboration, dans le but de prévenir la survenance de situations de sous-enchère salariale et de distorsion de concurrence, de mettre en place une organisation efficace en matière de contrôles et de sanctions et de maintenir une collaboration efficace entre l'organe de contrôle cantonal et les institutions découlant des CCT. D'un côté l'ARCC assume la responsabilité du contrôle, sur le terrain, des travailleurs détachés et des prestataires de service indépendants européens et engage à cette fin un collaborateur spécialisé; de l'autre, le Service met à disposition de l'ARCC des bureaux équipés, le tout accompagné d'un concept d'indemnisation dont le détail est fixé dans un avenant du même jour.
- 20 Il convient de mentionner encore la Commission tripartite cantonale (CTVS) qui comprend, en nombre égal, des représentants des employeurs, des travailleurs et de l'Etat (art. 3 LALDétLTN). Elle trouve son fondement à l'art. 360b CO ainsi qu'à l'art. 7 al. 1 let. b LDét. Sa tâche centrale est de définir la stratégie cantonale en matière de lutte contre le travail au noir et d'assurer l'observation du marché du travail, afin de proposer au Conseil d'Etat la mise en œuvre des mesures d'accompagnement nécessaires. Cela peut se traduire par l'édiction de contrats-types impératifs au sens de l'art. 360a CO ou des extensions facilitées au sens de l'art. 1a LECCT.

D. Appréciation

- 21 Les relations entre le Service et l'ARCC sont dans l'ensemble satisfaisantes, basées sur la confiance réciproque. En pratique cependant, certaines tensions ne peuvent guère être niées. Elles sont pour l'essentiel dues à des facteurs objectifs. D'une part, l'enchevêtrement complexe de missions et de compétences connexes est susceptible de créer une certaine confusion dans l'esprit des personnes contrôlées. D'autre part, les finalités de l'activité des organes étatiques et des associations relevant du droit privé ne se recouvrent que partiellement. Les premiers se doivent d'agir dans l'intérêt public, soit promouvoir – à défaut de pouvoir garantir – l'application régulière et correcte des dispositions légales en matière de lutte contre le travail au noir et le dumping salarial. Les secondes, tout en luttant de concert et de façon complémentaire contre les distorsions de concurrence et le dumping salarial, ont parallèlement pour mission de défendre leurs intérêts professionnels. Dans ce

contexte, délicat à plus d'un titre, la communication entre les deux pôles laisse parfois à désirer.

- 22 Tenant compte de l'ensemble de ces circonstances, l'avant-projet s'efforce de séparer clairement les responsabilités des organes de l'Etat et des contrôleurs paritaires, en prenant soin de rappeler les dispositions légales spécifiques auxquelles sont soumis les uns et les autres, en renforçant la collaboration et en améliorant la communication entre eux (art. 4 al. 5, 6 al. 1 et 4, 6a al. 3).

III. La compétence de légiférer

A. Le principe de la primauté du droit fédéral

- 23 En vertu du principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'art. 49 al. 1 Cst, les cantons ne sont en principe pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation⁵.
- 24 L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Il est tranché selon les règles traditionnelles en matière d'interprétation des normes. Or, l'un des principes essentiels d'interprétation en matière de fédéralisme est celui de l'interprétation conforme à la Constitution⁶. Ce principe prend un sens particulier dans ce domaine. Non seulement le Tribunal fédéral recherchera s'il est possible de conférer à la norme cantonale une portée qui la fasse apparaître comme conforme à la répartition des compétences et à la règle fédérale applicable, mais il s'efforcera encore d'interpréter cette règle fédérale de façon à éviter qu'elle entre en conflit avec la première. Tant qu'il est possible, d'après les méthodes et les principes d'interprétation traditionnels, d'établir une concordance entre les deux normes, il n'y a pas de conflit. Celles-ci peuvent alors coexister et le principe de la primauté

⁵ ATF 143 I 403, 419; 138 I 435, 446; 134 I 125, 128.

⁶ ATF 137 I 31, 40.

du droit fédéral n'est pas violé⁷.

- 25 Dans les domaines du droit public que la Confédération n'a pas entendu régler de façon exhaustive, les cantons restent compétents pour édicter des dispositions dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux que prévoit le droit fédéral⁸.
- 26 Même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine dans trois cas : i) si elle se fonde sur une délégation explicite figurant dans la législation fédérale⁹, ii) si elle a pour effet de renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale¹⁰ ou iii) si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral¹¹.
- 27 Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci¹².

B. Application dans le cas d'espèce

- 28 Les lois fédérales auxquelles l'avant-projet se rattache, à savoir, la LDét et la LTN, sont toutes deux fondées sur l'art. 110 al. 1 Cst, habilitant la Confédération à légiférer sur la protection des travailleurs (let. a) et sur les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel (let. b). Quant à la LECCT que l'avant-projet ne touche que très indirectement, elle se fonde sur l'art. 110 al. 1 let. d et al. 2 Cst, qui autorisent la Confédération à légiférer sur l'extension du champ d'application de conventions collectives de travail.

⁷ ATF 143 I 403, 420; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) N 1104.

⁸ ATF 137 I 167, 180; 137 I 135, 139; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) N 1112.

⁹ ATF 139 I 242, 248; 138 I 468, 473.

¹⁰ ATF 133 I 110, 116; 91 I 17, 21.

¹¹ ATF 143 I 403, 419; 139 I 242, 248; 138 I 435, 446; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) N 1106.

¹² ATF 143 I 403, 419; 143 I 109, 114.

29 Selon la doctrine, la Confédération dispose en ces matières d'une compétence qui est globale et concurrente non limitée aux principes¹³. Cela signifie qu'elle peut librement légiférer et adopter une réglementation complète et exhaustive qui prive les cantons de tout pouvoir normatif, ou alors édicter des règles qui laissent place à une réglementation cantonale. Il convient donc d'examiner ce qu'il en est des mesures dites d'accompagnement (1.) et de la législation sur le travail au noir (2.).

1. Les mesures d'accompagnement

30 La LDét, les art. 360a et 360b CO ainsi que les art. 1a et 2 ch. 3bis LECCT ont été adoptées le 8 octobre 1999 comme des « mesures d'accompagnement » à l'introduction de la libre circulation des personnes par l'Accord y relatif (ALCP, RS 0.142.112.681). Selon le Conseil fédéral, elles visent à instaurer un appareil législatif tendant à éviter que ne se produise, dans le cadre d'une circulation libéralisée des travailleurs entre la Suisse et les pays membres de l'UE, une sous-enchère sociale et/ou salariale au détriment des travailleurs résidant dans notre pas¹⁴. Pour atteindre ce but, le législateur fédéral a défini 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 et 2 al. 1 LDét)¹⁵, prévu la possibilité de fixer un salaire minimum obligatoire dans un contrat-type de travail en cas de sous-enchère abusive et répétée (art. 360a CO)¹⁶ et facilité l'extension des CTT en cas de sous-enchère (art. 1a LECCT)¹⁷. En décembre 2012, il y a notamment ajouté des mesures luttant contre l'indépendance fictive des prestataires de service étrangers, avec la possibilité, pour l'autorité cantonale compétente, d'ordonner la suspension de travaux (art. 1b LDét)¹⁸.

31 En adoptant les mesures d'accompagnement à l'introduction de la libre circulation des personnes, tout porte à penser que la Confédération a entendu régler la matière de façon complète et exhaustive, notamment parce qu'elle est liée à un accord international. Cela

¹³ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 Art. 110 N 3; THOMAS GÄCHTER, in: St. Galler BV Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2014 Art. 110 N 26; PASCAL MAHON, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit Commentaire de la Constitution fédérale, Zurich 2003 art. 110 N 13.

¹⁴ FF 1999 5440, 5695.

¹⁵ FF 1999 5440, 5696-5698.

¹⁶ FF 1999 5440, 5698-5699.

¹⁷ FF 1999 5440, 5699-5702.

¹⁸ FF 2012 3161, 3172-3174.

signifie notamment que les cantons ne peuvent pas ajouter des conditions minimales de travail et de salaire autres que celles énumérées à l'art. 2 LDét, compléter les conditions d'application de l'art. 360a CO ou prévoir d'autres éléments sur lesquels la décision d'extension peut porter que ceux figurant à l'art. 1a al. 2 LECCT. De tels compléments mettraient en cause l'unité de l'espace économique de la Suisse.

- 32 Les cantons ne peuvent probablement pas non plus compléter ou élargir les sanctions administratives prévues par LDét (art. 1b al. 2 et art. 9), ce que les auteurs de l'avant-projet ont évité en préconisant la suspension des travaux uniquement dans le champ d'application de la LTN (art. 15a al. 1 ; infra N 95).
- 33 En résumé, comme dans la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr ; RS 822.11)¹⁹, la Confédération a réglé de façon exhaustive la protection des travailleurs en tant que telle par le biais des mesures d'accompagnement. En l'absence de jurisprudence et face au silence de la doctrine en la matière, cette conclusion est relativement fragile, tant il est vrai qu'elle ne peut guère que s'appuyer sur la lettre des dispositions légales en cause, leur lien avec l'ALCP ainsi que sur certains indices dans les travaux préparatoires.
- 34 Pour ce qui est en revanche du contrôle du respect des conditions fixées dans la LDét et des sanctions à prendre en cas de leur non-respect, le rôle des cantons est central. C'est à eux qu'incombe, pour l'essentiel, l'exécution de la LDét, sous la surveillance il est vrai du SECO (art. 14 LDét), censée garantir une application uniforme de la réglementation²⁰. Ils doivent notamment instituer un organe central de contrôle et de sanction (art. 7 al. 1 let. d LDét), créer une commission tripartite au sens de l'art. 360b CO et l'observer (art. 7 al. 1 let. b LDét; art. 10 Odét), nommer un nombre suffisant d'inspecteurs pour l'exécution des tâches de contrôle (art. 7 LDét), prononcer les sanctions administratives, même dans les domaines où le contrôle incombe aux CPP (art. 9 al. 2 LDét), poursuivre et juger les infractions (art. 13 LDét), etc.
- 35 Il s'ensuit que, malgré le caractère exhaustif de la réglementation fédérale, les cantons, loin d'être privés de toute faculté de légiférer, sont tenus d'adopter une réglementation

¹⁹ ATF 143 I 403, 422; 130 I 279, 284; GÄCHTER (note 13) *ibid.*

²⁰ FF 1999 5440, 5709.

d'application des mesures d'accompagnement. Tel est bien le but poursuivi par les art. 1, 6, 10 à 12 LALDétLTN.

- 36 L'avant-projet ne se contente cependant pas d'appliquer par des normes organisationnelles les dispositions de la LDét. Il précise les compétences des CPP (art. 6 al. 1), leur permet de collecter des informations provenant de tiers et de photographier les activités déployées sur le lieu de travail (art. 6 al. 2), les habilite à enregistrer ces données et à les conserver pendant cinq ans (art. 6 al. 3), les oblige à les transmettre au Service et à la CNA (art. 6 al. 4) et édicte des règles spécifiques de protection pour ces données (art. 6a). Ces mesures, ayant pour but avoué de renforcer l'efficacité de la LDét pour limiter les abus en matière de dumping salarial et social, peuvent subsister à côté de celle-ci (supra N 30) et ne violent donc pas le principe de la primauté du droit fédéral.

2. La LTN

- 37 La LTN, adoptée le 17 juin 2005 et révisée en mars 2017, s'efforce de lutter contre le travail au noir en instituant des simplifications administratives ainsi que des mécanismes de contrôle et de répression (art. 1). Comme le Conseil fédéral l'a expliqué dans son message, il s'agit d'une sorte de « loi-cadre » ayant pour objectif « de marquer la volonté fédérale de lutter contre le travail au noir et de donner des moyens supplémentaires (légaux, budgétaires) aux cantons pour mener à bien leurs tâches dans ce domaine. Il s'agit également de souligner la nécessité d'appliquer dans tout le pays la même rigueur dans la lutte contre le travail au noir »²¹.
- 38 Il s'ensuit d'emblée que la LTN n'entend pas créer une réglementation exhaustive en matière de lutte contre le travail au noir, qui exclurait toute réglementation cantonale. Au contraire, la LTN s'est greffée sur des règles que certains cantons, dont le Valais, avaient adoptées en la matière²² et n'entendait ni y déroger, ni priver les cantons de tout pouvoir législatif. Conformément à la jurisprudence et à la doctrine (supra N 25), les cantons conservent donc la faculté de prendre des mesures complémentaires poursuivant le même objectif. Cela peut concerner l'organisation et le cahier des charges de l'organe de contrôle cantonal (art. 4 al. 1 LTN) pour lesquels le Conseil fédéral se borne à fixer les conditions

²¹ FF 2002 3371, 3378.

²² FF 2002 3371, 3387-3389.

minimales (art. 4 al. 2 LTN ; art. 2 OTN). Cela peut concerner aussi les attributions des personnes chargées du contrôle (art. 7 al. 1 LTN ; art. 4 OTN), de même que les sanctions (art. 18 LTN).

- 39 L'avant-projet va considérablement plus loin. Il élargit notamment l'objet du contrôle en matière de lutte contre le travail au noir (art. 13 al. 1 let e et f) ; il autorise l'ICE à collecter des informations provenant de tiers (art. 13a) ; il complète les attributions des inspecteurs de l'emploi (art. 13b) ; il régit de façon détaillée les enquêtes préliminaires et l'observation secrète de personnes ou d'entreprises (art. 13c) ; il introduit l'audition formelle de personnes suspectées de travailler au noir ou d'employer des travailleurs au noir (art. 13d), en sus du contrôle sur place prévu à l'art. 7 LTN et il permet au Service, à certaines conditions, de suspendre l'activité d'une personne ou d'une entreprise (art. 15a). Dans l'ensemble, ces mesures ont pour but d'accroître l'efficacité de la LTN, de sorte que l'on ne peut nier la compétence du canton de les édicter (supra N 25/26).

3. Conclusion

- 40 On peut donc considérer que, confrontés à un accroissement spectaculaire de cas de sous-enchère sociale et salariale sur leur territoire, les cantons peuvent édicter des dispositions de droit public afin de rendre crédibles et efficaces les tâches de contrôle que le législateur fédéral leur a confiées dans les domaines en cause. Il est vrai que certaines dispositions prévues dans l'avant-projet ont pour effet indirect de protéger les travailleurs. Mais dans la mesure où leur but principal consiste à améliorer la mise en œuvre des règles matérielles et formelles figurant dans les lois en cause par des dispositions de nature organisationnelle et instrumentale, elles ne se heurtent pas d'emblée, selon la jurisprudence²³, au principe de la primauté du droit fédéral.
- 41 La compétence des cantons de légiférer dans le champ de mise en œuvre des mesures d'accompagnement et de la législation fédérale sur la lutte contre le travail au noir ne peut donc pas d'emblée être niée. La marge de manœuvre est sensiblement plus large dans le champ d'application de la LTN que dans celui de la LDét. Dans l'ensemble, l'avant-projet s'en tient à ce cadre, vu qu'il tend essentiellement à faire bénéficier les organes d'exécution

²³ ATF 143 I 403, 422; 133 I 110, 117.

« d'une organisation et d'instruments efficaces permettant de déceler à temps les abus, si possible dans toute leur étendue », afin d'aboutir à des résultats dissuasifs et mettre fin à des contrôles « alibi » (message p. 4).

- 42 En revanche, à ce stade, l'on ne peut pas exclure que certaines mesures spécifiques prévues dans l'avant-projet ne puissent se heurter à certaines règles figurant dans la LDét ou dans la LTN ou encore violer des droits ou des principes constitutionnels (infra N 80-82, 97, 100).

IV. La dénonciation

A. Les mesures envisagées

- 43 Mettant en œuvre la motion urgente du 14 mai 2018, l'avant-projet contient plusieurs dispositions qui autorisent explicitement les organes de contrôle à collecter des informations émanant de tiers en lien avec des soupçons d'irrégularités qu'ils sont appelés à combattre:
- L'art. 4 al. 3 let. a prévoit que l'ICE « procède aux contrôles et enquêtes, spontanément ou sur la base d'informations reçues ».
 - Selon l'art. 6 al. 2, les CPP « sont autorisées à collecter des informations relatives à des demandes de contrôle, notamment par le biais de supports informatiques ».
 - L'art. 13a al. 1 autorise l'ICE « à collecter des informations émanant de tiers en lien avec des soupçons de travail au noir, notamment par le biais d'une permanence téléphonique ou de supports informatiques ».
- 44 L'avant-projet ne précise pas qui sont « les tiers ». S'agit-il des citoyens ? des personnes domiciliées dans le canton ? de tout un chacun ? des personnes morales aussi ? L'intention des auteurs est probablement de définir le cercle des personnes invitées à transmettre des informations aux organes de contrôle de la façon la plus large possible. Le message exclut cependant les personnes « dont les intentions sont jugées *a priori* manifestement malveillantes » (message p. 8 ad art. 4 let. a).

- 45 Selon les informations qui m'ont été données par des personnes impliquées depuis des années dans la lutte contre la sous-enchère salariale et le travail au noir dans le canton, il est notoire et de règle que les organes de contrôle n'agissent pratiquement que sur la base d'informations informelles reçues de la part de particuliers. La faiblesse des effectifs à disposition explique, du moins en partie, cette donnée de base dont il y a tout lieu de penser qu'elle ne prévaut pas que dans le canton du Valais.
- 46 La particularité de l'avant-projet en la matière réside dans la reconnaissance officielle de cette pratique de dénonciation et dans son ancrage formel dans la loi, motivé sans doute par une certaine idée de l'exigence de la base légale (infra N 55), le souci de transparence et la volonté d'en circonscrire les modalités et les limites.
- 47 On peut ajouter que sur ce terrain, le canton du Valais s'apprête à jouer un rôle de pionnier. Sauf erreur, aucun autre canton n'a à ce jour formellement légiféré en la matière, ni même par voie d'ordonnances. En revanche, dans pratiquement tous les cantons, les sites web « travail au noir » ou « *Schwarzarbeit* » indiquent que le public peut s'adresser à l'organe de contrôle – par correspondance écrite ou électronique, en remplissant un formulaire, par téléphone, etc. – pour dénoncer des irrégularités présumées²⁴.

B. Qualification juridique

- 48 A première vue, le fait de dénoncer des irrégularités à l'organe de contrôle peut être assimilé au phénomène du « lancement d'alerte » (*whistleblowing*). Selon une définition usuelle, un lanceur d'alerte est cependant une personne qui, en tant que membre d'une organisation, attire l'attention sur des anomalies et des dysfonctionnement au sein de l'institution concernée²⁵. Comme la possibilité de transmettre des informations relatives à un cas de travail au noir présumé n'est pas réservée aux personnes qui sont membres d'une organisation ou institution déterminée, l'assimilation au lancement d'alerte porte à faux.

²⁴ Kanton Zürich, Amt für Wirtschaft und Arbeit, Meldeformular Schwarzarbeit, <https://awa.zh.ch>. Des indications identiques existent notamment sur les sites des cantons de BE, LU, BS, BL, FR, AG, SG, TG, etc.

²⁵ YVO HANGARTNER, Whistleblowing in der öffentlichen Verwaltung, PJA 2012 490; DANIEL JOSITSCH/CLAUDIA BRUNNER, Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund, PJA 2012 482, 484.

- 49 Il ne s'agit pas non plus d'une plainte administrative à l'autorité de surveillance (*verwaltungsrechtliche Aufsichtsanzeige*)²⁶, définie généralement comme une « requête présentée à une autorité à l'effet de lui faire prendre une mesure à l'égard d'une tierce autorité, qui lui est subordonnée »²⁷. Comme, dans notre cas, l'information transmise ne dénonce pas spécifiquement un acte ou une omission d'une autorité qui serait subordonnée à l'instance de contrôle, mais bien plutôt l'activité d'une personne ou d'une entreprise pouvant être considérée comme du travail au noir, elle ne tombe pas dans cette catégorie.
- 50 Thierry Tanquerel est sauf erreur le seul auteur qui tente d'opérer une distinction entre la plainte à l'autorité de surveillance et la dénonciation, à savoir « le fait pour un administré de signaler à l'autorité compétente de première instance le comportement contraire au droit d'une personne, privée ou agent étatique, ou d'une autorité, sans pour autant réclamer spécifiquement la prise d'une décision protégeant ses propres intérêts »²⁸. Il cite à ce propos l'art. 10a LPA/GE selon lequel « toute personne peut porter à la connaissance des autorités des faits susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une procédure administrative ».
- 51 Cette qualification me semble coller au plus près au mécanisme préconisé dans l'avant-projet. Il s'agit donc d'une dénonciation d'un type un peu particulier, visant toute personne ou entité soumise à la surveillance de l'organe de contrôle et ouverte à littéralement toute personne. Elle n'est soumise à aucune exigence de forme ou de délai et ses effets juridiques se limitent à la possibilité, pour l'organe de contrôle, de se servir de l'information transmise pour déclencher une enquête ou prononcer une sanction. Cet organe n'est donc point obligé de donner suite à l'information transmise, ni de la prendre en considération de quelque manière que ce soit et encore moins d'informer le dénonciateur sur ce qu'il a décidé ou non d'entreprendre dans le cas qu'il lui a soumis. Dans ces conditions, peu important le nom, le statut, le domicile, la crédibilité et les intentions bien- ou malveillantes (supra N 44) de la dénonciatrice. Même si, comme c'est souvent le cas, le service responsable invite la population à lui signaler des cas de fraude présumée et même si, dans la pratique, son activité de contrôle est souvent déclenchée de cette manière, tout se passe et tout doit

²⁶ En allemand, la plainte est souvent appelée à tort « Aufsichtsbeschwerde », cf. Art. 71 VwVG.

²⁷ PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd. Berne 2011 616-619; DAVID CHAKSAD, *Die verwaltungsrechtliche Aufsichtsanzeige*, Zürich 2015 59; comp. art. 71 PA : Chacun peut dénoncer en tout temps à l'autorité de surveillance les faits qui appellent dans l'intérêt public une intervention d'office contre une autorité; ATF 133 II 468, 471.

²⁸ THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève 2011 N 1439.

se passer comme si rien ne s'était passé, comme si donc l'activité ou l'inactivité du Service n'était due qu'à sa seule initiative.

C. L'exigence de la base légale

- 52 Consacré avec une belle formule à l'art. 5 al. 1 Cst – « le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat » – le principe de la légalité signifie que les actes étatiques doivent trouver leur fondement dans une loi qui soit suffisamment précise et déterminée et qui émane de l'autorité constitutionnellement compétente²⁹. Si, en règle générale, une loi matérielle, soit une ordonnance du pouvoir exécutif, est suffisante pour couvrir une activité étatique donnée, la jurisprudence exige, notamment pour les contributions publiques (art. 127 al. 1 Cst)³⁰ et les restrictions graves aux libertés (art. 36 al. 1 Cst)³¹, une loi formelle, soit un acte adopté par le législateur selon la procédure législative ordinaire telle qu'elle est définie par la constitution³².
- 53 L'exigence de la base légale ne se rapporte cependant, de façon générale, qu'à l'activité de l'Etat, c'est-à-dire aux actes et décisions pris par l'un ou l'autre de ses différents organes. Ce que font en revanche les citoyens, les administrés, les particuliers, les personnes physiques et morales n'a pas besoin, fort heureusement, d'être prévu par une loi. Au sein de la société, les activités des individus, les rapports entre eux et les informations qu'ils échangent, y compris avec les autorités, doivent pouvoir être menés et conduits librement, sans que l'Etat puisse ou doive s'en mêler. Il y va de l'essence même de la liberté.
- 54 Dans la problématique examinée ici, cela signifie que la définition du travail au noir, l'engagement de l'Etat de lutter contre ce fléau, l'institution d'organes chargés de surveiller les secteurs économiques concernés, les obligations imposées aux employeurs, aux travailleurs, aux sous-traitants et autres, la détermination des procédures applicables, les sanctions pouvant être prises à l'égard des contrevenants ainsi que les voies de recours doivent être prévus par la loi. On sait que tout le monde s'y est mis ou presque: le peuple et les cantons pour définir la compétence de la Confédération (art. 110 Cst), le législateur fédéral

²⁹ ATF 141 II 169, 171; 136 I 87, 90; BIAGGINI (note 13) Art. 5 N 8; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) N 1822.

³⁰ ATF 135 I 130, 140.

³¹ ATF 142 I 49, 64; 139 I 280, 284.

³² ANDREAS AUER, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zürich 2016 N 641; TANQUEREL (note 28) N 305; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) N 1509.

et cantonal pour la mettre en œuvre, le Conseil fédéral et le gouvernement valaisan pour préciser le sens des lois, l'administration fédérale et cantonale ainsi que les partenaires sociaux pour les exécuter.

- 55 En revanche, les particuliers n'ont nul besoin d'une loi pour pouvoir adresser aux instances compétentes des informations à leur disposition qui se rapportent au phénomène du travail au noir, pas plus que ces instances en ont besoin pour pouvoir les recevoir, en prendre connaissance et les prendre, ou non, en considération. Le principe de la légalité et son corollaire principal, l'exigence de la base légale, ne s'appliquent tout simplement pas dans ce contexte. Son inapplicabilité découle d'une part du libre arbitre des particuliers de communiquer ou de ne pas communiquer un fait ou une donnée à l'Etat. Elle découle d'autre part du défaut de tout effet de droit d'une telle communication, tant en ce qui concerne l'activité de l'organe de contrôle qui peut en découler que pour ce qui a trait aux conséquences qui peuvent en résulter pour le dénonciateur.
- 56 Pour les mêmes motifs, l'art. 4 al. 3 LPD, qui exige que le but indiqué lors de la collecte de données personnelles soit prévu par une loi, ne peut pas être interprété comme prescrivant une base légale pour qu'un particulier puisse transmettre à l'organe compétent une information concernant un cas suspecté de travail au noir, ni pour que cet organe puisse la recevoir. Encore une fois, l'exigence de base légale s'applique à « l'activité de l'Etat » (art. 5 al. 1 Cst), pas à celle des particuliers. On n'imagine pas en effet que la loi doive, ou puisse, prévoir dans quel but un particulier communique une donnée, fût-elle personnelle, à l'organe de contrôle.

D. Application de la législation sur la protection des données

- 57 Contrairement à ce que laisse entendre le message (p. 9 ad art. 6 al. 2), le fait, pour une autorité, de recevoir des informations qui lui sont transmises par des particuliers n'est pas réglée par la LPD. Le terme « collecter » (*beschaffen*) figurant à l'art. 3 let. e LPD suppose en effet, pour l'autorité ou la personne qui collecte, un rôle actif consistant à chercher elle-même les données en cause. En revanche, recevoir une information contenant une donnée personnelle ou autre, sans l'avoir cherchée, en prendre acte et connaissance et, le

cas échéant la détruire, ne constituent pas un « traitement » de cette donnée³³. Peu importe le moyen – communication orale, écrite ou électronique, téléphone, formulaire préétabli, application informatique – par lequel l'information parvient à l'autorité.

- 58 L'art. 17 LTN va d'ailleurs dans le même sens, vu qu'il ne s'applique qu'aux données contenues dans des procès-verbaux (al. 1 let. a) ou communiquées à l'organe de contrôle par les autorités compétentes dans le domaine dont relève le contrôle (al. 1 let. b). Le renvoi à la LPD (al. 4) ne se rapporte donc pas aux données qui sont transmises à l'organe par des tiers. Il en va de même de l'art. 9 OTN, qui se contente d'habiliter les organes de contrôles cantonaux « à consulter, saisir, modifier et détruire » les données en cause, mentionnées à l'art. 17 LTN.
- 59 Ces remarques s'appliquent *mutatis mutandis* aux dispositions liminaires de la LIPDA, notamment à ses art. 3 al. 4 (collecte) et 17 al. 1 (exigence d'une base légale).

E. Conclusion

- 60 Il me semble donc que l'avant-projet pourrait, et probablement devrait, être épuré de toute mention de la possibilité, pour l'ICE ou les CPP, de collecter des informations provenant des tiers. Cette possibilité n'en continuerait pas moins d'exister, comme elle existe dans les 25 autres cantons qui n'ont pas jugé nécessaire ou utile de légiférer en la matière. Le rôle de pionnier que le canton du Valais croyait devoir s'attribuer en la matière repose sur un malentendu.
- 61 Certes, il n'est pas interdit au législateur cantonal de faire figurer cette possibilité dans la loi, vu que le contenu de celle-ci tombe, pour l'essentiel, dans le domaine de la souveraineté (art. 3 Cst) et de l'autonomie normative des cantons³⁴. Mais sa mention explicite ap-

³³ BEAT RUDIN in: Baeriswil/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSK), Bern 2015 Art. 3 N 34: «Beschaffen ist die Aktivität der beschaffenden Person oder des Bundesorgans, wodurch sie gewollt Kenntnis von den Daten erhält oder die Verfügung darüber begründet. Kein Beschaffen liegt vor, wenn das aktive und subjektive Element fehlt»; WALDMANN/BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht; Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 12 N 66: «Gelangt (die Behörde) ohne ihren Willen zu Daten und vernichtet sie in der Folge oder sendet sie verwendungslos zurück, sind die Vorschriften für die Datenbeschaffung nicht zu beachten».

³⁴ AUER (note 32) N 57-65.

pellerait notamment une définition précise du cercle des personnes jouissant de cette possibilité, une détermination de la procédure à suivre, une garantie de la protection de l'identité du dénonciateur et un rappel du fait que ce dernier ne peut se prévaloir d'un droit quelconque, formel ou matériel, à ce propos. Or, de telles précisions risquent fort de multiplier les litiges peu utiles et de compliquer l'application et le respect de la loi, qui dépendent étroitement de l'efficacité de l'activité de contrôle.

- 62 Il me semble aussi que, de la même façon que l'autorité n'a pas besoin d'une base légale pour inviter les particuliers à lui communiquer des cas présumés de travail au noir, ni pour mettre à leur disposition un formulaire y relatif (supra N 47, 55), il lui est loisible de créer ou de participer à la création d'une application informatique y relative sans devoir s'appuyer à ce sujet sur une base légale explicite et spécifique. La motion urgente (supra N 4), semble donc enfoncer une porte ouverte lorsqu'elle en appelle à « des dispositions légales idoines permettant l'utilisation de tout support informatique, téléphonique ou autres par des tiers pour localiser des situations pouvant s'avérer irrégulières ».
- 63 S'agissant en revanche de l'enregistrement des données transmises par des tiers et de leur conservation sur un support informatique ou autre (avant-projet art. 6 al. 3 ; 13a al. 2 ; 13c al. 2), le principe de la légalité ainsi que la législation sur la protection des données s'appliquent pleinement, étant donné que l'élément actif de ce type de collecte y est prédominant.

V. L'observation

A. Les mesures envisagées

- 64 L'avant-projet contient plusieurs dispositions qui ont pour but de créer une base légale pour permettre aux inspecteurs de l'emploi, à des conditions déterminées, d'observer à son insu une personne ou une entreprise, soupçonnée de poursuivre une activité de travail au noir :

- L'art. 6 al. 2 autorise les CPP « à photographier avec des moyens usuels l'activité déployée sur le lieu de travail, dans le respect des principes de finalité et de proportionnalité ».
- Sous la note marginale « Enquêtes préliminaires et observations », l'art. 13c confère la même possibilité aux inspecteurs de l'emploi si l'ICE, disposant d'indices concrets de violation de la loi par une personne ou une entreprise et estimant que l'observation est indispensable à la récolte des preuves, a décidé d'ouvrir une enquête préliminaire (al. 1). L'observation permet notamment aux inspecteurs de collecter des données sur la personne ou l'entreprise soupçonnée et de la prendre en image (photographie ou vidéo), pourvu qu'elle « se trouve dans un lieu librement accessible ou un établissement public, ou encore dans un lieu visible depuis un lieu librement accessible » (al. 2). La durée de l'observation est limitée à 30 jours au cours d'une période de trois mois consécutifs (al. 4). A la clôture de l'enquête, l'ICE communique à la personne concernée les motifs, le mode et la durée de l'observation (al. 5), à moins que les données recueillies ne soient pas utilisées à titre de preuves (al. 6), auquel cas elles sont détruites (al. 7).

B. Les sources d'inspiration

- 65 Les dispositions envisagées ont visiblement été inspirées d'une série de mesures d'investigation du même genre prévues par d'autres normes, fédérales et cantonales. La modification projetée semble donc correspondre à l'esprit du temps, soucieux de renforcer les moyens d'investigation portant sur des activités frauduleuses ou délictuelles, quitte à restreindre, s'il le faut, les droits fondamentaux touchés.
- 66 Les art. 282 et 283 CPP permettent au ministère public et à la police d'« observer secrètement des personnes et des choses dans des lieux librement accessibles et effectuer des enregistrements audio et vidéo », à des conditions et dans des limites qui ont dû, du moins en partie, guider les auteurs de l'avant-projet.
- 67 L'art. 43a LPGa, adopté par l'Assemblée fédérale le 16 mars 2018 et qui sera soumis au peuple en novembre 2018, autorise l'assureur à « observer secrètement un assuré et, à cette fin, effectuer des enregistrements visuels et sonores ou utiliser des techniques visant

à le localiser », à condition notamment que l'assuré se trouve « dans un lieu accessible au public ou dans un lieu qui est librement visible depuis un lieu accessible au public ». L'art. 43b LPGa soumet l'observation avec des instruments techniques de localisation à une autorisation du tribunal compétent.

- 68 Le Décret modifiant la loi sur l'intégration et l'aide sociale concernant le contrôle relatif à l'obtention illicite de l'aide sociale (...), adopté par le Grand Conseil valaisan en date du 16 février 2017 (RS/VS 850.1), habilite les inspecteurs spécialisés à observer secrètement les personnes concernées « sur le domaine public ou sur une portion du domaine privé visible de tout un chacun depuis le domaine public », l'observation pouvant inclure l'usage de moyens d'enregistrement d'images (art. 15quinquies).

C. Une atteinte au droit à la protection de la sphère privée

1. Le cadre constitutionnel

- 69 Les art. 13 Cst et 8 CEDH garantissent à toute personne le droit au respect de sa vie privée, qui couvre notamment son identité, sa réputation, ses relations sociales et ses comportements intimes.
- 70 Si les personnes physiques travaillant dans un chantier peuvent sans autre se prévaloir de cette protection constitutionnelle et conventionnelle, tel est aussi le cas des entreprises, car leur réputation, notamment, ne compte pas parmi les aspects de la sphère privée destinés exclusivement aux êtres humains dont les personnes morales ne sont, en principe, pas titulaires³⁵.
- 71 L'observation secrète d'une personne constitue une atteinte à la sphère privée de la personne observée qui doit en principe être considérée comme grave, notamment parce qu'elle est secrète et parce qu'elle permet d'enregistrer toutes sortes de données sensibles. Sans doute la personne et l'entreprise qui sont dans une situation de fraude avec la réglementation en matière de travail au noir doivent-elles effectivement et raisonnable-

³⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Les droits fondamentaux, 3^e éd. Berne 2013 N 384; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, *Grundrechte*, 3. Aufl. Bern 2018 171.

ment s'attendre à faire l'objet de mesures de surveillance, suivies le cas échéant de sanctions. Mais toutes celles qui n'ont rien à se reprocher à cet égard ont le droit d'être laissées seules (*the right to be left alone*) et de ne pas être importunées par de telles mesures. Or, l'observation est précisément censée déterminer si la personne ou l'entreprise observée tombe dans la première ou dans la seconde catégorie.

- 72 Une atteinte à la sphère privée n'est admissible au regard de la Constitution que si elle est prévue par la loi, se justifie par un intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst)³⁶. Les deux premières conditions ne posent pas de problème en l'espèce, étant donné que la LALDétLTN, que l'avant-projet veut modifier, tombe dans la catégorie des lois formelles dans le canton du Valais (art. 31 al.1 Cst/VS)³⁷ et que la lutte contre le travail au noir, pour des raisons à la fois économiques, sociales, juridiques et éthiques³⁸, constitue à n'en pas douter un intérêt public majeur.
- 73 Quant à la proportionnalité, se composant de l'aptitude, de la nécessité et de la prépondérance de l'intérêt public dans la pesée concrète des intérêts³⁹, elle doit être examinée et pesée à la lumière des différentes conditions et des limites auxquelles l'observation est soumise:

2. La subsidiarité

- 74 L'observation ne peut être autorisée par le Service que s'il⁴⁰ dispose d'indices concrets que la personne ou l'entreprise observée est en infraction avec la LTN telle que concrétisée par l'art. 13 LALDétLTN (art. 13c al. 1 let. a) et qu'elle est indispensable à la récolte des preuves permettant à l'autorité d'ouvrir une procédure (art. 13c al. 1 let. b).
- 75 Sous l'angle de la proportionnalité, ces deux exigences sont capitales. Elles signifient que la démarche de l'observation doit être l'*ultima ratio*, ce qui suppose que le Service ait bien

³⁶ ATF 137 I 327, 330.

³⁷ AUER (note 32) N 658.

³⁸ FF 2002 3371, 3375.

³⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 35) N 226-237.

⁴⁰ Comme la réalisation de cette condition est une condition de l'autorisation de mener des observations, la décision y relative incombe non pas à l'ICE, mais au Service. Il y aura donc lieu de remplacer la mention de l'ICE à l'art. 13c al. 1 let. a de l'avant-projet par celle du Service.

examiné si et dans quelle mesure des moyens moins invasifs – visite de chantiers, interrogation des personnes suspectées – peuvent fournir les renseignements nécessaires à l'établissement des preuves recherchées.

- 76 Dans la pratique, il ne sera pas aisé de vérifier si la condition de la nécessité de l'observation est remplie. Comme il y a nécessairement péril en la demeure, il n'est pas certain que le Service ait le temps d'examiner en détail les alternatives moins restrictives et d'évaluer leurs chances de succès. Il est donc à craindre que la condition de la subsidiarité ne soit, en fin de compte, qu'une feuille de vigne cachant la volonté, sinon la détermination de statuer un exemple.

3. Le lieu

- 77 A l'instar de l'art. 43a LPGA, mais à la différence de l'art. 282 CPP, l'art. 13c al. 2 let. c de l'avant-projet permet aux inspecteurs d'observer la personne soupçonnée lorsqu'elle se trouve dans un lieu librement accessible ou dans un lieu visible depuis un lieu librement accessible.
- 78 Vu que les chantiers ne se situent pas, en principe, sur le domaine public, l'observation dans le deuxième cas de figure risque d'être centrale, en pratique, dans tous les secteurs concernés. D'un côté, l'atteinte qu'elle cause à la vie privée est particulièrement grave, car les travailleurs et les employeurs visés se croient, du moins s'ils sont de bonne foi, à l'abri d'une mesure secrète de surveillance et de collecte clandestine de données. De l'autre côté, le chantier n'est, en règle générale, ni leur domicile ni leur lieu privé, mais leur lieu de travail dans lequel leur sphère privée n'a pas besoin d'être protégée avec la même intensité. C'est vrai surtout pour les différents secteurs de la construction, mais aussi dans celui des entreprises de nettoyage, vu que les locaux qu'il s'agit de nettoyer ne sont pas des lieux privés du personnel de celles-ci.
- 79 Les critiques qu'un expert réputé a adressées au cadre territorial de l'observation des assurés selon l'art. 43a LPGA⁴¹ – qui permettrait d'observer une personne dans des lieux privés, alors que l'observation d'un suspect par la police est limitée au domaine public –

⁴¹ THOMAS GÄCHTER, Überwachung von Versicherten: Wieviel ist genug? NZZ vom 28.11.2017.

ne peuvent donc pas être transposées à l'observation destinée à détecter des cas de travail au noir.

4. La durée

- 80 Une observation qui peut durer au maximum 30 jours sur une période de trois mois (art. 13c al. 4) cause d'emblée une atteinte qui est sensiblement plus grave que celle qui dure trois ou quatre jours pour lesquelles le Tribunal fédéral a estimé que le seuil de la gravité n'était pas atteint⁴².
- 81 Sous l'angle de la nécessité l'on peut se poser la question si une durée plus courte, par exemple dix ou quinze jours, ne permettrait pas d'atteindre le même but, tout en protégeant mieux la sphère privée. Je n'ai pas trouvé dans le message une explication pourquoi une observation pendant un mois tous les trois mois est jugée indispensable pour réunir suffisamment de preuves d'un travail au noir.
- 82 La durée de l'observation est excessive surtout parce qu'elle peut être prolongée, à titre exceptionnel il est vrai, pour une durée identique, ce qui rend possible une observation secrète pendant 60 jours tous les trois mois, donc en fait pendant huit mois à l'année. Cela paraît excessif.

5. Les observateurs

- 83 L'observation ne peut être ouverte que par une décision du chef de section et ne peut être menée que par les inspecteurs de l'emploi (art. 13c al. 1). C'est là une différence de taille avec des observations qui, dans d'autres domaines, sont conduites par des particuliers, notamment des détectives privés.
- 84 Les inspecteurs sont des employés d'Etat (art. 13 LcPers) soumis aux devoirs de service (art. 20 à 28 LcPers), agissant dans le cadre de la LPJA, disposent d'un brevet de police et d'une expérience de plusieurs années au sein d'un corps de police et sont au bénéfice de formations spécialisées en matière d'assurances sociales et de droit public et collectif du travail.

⁴² ATF 137 I 327, 334 (observation pendant trois jours); 143 I 377, 384 (quatre jours).

85 Ces qualifications ne constituent certes pas une garantie contre des violations du droit à la protection de la sphère privée, mais on peut admettre qu'elles atténuent sensiblement le risque d'erreurs et d'abus au cours de l'observation qui, en fin de compte, ne sont pas moins vraisemblables que les premières. C'est d'ailleurs bien le risque d'abus dans la procédure d'observation secrète que la Cour européenne des droits de l'homme a voulu éviter en condamnant la Suisse dans l'affaire Vukota-Bojic du 18 octobre 2016⁴³.

6. Conclusion

86 Les conditions et les limites auxquelles l'avant-projet soumet l'ouverture d'une observation ont pour effet que celle-ci résiste, à mon avis, au grief de la violation du principe de proportionnalité, sous réserve il est vrai de la durée, qui paraît excessive, surtout au regard de l'absence de toute explication à ce sujet (supra N 80-82).

87 Il s'agit certes d'une atteinte grave au droit à la protection de la sphère privée. Elle serait probablement inadmissible si les cas de travail au noir étaient rares et la tendance stable ou en baisse. Face à la recrudescence massive, à la généralisation inquiétante et à la complexité croissante du phénomène, elle doit être considérée comme une tentative de redressement que l'Etat est en droit de mettre sur les rails.

88 Il n'est pas certain que les observations qui seront mises en route permettront effectivement d'augmenter le nombre de procédures de contrôle et d'en accroître l'efficacité. Mais il est possible, sinon vraisemblable qu'elles exerceront un certain effet préventif sur les personnes et les entreprises actives dans le canton, faisant passer peu à peu l'idée que, comme le disait le Conseil fédéral en 2002, le travail au noir ne doit pas payer⁴⁴. Qu'il puisse en résulter une stabilisation, voire une diminution du travail au noir dans le canton, n'est du moins pas exclu, même si l'expérience incite à la prudence.

⁴³ ACEDH Vukota-Bojic c. Suisse du 18 octobre 2016 N 77.

⁴⁴ FF 2002 3371, 3377.

VI. La suspension

A. En droit positif

- 89 En droit positif, la possibilité, pour une autorité administrative⁴⁵ chargée de surveiller le marché du travail⁴⁶, de suspendre les travaux dans un chantier et de contraindre une personne ou une entreprise à quitter le lieu de travail est prévue tant par le droit fédéral que dans certains cantons.
- 90 Elle est prévue en droit fédéral depuis 2013 par l'art. 1b al. 2 LDét. Prise par l'autorité cantonale, la suspension concerne les indépendants européens qui ne présentent pas les documents nécessaires ou qui n'ont pas apporté la preuve de leur indépendance, si l'organe de contrôle, soit les CPP, les lui ont annoncées (art. 1b al. 1 LDét). La procédure est régie par le droit cantonal (art. 1b al. 2, 2^{ème} phrase LDét)⁴⁷. A noter que tant la décision des CPP d'annoncer de telles personnes à l'autorité cantonale que la suspension prononcée par celle-ci sont laissées à la libre appréciation de ces organes (*Kannvorschriften*). Selon les informations informelles dont je dispose⁴⁸, la mesure a été appliquée à deux reprises, ce qui, semble-t-il, inciterait les indépendants européens à se conformer à la règle.
- 91 Dans le canton de Fribourg, la loi sur l'emploi et le marché du travail, du 6 octobre 2010 (RS/FR 866.1.1), prévoit qu'en cas de suspicion de travail au noir et si l'entreprise refuse de collaborer à l'établissement des faits, le Service peut ordonner la suspension immédiate de l'activité de cette entreprise. Le règlement d'application précise ce qu'il faut entendre par refus de collaborer. A noter que la suspension ne peut être prononcée qu'à l'égard d'entreprises. Selon les informations qui m'ont été fournies, cette mesure de contrainte n'a

⁴⁵ Selon l'art. 9 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (LCD, RS 241), le juge peut interdire ou faire cesser l'activité de travail au noir exercée par une personne ou une entreprise, pour inobservation des conditions de travail (art. 7).

⁴⁶ Des mesures de contrainte administrative sont possibles dans bien d'autres cas, notamment la fermeture d'un établissement (2C_220/2017; 2C_120/2014 ; 2C_627/2009 ; 2C_312/2009), l'évacuation forcée d'un local, etc.; TANQUEREL (note 28) N 1185.

⁴⁷ FF 2012 3161, 3186.

⁴⁸ La liste des entreprises ayant fait l'objet d'une sanction pour violation de la LDét, publiée par le SECO, ne se rapporte qu'aux sanctions prévues par l'art. 9.

été appliquée qu'à deux reprises, en 2012 et 2013, à des entreprises qui auraient obtempéré par la suite ; son effet préventif est jugé non négligeable par l'office de contrôle cantonal⁴⁹.

- 92 Dans le canton de Bâle-Campagne, le § 15 de la loi sur la surveillance du marché du travail du 12 décembre 2013 (RS/BL 815)⁵⁰ ainsi que le § 11 de la loi sur la lutte contre le travail au noir, du même jour (RS/BL 814), permettent au Service cantonal⁵¹ de suspendre les travaux si des employeurs, des travailleurs ou des indépendants refusent de collaborer. La loi précise ce qu'il faut entendre par refus de collaborer. Selon les informations qui m'ont été fournies, ces mesures n'ont à ce jour jamais été appliquées⁵².
- 93 Dans le canton de Genève, l'art. 38B al. 4 de la loi sur l'inspection et les relations de travail, du 12 mars 2004 (RS/GE J 1 05), permet à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail de suspendre les travaux pour contraindre la personne à quitter son lieu de travail, aux conditions prévues par la LDét (supra N 90). Depuis le 20 décembre 2017, l'art. 2 al. 2 et 4 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997 (RS/GE L 6 05.0), autorise l'office à prononcer cette sanction à l'égard des entreprises qui violent les dispositions relatives à la protection des travailleurs ou aux conditions de travail, ou qui refusent de collaborer. Quant à l'art. 35 al. 8 du règlement sur la passation des marchés publics, du 17 décembre 2007 (RS/GE 6 05.01), il prescrit que l'autorité adjudicatrice ordonne⁵³ au sous-traitant, qui viole les obligations d'annonce, de suspendre immédiatement ses travaux et le contraint à quitter les lieux. Entre 2016 et 2017, une cinquantaine d'entreprises sous-traitantes non annoncées auraient été dénoncées aux adjudicateurs concernés, afin qu'une suspension de leur activité soit prononcée. A ce jour, l'office n'a pas prononcé encore de suspension en application des nouvelles dispositions, mais la simple menace d'y recourir aurait déjà permis de régler rapidement l'une ou l'autre situation problématique⁵⁴.

⁴⁹ Entretien téléphonique avec M. Bernhard Schneiter, Service public de l'emploi du canton de Fribourg, Division mesures d'accompagnement, du 9 septembre 2018.

⁵⁰ Gesetz über die Arbeitsmarktaufsicht und über Entsendungen von Arbeitnehmenden und Dienstleistungserbringenden in die Schweiz (AMAG).

⁵¹ Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA, Art. 4 al. 1 AMAG).

⁵² Courrier électronique de M. Patrik Fischer, Ressortleiter a.i. Arbeitsmarktaufsicht, du 9 septembre 2018.

⁵³ Il ne s'agit pas d'une *Kannvorschrift*.

⁵⁴ Informations fournies au Service par M. Santo Fontana, inspecteur en charge du dossier.

B. La mesure envisagée

94 L'avant-projet prévoit que, lors d'un contrôle en application de la LTN, le Service peut ordonner la suspension immédiate de l'activité déployée par une personne ou une entreprise si elle s'y oppose ou refuse de collaborer (art. 15a al. 1). Dans le cadre d'un marché public, il peut ordonner la même mesure à l'égard d'une entreprise si l'une des quatre conditions est remplie : i) l'entreprise emploie des travailleurs étrangers sans permis de travail, ii) il n'est pas établi qu'elle est affiliée aux assurances sociales au sens des dispositions étendues des CCT, iii) elle prélève des cotisations d'assurances sociales et l'impôt à la source sans les reverser aux institutions concernées et iv) elle n'est pas annoncée en qualité de sous-traitant (art. 15a al. 2). Prise sans retard, la décision de suspension pourra être levée lorsque le Service constate que sa cause a disparu (art. 15a al. 3). Dans le cadre d'un marché public, le Service communique la suspension et sa levée à l'adjudicateur et au maître d'œuvre (art. 15a al. 4). La police peut être appelée à collaborer à l'application de la mesure de contrainte (art. 15a al. 5). Un recours au Conseil d'Etat est possible dans les 10 jours, mais dépourvu d'effet suspensif (art. 15a al. 6). On notera d'emblée que cette disposition est bien plus détaillée que les modèles dont elle s'inspire.

C. Champ d'application

- 95 Selon la lettre de l'art. 15a al. 1, la suspension des travaux est uniquement prévue dans le champ d'application de la LTN.
- 96 Le message laisse toutefois entendre qu'elle est susceptible de toucher indistinctement un employeur indigène et une entreprise européenne détachant des travailleurs en Suisse (p. 18). Il est vrai que le Service est l'organe de contrôle et de sanction au sens de la LDét et de la LTN (art. 4 LALDétLTN) et qu'il prononce les sanctions prévues par ces deux lois (art. 15 al. 1 let. a LALDétLTN). La LDét ne prévoit toutefois la mesure de suspension des travaux que pour les indépendants (art. 1b al. 2) et énumère limitativement les autres sanctions administratives que l'organe de contrôle cantonal peut prendre en cas d'infraction à ses dispositions (art. 9). Or, la suspension des travaux exécutés par un travailleur détaché d'une entreprise européenne ne figure pas dans cette liste.
- 97 Si telle était l'intention de l'avant-projet, elle se heurterait à l'exigence de la base légale,

dans la mesure où elle ne se dégage pas avec suffisamment de clarté de l'art. 15a al. 1 de l'avant-projet (supra N 52). Elle violerait probablement aussi le principe de la primauté du droit fédéral, car les cantons manquent de compétence pour élargir les sanctions prévues par la LDét (supra N 32). Il n'est pas exclu non plus qu'elle puisse constituer une violation de l'ALCP, privant les travailleurs détachés et les indépendants du droit de fournir des prestations que cet Accord international leur garantit (art. 5).

- 98 Il convient donc de s'en tenir à la lettre de l'art. 15a al. 1 et limiter la suspension des travaux au cas des infractions à la LTN.

D. Voie de recours

- 99 Prise par un organe de l'administration cantonale, la décision de suspension de travaux est une décision au sens de l'art. 5 LPJA, qui est en principe susceptible de recours de droit administratif devant le Tribunal cantonal (art. 72 LPJA).
- 100 La voie de recours au Conseil d'Etat, prévue à l'art. 15a al. 6 de l'avant-projet, n'est conforme ni à l'art. 191b al. 1 Cst, qui enjoint les cantons d'instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public⁵⁵, ni à l'art. 86 al. 2 LTF, qui oblige les cantons à instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral⁵⁶, ni à l'art. 29a Cst, qui confère à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, y compris à l'égard d'actes matériels⁵⁷. Que le recours n'ait pas d'effet suspensif n'y change rien. Il convient donc de modifier l'avant-projet sur ce point.

E. Une atteinte aux droits fondamentaux

- 101 Ordonnée par l'autorité, la suspension de travaux sur un chantier constitue en premier lieu une atteinte à la liberté économique (art. 27 Cst) des travailleurs et des employeurs qui sont empêchés, pendant la durée de la suspension, d'exercer leur activité lucrative privée

⁵⁵ BIAGGINI (note 13) Art. 191b N 2.

⁵⁶ ESTHER TOPINKE in: Basler BV Kommentar, Basel 2015 Art. 86 N 12-17.

⁵⁷ BIAGGINI (note 13) Art. 29a N 4.

au lieu concerné. Les deux parties – l'entrepreneur mandaté pour réaliser l'ouvrage et le travailleur qui exécute contre un salaire les travaux nécessaires à cette fin – sont directement et gravement touchés dans leur activité professionnelle. La fermeture ou l'exclusion d'un chantier adresse à tous les agents économiques concernés une interdiction de travailler, laquelle constitue une restriction grave au libre exercice d'une activité économique garanti par l'art. 27 Cst⁵⁸.

102 Est également restreinte la garantie de la propriété (art. 26 Cst) du mandataire qui veut faire exécuter les travaux sur son bien-fonds et en est empêché pendant la durée de la suspension, ce qui limite temporairement son droit individuel de jouir de sa propriété⁵⁹.

103 Comme toutes les libertés, la liberté économique et la garantie de la propriété peuvent être restreintes aux conditions définies à l'art. 36 Cst, à savoir sur la base d'une loi, pour un motif d'ordre ou d'intérêt public et dans le respect de la proportionnalité. La condition de la base légale suffisamment déterminée est d'emblée remplie (supra N 72).

104 Il n'en va pas nécessairement de même avec la condition de l'intérêt public. Certes, comme le rappelle le message (p. 18), l'intérêt public visé est celui de la législation fédérale dont il s'agit de forcer le respect. Mais il s'agira d'examiner si la fermeture d'un chantier se justifie pour un motif d'ordre public, de sécurité ou de santé au sens de l'annexe I 5 de l'ALCP. Le contenu et la portée de ces notions sont définis non pas par le droit suisse, mais par le droit de l'UE. L'on ne peut pas exclure que la Cour de Justice les interprète étroitement, vu la portée centrale qu'elle confère à la libre circulation des personnes. Cela signifierait que la fermeture d'un chantier risque de ne pas être conforme à l'ALCP.

F. Le principe de la proportionnalité

105 Selon les auteurs, le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 et 36 al. 2 Cst) prend une signification particulière dans le domaine des mesures de contrainte administrative⁶⁰. Il n'est pas certain que tel soit véritablement le cas lorsque, comme en l'espèce, le législateur a créé une base légale spécifique pour la suspension de travaux en la soumettant à une

⁵⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 35) N 952.

⁵⁹ Ibid. N 807.

⁶⁰ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich 2016 N 1482; TANQUEREL (note 28) N 1185.

série de conditions relativement strictes. Tout porte à penser que la proportionnalité a moins de poids dans ce contexte.

106 Parmi les trois conditions cumulatives dont se compose le principe de la proportionnalité – l’aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens restreint – la première est tranchée par le législateur qui, en habilitant l’autorité à suspendre les travaux d’une personne ou d’une entreprise, a d’emblée décidé que cette mesure était, en principe, propre à atteindre l’intérêt public visé, à savoir la lutte contre le travail au noir. Appelé le cas échéant à juger de la constitutionnalité d’une fermeture ordonnée, le tribunal compétent ne pourra remettre en question cette appréciation que si elle lui paraît arbitraire.

107 La deuxième condition a, elle aussi, été examinée et, du moins en partie, tranchée par le législateur qui a estimé que la fermeture d’un chantier pouvait, à certaines conditions, s’avérer nécessaire pour atteindre le but visé. S’il y avait, en toute circonstance, un moyen moins répressif pour lutter contre le travail au noir que la suspension de travaux, la base légale prévoyant cette mesure devrait elle-même être considérée comme disproportionnée. Or, si le législateur fédéral et trois parlements cantonaux ont jugé nécessaire de la prévoir (supra N 90-93), il paraît difficile de dénier ce droit au législateur valaisan, cela d’autant moins qu’il a pris soin de l’entourer de conditions relativement précises.

108 Cela étant, il se peut évidemment que l’application de cette sanction dans un cas particulier ne remplisse pas la condition de la nécessité. Celle-ci doit donc être examinée avec un soin particulier par le Service lorsqu’il se pose la question de savoir s’il faut, dans un cas particulier, suspendre les travaux sur un chantier. Elle ne pourra être tranchée à satisfaction de droit que par le juge, saisi par la personne ou l’entreprise sanctionnée, au vu de l’ensemble des circonstances⁶¹.

109 Sous l’angle de la nécessité toujours, l’on peut se demander si, dans le cadre d’un marché public (art. 15a al. 2), il ne suffirait pas que le Service avertisse l’adjudicateur des travaux des irrégularités constatées et s’en remette à lui pour prononcer les sanctions qui s’imposent⁶². L’art. 13 al. 1 LTN, qui charge l’autorité cantonale compétente, et non l’adjudicateur, de sanctionner l’employeur qui a fait l’objet d’une condamnation entrée en force pour cause

⁶¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 35) N 228.

⁶² Comp. ATF 138 I 367.

de non-respect important ou répété de ses obligations, s'opposerait probablement à une telle délégation.

110 C'est la troisième condition de la proportionnalité, à savoir la pesée concrète des intérêts en jeu, qui s'avère décisive. Sur ce point, le législateur n'a pas pu faciliter la tâche du Service appelé à prendre la décision, ni celle du juge chargé, le cas échéant, à évaluer la conformité de celle-ci au droit. Parmi les facteurs qui devront être soigneusement pris en considération, mis en relation et pesés, l'on peut mentionner la gravité de la suspicion du travail au noir, le nombre de personnes et d'entreprises directement responsables, le nombre de personnes et d'entreprises qui, sans être coupables, seront affectées par la mesure, les effets matériels de celle-ci et, *last but not least*, sa valeur d'exemple.

111 Selon la doctrine, qui s'appuie notamment sur l'art. 41 al. 2 PA, l'autorité serait tenue de menacer la personne ou l'entreprise concernée de la suspension et de lui impartir un délai suffisant pour cesser d'exercer l'activité incriminée, faute de quoi la suspension serait d'emblée disproportionnée⁶³. C'est à juste titre que l'art. 15a de l'avant-projet ne mentionne pas cette condition. D'une part, la PA ne s'applique pas directement dans la procédure en cause, de sorte que l'on ne saurait exiger qu'il y ait péril en la demeure pour renoncer à l'avis comminatoire (art. 41 al. 3). D'autre part et surtout, l'avis risquerait fort de rendre inopérante la mesure de suspension, tant il est vrai que la personne ou l'entreprise avisée aurait tout loisir de dissimuler l'activité suspectée ou de la suspendre pour l'occasion, quitte à la reprendre par la suite. En d'autres termes, l'ancrage explicite de la suspension dans la loi constitue un avis – certes non personnel, mais s'adressant à tous ceux qui s'aventurent sur le terrain d'un travail au noir – que cette sanction pourra être prise à leur égard. Cela doit suffire au regard de la proportionnalité.

112 La même remarque s'applique au droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst). S'il fallait donner l'occasion à l'entrepreneur ou au travailleur concerné de s'expliquer sur la suspicion de travail au noir avant de suspendre son activité, cette mesure serait privée de son effet de surprise en lequel réside le cœur même de son efficacité. Selon la jurisprudence et la

⁶³ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. Bern 2014 320, 327; MOOR/POLTIER (note 27) 133. Dans un avis de droit non publié, rendu en novembre 2013 («Rechtliche Voraussetzungen der Anordnung von vorsorglichen Arbeitsunterbrüchen auf Baustellen wegen Verdachts auf Zuwiderhandlungen gegen die flankierenden Massnahmen», N 40), je me suis rallié à cette conclusion, dans un contexte il est vrai marqué par l'absence de toute base légale.

doctrine, le droit constitutionnel de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise peut se heurter à l'intérêt d'un déroulement régulier de la procédure, à l'urgence d'une mesure et au souci d'éviter que celle-ci ne puisse être aisément contrecarrée⁶⁴. En l'espèce, l'urgence et la prévention d'un évitement de la suspension justifient qu'il soit fait exception au droit d'être entendu. La restriction ou la négation de ce droit doit cependant être prévue par une base légale suffisamment déterminée⁶⁵. En prescrivant que le Service peut ordonner « la suspension immédiate » et qu'il prenne cette décision « sans retard », l'art. 15a al. 1, 2 et 3 de l'avant-projet respecte cette condition. Quoi qu'il en soit, le droit d'être entendu retrouvera toute son importance en cas de recours contre la mesure.

G. La responsabilité de l'Etat

113 Aux termes de l'art. 4 al. 1 de la loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents, du 10 mai 1978 (RS/VS 170.1), l'Etat du Valais répond du dommage causé illicitement à un tiers par un agent dans l'exercice de sa fonction. La présence d'un motif justificatif écarte d'emblée l'illicéité d'un dommage⁶⁶. Il en va ainsi de façon générale lorsque l'acte qui cause un dommage poursuit un intérêt public et notamment lorsqu'il repose sur un usage autorisé de la force⁶⁷. Faute d'illicéité, la responsabilité de l'Etat est exclue dans de tels cas.

114 La suspension de l'activité d'une entreprise ou d'un indépendant sur le lieu de travail, prévue par l'art. 15a al. 1 et 3 de l'avant-projet, constitue une mesure de contrainte administrative qui lui cause un dommage matériel et financier considérable, mais qui poursuit un intérêt public majeur, à savoir la lutte contre le travail au noir. Du moment que les conditions de l'application de cette sanction sont remplies et qu'elle respecte le principe de proportionnalité, le dommage qu'elle cause n'est pas illicite, ce qui exclut la responsabilité de l'Etat.

⁶⁴ ATF 133 V 196, 198; WALDMANN in: Basler BV Kommentar, Basel 2015 Art. 29 N 47; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 35) N 1553-1555.

⁶⁵ WALDMANN (note 62) *ibid.*

⁶⁶ TOBIAS JAAG, Le système général du droit de la responsabilité de l'Etat, in: Favre/Martenet/Poltier (éd.), La responsabilité de l'Etat, Genève 2012, 23, 33.

⁶⁷ ETIENNE POLTIER, La responsabilité de l'Etat pour acte illicite: l'exigence de l'illicéité, in: Favre/Martenet/Poltier (note 64) 45, 55.

115 Quant à la responsabilité de l'Etat pour acte licite, elle n'existe que si elle est explicitement prévue par la loi⁶⁸, ce que rappelle l'art. 11 de la loi précitée. Or l'avant-projet ne prévoit pas que l'Etat est responsable du dommage causé par une suspension de travaux sur un chantier.

H. Conclusion

116 Malgré la gravité de l'atteinte qu'elle cause à la liberté économique des entreprises et travailleurs concernés, la suspension des travaux ne peut pas être considérée en elle-même comme une violation de celle-ci. Puisqu'elle est explicitement prévue par la loi et poursuit un intérêt public majeur, sa constitutionnalité dépend de la diligence avec laquelle le Service procède à l'évaluation et à la pesée des intérêts, nécessairement contradictoires, qui sont en jeu.

117 L'avant-projet lui fournit une aide précieuse pour l'accomplissement consciencieux de cette tâche difficile. Mais il ne parvient bien évidemment pas à exclure que, dans cet exercice, des violations de la liberté économique puissent être commises dans des circonstances concrètes. Il appartiendra au juge de les éliminer.

Remarques finales

118 La réalité en matière de travail au noir est malheureusement trop noire pour que l'Etat puisse continuer à l'ignorer comme par le passé. Le phénomène le prend à partie et le menace, en même temps qu'il nuit à l'économie, dans ce qu'il a de plus fragile, à savoir la crédibilité et, partant, la légitimité. De peur de se brûler les pattes, il est d'abord tenté de ne rien faire, en laissant jouer pleinement les lois du marché et le jeu des partenaires sociaux. Or, ces marchés, précisément, sont contournés et balafrés par le phénomène du travail au noir, jour par jour, secteur par secteur. Quant aux partenaires sociaux, ils ne peuvent pas non plus s'y accommoder.

⁶⁸ THIERRY TANQUEREL, La responsabilité de l'Etat pour acte licite, in: Favre/Martenet/Poltier (note 64), 85, 92.

- 119 L'avant-projet s'efforce de réagir contre cette situation en donnant au Service et aux inspecteurs de l'emploi, respectivement aux contrôleurs paritaires, des instruments supplémentaires pour combattre le travail au noir et le dumping salarial. La mise à profit de la dénonciation des abus par les particuliers, l'observation à leur insu des entreprises et personnes fautives, la suspension des travaux en cas de fraude massive, le tout entouré de précautions et soumis à des conditions méticuleuses.
- 120 La Constitution ne s'oppose pas d'emblée à cette tentative méritoire d'endiguer le flot des abus et des irrégularités qui sont le fait, le plus souvent, de personnes et d'entreprises du cru, même si le doigt accusateur se dirige, systématiquement, contre les autres, ceux d'autres cantons ou venus de l'étranger. L'avant-projet a été soigneusement préparé et prudemment rédigé même si, sur certains points bien précis, il dépasse les limites de ce qu'il paraît admissible au regard des droits et des principes constitutionnels développés par la jurisprudence et la doctrine.
- 121 Que les amendements prévus à la LALDétLTN apportent, dans la pratique future, les améliorations espérées, n'est pas certain. Il n'empêche que le souci de renforcer les moyens d'action de l'Etat contre le phénomène envahissant du travail au noir est plus que justifié. Face à l'intensification inquiétante de ce véritable fléau du marché du travail contemporain, il me semble que le législateur cantonal, chargé de mettre en œuvre le contrôle de l'application des mesures fédérales en la matière, n'a guère d'autre choix.



Andreas Auer