



Département de la santé, des affaires sociales et de la culture
Departement für Gesundheit, Soziales und Kultur

CANTON DU VALAIS
KANTON WALLIS

Rapport accompagnant l'avant-projet de modification de la loi cantonale d'application de la loi fédérale sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir (LaLDétLTN)

Avril 2019

Madame, Monsieur,

Le présent rapport accompagne l'avant-projet de modification de la loi d'application de la loi fédérale sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir (LaLDétLTN – RS VS 823.1).

Cet avant-projet a pour but la mise en œuvre de dispositions visant le renforcement du dispositif de lutte contre le travail au noir, les distorsions de concurrence et le dumping salarial et social, mais aussi de répondre à la demande du Grand Conseil allant dans ce sens.¹ Il s'inscrit notamment dans le contexte de l'évolution toujours plus rapide des nouvelles technologies de l'information et, avec elle, de la législation en matière de protection des données. Seul à-même de garantir l'indépendance indispensables au contrôle du marché du travail et, partant, le maintien de la paix du travail et de la cohésion sociale, l'Etat est chargé d'une triple mission : adapter les moyens d'action aux nouvelles réalités économiques, se montrer exemplaire et veiller à ce que l'ensemble des entités impliquées dans cette mission s'attachent au respect des libertés fondamentales et des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité.

Cet avant-projet s'inscrit en tant que mesure prioritaire dans le programme gouvernemental, de même que dans son Agenda 2030 en matière de développement durable. En effet, l'optimisation du contrôle des marchés publics et des mesures de lutte contre le dumping salarial et le travail au noir ainsi que le maintien d'une attitude exemplaire de l'Etat dans son rôle de mandant, comptent au nombre des projets prioritaires visant à améliorer la compétitivité de l'économie cantonale. Outre que les ressources dévolues à ces missions figurent au nombre des postes autofinancés, les dispositions proposées n'ont pas d'incidence financières directessur le ménage de l'Etat ou en termes de ressources humaines.

1. Contexte général

1.1 Lutte contre la concurrence déloyale et le dumping social

Comme le précisait déjà le Message du Conseil fédéral de 2002², le travail au noir ne constitue pas un délit négligeable. Il est à l'origine de nombreux problèmes, au nombre desquels des pertes de recettes conséquentes pour l'administration fiscale et les assurances sociales. Il entraîne des distorsions de la concurrence et constitue une menace pour la protection des travailleurs* (conditions de travail, dumping salarial et social).

Le non-respect des lois affecte la crédibilité de l'Etat aux yeux du citoyen et alimente la méfiance générale à l'égard des institutions et du cadre réglementaire de l'économie formelle. Le travail au noir doit par conséquent être combattu pour des raisons à la fois économiques, sociales, juridiques et éthiques. La lutte contre le travail au noir est une tâche complexe et de longue haleine. Elle requiert la coordination des actions et la collaboration de nombreux organismes et autorités et ne peut s'accomplir sans une réelle volonté politique à tous les niveaux de l'administration et de l'exécutif. La Confédération soutient l'action menée en priorité au niveau cantonal. En juin 2018, elle a notamment accepté le financement (pour moitié) d'un poste supplémentaire d'inspecteur de l'emploi voté par le parlement valaisan en décembre 2017. Elle a toutefois souligné dans ses nouveaux contrats de prestations que toute

* *Dans le présent rapport, toute désignation de personne, de statut ou de fonction vise indifféremment l'homme ou la femme.*

¹ [Motion urgente 2.0237 du 14 mai 2018](#)

² [Message concernant la loi fédérale contre le travail au noir du 16 janvier 2002 \(02.010\) publié in FF 2002 pp. 3372et 3375 \(2002-0223\)](#)

observation (prise d'image et enquête de voisinage) ou enquête préalable (auprès des institutions sociales, des différents services en charge des impôts et des migrations) dans le domaine du travail au noir ne saurait être financée, dès lors que de telles démarches ne sont pas formellement prévues par le droit fédéral.

Afin de garantir la confiance de chacune et de chacun dans le dispositif de prélèvement fiscal et de couverture sociale et, partant, maintenir ainsi sa crédibilité, il est indispensable de se doter des instruments adéquats destinés à poursuivre les cas d'abus de manière conséquente.

Historiquement, dès les années 90, l'ampleur et les conséquences du travail au noir ont fait l'objet d'une prise de conscience accrue. En 1999, le Grand Conseil valaisan faisait œuvre de pionnier en promulguant un décret visant à lutter contre ce fléau et en créant un organe de contrôle spécialisé. La même année, le Parlement fédéral a également légiféré dans le cadre de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes : il a doté les autorités cantonales et les commissions professionnelles paritaires des bases légales et de ressources leur permettant de veiller à l'observation du marché du travail et au respect des conditions de travail et de salaires par les travailleurs détachés européens actifs dans notre pays.

Enfin, en juin 2005, des dispositions fédérales visant à combattre le travail noir ont finalement été adoptées, afin d'assurer une concurrence saine et équitable et d'empêcher les travaux non déclarés. Suite à diverses phases d'optimisation de cette législation, les dispositions cantonales accompagnant leur mise en œuvre ont fait l'objet d'une révision complète, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Malheureusement, l'abandon par le Conseil fédéral dès le 1^{er} juin de la même année de l'obligation d'annonce des travailleurs à l'AVS immédiatement dans le mois suivant leur prise d'emploi, a fait tomber un garde-fou pourtant central de prévention du travail au noir.³ Cette modification législative et l'évolution de la situation sur le terrain nécessitent de dégager aujourd'hui des moyens d'action renforcés.

1.2 Tendances et constats actuels

Depuis des mois, en dépit de perspectives économiques plutôt optimistes, syndicats et patrons ne cessent de tirer la sonnette d'alarme : de plus en plus de fraudes impliquant des travailleurs et des entreprises sont constatées, principalement sur les chantiers, mais aussi dans les secteurs de l'hôtellerie-restauration, de la vente, de l'économie domestique (nettoyage et garde/soins à domicile) ou encore des travaux saisonniers (jardinage et récoltes).

Déjà estimés en 2001 à quelque 37 milliards de francs par an (soit 9,3 % du PIB)⁴, les travaux exécutés au noir en Suisse en violation de dispositions légales ont été évalués en 2014 à 45 milliards,⁵ Par extrapolation sur le PIB valaisan, cela représente **1,2 milliard de chiffre d'affaires non déclaré pour notre canton, avec ses conséquences directes sur l'emploi**. Les pertes qui en découlent en matière d'impôts et de cotisations sociales sont colossales. Il convient ainsi d'être proactif et innovateur pour lutter contre ce phénomène et assurer une prévention efficace.

³ [Abrogation de l'art. 136 RAVS \(RS 823.101\)](#), suite à la [motion Niederberger](#), alors que dans des pays comme la France ou le Brésil, l'obligation d'annonce en ligne avant toute prise d'emploi, constitue depuis des années une formalité dissuasive centrale

⁴ [Message concernant la Loi fédérale contre le travail au noir du 16 janvier 2002 \(02.010\) publié in FF 2002 pp. 3372 et 3375 \(2002-0223\)](#)

⁵ L'économiste autrichien Friedrich Schneider a estimé à 427'000 équivalant plein temps, le nombre de travailleurs au noir en Suisse en 2014. S'y ajoutent 63'000 employés étrangers en situation irrégulière, in [Die Grösse der Schattenwirtschaft : Methodik und Berechnungen für das Jahr 2016, Johannes Kepler University Linz u. Institut für Angewandte Wirtschaftsforschung, Tübingen, Prof. Dr. Friedrich Schneider u. Bernhard Boockmann, Feb. 2016.](#)

Dans les domaines de la construction et de l'artisanat du bâtiment, l'utilisation de main-d'œuvre à des conditions de travail et de salaires très éloignées des minimas en vigueur constitue désormais un cancer dont tout le monde se plaint. Réalisés par des «pseudos professionnels» n'ayant souvent ni les capacités structurelles ni la formation leur permettant une exécution dans les règles de l'art, sans garantie en cas de défauts, il n'est pas rare que ces ouvrages présentent également, après coup, des manquements graves qui ternissent l'image des professions concernées.

Différents phénomènes concourent à ce constat : sous-enchère salariale liée à une forte pression sur les prix et les délais d'exécution, avant tout dans la construction⁶, travailleurs sans contrat, payés de main à main ou au bénéfice de fiches de salaires douteuses, faux temps partiel, faux indépendants, faux stagiaires, non-respect des conventions collectives de travail (ci-après : CCT), dumping en relation avec le salaire en usage, faillites à répétition, pour ne citer que ces aspects.

C'est ainsi qu'en 2016, l'Inspection cantonale de l'emploi et de l'aide sociale (ci-après : Inspection de l'emploi) enregistrait 469 demandes de contrôle en matière de travail au noir et 76 relatives à des entreprises étrangères, soit 10% de plus qu'en 2015. Au vu des ressources en personnel à disposition, 280 enquêtes ont pu être ouvertes.

En 2017, le nombre de signalements de fraudes présumées auprès de l'Inspection de l'emploi a, une fois encore, explosé (+30%), approchant la barre des 700, dont 600 concernaient du travail au noir et 100 ayant trait à des détachés européens. La plupart émane des partenaires sociaux, mais aussi et surtout de nombreux employeurs qui peinent à comprendre que l'autorité ne soit pas toujours en mesure d'intervenir dans l'instant et ne puisse prononcer un arrêt immédiat des travaux (imposable exclusivement, en l'état de la législation fédérale, aux faux-indépendants européens).

Dans les faits, force est de constater que la sous-traitance en cascade et l'emploi de clandestins concernent quasi exclusivement des entreprises indigènes. L'effort essentiel devrait ainsi porter en priorité sur la prévention de ce phénomène aussi nuisible qu'endémique, en particulier sur les entreprises qui cassent les prix et en font désormais un usage quasi systématique.

De même, depuis quelques années, les entreprises locales actives dans le domaine de l'artisanat du bâtiment, principalement dans les secteurs du bois et de la peinture, ressentent de façon de plus en plus marquée, les effets de la concurrence étrangère. Il apparaît effectivement que les détachements européens annoncés en Valais pour l'ensemble des branches de l'économie concernaient en 2018 3'676 travailleurs (dont 159 femmes), dont 1'550 dans les seules branches de la construction. Cela correspond au total à 52'127 jours de travail (sur 1'511'384 au total en Suisse), dont 26'111 dans le gros et le second œuvre. Pour les seules années 2017/2018, suite aux contrôles des commissions paritaires et de la coordinatrice de l'Association pour le renforcement des contrôles sur les chantiers de construction (ci-après : ARCC), compétents en matière de contrôle dans ce secteur, ce ne sont pas moins de 122, respectivement 147 entreprises étrangères auxquelles le Service de protection des travailleurs et des relations du travail (ci-après : SPT) a interdit d'offrir leurs services en Suisse⁷.

⁶ En particulier, la mauvaise application des critères d'aptitude dans les marchés publics et la prépondérance, pour ne pas dire l'exclusivité du critère du prix, engendrent aujourd'hui un recours quasi systématique à une sous-traitance sauvage.

⁷ Essentiellement pour refus de renseigner sur les conditions de travail et de salaire pratiquées, non-respect des conditions minimales de rémunération ou encore du devoir de diligence.

De même, toujours en 2017/2018, 12/6 entreprises indigènes ont été interdites de marchés publics en Valais⁸ sur les 38/22 qui l'ont été pour l'ensemble de la Suisse, soit près du tiers, respectivement du quart des interdictions prononcées.

Au final, les infractions objectivées en 2017/2018 par les soins des six inspecteurs de l'emploi en charge de la lutte contre le travail au noir sur le terrain concernaient notamment 209/114 travailleurs non affiliés aux assurances sociales, 30/21 chômeurs, 180/114 infractions à l'impôt à la source, 16/20 à la TVA et 84/143 travailleurs en situation irrégulière dénoncés à la police des étrangers. Ces derniers sont en général abusivement sous-payés et ne disposent d'aucune couverture sociale, ce qui permet aux entreprises qui les emploient, ou font appel à eux en qualité de sous-traitants, de casser les prix. C'est ainsi que 141 dossiers⁹ ont été transmis par l'Inspection de l'emploi au Ministère public en 2018, contre 117 en 2017 et 86 en 2016.

Cependant, il faut malheureusement relever que les mesures d'interdiction d'accès au marché suisse du travail et aux marchés publics peuvent être facilement contournées, les entreprises concernées n'ayant qu'à créer une nouvelle entité ou modifier leur raison sociale pour pouvoir continuer à offrir leurs services.

Si l'on entend sérieusement faire face à ces défis, il convient de diffuser un message clair : le travail au noir n'est jamais profitable. Autrement dit, le risque de se faire sanctionner doit être clairement perçu par toute personne tentée de contourner le système comme supérieur à la perspective de gain.

1.3 Dispositif actuel et améliorations nécessaires

Avec un effectif total de 6 inspecteurs dédiés à la lutte contre le travail au noir, 2 (EPT) au contrôle de l'aide sociale¹⁰ et 2,5 au contrôle des travailleurs détachés européens et à l'observation du marché du travail, auxquels s'ajoutent 2,8 EPT pour les contrôleurs paritaires de l'ARCC (contrôle du respect des CCT de la construction sur le terrain, notamment auprès des détachés), il est impossible de quadriller le canton pour examiner chaque signalement de travail au noir, contrôler la plupart des entreprises étrangères et tous les types de travaux illégaux.

Parallèlement à la question des ressources, de manière à éviter que les contrevenants échappent à des sanctions justifiées, il en va de l'intérêt général que les organes d'exécution puissent bénéficier d'une organisation et d'instruments efficaces permettant de déceler à temps les abus. Les mesures mises en œuvre ne doivent pas apparaître disproportionnées, sous peine d'instaurer un climat général de suspicion, alors qu'une grande majorité des personnes actives se comportent de manière honnête. L'édiction d'un dispositif de contrôle clair et bien délimité s'avère dès lors indispensable.

Celui-ci doit ainsi avant tout reposer sur des informations de qualité, des enquêtes fouillées et un arsenal de mesures crédibles, permettant d'aboutir à des résultats véritablement dissuasifs, et non sur des contrôles «alibi».

Dès lors, il paraît impératif dans ce contexte de pouvoir :

⁸ En cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers.

⁹ 23% dans le domaine de l'hôtellerie-restauration, 22% dans le Second œuvre, 8% dans le Gros œuvre, 14% dans le nettoyage et l'économie domestique, 8% dans le commerce de détail, 6% dans l'agriculture/horticulture et 3% dans les transports

¹⁰ dont les enquêtes révèlent des situations de travail au noir

1. s'appuyer sur les **annonces par les citoyens de situations qui semblent *a priori* irrégulières**, de manière à ce que les autorités compétentes puissent vérifier les informations et le cas échéant intervenir de manière ciblée, et disposer, en ce sens, d'outils de dissuasion;
2. permettre aux inspecteurs de l'emploi de **mener des observations et enquêtes préliminaires**, seules à même de démontrer l'exercice d'une activité non déclarée sur la durée¹¹;
3. autoriser, dans les cas les plus criants, la **suspension des travaux** des entreprises qui s'opposent à un contrôle ou sont en situation d'abus manifeste.

Un examen du dispositif légal actuel a démontré que les dispositions sur lesquelles se fonde l'action des inspecteurs de l'emploi et des contrôleurs paritaires sont pour partie insuffisantes et, partant, nécessitent un nouveau renforcement.

L'échange d'informations, l'utilisation des données ou indices obtenus par le biais d'une permanence téléphonique (mise en place à l'Etat voilà plus d'une décennie), voire d'une application mobile de localisation de chantiers possiblement frauduleux ou tout autre moyen de contrôle sur le terrain, doivent pouvoir faire partie des outils à disposition. C'est dans ce sens qu'a été acceptée la motion urgente 2.0237 du 14 mai 2018.¹²

Le traitement des informations sensibles ainsi collectées se doit d'être non seulement efficient et coordonné, mais aussi proportionné et soucieux du respect de la sphère privée et des dispositions relatives à la protection des données et à la transparence. De même, la protection de l'identité des personnes¹³ qui informent les organes de contrôles doit être assurée.

Concrètement, il convient dès lors d'introduire dans la LaLDétLTN des dispositions spécifiques précisant les compétences octroyées à chaque acteur, la procédure, l'administration des preuves ainsi que les obligations incombant aux personnes et entreprises soupçonnées de réaliser du travail au noir ou de la concurrence déloyale. Soucieux du respect du principe de **primauté (force dérogatoire) du droit fédéral** (art. 49 Cst. féd.¹⁴) et de l'Accord sur la libre circulation des personnes¹⁵, ce dispositif complète ainsi celui prévu par la LTN.

En effet, les cantons ne sont pas habilités à légiférer dans un domaine dans lequel la Confédération a entendu réglementer de manière exhaustive¹⁶, ni à adopter des dispositions qui puissent entraver l'application correcte du droit fédéral. Toutefois, quand bien même ce dernier aurait épuisé sa compétence, des dispositions cantonales peuvent trouver leur place, dès lors qu'il est démontré qu'elles visent un but différent¹⁷ ou qu'elles visent à renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale.¹⁸ En l'occurrence, les messages du Conseil fédéral relatifs à la Loi

¹¹ La plupart des personnes en infraction contrôlées prétendent avoir pris leur emploi le jour même.

¹² [Motion](#) intitulée «1,2 milliard de travaux illégaux : utilisons les nouveaux moyens pour faciliter la lutte»

¹³ Dans la mesure où leurs intentions ne sont pas manifestement malveillantes

¹⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 ([RS 101](#))

¹⁵ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, conclu le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1er juin 2002 ([RS 0.142.112.681](#))

¹⁶ Existence d'un silence qualifié de la loi : Auer, Malinverni, Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Genève, 2013, n° 1105-1108

¹⁷ La jurisprudence est généralement réticente à invalider une loi cantonale qui contreviendrait à ce principe.

¹⁸ ATF 133 I 110, consid 4.1, p. 16, confirmé par l'ATF 137 I 167 (2C_230/2010 du 12 avril 2011), consid 3.4, p. 174, lequel cite les arrêts 2C_659/2009 du 24 juillet 2010 consid. 6.3 et 2C312/2009 du 5 octobre 2009, consid. 4.1

fédérale sur les travailleurs détachés (LDét)¹⁹ et à la LTN²⁰ ne semblent pas apporter d'éléments permettant d'établir une volonté du législateur de brider une extension des compétences des organes d'exécutions que ces lois instituent. Partant, on voit mal ce qui pourrait s'opposer à la mise en œuvre de moyens complémentaires adaptés visant à identifier, puis à sanctionner des comportements et situations clairement illicites.²¹

L'un des éléments importants de cette révision est l'instauration d'une base légale formelle détaillant dans quelles circonstances et à quelles conditions l'observation à l'insu d'une personne soupçonnée de s'adonner à une activité non annoncée est légitime. En effet, l'expérience montre que les contrôles ciblés, précédés par des visites discrètes des lieux de travail, aboutissent à la mise en évidence d'infractions dans 65% des cas, contre 15% suite à des contrôles spontanés. De telles observations, menées à l'insu des personnes concernées, étant susceptibles de représenter une violation importante de la sphère privée et une utilisation abusive des données qui la concerne et, par conséquent, de porter atteinte aux droits garantis correspondants (art. 8 CEDH²² et article 13 Cst. féd.), il convient de légiférer en l'espèce avec prudence et de fixer un cadre précis, au vu du caractère sensible des données ainsi récoltées.

En effet, **la restriction importante d'un droit fondamental telle que la sphère privée**²³, s'agissant d'une observation, **ou encore la liberté du commerce et de l'industrie** (art. 27 Cst. féd. et 10 Cst. cant.²⁴), s'agissant d'une décision de suspension immédiate d'une activité professionnelle, **n'est admissible qu'à la quadruple condition qu'elle soit** (art. 36 Cst. féd.²⁵) :

1. **fondée sur une base légale de rang législatif** (al. 1) : le dépôt du présent projet vise précisément à garantir que les obligations et restrictions qu'il prévoit soient ancrées dans des textes de rang supérieur, sujet à référendum facultatif; leur contenu devant être suffisamment précis pour répondre aux exigences posées en termes de densité normative minimale ;
2. **justifiée par un intérêt public** (al. 2), soit, en l'espèce, la nécessité d'assurer une lutte contre le travail au noir, le dumping salarial et social et la concurrence déloyale envers les entreprises respectueuses du cadre légal en vigueur. De même, l'application rigoureuse d'une CCT étendue et son respect, le maintien des conditions de travail et la garantie de la paix du travail ont été reconnus comme constituant des intérêts publics prépondérants²⁶ ;
3. **proportionnée au but visé** (al. 3) : les obligations et mesures posées doivent être aptes à atteindre l'objectif de dissuasion fixé (principe d'adéquation), lequel ne doit pas pouvoir être

¹⁹ Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, du 8 octobre 1999 (RS 823.20)

²⁰ Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 17 juin 2005 (LTN – RS 822.41)

²¹ cf. notamment [FF 2012 3161](#), s'agissant de la suspension des travaux réalisés par de faux-indépendants. L'avis du Pr Andreas Auer établi le 19 octobre 2018 (par. n°39-41 et réf. cit.) confirme cette analyse

²² Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 - [RS 0.101](#)

²³ Ce droit constitue le prolongement de la liberté personnelle de l'art. 10 al. 2 Cst. féd., soit le droit à l'intégrité physique et psychique, à la liberté de mouvement et autres libertés dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personnalité, qui protège notamment les relations sociales et intimes (soit les faits et gestes que chacun veut garder pour soi-même ou ne partager qu'avec un cercle plus ou moins étroit de personnes, qu'ils soient ou non en lien avec la vie professionnelle), la correspondance ou la réputation, données susceptibles de faire l'objet d'une ingérence arbitraire ou d'entrer dans le cadre d'une procédure pénale ou administrative (ATF 137 I 167, consid. 3.2, p. 172 et réf. cit, dont ATF 135 I 198, consid. 3.1, p. 207 et 268, ATF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid 6.2 ; Dubey, Jacques, Droits fondamentaux, vol. II, Libertés garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bâle, 2018, pp. 47, 76,81 et 189)

²⁴ Constitution du Canton du Valais, du 8 mars 1907 ([RS VS 131.232](#))

²⁵ Voir également ATF 137 I 167 (2C_230/2010 du 12 avril 2011), consid 3.6, p. 175 et réf. cit.

²⁶ TAF, arrêt A/5111/2013 du 6 août 2014, consid. 7.4.2-7.4.4

atteint par un moyen moins préjudiciable ou moins coercitif (principe de nécessité); enfin, un rapport raisonnable doit prévaloir entre les effets attendus de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public considéré (pesée des intérêts) ;

4. **ne touche pas à l'essence du droit constitutionnel visé** (al. 4) : il sera notamment veillé à ce que la durée de la mesure soit limitée au strict nécessaire.

Dans son arrêt du 16 octobre 2016 dans l'affaire Vukota-Bojic²⁷, la Cour européenne des droits de l'homme a posé les principes devant présider à la mise en place d'une mesure aussi attentatoire à la personnalité que la mise en place d'une observation d'un assuré à son insu. La Suisse y est invitée à garantir sa protection par la définition détaillée des circonstances justifiant une telle mesure, sa durée maximale, la procédure d'autorisation, la communication, la conservation des données ainsi que leur accès par des tiers.²⁸ Si elle constitue indéniablement un instrument efficace de lutte contre les abus, elle ne saurait cependant intervenir qu'en dernier recours. De manière à éviter son utilisation systématique en toutes circonstances, un cadre suffisamment restrictif, précisant les modalités à respecter, doit être posé, fondé sur les bases légales formelles détaillées qui vous sont ainsi proposées.

Ces dispositions doivent garantir une pratique uniforme, respectueuse du principe d'**égalité de traitement**, de **proportionnalité** et du **droit d'être entendu**²⁹.

Les dispositions du présent projet sont notamment inspirées de celles édictées sur le même sujet dans le décret cantonal concernant le contrôle relatif à l'obtention illicite de l'aide sociale (RS VS 850.1)³⁰, mais aussi dans le nouvel article 43a de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après **LPGA**)³¹, accepté en votation populaire du 25 novembre 2018, lequel doit permettre de légitimer la surveillance des abus présumés en matière d'assurances sociales.³² Le présent projet, plus restrictif, renonce à des moyens d'enregistrements sonores et de géolocalisation d'un individu³³, limite la durée des observations et tient compte de la plupart des critiques émises lors de la période de consultation portant sur la révision de la LPGA.³⁴

Mentionnons ici que les dispositions proposées dans le présent projet couvrent exclusivement des situations de travail, quand bien même une minorité d'entre elles peuvent se dérouler dans un domicile privé³⁵. Il ne s'agit ainsi pas d'espionner un individu dans le cadre de sa vie privée, qu'elle soit familiale ou intime.

Le caractère non annoncé de ces observations se justifie par la nécessité d'assurer une certaine efficacité aux contrôles réalisés. Le but de cette surveillance ponctuelle, inscrite dans un temps

²⁷ [CEDH, case of Vukota-Bojic gegen Schweiz, Urteil n° 61838/10](#), confirmé par un arrêt subséquent du Tribunal fédéral non publié 9C.806/2016 du 14 juillet 2017

²⁸ Idem supra CEDH Vukota-Bojic, chap. 66-68

²⁹ Ce dernier garantit le droit de faire valoir son point de vue sur les faits pertinents avant qu'une décision ne soit prise à son encontre, qui comprend celui de prendre connaissance des pièces du dossier, de requérir des preuves et de participer à leur administration (art. 29 al. 2 Cst. féd.). De même, l'intéressé doit être rendu attentif aux conséquences d'un refus de collaborer (art. 12 al. 1 let. a LDét et 18 LTN). Ce principe ne comprend toutefois pas le droit automatique d'être entendu oralement ou d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425, consid. 2.1)

³⁰ [Décret du 16 février 2017](#)

³¹ [Révision de la LPGA](#) (nouvel article 43a, accepté en votation populaire le 25 novembre 2018); [Initiative parlementaire 16.479](#)

³² lequel s'attache à préciser le cercle des personnes potentiellement visées, mais aussi les circonstances, les lieux, la durée et les conséquences d'une telle observation

³³ Tracking GPS prévu par le nouvel'article 43b LPGA, moyennant l'autorisation préalable d'un juge.

³⁴ [Réponses à la consultation sur la révision de la LPGA](#)

³⁵ notamment dans le domaine de l'économie domestique ou informatique

limité en pratique à quelques heures, voire à quelques jours, dans l'immense majorité des cas, reste au demeurant parfaitement concret et bien délimité. Chaque observation ne saurait survenir sans motif ou de la seule initiative d'un inspecteur, celui-ci agissant systématiquement sur mandat précis et spécifique de sa hiérarchie (chaque situation fait l'objet d'un suivi régulier). Un contrôle doit être justifié par des raisons objectives, des circonstances particulières ou des soupçons spécifiques d'infraction. Il ne saurait être effectué sous couvert d'un simple prétexte ou sans justification suffisante.

Enfin, contrairement au nouvel article 43a LPGA, qui accorde des prérogatives d'enquête à des détectives privés, le présent projet prévoit de confier celles-ci à des inspecteurs de l'emploi étatiques et assermentés qui, s'ils ne sont pas habilités à mettre en œuvre les dispositions du code de procédure pénale suisse (ci-après **CPP**)³⁶, sont des agents publics soumis aux devoirs de service rattachés à ce statut ainsi qu'aux dispositions de la Loi sur la procédure et la juridiction administratives (ci-après **LPJA**)³⁷. Les inspecteurs de l'emploi actuellement en poste disposent tous d'un brevet de police (ce qui inclut des formations spécialisées en matière d'auditions et interrogatoire et techniques d'observation et d'investigation), 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.

De même, au-delà du périmètre d'action précis défini par le droit fédéral³⁸, l'activité des inspecteurs de l'emploi est soumise au respect des dispositions de la Loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (ci-après **LIPDA**)³⁹.

1.4 Conclusion

La lutte contre le travail illégal sous toutes ses formes doit s'inscrire dans un cadre légal précis, respectueux des droits fondamentaux. L'arsenal à disposition des organes d'exécution doit être en adéquation avec le but à atteindre, ce que les dispositions suivantes s'attachent à respecter et à définir. De manière à s'assurer qu'il ne dépasse en aucune façon les limites de ce qui paraît admissible au regard des droits et des principes constitutionnels développés par la jurisprudence et la doctrine, le présent projet de loi a été soumis pour analyse au Pr Andreas Auer. Son avis de droit du 19 octobre 2018 a permis d'apporter toute précision utile et ainsi de garantir que la teneur des dispositions proposées ne soit en aucune façon contraire à la Constitution. Cet avis est joint en annexe au présent rapport, dont il fait partie intégrante. Le présent avant-projet en a tenu intégralement compte.

³⁶ du 5 octobre 2007 – [RS 312.0](#)

³⁷ du 6 octobre 1976 - [RS VS 172.6](#), en particulier ses art. 17 à 28a

³⁸ art. 7a LDét, respectivement 7, 9 et 17 LTN et 4 et 9 de l'Ordonnance fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 6 septembre 2006 ([RS 822.1411](#) - ci-après **OTN**) relatifs à leurs attributions, ainsi que 8 LDét, respectivement 11-12 LTN et 2 al. 3 OTN pour la coordination avec les autorités et organes concernés)

³⁹ du 9 octobre 2008 – [RS VS 170.2](#), en particulier au respect des ses principes de légalité, licéité, bonne foi, proportionnalité, finalité, reconnaissabilité, exactitude, droit d'accès, transparence et sécurité prévus à ses articles 17 à 21 (cf. en particulier les art. 3 al. 7 let. d, 12 al. 2 et 3, 15 al. 2 let. c et d et al. 3 let. c, 16 et 17, 19 al. 3 et 4 et 19a let d

2. Commentaires

Art. 4 (modifié) Organe cantonal de contrôle et de sanction

Alinéa 3 lettre a : Cet ajout précise que l'Inspection de l'emploi est habilitée à travailler non seulement sur la base de contrôles spontanés, mais également sur la base d'informations fournies par les polices communales ou cantonale, par les différents services et institutions partenaires mentionnés dans la LTN et par toute personne dont les intentions ne sont pas jugées *a priori* manifestement malveillantes. Ouverte à toute personne et soumises à aucune exigence de forme ou de délai, elle n'oblige en aucune façon l'organe de contrôle à la prendre en considération et encore moins à informer le dénonciateur sur ce qu'il a ou non décidé d'entreprendre s'agissant du cas qu'il lui a soumis.⁴⁰

Alinéa 5 : Le Service est ainsi habilité à communiquer les annonces qu'il reçoit du système d'information central sur la migration SYMIC, via le Service de l'industrie, du commerce et du travail, aux commissions professionnelles paritaires compétentes (art. 6 al. 4 LDét), tant et aussi longtemps que les CCT dont elles assument la surveillance sont étendues, au sens de la LECCT⁴¹. En cas de vide conventionnel, ces dispositions ne déployant que des effets posthumes, il appartient à l'Inspection de l'emploi de prendre le relai et de veiller à mettre en œuvre les contrôles nécessaires (art. 7 al. 1 LDét).

Alinéa 6 : Complétant l'alinéa 4 actuellement en vigueur, cet alinéa souligne la nécessité de faire appel à des inspecteurs qualifiés disposant de compétences particulières en matière d'enquête, ainsi que dans le domaine juridique et des assurances sociales. En d'autres termes, le personnel d'enquête doit disposer des qualifications suffisantes lui permettant de délimiter strictement le cadre de son intervention et de faire appel aux méthodes d'investigation les plus appropriées.

Art. 6 (modifié) Organes paritaires

Alinéa 1 : Cette disposition précise de manière explicite le champ d'activité des commissions professionnelles paritaires, soit le contrôle des obligations prévues par les CCT dont elles veillent à la bonne application. Les dispositions étendues de ces conventions doivent en particulier être respectées par toutes les entreprises, y compris celles qui n'y ont pas adhéré à titre volontaire, au nombre desquelles les entreprises européennes détachant des travailleurs dans notre pays.

Alinéa 2 : Une attention particulière est accordée ici au respect des règles posées par la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁴², applicable en l'occurrence. Cet alinéa définit le périmètre dans lequel les contrôleurs paritaires sont autorisés à :

1. **enregistrer⁴³ des informations qui relèvent directement de leur périmètre d'activité.**
Ces données peuvent leur être transmises notamment via un support papier ou informatique ;

⁴⁰ Pr Andreas Auer, avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°51

⁴¹ Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956 ([RS 221.215.311](#))

⁴² du 19 juin 1992 - [RS 235.1](#)

⁴³ Ce n'est pas la collecte mais l'enregistrement des informations reçues qui nécessitent l'édiction d'une base légale formelle (Andreas Auer, avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°55-63 et réf. cit.)

2. **documenter les situations de travail qu'ils rencontrent sur le terrain.** Les commissions professionnelles paritaires doivent pouvoir être nanties de l'ensemble des informations permettant d'analyser en toute objectivité les activités déployées considérées. En pratique, il n'est pas rare que ces dernières relèvent *a priori* de différents métiers (soit de plusieurs CCT) et, partant, de différentes commissions professionnelles paritaires. Pour cette raison, une saisie photographique doit être tolérée, dès lors qu'elle est le moyen le plus simple de définir la nature de l'activité prépondérante, dans le respect du principe de proportionnalité. Enfin, le procès-verbal de contrôle présenté sur place au travailleur pour signature doit mentionner expressément, que ce dernier accepte que son document d'identité soit photographié.

L'ensemble des éléments de preuve ainsi réunis ne peuvent être utilisés qu'à la condition d'avoir été obtenus de manière licite (art. 4 al. 1 LPD), dans le respect des limites spatiales et techniques légales. La prise d'image à travers une vitre ou depuis un lieu privé, de même que l'usage de drones, étant proscrits, tant de la part d'un dénonciateur privé que d'un organe de contrôle, qu'il soit étatique ou paritaire.

Alinéa 3 : Cette disposition définit de quelle manière et dans quel laps de temps maximum ces données nécessaires sont enregistrées. Les données doivent être exactes et être protégées contre tout traitement non autorisé (art. 4, 5 al. 1 et 7 al. 1 LPD).⁴⁴ Lorsqu'il s'agit de données personnelles sensibles (comme le numéro AVS ou la nature d'éventuelles violations d'une loi ou d'une CCT), le consentement de la personne concernée doit être explicite (art. 4 al. 5 LPD). Par souci d'unité de pratique, la durée fixée correspond à celle retenue par le droit fédéral en matière de travail au noir (art. 9 al. 3 OTN), quand bien même les commissions paritaires ne sont pas soumises à cette législation. Cette durée, proportionnée dans sa durée, est conforme au règlement de procédure CPSA.⁴⁵ L'obligation générale de garder le secret est précisée, dès lors qu'elle ne figure pas dans la LDét (contrairement à l'art. 5 LTN).

Alinéa 4 :

- a) Toute information récoltée par les contrôleurs paritaires contenant des soupçons de travail au noir,⁴⁶ d'horaires excessifs ou non autorisés ou de logement de travailleurs non conforme est communiquée au Service (outre les questions de travail au noir, qui relèvent exclusivement de l'Inspection de l'emploi, les autres infractions présumées relèvent de la compétence de l'Inspection cantonale du travail). De même, la SUVA (CNA) est informée, dès lors qu'il s'agit d'une infraction possible aux règles de sécurité. Ces organes d'exécution statuent sur la suite qu'ils entendent donner à ces informations, notamment au sens et dans le respect des articles 13 à 13d LaLDétLTN (infra).
- b) Le Service étant organe de sanction au sens de la LDét et de la LTN, comme le mentionne expressément l'alinéa 1^{er} de l'article 4 LaLDétLTN actuellement en vigueur, ainsi que l'article 7 alinéa 4 de son ordonnance d'application⁴⁷, il est indispensable que les organes de contrôle portent à sa connaissance toute information susceptible de fonder le prononcé par le Service :

⁴⁴ Pr Andreas Auer, avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°63

⁴⁵ Art. 3 et 13 al. 3 du Règlement de procédure de la Commission paritaire suisse d'application CPSA du secteur principal de la construction, du 1^{er} décembre 2010

⁴⁶ C'est le cas notamment en cas de violation de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration, d'impossibilité d'identifier un employeur ou la non affiliation d'un travailleur aux institutions d'assurances sociales gérées par les organisations professionnelles cantonales.

⁴⁷ OLALDétLTN, du 14 septembre 2016 - [RS VS 823.100](#)

- a) d'une amende pour :
 - refus de collaborer (violation de l'obligation de renseigner ou opposition au contrôle de l'art. 12 LDét et 18 LTN) ou
 - violation systématique et dans un esprit de lucre des salaires minimaux prévus par un contrat-type de travail ou des conditions minimales de travail et de salaire (usages) ;
- b) d'une interdiction d'offrir ses services en Suisse (art. 9 al. 2 let. b ch. 2 LDét) ;
- c) d'une exclusion des futurs marchés publics et d'une diminution des aides financières (art. 13 LTN) ;
- d) d'une suspension des travaux exécutés par de faux-indépendants (at. 1b al. 2 LDét).

Alinéa 5 : Cette disposition reste inchangée. Elle permet au Gouvernement, respectivement au département dont dépend l'Inspection de l'emploi, de négocier et définir le détail des synergies à développer avec les organes en charge du contrôle du respect des CCT.

Art. 6a (nouveau) Protection des données

Alinéa 1 : Comme l'indique le message du Conseil fédéral de 2015 relatif à la LTN, *en règle générale, la communication de soupçons, y compris par d'autres autorités, constitue un facteur important de déclenchement de contrôles par les organes compétents.*⁴⁸ Cette disposition, qui doit permettre de maintenir la qualité des informations récoltées, reprend le contenu de l'article 15 lettre c de la Convention internationale n° 81 du 11 juillet 1947 sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce.⁴⁹ L'intérêt du dénonciateur ainsi que l'intérêt public à obtenir des informations parfois cruciales à la mise en évidence d'infractions doivent être mis en balance avec celui de l'intéressé qui sollicite l'accès aux données en question, notamment afin de pouvoir corriger leur caractère potentiellement erroné. L'intérêt à connaître l'identité du dénonciateur, notamment en vue de déposer une action en réparation du dommage subi, semble pour le moins devoir céder le pas devant l'intérêt public à maintenir la motivation des informateurs et à pouvoir ainsi disposer d'informations permettant de mettre un terme à des situations d'abus, dans le respect des principes de finalité et de proportionnalité.⁵⁰ Cette disposition constitue dès lors une exception au sens des articles 15 al. 2 let. c et al. 3 let. c, 19 al. 3 et 19a al. 1 let. d LIPDA. A noter ici que la protection du dénonciateur ne peut être garantie qu'à condition que celui-ci ne soit pas manifestement mû par de mauvaises intentions. L'Inspection de l'emploi procède systématiquement à une pré-analyse succincte de la plausibilité des faits portés à sa connaissance avant d'ouvrir une enquête.

Alinéa 2 : Au vu du caractère bien délimité des données que l'Inspection de l'emploi est en droit de collecter et d'enregistrer en vertu de la LDét (l'art. 7 al. 2 porte sur les seules conditions de travail et de salaire), respectivement de la LTN (art. 4 OTN⁵¹), cette disposition permet de délimiter avec clarté les finalités du traitement des données et ainsi minimiser les risques d'abus.

⁴⁸ Message relatif à la modification de la loi fédérale contre le travail au noir du 18 décembre 2011, 15.0885 (2015-3182) publié in FF 2016 p. 147

⁴⁹ Adoptée à Genève le 11 juillet 1947 et entrée en vigueur le 7 avril 1950, approuvée par l'Assemblée fédérale le 16 juin 1949, instrument de ratification déposé par la Suisse le 13 juillet 1949 et entrée en vigueur pour la Suisse le 13 juillet 1950 ([RS 0.822.719.1](#))

⁵⁰ cf. [ATF A-5430/2013](#) du 28 janvier 2015, consid. 3.5.5 et ref. cit.

⁵¹ évoque la documentation en matière d'assurances sociales, impôt à la source (annonces et décomptes), respect du droit des étrangers, de même que les contrats, décomptes, justificatifs de salaire et horaires de travail

Alinéa 3 : Le droit fédéral pose déjà à satisfaction différentes limites en matière de protection des données : seuls les organes de contrôle sont autorisés à examiner et à introduire des informations bien délimitées dans une banque de données, à les modifier et à les effacer (limite de conservation fixée à 5 ans, sous réserve d'une sanction déployant ses effets pour une durée supérieure). Les articles 4 et 9 OTN et leur commentaire⁵² apportent au demeurant toute précision utile. A noter que le préposé cantonal ou fédéral à la protection des données et à la transparence peut en tout temps effectuer des contrôles inopinés.

Art. 13 al. 1 let. e (modifié) et f (nouveau) Objet du contrôle

Alinéa 1 : Cette disposition précise les compétences octroyées aux inspecteurs chargés de cette mission et la liste exhaustive des domaines sur lesquels peuvent porter leurs investigations, ce point important n'ayant, semble-t-il, pas été abordé lors de la rédaction de la LTN. La liste entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, date de l'entrée en vigueur de la loi cantonale révisée, est ainsi complétée à l'aune de la diversité des situations rencontrées en pratique.

Art. 13a (nouveau) Demandes de contrôle

Alinéa 1 : En écho à la précision apportée à l'article 4 alinéa 3 lettre a du présent projet de loi, une base légale formelle doit fonder la récolte de données devant permettre la mise au jour de comportements délictueux.

Alinéas 2 et 3 : La nature du fichier dans lequel ces données sensibles sont réunies, le périmètre exact des personnes y ayant accès et la façon de les traiter sont ainsi clairement définis. Le principe de finalité fait allusion au périmètre précis dans lequel doit s'inscrire l'intervention de l'Inspection de l'emploi, en fonction du domaine considéré (fiscal, assurances sociales et/ou droit des étrangers).

Alinéa 4 : L'échange d'informations entre les inspecteurs de l'emploi et les services et institutions concernés (valaisans ou d'autres cantons) est essentiel.⁵³ Le Message de la révision de la LTN de 2016 appelait déjà de ses vœux l'élargissement du cercle des autorités susceptibles d'apporter utilement leur concours.⁵⁴ De même, toute infraction punissable d'office doit pouvoir être communiquée directement et sans délai au Ministère public, obligation à laquelle doit répondre tout membre du personnel de l'Etat. Les inspecteurs de l'emploi doivent pouvoir accéder gratuitement aux renseignements utiles à leurs investigations, ce d'autant que celles-ci sont menées dans l'intérêt financier de la plupart des autorités et institutions définies à l'article 12 LTN.

⁵² [Directive du SECO du 26 avril 2006](#), Direction du travail

⁵³ Définis à l'art. 12 al. 3 et 4 LTN, tels le Service de la population et des migrations, Service des contributions, Service de l'action sociale, Contrôle des habitants des communes, corps de police et Gardes-frontières, Douanes suisses et les institutions d'assurances sociales (caisses de compensation, caisses de chômage, SUVA, etc.

⁵⁴ Message relatif à la modification de la loi fédérale contre le travail au noir du 18 décembre 2016, 15.0885 (2015-3182), publié in [FF 2016 p. 147](#)

Art. 13b (nouveau) Processus d'enquête et contrôle

Alinéa 1 : L'autorité doit pouvoir disposer des moyens adéquats pour établir les faits (instruction d'office). Seule la mise en place de ces différentes phases (décrites dans les articles suivants), permet à la fois un contrôle respectueux des principes de proportionnalité et de finalité ainsi que la récolte de données de qualité permettant de confondre les personnes exerçant du travail au noir. En effet, aux fins d'administrer les preuves de manière efficace, les inspecteurs doivent pouvoir recourir à une observation des personnes concernées dans un cadre défini de manière très stricte. Comme déjà indiqué, la pratique montre que la plupart des personnes finalement reconnues en infraction indiquent, lors d'un contrôle sur leur lieu de travail, avoir débuté leur activité le jour même. L'audition de personnes à titre de renseignement trouve son pendant à l'article 18a LPJA.

Art. 13c (nouveau) Enquêtes préliminaires et observations

Alinéa 1 : Des enquêtes préliminaires auprès des institutions (AVS/AI/chômage/LAA) et des services compétents en matière d'impôts et de migrations ainsi que des mesures de surveillance ne sauraient être ordonnées par le chef de l'Inspection de l'emploi ou son remplaçant que s'il existe des indices concrets présumant l'existence d'une infraction à la LTN. Ces mesures d'investigation sont subsidiaires : il faut pouvoir prouver que l'usage de moyens ordinaires est d'emblée voué à l'échec ou est par trop difficile à réaliser. Ces deux conditions cumulatives garantissent que la démarche d'observation reste l'*ultima ratio*. Toute lecture de la correspondance et tout enregistrement sonore (écoutes téléphoniques ou utilisation des microphones) restent prohibés.

Inspiré du contenu de l'article 282 CPP (observation secrète des personnes et des choses dans des lieux librement accessibles)⁵⁵, cet alinéa traduit la volonté de limiter au maximum l'atteinte à la sphère privée de la personne contrôlée. La surveillance menée à son insu et la visite inopinée sur le lieu où il est suspecté de déployer une activité non annoncée doivent se justifier par la nécessité d'établir les faits (principe de finalité).

Comme mentionné en préambule, contrairement à l'article 43a LPGA, qui confie des prérogatives d'enquête à des détectives privés, le présent projet prévoit de confier celles-ci à des inspecteurs de l'emploi au bénéfice d'un statut d'employé d'Etat avec les devoirs qui y sont rattachés, d'un brevet de police et de formations spécialisées en matière d'assurances sociales et de droit public et collectif du travail (art. 4 al. 2 LTN et art. 2 al. 2 OTN).

Les personnes observées sont avant tout celles qui sont soupçonnée, mais peuvent aussi être des tiers qui sont actifs à ses côtés, par exemple des collègues, des employés potentiels ou des associés, ou encore un chauffeur de camionnette dont l'observation doit pouvoir contribuer à élucider les faits portés à la connaissance de l'Inspection de l'emploi.⁵⁶ La découverte fortuite de faits permettant d'objectiver d'autres infractions sont exploitables et peuvent, si les conditions légales sont remplies, faire l'objet d'une ouverture d'enquête distincte.⁵⁷

⁵⁵ du 5 octobre 2007 - [RS 312.0](#)

⁵⁶ Pitteloud, Jo, Code de procédure pénale suisse, commentaire à l'usage des praticiens, Zurich/St-Gall, 2012, n° 687 p. 460 et réf. cit.

⁵⁷ Kuhn, André et Jeanneret Yvan, Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle, 2011, pp. 1283, par. n° 7-8

Alinéa 2 : Il va de soi que l'Inspection de l'emploi ne saurait agir en dehors du cadre strict de sa mission. De même, la prise d'image ne saurait être tolérée que pour autant qu'elle s'effectue depuis le domaine public. Comme déjà indiqué, la prise d'image à travers une vitre, depuis ou à l'intérieur d'un lieu privé sont proscrits, de même que l'usage de drones. Les inspecteurs seront tenus de suivre, préalablement à la mise en œuvre de cette disposition, une formation spécifique relative au droit à l'image.

En effet, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que des enregistrements vidéos d'une rentière AI sur son balcon étaient légaux du fait que la personne avait été filmée depuis le domaine public et que l'observation s'était déroulée sur une période courte et définie.⁵⁸ Les Juges fédéraux justifient également la mesure par un intérêt public à la lutte contre les abus et concluent que cet aspect prévaut sur les intérêts privés de la personne.⁵⁹ L'arrêt Vukota-Bojic de la CEDH déjà mentionné a permis de justifier la mise en place d'un cadre encore plus strict à ces pratiques, raison pour laquelle le présent projet de loi est proposé parallèlement à la révision de la LPGA décidée par le peuple le 25 novembre 2018.

Ainsi, des mesures de surveillance ne peuvent en aucun cas être ordonnées dans n'importe quelles circonstances : l'intéressé doit impérativement se trouver dans au moins une des situations définies par la loi. «Devraient ainsi répondre à cette notion les espaces publics, comme les parcs, les places, les restaurants, et même les balcons en référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral.»⁶⁰ Il appartiendra ainsi au Service de s'assurer en permanence, notamment par des directives internes précises, que les observations restent de durée limitée et en conformité aux principes de proportionnalité et de finalité.⁶¹

A ce stade, la personne soupçonnée n'est pas informée, l'intérêt de l'enquête prévalant, au sens de l'article 27 alinéa 1 LPJA.

Alinéa 3 : Dans le cas où une personne est suspectée de s'adonner à une activité commerciale, les inspecteurs peuvent prendre des renseignements. En revanche, il leur est interdit d'inciter à commettre des actes que la personne n'aurait jamais perpétrés sans l'influence de l'enquêteur.

Alinéa 4 : Pour la CEDH, la durée maximale d'observation doit être clairement définie dans la loi. Le nouvel article 43a alinéa 3 LPGA, accepté par le peuple le 25 novembre 2018, prescrit une période de 30 jours sur six mois à compter du premier jour d'observation, durée pouvant être prolongée s'il existe des raisons valables. Cette durée est ici diminuée d'un tiers, sur une période diminuée de moitié et sa prolongation dûment cadrée par une décision formelle du chef de département dont dépend le Service. En effet, cette période de 20 jours⁶² correspond au montant minimum que gagne en moyenne une personne non annoncée aux assurances sociales sur un chantier (100.-- à 150.-- Frs) par jour, montant à partir duquel elle sera tenue de s'annoncer à l'AVS (2'300.-- Frs par année civile).

Alinéas 5 et 6 : Ce dispositif, directement calqué sur l'article 283 CPP, pose le principe fondamental selon lequel toute enquête se termine par un rapport final mentionnant le résultat des investigations. Le rapport contient les moyens de preuve exploitables, alors que ceux qui ne sont pas utilisables sont détruits sans délai.

⁵⁸ [ATF 137 I 327](#)

⁵⁹ Idem supra

⁶⁰ [Meyer Florence, in Abus en matière d'assurances sociales : bases légales en cours d'élaboration pour légitimer la surveillance, novembre 2017](#), en référence à l'ATF supra

⁶¹ Andreas Auer, avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°63

⁶² Durée limitée en regard des observations formulées par le Pr Andreas Auer dans son avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°80-88 et réf. cit.

Deux cas de figure sont principalement envisagés :

1. Si les soupçons sont confirmés, les inspecteurs de l'emploi rendent à leur hiérarchie un rapport suffisamment détaillé pour appuyer une éventuelle dénonciation.⁶³ Dans ce cas, la personne concernée ayant fait l'objet d'une enquête est - conformément à la LIPDA⁶⁴ - informée des données personnelles collectées et versées à son dossier personnel. Il ne faut pas perdre de vue que, dans un tel cas, la personne concernée aura, sauf à de rares exceptions, été entendue par le service chargé des enquêtes (*art. 13d nouveau* infra). Elle aura donc de toute façon été informée du déroulement de l'enquête à cette occasion, avant de signer son procès-verbal d'audition. Celui-ci mentionne expressément que le dossier est alors transmis aux autorités et institutions compétentes⁶⁵ pour décision. Il appartiendra à ces dernières de garantir un droit d'être entendu dans toute son acception, avant qu'une éventuelle sanction ne soit prononcée.
2. Si, par contre, les soupçons à l'origine de l'enquête n'ont pas pu être confirmés, les inspecteurs de l'emploi en informent leur hiérarchie en lui remettant tous les documents y relatif. Le matériel d'observation ainsi recueilli est détruit, dès lors que l'enquête n'a révélé aucune infraction et que, partant, ces démarches n'aboutiront à aucune décision et ne seront suivies d'aucun effet (jugé non pertinent, il n'a pas valeur de preuve).⁶⁶

La communication porte sur la durée (début et fin) et sur une indication sommaire de la façon dont elle a été observée. S'agissant de la collaboration avec le Ministère public, il faut rappeler qu'il appartient au procureur d'apprécier librement les preuves qui lui sont soumises et, le cas échéant, de prononcer une ordonnance pénale (art. 352 al. 1 CPP), sans devoir requérir le soutien de la Police cantonale pour procéder à des investigations complémentaires. Appliquée jusqu'ici, cette procédure a fait ses preuves.

Art. 13d (nouveau) Auditions

Alinéas 1 à 4 : Le droit de convoquer une personne à une audition découle de son obligation de collaborer (renseigner), au sens de l'article 8 LTN. Il va de soi que les inspecteurs de l'emploi instruisent les situations qui leur sont confiées à charge et à décharge des personnes suspectées. De manière à respecter leur droit d'être entendues, cet entretien doit leur permettre de faire valoir une première fois leur point de vue sur les faits pertinents avant qu'une décision ne soit prise à leur encontre, connaître les éléments du dossier, voire requérir l'audition de personnes à même de confirmer leur version des faits (art. 29 al. 2 Cst. féd.).

Avant transmission de son dossier au Ministère public, aux Services et/ou aux institutions d'assurances sociales concernés, la personne est invitée à faire valoir tout complément d'information utile, de manière à compléter le dossier et à faciliter le travail de l'autorité chargée de statuer sur les faits ainsi établis.

⁶³ A l'instar d'une observation policière, un journal d'observation, réservé à un usage interne exclusif, est tenu dans lequel sont consignés tous les éléments utiles. Le dossier final est un rapport administratif qui synthétise les éléments pertinents et utiles à l'enquête. Sont mentionnées les coordonnées de la personne en cause, un résumé des observations réalisées et les résultats nécessaires à l'administration des preuves (cf. Kuhn, André et Jeanneret Yvan, op. cit., p. 1283, par. n° 6; Pitteloud, Jo, op. cit., n° 686 par. 2, p. 459 et réf. cit.)

⁶⁴ Art. 19

⁶⁵ Telles que Ministère public, Service de la population et des migrations ou Service de l'industrie, du commerce et du travail, Service des contributions, Inspection de douanes et/ou institutions d'assurances sociales, etc.

⁶⁶ Exercée en principe sans contact avec la personne soupçonnée, l'atteinte aux droits fondamentaux est réduite au strict nécessaire (cf. Pitteloud, op. cit., n° 684 p. 458, par. 4 et ATF 135 I 169, consid. 4.3-4 et 5.4.2 cité)

Art. 15 (modifié) Amendes et exclusion

Alinéa 1 : Il est précisé que le Service est organe de contrôle, mais dans ce cas précis également organe de sanction. Dans ce dernier cas, ce sont non pas les inspecteurs de l'emploi mais les juristes du Service qui se chargent de cette tâche.

Art. 15a (nouveau) Suspension des travaux

Alinéa 1 : Une mesure de suspension vise avant tout de permettre aux organes d'exécution de procéder aux contrôles dont ils ont la charge (accès, examen des documents et/ou mise en conformité). A ce titre, il s'agit davantage d'une mesure provisionnelle⁶⁷ que d'une sanction.

L'ordre de suspension du travail d'une entreprise est déjà prévu dans la LDét à l'endroit des faux-indépendants européens (art.1b). Cette disposition n'a pas été jugée contraire aux principes administratifs précités, aucune mesure moins incursive n'ayant pu être identifiée. N'autoriser la suspension des travaux qu'à cette seule catégorie de travailleurs, alors que des situations d'abus prévalent notamment au sein d'entreprises présentes sur le même chantier, semble aujourd'hui peu conforme au but de la LDét et au principe d'égalité de traitement.

Aussi, les cantons de Genève, Fribourg⁶⁸ et Bâle-Campagne⁶⁹ ont décidé de mettre sur pied un dispositif permettant de suspendre une entreprise en cas d'abus manifeste ou de refus de collaborer.⁷⁰

La base légale proposée ici s'inspire directement de ces modèles. Dans le souci d'assurer à cette disposition une densité normative suffisante, elle prévoit aussi bien la mesure de suspension que les conditions auxquelles elle est soumise. Elle respecte le principe d'égalité de traitement, dès lors qu'elle est susceptible de toucher indistinctement un employeur indigène et une entreprise européenne détachant des travailleurs dans notre pays. L'intérêt public visé correspond à celui prévu par les lois fédérales y relatives. Ce dispositif doit également être considéré en lien avec la mise en œuvre éventuelle, par une commission professionnelle paritaire, des articles 7 et 9 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale.⁷¹

Sur le plan de la proportionnalité, elle ne permet pas l'interruption totale des travaux sur un lieu de travail considéré, mais uniquement celui des entreprises qui s'opposent à un contrôle ou refusent de collaborer à l'établissement des faits. Certes, une pesée particulièrement soignée des intérêts publics et privés prépondérants (nécessité) doit intervenir.⁷² En tout état, cette mesure reste, dans un premier temps, moins incursive à l'endroit des entreprises européennes qu'une interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée de 1 à 5 ans (art. 9 al. 2 let. b LDét). Parmi les facteurs à prendre en considération, mis en relation et pesés, mentionnons la gravité de la suspicion de travail au noir, le nombre de personnes et d'entreprises directement responsables, respectivement affectées par la mesure.⁷³

⁶⁷ au sens de l'art. 28a LPJA

⁶⁸ Art. 69 de la Loi fribourgeoise sur l'emploi et le marché du travail, du 6 octobre 2010, [ROF 866.1.1](#) Art. 23 REMT

⁶⁹ § 15 Gesetz über die Arbeitsmarktaufsicht und über Entsendungen von Arbeitnehmenden und Dienstleistungserbringenden in die Schweiz, vom 12.12.2013 ([815](#)) § 11 Gesetz über die Bekämpfung der Schwarzarbeit, vom 12.12.2013 ([814](#))

⁷⁰ Cf. précisions du Pr Andreas Auer, in avis de droit du 19 octobre 2018, consid. 89-93

⁷¹ du 19 décembre 1986 ([RS 241](#)), en lien cas échéant avec les art. 261 et suivants CPC

⁷² SECO, [Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes](#), Berne, octobre 2018, p. 11

⁷³ Pr Andreas Auer, avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°110

Sa validité, quant à la limitation des libertés individuelles, doit avant tout être examinée sous l'angle de la primauté du droit fédéral, de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 27 Cst. féd. et 10 Cst. cant.), voire de la garantie de la propriété (26 Cst. féd.). En effet, elle est susceptible de porter atteinte aussi bien à la liberté de l'entreprise qui refuse de se conformer qu'à celle des salariés, du maître de l'ouvrage et, possiblement, des autres entreprises présentes sur le chantier. C'est la raison pour laquelle la mesure doit être réservée à des situations d'abus manifestes et cesser dès lors que les garanties nécessaires ont été apportées.⁷⁴

Le refus de collaborer peut notamment émaner d'un employeur, d'un maître d'œuvre, d'un chef de chantier, d'un travailleur ou d'un indépendant, sans égard au fait qu'il puisse s'agir d'un sous-traitant. En cas de fuite de travailleurs, l'autorité de contrôle doit pouvoir déterminer leur identité et pour le compte de quelle entreprise ils étaient actifs.

Le projet ne prévoit volontairement pas d'impartir un délai pour cesser, cas échéant, l'activité incriminée, dès lors qu'un avis de suspension des travaux risquerait de rendre inopérante la mesure de suspension. Celle-ci est par conséquent immédiate. Pour les mêmes raisons, aucun droit d'être entendu ne sera accordé, sans que cela viole pour autant ce droit du ou des mis en cause (art. 29 al. 2 Cst, féd.), sauf à priver cette mesure de son effet de surprise. L'urgence et la prévention d'un évitement de la suspension justifient qu'il soit fait exception à ce droit. Enfin, dès l'instant où les conditions posées par cette disposition sont remplies et le principe de proportionnalité respecté, la responsabilité de l'Etat⁷⁵ ne saurait être engagée, la présence d'un motif justificatif, soit la poursuite d'un intérêt majeur qu'est la lutte contre le travail au noir, écartant d'emblée l'illicéité d'un dommage.⁷⁶

Alinéa 2

Comme indiqué dans son programme gouvernemental, le Conseil d'Etat a souligné son attachement à une optimisation du contrôle des marchés publics et au maintien d'une attitude exemplaire de l'Etat dans son rôle de mandant.⁷⁷

Lettre a) : Dans la pesée des intérêts, il sera tenu compte du nombre de travailleurs concernés (une directive pourra prévoir de manière détaillée les critères à pondérer, par. ex. l'ampleur du préjudice et les cas de récidive).

Lettres b) et c) : L'Inspection de l'emploi est en mesure de vérifier directement auprès des institutions d'assurances sociales si une entreprise est affiliée et si les cotisations prélevées ont bien été versées aux travailleurs concernés. Si tel n'est pas le cas, la décision de suspension prise par l'adjudicateur ne pourra être levée tant que les démarches d'affiliation n'auront pas été menées à bien et que les justificatifs du versement des montants dus n'auront pas été fournis (art. 87 chap. 3 LAVS).

⁷⁴ Ainsi, elle ne saurait être mise en œuvre si, en réalité, elle vise à écarter une entreprise qui n'aurait pas payé des peines pécuniaires ou des contributions professionnelles. Dans ce cas, la mesure ne viserait plus alors à rendre le contrôle possible, mais à faire pression sur l'entreprise pour un obtenir un paiement. Dans un tel cas, la commission professionnelle paritaire se doit d'agir par la voie judiciaire civile appropriée.

Cf. également les considérations du Pr Andreas Auer validant la constitutionnalité de cette disposition, in avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°105-112 et réf. cit.

⁷⁵ art. 4 al. 1 de la Loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents, du 10 mai 1978 – RS VS 170.1

⁷⁶ Pr Andreas Auer, in avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°111-117 et réf. cit.

⁷⁷ cf. p. 15, [Améliorer la compétitivité de l'économie valaisanne](#), 6^{ème} mesures prioritaire

Lettre d) : Dans le domaine des marchés publics, la sous-traitance doit être annoncée. Elle est proscrite à plus d'un niveau (art. 17 de l'ordonnance sur les marchés publics⁷⁸ et 28 alinéa 2 de la Loi cantonale sur le travail).

Alinéa 3 : En pratique, le Service, respectivement l'adjudicateur adresse un courriel, confirmé par un courrier recommandé à l'entreprise ou à la personne concernée, avec copie au mandataire principal et au maître de l'ouvrage et à l'entreprise donneuse d'ordre, s'il s'agit d'un sous-traitant.

Il s'agira de tenir compte de l'ensemble des cas de figure qui pourront se présenter et de leurs effets possibles sur l'ensemble des acteurs actifs ou impliqués par le chantier considéré. La mesure durera tant qu'elle s'avère nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Tel sera le cas tant que le contrôle effectif n'est pas possible, tant que les documents demandés n'ont pu être fournis ou, enfin, tant que des doutes fondés existent à leur sujet (conformité du document remis ou mise en conformité de la situation illicite observée). La reprise du travail ne pourra être envisagée par le Service, respectivement l'adjudicateur, qu'après production et contrôle des pièces requises, cas échéant auprès des institutions d'assurance sociale compétentes. Cette reprise ne libère pas pour autant l'entreprise en infraction de sanctions administratives ou conventionnelles.

Alinéa 4 : Au-delà des clauses pénales contenue dans le contrat d'adjudication, la législation en matière de marchés publics prévoit diverses sanctions que l'adjudicateur est invité à mettre en œuvre en pareille situation, dans le respect du droit d'être entendu et du principe de proportionnalité (suspension provisoire du contrat, révocation de l'adjudication, jusqu'à l'exclusion du soumissionnaire de toute participation à une procédure de passation de marchés publics pour une durée maximale de cinq ans, cas échéant diminution par l'Etat d'une subvention en cas de refus d'agir de la part de l'adjudicateur, etc.).⁷⁹

Alinéa 5 : Cette disposition complète l'article 7 alinéa 2 LTN. Elle vise à apporter un soutien aux inspecteurs de l'emploi aux prises avec des situations parfois tendues. Dans de rares cas, l'appui de la police municipale et/ou cantonale reste le seul moyen d'assurer la mise en œuvre effective de la mesure d'arrêt des travaux. Cet alinéa trouve son pendant à l'article 66 alinéa 4 de La loi cantonale sur le travail.

Alinéa 6 : L'objectif central de cette disposition consiste à mettre un terme sans délai à une situation d'abus et de concurrence déloyale manifeste. De nombreux travaux ne durent que quelques semaines, voire quelques jours (notamment dans le domaine de la rénovation et du second œuvre). De manière à conserver son caractère dissuasif, il en va de l'intérêt public que la mesure ne puisse être détournée, et ses effets mis à néant, par un moyen dilatoire tel qu'une procédure de recours. Le choix du recours au Tribunal cantonal est dicté par les articles 191b alinéa 1 Cst. féd., 86 alinéa 2 de la Loi sur le tribunal fédéral (RS 173.110) et 72 LPJA.⁸⁰ Il convient de mentionner à cet égard que les cantons qui disposent d'une telle base légale n'ont jusqu'ici pas eu à la mettre en œuvre, la simple menace d'y recourir ayant permis de régler rapidement les situations problématiques identifiées.⁸¹

⁷⁸ du 11 juin 2003 – [RS VS 726.100](#)

⁷⁹ Art. 19 de la Loi concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 8 mai 2003 [RS VS 726.1](#) ou art. 6 de l'ordonnance sur les subventions du 14 février 1996 ([RS VS 616.100](#))

⁸⁰ Sur recommandation du Pr Andreas Auer, in avis de droit du 19 octobre 2018, par. n°99-100 et réf. cit.

⁸¹ Ibid, n° 91-93

Alinéas 7 et 8 : En cas de besoin, la menace de mise en œuvre de l'amende pour insoumission à l'autorité de l'article 292 du Code pénal suisse devra être mise en œuvre. Quant aux modalités pratiques d'application de ce dispositif, elles seront détaillées dans l'ordonnance (OALDétLTN).

3. Modification de la loi cantonale sur le travail

La loi cantonale sur le travail, du 12 mai 2016 (LcTr – RS 822.1) est modifiée comme suit:

Art. 27 alinéa 4 Contrôle des Listes permanentes

Alinéa 4 : Cette nouvelle disposition doit permettre la mise en place du nouveau dispositif de préqualification des entreprises aux marchés publics. En lieu et place du système exigeant jusqu'ici la fourniture régulière d'attestations par les entreprises, ces dernières doivent pouvoir donner procuration au Service de s'assurer directement à la source, soit auprès des autorités, organes et instances compétents, de la solvabilité de l'entreprise et du respect par ses soins des conditions de travail et de salaire en vigueur.

4. Conclusion

Vu les développements qui précèdent, nous vous invitons à prendre position sur le présent avant-projet de loi.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, l'assurance de notre haute considération.

Glossaire

- Enquête : ensemble des démarches d’investigation menées par un inspecteur avant (enquête préalable et observations), pendant et/ou après un contrôle sur le terrain. Dans certains cas, elle peut être purement administrative.
- Enquête préalable : vérifications d’usage réalisées auprès d’institutions sociales et des services en charge du prélèvement des impôts et des migrations, afin de connaître la situation d’un assuré ou d’une entreprise.
- Observations : démarche d’investigation comprenant des prises d’images sur des lieux de travail (présumés) et des enquêtes de voisinage réalisées à l’insu de la ou des personnes concernées, préalablement au contrôle sur place proprement dit.

Liste des abréviations

- ARCC : Association pour le renforcement des contrôles sur les chantiers de construction (organe de contrôle des commissions professionnelles paritaires du secteur principal de la construction et de l’artisanat du bâtiment)
- CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101)
- CCT : conventions collectives de travail
- CPP : Code de procédure pénale suisse (RS 312.0)
- Cst. cant. : Constitution du Canton du Valais du 8 mars 1907 (RS VS 131.232)
- Cst. féd. : Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
- LAA : Loi fédérale sur l’assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 823.20)
- LaLDétLTN : 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 (RS VS 823.1)
- LDét : Loi fédérale sur les mesures d’accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (RS 823.20)
- LECCT : Loi fédérale permettant d’étendre le champ d’application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311)
- LIPDA : Loi sur l’information du public, la protection des données et l’archivage du 9 octobre 2008 (RS VS 170.2)

- LPD : Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
- LPGA : Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
- LPJA : Loi sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (RS VS 172.6)
- LTN : Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (RS 822.41)
- OaLDétLTN : Ordonnance de la loi d'application de la loi fédérale sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir du 14 septembre 2016 (RS VS 823.100)
- OTN : Ordonnance fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 6 septembre 2006 (RS 822.1411)
- RAVS : Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RS 823.101)
- SUVA : Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt)