

# BGer 2C 965/2019 vom 6. Oktober 2020

Bundesgericht, 2020-10-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_965\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_965_2019)

FR: TF 2C 965/2019 du 6 octobre 2020

IT: TF 2C 965/2019 del 6 ottobre 2020

## Regeste

Convention collective de travail en matière de retraite anticipée pour les travailleurs du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais (Retabat) | Santé & sécurité sociale

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 141 II 113 consid. 1 p. 116).

### E. 1.1

D'après l' art. 87 al. 1 LTF , le recours en matière de droit public est directement recevable contre les actes normatifs cantonaux ne pouvant faire l'objet d'un recours cantonal. L'acte attaqué est un arrêté cantonal modifiant plusieurs clauses étendues d'une convention collective et prolongeant son application jusqu'en 2028. Dans un arrêt publié aux ATF 128 II 13 consid. 1d/cc p. 18, confirmé notamment par l'arrêt 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017 consid. 2.1, le Tribunal fédéral a jugé que la déclaration d'extension d'une convention collective constituait un acte normatif, puisque, par définition, elle étendait la validité de la convention collective à un nombre indéterminé d'employeurs et de travailleurs. Il en va a fortiori de même de l'acte par lequel l'autorité modifie et prolonge une convention collective dont les clauses ont été étendues à l'endroit de tiers à la convention. L'arrêté attaqué revêt donc la forme d'un acte normatif cantonal qui ne peut, dans le canton du Valais, faire l'objet d'aucun recours (arrêt 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017 consid. 2.1 et les références).

### E. 1.2

L' art. 89 al. 1 LTF confère la qualité pour former un recours en matière de droit public à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Lorsque l'acte attaqué est un acte normatif, l'intérêt personnel requis peut être simplement virtuel; il suffit qu'il existe un minimum de vraisemblance que la partie recourante puisse se voir un jour appliquer les dispositions contestées ( ATF 138 I 435 consid. 1.6 p. 445 et la référence; arrêt 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017 consid. 2.2). Quant à l'intérêt digne de protection, il n'est pas nécessaire qu'il soit de nature juridique, un intérêt de fait étant suffisant ( ATF 141 I 78 consid. 3.1 p. 81 et les références). En revanche, un intérêt général tendant à une application correcte du droit n'est pas suffisant ( ATF 136 I 49 consid. 2.1 p. 54 et les références). Les sociétés et entreprises recourantes ont toutes leurs sièges dans le canton du Valais et sont toutes actives soit dans la maçonnerie, le génie civil, le terrassement ou l'exploitation de carrières, de gravières et de décharges de

divers types. Ces activités étant concernées par l'extension de la CCT Retabat, il convient par conséquent de leur reconnaître la qualité de partie.

### **E. 1.3**

Selon l' art. 101 LTF , le recours contre un acte normatif doit être interjeté dans les 30 jours à compter de sa publication selon le droit cantonal. En l'occurrence, l'arrêté en cause a été publié dans le Bulletin officiel du canton du Valais le 18 octobre 2019. Déposés le lundi 18 novembre 2019, les recours ont ainsi été interjetés en temps utile (cf. art. 45 al. 1 LTF ). Il y a donc lieu d'entrer en matière.

### **E. 2**

Dans la présente cause, comme on l'a vu précédemment (cf. consid. 1.1 ci-dessus), le Tribunal fédéral statue en tant que seule et unique instance judiciaire ( art. 87 al. 1 LTF ), puisque le droit de procédure cantonal valaisan ne prévoit pas de contrôle abstrait des normes à l'encontre de dispositions légales, respectivement conventionnelles cantonales (cf. arrêt 1C\_564/2015 du 2 juin 2016 consid. 1 et les références). Il n'existe par conséquent pas d'autorité cantonale de dernière instance (cf. art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF) ayant établi des faits liant le Tribunal fédéral et sur la base desquelles celui-ci pourrait statuer ( art. 105 al. 1 LTF ). Ainsi, dans la mesure où cela est nécessaire, il appartient au Tribunal fédéral d'établir lui-même les faits. Pour ce faire, il peut en particulier se fonder sur les explications des autorités quant à l'application future envisagée d'une disposition, sur les faits notoires et sur les moyens de preuve fournis par les personnes recourantes. Il apprécie librement ces éléments de preuve, en application de l' art. 40 PCF , par renvoi de l' art. 55 al. 1 LTF (pour tout ce qui précède, cf. ATF 143 I 137 consid. 2.3 p. 139 s.; arrêt 1C\_181/2019 du 29 avril 2020 consid. 2.3 et les références).

### **E. 3.1**

La CCT Retabat a pour objet la retraite anticipée (art. 1 al. 1 CCT Retabat). Elle a pour but d'accorder des prestations avant l'âge légal de la retraite déterminé dans la LAVS (art. 1 al. 2 CCT Retabat). Afin d'assurer l'application de cette convention, une fondation dénommée "Caisse de retraite anticipée du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais" (ci-après: la caisse Retabat) a été créée par acte authentique du 31 octobre 2000. D'après l'art. 2 de son règlement, la Caisse est une institution qui ne participe pas à l'application du régime de l'assurance obligatoire introduit par la LPP. Elle est indépendante des institutions de prévoyance auxquelles sont affiliés les assurés dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire (al. 1). Elle est inscrite au Registre des fondations auprès de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse Occidentale (al. 2). Les assurés de la Caisse sont en particulier les personnes exerçant une activité au service d'un employeur au sens des art. 2 et 3 CCT Retabat, pour autant qu'elles cotisent à une institution de prévoyance professionnelle de base reconnue, au plus tôt dès le 1<sup>er</sup> janvier qui suit la date à laquelle elles ont eu 17 ans révolus. Par arrêté du 18 septembre 2019, le Conseil d'Etat a vérifié si les conditions d'extension de plusieurs dispositions de la CCT Retabat était réunies (les art. 5, 8, 9, 11, 11b, 11c, 12, 13, 14, 15, 17, 17b, 18 et 19). Parmi ces modifications, on relèvera en particulier l'art. 5 CCT Retabat, qui prévoit nouvellement que les employeurs doivent assurer les travailleurs assujettis à la CCT Retabat auprès de la Fondation Retabat, caisse de retraite anticipée du secteur de la construction et du carrelage, alors que l'ancienne disposition laissait le libre choix de l'institution d'assurance. Le nouvel art. 12 al. 1 CCT Retabat dispose que le rentier a droit, pendant la durée de perception de la

rente de retraite anticipée au sens de la présente CCT, au versement d'un montant annuel de 8 % du salaire déterminant pour la rente à titre de compensation des bonifications de vieillesse LPP, alors que l'ancienne disposition prévoyait, pour 2014, un montant annuel de 11,5 %. Quant aux taux de cotisation, le nouvel art. 15 al. 1 et 2 CCT Retabat, prévoit que le taux de cotisation total s'élève à 7.75 % et à 9 % au 1<sup>er</sup> janvier 2020 du salaire déterminé à l'art. 14 al. 1 CCT Retabat. Le taux à charge des travailleurs soumis à la CCT s'élève à 2 % et à 2,5 % au 1<sup>er</sup> janvier 2020. L'ancienne disposition prévoyait un taux de cotisation global de 6 % (1,5 % à charge des travailleurs, puis un cinquième de la cotisation totale dès 2019), voire de 6,5 % sous certaines conditions.

### **E. 3.2**

L'art. 341 al. 1 CO dispose que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. L'art. 357 CO prévoit pour sa part que sauf disposition contraire de la convention, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (al. 1). En tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par la convention sont nuls et remplacés par ces clauses; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables (al. 2). L'art. 357b CO a la teneur suivante: (al. 1) Lorsque la convention est conclue par des associations, celles-ci peuvent stipuler qu'elles auront le droit, en commun, d'en exiger l'observation de la part des employeurs et travailleurs liés par elle, en tant qu'il s'agit des objets suivants: (let. a) conclusion, objet et fin des contrats individuels de travail, seule une action en constatation étant admissible; (let. b) paiement de cotisations à des caisses de compensation ou à d'autres institutions concernant les rapports de travail, représentation des travailleurs dans l'entreprise et maintien de la paix du travail; (let. c) contrôles, cautionnements et peines conventionnelles, en rapport avec les dispositions visées aux let. a et b. (al. 2) Les parties ne peuvent insérer dans la convention les stipulations prévues à l'alinéa précédent sans y être autorisées expressément par leurs statuts ou leur organe suprême. (al. 3) Sauf clause contraire de la convention, les dispositions sur la société simple s'appliquent par analogie aux rapports internes des parties. Quant à l'art. 358 CO, il prévoit que le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément.

### **E. 3.3**

Aux termes de l'art. 110 al. 1 let. d Cst., la Confédération peut légiférer sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail. La Confédération a fait usage de cette compétence en adoptant la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT; RS 221.215.311). A teneur de l'art. 1 al. 1 de cette loi, à la requête de toutes les parties contractantes, l'autorité compétente peut, par une décision spéciale (décision d'extension), étendre le champ d'application d'une convention collective conclue par des associations aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention. L'al. 2 de cette disposition prévoit que la décision d'extension ne peut porter que sur les clauses qui lient les employeurs et travailleurs conformément à l'art. 323 CO (actuellement art. 357 et 341 al. 1 CO) ou qui obligent les

employeurs et travailleurs envers la communauté conventionnelle, conformément à l'art. 323 ter CO (actuellement art. 357b CO ). Conformément à l' art. 2 LECCT , l'extension ne peut être prononcée qu'aux conditions suivantes: (ch. 1) elle doit être nécessaire, en ce sens que si elle n'est pas décrétée, les employeurs et travailleurs liés par la convention risquent de subir de graves inconvénients; (ch. 2) elle ne doit pas être contraire à l'intérêt général et ne doit pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Elle doit en outre tenir équitablement compte des intérêts des minorités dans les branches économiques ou professions visées par elle, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises; (ch. 3) les employeurs et les travailleurs liés par la convention doivent respectivement former la majorité des employeurs et des travailleurs auxquels le champ d'application de la convention doit être étendu, et les employeurs liés par la convention doivent en outre occuper la majorité de tous les travailleurs. Lorsque des circonstances particulières le justifient, il peut être exceptionnellement dérogé à la règle exigeant la majorité des travailleurs liés par la convention; (ch. 3 bis ) en cas de requête au sens de l' art. 1a LECCT , les employeurs liés par la convention doivent occuper au moins 50 % de tous les travailleurs; (ch. 4) la convention ne doit pas violer l'égalité devant la loi ni rien contenir de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal, sous réserve de l'art. 323 quater CO (actuellement art. 358 CO ); (ch. 5) la convention ne doit pas porter atteinte à la liberté d'association ni en particulier au droit de s'affilier à une association ou de ne pas le faire; (ch. 6) les associations d'employeurs et de travailleurs qui ne sont pas liées par la convention doivent pouvoir y adhérer à égalité de droits et d'obligations avec les associations contractantes lorsqu'elles justifient d'un intérêt légitime et offrent des garanties suffisantes pour son observation; (ch. 7) les employeurs et travailleurs qui ne sont pas liés par la convention doivent pouvoir s'affilier à l'association contractante ou participer à la convention. Aux termes de l' art. 3 al. 1 LECCT , lorsqu'il s'agit de clauses relatives à des caisses de compensation ou à d'autres institutions prévues à l'art. 323 ter al. 1 let. b CO, l'extension ne peut être prononcée que si l'organisation de ces caisses ou institutions est réglée de façon satisfaisante et une gestion correcte assurée. Finalement, l' art. 11 LECCT prévoit qu'avant de statuer, l'autorité compétente prend l'avis d'experts indépendants à moins que cette consultation n'apparaisse d'emblée superflue. Elle peut instituer une commission permanente d'experts, en particulier pour vérifier si les conditions posées à l' art. 2 ch. 1 et 2 LECCT , sont réunies.

#### **E. 4.1**

Dans sa décision du 18 septembre 2019, le Conseil d'Etat, après avoir rappelé les dispositions légales présentées ci-dessus, a considéré que, dans la mesure où le canton du Valais est exclu de la convention nationale pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA), l'extension de la CCT Retabat est nécessaire, afin d'éviter un vide conventionnel en la matière et d'avantager les dissidents, ainsi que de léser les travailleurs. Le Conseil d'Etat a également exclu toute concurrence déloyale entre les entreprises cantonales et celles qui ont leur siège hors du canton. La différence de taux à charge des employeurs valaisans n'est, selon l'autorité précédente, que de 1 % avec les entreprises soumises à la CCT RA et est compensée par les charges que les entreprises hors du canton ont à payer pour venir exécuter des travaux en Valais. Le Conseil d'Etat a constaté à ce propos que l'augmentation des taux prévue par la nouvelle CCT Retabat correspond aux exigences de l'expertise effectuée à la suite de l'arrêt 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017, qui conclut à la nécessité de l'extension, afin d'assurer la viabilité de la

caisse et les prestations de retraite anticipée. Il a également constaté que la condition des trois majorités est remplie, puisque 61,7 % des employeurs qui possèdent leur siège en Valais sont déjà liés par la CCT Retabat et 73,1 % des travailleurs sont occupés auprès de ces employeurs. Finalement, 70,01 % des travailleurs sont membres de l'une ou l'autre organisations syndicales signataires. Quant à la violation d'un quelconque intérêt général, le Conseil d'Etat a jugé que l'autorité d'extension bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation et qu'il est nécessaire d'étendre la CCT Retabat à l'ensemble de la branche, car à défaut il surviendrait une distorsion de la concurrence. Il a ajouté que cette CCT est nécessaire, n'est pas contraire à l'intérêt général et que son extension ne viole pas la liberté d'association. Finalement, au regard des pièces au dossier, le Conseil d'Etat a jugé que la gestion de la caisse Retabat est exempte de reproche. Il a néanmoins soumis sa décision d'extension aux conditions de l'art. 6 de l'arrêté du 18 septembre 2019 (cf. consid. B i.f. ci-dessus).

#### **E. 4.2**

Les recourants sont d'avis que l'arrêté du Conseil d'Etat du 18 septembre 2019 viole les art. 5, 27 et 94 Cst. , ainsi que 2, 3 et 11 LECCT. Ils estiment que l'expertise effectuée à la suite de l'arrêt 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017 n'est pas complète, notamment car elle ne traite pas du caractère supportable des mesures d'assainissement envisagées. En outre, selon eux, la condition de nécessité n'est pas respectée, car les employeurs et travailleurs liés subiront de graves inconvénients, économiquement insupportables. Les recourants estiment par ailleurs que la condition de la triple majorité n'est pas remplie, tout comme celle de l'interdiction de violer le droit fédéral et l'exigence du respect de l'intérêt général, puisque les mesures risquent d'être économiquement insupportables pour les employeurs et travailleurs cotisants. Ces mesures auront, selon eux, l'effet d'accroître la concurrence entre les entreprises valaisannes et les autres, en violation des art. 27 et 94 Cst. Finalement, les recourants sont encore d'avis que la décision du Conseil d'Etat a été prise en violation du principe de la légalité, car il a accordé une extension conditionnelle de la CCT Retabat, type d'extension qui n'est pas prévue par la LECCT.

#### **E. 5**

Les recourants commencent par se plaindre d'une violation de l' art. 11 LECCT , en ce que l'expertise ordonnée à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 novembre 2017 ne serait pas complète.

##### **E. 5.1**

Comme l'a déjà expliqué le Tribunal fédéral (pour tout ce qui suit, cf. arrêt 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017 consid. 5.1 et les références), la consultation d'experts sert avant tout à examiner si les conditions économiques de la décision d'extension sont remplies. Le Message du Conseil fédéral portant sur l'extension des conventions collectives se réfère en particulier aux conditions de l' art. 2 ch. 1 et 2 LECCT (FF 1954 I 125, p. 177), à savoir que l'extension doit être nécessaire, en ce sens que si elle n'est pas décrétée, les employeurs et travailleurs liés par la convention risquent de subir de graves inconvénients (ch. 1) et ne doit pas être contraire à l'intérêt général, ni susceptible de léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population (ch. 2). En revanche, le quorum et les questions juridiques qui pourraient se poser au sujet des autres conditions de l'extension (cf. art. 2 ch. 4 à 7 LECCT) ne nécessitent que rarement une expertise particulière. Selon la doctrine (GIACOMO RONCORONI, Les art. 1 à 21 LECCT, in Droit collectif du travail, 2010, n. 270 ss p. 464 s.; SCHWEINGRUBER/BIGLER, Kommentar

zum Gesamtarbeitsvertrag, 3 e éd. 1985, p. 128), le recours à une expertise indépendante sert avant tout à examiner les conditions de l'extension que l'autorité n'est pas en mesure d'évaluer elle-même d'office. Une consultation peut s'avérer nécessaire lors d'une première extension, puis superflue lors d'extensions ultérieures d'une CCT de la même branche économique ou de la même profession ou lors de la prorogation d'une extension, pour autant que les circonstances n'aient pas subi de changement essentiel. La consultation d'experts est également superflue lorsque la demande d'extension doit manifestement être rejetée au vu du dossier.

### **E. 5.2**

En l'occurrence, les recourants estiment que c'est à tort que le Conseil d'Etat a retenu que l'expertise devait se limiter à confirmer qu'avec les mesures envisagées par les partenaires sociaux, la pérennité de l'institution était assurée. Ils sont au contraire d'avis que cette expertise devait également traiter de la question du caractère supportable des mesures, question au demeurant thématique par l'expert. A ce propos, les recourants constatent que l'expert a souligné que les mesures envisagées n'assureraient sans doute pas la pérennité de l'institution et seraient contraires à l'intérêt général, puisqu'elles ne tiendraient pas compte de ceux qui devront cotiser et de l'effort qui leur sera demandé. Le fait de savoir si les mesures sont supportables pour les cotisants entrainé dans le cadre de l'expertise, puisque cela permettait de répondre à la question de l'intérêt général. Les recourants concluent sur ce point en excluant toute extension de la CCT Retabat, compte tenu de l'absence d'une expertise analysant de manière complète les conséquences de cette extension.

### **E. 5.3**

Dans l'arrêt de renvoi 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017, le Tribunal fédéral a jugé que les exigences de nécessité et d'absence de contrariété à l'intérêt général ( art. 2 ch. 1 et 2 LECCT ) devaient s'apprécier à l'aune des conditions économiques nécessaires à l'extension d'une convention collective. Il a par ailleurs jugé que l'examen de la situation financière de la caisse Retabat devait permettre, en particulier, de déterminer si l'extension n'était pas contraire à l'intérêt général ( art. 2 ch. 2 LECCT ), retenant notamment les importants changements dans la situation financière de la caisse et jugeant que l'extension de clauses, visant en particulier à augmenter les cotisations envers une institution de prévoyance dont la viabilité n'était pas assurée, pouvait s'avérer contraire à l'intérêt général de l'ensemble des acteurs économiques. Le Tribunal fédéral a également requis la consultation d'un expert pour déterminer si l'organisation de la caisse était réglée de façon satisfaisante et qu'une gestion correcte était assurée (cf. art. 3 al. 1 LECCT ), notamment sur le vu des résultats comptables de la caisse (arrêt 2C\_850/2016 du 13 novembre 2017 consid. 5.3).

### **E. 5.4**

Il ressort de la décision du Conseil d'Etat du 18 septembre 2019, que celui-ci a pris l'avis d'un expert indépendant. Selon cette décision, l'expertise visait à "apprécier la situation financière de Retabat et de déterminer si: (a) les mesures d'assainissement prises par la fondation ainsi que l'augmentation des cotisations sont à même de garantir la pérennité financière de Retabat; (b) les modifications structurelles décidées par la fondation sont, ou non, suffisantes pour assurer une gestion correcte de la caisse; (c) le vide conventionnel [recte: le vide d'extension] actuel est un risque fondamental pour l'équilibre financier de Retabat". L'avis de l'expert figurant dans la décision précitée est "qu'avec un taux de cotisation de 9 % dès 2019, la caisse offrirait les garanties nécessaires pour qu'elle puisse

remplir ses engagements à long terme, pour autant que la CCT soit étendue". Il ressort plus particulièrement de l'expertise que " 1 a cotisation d'équilibre pour atteindre un degré de couverture de 100 % au 31.12.2029 est de 8.7 %, respectivement 9.0 % sans les affiliations facultatives (si appliqué dès 2020) "

### **E. 5.5**

En l'occurrence, dans la mesure où, dans son arrêt du 13 novembre 2017, le Tribunal fédéral a demandé au Conseil d'Etat qu'il mette sur pieds une expertise indépendante pour que celle-ci traite de la question de la situation financière de la caisse Retabat, force est de constater que cela a été fait. Il ressort en effet de la décision du Conseil d'Etat et de l'expertise elle-même qu'un taux de cotisation de 9 % dès 2019 permettrait à la caisse d'offrir les garanties nécessaires pour assurer l'extension de la CCT et un fonctionnement à long terme, même si l'expert a également reconnu qu'il s'agissait là d'un taux minimum et que ce taux n'avait de sens qu'en relation avec une obligation d'affiliation à tout le territoire valaisan à brève échéance. Les recourants sont d'avis que l'expert aurait également dû examiner le caractère supportable de l'augmentation du taux de cotisation pour les travailleurs et les employeurs. S'il est certes nécessaire d'examiner ce point, celui-ci n'avait cependant pas à faire l'objet de l'expertise. Dans son arrêt de renvoi du 13 novembre 2017, le Tribunal fédéral n'a pas requis du Conseil d'Etat qu'il sollicite un expert à ce propos. Pour cette raison, c'est sans violer l' art. 11 LECCT et sans s'écarter de l'arrêt précité que le Conseil d'Etat n'a pas requis d'expertise quant au caractère supportable de l'augmentation du taux de cotisation. Les recourants ne sauraient en outre être suivis lorsqu'ils affirment que l'augmentation de 9 % ne sera pas suffisante. Il faut en effet retenir qu'à teneur de la décision du Conseil d'Etat du 18 septembre 2019, confirmée par la lecture de l'expertise, celle-ci préconise justement un tel taux de cotisation. Les éventuelles augmentations futures, qui ne sont pas prévues par l'arrêté contesté, ne sont qu'hypothétiques et ne sauraient être prises en considération, l'expertise admettant certes qu'un taux supérieur serait préférable, mais reconnaissant néanmoins qu'un taux de cotisation de 9 % est suffisant s'il est appliqué rapidement et à toutes les entreprises du canton. Finalement, il convient encore de rappeler que, s'agissant d'un élément pour lequel le Tribunal fédéral n'a pas renvoyé la cause au Conseil d'Etat, afin de consulter un expert indépendant, cette autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si une telle consultation d'expert est nécessaire (cf. arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 2b).

### **E. 6**

Les recourants estiment ensuite que la décision d'extension prononcée par le Conseil d'Etat ne remplit pas les conditions posées par l' art. 2 LECCT , notamment que l'extension n'est pas nécessaire ( art. 2 ch. 1 LECCT ), que l'exigence de la triple majorité n'est pas respectée ( art. 2 ch. 3 LECCT ) et qu'elle est contraire à l'intérêt général ( art. 2 ch. 2 LECCT ). Ils sont également d'avis que les conditions spéciales de l' art. 3 al. 1 LECCT ne sont pas respectées, c'est-à-dire que la décision d'extension ne tient pas compte des défauts d'organisation de la caisse Retabat.

#### **E. 6.1**

Comme cela a été vu précédemment (cf. consid. 3.3 ci-dessus), l'extension ne peut être prononcée que si elle est nécessaire, en ce sens que, si elle n'est pas décrétée, les employeurs et travailleurs liés par la convention risquent de subir de graves inconvénients ( art. 2 ch. 1 LECCT ).

### **E. 6.1.1**

La nécessité prévue par cette disposition vise en réalité un besoin objectif, en ce sens que l'extension doit être tenue pour nécessaire lorsque, si elle n'était pas prononcée, la convention collective serait totalement ou partiellement inexécutable, ou se révélerait économiquement insupportable pour les employeurs et travailleurs qu'elle lie (cf. FF 1956 I 125 p. 171; GIACOMO RONCORONI, op. cit., n. 78 p. 415; SCHWEINGRUBER/BIGLER, op. cit., p. 103). L'absence d'extension devrait conduire à l'impossibilité de mettre en oeuvre la CCT, afin de résister à la pression de la concurrence des dissidents, ou à condamner les employeurs à subir une concurrence insupportable de ces dissidents (GIACOMO RONCORONI, op. cit., n. 78 p. 415). L'intérêt poursuivi est celui de la branche, qui doit être évalué du point de vue des employeurs et travailleurs liés (GIACOMO RONCORONI, op. cit., n. 79 p. 415 s.; SCHWEINGRUBER/BIGLER, op. cit., p. 103 s.). L'autorité qui prononce l'extension de la convention jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer le besoin, respectivement la nécessité prévue par l'art. 2 ch. 1 LECCT (REMIGIUS FENT, Begriff, Gegenstand, allgemeine Voraussetzungen und Wirkungen der AVE nach dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG], thèse Fribourg 1999, p. 76). On admet que l'exécution d'une CCT n'est pas en péril, lorsqu'elle vise un ordre que la branche économique concernée peut instaurer sans aide de l'autorité et que les employeurs dissidents sont rares et ont peu d'impact économique (GIACOMO RONCORONI, op. cit., n. 80 p. 416; SCHWEINGRUBER/BIGLER, op. cit., p. 103).

### **E. 6.1.2**

En l'occurrence, les employeurs liés, qui représentent 61,7 % des employeurs de la branche dans le canton du Valais, ont sans conteste un intérêt à l'extension de la convention. A cela s'ajoute que, comme l'a relevé l'autorité précédente, en l'absence d'une telle extension, les travailleurs pourraient se trouver préférentiels quant au montant de leurs rentes en cas d'engagement auprès d'un employeur dissident. Il faut également relever que les employeurs dissidents se trouveraient favorisés. Ils n'auraient pas à cotiser pour leurs employés et pourraient proposer des prix inférieurs à leurs concurrents, liés par la convention. Finalement, il faut aussi mentionner le fait que, sans l'extension prévue, il n'est pas exclu que la viabilité de la caisse soit remise en question ou que les cotisations doivent encore être revues à la hausse dans une plus importante mesure, tel que cela ressort clairement de l'expertise. Dans ces conditions, et en rappelant une fois de plus que l'autorité qui prononce l'extension de la convention jouit d'un large pouvoir d'appréciation, on doit reconnaître la nécessité de l'extension en cause et écarter les griefs des recourants à ce propos. Ceux-ci ne font au demeurant qu'affirmer péremptoirement que l'extension ne permettrait pas d'assurer la pérennité de la caisse, alors que l'expertise arrive à la conclusion inverse.

### **E. 6.2**

L'extension de la convention ne doit pas être contraire à l'intérêt général et ne doit pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Elle doit en outre tenir équitablement compte des intérêts des minorités dans les branches économiques ou professions visées par elle, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises (art. 2 ch. 2 LECCT).

### **E. 6.2.1**

A propos de l'intérêt général visé par cette disposition, le Conseil fédéral, dans son message du 29 janvier 1954 à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application (FF 1954 I 125), a relevé que l'extension ne peut être prononcée que si elle n'est pas contraire à l'intérêt général. En revanche, il n'est pas exigé qu'elle concorde avec cet intérêt. Si c'était le cas, l'Etat ne pourrait guère laisser aux associations l'initiative de cette décision. Il devrait alors établir de son propre chef, comme en matière législative, la réglementation réclamée par l'intérêt général (FF 1954 I 125 p. 171). Le Conseil fédéral a également relevé que, comme " l'extension de clauses sur les salaires déroge en principe à la libre formation des salaires, elle constitue un risque particulièrement grand de troubler la formation des salaires et des prix et, partant, de porter atteinte à l'intérêt général. En outre, les clauses destinées à être étendues doivent rester dans les limites de la pratique observée en matière de conventions collectives et ne pas trop anticiper sur l'évolution ". L'extension ne doit en outre pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Il convient ainsi de prendre en considération les intérêts des consommateurs (cf. FF 1954 I 125 p. 172).

### **E. 6.2.2**

On ne saurait suivre les recourants lorsqu'ils affirment que l'extension aurait pour incidence une concurrence déloyale par rapport aux entreprises sises hors du canton du Valais et, de ce fait, constituerait une violation de la liberté économique prévue par l' art. 27 Cst. Ces entreprises extra-cantoniales sont en effet soumises à la CCT RA et cotisent toutes à ce titre. C'est donc justement en l'absence d'extension que les entreprises valaisannes dissidentes se trouveraient avantagées, non seulement par rapport aux autres sociétés valaisannes, mais également par rapport aux sociétés implantées dans un autre canton. Certes, les taux de cotisation entre les sociétés valaisannes, soumises à la CCT Retabat, et les autres, soumises à la CCT RA, ne sont pas les mêmes. Le Conseil d'Etat a néanmoins valablement expliqué que la différence n'était que minime (1 % pour les employeurs) et qu'elle serait de toute façon compensée par les charges que les entreprises situées hors du canton du Valais ont à acquitter pour venir exécuter des travaux dans ce canton. En tout état de cause, la concurrence est nettement plus équilibrée dans la situation où toutes les entreprises valaisannes sont soumises à la CCT Retabat et qu'elles ne cotisent qu'à un taux légèrement supérieur aux entreprises extra-cantoniales, que dans le cas où une partie des employeurs valaisans viendrait à ne payer aucune cotisation. Pour le surplus, il convient encore de relever que l'extension ne met en péril aucune autre branche économique. Même si l'on doit admettre qu'elle ne constitue peut-être pas la solution idéale, on doit néanmoins retenir qu'elle n'est en tout cas pas contraire à l'intérêt général, ce qui suffit pour remplir les conditions de l' art. 2 ch. 2 LECCT .

### **E. 6.3**

Conformément à l' art. 2 ch. 3 LECCT , l'extension n'est possible que lorsque certains quorums sont respectés.

#### **E. 6.3.1**

Selon cette disposition, trois quorums doivent être cumulativement réunis pour que l'extension soit possible. Il faut que, sur l'ensemble du territoire concerné par l'extension (cf. GIACOMO RON-CORONI, op. cit., n. 101 p. 421; SCHWEINGRUBER/BIGLER, op. cit., p. 106; REMIGIUS FENT, op. cit., p. 83) : - les employeurs liés par la convention représentent plus de la moitié de tous les employeurs qui seront soumis à cette convention

après son extension; - les travailleurs liés par la convention représentent plus de la moitié de tous les travailleurs qui seront soumis à cette convention après son extension; - les employeurs liés par la convention emploient plus de la moitié de tous les travailleurs qui seront soumis à cette convention après son extension. A teneur de l' art. 8 al. 2 LECCT , c'est aux organisations contractantes qu'il appartient de démontrer que les quorums sont atteints, en fournissant les indications nécessaires quant aux nombres d'entreprises et de travailleurs, affiliés et dissidents, exerçant sur le territoire concerné (cf. GIACOMO RONCORONI, op. cit., n. 107 p. 422; SCHWEINGRUBER/BIGLER, op. cit., p. 107 s.; REMIGIUS FENT, op. cit., p. 86).

### **E. 6.3.2**

En l'occurrence, il ressort des chiffres figurant dans la décision du Conseil d'Etat du 18 septembre 2019, que 61,7 % des employeurs des branches concernées, qui ont leur siège en Valais, sont déjà liés par la CCT Retabat. S'agissant des travailleurs, ils sont 73,1 % à être engagés auprès d'employeurs liés par cette CCT. En outre, 70,01 % des travailleurs sont membres d'une des organisations signataires de la convention. Pour retenir ces chiffres, le Conseil d'Etat s'est fondé sur des attestations produites par les partenaires sociaux et figurant au dossier de la cause. Sur le vu de ces éléments, on peut constater que les trois quorums sont atteints et que la condition de l' art. 2 ch. 3 LECCT est remplie.

### **E. 6.3.3**

Les recourants considèrent cependant que les chiffres avancés par le Conseil d'Etat ne correspondent pas à la réalité et qu'ils ne ressortent ni des informations figurant sur le site Internet de la caisse Retabat, qui fait référence à l'assurance de " plus de 800 entreprises pour plus de 10'000 employés travaillant en Valais ", ni du rapport annuel 2018 de celle-ci, qui fait pour sa part mention de 918 employeurs affiliés par secteur.

### **E. 6.3.4**

A propos de ces divergences, le Conseil d'Etat, dans sa réponse au Tribunal fédéral a expliqué que les chiffres figurant dans le rapport annuel tiennent compte d'entreprises (et de leur travailleurs) devant être exclues du nombre total d'employeurs liés par la convention, telles que les indépendants, les entreprises de sables et graviers, les entreprises d'échafaudages, les entreprises de travail temporaire, les entreprises qui ont cessé leurs activités, les entreprises en liquidation ou ayant fait l'objet d'une faillite et les entreprises dont la masse salariale totale est inférieure à 75'000 francs. Il a en outre fait références à la pièce 20 de son bordereau de pièces, qui est un courrier de l'AVE expliquant, chiffres à l'appui, la façon de calculer la triple majorité et en particulier les raisons faisant qu'il convient d'exclure les entreprises ayant une masse salariale inférieure à 75'000 francs. Il est en effet considéré qu'en-dessous d'un tel montant, il ne saurait être question d'un poste de travailleur à plein temps, ce qui exclut également la soumission de l'entreprise à la CCT. Les explications du Conseil d'Etat, fondée sur celles de l'AVE, ne sauraient être contredites et il convient de confirmer les chiffres avancés par celui-ci dans sa décision du 18 septembre 2019. D'ailleurs, les recourants n'ont aucunement remis en cause ces déterminations dans leurs prises de position subséquentes, si bien qu'il ne se justifie pas d'instruire plus avant ces éléments de fait et d'admettre que les organisations contractantes ont démontré à satisfaction que les quorums étaient atteints.

### **E. 6.4**

Finalement, à teneur de l' art. 3 al. 1 LECCT , l'extension ne peut être prononcée que si l'organisation de la caisse est réglée de façon satisfaisante et qu'une gestion correcte est assurée.

#### **E. 6.4.1**

Selon la doctrine, l'organisation d'une caisse est considérée comme réglée de façon satisfaisante lorsque le trafic des paiements entre les cotisants et la caisse est réglementé. La caisse a ainsi notamment pour obligation de tenir des comptes devant permettre d'établir à tout moment si la personne cotisante a satisfait à ses obligations quant aux paiements, et quelles sont les créances ou les dettes de la caisse à son égard. Elle doit pouvoir indiquer à tout moment toutes ses créances et obligations. Pour vérifier que ces conditions sont remplies, l'autorité peut prendre connaissance sur place de l'organisation de la caisse (GIACOMO RONCORONI, op. cit., n. 152 s. p. 435; SCHWEINGRUBER/BIGLER, op. cit., p. 113). Pour une organisation suffisante et un fonctionnement correct, le législateur fédéral a préconisé, toutefois sans l'imposer, une administration selon le système paritaire (FF 1954 I 125 p. 173 s.).

#### **E. 6.4.2**

En l'espèce, les recourants estiment que la décision du Conseil d'Etat ne tient pas compte des défauts d'organisation et de gestion soulevés dans la procédure d'opposition. Ils rappellent que le découvert de la caisse a augmenté de 15 % entre 2017 et 2018 et ajoutent que l'organisation n'est pas réglée de façon satisfaisante, car les mesures envisagées ne modifieront pas les problèmes liés au nombre croissant de bénéficiaires de rentes ou à la mauvaise conjoncture boursière.

#### **E. 6.4.3**

A propos de l'organisation de la caisse Retabat, le Conseil d'Etat, dans sa décision du 18 septembre 2019, a constaté, sur la base des éléments au dossier, que cette organisation était satisfaisante. Pour ce faire, il s'est notamment fondé sur une expertise rendue le 5 septembre 2014, sur un courrier de l'organe de révision externe du 9 septembre 2014 et sur le fait que la caisse avait adopté des règles sensiblement plus strictes dans son règlement de placement le 2 novembre 2015. En outre, le Conseil d'Etat a relevé que depuis 2018, l'organe de révision avait procédé à deux audits et constaté qu'un contrôle adapté à la taille et à la complexité de l'institution existait. Il a également mentionné l'adoption de processus uniformisés pour l'ensemble des caisses de l'AVE en ce qui concernait les bases de données, les décomptes et les encaissements de cotisations. Finalement, après avoir encore constaté que la centralisation des compétences liées à la prévoyance et le triplement des effectifs permettaient un double contrôle systématique, le Conseil d'Etat a expliqué que l'augmentation du déficit s'expliquait par l'effet du passage du système de répartition des prestations au système de couverture des capitaux de prévoyance dans un contexte particulièrement difficile. Il a retenu que la pérennité de la caisse Retabat était assurée par les mesures prises.

#### **E. 6.4.4**

Dans leurs recours, les recourants ne s'en prennent pas véritablement à l'organisation de la caisse Retabat, mais plutôt à sa situation économique. Quant à son organisation, on peut néanmoins relever que le Conseil d'Etat a examiné minutieusement ce qu'il en était et qu'il est arrivé à la conclusion pleinement soutenable que l'organisation n'était pas déficiente. A ce propos, on citera le fait que les effectifs en personnel ont été triplés et que des processus

uniformisés relatifs aux bases de données, aux décomptes et aux encaissements de cotisations ont été introduits. On relèvera par ailleurs le fait que les exigences d'intégrité et de loyauté des responsables sont respectées. Il en va de même de la prévention des conflits d'intérêts. Les recourants estiment certes que la situation financière de la caisse est fragile. On leur fera toutefois remarquer que l'expertise commandée par le Conseil d'Etat se penche précisément sur cette situation et arrive à la conclusion que les mesures envisagées, en particulier l'augmentation des cotisations et l'extension de la convention, permettront d'assurer la pérennité de la caisse.

#### **E. 6.5**

Finally, les recourants, se référant à la lettre q de la décision du Conseil d'Etat du 18 septembre 2019 et citant l' art. 5 al. 1 Cst. , se plaignent de violation du principe de la légalité. Ils considèrent que le Conseil d'Etat a prononcé une décision d'extension conditionnelle de la CCT Retabat, ce qui, selon eux, est exclu par la LECCT. En l'occurrence, la formulation figurant dans la décision du 18 septembre 2019, qui fait référence au caractère conditionnel de l'extension, est certes malheureuse. On peut néanmoins constater, comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans sa détermination au Tribunal fédéral, que l'arrêté du 18 septembre 2019 ne prévoit aucune condition à l'extension de la CCT Retabat. A son art. 6, il prend cependant en compte, à tout le moins implicitement, l' art. 18 al. 2 LECCT , qui prévoit la possibilité d'abroger l'extension, lorsque ses conditions ne sont pas ou plus réunies ou que la caisse ou l'institution n'est pas correctement gérée (cf. art. 5 al. 2 LECCT ). Comme l'a valablement expliqué le Conseil d'Etat, celui-ci entendait seulement rappeler cette possibilité, exprimée à l' art. 18 al. 2 LECCT . On ne saurait par conséquent retenir que l'extension de la CCT Retabat viole le principe de la légalité.

#### **E. 7**

Compte tenu de l'ensemble des considérants qui précèdent, il convient de rejeter les recours. Succombant, les recourants supportent les frais judiciaires, solidairement entre eux ( art. 6 al. 1 et 5 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens ( art. 68 al. 1 et 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.