



2C\_850/2016

2C\_851/2016

2C\_852/2016

2C\_853/2016

## Arrêt du 13 novembre 2017

### Ile Cour de droit public

#### Composition

MM. les Juges fédéraux Seiler, Président,  
Donzallaz et Haag.  
Greffière : Mme McGregor.

#### Participants à la procédure

1. A. \_\_\_\_\_ SA,  
représentée par Me Catherine de Preux, avocate,  
recourante 1 (cause 2C\_850/2016),

2. B. \_\_\_\_\_ SA,  
recourante 2 (cause 2C\_851/2016),

3. C. \_\_\_\_\_,  
recourante 3 (cause 2C\_852/2016),

4. D. \_\_\_\_\_ SA,  
recourante 4 (cause 2C\_853/2016),  
tous les trois représentés par Me Jocelyn Ostertag, avocat,

#### contre

Conseil d'Etat du canton du Valais,  
intimé.

#### Objet

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) : modification et prolongation,

recours contre l'arrêté du Conseil d'Etat du canton du Valais du 16 mars 2016.

#### Faits :

##### A.

**A.a.** Les 28 septembre 2000 et 18 décembre 2001, l'Association valaisanne des entrepreneurs (AVE) et l'Association valaisanne des entrepreneurs de carrelage (AVEC), d'une part, et les Syndicats Chrétiens Interprofessionnels du Valais (SCIV-SYNA), le Syndicat Industrie et Bâtiment, sections du Valais (SIB) et le Syndicat interprofessionnel, Section du Haut-Valais (SYNA), d'autre part, ont conclu une convention collective portant sur la retraite anticipée des travailleurs du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais (ci-après: CCT Retabat). Cette convention a pour but d'accorder des prestations avant l'âge légal de la retraite, déterminé dans la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS).

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 de la CCT Retabat, pour autant qu'elles cotisent à une institution de prévoyance professionnelle de base reconnue, au plus tôt dès le 1er janvier qui suit la date à laquelle elles ont eu 17 ans révolus.

**A.b.** Par arrêté du 30 juin 2004, le Conseil d'Etat du canton du Valais (ci-après le Conseil d'Etat) a étendu le champ d'application de la CCT Retabat à tous les contrats de travail passés entre les entreprises, respectivement parties d'entreprises, qui avaient leur siège ou un établissement durable dans le canton du Valais et dont l'activité était exercée dans les secteurs suivants: bâtiment, génie civil, travaux souterrains, construction de routes, terrassement, démolition, décharges, exploitation de carrières, pavages, construction de façades, montage d'échafaudages, la taille de la pierre, travaux de

béton, chapes, d'étanchéité et d'isolation pour des travaux effectués sur l'enveloppe des bâtiments au sens large du terme et des travaux analogues dans le domaine du génie civil et des travaux souterrains, matériaux stockables, extraction de sables et graviers et commerce avec ces matériaux, y compris le transport du et aux chantiers.

**A.c.** Par arrêté du 14 octobre 2009, approuvé par le Département fédéral de l'économie le 2 décembre 2009, le Conseil d'Etat a modifié plusieurs clauses de la CCT Retabat (art. 15, 16, 16b et 16c). Parmi les modifications, le nouvel art. 15 al. 1 prévoyait notamment que le taux de cotisation s'élevait à 5.3% du salaire déterminé à l'art. 14 al. 1.

Par arrêté du 13 avril 2011, le Conseil d'Etat a étendu le champ d'application à raison du territoire et du genre d'entreprise de la convention aux secteurs du recyclage, de l'injection et de l'assainissement de béton, au sciage et forage, à l'asphaltage ainsi qu'à la construction et entretien de voies ferrées. L'autorité a également modifié les art. 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16c et 19d de la convention. Le nouvel art. 11 disposait en particulier que le montant annuel de la rente de préretraite correspondait au 70% du salaire déterminant auquel s'ajoutait un montant forfaitaire annuel de 6'000 fr. Quant au nouvel art. 12, il prévoyait que le rentier avait droit, pendant la durée de perception de la rente de retraite anticipée, à un montant de 18% du salaire annuel servant de base à la rente, diminué du montant de coordination LPP, ou au montant défini par l'Institut de prévoyance, au maximum 12% du salaire AVS. L'arrêté a été approuvé le 25 mai 2011 par le Département fédéral de l'économie.

## **B.**

Par requête publiée dans le Bulletin officiel du canton du Valais du 18 juillet 2014, les partenaires conventionnés ont demandé la prolongation et la modification des arrêtés du Conseil d'Etat des 30 juin 2004, 14 octobre 2009 et 13 avril 2011. Parmi les modifications requises, les organisations proposaient de baisser le montant annuel de la rente de préretraite à 65% du salaire déterminant, auquel s'ajoutait un montant forfaitaire annuel de 4'000 fr. (art. 11). S'agissant de la compensation des bonifications de vieillesse LPP, l'art. 12 a été modifié en ce sens que le rentier avait droit au paiement de la cotisation inscrite dans la Convention collective de travail fixant les exigences minimales pour les travailleurs du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (CCT CPPV), à savoir 11.5% pour 2014. Enfin, le nouvel art. 15 prévoyait que le taux de cotisation total s'élevait à 6% du salaire déterminé à l'art. 14 al. 1.

Cette requête a suscité dix-sept oppositions, dont celles formées par les sociétés A. \_\_\_\_\_ SA (recourante 1), B. \_\_\_\_\_ SA (recourante 2), l'entreprise C. \_\_\_\_\_ (recourante 3) et D. \_\_\_\_\_ SA (recourante 4). L'argument principal des opposants portait sur les problèmes financiers de la Caisse Retabat.

## **C.**

Par décision du 16 mars 2016, le Conseil d'Etat a rejeté les oppositions, pour autant que recevables, et a prononcé la modification du champ d'application de la CCT Retabat en ce sens qu'en seront exclues les entreprises d'extraction de sable et de gravier, y compris le transport du et au chantier. Le même jour, le Conseil d'Etat a rendu un arrêté modifiant et prolongeant l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la CCT Retabat. L'arrêté du 16 mars 2016 prévoit ce qui suit:

### "Art. 1

L'extension de la 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) est modifiée et prolongée (arrêtés des 30 juin 2004, 14 octobre 2009 et du 13 avril 2011) à l'exclusion des clauses en caractère normal mentionnées dans la publication au Bulletin officiel du canton du Valais du 18 juillet 2014.

### Art. 2

Le présent arrêté s'applique à tout le territoire du canton du Valais.

### Art. 3

La convention s'applique à toutes les entreprises, respectivement parties d'entreprises qui ont une activité dans les secteurs de/du bâtiment, génie civil, carrelage, travaux souterrains, construction de routes (y compris la pose de revêtements), terrassement, démolition, décharges et recyclage, à l'exception des installations fixes de recyclage en dehors du chantier, exploitation de carrières, pavage, construction de façades, isolation de façades, montage d'échafaudages, taille de la pierre, travaux de béton, injection et assainissement de béton, sciage et forage, asphaltage, chapes, étanchéité et isolation pour des travaux effectués sur l'enveloppe des bâtiments au sens large du terme et des travaux analogues dans le domaine du génie civil et des travaux souterrains, matériaux stockables, construction et entretien de voies ferrées, commerce avec ces matériaux, y compris le transport du et aux chantiers. Les entreprises d'extraction de sable et de gravier, y compris le transport du et au chantier, sont exclues du champ d'application de la CCT.

### Art. 4

La convention s'applique aux travailleurs suivants, occupés sur des chantiers situés sur le territoire valaisan et dans des ateliers d'entreprises de construction ou de carrelage au sens de l'article 2, quel que soit leur salaire et la durée de leur engagement, en particulier les contremaîtres et chefs d'atelier, les chefs d'équipe, les travailleurs professionnels tels que maçons, constructeurs de routes, paveurs, carrelers, échafaudiers, les ouvriers de la construction ou d'entreprises de carrelage (avec ou sans connaissances professionnelles), les spécialistes tels que machinistes, chauffeurs, magasiniers, isoleurs et auxiliaires, pour autant qu'ils soient également soumis au champ d'application de la CN.

### Art. 5

Les dispositions étendues de la CCT relatives aux conditions minimales de travail et de salaire, au sens de l'article 2 alinéa 1 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés, LDét) et des articles 1 et 2 de son ordonnance du 21 mai 2003 (Odét) sont également applicables aux employeurs ayant leur siège en Suisse, mais à l'extérieur du canton du Valais ainsi qu'à leurs employés, pour autant qu'ils exécutent un travail dans le canton du Valais. La commission paritaire de la CCT est compétente pour effectuer le contrôle de ces dispositions étendues.

### Art. 6

La caisse, respectivement la fondation, devront transmettre chaque année au Service de protection des travailleurs et des relations du travail et l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale les comptes approuvés et complétés par le rapport d'une institution de révision reconnue, et, chaque six mois la situation de l'évolution des cotisants et des comptes. Une information dans le même sens sera transmise chaque année aux travailleurs et employeurs soumis à la CCT RETABAT. A défaut et en cas de doute sur la pérennité de la caisse, la décision d'extension pourra être révoquée par l'autorité de céans. Le Service précité peut, en outre, requérir la consultation d'autres pièces et demander des renseignements complémentaires.

#### Art. 7

Le présent arrêté entre en vigueur le premier jour du deuxième mois après son approbation par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche et déploie ses effets jusqu'au 31 décembre 2023."

Le 28 juillet 2016, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche a approuvé l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 mars 2016, qui a été publié dans le Bulletin officiel du canton du Valais le 5 août 2016.

#### D.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A. \_\_\_\_\_ SA (recourante 1), B. \_\_\_\_\_ SA (recourante 2), l'entreprise C. \_\_\_\_\_ (recourante 3) et D. \_\_\_\_\_ SA (recourante 4) demandent au Tribunal fédéral, préalablement, de leur donner accès au dossier complet de la cause, notamment aux différents avis et rapports actuariels et de leur permettre de compléter leur recours. Au fond, ils concluent, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 mars 2016 modifiant et prolongeant l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la CCT Retabat paru dans le Bulletin officiel du Canton du Valais du vendredi 5 août 2016. Cela fait, ils demandent au Tribunal fédéral de rejeter la requête de prolongation et de modification de l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la CCT Retabat. Subsidièrement, ils requièrent la consultation d'un expert indépendant et concluent au renvoi de la cause au Conseil d'Etat afin qu'il procède à la nomination d'un expert indépendant et prononce une nouvelle décision une fois le rapport d'expertise rendu.

A. \_\_\_\_\_ SA (recourante 1) conclut en outre à ce que le Tribunal fédéral constate qu'elle n'est pas soumise à la CN et à la CCT Retabat et dise que le champ d'application de la CCT Retabat, en relation avec celle publiée lors de la mise à l'enquête, sera modifié en ce sens qu'en seront exclues les entreprises de marbrerie, à tout le moins qu'elle sera exclue de la décision d'extension. Le Conseil d'Etat ainsi que le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche concluent au rejet des recours. L'Office fédéral des assurances sociales a renoncé à se déterminer. Les quatre recourantes ont déposé des observations dans lesquelles elles ont pris de nouvelles conclusions. Le 23 mai 2017, le Conseil d'Etat a formulé des observations complémentaires, auxquelles A. \_\_\_\_\_ SA a répondu le 8 juin 2017.

Invités par le Tribunal fédéral à se déterminer sur l'application de l'art. 16 la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECC; RS 221.215.311), le Conseil d'Etat, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche ainsi que les quatre recourantes ont déposé de nouvelles observations.

#### Considérant en droit :

##### 1.

Dirigés contre le même acte cantonal, à savoir l'arrêté du 16 mars 2016 modifiant et prolongeant l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la 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, les quatre recours se fondent sur des motivations similaires et portent sur des questions juridiques communes. Il se justifie donc de joindre les causes et de statuer dans un seul arrêt (cf. art. 71 LTF [RS 173.110] et 24 al. 2 let. b PCF [RS 273]).

##### 2.

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).

**2.1.** 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 2023. Dans un arrêt publié aux **ATF 128 II 13**, le Tribunal fédéral a jugé que la déclaration d'extension d'une convention collective était un acte normatif, puisque, par définition, elle étendait la validité de la convention collective à un nombre indéterminé d'employeurs et de travailleurs (consid. 1d cc), p. 18). 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 (arrêts 1C\_564/2015 du 2 juin 2016 consid. 1; 1C\_435/2008 du 6 février 2009 consid. 1.1).

**2.2.** 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; **136 I 17** consid. 2.1 p. 21; arrêt 2C\_500/2016 du 31 octobre 2016 consid. 3.3). 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; **137 I 77** consid. 1.4 p. 81; **136 I 17** consid. 2.1 p. 21). En revanche, un intérêt général tendant à une application correcte du droit n'est pas suffisant (**ATF 136 I 49** consid. 2.1 p. 53 s.; arrêt 9C\_422/2014 du 23 décembre 2014 consid. 2.1, non publié in **ATF 140 V 574**).

B. \_\_\_\_\_ SA et l'entreprise C. \_\_\_\_\_ (recourantes 2 et 3) ont toutes deux pour but l'exploitation d'une entreprise de maçonnerie et D. \_\_\_\_\_ SA (recourante 4) est active dans le domaine du transport, des terrassements, de la location de machines et des travaux de déneigement. Les trois entreprises entrent donc dans le champ d'application de la CCT Retabat (cf. art. 2). Par ailleurs, aucune

d'entre elles n'est membre des groupements patronaux signataires de la Convention collective (AVE et AVEC). Les recourantes 2, 3 et 4 ont donc qualité pour recourir dès l'instant où, par l'effet de l'arrêté litigieux, elles se voient appliquer les modifications des clauses étendues de la convention collective. En revanche, il convient de dénier la qualité pour recourir de A. \_\_\_\_\_ SA. La société a pour but le commerce, le découpage numérique de marbre, de granit et de composite de quartz et la pose de plateaux de cuisine et de salles de bains en marbre, granit et composite de quartz. Elle indique n'avoir jamais été active dans l'extraction de matériaux, ni dans la taille de pierre, ni dans le pavage. Son activité ne se situe donc pas parmi les secteurs énumérés à l'art. 2 CCT Retabat (cf. la décision du 28 novembre 2014 de la Commission professionnelle paritaire du secteur principal de la construction du canton du Valais). Le fait que la société ait adhéré à la Fondation Retabat n'a aucune incidence sur l'application des modifications des clauses étendues de la convention collective. Il s'ensuit que A. \_\_\_\_\_ SA n'est pas susceptible de se voir appliquer les dispositions instituées par l'arrêté litigieux, de sorte que la condition de l'intérêt digne de protection fait défaut.

**2.3.** 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 a été publié dans le Bulletin officiel du canton du Valais le 5 août 2016. Déposés les 15 et 16 septembre 2016, les recours ont donc été interjetés en temps utile compte tenu des fêtes (cf. art. 46 al. 1 let. b LTF). Il y a donc lieu d'entrer en matière.

### 3.

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, les recourantes invoquent la violation de leur droit d'être entendues sous deux angles différents.

**3.1.** Elles invoquent d'abord une violation de leur droit à consulter le dossier, se plaignant en particulier de n'avoir jamais eu accès aux rapports actuariels des experts en prévoyance professionnelle, de même qu'aux conclusions et préavis formulés par le SECO en rapport avec l'extension de la CCT Retabat.

**3.1.1.** Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (**ATF 142 III 48** consid. 4.1.1 p. 52 ss; **140 I 285** consid. 6.3.1 p. 298 s. et les arrêts cités). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (**ATF 140 I 285** consid. 6.3.1 p. 298 s. et les arrêts cités). De manière générale, la Constitution fédérale ne confère pas aux citoyens le droit d'être entendus dans une procédure législative (**ATF 134 I 269** consid. 3.3.1 p. 274; **131 I 91** consid. 3.1 p. 95; **129 I 113** consid. 1.4 p. 118; **129 I 232** consid. 3.2 p. 236 s.; **123 I 63** consid. 2a p. 67; **121 I 230** consid. 2c p. 232). Selon la jurisprudence, une exception n'est admise que lorsque certaines personnes (destinataires dits "spéciaux") sont touchées de façon sensiblement plus grave que le plus grand nombre des destinataires "ordinaires", par exemple lorsqu'un décret de portée générale ne touche concrètement qu'un très petit nombre de propriétaires (**ATF 134 I 269** consid. 3.3.1 p. 274; **121 I 230** consid. 2c p. 232 s.; **119 Ia 141** consid. 5 p. 149 ss; arrêt 1C\_333/2015 du 24 mai 2016 consid. 3.1).

**3.1.2.** L'art. 10 LECCT (applicable à la demande de modification de clauses étendues par le biais de l'art. 16 LECCT) accorde à quiconque justifie d'un intérêt le droit de faire opposition à la demande d'extension par mémoire motivé adressé à l'autorité compétente, mais aucune disposition de la loi ne donne à l'opposant un droit plus étendu de participation à la procédure. La LECCT règle de manière exhaustive les droits des personnes intéressées dans la procédure qui conduit à la décision d'extension d'une convention collective de travail, depuis le droit des intéressés de s'opposer à l'extension (art. 10 LECCT), jusqu'à la décision motivée que l'autorité doit notifier par écrit aux opposants (art. 12 al. 3 LECCT). Elle n'accorde donc pas aux opposants d'autres droits que celui de rédiger une opposition écrite et motivée, qui doit être instruite d'office par l'autorité compétente, et celui d'être renseignés sur cette instruction. Cette procédure s'explique aisément car, si l'on admettait le droit de chaque employeur et de chaque travailleur intéressé, c'est-à-dire non-membre d'une association patronale ou d'un syndicat, opposé à l'extension, de participer à l'instruction de la cause, la procédure serait considérablement allongée et il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir une décision d'extension d'une convention collective de travail (arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 2). Les griefs des recourantes tendant à la consultation du dossier doivent partant être rejetés.

**3.2.** Les recourantes se plaignent ensuite d'une violation de leur droit d'obtenir une décision motivée. Ils reprochent au Conseil d'Etat de ne pas s'être prononcé sur leur requête tendant à avoir accès au dossier complet et de n'avoir pas précisé les raisons pour lesquelles l'autorité a renoncé à demander une expertise indépendante selon l'art. 11 LECCT.

**3.2.1.** Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique également pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (**ATF 141 V 557** consid. 3.2.1 p. 564 s. et les arrêts cités). Ces exigences sont d'autant plus strictes lorsque, comme en l'espèce, l'obligation de motiver est expressément prévue par la loi (cf. art. 12 al. 3 LECCT, applicable par renvoi de l'art. 16 al. 1 LECCT; arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 3b).

**3.2.2.** En l'occurrence, il aurait certes été souhaitable que le Conseil d'Etat indique, même brièvement, les raisons pour lesquelles il n'a pas donné suite aux requêtes des recourantes. Compte tenu des circonstances, le silence de l'autorité n'emporte cependant pas une violation du droit d'être entendu. S'agissant de la requête tendant à consulter le dossier, la LECCT n'accorde pas aux intéressées le droit de participer à l'instruction de la cause (cf. *supra* consid. 3.1), de sorte les recourantes ne sauraient reprocher au Conseil d'Etat de n'y avoir pas répondu de manière motivée (cf. arrêt 2C\_276/2011 du 10

octobre 2011 consid. 2.2, non publié in **ATF 137 II 393**). Elles doivent, au contraire, se laisser opposer le fait qu'en ne donnant aucune suite à leur requête, le Conseil d'Etat a implicitement considéré qu'il n'y avait pas de raison de faire exception à la règle selon laquelle la LECCT n'accorde pas aux opposants à une extension le droit de consulter le dossier (cf. arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 2). Quant à la demande des recourantes portant sur la consultation d'experts indépendants, le Conseil d'Etat a, statuant sur le fond de la cause, précisé que la pérennité de la Caisse Retabat semblait assurée par les mesures qui avaient été prises. L'autorité a fondé sa conclusion sur les comptes 2014 ainsi qu'un rapport établi le 5 septembre 2014 par l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle. Implicitement donc, le Conseil d'Etat a considéré que la consultation d'experts indépendants apparaissait superflue (cf. art. 11 LECCT). C'est du reste bien ainsi que l'ont compris les recourantes puisqu'elles s'emploient dans leurs écritures à démontrer le contraire. Le défaut de motivation en cause n'a ainsi pas empêché les intéressées de recourir. Le moyen doit dès lors être écarté.

#### 4.

Sur le fond, les recourantes invoquent en premier lieu une violation de l'art. 11 LECCT.

**4.1.** 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 LECCT. Cette loi permet d'étendre l'application d'une convention collective aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention (cf. art. 1 LECCT). Elle règle également la modification et la prolongation de clauses étendues (art. 16 al. 1 LECCT). Dans ce cas, la loi précise que les dispositions du chapitre 2 (compétence et procédure) s'appliquent. Parmi ces dispositions, 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. D'après la jurisprudence, l'autorité dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (cf. arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 2b).

**4.2.** Dans leurs écritures, les recourantes voient une contradiction dans le fait d'admettre que la situation économique de la Caisse Retabat a été "extrêmement préoccupante" (cf. décision du 16 mars 2016), mais de considérer, du moins implicitement, que la consultation d'experts indépendants apparaissait "d'emblée superflue", au sens de l'art. 11 LECCT. D'après les intéressées, le Conseil d'Etat a violé cette disposition, en refusant de solliciter l'avis d'experts indépendants, alors que le litige portait sur la réalisation des conditions économiques nécessaires à la décision d'extension. Le Conseil d'Etat conteste ce raisonnement. D'après l'autorité, le recours à l'expertise prévu à l'art. 11 LECCT sert à évaluer si l'extension ne contrarie pas l'intérêt général et si les clauses qu'il s'agit d'étendre tiennent compte des diversités régionales et de la diversité des entreprises. Il ne s'agit pas, selon l'autorité intimée, de déterminer la viabilité financière de l'institution dans le futur.

#### 5.

La question se pose donc de savoir si, avant de statuer, le Conseil d'Etat aurait dû solliciter l'avis d'un expert indépendant au sujet des difficultés financières de la Caisse Retabat.

**5.1.** D'après le Message portant sur l'extension des conventions collectives, la consultation d'experts sert avant tout à examiner si les conditions économiques de la décision d'extension sont remplies. Le Message 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 (FF 1954 I 125, p. 177; GIACOMO RONCORONI, Les art. 1 à 21 LECCT, in Droit collectif du travail, 2010, p. 465). Selon la doctrine, 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 (GIACOMO RONCORONI, Les art. 1 à 21 LECCT, in Droit collectif du travail, 2010, p. 464s; SCHWEINGRUBER/ BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 3e éd., 1985, p. 128).

**5.2.** En l'occurrence, les recourantes considèrent que l'extension de la CCT Retabat ne répond pas aux exigences de nécessité et d'absence de contrariété avec l'intérêt général (art. 2 ch. 1 et 2 LECCT). Ils invoquent les problèmes financiers de la Caisse Retabat qui, selon eux, compromettent sérieusement sa pérennité. Il précisent que la Caisse est passée d'une fortune de 19.2 millions fr. en 2006 à 10.2 millions fr. en 2011, une perte comptable de 9'530'757.02 ayant été réalisée durant les exercices de 2008 à 2012. Se référant au rapport de l'expert en prévoyance professionnelle pour l'année 2014, les intéressées dénoncent une situation de surendettement de la fondation Retabat et relèvent qu'en dépit des mesures d'assainissement prises, la couverture à 100% ne sera pas assurée dans le futur. Ils invoquent en outre une violation de l'art. 3 al. 1 LECCT selon lequel l'extension ne peut être prononcée que si l'organisation des caisses de compensation ou d'autres institutions prévues à l'art. 357b al. 1 let. b CO est réglée de façon satisfaisante et une gestion correcte assurée.

**5.3.** Contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, de telles circonstances doivent s'apprécier à l'aune des conditions économiques nécessaires à l'extension d'une convention collective. L'examen de la situation financière de la Caisse Retabat permet, en particulier, de déterminer si l'extension n'est pas contraire à l'intérêt général (art. 2 ch. 2 LECCT), étant précisé que le dossier fait état de changements importants de circonstances depuis la première extension du 30 juin 2004. Il va de soi que l'extension de clauses, visant notamment à augmenter les cotisations envers une institution de prévoyance dont la viabilité n'est pas assurée, peut s'avérer contraire à l'intérêt plus général de l'ensemble des acteurs économiques. C'est du reste ainsi que l'a compris le Conseil d'Etat puisqu'il a consacré une grande partie de sa décision du 16 mars 2016 à cette question (cf. consid. 2 let. h à s). La consultation d'un expert indépendant aurait également été utile pour déterminer si l'organisation de la Caisse était réglée de façon satisfaisante et une gestion correcte assurée (cf. art. 3 al. 1 LECCT). En effet, la Caisse Retabat, qui a pour but la retraite anticipée, vise les rapports de travail au sens large. En cela, elle constitue bien une "autre institution" au sens des art. 3 al. 1 LECCT et 357 al. 1 let. b CO (cf. CHRISTIAN BRUCHEZ, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 26 ad art. 357b p. 1216). Or, les résultats comptables de la Caisse Retabat amènent à questionner l'existence d'une gestion adaptée.

Par ailleurs, à la lecture du dossier, des doutes subsistent quant à l'efficacité du contrôle interne de l'institution. Dans ses rapports afférents aux exercices 2012 et 2013, l'organe de révision a indiqué que le contrôle interne n'était "pas suffisamment développé et que partiellement documenté" et qu'en conséquence, "l'existence d'un contrôle interne adapté à la taille et à la complexité de l'institution n'était pas confirmée". Si le rapport de révision pour l'année 2016 constate que "des mesures de contrôle interne ont été mises en place, notamment le règlement des signatures prévoyant des signatures collectives à deux", l'organe de contrôle n'a pas adopté de position tranchée sur la question d'une gestion correcte de l'institution, indiquant uniquement que les mesures lui "semblaient suffisamment étendues".

**5.4.** Reste à savoir si la consultation d'experts indépendants pouvait apparaître comme étant d'emblée superflue, étant rappelé que l'autorité dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (cf. arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 2b). En l'occurrence, depuis 2014, les comptes annuels de la Caisse Retabat présentent un déficit important, oscillant entre 46'628'311 fr. en 2014, 42'567'251.07 fr. en 2015 et 45'907'955 fr. en 2016, ainsi qu'un degré de couverture excessivement bas, passant de 25.6% en 2014, à 34.9 % en 2015 et à 37.7% en 2016. Or, d'après l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle, la Caisse devrait être en mesure de couvrir en tout temps l'ensemble des rentes en cours jusqu'à leur extinction. C'est ainsi que, pour l'année 2014, le rapport actuariel fait état d'une situation financière et actuarielle négative et insatisfaisante (cf. rapport actuariel du 30 juillet 2015). Ce bilan a été réalisé alors que des mesures d'assainissement avait déjà été mises en place. L'expert agréé en prévoyance professionnelle avait du reste précisé que ces mesures ne permettraient pas d'atteindre un degré de couverture de 100% dans un futur proche (cf. décision du 16 mars 2016, consid. 2q). Dans de telles circonstances, les questions de savoir si, compte tenu des difficultés financières de la Caisse Retabat, la décision d'extension était contraire à l'intérêt général et si une gestion correcte de l'institution était assurée nécessitent un examen attentif de l'ensemble des aspects économiques et financiers du cas particulier. Il n'était donc pas possible de retenir que la consultation d'un expert apparaissait d'emblée superflue. D'après le message, les conditions économiques de l'extension doivent être examinées avec une attention particulière, impliquant l'avis d'experts externes s'y arrêtant spécialement (FF 1954 I 125, p. 171). Aucune expertise indépendante n'a cependant été sollicitée dans la présente procédure. Or, si l'autorité jouit d'un pouvoir d'appréciation étendu quant à la consultation d'experts, cela ne signifie pas qu'elle soit entièrement libre en la matière. L'affirmation selon laquelle les résultats comptables enregistrés en 2014 et 2015 correspondaient "parfaitement à la projection faite par les partenaires sociaux sur la base des mesures d'assainissement" (cf. observations du Conseil d'Etat du 16 novembre 2016) ne suffit pas. Contrairement à ce que soutient le Conseil d'Etat, il ne s'agit pas de savoir si les projections des partenaires sociaux se sont réalisées, mais bien de déterminer si les conditions économiques justifiant une décision d'extension étaient remplies. Dans ces conditions, il n'est pas possible de suivre le Conseil d'Etat lorsqu'il prétend que "toutes les mesures nécessaires permettant de fonder une décision [avaient] été manifestement prises, sans qu'il [ait été] nécessaire d'avoir recours à une expertise" (cf. observations du Conseil d'Etat du 16 novembre 2016). En l'absence d'une telle expertise, le Conseil d'Etat ne pouvait pas établir, à suffisance de droit, si l'extension remplissait les conditions économiques prévues aux art. 2 et 3 LECCT. Partant, en ne sollicitant pas l'avis d'un expert indépendant, le Conseil d'Etat a abusé de son pouvoir d'appréciation.

## **6.**

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être admis dans la mesure de sa recevabilité. Pour ce motif, on peut se dispenser d'analyser les autres griefs soulevés par les recourantes. L'Arrêté querellé sera donc annulé dans son intégralité et la cause renvoyée au Conseil d'Etat afin qu'il procède à la nomination d'un expert indépendant.

Le canton du Valais versera des dépens aux sociétés B. \_\_\_\_\_ SA, C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ SA, qui sont créancières solidaires (art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF). Aucun dépens ne sera alloué à la société A. \_\_\_\_\_ SA, qui supporte des frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a, en revanche, pas lieu de percevoir de frais judiciaires de la part du canton du Valais (art. 66 al. 4 LTF).

### **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

#### **1.**

Le recours est admis, dans la mesure où il est recevable.

#### **2.**

L'arrêté du Conseil d'Etat du 16 mars 2016 modifiant et prolongeant l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la 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) est annulé. La cause est renvoyée au Conseil d'Etat afin qu'il reprenne la procédure en cause dans le sens des considérants.

#### **3.**

Le canton du Valais versera aux sociétés B. \_\_\_\_\_ SA, C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ SA, créancières solidaires, une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens.

#### **4.**

Des frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à la charge de la société A. \_\_\_\_\_ SA.

#### **5.**

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des recourantes, au Conseil d'Etat du canton du Valais, au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR, et à l'Office fédéral des assurances sociales.

Lausanne, le 13 novembre 2017  
Au nom de la 11e Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

La Greffière : McGregor