

Fiche 1

Le détachement des salariés par une entreprise située à l'étranger

Lorsque vous contractez avec un employeur établi à l'étranger détachant des salariés, il vous appartient de vérifier auprès de celui-ci, et avant le début du détachement, qu'il s'est bien acquitté de ses obligations de déclaration et de désignation (article L. 1262-4-1 du code du travail).

Vous devez ainsi demander à l'employeur, avant le début de chaque détachement d'un ou de plusieurs salariés :

- Copie de la déclaration de détachement transmise à la DIRECCTE ;
- Copie de la désignation du représentant de l'entreprise en France.

Vous êtes réputé avoir procédé aux vérifications lorsque vous vous êtes fait remettre ces documents (article R. 1263-12 du CT).

A défaut, vous devez adresser, dans les 48 h suivant le début du détachement, une déclaration à l'unité départementale compétente (article R1263-13 du CT).

La Direccte pourra infliger, tant à l'employeur direct qu'au maître d'ouvrage ou donneur d'ordre, sur la base du rapport de l'agent de contrôle et après une phase contradictoire, une amende administrative d'au plus 2 000 € par salarié détaché (4 000 €, en cas de réitération dans un délai d'un an) plafonnée à 500 000 euros en cas de manquement à ces obligations. (Articles L. 1264-1, L. 1264-2 et L. 1264-3 du CT)

Vous êtes également assujettis à une nouvelle obligation de vigilance vis-à-vis de vos cocontractants ou d'un sous-traitant direct ou indirect, concernant :

- le paiement des rémunérations minimales des travailleurs (respect du paiement du salaire minimum légal et conventionnel)
- le repos quotidien, le repos hebdomadaire, la durée quotidienne, hebdomadaire maximale du travail,
- les conditions d'hébergement collectif (compatibles avec la dignité humaine)
- le respect de certaines dispositions fondamentales de la législation du travail notamment la santé et sécurité au travail.

Fiche 2

L'Offre anormalement basse (OAB)

Ni l'ordonnance relative aux marchés publics, ni les directives ne donnent de définition de l'offre anormalement basse. Les acheteurs doivent donc apprécier la réalité économique des offres, afin de différencier une offre anormalement basse d'une offre concurrentielle.

1. Il est important de protéger l'acheteur d'offres financièrement séduisantes mais dont la solidité pourrait ne pas être assurée.

En effet les risques à retenir une offre anormalement basse sont de nature opérationnelle ou juridique.

Le premier risque est financier puisque le prix proposé est sous-estimé au vu des prestations décrites dans le cahier des charges. Le titulaire présentera en cours d'exécution, des demandes de rémunération complémentaires que l'acheteur sera contraint d'accepter, sous peine de voir interrompre l'exécution des prestations. Ainsi, l'offre qui paraissait financièrement intéressante, s'avère, au final, plus coûteuse et la conclusion d'avenants risque de bouleverser l'économie du marché et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

Le deuxième risque concerne la gestion de la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier...) et nécessitera de relancer une procédure pour la passation d'un marché de substitution.

Le troisième risque porte sur la qualité des prestations réalisées.

Le quatrième risque opérationnel vise la qualité des prestations exécutées qui ne rempliront pas les exigences techniques du cahier des charges. Les délais peuvent être dépassés et les conditions de sécurité non respectées.

Le cinquième risque porte sur les modalités de compensation par le prestataire des prix bas. Le titulaire du marché a recours, dans des conditions illégales, à la sous-traitance ou à l'emploi de salariés insuffisamment déclarés. L'acheteur doit donc porter la plus grande attention à l'analyse des justifications et explications

fournies par les soumissionnaires et apprécier, au cas par cas, les risques encourus.

Enfin le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait l'acheteur du caractère anormalement bas d'une offre, qu'il soit saisi du refus de l'acheteur de rejeter une telle offre ou au contraire de la décision de ce dernier d'écarter une offre pour ce motif. Ce n'est que si cette appréciation est manifestement erronée qu'elle sera sanctionnée. Le juge s'en tient donc à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

2. Il est important que le maître d'ouvrage soit en mesure de traiter avec pertinence une offre suspectée d'être anormalement basse.

L'article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose : « *Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire.* »

Le rejet d'une offre anormalement basse n'est possible que si une procédure contradictoire avec le candidat concerné a été déclenchée au préalable. Cette procédure contradictoire ne relève pas d'une simple faculté, mais constitue une obligation.

L'article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit une procédure de traitement des offres suspectées d'être anormalement basses par l'acheteur. Ce dispositif permet de ne pas sanctionner l'offre basse mais seulement l'offre anormale qui nuit à la concurrence loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché ou de conduire à la conclusion d'avenants en cours de marché.

Fiche 3

Le logement des salariés

L'hébergement des salariés doit être fait conformément aux règles édictées par le code du travail en matière d'aménagement du local, de surface, de volume, de chauffage, d'entretien et de lits et aussi en matière d'équipements sanitaire, d'eau potable et de douches (articles R 4228-26 à 35 du CT).

Dans le cas d'hébergement incompatible avec la dignité humaine (articles L 4231-1 du code du travail et 225-14 du code pénal) et après les constats effectués par l'agent de contrôle, celui-ci demande par écrit à l'employeur des salariés concernés de régulariser la situation et informe parallèlement le Maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre des constats réalisés.

Après avoir été informé, vous devez enjoindre aussitôt l'employeur des salariés hébergés de faire cesser la situation sans délai.

L'employeur dispose d'un délai de 24 heures pour vous répondre et vous informer de la régularisation effectuée.

En cas d'absence de régularisation effective de la situation par l'employeur, vous êtes tenu de prendre sans délai à votre charge l'hébergement collectif des salariés dans des locaux aménagés conformément aux dispositions des articles R. 4228-26 à R. 4228-37. (Article R. 4231-3 du CT)

Fiche 4

Le paiement de salaire

L'employeur doit verser aux salariés détachés le salaire minimum légal ou conventionnel (articles L 3231-1 à 12 et L 3211-1 du Code du Travail)

Si un agent de contrôle de l'inspection du travail constate l'absence totale du paiement du salaire minimum ou le paiement partiel du salaire minimum, il demande la régularisation de la situation à l'employeur des salariés concernés et il vous en informe par écrit.

Dans ce cas, vous devez enjoindre, dans les 24 heures, l'employeur des salariés victimes d'un non-paiement total ou partiel de faire cesser sans délai la situation. (Article L 1262-4-3 du CT).

L'employeur dispose d'un délai de 7 jours pour vous répondre que la régularisation a été effectuée.

Si l'employeur ne répond pas, vous devez aussitôt en informer l'agent de contrôle et résilier le contrat qui vous lie au prestataire.

Pour tout manquement à vos obligations d'injonction et d'information mentionnées ci-dessus, vous êtes tenu solidairement avec l'employeur du salarié au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues. De même, dans le cadre d'une prestation de service, vous pouvez être tenu solidairement responsable avec l'employeur si vous ne dénoncez pas le contrat. (Article L 1262-4-3 du CT). Les salariés en sont informés.