

Le régime juridique de la sous-traitance industrielle en Espagne

Textes de référence :

- ✓ Loi de Base sur les contrats de l'Etat de 1963.
- ✓ Décret-Loi du 15 février 1952.
- ✓ Décret du Ministère du Travail en date du 17 décembre 1970.

Table des matières

| | |
|--|----|
| A. Précisions conceptuelles sur la notion de sous-traitance | 3 |
| 1. Délimitation du concept : nature et caractères de la sous-traitance | 3 |
| 2. Différence entre la sous-traitance et d'autres situations | 4 |
| B. II. La sous-traitance sous l'angle du Code civil..... | 5 |
| 1. A. Le mandat..... | 5 |
| 2. Le contrat de louage d'ouvrage et de services..... | 6 |
| a) Responsabilité de l'entrepreneur pour le travail exécuté par le sous-traitant dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage | 7 |
| b) Responsabilité de l'entrepreneur ou constructeur de l'ouvrage pour des faits commis par ceux qu'il emploie à l'exécution de l'ouvrage | 8 |
| c) Responsabilité de l'entrepreneur pour la perte ou la destruction de l'ouvrage | 8 |
| 3. La protection de la créance dans le contrat de louage d'ouvrage : l'action directe..... | 11 |
| a) Le principe de l'action directe..... | 11 |
| b) Conditions d'exercice de l'action directe de l'article 1597 par le sous-traitant..... | 13 |
| C. Les contrats atypiques et la sous-traitance..... | 14 |
| 1. Les contrats d'assistance technique et de transfert de technologie | 14 |
| 2. Les contrats de commercialisation (marketing)..... | 14 |
| 3. Les contrats de collaboration externe ou « outsourcing » | 15 |

Introduction

Du point de vue du droit privé, il n'est pas aisé d'établir le régime général de la sous-traitance en droit espagnol. En effet, il n'existe pas de législation unitaire de cette entité, malgré l'extraordinaire importance pratique que cette figure est en train d'acquérir au cours de ces dernières années¹.

La première réglementation qui en Espagne fait référence à la sous-traitance en tant que telle est la Loi de Base sur les contrats de l'Etat de 1963. L'exposé des motifs de cette norme souligne la nouveauté que constitue la sous-traitance et postérieurement le législateur, dans la Loi des contrats de l'Etat de 1965, a introduit cette nouvelle figure dans trois types de contrats administratifs (contrat de travaux publics, contrat de services publics et contrat d'approvisionnement).

En droit du travail, la problématique sociale dont l'origine se trouvait dans la pratique de la cession frauduleuse de main d'œuvre, a conduit à la nécessité d'adopter des mesures afin d'éviter une certaine forme de spéculation sur le travail. Ainsi, le Décret-Loi du 15 février 1952 met en place une série de normes qui tendent à garantir aux salariés les acquis sociaux, dans l'hypothèse d'une « cession » de personnel. Cette norme fait l'objet d'un complément et d'un perfectionnement à travers le Décret du Ministère du Travail en date du 17 décembre 1970, lequel introduit une distinction entre d'une part la cession et la mise à disposition de travailleurs et d'autre part la sous-traitance dans les marchés de travaux publics et les travaux entre entreprises. Sur ce dernier point, le législateur les considère comme des « actes juridiques licites et admissibles ». Conformément aux articles 42 et 43 du Statut des Travailleurs, il existe une responsabilité solidaire du cédant et du cessionnaire à l'égard du salarié et de la Sécurité sociale.

Dans l'actualité, à la différence de ce qui se passe en Droit privé, il existe une très grande préoccupation aussi bien d'origine doctrinale que jurisprudentielle à propos de la sous-traitance du point de vue du droit du travail.

Sous l'angle du droit privé, malgré la complexité des relations socio-économiques, la célérité du trafic juridique et le processus grandissant de spécialisation font que la sous-traitance est considérée comme le mécanisme le plus adéquat pour réaliser certaines formes de collaboration inter-entreprises². Le droit civil comme le droit commercial traitent de la sous-traitance uniquement du point de vue de certains types de contrats. Concernant la position de la jurisprudence, elle ne fait qu'une référence partielle à la figure de la sous-traitance à l'occasion de problèmes très ponctuels qui sont dérivés des relations découlant de chaque affaire.

Cette étude consacrera la première partie à la présentation d'un certain nombre de précisions conceptuelles en relation avec le terme « sous-traitance », pour ensuite traiter des hypothèses les plus courantes de recours à cette notion, à travers l'analyse des deux questions

¹ Cette importance pratique est intervenue essentiellement dans les secteurs administratif et social.

² En ce qui concerne le monde des entreprises, il est intéressant de faire référence à la création des Bourses ou Chambres de sous-traitance, qui correspondent à des organismes ou à des services inter-entreprises dont la finalité est la rationalisation de l'utilisation des entreprises d'une zone déterminée en rapprochant l'offre de la demande par l'intermédiaire d'un système de sous-traitance du travail et l'information sur la disponibilité d'équipes.

qui apparaissent les plus fréquentes dans la réalité pratique, à savoir la régime de la responsabilité et l'action directe. La troisième partie se réfère à l'apparition dans la pratique de types de contrats commerciaux atypiques et pour lesquels la sous-traitance peut avoir des incidences.

A. Précisions conceptuelles sur la notion de sous-traitance

1. Délimitation du concept : nature et caractères de la sous-traitance

Il convient de préciser que le concept de sous-traitance se traduit littéralement dans la langue espagnole par le terme de « *sous-contrat* » ou « *subcontrato* ». Parmi les différentes alternatives qui sont offertes pour réaliser une prestation, figure la possibilité donnée au contractant (qui est chargé de la réalisation de la prestation) d'opter pour la collaboration d'une tierce partie dans l'exécution de l'obligation, à la condition bien évidemment que cette possibilité ne soit pas expressément prohibée par l'autre partie au contrat, ni que cette interdiction ne résulte de la nature même de l'obligation contractuelle. Ainsi apparaît le concept de la sous-traitance qui est considérée traditionnellement comme un contrat dérivé et dépendant d'un contrat antérieur de même nature : l'une des parties contractantes, au lieu d'exécuter personnellement les obligations découlant du contrat originaire, décide de conclure un contrat avec un tiers pour l'exécution de tels obligations.

Ce concept a servi de base à la jurisprudence lorsqu'elle a eu à se prononcer en matière de sous-traitance. Ainsi, le Tribunal suprême, après avoir constaté l'absence d'une législation spécifique en matière de sous-traitance a considéré que « dans la sous-traitance subsistent les relations entre les parties qui ont conclu le contrat « parent » ou contrat de base, de telle manière que celui qui est à la fois partie au contrat de base et au contrat de sous-traitance conserve en même temps les droits et obligations dérivés du premier contrat et doit assumer les droits et obligations qui découlent du contrat de sous-traitance ». Il existe une dualité de relations contractuelles, les unes résultant du contrat originaire, les autres du contrat de sous-traitance qui trouve son origine dans le contrat de base. De telles relations sont dépendantes de leur origine; elles peuvent apparaître dès le premier contrat ou postérieurement, mais une fois qu'elles sont créées, les droits et obligations qui en découlent s'éteignent en même temps que le contrat originaire en vertu du principe « *nemo plus iuris* » selon lequel « nul ne peut constituer plus de droit qu'il n'en a lui-même ». Mais en cas de résiliation unilatérale du contrat ou d'inexécution de ce dernier, le sous-traitant peut mettre en œuvre la responsabilité de la partie avec laquelle il a conclu le contrat de sous-traitance. Le Juge suprême ajoute qu'il ne peut exercer une action directe à l'encontre de celui qui était partie au contrat originaire (ou contrat de base) et qui n'a pas affiché cette qualité dans la sous-traitance. Cette décision jurisprudentielle est très importante du fait qu'elle est la première (et pratiquement l'unique) qui fait référence à la sous-traitance en tant que catégorie générale des contrats³.

³ Le Tribunal suprême, dans la sentence de la Première chambre du 31 décembre 1970, déplore l'absence dans l'ordre juridique espagnol d'une doctrine générale sur la sous-traitance, ce qui a amené la juridiction à appliquer les conséquences naturelles qui résultent des principes généraux du droit espagnol.

Malgré l'absence de réglementation en la matière, l'expansion du phénomène de la sous-traitance a rendu nécessaire l'étude en profondeur de cette institution afin d'élaborer les principes généraux applicables à toute forme de sous-traitance. Ainsi, M. LOPEZ VILAS⁴ a consacré une analyse profonde et exhaustive à la nature de la sous-traitance, ainsi qu'aux conséquences qui découlent de cette nature. Cette analyse s'appuie sur l'examen de cas de sous-traitance qui, du point de vue de la réglementation et de la jurisprudence, se placent sous l'angle du droit public. Son auteur parvient à la conclusion que « le contrat de sous-traitance apparaît quant à sa structure, comme l'exemple typique d'une union juridique unilatérale de contrats, avec une base objective, un caractère fonctionnel et en fonction du contenu comme un cas de succession constitutive de droits ». Ainsi, le contrat de sous-traitance conçu de cette manière, présente les caractéristiques suivantes :

- ✓ ce type de contrat repose sur le principe de l'autonomie de la volonté ;
- ✓ est un contrat dérivé et dépendant d'un contrat antérieur ;
- ✓ est un « contrat filial » et de même nature que le contrat originaire⁵ ;
- ✓ le contenu du contrat de sous-traitance est potentiellement contenu dans le contrat de base et il représente ainsi une forme d'exécution du premier contrat ;
- ✓ est obligatoirement limité dans son amplitude et contenu par le contrat de base qui l'a engendré ;
- ✓ la durée de la sous-traitance dépend de celle du contrat originaire.

2. Différence entre la sous-traitance et d'autres situations

La conception de la sous-traitance traitée précédemment, qui présente cette figure comme une union de contrats ayant une base objective et nécessairement orientée dans une seule direction, qui a une incidence sur le contenu propre du second contrat et non pas sur la formation de ce dernier, a été admise par la doctrine espagnole de manière quasiment unanime. Cette doctrine va ainsi servir de référence pour établir une distinction entre la sous-traitance et d'autres concepts proches.

Ainsi, M. Cristobal MONTES, établit une distinction entre le contrat de sous-traitance et la cession de contrat. Cette distinction repose sur l'idée que le contrat de sous-traitance engendre un nouveau droit. Au contraire, la cession de contrat suppose le transfert au cessionnaire du droit appartenant au cédant, donne par conséquent lieu à une succession translatrice et relève des effets juridiques dérivés du contrat cédé. A contrario, le contrat de sous-traitance donne lieu à une succession constitutive et n'altère pas les relations contractuelles qui sont nées du contrat de base. La cession de contrat occasionne la substitution de l'une des parties au contrat originaire, alors que le contrat de sous-traitance a pour effet le maintien du contrat originaire entre les parties qui initialement l'ont conclu; de cette manière deux contrats subsistent, auxquels une même personne est partie⁶.

⁴ LOPEZ VILAS, « Concept et nature juridique de la sous-traitance », RDP 1964, « La sous-traitance », Tecnos, Madrid, 1973.

⁵ Par conséquent, le contrat de sous-traitance, en plus de supposer l'existence d'un contrat principal préalable, voit son existence conditionnée au fait que le contrat principal doit remplir une série de caractéristiques et soit d'une nature qui permette l'existence du contrat de sous-traitance (sauf si la loi interdit expressément des contrats successifs). Voir LOPEZ VILAS, op. cit. p. 246.

⁶ CRISTOBAL MONTES, « La cesión de contrato », ADC, 1968, p. 851.

B. II. La sous-traitance sous l'angle du Code civil

Le législateur espagnol n'ayant pas prévu de règles spécifiques pour la sous-traitance, c'est le droit commun et plus spécifiquement les dispositions du Code civil qui ont vocation à s'appliquer. Dans cette partie, la référence sera faite à certains types de contrats dont la législation qui les régit s'apparente d'une certaine manière à la sous-traitance, sans que cela puisse laisser supposer une limite quelconque à d'autres rapprochements en d'autres figures contractuelles.

1. A. Le mandat

Conformément à l'article 1709 du Code civil espagnol⁷, « par le contrat de mandat, une personne s'oblige à prêter un service ou à faire quelque chose, pour le compte d'une autre ou par commande de celle-ci ». L'article 1721 du Code civil⁸ admet expressément la possibilité pour le mandataire de se faire remplacer par une autre personne dans l'exécution du contrat, à la condition que la substitution ne soit pas interdite par le mandant. Cette possibilité conduit à distinguer les hypothèses suivantes :

- le mandataire peut se faire remplacer, c'est-à-dire qu'il peut recevoir le pouvoir de se substituer quelqu'un, de telle manière que le mandataire devient étranger à la relation d'origine. La jurisprudence admet qu'une fois que la gestion a été autorisée et que le mandataire substitué a été choisi, ce dernier a le pouvoir d'agir. La transmission du mandat produit des effets et le mandataire substitué ne répond qu'au mandant qui a autorisé la substitution et non au mandataire d'origine ;

- le mandataire peut faire appel à des auxiliaires qui collaboreront avec lui dans la réalisation du mandat : dans ce cas, on ne peut parler de substitution. C'est la position qu'a été prise par la jurisprudence qui considère une telle opération comme une simple aide et non comme une substitution, lorsque l'on ne peut pas déduire des faits une obligation personnelle de l'auxiliaire vis-à-vis du mandant,

- le mandataire peut à son tour mettre en place un mandat avec un tiers pour gérer en son nom le contenu du mandat initial.

Ce dernier type de mandat est celui qui présente le plus de complexité dans la pratique et trois possibilités distinctes se présentent. La première consiste en ce que le mandataire se limite à transmettre à une autre personne les ordres, objet du mandat, dans le cadre d'une relation de confiance. La seconde possibilité consiste en ce que le mandataire conclue un contrat avec un tiers pour la réalisation du mandat à travers un contrat d'une nature différente, qui pourrait être un contrat de louage de services. La troisième possibilité est constituée par le

⁷ Artículo 1709 del Código civil :

Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

⁸ Artículo 1721 del Código civil :

El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido ; pero responde de la gestión del sustituto :

1.º Cuando no se le dio facultad para nombrarlo.

2.º Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.

fait que le mandataire convienne avec un tiers de l'exécution du mandat à travers un nouveau contrat de mandat qui trouve sa cause et son origine dans le mandat initial. La jurisprudence considère ces trois cas comme une substitution par la voie de la délégation en qualifiant les tiers d'auxiliaires dans un sens très large.

L'article 1722 du Code civil⁹ autorise le mandant à agir directement contre le mandataire substitué dans les cas où ce dernier se limite à être nommé malgré une interdiction ou lorsque le pouvoir de substitution reconnu les personnes nommées se révèlent incapables ou insolvables. Curieusement, l'article 1890 du Code civil qui régit la gestion d'affaires sans mandat, met en place une action directe du propriétaire de l'affaire à l'encontre d'une personne qui s'est vu déléguer les pouvoirs par le gestionnaire de l'affaire. Cette possibilité n'exonère pas le gestionnaire de sa responsabilité vis-à-vis du propriétaire de l'affaire. Dans une telle hypothèse, l'opinion générale de la doctrine considère que l'on ne peut dans ce cas parler de sous-traitance.

2. Le contrat de louage d'ouvrage et de services

Le louage d'ouvrage ou de services se définit, conformément à l'article 1544 du Code civil¹⁰, comme le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à exécuter un ouvrage ou à assurer un service pour un prix certain. Ce qui différencie le louage d'ouvrage de celui de services est que l'objet du premier est constitué par un résultat à obtenir, alors que le second se fonde sur une activité ou une prestation à réaliser. Le chapitre III du Code civil consacre des dispositions aux contrats de louage et de services et plus particulièrement les articles 1588 à 1600 définissent les règles applicables à ces types de contrats. En l'absence d'une législation spécifique en matière de sous-traitance, la doctrine comme la jurisprudence ont tendance à la soumettre aux règles relatives au louage d'ouvrage et de services.

A l'origine, aussi bien la doctrine que la jurisprudence ont considéré le louage d'ouvrage comme le contrat qui est fondamentalement en relation avec l'édification ou la construction d'un ouvrage. Cette position s'explique du fait que ces secteurs étaient les plus développés ou ceux qui avaient le plus d'incidence à cette époque. De nos jours, ces domaines ont pris de plus en plus d'importance du fait que le louage d'ouvrage se présente comme le moyen le plus adéquat pour la collaboration entre les entreprises. D'ailleurs, la législation applicable en la matière s'applique de manière supplétive pour beaucoup de contrats atypiques qui sont apparus dans la pratique, surtout dans le domaine des affaires.

Dans ce type de relation contractuelle, le législateur envisage la possibilité pour l'entrepreneur de faire intervenir d'autres personnes dans l'exécution de l'ouvrage. C'est l'entrepreneur qui est responsable du travail réalisé par les tiers vis-à-vis du propriétaire et maître de l'ouvrage. En même temps, le législateur reconnaît à ceux qui ont mis leur travail et fourni les matériaux nécessaires à l'exécution d'un ouvrage la possibilité d'exercer une action à l'encontre du maître de l'ouvrage. Nous allons donc maintenant nous consacrer à l'examen de ces questions dans le domaine de la sous-traitance.

⁹ Artículo 1722 del Código civil :

En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto.

¹⁰ Artículo 1544 del Código civil :

En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.

a) Responsabilité de l'entrepreneur pour le travail exécuté par le sous-traitant dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage

Il est aujourd'hui admis que l'entrepreneur doit matériellement avoir recours aux services d'auxiliaires pour la réalisation de l'ouvrage commandé. Sur ce point, la doctrine actuelle a tendance à qualifier le contrat de louage d'ouvrage de contrat d'entreprise, dans la mesure où il requiert une organisation quant aux ressources humaines et aux matériels nécessaires à la réalisation de l'ouvrage. Se pose alors le problème de la détermination des personnes visées par l'article 1596 du Code civil¹¹, celle dont l'entrepreneur doit répondre. Conformément à cette disposition, « l'entrepreneur est responsable du travail exécuté par les personnes qu'il occupe ou emploie dans l'ouvrage ».

A l'origine, la position de la doctrine reposait sur l'idée générale que l'article 1596 du Code civil se référait exclusivement aux auxiliaires et employés liés à l'entrepreneur par une relation de dépendance et de subordination. Aujourd'hui, le volume et l'envergure de nombreux ouvrages conduisent à une très grande spécialisation et la majorité de la doctrine a étendu l'application de la disposition au sous-traitant, en considérant que le terme « occuper » utilisé par le législateur n'exclut pas en principe les nouveaux contrats conclus par l'entrepreneur pour l'exécution de l'ouvrage. Il est évident que le législateur de 1899 « ne pouvait pas prévoir l'essor et le développement du monde économique et des entreprises dans lesquels on est parvenu aujourd'hui à un tel degré de spécialisation que cela a engendré nécessairement une prolifération de certaines formes de sous-traitance »¹². Cette interprétation extensive est l'attitude qui apparaît la plus appropriée en vue de responsabiliser l'entrepreneur pour ce qui a été réalisé par des tiers choisis par lui, dans la mesure où l'entrepreneur répond du résultat vis-à-vis du propriétaire.

La jurisprudence a également adopté cette ligne extensive d'interprétation. Il faut citer ici la décision du Tribunal suprême du 29 juin 1936 qui considère les sous-traitants comme étant inclus dans le concept de « ceux qui mettent leur travail ou fournissent les matériaux dans un ouvrage dont le prix est convenu globalement ». Cette interprétation s'est imposée dans la mesure où le législateur espagnol a omis d'énumérer à la manière de l'article 1798 du Code civil français¹³ les spécialités professionnelles qui disposent d'une action à l'encontre de celui pour lequel l'ouvrage a été fait. De cette façon, la porte reste ouverte à l'extension de la règle à des hypothèses nouvelles, dont certaines étaient difficilement prévisibles à des époques où les relations économique-juridiques étaient moins complexes qu'aujourd'hui. A partir donc de 1936, les tribunaux admettent facilement l'extension de l'article 1596 du Code civil à la sous-traitance.

¹¹ Artículo 1596 del Código civil :

El contratista es responsable por el trabajo de las personas que ocupare en la obra.

¹² LOPEZ VILAS, op. cit. p. 129.

¹³ Article 1798 du Code civil français :

Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée.

Une fois réglé le problème de la détermination des sujets auxquels se réfère l'article 1596, nous nous consacrerons à l'examen des hypothèses où l'entrepreneur ou constructeur de l'ouvrage peut voir sa responsabilité mise en jeu. Il convient ici de mentionner la distinction introduite par le législateur, de la responsabilité de l'entrepreneur pour les agissements des personnes qu'il emploie pour l'ouvrage et celle qui peut résulter de la perte ou la destruction de l'ouvrage.

b) Responsabilité de l'entrepreneur ou constructeur de l'ouvrage pour des faits commis par ceux qu'il emploie à l'exécution de l'ouvrage

L'article 1596 du Code civil, précédemment cité, est d'une très grande clarté et pose le principe de la responsabilité de l'entrepreneur ou constructeur envers le maître ou acquéreur de l'ouvrage pour ce qui a été fait par les tiers qu'il emploie dans l'exécution de l'ouvrage. Cette présomption joue pleinement, qu'il s'agisse de ses ouvriers ou qu'il s'agisse de tiers avec qui l'entrepreneur a conclu un contrat qualifié de contrat de sous-traitance ou de sous-louage d'ouvrage. Sachant que la responsabilité de l'entrepreneur pour des faits dommageables commis par ses auxiliaires à la suite d'une faute ou négligence est consacrée par l'article 1903, alinéa 4 du Code civil¹⁴, la présomption de responsabilité de l'article 1596 inclut l'hypothèse de tout agissement qui est contraire au contenu de l'obligation principale.

c) Responsabilité de l'entrepreneur pour la perte ou la destruction de l'ouvrage

En ce qui concerne la responsabilité de l'entrepreneur en cas de perte ou de destruction de l'ouvrage, une distinction s'impose qui se fonde sur le moment où la perte ou la destruction intervient, ainsi qu'en fonction de celui qui fournit les matériaux.

Perte ou destruction de l'ouvrage avant sa remise au propriétaire

L'hypothèse est celle d'un contrat de louage d'ouvrage avec fourniture de matériaux. Ce cas est envisagé par l'article 1588 du Code civil¹⁵ qui dispose que lorsque l'on charge une personne de l'exécution d'un ouvrage, les parties au contrat peuvent convenir que cette personne fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'elle fournira aussi la matière.

Dans le cas où il y a fourniture de matériaux, le législateur précise dans l'article 1589 du Code civil que l'entrepreneur doit supporter la perte de l'ouvrage, en cas de retard de la réception du fait du maître de l'ouvrage.

¹⁴ Artículo 1903, al. 4 del Código civil :

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas que se encuentren bajo su guarda.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

¹⁵ Artículo 1588 del Código civil :

Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.

Dans le cas où il n'y a pas de fourniture de matériaux, l'article 1590 du Code civil¹⁶ dispose que « celui qui est obligé seulement à fournir son travail ou industrie, ne peut réclamer aucune rémunération si la destruction de l'ouvrage intervient avant la remise, à moins qu'il n'y ait un retard de la réception ou que la destruction provienne de la mauvaise qualité des matériaux, à condition qu'il avertisse le propriétaire au bon moment de la circonstance ».

Perte ou destruction de l'ouvrage après réception et acceptation

La règle générale dans un tel cas est l'exemption de la responsabilité pour l'entrepreneur ou commettant. Néanmoins, en cas de ruine ou de destruction de l'ouvrage causée par des vices de construction, l'article 1591 du Code civil¹⁷ est applicable. Selon cette disposition, l'entrepreneur d'un ouvrage qui se détériore en raison de vices de construction répond des dommages si la ruine apparaît dans les 10 ans à compter de la finition de la construction. Cette même responsabilité joue à l'encontre de l'architecte qui a dirigé les travaux, à condition que la ruine ou destruction trouve son origine dans des vices du sol ou dans la direction des travaux. En revanche, si la cause du dommage se trouve dans une faute de l'entrepreneur qui n'a pas respecté les conditions du contrat, l'action en réparation peut être exercé pendant 15 ans.

Ces dispositions concernent exclusivement les constructions d'immeubles, mais une partie de la doctrine et de la jurisprudence considèrent qu'elles étaient applicables au secteur de la sous-traitance, notamment pour déterminer les éventuelles responsabilités.

Si en principe la majorité de la doctrine rejette l'action directe du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant car l'action du premier trouve son seul fondement dans l'inexécution du contrat qui le lie à l'entrepreneur principal, certains auteurs adoptent des positions différentes.

En considération de l'article 1591 du Code civil une référence est faite à l'hypothèse concrète de la construction d'un ouvrage et se pose alors le problème de la désignation de la personne responsable vis-à-vis du propriétaire de l'œuvre, à savoir le constructeur ou l'architecte. Le choix donne lieu à polémique.

D'une part, M.GARCIA CANTERO, auteur d'une étude minutieuse sur l'article 1591 du Code civil, affirme que cette disposition fait référence à deux sources distinctes donnant lieu à la mise en jeu de la responsabilité :

¹⁶ Artículo 1590 del Código civil :

El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.

¹⁷ Artículo 1591 del Código civil :

El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción ; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

- **la responsabilité de l'entrepreneur ou de l'architecte** vis-à-vis du propriétaire ou maître de l'ouvrage si la cause réside dans la ruine de l'ouvrage. Dans un tel cas, l'entrepreneur sera responsable si la cause de la ruine réside dans un défaut de la construction. La responsabilité de l'architecte sera mise en œuvre si la cause de la ruine est liée à un vice du sol ou de direction. Une telle situation suppose que pour la mise en jeu de la responsabilité, le vice survienne dans les 10 ans à partir de la fin des travaux de construction. Il s'agit plus d'une responsabilité de nature extra-contractuelle que contractuelle puisque cette responsabilité trouve un fondement sur un vice de construction, du sol ou de direction et non pas sur le non-accomplissement des conditions du contrat. En outre dans un tel cas, il est fait abstraction des parties qui interviennent dans le contrat d'ouvrage.

- **la responsabilité de l'entrepreneur pour manquement de sa part à l'une des conditions du contrat.** La durée de l'action pour la mise en jeu de la responsabilité est dans ce cas de 15 ans, il s'agit ici d'une responsabilité de nature purement contractuelle¹⁸.

D'autre part, d'autres auteurs ont une opinion différente. Ainsi, M. TORRALBA SORIANO s'est penché sur la responsabilité dans la construction d'un ouvrage en centrant sa position sur la responsabilité de l'architecte. Il considère que même si l'article 1591 du Code civil permet au propriétaire de l'ouvrage de mettre en jeu directement la responsabilité de l'architecte si la cause de la destruction réside dans un vice du sol ou de direction, il ne faut pas oublier l'article 1596 selon lequel « l'entrepreneur est responsable du travail exécuté par les personnes qu'il occupe ou emploie dans l'ouvrage ». Dans une telle hypothèse, l'entrepreneur se verra affecté par l'action en responsabilité fondée sur des irrégularités dans la réalisation du travail par l'architecte avec qui il a contracté¹⁹.

La jurisprudence qui s'est prononcée sur l'interprétation de l'article 1591 fait référence à cette distinction, en considérant que dans le cas où la responsabilité du sous-traitant pour mauvaise exécution de ses obligations résultant du contrat conclu avec l'entreprise de construction, celle-ci doit être attribuée aux parties en fonction de la part qui correspond à chacun. Cette mise en jeu de la responsabilité ne peut être confondue avec celle de l'entreprise promoteur comme conséquence du contrat principal, sur laquelle l'entreprise se constitue comme l'unique responsable vis-à-vis du propriétaire de l'ouvrage pour des vices de construction qui sont à l'origine de la destruction. Il ne faut pas oublier dans une telle hypothèse que l'entrepreneur est tenu de superviser et contrôler le travail réalisé par les personnes qu'il emploie, ainsi que la qualité des matériaux utilisées par celles-ci.

Sur ce même point, il résulte des articles 17 et suivants de la Loi n° 38/1999, du 5 novembre 1999 sur la réglementation en matière de Construction, que la responsabilité civile des agents intervenant dans la construction d'un ouvrage, indépendamment de leur responsabilité contractuelle, peut être mise en jeu envers les propriétaires et les tiers acquéreurs de l'ouvrage. Dans cette optique, les personnes physiques ou morales qui interviennent dans le processus d'édification dans les délais et en cas de dommages matériels, pourront voir leur responsabilité civile mise en jeu.

¹⁸ LOPEZ VILAS, op. cit. p. 132-133 et GARCIA CANTERO, « La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil », Anuario de Derecho civil, 1963, p. 1053.

¹⁹ LOPEZ VILAS, op. cit. p. 133 et TORRALBA SORIANO, « Los vicios del suelo : Reflexiones sobre el artículo 1591 del Código civil », Anuario de Derechi civil, 1970, p. 139.

3. La protection de la créance dans le contrat de louage d'ouvrage : l'action directe

a) Le principe de l'action directe

L'action directe se définit comme l'action en justice qui, dans des cas spécifiques (souvent pour des opérations donnant lieu à des sous-contrats ou des groupes de contrats), est ouverte à une personne contre le débiteur de son débiteur, et qu'elle exerce en son nom personnel et non au lieu et place de son débiteur. Ce concept n'est pas propre aux contrats de louage d'ouvrage. L'action directe est invocable aussi en matière de mandat (action directe du mandant contre le mandataire substitué), de contrat de louage d'une chose ; elle est en outre à la disposition des employés de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage pour le paiement de leurs salaires. Mais en pratique c'est dans le domaine des contrats de louage d'ouvrage que l'action directe a le plus d'importance.

L'article 1597 du Code civil²⁰ dispose que ceux qui mettent leur travail et fournissent les matériaux dans un ouvrage à prix global ne disposent d'une action contre le propriétaire de celui-ci qu'à concurrence de la quantité ou somme dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où la réclamation a été faite.

Ainsi est apparue l'action directe, qui est considérée comme une véritable exception au principe de l'effet relatif des contrats, en ce qu'elle permet à ceux qui mettent leur travail ou les matériaux dans un ouvrage d'exercer directement une action contre le maître de l'ouvrage.

De nombreux auteurs espagnols se sont consacrés à l'étude du concept d'action directe, figure sans précédent dans le droit positif, dont l'origine doit être recherchée dans la laborieuse gestation du Code civil. Aujourd'hui, puisque la réalité économique rend évident que le contrat de louage d'ouvrage apparaît comme le moyen adéquat d'une inter-relation en servant de couverture à de nombreux types nouveaux de contrats commerciaux atypiques, qui sont régis par les règles légales relatives au louage, une problématique est née qui concerne l'interprétation de l'article 1597.

La détermination de la nature juridique de l'action conférée par l'article 1597 a donné lieu à un vif débat en doctrine et en jurisprudence.

Certains auteurs ont considéré que cette disposition ne constituait pas une exception aux principes généraux des contrats, mais une application particulière de du principe de la subrogation contenu dans l'article 1111 du Code civil²¹ avec la particularité de libérer les créanciers qui en sont titulaires de l'obligation de poursuivre les biens du débiteur. D'autres auteurs, s'appuyant sur la nature spéciale du contrat de louage d'ouvrage, ont vu dans l'article 1597 une véritable action directe, exception au principe de l'effet relatif des contrats. Néanmoins, même les auteurs qui ont défendu à l'époque la nature directe de l'action de

²⁰ Artículo 1597 del Código civil :

Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude aquél cuando se hace la reclamación.

²¹ Artículo 1111 del Código civil :

Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona ; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.

l'article 1597 du Code civil, n'ont pas approfondi l'étude des fondements, des conditions et de l'efficacité de l'action et se sont limités à refuser que les créanciers à qui la norme est favorable exercent l'action de l'entrepreneur, contre le commettant, en reconnaissant que ce type d'action est une exception au principe de la relativité contractuelle.

Pour ce qui est de la jurisprudence, la première décision du Tribunal suprême qui fait référence à l'action directe de l'article 1597 du Code civil est constituée par la sentence du 11 juin 1928 qui dispose que « le commettant ne peut (...) ne pourra affaiblir l'action directe avec des obstacles et apparences de droits engendrés à l'ombre d'autres actes distincts du contrat de louage d'ouvrage à l'origine de l'action » (il s'agissait en l'espèce d'une réclamation d'un fournisseur de matériaux de construction contre le commettant). L'importance de cette décision jurisprudentielle réside dans le fait que pour la première fois les magistrats ont eu recours à la notion d'action directe dans le cadre de l'article 1597 et ont de cette manière consacré la véritable nature de l'action. Jusqu'à une période assez proche, la jurisprudence était assez divisée, mais prévalait le fondement de la nature subrogatoire de l'action. Curieusement, c'est la tendance initialement minoritaire de cette jurisprudence, qui l'emporta à partir de 1960 : la nature directe de l'action fut consacrée par la décision du Tribunal suprême du 7 février 1968.

Cette position sur la nature de l'article 1597 du Code civil²², aujourd'hui adoptée par l'ensemble de la doctrine et la jurisprudence, fait de l'article une composante de l'action directe du Code civil. Se pose alors la question de savoir si le sous-traitant est bénéficiaire d'une telle action. Dans la mesure où la lettre de l'article 1597 du Code civil peut donner à penser que seuls les fournisseurs de matériaux ou de main d'œuvre, les préposés ou les dépendants de l'entrepreneur, sont titulaires de l'action directe. Cette question se pose du fait que l'article 1597 ne mentionne pas « ceux qu'il emploie », à la différence de l'article 1596 du Code civil²³. La jurisprudence a tendance à étendre la possibilité de l'exercice de l'action directe de l'article 1597 au sous-traitant en soulignant que la notion de sous-traitant est incluse dans le terme « ceux qui mettent leur travail », sans que de la lecture de cette disposition légale on puisse déduire une distinction de classes, concept ou qualité. Il ne convient pas, selon les déclarations des magistrats du Tribunal suprême, d'empêcher le sous-traitant d'exercer une action directe, (empêchement qui reposerait sur l'idée de lucre que la sous-traitance comporterait), car l'article 1597 fait abstraction des qualités professionnelles et utilise une expression générale qui doit être entendue comme une garantie et une protection du travail²⁴.

Néanmoins, le raisonnement employé par les juridictions espagnoles pour justifier l'extension de l'action directe de l'article 1597 n'est pas partagé par la majorité des auteurs. Ainsi, M. RODRIGUEZ MORATA pose le principe d'une distinction entre les auxiliaires et les sous-traitants et préfère recourir au sous-contrat, reprenant en cela la théorie retenue par M. LOPEZ VILAS. Il parvient à la conclusion que l'exercice de l'action directe de l'article 1597 par le sous-traitant trouve son fondement dans la connexion fonctionnelle des relations

²² Artículo 1597 del Código civil :

Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude aquél cuando se hace la reclamación.

²³ Artículo 1596 del Código civil :

El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.

²⁴ Voir Sentence du Tribunal suprême du 29 juin 1936.

qui donnent lieu à la sous-traitance et qu'en conséquence il ne s'agit que d'un effet caractéristique du mécanisme contractuel²⁵.

b) Conditions d'exercice de l'action directe de l'article 1597 par le sous-traitant

L'exécution de l'ouvrage à un prix forfaitaire ou global

Le principe ici est que la créance doit être certaine et déterminée. A priori, l'absence d'une fixation de la créance aurait comme conséquence de rendre impossible l'exercice de l'action directe. Le Code civil espagnol prévoit une double modalité pour la fixation du prix : d'une part, le prix pour l'exécution de l'ouvrage peut être convenu de manière forfaitaire ou globale (dans un tel cas, l'entrepreneur principal assume les risques de l'opération et peut être bénéficiaire dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage coûte moins cher que ce qui avait été prévu à l'origine); d'autre part, les parties au contrat peuvent convenir d'un prix par unité de l'ouvrage. Dans ce dernier cas, la condition est considérée comme remplie si les parties ont convenu du total ou de l'ensemble des unités à réaliser.

L'autorisation donnée par l'entrepreneur au sous-traitant à une exécution totale ou partielle de l'ouvrage

Nous pouvons considérer que cette condition est celle qui conduit à considérer l'action directe comme une conséquence normale ou comme un effet typique de la sous-traitance. Dans le régime juridique espagnol, il n'existe pas de disposition spécifique relative à la forme à donner à cette autorisation : c'est donc la règle de la permissivité générale qui s'applique. Par ailleurs, la législation n'exige pas que le commettant ait à accepter le sous-traitant, ni que ce dernier ait l'obligation de faire connaître au contractant principal ou maître de l'ouvrage, les conditions de paiement dans le cadre de la sous-traitance. L'exercice de l'action directe ne sera donc pas invocable dans les cas suivants :

- ✓ lorsqu'il existe une interdiction expresse de sous-traiter dans le contrat principal ;
- ✓ lorsque la nature ou les particularités du contrat principal sont de telle nature qu'elles excluent toute sous-traitance;
- ✓ lorsque une clause dans le contrat principal précise que l'ouvrage sera exécuté personnellement par l'autre partie.

En dehors de ces hypothèses, l'opinion générale considère qu'il y a une autorisation tacite de sous-traiter et par conséquent que le sous-traitant est apte à exercer une action directe.

Le sous-traitant est créancier de l'entrepreneur principal

Cette condition se déduit de la propre lettre de l'article 1597 du Code civil. Logiquement la créance doit être certaine, exigible et résulter des prestations exécutées dans la sous-traitance de l'ouvrage et dont le contractant principal ou propriétaire de l'ouvrage est le principal bénéficiaire.

²⁵ RODRIGUEZ MORATA, « L'acción directa como garantía personal del subcontratista de obra », Tecnos, Madrid, 1992, p. 127 et suiv.

L'entrepreneur principal est créancier au moment de l'exercice de l'action

Cette condition résulte de la lettre même de l'article 1597 du Code civil.

Le sous-traitant a intérêt à exercer l'action directe

Cette condition trouve son origine dans la nécessité de constater que l'entrepreneur principal n'exécute pas ses obligations vis-à-vis du sous-traitant. Le fondement de l'action directe repose en effet sur le risque d'insatisfaction du sous-traitant. Il suffit pour reconnaître cet intérêt à agir que le sous-traitant mette en demeure l'entrepreneur principal et en informe le maître de l'ouvrage.

C. Les contrats atypiques et la sous-traitance

La complexité des affaires dans la pratique actuelle a conduit à ce que les relations contractuelles évoluent et donnent lieu, à ce que la doctrine et la jurisprudence ont qualifié de « contrats atypiques ». Cette qualification s'explique du fait qu'ils présentent des singularités qui empêchent de les inclure dans les contrats typiques réglementés.

1. Les contrats d'assistance technique et de transfert de technologie

La doctrine considère les contrats d'assistance technique et de transfert de technologie entre entreprises comme ceux par lesquels une entreprise cède à une autre l'utilisation de brevets, des procédés de fabrication, de transformation et de conservation d'éléments ou de services. Il en est de même lorsqu'une entreprise fait bénéficier une autre entreprise d'une assistance technique ou de connaissances technologiques en vue d'une meilleure utilisation dans le processus de production de l'entreprise bénéficiaire.

La législation espagnole ne régit pas spécifiquement ce type de contrats. Pour cette raison, la jurisprudence les considère comme des contrats atypiques dont les difficultés devront être réglées et les solutions recherchées dans leurs propres clauses. En leur absence, ce sont les articles du Code de commerce, les usages commerciaux ou les dispositions du Code civil qu'il faudra appliquer.

2. Les contrats de commercialisation (marketing)

Ce type de contrats se définit comme la catégorie de contrats en vertu desquels une entreprise sollicite auprès d'une autre des études de commercialisation, de contrôle de marchés, de recherche et de conseil, avec la finalité de faire des produits plus compétitifs. Dans le monde des entreprises, l'intervention d'autres entreprises dans de tels contrats est courante, il s'agit particulièrement des entreprises de détaillants, de revendeurs, qui collaborent avec l'entreprise principale afin de faciliter son activité (certains contrats de franchise). L'absence de législation spécifique sur ce type de relation contractuelle, conduit à les considérer comme des contrats atypiques ; ce sont donc les règles du Code de commerce, des usages commerciaux ou de Code civil qui s'appliquent en la matière.

3. Les contrats de collaboration externe ou « outsourcing »

Ce type de contrat suppose une sous-traitance de services ou de travaux en ce qu'une entreprise externalise des opérations en vue d'améliorer son efficacité et de faire des économies de coûts et de temps. Ils sont très divers car ces contrats peuvent porter sur un grand nombre de tâches à réaliser ou de fonctions qui s'intègrent dans le fonctionnement et l'organisation des entreprises commerciales.

Cette variété rend pratiquement impossible la détermination de la nature du contrat. La tendance de la jurisprudence est donc de les considérer comme des contrats atypiques, en appliquant leurs clauses ; en l'absence de spécifications, et s'ils ont la nature juridique des louages d'ouvrages ou de services, les dispositions du Code civil s'appliqueront. Dans les cas où sont sous-traités des biens d'équipement ou de haute technologie, il est nécessaire de les considérer comme des contrats mixtes, d'achat-vente et de louage d'ouvrage ou de service, et d'évaluer dans chaque cas le trait le plus significatif pour appliquer les règles les mieux adaptées.

En définitive, il n'existe pas de législation sur les nouvelles relations contractuelles commerciales qui sont apparues avec l'évolution de la société. Aussi, il n'existe pas de doctrine ou de jurisprudence qui permette d'élaborer des critères généraux sur cette nouveauté dans les contrats commerciaux. La jurisprudence se limite donc à résoudre des questions très concrètes, en fonction de l'interprétation des clauses du contrat ou en renvoyant ces contrats aux dispositions générales avec lesquels ils présentent le plus de similitudes. Le plus souvent, il s'agit ici des dispositions légales qui régissent les contrats de louage d'ouvrage ou de services qui sont susceptibles de s'appliquer dans le domaine de la sous-traitance.