

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Data: Maio 2021
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926)	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português	81
M ^a TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso...	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade?	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDÓ & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l’heure du COVID	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID»	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHMANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021	391
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	399
CAROLLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior	447

Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l'heure du COVID 19

YOUNESS BENDAHDANE *

Nos sociétés contemporaines sont exposées depuis une trentaine d'années à des risques sanitaires d'une ampleur nouvelle, révélateurs de leur propre vulnérabilité et marqués par un fort impact médiatique. Hier, c'était l'affaire du sang contaminé, de la vache folle et de l'hormone de croissance. Aujourd'hui, c'est le Corona Virus. Et, demain, ce sera peut-être l'affaire des ondes électromagnétiques, des nanotechnologies ou des particules fines. La fin du XXe siècle et le début du XXIe siècle sont ainsi marqués par une prise de conscience de la menace découlant de l'ampleur des risques sanitaires le plus souvent induits par l'activité humaine. Face à cette situation, le droit évolue au coup par coup, discipline par discipline, sans que l'on sache très bien si les changements opérés constituent des ajustements à la marge ou masquent, au contraire, une mutation plus profonde du système juridique.¹

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 265-271.

* Doctorant en Droit Privé à La Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Ibn Zohr (Agadir).

¹ Karine Foucher, François Rousseau, « *Les réponses du droit aux crises sanitaires* », *L'Harmattan*, 06/2016 Résumé.

En effet, La crise sanitaire que nous traversons actuellement en raison de la pandémie du COVID-19 et les mesures exceptionnelles qui l'accompagnent, ont inévitablement eu pour conséquence le ralentissement, voir l'arrêt de certaines entreprises. Ce qui a impacté incontestablement l'économie nationale et mondiale.

Confrontées à ces bouleversements, les entreprises tendent tant bien que mal de s'adapter pour faire face à ce contexte inédit, notamment en matière juridique, où le potentiel du risque est éminent pour assurer une meilleure gouvernance.

N'existant pas de droit spécial Coronavirus, permettant d'encadrer et limiter les répercussions de la pandémie sur leur fonctionnement, les entreprises se limitent à s'adapter aux outils juridiques traditionnels.

Certes, il existe une multitude de lois traditionnelles qui règlementent la gestion des risques juridiques des entreprises, mais nous nous contenterons de traiter quelques aspects et exemples de ces risques en matière de droit social et contrats.

I. La gestion des risques juridiques des entreprises en matière sociale

En matière sociale ; l'entreprise est dans l'obligation de plier aux exigences de la crise sur le plan sanitaire et sécuritaire tout en limitant l'impact que peut avoir sur le maintien de son activité. Tout ceci ne peut se faire qu'à travers trois procédés classiques:

- 1- **Le recours à des salariés en renfort** : En règles générales, et durant la crise, certaines entreprises font appel à des salariés intérimaires ou en contrat à durée déterminée, dans les secteurs de production qui ne sont pas touchés par la crise surtout celles qui opèrent pour l'intérêt national (c'était le cas pour des unités de production des masques et les solutions hydro alcooliques) ;
- 2- **Faire travailler plus longtemps les salariés déjà présents** : Il est d'usage parfois dans des situations exceptionnelles, que les employeurs fassent travailler leurs salariés au-delà de la durée légale du travail, les jours de repos et le cas échéant le dimanche après avoir informé le délégué du personnel ou le représentant syndical (Article :196 du code de travail) ;
- 3- Le dernier aspect qui est le plus prégnant pour les entreprises ; est celui de **modifier l'organisation de l'entreprise pour faire face à une réduction ou une cessation d'activité** ; soit par l'aménagement de l'organisation du travail sans toucher aux effectifs, et dans ce cas l'employeur sera confronté à un ensemble d'impératifs :
 - L'employeur peut imposer un congé annuel anticipé au salarié ;

- L'employeur est dans l'obligation de verser un salaire au salarié, même lorsque ce dernier ne travaille pas, compte tenu de l'obligation conceptuelle du contrat de travail mutuellement consenti, ou du moins à hauteur de 50°/° ; sauf en cas de cessation définitive de l'activité de l'entreprise ;
- L'aménagement du travail peut être entrepris à distance « télétravail », avec les mêmes prérogatives prévues pour le travail présentiel : disponibilité, horaires aménagés, congés hebdomadaires, etc...Tél qu'il est stipulé par (*le code de travail français ; article L-1222-9*) et (*la convention n°177 de 1996, sur le travail à domicile*).²

Enfin, le dernier procédé dont dispose l'employeur pour faire face à la crise, que l'on peut qualifier d'arme de destruction massive du COVID 19, est la mise au chômage partiel ou définitif des salariés.

En effet, en cas de cessation d'activité ou fermeture partielle ou totale de l'établissement, cela se traduit par la suspension des contrats de travail assortis d'une indemnité de licenciement le cas échéant (article : 52 et 53 du code travail),³ et le droit de réembauchage selon les catégories professionnelles qui sont énumérées dans (les articles : 71 et 508 du code de travail).

II/ La gestion des risques des entreprises en droit des contrats

Par ailleurs, et dans un autre contexte, les entreprises se trouvent aujourd'hui confrontées aux difficultés d'exécution ou d'inexécution des contrats avec leur fournisseurs ! Et la question que l'on peut se poser à ce niveau, suite à la crise de la pandémie

² Article : 4 :1. « *La politique nationale sur le travail à domicile doit promouvoir, autant que possible, l'égalité de traitement entre les travailleurs à domicile et les autres travailleurs salariés en tenant compte des caractéristiques particulières du travail à domicile ainsi que, lorsque cela est approprié, des conditions applicables à un type de travail identique ou similaire effectué en entreprise.*

2. L'égalité de traitement doit être promue en particulier en ce qui concerne :

- (a) *le droit des travailleurs à domicile de constituer ou de s'affilier à des organisations de leur choix et de participer à leurs activités ;*
- (b) *la protection contre la discrimination dans l'emploi et la profession ;*
- (c) *la protection en matière de sécurité et de santé au travail ;*
- (d) *la rémunération ;*
- (e) *la protection par des régimes légaux de sécurité sociale ;*
- (f) *l'accès à la formation ;*
- (g) *l'âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail ;*
- (h) *la protection de la maternité.*

³ Article 52 du code de travail marocain « *Le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée a droit à une indemnité, en cas de licenciement après six mois de travail dans la même entreprise quels que soient le mode de rémunération et la périodicité du paiement du salaire* ».

mie, est ce que les entreprises font face à un cas de force majeure, qui leur permettent de suspendre leurs contrats, ou de s'exonérer de leurs obligations contractuelles ?

La réponse ne paraît pas aussi évidente que cela, car les enjeux ne sont pas les mêmes pour les acteurs concernés, et tout dépend de la position dans laquelle on se place.

L'objectif des clauses de force majeure consiste à protéger les parties des événements qui, selon l'entente entre les parties, ne font pas partie des risques commerciaux habituels. Les clauses de force majeure dispensent de l'exécution des obligations contractuelles si des événements spécifiques qui sont indépendants de la volonté des parties empêchent une telle exécution. Si elle était invoquée avec succès, la clause dispenserait une partie de l'exécution de ses obligations aux termes du contrat, ce qui permettrait d'éviter un manquement aux obligations.⁴

Pour le fournisseur ; il est évident que la situation du cas de force majeure peut être évoquée, soit pour retarder l'exécution de ses obligations, soit pour les suspendre ou encore résilier définitivement les contrats.

Pour ce qui est du client, il est évident qu'il attend de son fournisseur qu'il mette tout son œuvre pour exécuter ses obligations.

Les positions peuvent paraître assez antagonistes, mais en situation de crise ; la qualification et l'interprétation de la situation est assez ambiguë. En effet, la puissance publique peut parfois être plus clément avec les entreprises qui ont du mal à exécuter les obligations des marchés publics, (*C.cass.marocaine*, 22/05/2014 ; n°1/715),⁵ en revanche, pour les entreprises privées la question reste assez compliquée et totalement ouverte !

Pour comprendre la difficulté, il faut revenir aux textes ; notamment l'article 269 du DOC qui prévoit que : « La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation.

⁴ Peter J. Wiazowski Trevor Zey, « Exécution de contrats dans un contexte de pandémie : clauses de force majeure et doctrine de l'impossibilité d'exécution », <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/844d7cf4/execution-de-contrats-dans-un-contexte-de-pandemie-clauses-de-force-majeure-et-doctrine-de-limpossibilite-dexecution>.

⁵ Dossier 12/1/4/2554, *Revue. Affaires des marchés publics devant la chambre administrative de la Cour de cassation* ; p. 33 à 35 ; 2018).

N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il fût possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir.

N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur ».

De ce fait, l'on peut considérer que tout évènement empêchant une partie à un contrat d'exécuter ses obligations peut donc être qualifié de force majeure, lorsqu'il présente les caractéristiques suivantes :

- **Imprévisible** : l'évènement doit être raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat tel qu'il a été précisé par le DOC ;
- **Irrésistible** : Cet évènement ne peut être évité, même dans le cas où le débiteur a déployé toutes les diligences nécessaires pour s'en prémunir ;
- **Extérieur** : L'évènement doit échapper au contrôle de la partie qui ne peut plus exécuter ses obligations.

Force est de constater enfin, que l'ampleur de la pandémie COVID 19, et les mesures strictes et sans précédent ordonnées par les différentes autorités marocaines et étrangères (suspension du trafic aérien et maritime, fermeture de nombreux commerces, confinement...), ainsi que les déclarations de l'OMS, pourraient constituer des arguments solides pour soutenir que la pandémie actuelle est constitutive d'un évènement de force majeure.

Ainsi si la qualification de la force majeure est retenue d'un commun des parties ou le cas échéant par le juge, elle aura pour conséquence ; la suspension de l'exécution du contrat en cas d'empêchement temporaire ; elle peut aussi provoquer la résolution de plein droit et libère les parties de leurs obligations ; ou enfin, exonérer la partie défaillante de tous dommages et intérêts (Article ; 269 du code de travail).

Par ailleurs, et dans un souci de solidarité face aux conséquences qui peuvent être néfastes pour notre économie, le gouvernement marocain pourrait montrer l'exemple aux opérateurs privés, en reconnaissant la force majeure comme principe liée à la pandémie.

III. De quelques Mesures de gestion des risques

De façon générale, en plus de mesures prises pour ralentir la propagation de la COVID-19 et protéger le bien-être de nos concitoyens, nous pouvons envisager quelques mesures de gestion des risques pour éviter le pire pour nos entreprises en ces moments de crise, telles que :

- 1- Le législateur marocain est contraint aujourd'hui de mettre à profit toutes les potentialités dont il dispose pour préparer un code, pourquoi pas ! « Embryonnaire », en matière de gestion de risques juridiques liés aux crises sanitaires ;
- 2- Développer les technologies de l'information et de communications pour assurer un meilleur suivi de (Travail, production, et éviter le recours au licenciement) ;
- 3- Prévoir un nouveau régime d'assurances et couverture sociale, pour faire face aux crises sanitaires ;⁶
- 4- Le télétravail doit faire l'objet d'une réelle codification en droit marocain ;
- 5- Elaborer un plan d'accompagnement, social, économique et sanitaire pour les entreprises au moment des crises sanitaires ;
- 6- Remédier aux défaillances du code de travail, en matière de crises sanitaires.⁷

Bibliographie

Ouvrages :

- 1- Abdellah BOUDAHRAN, Droit social marocain, droit du travail, sécurité sociale. Socheppress, 1984.
- 2- Karine FOUCHER, François ROUSSEAU : « Les réponses du droit aux crises sanitaires, L'Harmattan, 06/2016 ;
- 3- Covid-19 et Droit du Travail. Ouvrage collectif, DALLOZ, Octobre 2020.

Articles et Publications :

- 1- Danièle GUINOT : Face aux critiques, les compagnies d'assurances défendent leurs actions pour soutenir les petites entreprises fragilisées par la crise, Figaro, Le (Business Section), 2020, Vol. 23529 ;
- 2- Asmaâ SAJIDE, Etudiante-chercheuse en Droit des affaires, Maroc : le code du travail à l'épreuve du COVID 19, Revue, village de la justice, 09 Juillet 2020. <https://www.village-justice.com/articles/code-travail-epreuve-covid,36047.html> ;

⁶ Danièle, GUINOT, , « Face aux critiques, les compagnies d'assurances défendent leurs actions pour soutenir les petites entreprises fragilisées par la crise », Figaro, Le (Business Section), Apr 09, 2020, Vol. 23529.

⁷ Asmaâ SAJIDE, Etudiante-chercheuse en Droit des affaires, « Maroc : le code du travail à l'épreuve du COVID 19 », Revue, village de la justice, 09 Juillet 2020. <https://www.village-justice.com/articles/code-travail-epreuve-covid,36047.html>.

- 3- Peter J. WIAZOWSKI & Trevor ZEYL : Exécution de contrats dans un contexte de pandémie : clauses de force majeure et doctrine de l'impossibilité d'exécution. <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/844d7cf4/execution-de-contrats-dans-un-contexte-de-pandemie-clauses-de-force-majeure-et-doctrine-de-limpossibilite-dexecution>.

Lois :

- 1- Code de travail marocain ;
- 2- Code de travail français ;
- 3- Dahir des obligations et contrats marocain DOC ;

Jurisprudence :

- 1- (*C. cass. marocaine*, 22/05/2014 ; n°1/715), Dossier 12/1/4/2554, Revue. Affaires des marchés publics devant la chambre administrative de la cour de cassation ; p. 33 à 35 ; 2018).