

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

L'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur la durée du travail

*Les réglementations en vigueur concernant la durée du travail sont-elles adaptées
à l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication
dans la relation de travail ?*

Mémoire réalisé par
Hélène Prét

Promoteur
Marco Rocca

Année académique 2017 - 2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL. Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier mon promoteur, Marco Rocca, pour ses précieux conseils et sa disponibilité sans faille,

Maxime, pour son aide de chaque instant et son soutien au quotidien,

Sylvie, Martine, Hélène et Philippe pour leur aide indispensable à l'organisation de ce bel été productif,

Anne, Sylvie, Maxime et Philippe pour leur relecture,

Et enfin Emma, source de motivation éternelle.

INTRODUCTION

Les problématiques touchant à la durée du travail soulèvent comme principale difficulté la bonne conciliation entre d'une part la protection adéquate des travailleurs et d'autre part la prise en compte des intérêts économiques de l'entreprise.

L'introduction des NTIC (Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication) dans la relation de travail illustre parfaitement cette difficulté. En effet, grâce à elles, les employeurs peuvent être connectés en permanence avec leur personnel. Cela constitue un avantage indéniable dans leur chef car ils peuvent adapter leur besoin de main d'œuvre en fonction des fluctuations du marché. Pour les travailleurs cela peut également représenter un avantage ; en effet, s'ils sont joignables partout, il leur est possible de travailler n'importe où, ce qui leur permet de concilier plus facilement les obligations relevant de la vie privée et celles relevant de la vie professionnelle.

Néanmoins, la flexibilité apportée par les NTIC crée également de nouvelles difficultés et notamment en ce qui concerne la durée du travail. Le travailleur étant joignable en permanence et donc potentiellement à la disposition de son employeur, toute la question est de savoir s'il s'agit de temps de travail devant être comptabilisé dans la durée du travail. Si la réponse devait s'avérer positive cela aurait un impact économique important sur les entreprises devant plus rapidement octroyer sursalaire ou repos compensatoire aux travailleurs étant donné que le seuil légal de la durée du travail serait plus rapidement franchi.

Cependant, si la réponse devait s'avérer négative cela mettrait les travailleurs dans une position de connexion permanente avec la sphère professionnelle de sorte qu'elle s'immiscerait dans la sphère privée, pouvant de ce fait peser sur leur bien-être et ce sans aucune forme de compensation de la part de l'employeur.

Cette nouvelle forme de travail n'est pas réglementée actuellement en Belgique, et pourtant l'introduction des NTIC dans la relation de travail est inévitable aujourd'hui. Ce vide juridique est sans doute dû au fait que l'accessibilité permanente ne peut pas se rattacher à des concepts existants. Il ne s'agit ni d'une prestation de travail véritable, ni d'un véritable temps de repos.

A travers ce mémoire, nous essaierons de trouver dans la législation, la jurisprudence et la doctrine, des solutions satisfaisantes tant pour l'employeur que le travailleur à cette situation *sui generis* d'accessibilité permanente.

Dans un premier chapitre, nous ferons état de la législation actuelle concernant la durée du travail aux niveaux national, européen et plus brièvement international. Sur base de la législation belge, nous analyserons quelles seraient les conséquences d'un dépassement de la durée du travail dans le cas où l'accessibilité permanente serait considérée comme étant du temps de travail.

Dans un deuxième chapitre, nous analyserons la jurisprudence relative au temps de gardes dormantes et à domicile ainsi qu'à la notion de subordination. Nous verrons si les solutions dégagées par les cours et tribunaux peuvent représenter un soutien pertinent pour notre recherche.

Dans un troisième chapitre, nous nous pencherons sur la notion même de NTIC ainsi que sur les nouvelles formes d'organisation du travail réglementées et chercherons à savoir si celles-ci sont adaptées en ce qui concerne la durée du travail.

Enfin, dans un dernier chapitre, nous nous intéresserons aux outils actuellement disponibles qui permettent de réguler l'immixtion des NTIC dans la relation de travail et l'influence qu'elles exercent sur la notion de durée du travail. Du droit à la déconnexion en passant par la responsabilité sociétale des entreprises, nous nous interrogerons sur la meilleure solution qui s'offre tant aux travailleurs qu'aux employeurs.

CHAPITRE 1^{ER} : LES RÈGLES EN VIGUEUR SUR LA DURÉE DU TRAVAIL

La durée du travail étant un des éléments principaux de notre recherche, il nous est apparu essentiel de bien en saisir la teneur. Parler de modification de la durée du travail n'a de sens que si le lecteur connaît les règles en vigueur la concernant ainsi que les conséquences d'une transgression de celles-ci.

Lorsque nous nous trouvons dans une situation d'entreprise et que nous examinons de quelle manière nous voudrions peser d'une manière ou d'une autre sur la durée du travail, nous sommes obligés de prendre en considération l'ensemble des sources du droit du travail, c'est-à-dire le contrat de travail, les C.C.T.¹, les législations ainsi que le droit européen².

Ce chapitre 1^{er}, bien que relativement théorique, constitue à notre sens un passage obligé pour la bonne compréhension des chapitres suivants.

Avant de commencer cette recherche, nous voudrions attirer l'attention du lecteur sur le fait qu'en droit du travail belge nous sommes dans un système juridique qui ne connaît pas de manière systématique le principe de faveur. Le principe de faveur est un principe de droit du travail, généralement connu en droit français, qui signifie qu'en présence d'une pluralité de normes, le travailleur peut faire du *cherry picking* et choisir la norme qui lui est la plus

¹ Conventions Collectives de Travail.

² Article 51 de la loi du 5 décembre 1968, M.B., 15 janvier 1969 : « *La hiérarchie des sources des obligations dans les relations de travail entre employeurs et travailleurs, s'établit comme suit :*

1. *la loi dans ses dispositions impératives;*
2. *les conventions collectives de travail rendues obligatoires, selon l'ordre suivant :*
 - a) *les conventions conclues au sein du Conseil national du travail;*
 - b) *les conventions conclues au sein d'une commission paritaire;*
 - c) *les conventions conclues au sein d'une sous-commission paritaire;*
3. *les conventions collectives de travail non rendues obligatoires, lorsque l'employeur est signataire ou est affilié à une organisation signataire de ces conventions, selon l'ordre suivant:*
 - a) *les conventions conclues au sein du Conseil national du travail;*
 - b) *les conventions conclues au sein d'une commission paritaire;*
 - c) *les conventions conclues au sein d'une sous-commission paritaire;*
 - d) *les conventions conclues en dehors d'un organe paritaire;*
4. *la convention individuelle écrite;*
5. *la convention collective de travail conclue au sein d'un organe paritaire et non rendue obligatoire, lorsque l'employeur bien que non signataire ou non affilié à une organisation signataire, ressortit à l'organe paritaire au sein duquel la convention a été conclue;*
6. *le règlement de travail;*
7. *la loi dans ses dispositions supplétives;*
8. *la convention individuelle verbale;*
9. *l'usage.*

favorable, quel que soit son rang hiérarchique³. En revanche, en droit du travail belge, le parti pris méthodologique est le respect du principe hiérarchique de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968⁴, qui implique qu'une norme inférieure ne peut déroger à une norme supérieure.

Maintenant que nous avons rappelé ce principe hiérarchique, le lecteur pourrait se demander pourquoi en matière de durée du travail, nous prenons en considération des C.C.T. alors que la durée du travail est fixée au sein des législations. Des C.C.T. peuvent être adoptées car la loi fixe des maxima et des minima. Ces possibilités d'ajustement ne sont rendues possible que parce que le législateur ou les partenaires sociaux s'expriment en ces termes. Le législateur ou les partenaires sociaux (chacun agissant au niveau normatif qui est le sien) pourraient bloquer le mécanisme en supprimant toute marge de négociation au niveau de la négociation contractuelle.

Cela étant clair dans l'esprit du lecteur, nous pouvons commencer notre recherche concernant l'impact des NTIC sur la durée du travail.

Section 1. Le droit belge

En Belgique, la durée du travail n'est pas réglementée de la même façon selon que le travailleur fournisse une prestation de travail au sein du secteur privé ou au sein du secteur public.

Cette spécificité renvoie une image complexe et éclatée de la durée du travail. Cette section a pour but d'éclairer le lecteur quant aux législations applicables tout en attirant son attention sur le fait que le secteur privé sera celui de référence pour la suite de notre recherche.

Dans un premier temps, nous analyserons les grandes lignes de ces deux régimes légaux.

Dans un second temps, nous nous intéresserons au règlement de travail et aux conséquences liées au non-respect de celui-ci.

³ Article L.2251-1 du Code du travail : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. », www.legifrance.gouv.fr

⁴ Article 51 de la loi du 5 décembre 1968, *M.B.*, 15 janvier 1969.

Pour finir, nous nous interrogerons sur le lien éventuel entre dépassement de la durée du travail et le droit de *ius variandi* de l'employeur.

§ 1. Secteur privé et secteur public

A. Champ d'application

Le secteur privé est régi par la loi du 16 mars 1971 sur le travail⁵. N'entrent pas dans le champ d'application de la loi les personnes occupées par l'Etat, les provinces, les communes, les établissements publics qui en dépendent ainsi que les organismes d'intérêt public. Néanmoins, les personnes occupées dans des établissements publics exerçant une activité industrielle ou commerciale ou dans des établissements publics dispensant des soins de santé, de prophylaxie ou d'hygiène se verront appliquer la loi susmentionnée⁶.

L'objectif du législateur de 1971 était de soumettre aux mêmes règles les entreprises publiques ou privées qui exercent des activités similaires. C'est donc en toute logique que le SPF « Emploi, Travail et Concertation Sociale » demande que soit vérifiée *in concreto* la nature de l'activité exercée sans prendre en compte la situation légale du personnel. De ce fait, la forme statutaire de l'engagement du personnel n'est pas un élément déterminant⁷.

Les personnes qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 16 mars 1971 se verront alors appliquer la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public⁸⁹.

Lorsque nous abordons la question de la durée du travail, il est donc essentiel dans un premier temps de déterminer quelle est la loi applicable au travailleur en fonction de l'activité exercée

⁵ Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

⁶ Article 3 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

⁷ N. KNAEPEN ET J.-C. HEIRMAN, « Temps de travail et temps de repos dans le secteur public: sur les chemins de la flexibilité », *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, sous la direction de M. Dumont, Liège, Anthemis, 2008, pp.496 à 497.

⁸ Loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public, *M.B.*, 5 janvier 2001.

⁹ Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public ne règle pas le régime du temps de travail des jeunes travailleurs ainsi que toutes les questions attraites à la maternité, ces régimes étant réglés par la loi du 16 mars 1971 et identiques pour le secteur privé et le secteur public.

par celui-ci. Cette démarche peut déjà entraîner des difficultés lorsque nous nous trouvons face à une activité revêtant un caractère hybride¹⁰.

B. Durée hebdomadaire de travail et durée hebdomadaire moyenne de travail

La durée hebdomadaire de travail et la durée hebdomadaire moyenne de travail ne sont pas identiques au sein des deux législations.

En effet, en ce qui concerne le secteur public, la durée du travail ne peut excéder 38 heures par semaine en moyenne sur une période de référence de 4 mois. S'agissant d'une moyenne, il est donc possible de travailler plus de 38 heures par semaine. Néanmoins le législateur a fixé un plafond maximum de 50 heures par semaine.

En cas de dépassement de la durée hebdomadaire moyenne de travail, l'employeur devra octroyer un repos compensatoire au travailleur correspondant à la durée du dépassement, dans la période de référence de 4 mois¹¹.

Dans le secteur privé, les règles en vigueur sont plus complexes. La durée hebdomadaire de travail est de 38 heures par semaine¹², mais certaines dérogations sont prévues par la loi pour permettre au travailleur de prêter plus de 8 heures par jour et plus de 38 heures par semaine¹³.

Etant donné le caractère limité de ces dérogations, les entreprises manquent de flexibilité en ce qui concerne l'aménagement du temps de travail, ce qui peut poser un problème en cas de fluctuation du volume de travail.

Afin de répondre à cette demande de souplesse des employeurs, le législateur a instauré le régime dit de la « petite flexibilité »¹⁴ en 1985 qui permet à l'employeur d'adapter la durée du travail et les horaires de travail de son personnel en fonction des besoins de son entreprise,

¹⁰ Nous entendons par là le fait qu'un organisme public effectue en son sein des activités commerciales et des activités de service public.

¹¹ Article 8 de la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public, *M.B.*, 5 janvier 2001.

¹² La loi du 10 août 2001 relative à la conciliation entre l'emploi et la qualité de vie, *M.B.*, 15 décembre 2001, a prévu qu'au plus tard au 1^{er} janvier 2003, la durée hebdomadaire du travail devait être réduite à 38 heures.

¹³ Article 20 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

¹⁴ Par opposition à la « grande flexibilité » qui a été mise en place par la loi du 17 mars 1987 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises et la convention collective de travail n°42 conclue le 2 juin 1987 au sein du Conseil national du travail. ; N. KNAEPEN ET J.-C. HEIRMAN, « Temps de travail et temps de repos dans le secteur public : sur les chemins de la flexibilité », *Op. Cit.*, p.507.

sans pour autant dépasser 9 heures par jour et 45 heures par semaine¹⁵. La durée normale de travail doit être respectée en moyenne sur une période allant de 3 mois à 1 an maximum. La contrepartie consiste en l'octroi d'un repos compensatoire durant cette période de référence.

Deux dérogations sont prévues par le législateur à l'octroi de repos compensatoires avant la fin de la période de référence : le surcroît extraordinaire de travail et les travaux nécessités par l'urgence ou un accident¹⁶. Dans ces deux cas de figure, la durée moyenne de travail peut être dépassée de 65 heures¹⁷ et la récupération doit intervenir dans les 3 mois qui suivent la fin de la période de référence. Si le travailleur se trouve dans un de ces deux cas de figure, il a, de plus, la possibilité de ne pas devoir récupérer les 65 heures prestées, à condition qu'il en fasse la demande, pour bénéficier d'une rémunération complémentaire.

L'avantage de la petite flexibilité dans le chef de l'employeur est incontestable car, à condition de respecter la durée moyenne hebdomadaire de travail, il ne doit pas payer de sursalaire au travailleur¹⁸. De plus, il existe des dérogations qui permettent de dépasser de 65 heures la durée moyenne hebdomadaire sans attribution de repos compensatoire au travailleur.

Néanmoins, le régime de la « petite flexibilité » ne permettait pas de faire face à un besoin toujours plus important de flexibilité des entreprises dans un contexte de crise économique générée par les deux chocs pétroliers¹⁹.

Le législateur est donc intervenu en 1987 en instaurant le régime dit de la « grande flexibilité »²⁰ permettant d'étendre la période de référence à 6 mois ou à 1 an²¹.

En 2006, à la suite de la fermeture de l'entreprise V.W.²² de Forest, arrive l'introduction du régime « Plus Minus Conto »²³ qui permet d'étendre la période de référence jusqu'à 6 ans. Le

¹⁵ Pour plus de précisions, nous invitons le lecteur à consulter l'article 74 de la loi du 22 janvier 1985 de redressement contenant des dispositions sociales, *M.B.*, 24 janvier 1985 introduisant l'article 20 *bis* de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

¹⁶ Articles 25 et 26 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

¹⁷ Article 20 bis, §4, *ibid.*

¹⁸ Article 29, §2, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

¹⁹ L'expression « choc pétrolier » fait référence aux conséquences sur l'économie mondiale d'une modification brutale de l'offre de pétrole, combinant hausse du prix et augmentation de la consommation et/ou baisse de la production. On distingue trois crises différentes apparues en 1973, 1979 et 2008 ; www.wikipedia.org.

²⁰ Loi du 17 mars 1987 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises., *M.B.*, 12 juin 1987. Cette loi a été rédigée par les interlocuteurs sociaux et a été inscrite au Conseil National du Travail ; Convention collective de travail n°42 conclue le 2 juin 1987 au sein du Conseil national du travail. Il s'agit sans doute de la seule loi dans notre arsenal normatif qui a été écrite au CNT

²¹ La mise en œuvre de la loi « grande flexibilité » implique une articulation entre dialogue social et législateur : il faut des C.C.T. sectorielles ou d'entreprise pour « bénéficier » du régime de la grande flexibilité.

²² Volkswagen.

²³ Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 décembre 2006.

champ d'application de la loi est cependant limité aux secteurs particulièrement exposés aux risques de concurrence internationale, contrairement à la loi « grande flexibilité » qui laisse entrer dans son champ d'application toutes les entreprises et tous les travailleurs. La loi dite « Plus Minus Conto » est inspirée du droit allemand qui consiste à admettre que la durée moyenne de travail soit calculée sur une période de référence qui est considérée comme période de référence de validité commerciale du produit. Ainsi, on estime que la durée de vie probable du produit dans l'industrie automobile est de 6 ans. On pourrait donc imaginer que pendant 3 ans le personnel travaille 48 heures par semaine puis 28 heures par semaine pendant les 3 dernières années pour obtenir une moyenne hebdomadaire de 38 heures sur la période de référence des 6 ans. Si pendant toute la période de référence la moyenne n'est pas dépassée, il n'y aura à aucun moment des heures supplémentaires à payer ni à récupérer.

Cet avantage est indéniable pour l'employeur car il peut adapter le temps de travail des travailleurs en fonction des contraintes du marché sans que cela n'ait d'impact sur sa charge salariale. Au vu de la latitude que possède l'employeur, le législateur a mis en place deux verrous d'unanimité sociale au niveau du secteur d'activité et au niveau de l'entreprise ainsi que l'obligation d'établir un diagnostic économique par le C.N.T.²⁴ requérant l'unanimité au niveau interprofessionnel et la validation politique afin de « bénéficier » de ce régime²⁵.

Une nouvelle démonstration de volonté du législateur d'apporter encore plus de flexibilité est l'adoption en 2017 de la loi sur le travail faisable et maniable s'inscrivant au cœur de la législation du 16 mars 1971²⁶.

Le régime « Plus Minus Conto » est désormais applicable pour l'ensemble du secteur privé.

En outre, dans tout régime de « petite flexibilité » introduit à partir du 1^{er} février 2017, les 38 heures hebdomadaires doivent être respectées en moyenne sur une période 12 mois ce qui uniformise désormais la durée de la période de référence²⁷.

Mais encore, *via* ce nouveau régime, il est possible de déroger à l'interdiction du travail de nuit, à l'interdiction de travailler les jours fériés, ainsi qu'à la limitation de la durée du travail. Toutefois, la durée quotidienne du travail ne peut jamais dépasser 12 heures, le travailleur doit marquer son accord pour entrer dans un tel régime de flexibilité sauf s'il concerne l'ensemble

²⁴ Conseil National du Travail.

²⁵ Art. 208. § 1^{er} de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 décembre 2006.

²⁶ Loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable, *M.B.*, 15 mars 2017.

²⁷ Article 20 *bis*, 1^o, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971 ; sauf si une durée inférieure a été prévue par C.C.T.

de l'entreprise ou une division entière et ce régime de travail flexible doit être précisé dans une C.C.T. ou, à défaut, dans le règlement de travail²⁸. L'article 25 *bis* de la loi du 16 mars 1971 autorise le travailleur à prester jusqu'à 100 heures supplémentaires par année civile en complément de son contrat. Si une C.C.T. l'y autorise, il pourra même travailler jusqu'à 360 heures supplémentaires. L'initiative revient à l'employeur mais requiert l'accord du travailleur. Il s'agit d'une véritable opportunité pour l'employeur qui pourra profiter du travail des travailleurs volontaires sans nécessité d'informer la délégation syndicale ou obtenir leur autorisation. Nous trouvons cependant étonnant de parler de travail « volontaire » dans un contrat de travail étant donné que le lien de subordination place le travailleur en position de faiblesse, de sorte qu'il est compliqué de mesurer le degré de liberté dont il dispose. La loi régit également le télétravail occasionnel auquel nous ferons référence plus en détail à la section 2 du chapitre 3.

En comparant les deux secteurs - privé et public -, nous pouvons tout de suite affirmer que dans le secteur public, la durée du travail est envisagée de manière simple tout en permettant une certaine souplesse. La loi ne fixe qu'une notion : la durée maximale moyenne hebdomadaire du travail à respecter sur un quadrimestre. De plus, il n'existe pas de faculté de négocier avec les partenaires sociaux la durée maximale moyenne du travail, la norme hebdomadaire étant fixée pour l'ensemble du secteur public par voie légale²⁹.

Au contraire, au sein du secteur privé, il est parfois difficile de s'y retrouver. Alors que la durée du travail est un élément fondamental du contrat, il peut être laborieux pour le travailleur de connaître le régime qui lui est applicable étant donné les nombreuses dérogations existantes au sein de la législation³⁰.

Nous pouvons donc observer à quel point le droit du travail dans le secteur privé libère des outils juridiques sous forme de négociations collectives ou sous forme d'un dialogue tripartite entre les interlocuteurs sociaux et le pouvoir exécutif, qui vont permettre de totalement contourner les rigidités liées aux contrats individuels étant donné que ceux-ci sont une source tout à fait inférieure aux C.C.T.

²⁸ Article 20 *ter* de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

²⁹ N. KNAEPEN ET J.-C. HEIRMAN, « Temps de travail et temps de repos dans le secteur public : sur les chemins de la flexibilité », *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, *Op. Cit.*, p.509.

³⁰ Annexe n°1.

En effet, beaucoup de dispositions en droit belge et notamment dans la loi de 1971 permettent aux interlocuteurs sociaux, s'ils sont unanimes, d'écarter l'application de standards de protection légaux. Nous notons également qu'il est intéressant de mesurer à quel point l'instrument général de la négociation collective ouvre la porte à des négociations qui sont parfois plus favorables aux besoins économiques des entreprises au détriment des droits des travailleurs.

Cela influence grandement les entreprises. Par exemple, un certain nombre de restructurations sont motivées par du *cherry picking* social, c'est-à-dire la volonté de se situer là où les contraintes sociales sont les plus faibles et portent le moins atteinte à la rentabilité. Le champ du travail est instrumentalisé par les employeurs pour essayer de maximiser la rentabilité des firmes ce qui va entraîner une dégradation des conditions de travail pour une partie des travailleurs ; ceux-ci vont se retrouver dans une tendance qui, assez rapidement, va les conduire à devoir travailler davantage.

Ainsi, lorsque nous aborderons l'impact des NTIC sur la durée du travail, il est essentiel de bien garder à l'esprit que, premièrement, celui-ci sera différent selon l'entreprise concernée, contrairement au secteur public qui possède un régime uniforme.

Deuxièmement, lorsque nous examinerons un dépassement éventuel de la durée du travail dû à l'introduction des NTIC, le lecteur comprendra le dépassement de la durée moyenne de travail.

Enfin, la question de l'introduction des NTIC dans la relation de travail se pose dans une mouvance sociétale caractérisée d'une part par un besoin accru de flexibilité pour les entreprises³¹, et d'autre part par un désir de conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle dans le chef des travailleurs³².

³¹ Nous venons d'en mesurer l'importance à la suite des réformes législatives successivement analysées.

³² Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ; *M.B.*, 18 septembre 1996 ; Loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable, *M.B.*, 15 mars 2017. Nous n'aborderons que brièvement l'impact que la durée du travail peut avoir sur le bien-être des travailleurs.

§ 2 Règlement de travail et durée du travail

Nous venons de balayer largement la législation concernant la durée du travail.

Il est apparu que dans le secteur privé il était complexe de définir une durée de travail uniquement en se basant sur la loi et que cela dépendait essentiellement du secteur d'activité de l'entreprise. Afin que le travailleur soit clairement informé de son horaire de travail, celui-ci figure dans le règlement de travail de son entreprise.

La loi du 8 avril 1965 institue les règlements de travail³³. Les employeurs sont dans l'obligation d'établir un règlement de travail, que ce soit dans le secteur public³⁴ ou le secteur privé³⁵. Le règlement de travail lie par ses dispositions l'employeur et les travailleurs.

En sa section 2, la loi fait état de mentions obligatoires devant se retrouver dans le règlement de travail et nous pouvons constater que l'indication de la durée du travail en fait partie. Le législateur lui a par ailleurs réservé une place essentielle en y faisant référence au point 1° de l'article 6 ainsi qu'à l'article 6/1 en ce qui concerne les horaires flottants³⁶.

En effet, l'employeur a le devoir d'y indiquer le commencement et la fin de journée de travail régulière, le moment et la durée des intervalles de repos et les jours d'arrêt régulier de travail. Si la durée du travail est répartie sur plusieurs semaines, le règlement de travail doit décrire le cycle complet de travail.

L'article 6, 1° de la loi, quant à lui, prévoit de façon spécifique qu'en cas d'horaires variables, lesdits horaires doivent être mentionnés ainsi que leurs limites et la référence aux textes réglementaires concernés.

Enfin, en cas d'application d'un horaire flottant, l'article 6/1 stipule que le règlement de travail devra spécifier le début et la fin des plages fixes et des plages mobiles ainsi que la durée des intervalles de repos. Les limites de durée de travail devront être mentionnées ainsi

³³ Loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, *M.B.*, 5 mars 1965.

³⁴ Depuis le 1er juillet 2003, la quasi-totalité des services publics sont également soumis à la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, *M.B.*, 5 mars 1965 suite à l'entrée en vigueur de la loi du 18 décembre 2002, *M.B.*, 14 janvier 2003.

³⁵ Articles 1 et 4, *ibid.*

³⁶ Inséré par la loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable, *M.B.*, 15 mars 2017, *E.V.* 1^{er} février 2017.

que les sanctions spécifiques en cas de non-respect par le travailleur des règles applicables à l'horaire flottant. Les textes réglementaires relatifs à l'horaire flottant devront être annexés au règlement de travail.

L'employeur ne peut ajouter à ces horaires de travail une clause l'autorisant à les modifier unilatéralement.

§ 3. La durée du travail et le Code pénal social³⁷

Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que nous nous intéresserons uniquement, pour la suite de notre réflexion, aux règles applicables au secteur privé.

Grâce à l'obligation de mentions dans le règlement de travail, la durée du travail est bien connue des parties. S'ensuit donc tout naturellement la question du non-respect des limites de celle-ci. En son article 38 *bis*, la loi du 16 mars 1971³⁸ dispose qu'il est interdit de faire ou de laisser travailler tout salarié en dehors du temps de travail fixé dans le règlement de travail.

De ce fait, quelles seraient les conséquences d'un allongement insidieux de la durée du travail dû à l'introduction des NTIC dans la relation de travail dans le champ d'application de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ?

Nous partons du présupposé que le fait pour le travailleur d'être sollicité *via* une NTIC en dehors de sa durée de travail est considéré comme du temps effectif de travail ce qui induit donc un dépassement de la durée moyenne de travail. Nous verrons dans le cours de notre exposé que cette affirmation appelle à quelques nuances développées par la jurisprudence.

Les infractions aux dispositions de la loi susmentionnée sont recherchées, constatées et sanctionnées conformément au Code pénal social³⁹. Celui-ci vise à coordonner les dispositions du droit du travail et du droit de la sécurité sociale relatives à la prévention, la détection et la poursuite des infractions. Il contient une liste de l'ensemble des infractions et

³⁷ Cette réflexion a notamment été alimentée par les débats tenus lors du cours dispensé par P.P. VAN GEHUCHTEN concernant *le droit des ressources humaines de l'entreprises* entre septembre et décembre 2017 à l'UCL.

³⁸ Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

³⁹ Article 49 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971 ; Code pénal social institué par la loi du 6 juin 2010, *M.B.*, 1^{er} juillet 2010.

des sanctions possibles. Les sanctions qui peuvent être infligées sont administratives ou pénales sous formes d'amendes (pénale ou administrative) ou de peines d'emprisonnement⁴⁰. Les inspecteurs sociaux sont chargés d'informer, conseiller et surveiller le respect des dispositions de la loi du 16 mars 1971. Ils agissent d'initiative ou sur demande⁴¹. Ainsi, un travailleur se sentant contraint de travailler en dehors de sa durée normale de travail peut en avvertir les inspecteurs sociaux. Ceux-ci disposent d'un devoir de discrétion, ce qui a pour conséquence que le travailleur qui s'est plaint ne sera pas cité et ce, même devant les tribunaux, sauf s'il marque son accord express⁴².

En matière de durée du travail, les sanctions seront différentes en fonction de l'infraction commise. Nous n'allons pas toutes les passer en revue mais allons tenter de faire les résumer afin que le lecteur puisse se faire une représentation globale des conséquences en cas de dépassement de la durée du travail inscrite dans le règlement de travail.

En cas de non-respect des limites quotidienne et hebdomadaire de la durée du travail⁴³, de la durée minimale du travail⁴⁴, des intervalles de repos et de pauses⁴⁵ et si l'employeur fait ou a laissé travailler en dehors des horaires de travail⁴⁶, la sanction est de niveau 2 multipliée par le nombre de travailleurs concernés⁴⁷.

La sanction de niveau 2 est constituée soit d'une amende pénale de 50 à 500 euros, soit d'une amende administrative de 25 à 250 euros⁴⁸. Les montants doivent être majorés des décimes additionnels, ce qui en pratique revient à les multiplier par 8. Ainsi l'amende pénale sera située entre 400 et 4000 euros et l'amende administrative entre 200 et 2000 euros⁴⁹.

Ce qui nous intéresse au stade actuel de la recherche est de pouvoir se placer tantôt du côté des employeurs et tantôt du côté des travailleurs afin de savoir si les sanctions précitées sont suffisamment fortes pour faire respecter la législation concernant la durée du travail.

⁴⁰ Article 101 du Code pénal social institué par la loi du 6 juin 2010, *M.B.*, 1^{er} juillet 2010.

⁴¹ Articles 49 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971 ; Articles 23 à 39 et 43 à 49 du Code pénal social institué par la loi du 6 juin 2010, *M.B.*, 1^{er} juillet 2010.

⁴² Article 59, *ibid.*

⁴³ Article 138 du Code pénal social institué par la loi du 6 juin 2010, *M.B.*, 1^{er} juillet 2010.

⁴⁴ Article 140, *ibid.*

⁴⁵ Articles 141, 142, 144 et 145, *ibid.*

⁴⁶ Articles 146, *ibid.*

⁴⁷ Article 103 : l'amende multipliée ne peut excéder le maximum de l'amende multipliée par cent, *ibid.*

⁴⁸ Article 101, alinéa 3, *ibid.*

⁴⁹ Article 202, *ibid.* ; Loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels, *M.B.*, 3 mars 1952.

Si nous nous plaçons du côté de l'employeur, nous constatons que les sanctions ont un effet dissuasif et encouragent celui-ci à respecter les mentions indiquées dans le règlement de travail. Toutefois, au vu des montants des sanctions, il est bon de relativiser l'effet dissuasif en fonction de la taille de l'entreprise et de sa capacité financière.

Du point de vue du travailleur, les sanctions nous semblent adéquates si celui-ci se trouve dans un régime de durée du travail réglementé. L'employeur devra se conformer à la loi ce qui aura pour conséquence de respecter la durée de travail, et de ce fait, protéger le travailleur. Néanmoins, si celui-ci souffre d'être sollicité *via* une NTIC en dehors de sa durée de travail, l'opportunité de dénoncer son entreprise anonymement n'aura sans doute pas d'impact direct sur sa qualité de vie. En effet, le temps de travail presté en dehors de l'entreprise dû à l'utilisation des NTIC n'est pas réglementé au sein de la législation, il est donc impossible de sanctionner un éventuel abus de la part de l'employeur *via* l'application du Code pénal social.

De ce fait, nous pensons que le Code pénal social n'est pas un outil adéquat pour protéger le travailleur en cas d'allongement non consenti de sa durée de travail dû à l'utilisation de NTIC dans la relation de travail.

[§ 4. Le ius variandi et la durée du travail](#)

Etant donné que nous ne sommes pas convaincus par les solutions proposées dans le Code pénal social en cas de dépassement de la durée du travail dû aux NTIC, nous allons revenir à la source, c'est-à-dire aux règles de formation du contrat de travail.

Pour être valablement conclu, le contrat de travail doit répondre aux conditions énumérées à l'article 1108 du Code civil⁵⁰. La condition qui nous intéresse est essentiellement, dans ce cadre, le consentement des parties. Le travailleur et l'employeur négocient les termes du contrat qui incluent la durée de travail et marquent leur accord pour une durée de travail déterminée. En application de l'article 1134 du Code civil, les parties sont liées par les termes de leur accord⁵¹. Etant donné que le contrat est consensuel, il est logique que les parties

⁵⁰ Article 1108 du Code civil : *"Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation."*

⁵¹ Article 1134 du Code civil : *"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi."*

n'aient pas la faculté de le modifier de façon unilatérale. Si les parties désirent apporter des changements à leur accord initial, elles se doivent de le décider d'un commun accord.

Or, si un employeur sollicite le travailleur en dehors de sa durée de travail *via* une NTIC, sans que le travailleur puisse s'y opposer, il modifie unilatéralement les termes du contrat en allongeant la durée de travail ou à tout le moins en modifiant son horaire de travail.

De plus, l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978⁵² dispose que « *toute clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat est nulle* » et la Cour de cassation dans un arrêt du 14 octobre 1991 de rajouter que « *cette disposition est applicable à la modification d'éléments essentiels du contrat de travail mais non à la modification de conditions accessoires convenues entre les parties* »⁵³.

La règle principale est donc l'interdiction de modifier unilatéralement le contrat, sous réserve du droit de *ius variandi*⁵⁴ de l'employeur. Le *ius variandi* trouve son fondement dans le fait que l'employeur dispose d'un pouvoir de direction, de surveillance et de contrôle vis-à-vis du travailleur⁵⁵ ainsi que d'un pouvoir d'adapter l'entreprise aux exigences économiques du marché⁵⁶. En vertu de ces pouvoirs, l'employeur a notamment le droit, dans certaines limites, de modifier unilatéralement les conditions de travail du travailleur⁵⁷. Les limites sont la modification d'éléments accessoires du contrat, qu'ils soient accessoires par nature ou qu'ils aient été qualifiés conventionnellement comme tels⁵⁸.

Il s'agit donc de vérifier *in concreto* si l'élément modifié unilatéralement par l'employeur est un élément accessoire ou essentiel du contrat, de sorte que, s'il est essentiel, cela constituera un acte équipollent à rupture.

⁵² Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

⁵³ Cass., 14 octobre 1991, *Pas.* 1992, p.120.

⁵⁴ L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *Le droit du travail dans tous ses secteurs, Op. Cit.*, p.161.

⁵⁵ Cass., 18 mai 1981, *Pas.*, p. 1079.

⁵⁶ C. trav. Liège (8 e ch.), 4 mars 2004, *R.G.* n° 31.262/2002 ;

⁵⁷ F. HENRY, « Les modifications du contrat de travail », septembre 2012, *Guide business*, www.barreaudeliège.be

⁵⁸ C. trav. Mons, 7 juin 2005, *Chron. D. S.*, 2007, p.404.

L'acte équipollent à rupture est « l'acte par lequel une partie à un contrat de louage de travail manifeste sa volonté de ne plus poursuivre la collaboration professionnelle avec l'autre partie. Il implique dans le chef de son auteur un comportement qui méconnaît à ce point les obligations contractuelles des parties qu'il ne peut être interprété que par la volonté de ne plus respecter la convention ». ⁵⁹

Nous nous interrogeons donc à présent sur le fait de savoir si la durée de travail est un élément essentiel du contrat de travail. Le cas échéant, le travailleur, en cas de modification unilatérale de celle-ci par l'employeur, pourra mettre fin au contrat de travail ⁶⁰.

La doctrine et la jurisprudence conviennent que l'horaire établi par les parties est un élément essentiel du contrat de travail et que de ce fait il ne peut être augmenté ou diminué. Par son arrêt du 16 février 2016 ⁶¹, la Cour du travail de Bruxelles a considéré que même si elle n'est pas inscrite dans le contrat de travail, l'affectation à un horaire de nuit constitue une condition de ce contrat, ayant fait l'objet d'un accord tacite entre les parties. Compte tenu de l'impact qu'il a sur l'organisation de la vie du travailleur prestant cet horaire, tel régime de travail constitue, dans son chef, un élément essentiel de son contrat dont la modification, même temporaire, justifie le constat d'acte équipollent à rupture.

L'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 5 octobre 2004 souligne le fait qu'il est impossible pour les parties de convenir valablement que la durée du travail est un élément accessoire ⁶².

Le travailleur pourra donc invoquer l'acte équipollent à rupture en cas de modification unilatérale de la durée du travail, ce qui entraînera la cessation de la relation de travail et l'extinction des obligations des parties et s'accompagnera du paiement d'une indemnité compensatoire de préavis fixée à l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 ⁶³. De plus, le

⁵⁹ J. CLESSE, « La rupture non motivée », in C. WANTIEZ (sous la direction de), *Contrat de travail : 20^e anniversaire de la loi du 3 juillet 1978*, Ed. Jeune barreau de Bruxelles, 1998, pp. 165 à 171.

⁶⁰ « Pour être constitutive d'un acte équipollent à rupture, la modification doit répondre aux conditions suivantes : « être unilatérale, être importante, être certaine, être temporaire ou définitive et porter sur un élément essentiel » », L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *Le droit du travail dans tous ses secteurs, Op. Cit.*, p.178.

⁶¹ C. trav. Bruxelles, 16 février 2016, R.G. 2014/AB/145

⁶² C. trav. Bruxelles, 5 octobre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p.166.

⁶³ L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *Le droit du travail dans tous ses secteurs, Op. Cit.*, pp. 196 et 197 ; Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

travailleur pourra prétendre au paiement de dommages et intérêts de droit commun en apportant la preuve de son dommage.⁶⁴

Théoriquement, cela paraît être une solution intéressante pour le travailleur mais examinons comment cela se déroule en pratique.

On classe souvent l'acte unilatéral de rupture parmi les modes de rupture unilatérale mais formellement motivés tout comme le congé pour motif grave. Le travailleur doit tout d'abord prendre acte de la modification et faire part de son objection à son employeur⁶⁵. Le travailleur devra donc constater que le fait d'être sollicité *via* une NTIC modifie sa durée de travail et s'il n'est pas satisfait de ce changement, il devra le signaler à son employeur.

De plus, il lui faudra faire part de son objection à bref délai de sorte que son silence ne soit pas interprété comme une acceptation tacite de la nouvelle configuration du contrat⁶⁶. Le bref délai dans la jurisprudence se situe entre immédiatement et 3 mois maximum⁶⁷. Cette étape de la procédure permet d'ouvrir un espace de négociation car il n'y a, évidemment, pas d'obstacle à ce que les parties renégocient le contrat de travail, le travailleur ne désirant pas forcément perdre son emploi et l'employeur voulant continuer l'exécution du contrat de travail à des conditions différentes⁶⁸.

Si la négociation ne s'avère pas possible, le travailleur devra décider s'il provoque la rupture ou non. S'il désire rompre le contrat, le travailleur le notifie à l'employeur et cela met fin à la relation de travail.

Toute la question reste encore de savoir comment le juge va interpréter qui est l'auteur de la rupture du contrat. En effet, le juge appelé à statuer sur une modification unilatérale et importante d'un élément essentiel du contrat de travail doit tenir compte des circonstances de fait dans lesquelles la modification prétendue s'est effectuée. En appréciant toutes ces

⁶⁴ L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, *Op. Cit.*, p.197.

⁶⁵ C. trav. Bruxelles, 27 janvier 2015, R.G. 2013/AB/423

⁶⁶ Cass., 9 novembre 2015, n° S.13.0042.N (NL)

⁶⁷ C. trav. Liège, sect. Neufchâteau, 28 octobre 2009, R.G. 4.099

⁶⁸ C. trav. Liège, div. Liège, 16 mars 2015, R.G. 2014/AL/122

circonstances, il doit prendre en compte l'intérêt du travailleur ainsi que l'intérêt économique de l'entreprise⁶⁹.

Ainsi, le Tribunal de travail de Bruxelles en son arrêt du 14 février 2017 a rappelé qu'une fonction ne peut être considérée comme élément essentiel du contrat en toutes circonstances. Il s'en trouve, en effet, dans lesquelles l'employeur a le droit de moderniser ou de réorganiser son entreprise, notamment pour tenir compte de facteurs économiques. C'est toutefois sous réserve que la modification envisagée n'entraîne pas de perte salariale pour le travailleur affecté et que la nouvelle fonction soit, sinon équivalente, du moins comparable à celle précédemment exercée⁷⁰.

Un grand nombre de juges des tribunaux du travail et cours du travail ont estimé, à l'appui d'une appréciation négative d'un acte équipollent à rupture, que le travailleur devait consentir les sacrifices nécessaires à la sauvegarde de son emploi, moyennant quoi le juge considérerait que le travailleur aurait mieux fait de s'abstenir d'invoquer l'acte équipollent à rupture.

Dans ce type d'appréciation, le contrat est rompu irrégulièrement, non par la volonté implicite de rompre le contrat qui découle de la modification unilatérale d'un élément essentiel, mais par celui qui dénonce à tort l'acte équipollent à rupture. Dans ce cas, le travailleur croyant être victime d'une modification unilatérale se retrouve aux yeux du juge auteur d'une rupture irrégulière et débiteur d'une indemnité de rupture à l'égard de son employeur⁷¹.

La plus grande prudence s'impose donc au travailleur voulant invoquer l'acte équipollent à rupture en cas de modification unilatérale de sa durée de travail par son employeur. Si le juge considère que la modification de la durée de travail due à l'introduction des NTIC est une prérogative dans le chef de l'employeur car cela répondrait à son droit de moderniser et de réorganiser son entreprise, le travailleur se retrouverait reconnu comme le fautif de la rupture du contrat de travail.

⁶⁹ E., BART, JACQUEMIN, M.-H. ; P., BART ET C., LEEN ; *Technologie de l'information dans la relation employeur-travailleur*, Bruxelles, Kluwer, 2001. pp. 19-20 ; C. trav. Bruxelles, 27 janvier 2016, R.G. 2014/AB/4 et 2014/AB/506.

⁷⁰ C. trav. Bruxelles, 14 février 2017, R.G. 2016/AB/13 (NL)

⁷¹ *Ibid.*

En conclusion, utiliser l'acte équipollent à rupture comme défense pour le travailleur se sentant trop sollicité en dehors de sa durée de travail est envisageable mais demeure risqué. Une législation réglant spécifiquement ce cas de figure était donc la bienvenue. Nous y reviendrons plus en détail dans le chapitre 4.

Section 2. Le droit européen

« *Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.* »⁷²

La directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail fixe des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail⁷³. La directive s'applique aux travailleurs de tous les secteurs d'activité⁷⁴.

La durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours ne peut excéder 48 heures y compris les heures supplémentaires⁷⁵.

La directive prévoit de la souplesse dans l'aménagement du temps de travail. En effet, les Etats membres peuvent prévoir, dans tous les secteurs et pour toutes les activités, une période de référence ne dépassant pas 4 mois pour le calcul de la durée moyenne du travail. Certaines dérogations permettent d'étaler la période de référence⁷⁶ par convention collective sans que celle-ci puisse dépasser 12 mois⁷⁷. Enfin, des travailleurs individuels peuvent consentir de travailler au-delà de la limite de 48 heures⁷⁸.

⁷² Article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, JO C 303 du 14.12.2007, p. 1. Conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

⁷³ Article 1^{er}, Dir. (CE) n° 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.C.E.*, L 299 du 18 novembre 2003, p. 9. Base de la compétence de l'UE : article 153, paragraphe 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁷⁴ Article 1^{er}, *ibid.*

⁷⁵ Article 6, *ibid.*

⁷⁶ Article 19, *ibid.*

⁷⁷ C.J.C.E., 3 octobre 2000 (SIMAP), C303/98, point 69.

⁷⁸ Faculté de non-participation « opt-out », article 22, paragraphe 1, de la Dir. (CE) n° 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *Op. Cit.*

Nous n'entrerons pas dans les détails des dérogations existantes; nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que l'Union européenne, tout comme le législateur belge, prend en compte les besoins de flexibilité dans le chef des employeurs en permettant un aménagement du temps de travail.

Actuellement, la Commission européenne réexamine la directive 2003/88/CE dans le cadre d'une consultation en deux phases menée auprès des représentants des travailleurs et des employeurs au niveau européen et d'une analyse d'impact approfondie.

Les organisations européennes de travailleurs et d'employeurs ont pris part à la première phase de consultation, lancée en mars 2010. La plupart d'entre elles ont convenu que les règles de l'UE concernant les heures de travail devaient être réexaminées.

Toutefois, les opinions divergeaient quant à la nature des changements à apporter, les entreprises appelant à plus de flexibilité et les syndicats souhaitant une protection plus efficace des travailleurs.

Les principaux résultats de la deuxième phase de consultation, lancée en décembre 2010, ont montré que les représentants des travailleurs et des employeurs au niveau interprofessionnel étaient tous favorables à l'option⁷⁹ consistant à mener eux-mêmes les négociations sur la révision des règles relatives au temps de travail. En novembre 2011, ils ont décidé conjointement d'entamer des négociations. Des discussions approfondies ont eu lieu tout au long de l'année 2012, mais aucun accord n'a été conclu.

Étant donné que les organisations d'employeurs et de travailleurs n'ont pas pu parvenir à un accord, il appartient désormais à la Commission de se prononcer sur la révision de la directive concernant le temps de travail.

La Commission a procédé à une analyse d'impact détaillée, qui tient compte des aspects sociaux et économiques, en s'appuyant sur des études préliminaires et une analyse complémentaire des différentes options envisageables et de leurs effets possibles.

⁷⁹ Article 155 TFUE

La Commission prendra de nouvelles décisions à la lumière des résultats de cette analyse d'impact⁸⁰ rendue le 26 avril 2017⁸¹.

Dans cette analyse, nous retrouvons parmi les principales préoccupations de la Confédération européenne des syndicats (CES), l'absence de prise en compte des temps de garde comme temps de travail, l'extension à 12 mois des périodes de référence dans la législation, le fait que le repos compensatoire ne soit pas pris directement après une période de travail ainsi que l'utilisation de la faculté de non-participation⁸² et la dérogation prévue pour les travailleurs autonomes⁸³.

Toutes ces critiques peuvent être adressées au législateur belge comme vu à la section 1 et, de ce fait, une réforme de la directive européenne permettrait sans doute de mieux protéger le travailleur belge dans le respect de sa durée du travail et permettrait une meilleure conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle.

Les employeurs quant à eux relèvent comme principaux problèmes :

Premièrement, le fait que les lois nationales sont plus strictes que la directive et qu'elles ne font pas usage des dérogations possibles⁸⁴.

En ce qui concerne la non-utilisation de la faculté de dérogation, nous ne pouvons leur donner raison étant donné que la Belgique a dérogé à la durée de la période de référence, elle a introduit la faculté de non-participation pour certains secteurs et elle permet de déroger à la durée de travail légale lorsque nous sommes en présence de postes de confiance.

En revanche, en ce qui concerne le caractère plus strict de la législation, nous leur accordons que la durée hebdomadaire de travail est de 48 heures au niveau européen mais de 38 heures

⁸⁰ Conditions de travail – directive sur le temps de travail, <http://ec.europa.eu>.

⁸¹ Rapport sur la mise en œuvre par les États membres de la directive 2003/88/CE concernant le temps de travail (2017) Bruxelles, le 26.4.2017 COM (2017) 254 final.

⁸² Faculté de non-participation ou « *opt-out* » : des travailleurs individuels peuvent consentir de travailler au-delà de la limite de 48 heures.

⁸³ « Les États membres sont autorisés à déroger aux dispositions concernant les repos journaliers et hebdomadaires, les temps de pause, la durée maximale de travail hebdomadaire, la durée du travail de nuit et les périodes de référence *« lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée, ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes »*. C'est notamment le cas pour les cadres dirigeants ayant des pouvoirs de décision autonomes mais également pour les travailleurs familiaux ou les travailleurs officiant lors de cérémonies religieuses dans des églises et des communautés religieuses », rapport sur la mise en œuvre par les États membres de la directive 2003/88/CE concernant le temps de travail (2017) Bruxelles, le 26.4.2017 COM (2017) 254 final, p.10 ; *Ibid.*, p.14.

⁸⁴ *Ibid.*

au niveau national. Sur ce point nous restons nuancés car l’allongement de la période de référence ainsi que les dérogations sectorielles comme analysées précédemment relativisent le caractère plus strict de la loi belge quant à la durée de travail hebdomadaire.

Deuxièmement, des problèmes importants avec l’application pratique des arrêts SIMAP⁸⁵-JAEGER⁸⁶ concernant le temps de garde et le repos compensatoire. Ces arrêts seront analysés au cours du chapitre 2 mais nous pouvons dès à présent donner raison aux organisations patronales et affirmer qu’il serait utile de réaménager la directive de sorte que les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne y soient intégrés.

Les Etats membres ont quant à eux été invités à faire part des éventuels travaux d’évaluation menés sous leur autorité et à indiquer quelles ont été les principales conclusions concernant l’impact socio-économique de leurs mesures de transposition. Il est regrettable que la Belgique n’ait, à ce jour, transmis aucune évaluation de la sorte à la Commission européenne.

En conclusion, eu égard aux éléments qui précèdent, nous pensons qu’une réforme de la directive serait effectivement la bienvenue. Outre les éléments susmentionnés par les représentations des travailleurs et des employeurs, il serait utile d’inclure dans la directive des outils d’aménagement du temps de travail lorsque des NTIC sont présentes dans la relation de travail. Si la France et la Belgique ont légiféré sur le sujet⁸⁷, l’Union européenne pourrait, par une modification de la directive, permettre une réflexion sur la question avec l’ensemble des états membres et trouver un régime optimal afin de protéger les travailleurs de façon uniforme.

⁸⁵ C.J.C.E., 3 octobre 2000 (SIMAP), C303/98.

⁸⁶ C.J.C.E., 9 septembre 2009 (JAEGER), C151/02.

⁸⁷ Pour plus d’informations, nous invitons le lecteur à se référer au chapitre 4

Section 3. Le droit international

L'OIT⁸⁸ a adopté un certain nombre d'instruments couvrant des aspects particuliers de la question du temps de travail, à savoir : le nombre maximum d'heures de travail, le repos hebdomadaire, le congé annuel payé, le travail de nuit, le travail à temps partiel, le temps de travail dans certains secteurs d'activité etc.⁸⁹ Sans entrer dans les détails de chaque convention, nous notons que nous retrouvons dans les grands principes la limite du travail journalier à 8 heures ou la limite hebdomadaire de travail à 48 heures.

L'Union européenne a donc suivi les normes établies par l'OIT.

L'OIT a récemment commandé une étude d'ensemble concernant les instruments relatifs au temps de travail⁹⁰. Cela nous démontre que les questions attraites à la durée du travail et à son aménagement sont perpétuellement au cœur des débats et pour cause, ces questions évoluent avec le contexte économique dans lequel nous nous trouvons.

La problématique du droit à la déconnexion a été abordée lors de cette étude⁹¹. Bien que l'OIT reconnaisse les avantages que peut offrir la flexibilité pour le travailleur, elle attire l'attention sur le fait que l'introduction des NTIC dans la relation de travail induit un grand flou entre les périodes de travail et de repos, une imprévisibilité des heures de travail ainsi qu'un stress généré pour les travailleurs s'ils se sentent contraints d'être toujours disponibles ou de rester connectés en permanence⁹².

L'OIT considère que le droit à la déconnexion⁹³ peut être un outil dans la lutte contre le flou dans la démarcation entre les périodes de travail et de repos résultant de l'utilisation croissante des NTIC.

⁸⁸ Organisation Internationale du Travail.

⁸⁹ S'agissant du nombre maximal d'heures de travail: conventions nos 1, 30 et 47 et recommandation no 116; s'agissant du repos hebdomadaire: conventions nos 14 et 106 et recommandation no 103; s'agissant du congé annuel payé: convention (n° 52) sur les congés payés, 1936, convention (n° 101) sur les congés payés (agriculture), 1952, convention n° 132 et recommandation n° 98; s'agissant du travail de nuit: convention (n° 4) sur le travail de nuit (femmes), 1919, convention (n° 41) (révisée) du travail de nuit (femmes), 1934, convention n° 89 et son protocole de 1990, convention n° 171 et recommandations nos 13 et 178; enfin, s'agissant du travail à temps partiel: convention no 175.

⁹⁰ Conférence internationale du Travail, 107e session, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, 2018, www.ilo.org

⁹¹ *Ibid.*, pp. 295-297.

⁹² *Ibid.*, p.299.

⁹³ Nous nous y intéresserons de plus près lors du chapitre 4.

Outre une intervention législative, l'OIT met en avant d'autres solutions à cette hyperconnectivité. En effet, les employeurs peuvent d'initiative prendre des mesures afin de réglementer le temps de connexion du travailleur avec le travail en dehors du temps de travail. La responsabilité sociétale des entreprises est donc sollicitée et nous gardons ceci à l'esprit comme solution envisageable permettant d'établir une frontière claire entre la sphère privée et la sphère professionnelle qui est actuellement mise à rude épreuve due à l'introduction des NTIC dans la relation de travail⁹⁴.

En conclusion de ce chapitre, nous retenons que la durée du travail, qu'elle soit réglementée au niveau national ou européen, n'est pas configurée correctement pour faire face à l'introduction des NTIC dans la relation de travail. Il serait opportun d'inclure au sein de nos législations la notion de travailleur « connecté » afin d'établir son régime de temps de travail. En attendant une intervention législative sur ce sujet, nous allons, lors du chapitre suivant, analyser comment les cours et tribunaux se sont emparés de la question.

⁹⁴ P., VENDRAMIN, *Individualisation du travail et transformation du lien social*, 2006 ; P., VENDRAMIN, *Temps, rythmes de travail et conciliation des temps sociaux*, Fondation Travail Université / CSC, 2007

CHAPITRE 2 : LA NOTION DE MISE À DISPOSITION FAIT DÉBAT

La loi du 16 mars 1971 et la loi du 14 décembre 2000 envisagent de façon similaire la notion de durée de travail : il s'agit du temps pendant lequel le personnel est à disposition de l'employeur⁹⁵.

Si la notion de durée du travail est abordée de la même manière dans les deux législations, nous nous heurtons à la difficulté de déterminer avec exactitude ce que le législateur entend par « mise à disposition ».

Les travaux parlementaires de la loi du 15 juillet 1964⁹⁶ sur la durée du travail dans le secteur privé et public de l'économie nationale précisait que le travailleur est considéré comme effectuant un travail lorsqu'il est aux ordres de l'employeur, c'est-à-dire lorsqu'il met son activité à la disposition de ce dernier. Étant donné que la loi du 16 mars 1971 sur le travail a repris la définition de la loi du 15 juillet 1964, nous devons interpréter la notion de mise à disposition de façon similaire.

En son article 2, 1°, la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail définit le temps de travail comme « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses fonctions conformément aux législations et/ou pratiques nationales* ». Nous pouvons d'ores et déjà observer que cette définition n'est pas exactement identique à celle de nos législations étant donné qu'elle ne fait pas uniquement référence à la mise à disposition mais également au lieu de travail et aux fonctions du travailleur.

La loi belge de 1971 ne requiert pas obligatoirement la présence sur le lieu de travail, contrairement au droit européen. En ce sens, la Cour de Bruxelles affirme que « *les définitions*

⁹⁵ Article 19 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971 et article 8 de la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public, *M.B.*, 5 janvier 2001.

⁹⁶ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1963-1964, n°287, p.19; L. BALLARIN, B. LANTIN, *Durée du travail : état des lieux après la loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, p.34.

belges et européenne du temps de travail ne semblent pas entièrement concordantes : la présence sur le lieu de travail semble y jouer un rôle différent »⁹⁷.

Le temps de présence au travail, dont le travailleur peut disposer librement⁹⁸, sans avoir à attendre un appel imprévu qui le maintiendrait à la disposition de l'employeur, doit donc être exclu du temps de travail⁹⁹.

Si nous réfléchissons par négation, cela donnerait ceci : le temps d'absence du travail dont le travailleur ne peut disposer librement, attendant un appel imprévu qui le maintient à la disposition de l'employeur doit être inclus dans le temps de travail. Nous analyserons *infra* l'arrêt récemment rendu de la Cour de justice qui a apporté des éclaircissements quant à cette affirmation.

Être à la disposition de l'employeur signifie alors que le travailleur doit être prêt à répondre à tout moment à des demandes ou à des ordres de l'employeur indépendamment du lieu où il se trouve.

Si le travailleur se trouve à son domicile et qu'il est susceptible d'être joint à tout moment *via* une NTIC par son employeur, nous ne voyons pas comment ce temps pourrait sortir du champ de la définition du temps de travail. Pourtant, la jurisprudence nous oblige à faire preuve de modération dans nos propos.

De nombreuses décisions ont été rendues dans des affaires de gardes à domicile et de gardes dormantes, tant au niveau national qu'au niveau européen, et il nous paraît intéressant de les mettre en lien avec la question de recherche qui nous occupe¹⁰⁰. En effet, avant de répondre à la question d'un éventuel allongement de la durée du travail, il nous faut répondre à la question de savoir si le fait pour le travailleur d'être potentiellement sollicité *via* une NTIC par son employeur en dehors de son temps normal de travail est considéré comme du temps de travail.

⁹⁷ C. trav. Bruxelles, 14 septembre 2015, R.G. 2012/AB/592; BALLARIN, B. LANTIN, *Op.cit.*, p.35.

⁹⁸ Nous pensons au temps de pause non rémunéré.

⁹⁹ *Ibid.* : C. trav. Mons, 18 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 185 ; C. trav. Liège, 5 février 1992, *Chron. D. S.*, 1992, p. 431.

¹⁰⁰ *L'introduction des NTIC dans la relation de travail a-t-elle pour conséquence d'allonger implicitement la durée du travail ?*

Section 1. Les gardes : une NFOT¹⁰¹ non réglementée

Lors des gardes à domicile, le travailleur n'est pas présent sur les lieux du travail mais doit rester à son domicile afin de pouvoir répondre à tout appel de son employeur tandis que, lors des gardes dormantes, le travailleur est présent sur les lieux du travail, il est autorisé à dormir mais doit répondre à tout appel de l'employeur ou des personnes dont il assume la garde pour le compte de l'employeur¹⁰².

La question de savoir si les gardes dormantes et les gardes à domicile sont considérées comme du temps de travail a fait couler beaucoup d'encre, étant donné que ni le législateur belge ni le législateur européen ne définit le temps de garde¹⁰³. Il s'agit donc d'une forme d'organisation du travail qui ne fait pas l'objet d'une réglementation. Nous allons parcourir le cheminement jurisprudentiel des cours et tribunaux nationaux ainsi que celui de la Cour de justice sur la question de savoir si les gardes constituent du temps de travail..¹⁰⁴.

§1. Les gardes à domicile

La saga judiciaire des gardes à domicile est née de la situation des pompiers qui sont amenés à effectuer des gardes à domicile. La caserne pouvant les appeler à tout moment, il y a eu débat quant à savoir si ces gardes sont comprises dans le temps de travail des pompiers. Cela a bien entendu un impact important sur la durée du travail qui atteindrait plus rapidement son plafond maximal. S'il y a dépassement de ce plafond maximal, cela entraînera des heures supplémentaires pour lesquelles un sursalaire et/ou un repos compensatoire est dû. L'enjeu financier est donc d'une grande importance¹⁰⁵.

La Cour d'appel de Liège s'est prononcée sur le sort du temps de travail des pompiers volontaires en cas de garde à domicile et en cas de garde dormante le 5 juin 2012¹⁰⁶. Après

¹⁰¹ Nouvelle Forme d'Organisation du Travail.

¹⁰² BALLARIN, B. LANTIN, *Op.cit.*, p.38 ; A. FRANKART ET M. GLORIEUX, « Temps de garde : regards rétrospectifs et prospectifs à la lumière des développements européens, in *La loi sur le travail : 40 ans d'application de la loi du 16 mars 1971* (sous la direction de DEAR, L. ET S. GISLON), Limal, Anthemis, 2011, p. 332.

¹⁰³ *Ibid.*, p.357.

¹⁰⁴ Nous ne pouvons nous offrir le luxe d'une analyse de l'ensemble de la jurisprudence se rapportant à la question, nous nous concentrerons sur les décisions rendues après les années 2000.

¹⁰⁵ A. FRANKART ET M. GLORIEUX, « Temps de garde : regards rétrospectifs et prospectifs à la lumière des développements européens, in *La loi sur le travail : 40 ans d'application de la loi du 16 mars 1971* (sous la direction de DEAR, L. ET S. GISLON), Limal, Anthemis, 2011, p. 333.

¹⁰⁶ C. app. Liège, 5 juin 2012, 2011/RG/201.

avoir déterminé quelle législation s'appliquait dans ce cas et déterminé qu'il s'agissait bien de la loi du 14 décembre 2000¹⁰⁷, la Cour a conclu que les heures de garde à domicile effectuées par les pompiers volontaires ne constituent pas du temps de travail et ne doivent dès lors pas être rémunérées, à l'exception des heures de prestations effectives.

La Cour rappelle dans son arrêt que s'il est avéré que la loi du 14 décembre 2000 ne définit pas la notion de « temps de travail », il y a lieu de se référer à la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ainsi qu'à son interprétation par la Cour de justice étant donné que la loi a pour objet de la transposer.

Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que les deux notions (niveau européen et niveau national) ne se recouvrent pas, la notion de durée de travail étant plus large dans nos législations.

C'est dans l'arrêt SIMAP du 3 octobre 2000¹⁰⁸ que la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur la problématique des gardes à domicile et la notion de temps de travail. Dans cet arrêt, la Cour européenne a estimé qu'il fallait faire une différence entre les gardes effectuées par les médecins à l'hôpital (leur lieu de travail) et les gardes qu'ils effectuent à leur domicile et pendant lesquelles ils sont uniquement tenus de répondre aux appels dans un certain délai.

Nous ne pouvons qu'être d'accord sur ce point ; rappelons que le sujet qui nous préoccupe essentiellement est la situation du travailleur qui se trouve chez lui, en dehors de son temps de travail mais qui est susceptible d'être contacté par son employeur.

La Cour a estimé que seules les gardes effectuées sur le lieu de travail doivent être considérées comme du temps de travail et que les gardes à domicile ne constituent pas du temps de travail hormis en cas de prestation effective.

¹⁰⁷ Loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public, *M.B.*, 5 janvier 2001. Nous rappelons au lecteur que la législation belge établit une distinction entre le secteur public et le secteur privé en ce qui concerne l'établissement de la durée du travail. La notion de durée du travail est, quant à elle, identique dans les deux législations. Cf. Chapitre 1, section 1, §1.

¹⁰⁸ C.J.C.E., 3 octobre 2000 (SIMAP), C303/98.

Les notions de « temps de travail » et de « période de repos » sont exclusives l'une de l'autre, donc le temps de garde passé par un travailleur dans le cadre de ses activités déployées pour son employeur doit être qualifié soit de « temps de travail » soit de « temps de repos »¹⁰⁹.

En appliquant *mutatis mutandis* l'avis de la Cour à notre problématique, si le travailleur se trouve chez lui et est susceptible d'être contacté *via* mail, téléphone ou autre moyen de communication, cela ne sera pas considéré comme du temps de travail. Cependant, s'il répond effectivement à une sollicitation de son employeur en répondant à un mail ou en entretenant une conversation téléphonique, cela pourra être comptabilisé dans son temps de travail.

Les NTIC offrent comme avantage qu'il serait assez facile de mesurer le temps de travail effectif du travailleur. Ainsi, s'il répond à un mail cela s'inscrirait directement comme temps de travail dans le serveur professionnel et nous pourrions envisager une solution similaire en cas de conversation téléphonique professionnelle ou autre sollicitation de la part de l'employeur *via* un canal numérique.

Dans un arrêt de la Cour du travail de Liège du 2 octobre 2012¹¹⁰, la Cour arrive à une conclusion similaire mais dans le champ d'application de la loi du 16 mars 1971. Cela ne nous surprend pas, la notion de temps de travail étant similaire dans les deux législations (secteur public et secteur privé). Ce qui est intéressant dans le cadre de cet arrêt c'est que la Cour conclut que le temps de garde inactive à domicile fait partie d'une troisième catégorie qui n'est ni du travail, ni du repos et que ces heures de garde inactive peuvent ne pas être rémunérées. En l'espèce, aucun texte législatif ou réglementaire ou contractuel ne prévoit de rémunérer d'une quelconque manière et même symboliquement les heures de garde inactive à domicile.

La Cour reconnaît donc bien qu'il existe une troisième catégorie de type *sui generis* : la garde inactive à domicile. Cela donne l'opportunité au législateur belge de réglementer cette nouvelle forme de prestation. Si le travailleur est à son domicile, susceptible d'être contacté

¹⁰⁹ *Ibid.*, point 47.

¹¹⁰ C. trav. Liège, 2 octobre 2012, R.G. n° 2011/AN/085 ; dans ce sens : C. cass., 6 juin 2011, S.10.0070.F/1 : « *Il ne résulte ni de ces dispositions ni des autres dispositions dont le moyen invoque la violation que la rémunération des heures de garde inactive, au cours desquelles le travailleur a l'obligation de répondre aux appels éventuels de l'employeur sans devoir ni se trouver en un lieu précis ni accomplir effectivement ses tâches habituelles de travail, doit être équivalente à celle des heures de travail effectif* ».

par son employeur car hyperconnecté à son travail, nous pourrions envisager de lui octroyer une compensation pour la disponibilité dont il fait preuve. Cette compensation pourrait prendre la forme d'une rémunération allégée et/ou de repos compensatoire. Nous nous interrogerons sur les solutions qui s'offrent au législateur lors du chapitre 4 mais nous pouvons observer à ce stade que la jurisprudence belge depuis 2012 a introduit le concept de « garde inactive à domicile ».

En totale contradiction avec la jurisprudence jusqu'alors analysée, la Cour du travail de Bruxelles a considéré dans son arrêt du 6 août 2013¹¹¹ que le temps de garde à domicile peut être assimilé à du temps de travail dans la mesure où le personnel concerné ne peut disposer à sa guise de son temps et doit être disponible à tout moment en se rendant sur place dans les plus brefs délais. De plus, la Cour considère que ces heures de garde à domicile ouvrent le droit à une rémunération.

Il s'agit d'un arrêt isolé car très spécifique dans la mesure où il concerne des pompiers volontaires qui doivent, en cas d'appel, se rendre rapidement à la caserne. Néanmoins, cela introduit un paramètre jusque-là oublié : le degré de liberté dont jouit le travailleur lors d'une garde à domicile.

Si le travailleur est connecté à son travail alors qu'il se trouve à son domicile et qu'il est impératif qu'il réponde dans un bref délai aux sollicitations de son employeur, il nous semble que nous sommes dans le même cas de figure et que, de ce fait, le temps de garde à domicile pourrait donner droit à une rémunération en tant que contrepartie d'une prestation de travail et dès lors être comptabilisé comme du temps de travail.

La Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 2015¹¹² réaffirme le principe selon lequel les gardes inactives à domicile ne sont pas considérées comme étant du temps de travail malgré le peu de liberté dont dispose le travailleur. Seul le temps lié à la prestation effective de travail assurée en cas d'appel doit être considéré comme du temps de travail¹¹³. Nous effectuons donc un retour à l'avis majoritaire des cours et tribunaux.

¹¹¹ C. trav. Bruxelles, 6 août 2013, R.G. n° 2011/AB/750.

¹¹² Cass., 18 mai 2015, N° S.13.0003.F/1.

¹¹³ *Ibid.*, C.J.C.E., 3 octobre 2000 (SIMAP), C303/98.

C'est dans ce contexte que la Cour du travail de Bruxelles a rendu son arrêt le 14 septembre 2015¹¹⁴, tenant un raisonnement tout à fait hors du commun. Celle-ci constate une divergence de définition entre les définitions belge¹¹⁵ et européenne du temps de travail et constate que, jusqu'à présent, les instances belges ont donné une grande importance à la jurisprudence des instances européennes¹¹⁶. Selon la Cour du travail, il n'y a pas lieu de retenir aveuglément la définition européenne du temps de travail pour apprécier des demandes en matière de rémunération du temps de garde. La Cour considère que la contestation qui lui est soumise ne porte que sur la rémunération du temps de garde alors qu'un autre point du même arrêt rappelle que le demandeur soutient que les gardes à domicile constituent du temps de travail et que, par conséquent, elles auraient dû être rémunérées. Cela semble démontrer que les revendications portent également sur la qualification en temps de travail de certaines périodes et dépasse une simple portée rémunératoire.

La Cour rappelle donc qu'en droit belge, on admet traditionnellement qu'est du temps de travail celui pendant lequel le salarié demeure disponible et prêt à répondre aux réquisitions de l'employeur. En revanche, la Directive considère qu'il y a temps de travail lorsque trois critères sont réunis, étant la présence sur le lieu de travail, le fait d'être à disposition de l'employeur ainsi que l'exercice effectif de l'activité¹¹⁷.

La Cour décide donc de poser quatre questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne parmi lesquelles trois nous intéressent tout particulièrement : la première concerne la latitude du législateur national dans la définition du temps de travail eu égard au fait que les normes européennes ne contiennent que des prescriptions minimales, la deuxième se rapporte à la définition du temps de travail et des périodes de repos elles-mêmes au regard de la rémunération des gardes à domicile, et enfin la troisième s'intéresse à la prise en compte sur le plan de la rémunération des gardes à domicile vu les fortes pressions exercées sur les pompiers pendant celles-ci, restreignant considérablement les possibilités d'autres activités¹¹⁸.

¹¹⁴ C. trav. Bruxelles, 14 septembre 2015, R.G. 2012/AB/592

¹¹⁵ En l'espère il était question de la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public, *M.B.*, 5 janvier 2001.

¹¹⁶ La loi du 14 décembre 2000 transpose la directive 2003/88 pour le secteur public.

¹¹⁷ Article 2, Dir. (CE) n° 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.C.E.*, L 299 du 18 novembre 2003, p. 9

¹¹⁸ I. DUGAILLIEZ, « Jurisprudence relative au temps de travail des pompiers », *Zone de secours*, UVCW, février 2016, n°905 ; « Sapeurs-pompiers volontaires : rémunération des heures de garde à domicile ? », 10 décembre

Avant que la Cour de justice ait eu l'occasion de rendre son arrêt, la Cour du travail de Bruxelles¹¹⁹ a été saisie d'une affaire portant également sur la rémunération des heures de garde à domicile et a rendu un arrêt en date du 8 novembre 2017. Ce nouvel épisode du contentieux des pompiers volontaires pose de manière explicite la question de la rémunération du temps de garde à domicile, la question de la prise en compte de ces périodes comme temps de travail, dès lors que sont exercées sur les travailleurs des contraintes qualifiées de « très fortes ». La Cour du travail sur ces points a considéré qu'il y avait sursis à statuer en attendant que la Cour de justice rende son arrêt.

La Cour de justice a rendu l'arrêt tant attendu en date du 21 février 2018¹²⁰. Nous commencerons par aborder la question préjudicielle relative aux gardes à domicile comme étant du temps de travail, nous aborderons ensuite la question de la rémunération des gardes à domicile et terminerons par la question relative à la définition du temps de travail.

En ce qui concerne la première question, cela valait la peine de patienter car c'est la première fois que la Cour de justice affirme qu'une simple garde à domicile peut être du temps de travail dans certaines circonstances et ceci même si le travailleur ne fait qu'attendre et ne fournit pas de prestations de travail. Pour rappel, dans l'arrêt SIMAP auquel nous avons déjà fait référence, il était question de temps de travail uniquement lorsque le travailleur effectue des prestations.

Néanmoins, il est utile d'attirer l'attention sur le fait que le critère décisif sur lequel la Cour de justice s'est appuyée pour juger que la garde à domicile était du temps de travail est que l'obligation d'accessibilité était strictement réglementée dans le litige opposant MATZAK à la Ville de Nivelles. En effet, les obligations étaient les suivantes :

- le travailleur doit accomplir le service de garde à domicile (selon la conclusion de l'avocat général, le travailleur ne devait pas être obligatoirement chez lui en réalité¹²¹) ;

2015, disponible sur www.terralaboris.be ; C.J.C.E., 21 février 2018, (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK), C-418/15, point 22.

¹¹⁹ C. trav. Bruxelles, 8 novembre 2017, R.G. 2015/AB/720

¹²⁰ C.J.C.E., 21 février 2018, (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK), C-418/15

¹²¹ Conclusions de l'avocat général Madame ELEANOR SHARPSTON, 26 juillet 2017, Aff. N° C-518/15 (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK)

- il doit se tenir à la disposition de son employeur et ;
- il doit arriver à la caserne dans les 8 minutes suivant un appel.

La liberté de mouvement du travailleur était donc extrêmement limitée par ce temps de réponse très court.

Nous insistons sur le fait que ce jugement de la Cour de justice ne signifie pas que toutes les gardes à domicile sont comptabilisées comme étant du temps de travail, de sorte que le temps qu'un travailleur passe à son domicile tout en étant joignable *via* une NTIC par son employeur ne constitue pas forcément du temps de travail.

Si nous établissons un lien entre l'arrêt de la Cour de justice et notre question, l'employeur devra veiller en cas d'organisation d'un service d'accessibilité (*via* email, téléphone etc.) à la limitation de la liberté de mouvement du travailleur. Plus elle est limitée, plus il est probable que le service d'accessibilité soit considéré comme du temps de travail en cas de litige sur cette question en cours de l'exécution de la relation de travail. Dans ce cas, l'employeur devra prendre en compte les heures du service d'accessibilité pour vérifier si les limites maximales de durée du travail sont respectées. Ces heures sont d'ailleurs faciles à comptabiliser *via* les NTIC. En effet, si le travailleur est connecté au service de l'employeur et qu'il est très limité dans sa liberté de mouvement, les heures de connexion pourront être directement comptabilisées comme du temps de travail. Par limitation dans sa liberté, on pourrait sous-entendre l'obligation pour le travailleur de répondre à une sollicitation par mail ou téléphone dans un délai très court, de l'ordre de quelques minutes, de sorte que celui-ci serait obligatoirement les yeux rivés sur les moyens de communication électroniques.

Si le travailleur peut faire usage de son temps libre avec qualité pendant qu'il est connecté au service de l'employeur, alors seules les prestations effectives comptent comme du temps de travail. Nous revenons alors à l'enseignement de l'arrêt SIMAP. Nous pensons en pratique au travailleur qui est connecté à son adresse mail professionnelle ou qui est joignable sur son téléphone professionnel sans que cela limite la jouissance de son temps de repos. S'il venait alors à répondre à un mail ou à un appel concernant son travail, dans ce cas, ces prestations compteraient comme du temps de travail. Encore une fois, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que ce sont des heures qui pourraient facilement être comptabilisables car, grâce

aux NTIC, nous pouvons connaître avec exactitude la durée d'une consultation téléphonique ou la durée de connexion sur un serveur professionnel.

En soutien de notre réflexion, nous citons l'avocat général Madame Eleanor SHARPSON qui a spécifié dans ses conclusions présentées le 26 juillet 2017 que « *la définition du « temps de travail » ne devrait pas être interprétée comme s'étendant automatiquement aux travailleurs qui sont engagés pour un service d'astreinte et qui sont tenus de pouvoir répondre aux appels de leur employeur dans un délai court (sans être contraints, en même temps, d'être présents physiquement dans les locaux de l'entreprise), et dont les possibilités d'entreprendre d'autres activités durant la période peuvent être limitées en conséquence. Il est plutôt nécessaire de prendre en considération la qualité du temps dont le travailleur peut bénéficier lorsqu'il est en service d'astreinte, en tenant compte, par exemple, de la possibilité qui lui est laissée de se consacrer à ses propres intérêts et à sa famille. C'est la qualité du temps qu'il passe plutôt que le degré précis de lieu de travail qui est requis, qui revêt une importance décisive dans ce contexte. Le point de savoir si ce temps doit être qualifié de « temps de travail » dans un cas particulier relève de l'appréciation de la juridiction nationale au regard des faits* »¹²².

Le juge belge pourra dorénavant vérifier *in concreto* si une garde à domicile constitue du temps de travail. Le travailleur apportera facilement la preuve de l'impact des sollicitations de son employeur *via* une NTIC sur sa qualité de vie par des relevés téléphoniques, par la fréquence d'envoi de mails, de sorte que s'il est continuellement sollicité et que cela ne lui laisse pas le temps de se consacrer à ses intérêts et à sa famille, le juge pourra considérer que le temps de garde à domicile est du temps de travail avec toutes les conséquences que cela implique.

En ce qui concerne la seconde question qui porte sur le fait de savoir si cette garde à domicile doit être rémunérée comme du temps de travail, la Cour de justice ne l'a pas tranchée pour la simple raison que cela reste de la compétence des Etats membres¹²³.

En effet, la directive européenne 2003/88 prévoit des temps de repos minimum et un temps de travail hebdomadaire maximal mais ne se prononce absolument pas à propos de la rémunération du temps de travail¹²⁴.

¹²² Conclusions de l'avocat général Madame ELEANOR SHARPSTON, 26 juillet 2017, Aff. N° C-518/15 (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK)

¹²³ C.J.C.E., 21 février 2018, (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK), C-418/15, points 23 et 24.

La réglementation belge sur la durée du travail ne comprend pas non plus l'obligation de rémunération ou d'indemnisation de la durée du travail, sauf en ce qui concerne le droit à un sursalaire¹²⁵.

Il existe une distinction importante entre le « travail » qui est déterminant pour le droit au salaire et le « travail » dans le cadre de la détermination de la durée du travail.

Si nous nous référons à la loi relative aux contrats de travail¹²⁶, nous nous apercevons que celle-ci ne contient pas de définition de la notion de rémunération. La loi concernant la protection de la rémunération¹²⁷ définit quant à elle la notion, mais uniquement pour son champ d'application.

À défaut de définition précise, il nous faut nous référer à la jurisprudence. La Cour de cassation définit généralement le salaire comme étant la contrepartie d'un travail effectué en exécution d'un contrat de travail.

Par conséquent, sous réserve d'un régime contractuel ou légal différent, le travailleur ne peut pas prétendre à un salaire pour la durée pendant laquelle il n'effectue pas de travail effectif. Le fait de considérer comme du temps de travail le temps de garde à domicile n'entraîne donc pas automatiquement le versement d'un salaire identique à celui versé lorsqu'il y a prestation effective de travail.

Les parties pourraient donc convenir qu'une indemnité moins élevée serait due pour les services de garde lorsqu'aucune prestation effective n'est fournie¹²⁸. Cela va dans le même sens que l'arrêt de la Cour du travail de Liège du 2 octobre 2012¹²⁹, qui considère que la garde inactive à domicile est une catégorie à part à laquelle il faudrait réserver un régime spécifique.

Le législateur belge pourrait légiférer sur la question, d'autant plus qu'il est important d'informer le lecteur du fait que plusieurs commissions paritaires règlent déjà la question de

¹²⁴ *Ibid.*, points 48 à 52.

¹²⁵ Article 29 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

¹²⁶ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

¹²⁷ Article 2 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, *M.B.*, 30 avril 1965.

¹²⁸ M. GOLDFAYS, « Sand-by », in *La loi sur le travail : 40 ans d'application de la loi du 16 mars 1971* (sous la direction de DEAR, L. ET S. GISLON), Limal, Anthemis, 2011, pp. 385-402.

¹²⁹ C. trav. Liège, 2 octobre 2012, R.G. n° 2011/AN/085.

la rémunération des heures dites de *standby*¹³⁰. Par *standby* on entend la période pendant laquelle le travailleur, en dehors de son temps de travail normal, moyennant l'accord préalable de son employeur, n'est pas tenu d'être présent sur le lieu de travail, mais doit être disponible afin de pouvoir donner suite à des appels éventuels et de fournir des services d'assistance urgents aux clients. Les travailleurs adhèrent au système de *standby* sur base volontaire, mais sont cependant obligés de donner suite aux appels une fois qu'ils font partie du système de *standby*¹³¹.

Une intervention législative permettrait que tous les travailleurs soient rémunérés pour les heures d'accessibilité, de connectivité, en dehors du fait de savoir s'il s'agit de temps de travail ou non, cette question devant être appréciée *in concreto* par le juge, comme spécifié par la Cour de justice¹³².

Enfin, concernant la question préjudicielle concernant la possibilité pour un Etat membre d'adopter une définition moins restrictive du temps de travail que la définition contenue à l'article 2 de la Directive 2003/88, la Cour de justice a répondu que les Etats membres ne pouvaient maintenir ou adopter une définition moins restrictive de la notion de « temps de travail » que celle énoncée à l'article 2. La notion de temps de travail revêt une portée autonome propre au droit de l'Union, les Etats membres ne sont donc pas habilités à altérer la définition du « temps de travail »¹³³.

¹³⁰ C. BAÏNI; J.D. ERNST; J.-N. HENRARD; G. JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 26-32 ; Pour illustrations, nous invitons le lecteur à consulter les conventions collectives suivantes: C.C.T du 16 juin 2011 conclue au sein de la commission paritaire des entreprises de garage concernant les indemnités pour régime de standby, *M.B.*, 19 janvier 2012, rendue obligatoire par arrêté royal du 1^{er} décembre 2011 (*M.B.*, 19 janvier 2012 (2^e éd.)) ; C.C.T. du 16 juin 2011 conclue au sein de la sous-commission paritaire pour le commerce du métal concernant les indemnités pour le régime de standby, *M.B.*, 6 janvier 2012, rendue obligatoire par arrêté royal du 18 novembre 2011 ; C.C.T. du 21 octobre 2011 conclue au sein de la commission paritaire des pompes funèbres, *M.B.*, 5 mars 2011 ; C.C.T. du 29 novembre 2007 relative au programme social, arrêté royal du 29 juin 2008, *M.B.*, 28 octobre 2008 disponibles sur le site <http://www.emploi.belgique.be>.

¹³¹ C.C.T. du 16 juin 2011 conclue au sein de la commission paritaire des entreprises de garage concernant les indemnités pour régime de standby, *M.B.*, 19 janvier 2012, rendue obligatoire par arrêté royal du 1^{er} décembre 2011 (*M.B.*, 19 janvier 2012 (2^e éd.)).

¹³² Article 19, alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail : certains secteurs sont, en raison de la spécificité de leurs activités, soumis à une définition du temps de travail spécifique. La loi permet à la demande d'une commission paritaire de définir par arrêté royal les périodes qui entrent en considération dans la durée de travail et celles qui en sont exclues. Notre question de recherche ayant une portée générale, nous mettons de côté les spécificités se rapportant aux entreprises de transport, aux travailleurs occupés à des travaux de transport, aux travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents ainsi qu'aux travailleurs occupés dans les mines, minières et carrières.

¹³³ C.J.C.E., 21 février 2018, (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK), C-418/15, points 40 à 47.

§2. Les gardes dormantes

En principe, les gardes dormantes remplissent d'emblée les conditions pour être considérées comme du temps de travail, puisque le travailleur est sur les lieux du travail et reste à la disposition de l'employeur.

La Cour de justice a d'ailleurs confirmé dans son arrêt JAEGER du 9 septembre 2003¹³⁴ que le service de garde qu'un médecin assure dans un hôpital, constitue en totalité du temps de travail au sens de la directive 88/2003/CE, y compris s'il peut dormir pendant les phases d'inactivité.

L'arrêt VOREL de la Cour de justice du 11 janvier 2007 réaffirme l'arrêt JAEGER en spécifiant que bien que la Directive 2003/88/CE s'oppose à ce qu'un Etat membre adopte une réglementation dans laquelle les services de garde dormante qu'un travailleur accomplit selon le régime de la présence physique sur le lieu même du travail, mais au cours desquels il n'exerce aucune activité réelle, ne soient pas considérés comme constituant dans leur intégralité du temps de travail. Par contre, elle ne s'oppose pas à l'application par un Etat membre d'une réglementation qui, aux fins de la rémunération du travail et s'agissant du service de garde effectué par un travailleur sur son lieu de travail, prend en compte de manière différente les périodes au cours desquelles des prestations de travail sont réellement effectuées et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli, pour autant qu'un tel régime assure intégralement l'effet utile des droits conférés aux travailleurs par ladite directive en vue de la protection efficace de la santé et de la sécurité de ces derniers¹³⁵.

En conclusion, il nous faut établir une distinction entre la réglementation sur le temps de travail et la rémunération afférente aux prestations de garde dormante.

Ainsi, les heures au cours desquelles un travailleur effectue une garde dormante sur son lieu de travail doivent être comptabilisées pour déterminer la durée du travail mais ces heures de gardes pourront être rémunérées différemment des heures de prestation effective¹³⁶.

¹³⁴ C.J.C.E., 9 septembre 2009 (JAEGER), C151/02.

¹³⁵ C.J.C.E., 11 janvier 2007 (VOREL), dispositif, C/435-05. Dans le même sens : C.J.C.E., 1^{er} décembre 2005 (DELLAS), C14/04.

¹³⁶ C. BAÏNI; J.D ERNST; J.-N. HENRARD; G JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, p.25.

Pour illustration, une convention collective relative aux conditions de travail et de rémunération en cas de garde dormante du 22 janvier 2007 prévoit en son article 3 que « *en cas de garde de nuit dormante, ce service comptera pour au moins trois heures de temps de travail et rémunéré pour au moins trois heures au barème applicable.*

En cas de prestation(s) de service durant la garde de nuit dormante, ce temps de travail presté, sera en plus de l'alinéa précédent, compté à double en tant que temps de travail et rémunéré sur la base du double du salaire horaire au barème applicable, sans que le comptage et le paiement totaux des heures pour cette garde de nuit dormante ne puisse excéder le total de 8 heures »¹³⁷

Au vu de ce que nous venons d'analyser, si un travailleur se trouve sur son lieu de travail et qu'il est susceptible d'être sollicité *via* une NTIC, de sorte que l'on pourrait assimiler sa situation à une garde dormante, le temps qu'il consacrerait à effectuer sa tâche sera comptabilisé dans sa durée de travail. Néanmoins, les heures qu'il passera connecté mais sans répondre à un mail ou à son téléphone professionnel pourront être rémunérées différemment des heures passées à effectivement répondre à une sollicitation *via* un canal de communication technologique.

Section 2. Mise à disposition et subordination juridique

Cette section est une tentative de mise en lien entre deux notions de droit du travail afin d'établir une cohérence sur le plan du droit social, sans pour autant avoir pour ambition d'y parvenir.

À la suite des enseignements de la Cour de justice que nous avons évoqués à la section 1, nous retenons que le critère qui s'est avéré décisif en matière de détermination du temps de travail et donc de mise à disposition est le degré de liberté dont jouit le travailleur qui se trouve en service d'accessibilité. Si sa liberté est très limitée, le service d'accessibilité sera compris comme du temps de travail. En revanche, si le travailleur peut vaquer à ses occupations librement cela ne sera pas compris comme du temps de travail.

¹³⁷ C.C.T. du 22 janvier 2007 relative aux conditions de travail et de rémunération en cas de garde de nuit dormante conclue au sein de la sous-commission paritaire des établissements et services d'éducation et d'hébergement de la communauté flamande 310.01, *M.B.*, 17 juillet 2008, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 18 mai 2008.

Bien avant de parler de la notion de durée de travail, nous rappelons que nous sommes au cœur d'un contrat de travail. Un contrat de travail est un contrat par lequel un travailleur s'engage contre rémunération à fournir un travail sous l'autorité d'un employeur¹³⁸. Le travailleur se trouve donc dans un lien de subordination.

Cet élément de subordination est sujet à de nombreuses discussions et plus particulièrement dans le domaine du droit à la sécurité sociale afin de déterminer si l'on se trouve en présence d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise¹³⁹. Alors que nous ne remettons pas en question le fait que nous nous trouvons dans le cadre d'un contrat de travail, les analyses de la Cour de cassation sur la notion de subordination juridique peuvent néanmoins être mises en lien avec les notions de temps de travail et de mise à disposition dégagées par la Cour de justice.

Nous savons que le lien de subordination implique un pouvoir de direction, permettant à l'employeur de donner des ordres et un pouvoir de surveillance, lui permettant de vérifier l'exécution de ses ordres. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation précise que la subordination ne doit pas nécessairement être constante mais qu'elle doit être possible. Elle ne doit donc pas être exercée de manière effective¹⁴⁰. Le fait que le travailleur conserve une certaine liberté dans l'exercice de son travail n'exclut pas le lien de subordination¹⁴¹. La Cour de cassation a estimé que le lien de subordination n'implique pas que l'employeur soit obligé de procurer du travail de manière constante, ni que tous les travaux offerts par l'employeur doivent être acceptés par le travailleur¹⁴². L'employeur doit seulement avoir le droit de donner des ordres au travailleur à propos de l'organisation et de l'exécution du travail convenu, même s'il ne le fait pas de manière permanente et effective¹⁴³. Il suffit donc que l'employeur soit en mesure d'exercer effectivement son autorité¹⁴⁴.

¹³⁸ Article 3 de la loi du 3 juillet 1978, *M.B.*, 22 août 1978.

¹³⁹ S. GILSON, « Panorama de l'assujettissement personnel à la sécurité sociale » in S. GILSON (dir.) *Subordination et para subordination. La place de la subordination juridique et de la dépendance économique dans la relation de travail*, Anthémis, 2017, pp. 13-34.

¹⁴⁰ Cass., 18 mai 1981, *Pas.*, p. 1079.

¹⁴¹ Cass., 25 février 1965, *Pas.*, 1965, p.652.

¹⁴² Cass., 9 janvier 1995, *J.T.T.*, 1995, p.93.

¹⁴³ Cass., 13 juin 1968, *Arr. Cass.*, mai 1968, p.1239.

¹⁴⁴ Cass., 15 février 1982, *R.W.*, 1982-1983, p. 2210.

Nous avons insisté sur le fait que, suite à l'arrêt VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK¹⁴⁵, nous ne pouvons pas considérer que toutes les gardes à domicile constituent du temps de travail, mais nous pouvons tenter d'affirmer que, suite aux arrêts de la Cour de cassation que nous venons de citer et de leur mise en lien avec la notion de mise à disposition, lorsque l'employeur fait usage de son pouvoir de direction et de surveillance de sorte que le lien de subordination n'est plus uniquement possible mais effectif, le travailleur est mis à disposition de l'employeur et cela constitue du temps de travail. Si le travailleur a la possibilité contractuelle de se soustraire à l'autorité et à la surveillance de l'employeur de telle manière que la subordination juridique existe mais n'est pas constante et effective, il se trouvera en temps de repos et non de travail.

¹⁴⁵ C.J.C.E., 21 février 2018, (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK), C-418/15

CHAPITRE 3. LE TRAVAIL DANS UN CONTEXTE D'ÉVOLUTION PERMANENTE

L'évolution des nouvelles technologies de l'information et de la communication contribue à une mutation des modes de travail.

De plus en plus d'employeurs mettent à disposition des travailleurs des instruments de travail qui permettent une plus grande mobilité tels que le Smartphone, l'ordinateur portable, la tablette tactile, etc.

À l'origine, la mise à disposition des NTIC aux travailleurs avait pour ambition d'accorder des avantages de toute nature aux travailleurs, ce qui impliquait une situation plus avantageuse sur le plan fiscal et/ ou social.

Aujourd'hui, l'employeur ne cherche plus spécialement à accorder un avantage de toute nature au travailleur, mais utilise les NTIC dans le but de pouvoir joindre celui-ci à n'importe quel moment, bousculant ainsi les modes d'organisation du travail traditionnel¹⁴⁶.

Section 1. Les nouvelles technologies d'information et de communication

Depuis le début de notre recherche, nous parlons des NTIC sans avoir spécifié quels en étaient les contours, et pour cause, les NTIC changent sans cesse et les définir strictement ne permettrait pas à notre recherche d'être évolutive.

Lorsque nous parlons de « nouvelles technologies » cela désigne un *corpus* d'innovations qui brassent informatique, électronique et numérique¹⁴⁷. Nous convenons que la qualification de « nouvelles » est floue et qu'en raison de l'évolution rapide des technologies et du marché, une technologie dite nouvelle se retrouvera dépassée quelques années plus tard. Si certains voient dans ce flou qualificatif un motif de confusion, nous pensons au contraire qu'il est parfaitement adapté à notre sujet. En effet, les TIC¹⁴⁸ se composent de trois éléments : matériel informatique (ordinateurs et accessoires), équipement de communication et

¹⁴⁶ E., PLASSCHAERT; O., RIJCKAERT; H. DECKERS; C. DEPOORTER; M., DUMONT, *Le droit social en chantier(s)*, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2012, pp.304-306.

¹⁴⁷ M. DEMOULAIN., *Nouvelles technologies et droit des relations de travail : essai sur une évolution des relations de travail*, Panthéon-Assas, Paris, 2013, préface.

¹⁴⁸ Technologies de l'Information et de la Communication

logiciel¹⁴⁹, tandis que les NTIC font référence aux innovations permises grâce aux TIC, ce qui englobe toutes les innovations déjà acquises telles que le téléphone (Smartphone), Internet, les ordinateurs portables, les tablettes, les vidéoconférences mais également les innovations de demain tels que les robots humanoïdes, de sorte que votre employeur puisse vous en mettre un à disposition, le drone qui vous apporterait un dossier urgent à figner, etc.

C'est dans cette perspective que nous nous adressons au lecteur afin que notre question de recherche puisse s'appliquer aux problèmes posés aujourd'hui et aux problèmes rencontrés dans le futur. Lorsque nous parlons de NTIC influençant la durée du travail, le lecteur pensera classiquement au téléphone professionnel, à la boîte mail professionnelle ouvrable à tout instant, mais qui sait *via* quels moyens technologiques l'employeur pourra joindre le travailleur demain ? Nous les incluons donc d'ores et déjà dans notre recherche.

Section 2. NFOT, NTIC et durée du travail

À l'instar de ce que nous constatons lorsque nous parlons des NTIC, les Nouvelles Formes d'Organisation du Travail (dites NFOT) peuvent consister pour chacun en une définition différente.

Nous retiendrons, dans le cadre de cette recherche, la définition établie par TASKIN dans laquelle elles sont présentées comme un « *mix organisationnel de pratiques de flexibilité du temps et de l'espace de travail, d'organisation du travail et de management dont la mise en œuvre est facilitée par les technologies de l'information et de la communication (TIC), et qui s'inscrit au cœur d'une vision particulière de l'entreprise* ». ¹⁵⁰

Nous retrouvons la flexibilité au cœur de cette définition comme au cœur des dernières réformes législatives concernant la durée du travail¹⁵¹. De manière générale, on entend par

¹⁴⁹ Définition de l'O.C.D.E., disponible sur www.data.oecd.org

¹⁵⁰ L. TASKIN; C. DONIS; M. AJZEN, *Kaléidoscope des nouvelles formes d'organisation du travail: L'instrumentalisation stupide d'un idéal démocratique et collaboratif*, Recherches et Publications en Management a.s.b.l, 2015, pp. 131-132.

¹⁵¹ Nous renvoyons le lecteur au chapitre 1 en ce qui concerne les régimes de la « petite flexibilité », de la « grande flexibilité », du « plus minus conto » ainsi que celui de la loi du 5 mars 2017 sur le travail faisable et maniable pour plus d'informations.

« flexibilité » la capacité d'adapter la quantité et la qualité de travail en fonction des nécessités de l'entreprise¹⁵².

La flexibilité est un avantage pour les entreprises car elle leur permet de mieux faire face aux fluctuations du marché mais elle a également un impact sur les travailleurs. Suite à l'introduction de NFOT motivées par la flexibilité, la limite entre vie privée et vie professionnelle est de moins en moins tangible pour les travailleurs¹⁵³. Et pour cause, la flexibilité quantitative vise à adapter le volume de main d'œuvre en fonction des nécessités de l'entreprise, cette adaptation peut se faire en interne en adaptant le temps de travail des travailleurs, ce qui a forcément un impact sur la vie privée de ceux-ci.

Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que notre recherche n'a pas pour objectif de nous intéresser aux impacts sur la vie privée du travailleur, car cela relève essentiellement du bien-être des travailleurs, mais bien aux impacts sur la durée du travail. Il est toutefois évident qu'en cas d'allongement de la durée du travail, si celle-ci est excessive et non réglementée, des conséquences sur le bien-être des travailleurs peuvent apparaître¹⁵⁴.

Parmi les NFOT, nous en retrouvons certaines que le législateur a pris soin de réglementer, notamment en ce qui concerne l'aspect « temps de travail ». Nous proposons de les passer en revue sans entrer dans une analyse profonde, notre objectif étant d'analyser s'ils répondent de manière satisfaisante à l'introduction des NTIC dans la relation de travail.

§1. Le travail à domicile

Le travail à domicile se définit comme étant le travail presté par des travailleurs qui, sous l'autorité de l'employeur, fournissent un travail contre rémunération, à leur domicile ou à tout autre endroit choisi par eux, sans qu'ils soient sous la surveillance ou le contrôle direct de cet employeur. Selon le cas, il peut s'agir d'un contrat d'ouvrier ou d'employé. Le travail à domicile doit être structurel et non occasionnel¹⁵⁵.

¹⁵² C. BAÏNI; J.D ERNST; J.-N. HENRARD; G JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, p.9.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 9-10 ; P. VENDRAMIN, *Temps, rythmes de travail et conciliation des temps sociaux*, Fondation Travail Université / CSC, 2007, pp. 5-7.

¹⁵⁴ Pour plus d'informations à ce sujet, nous invitons le lecteur à prendre connaissance du mémoire de H. ZIELONCKA, UCL, 2018.

¹⁵⁵ Article 119.1, §1, de la loi sur le contrat de travail du 3 juillet 1978, *M.B.*, 22 août 1978 ; C. BAÏNI; J.D ERNST; J.-N. HENRARD; G JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, p.191.

Certaines dispositions de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ne sont pas applicables aux travailleurs à domicile, dont notamment la durée du travail, le respect des horaires de travail, le repos du dimanche et les intervalles de repos¹⁵⁶. Néanmoins, le contrat de travail à domicile devra contenir certaines mentions obligatoires dont le régime de travail (temps plein ou temps partiel) et/ou l'horaire convenu et/ou le volume minimal convenu des prestations¹⁵⁷.

En ce qui concerne l'implication des NTIC dans ce type de contrat, nous relevons que l'employeur doit mettre à disposition de son travailleur à domicile, s'il y a lieu et sauf disposition contraire dans le contrat, l'aide, les instruments et les matières nécessaires à l'exécution du travail comme par exemples le PC, le téléphone, la tablette etc.¹⁵⁸.

La volonté du législateur de la loi du 6 décembre 1996 qui insère au sein de la loi sur les contrats de travail, un titre intitulé « Le contrat d'occupation de travailleur à domicile » était non pas d'assurer une meilleure qualité de vie au travailleur mais d'assurer une meilleure protection juridique du travailleur, la plupart du temps manuel, qui travaille depuis son domicile pour des raisons pratiques¹⁵⁹. Depuis l'adoption du régime de télétravail en 2005, le travail à domicile est obsolète et pourtant celui-ci continue à avoir de l'influence sur les nouvelles législations analysées *supra*.

§ 2. Le télétravail régulier

La notion de télétravail a été introduite en Belgique par la C.C.T. n° 85 du 9 novembre 2005, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 13 juin 2006 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006. Les organisations interprofessionnelles belges d'employeurs et de travailleurs ont conclu cette convention sur la base de l'accord-cadre européen sur le télétravail du 16 juillet 2002¹⁶⁰. Cet accord-cadre, commandé par la Commission aux partenaires sociaux, avait pour but de faire face aux nouveaux modes d'organisation du travail tout en s'assurant que cela ne porte pas préjudice aux intérêts des travailleurs. En effet, la contingence entre un environnement économique en changement, une transformation des attitudes sociales et la

¹⁵⁶ Article 3 *bis*, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 mars 1971

¹⁵⁷ Article 119, §4, 7°, de la loi sur le contrat de travail du 3 juillet 1978, *M.B.*, 22 août 1878

¹⁵⁸ Article 119, §2, *ibid.*

¹⁵⁹ C. BAÏNI; J.D ERNST; J.-N. HENRARD; G JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, p.187.

¹⁶⁰ Accord volontaire européen sur le télétravail du 16 juillet 2002.

diffusion de nouvelles technologies a provoqué au sein de la relation de travail un éclatement spatio-temporel auquel il fallait réagir¹⁶¹.

L'article 2 de la C.C.T. n°85 définit le télétravail comme une étant « *une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat de travail, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière et non occasionnelle* ». Dans ce contexte, « technologies de l'information » doit se comprendre comme avoir la possibilité pour le travailleur de se connecter grâce à son ordinateur professionnel, accéder au réseau local de sa société *via* un réseau privé virtuel comme s'il était au bureau.

Le télétravail n'est pas régi par les dispositions spécifiques du contrat d'occupation de travailleur à domicile¹⁶² étant donné que le contrat de télétravail est avant tout un contrat d'employé régi par la C.C.T. n°85 pour tout ce qui n'est pas prévu par les dispositions générales de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail. De ce fait, la loi du 16 mars 1971 sur le travail est applicable au contrat de télétravail, mais si le télétravail est exécuté à domicile, cela entrera dans l'exclusion du champ d'application de la loi du 16 mars 1971 en tant que travail à domicile¹⁶³.

Cela nous interpelle car la C.C.T. n°85 spécifie pourtant expressément que les conditions de travail et de rémunération doivent être les mêmes pour l'ensemble des travailleurs, qu'ils soient en télétravail ou dans les locaux de l'entreprise¹⁶⁴. Ces droits sont garantis par la législation - dont la loi du 16 mars 1971 sur le travail fait partie - et les conventions collectives applicables. L'accord-cadre européen du 16 juillet 2002 prévoit même que l'organisation du temps de travail du télétravailleur doit se faire dans le cadre de la législation, des conventions collectives de travail et des règles d'entreprise applicables¹⁶⁵. Même si le télétravailleur gère son organisation de travail comme il l'entend, il doit le faire dans le cadre de la durée du travail applicable à l'entreprise¹⁶⁶. La C.C.T. n°85 établit un système

¹⁶¹ C. BAÏNI; J.D ERNST; J.-N. HENRARD; G JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, p.187.

¹⁶² Article 241 à 244 de la loi portant des dispositions diverses du 20 juillet 2006 modifiant les articles 119.1 et 119.2 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail.

¹⁶³ Article 3 *bis*, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 mars 1971.

¹⁶⁴ Article 8 de la C.C.T. n°85 sur le télétravail.

¹⁶⁵ C. BAÏNI; J.D ERNST; J.-N. HENRARD; G JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, p.219.

¹⁶⁶ Article 8 de la C.C.T. n°85 sur le télétravail.

d'équivalence entre les télétravailleurs et les travailleurs qui prestent dans les locaux de l'employeur et force est de constater qu'en matière de télétravail à domicile leur situation n'est pas comparable alors qu'il s'agit de la forme de télétravail la plus souvent utilisée.

L'introduction des NTIC dans la relation de travail soulève encore un problème dans ce cas-ci. En effet, même s'il est mentionné dans la convention de télétravail les jours pendant lesquels celui-ci peut être effectué à domicile, cela ne signifie pas que le télétravailleur preste de manière effective à ce moment-là de sorte que cela ne pourrait plus compter comme du temps de travail mais plutôt être considéré comme une garde à domicile, ou une situation de *standby*. De ce fait nous retombons dans les questions soulevées lors du chapitre précédent concernant le temps de garde.

Un dernier problème dans la durée du travail se pose pour les télétravailleurs qui prestent en partie à leur domicile et en partie au sein de l'entreprise, car ils sont soumis, pour le temps de travail qu'ils effectuent en entreprise, aux règles sur la durée du temps de travail issues de la loi du 16 mars 1971 tandis que pour le travail presté à domicile ils en sont exclus. Ils ne peuvent alors pas être mis au travail un dimanche ou la nuit quand ils sont soumis à la loi du 16 mars 1971. La question de savoir comment répartir la durée hebdomadaire du temps de travail reste en suspens. Il s'agit d'un autre aspect à modifier au sein de la loi du 16 mars 1971 sur le travail¹⁶⁷.

En effet, le législateur devrait modifier la législation sur la durée du travail en ce qui concerne le télétravail à domicile, afin que le télétravailleur bénéficie de la même protection que ses collègues prestant au sein des locaux de l'entreprise.

¹⁶⁷ C. BAÏNI; J.D ERNST; J.-N. HENRARD; G JACQUEMART, *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, p.219.

§ 2. Le télétravail occasionnel

La loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable¹⁶⁸ a créé un cadre réglementaire pour le télétravail qui n'est pas effectué de manière régulière mais occasionnelle. En effet, comme vu précédemment, la C.C.T. n°85 ne réglemente que le télétravail régulier. Le télétravail occasionnel existait déjà depuis 2011 pour la fonction fédérale administrative, permettant aux fonctionnaires de remédier à certaines difficultés ponctuelles telles que les grèves des transports ou conditions météorologiques.¹⁶⁹

Cette nouvelle réglementation s'applique aux employeurs et travailleurs du secteur privé mais s'inspire des mêmes motivations que celles du secteur public.

Le télétravail occasionnel est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail, dans laquelle un travail, qui aurait pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon occasionnelle et non régulière¹⁷⁰.

Comme pour le télétravail régulier, le télétravail occasionnel peut être réalisé au domicile du télétravailleur ou en tout autre lieu choisi par lui¹⁷¹.

Le travailleur peut prétendre au télétravail occasionnel en cas de force majeure, c'est-à-dire dans les cas où le travailleur, en raison de circonstances imprévues et indépendantes de sa volonté, ne peut effectuer ses prestations sur son lieu de travail habituel.¹⁷²

Il peut également y prétendre pour des raisons personnelles qui l'empêchent d'effectuer ses prestations de travail dans les locaux de l'entreprise¹⁷³.

Dans les deux cas, il faut que la nature du travail ou des activités spécifiques effectuées par le télétravailleur soit compatible avec le télétravail¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Loi du 5 mars 2018 concernant le travail faisable et maniable, *M.B.*, 15 mars 2017.

¹⁶⁹ Arrêté royal du 7 octobre 2011 modifiant l'arrêté royal du 22 novembre 2006 relatif au télétravail dans la fonction publique fédérale administrative.

¹⁷⁰ Article 23 de la loi du 5 mars 2018 concernant le travail faisable et maniable, *M.B.*, 15 mars 2017

¹⁷¹ Article 24, *ibid.*

¹⁷² Article 26, *ibid.*

¹⁷³ Article 26, *ibid.*

¹⁷⁴ Article 26, *ibid.*

Le télétravailleur occasionnel bénéficie des mêmes droits que le télétravailleur régulier en matière de conditions de travail et est soumis à la même charge de travail et aux mêmes normes de prestation que les travailleurs occupés dans les locaux de l'employeur¹⁷⁵.

En d'autres mots, le fait que le travailleur effectue occasionnellement un télétravail ne modifie en rien ses droits et obligations par rapport à ceux qui sont les siens lorsqu'il effectue son travail au sein de l'entreprise.

Le télétravailleur occasionnel gère l'organisation de son travail dans le cadre de la durée du travail applicable dans l'entreprise. Il doit donc prêter le même nombre d'heures de travail qui est prévu dans son horaire de travail, sans qu'il soit tenu de respecter strictement son horaire de travail.¹⁷⁶

La même question que pour le télétravail régulier se pose en ce qui concerne la durée de travail du télétravailleur occasionnel lorsqu'il preste à domicile et de son exclusion du champ d'application de la loi du 16 mars 1971 en son article 3 *bis*. La loi du 5 mars 2017 aurait été l'occasion parfaite pour le législateur d'opérer une modification de cet article, de sorte qu'une distinction soit bien établie entre les travailleurs à domicile et les télétravailleurs réguliers ou occasionnels à domicile.

Nous comprenons que les travailleurs à domicile soient exclus du champ d'application de la loi du 16 mars 1971.

En effet, premièrement, les travailleurs ne sont pas sous la surveillance ou le contrôle direct de l'employeur, leur temps de travail ne peut être contrôlé de ce fait.

Deuxièmement, les objectifs du législateur de 1996 étaient la création d'un régime à part pour la protection des travailleurs manuels à domicile¹⁷⁷.

Nous ne nous trouvons pas du tout dans le même cas de figure en ce qui concerne le télétravail à domicile. En effet, les objectifs dans le cadre des législations sur le télétravail étaient de tirer meilleur parti des NTIC afin de créer un mode d'organisation du travail qui

¹⁷⁵ Article 25, *ibid.*

¹⁷⁶ Article 25, §2, *ibid.*

¹⁷⁷ Exemple de la couturière travaillant à domicile étant donné la quantité de matériel qui devait être à sa disposition.

allierait flexibilité pour les entreprises et sécurité pour les travailleurs. Ceux-ci pourraient mieux concilier vie privée et vie professionnelle sans réduction de leur niveau de protection acquis au sein des normes sociales préexistantes¹⁷⁸.

Enfin, le travail à domicile est un régime particulier et isolé de l'entreprise tandis que le régime du télétravail est construit en faisant référence régulièrement aux conditions de travail des travailleurs prestant dans les locaux de l'entreprise, de sorte qu'il devrait y avoir équivalence entre eux.

Nous ne pouvons que conclure que ce n'est pas encore le cas en ce qui concerne le télétravail à domicile, le législateur ayant omis de modifier l'article 3 *bis* de la loi du 16 mars 1971 sur le travail.

¹⁷⁸ Préambule de la C.C.T. n°85 sur le télétravail : « *Considérant que le télétravail est à la fois un moyen pour les entreprises et les institutions de services publics de moderniser l'organisation du travail, et un moyen pour les travailleurs de concilier vie professionnelle et vie sociale et de leur donner une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches ; Considérant qu'afin de tirer le meilleur parti de la société de l'information, il convient d'encourager cette nouvelle forme d'organisation de travail, de façon à ce que la flexibilité et la sécurité aillent de pair, que la qualité des emplois soit accrue et que les chances des personnes handicapées sur le marché du travail soient améliorées ; Considérant que l'accord-cadre susvisé a été conclu par les partenaires sociaux européens et qu'il a pour objet d'établir un cadre général au niveau européen relatif au télétravail, à mettre en œuvre par les organisations membres des parties signataires, conformément aux procédures et aux pratiques nationales spécifiques aux partenaires sociaux ; Considérant que la mise en œuvre de cet accord ne constitue pas un motif pour réduire le niveau général de protection accordée aux travailleurs dans le champ dudit accord* »

CHAPITRE 4. NTIC ET DURÉE DU TRAVAIL : DIFFÉRENTS OUTILS DE RÉGULATION

Au cours des chapitres qui précèdent nous avons pu constater que bien que les NTIC avaient un impact sur la durée du travail, la législation actuelle sur la durée du travail ne permettait pas de le réguler.

Un début de régulation a pu être trouvé en jurisprudence en ce qui concerne les gardes à domicile et les gardes dormantes mais cela n'apporte pas une solution sur mesure à notre problématique. Les réglementations des NFOT nées sous l'influence des NTIC ne sont, quant à elles, pas d'une grande étendue étant donné que le (télé)travail à domicile est exclu de la législation sur la durée du travail.

Au cours de ce chapitre, nous analyserons et critiquerons les différents outils de régulation existants permettant de contrôler la durée du travail lorsque le travailleur se trouve en situation d'accessibilité permanente.

Nous nous intéresserons tout d'abord au droit à la déconnexion et à son influence sur la durée du travail. Ensuite, nous envisagerons la Responsabilité Sociétale des Entreprises comme solution de régulation.

Section 1. Le droit à la déconnexion

Nous pouvons définir le droit à déconnexion comme le droit de ne pas répondre à des mails, SMS, appels ou autre sollicitation *via* un outil numérique en dehors de son temps de travail.

§1. Droit français

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels a instauré le droit à la déconnexion en France qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Article 55 de la loi du 8 août 2016 : « - L'article L. 2242-8 du code du travail est ainsi modifié :
1° Le 6° est complété par les mots : « , notamment au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise ; »
2° Il est ajouté un 7° ainsi rédigé :
« 7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par

Il s'agit du premier pays européen à franchir le pas¹⁸⁰. Les principales motivations, à travers le droit à la déconnexion, sont d'assurer le respect des temps de repos et de congés ainsi que l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale¹⁸¹.

Nous nous trouvons donc bien au cœur de notre sujet car le législateur français tente de contrôler l'impact que peuvent avoir les NTIC sur la durée du travail au sein des entreprises.

Nous allons analyser le régime introduit par la Loi El Khomri¹⁸² ainsi que les conséquences qui en découlent et les critiques que nous pouvons en retirer.

Concrètement, la loi travail prévoit que les entreprises de plus de 50 salariés sont dans l'obligation avec les partenaires sociaux, depuis le 1^{er} janvier 2017, d'aborder le thème du droit à la déconnexion dans le cadre des « *négociations annuelles sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail* ».

En cas d'absence d'accord sur la mise en place de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, l'employeur se trouve dans l'obligation d'élaborer une charte après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte doit définir les modalités d'application de ce droit à la déconnexion. Elle prévoit aussi, pour les salariés, le personnel d'encadrement et la direction, des actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques¹⁸³.

l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. »

II. - *Le I du présent article entre en vigueur le 1er janvier 2017.* » ; www.legifrance.gouv.fr

¹⁸⁰ Pour information, « *en Italie, une loi adoptée en juin 2017 régleme le travail flexible (lavoro agile), qui implique un accord entre un employeur et un employé prévoyant l'exécution d'un travail qui s'effectue en partie à l'extérieur des locaux commerciaux. Cet accord doit, entre autres, prendre en compte les mesures technologiques et organisationnelles visant à garantir le respect des périodes minimales de repos (droit à la déconnexion)* », Conférence internationale du Travail, 107e session, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, 2018, p.296, www.ilo.org

¹⁸¹ Le droit à la déconnexion, « *Le droit à la déconnexion fait son entrée dans le code du travail* », 31 mai 2017, www.travail-emploi.gouv.fr

¹⁸² Ou « Loi travail », Myriam El Khomri étant depuis le 2 septembre 2015 ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, elle porte la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels adoptée en août 2016.

¹⁸³ Art. L.2242-8 du Code du travail, tel que modifié par l'article 55 de la loi no 2016-1088 de 2016.

Nous pouvons remarquer que le « droit à la déconnexion » porte mal son nom. En effet, il ne s'agit pas d'un « droit » étant donné que la déconnexion doit être négociée et doit répondre à des objectifs spécifiques. Le travailleur ne peut pas décider de se déconnecter comme il l'entend, cela dépendra de l'accord conclu au sein de son entreprise. D'ailleurs, la loi El Khomri ne définit pas ce qu'est le droit à la déconnexion, laissant aux entreprises le soin de le faire. Sans doute aurait-il été judicieux et plus sécurisant pour le travailleur de définir cette notion au sein de la législation.

Face à ce constat, nous sommes mitigés quant aux critiques à formuler. Cela nous paraît évident que le rapport entretenu avec les NTIC est différent en fonction de l'entreprise dans laquelle le travailleur est engagé. Prévoir un droit général de déconnexion identique à toutes les entreprises et pour toutes les fonctions ne nous semble pas réaliste. D'un autre côté, la protection du travailleur nous semble faible car elle dépend du bon aboutissement d'une négociation et si pas, à la seule volonté de l'entreprise *in fine*. Plusieurs articles de presse évoquent d'ailleurs le manque d'assiduité des entreprises dans la mise en œuvre de l'article 55 de la loi travail et lorsqu'une charte est établie, elle a plutôt tendance à donner des informations et des conseils plutôt que des règles impératives.

Nous retrouvons dans la plupart des chartes ces mesures générales¹⁸⁴ :

- création de plages horaires sensibles au cours desquelles celui/celle qui communique avec des collègues ou leur assigne une tâche doit pouvoir justifier la raison pour laquelle il communique à ce moment-là;
- formation des chefs de services et managers;
- clarification des règles de rédaction des e-mails (exemple: les destinataires sont ceux de qui on attend une action/réponse, tandis que les personnes en copie reçoivent le mail à titre de simple information; toujours préciser le sujet; etc.);
- modification des connexions des serveurs mails (réception et envoi des mails deux fois par jour plutôt qu'au fil de l'eau).

¹⁸⁴ E. WÉRY, *Le droit à la déconnexion adopté en Belgique*, 2 mai 2018, www.lecho.be

À titre d'exemple concret, la charte sur le droit à la déconnexion établie au sein de l'entreprise UES WORLDLINE¹⁸⁵ le 22 janvier 2018 prévoit, après avoir consulté les délégations syndicales :

- un droit pour les travailleurs de ne pas répondre à une sollicitation professionnelle en dehors de leur temps de travail ;
- une interdiction d'utiliser les outils de communication professionnels durant certaines plages horaires établies, sauf circonstances exceptionnelles ;
- le droit pour les travailleurs de laisser leur matériel électronique au sein de l'entreprise durant leurs congés,
- etc.

La charte rappelle également quels sont les bons comportements à adopter lors d'une utilisation d'outils numériques et de communication tels que le bon choix du moment de la sollicitation, le choix le plus sélectif et judicieux du destinataire ou encore la nécessité pour les travailleurs d'informer leurs collègues en cas d'absence *via* retour de mail automatique, etc. De plus, la charte met en place des actions de sensibilisation à destination des managers et des salariés.

En cas de non-respect des dispositions de la charte, l'employeur se réserve le droit d'appliquer des mesures appropriées et suivant le cas, une sanction proportionnée à la mesure des faits constatés et définie par le règlement intérieur.

Nous avons eu des difficultés à trouver des chartes à la déconnexion malgré le fait que la loi soit entrée en vigueur en 2016. À en lire la presse, peu d'entreprises ont mis en œuvre les dispositions de la loi et lorsque nous nous intéressons de plus près à l'entreprise précitée nous nous apercevons qu'il s'agit d'une R.S.E.¹⁸⁶ *friendly*. Ayant mis en place une politique de responsabilité sociétale, il aurait été étonnant qu'elle n'établisse pas une charte à la déconnexion.

Ce manque d'assiduité de la part des entreprises a été condamné par la Cour de cassation dans un récent arrêt du 12 juillet 2018.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Disponible sur www.worldline.com

¹⁸⁶ Responsabilité Sociétale des Entreprises.

¹⁸⁷ Cass. Soc., 12 juillet 2018, n° 17-12.029, www.doctrine.fr

Dans l'affaire en cause, un salarié promu directeur régional du Pôle Sud-Ouest le 1^{er} avril 2010 devait « laisser en permanence son téléphone allumé (...) pour répondre aux sollicitations de ses subordonnés ou clients » et rester joignable en cas de problème. Cette obligation pourtant contraignante n'était pas considérée par l'employeur comme étant un service d'astreinte effectué par le salarié et ne lui donnait donc pas droit à une quelconque compensation, qu'elle soit sous forme de sursalaire ou de repos.

Pourtant, depuis l'adoption de la loi Travail de 2016, le simple fait de rester connecté en dehors du temps de travail suffit pour se trouver en période d'astreinte. La Cour de cassation a donc condamné l'entreprise à verser 60.868,51 euros de dédommagement à son salarié.

Cette décision nous démontre que la Cour de cassation suit les traces du législateur en faisant de la déconnexion une question d'ordre public et adopte une position ferme à l'égard des entreprises ne respectant pas les mesures prises dans la loi de 2016.

Cette décision est la bienvenue étant donné que le législateur français avait accordé une place importante à la déconnexion en insérant l'article 55 à l'article L. 2242-8 du Code du travail faisant partie de la section 1 « ordre public » du chapitre II « négociation obligatoire en entreprise ». Il démontrait de ce fait son intention de faire de la déconnexion un sujet primordial de sorte que les entreprises soient dans l'obligation de se pencher sur cette question.

Néanmoins, le Gouvernement français, par une ordonnance du 22 septembre 2017¹⁸⁸, a chassé le droit à la déconnexion de sa place privilégiée dans le Code du travail afin de le positionner dans les « dispositions supplétives » ce qui a pour conséquence que les entreprises ne sont plus obligées de négocier sur le sujet¹⁸⁹.

Cela est regrettable car, en cas d'absence d'accord entre les partenaires sociaux, les entreprises restent contraintes d'établir une charte concernant le droit à la déconnexion. Or, un accord négocié vaut toujours mieux qu'un acte adopté unilatéralement.

¹⁸⁸ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 - art. 7, www.legifrance.gouv.fr

¹⁸⁹ Article L.2242-12 du Code du travail, www.legifrance.gouv.fr

Nous devons attendre quelques mois afin de mesurer l'impact de cette décision sur les entreprises. Nous pensons que celles-ci établiront davantage de « chartes déconnexion » à l'avenir et nous espérons que cela les encouragera à adopter des accords négociés.

§2. Droit belge

A l'instar de la France, la Belgique a adopté une loi demandant aux entreprises de veiller à ce que les NTIC ne portent pas atteinte au respect des temps de repos et de congés et à l'équilibre entre le travail et la vie privée.

La loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance et de la cohésion sociale a adopté les articles 15 à 18 concernant la déconnexion¹⁹⁰.

Celle-ci prévoit qu'en vue d'assurer le respect des temps de repos, des vacances annuelles et des autres congés des travailleurs et de préserver l'équilibre entre le travail et la vie privée, l'employeur doit organiser une concertation au sein du Comité pour la prévention et la protection au travail, à des intervalles réguliers et à chaque fois que les représentants des travailleurs au sein du Comité le demandent, au sujet de la déconnexion au travail, et de l'utilisation des moyens de communication digitaux¹⁹¹. Les accords qui découlent, le cas échéant, de cette concertation peuvent être intégrés dans le règlement de travail ou dans une convention collective¹⁹².

Les mêmes remarques que celles formulées en ce qui concerne la loi El Khomri s'appliquent à la loi belge, exception faite que le législateur belge n'a pas prévu qu'en cas d'absence d'accord au sein du Comité pour la prévention et la protection au travail, l'entreprise devait établir obligatoirement une charte portant sur la déconnexion.

Nous avons donc du mal à comprendre comment les entreprises seront contraintes d'établir une politique de déconnexion. En cas de non-aboutissement des négociations, la loi ne fait état d'aucune solution. Nous regrettons ce manque de prévoyance de la part du législateur, affaiblissant ainsi le droit à la déconnexion.

¹⁹⁰ Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale, *M.B.*, 26 mars 2018.

¹⁹¹ Article 16, *ibid.*

¹⁹² Article 17, *ibid.*

La loi étant très récente, il nous faudra néanmoins attendre quelque temps avant de pouvoir mesurer son impact sur les entreprises ainsi que sur la jurisprudence.

Section 2. Durée du travail et déconnexion

*« A l'avenir, la technologie influencera sans aucun doute l'ordonnement de la réglementation de la durée du travail, des aménagements du travail et des périodes de repos aux niveaux national et international. Le droit à la déconnexion peut être un outil dans la lutte contre le flou dans la démarcation entre les périodes de travail et de repos résultant de l'utilisation croissante des TIC ».*¹⁹³

Nous ne pouvons qu'avaliser l'avis de l'OIT. En effet, au cours du chapitre 2 et plus particulièrement dans la section concernant les gardes à domicile, nous avons pris connaissance de l'arrêt de la Cour de justice VILLE DE NIVELLES c/ MATZAK explicitant qu'en cas de garde à domicile, le juge national disposait d'un devoir d'appréciation important pour juger si le temps d'accessibilité devait être considéré comme du temps de travail ou du temps de repos.

L'avocat général a précisé qu'il fallait prendre en considération le fait que le travailleur bénéficiait d'une certaine qualité de son temps de repos et qu'il convenait d'analyser chaque situation en fonction de toutes les circonstances de la cause.

À notre sens, les « lois déconnexion » susmentionnées représentent un outil non négligeable pour une bonne appréciation de la situation par le juge. En effet, si l'entreprise a établi une politique de déconnexion au sein de son entreprise et si le travailleur, qui se trouve en service d'accessibilité ou en temps de repos, demande au juge de le comptabiliser comme étant du temps de travail, la charte de l'entreprise ou l'accord dégagé par les interlocuteurs sociaux permettra de mesurer le degré de liberté dont jouit le travailleur durant ces périodes hors entreprise.

Si, au sein de l'accord ou de la charte d'entreprise, le travailleur bénéficie de la possibilité de ne pas répondre aux sollicitations numériques de son employeur, que certaines plages d'envoi

¹⁹³ Conférence internationale du Travail, 107e session, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, 2018, p. 299, www.ilo.org

d'emails sont établies, ou toute autre politique permettant au travailleur de se déconnecter de la sphère professionnelle, il lui sera difficile de démontrer qu'il preste du temps de travail.

La déconnexion, encore peu utilisée par les entreprises, serait pourtant selon nous un bon outil, et ce d'autant plus après l'arrêt de la Cour de justice du 21 février 2018 susmentionné¹⁹⁴ qui oblige les employeurs à faire preuve de prudence quant aux sollicitations faites au travailleur en dehors de son temps de travail *via* une NTIC. Les gardes ne faisant pas l'objet d'un cadre réglementaire particulier, la frontière entre temps de travail et temps de repos pourrait être établie grâce aux « lois déconnexion ».

Section 3. La responsabilité sociale des entreprises

Au sein de cette section, nous nous permettons de faire un lien entre le droit du travail et l'analyse économique de l'entreprise, car nous pensons que nous ne pouvons faire l'impasse sur les rapports étroits existant entre ces deux sphères. Les NTIC influencent la durée du travail de telle manière que cela a une incidence auprès des travailleurs mais également sur l'entreprise.

§1. Définition de la R.S.E.

Aujourd'hui, la R.S.E.¹⁹⁵ est un phénomène global qui tend essentiellement à régler la manière dont les multinationales créent des externalités négatives et/ou des injustices sociales.

Via le théorème de RONALD COASE, la théorie libérale parvient à « retraiter » la question des externalités négatives et des problèmes liés à l'injustice sociale en affirmant que le marché et les agents économiques doivent d'abord traiter ces problématiques par eux-mêmes, étant entendu que l'Etat doit intervenir uniquement de manière subsidiaire lorsque ses coûts sont inférieurs aux coûts que doivent exposer les opérateurs économiques¹⁹⁶.

Il n'y a pas de définition unique de la R.S.E. mais la Commission européenne l'a définie de la manière suivante : « *la responsabilité des entreprises pour les effets qu'elles exercent sur la*

¹⁹⁴ C.J.C.E., 21 février 2018, (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK), C-418/15

¹⁹⁵ Responsabilité Sociétale des Entreprises

¹⁹⁶ R. COASE, « *The Nature of the Firm* », *Economica* p. 386 (1937) ; A. AUTENNE, Les institutions et la nature des firmes selon Ronald Coase, 20 octobre 2014

*société*¹⁹⁷». L'activité économique, dans un cadre de recherche du profit, doit générer des effets positifs non seulement pour l'entreprise mais également pour les tiers qui sont influencés par son activité. La définition de la Commission européenne soutient l'idée qu'il existe des externalités négatives et des injustices sociales, mais que le marché et les opérateurs économiques doivent les traiter même si leur cadre reste celui du profit. L'impact de l'activité économique existe, l'entreprise peut en faire rapport et donc adopter une attitude responsable, au sens de rendre des comptes, s'expliquer (« *accountability* ») à l'égard de ses *stakeholders*¹⁹⁸.

Ce concept de R.S.E. met en évidence un aspect fondamental qui est celui de la marginalisation de l'Etat. Il s'agit de la question du déplacement ou de la réduction du rôle de l'Etat dans la régulation du marché. Il s'agit d'un des canaux les plus représentatifs de la *soft law*. L'Etat s'est retiré pour laisser place à une régulation par le marché et des liens se sont créés entre les deux modes de régulation, à savoir, la régulation par l'Etat et la régulation par le marché¹⁹⁹.

§2. La R.S.E. comme outil de déconnexion

Nous avons pu constater lors de la section précédente que la « loi déconnexion » ne crée pas un droit absolu à la déconnexion pour les travailleurs. Ainsi la protection dont ils disposent dépend d'une négociation entre les partenaires sociaux en Belgique.

A l'instar de ce que prévoit la législation déconnexion française, nous pensons que les entreprises ont un rôle essentiel à jouer dans la régulation de l'immixtion des NTIC dans la relation de travail.

¹⁹⁷ Communication (COM 2011 681 du 25 octobre 2011): « *the responsibility of enterprises for their impacts on society* ».

¹⁹⁸ *Stakeholders* pouvant se traduire par « partie prenante » qui est un acteur, individuel ou collectif, activement ou passivement concerné par une décision ou un projet ; c'est-à-dire dont les intérêts peuvent être affectés positivement ou négativement à la suite de son exécution, www.fr.wikipedia.org ; article 2.20 de la norme ISO 26000 contenant les normes directrices relatives à la responsabilité sociétale, 2010, www.iso.org.

¹⁹⁹ Section inspirée des conférences de R. AYGOGDU (Professeur ULiège, avocat et curateur) : « *Les structures élémentaires de la régulation des entreprises dans un monde globalisé : l'exemple de la R.S.E.* », le 24 octobre 2017 à l'UCL et de J.-M. GOLLIER (avocat, maître de conférences invité, membre du CRIDES), le 4 octobre 2017 à l'UCL.

En effet, si le législateur belge n'a pas imposé, dans la loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance et de la cohésion sociale,²⁰⁰ aux entreprises d'établir une charte relative à la déconnexion en cas de non aboutissement des négociations, nous pensons qu'à travers le concept de R.S.E. les entreprises se doivent d'en rédiger une d'emblée²⁰¹.

Certains employeurs ont d'ailleurs déjà pris le problème à bras le corps en adoptant certaines mesures afin que les travailleurs ne soient pas connectés à leur travail pendant leurs périodes de repos.

À titre d'exemple, le constructeur automobile DAIMLER-BENZ a introduit des mesures permettant aux travailleurs de limiter la consultation de leur courrier électronique en dehors des heures de travail. De plus, les travailleurs ont la possibilité de faire supprimer les courriers électroniques reçus durant leurs congés. Ainsi, les correspondants qui leur envoient un courrier électronique recevront en réponse le message suivant : « *Courrier reçu en l'absence du destinataire* ». Ils seront alors invités à contacter une autre personne dont les coordonnées seront communiquées²⁰².

Grâce à l'initiative de ces sociétés, la zone floue créée entre la vie privée et la vie professionnelle due à l'introduction des NTIC dans la relation de travail est rétablie évitant ainsi aux travailleurs de se sentir toujours connectés au travail, ce qui peut être un facteur de stress dans leur chef²⁰³. De plus, cela permet de comptabiliser correctement le temps de travail et de respecter de ce fait les législations relatives à la durée du travail, ce qui nous intéresse tout particulièrement.

²⁰⁰ Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale, *M.B.*, 26 mars 2018.

²⁰¹ En ce sens, nous invitons le lecteur à prendre connaissance de la norme ISO 26000 contenant des lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale publiée en 2010 par l'ISO (Organisation internationale de normalisation) qui est une organisation internationale non gouvernementale et indépendante réunissant des experts qui mettent en commun leurs connaissances afin d'élaborer des Normes internationales d'application volontaire, fondées sur le consensus, pertinentes pour le marché, soutenant l'innovation et apportant des solutions aux enjeux mondiaux, www.iso.org.

²⁰² Conférence internationale du Travail, 107e session, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, 2018, p.296, www.ilo.org; « *Du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises* », Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises, p.16, www.orse.org.

²⁰³ « *Plus de 95% des employeurs reconnaissent avoir une responsabilité importante dans la problématique du burn-out. D'après eux, au moins la moitié des causes du burn-out trouvent leur origine au sein de l'entreprise. (...) Environ un employeur sur deux (46%) fait référence au phénomène des médias de communication modernes qui impliquent une joignabilité quasi permanente.* », www.press.securex.be.

Certaines entreprises ont adopté une approche différente et s'inscrivent dans la philosophie des nouvelles « législations déconnexion » française et belge en prenant la décision de collaborer avec les partenaires sociaux.

En janvier 2014, le constructeur automobile allemand B.M.W. a conclu avec le comité d'entreprise un accord en vertu duquel tous les employés ont le droit d'enregistrer comme temps de travail toutes les heures travaillées hors des locaux de l'employeur, avec compensation au taux des heures supplémentaires pour le temps passé à répondre aux courriels en dehors de la journée de travail normale.

Les employés sont également invités à convenir avec leur superviseur d'heures fixes « de disponibilité », afin de réduire le travail mobile « sauvage » et ainsi concilier le travail rémunéré et la vie privée²⁰⁴.

Nous ne pouvons que saluer la démarche de l'entreprise BMW qui apporte une solution concertée aux problèmes que peuvent susciter les NTIC lorsqu'elles sont présentes dans la relation de travail. Les NTIC permettent incontestablement plus de flexibilité tant dans le chef de l'employeur que du travailleur. Chaque partie peut y trouver des avantages comme des inconvénients mais, si l'entreprise reconnaît qu'en son sein le travail mobile est incontournable, il en va de son avantage de le baliser afin d'éviter toute sorte d'abus dans la relation de travail.

Dans le même ordre d'idée, en décembre 2011, le syndicat IG METALL a obtenu un accord consistant à faire bénéficier à un millier de travailleurs de l'entreprise allemande VOLSWAGEN, à l'exclusion des cadres supérieurs, d'une trêve d'e-mails durant la soirée, les travailleurs pouvant désactiver leur « BlackBerry » pendant cette période. Ainsi, il a été convenu que les serveurs de messagerie seraient désactivés 30 minutes après le départ des derniers travailleurs et remis en service 30 minutes avant l'arrivée des premiers²⁰⁵.

²⁰⁴ Conférence internationale du Travail, 107e session, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, 2018, p.297, www.ilo.org; « *Du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises* », Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises, p.17, www.orse.org.

²⁰⁵ E., PLASSCHAERT; O., RIJCKAERT; H. DECKERS; C. DEPOORTER; M., DUMONT, *Le droit social en chantier(s)*, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2012, pp. 304-306.

Ou encore, le groupe allemand HENKEL a quant à lui prévu en 2011 d'effectuer une trêve d'emails entre Noël et le jour de l'An²⁰⁶.

Plutôt que d'attendre une solution législative ou un avis de la Cour de justice, nous pensons que les entreprises sont les mieux placées pour établir une politique de déconnexion. En effet, les entreprises précitées n'étaient en rien contraintes de créer une charte déconnexion mais elles ont compris que c'était pour le bien-être de l'entreprise et de ses travailleurs. Chaque charte est bien entendu différente d'une entreprise à l'autre, s'adaptant ainsi aux besoins spécifiques de chacune.

Etant donné que l'entreprise et les travailleurs sont les créateurs de la norme, il serait par ailleurs logique que chacun d'eux veille à la respecter au mieux. L'Etat ferait alors l'économie de devoir légiférer sur la question et d'en vérifier la bonne application.

²⁰⁶ *Ibid.*

CONCLUSION

Après avoir analysé de quelle manière les nouvelles technologies de l'information et de la communication pouvaient avoir un impact sur la durée du travail et comment les différents instruments juridiques permettaient de réguler la question de la connectivité permanente du travailleur à la sphère professionnelle, nous retenons essentiellement qu'aucune solution prise isolément des autres n'est satisfaisante.

Bien que la loi du 16 mars 1971 prévoie des sanctions en cas de non-respect de la durée de travail établies par le Code pénal social, celles-ci ne nous semblent pas adaptées à notre problématique. Une sanction administrative ou pénale n'est pas la solution pouvant, à long terme, réguler l'impact des NTIC sur la durée du travail. Une réponse plus satisfaisante a été trouvée au sein du Code civil. En effet, l'acte équipollent à rupture peut être évoqué par le travailleur. Néanmoins, cette opération reste risquée et surtout radicale car cela met un terme au contrat de travail, ce qui n'est pas toujours souhaité par les parties.

Le cas des gardes à domicile est, nous semble-t-il, celui qui nous apporte la première véritable piste permettant de réguler le temps de connectivité permanente.

Grâce au dernier arrêt rendu par Cour de justice de l'Union européenne sur le sujet, nous pouvons à présent mesurer plus précisément les conditions dans lesquelles le temps d'accessibilité peut être comptabilisé comme du temps de travail, de sorte qu'il a inévitablement un impact sur la durée du travail.

Ainsi, il conviendra pour le juge de prendre en considération la qualité du temps dont le travailleur peut bénéficier lorsqu'il est en service d'astreinte, en tenant compte, par exemple, de la possibilité qui lui est laissée de se consacrer à ses propres intérêts et à sa famille comme précisé par l'avocat général Madame ELEANOR SHARPSTON dans ses conclusions du 26 juillet 2017 concernant l'affaire VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK.

Cette appréciation peut s'avérer laborieuse pour le juge qui devra établir une étude des faits approfondie. Nous pensons donc que la meilleure solution existant actuellement pour le travailleur et l'employeur consiste en une combinaison de plusieurs outils de régulation.

Si nous combinons la décision de la Cour de justice dans son arrêt *VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK* avec la loi dite déconnexion du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale et la responsabilité sociétale des entreprises, les parties disposent de tous les outils nécessaires permettant de maîtriser l'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur la durée du travail.

Si un travailleur est connecté à son travail en dehors de son temps de travail, le juge se devra de vérifier si celui-ci dispose de son temps librement de sorte qu'il a l'opportunité de vaquer à ses propres occupations. Afin d'apprécier cette condition, le juge vérifiera alors si l'entreprise a conclu un accord avec les partenaires sociaux permettant de dégager une politique de déconnexion. Il pourra, de ce fait, facilement mesurer si le travailleur est contraint ou libre de répondre aux sollicitations de son employeur. Si l'accord spécifie clairement qu'en dehors du temps de travail, le travailleur n'est pas tenu de répondre aux sollicitations professionnelles, le juge ne pourra que conclure qu'il ne s'agit pas de temps de travail. Il est donc dans l'intérêt des deux parties qu'un accord au sein de l'entreprise sur la déconnexion soit établi, permettant ainsi de préserver la vie privée du travailleur et de contrer le risque pour l'employeur que le temps d'accessibilité du travailleur soit requalifié en temps de travail.

Il est toujours possible qu'aucun accord n'aboutisse entre les parties concernées. Dans ce cas, la loi n'apportant aucune réponse à cette situation, nous pensons qu'il y va de l'intérêt de l'entreprise d'établir spontanément une charte de déconnexion, la rendant ainsi socialement responsable. Le juge vérifiera les engagements unilatéraux de l'entreprise et les appliquera aux cas litigieux tout comme il le ferait en cas d'accord concerté.

À notre question de savoir si les réglementations en vigueur concernant la durée du travail sont adaptées ou non à l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la relation de travail, nous ne pouvons répondre positivement.

La loi du 16 mars 1971 mériterait une réforme approfondie permettant d'intégrer ce « nouveau » paramètre omniprésent qu'est l'introduction des NTIC dans la relation de travail créant ainsi une nouvelle forme de « travail » que nous nommerons « connectivité professionnelle permanente ».

Dans l'attente, la seule réponse valable est de jongler en combinant les solutions dégagées par la loi, la jurisprudence et la doctrine mettant, de ce fait, à mal la sécurité juridique.

Table des matières

Introduction	6
Chapitre 1 ^{er} : Les règles en vigueur sur la durée du travail	8
Section 1. Le droit belge	9
§ 1. Secteur privé et secteur public	10
§ 2 Règlement de travail et durée du travail.....	16
§ 3. La durée du travail et le Code pénal social	17
§ 4. Le <i>ius variandi</i> et la durée du travail.....	19
Section 2. Le droit européen	24
Section 3. Le droit international	28
Chapitre 2 : La notion de mise à disposition fait débat	30
Section 1. Les gardes : une NFOT non réglementée.....	32
§1. Les gardes à domicile	32
§2. Les gardes dormantes	42
Section 2. Mise à disposition et subordination juridique	43
Chapitre 3. Le travail dans un contexte d'évolution permanente.....	46
Section 1. Les nouvelles technologies d'information et de communication.....	46
Section 2. NFOT, NTIC et durée du travail	47
§1. Le travail à domicile.....	48
§ 2. Le télétravail régulier	49
§ 2. Le télétravail occasionnel.....	52
Chapitre 4. NTIC et durée du travail : différents outils de régulation	55
Section 1. Le droit à la déconnexion	55
§1. Droit français.....	55
§2. Droit belge.....	60
Section 2. Durée du travail et déconnexion.....	61

Section 3. La responsabilité sociale des entreprises	62
§1. Définition de la R.S.E.	62
§2.La R.S.E. comme outil de déconnexion	63
Conclusion.....	67
ANNEXES	72
1. Dérogations structurelles en matière de durée du travail	72
2. Dérogations ponctuelles en matière de durée du travail.....	73
Bibliographie.....	74
Législation.....	74
Européenne.....	74
Nationale	74
Française.....	75
Doctrine.....	75
Jurisprudence.....	77
Autres sources	78

ANNEXES

1. DÉROGATIONS STRUCTURELLES EN MATIÈRE DE DURÉE DU TRAVAIL ²⁰⁷

Dérogations structurelles	Nombre maximal d'heures par jour	Nombre maximal d'heures par semaine
Semaine anglaise	9 heures	38 heures à 40 heures
Lieu de travail éloigné du domicile ou de la résidence	10 heures	38 heures à 40 heures
Petite flexibilité	9 heures	43 heures à 45 heures
Horaires flottants	9 heures	45 heures
Equipes successives	11 heures	50 heures
Branches d'activités où les limites normales ne peuvent être appliquées (AR requis)	11 heures	50 heures
Travaux préparatoires et complémentaires (AR requis)	11 heures	50 heures
Travaux en continu pour raisons techniques	12 heures ou 8 heures	50 heures ou 56 heures (7x8)

²⁰⁷ Secrétariat Social Securex - Legal 01/01/2018 disponible sur www.securex.eu

2. DÉROGATIONS PONCTUELLES EN MATIÈRE DE DURÉE DU TRAVAIL²⁰⁸

Dérogations ponctuelles	Dépassements autorisés	Procédure
Surcroît extraordinaire de travail	Max.11h/jour et 50h/semaine	<ul style="list-style-type: none"> • Autorisation préalable de la délégation syndicale pour les entreprises qui en ont une; • Autorisation préalable du Contrôle des lois sociales; • Affichage des horaires modifiés 24 heures à l'avance; • Communication au VDAB, FOREM ou ACTIRIS du nombre d'heures supplémentaires prestées.
Heures supplémentaires volontaires	Max.11h/jour et 50h/semaine	<ul style="list-style-type: none"> • 100 heures supplémentaires par an (ce nombre peut être porté à 360 via C.C.T.); • Le travailleur se porte candidat via un accord écrit (qui peut être renouvelé tous les 6 mois); • Ces heures supplémentaires ne sont récupérées.
Travaux en vue de faire face à un accident survenu ou imminent (force majeure)	Pas de limite par jour ou par semaine	<ul style="list-style-type: none"> • Communication au Contrôle des lois sociales du nombre d'heures prestées dans les 3 jours de travail qui suivent la fin de la période de paie concernée.
Travaux urgents à effectuer aux machines ou au matériel (force majeure)	Pas de limite par jour ou par semaine	<ul style="list-style-type: none"> • Communication au Contrôle des lois sociales du nombre d'heures prestées dans les 3 jours de travail qui suivent la fin de la période de paie concernée.
Travaux commandés par une nécessité imprévue (force majeure)	Max.11h/jour et 50h/semaine	<ul style="list-style-type: none"> • Autorisation préalable de la délégation syndicale ou information ultérieure, si impossibilité d'un accord préalable; • Information du Contrôle des lois sociales..
Travaux de transport de chargement et déchargement (AR requis)	Max.11h/jour et 50h/semaine	<ul style="list-style-type: none"> • Selon les conditions fixées par l'arrêté royal.
Travaux dont le temps d'exécution est imprécis / matières susceptibles d'altération très rapide (AR requis)	Max.11h/jour et 50h/semaine	<ul style="list-style-type: none"> • Selon les conditions fixées par l'arrêté royal; • Communication du nombre d'heures prestées au Contrôle des lois sociales.
Travaux d'inventaire et de bilan.	Max.11h/jour et 50h/semaine Max.7 jours/an/travailleur	<ul style="list-style-type: none"> • Aucune

²⁰⁸ Secrétariat Social Securex - Legal 01/01/2018 disponible sur www.securex.eu

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Européenne

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.C.E.*, 303 du 14.12.2007, p. 1.

Dir. (CEE) n°91/533 du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *J.O.C.E.*, L88 du 18 octobre 1991, p.32 et s.

Dir. (CE) n° 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.C.E.*, L 299 du 18 novembre 2003, p. 9.

Nationale

C.C.T. du 22 janvier 2007 relative aux conditions de travail et de rémunération en cas de garde de nuit dormante conclue au sein de la sous-commission paritaire des établissements et services d'éducation et d'hébergement de la communauté flamande 310.01, *M.B.*, 17 juillet 2008, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 18 mai 2008.

C.C.T. n°85 du 9 novembre 2005 concernant le télétravail.

C.C.T du 16 juin 2011 conclue au sein de la commission paritaire des entreprises de garage concernant les indemnités pour régime de standby, *M.B.*, 19 janvier 2012, rendue obligatoire par arrêté royal du 1^{er} décembre 2011 (*M.B.*, 19 janvier 2012 (2^e éd.)).

Loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels, *M.B.*, 3 mars 1952.

Loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail.

Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

Loi du 16 mars 1971 sur le travail.

Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Loi du 15 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public.

Loi du 10 août 2001 relative à la conciliation entre l'emploi et la qualité de vie.

Loi du 18 décembre 2002 modifiant la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail.

Loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable.

Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale, *M.B.*, 26 mars 2018

Française

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (Loi dit El Khomri)

Code du travail

Doctrine

BART, E. ; JACQUEMIN, M.-H. ; BART, P. ; LEEN, C., *Technologie de l'information dans la relation employeur-travailleur*, Bruxelles, Kluwer, 2001, 201 p.

BAÏNI, C. ; ERNST, J.D. ; HENRARD, J.-N. ; JACQUEMART, G., *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012, 418 p.

BALLARIN, L. ; LANTIN, B., *Durée du travail : état des lieux après la loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, 314 p.

CHUFFART, G. ; DE LEERSNYDER, M., *Nouvelles technologies et leur impact sur le droit du travail*, UGA, Heule, 2003, 201 p.

CLESSE, J. ; KÉFER, F., *Manuel de droit du travail*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2014, 544 p.

DEAR, L. ; GILSON, S., *La loi sur le travail : 40 ans d'application de la loi du 16 mars 1971*, Limal, Anthemis, 2011, 568 p.

DEBRAY, O. ; WANTIEZ, C. ; VANNES, V., *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, 2001, 342 p.

DUMONT, M. (sous la direction de), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Anthemis, Liège, 2008, 616 p.

- DEMOULAIN, M., *Nouvelles technologies et droit des relations de travail : essai sur une évolution des relations de travail*, Panthéon-Assas, Paris, 2013, 429 p.
- DUGAILLIEZ I., « Jurisprudence relative au temps de travail des pompiers », *Zone de secours*, UVCW, février 2016, n°905.
- GILSON, S., *La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble*, Anthémis, 2010.
- GILSON, S., « Panorama de l'assujettissement personnel à la sécurité sociale » in S. GILSON (dir.) *Subordination et para subordination. La place de la subordination juridique et de la dépendance économique dans la relation de travail*, Anthémis, 2017, pp. 13-34.
- HACHEZ, I., *Les sources de droit revisitées*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2013.
- HENRY, F., « Les modifications du contrat de travail », septembre 2012, *Guide business*, www.barreaudeliege.be.
- PLASSCHAERT, E. ; RIJCKAERT, O. ; DECKERS, H. ; DEPOORTER, C. ; DUMONT, M., *Le droit social en chantier(s)*, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2012.
- ROSIER, K ; DE TERWANGNE, C., *Le droit du travail à l'ère du numérique : les technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail*, (Perspectives de droit social, sous la direction de Michel Westrade et Steve Gilson), Limal, Anthemis, 512 p.
- TASKIN, L. ; DONIS, C. ; AJZEN, M., *Kaléidoscope des nouvelles formes d'organisation du travail : L'instrumentalisation stupide d'un idéal démocratique et collaboratif*, Recherches et Publications en Management a.s.b.l, 2015.
- VANNES, V., *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2^e ed., Bruylant, Bruxelles, 2003, 957 p.
- VENDRAMIN, P., *Individualisation du travail et transformation du lien social*, 2006.
- VENDRAMIN, P., *Temps, rythmes de travail et conciliation des temps sociaux*, Fondation Travail Université / CSC, 2007.
- WANTIEZ, C., (sous la direction de), *Contrat de travail : 20^e anniversaire de la loi du 3 juillet 1978*, Ed. Jeune barreau de Bruxelles, 1998, 297 p.

Jurisprudence

- C.J.C.E., 3 octobre 2000 (SIMAP), C303/98.
- C.J.C.E., 1^{er} décembre 2005 (DELLAS), C14/04.
- C.J.C.E., 11 janvier 2007 (VOREL), C/435-05.
- C.J.C.E., 9 septembre 2009 (JAEGER), C151/02.
- C.J.C.E., 21 février 2018, (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK), C-418/15
- C. constit., 9 juillet 2013, N° 102/2013.
- Cass., 25 février 1965, *Pas.*, 1965, p.652.
- Cass., 13 juin 1968, *Arr. Cass.*, mai 1968, p.1239.
- Cass., 18 mai 1981, *Pas.*, p. 1079
- Cass., 15 février 1982, *R.W.*, 1982–1983, p. 2210.
- Cass., 30 janvier 1984, R.G. n° 4097.
- Cass., 14 octobre 1991, *Pas.* 1992, p.120.
- Cass., 9 janvier 1995, *J.T.T.*, 1995, p.93.
- Cass., 6 juin 2011, N° S.10.0070.F/8
- Cass., 18 mai 2015, N° S.13.0003.F/1.
- Cass., 9 novembre 2015, n° S.13.0042.N (NL)
- C. app. Liège, 5 juin 2012, 2011/RG/201.
- C. trav. Mons, 18 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 185.
- C. trav. Liège, 5 février 1992, *Chron. D. S.*, 1992, p. 431.
- C. trav. Gand, 25 mars 1996, R.G. n° 94/331.
- C. trav. Liège (8 e ch.), 4 mars 2004, *R.G.* n° 31.262/2002
- C. trav. Bruxelles, 5 octobre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p.166.
- C. trav. Mons, 7 juin 2005, *Chron. D. S.*, 2007, p.404.
- C. trav. Liège, sect. Neufchâteau, 28 octobre 2009, R.G. 4.099
- C. trav. Liège, 2 octobre 2012, R.G. n° 2011/AN/085.

C. trav. Bruxelles, 6 août 2013, R.G. n° 2011/AB/750.

C. trav. Bruxelles, 27 janvier 2015, R.G. 2013/AB/423

C. trav. Bruxelles, 14 septembre 2015, R.G. 2012/AB/592

C. trav. Liège, div. Liège, 16 mars 2015, R.G. 2014/AL/122

C. trav. Bruxelles, 27 janvier 2016, R.G. 2014/AB/4 et 2014/AB/506

C. trav. Bruxelles, 16 février 2016, R.G. 2014/AB/145

C. trav. Bruxelles, 14 février 2017, R.G. 2015/AB/1.174 (NL)

C. trav. Bruxelles, 14 février 2017, R.G. 2016/AB/13 (NL)

C. trav. Bruxelles, 8 novembre 2017, R.G. 2015/AB/720

Autres sources

Conclusions de l'avocat général Madame ELEANOR SHARPSTON, 26 juillet 2017, Aff. N° C-518/15 (VILLE DE NIVELLES C/ MATZAK)

Conférence internationale du Travail, 107e session, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, 2018, www.ilo.org

Rapport sur la mise en œuvre par les États membres de la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, 26 avril 2017, Bruxelles, eur-lex.europa.eu.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

