

Le temps de travail : ineffectivité du droit ou crise d'un instrument de mesure ?

Fabienne Kéfer,

Professeur ordinaire à l'Université de Liège¹

Table des matières

I.	Le temps de travail : genèse et évolution d'une préoccupation.....	4
A.	Le temps de travail : naissance d'un concept, puis d'une réglementation.....	4
B.	Le temps protégé par le droit.....	6
C.	La polyphonie du discours contemporain	8
II.	Le droit du temps de travail : un outil juridique qui s'effiloche	11
A.	Les atteintes non structurelles à l'effectivité du droit du temps de travail. Illustrations.....	11
1.	Les horaires flottants – Le rôle des contrôleurs sociaux	11
2.	La société de consommation.....	13
B.	La crise du temps de travail en tant qu'instrument de mesure du volume de travail.....	14
1.	Des méthodes de management transgressives.....	14
2.	Le travail à distance et l'hyperconnexion.....	18
3.	Le rappel à l'ordre (anachronique ?) de la Cour de Justice	26
III.	Observations conclusives	29

¹ L'auteur remercie Jacques Clesse, Renaud Linguelet, Elise Dermine, Adrien Farcy ainsi que les deux évaluateurs anonymes, pour leurs observations très enrichissantes sur une version précédente de ce texte.

Résumé

Le concept de temps de travail est apparu avec la révolution industrielle, lorsque l'industrialisation a conduit à grouper les travailleurs dans un même lieu et à synchroniser leurs temps de travail et de non-travail. À partir de la fin du XIX^e siècle, le législateur a adopté un dispositif destiné à contenir la durée du travail dans des limites compatibles avec ce que le corps humain pouvait endurer. Le droit contemporain du temps de travail poursuit des objectifs multiples. Mais il se constate que l'efficacité et l'effectivité du dispositif légal se sont effilochées. Dans certains cas, l'ineffectivité de la loi est le signe d'un appel à une autre réglementation ou une autre délimitation du temps de travail. Dans d'autres cas, l'inapplication de la loi traduit une remise en question du modèle de protection légale. La désindustrialisation et le développement des services et du numérique ont conduit à un éclatement des lieux et des temps de travail. Les méthodes de management misant sur l'autonomie des travailleurs et le résultat des prestations, l'aspiration des salariés eux-mêmes à une plus grande maîtrise de leur temps, encouragée par l'Organisation internationale du travail, conduisent à une remise en cause de la pertinence du temps de travail en tant qu'instrument de mesure du volume de travail d'un certain nombre de travailleurs, tandis que l'Union européenne impose un meilleur contrôle du travail accompli quotidiennement par les salariés. Alors que le travail a changé, la façon de le mesurer n'a pas varié. Plusieurs pistes sont à l'étude pour tenter d'organiser la protection des salariés contre l'excès de travail, qui n'est plus parfaitement assurée par le droit tel qu'il est conçu.

Het concept arbeidstijd is ontstaan tijdens de industriële revolutie. De industrialisering leidde ertoe dat werknemers op dezelfde plaats werden gegroepeerd zodat hun arbeids- en rusttijden op elkaar konden worden afgestemd. Vanaf het einde van de 19^{de} eeuw heeft de wetgever een systeem voorzien dat erop gericht is om de arbeidstijd te beperken tot wat het menselijk lichaam kan verdragen. Het hedendaagse arbeidstijdenrecht heeft meerdere doelstellingen, maar men moet vaststellen dat de doeltreffendheid en effectiviteit van het rechtssysteem worden blootgelegd. In bepaalde gevallen is de ineffectiviteit van de wet een signaal om de huidige regeling of beperking van de arbeidstijd te wijzigen. In andere gevallen roept de niet-toepassing van de wet vragen op bij het rechtsbeschermingsmodel. De overgang van een industriële samenleving naar een samenleving gekenmerkt door diensten en technologie veroorzaakten een versnippering van arbeidsplaatsen en arbeidstijden. Managementmethoden die inzetten op de autonomie en resultaten van werknemers, de wens van werknemers om meer zeggenschap te krijgen over hun arbeidstijd, aangemoedigd door de Internationale Arbeidsorganisatie, doen de vraag rijzen of arbeidstijd wel een geschikt instrument is om het arbeidsvolume van bepaalde werknemers te meten, terwijl de Europese Unie net een betere controle oplegt van het werk dat werknemers dagelijks verrichten. Hoewel arbeid is veranderd, geldt dat niet voor de manier waarop het wordt gemeten. Er worden verschillende pistes verkend om werknemers te beschermen tegen overwerk, aangezien het huidige recht daar niet langer volledig in slaagt.

Le droit du temps de travail rythme la vie de la très grande majorité des personnes, il s'agit donc d'une chose sérieuse. Il doit s'adapter à la très grande diversité du travail salarié, il s'agit donc d'une chose difficile².

1. La limitation de la durée du travail a été l'une des premières préoccupations du législateur social. L'une des premières lois sociales belge, la loi du 13 décembre 1889, y est consacrée. L'article 427 du Traité de Versailles tenait pour « d'une importance particulière et urgente (...) l'adoption de la journée de huit heures ou de la semaine de quarante-huit heures comme but à atteindre partout où il n'a pas encore été obtenu ». L'Organisation internationale du travail (ci-après l'OIT) a traduit ces préoccupations dans sa toute première Convention, dite de Washington, adoptée le 28 novembre 1919. Le temps travaillé a aussi suscité l'attention du législateur européen, qui le limite tant par un jeu de directives que par l'article 31, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui consacre pour tout travailleur le 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 ».

L'on entamera cette étude débute par la genèse et l'évolution de cette préoccupation des législateurs (I). Les règles encadrant le temps de travail constituent aujourd'hui un ensemble aussi touffu que technique et continuent d'être jugées fondamentales. Pourtant, elles ne sont pas toujours respectées. C'est qu'avec le temps, l'organisation du travail s'est profondément transformée. Certaines règles sont laissées en désuétude parce qu'elles ne correspondent plus à des besoins jugés, à tort ou à raison, actuels. Dans certains cas, l'on peut même parler de crise du temps de travail en tant qu'instrument de mesure du volume de travail. On tentera d'en comprendre les causes (II). L'on évoquera, en guise de conclusion, quelques pistes de réflexion visant à apporter des réponses nouvelles qui, sans déconstruire le droit du travail, s'ajustent mieux à la société contemporaine (III).

Deux précisions avant d'aller plus loin. La première est d'ordre conceptuel. Le temps de travail est, selon les contextes et selon les auteurs, tantôt synonyme et tantôt plus large que celui de durée du travail. Au sens large du terme, il inclut tout le temps consacré à la vie professionnelle et se voit délimité par des bornes journalières, hebdomadaires et annuelles ainsi que par des pauses de longue durée au cours d'une vie active, tel le crédit-temps ; la durée du travail vise plus précisément le temps qui a pour cadre la journée et la semaine de travail. La seconde précision concerne l'étendue du champ couvert par cette contribution. L'on n'y traitera que du régime commun à la majorité des salariés du secteur privé. L'on n'entreprendra pas l'étude des catégories dérogatoires, tels les membres du personnel de direction ou de confiance, les représentants de commerce ou les médecins hospitaliers. Ceci ne doit toutefois pas faire perdre de vue que, pour la loi belge, la subordination peut s'exercer à l'égard de personnes dont la durée du travail n'est pas limitée.

² Groupe de recherche pour un autre code du travail (GR-PACT), « Pour un autre droit du temps de travail », *Droit social*, 2016, p. 422.

I. Le temps de travail : genèse et évolution d'une préoccupation

2. Concept né avec la révolution industrielle (A), le temps de travail s'est trouvé protégé à partir de la fin du XIX^e siècle par une législation qui s'est structurée autour de la notion de temps disponible pour l'employeur (B). L'évolution, toujours plus rapide, de la société, fait apparaître un discours polyphonique au sujet des assouplissements de la réglementation de la durée du travail (C).

A. Le temps de travail : naissance d'un concept, puis d'une réglementation

3. Deuxième pays, derrière le Royaume-Uni, à avoir réalisé sa révolution industrielle, la Belgique est l'un des derniers d'Europe à s'être doté d'une législation ouvrière, et singulièrement d'une loi limitant la durée du travail³. Il a fallu attendre le 13 décembre 1889 pour que soit promulguée la loi sur le travail des femmes et des enfants.

Si les causes de ce besoin impérieux de légiférer pour contenir le temps de travail dans certaines limites sont bien connues, l'on est moins au fait de l'émergence de la notion de temps de travail ou encore de la modification du rapport au temps qui s'est produite lors de la révolution industrielle.

4. À l'époque préindustrielle, l'espace de travail n'est pas franchement séparé de l'habitat. Ouverts sur la rue, regroupés par professions (dans le quartier des tisserands, des drapiers, des tanneurs, etc.), les ateliers sont concurrents et voisins tout à la fois⁴. Le rapport hiérarchique est certes rigoureux entre le maître et ses compagnons ou apprentis⁵. Mais la vie, sociale comme professionnelle, s'aligne sur le rythme des saisons et l'alternance du jour et de la nuit, le travail est ponctué par l'angélus et les obligations religieuses. Le temps est réparti en fonction de sa qualité, de son contenu, entre temps profane et temps dédié à l'église⁶. Au repos du dimanche⁷ s'ajoute celui des veilles de fêtes, tellement nombreuses⁸ qu'il y a à peine plus de 250 jours de travail par an. La prohibition du travail de nuit,

³ A. CANNEEL, « Notes pour une histoire de la limitation légale de la durée hebdomadaire de travail en Belgique », *Rev. trav.*, 1974, pp. 393 et s.

⁴ J. LE GOFF, *Du silence à la parole*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2019, pp. 36-37.

⁵ Pour une description détaillée du régime corporatif, qui, s'il n'est pas le seul, est la principale forme d'organisation du travail, voy. E. MAHAIM, *Etudes sur l'association professionnelle*, Liège, Vaillant-Carmanne, 1891, pp. 20-80.

⁶ E. GENIN, *La porosité du temps chez les cadres, Proposition d'un modèle d'interaction entre temps personnel et temps professionnel*, Sciences de l'homme, HEC Paris, 2007, p. 24 (disponible sur <https://pastel.archives-ouvertes.fr/pastel-00004610/document>).

⁷ Au temps du Roi Dagobert déjà, rien ne pouvait être transporté par voiture ni par bateau le dimanche. En cas d'infraction, le voiturier devait « abandonner au souverain le bœuf attaché du côté droit » (J. IMBERT et G. LEVASSEUR, *Le pouvoir, les juges et les bourreaux*, Paris, Hachette, 1972, p. 318).

⁸ C'est ce qui, selon le Savetier de la fable de J. de La Fontaine, l'empêche d'amasser de l'argent : « Le mal est que dans l'an s'entremêlent des jours Qu'il faut chommer ; on nous ruine en fêtes. L'une fait tort à l'autre ; et Monsieur le Curé De quelque nouveau Saint charge toujours son prône » (J. DE LA FONTAINE, « Le Savetier et le Financier », *Fables*, Booking international, Paris, 1993, p. 209).

justifiée par la crainte des incendies, contribue à rendre les conditions temporelles de travail supportables⁹.

Les industriels, quant à eux, ont besoin de concentrer la main-d'œuvre – au départ des paysans sans métier – dans des fabriques ou des usines de grande taille permettant les économies d'échelle et dans lesquelles une discipline, inconnue jusque là des artisans et des paysans, permet d'ajuster les ressources humaines et matérielles aux besoins de la production¹⁰.

Nait alors le temps de l'horloge. Avec la révolution industrielle apparaît le besoin d'un « temps précis, mesuré, arithmétique, le temps de l'horloge, seul capable d'assurer la synchronie des rythmes et la fluence de la vie sociale »¹¹. L'horloge permet la synchronisation de l'activité des travailleurs, qui œuvrent en commun à l'activité de production. En outre, le temps acquiert une valeur monétaire : le temps consacré au travail devient l'unité de mesure économique, à la fois du prix de revient et du salaire¹². *Time is money*.

L'usine devient l'espace-temps où s'accomplit le travail désormais dérobé à la vue du public. Coupée de l'espace urbain, elle est un espace clos, comparé par M. Foucault à une caserne ou un couvent, où non seulement règne une discipline de fer mais où la vie est synchronisée par la cloche, qui marque en outre l'entrée dans et la sortie du temps monétarisé¹³. Les manquements à la ponctualité, bavardages et autres pertes de temps sont punis par le règlement d'atelier. Apparaît ainsi la division entre le temps contraint et le temps libre¹⁴.

Quant à la durée du contrat lui-même, le contrat pour une durée indéterminée n'existe pas. Les travailleurs sont embauchés au jour le jour, parfois de semaine en semaine, par des contrats renouvelés ... ou pas. Cette flexibilité, voulue par le patronat, semble, au tout début de l'industrialisation, correspondre aux vœux de l'ouvrier : il aspire à la liberté dont il jouissait avant l'ère industrielle, est impatient de retourner à sa terre ou son atelier, où il travaille à proportion de ses besoins¹⁵ : la société de consommation n'est pas encore née.

5. La nécessité de cantonner la durée du travail dans certaines limites s'est ensuite imposée en raison des excès auxquels ont conduit la révolution industrielle et le principe du laissez-faire¹⁶. Tactiquement, l'on choisit de protéger les femmes et les enfants d'abord. C'est ainsi qu'est votée la loi du 13 décembre

⁹ A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, Paris, Sirey, 1958, p. 19 ; P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, T. I, Paris, Dalloz, 1941, p. 50 ; L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, Liège, Faculté de droit, 1974, p. 47.

¹⁰ Cons. P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, pp. 24-27.

¹¹ J. LE GOFF, *Du silence à la parole*, op. cit., p. 40. Cons. ég. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, pp. 40-41.

¹² G. DUCHANGE, « Les racines juridiques du droit du temps de travail », *Rev. dr. trav.*, 2019, p. 468. Cons. aussi notamment A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations. Les grands thèmes* (1776), extraits disponibles sur https://cras31.info/IMG/pdf/adam_smith_recherches_sur_la_nature.pdf, pp. 27-28 ; D. RICARDO, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Paris, Flammarion, 1977, pp. 26 et s. ; M. POSTONE, *Temps, travail et domination sociale*, Paris, Mille et une nuits, 2009, pp. 277 et s. et 421 et s.

¹³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 166-167. La *Sortie de l'usine Lumière à Lyon*, immortalisée par Louis Lumière en 1895, est particulièrement éloquente à ce sujet.

¹⁴ E. GENIN, *La porosité du temps chez les cadres*, op. cit., p. 25.

¹⁵ J. LE GOFF, *Du silence à la parole*, op. cit., p. 56.

¹⁶ Pour une synthèse des différents facteurs qui ont contribué à ce que les ouvriers nés de la révolution industrielle soient finalement entendus, cons. L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, op. cit., pp. 53 et s.

1889¹⁷. Elle limite la durée du travail, impose un repos hebdomadaire et interdit de faire travailler la nuit les personnes les plus vulnérables. Eu égard à la faiblesse prêtée aux autres sanctions que contenait l'ordre juridique, le législateur flanque cette nouvelle loi de dispositions pénales afin d'en assurer l'effectivité et montrer l'importance qu'il attache aux changements qu'elle doit apporter.

Ces dispositions protectrices voient progressivement leur champ d'application personnel et l'intensité de leurs prescriptions s'étendre. La réduction de la journée de travail à huit heures mobilise l'ensemble de la classe ouvrière¹⁸. Le 14 juin 1921, dans la foulée de plusieurs conventions adoptées par l'OIT, le législateur belge adopte une loi consacrant, pour l'ensemble des salariés, la limitation de la durée quotidienne de travail à huit heures et de la durée hebdomadaire à quarante-huit heures, ainsi que l'interdiction du travail de nuit.

L'on aurait tort de croire que la réduction progressive qui s'ensuit est linéaire. Au contraire, à la veille de la seconde guerre mondiale, les besoins de la mobilisation amènent le législateur à revenir sur certains acquis, que ceux-ci concernent la durée maximale de travail ou le travail de nuit ; sous l'occupation, d'autres motifs conduisent le pouvoir en place à augmenter le temps de travail maximal. Après la fin de la guerre, c'est de manière progressive que les anciennes dispositions reprennent vigueur et que le processus de réduction de la durée du travail poursuit son cours¹⁹. Ces dispositions se muent, au fil des conquêtes sociales, en une réglementation de plus en plus stricte et rigide.

À l'heure actuelle, le temps de travail est rythmé par des périodes de repos quotidien (pauses et repos nocturne), hebdomadaire et annuel. Ces périodes de repos sont fixées par plusieurs normes juridiques différentes ; il s'agit principalement de celles-ci : la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ; le chapitre III de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, qui concerne, notamment, la durée quotidienne, la durée hebdomadaire, le repos dominical et le travail de nuit ; les lois coordonnées du 28 juin 1971 relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés ; la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés ; la loi du 17 mars 1987 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail ; la loi du 5 mars 2017 sur le travail faisable et maniable.

B. Le temps protégé par le droit

6. Le temps de travail est séquencé. Dans l'état actuel du droit positif, temps de travail et temps de repos se succèdent en rythme binaire ; toute période qui n'est pas du temps de travail est du temps de repos.

Dans l'ordre juridique interne, la loi du 16 mars 1971 sur le travail limite la durée quotidienne et hebdomadaire du travail ; les partenaires sociaux peuvent abaisser ces limites mais pas les relever. Les prestations doivent durer un minimum de trois heures chacune et chaque période de 24 heures doit contenir un intervalle de repos d'au moins onze heures *consécutives* entre deux périodes de travail. Le

¹⁷ Sur la genèse de cette loi, qui fait entrer le droit social par la petite porte et que la bourgeoisie, prise au piège de ses propres représentations, ne pouvait pas ne pas voter, cons. L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, op. cit., pp. 70-80 ; K. REYNIERS, *(Verboden) arbeid*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 299-308 et 352-355.

¹⁸ J. NEUVILLE, *L'évolution des relations industrielles*, t. 2/II, Bruxelles, Vie ouvrière, 1981.

¹⁹ M. JAMOULLE, E. GERKENS, G. FOXHAL, F. KÉFER et S. BREDAEL, *Le temps de travail. Transformations du droit et des relations collectives de travail*, Bruxelles, Crisp, 1997, pp. 3-26.

travail dominical et le travail de nuit sont, en principe, interdits. De nombreuses dérogations sont prévues.

Dans l'ordre juridique européen, la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, dont la rigidité a souvent été soulignée²⁰, oblige les États membres à prendre les mesures nécessaires pour que la durée hebdomadaire de travail n'excède pas 48 heures et que les travailleurs bénéficient d'un repos journalier de 11 heures et d'un repos hebdomadaire d'au moins 24 heures s'ajoutant aux 11 heures de repos journalier²¹. Des dérogations sont possibles « dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs »²². L'on notera, incidemment, que la directive ne se préoccupe de la durée du travail qu'en ce que ses excès menacent la santé des salariés. De ce fait, elle est étrangère à toute préoccupation relative à la rémunération des heures supplémentaires, par exemple²³.

7. L'article 19, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail définit la durée du travail comme « le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur »²⁴. Il s'agit donc d'un concept plus large que le temps de travail effectif, et qui recouvre certaines plages de temps durant lesquelles le salarié n'effectue aucune prestation²⁵.

La notion de disponibilité est difficile à cerner avec précision. Selon les travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 1964²⁶ qui a précédé celle du 16 mars 1971, « le sens à donner aux mots "durée du travail" est le suivant : 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. Est donc exclu du temps de travail le temps de présence dont le travailleur peut disposer librement sans avoir à attendre un appel imprévu dont la possibilité continue le maintiendrait sans interruption à la

²⁰ Voy. par exemple les conclusions de l'avocat général Saggio précédant l'arrêt *Simap*, C-303/98, ECLI:EU:C:1999:621, §§ 36 et s., et les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, précédant l'arrêt *Jaeger*, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:209, §§ 28 et s. Plus récemment, L. MIRTRUS, "Potential implications of the Matzak judgment (quality of rest time, right to disconnect)", *E.L.L.J.*, 2019, vol. 10, n° 4, spéc. pp. 393-397.

²¹ Il s'agit de deux droits autonomes (C.J.U.E., 16 février 2023, *I.H. c. MÁV-Start*, C-477/21, ECLI:EU:C:2023:140).

²² Art. 17 et s.

²³ La base juridique de la directive 2003/88 est l'article 153 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dont le paragraphe 5 exclut les rémunérations de son champ d'application (notamment C.J.C.E., 1^{er} décembre 2005, *Dellas*, C-14/04, ECLI:EU:C:2005:728 ; C.J.C.E., 11 janvier 2007, *Vorel*, C-437/05, ECLI:EU:C:2007:23 ; C.J.U.E., 4 mars 2011, *Grigore*, C-258/10, ECLI:EU:C:2011:122).

²⁴ Dans certains cas, la loi assimile à du temps de travail des périodes pendant lesquelles le travailleur n'est pas à la disposition de son employeur. C'est notamment le cas du temps pendant lequel le travailleur participe aux réunions du conseil d'entreprise ou du comité pour la prévention et la protection au travail en tant que délégué du personnel (art. 23 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie ; art. 66 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs). En outre, la loi permet au Roi, sur demande de la commission paritaire compétente, de déterminer lui-même le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur en ce qui concerne les entreprises de transport, les travailleurs occupés à des travaux de transport et les travailleurs occupés essentiellement à des travaux intermittents (par exemple, l'arrêté royal du 22 mai 1967 relatif à la durée du travail des ouvriers occupés à certains travaux essentiellement intermittents, pour les ouvriers chargés de la garde et la surveillance des lieux de travail pendant les périodes d'arrêt de travail).

²⁵ Il peut même s'agir de périodes où le travailleur n'est pas présent dans l'entreprise : le facteur déterminant pour considérer qu'une période de garde constitue du temps de travail est non pas l'intensité ou le rendement de l'activité du salarié, mais le fait que celui-ci soit contraint d'être physiquement présent sur le lieu déterminé par l'employeur et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir ses services en cas de besoin (C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Jaeger*, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 ; C.J.C.E., 1^{er} décembre 2005, *Dellas*, C-14/04, ECLI:EU:C:2005:728 ; C.J.U.E., 21 février 2018, *Matzak*, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82).

²⁶ Loi sur la durée de travail dans les secteurs publics et privés de l'économie nationale, M.B., 29 juillet 1964.

disposition de l'employeur ou sans avoir à exercer une besogne accessoire (par exemple : surveillance) »²⁷. Le législateur a abandonné la définition de ce concept au pouvoir judiciaire²⁸ et la Cour de cassation y voit une notion relevant de l'appréciation souveraine du juge du fond²⁹. Est ainsi intégrée dans le temps de travail, la pause destinée à boire une tasse de café et à la détente, lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter le bureau³⁰.

L'article 2.1 de la directive 2003/88 recourt à un concept similaire, mis en relief par la jurisprudence relative aux gardes et aux temps d'astreinte, que l'on peut synthétiser comme suit. Le régime de garde avec présence physique sur un lieu déterminé par l'employeur constitue *dans son intégralité* du temps de travail, alors même que le salarié est autorisé à se reposer ou dormir pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités³¹. Il en va différemment de la situation dans laquelle un travailleur doit être accessible en permanence sans pour autant être obligé d'être présent sur un lieu déterminé par l'employeur. Même s'il est à la disposition de son employeur dans la mesure où il doit pouvoir être joint, il peut gérer son temps avec moins de contraintes et se consacrer plus librement à ses propres intérêts. Dans ce second type de garde, *seul le temps lié à la prestation effective de service* doit être considéré comme du temps de travail^{32 33}.

C'est ce temps-là, ce temps durant lequel le salarié est à la disposition de son employeur, qui ne peut durer plus de 8 ou 9 heures par jour ni 38 ou 40 heures par semaine, bref qui est visé par les contraintes légales.

C. La polyphonie du discours contemporain

8. À l'origine³⁴, la réglementation de la durée du travail visait à endiguer celle-ci pour protéger la santé physique du travailleur agressée par des journées de travail excessivement longues. Elle ciblait donc

²⁷ *Doc. parl.*, Sénat, 1963-1964, n° 287, p. 19.

²⁸ *Voy. Doc. parl.*, Chambre, 1962-1963, n° 476/1, p. 5.

²⁹ Cass., 22 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 73.

³⁰ Cass., 4 février 1980, *J.T.T.*, 1981, p. 100 ; C. trav. Liège, 10 octobre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 46. Il en est de même du temps pendant lequel un ouvrier mineur est tenu, en vertu du règlement de travail, de rester près du puits de descente (Cass., 22 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 73 ; C. trav. Liège, 14 octobre 1983, *J.T.T.*, 1985, p. 136).

³¹ C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Jaeger*, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437, § 71 ; C.J.U.E., 14 octobre 2010, *Fuß*, ECLI:EU:C:2010:609, C-243/09, § 55 ; C.J.U.E., 4 mars 2011, *Grigore*, C-258/10, ECLI:EU:C:2011:122, § 53 ; C.J.U.E., 21 février 2018, *Matzak*, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82.

³² C.J.C.E., 3 octobre 2000, *Simap*, C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528 ; C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Jaeger*, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 ; Cass., 10 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 672 ; C.C., 3 mars 2016, n° 25/2016. Sur cette question, cons. notamment F. KÉFER et J. CLESSE, « Le temps de garde inactif, entre le temps de travail et le temps de repos », *Rev. Dr. ULg*, 2006, pp. 157 et s. ; M. GOLDFAYS, « Garde à domicile », *J.T.T.*, 2013, pp. 393 et s. ; S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 440-443 ; S. GILSON et F. LAMBINET, « L'évolution de la notion de temps de travail sous l'influence du droit européen : les exemples des gardes et des déplacements des travailleurs itinérants », *Orientations*, 2016/8, pp. 22-30 ; S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 103-106 ; A. MORTIER, « La qualification du temps et ses enjeux en termes de limitation du temps de travail et de rémunération », *Orientations*, 2019/2, pp. 23-26 ; P. FOUBERT et J. PANIS, « De sirene loeit niet enkel in de brandweerkazerne. Het arrest Matzak van het HJEU en de wachtdiensten van ziekenhuisartsen », *J.T.T.*, 2019, pp. 257-266.

³³ Ni l'article 19 de la loi du 16 mars 1971 ni la directive européenne ne prescrivent que la rémunération des heures de garde inactives en régime d'accessibilité doit être équivalente à celle des heures de travail effectif (Cass., 6 juin 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 374 et note K. NEVENS, « *Arbeidstijd, wachtdiensten en loon* » ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 136 et note F. KÉFER, « La rémunération du temps de garde en régime d'accessibilité »).

³⁴ Sur l'évolution des objectifs poursuivis par le droit du temps de travail, cons. S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, op. cit., pp. 22-75.

« des objectifs quantitatifs »³⁵ : diminution du nombre d'heures et de jours de travail, et, par la suite, réduction de l'année de travail par la création des vacances.

À partir du dernier quart du XX^e siècle, la réglementation s'est trouvée tiraillée entre plusieurs tendances. Si le processus de réduction de la durée de travail s'est poursuivi quoiqu'à une vitesse moins élevée que durant les décennies précédentes, l'on a vu apparaître de nouvelles préoccupations, au premier rang desquelles la flexibilité³⁶ et le développement d'emplois atypiques, comme l'ont montré les travaux de M. Jamoullle³⁷. Alors que l'organisation fordiste avait conduit à des emplois à temps plein selon des horaires fixes, prévisibles et homogènes³⁸, les temps de travail et leurs pauses ne sont désormais plus synchronisés pour tous. La réduction du temps de travail, qui s'était opérée sur une base collective, a fait place, pour de nombreux travailleurs, à des aménagements individualisés et diversifiés du temps de travail (carrières discontinues, contrat à temps partiel, horaires variables, etc.), qui ne se trouve plus coordonné avec les autres temps de la vie sociale (temps de la famille, des amis, des loisirs, etc.)³⁹.

Depuis le début du XXI^e siècle, d'autres considérations se sont fait jour. Les règles relatives à la durée du travail sont menacées d'ineffectivité par de nouvelles formes d'organisation du travail, qui résultent de divers éléments : l'essor galopant des nouvelles technologies qui rendent toujours plus commode le travail en dehors de l'entreprise, des techniques de management misant sur l'autonomie et le résultat des prestations, la pression d'une économie du *flux tendu ou juste-à-temps*, la recherche constante d'un plus grand équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle, le désir croissant de liberté et d'autonomie dans le travail, auquel correspond un désir tout aussi grand de flexibilité de la part des employeurs⁴⁰, etc.⁴¹. Les enjeux et les valeurs qui sous-tendent la réglementation sont toujours plus nombreux et plus complexes.

³⁵ Bureau International du Travail, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, 107^{ème} session de la Conférence internationale du travail, Genève, 2018, p. 287.

³⁶ Mise en œuvre en droit belge par la convention collective de travail n° 42 du 2 juin 1987 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises et la loi du 17 mars 1987 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises.

³⁷ M. JAMOULLE, E. GERKENS, G. FOXHAL, F. KÉFER et S. BREDAEL, *Le temps de travail. Transformations du droit et des relations collectives de travail*, op. cit., pp. 415 et s. ; M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Faculté de droit, 1994, pp. 233-247.

³⁸ P. BOUFFARTIGUE et P. BOUTEILLER, « L'érosion de la norme de temps de travail », *Travail et Emploi*, 2002, n°92, p. 44, disponible sur https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/92_1839.pdf.

³⁹ E. GENIN, *La porosité du temps chez les cadres*, op. cit., pp. 17, 26 et 36 ; A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 2^e éd., 2016, pp. 113-120 ; A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., pp. 344-346.

⁴⁰ La flexibilité présente deux facettes contrastées selon qu'elle est souhaitée par l'employeur ou par le salarié. Ainsi, la flexibilité affectant un travailleur peu qualifié, telle une caissière de supermarché, est imposée par le souci d'accroître la productivité de l'entreprise et se caractérise par « une faible prévisibilité des prestations de travail, leur désynchronisation par rapport aux autres temps sociaux et une médiocre reconnaissance salariale ». Par contre, celle qui s'installe à l'initiative du travailleur et est négociée concerne surtout des travailleurs qualifiés, tels les cadres, ne présente pas les inconvénients cités ci-dessus et se traduit par une meilleure reconnaissance salariale (P. BOUFFARTIGUE et P. BOUTEILLER, « L'érosion de la norme de temps de travail », op. cit., p. 44).

⁴¹ Sur l'évolution du temps de travail au début du XXI^e siècle dans les pays membres de l'Union européenne, cons. Eurofound, *Working time developments in the 21st century: Work duration and its regulation in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, disponible sur https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1573en.pdf.

Le discours contemporain sur la flexibilité du temps de travail – notamment celui de l'Organisation internationale du travail – apparaît, à certains égards, polyphonique⁴².

D'un côté, l'on réclame l'assouplissement des règles relatives à la durée du travail en vue de permettre aux travailleurs de s'approprier la gestion de leur temps (*time sovereignty*⁴³). Renforcer la maîtrise du temps, l'autonomie des salariés dans la gestion de leur temps de travail sans négliger pour autant les besoins de rentabilité des entreprises, tel est l'un des axes du plan d'action de la Commission mondiale pour l'avenir du travail⁴⁴, dans la lignée des travaux de l'OIT sur le temps de travail décent⁴⁵. Participant de ce même mouvement l'objectif n° 9 du socle européen des droits sociaux⁴⁶, la directive 2019/1158 relative à la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée⁴⁷ ainsi que les diverses formes de crédit-temps et congés thématiques que connaît le droit belge ; toutes ces normes sont fondées sur le constat que le temps qui n'est pas qualifié de travail, et est donc qualifié de temps de repos, ne sert pas uniquement au repos voire aux loisirs mais aussi, entre autres, aux obligations domestiques et familiales et aux soins donnés aux proches. Il s'agit aussi, pour la Commission mondiale pour l'avenir du travail, d'encourager les autorités étatiques, les entreprises et les salariés à élaborer des aménagements du temps de travail qui laissent aux salariés le choix de leur horaire de travail⁴⁸. À cet égard, la loi du 16 mars 1971 sur le travail continue d'afficher, en dépit de ses multiples exceptions, une forte rigidité que la brèche réalisée en 2015 par les horaires flottants⁴⁹ ne parvient pas à estomper.

D'un autre côté, au nom du bien-être des travailleurs qui ne peuvent pas toujours faire face à l'afflux de travail dans le monde de plus en plus numérique, l'on appelle à un meilleur contrôle du travail accompli⁵⁰.

La question se pose si, au vu de l'évolution de la société et des modes de gestion des entreprises, des besoins d'autonomie manifestés par des travailleurs toujours plus nombreux et des impératifs de la société de consommation, le législateur doit multiplier les exceptions à la loi de 1971 ou s'il convient,

⁴² Comp. K. LEMPEN et M. MAJOR, « Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail. Vers un contrôle accru des personnes salariées sur leur temps ? », in S. DAGRON, A.-S. DUPONT et K. LEMPEN (ed.), *L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?*, Genève, Editions juridiques libres, 2019, pp. 81-135.

⁴³ E. HILDEBRANDT, « Balance between work and life – New corporate impositions through flexible working time or opportunity for time sovereignty? », *European Societies*, 2006, 8:2, pp. 251-271 ; J. HIEMER et M. ANDRESEN, « Because Work Time Is Life Time" - Employees' Perceptions of Individual Overemployment, Its Causes and Its Consequences », *Frontiers in psychology*, 2019, vol. 10, n° 1920, doi.org/10.3389/fpsyg.2019.01920.

⁴⁴ Commission mondiale pour l'avenir du travail, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, Genève, Bureau international du Travail, 2019, pp. 11, 13, et 41-42.

⁴⁵ Bureau International du Travail, *Le temps de travail décent : Equilibrer les besoins des travailleurs avec les exigences des entreprises*, Genève, 2007, disponible sur https://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_145392/lang--en/index.htm ; Bureau International du Travail, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, op. cit.

⁴⁶ « Les parents et les personnes ayant des responsabilités familiales ont droit à des congés appropriés, à des régimes de travail flexibles et à un accès à des services de garde d'enfants. Les femmes et les hommes doivent bénéficier d'un accès égal aux congés spéciaux afin de s'acquitter de leurs responsabilités familiales et sont encouragés à les utiliser de manière équilibrée ».

⁴⁷ P. FOUBERT et A. VRIJSEN, « De nieuwe europese work-life Balance-richtlijn: een kans voor België om nog beter te doen », *R.D.S./T.S.R.*, 2020, pp. 3-47.

⁴⁸ Commission mondiale pour l'avenir du travail, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, op. cit., p. 42.

⁴⁹ Voy. *infra*, n° 11.

⁵⁰ Bureau International du Travail, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, op. cit., p. 327 ; C.I.U.E., 14 mai 2019, *CCOO c. Deutsche Bank*, C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, analysé *infra*, n° 25-27.

au contraire, d'adopter un nouveau cadre juridique, reposant sur une conception renouvelée de la mesure du travail.

II. Le droit du temps de travail : un outil juridique qui s'effiloche

9. Les causes de l'ineffectivité d'une règle de droit sont, en général, nombreuses et enchevêtrées⁵¹. Le manque de soutien de la norme par l'opinion publique, l'absence de mise en œuvre des dispositifs sanctionnateurs, la méconnaissance de la norme induite par l'inflation législative ou la complexité du langage du législateur contribuent à déforcer l'effectivité d'une loi. Ces observations, communes, se voient largement confirmées pour ce qui concerne les limitations légales du temps de travail.

Dans certains cas, cette ineffectivité de la loi ne traduit pas pour autant la remise en cause complète du modèle de protection reposant sur une limitation du temps travaillé. L'atteinte n'est pas structurelle, elle n'est pas le signe d'une contestation de la pertinence du temps de travail comme instrument de mesure du volume de travail (A). Parfois, en revanche, le non-respect de la règle est le marqueur d'un malaise plus profond, d'une remise en cause de la pertinence du modèle de protection : celui-ci est considéré comme n'étant plus en phase avec la société contemporaine largement désindustrialisée, tournée vers les services et l'économie de la connaissance et qui table sur une autonomie croissante des salariés, de sorte que le mesurage du travail par le temps qui lui est consacré est mis sous tension (B).

A. Les atteintes non structurelles à l'effectivité du droit du temps de travail. Illustrations

10. L'inapplication de la loi peut ne procéder que d'un désir de déplacer ou reculer les limites légales du temps disponible pour l'employeur. Dit autrement, l'ineffectivité de la norme traduit son inadéquation, aux yeux de certains, dans un domaine déterminé ou à un moment déterminé ; mais il ne s'agit pas de contester qu'une limitation de la durée du temps travaillé soit l'instrument approprié pour endiguer de travail. On en donnera deux illustrations.

La première illustration est tirée de la pratique des horaires flottants, longtemps tolérée par l'inspection du travail alors que jusqu'à la loi du 5 mars 2017, elle était illégale (1). La seconde est l'élargissement des heures d'ouvertures de certains commerces sous la pression de la concurrence et de la demande des clients (2).

1. Les horaires flottants – Le rôle des contrôleurs sociaux

11. La loi du 16 mars 1971 sur le travail n'est pas seulement dotée d'une haute technicité. Elle affiche une rigidité importante. Elle ne permet ni de faire travailler au-delà de la durée maximale – sauf exceptions

⁵¹ Voy., notamment F. KÉFER, *Le droit pénal du travail. Réponses originales à la délinquance sociale*, Bruges, la Charte, 1997, pp. 56 et s. et références citées.

ou dérogations soumises à un cadre strict⁵² – ni surtout en dehors des horaires de travail préalablement indiqués dans le règlement de travail (ou dans le cadre général repris dans le règlement de travail, s'il s'agit d'un horaire variable) (art. 38bis). Le débordement des limites tracées par l'horaire expose l'employeur à des sanctions pénales (art. 138 et s. du C. pén. soc.). L'instauration des horaires flexibles suppose de suivre une procédure lourde et complexe (art. 20bis).

Des pratiques diverses se sont développées en marge de la loi – plus exactement, à l'encontre de la loi – pour fournir un cadre de travail plus souple aux entreprises et à leurs travailleurs. On songe par exemple aux compteurs d'heures personnels ou encore aux horaires flottants. Ceux-ci sont particulièrement remarquables car ils ont pu prospérer dans l'illégalité, plusieurs décennies durant, grâce à la politique de l'inspection du travail. Outil par excellence de l'effectivité du droit (art. 17 du C. pén. soc.)⁵³, l'inspection du travail renonce parfois, pour des motifs variables⁵⁴, à exercer sa mission de surveillance et de contrôle de l'application de la loi. Pour ce qui a trait aux horaires flottants, le Contrôle des lois sociales acceptait de fermer les yeux pourvu que, en synthèse, l'employeur qui recourrait à cette pratique soit muni d'un dispositif permettant d'empêcher efficacement que la durée individuelle de travail de chacun de ses travailleurs dépasse la durée légale⁵⁵. Il s'agissait de prendre en compte l'encombrement des routes et des transports en commun – auquel les travailleurs de la capitale ont été les premiers exposés – tout autant que les aspirations des salariés à une certaine souplesse d'horaire.

Cette pratique a finalement été légalisée par la loi du 5 mars 2017 sur le travail faisable et maniable (art. 20ter de la loi du 16 mars 1971)⁵⁶. L'intention du législateur est très claire⁵⁷ ; la disposition transitoire de l'article 75 ne laisse aucun doute à ce sujet, pas plus, d'ailleurs, que l'interprétation que donne de cette disposition le SPF Emploi (« Seuls les systèmes d'horaires flottants qui dans le passé répondaient aux conditions de la tolérance du Contrôle des lois sociales compétent peuvent faire usage de cette disposition transitoire »)⁵⁸.

L'ineffectivité d'une disposition dont la méconnaissance a finalement été légalisée n'est sans doute pas isolée. L'exemple des horaires flottants symbolise les difficultés pour une norme rigide de

⁵² Cons. notamment L. BALLARIN et B. LANTIN, *Durée du travail : état des lieux après la loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable*, Waterloo, Kluwer, 2017 ; M. VERWILGHEN, C. WATTECamps et P. VAN ACHTER, « Les modifications liées au temps de travail », in M. Verwilghen (coord.), *La réforme du droit du travail*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 65-127.

⁵³ Voy. Bureau International du Travail, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, op. cit., pp. 328 et s.

⁵⁴ A. NAYER, G. BORRENS et S. BALTAZAR-LOPES, *L'inspection du travail et la protection juridique du citoyen*, Bruges, la Charte, 1995, pp. 138 et s.

⁵⁵ QRVA, Chambre, session 2015-2016, n° 68, pp. 137-138.

⁵⁶ Pour un commentaire de cette loi, cons. M. VERWILGHEN, « Les modifications liées au temps de travail », in M. Verwilghen (coord.), *La réforme du droit du travail*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 89-98. Pour une analyse de cette loi sous l'angle de la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes, cons. P. FOUBERT et A. VRIJSEN, « De nieuwe europese work-life Balance-richtlijn: een kans voor België om nog beter te doen », op. cit.

⁵⁷ Doc. Parl., Chambre, session 2016-2017, n° 2247/1, p. 49 ; Compte-Rendu Intégral, Chambre, session 2016-2017, CRIV 54 PLEN 159, pp. 72, 87 et 112. Voy. aussi Avis du Conseil national du travail n° 2008 du 7 décembre 2016, p. 17.

⁵⁸ Voy. https://emploi.belgique.be/fr/themes/travail-faisable-et-maniable/duree-du-travail/horaires-flottants#toc_heading_10.

conserver son effectivité lorsqu'elle ne répond plus aux attentes du monde moderne⁵⁹. Mais il révèle aussi la persistance d'une volonté de voir la loi cantonner la durée du temps travaillé.

2. La société de consommation

12. La réglementation de la durée du travail entretient des liens étroits avec la société de consommation. Dans une première phase, elle a favorisé l'accroissement du temps libre et de la consommation⁶⁰. L'augmentation du nombre de jours de congés payés et la réduction de la durée hebdomadaire de travail, conjuguées à la hausse du pouvoir d'achat, ont facilité l'essor du tourisme. En retour, le développement des loisirs a conduit à faire figurer, au nombre des exceptions à l'interdiction de faire travailler durant la nuit et/ou les dimanches et jours fériés, un grand nombre d'entreprises dont l'activité ne fait pas partie des besoins essentiels de la nation (restaurants, entreprises de spectacles, agences de voyage, cinémas, fleuristes, foires commerciales, etc.⁶¹).

Par la suite, la société de consommation a exercé une pression sur les règles juridiques. Les dérogations légales se sont multipliées, telle l'autorisation, pour le secteur de la distribution, d'occuper des travailleurs certains dimanches pour une braderie ou une autre manifestation⁶² ou encore l'autorisation, à certaines conditions, du travail du dimanche pour les activités liées à l'e-commerce⁶³. Mais ce n'est pas tout. La société de consommation conduit aussi un certain nombre d'employeurs à transgresser les règles juridiques au détriment des objectifs qu'elles poursuivent. Alors que la loi du 16 mars 1971 sur le travail interdit, au titre de principe, le travail dominical et le travail de nuit, c'est-à-dire celui qui est accompli entre 20 et 6 heures, l'on ne compte plus le nombre de commerces qui sont accessibles durant le temps prohibé : ils trouvent un créneau propice à leur développement en s'inscrivant en dehors du cadre de la loi. Tel salon de coiffure est ouvert en soirée un jour par semaine ; telle supérette bio agresse le marché – autant que les valeurs du développement durable auquel participe l'agriculture bio – en ouvrant tous les jours de 11 à 22 heures ... jusqu'au jour où, à la suite d'une plainte de ses concurrents, elle se voit rappelée à l'ordre par le Contrôle des lois sociales et contrainte de ramener les heures de travail de son personnel dans les cadres légaux.

Le constat, banal, n'en est pas moins préoccupant. Ces entorses à la loi sont préjudiciables tant aux salariés qu'à la loyauté du marché, que la loi du 16 mars 1971 contribue pourtant à réguler par une limitation uniforme du temps d'accessibilité des biens et des services. Comme le souligne très justement P. Joassart, « en aménageant une situation de fait laissant croire au consommateur qu'il est

⁵⁹ Un phénomène similaire peut être observé dans d'autres domaines, telle la légalisation, par une loi du 3 avril 1990, de certaines interruptions volontaires de grossesse, qui fait suite à plusieurs années d'ineffectivité partielle des dispositions du Code pénal réprimant l'avortement (Loi relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 5 avril 1990).

⁶⁰ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*, p. 123.

⁶¹ Art. 36 et 66 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ; art. 10 de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés.

⁶² Cette dérogation est prévue par un arrêté royal pris sur la base de l'article 13 de la loi du 16 mars 1971 (arrêté royal du 3 décembre 1987 concernant l'occupation de travailleurs le dimanche dans le secteur de la distribution, *M.B.*, 8 décembre 1987). Cons. L. BALLARIN et B. LANTIN, *Le temps de travail en perpétuel mouvement*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, pp. 198 et s.

⁶³ Art. 63 et 64 de la loi programme du 25 décembre 2017, *M.B.*, 29 décembre 2017. Cons. L. BALLARIN et B. LANTIN, *Le temps de travail en perpétuel mouvement*, *op. cit.*, pp. 207-208.

normal qu'un magasin soit ouvert le dimanche après-midi, les entrepreneurs concernés ne font qu'augmenter le besoin de consommation 'flexible', ce qui créé un cercle vicieux »⁶⁴.

Pour le sujet qui nous retient, c'est l'effectivité de la loi qui est en jeu. Faut-il que la loi soit adaptée aux faits ou faut-il au contraire laisser la loi perdre progressivement son effectivité et laisser le marché déterminer les heures durant lesquelles les travailleurs des commerces peuvent être mis au travail, la question est sans aucun doute d'ordre politique. La sécurité juridique appelle toutefois une position plus claire de l'autorité étatique. À défaut, la loi est dévalorisée à force de ne pas être respectée. Son application sporadique peut engendrer, dans le chef de ceux qui sont rappelés à l'ordre, un sentiment d'injustice, qui dessert la crédibilité de la loi, regardée comme une norme « de derrière les fagots », ressortie pour la circonstance par un fonctionnaire plus pointilleux que les autres⁶⁵.

B. La crise du temps de travail en tant qu'instrument de mesure du volume de travail⁶⁶

- 13.** Comme on l'a vu, le temps de travail est un concept né de la civilisation de l'usine. Des voix nombreuses font valoir aujourd'hui qu'il serait de plus en plus inadapté pour mesurer le volume de travail. Cette remise en cause de la pertinence du temps de travail comme instrument de mesure de la charge de travail est étroitement liée à l'évolution des méthodes de management (1). Elle est également liée à l'évolution du type de travail. Les services et la connaissance occupent une place de plus en plus importante dans notre société, à l'inverse de l'industrie. Lorsque l'outil principal de travail est le cerveau, l'on peut difficilement l'arrêter de fonctionner selon un horaire collectif ; le travail devient difficilement quantifiable. La difficulté est accrue par un environnement de plus en plus marqué par le numérique et l'aspiration des travailleurs à une plus grande souplesse et une plus grande autonomie dans la gestion de leur temps. La transition numérique a rendu floues les frontières spatio-temporelles du travail (2). La Cour de justice n'épouse pas cette tendance : non seulement, elle reste attachée à la division binaire du temps : tout ce qui n'est pas du temps de travail est du temps de repos et il n'existe pas de temps d'un troisième type⁶⁷ ; mais en outre, elle a, par son arrêt *CCOO*, renforcé sa position par une obligation de mettre en place des règles de mesurage du temps quotidien de travail (3).

1. Des méthodes de management transgressives

- 14.** Les discours contemporains sur la gestion des ressources humaines incitent, à bien des égards, à une transgression décomplexée des règles relatives à la durée du travail : le management par projet, le

⁶⁴ P. JOASSART, « La résistible ascension des magasins de proximité ouverts 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24 », in S. Gilson et L. Dear (coord.), *La loi sur le travail. 40 ans d'application de la loi du 16 mars 1971 sur le travail*, Limal, Anthemis, 2011, p. 432.

⁶⁵ G. KELLENS, « Diversification des sanctions », *Ann. Dr.*, 1983, p. 122 ; M. van de KERCHOVE, « L'État et la morale », *Ann. Dr.*, 1986, p. 205 ; M. DELMAS-MARTY, « L'enjeu d'un Code pénal (réflexions sur l'inflation des lois pénales en France) », *Mélanges offerts à R. Legros*, Université de Bruxelles, 1985, pp. 168 et s.

⁶⁶ L'on consultera, sur ce sujet, la très intéressante thèse de doctorat de Mme Genin, *La porosité du temps chez les cadres*, déjà citée plusieurs fois.

⁶⁷ C.J.U.E., 21 février 2018, *Matzak*, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82 ; L. MITRUS, « Potential implications of the Matzak judgment (quality of rest time, right to disconnect) », *op. cit.*

management par objectif, l'entreprise libérée, et tant d'autres, louent le rejet des anciens modèles caractérisés par l'autorité, la hiérarchie, la surveillance, le contrôle. Encouragés par des conseillers en management qui proposent leurs services pour la mise en place efficace de ces méthodes, ces modèles font fi de la réglementation, qui ne semble pas perçue comme une contrainte ni entrer en considération parmi les paramètres d'évaluation lorsqu'il s'agit de formuler des recommandations. L'on se limitera ici à les évoquer en quelques mots, après avoir précisé que les travailleurs dont il est question ne sont pas ceux que la loi du 16 mars 1971 désigne sous l'appellation « travailleurs investis d'un poste de direction ou de confiance » et exclus du champ d'application d'une grande partie de son chapitre III (art. 3, § 3, 1°).

- 15.** Le management par projet remet en cause la césure traditionnelle entre conception et exécution du travail. Le salarié est investi d'un ou plusieurs projets⁶⁸ et se voit valorisé : l'entreprise compte sur son autonomie pour s'impliquer et faire réussir le projet. Ce modèle se rencontre dans des secteurs tels que la traduction, la consultance, la formation, le design, les high-tech, notamment⁶⁹.

Cependant, derrière un vocabulaire connoté (« le dépassement de soi l'emporte sur le stress, l'animation ou le *coaching* remplace l'autorité, le pilotage se substitue au contrôle »), le management par projet a aussi sa face sombre⁷⁰. Il met l'accent sur les résultats (le projet doit être mené à bonne fin) plus que sur les moyens d'y parvenir. Il encourage la culture du surengagement, avec ses conséquences bien connues telles que le stress au travail, l'épuisement, la charge émotionnelle liée au « deuil » de la fin du projet, etc.⁷¹. Certains chercheurs dénoncent aussi le stress provoqué par le fait que rien n'est stable dans ce modèle, étant donné le caractère temporaire des projets, le renouvellement des défis et des évaluations des performances ; en outre, la méthode conduirait à une masculinisation du travail et permettrait de justifier la place de plus en plus importante prise par le travail dans la vie des travailleurs⁷².

- 16.** Dans le modèle de la gestion par objectif, le salarié se voit assigner un objectif à atteindre dans un certain délai ; il lui appartient de faire usage de l'autonomie qui lui est consentie pour organiser lui-même son temps de manière à réaliser son objectif dans le délai indiqué. Formalisé par Peter Drucker

⁶⁸ Le management par projet est un concept à contenu variable. L'entreprise peut se réorganiser en projets successifs et avoir simultanément plusieurs projets en cours ; l'occupation du travailleur n'est, dans ce cas, pas influencée par la fin du projet auquel il participe. Il existe aussi des entreprises créées pour mener à bien un projet déterminé puis dissoutes (*project-based firms*), telles certaines start-up dans le domaine de l'internet. Dans ce second schéma, l'occupation du salarié est prévue pour la durée plus ou moins longue de ce projet puis prend fin (R. WHITLEY, « Project-based firms: new organizational form or variations on a theme? », *Industrial and Corporate Change*, 2016, vol. 15, n° 1, pp. 77-99) ; sa vie professionnelle est jalonnée de missions temporaires pour des employeurs successifs, qu'il soit cadre ou occupé à la production (J. RIFKIN, *L'âge d'accès. La révolution de la nouvelle économie*, Paris, La Découverte, 2000, p. 165).

⁶⁹ F. PICHAUT et F. NAEDENOEN, « Vers l'autonomie ? Enjeux RH liés aux nouveaux arrangements de travail », *R.D.S.*, 2019, p. 16.

⁷⁰ G. GILLES, « Qu'est-ce que le management de projet ? », *Informations sociales*, 2011/5 (n° 167), p. 79, disponible sur <https://doi.org/10.3917/ins.167.0072> (consulté le 12 mars 2020).

⁷¹ Cons. ég. M. LINDGREN, J. PACKENDORFF et V. SERGI, « Thrilled by the discourse, suffering through the experience: Emotions in project-based work », *Human relations*, 2014, vol. 67, n° 11, pp. 1383-1412.

⁷² S. CICMIL, M. LINDGREN et J. PACKENDORFF, « The project (management) discourse and its consequences: on vulnerability and unsustainability in project-based work », *New Technology, Work and Employment*, 2016, vol. 31, n° 1, pp. 58-76, et références citées.

dès les années '50⁷³, ce style de management vise à doper la motivation des travailleurs tout au long de la ligne hiérarchique, en les associant à la définition du plan d'action permettant d'atteindre l'objectif fixé⁷⁴. Il repose sur la responsabilité (ou responsabilisation) et l'autonomie du travailleur, plutôt que sur l'autorité et l'obéissance⁷⁵.

Au terme de la période donnée, le travailleur est évalué en fonction du résultat atteint bien plus que de la manière dont celui-ci est obtenu ; s'il atteint son objectif, il est performant. D'obligation de moyens qu'elle est légalement, l'obligation du travailleur tend à se transformer en obligation de résultat⁷⁶. Le temps travaillé n'est plus compté ; seul importe l'objectif, ce qui, naturellement, conduit le salarié – dont la rémunération et les possibilités de promotion en dépendent – à mettre à profit le temps libre dont il dispose pour avancer dans son travail⁷⁷, ce que les TIC favorisent, puisqu'il est désormais possible de se connecter partout et tout le temps à son environnement de travail.

C'est ainsi que, en janvier 2020⁷⁸, la presse se faisait l'écho des pratiques de la société *Jonckers*, entreprise belge active dans la traduction, qui venait de supprimer la limitation du nombre de jours de congé de ses employés. L'article évoque une entreprise sans horaire fixe qui travaille essentiellement par projet pour ses clients. Le travailleur organise son emploi du temps de manière à exécuter dans les délais impartis les projets qui lui sont assignés. Ce mode d'organisation, qui s'accorde avec les périodes de travail très intense, d'heures supplémentaires et de congés pris librement, ne peut cependant pas occulter le risque que les travailleurs prennent le moins de jours de congé possible par crainte d'être jugés moins performants que leurs collègues et d'être licenciés par priorité en cas de restructuration.

17. Jouant elle aussi la carte de la responsabilisation et de l'autonomie des travailleurs, l'entreprise libérée est une forme d'organisation dans laquelle les travailleurs sont libres d'agir pour le bien de l'entreprise⁷⁹. En octobre 2019, la presse résumait par ces mots l'expérience menée par l'entreprise belge *Cosucra* : « On n'est plus de simples ouvriers, on nous donne les clés de l'usine »⁸⁰. Mettant en avant la confiance et l'auto-direction, l'entreprise ne fonctionne plus selon une pyramide hiérarchisée mais en équipes rassemblées autour d'un même projet, en vue de répondre au mieux aux demandes des clients. L'organisation du travail de ces équipes est tournée vers la réalisation d'un projet limité

⁷³ P. DRUCKER, *The practice of management*, New York, The Harper Brothers, 1954 et Oxford, Heinemann, 1989.

⁷⁴ Cons. l'anecdote des tailleurs de pierre, P. DRUCKER, *The practice of management*, *op. cit.*, 1989, p. 120.

⁷⁵ M. SCASCIGHINI, *Le management par objectif*, CRPM, 2016, disponible sur <https://www.cpm.ch/ck/ckfinder/userfiles/files/Management%20par%20objectifs.pdf> (consulté le 12 mars 2020).

⁷⁶ L. BALLARIN, « Télétravail – travail à domicile – travail à distance et flexibilité », *Le contrat de travail dans la nouvelle économie*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2001, p. 254 ; A. SUPROT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, pp. 355-369.

⁷⁷ J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *Droit social*, 2009, p. 1068 ; L. GRATTON, « Révolution numérique et négociation collective », *Droit social*, 2016, p. 1050 ; R. KRAUSE, « Numérisation du monde du travail : défis et besoin de réglementation en droit allemand », *R.D.T.*, 2016, p. 640.

⁷⁸ *La Libre Belgique*, 28 janvier 2020, Libre Eco, p. 24.

⁷⁹ I. GETZ, « La liberté d'action des salariés : Une simple théorie, ou un inéluctable destin ? », *Annales des mines. Gérer et comprendre*, 2012/2, n° 108, pp. 27-38 ; D. CHABANET, R. COLLE, I. CORBETT-ETCHEVERS, Ch. DEFLIX, C. PEREA et D. RICHARD, « Il était une fois les entreprises « libérées » : de la généalogie d'un modèle à l'identification de ses conditions de développement », *Question(s) de Management* ?, 2017, n° 19, pp. 55 et s.

⁸⁰ https://www.rtbf.be/info/regions/hainaut/detail_warcoing-on-n-est-plus-de-simples-ouvriers-on-nous-donne-les-cles-de-l-usine?id=10349708 (consulté le 24 octobre 2019).

dans le temps⁸¹. Certains chercheurs avancent cependant que la recherche d'un contrôle et d'une disciplinarisation du corps social proche du panoptisme peut aussi animer ce type de management⁸². L'entreprise libérée requiert en tout cas un engagement émotionnel et une motivation pour le projet de l'entreprise⁸³.

18. Dans ces différents modèles, la verticalité du pouvoir qui caractérisait l'entreprise fordiste, à laquelle est adossé le droit du travail, s'estompe au profit d'un « pouvoir fonctionnel, mettant en œuvre des normes de gestion fondées sur l'autorité des experts qui les conçoivent ou les mettent en œuvre dans le cadre de procédures d'audit »⁸⁴. Des similitudes existent, bien entendu, entre le travailleur doté d'une grande autonomie d'organisation, dont c'est la tâche qui est rémunérée plus que le temps qu'il faut pour l'accomplir, et l'artisan de la période pré-industrielle, rémunéré à la pièce. Faut-il pour autant voir dans le premier un indépendant, affranchi du lien de subordination qui caractérise le salarié et ouvre la porte à la protection du droit du travail ? Une réponse affirmative fournirait une justification légale à l'indifférence que manifestent les parties quant au respect des lois qui gouvernent le temps de travail des salariés.

On l'a déjà souligné⁸⁵, la culture de la liberté dans le travail, qui s'est développée notamment grâce à l'essor du numérique, a conduit à un brouillage des frontières traditionnelles entre le travail et les loisirs et entre le salariat et l'indépendance. L'autonomie dont bénéficient de nombreux travailleurs aujourd'hui risque de les « pousser en dehors du droit du travail »⁸⁶, précisément parce qu'elle rend difficile l'identification du lien de subordination. La liberté laissée au travailleur d'organiser son temps de travail et celle d'organiser son travail forment deux des quatre critères généraux énoncés par l'article 333 de la loi du 27 décembre 2006 sur la nature de la relation de travail. Les deux autres sont constitués de la volonté des parties exprimée dans la convention et de la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique⁸⁷. Il n'est pas indispensable que chacun des quatre critères soit révélateur du lien d'autorité pour que la qualification de contrat de travail soit retenue⁸⁸. Le juge peut qualifier la

⁸¹ M. ANTOINE, C. DONIS, A. ROUSSEAU et L. TASKIN, « La libération des entreprises : une approche diagnostique par le design organisationnel », *Revue internationale de psychologie et de gestion des comportements organisationnels*, 2017/56, vol. XXXIII, p. 168.

⁸² F. FOX et F. PICHALUT, « Au-delà des *success stories*, quels processus de libération ? Étude de cas au sein du secteur public belge », *Revue internationale de psychologie et de gestion des comportements organisationnels*, 2017/56, vol. XXIII, pp. 87-107.

⁸³ M. ANTOINE, C. DONIS, A. ROUSSEAU et L. TASKIN, « La libération des entreprises : une approche diagnostique par le design organisationnel », *op. cit.*, p. 170.

⁸⁴ A. SUPIOT, *Homo juridicus*, Paris, Le Seuil, 2009, pp. 256-257. Voy. aussi A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, pp. 355-369.

⁸⁵ F. KÉFER et Q. CORDIER, « Le travailleur 2.0. Contribution à l'étude du rapport de dépendance dans l'environnement numérique », in L. DEAR et E. PLASSCHAERT (dir.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXIe siècle*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 35 et s., spéc. 40-42 et 87-88.

⁸⁶ P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail I*, Paris, Odile Jacobs, 2015, p. 30.

⁸⁷ Titre XIII (art. 328 à 343) de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006. Pour une présentation plus complète de cette loi, voy. J. CLESSE, « La qualification juridique de la relation de travail », *Questions de droit social*, Anthémis, CUP, vol. 94, 2007, p. 229.

⁸⁸ W. VAN ECKHOUTTE et G. DE MAESENEIRE, « Arbeidsrelatiewet », *NjW*, 2007, p. 98, n°s 48 et 51; T. MESSIAEN et K. VAN DEN LANGENBERGH, « Contractvrijheid en de ontwijkking van het werknemerschap: is de arbeidsrelatiewet een afdoende remedie tegen de schijnzelfstandigheid? », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, vol. 9, Anvers, Intersentia, 2014, p. 115, n°40 ; J. CLESSE, « Vers une nouvelle appréciation de la nature juridique de la relation de travail », *La nouvelle loi sur les relations de travail*, ADLv Anthémis, 2007, p. 29, n° 23.

relation de contrat de travail même si seul l'un des quatre critères est en ce sens, tel le droit de sanction disciplinaire⁸⁹. On l'a vu plus haut, les méthodes contemporaines de gestion des ressources humaines ne visent pas et ne conduisent pas à éliminer le contrôle disciplinaire. L'autonomie d'organisation consentie n'est pas un obstacle légal à la qualification de contrat de travail – même si l'on concède la difficulté de la tâche du juge – et ce, aussi longtemps que la volonté des parties de conclure un contrat de travail et le pouvoir de contrôle (premier et quatrième critères) sont présents. Entre le travailleur bénéficiant d'une grande autonomie et l'artisan payé à la tâche de la période pré-industrielle demeure donc une différence de taille : la relation de travail salariée reste une relation de pouvoir, indissolublement liée à la subordination, qui a changé de forme et se dilue certes, mais qui subsiste⁹⁰.

De ceci il découle que les salariés des entreprises libérées, ou qui pratiquent le management par objectif ou par projet, demeurent soumis aux dispositions légales encadrant et limitant la durée du travail et à celles imposant d'enserrer les prestations dans un horaire de travail contraignant, sauf à les modifier pour exclure ces travailleurs de leur champ d'application.

2. Le travail à distance et l'hyperconnexion

19. Depuis toujours, une partie des travailleurs intellectuels travaillent en dehors du temps contractuellement assigné au travail. Ces débordements du temps de travail ont longtemps été limités par des contraintes physiques ; le volume et le poids des documents à rapporter à la maison pour pouvoir y accomplir du travail supplémentaire constituait une limite naturelle à l'envahissement de celui-ci, même si l'on a pu observer un changement à partir de la fin des années '80 avec l'arrivée des ordinateurs portables et les débuts du télétravail⁹¹.

L'internet, avec ses multiples manifestations et développements, a transformé nombre de métiers et les rythmes de travail⁹². Les technologies numériques permettent une délocalisation géographique et temporelle du travail et font disparaître la limite naturelle au travail hors cadre contractuel : pour de nombreux travailleurs, il est désormais possible de travailler en tout lieu et en tout temps⁹³. Nombre de ceux qui ne l'avaient encore jamais expérimenté sont devenus familiers du travail à distance depuis la pandémie de covid-19. La frontière entre le temps de travail et le temps personnel est devenue poreuse et l'imprégnation de l'un par l'autre est réciproque : le salarié emploie volontiers quelques minutes de son temps de travail plusieurs fois par jour pour fréquenter ses réseaux sociaux, payer ses factures personnelles ou réserver ses vacances, tout comme il répond aux courriels de sa hiérarchie et

⁸⁹ Cass., 10 octobre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1932. Voy. aussi W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Malines, Wolters Kluwer, 2014, p. 241, n° 426 ; J. CLESSE et F. KÉFER, « Examen de jurisprudence. Contrat de travail (2012-2019) », *R.C.J.B.*, 2020, n° 375, n° 37.

⁹⁰ P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », in *À droit ouvert : Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 2018, p. 559.

⁹¹ D. E. BAILY et N. B. KURLAND, « A Review of Telework Research: Findings, New Directions, and Lessons for the Study of Modern Work », *J. Organiz. Behav.*, 2002/23, p. 384.

⁹² Voy. Eurofound et Organisation internationale du travail, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Genève, 2017, p. 3, disponible sur <http://eurofound.link/ef1658>.

⁹³ Cons. J. J. DEAL, *Always On, Never Done? Don't Blame the Smartphone*, Center for creative leadership, 2015, pp. 3-5, disponible sur <https://www.ccl.org/wp-content/uploads/2015/04/AlwaysOn.pdf>.

de clients durant ses soirées ou ses week-ends. L'appropriation de la vie privée et familiale par le travail estompe la ligne de démarcation entre le travail et le repos, perturbe l'équilibre des couples et des familles et produit des effets sur la santé, physique et psychique, des travailleurs⁹⁴.

Cette porosité résulte de facteurs multiples et enchevêtrés⁹⁵ ; à côté des techniques de management déjà évoquées⁹⁶, l'on peut pointer la liberté que confèrent les TIC, la quantité d'informations échangées ainsi que l'addiction au numérique⁹⁷. Puisqu'il est désormais possible de travailler partout et tout le temps, le travailleur se connecte en permanence, peut travailler chez lui, développer le télétravail et n'être présent au bureau que quelques jours par mois mais, par ailleurs, être perpétuellement à la disposition de son employeur sauf pendant qu'il dort. Au modèle « 9-to-5 » a succédé le modèle « 24/7/365 »⁹⁸. La fréquence du travail de nuit s'en trouve augmentée. De son côté, la surcharge d'informations, nommée « infobésité » par les sociologues⁹⁹, devient oppressante pour les travailleurs, confrontés à une accélération du temps de réponse attendu¹⁰⁰ et à la difficulté d'établir des priorités entre les sollicitations urgentes et les sollicitations importantes. Ils cèdent aussi à la tentation « d'écluser » leurs courriels professionnels¹⁰¹, pour éviter d'être débordés. Enfin, l'addiction au numérique a pour effet qu'il n'est même pas nécessaire que l'employeur donne des instructions en ce sens pour que des tâches soient accomplies à n'importe quel moment dans l'intérêt de l'entreprise. Imperceptiblement, la subordination se dilue : le travailleur qui, durant son temps libre, consulte sa messagerie professionnelle pour passer le temps ou parce qu'il ne parvient pas à s'en empêcher et répond aux courriels ne demandant pas une grande concentration « parce que ça ne le dérange pas », accomplit-il encore un travail en état de subordination¹⁰²? L'on hésite à inclure cette activité dans le temps de travail¹⁰³ ; peut-on même encore parler de travail ?

⁹⁴ S. FANTONI-QUINTON et C. LEBORGNE-INGELAERE, « L'impact des TIC sur la santé au travail », *J.C.P. S*, 2013, 1452 ; M.-M. PÉRETIÉ et A. PICAUT, « Le droit à la déconnexion : une chimère ? Le droit à la déconnexion répond à un besoin de régulation », *Revue de droit du travail*, 2016, pp. 592 et s. ; B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, septembre 2015, p. 52, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>. Voy. aussi : J. POPMA, *The Janus face on the 'New Ways of Work'. Rise, risks and regulation of nomadic work*, ETUI Working Paper 2013.07, disponible sur <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-Janus-face-of-the-New-ways-of-Work-rise-risks-and-regulation-of-nomadic-work> ; C. MELLNER, « After-hours availability expectations, work-related smartphone use during leisure, and psychological detachment. The moderating role of boundary control », *International Journal of Workplace Health Management*, 2016, vol. 9, n° 2, pp. 146-164.

⁹⁵ Pour une description plus détaillée, cons. F. KÉFER, « Le droit à la déconnexion : une réponse à l'un des défis de la transition numérique ? », *De taal in gans het recht, Liber amicorum Willy van Eeckhoutte*, Malines, Wolters Kluwer, 2018, pp. 360-364.

⁹⁶ Addé P. HESSELBERTH, « Discourses on connectivity and the right to disconnect », *New Media & Society*, vol. 20, n° 5 (2018), pp. 1994-2010, spec. p. 1997.

⁹⁷ Le FOMO (Fear of missing out - angoisse de manquer quelque chose) est « une forme d'anxiété sociale entraînant un rapport obsessionnel aux outils de communication professionnels » (B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 35).

⁹⁸ C. W. VON BERGEN, M. S. BRESSLER et T. L. PROCTOR, « On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect », *Employee Relations Law Journal*, 2019, Vol. 45, n° 2, pp. 1 et s.

⁹⁹ C. SAUVAJOL-RIALLAND, « Infobésité, gros risques et vrais remèdes », *L'Expansion Management Review*, 2014/1, pp. 110 et s. ; C. BOURION, S. PERSSON et S. TRÉBUQ, « L'irrationnel dans l'organisation du temps de travail », *Revue Internationale de Psychosociologie*, 2013, Vol.19 (48), pp. 223 et s.

¹⁰⁰ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰¹ J.-E. RAY, « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *Droit social*, 2010, pp. 44 et s. Cons. aussi J.-E. RAY, « Grande accélération et droit à la déconnexion », *Droit social*, 2016, p. 912.

¹⁰² R. KRAUSE, « Numérisation du monde du travail : défis et besoin de réglementation en droit allemand », *op. cit.*

¹⁰³ Au sujet de la rémunération d'heures supplémentaires, la jurisprudence considère, dans son ensemble, que le travail accompli d'initiative, en dehors du temps normal de travail, sans qu'il soit demandé explicitement ou implicitement par l'employeur, ne fait pas partie du temps de travail et ne doit pas être rémunéré (C. trav. Bruxelles, 25 mai 2010, *Chron. D.S.*,

20. Face à ces dérives et dysfonctionnements, certaines entreprises, principalement allemandes¹⁰⁴, se sont dotées de chartes destinées à limiter les connexions au-delà d'une certaine heure ou durant les week-ends et vacances de leurs collaborateurs, voire procèdent à la destruction des courriels envoyés durant les vacances du travailleur. La France, puis d'autres pays, ont imaginé un « droit à la déconnexion »¹⁰⁵. Le législateur belge a préféré se limiter à encourager les entreprises à avoir une « bonne politique du personnel »¹⁰⁶ et à organiser une concertation sociale sur la déconnexion au travail¹⁰⁷. Sans soulever ici toutes les questions juridiques suscitées par l'hyperconnexion, l'on évoquera néanmoins certaines difficultés soulevées au regard de la règlementation de la durée du travail.
21. L'absence de délimitation temporelle du travail induite par la numérisation pose difficulté au regard de la règlementation de la durée du travail¹⁰⁸. Par ses connexions répétées à toutes heures, le travailleur hyperconnecté déborde toutes les limites légales à la fois. Il est presque en permanence à la disposition de son employeur. La période de repos minimale est régulièrement interrompue par une action professionnelle, fût-elle de très courte durée, ce qui fait courir un nouveau délai de repos de onze heures qui n'est pas respecté. Les aspirations de certains salariés à une plus grande autonomie dans leurs horaires de travail et celles des employeurs à communiquer avec eux sans contraintes de temporalité ne sont pas compatibles avec l'état actuel de la loi du 16 mars 1971, qui ne permet pas de qualifier ces brèves interruptions « d'inoffensives » ; il faudrait, pour cela, modifier les textes¹⁰⁹. Ces modifications de la durée minimale de repos quotidien peuvent être compatibles avec la directive 2003/88 ; elles doivent cependant soit s'inscrire dans les hypothèses énumérées de façon limitative par son article 17, soit être réalisées par une convention collective de travail puisque l'article 18 de la même directive réserve aux partenaires sociaux le pouvoir de déroger à l'article 3 relatif au repos quotidien¹¹⁰ ; pour qu'une telle convention collective puisse être valablement adoptée, encore faudrait-il qu'une loi l'y habilite expressément, à défaut de quoi, elle entrerait en contradiction avec les dispositions impératives de la loi du 16 mars 1971 sur le travail qui lui sont supérieures.

2011, p. 48. Cons. ég. S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 103, n° 117). Cependant, de nombreuses juridictions admettent que l'accord de l'employeur sur l'accomplissement des prestations supplémentaires peut être implicite (C. trav. Liège, 20 avril 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 435 ; C. trav. Bruxelles, 12 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 126 ; C. trav. Mons, 2 juin 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 317).

¹⁰⁴ Par exemple, chez Daimler (<http://www.bbc.com/news/magazine-28786117>) ; <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2725228/No-office-Staff-German-car-giant-Daimler-incoming-emails-automatically-deleted-time-guarantee-peaceful-holidays.html>) ou chez Volkswagen (https://www.challenges.fr/entreprise/volkswagen-bannit-les-e-mails-pro-apres-le-boulot_424).

¹⁰⁵ Pour une étude de droit comparé, cons. C. W. VON BERGEN, M. S. BRESSLER et T. L. PROCTOR, « On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect », *op. cit.*, pp. 6-10. Pour une étude comparant les droits italien et français, M. AVOGARO, « Right to Disconnect: French and Italian Proposals for a Global issue », *Revista Brasileira de Previdência*, I-2018, pp. 97-115, disponible sur [http://www.revistbrasileiradeprevicencia.org/wp-content/uploads/2018/04/AVOGARO_RIGHT_TO_DISCONNECT.pdf](http://www.revistabrasileiradeprevicencia.org/wp-content/uploads/2018/04/AVOGARO_RIGHT_TO_DISCONNECT.pdf).

¹⁰⁶ *Doc. parl.*, Chambre, session 2017-2018, n° 54-2839/01, p. 138.

¹⁰⁷ Art. 16 et 17 de la loi du 26 mars 2018 relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale. Pour une étude détaillée de cette loi, cons. K. REYNIERS, « Het recht op deconneXie, of hoe omgaan met technostress », *R.D.S./T.S.R.*, 2018, pp. 87-109. Pour une analyse critique, cons. F. KÉFER, « Le droit à la déconnexion : une réponse à l'un des défis de la transition numérique ? », *op. cit.*, pp. 368-370.

¹⁰⁸ R. KRAUSE, « Numérisation du monde du travail : défis et besoin de réglementation en droit allemand », *op. cit.*, p. 640.

¹⁰⁹ Dans le même sens, R. KRAUSE, « Numérisation du monde du travail : défis et besoin de réglementation en droit allemand », *op. cit.*

¹¹⁰ Le même raisonnement peut être tenu au sujet de l'article 5 relatif au repos hebdomadaire.

22. Le travail en dehors du cadre de la loi du 16 mars 1971 par les travailleurs hyperconnectés – que l'on appelle parfois le « télétravail en débordement »¹¹¹ – pourrait-il trouver une justification légale dans les dispositions relatives au télétravail ?

Avant de tenter de répondre à cette question, il est sans doute nécessaire de préciser quelque peu le concept de télétravail et de le situer dans son environnement juridique. Au risque d'allonger le propos, ceci sera réalisé en trois temps. Tout d'abord, l'on distinguera le télétravail du travail à domicile. Ensuite, l'on esquissera les cadres juridiques qui coexistent en droit belge. Enfin, l'on dira quelques mots du télétravail imposé à la population belge durant les périodes de confinement consécutives à la pandémie de covid-19.

Souvent confondus dans le langage courant, le travail à domicile et le télétravail sont des concepts distincts¹¹². Le travailleur à domicile, visé par les articles 119.1 et suivants de la loi du 3 juillet 1978, fournit un travail contre rémunération (i) à son domicile ou à tout autre endroit choisi par lui, (ii) sans qu'il soit sous la surveillance ou le contrôle direct de l'employeur. La qualification juridique de télétravailleur nécessite, pour sa part, la réunion de trois éléments : son travail s'accomplit (i) en dehors de l'entreprise, (ii) alors qu'il pourrait aussi être accompli dans les locaux de celle-ci et ce (iii) au moyen des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Le télétravailleur échange donc des informations, par le canal des technologies, avec l'entreprise dont il relève¹¹³.

Le travailleur à domicile et le télétravailleur ont en commun de travailler en dehors des locaux de l'employeur mais se distinguent sur plusieurs points essentiels. Tout d'abord, en ce qui concerne le lieu d'exécution des prestations, le télétravailleur n'accomplit pas nécessairement ses prestations à son domicile ou dans un lieu qu'il choisit lui-même ; le lieu d'exécution peut être mobile et/ou assigné par l'employeur (télécentre, etc.). Ensuite, le recours aux technologies de l'information et de la communication est une condition essentielle du télétravail. Si le salarié qui travaille à la maison ne recourt pas à ces technologies, il n'est pas un télétravailleur. Par exemple, s'il utilise un ordinateur portable sans échanger d'informations avec l'entreprise, il est simplement un travailleur à domicile¹¹⁴ ; une couturière qui couture des masques de protection à domicile n'est pas non plus une télétravailleuse. Enfin, les deux catégories de salariés se distinguent par le degré d'autonomie dans l'organisation du travail. Le travailleur à domicile organise librement son travail, qu'il peut accomplir à n'importe quel moment du jour et de la nuit ou de la semaine, puisque son occupation n'est pas soumise aux dispositions de la loi du 16 mars 1971 qui encadrent les temps de travail et de repos¹¹⁵. Le télétravailleur, en revanche, peut se voir assigner un horaire de travail et être assujetti à un contrôle

¹¹¹ E. GENIN, *La porosité du temps chez les cadres*, op. cit., pp. 117 et s. et réf. citées. On désigne par cette expression la poursuite, par le salarié, de ses activités professionnelles le soir, le week-end, voire pendant ses vacances.

¹¹² L. SMETS et N. THOELLEN, « Thuiswerk en telewerk: nog ver van huis », *Oriëntatie*, 2006/4, pp. 83-97 ; N. LEFEVER, « Exécution du contrat de travail à distance : le télétravail », in K. Rosier (dir.), *Le droit du travail à l'ère du numérique*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 121-149.

¹¹³ Art. 2 de la CCT n° 85 concernant le télétravail et art. 23 de la loi du 5 mars 2017 relative au travail faisable et maniable. L. BALLARIN, « Le télétravail », *Guide social permanent - Droit du travail : commentaires*, Kluwer, 2017, n° 30 et s.

¹¹⁴ L. BALLARIN, « Télétravail – travail à domicile – travail à distance et flexibilité », *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2001, p. 237.

¹¹⁵ Art. 3bis de la loi du 16 juin 1971 sur le travail.

de son travail et de son emploi du temps, ce qui pose la question, sur laquelle on va s'attarder, de sa soumission aux dispositions de loi du 16 mars 1971.

Le télétravail est assujetti à plusieurs cadres juridiques différents¹¹⁶. Lorsqu'il est accompli **au domicile du salarié ou dans un autre endroit choisi par le même salarié**, ce qui le situe à mi-chemin entre le travail en entreprise et le travail à domicile, il reçoit un traitement particulier, ou plus exactement deux traitements particuliers, selon qu'il est régulier ou occasionnel. Le télétravail régulier est régi par la convention collective n° 85 concernant le télétravail¹¹⁷, mettant en œuvre l'accord-cadre européen sur le télétravail du 16 juillet 2002¹¹⁸. Le télétravail occasionnel fait l'objet des articles 22 et suivants de la loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable ; dans un certain nombre de circonstances, le salarié demande expressément cette modalité en raison d'un cas de force majeure ou d'une difficulté personnelle l'empêchant de se rendre au travail.

Dans les deux cas, les prestations sont effectuées selon la modalité du télétravail à la suite d'un accord entre l'employeur et le travailleur.

Dans les deux cas, le télétravailleur organise son travail comme il le veut « dans le cadre de la durée du travail applicable dans l'entreprise » (art. 8 de la CCT n° 85 et art. 25 de la loi du 5 mars 2017). Lorsque la loi concernant le travail faisable et maniable était en discussion au parlement, le ministre de l'emploi a déclaré ceci au sujet du futur article 25 : « le paragraphe 2 prévoit un encadrement de l'autonomie du travailleur dans l'organisation de son travail : il doit effectuer son travail dans le cadre de la durée du travail applicable dans l'entreprise. Le travailleur devra donc préster le nombre d'heures prévues dans son horaire de travail, sans avoir à respecter strictement son horaire de travail à cet égard. Lorsqu'un travailleur doit interrompre son temps de travail pendant une heure, par exemple pour un rendez-vous chez un médecin, il devra rattraper cette heure plus tard dans la journée en dehors du cadre de son horaire de travail normal et sans que cela ne soit considéré comme une heure supplémentaire. Cette disposition correspond à l'article 8, § 1^{er}, de la convention collective de travail n° 85 du Conseil national du Travail »¹¹⁹.

La règle n'est pas plus précise que cela sinon que, d'une part, la charge de travail du télétravailleur doit être équivalente à celle des travailleurs comparables occupés dans les locaux de l'employeur et que, d'autre part, l'article 10, § 2, de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail énonce que le règlement de travail peut mentionner des périodes durant lesquelles le salarié peut ou ne peut pas effectuer, à la demande de son employeur, de prestations de télétravail.

On ne s'attardera pas ici, faute de place, sur le télétravail prescrit par l'autorité étatique durant les périodes de confinement de la population liées à la pandémie de covid-19. En quelques mots, le télétravail a été déclaré obligatoire dans un certain nombre d'entreprises, celles dites non essentielles, par un arrêté ministériel du 18 mars 2020 adopté sous le bénéfice de l'urgence par le ministre de la

¹¹⁶ Certaines formes obéissent tout simplement aux dispositions habituellement applicables aux employés ; il en est ainsi lorsque le lieu d'exécution est mobile (art. 2, al. 2, de la CCT n° 85) et/ou assigné par l'employeur.

¹¹⁷ Convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005 concernant le télétravail, rendue obligatoire par un arrêté royal du 13 juin 2006, *M.B.*, 5 septembre 2006.

¹¹⁸ Selon l'ancien article 139 du Traité de Rome (devenu 155 du TFUE), la transposition devait être effectuée par les partenaires sociaux.

¹¹⁹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, 54-2247/001, p. 21.

Sécurité et de l'Intérieur¹²⁰. L'on se souvient d'une population médusée obéissant de manière spontanée aux mesures annoncées par la première ministre lors de sa conférence de presse dans la soirée du 17 mars. Cet arrêté a été abrogé et remplacé par un arrêté ministériel du 23 mars 2020, modifié plusieurs fois¹²¹. À aucun moment, cette obligation n'a été reprise dans un arrêté royal de pouvoirs spéciaux, en dépit de la faculté que deux lois du 27 mars 2020 avaient offertes au Roi¹²², ce qui jette un doute sur la légalité du prescrit administratif, dans la mesure où plusieurs entorses aux règles légales relatives à la durée du travail ont été entraînées par ces arrêtés ministériels, entorses qu'il serait trop long de décrire ici. Cette obligation a cessé pendant l'intervalle nommé déconfinement avant de reprendre vie en vertu d'un arrêté ministériel du 1^{er} novembre 2020¹²³.

Au vrai, en déclarant « le télétravail obligatoire », l'objectif des arrêtés ministériels est d'imposer le travail dans l'habitation du travailleur mais pas nécessairement le télétravail. Sur ce point, l'utilisation du vocable « télétravail » dans les arrêtés ministériels ne traduit pas l'intention réelle du ministre. La prescription porte sur la délocalisation du travail, non sur le procédé par lequel il est accompli. Il ne relève du reste pas de la compétence du ministre de l'intérieur de décider autre chose que la fermeture des entreprises et l'interdiction de s'y rendre pour travailler¹²⁴. En outre, le « télétravail obligatoire » s'insère mal dans le schéma du télétravail visé par la loi, qui repose tout entier sur son caractère volontaire¹²⁵. L'on peut dès lors douter sérieusement que le travail accompli par un salarié dans son logement en exécution des arrêtés ministériels précités ait été régi par la convention collective n° 85 concernant le télétravail ou par la loi du 5 mars 2017 relative au travail faisable et maniable¹²⁶.

¹²⁰ La compétence de ce ministre se justifie entre autres choses par l'obligation générale d'un État de prendre les mesures de protection de la vie de sa population faite par plusieurs instruments internationaux ; les arrêtés s'appuient dès lors surtout sur les dispositions légales qui concernent la protection civile, la fonction de police et la sécurité civile. Pour plus de développements, cons. F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du Crisp*, n° 2020/1, n° 2446, pp. 5-56, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2020-1-page-5.htm>.

¹²¹ L'arrêté du 23 mars portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 est modifié à son tour par un arrêté ministériel du 3 avril (*M.B.* des 18 mars, 23 mars et 3 avril 2020). Il est ensuite modifié, à partir du début du processus de déconfinement, en vue de rendre le télétravail « conseillé » et non plus « obligatoire » (*A.M.* des 8 et 15 mai 2020, *M.B.* des mêmes jours).

¹²² *M.B.*, 30 mars 2020.

¹²³ Arrêté ministériel du 1^{er} novembre 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, *M.B.*, 1^{er} novembre 2020.

¹²⁴ Dans le même sens, J. GILMAN, V. GUTMER, F. LAMBINET et J.-F. NEVEN, « Covid-19 et télétravail obligatoire : réflexions autour d'un paradoxe », *J.T.T.*, 2020, p. 219, n° 14.

¹²⁵ Pour des réflexions similaires, cons. F. ROBERT, *Le télétravail à domicile. L'après-COVID ou le retour à « l'anormal »*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 37-43 ; J. GILMAN, V. GUTMER, F. LAMBINET et J.-F. NEVEN, « Covid-19 et télétravail obligatoire : réflexions autour d'un paradoxe », *op. cit.*, pp. 216-218 ; F. HENRY et M. HENRION, « Quelques réflexions sur les incidences du Covid-19 sur le droit du travail et le bien-être au travail », in S. Parsa et M. Uyttendaele (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit : actes du colloque du 26 novembre 2020*, Limal, Anthémis, 2021, pp. 277-278 (qui estiment toutefois qu'il y a lieu d'appliquer provisoirement les dispositions sur le télétravail occasionnel en attendant la régularisation par l'entreprise se conformant à la convention collective n° 85). Certains auteurs estiment, par contre, que la loi du 5 mars 2017 est applicable (F. HENDRICKX et S. TAES, « Telewerk tijdens en na de pandemie: kwalificatie van een uitdagende arbeidsrelatie », *Arbeidsrecht journaal*, 2020, n°s 22 et s., disponible sur <https://arbeidsrechtjournaal.be/telewerk-tijdens-en-na-de-pandemie-kwalificatie-van-een-uitdagende-arbeidsrelatie/>).

¹²⁶ Le SPF Emploi ne dit pas autre chose et ne peut cacher son embarras lorsqu'il énonce que « en ce qui concerne l'organisation du télétravail et les règles qui s'y appliquent, employeur et travailleur peuvent donc fixer de manière pragmatique les accords qui s'appliqueront dans ce cadre (par exemple, par mail) » et estime que pour le remboursement des frais exposés par le salarié, l'on peut « appliquer *mutatis mutandis* l'article 9 de la CCT n° 85 » (<https://emploi.belgique.be/fr/faqs/questions-et-reponses-coronavirus>, consulté le 18 avril 2020).

Le Conseil national du travail a fini par conclure une convention collective de travail en janvier 2021¹²⁷, pour régir, de manière supplétiue et jusqu'à la fin de l'année 2021, le télétravail involontaire lié à la pandémie¹²⁸. Cette convention apporte aux salariés qui ne bénéficiaient pas déjà d'une convention individuelle de télétravail, l'assurance, notamment, du maintien de leurs durée, horaire et charge de travail ainsi que de leurs droits collectifs ; elle tend à préserver leur vie privée contre un contrôle trop intrusif de leur travail et rappelle les règles générales en matière de bien-être¹²⁹.

- 23.** Le « télétravail en débordement », c'est-à-dire l'activité du travailleur hyperconnecté qui travaille chez lui le soir et le dimanche, rentre-t-il dans l'un de ces deux cadres juridiques ? Si la réponse à cette question est affirmative, l'ignorance de l'interdiction de faire travailler en dehors de l'horaire de travail (art. 38bis de la loi du 16 mars 1971), la nuit (art. 35 et s.) et le dimanche (art. 11 et s.) est-elle légale ou signe-t-elle le déclin du respect de la loi ? Ce qui pose difficulté, ce n'est pas tant la comptabilisation du télétravail programmé, prévu dans un document échangé entre les parties indiquant sa fréquence et les plages où il se tient¹³⁰. Ce sont au contraire toutes les connexions répétées en dehors du temps assigné au travail, qu'elles soient brèves ou non, et qui ne concernent pas – ou plus – uniquement les cadres dirigeants d'entreprises.

Lorsqu'il s'agit de télétravail occasionnel, ce qui n'est pas tout à fait notre hypothèse, les connexions à des moments inhabituels ne posent pas de difficulté au regard de la loi du 16 mars 1971 puisque c'est une disposition législative qui lui est postérieure – l'article 25 de la loi du 5 mars 2017 – qui les permet. Une réserve¹³¹ doit toutefois être formulée : l'article 25 suppose tout de même que soit respectée la durée du travail applicable dans l'entreprise. Bien que cette disposition ne soit pas précise, il est à tout le moins indispensable que les durées quotidienne et hebdomadaire soient observées, même si le moment où sont accomplies les prestations est une période que la loi de 1971 destine au repos (nuit, dimanche). Ces prestations de télétravail peuvent en revanche être difficiles à concilier avec la directive européenne qui s'oppose au travail de nuit et impose un repos journalier d'au moins onze heures consécutives.

Le travail à distance régulier correspond mieux au travailleur hyperconnecté, mais pas entièrement non plus dès lors que, notamment, le télétravail doit faire l'objet d'une convention écrite¹³². Ceci étant, dans ce cas de figure, la question du respect des limites légales de la durée du travail est plus complexe. Deux interprétations peuvent être défendues.

¹²⁷ Convention collective de travail n° 149 concernant le télétravail recommandé ou obligatoire en raison de la crise du coronavirus.

¹²⁸ Bien que le télétravail ne soit pas défini par la convention collective, il peut être déduit l'économie générale de celle-ci qu'elle l'envisage dans le même sens que la convention collective de travail n° 85 et la loi du 5 mars 2017.

¹²⁹ La convention collective affirme également que « des accords doivent intervenir pour chaque télétravailleur » sur la mise à disposition par l'employeur des équipements et de l'assistance technique nécessaires au télétravail, et la prise en charge par l'employeur des frais spécifiques aux équipements et connexions (art. 7). L'on ne peut guère voir dans cette disposition autre chose qu'un encouragement des parties à entreprendre des négociations sur les objets visés ; elle ne formule pas d'obligation de résultat, sauf à remettre en cause le principe selon lequel, pour qu'il y ait un accord, il faut un échange de consentements.

¹³⁰ Sur la faisabilité d'un pointage numérique, voy. O. RIJCKAERT, « Travailleurs à domicile, télétravailleurs et travailleurs nomades », *La loi sur le travail. 40 ans d'application de la loi du 16 mars 1971*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 328-329.

¹³¹ Une seconde réserve provient du fait que le télétravail doit préalablement être demandé par le télétravailleur (art. 26), ce qui ne correspond pas non plus tout à fait à l'hypothèse du travailleur hyperconnecté.

¹³² Art. 6 de la CCT n° 85.

La loi du 3 juillet 1978 rattache le télétravail visé par la convention collective n° 85 au contrat d'occupation de travailleur à domicile. L'enchaînement des articles 119.1 et 119.2 de la loi du 3 juillet 1978 montre en effet que, en dépit du souhait contraire du Conseil national du travail¹³³, le législateur tient le télétravailleur régulier pour une espèce particulière de travailleur à domicile¹³⁴ ; néanmoins, dans l'hypothèse soumise à la convention collective n° 85, le statut spécifique du travailleur à domicile énoncé par les articles 119.3 à 119.12 de la loi du 3 juillet 1978 est explicitement écarté par le § 2 de l'article 119.1.

En revanche, dans l'opinion dominante, les télétravailleurs sont, comme les travailleurs à domicile, soustraits aux dispositions de la loi du 16 mars 1971 régulant la durée quotidienne et hebdomadaire de travail et prohibant le travail dominical et nocturne (art. 3bis)¹³⁵. La justification de cette exclusion réside dans le fait que l'employeur n'a pas accès au lieu de travail et qu'on ne peut, par conséquent, lui demander de contrôler le respect de ces limitations temporelles. Dans cette interprétation, le télétravail effectué le soir et le dimanche au domicile ou à un endroit choisi par le travailleur n'est pas pris en compte dans le calcul de la durée du travail, ce qui permettrait d'imaginer un salarié combinant un travail à peu près à temps plein dans les locaux de l'entreprise et un télétravail conséquent à domicile – à la demande de l'employeur ou avec son accord, même tacite – sans qu'il n'y ait pour autant de manquement à la loi. La menace de ce type de dérive n'est pas théorique¹³⁶, comme le montre la situation des travailleurs hyperconnectés. Un arrêté royal pourrait prévenir ce risque d'abus (art. 3bis, al. 2 et 3), ce qui aurait le mérite de réconcilier la loi et la directive¹³⁷.

Une autre interprétation est possible. Pour que l'article 3bis de la loi du 16 mars 1971 soit applicable à l'hypothèse, encore faudrait-il que le télétravailleur corresponde à la définition du travailleur à domicile. Celle-ci n'est pas fournie par la loi du 16 mars 1971. L'on est contraint de se reporter aux dispositions de la loi du 3 juillet 1978, qui définit les travailleurs à domicile et retient, parmi les critères, le fait que le travail s'accomplisse « sans qu'ils soient sous la surveillance ou le contrôle direct de [l']employeur ». Il est permis de douter que tous les télétravailleurs soient des travailleurs à domicile. Bien souvent, leurs conditions de travail ne renvoient pas la définition légale car ils n'échappent pas à la surveillance et au contrôle direct de l'employeur : le serveur de l'entreprise auquel ils se connectent pour exécuter leur travail permet de tracer leur emploi du temps et de savoir, à tout moment, s'ils travaillent et ce qu'ils font¹³⁸. Il existe sans doute encore aujourd'hui des télétravailleurs

¹³³ Conseil national du travail, avis n° 1528 du 9 novembre 2005.

¹³⁴ W. VAN ECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social. Droit du travail*, '19-'20, Waterloo, Kluwer, 2019, vol. 3, p. 2980, n° 5195.

¹³⁵ K. SALOMEZ, « Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid: naar geldend en komend recht? », *Chron. D.S.*, 2006, p. 128 ; L. SMETS et N. THOELEN, « Thuiswerk en telewerk: nog ver van huis », *op. cit.*, p. 93 ; F. ROBERT, « Les aspects juridiques du télétravail à domicile », *Orientations*, 2007/2, pp. 4-6 ; O. RIJCKAERT, « 'Loin des yeux, loin du compteur ? ... » , *op. cit.*, p. 323 ; C. BAÏNI, J.-N. HENRARD et M.-L. POTTIER, « Les (nouvelles) formes de flexibilité. Vers une redistribution de la contrainte espace-temps dans le contrat de travail », *op. cit.*, pp. 218-219 et 236 ; W. VAN ECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social – Droit du travail*, *op. cit.*, t. III, p. 2830, n° 5006 ; J. DE MAERE, « De nieuwe Wet Werkbaar en Wendbaar Werk : wat verandert er op het vlak van de arbeidsduur? », *Oriëntatie*, 2017/7, p. 7.

¹³⁶ K. SALOMEZ, « Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid : naar geldend en komend recht ? », *op. cit.*, p. 128 ; Bureau International du Travail, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, *op. cit.*, pp. 339-340, n°s 853-854.

¹³⁷ Voy. aussi, sur l'impossible conciliation entre les attentes de la CCT et la loi du 16 mars 1971, les critiques émises par O. RIJCKAERT, « 'Loin des yeux, loin du compteur ? ... » , *op. cit.*, p. 324.

¹³⁸ Dans le même sens, D. BARTH, « Le télétravailleur », *Act. Dr.*, 2002, p. 133 et réf. citées ; S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 190, note de bas de page 1165 ; J. CLESSE, R. LINGUELET et A. FARCY, « Quelques nouveautés législatives en droit du travail », in J. CLESSE et H. MORMONT, *Actualités et innovations en droit social*, CUP, vol. 182, Limal, Anthemis, 2018, pp. 242-243, n° 36.

à domicile qui échangent des données avec leur entreprise sans passer par le réseau de celle-ci ; ceux-là rencontrent tant la définition du télétravailleur que celle du travailleur à domicile ; à ce titre, l'on peut considérer qu'ils échappent à la réglementation de la durée du travail. Par contre, de nombreux télétravailleurs actuels ne répondent pas à la notion de travailleur à domicile en raison des possibilités de contrôle direct de leurs prestations.

Si les télétravailleurs à domicile ne sont pas considérés comme des travailleurs à domicile au sens de l'article 119.1 de la loi du 3 juillet 1978, ils ne le sont pas non plus pour l'article 3bis de la loi du 16 mars 1971 ; ils ne sont donc pas soustraits aux règles qui imposent le respect de l'horaire de travail et interdisent le travail dominical et nocturne¹³⁹. Force est alors de constater que le télétravail ne permet pas la flexibilité vantée par les partenaires sociaux : le télétravailleur ne peut que délocaliser son lieu de travail mais pas organiser son temps de travail comme il l'entend. Alors que l'article 8 de la convention collective de travail n° 85 énonce que « le télétravailleur gère l'organisation de son travail dans le cadre de la durée du travail applicable dans l'entreprise », la loi du 16 mars 1971 – de rang supérieur à la convention collective dans la pyramide des sources – impose au contraire le respect des règles en matière d'horaire de travail et d'interdiction du travail dominical et nocturne. Il est impossible de combiner la convention collective de travail n° 85 et la loi du 16 mars 1971. A défaut d'assouplissement des règles de la loi sur le travail pour le cas du télétravail régulier, l'on se trouve dans une impasse.

- 24.** Quelle que soit l'interprétation retenue, l'inadéquation du cadre juridique du télétravail aux conditions actuelles de travail de nombreux travailleurs intellectuels est une évidence. Il n'a visiblement pas été conçu pour appréhender ce cas de figure. Il est inspiré par l'image du salarié travaillant depuis son domicile un ou plusieurs jours par semaine, dans un cadre prédéfini. Le travail à distance qui s'est développé grâce aux technologies numériques en dehors du temps contractuellement dévolu au travail pose la question de l'effectivité de la loi mais aussi de la directive 2003/88.

3. Le rappel à l'ordre (anachronique ?) de la Cour de Justice

- 25.** La Cour de justice a été saisie par un juge espagnol sur le point de savoir si l'on peut considérer que la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail fait aux États membres une obligation généralisée de mettre en place un système permettant de mesurer la durée du travail quotidien de chaque travailleur, en dépit du fait qu'elle ne contienne aucune disposition spécifique sur ce point. L'employeur, la *Deutsche Bank*, s'était vu reprocher par une organisation syndicale, la *CCOO*, de ne pas disposer d'un tel système. Le droit national ne l'imposait pas ; seules les heures supplémentaires devaient faire l'objet d'un décompte. Or, l'employeur utilisait une application informatique (*absences calendar*) qui permet d'enregistrer exclusivement les absences pour une journée entière, telles que les vacances ou les autres congés, sans mesurer, en revanche, la durée du travail effectué par chaque travailleur et le nombre d'heures supplémentaires réalisées.

¹³⁹ C'est, du reste, en ce sens que les partenaires sociaux ont conçu la convention collective n° 85 (avis du CNT n° 1528 du 9 novembre 2005, pp. 4-5). À l'appui de cette interprétation, l'on peut aussi faire valoir que l'article 25 de la loi sur le travail faisable et maniable – applicable au cas du télétravail occasionnel – part du principe que le travailleur reste protégé par les limites légales de la durée du travail (*Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, 54-2247/001, p. 21).

La Cour a fondé toute son argumentation sur la nécessité d'assurer l'effectivité des dispositions de la directive et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Partant du principe que le travailleur est la partie faible au contrat de travail, qu'il n'est pas forcément en mesure de faire valoir ses droits aux temps de repos et aux pauses, la Cour juge « excessivement, sinon impossible en pratique » pour les travailleurs « d'assurer le respect effectif de la durée maximale hebdomadaire de travail, quelle que soit cette durée »¹⁴⁰ ou encore de « jouir effectivement de la limitation de la durée hebdomadaire de travail ainsi que des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire prévues par cette directive »¹⁴¹. L'obligation de n'enregistrer que les heures supplémentaires, comme le prescrit le droit espagnol, ne suffit pas. Les États membres doivent mettre à charge des employeurs l'obligation d'instaurer un système « objectif, fiable et accessible » permettant de mesurer, pour chaque travailleur, « la durée de son travail journalier », même si cette obligation a un coût¹⁴².

La Cour n'impose pas le retour à la pointeuse ; les États membres sont libres de choisir le procédé le plus adéquat pour atteindre l'objectif, qui est de donner son effet utile à la directive ; ce procédé peut être modalisé selon les secteurs, la taille de l'entreprise, etc.¹⁴³. Cependant, la marge d'appréciation ne concerne que les modalités concrètes du mesurage, mais pas l'obligation elle-même de prescrire un système d'enregistrement.

Cet arrêt mérite sans doute de longs développements¹⁴⁴. Nous nous limiterons à deux observations.

26. Compte tenu de l'évolution de notre société, la question posée à la Cour tout comme la réponse qui lui a été faite par celle-ci pourraient, à première vue, paraître quelque peu anachroniques¹⁴⁵. L'apparition de la pointeuse dans les entreprises avait, en son temps, été perçue comme un signe d'émancipation de la cloche rythmant les temps collectifs de travail et de repos¹⁴⁶. Ensuite, l'autonomie croissante d'un grand nombre de travailleurs a, à son tour, entraîné l'abandon de la pointeuse, symbole de contrôle et de méfiance, voire d'infantilisation, aux antipodes des méthodes modernes de management des ressources humaines. Toutefois, l'afflux de travail auquel conduit l'autonomie sur laquelle tablent ces méthodes pousse aujourd'hui certains à réclamer le retour à la pointeuse¹⁴⁷. Dans son rapport *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, la commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations s'inscrit, elle aussi, dans le même mouvement : « les employeurs devraient profiter des possibilités offertes par les nouvelles technologies pour enregistrer les périodes de travail et de repos, comme les logiciels de suivi des heures de travail, qui

¹⁴⁰ C.J.U.E., 14 mai 2019, *CCOO c. Deutsche Bank*, C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, § 51.

¹⁴¹ § 48.

¹⁴² §§ 60 et 66.

¹⁴³ § 63.

¹⁴⁴ Cons. not. G. BUSSCHAERT, « L'arrêt de la Cour de justice « CCOO c. Deutsche Bank » du 14 mai 2019. Vers un système général d'enregistrement du temps de travail en Belgique ? », *Orientations*, 2020/6, pp. 2-15 ; F. BLOMME, « "Tempus fugit": gebruik en misbruik van tijdsregistratiesystemen », *Oriëntatie*, 2020, pp. 276-297.

¹⁴⁵ V. MARCELLE et B. VAN DEN HAUTE, « Arrêt 'CCOO' : l'obligation de mesurer le temps de travail », *J.D.E.*, 2019, p. 368.

¹⁴⁶ J. LE GOFF, *Du silence à la parole*, *op. cit.*, p. 525.

¹⁴⁷ J. LE GOFF, *Du silence à la parole*, *op. cit.*, p. 529. Comp. D. CUYPERS, « Europese rechtspraak in kort bestek. Hof van Justitie – 14 mei 2019 », *R.W.*, 2019-2020, pp. 1227-1278.

permettent d'en contrôler la durée de manière plus précise, plus fiable, plus facile et plus économique »¹⁴⁸.

27. La seconde observation est d'ordre technique. La Belgique, qui est en défaut de conformité au droit européen sur ce point, devra adapter son droit national. En attendant que le législateur s'empare de la question, et étant donné que la directive est dépourvue d'effet direct horizontal et ne fait pas d'obligation aux employeurs du secteur privé, on s'interroge quant à l'incidence concrète de l'arrêt *CCOO* sur ces-derniers¹⁴⁹. Le principe d'interprétation conforme autorise-t-il le juge à créer, à partir du néant, une obligation d'instaurer un système d'enregistrement « objectif, fiable et accessible » du temps quotidien de travail ? On peut en douter, même s'il a déjà été statué en ce sens¹⁵⁰. Pourrait-on contourner la difficulté provenant de l'absence d'effet direct horizontal de la directive en appliquant directement l'article 31, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui a le statut de droit primaire de l'Union¹⁵¹, et qui consacre pour tout travailleur le 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 » ?

L'effet direct de l'article 31, § 2, a été reconnu sans ambiguïté pour ce qui concerne le droit au congé annuel payé¹⁵². Dans ses conclusions précédant l'arrêt *CCOO*, l'avocat général s'est montré très favorable à la reconnaissance de l'applicabilité directe de l'obligation de prescrire un système de mesurage du temps de travail journalier¹⁵³. La Cour, quant à elle, ne s'est pas prononcée explicitement sur la question. Elles s'est bornée à inciter le juge de renvoi à respecter le principe d'interprétation

¹⁴⁸ Bureau International du Travail, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, op. cit., p. 327, n° 820.

¹⁴⁹ L'effet direct vertical permet à un travailleur d'un employeur public d'invoquer directement à son encontre la directive incorrectement transposée, une fois le délai de transposition expiré et pour autant qu'elle soit suffisamment précise et inconditionnelle (Jurisprudence constante ; notamment C.J.C.E., 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, aff. C-397/01 à C-403/01 ; C.J.U.E., 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07).

¹⁵⁰ La cour du travail de Bruxelles a estimé que cette obligation ressort de l'arrêt *CCOO* – sans toutefois préciser si l'obligation découle, selon elle, directement de la directive ou au contraire d'une disposition particulière du droit belge à laquelle elle se serait efforcée de donner un tel contenu en vertu du principe d'interprétation conforme. La juridiction a considéré qu'à défaut d'un système d'enregistrement « objectif, fiable et accessible », l'employeur se voyait transférer la charge de la preuve que les heures supplémentaires alléguées par la travailleuse étaient inexistantes (C. trav. Bruxelles, 22 mai 2020, 2018/AB/24, *NjW*, 2020, p. 802 et obs. P. PECINOVSKY et M. ECKHOUT).

¹⁵¹ Cons. notamment, C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », in B. ABDELWAHAB et V. PARISOT (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 31-75 ; N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 438-462 ; L.S. Rossi, « Droit fondamental, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes 'constitutionnels' de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pp. 67 et s. ; A. BAILLEUX et C. RIZCALLAH, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2019, pp. 369 et s. ; P. GILLIAUX, « La force obligatoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.T.D.H.*, 2020, p. 88.

¹⁵² Notamment C.J.U.E., 6 novembre 2018, *Bauer*, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871, § 85 ; C.J.U.E., 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften v. Tetsuji Shimizu*, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 ; C.J.U.E., 13 décembre 2018, *Torsten Hein*, aff. C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018. Cons. aussi N. MOIZARD, M. SCHMITT et M. FRAPARD, « Droit social européen », *J.D.E.*, 2019, pp. 267-268.

¹⁵³ En ce sens également, TH. KLEIN et D. LEIST, « Consequences of the ECJ-ruling in the case 'CCOO' for member states and especially for Germany », *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2019, dispatch n° 19, disponible sur <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches> ; G. BUSSCHAERT, « L'arrêt de la Cour de justice « CCOO c. Deutsche Bank » du 14 mai 2019. Vers un système général d'enregistrement du temps de travail en Belgique ? », op. cit., p. 14.

conforme¹⁵⁴, ce qui pourrait être interprété comme le signe qu'elle ne juge pas l'article 31, § 2, doté d'effet direct sur ce point.

III. Observations conclusives

- 28.** Les outils juridiques existent pour permettre aux salariés d'endiguer le travail dans des limites temporelles. Mais la réalité révèle que l'efficacité et l'effectivité de ces outils juridiques se sont effilochées.

La loi est parfois mise de côté parce qu'elle ne répond plus, sur un point limité, aux attentes de la société contemporaine dans sa globalité ; il s'agit de suggérer une autre délimitation du temps de travail. D'autres fois, la remise en cause de la pertinence de la loi est plus vigoureuse. Avec la désindustrialisation, le développement de la société de la connaissance et le numérique, les lieux et temps de travail sont moins unifiés que par le passé. Les conditions d'exécution du travail de bon nombre de travailleurs, particulièrement ceux de la connaissance, n'ont plus grand-chose en commun avec celle des ouvriers du XIX^e siècle. L'autonomie croissante dont disposent de plus en plus de travailleurs va de pair avec une intensification de leurs responsabilités et de la charge mentale qui pèse sur eux. Le travail intellectuel est difficilement quantifiable. Il ne se laisse pas aisément enfermer dans des limites temporelles comme le pouvait le travail de l'ouvrier d'usine qui a inspiré les lois encore en vigueur à l'heure actuelle. L'on observe que l'autonomie dans l'organisation du temps de travail suscite bien souvent une augmentation du temps travaillé¹⁵⁵.

L'ineffectivité du droit du temps de travail, qui se traduit par le débordement des limites légales de travail par les travailleurs intellectuels – de plus en plus nombreux –, ne laisse pas les observateurs indifférents, qui soulignent que le travail a changé mais pas la manière de le mesurer¹⁵⁶, à tout le moins lorsqu'il s'agit de le cantonner dans certaines limites¹⁵⁷ : c'est toujours le même instrument – le temps de travail – qui sert à mesurer le volume de travail alors que cette mesure a été « pensée par et pour des sociétés dans lesquelles la production industrielle est dominante »¹⁵⁸.

Plusieurs pistes sont à l'étude pour tenter d'organiser la protection contre l'excès de travail.

- 29.** L'une consiste à envisager le temps autrement. L'ensemble des normes destinées à favoriser la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée s'accorde mal aux règles destinées à cantonner la durée du travail dans des limites rigides, qui reposent sur une approche exclusivement centrée sur

¹⁵⁴ §§ 68-70.

¹⁵⁵ Eurofound et Organisation internationale du travail, *Working anytime, anywhere. The effect on the world of work*, Genève, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, 2017, p. 24, disponible sur <http://eurofound.link/ef1658>, consulté le 18 avril 2020.

¹⁵⁶ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, op. cit., pp. 87 et s.

¹⁵⁷ Pour calculer la rémunération, il existe d'autres modes de mesurages. Le salarié peut être rémunéré en fonction du volume produit, tels le nombre de pièces, la quantité de tissus façonnée, etc. Les articles 19 et s. de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs définissent les instruments de mesure tolérés dans ces cas de figure. Ils n'ont cependant pas pour objectif de contenir le volume de travail dans certaines limites.

¹⁵⁸ E. GENIN, *La porosité du temps chez les cadres*, op. cit., p. 334. Dans le même sens, G. LYON-CAEN, « Considérations intempestives sur le temps », *Droit social*, 2000, p. 236 ; A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 106.

la santé et la sécurité. Selon E. Genin, on peut l'expliquer comme suit : « les modifications qui affectent aujourd'hui le temps de travail (RTT, temps partiel, TIC, ...) sont toujours pensées dans un modèle productif industriel, au sens où le temps de travail divise toujours en deux parts celui de l'existence »¹⁵⁹ ; « vouloir séparer le temps de travail des autres temps sociaux » pour le mesurer, le limiter, « c'est d'emblée se placer dans un paradigme du temps des horloges »¹⁶⁰, alors qu'il est devenu commun de parler de la porosité de la frontière entre temps de travail et de non-travail, entre temps de la subordination et temps libre.

Dans un ordre similaire d'idées, le *Rapport Supiot* incite à ne plus penser « la réglementation du temps de travail du seul point de vue de l'entreprise ou de l'organisation du travail du salarié » et à organiser la « concordance des différentes temporalités de la vie des travailleurs »¹⁶¹, à savoir les temps dédiés au travail, aux loisirs, aux charges familiales, à la formation, aux activités citoyennes, etc. La réalisation concrète de ces recommandations ne paraît, cependant, pas simple.

Une seconde piste invite à déplacer le regard vers la charge de travail. Parce que c'est, notamment, la protection de la santé qui est en jeu, plus que le minutage du temps de travail en soi qui n'est qu'un instrument de cette protection, la doctrine s'intéresse depuis peu à la notion de charge de travail, qui « participe de la volonté d'objectiver le 'poids' du travail sur le corps et sur l'esprit [du] travailleur »¹⁶². Cette charge est donc à la fois physiologique (cardiaque, respiratoire, calorique, etc.) mais aussi mentale. Elle conduit à une approche comparative : une personne se trouve en surcharge de travail par rapport à une autre personne ou par rapport à elle-même dans une situation antérieure.

Une redéfinition des modalités de mesurage de « la charge de travail », catégorie juridique nouvelle qui se substituerait à celle de temps de travail pour certains salariés, est une piste qui mériterait d'être explorée par les partenaires sociaux et les responsables politiques. Elle n'a été qu'effleurée par la réglementation relative au télétravail¹⁶³. L'intensification du travail qui découle de l'environnement numérique, les méthodes actuelles de management centrées sur les objectifs à atteindre et l'accroissement de l'autonomie des salariés ont pour effet que le temps de travail n'est plus toujours un instrument adéquat pour mesurer la charge de travail de chacun¹⁶⁴ ; or, celle-ci, qu'elle soit physique, mentale ou psychologique, conditionne la qualité de vie, la performance au travail et le bien-être des salariés.

Enfin, un troisième courant invite à aborder la question à l'envers : plutôt que de définir le temps de travail et d'enserrer celui-ci dans des limites, c'est du temps de repos qu'il faudrait se préoccuper en priorité. Le temps de travail serait défini comme tout ce qui n'est pas du temps de repos ou du temps libre. C'est celui-ci qui serait protégé : le travailleur jouirait de temps de non-connexion, de temps de non-surveillance, de temps de vrai repos, pendant lequel il n'est pas sur le qui-vive, en attente d'un appel imprévu (les gardes en régime d'astreinte et les contrats zéro heure) ; de la sorte se verrait

¹⁵⁹ E. GENIN, *La porosité du temps chez les cadres*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 42.

¹⁶¹ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁶² S. FANTONI et P.-Y. VERKINDT, « Charge de travail et qualité de vie au travail », *Droit social*, 2015, pp. 106 et s. Voy. aussi M.-A. MOREAU, « Temps de travail et charge de travail », *Droit social*, 2000, pp. 263 et s. ; S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, *op. cit.*, pp. 257-261 ; M. MICHALETZ, « Pour une approche objective de la charge de travail », *La semaine juridique*, 2018, Édition sociale, n° 49, n° 1395.

¹⁶³ La charge de travail du télétravailleur doit être équivalente à celle des travailleurs comparables occupés dans les locaux de l'employeur (art. 8 de la CCT n° 85 et art. 25 de la loi du 5 mars 2017).

¹⁶⁴ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, pp. 18-20, 33-34 et 53.

conciliés d'un côté les préoccupations relatives à la santé du salarié qui sont à la base du droit national et du droit de l'Union européenne et l'exigence d'une durée du travail raisonnable formulée par l'article 2 de la Charte sociale européenne, et, de l'autre côté, le respect de l'autonomie des travailleurs dans la gestion des divers temps de la vie ainsi que de leur temps de travail¹⁶⁵.

Ces trois voies visent à répondre à l'appel lancé au droit par l'évolution de nos sociétés, du rapport au temps et du rapport au travail au regard de ce qu'ils étaient il y a encore quelques décennies.

¹⁶⁵ Notamment J. BARTHELEMY, « Numérique, civilisation du savoir et définition du temps de travail », *Droit social*, 2018, p. 372 ; S. TOURNEAUX, « Les temps périphériques au travail », *Droit social*, 2019, p. 634. Voy. aussi P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*, pp. 566-567.