

**L'effort humain, ce n'est pas un jeune homme souriant.**

***Considérations critiques, et qui sait pertinentes, sur une certaine évolution des concepts.***

Bruno-Henri VINCENT  
Avocat au Barreau de Bruxelles

*« L'effort humain n'est pas ce beau jeune homme souriant  
debout sur sa jambe de plâtre  
ou de pierre  
et donnant grâce aux puérils artifices du statuaire  
l'imbécile illusion  
de la joie de la danse et de la jubilation »*

(Jacques Prévert – Paroles)

- Le travail est-il une marchandise ?

L'O.I.T. a répondu non, dans les années '70 (lisez M. Jamouille, Le contrat de travail, I, Liège, 1982, p.17). Je n'ai pas le sentiment que telle soit encore sa réponse aujourd'hui. Ni la conviction de chacun d'entre nous au moment de clore cet ouvrage de réflexions collectives.

L'employeur n'achète-t-il pas les services de son travailleur ? Le contrat à temps plein pèse ainsi 165 heures le mois. Le salaire se divise par heures, voire minutes, la chose a son prix, l'affaire est équilibrée.

Oui mais le travailleur n'a, en règle, qu'un seul client : son employeur à qui il vend toutes ses heures. Et ce dernier reçoit en plus la prérogative de l'autorité tant sur sa personne que sur la conduite des affaires. Ce client est presque un conjoint : on lui doit loyauté, exclusivité et fidélité.

Et cet unique client privilégié est vital pour la famille. Vraiment vital si l'on prend conscience de l'écart belge entre le salaire net réel et le montant des allocations de chômage pour les travailleurs qualifiés.

- Hommes contre puces

J'avais 9 ans en 1971. En ce temps-là on imaginait la guerre du futur, hommes contre robots. Nous y sommes arrivés. Le robot en question a pris la forme d'une minuscule puce, et cette puce menace.

C'est d'abord une concurrente sur le marché de l'emploi : elle peut travailler sans pause et ne doit pas cotiser à l'ONSS.

C'est aussi une laisse électronique qui permet de garder une emprise sur autrui, de le joindre partout et de le convoquer au boulot n'importe quand. Oui, Mina Goldfays, avec vous je rends gloire à qui ne décroche pas son gsm. Mais qui a pu bien édicter cette règle qu'il faut dorénavant avoir un gsm sur soi ?

La puce c'est encore un bureau-sparadrap. Celui qui quitte l'entreprise avec sa tablette garde une fenêtre ouverte en permanence sur les dossiers, les appels, le courrier. Verra-t-on un jour une jurisprudence faire grief à un travailleur, fut-il de confiance, d'avoir été inattentif à sa tablette qui annonçait pourtant ce qu'il y avait lieu de faire ... durant le week-end ?

- Le dernier mur d'enceinte

Je partage l'inquiétude de Michel Davagle devant le glissement progressif de la jurisprudence de la CJUE (cfr la contribution d'Aurélie Frankart et Mikaël Glorieux « Temps de garde : regards rétrospectifs et prospectifs à la lumière des développements européens ») : si, dans cette conception marchande du time-sheet qui semble progressivement séduire la Cour européenne, ce qui est payé n'est plus que le travail effectivement fourni, nous allons vivre une régression sociale étonnante. Et nier le principe du salariat.

Même si la définition n'est pas enthousiasmante, elle doit s'imposer au monde social comme la démocratie au monde politique : le travailleur cède à son employeur sa capacité d'action durant un temps limité contre une somme d'argent convenue et ce dans le meilleur état d'esprit possible. Au-delà de cette aliénation consentie il est libre.

Le temps est la pierre angulaire de la loi du 16 mars 1971, cette pierre dresse l'enceinte de la liberté individuelle de l'être humain face au monde du travail.

- Travail ou non travail

J'entends encore l'écho de cette maxime professée durant mes humanités « Ta liberté s'arrête où commence celle de l'autre ». Et si la réponse à nos débats était aussi simple ? Le travailleur est libre ou pas, comme un taxi. Soit il appartient à son entreprise, soit il s'appartient. Et s'il s'appartient il fait ce qui lui plaît : remplir son rôle parental, s'enivrer, s'engager socialement ou affectivement ou tout simplement travailler pour un autre patron !

Ne devrions-nous pas nous rappeler simplement que tout quiconque a le droit de développer une seconde activité professionnelle, salariée ou indépendante, en plus de son contrat de travail (qui n'est d'ailleurs pas nécessairement à temps plein). Comment peut-on concilier l'exercice de ce droit avec ces constructions intellectuelles complexes selon lesquelles on devrait à la fois être disponible à son employeur et non rémunéré. Ne s'agit-il pas de chimères destinées en réalité à masquer une avancée illégitime des prétentions patronales ?

Il a été esquissé dans cet ouvrage l'idée que le stand-by puisse être un temps de travail du troisième type, ni temps de travail rémunéré ni temps de repos. Et les juges de s'aventurer sur cette piste. Cela a-t-il un sens ? L'existence du temps de travail ne s'apprécie pas à la mesure de ce à quoi s'occupe le travailleur temporairement désœuvré mais à la mesure du pouvoir juridique qu'a l'employeur d'imposer la réalisation de telle tâche déterminée à tel moment.

La prestation juridique du travailleur au contrat de travail me paraît être une réalité binaire : elle est fournie ou elle ne l'est pas. Je ne perçois pas l'espace qu'il peut y avoir entre ces deux faces de la médaille.

- La taille de la laisse.

La jurisprudence de « la taille de la laisse » me laisse pantois.

Un chien est-il libre car il est maintenu par une laisse à enrouleur ? Non.

Le temps passé à attendre que survienne un ordre de mission ne doit-il être considéré comme temps de travail que lorsque cette attente se déroule dans des conditions inconfortables ? Non.

Faut-il vraiment supposer que la jurisprudence qui a pu être rendue à propos des gardes à domicile du temps où n'existaient que des lignes téléphoniques fixes n'est plus d'actualité à l'époque des téléphones mobiles ? Non.

Existerait-il en droit social actuel un régime de liberté conditionnelle ? Non.

Le désœuvrement d'un travailleur est la conséquence de ce que son employeur ne lui procure pas de tâches à effectuer alors que ce travailleur est juridiquement tenu d'exécuter toute tâche qui lui serait demandée. La manière dont il occupe son attente, et le lieu où il se trouve concrètement à ce moment, sont des considérations dénuées de pertinence juridique. Même si le travailleur dort. Le temps exploitable par l'employeur sera du temps de travail.

N'est-ce pas un égarement – surtout aujourd'hui, à l'époque du télétravail - d'instituer comme élément constitutif de la notion juridique de temps de travail le critère de la proximité physique entre le travailleur et le lieu du travail ?

Durant le temps de repos, les seules questions à poser sont : le travailleur peut-il couper sa connexion en toute liberté ? Peut-il décider de ne pas lire ses messages ? S'il les lit, peut-il décider de ne pas y répondre ? Et s'il répond, peut-il décider quand ? Et quand il répondra, est-il libre de rester à l'endroit où il se trouve à ce moment-là ?

A mon sens, si la réponse à une de ces questions est négative, il y a temps de disponibilité à l'employeur donc travail.

Ceci n'empêchera évidemment personne de se porter candidat pour du travail supplémentaire et, à l'instar des extras dans l'horeca, d'inviter l'entreprise à être contacté le cas échéant. Le trouble légal n'est pas dans l'offre de travail, mais dans le fait d'être obligé de faire offre.

- Les travailleurs se cachent pour dormir

La garde à domicile est une imposture intellectuelle en tant que prétendu non travail. Et d'autant plus si le domicile doit se situer dans une zone de proximité de l'endroit à rejoindre en cas de rappel.

Le domicile est inviolable.

S'il l'est c'est parce qu'il est endroit de liberté, d'intimité, de sécurité. Pas plus qu'un autre l'employeur ne peut y entrer. Il ne peut le hanter pour y dicter ses ordres.

Etre de garde à domicile c'est aussi être juridiquement tenu de se présenter en situation d'éveil et apte physiquement pour effectuer au pied levé une mission nécessairement urgente.

Si à domicile on ne peut plus avoir la responsabilité d'enfants que l'on ne pourrait abandonner seuls, si à domicile on ne peut plus fêter et vider une bonne bouteille, ou se lancer dans une recette qui ne peut être interrompue ou décider de ne pas répondre au téléphone ni d'ouvrir la porte, alors halte à tout.

Je revois l'interview de ce policier de la brigade de la route qui avait été réveillé à quatre heures du matin pour s'entendre dire qu'un camion s'était renversé sur le ring de Bruxelles, obstruant les trois bandes de circulation et qu'il lui fallait intervenir. Le journaliste lui suggérait qu'il s'était sans doute mis immédiatement à réfléchir à la solution. Les traits expressifs il a répondu « Immédiatement ? Non. Impossible ! »

Merci mon ami ! Je ne suis donc pas le seul à être H.S. à quatre heures du matin.

Le domicile est sans doute aussi le lieu de nos faiblesses.

- Le temps gris s'échappe par les trous du système

Voilà un sujet constant d'étonnement pour le praticien en droit social : si l'obligation salariale est scrupuleusement réglementée dans le quantum (barèmes, etc.) et dans les formes (modalités de paiement, interdiction de retenues, etc.) et que l'on n'imagine pas un employeur tricher sur le moindre euro dans la fiche de paie il n'y a pour ainsi dire aucune contrainte en amont. L'« output » qu'est le salaire est contrôlé mais l'« input » qu'est le temps de travail ne l'est pas.

L'étude réalisée par MM Souvereys et Delatour le fait apparaître clairement : dans le meilleur des cas l'horaire de travail figurera dans les annexes du règlement de travail et on en est toujours à se demander si un horaire variable, ou contenant des plages flexibles, est légal.

Mais un horaire ne mesure pas le temps, il permet au travailleur d'agencer son temps et de programmer ses activités. Il dessine, enfin ce devrait être vrai, la limite entre la vie privée et la vie professionnelle. Accessoirement, il rend possible un certain contrôle, mais celui-ci n'est souvent qu'une vue de l'esprit. En aucun cas il n'enregistre le temps réel de travail.

Il est tout de même étonnant que la pointeuse ne soit pas érigée en tant qu'instrument de contrôle légal.

Ceci permettrait par exemple de blanchir la situation des heures « grises », à savoir le temps qui précède le début officiel du travail et celui qui le suit. Combien de travailleurs, quotidiennement, n'offrent-ils pas vingt à trente minutes de leur travail étant le temps de mise en place, d'ouverture du magasin, de service au dernier client, de rangement, de fermeture des portes ..... vingt minutes multipliées par 231 jours prestés, c'est dix jours de travail.

- Des outils remisés

Je ne pense pas que ce qui précède soit la tombe de notre compétitivité.

D'abord parce que des outils légaux pour gérer des flux irréguliers de temps de travail ne sont pas utilisés. Revoyons l'inventaire des outils tel que dressé par Mr Francis Verbrugge. Pensons particulièrement à la loi du 17 mars 1987 et à la C.C.T. n°42 du 2 juin 1987 relatives à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises. Voilà un outil qui va fêter ses 25 ans et qui paraît être resté dans son emballage d'origine.

Derrière cette loi il y avait cinq d'années d'expérimentations, les fameuses « Expériences Hansenne » dont Ikea a pu profiter à l'époque pour s'implanter sur le marché belge. Lorsque l'évaluation fut faite et qu'elle aboutit dans la loi de 1987, cela sonna à l'époque comme la fin de la Prohibition. Imaginer que l'on puisse zapper toutes les interdictions de la loi du 16 mars 1971 : travail de nuit, du dimanche, des jours fériés, limites quotidiennes et hebdomadaires ... c'était inouï.

Ce cadre juridique permet aux entreprises de cesser de braconner du temps de travail. Il n'est pas utilisé.

N'oublions pas non plus que si tout travail mérite salaire, aucune loi ne dit que toutes les heures doivent être payées au même tarif. En réalité la loi du 12 avril 1965 ne dit même pas que le temps de travail est la mesure obligée de la rémunération servie. On peut être payé à la pièce, à la page, à la commission, au bonus, au pourboire !

La seule contrainte est celle des barèmes minima qui, eux, sont conçus au laps de temps. La convention individuelle de travail sera légale si elle respecte cette contrainte minimale de payer chaque heure de temps de travail au barème horaire minimal. On peut sans problème imaginer un ingénieur informaticien dont les heures de garde passive sont rémunérées au barème minimal. Ou un technicien payé au nombre de missions accomplies.

Encore faut-il y songer.

- Le retour de la puce

Enfin, mais on quitte ici le champ labouré du *de lege data*, je pense que les années à venir nous confronterons à traiter cette discrimination de l'homme au bénéfice de la puce. Il est dommage que les articles 10 et 11 de la Constitution ne visent que les êtres humains et ne permettent pas de discuter de la discrimination faite entre l'être humain et la machine (électronique).

Comment se fait-il que le financement du bien-être social ne se fasse encore qu'à travers le travail de l'être humain alors que ce dernier, en qualité d'agent de production, est en concurrence directe avec la puce électronique ou la machine-outil en général ? Pourquoi le travail accompli par la machine ne donne-t-il pas lieu à un financement du bien-être social ?

On connaît le cercle maléfique qui a donné lieu aux premières émeutes sociales du 19<sup>ème</sup> siècle et les premiers bris de machine : plus de nouvelles technologies, moins de main d'œuvre, moins de cotisations sociales mais plus de dépenses sociales et donc hausse des cotisations sociales.

Dans un système où – tout sursalaire exclu - le rapport coût patronal/net est de trois à un, le débat sur la notion de temps de travail rémunéré revêt une anormale acuité et la pensée est pervertie par ce qui est ressenti comme une nécessité économique devant laquelle le Droit doit plier : la fameuse préservation de la compétitivité de nos entreprises. Cette perception est-elle exacte ? L'environnement juridique est-il non négociable ?

On se prend à rêver d'un financement du bien-être social réalisé à travers la circulation des biens et services.

Dans ce monde-là les salaires seraient à la fois plus élevés et moins coûteux et la tension sur le coût du travail indigène serait largement résorbée.

Bruxelles, ce 16 09 2011

Bruno-Henri VINCENT  
Avocat au Barreau de Bruxelles  
Litis S