

Avis concernant le temps de travail et la rémunération complémentaire dans le cadre du « opting-out »

(1) Explication de la question

« La question se pose si l'interprétation suivante de l'article 7 de la loi du 12 décembre 2010 est correcte : l'employeur peut, s'il le souhaite, dans l'horaire prévisionnel et pour les MSF ayant signé l'opting-out, prévoir des heures comprises entre la 48ème et la 60ème heure qu'il qualifierait comme "à récupérer" (voire "heures supplémentaires à récupérer" dans le document interprétatif élaboré par le SPF Emploi et Travail, qui serait une catégorie exclusive de la catégorie "heures d'opting-out"). Cela permettrait de ne pas avoir à payer de sursalaire pour des heures d'opting-out (voire de ne pas avoir à compenser ces heures - du tout - puisqu'elles sont « à récupérer »).

(2) Avis juridique

Résumé :

- La durée hebdomadaire du travail des médecins spécialistes en formation (MSF) ne peut en principe pas dépasser 48 heures en moyenne sur une période de 13 semaines (soit par trimestre), avec une limite absolue de 60 heures par semaine.
- En cas de signature d'une clause *d'opting-out*, la durée hebdomadaire maximale moyenne est de 60 heures, et la limite hebdomadaire absolue de 72 heures. Ces heures additionnelles doivent être compensées par une rémunération complémentaire.
- En cas d'opting out, chaque heure prestée au-delà des 48 heures par semaine doit faire l'objet d'une rémunération complémentaire, sauf si un repos compensatoire est effectivement octroyé et la durée hebdomadaire moyenne ne dépasse pas la limite de 48 heures sur la période de référence de 13 semaines.
- L'horaire prévisionnel ne détermine pas la rémunération des heures d'opting-out. La rémunération reflète la réalité des heures prestées. Celles-ci doivent être enregistrées dans un système d'enregistrement fiable et objectif, mis en place par l'employeur. A défaut d'un tel outil, l'employeur porte la charge de la preuve des heures de travail. La fiche de rémunération mensuelle doit comprendre un relevé aussi détaillé que possible des heures de travail prestées.

- Temps de travail

Conformément à l'article 5, 1^{er} paragraphe de la loi du 12 décembre 2010, la durée hebdomadaire du travail en moyenne sur une période de 13 semaines (soit par trimestre) ne peut dépasser 48 heures, avec une limite absolue de 60 heures par semaine. Toutes les heures entre 48 et 60 heures par semaine doivent donc être récupérées afin d'arriver à une moyenne hebdomadaire de 48 heures sur une période de 13 semaines.

Si une clause de opting-out est signée, un temps de travail additionnel de maximum 12 heures par semaine peut être presté afin d'assurer tout type de service de garde (article 7, § 1 loi du 12 décembre 2010).

Concrètement, cela signifie en cas d'opting out que :

- sur une période de 13 semaines, la durée hebdomadaire maximale est de 60 heures en moyenne ;
- la limite absolue par semaine est de 72 heures.

Toutes les heures entre 60 heures et 72 heures par semaine doivent donc être compensées/récupérées afin d'arriver à une moyenne hebdomadaire de 60 heures sur une période de 13 semaines. Le temps de travail hebdomadaire ne peut jamais excéder 72 heures.

Le non-respect de ces limites de durée de travail est punissable d'une sanction de niveau 2 (art. 160/1 code social pénal).¹

- Rémunération

Les heures supplémentaires prestées au-delà de la durée hebdomadaire de 48 heures qui sont par la suite récupérées par un repos compensatoire ne font pas l'objet d'un sursalaire. Ceci contrairement au régime général des heures supplémentaires prévus dans la loi sur le travail du 16 mars 1971 (chapitre III, section II).²

En revanche, pour les heures de travail additionnelles possibles dans le cadre de l'opting-out, l'article 7, § 2 prévoit que ce temps de travail additionnel fait l'objet d'une rémunération complémentaire à la rémunération de base.

Toute heure additionnelle, c.à.d. chaque heure prestée au-delà de la limite de 48 heures par semaine en moyenne sur une période de 13 semaines et chaque heure au-delà de 60 heures par semaine stricte, doit donc faire l'objet d'une rémunération complémentaire à la rémunération de base. L'objectif du législateur était notamment de « récompenser » le travailleur qui accepte la situation exceptionnelle de l'opting-out par une rémunération complémentaire.³

Lors des travaux préparatoires de la loi du 12 décembre 2010, le législateur soulignait en effet le caractère exceptionnel du temps de travail additionnel prévu à l'article 7§ 2, vu les impératifs de santé publique et le caractère spécifique des activités et travailleurs concernés. Le législateur expliquait que « *ces heures de travail additionnelles doivent faire l'objet d'une rémunération. Dès lors, le travailleur qui aura donné son accord afin de prester ces heures additionnelles sera logiquement rémunéré plus que celui qui ne souhaite pas voir sa durée du travail dépasser la moyenne de 48 heures. La rémunération sera fixée d'une manière indépendante de celle fixant la rémunération de base et sera adaptée aux prestations de travail comprises dans le temps de travail additionnel.* »⁴

¹ C.à.d. soit d'une amende pénale de 50 à 500 euros, soit d'une amende administrative de 25 à 250 euros.

² Le chapitre III, section II de la loi sur le travail du 16 mars 1971 n'est pas d'application aux médecins spécialistes en formation (art. 3ter). La loi du 12 décembre 2010 ne prévoit pas de sursalaire pour les heures supplémentaires qui font l'objet d'un repos compensatoire.

³ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2010-2011, n° 431/1, p. 9.

⁴ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2010-2011, n° 431/1, p. 9.

La rémunération complémentaire s'applique évidemment aussi aux heures entre 60h et 72h par semaine qui sont par la suite récupérées par un repos compensatoire. Il s'agit en effet d'heures additionnelles au sens de l'article 7 § 1 et 2, même si ces heures doivent être compensées pour respecter le maximum hebdomadaire moyen. L'article 7, § 2 instaure en effet le principe de rémunération complémentaires des heures additionnelles, sans distinguer s'il s'agit d'heures qui doivent obligatoirement être compensées pour respecter les maxima légaux ou non.

Par ailleurs, selon les travaux préparatoires, ces 12 heures additionnelles ne sont pas une durée moyenne : si elles ne sont pas épuisées au cours d'une semaine elles ne pourront pas être reportées à la semaine suivante.⁵

Concrètement cela signifie :

- Toutes les heures prestées au-delà des 48 heures sur une période moyenne de 13 semaines doivent faire l'objet d'une rémunération complémentaire ;
- Toutes les heures prestées au-delà des 60 heures pour chaque semaine doivent faire l'objet d'une rémunération complémentaire.

Ainsi, il importe peu que les heures prévues dans l'horaire prévisionnel soient désignées comme étant des "heures supplémentaires à récupérer" ou des "heures d'opting-out". Ce qui est déterminant est de savoir si un repos compensatoire a réellement été octroyé pour les heures comprises entre la 48ème et la 60ème heure. Si tel n'est pas le cas et que la durée de travail moyenne dépasse les 48 heures, toutes ces heures additionnelles doivent faire l'objet de la rémunération complémentaire du opting out.

Chaque heure prestée au-delà des 48 heures par semaine doit donc toujours faire l'objet d'une rémunération complémentaire, à moins qu'elle ne soit par la suite effectivement récupérée par un repos compensatoire et que la durée hebdomadaire moyenne ne dépasse pas la limite de 48 heures sur la période de référence.

La détermination de la rémunération complémentaire comme heure d'opting-out ne dépend donc pas de l'horaire prévisionnel mais du temps de travail et des repos compensatoires effectivement prestés.

Le non-paiement de la rémunération d'un employé ou le non-paiement à la date à laquelle elle est exigible est punissable d'une sanction de niveau 2 (art. 162 code pénal social). Il est donc impératif que la rémunération soit conforme à la réalité. A défaut, une infraction pénale est commise par l'employeur.

- Enregistrement des heures de travail et calcul de la rémunération

Afin de pouvoir déterminer si le paiement de la rémunération complémentaire pour les heures d'opting-out est dû, il est indispensable qu'un outil d'enregistrement des heures de travail fiable soit mis en place. Ceci est d'ailleurs une obligation pour l'employeur en vertu de l'article 8 de la loi du 12 décembre 2010. A défaut de système de contrôle des heures de travail élaboré par le gouvernement tel que prévu par la convention collective du 19 mai 2021, les employeurs doivent mettre en place un propre système.

⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2010-2011, n° 431/1, p. 8.

Il convient de souligner que selon la jurisprudence la Cour du travail de Bruxelles en l'absence d'un système d'enregistrement objectif, fiable et accessible, mis en place par l'employeur, il revient à celui-ci de démontrer les heures de travail prestées.⁶ L'horaire prévisionnel ne suffit pas à cet effet.

La CCT du 19.05.2021 stipule par ailleurs dans son article 8 que la fiche de rémunération mensuelle doit comprendre un relevé aussi détaillé que possible des heures de travail prestées.

Ainsi, à la fin de chaque mois, l'employeur doit donc produire un relevé :

1. des heures prestées au-delà des 48 heures par semaine en moyenne,
2. des heures prestées au-delà des 60 heures par semaine,
3. des heures de repos compensatoire.

En fonction de ce relevé des heures de travail, la rémunération complémentaire des heures au-delà des 48 heures par semaine en moyenne, et des 60 heures par semaine, peuvent facilement être déterminée, indépendamment de la qualification de ces heures selon l'horaire prévisionnel.

⁶ CT Bruxelles, 22 mai 2020, R.G. 2018/AB/424, NjW 2020, no. 430. La Cour du travail se base sur l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJEU) C-55/18 du 14 mai 2019, selon laquelle il est nécessaire que les employeurs mettent en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur.