

Joke CALLEWAERT
Ivo FLACHET
Thomas MITEVOY
Selma BENKHELIFA
Jan BUELENS*
Olivier STEIN
Mieke VAN DEN BROECK
Marie DOUTREPONT
Hind RIAD
Loïca LAMBERT
Leïla LAHSSAINI
Pauline DELGRANGE
Robin BRONLET

asbl Délégation des Médecins Francophones en
Formation
CLOS DES PAPETERIES 42
1390 GREZ-DOICEAU
BELGIQUE

PAR EMAIL

Date : 10 novembre 2022
V. réf. : *
N. réf. : 280223/LLA/HR
Concerne : Avis concernant le « télétravail » et le cumul des sursalaires

Madame, Monsieur,

Nous revenons vers vous suite à votre demande d'avis concernant d'une part le « télétravail » lors des heures de garde appelables, et d'autre part le cumul de sursalaire des heures inconfortables et du opting-out.

Vous trouverez ci-dessous notre avis.

Nous espérons que l'avis répond à votre demande et restons à votre disposition pour de plus amples informations.

CONSULTATIE OP AFSpraak
CONSULTATION SUR RENDEZ-VOUS

PROGRESS Lawyers Network
Brussels
CVBA - SCRL

Haachtsesteenweg 55
Chaussée de Haecht 55
B - 1210 Brussel-Bruxelles
T +32 (0)2 215 26 26
F +32 (0)2 215 80 20
voornaam.naam@progresslaw.net
prenom.nom@progresslaw.net
Btw-Tva: BE06 8684 3538
Rek.-compte:
BE36 6300 2427 1681
Bic: BBRUBEBB
Derdenrek.-compte tiers:
BE81 6301 9509 2624

Avis concernant le temps de travail et le cumul du sursalaire

Résumé :

1. « Télétravail »

Le temps durant les gardes appelables durant lequel le MSF effectue des services professionnels en dehors de l'hôpital doivent être considérées comme temps de travail.

Contrairement à ce que la CCT stipule, les heures de travail effectif prestées en dehors de l'hôpital pendant la période de garde callable, devraient dès lors être rémunérées comme temps de travail conformément aux articles 1 à 4 de la CCT. Il serait recommandé de modifier la CCT en ce sens. Vu la jurisprudence européenne sur la question, une action judiciaire nous semble avoir de fortes chances d'aboutir.

2. Sursalaire

Le refus de cumuler le sursalaire pour les heures inconfortables avec le sursalaire lié aux heures d'opting-out semble contraire à l'article 7 de la loi du 12 décembre 2010, qui prescrit une rémunération complémentaire à la rémunération de base pour tout temps de travail additionnel (durant l'opting-out). Par ailleurs, il ne semble donc pas correct de calculer le nombre d'heures additionnelles prestées sur une période de 13 semaines. Ce calcul doit être fait pour chaque semaine de travail, puisque les heures additionnelles (de opting-out) ne peuvent pas être reportées à la semaine suivante. Il serait recommandé de modifier la CCT en ce sens et/ou d'envisager une action judiciaire.

1. Le temps de travail et les gardes appelables : « le télétravail »

a. Explication de la question traitée

La problématique du présent avis concerne le « télétravail ». Les médecins-spécialiste en formation (MSF) faisant des gardes appelables (= à domicile, joignables par téléphone durant les heures dites inconfortables - nuit, week-end, jours fériés) sont notamment tenus de répondre au téléphone pour des questions concernant le domaine dans lequel ils exercent (par ex.: un oncologue peut être appelé par la salle d'urgence à 2h du matin pour statuer sur le cas d'un patient oncologique qu'il conviendrait d'hospitaliser, pour donner son accord, préconiser des examens complémentaires, suggérer des traitements spécifiques, ...). Or, hormis le forfait pour la garde (75€/12h si la majorité des heures est prestée en heure inconfortable), le MSF ne bénéficie d'aucun enregistrement du temps effectif passé à donner des avis ni d'aucune compensation pour la mobilisation de ses connaissances.

Certains MSF passent littéralement leur nuit à répondre au téléphone alors qu'ils sortent d'une journée de travail et enchaînent le lendemain matin.

La question qui se pose est de savoir si le temps des appels effectués lors des gardes appelables doit être considéré comme du temps de travail rémunéré selon les principes de la CCT.

b. Avis juridique

i. Convention collective du 19 mai 2021

L'article 5 de la CCT¹ définit la notion de garde appellable comme

« les services de garde extra-muros dans le cadre desquels le médecin spécialiste en formation n'est pas censé se rendre sur place à l'hôpital dans un délai de 20 minutes ».

Cette disposition précise que

« [l]es heures en question ne sont pas prises en compte dans le calcul du temps de travail. Le temps de travail presté à l'hôpital pendant la période de garde appellable, est rémunéré comme temps de travail conformément aux articles précédents, étant entendu que chaque heure entamée doit être rémunérée. »

Il en découle que seules les heures de travail prestées à l'hôpital sont considérées comme temps de travail, rémunérées selon les principes du CCT. Les heures prestées en dehors de l'hôpital (c.à.d. les appels à domicile par exemple) semblent être exclues, et donc uniquement rémunérées par le forfait prévu pour la garde.

ii. Législation nationale et européenne concernant le temps de travail

L'article 5 de la CCT semble contraire à la législation nationale et européenne concernant le temps de travail.

En effet, l'article 19, 2^{ème} alinéa loi du 16 mars 1971 sur le travail définit comme temps de travail « *le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur* ».

Cette définition est reprise dans la loi du 12 décembre 2010 fixant la durée du travail des médecins, dentistes, vétérinaires, des candidats-médecins en formation, des candidats-dentistes en formation et étudiants stagiaires se préparant à ces professions (art. 5).

Les travaux préparatoires de la législation précisent que relève également de la définition du temps de travail, le temps dont le travailleur ne dispose pas librement, même s'il n'exécute pas de véritable travail, parce qu'il est soumis à l'autorité de l'employeur, dont il doit attendre les appels prévus et imprévus auxquels il doit répondre (*Doc. parl.*, Sénat, n° 287, session 1963- 64, 19). Cette définition s'applique donc également aux périodes de garde.

En outre, la directive européenne 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail définit le temps de travail comme

« toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales » (article 2, 1^o).

¹ Convention collective du 19 mai 2021 conclue au sein de la Commission paritaire nationale médecins-hôpitaux (CPNMH) et rendue obligatoire par Arrêté royal du 19 juillet 2021.

A contrario, le temps de présence dont le travailleur peut disposer librement, sans avoir à attendre un appel imprévu qui le maintiendrait à la disposition de l'employeur ou sans devoir effectuer un travail accessoire, est exclu du temps de travail.²

La directive 2003/88/CE définit le temps de repos comme étant « *toute période qui n'est pas du temps de travail* ». De plus, selon la Cour de justice de l'Union Européenne, il n'existe pas de catégorie intermédiaire entre les périodes de travail et celles de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre.³

Dans la jurisprudence et la doctrine, une distinction est faite entre les gardes qui ont lieu sur le lieu de travail (en hôpital par exemple) et celles durant lesquelles le MSF est chez lui mais peut être callable.

Il n'y a pas de discussion sur le fait que les gardes effectuées par les médecins sur le lieu de travail répondent à la notion du temps de travail et doivent dès lors être comptabilisées comme telles⁴. C'est également ce que confirme la CCT.

Par contre, la situation des services de garde durant lesquels le médecin doit être joignable pour répondre à des appels éventuels de l'employeur sans qu'il doive nécessairement être présent à un endroit déterminé par l'employeur, est moins évidente. Il existe ainsi une discussion quant à savoir si toutes les heures au cours desquelles le MSF est joignable doivent être considérées comme temps de travail.

Cependant, il est généralement accepté que **dès le moment où le travailleur est effectivement appelé pour répondre à des questions, le temps de cette prestation effective constitue du temps de travail et doit être rémunéré comme tel**.⁵ La Cour de justice de l'Union européenne a tranché dès l'année 2000 en ce sens concernant les médecins espagnols se trouvant dans la même situation que la question qui occupe le présent avis : des médecins se trouvant chez eux mais pouvant être à tout moment appelés pour des consultations médicales. La législation européenne applicable doit donc être appliquée en Belgique selon cette interprétation.

En effet, dès lors que le MSF répond à un appel, lié à son travail, pour répondre à des questions concernant le domaine dans lequel il exerce, il est à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions. Cela répond donc à la définition du temps de travail repris à l'article 19, 2^{ème} alinéa de la loi sur le travail.

Il est par ailleurs admis que le temps de travail ne se confond pas avec la présence physique sur le lieu de travail.⁶

Se trouver sur le lieu de travail n'est donc pas une condition de la définition du temps de travail. Au contraire, aussi bien la Cour de justice de l'Union Européenne (CJEU),⁷ que la Cour de cassation acceptent que même les gardes callable, au cours desquelles le médecin n'est pas sur le lieu de

² En ce sens : C. trav. Mons, 18 janvier 1982, J.T.T., 1983, p. 185; C. trav. Liège, 5 février 1992, Chron. D.S., 1992, p. 431.

³ CJUE, Ordonnance, 11 janvier 2007, Vorel, aff.C-437/05, § 24-25.

⁴ CJUE., 9 septembre 2003, Jaeger, aff. C-151/02, pt 63 ; CJUE, Ordonnance, 4 mars 2011, Grigore, aff. C-258/10, pt 53 ; CJUE, 21 février 2018, Matzak, aff. C-518/15, pt 59.

⁵ CJUE., 3 octobre 2000, Simap, aff. C-303/98, pt 50. Revue de droit communal 2022/2, p. 7.

⁶ Conclusions avocat-général auprès de la cour de cassation, point 6

travail et n'effectue pas de prestation effective, mais est à disposition de l'employeur et soumis à des obligations peuvent être qualifiés de temps de travail.

Dans un arrêt du 21 juin 2021, la Cour de cassation considère ce qui suit : *« l'article 2, point 1, de la directive doit être interprété en ce sens que, même s'il n'est pas tenu de demeurer sur le lieu de travail, à son domicile, ou en un autre lieu de séjour, le temps de garde au cours duquel le travailleur doit être disponible en permanence, et soumis à des obligations, imposées par l'employeur, notamment de délai pour reprendre le travail, qui restreignent d'une manière objective et très significative, la faculté qu'il a de gérer librement le temps de ces périodes pendant lequel les services professionnels ne sont pas sollicités, doit être considéré comme « temps de travail ».*⁸

Si les heures de gardes appelables durant lesquelles le MSF est uniquement à disposition de l'hôpital sans prester de travail sont considérés comme temps de travail, il est évident que les heures au cours desquelles il preste des services professionnels répondent à la définition de temps de travail.

Les périodes de garde callable durant lesquelles le MSF effectue des services professionnels en dehors de l'hôpital doivent donc clairement être considérés comme temps de travail.

Ces heures de travail prestées à domicile doivent dès lors pouvoir être enregistrées selon un même système d'enregistrement que les heures prestées à l'hôpital, afin de respecter la durée hebdomadaire maximale fixée par la loi du 12 décembre 2010.

D'autre part, il est vrai que le droit européen ne s'oppose pas à une législation nationale qui pour le calcul de la rémunération, instaure un système de pondération selon lequel les heures de garde inactive seraient rémunérées différemment des gardes actives.⁹ Des heures de gardes considérées comme temps de travail mais « inactives » peuvent donc être rémunérées différemment que des prestations effectives. Il semble donc acceptable que les heures de garde callable « inactives » soient uniquement rémunérées par le forfait prévu à la CCT.

Par contre, les heures durant lesquelles le MSF répond à des appels professionnels sont des heures de prestations effectives, et doivent donc être rémunérées comme telles.¹⁰ Ce travail effectif ne peut être rémunéré que par le forfait de garde.

Contrairement à ce que la CCT stipule, les heures de travail prestées en dehors l'hôpital pendant la période de garde callable, doivent être rémunérées comme temps de travail conformément aux articles 1 à 4 de la CCT. Il serait recommandé de modifier la CCT dans ce sens.

⁸ Cass., 21 juin 2021, S.19.0071.F.

⁹ CJUE, 11 janvier 2007, *Vorel*, Aff. C-437/05.

¹⁰ Cass. 6 juin 2011, J.T.T. 2011, 373. Dans cet arrêt la Cour de cassation considère que les heures de garde inactives ne doivent pas être rémunérées de la même manière que les heures de travail effectif.

2. Cumul du sursalaire

a. Explication de la question

La question se pose si les sursalaires attribués pour les heures inconfortables (+25% si nuit de semaine ou samedi, +50% si dimanche ou jour férié) et ceux liés à l'*opting-out* (+10% si heure prestée durant l'*opting-out*) devraient être cumulés. A l'heure actuelle, toute heure ayant bénéficié du paiement d'un sursalaire pour heure inconfortable est soustraite du calcul du total sur 13 semaines pour voir quelle part est à payer selon le régime de l'*opting out*.

A titre d'exemple :

Un MSF signe l'*opting out*. Il peut donc travailler 48h + 12h supplémentaires par semaine.

Sur 13 semaines, il peut donc travailler 624h + 156h, soit 780h au total.

A l'heure actuelle, les heures inconfortables sont rémunérées tous les mois. A la fin du mois, le décompte de toute heure prestée en heure inconfortable est réalisé, et est ajouté au total mensuel du mois suivant.

A la fin des 13 semaines, pour déterminer les heures supplémentaires à rémunérer, l'hôpital totalise les heures prestées (par exemple, 705 heures). L'hôpital totalise ensuite toutes les heures ayant déjà fait l'objet d'une rémunération complémentaire suite à la prestation en heure inconfortable (par exemple, 89 heures). Ensuite, ne sont rémunérées de manière complémentaire à 110% que les heures dépassant les 624h sur 13 semaines (dans notre exemple, aucune heure ne serait considérée comme ayant été prestée durant l'*opting out*, 705-89 étant égal à 616 heures, soit moins de 624 heures). Cet exemple permet d'illustrer un principe simple : un assistant travaillant en moyenne, sur 13 semaines, 54.2h (705/13), soit 6.2h supplémentaire par semaine en moyenne, ne verra jamais aucune de ces heures valorisées pour ce qu'elles sont.

b. Avis juridique

L'article 7 § 1 de la loi du 12 décembre 2010 stipule qu'un temps de travail additionnel de maximum 12 heures par semaine peut être presté afin d'assurer le service de garde (« *opting-out* ») et que ce temps de travail additionnel fait l'objet d'une rémunération complémentaire à la rémunération de base. La loi du 12 décembre 2010 instaure donc le principe général de la rémunération complémentaire des heures d' *opting-out*, sans toutefois en déterminer le montant.

Le montant de la rémunération du MSF est réglé par la CCT de 2021. L'article 2 de la CCT stipule ce qui suit :

« Pour le temps de travail additionnel visé à l'article 7, § 2, alinéa 1er, de la loi du 12 décembre 2010, qui ne relève pas d'une des situations visées aux articles 3 et 4, la rémunération horaire minimale brute est de 110 % de la rémunération horaire de base minimale. »

D'autre part, l'article 3 de la CCT prévoit :

« Pour chaque temps de travail, indépendamment du fait que celui-ci relève du temps de travail de base visé à l'article 1er ou du temps de travail additionnel visé à l'article 2, qui est presté entre 20 h le soir et 8 h du matin et le samedi, la rémunération horaire brute minimale est de 125 % de la rémunération horaire de base minimale.»

Et l'article 4 de la CCT :

« Pour chaque temps de travail, indépendamment du fait que celui-ci relève du temps de travail visé à l'article 1er ou du temps de travail additionnel visé à l'article 2, qui est presté le dimanche ou les jours fériés légaux, la rémunération horaire brute minimale est de 150 % de la rémunération horaire de base minimale. »

Il découle de ces dispositions que seules les heures additionnelles prestées durant des heures confortables sont rémunérées à 110 %. Toutes les heures de travail effectuées durant des heures inconfortables sont rémunérées au même taux (125% ou 150% en fonction de s'il s'agit d'un samedi ou dimanche ou jours fériés), qu'il s'agisse de temps de travail de base ou additionnel.

En d'autres termes, selon la CCT, le temps de travail presté durant des heures inconfortables au-delà du temps de travail de base ne fait pas l'objet d'une rémunération complémentaire spécifique. Par conséquent, un MSF qui a signé une convention de *opting-out* verra ce temps de travail additionnel presté pendant les heures inconfortables rémunérées de la même façon que le temps de travail effectué par un MSF pendant les heures inconfortables qui n'a pas signé de telle convention (et qui sont donc presté pendant le temps de base). Seul le temps de travail additionnel presté durant des heures confortables fera l'objet d'une rémunération complémentaire.

Or, l'article 7 § 2 de la loi du 12 décembre 2010 prescrit une rémunération complémentaire à la rémunération de base pour tout temps de travail additionnel (durant l'*opting-out*). Puisque la loi de 2010 ne détermine rien sur le montant de la rémunération de base, et ne distingue pas entre les heures dites confortables ou inconfortables, il n'est pas clair si le système de rémunération mis en place par la CCT est conforme à cette disposition.

Lors des travaux préparatoires de la loi du 12 décembre 2010, le législateur soulignait toutefois 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 également 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. »*¹¹

Il semble ressortir de ces considérations que les heures additionnelles doivent toujours faire l'objet d'une rémunération complémentaire. L'objectif du législateur était de compenser le travailleur pour ces heures additionnelles au-delà du temps de base par une rémunération additionnelle.

Cet objectif ne se retrouve pas dans le règlement mis en place par la CCT, puisque les heures additionnelles prestées en heures inconfortables ne font pas l'objet d'une rémunération complémentaire comparée aux heures inconfortables prestées durant le temps de base. Il serait plus conforme à l'objectif et l'esprit de la loi de 2010 de considérer les taux de 125 % et 150% comme rémunération de base pour les heures inconfortables. Une rémunération complémentaire de 110% du montant de base de 125 % ou 150 % devrait alors être rajoutée à cela pour les heures prestées au-delà du temps de travail de base.

¹¹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2010-2011, n° 431/1, p. 9.

Le refus de cumuler le sursalaire pour les heures inconfortables avec le sursalaire lié aux heures d'opting-out semble donc contraire à l'article 7 de la loi de 2010.

D'autre part, on lit également dans les travaux préparatoires de la loi du 12 décembre 2010, que les heures additionnelles (de *opting-out*) ne peuvent pas être reportées à la semaine suivante en cas de non utilisation au cours d'une semaine.¹² Il ne s'agit en effet pas d'une durée moyenne, mais bien d'une durée maximale hebdomadaire.

Il ne semble donc pas correct de calculer le nombre d'heures additionnelles prestées sur une période de 13 semaines. Ce calcul doit être fait pour chaque semaine de travail.

¹² Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2010-2011, n° 431/1, p. 8.