



MEMENTO

VAN DE WERKGEVER 03



| DOSSIER

Loon naar werken? Wachtdienst en arbeidstijd



| ACTUALITEIT

Loopbaansparen vanaf 1 februari 2018? Ja en neen...



| RECHTSPRAAK

Discriminatie van een zieke werknemer



COLOFON

Partena – vereniging zonder winstoogmerk – sociaal secretariaat van werkgevers erkend door MB van 3 maart 1949 met nr. 300
Maatschappelijke zetel: Kartuizersstraat 45, 1000 Brussel, btw BE 0409.536.968.

Verantwoordelijke uitgever: Alexandre Cleven.
Hoofdredacteur: Francis Verbrugge,
fverbrugge@partena.be, tel. 02-549 32 23.

Versijnt niet in juli en augustus. De overname van teksten, zelfs gedeeltelijk, is slechts toegestaan na schriftelijke toestemming van de redactie en mits de bron wordt vermeld. De redactie streeft naar betrouwbaarheid van de gepubliceerde informatie, maar kan niet aansprakelijk worden gesteld voor de juistheid ervan.

40* jaar – maandblad





LOON NAAR WERKEN? WACHTDIENST EN ARBEIDSTIJD

Het Europese Hof van Justitie oordeelde recent dat een (thuis)wachtdienst arbeidstijd kan zijn. Cruciaal is de mate waarin de wachtdienst de vrijheid van de werknemer beperkt om andere dingen te doen.

Maar als een wachtdienst arbeidstijd is, wat betekent dat dan? Dit artikel zet even alles op een rijtje. Wat is arbeidstijd? Wat zijn de gevolgen? Denk dan vooral aan inhaalrust en overloon.

We leggen de nadruk op de algemene dienstensector. Specifieke situaties in bijvoorbeeld de medische sector, de bouwsector, bewaking en bescherming, en conciërges komen niet aan bod. Vergeet ook niet dat (een deel van) de arbeidstijdreglementering niet van toepassing is op sommige werknemers. Dat is met name het geval voor kaderleden en leidinggevende werknemers.

WAT IS ARBEIDSTIJD?

Arbeidstijd of arbeidsduur is de tijd wanneer een werknemer ter beschikking is van de werkgever.¹ Tijdens de arbeidstijd is de werknemer verplicht de instructies van de werkgever te volgen en zijn werkzaamheden voor hem uit te oefenen. Dat is best een ruime definitie. Aan de hand van enkele vragen proberen we de criteria scherper te stellen.

Is de aanwezigheid van de werknemer op de arbeidsplaats altijd arbeidstijd? Neen, het feit dat de werknemer aanwezig is, betekent niet dat hij ter beschikking staat van de werkgever. De tijd die de werknemer doorbrengt in de onderneming, maar waarover hij vrij kan beschikken, is geen arbeidstijd. Een rustpauze of maaltijdpauze is dus geen arbeidstijd.

Moet de werknemer activiteiten uitoefenen opdat het zou gaan om arbeidstijd? Neen, arbeidstijd mag u niet koppelen aan het werkelijk verrichten van arbeid. Tot de arbeidsduur behoort de tijd waarover de werknemer geen vrije beschikking heeft. Ook al verricht de werknemer geen werkelijke arbeid, toch gaat het om arbeidstijd wanneer de werknemer onder het gezag staat van de werkgever. Ook de verplaatsing tussen de woonplaats en de plaats van tewerkstelling kan arbeidstijd uitmaken. Dat is met name het geval voor de verplaatsingstijd van werknemers van thuis naar de eerste klant. (De werknemer mag dan wel geen vaste of gebruikelijke werkplek hebben.)²

Om het nog een beetje moeilijker te maken: een werknemer kan wel degelijk arbeidsprestaties leveren, en toch gaat het niet om arbeidstijd. De werknemer moet namelijk de arbeidsprestaties leveren op vraag van de werkgever. Die instructie van de werkgever kan ook impliciet zijn.

Een werknemer die na een weigering van de werkgever om meer te werken dan 8 uur per dag of 38 uur per week dat toch doet, heeft geen recht op overloon of inhaalrust.

Als de werkgever een vergoeding toekent voor bepaalde tijd, betekent dat het dan altijd gaat om arbeidstijd? Neen, ook vergoeding en arbeidstijd moeten tot op zekere hoogte worden losgekoppeld. Is er sprake van arbeidstijd, dan moet de werkgever eventueel (over)loon toekennen. Omgekeerd geldt dit niet. Als werkgever kunt u bijvoorbeeld een stand-byvergoeding toekennen, zonder dat de wacht dienst van de werknemer moet worden gelijkgesteld met arbeidstijd. Bovendien moet het eventuele loon van die stand-byuren niet gelijk zijn aan het loon van de uren werkelijke arbeid.

WACHTDIENST: TWEE CATEGORIEËN

Is een wacht dienst of stand-by arbeidstijd of niet? De wetgeving geeft geen eenduidig antwoord. Centraal staat de beoordeling of een werknemer al dan niet ter beschikking is van de werkgever. Die vraag is niet altijd zo makkelijk om te beantwoorden in het geval van wacht diensten.

Een manier om dichterbij het antwoord te komen is een onderscheid te maken tussen twee soorten wacht diensten.

- 1) Een eerste categorie zijn de wacht diensten waarbij de werknemer fysiek aanwezig moet zijn op een door de werkgever aangewezen plaats. Vanaf die specifieke plaats moet de werknemer dan beschikbaar zijn voor eventuele oproepen. Vaak laat de werkgever toe dat de werknemer rust of slaapt tijdens die (meestal) nachtelijke

wachtdiensten. Ze worden dan ook wel “slapende” wachtdiensten genoemd.

- 2) Een tweede categorie zijn de wachtdiensten waarbij de werknemer niet fysiek aanwezig moet zijn op een door de werkgever aangewezen plaats. Wel verwacht de werkgever dat de werknemer bereikbaar is om eventuele oproepen van de werkgever te kunnen beantwoorden. Deze wachtdiensten worden ook wel al “bereikbaarheidsdienst” of “stand-by” genoemd.

In beide categorieën van wachtdiensten zijn er periodes waar de werknemer geef effectieve prestaties levert, en potentieel periodes waar hij of zij dat wel doet. Die periodes waar de werknemer effectieve arbeidsprestaties levert, zijn arbeidstijd.

De wachtdienst bevat tijdvakken waarin geen effectieve prestaties geleverd worden, afgewisseld met periodes van effectieve prestaties. In de eerste categorie van wachtdiensten zijn de periodes van effectieve prestaties wellicht frequenter dan in de tweede categorie van wachtdiensten. Die frequentie is eigenlijk niet zo belangrijk. In beide gevallen zijn de periodes van effectieve prestaties arbeidstijd.

VOORBEELD

Een werknemer van een klantendienst is stand-by tijdens het weekend. Dat betekent dat een klant haar kan telefoneren via de klantenlijn die is doorgeschakeld naar de mobiele telefoon van de werknemer. Zodra de werknemer een klant aan de lijn krijgt, oefent zij gewoon haar job uit. Die effectieve arbeidsprestaties tellen mee als arbeidstijd, ook al duurt het telefoontje slechts enkele minuten.

CATEGORIE 1: VERPLICHTE AANWEZIGHEID

Tijdens de wachtdienst moet de werknemer fysiek aanwezig zijn op een plaats die de werkgever bepaalt. Dat kan de normale arbeidsplaats zijn, maar dat hoeft niet per se het geval te zijn. De werkgever beperkt de bewegingsvrijheid van de werknemer eigenlijk maximaal. Op geen enkel moment kan de werknemer vrij beschikken over de eigen tijd, die ontbreekt eigenlijk helemaal.

De volledige wachtdienst is dan arbeidstijd. Begrenzingsen zijn eigenlijk niet mogelijk, dat blijkt uit de rechtspraak. Cao's en contractuele bedingen die de arbeidsduur voor slapende wachtdiensten forfaitair bepalen, zijn in strijd met de arbeidsduurreglementering.

Deze interpretatie door de rechtspraak is misschien wel wat streng. Men zou namelijk kunnen argumenteren dat een forfaitaire benadering wel kan, op voorwaarde dat de som van de wachtdienst en de effectieve arbeidsduur nooit hoger is dan 48 uur per periode zeven dagen.³

Welke mogelijkheden heeft u als werkgever dan wel om de loonkost te beperken? Niets belet dat u afspreekt om de uren die effectief worden gepresteerd, anders te vergoeden dan die waarin geen effectieve arbeid wordt verricht.⁴ In de arbeidsovereenkomst bepalen dat de wachttijd helemaal niet vergoed moet worden, is nietig.⁵ Concreet kunt u de werknemer tijdens de wachtdienst een lager loon toekennen dan voor effectieve arbeidsprestaties.

Maak goede afspraken, bijvoorbeeld in (een bijlage aan) de arbeidsovereenkomst. Zo is het voor de werknemer heel duidelijk op welke ver-

goeding hij of zij recht heeft en wanneer hij of zij daar recht op heeft. Die vrijheid om aan lager loon af te spreken voor niet effectieve uren is niet onbeperkt. U kunt een regeling uitwerken die in een andere beloningswijze voorziet, maar leef de hiërarchie van de rechtsbronnen na. Respecteer dus steeds de sectorale minimumlonen en het gewaarborgd minimummaandinkomen.

CATEGORIE 2: GEEN VERPLICHTE AANWEZIGHEID

Moet de werknemer niet aanwezig zijn op een door de werkgever aangewezen plaats, maar enkel bereikbaar zijn om eventuele oproepen van de werkgever te kunnen beantwoorden? De Belgische rechtspraak beschouwde deze bereikbaarheidsdienst of stand-by niet als arbeidstijd. De werknemer stond niet (volledig of voldoende) ter beschikking van de werkgever. De beperkte bewegingsvrijheid van de werknemer tijdens de wachtdienst, omdat hij binnen een bepaalde straal van de arbeidsplaats moet verblijven (om die binnen een bepaalde tijd te kunnen bereiken), veranderde daar voor de rechtspraak niets aan.⁶ Alleen de tijd waarin de werknemer effectief wordt opgeroepen en dus arbeidsprestaties verricht, zou dan meetellen als arbeidstijd.

RECENTE EUROPESE RECHTSpraak: VEEL NUANCE, WEINIG HOUFAST

De recente Europese rechtspraak⁷ verandert de uitgangspunten niet. Het oordeel van het Hof van Justitie is wel genuanceerder als de Belgische rechtspraak. Centraal staat de vraag of de voorwaarden die de werkgever oplegt tijdens de wachtdienst, de vrijheid van de werknemer significant

beperkt om andere activiteiten uit te oefenen. Indien dat het geval is, dan kwalificeert de volledige wachtdienst als arbeidstijd. In het arrest van het Hof van Justitie gaat het om een werknemer die binnen acht minuten op de werkplek moet zijn. Die beperking maakt dat de wachtdienst meetelt als arbeidstijd.

Vanaf wanneer kwalificeert wachtdienst thuis dan niet meer als arbeidstijd? Het Hof van Justitie bepaalt geen duidelijke en vaste regels. Binnen acht minuten op de werkplek zijn is een te grote beperking. Is dat ook zo als de werknemer binnen een half uur op de werkplek moet zijn? De enige richtlijn is de beperking van de vrijheid van de werknemer om een andere (privé)activiteit uit te oefenen. De genuanceerde houding van het Hof van Justitie zorgt dus voor veel onzekerheden.

Wel is duidelijk dat u nog steeds de mogelijkheid hebt om tijdens de wachtdienst een lager loon af te spreken dan wanneer de werknemer effectieve arbeidsprestaties uitoefent.

WAT ZIJN DE GEVOLGEN?

U bent een werkgever die af en toe een beroep doet op wachtdiensten. Wat moet u nu doen? Waar moet u aan denken?

Wellicht biedt u de werknemers heel wat bewegingsvrijheid tijdens de wachtdienst. Is dat het geval? Evalueer dan toch hoeveel ruimte u hen precies biedt. Genoeg om werknemers bijvoorbeeld de kans te geven om een hobby uit te oefenen? Of rest er hen niets anders dan gekluisterd aan de stoel te wachten op uw oproep? De lijn is soms dun. Misschien hangt

het allemaal maar af van wisselende omstandigheden en kunt u soms veel vrijheid geven, maar op andere momenten ook weer niet.

In plaats van uw hele arbeidsorganisatie te wijzigen, doet u wellicht best een beroep op het systeem van *overwerk*. We lichten kort nog even de basisprincipes toe (bij een voltijdse tewerkstelling).

- Per dag mag de arbeidsduur niet langer zijn dan 8 uur. Per week ligt de maximumgrens op 40 uur (op voorwaarde dat een weekregeling wordt gerespecteerd van gemiddeld 38 uur over een referteperiode van hoogstens 1 jaar).
- Wellicht overschrijdt u deze grenzen door de wachtdienst. Dan moet u de regels in verband met overwerk naleven. Overwerk kan enkel in een aantal welbepaalde gevallen en wanneer u bepaalde voorwaarden naleeft. Zo mogen de arbeidsduurgrenzen worden overschreden wanneer arbeid in opeenvolgende ploegen wordt verricht.
- In de regel zult u inhaalrust moeten toekennen. Op die manier compenseert de werknemer op een later moment de extra arbeidstijd. Overwerk is daarom vaak een oplossing op korte termijn. De kans is groot dat u later de inhaalrust moet compenseren door een andere werknemer langer te laten werken.
- Los van de inhaalrust, bent u een loontoeslag verschuldigd, het overloon. In de regel heeft de werknemer recht op de betaling van een overloon voor elke arbeidsprestatie die hij levert boven 9 uur per dag of 40 uur per week. Dat overloon bedraagt 50 % van het normale loon. Dit percentage wordt verhoogd tot 100 % voor de overuren die op zon- en feestdagen.

Overweeg ook om gebruik te maken van de *vrijwillige overuren* (nieuw sinds 1 februari 2017). De wachtdienst moet dan wel plaatsvinden op initiatief van de werknemer.

- Met het akkoord van de individuele werknemer kan u de arbeidsduurgrenzen overschrijden tot maximum 100 uur (in sommige sectoren tot 360 uur).
- U moet geen inhaalrust toekennen. Wel heeft de werknemer recht op loon en overloon bij overschrijding van de normale grenzen van de arbeidsduur (9 uur per dag, 38/40 uur per week). U betaalt dus het loon voor de vrijwillige overuren én een overloontoeslag van 50%. Die toeslag kan stijgen tot 100% als de overuren worden gepresteerd op een zon- of feestdag.

U bent een werkgever die voor een grote groep van werknemers een systeem van wachtdiensten met een beurtrol heeft geïmplementeerd.

Wat moet u nu doen? Waar moet u aan denken?

De kans dat uw werknemers beschikken over veel bewegingsvrijheid is wellicht klein. Snel reageren is voor u en uw klanten cruciaal. Misschien biedt de poule van 100 vrijwillige overuren voldoende ruimte voor u. Is dat niet het geval? Dan bekijkt best hoe u uw arbeidsorganisatie grondiger kunt wijzigen. Zo kunnen de piek- en dalroosters van de kleine flexibiliteit een oplossing bieden. U moet dus een structurele oplossing op maat uitwerken.

Yves Stox, Senior Legal Counsel

-
- 1 Art. 19, lid 2 arbeidswet.
 - 2 HVJ 10 september 2015, nr. C-266/14, www.curia.eu.
 - 3 Art. 22 arbeidstijdenrichtlijn 2003/88; F. Kéfer en J. Clesse, "Le temps de garde inactif, entre le temps de travail et le temps de repos", *Rev.dr.ULg* 2006, 165-166.
 - 4 Cass. 6 juni 2011, JTT 2011, 373.
 - 5 Arbh. Luik 19 december 2007, *Soc.Kron.* 2008, 288.
 - 6 Cass. 18 mei 2015, AR S.13.0024.F, www.cass.be
 - 7 HVJ 21 februari 2018, nr. C-518/15, www.curia.eu



| ACTUALITEIT

LOOPBAANSPAREN VANAF 1 FEBRUARI 2018? JA EN NEEN...

Het loopbaansparen is een concept dat is vastgelegd door de wet betreffende werkbaar en wendbaar werk. Een werknemer (privésector) kan tijd sparen en die later in zijn loopbaan opnemen als betaald verlof. Een maatregel dus die de arbeidstijd en/of de eindeloopbaan verlicht. De werknemer spaart tijd op. Hij of zij kan die tijd in de regel niet omzetten in geld.

Op 1 februari 2018 treedt het loopbaansparen in werking. Moet u als werkgever snel aan de slag? Toch niet. Werknemers kunnen zich nog niet op het loopbaansparen beroepen. Hieronder leest u meer waarom dat zo is en waaraan u zich op termijn kunt verwachten.

UITSTEL IS GEEN AFSTEL

Het stelsel van loopbaansparen werd ingevoerd door de wet van 5 maart 2017 betreffende werkbaar en wendbaar werk. Die wet gaf de sociale partners de tijd om zelf een interprofessionele regeling over loopbaansparen uit te werken, eerst tot 1 augustus 2017, later tot 31 januari 2018. Die interprofessionele cao is er niet gekomen.

DE SECTOREN ZIJN AAN ZET

Het is nu aan de paritaire comités om het loopbaansparen te activeren en een sector-cao te sluiten waarin een sectoraal stelsel van loopbaansparen wordt uitgewerkt.

De sociale partners op sectorniveau hebben zes maand te tijd om een sector-cao te sluiten. Werknemers zijn niet verplicht om deel te nemen aan het loopbaansparen, maar de sector-cao kan u als werkgever wel verplichten om het op te starten binnen de onderneming.

Het grootste voordeel van zo een sector-cao lijkt de mogelijkheid om het spaartegoed over te dragen naar een andere werkgever binnen dezelfde sector. Een interprofessionele cao zou die overdracht zelfs mogelijk hebben kunnen maken over de verschillende sectoren heen, maar die kans lijkt nu wel definitief verloren.

Elke sector moet eigen regels vastleggen over:

- Welke tijd kan een werknemer sparen (vb. bovenwettelijke vakantiedagen of vrijwillige overuren);
- Binnen welke periode de werknemer het spaartegoed kan opbouwen;
- De manier waarop werknemers tijd kunnen opnemen;
- De waardering van het spaartegoed (vb. indexering of niet);
- Het beheer van het loopbaansparen en de garanties voor de werknemers (vb. door de werkgever, een externe instelling of het fonds voor bestaanszekerheid);
- Wat er gebeurt met het spaartegoed wanneer de onderneming in vereffening gaat.

HET IS 1 AUGUSTUS 2018 EN ER IS NIETS GEBEURD. WAT DAN?

U kan het loopbaansparen invoeren op het niveau van de eigen onderneming. U moet dan wel een ondernemings-cao sluiten. Het spaartegoed overdragen naar een nieuwe werkgever is dan onmogelijk. Er rest dan niets anders dan de uitbetaling van het spaartegoed aan de werknemer. Toch een vorm van omzetting in geld, ook al was dat initieel niet de bedoeling...

Is er geen vakbondsafvaardiging actief binnen uw onderneming? Niets belet dat u een eigen vorm van "loopbaansparen" invoert. U kan werknemers de kans bieden om bovenwettelijke vakantiedagen op te sparen. Ook een cafetariaplan My Choice kan een realistisch alternatief bieden.

Yves Stox, Senior Legal Counsel



RECHTSPRAAK

DISCRIMINATIE VAN EEN ZIEKE WERKNEMER

Een werkgever mag de vraag van een werknemer om tijdens het herstel na een zware ziekte de werkomstandigheden aan te passen, niet zomaar weigeren. Voor het eerst aanvaardt een rechter de blijvende gevolgen van kanker als een handicap. Het arbeidshof te Brussel oordeelde in een recent arrest dat een werkgever voor aanpassingen had moeten zorgen, zodat na een lange afwezigheid door ziekte de werknemer, toch haar job kon behouden. De werkgever had de werknemer echter ontslagen. De rechter veroordeelde de werkgever tot een schadevergoeding.

DE FEITEN

Een werknemer werkte als winkelbediende toen in november 2012 de voltijdse arbeidsovereenkomst werd geschorst wegens kanker. De werknemer was arbeidsongeschikt tot eind oktober 2015, maar mocht vanaf 1 september 2014 het werk progressief hervatten (ondanks de verdere arbeidsongeschiktheid tot eind oktober 2015). De werknemer contacteerde in augustus 2014 de werkgever om de progressieve werkhervatting te bespreken. Kort nadien beëindigde de werkgever de arbeidsovereenkomst met betaling van een opzegvergoeding. De reden: gebrek aan geschikt werk, de aanwerving van een nieuwe werknemer, de uitbreiding van het

takenpakket, de lancering van de webshop, de noodzaak van een bijkomende opleiding door nieuwe producten en een nieuw kassaprogramma.

WAT IS EEN HANDICAP?

De werknemer vorderde voor de rechter een schadevergoeding wegens discriminatie op grond van een handicap. Het arbeidshof oordeelde dat er inderdaad sprake was van een handicap. Na 21 maanden volledige arbeidsongeschiktheid was de werknemer nog zeker één jaar gedeeltelijk arbeidsongeschikt. Daaruit leidde het hof een langdurige (lichamelijke en psychische) aandoening af die de werknemer belette om volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen.

GEEN REDELIJKE AANPASSINGEN = DISCRIMINATIE

Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie. Waaruit kunnen die redelijke aanpassingen dan bestaan? Het wettelijke kader is ruim. Het gaat om

passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen te werken, tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen (art. 4, 12° antidiscriminatiewet). Heel concreet kan het gaan om aanpassingen aan een gebouw of de uitrusting, het arbeidsritme, de taakverdeling, of het voorzien in specifieke opleiding.

Volgens het arbeidshof had de werkgever best wel wat redelijke aanpassingen kunnen treffen, zonder dat die een onredelijke belasting zouden vormden. Het arbeidshof ging heel concreet te werk:

- De werkgever heeft veertien winkelvestigingen en toonde niet aan dat er daar geen aangepast werk mogelijk was.
- Wijzigingen in de werking van de onderneming (bijvoorbeeld de webshop of het kassasysteem) komen vaak voor. Ze zijn geen goed excuus. Een bijkomende opleiding had het euvel kunnen verhelpen
- De onderneming was voldoende winstgevend. Het werkritme aanpassen en een bijkomende opleiding zijn dus geen onredelijke belasting voor de werkgever.

SCHADEVERGOEDING

Het arbeidshof kende een forfaitaire schadevergoeding van zes maanden loon toe. Die schadevergoeding kwam bovenop de opzegvergoeding. De combinatie met een extra vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag is niet mogelijk (art. 9, §3 cao nr. 109 betreffende de motivering van het ontslag).

Yves Stox, Senior Legal Counsel

