

S.19.0008.N

*Conclusie van advocaat-generaal H. Vanderlinden:*

1. Eiseres tot cassatie komt op tegen een arrest van het Arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen gewezen op 19 februari 2018. Door eiseres wordt er één middel aangevoerd.

## 2. Het eerste onderdeel.

### a. Probleemstelling.

De problematiek in het eerste onderdeel gaat over de toepassing van cao nr. 85 van 9 november 2005 betreffende het telewerk. De vraag betreft de aflijning tussen telewerk en huisarbeiders.

De appelrechter oordeelde dat er sprake is van huisarbeid, en niet van telewerk, en dit op grond van de volgende overwegingen, die aan te treffen zijn op bladzijde 12, van de bestreden beslissing:

*“De wet stel slechts twee voorwaarden opdat er van huisarbeid sprake zou zijn, namelijk de keuze van de plaats van tewerkstelling door de werknemer en de afwezigheid van rechtstreekse controle door de werkgever.*

*In casu zijn die voorwaarden vervuld.*

*De [eiseres] is gevestigd in Amsterdam (Nederland) en heeft geen uitbatingszetel in België en [verweerster] werkte volgens eigen keuze vanuit haar woonplaats Antwerpen.*

*Voor het overige stelt het arbeidshof vast dat de arbeidsovereenkomst gesloten tussen partijen niet voldoet aan de vereisten van artikel 6 van de CAO 85, zodat [verweerster] niet als telewerker kan aanzien worden.”<sup>1</sup>*

De appelrechters maken vervolgens toepassing van artikel 119.6 Arbeidsovereenkomstenwet om de vordering van verweerster te beoordelen.

### b. Beoordeling.

Het standpunt van de appelrechter betreffende de toepasbaarheid van de rechtsfiguur huisarbeid, op grond van de door hem gedane overwegingen, kan niet worden onderschreven.

Zo moet er vooreerst op gewezen worden dat uit de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet blijkt dat telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid is. De telewerkers van cao nr. 85 vallen onder de definitie van artikel 119.1, paragraaf 1 Arbeidsovereenkomstenwet<sup>2</sup>. Zij verrichten immers werk van op een andere, door hun vrij

---

<sup>1</sup> Het aspect afwezigheid van een uitbatingszetel in België wordt door de appelrechter gehanteerd als criterium om na te gaan of aan het aspect “afwezigheid van rechtstreekse controle” is voldaan. Dit blijkt duidelijk op de wijze waarop de overwegingen elkaar opvolgen. En niet, zoals blijkt uit een ander arrest van dit Arbeidshof dat, de aanwezigheid van een bedrijfslocatie in België, een conditio sine qua non is opdat de cao nr. 85 kan worden toegepast (zie L. HELLEMAN en E. KARREMAN, Telewerk en thuiswerk, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, p. 8)

<sup>2</sup> L. HELLEMAN en E. KARREMAN, o.c., p.17.

gekozen, locatie ander dan bij de werkgever en staan niet onder rechtstreekse controle van de werkgever<sup>3</sup>.

De NAR had in het advies aangegeven dat telewerk niet kon worden beschouwd als huisarbeid in de zin van artikelen 119.1 e.v. van de Arbeidsovereenkomstenwet<sup>4</sup>. De regelgever heeft er echter een andere mening op na gehouden<sup>5</sup>. De wetgever heeft enkel de toepassing van de artikelen 119.3 tot 119.12 uitgesloten voor wat betreft de telewerker. Hierdoor zijn de bepalingen van de artikelen 119.1 en 119.2 wel van toepassing op telewerk. Eén en ander blijkt uit de paragraaf 2 van het artikel 119.1.

Dus de keuze van de plaats van tewerkstelling door de werknemer en de afwezigheid van rechtstreekse controle door de werkgever, wat een aspect is van artikel 119.1, §1, kan niet gehanteerd worden om een onderscheid te weerhouden tussen huisarbeid en telewerk. Immers beide criteria zijn gelijk voor huisarbeid en telewerk.

Verder wat betreft het niet voldaan zijn aan artikel 6 van de cao nr. 85.

Het artikel 6 van de cao legt, in een eerste paragraaf, de verplichting op dat de overeenkomst voor telewerk schriftelijk moet worden vastgelegd. Dit kan in een afzonderlijke overeenkomst dan wel als een addendum aan een bestaande overeenkomst. In de tweede paragraaf wordt opgesomd wat minimaal in die overeenkomst dient te worden geregeld. Dit betreft onder andere de onkostenvergoeding. Paragraaf drie regelt de sanctie bij afwezigheid van een geschrift. Deze laatste stelt dat de telewerker in dat geval gerechtigd is om zijn werkzaamheden op de bedrijfslocatie van de werkgever uit te voeren of naar deze locatie terug te keren.

Er kan onmiddellijk worden opgemerkt dat de afwezigheid van een geschrift niet de nietigheid van de telewerkovereenkomst tot gevolg heeft. Ook is het zo dat, luidens de bewoordingen van de derde paragraaf, er voor het ontbreken van één of meerdere verplichte vermeldingen in de overeenkomst geen sanctie is voorzien<sup>6-7</sup>.

Derhalve volgt hieruit dat ook het niet naleven van artikel 6 van de cao nr. 85 niet uitsluit dat er sprake is van telewerk in de zin van deze cao.

Er wordt door de appelrechters vastgesteld dat verweester een vordering tot betaling van kosten grondt op artikel 119.6 Arbeidsovereenkomstenwet en dat de eiser dit betwist op basis van het verweer dat het een telewerker betreft.

---

<sup>3</sup> K. SALOMEZ, "Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid: naar geldend en komend recht", *Soc. Kron.*, 2006, p. 125.

<sup>4</sup> L. SMETS en N. THOELLEN, "Thuiswerk en telewerk: nog ver van huis", *Ors.*, 2006, p.86; K. SALOMEZ, *o.c.*, p. 125 en L. HELLEMAN en E. KARREMAN, *o.c.*, p. 17.

<sup>5</sup> L. HELLEMAN en E. KARREMAN, *o.c.*, p. 17.

<sup>6</sup> L. HELLEMAN en E. KARREMAN, *o.c.*, p. 29 en F. ROBERT, "Les aspects juridiques du télétravail à domicile: Etat de la question au regard de l' évolution récente de la législation", *Ors.*, 2007, p. 23.

<sup>7</sup> De sanctie in het kader van het thuiswerk, artikel 119.5 Arbeidsovereenkomstenwet, is van een andere woordluid dan deze die geldt voor de telewerker. In het eerste geval wordt gesanctioneerd het gegeven dat de overeenkomst niet werd opgesteld overeenkomstig artikel 119.4. Hier wordt dus niet enkel het ontbreken van een geschrift aan de sanctie onderworpen, maar tevens het ontbreken van bepaalde vermeldingen in het geschrift. In het tweede geval wordt enkel de afwezigheid van een geschrift beteugeld en niet het gegeven dat bepaalde vermeldingen niet in het geschrift zijn opgenomen. Het zijn dus twee duidelijk onderscheiden tekortkomingen.

De appelrechters die vervolgens de vordering van verweerster gegrond verklaren op grond van de hoger aangehaalde overwegingen verantwoordt niet naar recht hun beslissing.

Het onderdeel is gegrond.

De overige grieven kunnen niet tot een ruimere cassatie leiden.

Louter volledigheidshalve wil ik nog een bedenking uiten over wat de situatie is wanneer men geconfronteerd wordt met een werkgever die geen fysieke vestiging in België heeft. De vraag is of het hebben van een bedrijfszetel in België, waarnaartoe de werknemer in voorkomend geval zich kan begeven om zijn werkzaamheden uit te oefenen een *conditio sine qua non* is opdat er sprake is van telewerk in de zin van cao nr. 85 en dus de toepasselijkheid van deze cao. In de rechtspraak en de rechtsleer treft men twee stellingen aan: zij die inderdaad deze eis stellen en zij die de mening zijn toegedaan dat het niet hebben van een zetel, in België, de toepassing van cao nr. 85 niet uitsluit<sup>8</sup>.

Ik meen evenwel dat er een zekere nuancering dient te gebeuren.

Een voorbeeld kan dit illustreren. Een telewerker die in Lanaken woont en werkt voor een Nederlandse firma met haar bedrijfszetel in Maastricht kan, probleemloos, de werkzaamheden verrichten in de bedrijfslokalen van de werkgever. Echter dit zou niet mogelijk zijn indien dezelfde werknemer telewerk zou verrichten voor een Spaanse firma met enkel een zetel te Madrid.

De vraag die zich derhalve stelt is of het in de praktijk zich kunnen begeven naar de bedrijfszetel een bestaansvoorwaarde is voor de toepasbaarheid van cao nr. 85. Die vraag meen ik dat bevestigend moet worden beantwoord. Het sanctiesysteem van cao nr. 85 is weliswaar minimaal, maar ze bestaat en moet kunnen worden uitgeoefend. Indien dit in de praktijk niet mogelijk is, dan kan cao nr. 85 niet van toepassing zijn<sup>9</sup>. Dus om terug te keren naar het voorbeeld. Voor de Nederlandse firma is cao nr. 85 toepasbaar voor de Spaanse firma niet.

Dus, het niet hebben van een zetel in België sluit, op zich, niet de toepassing van de cao nr. 85 uit.

Voor de werknemer van de Spaanse firma wil dit niet zeggen dat deze zonder bescherming valt. Immers dan zullen de regels van de thuisarbeid van toepassing zijn. Op het ogenblik dat de regelgever de bepalingen van de huisarbeid invoerden in de Arbeidsovereenkomstenwet hadden zij ook het telethuiswerk voor ogen<sup>10</sup>.

**Conclusie:** cassatie.

---

<sup>8</sup> L. HELLEMAN en E. KARREMAN, *o.o.*, p. 8.

<sup>9</sup> Het artikel 6 is de spiegel van wat in artikel 2 te lezen staat, namelijk dat het gaat om werkzaamheden die ook op de bedrijfslocatie van de werkgever zouden kunnen worden uitgevoerd. Gelet op het sanctiesysteem is het dan ook uitgesloten om te stellen dat opdat de cao van toepassing is het voldoende zou zijn dat de werkzaamheden in theorie op de bedrijfslocatie van de werkgever zouden kunnen worden uitgeoefend. Het advies van de FOD WASO - dat dit standpunt innam - kan dan ook niet onderschreven worden (zie de verwijzing naar het advies in L. HELLEMAN en E. KARREMAN, *o.o.*, p. 8).

<sup>10</sup> Wetsontwerp betreffende huisarbeid, Memorie van toelichting, *Perl. St.* 1995-1996, 232/1, pag. 1-2; K. SALOMEZ, *o.c.*, p. 126 en L. HELLEMAN en E. KARREMAN, *o.o.*, p. 14.