Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

3 | 2021

Droits du travail et systèmes nationaux de protection sociale au prisme de la crise sanitaire. Adaptations ou changements profonds ?

Australie

Shae McCrystal et Daniel Tracey

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/2214>

DOI : 10.4000/rdctss.2214

ISSN : 2262-9815

Traduction(s) :

Codifying the meaning of "casual employment" in Australia - URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/2770> [en]

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2021

Pagination : 192-197

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Shae McCrystal et Daniel Tracey, « Australie », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 3 | 2021, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 19 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/2214> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.2214>

Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International
- CC BY-NC-ND 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

SHAE MCCRYSTAL DANIEL TRACEY

UNIVERSITÉ DE SYDNEY

Dans de nombreux pays à travers le monde, les pouvoirs publics et les acteurs sociaux cherchent des solutions face au problème croissant posé par les contrats « zéro heure ». En effet, les titulaires de tels contrats perçoivent une rémunération uniquement pour les heures qu'ils effectuent chaque semaine, aucune durée minimale de travail ne leur est garantie, et ils ne bénéficient d'aucun droit à congés.

En Australie, le concept des contrats « zéro heure » est connu sous le nom de « travail occasionnel » et fait partie depuis longtemps du paysage professionnel. L'approche australienne consiste à autoriser le travail occasionnel, sous réserve d'une rémunération plus élevée visant à « compenser » le caractère temporaire, imprévisible ainsi que d'autres inconvénients associés à ce type de contrat.

Cette approche a eu cependant pour effet d'ancrer la « précarisation » dans le monde du travail australien. Les travailleurs peuvent être engagés en tant que salariés occasionnels, et payés comme tels, alors même que la réalité est tout autre (emploi stable et fiable). Autrement dit, cette forme d'engagement précaire apparaît comme une option parmi d'autres pour les employeurs, et présente pour eux relativement peu d'inconvénients.

En outre, l'incapacité de longue date des instances australiennes à définir correctement le terme « occasionnel » à différentes fins réglementaires, a créé un véritable imbroglio : les salariés ont été considérés comme des travailleurs occasionnels à certaines fins, mais pas à d'autres, générant des incertitudes sur leurs droits.

Une série d'affaires a été portée devant la Cour fédérale d'Australie concernant des demandes historiques de droits à des congés annuels et autres de la part de salariés considérés comme des travailleurs « occasionnels » par leurs employeurs¹. Le Parlement australien a réagi en apportant une solution législative à la question des contrats « zéro heure », via la promulgation en mars 2021 de la loi d'amendement (Cth) relative au travail équitable (soutien à l'emploi et à la relance économique de l'Australie), dite « loi d'amendement ».

1 Il s'agissait des affaires *WorkPac Pty Ltd c/ Skene* [2018] FCAFC 13 (« Skene ») ; et *WorkPac Pty Ltd c/ Rossato* (2020) 278 FCR 179 (« Rossato »). Ces affaires ont été longuement discutées dans un précédent numéro de cette Revue par Shae McCrystal 'Casual Employment and Labour Standards in Australia', 2020-4 *Comparative Labour and Social Security Law Review* 180 (édition électronique en anglais). Suite à l'adoption de la loi d'amendement, les décisions dans les affaires *Rossato* et *Skene* ont été annulées par la Haute Cour d'Australie. Celle-ci a estimé, contrairement aux décisions des juridictions inférieures, qu'un travailleur occasionnel ne bénéficie pas d'un engagement ferme et préalable de son employeur à se voir offrir un travail permanent. Aussi, la question de savoir s'il existe un engagement ferme et préalable de l'employeur dépend des termes du contrat de travail. En bref, selon la Haute Cour, un salarié est un travailleur occasionnel si son contrat le mentionne explicitement.

Cette loi a (entre autres) permis de codifier la notion de « travail occasionnel » en Australie. L'impact de ce nouveau dispositif sur le travail occasionnel en Australie constitue l'objet de cette mise à jour.

I - LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI RÉFORMANT LE TRAVAIL OCCASIONNEL

Les principaux changements apportés par la loi de 2021 concernent l'identification des situations de travail occasionnel en apportant une définition du travail occasionnel.

Le texte exige que les employeurs (autres que ceux des petites entreprises) offrent un poste permanent à temps plein ou à temps partiel aux travailleurs occasionnels ainsi engagés régulièrement depuis 12 mois (dans certaines circonstances).

Il est également exigé des employeurs qu'ils fournissent aux travailleurs occasionnels une « déclaration d'information relative au travail occasionnel » avant, ou dès que possible après leur prise de fonction².

II - UNE NOUVELLE DÉFINITION DU « TRAVAIL OCCASIONNEL »

La loi sur le travail équitable (*Fair Work Act* ou « loi FW ») ne donnait aucune définition du travail occasionnel. Cela a créé des difficultés car certaines dispositions de ses dispositions prévoyaient des droits minimums pour les travailleurs, y compris des congés annuels et des congés pour raisons personnelles, mais excluaient de ces droits les salariés effectuant un travail « occasionnel », cette notion n'ayant pas été définie par ailleurs.

Grâce à la loi de 2021, la loi FW établit plus clairement les critères de qualification des travailleurs occasionnels. Ainsi, une personne est considérée comme travailleur occasionnel si³ :

- l'offre d'emploi est formulée sans un engagement ferme et préalable de l'employeur à fournir un travail régulier pour une durée indéterminée ;
- le travailleur accepte l'offre d'emploi telle que formulée ;
- l'acceptation de cette offre confère au travailleur le statut de salarié.

Cette définition du travail occasionnel soulève la question de savoir comment évaluer l'engagement préalable, ou non, de l'employeur à fournir un travail régulier pour une

2 À titre de référence, la loi de 2021 confère également aux tribunaux le pouvoir de revaloriser les primes versées à un salarié titulaire d'un contrat de travail occasionnel pour compenser l'absence de certaines prestations (article 545A de la loi FW), et donne à la *Fair Work Commission* (le tribunal national australien des relations industrielles) le pouvoir de modifier un accord d'entreprise pour remédier aux incohérences entre cet accord et les nouvelles conditions du travail occasionnel énoncées dans la loi FW (annexe 1, article 45 de la loi FW). Toutefois, ces changements particuliers ne seront pas abordés dans cet article, car ils concernent plus les processus découlant d'autres litiges entre employeurs et travailleurs que l'identification du travail occasionnel et des droits y relatifs.

3 Loi FW, article 15A(1).

durée indéterminée. Afin de répondre à cette question, la loi FW considère qu'il convient d'examiner si⁴ :

- l'employeur est en mesure de proposer un emploi et si le travailleur a le choix d'accepter ou de refuser celui-ci ;
- le travail est effectué au gré des besoins de l'employeur ;
- l'emploi est décrit comme un travail occasionnel ;
- le travailleur a droit à une prime de travail occasionnel ou au versement d'une compensation équivalente en vertu de la loi FW⁵.

Ces éléments doivent être pris en compte au moment où l'offre de travail occasionnel est formulée par l'employeur puis acceptée par le salarié. Le comportement ultérieur de l'employeur et du travailleur ne peut pas permettre d'évaluer s'il y a eu un engagement ferme et préalable de l'employeur à fournir un travail régulier pour une durée indéterminée. La loi FW indique clairement qu'un travail effectué selon des horaires réguliers n'est pas, en soi, la marque d'un engagement ferme et préalable de l'employeur⁶.

III - LE DROIT DU TRAVAIL OCCASIONNEL À OCCUPER UN POSTE À TEMPS PLEIN OU PARTIEL

Outre définir le travail occasionnel, la loi de 2021 a imposé une série d'obligations aux employeurs, qui doivent désormais offrir aux travailleurs occasionnels la possibilité de pourvoir un poste permanent.

En vertu de la loi FW, cette offre est obligatoire si les conditions suivantes sont réunies⁷ :

- le salarié est employé depuis au moins 12 mois ;
- durant les six derniers mois, le salarié a travaillé un certain nombre d'heures de façon régulière et continue, et pourrait poursuivre à temps partiel ou à temps plein sans que des ajustements importants soient nécessaires ;
- aucune exception prévue par la loi FW ne s'applique.

Du point de vue de l'employeur, cette obligation d'offrir un poste permanent aux travailleurs occasionnels pourrait s'avérer onéreuse. Toutefois, les exceptions permettant aux employeurs de se dégager de cette obligation sont nombreuses (et plutôt souples). Par exemple, un employeur n'est pas tenu d'offrir un poste permanent à un travailleur occasionnel en cas de motifs raisonnables lui permettant d'être exempté de cette obligation⁸.

Ces « motifs raisonnables » comprennent, sans s'y limiter, les situations suivantes : le poste du travailleur cessera d'exister dans les 12 mois suivant la décision de ne pas proposer de poste permanent, les heures de travail que le salarié est tenu d'effectuer diminueront

4 Loi FW, article 15A(2).

5 Cette prime de travail occasionnel correspond généralement au paiement de 25% du salaire de base du salarié, versé pour compenser l'absence de congés annuels et de congés pour raisons personnelles (en cas de maladie ou si le travailleur doit s'occuper d'un membre de sa famille).

6 Loi FW, article 15A(3).

7 Loi FW, article 66B.

8 Loi FW, article 66C.

de façon considérable au cours de cette même période, ou les jours et les heures auxquels le salarié est tenu de travailler évolueront de façon importante et ne sont pas compatibles avec les disponibilités de celui-ci⁹.

Si un employeur décide de ne pas proposer de poste permanent à un travailleur occasionnel, ou si celui-ci n'a pas travaillé un certain nombre d'heures de façon régulière et continue pendant au moins les six mois précédents, l'employeur doit informer le travailleur, par écrit, qu'aucune offre de poste permanent ne lui sera faite¹⁰. La notification écrite doit exposer les motifs de cette décision et être remise au travailleur occasionnel dans les 21 jours.

Les travailleurs occasionnels conservent également le droit de demander un emploi permanent, sous réserve qu'au cours des six derniers mois, ils n'aient pas reçu de notification écrite de leur employeur, que leur demande de transformation de poste n'ait pas été rejetée, ou qu'ils n'aient pas décliné une offre de poste émanant de leur employeur¹¹.

Il est important de noter que, compte tenu de la nature quelque peu nébuleuse des « motifs raisonnables » permettant de refuser de faire une offre de poste permanent à un travailleur occasionnel, la loi de 2021 donne également aux salariés (et aux employeurs) la possibilité de contester ces dispositions spécifiques en cas de désaccord. En d'autres termes, si un salarié conteste les raisons invoquées par l'employeur, ou l'application de tout autre aspect des dispositions relatives à la transformation du travail occasionnel, il peut saisir la *Fair Work Commission* (FWC)¹².

Toutefois, l'arbitrage sera possible uniquement avec l'accord des deux parties, la Commission ne pouvant pas imposer sa décision aux employeurs s'ils ne sont pas d'accord. En outre, la possibilité d'introduire un recours devant la FWC peut être écartée d'une clause alternative dans le contrat de travail ou de tout autre accord écrit prévoyant un autre mode de résolution des litiges.

Cependant, il reste à voir dans quelle mesure les salariés et les employeurs se tourneront vers cette juridiction pour résoudre les problèmes liés au passage d'un travail occasionnel à un travail permanent.

IV - LA NOUVELLE DÉCLARATION D'INFORMATION SUR LE TRAVAIL OCCASIONNEL

Enfin, suite à la loi de 2021, la loi FW exige désormais que le *Fair Work Ombudsman* (le principal organisme de contrôle australien) prépare une « Déclaration d'information sur le travail occasionnel » (la « Déclaration ») et la publie¹³.

9 Loi FW, article 66C(2).

10 Loi FW, article 66C(3).

11 Loi FW, article 66F. Cela reflète les changements déjà apportés aux *Modern Awards* de la *Fair Work Commission*, dans lesquels ont été insérées des dispositions permettant aux travailleurs occasionnels de demander un poste permanent. La plupart des décisions récentes ont été modifiées pour inclure cette disposition le 1^{er} octobre 2018, les autres *Awards* ayant été modifiés peu de temps après dans le cadre du processus d'examen quadriennal de la Commission.

12 Loi FW, article 66M.

13 Loi FW, article 125A.

La Déclaration doit contenir des informations concernant, par exemple, la signification du travail occasionnel, la nouvelle obligation pour les employeurs de proposer un poste permanent aux travailleurs occasionnels, ainsi que la nouvelle compétence de la *Fair Work Commission* pour traiter les litiges relatifs aux changements apportés par la loi de 2021¹⁴. Les employeurs sont tenus de fournir cette Déclaration à chacun des travailleurs occasionnels avant, ou dès que possible après, leur prise de fonction¹⁵.

V - LES PRINCIPALES CONSÉQUENCES DES MODIFICATIONS DE LA LOI FW

Les modifications de la loi FW ici décrites apportées par la loi de 2021 ont donné un nouveau cadre aux contrats « zéro heure » en Australie.

Il est important de noter que les modifications apportées à la loi FW s'appliquent rétroactivement et offrent ainsi une certaine sécurité aux employeurs en limitant le risque que les travailleurs occasionnels tentent de contester la nature de leur contrat. Conformément à la loi FW, les employeurs sont tenus, quant à eux, de respecter le droit des travailleurs occasionnels d'occuper un poste permanent. Ils doivent donc examiner attentivement la situation de chacun d'eux, étant entendu que seuls des motifs *raisonnables* peuvent les dégager de leur obligation d'offrir un emploi plus stable et permanent à un travailleur occasionnel ou de rejeter la demande de l'un d'eux en ce sens.

Suite à des années d'actions judiciaires et de débats sociaux houleux sur la nature et le traitement des travailleurs occasionnels en Australie, la loi FW offre une voie à suivre (une voie sur laquelle de nombreuses parties en conflit risquent de s'engager, car le « caractère raisonnable » attaché à l'offre de transformation du travail occasionnel en travail permanent est mis à l'épreuve, et les derniers amendements doivent encore être mis en œuvre).

Pour autant la réforme de 2021 ne répond pas à toutes les questions et ne résout pas tous les problèmes liés aux contrats « zéro heure ». Au fil du temps, le travail évolue, tout comme les tâches des salariés ainsi que les secteurs d'activité et la façon dont le travail est effectué.

La loi de 2021 a défini le travail occasionnel comme ne pouvant être identifié que par rapport à un ensemble limité de critères, parmi lesquels figurent notamment les termes du contrat de travail. Fixer la nature d'une relation de travail par référence à un accord contractuel conclu à un moment donné comporte le risque de ne pas tenir compte de la nature dynamique et souvent fluide des relations de travail. En effet, la « définition d'une relation dans un contrat écrit... ne reflètera pas toujours la réalité »¹⁶, même si la Haute Cour a récemment jugé qu'une telle approche de la définition du travail occasionnel « s'écarte de la voie orthodoxe »¹⁷ des principes d'interprétation des contrats.

En définitive, les changements apportés par le législateur de 2021, même s'ils semblent répondre aux ambiguïtés qui ont historiquement entouré la signification du travail occasionnel en Australie, ne vont pas assez loin pour éliminer certaines failles structurelles du système australien en matière de travail précaire. L'approche de la définition du travail

14 Loi FW, article 125(2).

15 Loi FW, article 125B.

16 Rossato, [94].

17 *WorkPac Pty Ltd c/ Rossato & Ors* [2021] HCA 23, 66.

occasionnel aura pour effet d'ancrer davantage celui-ci dans le paysage du droit du travail australien, plutôt que de limiter le recours à ce type de contrat aux engagements véritablement ponctuels, irréguliers et impossibles à prévoir.

Si la loi de 2021 donne la possibilité aux travailleurs occasionnels de passer sur des postes permanents, les moyens dont disposent les employeurs pour contourner ce droit sont nombreux et susceptibles d'être instrumentalisés.

Il reste à voir dans quelle mesure les nouvelles dispositions de la loi FW relative au travail occasionnel seront effectivement appliquées. Tant que l'environnement réglementaire ne sera pas clair, les travailleurs titulaires de contrats « zéro heure » resteront vulnérables face à une insécurité économique continue résultant notamment de l'incertitude sur la régularité des futurs contrats et du non respect des droits fondamentaux de ces travailleurs dont le droit aux congés annuels et pour raisons personnelles.