

¹ [1989] 34 IR 179 au 184.

² [2011] FCA 366.

³ Voir FW Act ss 390-393.



I - Le recours au faux travail indépendant

La frontière entre l'emploi et d'autres formes d'engagement commercial ou de prestations de services de travailleurs est en augmentation croissante en Australie. C'est probablement en raison de la pression économique ou du néo-libéralisme reparti à la hausse en Australie, que la pratique d'étiquetage des travailleurs non qualifiés et subalternes comme « entrepreneurs indépendants » semble être en augmentation, et cela notamment afin d'éviter l'application de diverses lois de protection de l'emploi. Néanmoins, lorsque le statut de ces travailleurs est mis en cause devant les tribunaux, les magistrats maintiennent le principe énoncé par J. Gray dans *Re Porter: Re Transport Workers Union of Australia* en 1989 : « les parties contractantes ne peuvent créer quelque chose qui a toutes les caractéristiques d'un coq et l'appeler canard puis insister pour que tous admettent qu'il s'agit bien d'un canard »¹.

Dans l'affaire *On Call Interpreters and Translators Agency Pty Ltd v Commissioner of Taxation (No 3)*², le juge de la Cour Fédérale d'Australie, Bromberg J, a soutenu qu'un groupe de traducteurs était employé dans le but de profiter du *Superannuation Guarantee (Administration) Act* de 1992 (Cth). En effet, cette loi qui oblige les employeurs à verser un pourcentage du salaire des employés aux fonds de pensions de retraite, ne s'applique pas aux entrepreneurs indépendants. L'employeur cherchait, en l'espèce, à soustraire ces traducteurs de l'application de cette loi en les traitant comme des entrepreneurs indépendants, bien que la réalité concrète de leur engagement en fasse des travailleurs occasionnels de l'entreprise.

En outre, il existe plusieurs raisons pour lesquelles un employeur peut être tenté de caractériser les employés comme entrepreneurs. Conjointement à la volonté d'éviter certains impôts liés aux revenus, ils peuvent être désireux de se soustraire aux dispositions du *Fair Work Act* de 2009 (Cth) quant aux obligations de se conformer aux dispositions contenues dans les conventions collectives réglementaires de travail (*industrial awards*) et les accords d'entreprise négociés par le syndicat, qui prévoient généralement des taux de pénalité pour les heures supplémentaires. Par ailleurs, les travailleurs salariés ont également le droit de solliciter leur réintégration ou une indemnisation s'ils ont été injustement licenciés³. Néanmoins, ces arrangements simulant l'absence de relation de travail sont interdits, et un employeur ayant recours à de telles pratiques peut être civilement poursuivi selon le *Fair Work Act* ss 357-359.

Tout au long de l'année 2011, l'*Office of the Australian Building and Construction Commissioner (ABCC)* a mené une enquête publique sur l'ampleur de ce phénomène de dissimulation de relation de travail dans le secteur de la construction. Les preuves anecdotiques suggèrent une pratique répandue dans l'industrie en vue d'échapper aux obligations découlant des conventions collectives négociées par le

syndicat. Historiquement, les professionnels qualifiés (tels que les charpentiers, les plombiers et les électriciens) ont toujours été engagés en qualité de sous-traitants en Australie, alors que les ouvriers non-qualifiés ont toujours été traités comme des employés jouissant de la protection des lois sur l'emploi. Par exemple, dans l'affaire *ABCC v Rapid Formwork Construction Pty Ltd v Anderson*⁴, une entreprise avait eu recours à un certain nombre de jeunes travailleurs en vue d'aider à la construction d'un échafaudage. Leur horaire de travail ainsi que leur pauses-repas leur était dicté par l'entreprise, qui leur fournissait par ailleurs tous les outils, équipements et uniformes nécessaires. En pratique, et selon la méthode du faisceau d'indices multiples issue du droit commun généralement appliquée par les tribunaux en Australie⁵, ces jeunes travailleurs étaient des salariés, bien que la direction de l'entreprise soutienne qu'il s'agissait de travailleurs indépendants. Elle prétendait, pour appuyer sa position, leur avoir réclamé leur propre « *Australian Business Number* » (ABN) – équivalent du numéro SIREN – et soulignait leur projet de création d'entreprises indépendantes et le fait qu'ils assumeraient dès lors leurs propres impôts et obligations d'assurance. Les jeunes travailleurs ayant été requalifiés de travailleurs l'entreprise a été condamnée au versement d'une amende de 25 500 dollars australiens et à verser rétroactivement 6 816 dollars australiens aux travailleurs.

⁴ [2011] FMCA 649.

⁵ Voir *Hollis v Vabu Pty Ltd* (2001) 207 CLR 21.

⁶ Voir *AIPA v Qantas Airways Limited and Jetconnect Limited* [2011] FWA 3706.

⁷ Littéralement, « J'appelle encore l'Australie mon foyer ».



II - L'externalisation

La pression économique qui s'exerce sur les employeurs se faisant concurrence sur les marchés mondiaux semble conduire à une pratique d'externalisation du travail sur des sites *offshore*. Le dernier exemple à occuper le devant de la scène a été la décision de la compagnie aérienne emblématique de l'Australie, *Qantas*, de créer une filiale à part entière en Nouvelle-Zélande, dénommée *Jetconnect Ltd*, pour engager des pilotes sur les vols de *Qantas*. L'association des pilotes australiens et internationaux (*Australian and International Pilots Association* – AIPA) a critiqué cette stratégie en affirmant que les pilotes engagés chez *Jetconnect Ltd* devraient quand même être couverts par le *Qantas Shorthaul Pilots' Award 2000*, qui s'applique aux pilotes employés directement par *Qantas* en Australie⁶. Une majorité des magistrats du *Fair Work Australia* a refusé la demande, se fondant sur le fait que *Jetconnect Ltd* a été constituée et est basée en Nouvelle-Zélande, les pilotes de *Jetconnect Ltd* étaient des résidents de Nouvelle-Zélande et leurs engagements étaient régis par les lois de Nouvelle-Zélande. Suite à cette décision, selon les rumeurs, *Qantas* envisagerait d'établir des filiales similaires dans les pays voisins dont le coût du travail est encore plus bas que ceux de la Nouvelle-Zélande. Bientôt, il sera très difficile pour *Qantas* de maintenir son slogan publicitaire habituel (basé sur la chanson de Peter Allan) : « *I still call Australia home* »⁷.