AUSTRALIE

SHAE McCRYSTAL Faculté de droit, Université de Sydney

Le sort des droits accumulés par les employés en cas d'insolvabilité de leur employeur constitue une question politique d'actualité en Australie, depuis une série de faillites très médiatisées au début des années 2000, ayant laissé des milliers de travailleurs australiens sans aucune prise en charge financière de leurs créances salariales[1]. L'une des conséquences du large intérêt que l'opinion publique a accordé à l'époque à cette question a été la mise en place d'un régime administratif discrétionnaire par le gouvernement australien afin de garantir le paiement des droits accumulés par les employés en cas d'insolvabilité ou de faillite de l'employeur. En novembre 2012, cette disposition a été promulguée en tant que loi sous la forme de *Fair Entitlements Guarantee Act 2012* (*Cth*) (Loi sur la garantie de droits équitables).

Des milliers de dollars peuvent ainsi être dus à des employés individuels au cas d'insolvabilité ou de faillite de l'employeur. Ces sommes correspondent aux salaires non payés, aux congés payés (congés annuels et congés pour ancienneté), à la rémunération de la période de préavis ou aux indemnités de licenciement. Or, si la loi leur accorde une priorité en cas de liquidation des actifs de leur ancien employeur [2], en règle générale, les employés sont toujours des créanciers sans garantie, passant ainsi après les créanciers garantis et les frais du liquidateur, dans la file de l'insolvabilité. Le plus souvent, à la fin du processus de liquidation, ils ne récupèrent aucune de leurs créances. Plusieurs solutions à ce problème ont été proposées en Australie, dont un régime d'assurance insolvabilité obligatoire, le classement des employés avant les créanciers garantis dans la liquidation des actifs de leur employeur ou l'établissement d'un fonds d'indemnisation finançant les droits accumulés par les employés lorsqu'ils deviennent exigibles. Toutes ces solutions consistent à s'assurer que les employeurs restent finalement responsables du paiement des créances salariales[3]. Si des progrès ont été faits par les syndicats australiens concernant la mise en place de fonds d'indemnisation, le gouvernement australien a appréhendé le problème par l'intermédiaire d'un mécanisme d'assurances – en versant les montants dus aux employés sur les recettes générales, tout en prenant d'autres mesures législatives pour essayer de s'assurer que les employeurs ne dépouillent pas les entreprise défaillantes de leurs actifs [4].

Le *General Employee Entitlements and Redundancy Scheme* (Régime général des droits des employés et du licenciement) mis en place depuis 2001 a permis aux employés dont les employeurs faisaient l'objet d'une liquidation de recevoir un versement du gouvernement australien correspondant à une certaine part de leur dette impayée. Les versements aux employés en vertu de ce régime discrétionnaire, entre 2001 et 2011, ont été estimés à environ 1 milliard $AU[5].

La promulgation de la Loi de 2012 sur la garantie de droits équitables (*Cth*) consacre l'approche assurance sociale du problème des créances salariales

1 Voir J. Riley, « Bargaining for Security: Lesson for Employees from the World of Corporate Finance »,' *Journal of Industrial Relations*, 2002, 44, p. 491.

2 Loi de 2001 sur les Entreprises s 556.

3 Voir J. Riley, op. *cit.*.

4 Voir H Anderson, « Phoenix Activity and the Recovery of Unpaid Employee Entitlements – 10 Years On », *Australian Journal of Labour Law*, 2011, 24, p. 141

5 *Ibid*, 149.

impayées. L'aspect discrétionnaire de la disposition a été supprimé et la part desdites créances non-payées qui peut être recouvrée a été augmentée. En vertu de la Loi, les employés éligibles (ceux dont l'emploi s'est achevé en raison de la faillite ou de l'insolvabilité de leur employeur) peuvent obtenir une « avance » du gouvernement australien pour couvrir tout salaire non payé (jusqu'à 13 semaines de paie), les congés annuels et les congés pour ancienneté, le paiement en lieu et place de la période de préavis (jusqu'à cinq semaines de paie) et les indemnités de licenciement (calculées au taux de quatre semaines de salaires par année de service)[6]. Une fois l'avance payée, le gouvernement australien est subrogé dans les droits de l'employé bénéficiaire du recouvrement de la dette[7].

La disposition ne s'étend notamment pas aux dettes qu'une entreprise peut avoir envers les employés sous-traitants indépendants. La distinction de droit commun entre un contrat d'engagement et un contrat pour prestation de services est conservée aux fins de la Loi. Les employés qui ont précédemment été embauchés en tant que sous-traitants indépendants mais qui sont devenus des employés peu avant l'insolvabilité ou la faillite sont également exclus[8].

La différence la plus importante entre la nouvelle Loi et l'ancien régime concerne le paiement des indemnités de licenciement. En Australie, un employé peut avoir droit au paiement d'indemnités de licenciement lorsqu'il perd son emploi sans avoir commis de faute parce que l'employeur ne souhaite plus que le poste soit occupé ; ce qui est justement le cas dans une situation de liquidation d'entreprise. Ce droit peut découler d'un *industrial instrument* – à savoir un contrat d'emploi, un *industrial award* (décision sectorielle) ou un accord collectif – ou plus récemment de l'inclusion d'un droit au paiement d'indemnités de licenciement au sein des normes minimales nationales de travail fixées par la *Fair Work Act 2009* (*Cth*) (Loi sur le travail équitable). En vertu du régime précédent, le recouvrement de toute indemnité de licenciement non payée était limité à 16 semaines (ou quatre années de service éligibles). Cela signifie qu'un employé de longue date qui avait droit au paiement d'indemnités de licenciement et perdait son travail en conséquence de l'insolvabilité de son employeur, allait perdre une somme d'argent considérable (4 semaines de paie par année de travail au-delà des 4 ans). En vertu de la nouvelle disposition, les employés peuvent récupérer l'intégralité des indemnités de licenciement non payées (sauf si leurs droits dépassent les 4 semaines de paie par année de travail)[9].

La Loi de 2012 sur la garantie de droits équitables (*Cth*) offre aux employés australiens une protection des droits qu'ils ont accumulés, en cas d'insolvabilité ou de faillite de leur employeur, mais elle le fait en remboursant la créance sur les recettes générales. Alors que le gouvernement australien récupère une partie de ces créances par l'intermédiaire du processus d'insolvabilité et de faillite, il s'agit seulement d'une fraction des sommes versées, essentiellement pour couvrir les montants dus par les entreprises à leurs employés.

6 Loi de 2012 sur la Garantie de Droits Equitables (Cth) ss 6, 10.

7 *Ibid*, Partie 5, Division 1.

8 *Ibid*, s 12.

9 *Ibid*, s 6(5).