

Andrew Stewart

*Professeur de droit
Université d'Adelaïde*

Rosemary Owens

*Professeur de droit
Doyenne de l'Université d'Adelaïde*

Travail équitable en Australie : une réponse aux réformes de « *Work Choices* » ?*

Abstract

The new Labor government is implementing its 'Forward with Fairness' policies. These will reverse some of the controversial 'Work Choices' reforms. Employers have already been prevented from undercutting minimum conditions. Further legislation will create new entitlements for employees, require good faith bargaining, and restore protections against unfair dismissal. But some anti-union provisions will remain, and employers will still benefit from various forms of flexibility. It is questionable whether the new laws do enough to promote social inclusion and decent work.

Résumé

La politique « *Forward with Fairness* » mise actuellement en œuvre par le nouveau gouvernement travailliste à vocation à inverser certaines des réformes controversées de la précédente politique « *Work Choices* » ; notamment en empêchant d'ores et déjà les employeurs d'amoinrir les conditions minimum de travail. En outre, une législation supplémentaire, créatrice de nouveaux droits pour les travailleurs, exige de plus une négociation de bonne foi et restaure des protections contre le licenciement abusif. Toutefois certaines dispositions antisyndicales demeurent et diverses formes de flexibilité continuent d'être bénéfiques aux employeurs. La pertinence de ces législations travaillistes quant à une réelle promotion de l'insertion sociale et du travail décent est de ce fait contestable.

* Certaines parties de cet article sont tirées du chapitre introductif de A. Forsyth and A. Stewart (eds), *Australian Labour Law: From 'Work Choices' to 'Fair Work'*, Federation Press, Sydney (à paraître).

Le droit du travail australien traverse la période la plus difficile de son histoire. Après une phase d'importantes modifications au cours des années 1990, il y a eu un flot ininterrompu de réformes législatives, ou de projets de réformes, tant au niveau fédéral (national) que de l'État (provincial). Mais même par rapport aux deux dernières décennies, le nombre et le rythme des changements intervenus au cours des trois années passées a été extraordinaire. La principale loi fédérale, la *Workplace Relations Act 1996* (WR Act) (loi de 1996 relative aux relations sur le lieu de travail), a été substantiellement amendée à quatre reprises et doit l'être encore à l'avenir. Une élection fédérale a été menée et gagnée sur la question de la réforme des relations sur le lieu de travail. Pendant toute cette période les relations professionnelles ont rarement été absentes des médias et l'intérêt du public pour cette question n'a jamais été aussi grand.

Deux visions distinctes, sans être totalement antinomiques, de la législation du travail ont prédominé au cours de cette période. La première est représentée par la législation *Work Choices* (relative aux « choix en matière de travail ») initiée par le gouvernement conservateur dirigé par John Howard. Elle constituait un changement radical qui, tout en laissant intact de nombreux éléments de l'ancien système fédéral, avait pour finalité de supprimer certaines contraintes pesant sur les employeurs. Présentée comme une approche « plus simple et plus équitable » qui aurait permis des salaires plus élevés et davantage d'emplois, *Work Choices* a été interprétée par de nombreux détracteurs comme une législation portant atteinte aux droits des travailleurs et remettant en cause le principe de l'égalité des chances sur le lieu de travail. Les réformes ont galvanisé l'opposition, des syndicalistes aux groupes communautaires, et ont finalement entraîné la défaite du gouvernement aux élections de 2007.

La seconde vision est celle du nouveau gouvernement travailliste dirigé par Kevin Rudd, qui s'articule autour de la politique *Forward with Fairness* (« Progrès dans l'équité ») que son parti adopta pendant cette élection. Présentée comme une alternative radicale à *Work Choices*, la politique *Forward with Fairness* implique des changements significatifs, notamment dans le renforcement du « filet de sécurité » pour les négociations collectives sur le lieu de travail. Mais dans le même temps, elle conserve de nombreux points introduits par le gouvernement Howard lorsqu'il était en exercice.

Dans le présent article, nous exposerons les réformes législatives que le gouvernement Rudd a déjà introduites, et celles qui sont toujours en préparation. Comme nous l'indiquerons, les changements sont destinés à restaurer d'importantes protections aux employés. Mais dans le même temps, on peut les voir comme une occasion manquée d'adopter une vision plus noble de la législation du travail, fondée sur le respect de certaines valeurs fondamentales. *Forward with Fairness* est à bien des égards basée sur une perception très conservatrice de ce que le droit du travail devrait tenter et réaliser.

Cependant, afin d'expliquer à la fois la nature et les défauts du programme de réforme du parti travailliste, il est nécessaire d'évoquer en premier lieu les changements qu'il entendait contrecarrer.

I - De l'Arbitrage obligatoire à la législation « *Work Choices* »¹

Pendant presque tout le vingtième siècle, l'approche australienne en matière de réglementation des conditions de travail était relativement équilibrée, même si elle était très différente des standards internationaux. La caractéristique principale étant le recours obligatoire à la conciliation et l'arbitrage par les tribunaux publics pour résoudre les conflits du travail². Ces tribunaux relevaient à la fois du droit fédéral et des États, sans répartition cohérente ni prévisible des responsabilités entre eux. Dans la pratique, le système fédéral et celui des États coexistaient, même si en cas de conflit entre eux le premier prévalait.

L'un des effets du travail des tribunaux était d'aboutir à une multitude de « décisions » et d'ordonnances qui, dans la plupart des cas, s'appliquaient à des secteurs, professions ou régions bien précis. Ces décisions, qui concernaient la grande majorité de la population active, fixaient les salaires minimum et les conditions de travail ; lesquels pouvaient être améliorés par des négociations collectives sur le lieu de travail (en grande partie non

¹ Voir R. Owens et J. Riley, *The Law of Work*, Oxford University Press, Melbourne, 2007, ch. 3. « Australian Law of Work in transition » pour une vue d'ensemble du droit pour la période 1904–2006.

² Voir J. Isaac and S. Macintyre (eds), *The New Province for Law and Order: 100 Years of Australian Industrial Conciliation and Arbitration*, Cambridge University Press, Melbourne, 2004.

réglementées). Les syndicats jouaient un rôle déterminant dans tous les aspects de l'arbitrage. Les actions collectives étaient d'un usage courant, même si elles étaient presque toujours illégales.

Dans les années 1990, cependant, d'importants changements sont intervenus. Des amendements ont été introduits tant au niveau fédéral qu'étatique pour mettre davantage l'accent sur les négociations collectives sur le lieu de travail comme principal outil de fixation des salaires et des conditions de travail³. L'objectif était d'améliorer la productivité et la compétitivité des entreprises australiennes en encourageant la négociation des augmentations de salaires en contrepartie de l'introduction de plus de flexibilité dans le travail. Les accords qui en ont résulté, s'ils étaient dûment enregistrés, pouvaient se substituer aux décisions de justice ; lesquelles sont maintenant officiellement décrites comme fixant un « filet de sécurité » pour l'accord concerné. Au moins au niveau fédéral, il devint légal pour les syndicats de faire une action collective en faveur d'un nouvel accord. Le rôle des tribunaux a également changé. Leur pouvoir d'intervention dans les conflits a été limité, sans être supprimé, et ils conservaient dans la plupart des cas la responsabilité d'examiner et d'approuver les accords.

Lorsque ces changements ont été introduits par les gouvernements travaillistes, ils partaient de l'idée que les négociations sur le lieu de travail devaient être collectives par nature. Mais une concession importante en faveur des employeurs a été de leur permettre de négocier des accords, en cas de grève, avec un groupe de leurs employés et ce, sans que les syndicats n'interviennent. Certains gouvernements conservateurs ont tenté d'aller plus loin en autorisant l'enregistrement d'accords entre employeurs et salariés, à titre individuel ; accords pouvant fixer les conditions de travail sans se référer aux décisions de justice. À son arrivée au pouvoir en 1996, le gouvernement Howard a introduit un tel système au niveau fédéral⁴. Mais en raison d'une majorité insuffisante à la chambre haute du Parlement – le Sénat – il a été contraint de faire d'importantes concessions. Les conventions collectives et les « *individual Australian Workplace Agreements* » (AWA) (accords individuels australiens sur le lieu de travail) furent soumis à un

³ Voir par ex. *Industrial Relations Reform Act 1993* (Commonwealth (Cth)) ; et plus généralement D. R. Nolan (ed), *The Australasian Labour Law Reforms: Australia and New Zealand at the End of the Twentieth Century*, Federation Press, Sydney, 1998.

⁴ *Workplace Relations and Other Legislation Amendment Act 1996* (Cth).

« test de non-désavantage ». Ils ne pouvaient être enregistrés qu'à la condition que le(s) travailleur(s) concerné(s) ne se retrouve(nt) pas, tout compte fait, dans une situation pire que celle dans laquelle il(s) aurait(en)t été en vertu d'une décision de justice qui lui/leur aurait été applicable.

D'un certain point de vue, l'introduction des AWA a été un échec. Au cours de la décennie suivante, seuls 2% environ de la population active ont été concernés par de tels accords, comparés aux 35 à 40% que couvrent les conventions collectives⁵. Et ce, malgré les gouvernements conservateurs imposant que l'on y recourt dans certaines parties du secteur public. Pour la plupart des employeurs, la lourdeur de la bureaucratie associée au fait de devoir enregistrer et obtenir la validation officielle des accords pour chaque travailleur pris individuellement a fini par les dissuader de les utiliser ; au même titre que le faisait autrefois une forte opposition syndicale. Mais il y avait quelques secteurs, notamment dans certaines parties de l'industrie minière, où ils étaient abondamment utilisés – et presque toujours comme un élément d'une stratégie visant à désyndicaliser un lieu de travail ou une entreprise⁶.

Le gouvernement Howard a plusieurs fois tenté d'apporter des changements à sa législation de 1996, en particulier de « libérer » l'utilisation des accords individuels et d'exonérer les petites entreprises de toute responsabilité en cas de licenciement abusif de leurs employés. Ces tentatives ont été contrariées par les parties d'opposition au Sénat. Mais en 2005, le gouvernement a obtenu une courte mais cruciale majorité à la chambre haute. Par conséquent, les amendements à la législation *Work Choices* sont entrés en vigueur en mars 2006⁷.

⁵ Voir I. Watson et al, *Fragmented Futures: New Challenges in Working Life*, Federation Press, Sydney, 2003, p. 112. Le reste de la population active était recruté par des accords individuels qui, parce qu'ils n'étaient pas enregistrés, devaient se conformer à l'ensemble des décisions de justice applicables. Dans la pratique, peut-être 30 % n'étaient pas du tout concernés par des décisions, y compris la plupart des cadres et employés. Pour ces personnels, il était inutile d'avoir un accord enregistré.

⁶ Voir S. Deery and R. Mitchell (eds), *Employment Relations: Individualisation and Union Exclusion*, Federation Press, Sydney, 1999 ; D. Peetz, *Brave New Workplace: How Individual Contracts are Changing Our Jobs*, Allen & Unwin, Sydney, 2006.

⁷ Voir *Workplace Relations Amendment (Work Choices) Act 2005* (Cth). Pour une vue d'ensemble des réformes de la législation *Work Choices*, voir R. Owens, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Bordeaux, Actualité

Les réformes de la législation *Work Choices* ont entraîné d'importants changements dans le champ d'application, la nature et le contenu du régime fédéral. En ce qui concerne le *champ d'application*, la réforme clé a été de rendre la *WR Act* applicable à tous les contrats de travail conclus par des sociétés de négoce, financières ou étrangères. Sauf exceptions, les lois étatiques ne pouvaient dorénavant plus s'appliquer à ces relations. En raison du fait que de très nombreuses sociétés opèrent comme des sociétés par actions, le système fédéral a été étendu aux trois quarts au moins de la population active. Une récusation constitutionnelle de la validité de cette extension a été rejetée par la Haute cour⁸.

En ce qui concerne la *nature* de la législation fédérale, deux changements importants sont intervenus. L'un consistait à introduire dans la loi une série de cinq conditions minimum, les *Australian Fair Pay and Conditions Standard* (AFPCS) (les normes australiennes en matière de rémunération et de conditions équitables), couvrant les salaires, le temps de travail, les congés annuels, les congés pour convenances personnelles et les congés parentaux. À quelques exceptions près, le droit fédéral n'avait pas auparavant cherché à réglementer les conditions de travail aussi directement en dehors du secteur public. Ce nouveau filet de sécurité est devenu applicable à tous les employés du système fédéral, et pas uniquement à ceux concernés par les décisions de justice. Un second changement concernait la résolution des conflits du travail. En retirant à la *Australian Industrial Relations Commission* (AIRC) (la Commission australienne des relations professionnelles) tout mandat général pour traiter les conflits du travail, le système centenaire de l'arbitrage obligatoire n'avait plus lieu d'être. Dorénavant, l'AIRC ne peut d'une manière générale plus du tout intervenir dans un litige, à moins que les parties n'y consentent.

En termes de *contenu* des lois fédérales, la position des employeurs s'est renforcée de plusieurs façons. Le système des décisions de justice a été conservé, mais son contenu limité. La responsabilité de la révision du salaire minimum a été transférée de l'AIRC à la Commission australienne pour les

juridiques internationales, Australie, (2006), pp. 218-225 ; A. Stewart, « Work Choices in Overview: Big Bang or Slow Burn? », 2006, 16(2) *Economic & Labour Relations Review* 25 ; J. Murray, « Work Choices and the Radical Revision of the Public Realm of Australian Statutory Labour Law », 2006, 35 *Industrial Law Journal* 343.

⁸ *New South Wales v Commonwealth* (2006) 229 CLR 1.

salaries équitables, une nouvelle instance dont la vocation clairement affichée par le gouvernement est d'être plus prudente sur les augmentations de salaires. Le plus important étant que le test de non-désavantage pour les accords sur le lieu de travail a été aboli, de telle sorte que pour toute personne concernée par un tel accord, le système des décisions de justice est devenu de fait sans objet. Les employeurs pouvaient dès lors embaucher des salariés à des conditions moins avantageuses que celles prévues par les décisions de justice, sous réserve qu'ils respectent les AFPCS. Une autre réforme a consisté à empêcher que la plupart des salariés licenciés ne contestent la légitimité de la décision ayant motivé leur licenciement. Aucune action pour licenciement abusif ne pouvait être intentée contre un employeur employant moins de 100 salariés, ou lorsque la résiliation du contrat de travail était intervenue pour « *genuine operational reasons* » (une « cause réelle et sérieuse »). Bien que la première interprétation des « *genuine operational reasons* » ait fait apparaître des améliorations potentielles de la nouvelle loi, il est vite devenu évident que le test de la « légitimité » de la rupture n'a pas empêché les employeurs de licencier, quand bien même de telles décisions n'auraient pas été fondées ou justifiables au sens de la loi antérieure⁹.

Les syndicats, de leur côté, étaient embarrassés à chaque crise. Leur capacité d'intenter une action collective « protégée » (ie régulière) était entravée par l'introduction de nouvelles procédures lourdes et coûteuses. Il y avait également de nouveaux moyens pour mettre fin à une action protégée dès lors qu'elle commençait à provoquer un préjudice significatif. Le droit reconnu par la loi aux dirigeants syndicaux d'entrer sur les lieux de travail pour enquêter suite à des plaintes ou de communiquer avec les membres du personnel a été réduit de plusieurs façons, alors que le pouvoir des syndicats de négocier des conditions plus favorables d'entrée a été supprimé, au moins en ce qui concerne les accords sur le lieu de travail enregistrés. La plupart des restrictions visaient directement des questions habituellement incluses dans des accords négociés par les syndicats, notamment dans les secteurs de la fabrication et de la construction¹⁰.

⁹ Voir *Village Cinemas Australia Pty Ltd v Carter*, 2007, 158 IR 137.

¹⁰ Le secteur de la construction était lui-même soumis à une législation distincte, qui comprenait la création d'une nouvelle agence, la Commission australienne du bâtiment et de la construction, en vue de mettre en œuvre la *WR Act* et certaines règles particulières concernant ce secteur : voir *Building and Construction Industry Improvement Act 2005* (Cth).

Les règles du « contenu prohibé » faisaient partie d'une attaque plus large sur la négociation collective. La primauté des AWA sur les conventions collectives s'était renforcée de plusieurs manières, tandis que les changements apportés aux dispositions relatives à la « liberté d'association » ont rendu plus difficile aux syndicats la remise en cause des modifications initiées par les employeurs dans les accords individuels. La suppression de l'AIRC avait déjà limité la possibilité d'intervenir dans les conflits lors des négociations, comme elle avait rendu plus difficile la remise en cause des décisions des employeurs de refuser de négocier, même avec un syndicat majoritaire sur le lieu de travail.

Un dernier aspect des réformes de la législation *Work Choices* qui mérite un commentaire est le très important volume de lois qu'elle a généré. Les lois fédérales en matière de droit du travail ont augmenté rapidement pendant de nombreuses années, et une part non négligeable de cette augmentation en termes d'importance et de complexité peut être attribuée à des facteurs qui trouvent leur origine dans la décennie précédente¹¹. Mais la production du mois de mars 2006 a été encore plus impressionnante. La *WR Act* a augmenté de moitié, tandis que ses décrets d'application ont doublés de volume. Les deux réunis représentent un pavé d'environ 1800 pages. Et cette prolifération n'a pas été contrebalancée par un niveau élevé de clarté. Au contraire, la législation était (et reste) complexe, difficile à comprendre et pleine d'incertitudes et d'ambiguïtés.

II - L'abandon de *Work Choices*

En d'autres circonstances, les réformes de la législation *Work Choices* auraient pu représenter une occasion unique pour transformer en profondeur le paysage réglementaire. Pourtant, la version originale a tenu à peine quelques mois avant que le gouvernement Howard ne commence à la remanier. À la fin de l'année 2006, le gouvernement avait introduit plus de 100 amendements à la *WR Act*¹². Bien que nombreux, ces changements n'ont pas affecté l'esprit des réformes *Work Choices*. Mais on ne pouvait pas en

¹¹ Voir A. Stewart, « A Simple Plan for Reform? The Problem of Complexity in Workplace Regulation », 2005, 31 *Aust Bull Lab*, pp. 216-218.

¹² *Workplace Relations Legislation Amendment (Independent Contractors) Act 2006* (Cth).

dire autant des amendements plus significatifs apportés l'année suivante au « filet de sécurité »¹³.

Les changements de 2007 étaient motivés par la prise de conscience du gouvernement qu'il allait perdre la bataille de l'opinion publique sur ses réformes. Lorsque les réformes *Work Choices* ont été introduites, le gouvernement les avait présentées comme créant de la « liberté », du « choix » et de la « flexibilité ». En réduisant au minimum l'intervention de « tiers » (syndicats ou tribunaux prudhommaux), il pensait que les salariés australiens et leurs employeurs pourraient négocier des accords plus adaptés à leurs besoins individuels, et qu'il en résulterait des salaires plus élevés, une plus grande productivité et plus d'emplois en général¹⁴. Mais ce que le gouvernement savait parfaitement, et qu'il refusait de reconnaître publiquement, était que la plupart des contrats de travail n'étaient pas négociés du tout. En l'absence de syndicats, les employeurs se contentent de formuler une série de conditions standards qu'ils proposent aux demandeurs d'emplois sur une base « à prendre ou à laisser ». Les réformes *Work Choices* permettaient dès lors à certains employeurs de revoir à la baisse ces conditions en dessous du seuil minimum préalablement fixé par le système des décisions de justice.

En raison de la performance de l'économie australienne à cette époque, et du manque important de main-d'œuvre qualifiée, tous les employeurs ne pouvaient pas profiter de cette possibilité. De plus, de nombreux syndicats avaient anticipé la législation *Work Choices* en négociant des conventions collectives de trois ans qui ne devaient pas expirer avant 2008 ou 2009. Mais dans des secteurs faiblement syndiqués, tels que le commerce de détail ou l'hôtellerie – où le *turnover* est important – il était prévisible que les entreprises essaient de profiter de ces changements pour baisser le coût du travail. Même s'ils ne pouvaient pas réduire les salaires minimum fixés par les décisions de justice, étant donné que ceux-ci étaient garantis par les AFPS, les employeurs pouvaient proposer des accords qui réduisaient ou éliminaient les « taux de pénalité » (taux majorés) pour les heures supplémentaires, le travail de nuit ou les week-ends, ainsi que toute une série d'autres droits à indemnité ou restrictions.

¹³ *Workplace Relations Amendment (A Stronger Safety Net) Act, 2007*, (Cth).

¹⁴ Voir par ex. la déclaration du Premier ministre relative aux relations professionnelles faite au Parlement australien le 26 mai 2005.

Alors qu'ils se vantaient d'une augmentation de l'utilisation des AWA, quelques mois après l'introduction de la législation *Work Choices*, même les officiels du gouvernement ont reconnu devant le Parlement que les droits de base des travailleurs étaient démantelés¹⁵. Le gouvernement a par la suite démenti avoir d'autres données officielles sur le contenu des accords sur le lieu de travail, mais une fuite embarrassante a révélé que 44% des AWA ont aboli toutes les conditions protectrices reconnues par les décisions de justice¹⁶. En fait, un flot d'enquêtes indépendantes a confirmé les nombreuses critiques formulées : à savoir qu'ils ont accru les pouvoirs du patronat sur le lieu de travail, qu'ils pouvaient être utilisés pour supprimer des droits acquis, et que leurs effets étaient davantage visibles à l'égard de ceux ayant un pouvoir de négociation moindre sur le lieu de travail, à savoir les femmes et les jeunes¹⁷.

Pour prendre en compte les inquiétudes de l'opinion publique, les amendements de 2007 ont introduit un nouveau « test d'équité » pour les accords sur le lieu de travail. Celui-ci doit garantir que l'on ne puisse pas renoncer aux conditions de rémunération minimum « protectrices » reconnues par les décisions de justice telles que les taux de pénalité sans une « juste contrepartie ». C'est à une nouvelle instance, *the Workplace Authority* (l'Autorité sur le lieu de travail), que l'exécution de ce test d'équité a été confiée. Un médiateur du lieu de travail a également été créé avec mandat d'inciter les employeurs à respecter leurs obligations. Le

¹⁵ P. McIlwain, Parlement australien, Evidence to Senate Committee on Employment, Workplace Relations and Education Legislation Committee, *Estimates*, 29 May 2006.

¹⁶ Voir M. Davis, « Revealed: how AWAs strip work rights » *Sydney Morning Herald*, 17 Avril 2007, p. 1.

¹⁷ Voir par ex. D. Peetz, *Assessing the Impact of « Work Choices » – One Year On*, Report for the Department of Innovation, Industry and Regional Development, Victoria, 2007 ; J. Elton et al, *Women and WorkChoices: Impacts on the Low Pay Sector*, Centre for Work & Life, Hawke Research Institute, University of South Australia, 2007 ; J. Evesson et al, *Lowering the Standards: From Awards to WorkChoices in Retail and Hospitality Collective Agreements: Synthesis Report*, Report for the Queensland, New South Wales, and Victorian Governments, Workplace Research Centre, Sydney, 2007 ; B. Van Wanrooy et al, *Australia at Work. The Benchmark Report*, University of Sydney, 2007 ; C. Sutherland, *Agreement-Making under WorkChoices: The Impact of the Legal Framework on Bargaining Practices and Outcomes*, Report for the Office of the Workplace Rights Advocate, Victoria, 2007.

gouvernement à chercher à abandonner toute référence au terme impopulaire de « *Work Choices* », en allant même jusqu'à donner instruction au personnel du centre d'appel, chargé de répondre aux demandes d'informations du public sur les nouvelles lois, de parler de « relations sur le lieu de travail » à la place.

Par ailleurs, ni des changements significatifs à la législation, ni une campagne publicitaire gouvernementale (et patronale) ne suffirent pour sauver le gouvernement. En novembre 2007, le gouvernement Howard a perdu, face au parti travailliste, au cours d'une élection où les relations professionnelles étaient l'un des rares domaines où existait une véritable différence de politique entre les principaux partis. D'après la plupart des commentateurs, *Work Choices* a été l'une des principales raisons pour lesquelles l'opinion publique a cessé d'accorder sa confiance aux partis conservateurs. John Howard, qui a été étroitement associé aux réformes, est devenu le deuxième Premier ministre en exercice à perdre son siège au Parlement.

III - Progrès avec équité (*Forward with Fairness*)

L'opposition travailliste que Kevin Rudd a conduite au pouvoir avait consacré une grande partie de l'année 2007 à élaborer sa propre politique en matière de relations professionnelles, ce qui constituait un exercice difficile. D'une part, il fallait concilier l'attente de l'opinion publique quant au respect des engagements pris afin d'« enterrer » *Work Choices* avec la pression des leaders syndicaux en vue d'aller beaucoup plus loin dans l'annulation des effets des onze années de gouvernement Howard. Après tout, les syndicats étaient ceux qui avaient particulièrement œuvré pour structurer et maintenir l'opposition de l'opinion publique. D'autre part, le patronat cherchait à préserver autant que possible le régime existant. Les médias s'interrogeaient sur la possibilité pour un gouvernement travailliste de contrôler les syndicats, et en particulier toute velléité de leur part afin de revenir à l'arbitrage obligatoire des litiges et aux conventions collectives « types » (sectorielles) sur les salaires et les conditions de travail.

Dans la pratique, la politique *Forward with Fairness* que le parti travailliste adopta pour l'élection a impliqué toute une série de compromis¹⁸. Comme on pouvait s'y attendre, ceux-ci n'ont plu ni aux syndicats, ni aux entreprises. Mais cela était simplement la preuve, d'après le parti travailliste, qu'il avait trouvé le juste équilibre entre « équité » et « flexibilité » dans la réglementation du marché du travail. D'une part, les AWA étaient supprimés, le test de non-désavantage rétabli, le filet de sécurité pour les conditions minimum légales de travail étendu, et les droits en cas de licenciement abusif restaurés. Par ailleurs, l'accent était davantage mis sur les conventions collectives. Mais, d'autre part, le parti travailliste a conservé les lois « restrictives » sur l'action collective, le droit d'entrée et la liberté d'association. Il accorde un statut particulier aux petites entreprises dans le nouveau système de licenciement abusif. Il réaménage le système des décisions judiciaires, en proposant un nouveau cadre pour les employeurs et les salariés à titre individuel afin de modifier les conséquences de certaines dispositions. Et une longue période transitoire est prévue avant l'introduction des principaux changements pour laisser aux employeurs le temps de s'adapter.

Le parti travailliste a également promis de créer une nouvelle instance, le *Fair Work Australia* (FWA), comme la pièce maîtresse de son nouveau dispositif. À partir du début 2010, le FWA remplacera la Commission australienne des relations professionnelles, la Commission australienne pour les salaires équitables, l'Autorité sur le lieu de travail, le médiateur sur le lieu de travail et la Commission australienne du bâtiment et de la construction. À ce titre, le FWA disposera de fonctions étendues, à savoir notamment fournir des informations et des conseils, régler des litiges, superviser des négociations, approuver des conventions, modifier les salaires minimum et les conditions fixées par les décisions de justice, contrôler la conformité et se prononcer sur des recours en cas de licenciements abusifs. Il aura également un « organe judiciaire » qui pourrait être utilisé pour faire

¹⁸ La politique est exposée dans deux documents distincts, publiés en avril et août 2007 : voir K. Rudd et J. Gillard, *Forward with Fairness: Labor's Plan for Fairer and More Productive Australian Workplaces*, Australian Labor Party, Canberra, 2007 ; *Forward with Fairness: Policy Implementation Plan*, Australian Labor Party, Canberra, 2007.

appliquer différents aspects de la législation, bien que pour des raisons constitutionnelles cette instance doit être créée comme un tribunal distinct¹⁹.

IV - Le programme de réforme du Parti travailliste

Une fois en fonctions, le gouvernement Rudd a très vite mis en œuvre la première tranche de ses réformes. Il a introduit ses amendements « transitoires » au cours de la première semaine de la session de février 2008. Bien qu'ils soient toujours majoritaires au Sénat, les partis conservateurs ont fait le choix tactique de ne pas s'opposer à la législation. La *Workplace Relations Amendment (Transition to Forward with Fairness)*, loi de transition de 2008 portant modification de la loi relative aux relations sur le lieu de travail, a été promulguée le 28 mars 2008, deux ans et un jour après l'introduction des amendements *Work Choices*.

Les principaux changements apportés par la loi de transition ont concerné la conclusion des accords et le système des décisions de justice. Comme promis, la possibilité de conclure des AWA a été supprimée. Mais les AWA déjà existants pouvaient rester en vigueur et prévaloir sur les accords collectifs. De plus, les employeurs qui ont eu recours à ces documents étaient autorisés à les remplacer par des *Individual Transitional Employment Agreements* (ITEA), contrats de travail individuels transitoires. Ceux-ci ressemblaient en tous points aux AWA, en dehors du fait d'avoir une date symbolique d'expiration au plus tard fin 2009. Un test de non-désavantage a été restauré pour remplacer le test d'équité, à la fois pour les ITEA et les conventions collectives, bien que toujours géré par la *Workplace Authority* plutôt que par l'AIRC. D'autres changements relatifs à la modification, la résiliation et les effets des accords ont également été introduits.

Avec le système des décisions de justice, les réformes avaient en fait une plus grande portée. La législation *Work Choices* avait permis une simplification et une « rationalisation » des décisions fédérales concernant les nouvelles décisions à prendre pour les nombreux salariés relevant

¹⁹ Voir *R. v Kirby: Ex Parte Boilermakers' Society of Australia* (1956) 94 CLR 254. La Constitution australienne a été interprétée en l'espèce pour signifier que seul un tribunal dûment constitué peut être responsable de l'application de lois fédérales, et qu'un tel tribunal ne doit pas exercer de pouvoirs « non judiciaires », tels que rendre des sentences arbitrales.

maintenant du système fédéral et qui relevaient autrefois du pouvoir décisionnaire des États. Mais les dispositions en question ont simplement autorisé que ceci se fasse en vertu d'une demande officielle faite par le ministre du Travail auprès de l'AIRC. Mis à part la demande d'un rapport mettant l'accent sur l'ampleur de la tâche²⁰, le gouvernement Howard était incapable ou ne voulait pas aborder la question de la rationalisation des décisions. À l'époque où il quitta ses fonctions, vingt mois s'étaient écoulés sans que grand chose n'ait évolué.

Sous les travaillistes, le contraste ne pouvait pas être plus saisissant. Après avoir remplacé les dispositions sur la rationalisation des décisions par un processus similaire – nouveau mais essentiel – de « modernisation » des décisions, une demande officielle a été présentée au Président de l'AIRC, le jour même de la promulgation de la loi de transition²¹. Selon les termes de cette demande, un calendrier exigeant était donné à l'AIRC pour mener à bien le processus de modernisation des décisions. En juin 2008, on s'attendait à ce qu'elle ait ciblé des industries ou secteurs prioritaires en vue du réexamen des décisions existantes²². Des groupes de travail devaient être constitués afin de se concerter avec les actionnaires pour élaborer de nouvelles « décisions modernes » dans les secteurs concernés. Ces décisions devaient être prêtes fin 2008, l'ensemble du bilan des décisions existantes devant être substantiellement achevé l'année suivante, même si la législation prévoyait qu'aucune décision moderne ne puisse dans les faits entrer en vigueur avant le 1^{er} janvier 2010.

Il résultait clairement des instructions données par le gouvernement à l'AIRC qu'il devait y avoir moins de décisions, et que les conditions de travail devaient être standardisées de telle sorte qu'elles ne soient plus dictées par l'État dans lequel l'emploi est exécuté. Toutefois, la portée des décisions ne devait pas concerner les employeurs ou les autres employés qui effectuent un travail spécifique n'étant pas traditionnellement réglementé par

²⁰ Award Review Taskforce, *Report on Award Rationalisation*, Australian Government, Canberra, 2006.

²¹ Minister for Employment and Workplace Relations, *Request Under Section 576C(1) – Award Modernisation*, 28 March 2008. Une demande actualisée a été plus tard présentée : voir *Request Under Section 576C(1) – Award Modernisation: Consolidated Version*, 16 Juin 2008.

²² Cela a maintenant été fait : voir *Award Modernisation* [2008] AIRCFB 550 (20 juin 2008).

les décisions. Il est important de noter que toutes les décisions modernes doivent avoir des « clauses de flexibilité » qui permettent aux employeurs et à chaque salarié de donner leur accord sur les modifications de certaines dispositions des décisions, sous réserve qu'il n'y ait pas dans l'ensemble de désavantages pour les employés²³.

En dehors de la loi de transition, l'autre mesure prise par le gouvernement Rudd dans les premiers mois de son entrée en fonctions était de publier un exposé de ses nouvelles *National Employment Standards* (NES) (nouvelles normes nationales du travail) conditions minimum légales qui remplaceront les AFPCS²⁴. Conformément à ce qu'il avait déclaré pendant les élections, le gouvernement a proposé d'ajouter de nouvelles normes portant sur des sujets tels que les indemnités de licenciement, les congés pour service à la communauté et le droit de demander des accords sur la flexibilité du temps de travail pour ceux qui ont la responsabilité de s'occuper d'enfants d'âge préscolaire. Les NES ont été finalisées en juin 2008²⁵, de telle sorte qu'elles peuvent être considérées par l'AIRC comme une modernisation des décisions entreprise par le gouvernement, même si les NES, en qualité de décisions modernes, n'entreront pas en vigueur avant le 1^{er} janvier 2010. Un changement significatif des AFPCS de la législation *Work Choices* est la suppression du salaire minimum légal, remplacé par des salaires qui seront fixés via le système des décisions de justice. Par ailleurs, le droit au paiement du congé parental est un autre apport qui pourra être ultérieurement ajouté aux NES du parti travailliste ; congé qui fait l'objet d'une enquête distincte par la Commission de productivité²⁶. Actuellement, les NES n'autorisent les employés qu'à un seul congé parental non payé, bien qu'il soit envisagé de leur accorder le droit de demander ce congé pour une deuxième année.

²³ Quant à la forme que cette clause prendra, voir *ibid.* p. 187.

²⁴ Department of Education, Employment and Workplace Relations, *Discussion Paper: National Employment Standards Exposure Draft*, Cth, Canberra, 2008.

²⁵ Voir *The National Employment Standards*, sur www.workplace.edu.au.

²⁶ Voir Productivity Commission, *Inquiry into Paid Maternity, Paternity and Parental Leave*, Issues Paper, Productivity Commission, Canberra, 2008. L'Australie est le seul pays de l'OCDE avec les États-Unis à ne pas prévoir le paiement du congé de maternité comme un droit général, bien que de nombreuses salariées le prennent soit au titre d'une législation du secteur public, soit en vertu d'accords sur le lieu de travail.

L'étape suivante du programme de réforme du gouvernement sera l'introduction, avant fin 2008, de ce que l'on appelle le « *Substantive Bill* » (« Projet de loi fondamentale »). Celui-ci donnera effet aux NES, prévoira la création du FWA et mettra en œuvre d'autres parties de la politique *Forward with Fairness* non encore traitées dans la loi de transition.

Une réforme clé sera l'introduction d'une nouvelle obligation de négocier de bonne foi, sous la supervision de la FWA, relativement à tout projet de convention collective. En particulier, un employeur se verra dans l'obligation de négocier collectivement lorsqu'une majorité de ses employés auront indiqué leur préférence pour un accord collectif²⁷. Les conventions collectives pourront être conclues entre un employeur négociant directement avec ses employés (accord non syndical), ou entre un employeur et un syndicat (lorsque les employés font le choix d'être représentés dans une convention collective par leur syndicat). Cependant, aucune obligation de parvenir à un accord, ni de faire des concessions menant à un accord ne pèsera sur les parties²⁸. Les conventions collectives devront également contenir des clauses de flexibilité permettant des ajustements individuels et ce, indépendamment des décisions de justice.

En ce qui concerne le licenciement abusif, la plupart des exclusions existantes prononcées par la juridiction fédérale seront supprimées. Mais les employés resteront tenus (comme actuellement) de travailler pendant au

²⁷ Voir A. Forsyth, « Worker Representation in Australia: Moving Towards Overseas Models? » 33 *Australian Bulletin of Labour* 1. Traditionnellement, les syndicats qui se voyaient opposer un refus de négocier se contentaient de notifier un litige sur la question devant un tribunal prudhommal. L'employeur avait alors le choix soit de négocier, soit de se voir imposer une solution par voie d'arbitrage. Mais, comme cela a été précédemment indiqué, l'AIRC n'a plus actuellement la possibilité d'intervenir dans de tels litiges.

²⁸ Dans le cadre de la législation *Work Choices*, la question de savoir ce qui s'impose aux parties au cours de la négociation a fait l'objet d'un litige. Cette question est apparue parce que, pour participer à une « action protégée » au cours d'une période de négociation, il doit d'abord y avoir un vote à bulletins secrets pouvant être autorisé par l'AIRC dès lors que les parties ont « véritablement tenté de parvenir à un accord ». Les demandes larges ou « cadres » et la volonté, ou plus généralement le fait de les modérer ont entraîné différentes réponses de la part du tribunal pour déterminer si les parties ont véritablement tenté de parvenir à un accord : voir *AMWU v VisyPak Operations Pty Ltd* (AIRC, PR974415, 23 octobre 2006) et *CEPU v CSBP Ltd* (AIRC, PR 976227, 20 avril 2007).

moins six mois avant de pouvoir formuler une plainte, ou douze mois s'ils appartiennent à une entreprise de moins de 15 salariés. Il y aura une nouvelle procédure « accélérée » pour traiter des demandes relatives à des licenciements abusifs, lesquelles seront tranchées lors d'un entretien unique devant la FWA. Un *Fair Dismissal Code* (Code du licenciement raisonnable) a été également élaboré pour aider les petites entreprises à comprendre ce qu'elles doivent faire pour ne pas engager leur responsabilité en cas de licenciement.

Il reste encore à l'heure actuelle beaucoup de questions en suspens concernant le *Substantive Bill*. En supposant qu'il soit déposé dans les délais, il est difficile de prévoir le temps qui sera nécessaire à son adoption par le Sénat. Bien que les partis conservateurs ne contrôleront plus la chambre haute à partir de juillet 2008, ils ont déjà clairement exprimé leur intention de bloquer certains éléments du projet de loi. Ce qui signifie que le gouvernement aura besoin du soutien de différents partis minoritaires et qu'il sera probablement amené à concéder certains compromis.

Une autre interrogation est celle du nombre de salariés concernés par le nouveau système fédéral. Le gouvernement Rudd a clairement dit vouloir mettre en place un système national et unique de lois régissant le lieu de travail, tout au moins pour le secteur privé. S'il accepte de laisser aux États la liberté de fixer les conditions de travail des salariés de leur propre secteur public, comme un gouvernement local, le gouvernement Rudd souhaite l'application du système fédéral aux entreprises qui n'opèrent pas comme des sociétés de négoce ou financières. En vertu de la Constitution australienne, l'actuel gouvernement ne pourra rapidement atteindre cet objectif sans la coopération des États²⁹. Les négociations intergouvernementales sont actuellement en cours afin d'examiner comment pourrait être établi un système national sur la base d'un partenariat.

Par ailleurs, il semble improbable que par extension la *WR Act* s'applique aux salariés qui ne seraient pas considérés comme des salariés au sens de la *Common law*. En vertu de la *Independent Contractors Act 2006* (loi de 2006 sur les entrepreneurs indépendants) du gouvernement Howard, les lois sur le

²⁹ Voir G. Williams, *Working Together: Inquiry into Options for a New National Industrial Relations System – Final Report*, New South Wales Government, Sydney, 2007.

« travail » ne s'appliquent pas aux travailleurs indépendants qui fournissent leur travail comme des entrepreneurs³⁰. Malgré l'opposition du parti travailliste à la loi de 2006, et son précédent soutien pour étendre la *WR Act* aux entrepreneurs qui sont par nature impossibles à distinguer des salariés, ses politiques actuelles laissent entendre que le *statu quo* prévaudra³¹.

Il y a enfin la question de la forme que le *Substantive Bill* prendra. Va-t-il encore modifier la *WR Act* ou, comme cela semble être largement souhaité, la remplacer par une nouvelle loi ? Et s'il doit y avoir une nouvelle loi sur le travail équitable (ou sur *Forward with Fairness*), devra-t-elle être plus concise et compréhensible que les précédentes ? La loi de transition, élaborée il faut le reconnaître dans l'urgence, a été rédigée de façon très similaire à *Work Choices*. En revanche, le projet des NES a fait l'unanimité pour leur style plus simple et plus direct. La publication en juin des nouvelles NES a montré tout le sérieux du gouvernement travailliste dans sa démarche pour simplifier la nouvelle législation. Comme le ministre l'a indiqué lorsque la version définitive des NES a été rendue publique, *Work Choices* a institué cinq normes qui ont été exposées dans 149 pages de législation, alors que les 10 nouvelles normes du parti travailliste sont contenues dans seulement 50 pages de législation. Le gouvernement Rudd s'est également beaucoup attaché à réduire la réglementation et la paperasserie. On espère alors que le *Substantive Bill* s'avèrera être une étape décisive vers une législation du travail plus efficace et accessible.

V - Évaluation de la législation Progrès dans l'équité

Le nouveau gouvernement travailliste a déjà subi de nombreuses critiques de la part de certains mouvements syndicaux lui reprochant de n'être pas allé suffisamment loin dans l'annulation les effets des réformes du gouvernement Howard³². Il a été particulièrement critiqué en raison de son refus de

³⁰ Voir J. Riley, « A Fair Deal for the Entrepreneurial Worker? Self-Employment and Independent Contracting Post Work Choices » (2007) 19 *Australian Journal of Labour Law* 246 ; A. Forsyth, « The 2006 Independent Contractors Legislation: An Opportunity Missed » (2007) 35 *Federal Law Review* 329.

³¹ Voir A. Stewart, « WorkChoices and Independent Contractors: The Revolution That Never Happened » (2008) 18(2) *Economic & Labour Relations Review* 53.

³² Voir par ex. D. Mighell, « Mr Rudd Not Much of a True Believer » *The Australian*, 5 juin 2008, p. 14.

restaurer une procédure générale d'arbitrage pour trancher les litiges portant sur l'amélioration des conditions de travail³³, et de son insistance à autoriser chaque salarié à accepter des modifications aux décisions de justice et aux conventions collectives. De la même manière, du fait de l'absence de généralisation de la possibilité d'entreprendre une action collective « protégée », il est incontestable que l'Australie continue manifestement de violer ses obligations résultant des normes internationales du travail en matière de droit de grève³⁴.

Il semble également juste de dire que *Forward with Fairness* a déçu les attentes de nombreux spécialistes qui avaient sommairement décrit les valeurs et principes sur lesquels la législation post *Work Choices* pouvait se baser³⁵.

Enfin, la façon dont les dispositions sur la « flexibilité » doivent s'appliquer dans le cadre de la nouvelle réglementation constitue un enjeu crucial dans l'évaluation du programme de réforme *Forward with Fairness*. À ce jour, il y a eu peu d'informations sur ce sujet. La législation *Work Choices* a été critiquée parce qu'elle permettait le choix individuel et l'abandon de nombreuses protections au travail, rendant en effet tout travail plus précaire³⁶. L'Australie a longtemps eu un nombre disproportionné de travailleurs et d'emplois précaires – tels que les travailleurs intermittents, à temps partiel, intérimaires ou temporaires, ainsi que les travailleurs à domicile. Comme dans d'autres économies développées, la proportion de

³³ Pour comprendre la portée de la suppression de cette particularité propre au droit du travail australien, voir J. Murray, « Labour Standards, Safety Nets and Minimum Conditions » (2008) 18(2) *Economic & Labour Relations Review* 43 ; J. Buchanan, « Labour Market Efficiency and Fairness: Agreements and the Independent Resolution of Difference » (2008) 18(2) *Economic & Labour Relations Review* 85.

³⁴ Voir C. Fenwick and I. Landau, « Work Choices in International Perspective » (2006) 19 *Australian Journal of Labour Law*, pp. 140-143.

³⁵ Voir par ex. M. Bromberg and M. Irving (eds), *Australian Charter of Employment Rights*, Hardie Grant Books, Melbourne, 2007; R. McCallum, « Australian Labour Law After the Work Choices Avalanche: Developing an Employment Law for our Children » (2007) 49 *Journal of Industrial Relations* 436.

³⁶ R. Owens « Working Precariously: The Safety Net after Work Choices » (2006) 19 *Australian Journal of Labour Law* 161.

femmes y est importante³⁷. Alors qu'en Australie les débats perdurent de longue date sur la qualité en général de ces formes de travail³⁸, la preuve qualitative, au moins pour les femmes, du travail peu rémunéré est sans ambiguïté. Parmi toute une série de mesures – sécurité d'emploi, revenu, négociation, horaires de travail, heures non rémunérées, congé et chômage, accroissement du travail, syndicalisme et liberté d'expression sur le lieu de travail, ainsi que l'égalité salariale – la situation de ces femmes s'est aggravée avec *Work Choices*³⁹. Jusqu'à maintenant, le programme de réforme de *Forward with Fairness* ne semble pas avoir prêté beaucoup d'attention aux questions notamment de précarisation de la population active et d'équité salariale, qui constituent un sujet de préoccupation particulier pour ces salariées⁴⁰. Un test grandeur nature pour *Forward with Fairness* sera sa capacité à instaurer une sorte d'intégration et de participation sociales sur le marché du travail qui garantissent un travail équitable à tous les salariés.

³⁷ J. Fudge and R. Owens (eds), *Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, Hart Publishing, Oxford UK and Portland Oregon USA, 2006.

³⁸ Pour la contribution la plus récente, voir J. Abhayarantna, L. Andrew, H. Nuch and T. Podbury, *Part Time Employment: The Australian Experience*, Staff Working Paper, Productivity Commission, Melbourne, 2008.

³⁹ B. Pocock et al, « The Impact of "Work Choices" on Women in Low Paid Employment in Australia: A Qualitative Analysis » (2008) 50 *Journal of Industrial Relations* 475.

⁴⁰ Voir par ex. B. Pocock, J. Buchanan et I. Campbell, « Meeting the Challenge of Casual Work in Australia: Evidence, Past Treatment and Future Policy » (2004) 30 *Australian Bulletin of Labour* 16 ; I. Watson, « Contented Workers in Inferior Jobs? Re-Assessing Casual Employment in Australia » (2005) 47 *Journal of Industrial Relations* 371 ; M. Baird, « A New Province for Women and Work » (2008) 18(2) *Economic & Labour Relations Review* 71.