

AVINASH GOVINDJEE Université Nelson Mandela

**SERVICES D'EMPLOI TEMPORAIRES/COURTAGE DE TRAVAIL : UN EMPLOYEUR OU DEUX ?**

Les récents amendements apportés à l'article 198 de la Loi sur les relations de travail ou LRA (loi 66 de 1995) en Afrique du Sud, traitant de la réglementation du travail non conventionnel font sans doute partie des développements les plus contestés du droit du travail dans le pays depuis un certain temps. Après de nombreuses négociations entre le gouvernement, les travailleurs et les employeurs, la version finale de cet article de loi semble s'efforcer de trouver un équilibre entre les considérations contradictoires de la flexibilité du travail et de la sécurité de l'emploi.

En autorisant que l'emploi par des entreprises de travail temporaires (courtiers du marché du travail) continue d'exister, plutôt que de l'interdire totalement, le législateur semble avoir reconnu la nécessité d'une certaine flexibilité dans le domaine de l'emploi. De même, le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail à temps partiel sont réglementés plutôt que supprimés. Des mesures ont cependant été introduites pour s'assurer que l'emploi non conventionnel soit autorisé uniquement en fonction de facteurs objectifs. Les amendements visent à prévenir les abus subis par les travailleurs considérés comme « vulnérables », de sorte que la protection, sous la forme d'une sécurité accrue de l'emploi, est généralement réservée aux personnes à faible revenu (ceux qui gagnent actuellement en deçà du seuil légal de R205.433,30). Une question clé, qui a récemment reçu une réponse de la Cour d'appel du travail, concerne l'identification de l'employeur dans le contexte de contrats de courtage du travail (fourniture de services de travail temporaire).

L'article 198 régit l'emploi par l'entremise d'un intermédiaire (service d'emploi temporaire (TES ci-après), ce que l'on appelle un emploi via un « courtier de travail »). Bien que la section ait été modifiée, la caractéristique clé reste inchangée : une personne dont les services ont été achetés ou fournis à un client par un TES est le salarié de ce TES, et le TES est l'employeur de cette personne. Il reste certains cas dans lesquels un TES et son client sont conjointement et solidairement responsables en vertu de cette section. C'est le cas lorsqu'un TES, vis-à-vis de l'un de ses salariés enfreint :

- une convention collective de travail,
- une sentence arbitrale contraignante,
- la BCEA,
- une réglementation sectorielle.

Dans ce cas, ou dans les cas où un client est réputé être l'employeur d'un salarié en vertu de l'article 198A (3) (b) les conséquences sont les suivantes : le salarié peut engager des poursuites soit contre le TES, soit contre le client, ou encore contre le TES et le client,

Un inspecteur du travail, agissant dans le cadre de la BCEA peut obtenir un ordre d'exécution à l'encontre du TES, du client ou des deux,

Toute injonction ou ordre d'exécution contre un TES ou un client peut être exécuté à l'égard de l'un ou de l'autre.

L'article 198 a fait l'objet d'autres modifications notamment l'obligation du TES de fournir au salarié mis à disposition d'un client de documents écrits d'emploi conformément à l'article 29 de la BCEA. Il va sans dire qu'un salarié ne peut être employé par un TES selon des termes et des conditions qui ne seraient pas autorisés par une loi sur le travail, une décision sectorielle ou une convention collective de travail applicable à un client pour lequel le travailleur réalise la prestation de travail. La question de savoir si le salarié d'un TES est couvert par un accord collectif de travail, ou une réglementation sectorielle doit, après les modifications, être résolue en fonction du secteur et du domaine dans lesquels le *client* exerce son activité.

Trois nouvelles sections ont été ajoutées immédiatement après ces modifications à l'article 198. L'accent est mis, principalement, sur l'extension de la protection des salariés ayant de faibles revenus (c'est-à-dire inférieurs au seuil minimum) au motif que la sécurité de l'emploi est particulièrement importante pour cette catégorie de salariés.

La définition d'un « service temporaire » signifie qu'un salarié travaille pour un client :

- pendant une période ne dépassant pas trois mois,
- en remplacement d'un salarié du client temporairement absent, ou
- pour tout travail et pour toute période considérée comme un service temporaire par convention collective, réglementation sectorielle ou avis publié par le ministre.

Un salarié qui effectue un service temporaire pour le client est le salarié du TES (en vertu du paragraphe 198 (2)). Lorsqu'un salarié *n'effectue pas* un service temporaire pour le client (par exemple parce que la période de service est supérieure à trois mois dans les cas où le salarié ne se substitue pas à un salarié temporairement absent), le salarié est réputé être celui du client et le *client* est réputé être l'employeur (s 198A (3) (b)). Un tel salarié ne doit pas être globalement traité de façon moins favorable qu'un salarié du client effectuant le même travail ou un travail similaire, à moins qu'il n'y ait une raison justifiée d'appliquer un traitement différent. Une « raison justifiée » suppose que la différence de traitement résulte de l'application d'un système tenant compte : de l'ancienneté, de l'expérience ou de la durée du service, du mérite, de la qualité ou de la quantité du travail effectué, ou de tout autre critère de nature similaire.

Un salarié qui n'effectue pas un travail *temporaire* pour le client (c'est-à-dire qui travaille pour une période supérieure à trois mois) est assujéti aux dispositions de l'article 198B, analysé ci-dessous, et considéré comme ayant *un emploi à durée indéterminée auprès du client*. Si le TES met fin au service du salarié auprès du client (y compris à la demande du client) *afin d'éviter l'application de cette clause* ou parce que le salarié a exercé un droit en vertu de la LRA, cela équivaut à un licenciement.

Ces amendements ont également eu un impact sur l'exercice des droits collectifs. Si un syndicat cherche à exercer ses droits à l'égard des salariés d'un TES, il peut vouloir les exercer sur un lieu de travail du TES ou d'un ou plusieurs des clients du TES (s 21 (12)).

<sup>1</sup> [2017] ZALAC 45.

Plusieurs aspects de l'article 198A ont été examinés par le tribunal du travail dans la décision *Assign Services (Pty) Ltd/CCMA*. En substance, le tribunal a décidé que :

- le courtage de travail implique une relation triangulaire et comprend un contrat commercial entre le TES et le client et un contrat de travail entre le TES et le salarié temporaire, le travailleur étant affecté par le TES auprès du client,

- lorsqu'un travailleur « placé » conclut un contrat de travail avec un TES et commence son travail, le travailleur « placé » bénéficie de droits et de protections vis-à-vis du TES en vertu de la LRA,

- si la disposition en cause s'applique, au-delà de la période de trois mois susmentionnée, il existe *deux relations de travail* : la première implique la continuation de la relation entre le TES et le travailleur « placé » afin que les droits et protections du travailleur « placé » vis-à-vis du TES se poursuivent, la seconde implique un lien statutaire entre le client et le TES aux seules fins de la LRA,

- ces deux relations de travail fonctionnent de manière distincte, chaque employeur ayant sa relation particulière avec le travailleur « placé ». De manière significative, de l'avis de J. Brassey, le licenciement par le client d'un travailleur « placé » n'entraînera pas la fin de la relation d'emploi entre ce travailleur et le TES,

- en cas de déclenchement de la disposition en cause, le TES continue d'exercer son contrôle sur le travailleur « placé » car la source de ce pouvoir réside dans le contrat de travail qui se poursuit entre le TES et le travailleur placé. Bien que le client puisse définir des tâches que le travailleur « placé » doit effectuer, il le fait comme agent ou représentant du TES qui détient ce pouvoir et qui continue à le détenir,

- en tant que tel, et compte tenu de la même disposition, le mot « réputé » au paragraphe 198A (3) b) (i) a pour effet d'amplifier la portée du terme « employeur » afin d'y inclure le client, sans qu'il y ait pour autant substitution du client au TES comme employeur.

Cette décision a toutefois été récemment annulée par la Cour d'appel du travail dans l'affaire *NUMSA v Assign Services and Others<sup>1</sup>*. Le tribunal a confirmé que l'objet de l'article 198A (3) b) (i) était de protéger les salariés vulnérables contre les abus de TES, cette protection ayant été étendue à d'autres sous-sections de l'article 198A. Selon le jugement, la protection contre le licenciement abusif et la discrimination dans le contexte de l'article 198A de la LRA ne doit pas être interprétée de manière à suggérer que le client et le TES emploient *tous les deux* le travailleur mis à disposition. La Cour d'appel du travail a estimé que la clarté du libellé de l'alinéa s198A (3) b) de la LRA, interprété en fonction du contexte, allait sans ambiguïté dans le sens d'une interprétation exclusive de l'employeur et que cela

correspondait à l'objet de la modification et à l'objet principal de la LRA, ayant clairement pour objectif de protéger les droits des travailleurs mis à disposition. En d'autres termes, l'idée était de traiter les salariés concernés de la même manière que l'étaient les salariés du client et d'assurer leur parfaite intégration. Les TES se limitent simplement à fournir un emploi réellement temporaire, le TES restant l'employeur du salarié mis à disposition placé jusqu'à ce qu'il soit considéré comme salarié du client (c'est-à-dire après une période de trois mois d'emploi chez le client)<sup>2</sup>.

Les récents développements législatifs en Afrique du Sud, et notamment la modification de l'article 198 de la LRA, montrent une tentative délibérée du législateur d'améliorer la protection des travailleurs les plus vulnérables. Ce résultat a été obtenu grâce à l'extension d'une disposition aux salariés ayant un contrat à durée déterminée, dans certains scénarios, et par l'introduction d'une protection supplémentaire pour les salariés à temps partiel. Il en résulte une protection accrue de la sécurité du travail et de la sécurité sociale pour ces salariés, qui ne doivent généralement pas être traités de manière moins favorable que les autres salariés. Ces amendements sont de nouveaux défis pour les employeurs qui faisaient traditionnellement appel à de la sous-traitance (du moins pour certaines activités) et ceux qui utilisaient traditionnellement des contrats à durée déterminée comme outil permettant d'abaisser le montant des salaires et d'employer du personnel pendant quelques mois ou un an (souvent sans aucun avantage). Désormais, même la qualité de travailleur « occasionnel » ou « temporaire » ne peut permettre cela si une personne est employée pendant plus de trois mois (sauf d'exception). Lorsqu'il s'ajoute à l'interprétation large que font les tribunaux de la définition d'un « salarié » dans la législation sud-africaine, par exemple en permettant même à ceux qui travaillent dans le cadre de contrats illégaux de bénéficier d'une telle reconnaissance, l'impact de cette tendance devient encore plus fort.

La section 1 de la LRA permet de contribuer au développement économique, à la justice sociale, à la paix sociale et à la démocratisation des lieux de travail ; diverses sections de la Constitution (par exemple, les articles 10, 23 et 27) consacrant le droit à la dignité, à des pratiques du travail équitables et à l'accès à la sécurité sociale pour « toute personne ». Le fait d'insister sur une telle interprétation du droit du travail et de la sécurité sociale (comme le montre l'arrêt de la Cour d'appel du travail dans *Assign*, ainsi qu'une décision d'arbitrage récente suggérant que les conducteurs d'*Uber* bénéficient d'une protection de l'emploi<sup>3</sup>) devrait revigorer les développements légaux et jurisprudentiels dans ce domaine. Compte tenu de la pauvreté, du chômage et des inégalités chroniques observés en Afrique du Sud, cela constituerait un heureux progrès.

<sup>2</sup> Voir les paragraphes 40 à 42. La décision de la Cour d'appel du travail a fait l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel.

<sup>3</sup> *Uber SA v NUPSAW and SATAWU* (WECT 12537-16).