

¹ Voir J. Riley, « Mutual Trust and Confidence on Trial: At Last », 36 *Sydney Law Review*, 2014, p. 151.

² [2014] HCA 32.

³ *Ibid*[18].

⁴ *Ibid*[40].

⁵ [2014] HCA 41.



La Haute Cour d'Australie (*High Court of Australia*) a pris récemment deux décisions d'une grande importance pour le droit du travail australien. Dans les deux cas, il s'agissait de retours en arrière, refusant aux travailleurs australiens une protection essentielle, en matière de contrat et de statut.

En Angleterre, les tribunaux ont reconnu un droit implicite de « confiance mutuelle » dans les contrats de travail, un droit qui a apporté aux employés anglais un certain degré de protection contre un traitement arbitraire de la part de leurs employeurs, dans le cadre de leur emploi. En Australie, il avait été admis dans un certain nombre de décisions de tribunaux de juridiction inférieure que le droit implicite faisait également partie du droit coutumier en Australie¹.

Dans l'affaire *Commonwealth Bank of Australia v Barker*², cette proposition a été rejetée à l'unanimité par la Haute Cour, qui a jugé que le droit implicite ne faisait pas partie du droit australien et ne devait pas être accepté en tant que tel. Se référant à l'évolution du droit dans le cadre juridique des lois anglaises sur le licenciement implicite, la Haute Cour a noté l'évolution différente du droit du travail australien, et observé que : « Les juges australiens doivent « soumettre [*les lois étrangères*] à une inspection à la frontière afin de déterminer leur adaptabilité sur le territoire national »³. Dans le cadre de cette « inspection », la Haute Cour a jugé que l'obligation implicite de confiance mutuelle ne résistait pas à l'épreuve de la « nécessité » pour son implication dans un contrat de travail. En outre, la Cour a noté que le terme implicite soulevait « des considérations complexes en matière de politique », ce qui signifiait que la question était davantage du ressort du Parlement⁴.

Bien que la Haute Cour n'ait pas écarté la possibilité d'une obligation implicite de bonne foi dans les contrats de travail, et qu'elle ait confirmé un devoir de « coopération » dans l'exécution du contrat, sa décision est décevante. Par respect pour le Parlement, la Cour a refusé de reconnaître un terme implicite qui, en Angleterre, a contribué à renforcer la position des employés face à un certain nombre de termes contractuels implicites qui favorisent les employeurs (y compris le devoir de loyauté).

Dans le cadre de ce jugement, la Haute Cour a noté que le Parlement pouvait choisir de promulguer une obligation légale de confiance mutuelle, à laquelle donneraient corps les jugements de tribunaux australiens. Cependant, le jugement qui est examiné ensuite n'inspire pas confiance en ce qui concerne la manière dont cette promulgation légale serait interprétée.

Dans l'affaire *Construction, Forestry, Mining and Energy Union v BHP Coal Pty Ltd*⁵, la Haute Cour a jugé à la majorité qu'un employé ayant été licencié pour avoir porté une pancarte sur un piquet de grève désignant les travailleurs franchissant le piquet de

grève comme de « sales briseurs de grève » (*scab*)⁶, n'avait pas été licencié en raison de l'implication de l'employé dans des « mouvements sociaux » qui étaient protégés par le *Fair Work Act* (loi sur le travail équitable) de 2009 (Cth). Bien que le travailleur ait été impliqué dans une grève légale et qu'il ait pris part à une manifestation par ailleurs licite en faisant partie du piquet de grève, le licenciement du travailleur était légitime et ne pouvait pas être contesté en invoquant les lois conçues pour protéger les travailleurs contre la discrimination antisyndicale.

Le *Fair Work Act* est censé protéger les travailleurs (employés et travailleurs indépendants), les employeurs et leurs organisations contre les « mesures défavorables » sur la base de l'appartenance à une association syndicale ou de la participation à des mouvements sociaux. La section 346 du *Fair Work Act* stipule qu'une personne ne peut prendre de mesures défavorables contre une autre personne en raison de l'appartenance de cette dernière à une association syndicale ou de son engagement dans un mouvement social. Une activité syndicale inclut la participation à une activité légale ou la promotion des opinions d'une association syndicale (section 347 du *Fair Work Act*).

Le *Fair Work Act* protège explicitement les travailleurs du licenciement pour participation à un mouvement social légal, à des activités syndicales légales ou à la promotion des opinions d'une association syndicale – toutes protections qui semblent s'étendre à la participation à un piquet de grève. Cependant, les protections ne se sont pas appliquées ici en raison d'une conclusion de fait selon laquelle le décideur, qui a licencié le travailleur, a pris cette « décision défavorable » de licenciement en raison de l'utilisation par le travailleur de l'expression particulièrement péjorative de « briseurs de grève ». En effet, cette utilisation constituait un « comportement inacceptable » pour un employé de l'entreprise et un comportement contraire à la politique de l'entreprise car cette dernière exige des employés qu'ils soient « polis et courtois » les uns envers les autres. La Haute Cour a jugé à la majorité que, étant donné que le décideur n'avait pas licencié le travailleur à cause de sa participation au piquet de grève ni pour avoir exprimé les opinions du syndicat concerné mais pour avoir agi d'une manière contraire au code de conduite de l'entreprise, la décision défavorable n'avait pas été prise pour un motif interdit.

Ce jugement vide de toute substance la protection des principes de liberté d'association. Si un comportement, par ailleurs licite sur un piquet de grève, peut être privé de la protection du droit de protester, et si les employeurs eux-mêmes peuvent qualifier la conduite des travailleurs de « discourtoise » et par conséquent « sujette à licenciement », les protections n'ont aucun sens face à un employeur ayant quelques notions de droit du travail et la possibilité de caractériser sa décision comme étant motivée par n'importe quelle autre raison que la participation du travailleur à des activités licites.

⁶ En anglais australien, le terme « scab » est extrêmement péjoratif pour désigner les briseurs de grève (Note de l'auteur).

