

ÉTUDES

p. 6 Gilles Trudeau et Frédéric Paré

Pourquoi les *Rights-to-Work Laws* aux États-Unis ?

p. 18 Yaelsy Lafita Cobas

Les travailleurs indépendants à Cuba. Un regard sur la législation du travail cubaine

p. 28 Ljubinka Kovačević

Évolution du concept de la relation de travail dans le droit serbe : d'un concept autogestionnaire authentique à une (ré)affirmation tardive du concept contractuel

p. 38 Stani Ondze

L'harmonisation des régimes de protection sociale en Afrique. L'exemple de la Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale

p. 48 Antonio Monteiro

Le droit du travail au centre de la crise : un arrêt de la Cour Constitutionnelle portugaise

p. 58 Francisco Villanueva, Daniel Crespo-Villarreal, Stéphanie Bernstein, Jill Hanley, Sylvie Gravel et Emmanuelle Ostiguy

Les travailleurs étrangers temporaires au Québec : le paradis, un peu plus loin...

p. 70 Andrea Allamprese

Le cas italien du personnel A.T.A. de l'école publique : violation d'un droit humain ou d'un droit social ?

p. 80 Nouri Mzid

L'insertion des droits sociaux fondamentaux dans la nouvelle Constitution tunisienne : une effectivité à l'épreuve

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : LA GRÈVE : ENTRE PROTECTION ET DÉFIANCE DU JUGE

p. 89 Allison Fiorentino

Rochelle Le Roux (Afrique du Sud)

Aiqing Zheng (Chine)

Achim Seifert (Allemagne)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 116 Afrique du Sud

p. 118 Algérie

p. 120 Argentine

p. 122 Australie

p. 124 Autriche

p. 126 Bulgarie

p. 128 Chili

p. 130 Colombie

p. 132 Commissions de contrôle
des Pactes internationaux

p. 134 Conseil de l'Europe

p. 136 Espagne

p. 138 États-Unis

p. 140 Fédération de Russie

p. 142 France - Travail

p. 144 Grèce

p. 146 Hongrie

p. 148 Israël

p. 150 Italie

p. 152 Japon

p. 154 Lituanie

p. 156 OIT

p. 158 Pérou

p. 160 Roumanie

p. 162 Royaume-Uni

p. 164 Serbie

p. 166 UE - Protection Sociale

p. 168 UE - Travail



ÉTUDES

LJUBINKA KOVAČEVIĆ

Maître de Conférences, Université de Belgrade - Faculté de droit

Thèmes de recherche : Droit individuel du travail, Droit de la sécurité sociale, Normes internationales du travail et de la sécurité sociale. Parmi ses publications :

~ La subordination juridique dans la relation de travail et ses limites, Belgrade, Université de Belgrade - Faculté de droit, 2013, 601 p. (en serbe).

~ « Protection des droits et libertés de l'employé dans l'entreprise – enfoncement nouveau des valeurs démocratiques dans le monde du travail ou compensation pour l'insécurité de l'emploi ? », Teme, n° 4, 2013, pp. 1583-1599 (en serbe).

ÉVOLUTION DU CONCEPT DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE DROIT SERBE : D'UN CONCEPT AUTOGESTIONNAIRE AUTHENTIQUE À UNE (RÉ)AFFIRMATION TARDIVE DU CONCEPT CONTRACTUEL



ABSTRACT

The concept of employment relationship depends, to a large extent, on the social and economic changes, making it fragile and in need of constant reviewing and refining. This is confirmed by the development of the Serbian law, which included several stages, starting with the adoption of the contractual concept, to the development of an authentic concept in which the employees, keeping with the ideas of Yugoslav self-management legislation, were given certain prerogatives that traditionally belonged to the employers, to the (re)affirmation of the contractual about employment relationship.

KEY WORDS : Republic of Serbia, Yugoslav Self-Management Legislation, Employment Relationship, Legal Subordination.

RÉSUMÉ

Le concept de la relation de travail dépend, dans une grande mesure, de changements économiques et sociaux, ce qui la rend très fragile et nécessite sa remise en question et son raffinement constant. Ceci est confirmé par le développement du droit serbe qui comprend plusieurs phases, en commençant par l'acceptation du concept contractuel, en passant par la création d'un concept authentique qui, à la lumière du droit autogestionnaire yougoslave, reconnaissait au salarié certains pouvoirs appartenant traditionnellement à l'employeur, jusqu'à la (ré)affirmation du concept contractuel de la relation de travail.

MOTS CLÉS : République de Serbie, Droit autogestionnaire yougoslave, Relation de travail, Subordination juridique.

Tous les systèmes nationaux de relations de travail ne connaissent pas le même processus de développement. Ils diffèrent donc d'un pays à l'autre, en fonction du développement économique, de la structure démographique, de la tradition en matière de protection des salariés et d'autres facteurs qui influencent la création et le développement du droit du travail¹. En ce sens, le concept même d'une relation de travail dépend, dans une grande mesure, de changements économiques et sociaux. Ceci est confirmé aussi par le développement du concept de la relation de travail dans la République de Serbie, mais il convient de garder à l'esprit que même dans ce système juridique, la relation de travail n'a pas été au début désignée comme un concept juridique distinct ou une institution juridique autonome, mais qu'elle a été considérée comme égale à la notion de contrat de travail. Cette approche a été abandonnée dans les années 30 du XX^e siècle et remplacée par un concept de la relation de travail qui l'a définie comme une relation obligationnelle fondée sur un contrat.

Cependant, les plus grands changements se sont produits après la Seconde Guerre mondiale. C'est alors que le droit autogestionnaire succède au droit du travail classique et dans ce domaine un concept spécifique de la relation de travail se développe. Ce concept reconnaissait nominale-ment au salarié les pouvoirs qui lui permettaient d'exercer certaines fonctions de direction et d'autres pouvoirs qui appartenaient traditionnellement à l'employeur, ce qui a mené à la remise en question de l'existence de la subordination juridique comme élément essentiel de la relation de travail. Et pourtant, la réaffirmation du concept contractuel de la relation de travail a eu lieu dans le droit serbe pendant la dernière décennie du XX^e siècle, parallèlement à l'introduction du pluralisme politique, à la création des conditions pour l'économie de marché et aux changements dans d'autres domaines de la société. Ces changements ont été

très lents et les résultats obtenus modestes, surtout si on prend en compte les défis de la transition vers l'économie de marché. Par conséquent, le droit du travail contemporain serbe est confronté à de sérieux défis. Une analyse visant à dresser un portrait complet et correct de ces défis n'est pas possible sans compréhension des étapes clés dans le développement du concept de la relation de travail. Cet article envisage tout d'abord du point de vue juridique, alors que moins d'attention sera consacrée à leurs aspects (les plus importants) politiques et autres.

I – La naissance du droit du travail serbe et l'élaboration du concept contractuel de la relation de travail

En Serbie, le droit du travail a été constitué comme une branche autonome du droit peu de temps après les premières interventions entreprises par le législateur dans le monde du travail au début du XX^e siècle, dans le but de résoudre les problèmes découlant principalement du processus de l'industrialisation. Cependant, une compréhension correcte de l'évolution du droit du travail serbe nécessite un très bref rappel des événements qui ont précédé son autonomie. Cela vaut en particulier pour les garanties des principes de liberté et d'égalité.

Les relations féodales en Serbie n'ont été abolies qu'en 1830, alors que la Constitution de 1838 a définitivement aboli le devoir de travailler pour les cadres supérieurs et d'autres fonctionnaires (travail appelé la corvée – *kuluk*) et a déclaré la liberté du travail. Ainsi sont créées les conditions préalables à la réglementation contractuelle des relations entre les employeurs et les travailleurs, d'autant plus que le Code civil serbe du 11 mars 1844, a confirmé l'inviolabilité des droits de propriété privée, la liberté absolue de contracter ainsi que l'idée que la force de travail peut être un sujet de négociation². Cela a conduit à l'affirmation de la solution qui

¹ B. Hepple, « Factors influencing the making and transformation of labour law in Europe », in Guy Davidov, Brian Langille (dir.), *The idea of labour law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 31.

² Bien qu'il contienne certains éléments du droit coutumier serbe, le Code civile serbe a été écrit à l'exemple du Code civil général

a introduit une relation obligationnelle fondée sur le contrat de louage entre l'employeur et les travailleurs. C'était aussi le fondement du concept classique et obligationnel du contrat de travail. Et pourtant, prenant l'exemple sur les contrats du droit romain *locatio conductio operarum et locatio conductio operis*, le contrat de louage d'ouvrage a été réglementé simultanément avec le contrat de louage de services. La réglementation du contrat de louage rédigée en peu de mots et de détails, peut s'expliquer par le fait qu'à l'époque de son adoption la Serbie était un pays majoritairement agraire et qu'il y avait relativement peu de travailleurs engagés par un contrat de louage d'ouvrage. Par ailleurs, cette réglementation minimale peut également s'expliquer par le législateur n'a pas pu, voire même, n'a pas voulu envisager la tendance du développement de la classe ouvrière ni comprendre l'intérêt pratique que ce contrat aurait dans l'avenir.

Contrairement à la tendance du début du XX^e siècle (époque à laquelle elle a été généralement acceptée), la doctrine du *laissez-faire* perd son support inconditionnel dans les décennies qui ont suivi. Il faut en chercher les raisons dans les changements sociaux, économiques et politiques qui ont eu lieu entre temps, surtout quand il s'agit des crises économiques et du renforcement de la classe ouvrière. Dans ce contexte, on commence alors à reconnaître progressivement le besoin de protection des travailleurs, partie la plus faible dans une relation de travail. Le déroulement sans obstacle du processus de production, alors que ce besoin de protection des travailleurs n'était pas contenté, a été impossible à obtenir étant donné que l'égalité formelle des travailleurs et des employeurs était, dans la pratique, gravement entravée. Abusant de leur position dominante, des employeurs imposaient notamment des conditions de travail défavorables et déterminaient, dans une disproportion évidente, les valeurs

des obligations contractuelles essentielles, à savoir le travail et la rémunération. Le droit classique des contrats n'a pas été en mesure de répondre aux besoins spécifiques qui existaient dans le monde du travail, étant donné l'oubli du fait que dans une relation entre les forts et les faibles la liberté n'est qu'un mot vide de sens, si on accepte que le contrat soit l'instrument unique de régulation des relations de travail³.

Le premier pas vers l'établissement de la justice sociale élémentaire en Serbie a été fait avec beaucoup de retard par rapport aux autres pays européens. En effet, les formes les plus typiques de l'exploitation des travailleurs ne sont limitées que par le biais de la Loi sur l'artisanat et le commerce, adoptée le 28 juin 1910, c'est-à-dire à l'époque où on accède déjà à la codification de la législation du travail en France. Bien que cette loi visait à protéger les artisans qui s'appauvrissaient – comparativement aux premières entreprises capitalistes – ses dispositions pertinentes portaient des caractéristiques de la législation du travail moderne ainsi que des caractéristiques du résultat de la lutte du mouvement ouvrier pour une meilleure position des travailleurs. Pourtant, les conditions nécessaires à leur application continue n'existaient pas, en raison non seulement d'une opposition forte des employeurs, mais aussi de la participation de la Serbie aux guerres balkaniques et à la Première Guerre mondiale⁴.

Depuis 1918, le droit du travail serbe poursuit son existence comme une partie du droit yougoslave, vu que c'est l'année de naissance du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, lequel a été rebaptisé Royaume de Yougoslavie en 1929. Bien que le Royaume ait été un État unitaire, le droit a été majoritairement hérité des États avant l'unification, et par conséquent différent⁵. La législation du travail était alors

autrichien du 1^{er} juin 1811, vu que la Serbie avait des liens politiques, économiques et culturels forts avec ce pays (D. Jevtić, D. Popović, *Pravna istorija jugoslovenskih naroda [L'Histoire du droit des peuples yougoslaves]*, 5^{ème} édition, Belgrade, "Draganić", 1996, p. 125). Cependant, certains auteurs avertissent à juste titre que le contenu du Code civil serbe a été dans une certaine mesure influencé par le Code civil français. Ce n'est pas seulement parce que le Code civil français a servi d'inspiration et de modèle au législateur autrichien, mais parce que l'influence a été immédiate comme on le voit dans dispositions du Code civil serbe contenant des solutions différentes de celles du Code autrichien et les mêmes que des solutions appropriées de la loi française. B. T. Blagojević, « L'influence du Code civil sur l'élaboration du Code civil serbe », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 1954, pp. 733-743.

³ B. S. Markovitch, *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1930, p. 149.

⁴ T. Klacerović, *Radničko zakonodavstvo u Srbiji: pre Prvog svetskog rata [La législation du travail en Serbie : avant la Première Guerre mondiale]*, Belgrade, Narodna knjiga, 1952, pp. 39-66.

⁵ Le processus de création d'un droit unique a été très difficile, en raison des résistances dues principalement aux divergences politiques, et, d'autre part aux approches et méthodes juridiques différentes, ainsi qu'aux points de vue opposés sur la valeur de certains modèles (autrichien et allemand d'un côté et français d'un autre côté). G. Benacchio, "Nehomogenost doktorine u Jugoslaviji između dva svetska rata" ("L'inhomogénéité de la doctrine en Yougoslavie entre les deux guerres mondiales"), *Anali Pravnog fakul-*

peu développée dans la mesure où c'étaient essentiellement les dispositions des Codes civils qui régissaient les relations entre les travailleurs et les employeurs⁶, alors que le travail du personnel exerçant dans le commerce, les boutiques d'artisanat et l'industrie était réglementé par les lois relatives au commerce et à l'artisanat, et le travail dans les mines par les lois minières. Le processus d'unification des lois a commencé avec l'adoption de la Loi sur l'inspection du travail du 30 décembre 1921⁷, ainsi que celle de la Loi sur la protection des travailleurs du 28 février 1922⁸. Ce que tous ces actes ont en commun, c'est le fait qu'ils aient trouvé l'inspiration ou le modèle dans les législations d'autres pays, surtout celle de l'Autriche, ainsi que dans les conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail dont le Royaume de Yougoslavie a été l'un des pays fondateurs⁹.

La vague de l'interventionnisme étatique décrite ci-dessus était assez forte pour « dissoudre » les principes et les concepts du droit civil sur lequel en premier lieu reposait la réglementation du travail dépendant. Cela a initié la création du droit du travail comme une branche distincte, mais la relation de travail n'a pas été désignée comme une institution juridique autonome dans la littérature serbe (et yougoslave)¹⁰. Au contraire, elle a – semblablement au droit du travail français – été complètement assimilée à la notion de contrat de travail, ayant pour critères de qualification du contrat les trois

éléments suivants : la prestation de travail, la rémunération et la subordination. Une telle approche a été abandonnée dans les années 30 du XX^e siècle quand la notion de relation de travail a été construite sur le modèle du droit du travail allemand, principalement pour des raisons pratiques¹¹.

II - Le concept de la relation de travail dans le système socialiste autogestionnaire : transformation, ignorance ou « disparition » du lien de subordination ?

Bien que le développement du droit du travail en Yougoslavie ait été interrompu par l'éclatement de la Seconde Guerre mondiale, la période qui suit la fin de la guerre a, pour sa part, été marquée par la mise en place du gouvernement communiste révolutionnaire. C'est à partir de cette époque que les changements majeurs ont eu lieu en matière de relations de travail. Comme dans d'autres pays socialistes, de janvier 1946 à juin 1948, le droit du travail yougoslave s'est développé dans la tradition de la législation et de la pratique soviétique, c'est-à-dire conformément aux postulats idéologiques basés sur les idées marxistes. Si initialement c'est l'influence du « modèle » qui a prévalu, après la confrontation de l'administration politique yougoslave avec celle de l'Union soviétique, la recherche de voies et de solutions propres en faveur de la construction du socialisme a commencé. Au cours de cette période, un système politique autogestionnaire est établi. Celui-ci comprenait l'établissement de *droits d'autogestion des travailleurs*, y compris leur droit à la gestion autonome de l'entreprise (directement ou par l'intermédiaire des organes élus et révoqués par eux-mêmes), sans propriétaires et sans administrateurs. En ce sens, le droit de décider sur toutes les questions concernant les affaires de l'entreprise, y compris en matière de gestion des ressources de l'entreprise ainsi que s'agissant des changements structurels, a été reconnu aux travailleurs. En outre, les travailleurs détenaient un pouvoir de décision en matière de conditions de travail, ainsi qu'en matière d'embauche et de licenciement, concernant tous les travailleurs de l'entreprise. L'énumération même de ces droits démontre que, dans les conditions de l'autogestion, il a nominalement été accordé aux travailleurs davantage de pouvoirs que ceux qui appartiennent traditionnellement à l'employeur.

teta u Beogradu, n° 3-4, 2002, pp. 338-353.

⁶ Le Code général des biens du 25 mars 1888 était en vigueur au Monténégro, alors qu'en Croatie, en Slavonie, en Bosnie-Herzégovine on appliquait le Code civil général autrichien du 1^{er} juin 1811 (avec des amendements de 1914, 1915 et 1916), et en Voïvodine la loi coutumière hongroise.

⁷ *Journal officiel du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (JO RSCS)*, n° 69/IX.

⁸ *JO RSCS*, n° 128/XXI, 75/XIV, 72/XXII et 135/LXII. Les dispositions de la Constitution du 28 juin 1921 représentaient la base pour l'adoption de ces lois qui confirmaient à l'exemple de la Constitution de Weimar que les travailleurs étaient protégés par l'État, que leurs sécurité et protection devaient être régis par la loi et que « l'État a le droit et le devoir d'intervenir dans les relations économiques, dans l'esprit de la justice, afin d'éliminer les différences sociales » (articles 23, 25-27 et 31-33).

⁹ S. Bajič, « Dvajset let jugoslovskega delovnega prava » (« Vingt ans du droit du travail yougoslave »), *Slovenski pravnik*, n° 11-12, 1938, p. 322.

¹⁰ R. Živković, « Ugovor o radu i radni odnos » (« Le contrat de travail et la relation de travail »), *Pravosuđe*, n° 1-2, 1938, pp. 1-2.

¹¹ *Ibid.*

Dans le même temps, le contrat de travail cesse d'être la base de la relation de travail et celle-ci est fondée sur l'intégration du salarié dans le milieu de travail. Cela avait eu pour conséquence la mise hors la loi de la législation du travail de la Yougoslavie capitaliste et la construction de la législation du travail socialiste *ab ovo*¹².

La construction du droit du travail socialiste a commencé par l'adoption de la Loi fondamentale sur la gestion des entreprises économiques étatiques et des associations économiques d'ordre supérieur par les collectivités de travail du 2 juillet 1950¹³. Après cela, une première tentative réussie de codification du droit du travail et d'intégration des fonctionnaires dans un système unique des relations de travail a été faite à travers les dispositions de la Loi sur les rapports de travail du 12 décembre 1957¹⁴. Dans cette loi, l'autogestion ouvrière s'appuyait sur *la propriété sociale*¹⁵. Cependant, c'est l'introduction du *concept des rapports de travail mutuels* qui représente le grand tournant dans la réglementation des relations de travail, conformément aux dispositions de la Constitution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie du 7 avril 1963 et de la Loi fondamentale sur les rapports de travail du 7 avril 1965¹⁶. Ce concept a été accompagné de nombreuses questions ouvertes, y compris celle du dilemme de l'existence d'une relation de travail ; dilemme qui a été approfondi après l'entrée en vigueur de la Loi sur

les rapports de travail mutuels dans le travail associé du 19 avril 1973¹⁷ et de la Loi sur le travail associé du 3 décembre 1973¹⁸.

Dans la quête de solutions au dilemme relatif à l'existence d'une relation de travail dans le droit yougoslave et à son contenu, les auteurs se sont divisés en plusieurs groupes. Le premier groupe était composé d'experts comme Zdenko Has et Ljubomir Purić qui ont plaidé pour *le concept de négation de la relation de travail*. Ils affirmaient que l'autogestion des travailleurs abolissait « le contenu de la relation de travail » puisque le transfert de la gestion des entreprises aux travailleurs avait entraîné la disparition de la tension entre les intérêts du salarié et ceux de l'employeur, qui marquait essentiellement la relation de travail¹⁹. Conformément à la croyance selon laquelle un tel concept ne peut exister que dans le système capitaliste, on peut conclure que dans le système autogestionnaire, « une relation mutuelle entre les producteurs libres et égaux associés dans des collectivités de travail » a été créée au lieu et place d'une relation de travail « classique »²⁰. Ce point de vue reçoit un soutien dans la littérature après l'introduction du concept de propriété sociale en tant que non-propriété ; concept selon lequel l'entreprise (l'organisation de travail), entre autres, n'a pas le droit de propriété sur les moyens de production²¹. Certains auteurs ont interprété cela comme étant un obstacle à l'obtention par l'organisation de travail du statut de sujet de la relation de travail, ce qui permettait par conséquent aux travailleurs, en tant que titulaires de droits de gestion des ressources de la propriété sociale, d'établir seulement *des rapports de travail mutuels*. En ce sens, on peut conclure que chaque travailleur établissait individuellement une relation de travail avec tous les autres travailleurs, alors qu'il établissait avec l'organisation de travail seulement une relation sociale et non pas juridique.

¹² L'autogestion des travailleurs yougoslaves a attiré l'attention de nombreux auteurs d'Europe occidentale, ce dont témoignent, entre autres, les travaux suivants : A. Meister, *Socialisme et autogestion: L'expérience yougoslave*, Paris, Seuil, 1964 ; G. Lasserre, *L'entreprise socialiste en Yougoslavie: Gestion ouvrière, coopératives, gestion sociale*, Paris, Éditions de Minuit, 1964 ; A. Strumthal, *La participation ouvrière à l'Est et à l'Ouest*, Paris, Éditions ouvrières, 1967, pp. 137-182.

¹³ *Journal officiel de la République fédérative populaire de Yougoslavie (JO RFPY)*, n° 43/50.

¹⁴ *JO RFPY*, n° 53/57.

¹⁵ Il s'agit du concept de propriété *sui generis*, qui comprend une forme distinctive d'appropriation des biens dans le processus de fabrication, dont il n'y aura pas désormais de titulaire - ni en tant qu'individu (comme dans le capitalisme) ni en tant qu'État (comme dans le communisme de type soviétique) - mais ce sera en même temps une quasi-propriété « de tout le monde et de personne ». Voir A. Finzgar, « La propriété sociale en droit yougoslave », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n° 1, 1989, pp. 85-94.

¹⁶ *Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (JO RFSY)*, n° 17/65, 28/66, 52/66 et 28/68.

¹⁷ *JO RFSY*, n° 22/73.

¹⁸ *JO RFSY*, n° 53/76, 57/83, 85/87, 6/88 et 38/88.

¹⁹ B. Perić, « Negatorska teorija o radnom odnosu » (« La théorie de la négation de la relation de travail »), *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, vol. 3, 1955, pp. 157-176.

²⁰ A. Ravnić, « Postoje li dvije stranke radnog odnosa u udruženom radu ? » (« Existent-ils deux parties de la relation de travail dans le travail associé ? »), *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, vol. XXVI, 1978, pp. 165-166.

²¹ B. Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa (Relation de travail : théorie, norme, pratique)*, Belgrade, Kultura, 1990, p. 100.

Contrairement aux défenseurs du concept de négation de la relation de travail, un autre groupe d'auteurs yougoslaves a souligné que les relations de travail pouvaient exister en dehors du système social capitaliste mais avec des ajustements nécessaires. Ils concluent donc qu'en Yougoslavie, les relations de travail existaient en tant que *relations sociales et juridiques*, mais que le contenu juridique de la relation de travail a été modifié conformément à son nouveau contenu social. En ce sens, ils affirment que l'établissement des rapports de travail mutuels entre les travailleurs suppose l'existence de liens juridiques entre les travailleurs et l'organisation de travail. Cette position a été défendue durablement par Aleksandar Baltić qui insistait sur la différence entre deux moments importants pour l'établissement d'une relation de travail : le premier est l'entrée du travailleur dans l'organisation de travail et l'autre se réfère à l'intégration du travailleur dans la collectivité de travail²². On comprend donc l'entrée du travailleur dans l'organisation de travail comme la base pour le développement des relations entre le travailleur et l'organisation de travail, mais aussi comme une condition pour l'intégration du travailleur dans la collectivité de travail dans laquelle il crée les rapports de travail mutuels entre travailleurs (en tant que membres de la collectivité de travail). Le lien juridique qui s'établit entre le travailleur et l'organisation de travail est exprimé dans la décision d'admission du travailleur dans l'organisation de travail et dont l'adoption précède son intégration dans l'organisation. L'acceptation d'une telle position signifie finalement qu'une relation juridique se crée entre le travailleur et l'organisation de travail ce qui donne lieu à des droits et à des obligations réciproques, mais c'est seulement après avoir été intégré dans un service organisé que le travailleur devient membre de la collectivité de travail avec tous les droits attribués à un gestionnaire²³. Par conséquent, les rapports mutuels des travailleurs et la relation de travail ne sont pas de même nature, puisque le travailleur en tant que membre de la collectivité n'a ni

²² A. Baltić, « Yougoslavie », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 1967, p. 177. Dans cette œuvre, le concept autogestionnaire de la relation de travail rappelle un des fondements de la relation de travail du concept institutionnel dans le droit français qui a gagné la sympathie et même l'appui dans une partie de la littérature yougoslave.

²³ A. Baltić, M. Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije (Les fondements du droit du travail en Yougoslavie)*, Belgrade, Savremena administracija, 1971, p. 62.

les droits ni les obligations qui découlent de la relation de travail envers un autre travailleur. Au lieu de cela, il établit la relation de travail avec l'organisation de travail et exerce ses droits en assumant ses devoirs et responsabilités envers l'organisation de travail. L'organisation de travail, en ce sens, peut être qualifiée d'*employeur* surtout parce qu'il lui a été attribué le statut de personne morale, à la différence de la collectivité de travail. Par ailleurs, les rapports mutuels sont établis et exercés dans la communauté de travail (entre chaque travailleur d'une part et tous les autres travailleurs/collectivité de travail, d'autre part) en vertu du droit de chaque membre de la collectivité de travail de participer à la gestion.

Cependant, ladite position a été critiquée comme imprécise par une partie de la doctrine. Cette critique repose sur le fait que le droit à l'utilisation, à la gestion et à la disposition des ressources de la propriété sociale ainsi que le droit à la gestion et à l'organisation du travail a été reconnu, non seulement à l'organisation de travail mais également à la collectivité de travail, organe particulier de l'organisation de travail (de portée limitée). Cette circonstance était, pour certains auteurs, la preuve que l'organisation de travail associé et la collectivité de travail exerçaient ensemble certaines fonctions de l'employeur, c'est-à-dire que personne n'avait le monopole de l'« autre partie de la relation de travail » (l'employeur)²⁴. Pourtant, malgré de solides arguments, cette conception doctrinale ignore le fait que la collectivité de travail n'avait pas le statut de sujet de droit²⁵.

Indépendamment du concept de la relation de travail, de nouvelles solutions législatives ont significativement influencé *le concept de la subordination dans la relation de travail*. Jusqu'au transfert de la gestion des entreprises économiques aux collectivités de travail, les auteurs yougoslaves ont, presque sans exception, qualifié la subordination comme un élément essentiel de la relation de travail. Cependant, avec l'introduction de l'autogestion ouvrière, la question de la justification de cette qualification a été soulevée, en théorie, étant donné que la fonction de gestion appartenait aux travailleurs en changeant ainsi le caractère même de la subordination²⁶.

²⁴ A. Ravnić, *op. cit.*, pp. 163-164.

²⁵ A. Baltić, M. Despotović, *op. cit.*, p. 62.

²⁶ R. Kyovsky, *Delovno pravo, Prva knjiga: Splošni del (Droit du travail, Livre I: Partie générale)*, Ljubljana, Pravna fakulteta v Lju-

Certains auteurs optent donc pour la position qui nie (en fait, ignore) la subordination, en concluant que la relation de travail dans la société socialiste est « une relation de coopération amicale et d'entraide »²⁷. Cette attitude n'obtient, cependant, pas le soutien de nombreux auteurs, qui considèrent que, même dans le nouvel environnement, la subordination n'a pas disparu de la relation de travail. Ne rejetant pas l'existence de la subordination comme un élément (essentiel ou secondaire) de la relation de travail, ils soulignent que la subordination a subi d'importants changements²⁸. C'est notamment le raisonnement de Boško Perić qui indique que le processus de fabrication demande nécessairement aux travailleurs d'exécuter les ordres de travail, et pourtant cette subordination « n'est ni dans l'intérêt d'un individu ni antagoniste, mais elle est dans l'intérêt général, puisque tous les travailleurs ensemble, directement ou indirectement, décident de ce qui sera fait »²⁹. D'autre part, Baltić souligne que la subordination revêt de plus en plus un caractère de « subordination sociale ou d'auto-subordination » à sa propre organisation du travail et aux organes de gestion appelés à donner des instructions et des ordres³⁰.

Au-delà de la gestion du travail, un changement important dans le contenu de la subordination concerne les règles du *risque professionnel*, étant donné que la participation du travailleur dans la gestion des entreprises et dans la distribution des profits est considérée comme une raison suffisante pour conclure que, dans les conditions du socialisme autogestionnaire, une partie des risques du travail doit être assumée par chaque travailleur individuellement. L'acceptation d'une telle position au niveau de la théorie et de la pratique judiciaire a engendré l'idée selon laquelle la prise de risque ne pouvait pas être considérée comme un critère fiable pour qualifier la relation de travail³¹.

bljani, Univerzum, 1978, p. 184.

²⁷ I. Krbeč, *Lica u državnoj službi* (Personnes dans le service public), Zagreb, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, 1948, p. 23.

²⁸ A. Ravnić, *op. cit.*, p. 169.

²⁹ B. Perić, *op. cit.*, pp. 171–172.

³⁰ A. Baltić, « Radni odnos i pravo upravljanja » (« Relation de travail et le droit à la gestion »), *Arhiv za pravne i društvene nauke*, n° 1, 1957, p. 271.

³¹ A. Baltić, M. Despotović, *op. cit.*, p. 199.

Borivoje Šunderić a présenté une conception particulière de la subordination dans les conditions d'autogestion, en estimant qu'elle représentait un élément essentiel de la relation de travail mais que son contenu ne correspondait pas à la notion classique de subordination, vu que le travailleur, en réalité, dépendait économiquement et juridiquement de l'État³². L'auteur critique vivement la manière dont la législation était appliquée, et conclut que « l'autogestion fonctionnait dans la mesure où elle convenait au pouvoir politique et que la classe ouvrière autogérait autant que le pouvoir politique le lui permettait »³³. Cette conclusion est suivie de la critique qui concerne la réalisation de la conception normative des rapports de travail mutuels pour laquelle on affirme qu'elle est née « du résultat des aspirations et des efforts des forces dirigeantes de la société (politocratie) de tracer le développement de nouvelles relations sociales et du travail par une activité normative et de maintenir en réalité la relation de travail avec toutes ses caractéristiques classiques »³⁴. De ce fait, ces efforts ont créé une relation de travail qui n'était que formellement régie selon les principes d'autogestion alors qu'en réalité il s'agissait d'une relation de subordination³⁵.

³² B. Šunderić, *op. cit.*, pp. 55–56.

³³ *Ibid.* C'est d'autant plus vrai que l'autogestion, dans la pratique, était tout d'abord guidée et contrôlée par la Ligue des communistes vu que ses organisations ont été fondées dans les lieux de travail et à des niveaux plus élevés. Dans le même temps, il convient de garder à l'esprit que pour des raisons idéologiques, le système juridique de l'autogestion ne reconnaissait pas le droit de grève, car l'absence d'employeur (au sens classique du terme) rendait l'exercice de ce droit inapproprié. Cependant, en pratique, les grèves étaient organisées en forme d'arrêts de travail qui s'adressait justement aux centres du pouvoir politique, en particulier à la Ligue des communistes. Les rassemblements de travailleurs se déroulaient non seulement dans les locaux commerciaux des organisations de travail, mais aussi devant les sièges des organisations socio-politiques. B. Lubarda, *Radno pravo - rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu* (Droit du travail - traité sur la dignité au travail et sur le dialogue social), Belgrade, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, p. 194.

³⁴ B. Šunderić, *op. cit.*, pp. 119, 131.

³⁵ *Ibid.*

III - Le développement moderne du droit du travail serbe - une (ré)affirmation tardive du concept contractuel de la relation de travail

Après avoir été régi, pendant plusieurs décennies, dans le cadre du concept autogestionnaire de la relation de travail, le droit yougoslave (et serbe) commence à revenir au concept classique de la relation de travail. Ce processus s'est déroulé parallèlement aux changements qui ont eu lieu dans d'autres domaines, tels que l'introduction du pluralisme politique et la création des conditions favorables à une économie de marché. Cependant, ces changements ont été très lents, et les résultats obtenus modestes, surtout quand il s'agit de la transformation de la propriété. La rupture avec le concept autogestionnaire des relations de travail a débuté avec l'adoption de la Loi sur les droits fondamentaux des relations de travail du 6 octobre 1989³⁶ et s'est achevé sept ans plus tard grâce à l'application de la Loi sur les fondements des relations de travail du 26 juin 1996 ; par laquelle il a été confirmé qu'une relation de travail est basée sur la conclusion du contrat de travail entre l'employeur et le salarié et en vertu de laquelle le salarié s'engage à travailler au nom, pour le compte et sous le pouvoir de l'employeur³⁷.

Dans la seconde moitié des années 90 du dernier siècle, les conditions normatives ont été créées pour « raviver » le concept contractuel de la relation de travail et la Loi sur le travail du 13 décembre 2001³⁸, tout comme la Loi sur le travail du 8 mars 2005³⁹ aujourd'hui en vigueur, y ont contribué. La législation en matière du droit contemporain de la République de Serbie et sa pratique sont tout de même suivies de nombreux défis dont beaucoup sont liés aux changements dans le domaine de l'économie. Cela est vrai surtout pour les crises économiques et financières à cause desquelles le pays est confronté au besoin de réduire les frais et de trouver une solution pour lutter contre le chômage massif alors que les employeurs sont confrontés au défi de préserver la continuité de l'activité de leur entreprise et de profiter des avantages de la flexibilité.

³⁶ JO RFSY, n° 60/89 et 42/90.

³⁷ Journal officiel de la République fédérale de Yougoslavie, n° 29/96.

³⁸ Journal officiel de la République de Serbie (JO RS), n° 70/2001 et 73/2001.

³⁹ JO RS, n° 24/05, 61/05, 54/2009, 32/13 et 75/14.

De plus, le législateur serbe se retrouve face à une tâche délicate consistant à réexaminer le champ d'application personnel de la législation de travail, qui dépend aussi du concept de la relation de travail puisqu'il est nécessaire qu'une protection soit accordée à toutes les personnes exécutant réellement un travail dépendant. Ce besoin de protection concerne d'abord la fiction sur l'établissement de la relation de travail à durée indéterminée à la date d'entrée du salarié au travail ; c'est la seule forme de protection juridique des travailleurs qui ne concluent pas de contrat de travail avec l'employeur. C'est loin d'être suffisant pour assurer une protection efficace et complète de ces personnes, tandis qu'une définition juridique claire de la relation de travail pouvant faciliter la prise de décision sur la nature juridique de la relation contractuelle pourrait davantage contribuer à leur protection. Il faudrait donc définir dans la Loi sur le travail la notion de relation de travail avec la qualification de la subordination juridique ou de ses aspects les plus importants (subordination aux ordres, contrôle et pouvoir disciplinaire de l'employeur) en tant qu'élément essentiel de la relation de travail. En outre, introduire l'interdiction juridique explicite de l'exécution du travail en vertu d'un contrat basé sur le droit civil, si la relation entre le travailleur et l'employeur contient des éléments de la relation de travail, pourrait contribuer à la protection des travailleurs qui effectuent *un travail indépendant déguisé*.

Mis à part la nécessité de protéger ces travailleurs, le droit du travail serbe est également confronté à un autre défi ; celui de l'émergence de nouvelles formes de travail qui atténuent considérablement la netteté des lignes de démarcation de la relation de travail et d'autres formes de réalisation de travaux. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que dans la République de Serbie, *le modèle binaire classique de travail pour un autre* (le travail dépendant - le travail indépendant) est systématiquement appliqué mais certains aspects de la protection assurés par le droit du travail sont offerts aux travailleurs indépendants (protection de la santé et de la sécurité au travail, protection contre le harcèlement moral et la discrimination au travail) sans l'introduction d'une nouvelle catégorie juridique des travailleurs économiquement dépendants.

Bien que la reconnaissance de plusieurs autres droits puisse aider à mettre en œuvre des mesures plus appropriées en vue de protéger ceux qui en ont besoin, il semble que les conditions ne sont pas encore remplies pour aborder cette question. C'est tout d'abord parce que les

employeurs seraient surchargés d'exigences excessives (et des coûts induits) en raison de ces tendances, et que cela les dissuaderait d'engager un travailleur hors de la relation de travail, augmentant ainsi de façon proportionnelle le nombre de personnes engagées dans le cadre d'un travail indépendant déguisé et illégalement. De plus, il convient de garder à l'esprit que les objectifs de la récente réforme du droit du travail serbe n'incluent pas la protection des personnes travaillant hors de la relation de travail. Cela est vrai surtout s'agissant de l'effort de réduction du coût du travail, d'augmentation des investissements étrangers et d'incitation à l'emploi en aménageant et organisant le travail d'une manière plus flexible. En outre, même les efforts visant à harmoniser la législation serbe avec celles de l'Union européenne ne prévoient pas l'extension de la protection des travailleurs économiquement dépendants étant donné que les sources du droit du travail dans l'Union sont exclusivement dirigées vers la protection des salariés⁴⁰.

Conclusion

Les changements dans le monde du travail affectent de façon significative la législation du travail, confirmant entre autres les limites de la notion de relation de travail et la nécessité de sa modernisation. La littérature juridique serbe insiste sur cet état de fait avec persistance, bien qu'il n'existe pas de consensus doctrinal parmi les auteurs sur les éléments essentiels de la relation de travail. Au lieu de cela, dans une variété d'ouvrages, de nombreux éléments de la relation de travail y sont identifiés : volontariat, exécution personnelle du travail, rémunération, intégration dans une organisation de travail, horaires de travail limités, entrée en service, exercice d'un travail à titre professionnel, absence de risque de travail pour le salarié⁴¹.

Néanmoins, malgré les désaccords, les auteurs partagent l'opinion commune selon laquelle les trois premiers éléments constituent le noyau dur du contenu de la relation de travail. Leurs conclusions diffèrent par rapport aux autres éléments, surtout quand il s'agit de définir le concept de la relation de travail dans les conditions de l'autogestion ouvrière. Il convient de noter que dans les ouvrages écrits avant la Seconde

Guerre mondiale, la subordination a été, sans exception, reconnue comme un élément essentiel de la relation de travail⁴², tandis que dans les écrits ultérieurs de nombreux auteurs soutiennent que la subordination ne disparaît pas de la relation de travail, mais qu'elle a survécu avec des changements majeurs pour lesquels elle a été jugé élément secondaire dans la relation de travail ou encore qu'elle n'a fait partie de la relation de travail uniquement chez les salariés dans le régime spécial des relations de travail⁴³. D'autre part, il convient de garder à l'esprit que dans la pratique judiciaire yougoslave, la subordination n'a pas été établie comme un élément de la relation de travail, mais d'autres éléments étaient ainsi qualifiés, principalement pour la dépendance économique, l'exclusivité de services pour l'employeur et le travail à temps plein⁴⁴.

La position presque unanime que l'on rencontre le plus souvent dans la littérature serbe plus récente est que la subordination est un élément nécessaire de la relation de travail⁴⁵. Néanmoins, dans la législation de travail serbe, il manque une définition juridique de la relation de travail qui contiendrait des critères juridiques pouvant faciliter la prise de décision quant à la nature juridique d'une relation particulière. Cela vaut particulièrement pour la subordination juridique. Bien que, dans certains cas, elle puisse obtenir de nouvelles formes, c'est-à-dire dévoiler de « nouveaux visages »⁴⁶, elle reste un critère fiable de qualification de la relation de travail. Enfin, il convient de noter que la nécessité de créer des conditions favorables à la réalisation efficace et à la protection des droits et libertés des salariés au travail représente un défi particulier, dans la mesure où le taux de chômage élevé « permet », en réalité, aux employeurs d'exercer une influence plus importante sur les salariés que ce qui leur est normalement autorisé par la loi.

⁴⁰ T. Gyulavári, « A bridge too far? The hungarian regulation of economically dependent work », *Hungarian Labour Law E-Journal*, n° 1, 2014, pp. 9-11, 21.

⁴¹ B. Šunderić, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁴² S. Bajić, *Osnovi radnog prava. Opšti deo (Les fondements du droit du travail. Partie générale)*, Belgrade, « Geca Kon », 1937, pp. 3-4, 60.

⁴³ V. Brajić, *Radno pravo (Le droit du travail)*, Belgrade, Savremena administracija, 2002, p. 132.

⁴⁴ V. Brajić [dir.], *Radno pravo u praksi (Droit du travail dans la pratique)*, Belgrade, 1974, pp. 54-55.

⁴⁵ Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice (La subordination juridique dans la relation de travail et ses limites)*, Belgrade, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013, pp. 206-209.

⁴⁶ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, No. 2, 2000, p. 131.

Sans application effective, la législation du travail ne reste que « lettre morte », comme c'est souvent le cas avec certaines dispositions légales qui sont violées presque quotidiennement en Serbie. Toutefois, cette dernière déclaration ne devrait pas être interprétée de telle sorte qu'elle laisse sous-entendre que certaines institutions du droit du travail aient perdu leur valeur ou qu'elles s'avèrent dépassées ou obsolètes. Au lieu de cela, il est nécessaire de clarifier certaines règles en matière de travail, de les rendre plus certaines et d'adapter les instituts de droit du travail aux besoins de développement de la société. Cependant, dans ce processus d'ajustement, il convient de ne pas trahir l'idée de justice sociale notamment, ni les valeurs fondamentales qui représentent l'essence du droit du travail.

EN ACCÈS LIBRE SUR NOTRE SITE INTERNET

Les **TABLES DE L'ANNÉE 2014** de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont désormais **disponibles en ligne**, gratuitement, sur le site Internet du COMPTRASEC.

Elles sont composées de tables alphabétiques classées par **mots-clés**, par **pays** ou **institutions** étudiés, ou encore par nom d'**auteurs**.

Les TABLES DE L'ANNÉE 2014 de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont disponibles en **français** pour les 2 numéros papier de l'année écoulée et en **anglais** pour l'*English Electronic Edition* paru début d'année 2015.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>