

REVISTA ROMÂNĂ DE **DREPTUL MUNCII**

ROMANIAN LABOUR LAW REVIEW

1/2021



Wolters Kluwer
Romania

NOUTĂȚI

- 13 Selecție de noutăți legislative din perioada 1.12.2020-31.01.2021

DOCTRINĂ

- 21 **Alexandru ȚICLEA**

Perioada de probă

- 41 **Dan ȚOP**

Raportul de muncă în domeniul pescuitului maritim

- 51 **Vlad BARBU, Gheorghe LUCIAN**

Recentele modificări ale Codului muncii privind discriminarea în muncă

- 58 **Vlad BARBU**

Reflecții asupra muncii suplimentare și repausului săptămânal

- 63 **Gheorghe LUCIAN**

Rolul expertului în legislația muncii în respectarea drepturilor, îndatoririlor și intereselor legitime ale părților

- 69 **Loredana Manuela MUSCALU, Gabriela RĂDESCU**

Drepturile pacientului raportat la personalul medical – analiză a legislației naționale și internaționale

EXPERTUL RĂSPUNDE

- 81 Aplicarea sancțiunii disciplinare a desfacerii contractului individual de muncă unei salariate gravide. Înlocuirea sancțiunii

PERSPECTIVE ITM

- 87 **Ciprian POP**

Aplicația REVISAL a fost modificată pentru a include ultimele modificări intervenite în relațiile de muncă

DREPT INTERNAȚIONAL AL MUNCII

Selecție de referent conf. univ. dr. Laura GEORGESCU

- 91 **HOTĂRÂREA CURȚII (Marea Cameră) 1 decembrie 2020 (*)** „Trimitere preliminară – Directiva 96/71/CE – Articolul 1 alineatele (1) și (3) și articolul 2 alineatul (1) – Detașarea lucrătorilor în cadrul prestării de servicii – Șoferi de transport internațional rutier – Domeniu de aplicare – Noțiunea de «lucrător detașat» – Operațiuni de cabotaj – Articolul 3 alineatele (1), (3) și (8) – Articolul 56 TFUE – Libera prestare a serviciilor – Convenții colective declarate de generală aplicare”
- 107 **HOTĂRÂREA CURȚII (Marea Cameră) 8 decembrie 2020 (*)** „Acțiune în anulare – Directiva (UE) 2018/957 – Libera prestare a serviciilor – Detașarea lucrătorilor – Condiții de muncă și de încadrare în muncă – Remunerație – Durata detașării – Stabilirea temeiului juridic – Articolele 53 și 62 TFUE – Modificarea unei directive existente – Articolul 9 TFUE – Principiul nediscriminării – Necesitate – Principiul proporționalității – Regulamentul (CE) nr. 593/2008 – Domeniu de aplicare – Transport rutier – Articolul 58 TFUE”

- 131** HOTĂRÂREA TRIBUNALULUI (Camera a șaptea) 16 decembrie 2020 (*) „Funcție publică – Funcționari – Soț supraviețuitor – Pensie de urmaș – Articolele 18 și 20 din anexa VIII la statut – Condiții de eligibilitate – Durata căsătoriei – Excepție de nelegalitate – Egalitate de tratament – Principiul nediscriminării pe motive de vârstă – Proportionalitate – Noțiunea de «soț»”
- 150** HOTĂRÂREA CURȚII (Camera întâi) 17 decembrie 2020 (*) „Trimitere preliminară – Libera circulație a persoanelor – Articolul 45 TFUE – Cetățenia Uniunii – Directiva 2004/38/CE – Dreptul de ședere pentru o perioadă mai mare de trei luni – Articolul 14 alineatul (4) litera (b) – Persoane aflate în căutarea unui loc de muncă – Termen rezonabil pentru a lua cunoștință de ofertele de încadrare în muncă care îi pot conveni persoanei aflate în căutarea unui loc de muncă și a lua măsurile care îi permit să fie angajată – Cerințe impuse persoanei aflate în căutarea unui loc de muncă de statul membru gazdă în acest termen – Condiții privind dreptul de ședere – Obligația de a căuta în continuare un loc de muncă și de a avea șanse reale să fie angajată”
- 161** HOTĂRÂREA CURȚII (Camera a opta) 21 ianuarie 2021 (*) „Trimitere preliminară – Politica socială – Egalitate de tratament între bărbați și femei în domeniul securității sociale – Directiva 79/77/CEE – Articolul 4 alineatul (1) – Leșire voluntară și anticipată la pensie – Pensie anticipată – Eligibilitate – Condiție potrivit căreia cuantumul pensiei care urmează să fie încasată trebuie să fie cel puțin egal cu cuantumul minim legal – Proportia lucrătorilor de fiecare sex excluși de la beneficiul unei pensii anticipate – Justificarea unui eventual dezavantaj special pentru lucrătorii de sex feminin – Obiective de politică socială ale statului membru în cauză”
- 171** HOTĂRÂREA CURȚII (Marea Cameră) 26 ianuarie 2021 (*) „Trimitere preliminară – Politica socială – Egalitate de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă – Directiva 2000/78/CE – Articolul 2 alineatul (1) și alineatul (2) literale (a) și (b) – «Conceptul de discriminare» – Discriminare directă – Discriminare indirectă – Discriminare pe motive de handicap – Diferență de tratament în interiorul unui grup de lucrători cu handicap – Acordarea unui spor la salariu lucrătorilor cu handicap care au predat, ulterior unei date alese de angajator, un certificat de încadrare în grad de handicap – Excluderea lucrătorilor cu handicap care au predat certificatul lor anterior acestei date”

JURISPRUDENȚĂ NAȚIONALĂ

Selecție realizată de lect. univ. dr. Adelina Oana DUȚU

- 185** Drepturi salariale grefieri. Încadrarea pentru prima dată în funcția de grefier a unei persoane cu vechime în specialitate juridică de peste 6 ani. Inaplicabilitatea art. 42 alin. (2) din Legea nr. 567/2004 privind grefierii debutanți (*C. Apel Oradea, secția a I-a civilă, decizia nr. 624/2020, www.portal.just.ro*)
- 192** Litigiu privind funcționarii publici. Anulare decizie de imputare (*C. Apel Oradea, secția a II-a civilă, de contencios, administrativ și fiscal, decizia nr. 926/2020, www.portal.just.ro*)
- 203** Pensii militare de stat. Contestație decizie de pensionare. Valorificarea contribuției la Fondul de pensie suplimentară. Aplicarea plafonului de 85% la totalul pensiei stabilite, recalculate sau actualizate după aplicarea majorărilor prevăzute de art. 29 (*C. Apel Constanța, decizia nr. 881/AS/2020, www.portal.just.ro*)

- Res
- 214** Acțiune în răspundere patrimonială. Drepturi salariale (C. Apel București, secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia nr. 520/2020, www.portal.just.ro)
- 219** Contestație decizie de pensionare. Pensie militară (C. Apel București, secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia nr. 834/2020, www.portal.just.ro)
- 226** Anularea deciziei de concediere disciplinară. Înlocuirea sancțiunii disciplinare (C. Apel Ploiești, secția I civilă, decizia nr. 500/2020, <https://lex-avocatura.ro/>)

Prof. univ. dr. Alexandru ȚICLEA

ABSTRACT

For the purpose of the practical verification, in the workplace, of the employee's skills, the parties may establish in their contract a trial period of no more than 90 days for operational positions and a maximum of 120 days for management positions.

It follows that the trial period is not mandatory (except for disabled persons, which in this case is the only form of verification of professional skills), it is optional, at the discretion of the parties. It is a distinct and special clause in the individual employment contract. In point of legal nature, this clause is one of termination of the contract since within the established term, the individual employment contract may be discharged, exclusively, by a written notification of either party.

Keywords: *trial period, pregnant employee, termination of employment contract, written notification.*

REZUMAT

În scopul verificării practice, la locul de muncă, a aptitudinilor salariatului, părțile pot stabili în contractul lor o perioadă de probă de cel mult 90 de zile calendaristice pentru funcțiile de execuție și cel mult 120 de zile pentru funcțiile de conducere.

Rezultă că perioada de probă nu este obligatorie (cu excepția persoanelor cu handicap, care constituie în cazul acestora unica formă de verificare a aptitudinilor profesionale), ci ea este facultativă, lăsată la latitudinea părților. Ea constituie o clauză distinctă și specială în contractul individual de muncă. Ca natură juridică această clauză este una de dezicere a contractului de vreme ce în interiorul termenului stabilit, contractul individual de muncă poate înceta, exclusiv, printr-o notificare scrisă a oricăreia dintre părți.

Cuvinte-cheie: *perioada de probă, salariată gravidă, încetarea contractului de muncă, notificare scrisă.*

Legislație relevantă: C. muncii, art. 31

I. Perioada de probă – clauză contractuală

1. Noțiunea de clauză contractuală

O atare clauză reprezintă o stipulație inclusă de părți în contractul individual de muncă, în virtutea principiului libertății contractuale, consacrat de art. 1169 C. civ.

Partenerii contractuali au facultatea să înscrie în contract orice clauză, pe care o stabilesc de comun acord, dacă aceasta nu contravine legii, ordinii publice și bunelor moravuri.

Prin clauzele stipulate, părțile definesc drepturile și obligațiile generate de acel contract în favoarea și, respectiv, în sarcina fiecăruia dintre ei.

Orice clauză contrară legii este lovită de nulitate, iar dacă este una esențială, antrenează nulitatea întregului contract^[1].

2. Clauzele contractului individual de muncă

Drepturile și obligațiile celor două părți – salariat și angajator – sunt materializate, cuprinse, în clauzele contractuale^[2].

Analizat prin prisma clauzelor sale, contractul individual de muncă are în conținutul său o *parte legală* și una *convențională*. *Partea legală* se referă la drepturi și obligații cuprinse în Codul muncii și alte acte normative ce reglementează raporturile de muncă. Dacă anumite clauze din această categorie nu sunt stipulate în mod expres în contract, ele rezultă din lege. Tot astfel, dacă o anumită clauză ar fi contrară legii, iar celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite, contractul produce efecte, clauza respectivă este implicit modificată sau înlocuită prin dispoziția legală corespunzătoare.

Partea convențională a contractului, este așa cum îi este denumirea, lăsată la liberul acord de voință al părților, dar și în acest caz părțile trebuie să respecte normele legale, clauzele contractului colectiv de muncă aplicabil, și desigur, ordinea publică și bunele moravuri. Dispozițiile din actele normative nu pot fi încălcate spre a crea salariatului un statut defavorabil față de minimul legal. Dar, este posibil ca părțile să se înțeleagă în legătură cu o serie de condiții superioare pentru salariați, în raport cu prevederile actelor normative și ale contractelor colective de muncă.

Însă, negocierea condițiilor de muncă, a salariului, a duratei concediului de odihnă etc., pentru o mare parte a personalului (excepția constituind-o personalul contractual din autoritățile/instituțiile publice), rolul părții legale s-a diminuat în favoarea celei convenționale.

În conținutul contractului individual de muncă trebuie să intre elementele enunțate la art. 17 C. muncii și, după caz, la art. 105 în ceea ce privește contractul cu timp parțial, la art. 109 cu privire la contractul de muncă la domiciliu, de Legea nr. 81/2018 privind contractul de telemuncă etc.

[1] M.N. Costin, C.M. Costin, *Dicționar de drept civil de la A la Z*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, 2019, p. 154-155.

[2] A. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. a X-a, actualizată, Ed. Universul Juridic, 2016, p. 396-397.

Unele clauze sunt *esențiale* și anume: durata contractului, felul și locul muncii, condițiile de muncă, salariul, altele sunt *neesențiale* sau *facultative* de exemplu, clauza de formare profesională, clauza de neconcurență, clauza de mobilitate, clauza de confidențialitate (enumerată de art. 20 C. muncii) și, ceea ce ne interesează în mod deosebit, clauza referitoare la *perioada de probă*, statornicită la art. 31-33 din același Cod. Astfel de clauze au un caracter mixt, întrucât ele nu figurează în contract decât dacă părțile au stabilit în acest sens prin acordul lor, dar odată inserate în contract, ele devin obligatorii și vor produce efectele stabilite de lege.^[3]

3. Conținutul clauzei privind perioada de probă

Această clauză este, așadar, facultativă. Ea este *subsidiară* verificării prealabile a aptitudinilor profesionale și personale ale persoanei care solicită angajarea.

Ea nu se *prezumă* și nici nu constituie un act unilateral al angajatorului, ci trebuie prevăzută *expres*, în contract [art. 17 alin. (2) lit. m), coroborat cu art. 17 alin. (3) din Cod]^[4]; nu este anterioară încheierii acestui contract, ci se suprapune cu prima perioadă de executare a contractului respectiv.

Ca excepție, este *obligatorie și exclusivă* verificarea aptitudinilor profesionale la încadrarea persoanelor cu handicap prin modificarea perioadei de probă [art. 31 alin. (2)]. Așadar, în cazul acestor persoane este *exclus* examenul sau concursul.

Curtea Constituțională a observat^[5] că dispozițiile respective sunt conforme cu legea fundamentală întrucât acestea au creat cu o modalitate adaptată situației persoanelor cu handicap „care să aibă în vedere atât pregătirea profesională, cât și capacitatea fizică și psihică de a răspunde în mod concret cerințelor locului de muncă exclude comparația cu persoanele care nu au handicap” (pct. 18).

Curtea Constituțională a mai reținut^[6] că „art. 31 din Codul muncii instituie posibilitatea angajatorului, dar și a angajatului de a evalua condițiile exercitării drepturilor și obligațiilor ce reies din contractul individual de muncă, având posibilitatea de a înceta raporturile de muncă fie la sfârșitul perioadei de probă fie în termenul stabilit, fie chiar anterior”.

Așadar, pe durata perioadei de probă, raporturile de muncă au un caracter precar, nefiind consolidate decât după exprimarea acestei perioade și numai dacă salariatul corespunde profesional postului în care este încadrat ori dacă este mulțumit de acest post și dorește să continue activitatea.

Constatăm că art. 31 alin. (1) C. muncii, prevede o durată maximă a perioadei de probă, după caz, „cel mult 90 de zile calendaristice”, „cel mult 120 de zile calendaristice” [alin. (1)] sau „maximum 30 de zile calendaristice”. Prin urmare, legea instituie o durată maximă, nu una minimă, ceea ce înseamnă că părțile stabilesc, concret, această perioadă, având totodată posibilitatea să se

[3] I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2017, p. 351-352.

[4] Ș. Beligrădeanu, I.T. Ștefănescu, *Perioada de probă în reglementarea Codului muncii*, în *Dreptul* nr. 8/2003, p. 25.

[5] Decizia nr. 653/2011 (publicată în M. Of. nr. 532 din 268 iulie 2011).

[6] Decizia nr. 523/2018 (publicată în M. Of. nr. 834 din 1 octombrie 2018).

renunțe la modalitatea respectivă de verificare a aptitudinilor salariatului (cu excepția, evident a persoanelor cu handicap).

Desigur că perioada de probă începe să curgă și se calculează din prima zi a executării contractului (prestării muncii) și expiră la epuizarea termenului stabilit (90 de zile sau 120 de zile calendaristice etc.) Așadar, în astfel de situații, calculul nu se face pe zile lucrătoare.

În cazul contractelor pe durată determinată, perioada de probă este mult mai redusă; ea diferă în raport de durata contractului, așa cum dispune art. 85 C. muncii și nu va depăși:

- 5 zile lucrătoare pentru o durată a contractului individual de muncă mai mică de 3 luni;
- 15 zile lucrătoare pentru o durată a contractului individual de muncă cuprinsă între 3 și 6 luni;
- 30 zile lucrătoare pentru o durată a contractului individual de muncă mai mare de 6 luni;
- 45 zile lucrătoare în cazul salariaților încadrați în funcții de conducere, pentru o durată a contractului individual de muncă mai mare de 6 luni.

Observăm, diferențierea ce se face între contractele individuale de muncă încheiate pe durată nedeterminată și cele încheiate pe perioadă determinată în ceea ce privește perioada de probă. Dacă în primul caz această perioadă se calculează pe zile calendaristice, în cel de-al doilea caz se calculează pe zile lucrătoare. Pentru egalitate de tratament, și pentru a se da posibilitatea unui calcul riguros al perioadei de probă, s-ar impune, *de lege ferenda*, ca în toate cazurile, aceasta să fie stabilită pe zile lucrătoare și nu pe zile calendaristice (care nu au nicio relevanță). Salariatul poate fi verificat profesional, la locul de muncă, în perioada de probă, numai în zilele lucrătoare nu (*absurdum*) în cele nelucrătoare^[7].

Pe durata perioadei de probă – prevede art. 31 alin. (4) – salariatul se bucură de toate drepturile și are toate obligațiile prevăzute în legislația muncii, în contractul colectiv de muncă aplicabil, în regulamentul intern, precum și în contractul individual de muncă. Evident, ca o consecință, perioada respectivă constituie vechime în muncă. De altfel, el desfășoară activitatea în temeiul unui contract individual de muncă, de cele mai multe ori pe durată nedeterminată, valid din punct de vedere legal (atunci când nu sunt motive de nulitate a lui)^[8].

În conținutul clauzei în discuție este inclus și textul de la alin. (3) potrivit căruia „*Pe durata sau la sfârșitul perioadei de probă, contractul individual de muncă poate înceta exclusiv printr-o notificare scrisă, fără preaviz, la inițiativa oricăreia dintre părți, fără a fi necesară motivarea acesteia*”.

4. Restricții referitoare la utilizarea perioadei de probă

Pentru a preveni eventualele abuzuri ale angajatorului, art. 32 C. muncii stabilește unele reguli privind utilizarea perioadei de probă.

O *primă regulă* constă în aceea că angajatorul trebuie să informeze salariatul anterior încheierii sau modificării contractului de muncă cu privire la perioada de probă [art. 17 alin. (2) lit. m) și art. 17 alin. (4)].

^[7] A. Țiclea, *Încetarea contractului individual de muncă la sfârșitul perioadei de probă*, în R.R.D.M., nr. 7/2010, p. 112.

^[8] A. Țiclea, *Codul muncii. Legislație conexă. Comentarii jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, 2020, p. 156-158.

O a doua regulă: pe durata executării unui contract individual de muncă nu poate fi stabilită decât o singură perioadă de probă. Doar excepțional, salariatul poate fi supus la o nouă perioadă de probă în situația în care acesta debutează la același angajator într-o nouă funcție sau profesie ori urmează să presteze activitatea într-un loc de muncă cu condiții grele, vătămătoare sau periculoase.

În același sens este și practica judiciară. De pildă, s-a decis^[9] că *stabilirea unei noi perioade de probă pe parcursul derulării aceluiași contract de muncă reprezintă o situație de excepție. Nu se poate reține că prin modificarea contractului în privința funcției salariatului se mențin implicit în totalitate celelalte clauze al contractului inițial, din moment ce perioada de probă debutează la angajarea în muncă, iar o clauză similară pe parcursul aceluiași contract constituie una esențială și de excepție, ce conduce la modificarea expresă a contractului sub acest aspect.*

Schimbarea semnificativă a atribuțiilor și a postului atrage implicit obligația încheierii unui act tradițional^[10], în care să fie inserată o nouă perioadă de probă.

Totodată s-a reținut^[11]: „în cazul în care salariatului i se modifică funcția sau profesia, un nou termen de probă este acceptat de către legiuitor pentru că se are în vedere un debut al salariatului în cauză într-o altă activitate. Este de observat că esențială este condiția debutului la același angajator. Astfel, unui salariat i se modifică contractul individual de muncă, acesta urmând să desfășoare o altă profesie decât cea inițială, dar dacă în cursul timpului a mai desfășurat această profesie la același angajator, stabilirea termenului de probă nu este legală, chiar dacă atunci când a exercitat profesia respectivă nu a fost supus unei perioade de probă. Pe de altă parte, salariatul a desfășurat aceeași profesie, dar la un alt angajator, termenul de probă se justifică. Soluția legiuitorului este explicabilă prin faptul că tot ceea ce interesează este ca angajatorul să se convingă că salariatul în cauză face față în cadrul unității respective profesiei sau funcției noi, neavând niciun fel de relevanță faptul că el a mai ocupat funcția sau a exercitat profesia în altă parte. Nu prezintă relevanță nici la momentul încheierii contractului și stabilirii primei perioade de probă dacă salariatului respectiv anterior a mai ocupat sau nu funcția sau mai exercitat profesia respectivă”.

Potrivit textului comentat [alin. (2)], salariatul va fi supus unei perioade de probă și în ipoteza în care urmează să presteze activitatea, la un moment dat, „într-un loc de muncă cu condiții grele, vătămătoare sau periculoase”.

O altă restricție privind utilizarea perioadei de probă este instituită de art. 33 C. muncii, conform căruia „Perioada în care se pot face angajări succesive de probă ale mai multor persoane pentru același post este de maximum 12 luni”. Scopul ei constă, de asemenea în prevenirea eventualelor abuzuri ale angajatorului, constând în denunțarea facilă a contractelor de muncă în temeiul art. 31 alin. (3) C. muncii, evitând procedura, oarecum greoaie, a concedierii pentru necorespondere profesională.

^[9] Curtea de Apel Pitești, secția civilă, dec. nr. 101/2017 (mcp-avocați.ro).

^[10] Curtea de Apel București, secția a VII-a civilă, pentru conflicte de muncă și asigurări sociale, dec. nr. 3259/2014 (mcp-avocați.ro).

^[11] Curtea de Apel București, secția a VII-a civilă, pentru conflicte de muncă și asigurări sociale, dec. nr. 2672/2014 (mcp-avocați.ro).