

LBRIS

We know
books

Alexandru Athanasiu

Contractul de muncă și perioada de probă



Editura C.H. Beck
București 2023

Cuprins

Abrevieri	XIII
Titlul I. Perioada de probă – clauză a contractului individual de muncă	1
Capitolul I. Introducere. O nouă abordare: între necesitate normativă și utilitate aplicativă	1
Secțiunea 1. Contractul de muncă cu clauza perioadei de probă – contract precar?	9
Secțiunea a 2-a. Funcțiile perioadei de probă	17
Secțiunea a 3-a. Prerogativele partenerilor contractului de muncă	22
Capitolul II. Perioada de probă. Fundamente legislative.	
Istoric	24
Secțiunea 1. Noțiuni. Terminologie.....	24
Secțiunea a 2-a. Legislație. Istoric	25
§1. Codul muncii anterior (Codul muncii – Legea nr. 10/1972).....	25
§2. Legea nr. 30/1990 și H.G. nr. 281/1993	28
§3. Codul muncii în vigoare – Legea nr. 53/2003.....	30
§4. Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 65/2005 (O.U.G.)	32
§5. Legea nr. 40/2011	34
Capitolul III. Perioada de probă. Trăsături caracteristice	39
Secțiunea 1. Noțiuni. Definiție legală.....	39
Secțiunea a 2-a. Trăsături caracteristice.....	39
Secțiunea a 3-a. Durata perioadei de probă.....	43
Secțiunea a 4-a. Conținut	50
Secțiunea a 5-a. Perioada de probă. Natura juridică.....	52

Capitolul IV. Perioada de probă – un caz de încetare a contractului de muncă. Doctrină.....	55
Secțiunea 1. Natura juridică	55
Secțiunea a 2-a. Perioada de probă. Modalitate de încetare a contractului de muncă, efect al unei clauze de decizie.	
Teoria abuzului de drept. Examen critic	65
§1. Noțiune.....	70
§2. Despre teoria abuzului de drept. Noțiune. Istoric.....	72
§3. Motivul legitim	75
§4. Abuzul de drept. Codul civil, doctrina și jurisprudența românească.....	76
§5. Compatibilitatea drepturilor potestative (secundare) cu abuzul de drept	85
 Capitolul V. Perioada de probă, caz de încetare a contractului de muncă. Jurisprudență	96
Secțiunea 1. Art. 31 alin. (3) C.muncii instituie un caz de încetare a contractului de muncă autonom, sub aspectul condițiilor de aplicare, nefiindu-i incidente regulile concedierii	96
Secțiunea a 2-a. Art. 31 alin. (3) C.muncii. O concediere simplificată	100
Secțiunea a 3-a. A treia cale. Art. 31 alin. (3) C.muncii, caz de încetare autonomă a contractului de muncă. Aplicarea interdicțiilor privind concedierea	102
Secțiunea a 4-a. Cenzura jurisdicțională a deciziei de încetare a contractului de muncă dispusă în baza art. 31 alin. (3) C.muncii. Invocarea abuzului de drept	106
Secțiunea a 5-a. Art. 31 alin. (3) C.muncii în jurisprudența C.C.R. Examen critic.....	109
 Titlul II. Regimul juridic al perioadei de probă în dreptul internațional, european și dreptul U.E.	113
 Capitolul I. Organizația Internațională a Muncii (O.I.M.) – Convenția nr. 158/1982	113

Capitolul II. Carta Socială Europeană (revizuită) – C.S.E.	122
Secțiunea 1. Noțiunea de salariat	125
Secțiunea a 2-a. Motiv valabil.....	125
Capitolul III. Dreptul Uniunii Europene	128
Secțiunea 1. Introducere.....	128
Secțiunea a 2-a. Concedierea	129
Secțiunea a 3-a. Pilonul European de Drepturi Sociale (P.E.D.S.)	135
Secțiunea a 4-a. Efectul extinctiv de raport de muncă al perioadei de probă <i>versus</i> regimul juridic al concedierii în dreptul U.E.	139
Titlul III. Licențierea (concedierea) lucrătorilor în perioada de probă, în lumina unor legislații europene	143
Capitolul I. Reglementarea perioadei de probă în dreptul francez	143
Secțiunea 1. Aspecte de ordin general (noțiune, efecte)	143
Secțiunea a 2-a. Natura juridică	145
Secțiunea a 3-a. Durata	146
Secțiunea a 4-a. Încetarea contractului de muncă în perioada de probă	148
Capitolul II. Reglementarea perioadei de probă în dreptul italian	151
Secțiunea 1. Aspecte introductive. Istoric.....	151
Secțiunea a 2-a. Clauza de probă. Noțiune. Funcțiune.....	152
Secțiunea a 3-a. Natura juridică	153
Secțiunea a 4-a. Forma și durata perioadei de probă.....	154
Secțiunea a 5-a. Caracteristicile juridice ale actului de denunțare unilaterală a contractului de muncă de către angajator	155
Capitolul III. Regimul juridic al perioadei de probă în dreptul belgian	157
Secțiunea 1. Introducere. Necesitatea stabilirii unei perioade de probă	157
Secțiunea a 2-a. Natura juridică	159

Secțiunea a 3-a. Condițiile de formă ale perioadei de probă.....	160
Secțiunea a 4-a. Conținutul înscrisului prin care se atestă perioada de probă.....	161
Secțiunea a 5-a. Durata perioadei de probă.....	162
Secțiunea a 6-a. Unicitatea perioadei de probă	163

Titlul IV. Regimul juridic al perioadei de probă în dreptul românesc. Examen critic. Un nou model de reglementare. Necesitate. Fundamente..... 165

Capitolul I. Legislația aplicabilă perioadei de probă.....	165
Secțiunea 1. Vulnerabilități.....	165
Secțiunea a 2-a. Lacune	169

Capitolul II. Modificarea regimului juridic al perioadei de probă în lumina Legii nr. 283/2022..... 179

Secțiunea 1. Unicitatea perioadei de probă – art. 32 alin. (2 ¹).....	179
Secțiunea a 2-a. Drepturile salariaților.	
Art. 39 alin. (1) lit. m ¹) C.muncii	194
§1. Directiva 2019/1152. Conținut.....	194
§2. Directiva 2019/1152. Transpunere prin Legea nr. 283/2022	197
§3. Interdicții de concediere. Art. 59 lit. c) introdus prin Legea nr. 283/2022. Directiva 2019/1152. Transpunere	199
§4. Emiterea deciziei de concediere – Motivare. Art. 62 C.muncii modificat prin Legea nr. 283/2022. Directiva 2019/1152. Transpunere	202

Capitolul III. O nouă reglementare. Elemente definitorii. Fundamente 206

Secțiunea 1. Considerații preliminare	206
Secțiunea a 2-a. Soluții <i>de lege ferenda</i>	211
§1. Soluții <i>de lege ferenda</i> comune ambelor variante vizând art. 31 C.muncii	211

§2. Soluții <i>de lege ferenda</i> distincte privind aplicarea art. 31 alin. (3) C.muncii	212
§3. Încetarea contractului de muncă înălăuntrul sau la sfârșitul perioadei de probă din inițiativa angajatorului constituie un caz special de concediere	213
Bibliografie	215
Index.....	221

Titlul I

Perioada de probă – clauză a contractului individual de muncă

Capitolul I

Introducere. O nouă abordare: între necesitate normativă și utilitate aplicativă

În mod tradițional, dreptul pozitiv al muncii, respectiv legislația muncii – aici pot fi incluse jurisprudența consolidată a Înaltei Curți de Casație și Justiție (I.C.C.J.), precum și deciziile Curții Constituționale a României (C.C.R.) – este calificat a fi o formulă normativă ce promovează explicit și, de regulă, imperativ, protecția juridică a salariatului¹.

Nu este dificil să identificăm (decelăm) în normativul social acele garanții juridice, prin operaționalizarea cărora legiuitorul își propune să întărească statutul juridic al salariatului (salariatei) și, cu deosebire, să „furnizeze”, prin intermediul unui instrumentar idoneu, o anumită certitudine acestuia (salariatului) vizând stabilitatea locului său de muncă.

¹ A se vedea, pe larg, *A. Brun, H. Galland, Droit du travail – Les rapports individuelles de travail, tome I, édition, Sirey, Paris, 1978, p. 131-144; Ph. Langlois, Droit du travail, 6 édition, Sirey, 1987, p. 16-18.* Autorul accentuează faptul că finalitatea dreptului muncii trebuie abordată din perspectiva programului social și al concilierii între economie și social. *P.L. Davies, M.R. Freedland, Employees, Workers and the Autonomy of Labour Law, în H. Collins, P.L. Davies, R. Rideout, Legal Regulation of the Employment Relation, W.S. Hart Legal Workshop Series (3), Kluwer International, London, 2000, p. 267-286; Al. Athanasiu, Manifest pentru autonomia Dreptului Muncii, în Revista Română de Drept Privat nr. 4/2019, p. 19-41.*

Conceptul de stabilitate în muncă¹ prezintă un potențial semantic, în cheia interpretării juridice, suficient de consistent pentru a fi apt să devină incident tuturor modalităților concrete, prin care poate fi garantată efectivitatea regulii protecției multiforme a salariatului, inclusiv în privința efectelor negative generate de actele discreționare ale angajatorului.

Stabilitatea în muncă, prin conținutul său conceptual în ordine juridică, „pune la lucru” o serie de valori și principii ce se regăsesc în tiparul normativ conținut de textele de lege ce le ilustrează.

Nu ar fi decât să amintim, în treacăt, dispozițiile imperative ale art. 38 C.muncii, ce împiedică, sub sancțiunea nulității, tranzacționarea drepturilor salariaților, ceea ce ar afecta, în mod manifest, stabilitatea în muncă².

De altfel, în „sajul” aceluiași concepții privind garantarea drepturilor salariatului, pot fi invocate și principiile promovate de art. 6 C.muncii³.

¹ Acest concept reglementat în formulă explicită, prin dispozițiile art. 19 lit. e) C.muncii anterior, avea în vedere, în esență, ca modificarea și încetarea contractului de muncă să aibă loc doar în cazurile prevăzute de lege. Această idee este valorificată integral și în contextul legislativ actual ilustrat de prevederile Codului muncii în privința modificării, suspendării și încetării contractului de muncă, instituții juridice cu tutelă normativă exclusivă și imperativă de natură legală. Pentru un comentariu detaliat asupra noțiunii de stabilitate în muncă, astfel cum era aceasta reglementată în Codul muncii anterior, a se vedea, pe larg, *S. Ghimpu, Al. Athanasiu, Gh. Brehoi, Gh. Mohanu, A. Popescu, Dreptul la muncă – Codul muncii, comentat și adnotat*, Ed. Politică, București, 1988, p. 83-88.

² A se vedea, pe larg, *Al. Athanasiu*, *Reflecții pe marginea art. 38 din Codul muncii*. Încă un motiv pentru a milita pentru autonomia Dreptului Muncii, în *Dreptul nr. 6/2017*, p. 89-104.

³ Art. 6 (Protecția salariaților) – „(1) Orice salariat care prestează o muncă beneficiază de condiții de muncă adecvate activității desfășurate: de protecție socială, de securitate și sănătate în muncă, precum și de respectarea demnității și conștiinței sale, fără nicio discriminare. (2) Tuturor salariaților care prestează o muncă le sunt recunoscute dreptul la negocieri colective, dreptul la protecția datelor cu caracter personal, precum și dreptul la protecție împotriva concedierilor nelegale. (3) Pentru munca egală sau de valoare egală este interzisă orice discriminare bazată pe criteriul de sex cu privire la toate elementele și condițiile de remunerare”.

În lumina acestui act normativ centrat pe ideea garantării statutului juridic al lucrătorului, putem conchide, fără rezerve, cognitiv și, desigur, juridic, că funcțiunea de negociere a contractului de muncă, proclamată și accentuată în doctrina contractualismului este, în bună măsură, „sterilizată”, urmare a coliziunii sale cu natura juridică imperativă a unor norme juridice cu statut fondator în privința drepturilor și obligațiilor lucrătorilor¹.

Într-adevăr, cu toate că raporturile juridice de muncă se „încheagă”, cel mai adesea, în baza unui contract individual de muncă, ceea ce semnifică „atașarea” comportamentului juridic al părților sale la paradigma obligațională specifică regulilor contractuale, natura juridică complexă a izvoarelor dreptului muncii injonctionează asupra caracterului normelor juridice aplicabile drepturilor și obligațiilor lucrătorilor.

Este de notorietate faptul că dreptul pozitiv al muncii își constituie matricea normativă din zone de reglementare diferite, „amalgamând” norma constituțională cu dispozițiile imperative din legi speciale (de ex. Legea securității și sănătății în muncă nr. 319/2006) sau cu diferite clauze din contractele colective de muncă.

De altfel, așa cum subliniam în cele ce precedă, anumite drepturi și obligații ale salariaților sunt cârmuite, în privința conținutului lor juridic, exclusiv prin norme imperative (onerative sau prohibitive), ceea ce exclude, *de plano* și, în totalitate, posibilitatea tranzacționării lor în formula (modalitatea) negocierii colective sau individuale².

O asemenea „stratificare” a normativității regimului juridic al drepturilor și obligațiilor lucrătorului explică, în bună măsură, faptul că mecanismele contractuale în această materie (a raporturilor de muncă bazate pe contract) au o incidență mai redusă și, deși nu le putem caracteriza drept evanescente, totuși suntem îndreptățiți a considera că invocarea lor este mai frecventă, cât privește regulile juridice vizând încheierea contractului de muncă, decât în legătură cu substanța obligațională pe care o ilustrează acest contract.

¹ A se vedea *A. Brun, H. Galland*, op. cit., p. 30-33; *Ph. Langlois*, op. cit., p. 12-15; *Al. Athanasiu*, loc. cit., p. 36-41.

² *Al. Athanasiu*, loc. cit., p. 36-41.

În acest „ambient” juridic este firesc ca, cel puțin doctrina, în cvasiunanimitatea ei, să enunțe caracterul protectiv al dreptului muncii.

Așa fiind, remarcăm împrejurarea că, în fundamentarea normativă a tuturor instituțiilor juridice ce acompaniază conținutul obligațional al raportului juridic de muncă, mecanismul de tip garanție este pus la lucru.

În rândul acestor mecanisme juridice, cele care „străjuiesc” operaționalizarea obligațiilor din contractul de muncă au un evident caracter exemplar.

Avem în vedere faptul că „formatarea” contractului individual de muncă are ca premisă conceptuală, la nivel normativ, teza epurării contractului de orice condiționalitate de natură a vulnerabiliza statutul juridic al salariatului¹.

Din această perspectivă de analiză a chestiunii prezentate, putem decela sursa unei anumite reticențe, chiar o idiosincrazie prezentă în conținutul politicilor sociale tradiționale, față de orice formă juridică de contractare a muncii care slăbește, sau chiar exclude, mecanismele de garantare a drepturilor salariaților, prin ipoteză cele care asigură stabilitatea și predictibilitatea în exercițiul lor.

Cu alte cuvinte, orice „deformare” a modelului standard de ființare a contractului individual de muncă trebuie catalogată ca fiind o excepție, prin definiție de strictă interpretare (de ex. contractele de muncă pe durată determinată, contractele de muncă cu timp parțial) și, chiar mai mult, ca formă de muncă precară².

O atare „atitudine” legislativă ce a încorporat norme juridice dotate cu o natură diferită (imperativă, dispozitivă) a avut ca efect direct și manifest reducerea considerabilă a „spațiului” obligațional la dispoziția voinței partenerilor contractuali, în scopul privilegierii acelor forme de contractare a muncii, care să ofere cât mai numeroase și efective garanții juridice salariaților.

În felul acesta, este ilustrată o anumită asimetrie în evaluarea și garantarea executării obligațiilor ce decurg din contractul de muncă,

¹ Ibidem.

² Ph. Langlois, op. cit., p. 36-41.

împrejurare acuzată vehement de „tenorii” contractualismului¹, adepți ai egalitarismului juridic formal, prea puțin atenți și interesați cu privire la inegalitatea economică între partenerii contractuali în momentul încheierii contractului de muncă.

Or, este evident că această inegalitate, sub raport economic, este de natură a combaterii, pe fondul chestiunii, regulile egalității între angajator și salariat, transformând raportul de muncă într-unul de subordonare juridică, ce reflectă în planul dreptului dependența economică.

Această caracteristică juridică (subordonarea) reprezintă o adevărată piatră unghiulară (*stone corner*) pe care se așază, în mod irevocabil, distincția între contractul civil, oricare ar fi acesta și contractul individual de muncă.

¹ A se vedea *M. Nicolae*, Introducere. Considerații finale. Quo vadis jus civile?, în *Codex Juris Civilis T.1 Noul Cod civil*. Ediție critică, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. CL.xxx VIII, cit. XI.

În opinia autorului, problematica autonomiei dreptului muncii este „expediată” în următorii termeni: „Fără a intra, deocamdată, în polemică cu autorii dreptului muncii (deși o face, sic!), în ce ne privește dreptul muncii nu este un drept autonom în sensul strict și curent al termenului, de vreme ce nefiind, în esență, altceva decât dreptul contractelor (individual și colectiv) de muncă. (...) Un astfel de drept nu este și nu poate fi un drept autonom ci dependent de dreptul civil”.

Un alt autor, Radu Rizoiu în studiul intitulat „Homo economicus versus homo juridicus” oferit spre omagiere Prof. Alexandru Athanasie și făcând parte din volumul „Hic et nunc Alexandru Athanasie”, Ed. C.H. Beck, București, 2020, p. 171-194, intră fățiș în dispută cu tezele celui omagiat privind autonomia dreptului muncii, și dincolo de inadecvarea plasării unei asemenea abordări într-un volum cu acest profil, demersul autorului evocă și un mod de gândire tributar unei viziuni exacerbate individualiste, ce nu are de a face cu realitatea socială și economică, precum și cu bazele normative ale dreptului. O viziune „cantonată” în matca unui sofism ce își are sorginea într-un evident partizanat politic, lucru străin pentru o cercetare pretins științifică prezumată a fi desfășurată cu acribie academică.

De altfel, antamând premisele constitutive ale ființării societale, autorul exaltă individualismul într-un fel ce ilustrează o combinație de naivitate cu fanatism uitând, se pare, că o „cruciadă” de tip Robinson Crusoe este doar o ficțiune.

Așadar, existența raportului de subordonare între părțile acestui contract, precum și natura imperativă a multor norme juridice ce-i configurează conținutul obligațional, au darul de a-l plasa, categoric și incontestabil, în afara schemei contractualiste civile tradiționale.

În acest cadru problematic, este util a fi promovată o soluție fundamentată riguros în privința contractului individual de muncă afectat de clauza perioadei de probă, cunoscut fiind faptul că, îndeobște, acesta este calificat drept unul pur și simplu, chiar având o clauză cu un asemenea obiect.

Altfel spus, una din garanțiile cu funcțiune protectivă relativ la exercițiul dreptului la muncă, având ca titular pe salariat, constă în faptul că acest contract nu este afectat de modalitățile actului juridic civil, mai cu seamă de condiție suspensivă ori rezolutorie și, doar în mod excepțional, de termenul extinctiv, în cazul contractelor pe durată determinată.

Este de notorietate faptul că un contract de muncă pe durată determinată, afectat de un termen extinctiv, este rânduit prin lege și considerat de doctrină ca fiind unul special, întrucât încheierea și executarea sa urmează reguli proprii, fiind utilizat ca instrument juridic doar în situațiile permise în mod expres și limitativ de Codul muncii.

Așadar, introducerea în corpul legislației muncii a perioadei de probă, atât ca modalitate de evaluare pe o anumită perioadă a abilităților și a capacităților profesionale ale salariatului după încheierea contractului de muncă, cât și ca o formulă (un caz) de încetare a contractului de muncă, este de natură a fragiliza poziția juridică a lucrătorului din punct de vedere a drepturilor sale și, îndeosebi, sub aspectul garantării regulii stabilității în muncă.

Din această perspectivă privind lucrurile, teza C.C.R.¹, conform căreia contractul individual de muncă în perioada de probă este afectat de precaritate, este întemeiată.

Cu toate acestea, apreciem că un necesar *distinguo* s-ar impune între contractul de muncă generator de muncă precară și contractul de muncă afectat de o perioadă de probă, cel puțin pentru

¹ Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 653/2011 (M.Of. nr. 532 din 28 iulie 2011).

prezervarea unei terminologii științifice care să asigure o utilizare idonee a conceptelor aplicabile unor situații de fapt, în parte diferite.

Dacă un contract de muncă precar este caracterizat, în principiu, din punct de vedere juridic, prin inexistența accesului sau prin unul extrem de limitat la exercițiul anumitor drepturi¹, decurgând firesc dintr-un raport juridic de muncă, în cazul contractului de muncă afectat de o perioadă de probă lucrurile stau oarecum altfel.

O „incizie” relevantă în „țesutul” obligațional al unui contract individual de muncă, indiferent de durata acestuia (pe durată nedeterminată ori determinată), pune în lumina analizei faptul că, în perioada de probă, regimul juridic al drepturilor și obligațiilor recunoscute lucrătorilor este identic cu cel aplicabil tuturor salariaților, fără deosebire.

Așadar, o clauză privind perioada de probă nu influențează exercițiul drepturilor și obligațiilor salariaților, în sensul că nu-l restrânge ori diminuează.

Faptul că „planează” o anumită incertitudine în privința posibilității continuării contractului de muncă la expirarea perioadei de probă nu este, în opinia noastră, suficient pentru a atribui apelativul de precar raportului de muncă generat de un contract de muncă în perioada de probă.

În fond, singurul element ce ar putea, sub aspect juridic, „sintoniza” cu o astfel de caracterizare (raport de muncă precar), ar fi excluderea încetării contractului de muncă de la regulile aplicabile concedierii, astfel cum sunt stabilite prin Codul muncii (art. 58-80 C.muncii).

Practic, ar fi vorba de împrejurarea că, deși încetarea contractului de muncă din inițiativa angajatorului, în timpul sau la finalul perioadei de probă, reproduce în substanță juridică elementele unei concedieri, aceasta nu ar urma regulile de fond, formă și procedură specifice, conform legii, unei concedieri.

¹ Caracterul precar al unui contract de muncă este, desigur, asociat contractelor atipice de muncă și, mai ales, celor din, așa numita muncă informală, cum ar fi contractele la cerere (on demand) sau cele cu zile.