

pe
gaura
cheii

MINISTERUL MUNCII

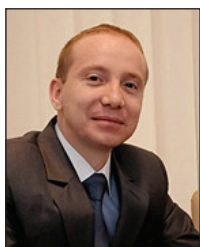
an 1 / nr. 1 / august 2015



Editorial

Cheia rezolvării principalelor probleme de dreptul muncii

Nu am cunoscut jurist care să nu afirme cel puțin o dată că: „Avem o problemă în lege!”. Problema poate proveni dintr-o ex-



Marcel Vasile
avocat

primare neclară, din existența unor prevederi contrare în legi diferite sau chiar în cadrul aceleiași legi. Nu de puține ori, noi, cei care avem ca instrumente de lucru actele normative, ne întrebăm: „Ce a urmărit legiuitorul când a aprobat textul acesta?” sau „Cum este posibil ca unele dintre actele normative să pară că sunt făcute «pe genunchi», într-o noapte...?”

Cheia rezolvării problemelor de dreptul muncii e în mâinile noastre. Dacă avem probleme, căutăm soluții, nu? Noi trecem la fapte. Concret, vom afla din timp de la Ministerul Muncii ce anume intenționează să reglementeze sau să controleze (prin intermediul instituțiilor din subordine) și îți vom da de știre. De asemenea, vom comenta pe seama unor subiecte sensibile și vom prezenta soluții ale instanțelor judecătorești sau ale colegilor noștri la probleme complexe de dreptul muncii care să ne ajute în activitatea de zi cu zi.

Ne dorim să umplem paginile acestei reviste cu materiale utile nouă, profesioniștilor în dreptul muncii. După cum știi, suntem deschiși. Dacă sunt subiecte pe care vrei să le dezbaterem, scrie-ne un e-mail la adresa consilier@rs.ro și vom încerca, în limita paginilor și programărilor temelor viitoare, să dezbaterem subiectele propuse de tine.

Nu uita: Cheia rezolvării problemelor de dreptul muncii e în mâinile noastre!

CUPRINS

- Recurs în interesul legii privind desfășurarea activității de comercializare a produselor nealimentare în zilele de sărbătoare legală 2
- Noi criterii privind calificarea muncii independente 3
- Menținerea drepturilor salariaților în cazul transferului de întreprinderi 5
- Cum sunt ocupate posturile vacante contractuale în instituțiile publice 7
- Contractele civile – o alternativă viabilă la contractul individual de muncă 9
- Decizia Curții Constituționale cu privire la suspendarea contractului individual de muncă în urma formulării unei plângeri penale de către angajator 12

«Dreptul muncii»

Această lucrare poate fi vizualizată și online

RENTROP & STRATON PRO

www.rspro.ro



⚡ Vi se pregătește ceva

Recurs în interesul legii privind desfășurarea activității de comercializare a produselor nealimentare în zilele de sărbătoare legală

Zilele de sărbătoare legală în care nu se lucrează sunt, conform art. 139 alin. (1) din Codul muncii, 1 și 2 ianuarie, prima și a doua zi de Paști, 1 mai, prima și a doua zi de Rusalii, Adormirea Maicii Domnului, 30 noiembrie/Sfântul Apostol Andrei cel Întâi chemat, Ocrotitorul României, 1 decembrie, prima și a doua zi de Crăciun, două zile pentru fiecare dintre cele 3 sărbători religioase anuale, declarate astfel de cultele religioase legale, altele decât cele creștine, pentru persoanele aparținând acestora.

Potrivit art. 142 din Codul muncii, salariaților care lucrează în unitățile prevăzute la art. 140, respectiv unități sanitare și de alimentație publică, precum și la locurile de muncă în care activitatea nu poate fi întreruptă datorită caracterului procesului de producție sau specificului activității, prevăzute la art. 141, li se asigură compensarea cu timp liber corespunzător în următoarele 30 de zile.

Codul muncii nu stabilește care sunt activitățile care, potrivit art. 141, datorită caracterului procesului de producție sau specificului nu pot fi întrerupte.

Acest fapt a generat practică neunitară atât la nivelul inspectoratelor teritoriale de muncă, cât și la nivelul instanțelor de judecată.

Având în vedere practica neunitară cu privire la posibilitatea de a desfășura activități de comercializare a produselor nealimentare în zilele de sărbătoare legală, Procurorul General a formulat recurs în interesul legii, asupra acestuia urmând să se pronunțe Înalta Curte de Casație și Justiție.

În recursul în interesul legii formulat de Procurorul General se arată că, în practica judiciară s-a constatat că nu există un punct de vedere unitar în referire la problema de drept vizând **„Interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 141 din Codul muncii, republicat, raportat la art. 8 din Ordonanța Guvernului nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, republicată, respectiv dacă fapta angajatorului de a desfășura activități de comercializare cu amănuntul a produselor nealimentare în punctele de lucru din centrele comerciale, în zilele de sărbători legale prevăzute de art. 139 alin. (1) din Codul muncii, republicat, întrunește elementele constitutive ale contravenției prevăzute de art. 260 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, atunci când angajatorul**

și-a îndeplinit obligațiile prevăzute de art. 142 din acest act normativ”.

Într-o opinie s-a apreciat că fapta angajatorului de a desfășura activități de comercializare a produselor nealimentare în punctele de lucru din centrele comerciale în zilele de sărbători legale nu întrunește elementele constitutive ale contravenției prevăzute de art. 260 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat.

Interpretând sintagma *„specificul activității”* care nu este definită de Codul muncii, prin prisma contextului social și economic existent, s-a apreciat că aceasta privește o serie largă de unități și locuri de muncă, respectiv cele din transporturi (aeriene, navale, terestre), telecomunicații, domeniul sanitar și de asistență socială, al aprovizionării populației cu gaze, energie electrică, apă, căldură, alimente, **comerțul cu amănuntul și de deservire a populației**, din această ultimă categorie făcând parte magazinele, centrele comerciale, restaurantele.

Mai mult, activitatea unui centru comercial tip hipermagazin este reglementată de dispozițiile art. 8 din Ordonanța Guvernului nr. 99/2000 privind căroră structurile de vânzare cu amănuntul și cele în care se prestează servicii de piață pot fi deschise publicului în toate zilele săptămânii, prin urmare și în zilele de sărbători legale, cu respectarea prevederilor Codului muncii privind durata timpului de muncă, a repausului săptămânal, compensarea cu zile libere sau în bani. În aceste condiții, angajatorul trebuie să facă dovada îndeplinirii obligațiilor prevăzute de art. 142 din Codul muncii, republicat. (Anexa I)

Într-o altă opinie, s-a considerat că activitatea de comercializare a produselor nealimentare, în zilele de sărbători legale, întrunește elementele constitutive ale contravenției prevăzute de art. 260 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, indiferent dacă angajatorul și-a îndeplinit obligațiile prevăzute de art. 142 din același act normativ, acest din urmă aspect fiind avut în vedere doar în ceea ce privește activitatea de comercializare a produselor nealimentare întrucât nu se verifică niciuna din ipotezele avute în vedere de legiuitor prin art. 139 din Codul muncii.

În această opinie s-a considerat că argumentul referitor la necesitatea deservirii populației nu poate fi primit în

condițiile în care legiuitorul însuși, ținând seama de necesitatea aprovizionării populației în zilele declarate sărbători legale, a prevăzut o altă excepție de la regula instituită prin art. 139 din Codul muncii, excepție care, însă, nu este incidentă. Astfel, conform dispozițiilor art. 140 din același cod, pe durata sărbătorilor legale, prin hotărâre a Guvernului se stabilesc programe de lucru adecvate pentru unitățile sanitare și pentru cele de alimentație publică, în scopul asigurării asistenței sanitare și, respectiv, a aprovizionării populației cu produse alimentare de strictă necesitate.

De asemenea, s-a apreciat că argumentul că s-au acordat zile libere corespunzătoare și/sau sporul convenit pentru cei care desfășoară activitate în zilele de sărbătoare legală nu poate fi primit, întrucât aceste modalități de compensare a activității desfășurate în zilele de sărbătoare legală au fost reglementate numai pentru categoriile de unități prevăzute la art. 140 și art. 141 din Codul muncii, republicat, respectiv unități sanitare, de alimentație publică sau cu activitate în care procesul de producție nu poate fi întrerupt, nu și pentru comercializarea produselor nealimentare. Această activitate nu este una indispensabilă ori care să nu sufere amânare și împrejurarea că, dată fiind sărbătoarea legală, există un flux ridicat de cliență care ar putea beneficia de acest timp liber pentru achiziționarea unor produse nu poate prezenta nicio relevanță. Totodată, fiecare comerciant trebuie să-și stabilească orarul de funcționare, conform art. 8 din Ordonanța Guvernului nr. 95/2000, cu respectarea prevederilor înscrise în legislația muncii. De asemenea, nici eventualul acord al angajaților privind prestarea activității în zilele de sărbătoare legală nu poate fi luat în considerare decât sub aspectul individualizării sancțiunii aplicate.

Procurorul General a apreciat că în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 141 din Codul muncii, republicat, raportat la art. 8 din Ordonanța Guvernului nr.

99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, republicată, fapta angajatorului de a desfășura activități de comercializare cu amănuntul a produselor nealimentare în punctele de lucru din centrele comerciale, în zilele de sărbători legale prevăzute de art. 139 alin. (1) din Codul muncii, republicat, nu întrunește elementele constitutive ale contravenției prevăzute de art. 260 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, atunci când acesta și-a îndeplinit obligațiile prevăzute de art. 142 din acest act normativ.

Astfel, Procurorul General, interpretând sintagma „specificul activității” conținută de art. 141 din Codul muncii, republicat, a arătat că „prin prisma actualelor condiții socio-economice și raportat la conduita consumatorilor, se poate observa că activitatea de comercializare a produselor nealimentare în centrele comerciale prezintă un caracter specific și poate fi circumscrisă situațiilor de excepție instituite prin această normă legală în care nu sunt aplicabile prevederile art. 139 din același cod.”

A concluzionat Procurorul General că, „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 141 din Codul muncii, republicat, raportat la art. 8 din Ordonanța Guvernului nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, republicată, fapta angajatorului de a desfășura activități de comercializare cu amănuntul a produselor nealimentare în punctele de lucru din centrele comerciale, în zilele de sărbători legale prevăzute de art. 139 alin. (1) din Codul muncii, republicat, **nu întrunește elementele constitutive ale contravenției** prevăzute de art. 260 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, atunci când acesta și-a îndeplinit obligațiile prevăzute de art. 142 din acest act normativ.”

Rămâne de văzut ce soluție va pronunța Înalta Curte de Casație și Justiție cu privire la această problemă soluționată neunitar în practica judecătorească.

■ Rodica Măntescu
Consilier juridic

Noi criterii privind calificarea muncii independente

În Monitorul Oficial nr. 499 din 7 iulie 2015 a fost publicată Legea nr. 187/2015 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 6/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal.

Una dintre modificările Codului fiscal prevăzute de acest act normativ privește calificarea unei activități în dependentă sau independentă.

Anterior, Codul fiscal definea, anterior intrării în vigoare a Legii nr. 187/2015, criteriile activității independente, iar în prezent, ca urmare a modificărilor, sunt indici-

cate criteriile de identificare a muncii independente, urmând ca activitatea dependentă să fie considerată aceea care nu este caracterizată de aceste criterii.

Totodată, ca urmare a modificărilor, a fost abrogată excepția conform căreia profesiile liberale și drepturile de autor nu pot fi reîncadrate în activitate dependentă. Așadar, pe viitor, și aceste categorii de activități vor putea fi reîncadrate în activități dependente dacă nu îndeplinesc condițiile muncii independente așa cum ele sunt în prezent definite.

Dar să vedem care sunt criteriile în funcție de care o activitate este clasificată drept independentă.

Codul fiscal în forma modificată definește munca independentă ca fiind orice activitate desfășurată de către o persoană fizică în scopul obținerii de venituri, care îndeplinește cel puțin 4 dintre următoarele criterii:

1. persoana fizică dispune de libertatea de alegere a locului și a modului de desfășurare a activității, precum și a programului de lucru

Raportul de muncă dependentă se caracterizează prin subordonarea salariatului față de angajator. Subordonarea presupune respectarea programului de lucru stabilit de angajator. Locul muncii și modul de desfășurare a activității sunt stabilite de la încheierea contractului individual de muncă de comun acord între cele două părți, angajator și salariat. După încheierea contractului individual de muncă, modificarea oricărui dintre aceste elemente se va mai putea face, de regulă, numai cu acordul ambelor părți, deoarece modificarea unilaterală a contractului individual de muncă nu este posibilă, cu unele excepții expres stabilite de Codul muncii.

În cazul muncii independente, prestatorul are libertatea de a alege când și în ce loc își desfășoară activitatea.

2. persoana fizică dispune de libertatea de a desfășura activitatea pentru mai mulți clienți

De remarcat, în legătură cu modalitatea în care este reglementat acest criteriu, este faptul că prestatorul trebuie să aibă doar posibilitatea de a desfășura activități pentru mai mulți beneficiari. Aceasta înseamnă că, în concret, prestatorul nu trebuie să desfășoare activități pentru mai mulți clienți, ci doar să aibă această posibilitate. Or, în realitate, acest criteriu nu reprezintă un criteriu de independență întrucât și în cazul muncii dependente salariatul are posibilitatea de a cumula mai multe funcții.

În acest sens, art. 35 alin. (1) din Codul muncii stabilește că, orice salariat are dreptul de a munci la angajatori diferiți sau la același angajator, în baza unor contracte individuale de muncă, beneficiind de salariul corespunzător pentru fiecare dintre acestea.

Așadar, cumulul de funcții, în cadrul muncii dependente este posibil atât la același angajator, cât și la angajatori diferiți.

În vederea dovedirii îndeplinirii acestui criteriu, într-un contract de prestări servicii nu se va stabili o clauză de exclusivitate. Din contră, se va stabili că prestatorul de servicii are libertatea să desfășoare activitatea pentru mai mulți clienți.

3. riscurile inerente activității sunt asumate de către persoana fizică ce desfășoară activitatea

Un salariat nu își asumă riscuri în executarea contractului individual de muncă spre deosebire de prestatorul

de servicii care își asumă riscurile ce decurg din desfășurarea activității sale.

Spre exemplu, prestatorul de servicii își asumă riscul incapacității temporare de muncă, fapt pentru care el trebuie să se asigure în nume propriu pentru concedii și indemnizații, spre deosebire de salariat al cărui risc privind incapacitatea temporară de muncă este suportat de angajator.

Prin urmare, beneficiarul muncii independente nu suportă indemnizația de incapacitate temporară de muncă a prestatorului în timp ce angajatorul suportă o parte a acestei indemnizații.

4. activitatea se realizează prin utilizarea patrimoniului persoanei fizice care o desfășoară

Acest criteriu este îndeplinit dacă activitatea este prestată prin utilizarea de către prestator a bazei materiale proprii, cum ar fi autoturismul propriu, biroul propriu, echipamente proprii, acestea nefiind puse la dispoziție de către beneficiarul muncii.

5. activitatea se realizează de persoana fizică prin utilizarea capacității intelectuale și/sau a prestației fizice a acesteia, în funcție de specificul activității

5. persoana fizică face parte dintr-un corp/ordin profesional cu rol de reprezentare, reglementare și supraveghere a profesiei desfășurate, potrivit actelor normative speciale care reglementează organizarea și exercitarea profesiei respective

Acest criteriu se referă la profesiile libere întrucât în cazul acestor profesii întâlnim un corp sau ordin profesional cu ordin de reprezentare.

Sunt considerate venituri din profesii libere veniturile obținute din prestări de servicii cu caracter profesional, desfășurate în mod individual sau în diverse forme de asociere, în domeniile științific, literar, artistic, educativ și altele, de către: medici, avocați, notari publici, executori judecătorești, experți tehnici și contabili, contabili autorizați, consultanți de plasament în valori mobiliare, auditori financiari, consultanți fiscali, arhitecți, traducători, sportivi, arbitri sportivi, precum și alte persoane fizice cu profesii reglementate desfășurate în mod independent, în condițiile legii.

Persoanele care obțin astfel de venituri fac parte din organisme profesionale cum sunt, spre exemplu: Corpul Experților Contabili și Contabililor Autorizați, Uniunea Națională a Notarilor Publici, Uniunea Avocaților din

România, Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, Camera Auditorilor Financiarți din România, Colegiul Medicilor, Camera Consultanților Fiscali etc.

6. persoana fizică dispune de libertatea de a desfășura activitatea direct, cu personal angajat sau prin colaborare cu terțe persoane în condițiile legii

Posibilitatea prestatorului de a angaja propriii salariați constituie un criteriu de determinare a muncii independente care nu poate genera confuzii. Astfel, contractul individual de muncă are un caracter personal, se încheie de angajator în considerarea pregătirii profesionale, a aptitudinilor,

calităților și abilităților salariatului și a experienței acestuia în muncă. Prin urmare, în cadrul muncii independente, salariatul nu își poate angaja salariați sau să își delege atribuțiile altor persoane pentru prestarea activității la care s-a angajat prin încheierea contractului individual de muncă.

În concluzie, activitatea dependentă trebuie să fie prestată personal de salariat, în timp ce prestatorul poate presta activitatea independentă prin alte persoane cum sunt propriii salariați sau subcontractorii.

■ Rodica Măntescu
Consilier juridic



⚡ Sfatul specialiștilor

Mentținerea drepturilor salariaților în cazul transferului de întreprinderi

1. Reglementarea Uniunii Europene – Directiva 2001/23/CE

La nivelul Uniunii Europene, protecția drepturilor lucrătorilor în cazul schimbării angajatorului în urma transferului de întreprinderi, unități sau părți de întreprindere sau unități, ca rezultat al unei cesiuni convenționale sau al unei fuziuni este reglementată prin Directiva 2001/23/CE a Consiliului din 12 martie 2001 („Directiva 2001/23/CE” sau „Directiva”).

Potrivit prevederilor art. 1 lit. b) din Directivă, „se consideră transfer în sensul prezentei directive cel al unei unități care își menține identitatea, înțeleasă ca ansamblu organizat de mijloace, care are obiectivul de a desfășura o activitate economică, indiferent dacă acea activitate este centrală sau auxiliară”.

Chemată să se pronunțe asupra noțiunii de „cesiune convențională”, Curtea Europeană de Justiție („CJU”) a arătat că „dispozițiile litigioase ale Directivei (sublinierea noastră Directiva 77/187, modificată și renumerotată sub nr. 2001/23/CE) nu ar putea fi apreciate pe baza unei simple interpretări textuale, datorită diferențelor lingvistice între versiunile lingvistice ale acestei dispoziții și divergențelor legislațiilor naționale asupra noțiunii de cesiune contractuală” (Hotărârea nr. 135/83 din 07.02.1985, Abels punctele 11-13).

Astfel, CJU a dat acestei noțiuni o interpretare suficient de suplă, care să corespundă obiectivului Directivei, acela de a proteja salariații în cazul transferului întreprinderii lor și a considerat că această Directivă „este aplicabilă în

toate ipotezele schimbării, în cadrul relației contractuale, a persoanei fizice sau juridice responsabile de exploatarea întreprinderii, care preia obligațiile angajatorului față de angajații întreprinderii” (Hotărârea din 15.06.1988, P. Bork International, punctul 13/101/87).

Câmpul de aplicare al Directivei potrivit CJU

CJU a apreciat, printre altele, că intră în câmpul de aplicare al Directivei (i) locațiunea unui fond de comerț ca urmare a rezilierii unui contract de închiriere, apoi a reluării exploatarei de către proprietar (Hotărârea nr. 287/86 din 17.12.1987, Ny Mølle Kro), (ii) cesiunea unei întreprinderi în virtutea unei unui contract de locațiune și retrocesiunea acestei întreprinderi, urmare a rezilierii contractului pe calea judiciară (Harry Berg and Johannes Theodorus Maria Busschers vs Ivo Martin Besselsen, cazurile unite 144 și 145/87), neavând relevanță „dacă proprietatea asupra întreprinderii este transferată”, (ii) contractul de prestări servicii (Anne Watson Rask and Kirsten Christensen vs. ISS Kantineservice (C-209/91)).

După cum observăm, CJU pune accent pe continuarea efectivă a activității cu același personal, în aceeași locație, indiferent dacă se transmit sau nu elementele corporale de patrimoniu.

Efectele transferului de întreprindere asupra lucrătorilor

Drepturile și obligațiile lucrătorilor care decurg dintr-un contract individual de muncă sunt preluate de către angajatorul către care are loc transferul de întreprindere. Angajatorul care dispune transferul (cedentul)