

## 案例分析

## 用人单位提供外包公司岗位,是否属于履行协商变更程序?

## 案情简介

戴某于2022年12月14日进入上海某汽车科技有限公司的连锁门店工作,岗位为销售店长,双方签订过一份期限为2022年12月14日至2025年12月31日的劳动合同。戴某离职前12个月的平均工资为29754.62元。2024年10月11日,公司依据《劳动合同法》第四十条第三项向戴某出具解除劳动合同通知书。戴某不服并向上海市某区劳动人事争议仲裁委员会提出申请,要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金119765.13元。

庭审中,公司称自2024年6月1日起,所有门店包含戴某工作的门店都外包给经销商独立经营,公司对门店已经没有管理权,也不需要员工。公司认为双方劳动关系已经没有履行的基础,所以符合客观情况发生重大变化。

公司对此提交证据:1、合作协议及补充协议,其中合作协议约定:合作方独立运营门店自负盈亏。门店模式从他建我营,变成他建他营。2、组织调整通知及工会回复函,证明公司调整门店组织机构,将门店销售业务转至第三方合作伙伴经营等已得到工会同意。3、2024年6月5日双方的微信聊天记录,证明公司向戴某提供第三方合作伙伴处的工作机会,并发送了起草的三方协议,但戴某表示在没有解决加班争议前,拒绝签署三方协议。戴某对于上述证据真实性均予以认可,但表示:1、确认公司的门店交由第三方合作伙伴经营。2、公司确向戴某发送了三方协



议,但戴某认为内容不合理,劳动合同主体发生变更,所以没有达成一致。

## 争议焦点

提供外包公司等其他公司岗位的工作机会,是否属于“协商变更”劳动合同?

## 裁决结果

经审理后,仲裁委认定公司的解除流程违反法律规定,故对于戴某要求支付违法解除劳动合同赔偿金的申请请求,予以支持。

## 案件评析

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项规定,劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的,用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后,可以解除劳动合同。本案中,公司

以调整门店组织机构,将门店销售业务转至第三方合作伙伴,客观情况发生重大变化为由与戴某协商变更劳动合同,但协商变更的内容是要求戴某通过三方协议将劳动关系转至其他单位,属于变更订立劳动合同的主体,显然不符合法律所规定的上述情形。故公司以双方未能就变更劳动合同达成一致为由解除劳动合同缺乏依据,应当支付违法解除劳动合同赔偿金。

首先,协商变更劳动合同是必经程序。由于客观情况发生变化不等同于劳动合同已达到无法继续履行的程度,故用人单位仍需履行协商变更劳动合同的程序。可见,法条中设立协商变更合同的目的是为了继续履行劳动合同而非直接解除。许多案件中,用人单位仅能举证其与劳动者就经济补偿金事宜进行过协商,但未能举证其与劳动者就变更劳动合同进行过协商,故此类案件中,用人单位经常会被认定为协商程序

不符合法律规定。当然,用人单位可以与员工平等协商解除劳动关系,但如果用人单位要依据第四十条第三项规定进行单方解除,仍应从立法本意予以解读和执行。

其次,关于协商变更劳动合同的合理性。实务中常见几种争议,例如提供关联公司的岗位是否可算作履行协商程序、提供外地的岗位或薪酬较低的岗位是否影响解除合法性。法律要求用人单位必须履行协商变更劳动合同的义务,而此流程审查的关键点在于用人单位是否尽到诚实磋商义务,不应当一概否认关联公司岗位或异地岗位的合理性,而应审查用人单位能否提供相关岗位的可行性及合理性。例如,用人单位确无法按就近原则提供岗位,故不能以此证明用人单位提供异地岗位存在恶意。而用人单位提供的新岗位薪酬较之前降低,也不等同于用人单位存在变相降薪的恶意,仍会综合考虑降薪的幅度、同岗位薪酬水平以及劳动合同其他内容是否有不利变更等。

最后,提供外包公司等其他公司岗位是否属于变更劳动合同。由于外包公司等其他公司和关联公司是有区别的,关

联公司是指公司股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间存在关系。而外包公司等其他公司则无此层利益关系,完全是两个独立法人,原用人单位在提供其他公司的岗位时,通常会要求劳动者与新的用人单位签订劳动合同,由新的用人单位与劳动者重新建立劳动关系,故订立劳动合同的主体发生变更,并不符合《劳动合同法》第四十条第三项规定的情形。这里的履行协商程序要求用人单位应当尽到协商义务,提供可供继续留用的岗位,将选择权交给劳动者,而劳动者也应当根据个人实际情况,选择继续履行或解除合同。双方均应本着诚信磋商义务,充分听取对方意见,从而做出妥善合理的安排。

综上,企业依据《劳动合同法》第四十条第三项规定来解除劳动合同,必须充分理解该条款中协商变更合同的规定,否认会因误读而导致错误适用,进而构成违法解除。用人单位相关部门在与劳动者协商变更合同时应当做好有关资料的保留管理工作,以便在发生争议时能提供足够有效证据予以证明。(金晶)

## 监察之窗

## 辞职半年未退工 人社执法破难题



## 基本案情

2022年8月11日,王某至徐汇区人力资源和社会保障局执法大队投诉,要求A公司为其办理2022年7月15日的退工登记手续。接到投诉后,徐汇大队依法对A公司实施劳动监察。

经查,A公司是一家信托公司。2021年12月21日,王某因个人身体原因向公司提交辞职报告,承诺之后做好工作交接,确保工作平稳过渡,但并未说明最后的工作期限。A公司收到辞职报告后,以王某在职期间负责的项目正在启动风险认定为由,告知其需等待认定结果出来后才能办理离职手续。王某予以配合,并按正常

出勤到岗上班,同时,多次催促A公司尽快为其办理退工手续。至2022年7月,A公司仍以王某的项目风险认定程序尚未结束,无法认定其在在职期间的风险责任为由,迟迟没有同意王某的离职请求,也未为其办理退工手续。2022年7月15日,王某再次通过邮件要求A公司为其办理退工手续,并表示7月15日为最后的工作日。此后,王某再未出勤,公司也未要求其返岗并安排相应的工作内容。

2022年9月29日,徐汇大队向A公司发出责令改正通知书,要求A公司限期办理王某的退工登记手续。最终,A公司在整改期限内为王某办理了退工登记手续。

## 综合点评

《劳动合同法》第三十七条规定,劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同。可见法律赋予了劳动者单方解除劳动合同的权利。但基于某些岗位的特殊性,

如果用人单位和劳动者协商约定了超过30天的合理预告期,是否有效?

根据《上海市劳动合同条例》第十五条规定,对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者,用人单位可与劳动者就解除劳动合同的提前通知期进行约定,但提前通知期不得超过六个月。因此,实践中很多银行、保险等金融行业企业与负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者约定长于30天的预告期也是有效的。

本案中的A公司是一家信托公司,鉴于其行业特点,对离职人员进行必要的风险责任评估本是正常经营需要,但在王某提交辞职报告达半年之久后,A公司始终未出具相应的认定结论,仅以风险认定程序尚未结束,迟迟未办理王某的退工登记手续,这样的做法于法无据,应当依法改正。当然,如果劳动者给用人单位造成损失的,用人单位可以提起仲裁申请,但不得延误办理退工登记手续。(张谦、刘燕、沈静慧)

## 【漫说】

## 公司超过一个月未与我签订劳动合同该怎么办?

王阿姨,新年好呀!

哦哦,那蛮好的!新公司待遇怎么样呀?

面试的时候说是月工资7000到8000,还没发工资,具体多少我也不清楚。

不应该啊,劳动合同里面的薪酬福利都写的很清楚的呀!

初七就回上海了。这不是1月初刚入职新公司嘛,初八就开工了。

公司还没和我签订劳动合同呢,可能是临近春节人事比较忙。

那我提醒一下人事。太谢谢您了,王阿姨!

《劳动合同法》第十条规定,已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。你们公司超过一个月未与你签订劳动合同是违法的。

《劳动合同法实施条例》第六条规定,用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当依照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资,并与劳动者补订书面劳动合同。

文案 | 慧敏 绘制 | 正瑜