

# MỘT SỐ TRAO ĐỔI VỀ CÁC ĐIỂM MỚI TRONG QUY ĐỊNH VỀ GIAO KẾT HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG THEO BỘ LUẬT LAO ĐỘNG NĂM 2019

Phạm Thị Thuỳ Nga<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Bộ luật Lao động năm 2019 mới được ban hành, có hiệu lực từ ngày 01/01/2021 và sẽ thay thế cho Bộ luật Lao động năm 2012 hiện hành với nhiều quy định mới. Trong đó có nhiều quy định mới về giao kết hợp đồng lao động, đây là những thay đổi có tác động lớn đến việc hình thành quan hệ lao động. Bên cạnh việc chỉ ra những điểm mới, bài viết nghiên cứu, luận giải về tính hợp lý hoặc chưa thực sự hợp lý trong các quy định mới về giao kết hợp đồng lao động.

**Từ khóa:** Giao kết hợp đồng lao động, hợp đồng lao động, yếu tố quản lý, giao dịch điện tử.  
Nhận bài: 02/3/2020, Hoàn thành biên tập: 06/3/2020, Duyệt đăng: 27/03/2020.

**Abstract:** The Labour Code in 2019 which has just been issued shall take effect from 01/01/2021 and replace the Labour Code in 2012 with new regulations including new regulations on entering into employment contracts. These changes make great impact on the establishment of labour relation. In addition to mentioning new points, the article studies and explains the reasonableness and unreasonableness in new regulations on entering into employment contracts.

**Keywords:** Enter in to employment contracts, employment contracts, management factor, e-transaction.

Date of receipt: 02/3/2020; Date of revision: 06/3/2020; Date of Approval: 27/03/2020.

Theo đánh giá tại Báo cáo tổng kết Bộ luật Lao động năm 2012, các quy định pháp luật về giao kết hợp đồng lao động (HĐLĐ) đã tương đối rõ ràng nên báo cáo của các địa phương cho thấy thực tiễn giao kết HĐLĐ và thực hiện quy định pháp luật về HĐLĐ trên địa bàn khá tốt. Đa số doanh nghiệp và người lao động đã thực hiện đúng các quy định về thủ tục, giao kết theo đúng loại HĐLĐ<sup>2</sup>. Do vậy, các quy định về giao kết HĐLĐ của Bộ luật Lao động năm 2019 (BLLĐ năm 2019) được kế thừa khá nhiều từ Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2012, không có thay đổi lớn về hình thức và nội dung. Tuy nhiên, để khắc phục một số hạn chế trong các quy định về giao kết HĐLĐ của BLLĐ năm 2012 thì BLLĐ năm 2019 có một số quy định mới, có sự thay đổi hoàn thiện hơn so với BLLĐ năm 2012. Mặc dù vậy, vẫn còn có một số vấn đề cần trao đổi thêm về tính hợp lý trong các quy định mới về giao kết HĐLĐ trong

BLLĐ năm 2019.

Một là, BLLĐ năm 2019 quy định cụ thể các dấu hiệu để nhận diện quan hệ lao động làm công (Điều 13)

Khái niệm HĐLĐ được quy định tại Khoản 1 Điều 13 BLLĐ năm 2019 chỉ có một vài thay đổi từ ngữ nhằm làm rõ hơn khái niệm HĐLĐ mà không có thay đổi về nội dung khái niệm so với quy định BLLĐ năm 2012: "Hợp đồng lao động là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, tiền lương, điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động". Khái niệm HĐLĐ này cũng khá tương thích với cách quy định về HĐLĐ trong pháp luật của nhiều nước trên thế giới. Nhìn chung, hầu hết pháp luật lao động các nước đều có những định nghĩa về HĐLĐ không chỉ đảm bảo yếu tố bản chất của hợp đồng là sự thỏa thuận tự nguyện mà cũng có những dấu hiệu đặc trưng xuất phát từ

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Phó Viện trưởng Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam  
<sup>2</sup> Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Báo cáo Tổng kết thi hành Bộ luật Lao động năm 2012 ngày 7/5/2019, trang 12

chính đặc điểm của quan hệ lao động làm công và dấu hiệu chủ thể (một bên là NLD, một bên là người sử dụng lao động (NSDLĐ), qua đó có thể phân biệt HĐLĐ với các hợp đồng khác<sup>1</sup>. Ngoài ra, Khoản 2 Điều 13 BLLĐ năm 2019 quy định cụ thể trách nhiệm của NSDLĐ trước khi nhận NLD vào làm việc thì phải giao kết HĐLĐ với NLD.

Điều mới nổi bật trong quy định tại Điều 13 BLLĐ năm 2019 chính là việc bổ sung đoạn 2 tại Khoản 1, quy định về các dấu hiệu để nhận biết quan hệ lao động làm công: “*Trường hợp hai bên thỏa thuận bằng tên gọi khác nhưng có nội dung thể hiện về việc làm có trả công, tiền lương và sự quản lý, điều hành, giám sát của một bên thì được coi là hợp đồng lao động*”. Theo đó, các dấu hiệu đặc trưng của quan hệ lao động (QHLD) làm công được liệt kê cụ thể gồm: việc làm có trả công, tiền lương và sự quản lý, điều hành, giám sát của NSDLĐ. Theo đó, một mối quan hệ có các dấu hiệu nói trên thì chắc chắn đó là QHLD làm công và có tồn tại một HĐLĐ dù các bên giao kết hợp đồng đặt tên quan hệ đó là gì. Quy định này sẽ giúp loại bỏ các trường hợp NSDLĐ có tính kỹ các hợp đồng dịch vụ, hợp đồng khoán việc, hợp đồng chuyên gia, hợp đồng tư vấn kỹ thuật, hợp đồng đại lý... không ký HĐLĐ nhằm tiết kiệm chi phí nhân công hoặc trốn tránh một số nghĩa vụ về đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và các nghĩa vụ khác nếu xảy ra tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp. Quy định mới tại Điều 13 vừa có tác động định hướng hành vi đối với các bên chủ thể quan hệ lao động vừa tạo cơ sở pháp lý đầy đủ để cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo vệ quyền và lợi ích của người lao động làm thuê không có mặt văn bản với tên gọi “hợp đồng lao động” dù trên thực tế họ đang thực hiện một quan hệ lao động làm công.

Trên thực tế, việc xác định “tên một hợp đồng” chỉ phụ thuộc vào bản chất của quan hệ hợp đồng đó và hoàn toàn không phụ thuộc vào việc các chủ thể đặt tên cho hợp đồng đó là gì

Nếu có dấu hiệu của yếu tố quản lý (có thể được xác định bằng rất nhiều dấu hiệu khác nhau) thì chắc chắn đó phải là HĐLĐ và quan hệ đó phải là quan hệ lao động làm công. Cơ quan có thẩm quyền sẽ dựa vào các dấu hiệu thực tế để xác định bản chất của mối quan hệ và xác định loại hợp đồng mà không cần có quy định tại đoạn 2 Khoản 1 Điều 13 này.

Tuy nhiên, việc xác định như thế nào là “*có nội dung thể hiện về việc làm có trả công, tiền lương và sự quản lý, điều hành, giám sát của một bên*” cũng không đơn giản. Hiện nay, việc phân biệt HĐLĐ và các loại hợp đồng gần với nó vẫn còn là một bài toán khó. Khoa học luật lao động nói chung ghi nhận một số đặc điểm đặc thù của HĐLĐ như: yếu tố quản lý (hay sự phụ thuộc pháp lý của NLD vào NSDLĐ), hợp đồng do đích danh NLD thực hiện, HĐLĐ được thực hiện liên tục trong một khoảng thời gian nhất định hoặc vô hạn định. Riêng việc xác định có hay không có dấu hiệu về “yếu tố quản lý” vẫn đang là một thách thức. Các nước phát triển ăn lệ đã xây dựng cho mình một hệ thống các tiêu chí cụ thể, hình thành “Bãi kiểm tra theo thông luật - Common law test”<sup>2</sup> để xác định xem một người có phải NLD hay không. Trong những bãi kiểm tra đó, các yếu tố đưa đến một kết luận NSDLĐ có quyền quản lý đối với những hoạt động của người làm việc đó hay không. Nếu có, thì người làm việc đó là NLD. Bãi kiểm tra này đưa ra 20 yếu tố để xem xét, đánh giá và mỗi yếu tố này lại được giải thích bằng các án lệ.

**Hai là**, BLLĐ năm 2019 có ghi nhận thêm một phương thức giao kết HĐLĐ mới.

BLLĐ năm 2019 đã ghi nhận một phương thức giao kết HĐLĐ mới tại đoạn 2 Khoản 1 Điều 14: “HĐLĐ được giao kết thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử có giá trị như HĐLĐ bằng văn bản”. Theo đó, HĐLĐ có thể được giao kết bằng phương tiện hoạt động dựa trên công nghệ điện, di truyền, kỹ thuật số, từ tính, truyền dẫn không

<sup>1</sup> Tham khảo Phạm Thị Thùy Nga (2009), Luận án tiến sĩ *Nam hiện nay*, Viện Nhà nước và Pháp luật, 18-19.

<sup>2</sup> Dawn D. Bennett-Alexander, Laura B. Pincus (1998), *Employment Law for Business (second edition)*, Irwin/McGraw-Hill Companies, tr.30-40

ây, quang học, điện tử hoặc công nghệ tương tự. Các thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử. Loại HĐLĐ này có giá trị như HĐLĐ bằng văn bản. Đây là một quy định mới phù hợp với xu thế phát triển của QHLD trong bối cảnh khoa học công nghệ phát triển. Phương thức giao kết HĐLĐ thông qua phương tiện điện tử giúp các bên tiết kiệm được thời gian và chi phí giao dịch. Việc trao đổi thông tin dễ dàng. Tuy nhiên vẫn còn có những quy định cụ thể hơn về nội dung các bên cần thỏa thuận (ngoài nội dung liên quan trực tiếp HĐLĐ) nếu các bên muốn giao kết HĐLĐ bằng phương thức điện tử. Đó là các vấn đề về yêu cầu kỹ thuật, chứng thực, các điều kiện bảo đảm tính toàn vẹn, bảo mật thông tin, thời điểm gửi và nhận dữ liệu...

**Ba là**, BLLĐ năm 2019 đã sửa hợp phạm vi các loại HĐLĐ được giao kết bằng lời nói.

Trước đây, BLLĐ năm 2012 phân chia HĐLĐ theo thời hạn thành ba loại (không xác định thời hạn; xác định thời hạn; mùa vụ hoặc HĐLĐ có thời hạn dưới 12 tháng) theo đó HĐLĐ có thể giao kết bằng lời nói đối với công việc tạm thời có thời hạn dưới 03 tháng (Khoản 2 Điều 16). Việc phân chia thành ba loại HĐLĐ như trên và việc quy định không được ký HĐLĐ mùa vụ hoặc hợp đồng lao động có thời hạn dưới 12 tháng đối với các công việc có tính chất thường xuyên từ 12 tháng trở lên (Điều 22 BLLĐ năm 2012) đang gây khó khăn lớn trong quá trình triển khai thực hiện cũng như kiểm tra, thanh tra và xử lý vi phạm do không có văn bản nào xác định thế nào là "công việc có tính chất thường xuyên từ 12 tháng trở lên". Trong khi đó, tỷ lệ ký HĐLĐ mùa vụ trên thực tế chiếm tỷ lệ thấp, khoảng 16,6%.

Để khắc phục hạn chế nêu trên, BLLĐ năm 2019 đã xóa bỏ loại HĐLĐ theo mùa vụ. HĐLĐ chỉ được chia thành hai loại HĐLĐ không xác định thời hạn và HĐLĐ xác định thời hạn (không quá 36 tháng). NLD phải ký HĐLĐ bằng văn bản nếu HĐLĐ có thời hạn từ 1 tháng trở lên (Khoản 2 Điều 14). Quy

định mới này đảm bảo tính thống nhất với quy định về phạm vi đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc NLD ký HĐLĐ có thời hạn từ 1 tháng trở lên phải tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc (điểm a, b Khoản 1 Điều 2 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014).

**Bốn là**, BLLĐ năm 2019 đã quy định cụ thể thẩm quyền giao kết HĐLĐ bên phía NSDLĐ.

BLLĐ năm 2012 không quy định cụ thể thẩm quyền giao kết HĐLĐ bên phía NSDLĐ. Vấn đề này được quy định bởi Nghị định 148/2018/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 05/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật Lao động. Để đảm bảo tính minh bạch, thống nhất, BLLĐ năm 2019 đã bổ sung quy định về thẩm quyền giao kết HĐLĐ bên phía NSDLĐ tại Khoản 3 Điều 18 là người thuộc một trong các trường hợp sau:

a) Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật;

b) Người đứng đầu cơ quan, tổ chức có tư cách pháp nhân theo quy định của pháp luật hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật;

c) Người đại diện của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật;

d) Cá nhân trực tiếp sử dụng lao động.

Quy định này phù hợp với quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và có nội dung tương tự như quy định của Nghị định 148/2018/NĐ-CP nhưng được sắp xếp lại logic hơn.

**Năm là**, BLLĐ năm 2019 cho phép các bên thỏa thuận nội dung thử việc ghi trong HĐLĐ hoặc giao kết hợp đồng thử việc (Điều 24). Đây là một quy định mới nhằm đáp ứng nhu cầu thực tế nhiều NSDLĐ và NLD muốn trực tiếp ký HĐLĐ, trong đó thời gian thử việc được xem như một nội dung của HĐLĐ. Trong trường hợp thử việc đạt thì các bên tiếp tục thực hiện HĐLĐ, nếu không đạt thì HĐLĐ chấm

Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Báo cáo Tổng kết thi hành Bộ luật Lao động năm 2012, ngày 7/5/2019, tr 14

Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Báo cáo Tổng kết thi hành Bộ luật Lao động năm 2012, ngày 7/5/2019, tr 12

Trừ các trường hợp (i) một NLD được ủy quyền ký thay cho nhóm NLD (Khoản 2 Điều 18), (ii) NLD chưa đủ 5 tuổi (điểm a Khoản 1 Điều 145), (iii) NLD là người giúp việc gia đình (Khoản 1 Điều 162)

dứt. Quy định mới này cũng loại bỏ tình trạng hết thời hạn thủ việc và kết quả thủ việc đạt yêu cầu nhưng NSDLĐ chậm ký HĐLĐ, kéo dài thời gian để NLĐ tiếp tục làm việc theo hình thức học việc.

Trước đây, BLLĐ năm 2012 quy định nếu có thỏa thuận thủ việc thì các bên có thể giao kết hợp đồng thủ việc. Quy định này dẫn đến việc các bên chỉ có thể lựa chọn hoặc là ký HĐLĐ (nếu không thủ việc) hoặc là ký hợp đồng thủ việc. Nhưng theo BLLĐ năm 2019, trong thời gian thủ việc, mỗi bên vẫn có quyền hủy bỏ HĐLĐ mà không cần báo trước và không phải bồi thường (Điều 27). Quy định mới này linh hoạt hơn và trao cho các bên trong QHLD quyền lựa chọn ký HĐLĐ có nội dung thủ việc hoặc ký hợp đồng thủ việc mà không làm ảnh hưởng quyền và nghĩa vụ các bên trong thời gian thủ việc. BLLĐ năm 2019 cũng quy định việc không áp dụng thủ việc đối với NLĐ giao kết HĐLĐ có thời hạn dưới 01 tháng (Khoản 3 Điều 24).

**Sáu là,** BLLĐ năm 2019 quy định: Phụ lục HĐLĐ quy định chi tiết, sửa đổi, bổ sung một số điều, khoản của HĐLĐ nhưng không được sửa đổi thời hạn của HĐLĐ. Đây là một quy định mới, giới hạn không cho phép Phụ lục thay đổi thời hạn của HĐLĐ. Quy định này có thể có tác dụng loại trừ trường hợp NSDLĐ “lách” yêu cầu ký HĐLĐ không xác định ký hạn bằng cách ký HĐLĐ có thời hạn không quá 36 tháng sau đó ký Phụ lục điều chỉnh kéo dài thời hạn HĐLĐ. Tuy nhiên, quy định này chưa thực sự phù hợp trong trường hợp nhu cầu điều rút ngắn thời hạn HĐLĐ hoặc kéo dài thời hạn hợp đồng nhưng tổng thời gian có hiệu lực của HĐLĐ không quá 36 tháng. Trong trường hợp này sự thỏa thuận và nguyện vọng chính đáng của các bên chưa được quan tâm đúng mức.

Trong khi đó theo Điều 5 Nghị định 05/2015/NĐ-CP hướng dẫn thi hành BLLĐ năm 2012 (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 148/2018/NĐ-CP) phù hợp hơn khi quy định thời hạn HĐLĐ chỉ được sửa đổi một lần bằng phụ lục HĐLĐ và không được làm thay đổi loại hợp đồng đã giao kết, trừ trường hợp kéo dài thời hạn HĐLĐ với NLĐ cao tuổi và người lao

động là cán bộ công đoàn không chuyên trách đang trong nhiệm kỳ công đoàn mà hết hạn HĐLĐ thì được gia hạn HĐLĐ đã giao kết đến hết nhiệm kỳ.

**Bảy là,** BLLĐ năm 2019 bổ sung một số quy định mới liên quan đến trường hợp HĐLĐ đã hết hạn mà các bên tiếp tục làm việc.

Điều 6 Khoản 2 Điều 20 BLLĐ năm 2019 bổ sung quy định về quyền và lợi ích của hai bên khi HĐLĐ đã hết hạn nhưng trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hợp đồng lao động hết hạn các bên chưa ký HĐLĐ mới. Trong trường hợp này, quyền, nghĩa vụ và lợi ích của hai bên được thực hiện theo hợp đồng đã giao kết. Đây là một điểm tiến bộ của BLLĐ năm 2019. Trước đây, BLLĐ năm 2012 bỏ ngo trường hợp này và chỉ quy định nếu các bên không ký kết HĐLĐ mới trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày HĐLĐ hết hạn, thì hợp đồng đã giao kết sẽ từ HĐLĐ xác định thời hạn trở thành HĐLĐ không xác định thời hạn hoặc từ HĐLĐ mùa vụ (hoặc có thời hạn dưới 12 tháng) trở thành HĐLĐ xác định thời hạn với thời hạn là 24 tháng (Khoản 2 Điều 22).

Ngoài một trường hợp đã được BLLĐ năm 2012 quy định, BLLĐ năm 2019 quy định bổ sung 3 trường hợp các bên có thể ký liên tiếp nhiều hơn hai HĐLĐ có thời hạn mà không phải chuyển sang ký loại HĐLĐ không xác định thời hạn. BLLĐ năm 2012 quy định “khi người lao động là cán bộ công đoàn không chuyên trách đang trong nhiệm kỳ công đoàn mà hết hạn hợp đồng lao động thì được gia hạn hợp đồng lao động đã giao kết đến hết nhiệm kỳ” (Khoản 6 Điều 192). Ngoài ra, BLLĐ năm 2019 bổ sung 3 trường hợp ký HĐLĐ xác định thời hạn nhiều lần đối với: (i) người được thuê làm giám đốc trong doanh nghiệp có vốn nhà nước. Ngoài ra, các trường hợp: (ii) NLĐ là người cao tuổi; (iii) NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam (điểm c Khoản 2 Điều 20, Khoản 1 Điều 149, Khoản 2 Điều 151 và Khoản 4 Điều 177). Đây là một điểm tiến bộ của BLLĐ năm 2019. Các trường hợp nêu trên được phép ký HĐLĐ xác định thời hạn nhiều lần là phù hợp.

Trên đây là một số điểm mới trong quy định về giao kết HĐLĐ theo BLLĐ năm 2019 /