

NHẬN DIỆN QUAN HỆ LAO ĐỘNG TRONG KINH TẾ CHIA SẺ: KINH NGHIỆM CỦA HOA KỲ VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Thế Đức Tâm*

Lê Bảo Khanh**

Tóm tắt: Trong bài viết này, nhóm tác giả tìm hiểu kinh nghiệm của Hoa Kỳ trong việc nhận diện quan hệ lao động trong kinh tế chia sẻ. Từ đó, nhóm tác giả đối chiếu với Bộ luật Lao động năm 2019 nhằm đưa ra một số gợi mở dành cho Việt Nam về nhận diện quan hệ lao động trong kinh tế chia sẻ.

Abstract: In this article, the authors explore the experience of the United States in recognizing labor relations in the sharing economy. Thereby, the authors compare it with the Vietnamese Labor Code of 2019 so as to give suggestions for Viet Nam on identifying labor relations in the sharing economy.

Dẫn nhập

Kinh tế chia sẻ (KTCS) (sharing economy) là một mô hình kinh doanh xuất hiện lần đầu tại Hoa Kỳ và trở nên phổ biến kể từ cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007 – 2009. Sử dụng sức mạnh của công nghệ thông tin, KTCS cho phép các cá nhân, tổ chức phân phối, chia sẻ và tái sử dụng các nguồn lực dư thừa. Nhờ vậy, KTCS mang lại nhiều lợi ích kinh tế - xã hội. Tuy vậy, mô hình này cũng đặt ra nhiều vấn đề pháp lý, trong đó có việc xác định bản chất của mối quan hệ pháp lý giữa doanh nghiệp cung cấp nền tảng và người cung cấp dịch vụ. Đơn cử, việc định danh tài xế là đối tác hay người lao động (NLĐ) của các hãng xe công nghệ đang gây ra hàng loạt tranh chấp pháp lý tại nhiều quốc gia.

Vào năm 2014, KTCS bắt đầu tiếp cận người dân Việt Nam sau sự kiện Grab gia

nhập vào thị trường nước ta¹. Kể từ đó, nhờ sự tác động mạnh mẽ của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 mà KTCS nói chung và KTCS trong lĩnh vực vận tải nói riêng đã gặt hái được rất nhiều thành công. Sự xuất hiện của KTCS đã mang lại nhiều lợi ích cho xã hội như tiết kiệm chi phí giao dịch, sử dụng tài sản và tài nguyên hiệu quả hơn². Tuy nhiên, bên cạnh những lợi ích mà mô hình này mang lại, KTCS cũng đặt ra nhiều rủi ro và thách thức. Do KTCS còn mới mẻ ở nước ta, nên việc định danh các quan hệ pháp lý trong mô hình này còn có sự mập mờ, dẫn đến nguy cơ quyền và lợi ích hợp pháp của NLĐ không được bảo đảm theo Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2019 và các

¹ Mai Hà, 6 năm Grab tại Việt Nam: Tài xế từ 'trái ngọt' tới 'trái đắng', <https://thanhnien.vn/tai-chinh-kinh-doanh/6-nam-grab-tai-viet-nam-tai-xe-tu-trai-n-got-toi-trai-dang-1315466.html>, truy cập ngày 09/01/2022.

² Nguyễn Mạnh Hải - Nguyễn Hoàng Anh, Lợi ích của mô hình kinh tế chia sẻ và những thách thức cho nhà quản lý, <https://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/loi-ich-cua-mo-hinh-kinh-te-chia-se-va-nhu-ng-thach-thuc-cho-nha-quan-ly-302046.html>, truy cập ngày 09/01/2022.

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

** Sinh viên, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

văn bản có liên quan. Vì vậy, việc tham khảo kinh nghiệm nước ngoài về nhận diện quan hệ lao động (QHLĐ) trong KTCS, từ đó đề xuất hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam khi điều chỉnh QHLĐ trong KTCS là cần thiết.

1. Khái quát về quan hệ lao động trong kinh tế chia sẻ

Để nhận diện QHLĐ trong KTCS, trước hết cần làm rõ thế nào là KTCS và QHLĐ. Ngoài ra, nhóm tác giả sẽ phân tích ý nghĩa của việc nhận diện QHLĐ trong KTCS nhằm chứng minh sự cần thiết của nó trong bối cảnh cách mạng công nghiệp 4.0.

1.1. Khái niệm “kinh tế chia sẻ”

KTCS xuất hiện lần đầu vào năm 1995 tại Hoa Kỳ với mô hình ban đầu có tính chất “chia sẻ ngang hàng” (peer to peer – P2P)³. Hiện nay, có nhiều khái niệm khác nhau về KTCS. Theo Investopedia: “KTCS là một mô hình kinh tế hoạt động chia sẻ ngang hàng nhằm mua lại, cung cấp hoặc chia sẻ quyền truy cập vào hàng hóa và dịch vụ trên một nền tảng trực tuyến cộng đồng”⁴.

Tại Việt Nam, có quan điểm khá tương đồng với khái niệm trên khi cho rằng: “KTCS là một phương thức kinh doanh mới của kinh doanh ngang hàng, một hệ thống kinh tế mà ở đó tài sản và dịch vụ được chia sẻ cho nhiều người sử dụng trên thị trường thông qua việc sử dụng các nền tảng số”⁵.

³ Trần Thị Hằng, *Phát triển kinh tế chia sẻ tại Việt Nam trong bối cảnh cách mạng công nghiệp 4.0 và một số kiến nghị*, <https://kncn.hau.edu.vn/media/30/uffile-upload-no-title30120.pdf>, truy cập ngày 09/01/2022.

⁴ The Investopedia Team, *Sharing Economy*, <https://www.investopedia.com/terms/s/sharing-economy.asp>, truy cập ngày 09/01/2022.

⁵ Chu Thị Hoa, *Kinh tế chia sẻ và quyền tự do kinh doanh*, <http://laphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210760>, truy cập ngày 09/01/2022.

Trong bài viết, nhóm tác giả thống nhất sử dụng khái niệm KTCS này.

1.2. Khái niệm “quan hệ lao động”

QHLĐ thường được hiểu là quan hệ giữa NLĐ và người sử dụng lao động (NSDLĐ) trong quá trình lao động⁶. Tại Việt Nam, BLLĐ năm 2019 định nghĩa NLĐ là người làm việc cho NSDLĐ theo thỏa thuận, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành, giám sát của NSDLĐ⁷. QHLĐ là quan hệ xã hội phát sinh trong việc thuê mướn, sử dụng lao động, trả lương giữa NLĐ, NSDLĐ, các tổ chức đại diện của các bên, cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁸.

Tại Hoa Kỳ, Đạo luật Tiêu chuẩn lao động công bằng (Fair Labor Standards Act – FLSA) không định nghĩa thế nào là QHLĐ. Tuy nhiên, Bộ Lao động Hoa Kỳ giải thích rằng đặc trưng của QHLĐ là sự phụ thuộc của NLĐ vào công việc kinh doanh của NSDLĐ⁹.

Như vậy, đặc trưng của QHLĐ là sự phụ thuộc của NLĐ đối với NSDLĐ. Trong QHLĐ truyền thống, sự phụ thuộc của NLĐ đối với NSDLĐ được thể hiện rõ ràng, bởi vì NSDLĐ là chủ sở hữu (hoặc đại diện chủ sở hữu) toàn bộ nhà xưởng, máy móc, công cụ lao động và nguyên vật liệu cho quá trình sản xuất. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của kinh tế – xã hội, NLĐ ngày càng được tự chủ nhiều hơn trong quá trình làm việc.

⁶ Lưu Bình Nhưỡng, *Giáo trình Luật Lao động Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2018, tr. 8.

⁷ Khoản 1 Điều 3 BLLĐ năm 2019.

⁸ Khoản 5 Điều 3 BLLĐ năm 2019.

⁹ U.S. Department of Labor, *Fact Sheet 13: Employment Relationship Under the Fair Labor Standards Act (FLSA)*, <https://www.dol.gov/agencies/whd/fact-sheets/13-flsa-employment-relationship>, truy cập ngày 09/01/2022.

Đơn cử, đối với KTCS trong lĩnh vực vận tải, tài xế (chứ không phải hãng xe công nghệ) mới là chủ sở hữu phương tiện và điện thoại thông minh. Mặc dù vậy, nhóm tác giả cho rằng, trong bất kỳ QHLD nào, mức độ phụ thuộc của NLD đối với NSDLĐ có thể giảm xuống, tuy nhiên không thể hoàn toàn biến mất¹⁰. Vì vậy, nhận diện QHLD trong KTCS chính là việc chứng minh sự phụ thuộc của người cung cấp dịch vụ (đơn cử như tài xế) đối với doanh nghiệp cung cấp nền tảng (đơn cử như hãng xe công nghệ) thông qua sự quản lý, điều hành, giám sát của doanh nghiệp cung cấp nền tảng đối với người cung cấp dịch vụ.

1.3. Ý nghĩa của việc nhận diện quan hệ lao động trong kinh tế chia sẻ

1.3.1. Đối với người cung cấp dịch vụ

Việc nhận diện QHLD trong KTCS là cần thiết nhằm bảo đảm nguyên tắc được quy định tại khoản 2 Điều 35 Hiến pháp năm 2013: “Người làm công ăn lương được bảo đảm các điều kiện làm việc công bằng, an toàn; được hưởng lương, chế độ nghỉ ngơi”. Cụ thể, nếu người cung cấp dịch vụ được xác định là NLD thì họ phải được hưởng các quyền và lợi ích theo BLLĐ năm 2019 và các văn bản có liên quan.

Việc không xác định rõ ràng địa vị pháp lý của người cung cấp dịch vụ có thể gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Đơn cử, các tài xế công nghệ luôn phải đối mặt với nhiều rủi ro như tai nạn giao thông, sức khỏe bị ảnh hưởng nghiêm trọng do môi trường làm việc khắc nghiệt,

căng thẳng¹¹. Tuy nhiên, các hãng xe công nghệ luôn khẳng định rằng, tài xế là “đối tác” của mình. Chính vì tài xế không được xem là NLD, nên các hãng xe công nghệ không đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp, hay tuân thủ các nghĩa vụ khác đối với tài xế như trong QHLD thông thường¹².

1.3.2. Đối với doanh nghiệp cung cấp nền tảng

Sự không phù hợp giữa tên gọi và bản chất của mối quan hệ pháp lý giữa doanh nghiệp cung cấp nền tảng và người cung cấp dịch vụ có thể gây ảnh hưởng đến doanh nghiệp cung cấp nền tảng, bởi vì họ phải thường xuyên đối mặt với những khiếu nại, tranh chấp về lao động và cạnh tranh. Đơn cử, từ năm 2017 đến nay, các tài xế công nghệ nhiều lần phản đối Grab bằng nhiều hình thức như đồng loạt tắt ứng dụng, tập trung trước trụ sở hoặc văn phòng của Grab để phản đối¹³. Ngoài ra, Vinasun cũng từng khởi kiện Grab về hành vi cạnh tranh không lành mạnh, gây thiệt hại cho các hãng taxi truyền thống¹⁴.

¹¹ Vũ Thuỳ - Lê Phan, *Rủi ro nghề tài xế công nghệ*, <https://tuoitre.vn/rui-ro-nghe-tai-xe-cong-nghe-1474145.htm>, truy cập ngày 09/01/2022.

¹² C. Trung, *Gọi tài xế công nghệ là đối tác: Cách gọi luôn lách*, <https://tuoitre.vn/goi-tai-xe-cong-nghe-la-doi-tac-cach-go-i-luon-lach-20210322222647495.htm>, truy cập ngày 09/01/2022.

¹³ Phương Linh, *Điểm lại những vụ đình công, phản đối của tài xế Grab*, <https://nhadauto.vn/diem-lai-nhung-vu-dinh-cong-phan-doi-cua-tai-xe-grab-d46033.html>, truy cập ngày 09/01/2022.

¹⁴ Thanh Phương, *Khép lại tranh cãi giữa Grab và Vinasun sau nhiều năm*, <https://vietnamnet.vn/vn/phap-luat/ky-su-phap-dinh/khep-lai-tranh-cai-giua-grab-va-vinasun-sau-nhieu-nam-623126.html>, truy cập ngày 09/01/2022.

¹⁰ Lưu Bình Nhưỡng, *Giáo trình Luật Lao động Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2018, tr. 9.

2. Kinh nghiệm của Hoa Kỳ trong việc nhận diện quan hệ lao động trong kinh tế chia sẻ

Hoa Kỳ là quốc gia khởi nguồn của KTCS, cũng là nơi đầu tiên chứng kiến các tranh chấp pháp lý liên quan đến việc xác định QHLD trong KTCS. Vào năm 2018, trong án lệ *Dynamex*, Tòa án tối cao California giới thiệu “phép thử ABC” – thay thế cho “phép thử Borello” được sử dụng trước đây – nhằm xác định QHLD trong KTCS. “Phép thử ABC” không chỉ đóng vai trò quan trọng đối với sự phát triển của pháp luật lao động tại Hoa Kỳ, mà còn mang lại nhiều gợi mở bổ ích dành cho các quốc gia khác nhằm xác định QHLD trong KTCS. Do đó, nhóm tác giả tham khảo kinh nghiệm của Hoa Kỳ, đặc biệt là bang California, trong việc nhận diện QHLD trong KTCS thông qua “phép thử ABC” và một số quy định có liên quan.

2.1. Phép thử Borello

Trước khi “phép thử ABC” ra đời, tiêu chí phân biệt nhà cung cấp độc lập (NCCĐL) (*independent contractors*) và NLD là dựa vào “phép thử Borello”¹⁵. “Phép thử Borello” bắt nguồn từ tranh chấp giữa nguyên đơn là Tập đoàn S.G. Borello & Sons (Công ty Borello) và bị đơn là Cục QHLD California, do Tòa án tối cao California giải quyết vào năm 1989¹⁶.

Vào ngày 14/08/1985, một ủy viên lao động ban hành lệnh phạt đối với Công ty

Borello vì cho rằng Công ty này không bảo đảm khoản lương cho khoảng 50 người nông dân đang thu hoạch dưa chuột. Sau đó, Công ty Borello khiếu nại quyết định trên. Mặc dù thừa nhận việc không bảo đảm các khoản lương, Công ty Borello cho rằng những người nông dân này là NCCĐL, nên không cần áp dụng quy định về mức lương tối thiểu dành cho NLD. Vấn đề đặt ra là liệu những người nông dân tham gia thu hoạch dưa chuột theo thỏa thuận bằng văn bản về “nông dân chia sẻ” (*share farmers*) có được xem là NCCĐL hay không?

Công ty Borello lập luận rằng, những người nông dân này tự tổ chức lao động. Thứ nhất, họ tự chuẩn bị công cụ, phương tiện di chuyển tới cánh đồng, tự đặt giờ làm việc. Công ty Borello không có quyền sa thải và cũng không phân bổ nhân viên giám sát hoạt động của những người này. Thứ hai, những người nông dân tự chia sẻ lợi nhuận cũng như thua lỗ từ vụ mùa. Cụ thể, họ có thể chia số lợi nhuận của mình cho các thành viên khác trong hộ thu hoạch. Ngoài ra, Công ty Borello còn lấy văn bản thỏa thuận giữa họ và những người nông dân để làm bằng chứng cho việc các bên trong hợp đồng đều nhận thức mình là nhà cung cấp chính và NCCĐL chứ không phải là NSDLĐ và NLD.

Tuy nhiên, bị đơn cho rằng, những lập luận trên là không thuyết phục. Đối với lập luận những người nông dân tự tổ chức lao động, bị đơn cho rằng, Công ty Borello đồng ý cung cấp và chuẩn bị đất đai; trồng trọt; chăm bón, phun thuốc và bón phân cho cây trồng; thanh toán tất cả các chi phí phát sinh liên quan đến công việc đó; các hộp, thùng; và chịu trách nhiệm vận chuyển sản phẩm cho đơn vị tiêu thụ dưa chuột (Công ty dưa muối Vlastic). Tuy

¹⁵ California Department of Industrial Relations, *Independent contractor versus employee*, https://www.dir.ca.gov/dlse/faq_independentcontractor.htm, truy cập ngày 09/01/2022.

¹⁶ *Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations*, 48 Cal. 3d 341 (1989), <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/48/341.html>, truy cập ngày 09/01/2022.

nhiên, Công ty Borello đã không cung cấp thực phẩm hoặc thiết bị vệ sinh cho người thu hoạch dưa chuột theo thoả thuận. Ngoài ra, Công ty Borello mới là đơn vị thực tế giao séc và bản sao tài liệu của Công ty Vlastic cho những người nông dân, chứ họ không được nhận tiền trực tiếp từ đơn vị tiêu thụ sản phẩm. Từ những lập luận trên, Cục QHLĐ cho rằng, Công ty Borello đã kiểm soát chủ yếu việc trồng trọt, thu hoạch và bán dưa chuột.

Tòa án cấp sơ thẩm cho rằng, lệnh phạt do Cục QHLĐ đưa ra là có căn cứ pháp luật. Tuy nhiên, Tòa án cấp phúc thẩm bác bỏ quyết định trên vì cho rằng, không có sự kiểm soát của Công ty Borello đối với những người nông dân; việc định danh mối quan hệ pháp lý đã được quy định trong văn bản thoả thuận giữa hai bên. Cuối cùng, Tòa án tối cao California bác bỏ lập luận của Tòa án cấp phúc thẩm, qua đó đưa ra “phép thử Borello”. Yếu tố chính trong “phép thử Borello” là liệu người được cung cấp dịch vụ có quyền kiểm soát cách thức và phương tiện để đạt được kết quả mong muốn hay không? Tòa án cũng nhấn mạnh rằng, các yếu tố khác nhau trong “phép thử Borello” sẽ được xem xét trên cơ sở từng trường hợp cụ thể.

Trong tranh chấp này, Công ty Borello đã kiểm soát hoạt động nông nghiệp tại cơ sở của mình từ khi trồng đến khi bán và có quyền kiểm soát tối thiểu đối với những người nông dân. Vì vậy, Tòa án tối cao California kết luận những người nông dân này là NLĐ của Công ty Borello và phải được hưởng mức lương tối thiểu.

2.2. Phép thử ABC

“Phép thử ABC” bắt nguồn từ án lệ *Dynamex* giữa bị đơn là Công ty *Dynamex*

(một doanh nghiệp cung cấp dịch vụ chuyển phát nhanh và giao hàng trong ngày) với nguyên đơn là ông Charles Lee (một cựu tài xế của Công ty *Dynamex*)¹⁷.

Trước năm 2004, Công ty *Dynamex* xác định tất cả các tài xế ở California là NLĐ và tuân thủ theo luật tiền lương và giờ làm việc của bang California. Nhưng từ năm 2004, Công ty *Dynamex* xác định tất cả các tài xế của mình là NCCĐL để tiết kiệm chi phí và né tránh các nghĩa vụ của NSDLĐ. Do đó, tài xế không còn được hưởng quyền và lợi ích của NLĐ theo luật California.

Ngày 15/04/2005, ông Charles Lee, nhân danh chính mình và các tài xế đang làm việc cho Công ty *Dynamex*, nộp đơn khởi kiện tập thể tại Tòa án Los Angeles (bang California). Nguyên đơn cho rằng, việc Công ty *Dynamex* xác định họ là NCCĐL là sai lầm. Ban đầu yêu cầu khởi kiện của ông Lee bị từ chối, nhưng sau đó được Tòa án cấp phúc thẩm chấp nhận. Năm 2018, Công ty *Dynamex* kháng cáo lên Tòa án tối cao California.

Trước tiên, Tòa án nhận thấy tiêu chuẩn “yêu cầu hoặc cho phép làm việc” (suffer or permit to work) được quy định tại Luật Tiền lương California là tiêu chuẩn thích hợp để xác định QHLĐ. Tiếp đó, Tòa án xem xét các phép thử khác nhau để giải thích tiêu chuẩn “yêu cầu hoặc cho phép làm việc” như “phép thử Borello” hoặc “phép thử hiện thực kinh tế” (Economic Realities Test) được một số Tòa án sử dụng để giải thích FLSA. Các phép thử này cố gắng xác định

¹⁷ *Dynamex Operations West, Inc., v. The Superior Court of Los Angeles County and Charles Lee, Real Party in Interest*, 4 Cal. 5th 903 (Cal. 2018), <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2018/s222732.html>, truy cập ngày 09/01/2022.

xem người làm việc là NLD hay NCCĐL trên cơ sở từng trường hợp cụ thể. Tuy nhiên, Tòa án cho rằng, cách tiếp cận này có hai nhược điểm lớn. Thứ nhất, nó gây khó khăn cho cả người thuê mướn và người làm việc trong việc xác định những người này là NLD hay NCCĐL. Thứ hai, các phép thử có nhiều yếu tố khiến NSDLĐ dễ “lách luật” hơn. Cụ thể, các phép thử này cho phép NSDLĐ linh hoạt trong việc cấu trúc mối quan hệ giữa mình với người làm việc để né tránh trách nhiệm về tiền lương và giờ làm việc. Để khắc phục những khuyết điểm trên, Tòa án đưa ra “phép thử ABC”. Cụ thể, “phép thử ABC” quy định rằng, người làm việc mặc nhiên được xem là NLD, trừ khi người thuê mướn chứng minh được đồng thời cả ba điều kiện sau:

(i) Trong quá trình thực hiện công việc, người làm việc hoàn toàn không phụ thuộc vào sự kiểm soát cũng như chỉ đạo từ người thuê mướn, xét cả trên hợp đồng lẫn quá trình làm việc thực tế.

Tiêu chí này tùy thuộc vào tính chất công việc, mức độ mà NSDLĐ thường áp dụng đối với NLD, và thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng. NSDLĐ không cần phải kiểm soát cách thức chính xác hoặc chi tiết của công việc để có thể duy trì sự kiểm soát cần thiết đối với NLD.

(ii) Người làm việc thực hiện công việc nằm ngoài quy trình thông thường trong hoạt động kinh doanh của người thuê mướn.

Người làm việc theo hợp đồng cung cấp những công việc, dịch vụ có vai trò tương đương với NLD hiện hữu sẽ được xem là đang làm việc theo quy trình thông thường trong hoạt động kinh doanh của người thuê mướn.

(iii) Người làm việc thường xuyên tham gia vào hoạt động thương mại được xác

định độc lập, nghề nghiệp, hoặc công việc kinh doanh có cùng bản chất với công việc mà họ đang thực hiện.

Người thuê mướn phải chứng minh được rằng, hoạt động kinh doanh độc lập của người làm việc đang tồn tại vào thời điểm công việc được thực hiện. Nếu hoạt động kinh doanh chỉ được hình thành trong tương lai thì sẽ không thỏa mãn tiêu chí này.

Áp dụng “phép thử ABC”, Tòa án tối cao California khẳng định việc xác định các tài xế là NCCĐL là sai lầm.

“Phép thử ABC” có sự tương đồng với Luật NCCĐL của bang Massachusetts (Massachusetts Independent Contractor Law – MICL). Tuy nhiên, MICL ít khắt khe hơn khi quy định tiêu chuẩn thứ hai rộng hơn so với “phép thử ABC”. Cụ thể, ngoài điều kiện “nằm ngoài quy trình thông thường trong hoạt động kinh doanh của người thuê mướn”, MICL còn bổ sung điều kiện “hoặc công việc được thực hiện bên ngoài các địa điểm kinh doanh của người thuê mướn”. Như vậy, MICL tạo điều kiện cho người thuê mướn chứng minh tư cách NCCĐL của người làm việc dễ dàng hơn, bởi vì yếu tố thứ hai thường là yếu tố khó chứng minh nhất¹⁸.

Điểm khác biệt lớn nhất giữa “phép thử Borello” và “phép thử ABC” là “phép thử Borello” yêu cầu chứng minh quyền kiểm soát của người thuê mướn đối với quá trình và công việc; trong khi “phép thử ABC” quy định người làm việc mặc nhiên được

¹⁸ Jody Newman, David Mitchell & Michelle Roberts Gonzales, *Employee-Friendly Worker Misclassification Test: Massachusetts was an Early Adopter*, <https://www.hlemploymentblog.com/2019/10/its-not-just-california-with-an-employee-friendly-worker-misclassification-test-massachusetts-was-an-early-adopter>, truy cập ngày 09/01/2022.

xem là NLD, trừ khi người thuê muốn chứng minh đủ cả ba điều kiện như trên. Trong “phép thử ABC”, quyền kiểm soát của người thuê muốn không phải là yếu tố quan trọng nhất để xác định xem người làm việc có phải là NCCĐL hay không mà chỉ là một trong ba yếu tố bắt buộc. Mặc dù “phép thử ABC” vượt trội hơn “phép thử Borello” trong hầu hết các trường hợp, “phép thử Borello” vẫn được sử dụng khi “phép thử ABC” không thể được áp dụng hoặc trong các trường hợp miễn trừ¹⁹.

Về hiệu lực hồi tố của án lệ *Dynamex*, trong vụ án *Vasquez v. Jan-Pro Franchising International*, Tòa án tối cao California khẳng định án lệ *Dynamex* được áp dụng hồi tố đối với tất cả các trường hợp chưa có phán quyết cuối cùng trước tháng 04/2018²⁰.

2.3. Đạo luật AB 5 của bang California

Án lệ *Dynamex* chỉ giới hạn trong việc xác định một người làm việc là NLD hay NCCĐL nhằm bảo đảm nghĩa vụ của NSDLĐ theo Luật Tiền lương của bang California. Vào ngày 18/09/2019, “phép thử ABC” trong án lệ *Dynamex* được pháp điển hóa trong Đạo luật AB 5 của bang California.

Đạo luật AB 5 được ban hành nhằm mở rộng việc áp dụng “phép thử ABC”, không chỉ cho Luật Tiền lương, mà còn cả cho BLLĐ California (California Labor

Code) và Bộ luật Bảo hiểm thất nghiệp California (California Unemployment Insurance Code), nhằm bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của NLD. Nhờ đó, số lượng các trường hợp người làm việc bị xem là NCCĐL giảm đáng kể. Ngoài ra, Đạo luật AB 5 cũng quy định rõ các đối tượng không thuộc đối tượng điều chỉnh của Đạo luật này²¹.

Ngày 04/09/2020, Đạo luật AB 2257 được ban hành chủ yếu nhằm mở rộng và làm rõ các trường hợp không áp dụng “phép thử ABC” theo Đạo luật AB 5²².

2.4. Cuộc trưng cầu ý dân số 22

Sau khi Đạo luật AB 5 được thông qua, các công ty Lyft và Uber từ chối tuân thủ. Hai công ty này cùng với hai công ty khác là Instacart và Postmate tài trợ cho cuộc trưng cầu ý dân số 22 (Proposition 22) nhằm miễn trừ trách nhiệm của các công ty vận tải và giao hàng theo KTCS khỏi các quy định của Đạo luật AB 5. Đổi lại, các công ty này đưa ra một số nhượng bộ đối với tài xế như mức lương tối thiểu và hoàn trả chi phí mỗi dặm. Cuộc trưng cầu ý dân số 22 được thông qua vào ngày 03/11/2020 với 59% phiếu bầu chấp thuận đề xuất của các hãng xe công nghệ. Đây được xem là cuộc trưng cầu ý dân tốn kém nhất trong lịch sử của bang California²³.

¹⁹ California Department of Industrial Relations, *Independent contractor versus employee*, https://www.dir.ca.gov/dlse/faq_independentcontractor.htm, truy cập ngày 09/01/2022.

²⁰ *Vasquez v. Jan-Pro Franchising International, Inc.*, S258191 (2021), <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2021/s258191.html>, truy cập ngày 09/01/2022.

²¹ California Department of Industrial Relations, *Independent contractor versus employee*, https://www.dir.ca.gov/dlse/faq_independentcontractor.htm, truy cập ngày 09/01/2022.

²² Aaron H. Cole & Julia A. Luster, *AB 2257 Enacts Significant Changes to AB 5 on Classification of Workers as Independent Contractors*, <https://www.natlawreview.com/article/ab-2257-enacts-significant-changes-to-ab-5-classification-workers-independent>, truy cập ngày 09/01/2022.

²³ Kimberly Valladares, *Uber, Lyft Win on Prop 22: The Most Expensive Ballot Measure in California's*

Cuộc trưng cầu ý dân số 22 gây ra nhiều ý kiến tranh cãi. Những người không đồng tình với cuộc trưng cầu ý dân số 22 cho rằng, nó đi ngược lại với tinh thần của Đạo luật AB 5 khi muốn bảo đảm cho NLD không bị các công ty công nghệ bóc lột. Một số nhượng bộ được đưa ra trong cuộc trưng cầu ý dân số 22 không đề ra các biện pháp bảo vệ rõ ràng như tiền lương làm thêm giờ, bảo hiểm thất nghiệp, nghỉ phép, nghỉ ốm hoặc cho phép NLD tổ chức công đoàn²⁴.

Vào cuối tháng 08/2021, Tòa án quận Alameda (bang California) tuyên bố cuộc trưng cầu ý dân số 22 là vi hiến và không có hiệu lực thi hành. Uber cho biết sẽ kháng cáo. Ngoài ra, các hãng xe công nghệ cũng đang vận động cho các cuộc trưng cầu ý dân tương tự tại bang Massachusetts và nhiều nơi khác nhằm xác định tài xế là NCCĐL chứ không phải NLD²⁵.

2.5. Tác động của “phép thử ABC” đối với các đạo luật liên bang của Hoa Kỳ

2.5.1. Đạo luật Tiêu chuẩn lao động công bằng (FLSA)

FLSA quy định về các vấn đề như mức lương tối thiểu, tiền lương làm thêm giờ, lưu trữ hồ sơ và các tiêu chuẩn lao động

History, <https://sites.law.berkeley.edu/thenetwork/2020/11/16/uber-lyft-win-on-prop-22-the-most-expensive-ballot-measure-in-californias-history/>, truy cập ngày 09/01/2022.

²⁴ Kimberly Valladares, *Uber, Lyft Win on Prop 22: The Most Expensive Ballot Measure in California’s History*, <https://sites.law.berkeley.edu/thenetwork/2020/11/16/uber-lyft-win-on-prop-22-the-most-expensive-ballot-measure-in-californias-history/>, truy cập ngày 09/01/2022.

²⁵ Justin Ray, *Prop. 22 is ruled unconstitutional: What it means, how apps reacted and what happens next*, [https://www.latimes.com/california/newsletter/2021-08-23/proposition-22-lyft-uber-decision-essen](https://www.latimes.com/california/newsletter/2021-08-23/proposition-22-lyft-uber-decision-essential-california)
[tial-california](https://www.latimes.com/california/newsletter/2021-08-23/proposition-22-lyft-uber-decision-essen), truy cập ngày 09/01/2022.

dành cho NLD chưa thành niên²⁶. Tuy nhiên, FLSA không đưa ra định nghĩa cụ thể về QHLĐ. Vì vậy, Tòa án tối cao Hoa Kỳ cho rằng, không có một phép thử hay quy tắc duy nhất nhằm xác định một người làm việc là NCCĐL hay NLD theo FLSA. Thay vào đó, cần xem xét tổng thể các hoạt động và hoàn cảnh của người này để xác định bản chất của mối quan hệ pháp lý²⁷.

Ngày 07/01/2021, Bộ Lao động Hoa Kỳ (dưới thời cựu Tổng thống Trump) đưa ra một quy tắc mới nhằm phân biệt NCCĐL và NLD theo FLSA, trong đó nhấn mạnh các yếu tố có lợi cho người thuê mướn. Tuy nhiên, sau đó, ngày 06/05/2021, Bộ Lao động Hoa Kỳ (dưới thời Tổng thống Biden) rút lại quy tắc trên. Như vậy, cho đến nay, Bộ Lao động Hoa Kỳ chưa thay đổi quy tắc xác định NLD theo FLSA. Cá nhân Tổng thống Biden bày tỏ sự ủng hộ với “phép thử ABC” và tuyên bố sẽ thúc đẩy một tiêu chuẩn liên bang dựa trên mô hình của “phép thử ABC” dành cho pháp luật về lao động và thu²⁸.

2.5.2. Dự thảo Đạo luật Bảo vệ quyền tổ chức (PRO Act)

Dự thảo Đạo luật Bảo vệ quyền tổ chức (Protecting the Right to Organize Act – PRO Act) được đề xuất nhằm sửa đổi Đạo luật QHLĐ quốc gia (National Labor Relations Act – NLRA) với mục đích mở rộng các

²⁶ U.S. Department of Labor, *Wages and the Fair Labor Standards Act*, <https://www.dol.gov/agencies/whd/flsa>, truy cập ngày 09/01/2022.

²⁷ U.S. Department of Labor, *tlđđ*.

²⁸ DirectEmployers Association, *Biden Administration DOL Publishes Final Rule Rescinding Trump Administration Independent Contractor Rule Under the FLSA*, <https://www.jdsu.pra.com/legalnews/biden-administration-dol-publish-es-2121891/>, truy cập ngày 09/01/2022.

biện pháp bảo vệ quyền tổ chức công đoàn và thương lượng tập thể của NLD²⁹. PRO Act sử dụng “phép thử ABC” nhằm xác định NLD thuộc phạm vi điều chỉnh của đạo luật này, thông qua đó bảo đảm cho những người làm việc trong KTCS (ví dụ như tài xế công nghệ) có quyền tổ chức công đoàn và thương lượng tập thể³⁰.

3. Một số gợi mở cho Việt Nam về nhận diện quan hệ lao động trong kinh tế chia sẻ

BLLĐ năm 2019 định nghĩa NLD là người làm việc cho NSDLĐ theo thỏa thuận, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành, giám sát của NSDLĐ³¹. Theo đó, NSDLĐ có quyền quản lý, điều hành, giám sát lao động³², và NLD phải tuân theo sự quản lý, điều hành, giám sát của NSDLĐ³³. Tuy nhiên, BLLĐ năm 2019 không hướng dẫn cụ thể tiêu chí xác định sự quản lý, điều hành, giám sát lao động.

Trong lĩnh vực kinh doanh vận tải bằng xe ô tô, Nghị định số 10/2020/NĐ-CP Quy định về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô định nghĩa hành vi “trực tiếp điều hành phương tiện, lái xe” là việc tổ chức hoặc cá nhân giao nhiệm vụ cho lái xe điều khiển phương tiện để thực hiện vận chuyển hành khách, hàng hoá thông qua phần mềm ứng dụng hỗ trợ kết nối vận tải hoặc Lệnh vận chuyển hoặc Hợp

đồng vận chuyển hoặc Giấy vận tải (Giấy vận chuyển)³⁴. Tuy nhiên, Nghị định số 10/2020/NĐ-CP vẫn chưa làm rõ thế nào là “giao nhiệm vụ”. Đơn cử, trong quy trình nhận cuộc xe thông thường, hãng xe công nghệ sẽ gửi thông tin về cuộc xe đến cho tài xế. Nếu tài xế muốn nhận cuộc thì nhấn vào nút “Đồng ý nhận cuộc”, nếu không thì cuộc xe sẽ được chuyển cho tài xế khác³⁵. Trong trường hợp này, có thể xác định hãng xe công nghệ “giao nhiệm vụ” cho tài xế được hay không?

Như vậy, trong KTCS, việc xác định sự quản lý, điều hành, giám sát của NSDLĐ trở nên phức tạp. So với NLD truyền thống, người làm việc trong KTCS được tự chủ nhiều hơn trong quá trình làm việc, đơn cử như họ được lựa chọn thời gian và địa điểm làm việc. Tuy nhiên, điều này không đồng nghĩa rằng người làm việc hoàn toàn thoát khỏi sự kiểm soát của NSDLĐ. Về khía cạnh này, “phép thử ABC” đưa ra một số gợi mở quan trọng nhằm xác định sự quản lý, điều hành, giám sát lao động, qua đó nhận diện QHLD trong KTCS.

Thứ nhất, người thuê mướn có trách nhiệm chứng minh người làm việc không phải là NLD

“Phép thử ABC” quy định người làm việc mặc nhiên được xem là NLD, trừ khi người thuê mướn chứng minh được rằng họ không kiểm soát người làm việc, xét cả trên hợp đồng lẫn quá trình làm việc thực tế. Điều này nâng cao trách nhiệm của người thuê mướn trong KTCS, đồng thời hạn chế tình trạng NSDLĐ cố tình xác định sai địa

²⁹ Celine McNicholas, Margaret Poydock & Lynn Rhinehart, *Why workers need the Protecting the Right to Organize Act*, <https://www.epi.org/publication/why-workers-need-the-pro-act-fact-sheet/>, truy cập ngày 09/01/2022.

³⁰ AFL-CIO, *The PRO Act and the ABC Test*, <https://aflcio.org/card-stacks/pro-act-and-abc-test>, truy cập ngày 09/01/2022.

³¹ Khoản 1 Điều 3 BLLĐ năm 2019.

³² Điểm a khoản 1 Điều 6 BLLĐ năm 2019.

³³ Điểm b khoản 2 Điều 5 BLLĐ năm 2019.

³⁴ Khoản 20 Điều 3 Nghị định số 10/2020/NĐ-CP.

³⁵ [*Grab Taxi*] Tóm tắt quy trình nhận cuộc xe, <https://www.grab.com/vn/blog/driver/grabtaxi-tom-tat-quy-trinh-nhan-cuoc-xe/>, truy cập ngày 09/01/2022.

vị pháp lý của NLD (đơn cử như việc định danh tài xế công nghệ là NCCDL hoặc “đối tác”) nhằm hạn chế quyền và lợi ích hợp pháp của NLD.

Thứ hai, sự kiểm soát của NSDLĐ đối với NLD chỉ cần đạt mức tối thiểu

Sự kiểm soát của NSDLĐ đối với NLD có thể khác nhau, tùy thuộc vào tính chất công việc, mức độ mà NSDLĐ thường áp dụng đối với NLD, và thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng. Tuy nhiên, NSDLĐ không cần phải kiểm soát cách thức chính xác hoặc chi tiết của công việc để có thể duy trì sự kiểm soát cần thiết đối với NLD. Trong lĩnh vực vận tải, Tòa án cho rằng, tài xế chịu sự kiểm soát của hãng xe trong trường hợp hãng xe có quyền yêu cầu tài xế phải giữ cho xe luôn sạch sẽ và phải có sự chấp thuận của hãng xe trước khi vận chuyển hành khách, hoặc hãng xe có quyền chấm dứt công việc của tài xế do sự chậm trễ trong công việc, không liên lạc với tổng đài của hãng xe hoặc vi phạm chính sách của hãng xe.

Hiện nay, các hãng xe công nghệ đều đưa ra bộ quy tắc dành cho tài xế với một số điểm chung như: (i) Yêu cầu tài xế phải tuân thủ các bộ quy tắc này, (ii) Triển khai hệ thống đánh giá mức độ hoàn thành nhiệm vụ của tài xế, (iii) Quy định những hành vi của tài xế được xem là vi phạm, và (iv) Quy định về chế tài nếu tài xế thực hiện hành vi vi phạm (thường là không cho đăng nhập vào ứng dụng trong một khoảng thời gian cụ thể hoặc bị cấm đăng nhập vĩnh viễn)³⁶. Tuy nhiên, các hãng xe công

nghệ vẫn đang định danh tài xế là “đối tác” chứ không phải là NLD³⁷. Vì vậy, “phép thử ABC” mang lại nhiều gợi mở bổ ích nhằm chứng minh sự quản lý, điều hành, giám sát lao động của hãng xe công nghệ đối với tài xế, từ đó xác định chính xác bản chất của mối quan hệ pháp lý giữa doanh nghiệp cung cấp nền tảng và người cung cấp dịch vụ trong KTCS.

Kết luận

Trong KTCS, sự quản lý, điều hành, giám sát lao động có nhiều khác biệt so với truyền thống, đòi hỏi pháp luật lao động phải đưa ra giải pháp phù hợp nhằm cân bằng lợi ích của các bên. Trong bài viết này, nhóm tác giả tham khảo kinh nghiệm của Hoa Kỳ trong việc nhận diện QHLD trong KTCS thông qua “phép thử ABC” và một số quy định có liên quan. Từ đó, nhóm tác giả rút ra hai gợi mở quan trọng nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam khi điều chỉnh QHLD trong KTCS. Thứ nhất, người làm việc mặc nhiên được xem là NLD, trừ khi người thuê mướn chứng minh được rằng họ không quản lý, điều hành, giám sát người làm việc. Thứ hai, sự quản lý, điều hành, giám sát lao động của người thuê mướn đối với người làm việc chỉ cần đạt mức tối thiểu là đủ cấu thành QHLD trong KTCS.

Quy tắc Cộng đồng Gojek, <https://www.gojek.com/vn/blog/tieu-chuan-dich-vu-gojek/>, truy cập ngày 09/01/2022.

Quy định & Chế tài về Chất lượng, An toàn & Gian lận, <https://be.com.vn/be-rider-blog/bebike-becar-quy-dinh-che-tai-ve-chat-luong-an-toan-gian-lan/>, truy cập ngày 09/01/2022.

³⁷ C. Trung, *Gợi tài xế công nghệ là đối tác: Cách gọi luôn lách*, <https://tuoitre.vn/goi-tai-xe-cong-nghe-la-doi-tac-cach-goi-luon-lach-20210322222647495.htm>, truy cập ngày 09/01/2022.

³⁶ Bộ Quy tắc ứng xử của Grab, <https://www.grab.com/vn/safety2/codeofconduct/>, truy cập ngày 09/01/2022.