

# 员工试用问题多 六大误区当防备

□本报记者 赵新政

最近,本报连续接受多起关于职工试用期的咨询,其中有询问能不能延长试用期的,有问试用期间患病住院重新上班后能不能继续试用的,还有问过了试用期单位能不能仍以试用不合格解除劳动关系的……对于这一系列问题,接受记者采访的北京弘嘉律师事务所主任律师张立德按六种类型,分别给予了较为详细的解答和法律分析。

## 误区一

### 试用合同与劳动合同是否分开签

【案例】2012年1月,杨某入职某制造公司时,就劳动合同的签订问题,公司人力资源部答复:按公司规定,新入职员工需先签订3个月的试用合同。试用期满员工经考核合格的,方能与公司签订正式的劳动合同。

就这样,杨某与公司签订了3个月的试用合同。可是,到第3个月中旬,公司以其考核不合格为由,认定其不符合录用条件,进而解除了双方的合同。

【分析】按照《劳动合同法》第19条规定,试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限。因此,某制造公司与杨某单独签订的试用期合同即为正式劳动合同,而且杨某的试用期依法并不存在。

在此前提下,某制造公司再对杨某进行所谓的试用期考核,进而按不符合试用期录用条件为由而解除双方的劳动合同,明显系违法解除。

## 误区二

### 企业能否延长或缩短员工试用期

【案例】小刘于2015年6月2日入职某集团公司,双方签订的劳动合同于2018年6月1日终止,并且约定试用期自2015年6月2日起至2015年9月30日止。小刘入职两个月内表现优异,工作成绩显著……经小刘所在部门建议、集团人力资源部决定缩短小刘的试用期并即刻办理转正。但是小刘明确反对,其理由是:集团提前办理转正的行为等于剥夺了他在试用期内提前三日通知单位即可解除劳动合同的辞职权。

与小刘同日入职的小王,与集团公司签订的劳动合同期限及约定的试用期均与小刘相同。2015年9月下旬,集团人力资源部认为小王不完全符合公司的要求,想延长试用期3个月。对此,小王明确表示反对。

【分析】一般来说,企业缩短员工的试用期,从企业角度分析这是给予员工的利益。比如,员工可提前享受转正后的待遇、无需再受试用期录用条件的约束或限制等。但是,这仅仅是企业的一厢情愿的做法!

张律师说,按照《劳动合同法》第37条规定,在试用期内,员工可提前3日书面通知企业即可解除双方劳动合同。但转正后,除非遇有法定情形员工应当提前30日书面通知企业,方可解除劳动合同。因此,企业单方缩

短员工试用期,实质上又剥夺了或限制了员工在试用期内提前3日书面通知即可解除劳动合同的权利。虽然在实践中试用期员工拒绝提前转正的情况很少见,但上述案例也确实存在。因此,试用期作为劳动合同的约定条款,亦需双方协商一致才能变更,用人单位不能单方决定缩短或延长试用期。否则,即属于违法。

可是,如果企业与员工协商一致而延长试用期,且并不违反关于劳动合同期限与试用期比例关系的规定时,这种延长是否违反法律规定呢?这种情况在实践中有两种不同的观点:一种观点认为,只要双方协商一致,延长的试用期期限并未违反法律规定的,即属于合法。而另一种观点认为,即便双方就延长试用期协商一致,且延长后的试用期并未超过法律限制,但这种做法违反《劳动合同法》关于同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期的规定,因此属于违法。在司法实践中,两类不同的裁决或判决均存在。

张律师认为,第二种观点符合立法本意,即企业与员工协商延长试用期的作法属于第二次约定试用期以处理。如法律规定的试用期已经履行的,企业应当按法律规定向员工承担赔偿责任,即:企业以员工试用期满月工资为标准,按已经履行的超过法定试用期的期间向员工支付赔偿金。

## 误区三

### 单位分段执行试用期是否合法

【案例】陈某与某服装公司的劳动合同约定试用期为3个月,但入职一个月后,陈某因手术而请假20余天。公司认为陈某休病假导致公司无法正常对其进行试用期考察。因此,公司与陈某协商,待其病假结束后再执行剩余的两个多月的试用期。

【分析】在试用期内,如果遇到员工休长期病假这种情况,势必会使企业对员工的试用期考核时间在事实上的缩短,企业对员工的试用期考察也会受到影响。因此,能否将员工病休期间先予扣除、待员工痊愈后再执行剩余的试用期,成为一个值得思考的问题。

张律师说,《劳动合同法》对该问题并未作出规定,而各地对此类问题的处理差别较大。如江苏等地规定:劳动者在试用期内患病或者非因工负伤须停工治疗的,在规定的医疗期内,试用期中止。而这些区域之外,企业如分段执行试用期的话,就属于变相延长试用期,企业应承担违法约定试用期的法律后果。

因此,分段执行试用期是否合

法,应视地方规定不同而不同,企业不能想当然的认为分段执行试用期是合适的试用期管理措施。

## 误区四

### 员工是否转正后才能参加社保

【案例】2013年5月,王先生在某公司工作两个月后,发现公司没有为其缴纳社会保险,于是向公司询问。而他得到的答复是:“您还在试用期内,公司无须为员工缴纳社会保险。”因此,王先生向劳动监察部门举报。劳动监察调查核实后,责令公司为本单位所有未缴纳社会保险的试用期员工补缴社会保险。

【分析】张律师说,试用期是企业与员工之间的相互考察期,很多企业认为:在试用期内双方劳动关系的不稳定因素过多,所以待员工转正后再行办理员工的社会保险比较符合实际情况,因此,试用期内办理员工的社会保险即无实际意义也无必要。

不可否认,企业的这种做法是比较有市场的,可惜的是:这种作法不仅不合理,而且违反法律法规的强制性规定:企业必须在双方劳动关系建立之日起30日内为员工办理社会保险登记即参保手续。否则,将会受到劳动监察部门的行政处罚。

同时,企业的上述作法亦会使企业陷入日后可能的法律风险之中。比如,企业未办理试用期员工的社会保险,一旦员工在试用期内发生工伤或者医疗费等情形,企业就无法从社会保险机构获取社会保险待遇,而职工因工伤导致的工伤赔偿或医疗费报销等,完全由企业自行承担。

## 误区五

### 以不胜任工作辞退试用员工怎么不行

【案例】某公司与张某签订了5年期劳动合同,试用期为6个月。但张某入职3个月后,其销售业绩远远未达到要求,因此,公司以张某不符合录用条件为由解除了他的劳动合同。张某不服公司决定,向仲裁机构申请劳动争议仲裁。

庭审中公司主张:张某入职3个月以来,一直没有达到公司要求的销售业绩,经考核确认其不胜任工作。按照公司规定,张某属于不符合试用期录用条件,因此,公司解除双方劳动合同并无不当或违法之处。然而,仲裁裁决公司违法。

【分析】在实践中有不少的企业认为:员工在试用期内不胜任工作,企业就可以按该员工不符合试用期录用条件为由随时通知其解除劳动关系,且无

须支付经济补偿金。而实际情况并非如此。

张律师说,本案中公司之所以败诉,是因为没弄清不胜任工作和不符合录用条件的区别,实质上,这两种情形是《劳动合同法》所明确的两种不同的法律制度,绝不能混同。按《劳动合同法》规定,试用期员工经考核不胜任工作的,企业应当先行调整岗位或者培训,后仍不胜任工作的,方可以提前30日书面通知而解除与试用期员工的劳动合同,并且亦需按规定支付经济补偿金。可是,员工在试用期内如被证明不符合录用条件,则企业可随时以书面通知解除劳动合同,且无需支付经济补偿金。当然,企业此时需事先向员工书面说明理由等。

因此,将“胜任工作与否”作为试用期录用条件的做法不可取。因为,它完全与《劳动合同法》第40条规定相悖,剥夺了员工可享受经济补偿金的法定权利。

## 误区六

### 试用过后能否以试用不合格辞退员工

【案例】王某于2015年12月1日进入某公司,签订了为期三年的劳动合同,并约定试用期至2016年3月1日止。2015年2月25日,鉴于王某的试用期即将届满,经公司考核,王某不符合试用期录用条件。可是,要解除其劳动合同需经公司主管经理批准。

而该经理正好出差,等其再回公司上班即批示同意时,时间上恰好是王某试用期过后的第二天,即2016年3月2日。双方产生争议后,仲裁裁决确认公司系违法解除劳动合同。

【分析】本案中,公司经考核确定王某不符合试用期录用条件,依据《劳动合同法》第39条规定以王某不符合录用条件为由而解除劳动合同,似乎并无违法之处。但是,原劳动部办公厅对《关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示》的复函(劳办发[1995]16号)规定:若超过试用期,则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。

因此,员工在试用期内如不符合录用条件,企业需在试用期届满日前完成法律规定的劳动合同解除程序。否则,因试用期届满,即便企业未办理员工的试用期转正,则事实上员工已属于转正状态,企业不得再以试用期不符合录用条件为由而解除员工的劳动合同,否则即为违法。

张律师说,本案中,公司的做法虽然比较规范,但因在时间上没赶趟儿,使本可依法为之且无法律风险的劳动合同解除问题变成了违法解除。

## 老板借好友之名办厂 员工应向谁索要欠薪

编辑同志:

杨某开办工厂时,基于自己是外地人担心被别人欺负等因素,经好友黄某同意并提供身份证件等,以黄某的名义领取了个体工商户营业执照,并招聘我们为员工,自己则一直以管理人员的身份出现。

近来,由于市场竞争激烈,加之杨某管理不善等原因,工厂经营一直并不景气,甚至已经负债累累。这些债务中,包括欠下我们的5万余元工资。而面对我们的索要,黄某让我们去找实际经营者杨某,杨某则表示无能为力。

请问:我们究竟应该向谁索要欠薪?

读者:李哈琳等11人

李哈琳等读者:

你们可以按营业执照登记的经营黄某一人索要欠薪,也可以要求黄某与实际经营者杨某共同支付。

首先,黄某难辞其咎。

一方面,从代理角度看,黄某当属支付工资的义务主体,必须对杨某的行为担责。鉴于你们被招聘时,杨某只是以管理人员的身份出现,以黄某的名义进行,作为营业执照上登记的业主,黄某明知却没有反对,说明从对外关系上来说,杨某属于履行职务,彼此之间存在代理与被代理的关系。

而《民法通则》第六十三条规定:“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。”

另一方面,从无效劳动合同角度看,黄某同样必须支付劳动报酬。

《劳动合同法》第二十六条第(一)项规定,以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下订立的劳动合同无效。第二十八条也指出:“劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。”即鉴于杨某以黄某的名义招聘你们时,隐瞒了工厂经营的真相,没有告知杨某不过是名义老板,自己才是实际的经营,从而使你们对用工主体产生错误认识,也就是遭遇欺诈。基于你们已经付出相应劳动,黄某自然应当支付工资。

其次,杨某必须担责。

《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第五十九条规定:“在诉讼中,个体工商户以营业执照上登记的经营者为当事人。有字号的,以营业执照上登记的字号为当事人,但应同时注明该字号经营者的基本信息。营业执照上登记的经营与实际经营者不一致的,以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人。”即鉴于杨某是实际经营者,决定了其不得推卸责任,你们有权要求其与黄某共同担责。

(颜东岳)