离职之后违背承诺进入竞争对手公司工作

女高管违反竞业限制协议被追责

□本报记者 赵新政

年轻漂亮加上聪明能干，田雨(化名)入职北京一家大型电商公司一年多就成为物流部主管。在这个高管位置上还没干够一年，另外一家电商企业向她抛来“橄榄枝”。她没有一点儿犹豫，办完离职手续即加盟到该企业。

起初，按照田雨提交的离职资料，电商公司以为她确实在一家化妆品企业从事推销业务，每月都向她发放竞业限制补偿金。后来，公司发觉有问题，一调查，发现她已经在竞争对手那里上班。于是，公司向她索赔100多万元。

面对公司提交的证明其违反竞业限制约定的照片、视频、快递单等证据，田雨一口否认。然而，法院审理后认定田雨构成违约，于9月22日终审判决她向公司退还已发的竞业补偿费用并支付违约金等合计21万余元。

在职期间签订协议 离职之后违背承诺

田雨是在2015年4月20日入职的，当天，公司与她签订了截止期限为2018年6月30日的劳动合同。在职期间，因业绩突出，公司提拔她担任物流部大客户销售部主管。因该岗位属公司高级管理岗，考虑到她已经或将要了解或接触公司的保密信息，公司与她在2016年6月8日签订了保密及竞业禁止协议。

该协议中约定：田雨在劳动关系存续期间及解除或者终止劳动关系后24个月内，不得直接、间接或变相与公司从事竞争业务的企业、组织建立或发生雇佣、劳动等关系，不得以代持或通过其他任何形式规避竞业限制规定的义务。公司在田雨守约的情况下，按月向其支付竞业禁止补偿金。该补偿金支付的前提，是田雨应在每季度首月10日前，向公司提供其社会保险缴纳记录材料、个人所得税完税材料、其他体现田雨工作关系及就业状况信息的材料。

该协议还约定，公司有权缩短或放弃田雨的竞业限制剩余期限。其具体做法是：公司视自身需要，可以书面通知，也可以不再继续支付竞业限制补偿金的形式表示缩短或放弃剩余竞业限制期限，无需另行通知。如果田雨不履行或者未适当履行约定的竞业禁止义务，须立即一次性向公司支付离职前十二个月工资总额两倍的违约金。

2017年5月17日，田雨因个人原因与公司解除劳动合同。同日，她签收了公司送达的要求其履行保密及竞业限制义务的通知。

根据田雨提交的资料，她离职后来到杭州居住，并且入职一家上海的企业，专业从事化妆品、洗护用品的快销顾问咨询工作。2017年6月至2018年12月期间，田雨的工资发放主体和工资薪金个人所得税扣缴义务人均为该企业。

2018年5月31日，公司向田雨支付当月竞业限制补偿金后，发现田雨并未在化妆品企业就职。相反，她从公司一离职就到了竞争对手那里上班。

多份证据证明违约 公司提出百万索赔

为证明田雨违反竞业禁止约定，公司向劳动争议仲裁机构提交了EMS快递单及投递结果查询、竞争企业社招官网网页打印件，以及出自原始载体的照片、视频等证据。

其中，EMS快递单及投递结果查询中显示的收件人为田雨，并写明了收件人的联系电话，收件人地址为竞争企业的地址。该快递于2017年7月2日10时27分由竞争企业收发章签收，竞争企业社招官网网页打印件显示该收件地址有该企业旗下公司办公。

此外，2017年10月11日8时47分、2017年10月19日10时28分、2017年10月31日8时45分的照片中均有一长发女子，且其中一张的背景中有竞争企业的标志，竞争企业的一组集体合影中有一女子与前述照片中长发女子极度相像。

公司提交的视频显示：2017年10月23日9时15分左右、2017年10月25日8时40分左右，一女子刷卡进入有竞争企业标志的大楼，其驾驶的白色奔驰轿车停放于该大楼附近的地面停车场。

田雨表示，对EMS快递单及投递结果查询的真实性无法确认，称快递上的收件人电话是她本人所有，但她不在相应的收件地址工作，她未收到该快递，也未接到过快递员的电话。她也不认可竞争企业社招官网网页打印件的真实性。

田雨认可上述3张照片中的长发女子为其本人。然而，集体合影中的女子只是与她长的很像，并非她本人。田雨也认可白色奔驰轿车是她所有，但视频中的人员看不出是她本人。

面对田雨的否认，公司依然确信自己的证据是正确无误的。因此，向仲裁机构请求裁决田雨向公司支付违约金872760元、所获得收益600000元、返还竞业限制补偿金87276元。

仲裁机构审理后裁决田雨向公司支付违约金872760元、返还竞业限制补偿金87276元，驳回公司其他请求。

索赔数额不尽合理 法院据实予以核减

田雨不同意仲裁裁决结果，向法院提起诉讼。

法院审理查明，虽然田雨不认可其在快递收件地址工作，亦不认可有竞争企业旗下公司在该地办公，事实上该地点确有竞争企业旗下的公司办公。再者，田雨认可其为相关照片中的长发女子，也认可其与集体合影中的有关女子极度相像，经过法院多次慢放上述视频，视频中的女子亦与田雨极度相像。结合视频中有关女子在工作日通过刷卡的方式进入竞争企业大楼的情况，可以认定照片和视频中的女子是田雨本人，亦可认定田雨违反了竞业限制协议的相关约定。

此外，田雨在仲裁及诉讼过程中，均未就其在化妆品企业工作的事实进行举证。因该化妆品公司在杭州无办公地点，田雨仅凭其出具的工资发放单及个人所得税代扣代缴材料作为证据，不足以证明田雨未违反竞业限制约定。对此，田雨应承担举证不能的法律后果。

综上，结合田雨离职后的工资发放和个人所得税的代扣代缴情况所覆盖的时间范围、公司提交的照片和视频中载明的时间信息，法院认定田雨在从公司离职后便直接、连续在竞业限制期内即2017年5月18日至2018年1月31日期间，从事了违反竞业限制的行为。

法院另外查明，2017年5月至2017年12月期间，公司每月月底按照每月7273元的标准，向田雨支付了竞业限制补偿金。2018年4月27日，公司向田雨支付了同年1月至3月的竞业限制补偿金。2018年5月31日，公司支付同年5月1日至17日的竞业限制补偿金。

根据双方签订的协议约定，田雨在每季度首月10日前向公司提交体现其工作关系及就业状况信息有关的材料，是公司支付竞业限制补偿金的前提条件。否则，公司有权暂停支付竞业限制补偿金。而暂停支付该费用，又是公司无需另行通知田雨并放弃剩余的竞业限制期限的一个条件。由此来看，公司于2018年4月27日发放同年1月至3月竞业限制补偿金，可以视为其以不再继续支付竞业限制补偿金的形式通知田雨放弃剩余的竞业限制期限，双方的竞业禁止协议于2018年1月31日解除。由此，应扣减公司主张的违约金数额。

综合以上事实，法院认定田雨在2017年5月18日至2018年1月31日期间存在违反竞业限制义务的行为，应当返还公司已经支付的该期间的经济补偿。同时，田雨在2018年2月1日至2018年5月17日期间不再对公司负有竞业限制义务，公司有权要求返还已支付的该期间的经济补偿。考虑到田雨的实际竞业限制期限、公司支付的实际补偿金的数额及田雨的工资水平，法院认定双方约定的违约金数额明显过高。据此，法院核算后判决田雨需返还公司87276元、支付违约金122913.7元，两项共计210189.7元。

公司及田雨均不服法院判决并提起上诉，二审法院审理后判决：驳回上诉，维持原判。

非全日制用工有试用期吗？

2019年7月，已经取得注册会计师资格证的肖云与某商贸公司签订了为期两年的非全日制用工劳动合同。按照约定，她每天的工作是协助公司的会计做出公司一天的账目明细，公司按照每小时100元的标准向她支付劳动报酬。

双方签订劳动合同时，公司以岗位专业性、技术性较强为由，规定合同签订后前三个月为试用期，工资为每小时80元。肖云认为这家公司实力较强，从长期合作的角度上考虑认为自己不会吃亏，因此，对公司的规定也没提异议。

在接下来的工作中，肖云都按照公司的需求整理账目，其工作成果得到了大家的一致认可。后来，肖云从公司的一名老会计那里得知，像她这样的情况不需要安排试用期。

于是，肖云找到公司，要求按照正常的工资标准补足试用期间的工资差额，并要求公司支付经济补偿金。公司则以双方经协商一致且签订了劳动合同为由，予以拒绝。

法律分析

非全日制劳动关系属于灵活用工形式，劳动关系的不确定性比全日制用工更强，而且非全日制劳动者的收入往往低于全日制劳动者，所以，应严格禁止对非全日制劳动者适用试用期。

《劳动合同法》第七十条规定，非全日制用工当事人不得约定试用期。此条款为法定的禁止性条款，用人单位和劳动者即使在合同中约定，也是无效的。对于用人单位而言，不得约定试用期就不能让劳动者在试用期间被证明不符合录用条件而与劳动者解除合同。

但是，法律也规定，非全日制劳动者在终止用工时，用人单位不向劳动者支付经济补偿。这在一定程度上也平衡了用人单位和劳动者之间的权利和义务。

李茜 律师

公司实行小时工资制 员工没有带薪年休假

编辑同志：

我所在公司除少部分管理人员外，大部分员工，包括我在内都实行小时工资制。公司的具体做法是：按小时计酬，平均每日工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时。

近日，我看到其他员工享有带薪年休假待遇，即使不上班也照样拿工资。而要求公司给予同样待遇时，却被拒绝。公司的理由是我属于非全日制用工，不享有带薪年休假。

请问：公司的理由成立吗？

读者：邱慧珍

邱慧珍读者：

公司的理由是成立的。

一方面，你属于非全日制用工。

《劳动合同法》第六十八条规定：“非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。”本案情形无疑与之吻合。

另一方面，你不享有带薪年休假。

《企业职工带薪年休假实施办法》第四条规定：“年休假天数根据职工累计工作时间确定。职工在同一或者不同用人单位工作期间，以及依照法律、行政法规或者国务院规定视同工作期间，应当计为累计工作时间。”

《人力资源和社会保障部办公厅关于〈企业职工带薪年休假实施办法〉有关问题的复函》进一步明确：“《企业职工带薪年休假实施办法》第四条中的‘累计工作时间’，包括职工在机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位从事全日制工作期间，以及依法服兵役和其他按照国家法律、行政法规和国务院规定可以计算为工龄的期间（视同工作期间）。职工的累计工作时间可以根据档案记载、单位缴纳社保费记录、劳动合同或者其他具有法律效力的证明材料确定。”

在《劳动合同法》已区分全日制用工和非全日制用工，复函中仅列明将劳动者从事全日制工作期间作为“累计工作时间”的情况下，非全日制用工自然不在其列。

此外，《劳动和社会保障部关于非全日制用工若干问题的意见》第三条规定，非全日制劳动合同的内容由双方协商确定，应当包括工作时间和期限、工作内容、劳动报酬、劳动保护和劳动条件五项必备条款。鉴于其并未将休息休假作为必备条款，意味着非全日制职工可不享受年休假。

同时，《劳动合同法》第六十九条、第七十一条分别规定：“全日制用工双方当事人可以订立口头协议。从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同”“非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。”上述规定反映出，非全日制用工形式的突出特点是它的灵活性，这也决定了其不能适用年休假的相关规定。

颜东岳 法官