

单位将员工委派至下属公司当高管

# 员工被违法辞退时工龄如何计算?

□本报记者 赵新政

按照《劳动合同法》第87条规定,用人单位违法解除或终止劳动合同的,应当依照本法第47条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。而经济补偿标准的核算,是按劳动者在本单位工作的年限即工龄进行计算的。

在原单位工作9年后,谢阳(化名)被委派至下属公司担任副总经理职务。刚过两年,公司董事会即决定免除他的高管职务,同时解除其劳动关系。他认为公司构成违法解除劳动合同关系,遂要求支付经济赔偿。他要求的赔偿数额包含其在原单位工作的年限,共计11年。公司认为,其与原单位虽有控股关系但彼此具有独立法人资格,只同意按照2年工龄计算。

法院认为,虽然原单位否认与谢阳之间存在劳动关系,亦未委派他去公司工作,但从劳动关系与民事雇佣中的人格从属性、组织从属性分析,结合谢阳在原单位工作期间休假需要审批、其在原单位与公司之间的工作时间和工资发放无缝衔接等事实,可以认定其非因本人原因被单位安排到公司工作,其不仅与原单位存在劳动关系而且应当连续计算工龄。据此,二审法院于1月18日终审判决公司支付谢阳经济赔偿等42万余元。

## 派到下属公司工作 刚过两年遭遇解聘

2007年3月19日,谢阳入职原单位工作并被任命为投资部部长。2016年3月15日,他进入该单位控股的医疗诊断技术公司工作,担任副总经理职务。2018年8月3日,公司与谢阳解除劳动关系,理由是董事会决议不再聘用他为副总经理。因没有其他合适的工作岗位,决定解除其劳动关系。谢阳认为,公司在通知中未告知解除劳动合同的原因,该行为属违法解除劳动合同。

2019年7月30日,谢阳申请劳动争议仲裁。庭审中,他主张自己与原单位存在劳动关系,并提交了银行流水、个人所得税纳税清单予以证明。同时,他还提

交高管人员任用申请、2016年2月3日他与公司总经理王某的微信聊天记录、2016年7月11日他向原单位法定代表人吴某发送的电子邮件。原单位则主张其与谢阳之间系劳务关系,谢阳系因个人意愿离职,但未办理离职手续。

谢阳说,他每年应享受15天年假,要求公司支付2016年1月1日至2018年8月3日未休年假工资。他提交的证据显示,其年龄29年。公司称谢阳每年5天年假,2016年至2018年春节均安排了5天年假。对此,公司提交了《元旦、年假和春节放假的通知》。

经审理,仲裁机构裁决谢阳与公司在2016年3月15日至2019年8月3日期间存在劳动关系、公司应支付谢阳违法解除劳动合同赔偿金83335元、2017年1月1日至2019年8月3日未休年假工资19923.77元。

## 公司构成违法解聘 被判支付经济赔偿

谢阳不服仲裁裁决,诉至一审法院。

一审法院认为,谢阳与公司均认可自2016年3月15日至2018年8月3日期间存在劳动关系,法院对此不持异议。公司向谢阳说明解除劳动合同的原因,董事会解除职务并不必然导致劳动关系的解除,故公司的行为系违法解除劳动合同。

原单位系公司的股东,谢阳在原单位、公司的工作时间、工资发放均存在连续的情形,原单位主张与谢阳系劳务关系,谢阳基于个人原因离职,但未提交相应证据予以证明,一审法院认为,公司违法解除劳动合同赔偿金的年限应从2007年3月19日开始计算。经核算,赔偿金额数为383341元。

根据谢阳提交的证据,结合公司提交的《元旦、年假和春节放假的通知》,一审法院对公司主张每年春节安排谢阳5天年假予以采信。经核算,公司还应支付谢阳2016年3月15日至2018年8月3日未休年假工资

38314.94元。

据此,一审法院判决谢阳与公司自2016年3月15日至2018年8月3日存在劳动关系、公司应支付谢阳违法解除劳动合同赔偿金383341元、未休年假工资38314.94元,各项合计421655.94元。

## 法院详解用工关系 员工工龄合并计算

公司不服一审法院判决,上诉称将谢阳在原单位的工龄与其在公司的工龄连续计算没有事实依据,属于认定事实错误。事实上,谢阳明知其与原单位之间是劳务雇佣关系,公司录用谢阳是其独立意志且入职手续完备,原审认为谢阳在两公司的工作时间、工资发放存在连续性不符合事实,两公司之间不存在任何人员、财务混同。

二审法院查明,公司在一审庭审中自认其在仲裁阶段未就谢阳的各项请求提出时效抗辩。在一审中,谢阳为证明其与原单位建立的是劳动关系,提交了请假报告、委托书等证据材料,原单位对这些材料的真实性予以认可。

二审法院认为,根据公司的自认及查明的其他事实,可以确认公司于2016年3月15日与谢阳建立劳动关系,故其与谢阳解除劳动合同关系需要符合《劳动合同法》有关解除劳动合同的规定,否则构成违法解除。因公司未阐明其存在符合《劳动合同法》规定的解除理由,故其与谢阳解除劳动合同关系系属违法解除,应依法向谢阳支付赔偿。

关于是否将谢阳在原单位的工作年限合并计算问题,原单位主张其与谢阳未建立劳动关系,谢阳系自主选择与公司建立劳动关系,而非出于原单位的安排,故该段工作年限不应合并计算。

二审法院认为,依据《劳动合同法》第7条规定,建立劳动关系的实质要件是用人单位对劳动者开始“用工”。而劳动关系中的“用工”区别于普通民事雇佣中的用工,区别的关键在于其具有从属性。所谓从属性至少可以从两个层面来理解:

第一个层面,用工的人格从属性。

其侧重点在于,劳动者受用人单位控制程度较高,其从事何种劳动、运用何种手段劳动、工作内容、工作时间和地点等事项,均受到用人单位较高度度的控制,劳动者能自主决定的程度比较低。

第二个层面,用工的组织从属性。

劳动者的劳动被纳入用人单位的生产经营系统,成为其中的一个组成部分,劳动者因此就成为用人单位的劳动组织成员,在劳动中承担作为劳动组织成员所应负的遵守规章制度、保守商业秘密等义务。组织从属性可以弥补人格从属性的不足,将一些工作自主性较高、不宜纳入人格从属性范围的人员吸纳进来。

本案中,谢阳为证明其与原单位建立的是劳动关系,提交了请假报告等证据材料予以佐证。从请假报告等材料来看,谢阳在原单位工作期间,请假需向上级领导申请,并经领导审批。谢阳在原单位持续不间断工作近9年,且担任一定的中层领导职务。显然,谢阳提供的劳动具有人格从属性和组织从属性,符合劳动关系中“用工”的本质特征。另外,原单位并没有证据证明其与谢阳达成的是建立劳务关系而非劳动关系的合意,故可以认定谢阳与原单位之间建立的是劳动关系。

原单位主张谢阳系基于个人原因离职,但作为负有管理责任的用人单位,其应当就谢阳的离职原因承担举证责任,然而其并未提交相应证据予以证明。结合其系公司股东、谢阳在原单位与公司的工作时间和工资发放均连续等事实,二审法院有理由认为谢阳非因本人原因从原单位被安排到公司工作。在原单位未支付经济补偿的情况下,公司作为新用人单位在计算赔偿金的年限时,应将谢阳在原单位的工作年限合并计算为在公司的工作年限。经核算,一审判决认定的赔偿金额无误。

综上所述,公司的上诉请求不能成立,二审法院判决驳回上诉,维持原判。

## 分公司拖欠工资 可要求总公司支付

编辑同志:

我们是某分公司的员工,总公司上海。虽然分公司没有法人资格,但我们的劳动合同却是与分公司签订的。由于受疫情影响,分公司经营发生困难,拖欠了我们好几个月的工资,给我们打了欠条。我们曾向法院起诉讨薪,法院也判决分公司应当清偿所拖欠的工资,但由于分公司无力全部清偿,以致大部分余款至今尚无着落。

请问:我们可以要求总公司向我们支付被分公司所拖欠的工资吗?

读者:陈臣等员工

陈臣等员工:

《公司法》第十四条第一款规定:“公司可以设立分公司。设立分公司,应当向公司登记机关申请登记,领取营业执照。分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担。”

《民法典》第七十四条规定:“法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的,依照其规定。分支机构以自己的名义从事民事活动,产生的民事责任由法人承担;也可以先以该分支机构管理的财产承担,不足以承担的,由法人承担。”

上述规定表明,如果分公司是具有独立民事主体资格的法人组织,则应该独立承担民事责任,用自身的财产清偿债务;如果分公司不具有法人资格,则总公司要对其所从事的民事行为承担民事、经济责任,包括直接责任与补充责任。就劳动关系而言,当分公司的财产不足以支付员工的劳动报酬、经济补偿、社会保险待遇时,应当由总公司负责支付。

本案中,法院已判决分公司履行支付工资的义务,在分公司无力履行全部义务的情况下,该怎么办呢?

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十五条规定:“作为被执行人的法人分支机构,不能清偿生效法律文书确定的债务,申请执行人申请变更、追加该法人为被执行人的,人民法院应予支持。法人直接管理的责任财产仍不能清偿债务的,人民法院可以直接执行该法人其他分支机构的财产。作为被执行人的法人,直接管理的责任财产不能清偿生效法律文书确定债务的,人民法院可以直接执行该法人分支机构的财产。”

据此,你们可以向法院申请追加、变更总公司为被执行人,让其直接向你们清偿分公司所拖欠的工资。 潘家永 律师

# 合同约定实行“996工作制” 职工仍可获加班工资

近日,读者雷丽丽等13名职工向本报咨询说,他们所在公司实行“996工作制”,每天早上9点上班、晚上9点下班,中午和傍晚休息1小时,一周工作6天。他们曾要求公司支付超过法定工作时间之外部分的加班工资,但被拒绝。公司的理由是为他们发放的工资已高于同行业,且其规章制度及劳动合同均有“996工作制”的规定,双方均应按劳动合同约定执行。

他们想知道:公司的理由成立吗?

## 法律分析

公司的理由不能成立,雷丽丽等职工有权获取加班费。

首先,本案所涉“996工作制”违法。

《劳动法》第三十六条规

定“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。”本案中实行的“996工作制”无疑与之相违。

其次,本案所涉“996工作制”的规定或约定无效。

《劳动合同法》第二十六条第一款规定:“下列劳动合同无效或者部分无效:(一)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;(二)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权

利的;(三)违反法律、行政法规强制性规定的。”

正因为“996工作制”违反了法律的强制性规定,严重侵害了劳动者的合法权益,所以,虽然相关约定写入劳动合同,但该约定自始便对雷丽丽等职工没有法律约束力。当然,公司制定的相应的规章制度也因此无效。

再次,雷丽丽等职工可以获得法律救济。

一方面,《劳动法》第八十九条规定:“用人单位制定的劳动规章制度违反法律、法

规规定的,由劳动行政部门给予警告,责令改正;对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。”《劳动合同法》第三十八条第(五)项规定“用人单位的规章制度违反法律、法规的规定,损害劳动者权益的”,劳动者可以解除劳动合同,即你们有权请劳动行政部门干预或选择离职。

另一方面,由于实行“996工作制”客观上超出了法定工作时间,超出部分无疑属于法律意义上的“加班”,公司自然应当发放加班费。 廖春梅 法官