

# 公司可以直接开除周末在外兼职的员工吗?

以案说法

## ★案情简介

刘某于2013年10月入职上海某商贸公司担任技术顾问,工作内容为推广、销售公司主营的美容美发产品,工作时间为做五休二,每天八小时工作制。

公司《员工手册》中规定:员工受聘期间,未经公司事先书面同意,不得为其他任何公司、机构或者个人提供服务,但情节轻微且依常理不会影响员工在公司正常工作的除外。否则,一经发现,情节严重者(工作日提供劳务两小时以上、休息日节假日提供劳务六小时以上),公司有权立即开除且不支付经济补偿。

2016年10月,刘某为补贴家用,双休日通过大众点评,以“某工坊”的名义在自己租赁的地下室替人理发。该“工坊”为刘某杜撰,无营业招牌,无经营资质,“员工”也只有刘某一人。

2019年1月,刘某在外理发的事被公司发现了,公司认为刘某属于违法兼职,严重违反公司制度,立即对其作出开除处分,并送达了解除通知书。

刘某本就经济困难,这下被公司开除了,更是雪上加霜。2019年2月,刘某向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。



## ★争议焦点

本案的焦点为:公司是否构成违法解除劳动合同?

公司方认为:刘某通过大众点评为他人理发,谋求自己的利益,显然属于兼职行为,而《员工手册》规定了公司禁止员工在外兼职的制度,所以公司依据《劳动合同法》第三十九条和其内部规章制度开除刘某合法合理。

刘某认为:他在自己租赁的地下室为他人理发,未占用工作时间,也

未侵犯公司利益,公司以此解除劳动合同实在没有道理。

## ★裁判结果

法院经审理后认为,刘某的工作内容系推广销售公司主营的美容美发产品,与为少量客户理发分属于不同的业务范畴,两者并不冲突。且刘某是利用双休日业余时间从事理发活动,未占用工作时间,对完成本职工作也未造成影响,公司也未能提供证据证明公司利益因此受到负面影响。

即便从《员工手册》中不得兼职的规定内容看,只有当员工存在为其他公司、机构或个人提供服务且情节严重者,公司才可以立即开除刘某,故依法判决公司承担违法解除劳动合同法律责任。

## ★唐毅律师点评

本案是一起公司开除在外“兼职”的员工引起的纠纷。

随着新型互联网服务平台的出现,许多劳动者会在业余时间通过平台做兼职补贴家用,如开网约车、送外卖等。

根据《劳动合同法》第三十九条第四款规定,用人单位可以以兼职为由解除劳动合同的情形仅限于:劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的。可见劳动合同法所禁止的兼职指劳动者与其他单位建立劳动关系

## ★乔法官说法

# 不服从调岗安排,可以直接解除劳动合同吗?

乔法官:

我是公司销售部经理,最近部门业绩下滑,老总几次点名批评。为了提高业绩,我想了不少办法,无奈部门里有人消极对抗,老李就是其中之一。老李签了无固定期限劳动合同,每次业绩考评都落在后面,对布置下去的工作消极应付。因为是老员工,我对他比较包容,但今年经济形势不好,必须大家努力。

年初,我找老李谈话,他总是强调客观原因,但大多数销售员还是完成了保底指标,但他仍未完成,继续垫底。我觉得老李并不胜任现在的岗位,任其这样下去不仅拖累大家,也不利于管理。所以我就决定将其调到新成立的电话销售岗。和外勤销售岗相比,电话销售岗对业绩没严格要求,但对上下班时间、每天完成的线上工作量等有一定要求,且与外勤相比,提成、补贴等相对减少了。老李认为待遇降低了,坚决不同意去。他自恃是老员工,认为公司不能把他怎样,已三天没来上班。有人提出直接以旷工为由与李解除劳动关系;但有人说如果解雇被认定违法,公司要赔不少钱。请问,这种情况下,我们该怎么办呢? 读者 张经理

张经理:

工作调动,通常是指用人单位基于人力资源配置的需要,长期变更劳动者工作岗位、工作内容和工作地点的行为。而岗位的变动往往会带来薪酬的变动。有时不同岗位的工作模式或工作地点的变动还会给劳动者的生活带来影响。有的劳动者甚至认为调动是对其社会评价的降低,损害了其人格的尊严,因而予以拒绝,不按要求上岗。有些用人单位就直接以旷工为由解除劳动合同,由此引发诉讼。此类争议在目前的司法实务中不是个别现象。那么碰到此类情况,该怎么办呢。

让我们先了解一下相关法律规定。岗位变动实际是劳动合同内容的变更,合同变更按劳动法规定应协商一致。但劳动合同法第40条也规定了,劳动者不能胜任工作,经培训及调整岗位仍不能胜任的,用人单位可以提前三十天通知其解除合同。这条规

的行为,而非如本案中刘某这样的个人帮工。

那么用人单位是否可以依《员工手册》的规定,以严重违纪为由开除刘某呢?

该公司的《员工手册》中规定,情节严重是指工作日提供劳务两小时以上、休息日节假日提供劳务六小时以上情形,而刘某并不符合该情形,因此公司的开除行为缺乏依据。

但应当注意的是,若是该公司在其内部规章制度或劳动合同中规定,禁止员工向第三方提供有偿劳动或劳务,一经发现,立即开除,那么用人单位开除刘某的行为就很可能被判定为合法有效。文 唐律 摄 贡俊祺



## ★给你提个醒

# 符合电子签名法的电子劳动合同为有效书面合同

2019年3月,小庄与上海BM服装贸易有限公司通过某网上平台签署了《电子劳动合同》。同年5月,小庄因违反公司规章制度并与公司发生了劳动纠纷。于是,小庄以该公司在其任职期间未签订书面劳动合同为由申请劳动仲裁。小庄认为,根据《劳动合同法》第十条规定:“建立劳动关系,应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。”但双方仅仅是通过在线平台签订的电子劳动合同,不属于《劳动合同法》规定的书面劳动合同,故小庄要求公司按照法律规定向其支付未签订合同期间的两倍工资。对此,公司并不认可。在仲裁时,公司提交了带有小庄本人电子签名的电子劳动合同及相关的书面证明文件。随着线上办公在日常生活中的不断应用,签署在线电子合同对于广大民众而言不再是一件陌生的事情。但是,对于人力资源管理领域中,签署“电子劳动合同”是否有效?在签署这类合同时,劳动者和用人单位分别应该注意一些什么事项?笔者借本文来为广大读者朋友们做一个简单的介绍。

一、符合电子签名法的电子劳动合同有效。

2020年3月,国家人力资源社会保障部办公厅印发了《人力资源社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函》(人社厅函[2020]33号),其中明确:“用人单位与劳动者协商一致,可以采用电子形式订立书面劳动合同。采用电子形式订立劳动合同,应当使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的可靠数据电文和可靠的电子签名。用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子

签名法等法律法规规定的要求,确保其完整、准确、不被篡改。符合劳动合同法规定和上述要求的电子劳动合同一经订立即具有法律效力,用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定,全面履行各自的义务。”

同时,我们还可以从几个方面的法律规定来了解这个问题。一是《中华人民共和国电子签名法》第十四条规定:“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力”;二是《中华人民共和国合同法》第十一条规定:“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式”;三是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百二十六条规定:“电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。”这些规定都表明了,电子合同是有效的合同形式,电子数据是有效的法定证据。电子劳动合同作为电子合同的一种,其法律效力是受到认可的。

而对于电子合同是否符合《劳动合同法》中“书面”形式的问题,本次人社部更是做了比较明确的界定,即符合电子签名法的电子劳动合同是“书面”劳动合同的一种形式。

二、签订电子劳动合同的注意事项。

对于签署电子劳动合同时,劳动者和用人单位分别应该注意一些什么事项,笔者认为可以从两方面进行了解:

1、《劳动合同法》的实体要求。《劳动合同法》第十七条规定了劳动合同应当具备的条款,因此,电

子劳动合同的内容也至少应当包含这些必备条款。在司法实践中,有些用人单位把“网上招工登记”认为属于电子劳动合同,是不被法院认可的,主要系网上招工登记不具备劳动合同在内容上的齐备特征。

2、《电子签名法》的程序和形式要求。

《中华人民共和国电子签名法》对此有一些明确的规定:一是符合法定要求的“原件形式”要求:(一)能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用;(二)能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。但是,在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性;二是满足法定的文件“保存”要求:(一)能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用;(二)数据电文的格式与其生成、发送或者接收时的格式相同,或者格式不相同但是能够准确表现原来生成、发送或者接收的内容;(三)能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间。同时,根据相关规定审查电子劳动合同作为证据的真实性,应当考虑以下因素:(一)生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性;(二)保持内容完整性方法的可靠性;(三)用以鉴别发件人方法的可靠性;(四)其他相关因素。

因此,用人单位在使用电子劳动合同与劳动者签约时,应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求,确保其完整、准确、不被篡改。在本文前述案例中,用人单位提供的电子劳动合同经仲裁委员会审查符合这些法定条件,故最终认可了电子劳动合同的效力,驳回了小庄的申请请求。文 张信

定实际是用人单位在劳动者工作能力不足的情况下可行使调岗权的法律基础。可见,因劳动者不胜任工作而调整其工作岗位是用人单位的自主权。

为避免用人单位滥用该权利损害劳动者合法权益,在处理类似争议时,我们通常会对人单位调岗行为的合理性进行审查,审查内容包括是否存在劳动者不胜任工作的事实、调整的岗位是否恰当、调整的工作是否在其能力范围内、薪酬变动是否合理等。

有的劳动者认为,岗位调动可以,但薪酬不能变,否则就不合理。这种观点是站不住脚的。劳动法明确规定,用人单位根据本单位生产经营特点和经济效益,可以依法自主确定工资分配方式和工资水平,同时还规定工资分配应当遵循按劳分配原则,实行同工同酬。因此,薪随岗变并不违法。对于老李不服从调动的事,首先要看你们调岗是否合理。对销售人员进行业绩考核是正常的管理行为。老李在业绩考核中长期垫底,在大多数人能达标的情况下,仍无法完成指标,其确实不符合该岗位的要求。你们将其调整至考核要求较低的电话销售岗,与其原从事的业务相关,并无不可。而岗位变动后,考核要求低了,按新岗位要求确定的薪酬相对降低也是合理的。“薪酬降低了”或“没有面子”都不是拒绝调动的合理理由。

但如果你们要以旷工为由解除劳动合同,我觉得还是要慎重一点。我国对用人单位单方行使合同解除权要求较为严格,解雇不当是要承担赔偿责任的。旷工是指劳动者无正当理由不履行劳动义务。而不服调岗的争议往往原因复杂,调动是否合理有时还存在争议。此时,对员工未正常出勤,应充分了解是否存在合理理由,并就调岗的合理性及相应法律后果等与员工进行充分的协商、沟通。如在此情况下,其还拒绝服从调动,则可依法解除劳动合同。老李是老员工,希望你们与其讲清道理,充分沟通,相信其最终能正视现实,做出正确决定。

(乔蓓华,上海市第二中级人民法院民二庭副庭长,2017年获评全国优秀法官)