

Tư vấn kỹ thuật về định nghĩa quan hệ việc làm

Đề dẫn

Thông tin bối cảnh

1. Bộ Lao động-Thương binh và Xã hội của nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam (sau đây được gọi tắt là “Chính phủ”) đang chủ trì việc sửa đổi Bộ luật Lao động 2012. Tổ chức Lao động Quốc tế ILO hỗ trợ quá trình này, bao gồm việc Văn phòng ILO (gọi tắt là “Văn phòng”) cung cấp tư vấn kỹ thuật đối với những sửa đổi trong Bộ luật Lao động thông qua văn phòng tổ chức tại Hà Nội và Dự án Khung khổ Quan hệ Lao động Mới (cấu phần Bộ lao động Hoa Kỳ).
2. Trong bối cảnh đó, cần cung cấp cho Chính phủ và đối tác xã hội các thông tin và hướng dẫn kỹ thuật về một số vấn đề hiện đang được xem xét trong quá trình sửa đổi pháp luật. Cụ thể, Chính phủ và đối tác xã hội mong muốn hưởng lợi từ hướng dẫn hiện hành để đảm bảo phù hợp với các Công ước của ILO cũng như tìm hiểu cách thức mà các quốc gia tương đồng với điều kiện của Việt Nam đã thực hiện để đảm bảo sự phù hợp đó.
3. Văn bản này trình bày về một trong những vấn đề đang được xem xét trong việc cải cách pháp luật này: đó là định nghĩa về quan hệ việc làm.

Chuẩn bị tư vấn kỹ thuật của ILO

4. Văn phòng tại Geneva đã xem xét các vấn đề được nêu và trả lời các câu hỏi dựa trên các tiêu chuẩn lao động quốc tế cũng như so sánh pháp luật và thực tiễn về lao động của các quốc gia khác.
5. Văn phòng mong muốn làm rõ rằng những bình luận này không làm ảnh hưởng tới những bình luận do cơ quan có trách nhiệm của ILO có thể đưa ra để giám sát tuân thủ với các tiêu chuẩn lao động quốc tế.

Các vấn đề cụ thể

Hướng dẫn về cách thức định nghĩa quan hệ việc làm trong pháp luật lao động

6. Các tiêu chuẩn lao động quốc tế về định nghĩa quan hệ việc làm được đưa ra trong Khuyến nghị của ILO về Quan hệ Việc làm, 2006 (Số 198).
7. Đoạn 4, điểm a của Khuyến nghị số 198 kêu gọi các chính phủ, cùng với các đối tác xã hội, xây dựng chính sách quốc gia cung cấp hướng dẫn để thiết lập hiệu quả quan hệ việc làm và phân biệt giữa người lao động được thuê và người lao động tự doanh. Nhiều hệ thống pháp luật lao động giải quyết vấn đề này bằng cách chia các đối tượng này vào hai hạng mục khác nhau là *người lao động làm thuê phụ thuộc (dependent employees)* và *người lao động tự doanh tự chủ (autonomous self-employed)*. Một số nước khác đưa ra những ý niệm về quan hệ việc làm mang tính đa tầng và phức hợp hơn. Trong đó, các hạng mục người lao động trung gian (intermediate status) được hưởng một số quyền quy định cho người lao động làm thuê phụ thuộc.¹
8. Khuyến nghị số 198, đoạn 9, có nêu rằng việc quyết định quan hệ việc làm có tồn tại hay không có thể *chủ yếu* dựa trên *các yếu tố thực tế (facts)* liên quan tới việc thực hiện một công việc và việc trả thù lao cho người lao động, bất kể mối quan hệ đó được quy định dưới hình thức nào, có hợp đồng hay cách thức khác, mà hai bên đã thoả thuận (nhấn mạnh thêm).
9. Phản ánh Khuyến nghị số 198, trong đa số các hệ thống pháp luật, nguyên tắc “thực tế ưu việt” (the primacy of facts) vượt lên trên hình thức hợp đồng.² Ví dụ như Brazil, Nhật Bản và Hàn Quốc.
10. Ở **Brazil**, toà án nhìn chung áp dụng nguyên tắc này, không quan trọng tên gọi quan hệ giữa họ là gì, ví dụ ‘tự doanh’, ‘thực tập’, ‘công việc tự nguyện’, ‘hỗ trợ’, ‘công việc ngẫu nhiên’. Điều quan trọng là công việc đó đã diễn ra và chịu quản lý trên thực tế.³

¹ Countouris. N. 2011. “The Employment Relationship: A Comparative Analysis of National Judicial Approaches” in Casale, G. (ed.) *The Employment Relationship: A Comparative Overview* (Geneva, International Labour Office), trang 36-37.

Countouris chỉ ra rằng “pháp danh (*nomen iuris*) của mỗi dạng quan hệ lao động có ít hoặc không có giá trị nếu được đặt ngoài bối cảnh lý luận pháp lý và áp dụng thực tế của nó”.

² ILO: *The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198*, (Geneva, 2007), trang 32. Có trên website: http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_172417/lang-en/index.htm [22 tháng 3 năm 2007].

³ Xét xử của Toà án Vùng, Vùng 4 (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre), RTOOrd 0021587-30.2014.5.04.0009, 2017. Có trên website: <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-9a-vara-trabalho-porto-alegre.pdf> [22 tháng 3 năm 2007].

11. Ở **Nhật Bản**, toà án đã phân xử rằng một quan hệ việc làm tồn tại khi tình huống việc làm thực tế gắn liền với một mối quan hệ việc làm, bất kể các điều khoản trong hợp đồng quy định như thế nào. Điều này nói lên rằng, khi có yếu tố quản lý đối với một công việc và có trả lương, toà án quyết định có sự tồn tại của quan hệ việc làm.⁴
12. Ở **Hàn Quốc**, cụm từ ‘hợp đồng làm việc’ (employment contract) được hiểu là một hợp đồng được người lao động và người sử dụng lao động ký kết. Người lao động cung cấp sức lao động, trong khi người sử dụng lao động sẽ trả tiền cho sức lao động đó.⁵ Tuy nhiên, khi xác định sự tồn tại của quan hệ việc làm, toà án đã yêu cầu xem xét sự tồn tại của “mối quan hệ lệ thuộc-người sử dụng” (user-subordinate relation). Mối quan hệ đó được quyết định bằng việc xem xét bản chất và nội dung mối quan hệ giữa người sử dụng lao động và người cung cấp sức lao động, bất kể hình thức hợp đồng.⁶
13. Một ví dụ khác có thể tìm thấy trong tài liệu *Quan hệ Việc làm: Hướng dẫn của ILO về Khuyến nghị số 198*⁷ và tài liệu *Quy định về Quan hệ Việc làm ở Châu Âu: Hướng dẫn về Khuyến nghị Số 198*.⁸
14. Ngoài ra, Khuyến nghị số 198 đưa ra hướng dẫn cho các Quốc gia thành viên về cách thức xây dựng pháp luật và chính sách để đảm bảo rằng người lao động trong thực tiễn được hưởng lợi từ sự bảo vệ quan hệ việc làm. Cụ thể, Khuyến nghị nêu rằng các Quốc gia thành viên có thể xem xét khả năng định nghĩa trong pháp luật và quy định của mình, hoặc bằng các hình thức khác, các chỉ số/chỉ báo cụ thể về sự tồn tại của quan hệ việc làm. Các chỉ số/chỉ báo đó có thể bao gồm:
 - (a) thực tế rằng công việc đó được tiến hành với sự hướng dẫn và kiểm soát của một bên khác; có sự gắn kết của người lao động trong tổ chức của doanh nghiệp; được thực hiện thuần túy hoặc chủ yếu vì lợi ích của người khác; do người lao động thực hiện; được thực hiện trong thời gian lao động hoặc nơi làm việc cụ thể được bên giao việc yêu cầu hoặc thống nhất; công việc diễn ra trong khoảng thời gian cụ thể và có sự liên tục nhất định; yêu cầu người lao động phải sẵn sàng làm việc; hoặc bên giao việc cung cấp công cụ, vật tư và máy móc; và
 - (b) trả thù lao định kỳ cho người lao động; thực tế rằng việc trả thù lao đó là nguồn thu nhập chính hoặc duy nhất của người lao động; trả thù lao bằng hiện vật, như đồ ăn, nhà ở hoặc đi lại; công nhận các lợi ích như nghỉ hàng tuần và nghỉ hàng năm; thù lao động được bên giao việc chi trả cho người lao động để thực hiện công việc; hoặc người lao động không phải chịu rủi ro về tài chính.⁹

⁴ Chương trình TV: Xét xử của Toà án Fukuoka, 7 tháng 07 năm 1983, Hanrei Jiho No. 1084, trang 126; SEN-EI Case: Xét xử tại Toà án quận Saga chi nhánh Takeo, 28 tháng 03 năm 1997, Rodo Hanrei No. 719, trang 38.

⁵ Đạo luật Tiêu chuẩn Lao động Số 5309, 13 tháng 03 năm 1997, Điều 2, khoản 1, phần 4,

⁶ Xét xử của Toà án Tối cao, 9 tháng 12 năm 1994, 94-da-22859.

⁷ ILO: *The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198*. (Geneva, 2007). Có trên website: http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_172417/lang-en/index.htm [22 tháng 3 năm 2007].

⁸ ILO: *Regulating the Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198*. (Geneva, 2013). A Có trên website: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@dialogue/documents/publication/wcms_209280.pdf [22 tháng 3 năm 2007].

⁹ Khuyến nghị Quan hệ Việc làm, 2006 (Số 198), đoạn 13.

15. Các quốc gia áp dụng các tiêu chí khác nhau để công nhận sự tồn tại của quan hệ việc làm. Xem xét thực tiễn quốc gia, có thể nói rằng một số thuật ngữ thường thấy nhất để định nghĩa quan hệ việc làm là “điều khiển”, “phụ thuộc”, “chỉ đạo/định hướng”, “lệ thuộc” hoặc “giám sát”.¹⁰ Nội dung tiếp theo sẽ cung cấp ví dụ của một số quốc gia trong việc định nghĩa các thuật ngữ này.
16. Theo truyền thống, kiểm soát (trong hệ thống luật dân sự thường gọi là “lệ thuộc”) được sử dụng như một chỉ báo chính xem xét sự tồn tại của quan hệ việc làm.¹¹ Sự kiểm soát được hiểu là quyền lực định hướng/chỉ đạo người lao động phù hợp với nhu cầu thay đổi của quá trình lao động, và có thể bao gồm cả quá trình thực hiện công việc, và/hoặc kết quả của công việc, cũng như địa điểm, thời gian và cách thức bán sản phẩm.¹²
17. Ba ví dụ về các quốc gia Châu Á được đưa ra: Nhật Bản, Hàn Quốc và Malaysia.
- a. Ở **Nhật Bản**, ban đầu quan hệ việc làm được quyết định dựa trên 2 yếu tố: tồn tại sự kiểm soát đối với người liên quan, và thù lao trả cho công việc đã thực hiện. Trong trường hợp khó xác định được có sự kiểm soát hay không, một cách tiếp cận tổng thể được áp dụng ở toà án bằng cách xem xét các tiêu chí khác, như mức độ tự doanh hoặc mức độ chủ động. Ví dụ, khi người lao động dùng dụng cụ và thiết bị của mình sẽ làm suy yếu vị thế của người lao động với tư cách là người lao động làm thuê (employee). Điều này sẽ được quy là có bản chất tự doanh, trong đó công việc được một người thực hiện trên sự tính toán của người đó và có rủi ro thì người đó chịu.¹³
 - b. Ở **Hàn Quốc**, tiêu chí ‘quan hệ lệ thuộc người sử dụng’ được ưa dùng, để quyết định sự tồn tại của quan hệ việc làm, toà án xem xét các chỉ số/chỉ báo sau:
 - a) Người sử dụng lao động quyết định công việc sẽ được thực hiện.
 - b) Người lao động làm thuê phải tuân theo nội quy lao động của công ty.
 - c) Người sử dụng lao động thực hiện việc giám sát đối với hiệu quả công việc.
 - d) Người sử dụng lao động ấn định thời gian và địa điểm thực hiện công việc.
 - e) Sở hữu đồ đạc, nguyên liệu và công cụ lao động.
 - f) Người lao động có thể thuê một bên thứ ba để thay thế dịch vụ của họ.
 - g) Bản thân người lao động tự hưởng, tự chịu rủi ro khi tạo ra lợi nhuận và gây ra thất thoát, thua lỗ.

¹⁰ Casale, G. 2011. “The Employment Relationship: A General Introduction” in Casale, G. (ed.) *The Employment Relationship: A Comparative Overview*. (Geneva, International Labour Office), trang 26.

¹¹ Davidov, G. 2002. “The three axes of the employment relationship: A Characterization of Workers in Need of Protection”, in *Tạp chí nghiên cứu luật, Trường đại học Toronto*, Vol. 52, No. 4 (mùa thu, 2002), trang 366-368.

¹² ILO: *The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198*, (Geneva, 2007), trang 35. Có trên website: http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_172417/lang-en/index.htm [22 tháng 3 năm 2007].

¹³ ILO: *The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198*. (Geneva, 2007), trang 42. Có trên website: http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_172417/lang-en/index.htm [22 tháng 3 năm 2007].

- h) Bản chất tiền lương như là giá trả cho lao động, sự tồn tại tiền lương cơ bản hoặc lương cố định, hoặc thu thuế thu nhập lao động thông qua khấu trừ thu nhập.
- i) Người lao động cung cấp sức lao động liên tục và chỉ làm việc cho người sử dụng lao động.
- j) Sự công nhận tư cách người lao động làm thuê theo các luật khác, bao gồm luật bảo hiểm xã hội.

Chỉ số/chỉ báo a) – d), theo truyền thống, được toà án sử dụng để xác định sự tồn tại của “phụ thuộc cá nhân”.¹⁴ Chỉ số/chỉ báo e) và f) được toà án sử dụng để quyết định liệu người lao động có tự kinh doanh độc lập hay không.¹⁵ Đối với chỉ số/chỉ báo h), toà án đã xem xét rằng người lao động làm thuê có mất tư cách người lao động của mình hay không vì lý do không được trả lương cơ bản hay xem họ như những người lao động tự doanh theo pháp luật về thuế và bảo hiểm xã hội.¹⁶

- c. Theo xu hướng tiến tới cách hiểu rộng hơn về kiểm soát/lệ thuộc,¹⁷ ở **Malaysia**, toà án áp dụng cách thức kiểm tra đa yếu tố tập trung hơn vào khía cạnh người lao động có liên quan tới hoạt động kinh doanh và kinh tế trên thực tế. Kiểm tra đa yếu tố được áp dụng trong các trường hợp cách kiểm tra truyền thống dẫn tới kết quả trái ngược.¹⁸

18. Cùng một hướng tiếp cận, xem xét các dạng thức tổ chức công việc mới ngày càng ít đi sự kiểm soát trực tiếp đối với công việc được thực hiện, một số quốc gia đang xem yếu tố về sự tham gia của người lao động trong doanh nghiệp là một chỉ số/chỉ báo giá trị để xác định quan hệ việc làm. Ở **Bồ Đào Nha**, Mục 12 Bộ luật Lao động thiết lập giả định về quan hệ việc làm với nhiều chỉ số, bao gồm khi “(a) người lao động là một phần thuộc cơ cấu tổ chức trong hoạt động của người thụ hưởng, và thực hiện dịch vụ dưới sự hướng dẫn của người thụ hưởng”.¹⁹

19. Có thể tìm thấy nhiều chỉ số/chỉ báo và ví dụ quốc gia trong tài liệu *Quan hệ Việc làm: Hướng dẫn của ILO về Khuyến nghị số 198*.²⁰

¹⁴ Xét xử của Toà án Tối cao, 9 tháng 12 năm 1994, 94-da-22859.

¹⁵ Xét xử của Toà án Tối cao, 7 tháng 12 năm 2006, 2004-da-29736.

¹⁶ Xét xử của Toà án Tối cao, 7 tháng 12 năm 2006, 2004-da-29736.

¹⁷ Davidov, G. 2002. “The three axes of the employment relationship: A Characterization of Workers in Need of Protection”, trong *Tạp chí nghiên cứu luật, Trường đại học Toronto*, Vol. 52, No. 4 (mùa thu, 2002), trang 366-367.

¹⁸ *Ekajaya (M) Sdn Bhd v Ahmad Mahad & Ors* Toà tối cao xét xử Lee Swee Seng JC, 3 ILR 457, (2014).

¹⁹ ILO: *The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198* (Geneva, 2007), trang 37, Có trên trang web: http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_172417/lang-en/index.htm [22 tháng 3 năm 2007].

²⁰ ILO: *The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198* (Geneva, 2007). Có trên trang web: http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_172417/lang-en/index.htm [22 tháng 3 năm 2007].

Hướng dẫn về việc sử dụng dấu hiệu văn bản hợp đồng lao động là yếu tố quyết định sự tồn tại của quan hệ việc làm

20. Câu hỏi về “một người có phải là người lao động làm thuê hay không” khác với câu hỏi “liệu tất cả người lao động làm thuê đều có hợp đồng lao động bằng văn bản hay không”.
21. Như đã giải thích trong phần trước, Khuyến nghị số 198 đưa ra hướng dẫn cho các Quốc gia thành viên về cách thức xây dựng pháp luật và chính sách đảm bảo cho người lao động, thực hiện công việc trong bối cảnh có quan hệ việc làm, được hưởng lợi từ sự bảo vệ quan hệ việc làm trong thực tiễn. Điều này cũng hàm chứa nguyên tắc về thực tế ưu việt (the primacy of facts). Nguyên tắc này có ý nghĩa rằng, nếu một số chỉ số/chỉ báo cụ thể về quan hệ việc làm được thoả mãn, thì quan hệ việc làm tồn tại và cần được ghi nhận. Dù có hay không hợp đồng lao động bằng văn bản, thì đó chỉ là một yếu tố để xem xét, trừ khi được pháp luật quy định rõ, như trong ví dụ của Trung Quốc. Vì thế, pháp luật mà trong đó coi sự tồn tại của hợp đồng lao động dạng văn bản là yếu tố xác định quan hệ việc làm sẽ không phù hợp với Khuyến nghị số 198: hợp đồng không được xem là yếu tố quyết định người lao động có phải là người lao động làm thuê hay không. Người lao động làm thuê cần được hưởng sự bảo vệ kể cả khi họ không có hợp đồng bằng văn bản, nếu chứng minh được tồn tại quan hệ việc làm.
22. Để bảo vệ người lao động làm thuê một cách hiệu quả, cả người lao động làm thuê và người sử dụng lao động cần hiểu và có khả năng thực thi quyền và nghĩa vụ của mình. Theo nghĩa đó, hợp đồng lao động bằng văn bản có thể là một công cụ quan trọng và phổ biến để quy định những ràng buộc pháp lý. Một hợp đồng lao động toàn diện sẽ cho phép người sử dụng lao động quy định cụ thể nhiệm vụ và trách nhiệm của người lao động làm thuê, và cho phép người lao động làm thuê biết chính xác họ được kỳ vọng gì. Hợp đồng dạng văn bản là một công cụ mà trong đó các điều khoản và điều kiện việc làm được thể hiện rõ ràng, vì mục đích hỗ trợ các bên.
23. Theo đó, việc quy định trong luật pháp nghĩa vụ của người sử dụng lao động cung cấp hợp đồng cho người lao động được khuyến nghị. Hợp đồng cần đưa ra các điều khoản và điều kiện làm việc. Cụ thể, hợp đồng cần quy định chỉ số/chỉ báo rõ ràng về thời hạn hợp đồng, thù lao, thời gian làm việc, thời giờ nghỉ ngơi theo tuần và có thể cả các dạng nghỉ phép, cũng như quy trình khiếu nại và kỷ luật.
24. Trong trường hợp các điều khoản của hợp đồng giống như của những người lao động làm thuê khác, nghĩa vụ có thể được thực hiện bằng đăng thông báo về nội dung thông tin đó tại nơi làm việc.
25. Trong bất cứ trường hợp nào, điều quan trọng là đảm bảo rằng hợp đồng lao động, hay thông báo văn bản công bố tại nơi làm việc, được soạn thảo bằng ngôn ngữ mà người lao động có thể hiểu được. Từ góc độ so sánh, Hướng dẫn Thực tiễn Lao động Tốt của ILO đối

với một số ngành cụ thể ở Thái Lan²¹ nêu rằng hợp đồng lao động cần được viết bằng ngôn ngữ của người lao động bản địa; người lao động cần được thông tin về tiền lương bằng ngôn ngữ mà họ có thể hiểu và giải thích cách thức tính tiền lương; và trong trường hợp người lao động có hiểu biết giới hạn, hợp đồng được giải thích miệng bằng ngôn ngữ bản địa của người lao động.

26. Đối với thực tiễn quốc gia ở **Malaysia**, người sử dụng lao động không bắt buộc phải ký hợp đồng bằng văn bản với người lao động. Mục 10, Đạo luật Việc làm 1955 chỉ yêu cầu hợp đồng lao động có thời hạn phải viết các điều khoản. Hơn nữa, việc không có hợp đồng bằng văn bản không phải là một rào cản đối với việc toà án công nhận quan hệ việc làm.²² Đây cũng là trường hợp của Australia và New Zealand.
27. Ở **Trung Quốc**, quan hệ lao động (trừ quan hệ lao động “tạm thời”, không thường xuyên) đòi hỏi phải có hợp đồng lao động bằng văn bản. Hợp đồng lao động bằng miệng quy định quan hệ lao động liên tục hoặc có thời hạn là trái pháp luật. Hướng tiếp cận luật pháp của Trung Quốc đối với các hành vi giả mạo bao gồm việc xử phạt pháp nhân (là người sử dụng lao động) có liên quan tới người lao động mà không có hợp đồng lao động dạng văn bản, trong các trường hợp mà Luật Hợp đồng Lao động điều chỉnh. Điều 82 Luật Hợp đồng Lao động quy định rằng, khi một đơn vị lao động không ký được hợp đồng lao động trong vòng một tháng từ khi người lao động làm việc, đơn vị lao động đó phải trả mức phạt gấp đôi 12 tháng lương.²³

Hướng dẫn về việc đảm bảo pháp luật lao động bao phủ đối tượng người lao động trong khu vực phi chính thức và trong các doanh nghiệp vừa và nhỏ (SMEs)

28. Theo Khuyến nghị về Chuyển dịch từ khu vực Phi Chính thức sang nền kinh tế Chính thức, 2015 (Số 204), các Quốc gia thành viên được khuyến nghị “ngăn chặn và xử phạt đối với hành vi tránh né, hoặc chuyển dịch ra khỏi, nền kinh tế chính thức vì lý do trốn thuế hoặc các quy định pháp luật lao động và xã hội”.²⁴ Khuyến nghị Số 204 của ILO cũng nhấn mạnh tầm quan trọng của việc các Quốc gia “thông qua, rà soát và thi hành quy định và pháp luật quốc gia hoặc các biện pháp khác để đảm bảo độ bao phủ phù hợp và bảo vệ đối với tất cả các danh mục người lao động và đơn vị kinh tế”.²⁵ Với mục đích của Khuyến nghị số 204, thuật ngữ “nền kinh tế phi chính thức” đề cập tới “tất cả các hoạt động kinh tế do người lao động và các đơn vị kinh tế không được các thiết chế chính thức bao phủ hoặc bao phủ không đầy

²¹ ILO: *Good Labour Practices (GLP) Guidelines for Primary Processing Workplaces in the Shrimp and Seafood Industry of Thailand*, Chương trình Thực tiễn Lao động Tốt, ILO, IPEC, (Thái Lan, 2013). Ở trang web: http://www.ilo.org/asia/whatwedo/publications/WCMS_221481/lang--en/index.htm [22 March 2007].

²² *Ekajaya (M) Sdn Bhd v Ahmad Mahad & Ors* Toà án Tối cao xét xử Lee Swee Seng JC, 3 ILR 457 [2014].

²³ Xem thêm Giải thích của Toà án Nhân dân Tối cao về một số vấn đề Áp dụng Pháp luật vào Xét xử các vụ tranh chấp lao động (II), 1 tháng 10 năm 2006, Điều 1.

²⁴ Đoạn 7 (I) của Khuyến nghị 204.

²⁵ Đoạn 9 của Khuyến nghị 204.

đủ trong pháp luật và thực tiễn”.²⁶ Khuyến nghị của ILO về Tạo Việc làm trong các Doanh nghiệp Vừa và Nhỏ, 1998 (Số 189) cũng đã thể hiện tinh thần của Khuyến nghị 204 bằng cách khuyến khích các Quốc gia thành viên bổ sung các biện pháp và lợi ích hướng tới việc hỗ trợ và nâng tầm khu vực phi chính thức thành một bộ phận của khu vực có kết cấu/có tổ chức.²⁷

29. Việc xây dựng các điều khoản riêng biệt trong bộ luật lao động dành cho các doanh nghiệp nhỏ là một thực tiễn thường thấy. Tuy nhiên, việc đưa ra ngoại lệ có định hướng hay vô tình loại trừ có thể làm cho một lượng lớn người lao động làm thuê không được hưởng sự bảo vệ. Báo cáo của Văn phòng ILO 2016 về Việc làm Phi-Tiêu chuẩn trên Thế giới đã quan sát thấy rằng “một số người lao động phi-tiêu chuẩn không được quy định pháp luật lao động và hệ thống thương lượng tập thể hiện tại bao phủ, *bởi lẽ họ làm việc cho những doanh nghiệp đã bị loại trừ khỏi các quy định hiện thời, như doanh nghiệp nhỏ tại một số quốc gia*, hoặc một số ngành nghề mà các quy định về lao động còn hạn chế hoặc chưa được xây dựng hoặc không có cơ chế thương lượng, chẳng hạn như công việc giúp việc gia đình hoặc làm nông nghiệp. Sự xói mòn quan hệ việc làm trực tiếp cũng đồng nghĩa với việc một số người lao động không được quy định pháp luật lao động hoặc cơ chế thương lượng tập thể hiện hành bao phủ vì những người lao động đó không được quan niệm là người lao động làm thuê, hoặc vì họ nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của luật lao động” (phần nhấn mạnh được bổ sung).²⁸

30. Khuyến nghị số 189 khuyến khích các chính sách xoá bỏ những ràng buộc đối với sự tăng trưởng của các doanh nghiệp vừa và nhỏ, bao gồm những chính sách không khuyến khích tuyển mộ lao động. Đồng thời, Khuyến nghị cũng nêu cụ thể rằng những chính sách này *không được làm tổn hại tới mức độ điều kiện làm việc*, tính hiệu quả của hệ thống thanh tra lao động hoặc hệ thống giám sát điều kiện lao động (phần nhấn mạnh được bổ sung).²⁹ Những tổn hại có thể phát sinh khi người lao động không được công nhận là người lao động làm thuê trong luật lao động.

31. Đoạn 3, Khuyến nghị 189 cũng nêu rằng “các Quốc gia thành viên cần thông qua các biện pháp phù hợp và cơ chế thực thi để bảo vệ lợi ích của người lao động trong các doanh nghiệp vừa và nhỏ bằng cách cung cấp các biện pháp bảo vệ cơ bản sẵn có trong các văn bản liên quan”.³⁰

32. Theo hướng đó, ở **Nepal**, Đạo luật Lao động mới³¹ bao phủ toàn bộ của người lao động (nghĩa là người lao động có quan hệ việc làm) bất kể quy mô doanh nghiệp. Điều này đem lại

²⁶ Đoạn 2 (a) của Khuyến nghị 204.

²⁷ Đoạn 6 (3) của Khuyến nghị 189.

²⁸ ILO: *Non-Standard Employment around the World – Understanding challenges, shaping prospects* (Geneva, 2016), trang 210. Ở trang web: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf [22 tháng 03 năm 2007].

²⁹ Đoạn 6 (2)(h) của Khuyến nghị 189.

³⁰ Các văn bản có liên quan tới định nghĩa các biện pháp bảo vệ cơ bản cho người lao động trong doanh nghiệp vừa và nhỏ bao gồm Công ước và Khuyến nghị về Chính sách Việc làm, 1964, và Khuyến nghị về Chính sách Việc làm (Các quy định Bổ sung), 1984; Khuyến nghị về Hợp tác Xã (ở các nước đang phát triển), 1966; Công ước và Khuyến nghị về Phát triển Nguồn Nhân lực, 1975; và Công ước và Khuyến nghị về An toàn và Sức khoẻ nghề nghiệp, 1981.

³¹ Đạo luật Lao động Số 14, năm 2074 (2017).

thay đổi căn bản trong quy định về quyền đối với lực lượng lao động, vì Đạo luật Lao động trước đây chỉ bao phủ người lao động ở những doanh nghiệp có ít nhất 10 người lao động làm thuê.³²

33. Văn phòng nhấn mạnh tầm quan trọng của việc nỗ lực đảm bảo các quy định về lao động không làm các doanh nghiệp vừa và nhỏ, hoặc người lao động của những doanh nghiệp này hoặc các hoạt động kinh tế của họ biến mất khỏi nền kinh tế chính thức, cũng như không làm giảm các điều kiện lao động của người lao động làm thuê trong các doanh nghiệp vừa và nhỏ.³³

Geneva, tháng 4/2018

Tài liệu này do Dự án Khung khổ Quan hệ Lao động mới (NIRF) hỗ trợ với sự tài trợ của Bộ Lao động Hoa Kỳ. Bất kỳ tuyên bố nào trong tài liệu không nhất thiết phản ánh quan điểm hoặc chính sách của Bộ Lao động Hoa Kỳ, và các tên thương mại, sản phẩm thương mại hoặc tổ chức được đề cập không có nghĩa bao hàm sự chứng thực của Bộ Lao động Hoa Kỳ.

³² Trước khi Đạo luật Lao động mới có hiệu lực, người lao động trong các doanh nghiệp nhỏ chỉ có quyền nhận tiền lương tối thiểu và giờ làm việc.

³³ Về vấn đề này, Xem thêm: ILO: *Extending the scope of application of labour laws to the informal economy. Digest of comments of the ILO's supervisory bodies related to the informal economy* (Geneva, 2010). Có ở trang web: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_125855.pdf [22 tháng 3 năm 2007].