

**TÒA ÁN NHÂN DÂN  
THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH**

**CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM  
Độc lập - Tự do - Hạnh phúc**

Bản án số: 524/2018/LĐ-PT

Ngày: 25/5/2018

Về việc: “*Tranh chấp tiền lương*”

**NHÂN DANH  
NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM**

**TÒA ÁN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH**

**- Thành phần Hội đồng xét xử phúc thẩm gồm có:**

- *Thẩm phán – Chủ tọa phiên tòa:* Ông Hồ Minh Cường.

- *Các Thẩm phán:* Ông Bùi Liên Minh.

Bà Nguyễn Thị Thoa.

- **Thư ký phiên tòa:** Ông Hoàng Minh Dự – Thư ký Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

- **Đại diện Viện Kiểm sát nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh tham gia phiên tòa:** Ông Tôn Mạnh Hùng – Kiểm sát viên.

Trong các ngày ngày 18, 25 tháng 5 năm 2018, tại trụ sở Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh xét xử phúc thẩm công khai vụ án thụ lý số 105/TLPT-LĐ ngày 04 tháng 12 năm 2017 về việc “*Tranh chấp tiền lương*”.

Do bản án lao động sơ thẩm số 1358/2017/LĐ-ST ngày 23/10/2017 của Tòa án nhân dân Quận 3, Thành phố Hồ Chí Minh bị kháng cáo.

Theo Quyết định đưa vụ án số 2076/2018/QĐ-PT ngày 02/5/2018 giữa các đương sự:

**1. Nguyên đơn:** Ông H N H, sinh năm 1970

Địa chỉ: 129F/95/89A B V Đ, Phường T, Quận B, Thành phố Hồ Chí Minh

Người đại diện theo ủy quyền: Ông L K V ( Theo Giấy ủy quyền lập ngày 19/4/2017 tại Văn phòng Công chứng S). (tại phiên tòa, ông H N H có mặt và người đại diện ủy quyền vắng mặt)

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn: Ông H P H - Luật sư thuộc Công ty Luật TNHH H P H & Cộng sự (có mặt)

**2. Bị đơn:** N H BV.

Địa chỉ: 412 N, Phường N, Quận B, Thành phố Hồ Chí Minh.

Người đại diện theo pháp luật: Ông N Q T

Người đại diện theo ủy quyền: Ông B N T - Theo Giấy ủy quyền số 112/2017/UQ-PCTT ngày 19/6/2017 (có mặt).

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị đơn: Bà Đ A T - Luật sư Công ty Luật Hợp Danh S T thuộc Đoàn Luật sư tỉnh B (có mặt)

Người kháng cáo: Nguyên đơn ông H N H.

## **NỘI DUNG VỤ ÁN:**

*Tại đơn khởi kiện đề ngày 27/4/2017, bản tự khai và các biên bản hòa giải trong quá trình giải quyết vụ án, nguyên đơn ông H N H có ông Lê Khắc Vĩnh đại diện trình bày:*

Ông H N H là nhân viên bảo vệ tại N H BV, địa chỉ tại số 412 N, Phường N, Quận B, Thành phố Hồ Chí Minh.

Quá trình làm việc và mức lương tại N H như sau:

- Từ ngày 25/01/2002 đến 24/11/2009: hợp đồng xác định thời hạn nhưng không nhớ rõ là đã ký bao nhiêu hợp đồng trong thời gian này.

- Từ ngày 25/11/2009 đến nay: Hợp đồng không xác định thời hạn (số 228/HĐLĐ-GĐB)

Mức lương cơ bản: tăng qua các thời kỳ theo bảng chi tiết đính kèm.

Thời gian làm việc: 12 giờ/ngày, 7 ngày/tuần.

Ông H cũng như những nhân viên bảo vệ khác không được nghỉ cuối tuần, nghỉ lễ, tết mà chỉ được nghỉ 12 ngày phép năm, được thanh toán tiền lương vào ngày lễ, tết, nhưng tiền lương làm thêm giờ ngày nghỉ hàng tuần (12 giờ) và ngày làm việc bình thường trong tuần (4 giờ/ngày) không được N H giải quyết.

Ông H đã nhiều lần đề nghị N H thanh toán tiền lương làm thêm giờ nhưng N H không thực hiện. Tháng 03/2017 ông H có làm đơn khiếu nại nhưng lãnh đạo N H trả lời miệng là sẽ không thực hiện vì N H có cách tính tiền lương riêng và tiền lương trả bao gồm luôn cả tiền lương làm thêm giờ.

Do N H giải quyết tiền lương không thỏa đáng và không có thiện chí giải quyết nên ông H khởi kiện ra Tòa án đề nghị N H phải chi trả cho ông H tổng số tiền làm thêm ngoài giờ là 04 giờ/ngày và một ngày nghỉ trong tuần ông H phải làm 12 giờ/ngày tính từ tháng 01/2002 đến ngày 30/9/2016 là 697.270.238 đồng (bản chiết tính đã được nộp Tòa ngày 21/8/2017) và tiền lãi do chậm thanh toán khoản tiền nói trên theo mức lãi 5.5%/năm đối với số tiền nêu trên là 171.252.748 đồng theo bản chiết tính đã nộp ngày 21/8/2017). Tổng cộng là 868.522.985 đồng. Yêu cầu trả một lần ngay khi bản án có hiệu lực pháp luật.

Mức lương mà nguyên đơn ông H dùng để yêu cầu thanh toán là mức lương nộp bảo hiểm xã hội của ông H. Căn cứ bảng cơ cấu thu nhập ông H cung cấp cho Tòa vào các năm 2014; 2015; 2016 và đầu năm 2017 thì nguyên đơn xác nhận mức lương ông H được thực lãnh cao hơn so với mức lương đóng bảo hiểm xã hội của ông H. Nguyên đơn chưa xác định được các khoản chi tiết trong lương thực nhận.

*Tại bản tự khai và các biên bản hòa giải trong hồ sơ vụ án bị đơn Ng H BV có ông Bành Ngọc Trung đại diện trình bày:*

Ông H N H có thời gian công tác tại Ng H BV từ ngày 25/01/2002 đến nay là nhân viên bảo vệ làm việc theo chế độ ca trực:

- Theo Thỏa ước lao động tập thể của N H đã được ký kết giữa Đại diện người sử dụng lao động và Đại diện người lao động là Ban chấp hành công đoàn

ngày 03/3/2009 (đã được đăng ký cho Phòng Lao động – Thương binh Xã hội Quận Bình Thạnh) đã nêu rõ thời giờ làm việc của nhân viên bảo vệ là thực hiện chế độ theo ca trực, được ghi rõ tại Điểm a Khoản 2 Điều 9 của Thỏa ước lao động tập thể và Điều 2 Hợp đồng lao động số 228/HĐLD-GDB ngày 23/11/2009.

- Thỏa ước lao động tập thể khi được ký kết giữa Đại diện N H và Ban chấp hành công đoàn nội dung trong Thỏa ước lao động tập thể đã được lấy ý kiến của tất cả Người lao động và đã được đồng thuận, ngoài ra trong Hợp đồng lao động khi ký kết vẫn ghi thời giờ làm việc theo ca trực.

Bản thân người lao động đã nhận thức và hiểu rằng, nhân viên Bảo vệ làm việc theo ca 12 giờ, theo đó 01 ca làm việc được tính như sau: 08 giờ trả theo mức lương cơ bản, 04 giờ trả theo mức lương ngoài giờ (theo cơ cấu lương chi tiết của ông H nêu tại Mục 5). Lương chi trả cho việc tăng ca của ông H N H là Lương trực thay/Lễ tết.

Về bảng cơ cấu thu nhập để tính lương cho ông H N H tại N H, đơn cử sao kê số phụ tài khoản lương các giai đoạn. N H đã chi trả đủ lương kể cả lương các ngày nghỉ hàng tuần, ngày lễ, tết.

- Từ năm 2012 cho đến nay:

Phương thức tính lương: cán bộ nhân viên là lao động phổ thông được phân công làm việc theo ca trực tiếp do yêu cầu công tác, được tính lương theo thời gian làm việc, trong đó gồm:

+Lương cơ bản: là lương trong ngày làm việc bình thường trả theo tháng theo quy định được xác định trên cơ sở mức lương tối thiểu theo quy định của pháp luật trong từng thời kỳ.

+Lương ngoài giờ: tính theo thời gian làm ngoài giờ trong các ngày làm việc bình thường, trên cơ sở mức lương tối thiểu vùng theo quy định.

Theo nội dung đơn khởi kiện, ông H N H cho rằng N H đã không trả cho ông H tiền lương làm thêm giờ (làm thêm 4 giờ/ngày thường, làm thêm 12 giờ/cuối tuần), từ tháng 01/2002 đến ngày 30/9/2016 theo bảng kê đính kèm đơn khởi kiện là hoàn toàn không có cơ sở. Vì vậy, N H không đồng ý toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

### ***Tại phiên toà sơ thẩm:***

- Người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của Nguyên đơn trình bày: Hợp đồng lao động số 288 ngày 23/11/2009 là sự bắt công cho người lao động. Bắt công về ca trực, đó là người sử dụng lao động cố tình không đưa thời gian ca trực vào hợp đồng để xác định 01 ca trực có thời gian bao nhiêu tiếng, người sử dụng lao động mập mờ cố tình không thỏa thuận với người lao động, cố tình áp đặt người lao động về thời gian làm việc. Tại Điều 69 của Bộ luật lao động (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006, 2007) và Điều 106 Bộ luật lao động năm 2012 thì thời gian làm thêm không quá 200h - 300h/năm, còn ở đây một ngày làm 12h, tức là làm thêm 104h/tháng, vậy 1 năm làm thêm 1248h/năm. Như vậy trong mọi trường hợp thì có thỏa thuận hay không thỏa thuận thì việc làm thêm giờ cũng không được quá 200h/năm.

Hai là bất công về mức lương, tại trang cuối hợp đồng lao động thì người sử dụng lao động lấy mẫu rất rõ tại điểm 6 về thời giờ làm việc ghi rõ cụ thể số ngày số giờ làm việc trong tuần là 8h/ngày. Vậy căn cứ vào đâu để người sử dụng lao động cho rằng làm việc 12h/ngày là đúng, đây là sự vi phạm nghiêm trọng Bộ luật lao động, là sự bóc lột sức lao động một cách tàn nhẫn.

Về lương thì người sử dụng lao động cố tình không đưa mức lương vào mặc dù trong Bộ luật Lao động có quy định rõ phải đưa mức lương vào hợp đồng lao động nhưng trong phần hỏi hôm nay N H vẫn không thể đưa ra dẫn chứng cụ thể về việc có đưa số liệu để nhân ra mức lương vào trong hợp đồng, đây là sự gian dối của N H. Vì thang lương, bảng lương là buộc phải nộp cho cơ quan có thẩm quyền nhưng mà N H đã không làm và tự mình ấn định mức lương trả cho người lao động, như vậy là sự bất công, vi phạm nghiêm trọng Bộ luật Lao động.

Theo quy định của pháp luật thì mức đóng BHXH không bao gồm tiền lương ngoài giờ, phụ cấp, nhưng bị đơn nói rằng mức đóng BHXH chỉ là trên mức tối thiểu vùng là được, như thế không đúng, mức đóng BHXH không quá 20 lần mức lương tối thiểu, không phải muốn đóng bao nhiêu thì BHXH thu bấy nhiêu vì việc đóng BHXH sau này BHXH sẽ phải chi trả những quyền lợi cho người lao động. Căn cứ vào mức lương của ông H thì lương cơ bản từ tháng 9/2012 đến tháng 2/2013 là hơn 7 triệu đồng/tháng, nhưng hàng tháng lương của ông H nhận chỉ hơn 9 triệu đồng, như vậy nếu như không có các khoản khác thì lấy hơn 9 triệu - 7,8 triệu chỉ còn lại hơn 1 triệu. Nếu làm thêm giờ thì thời gian x 1,5 tức là 4h x 1,5 = 6h so với 8h tức là bằng  $\frac{3}{4}$ , vậy nếu làm liên tục thì mức tiền lương làm thêm giờ phải tương đương  $\frac{3}{4}$  mức lương chính thức, nếu lương chính thức là 10 triệu thì lương làm thêm giờ ít nhất cũng phải là 7 triệu, nhưng mức lương của ông H như vậy là quá thấp, chứng tỏ N H chưa hề trả tiền làm thêm giờ cho ông H.

Trong văn bản thông báo ngày 21/9/2012 của bà Hà - Phó tổng giám đốc N H gửi cho đích thân ông H có ghi rõ lương của ông H gồm lương cơ bản và lương kinh doanh, trong toàn bộ hồ sơ vụ án không có văn bản nào của người sử dụng lao động mà cho rằng bảo vệ không được hưởng lương kinh doanh vì trong khi các bộ phận khác làm việc, khách đến giao dịch, nếu có sự việc gì xảy ra thì những người bảo vệ sẽ xử lý kịp thời nên bảo vệ cũng góp một phần trong việc kinh doanh của N H, việc N H có kinh doanh được hay không thì một phần cũng phải dựa vào công sức của lực lượng bảo vệ, nên không thể nào nói bảo vệ phải trực tiếp kinh doanh mới được có lương kinh doanh, nếu N H tư duy theo hướng như vậy thì cần phải xem xét lại.

Tóm lại từ những phân tích trên thể hiện N H gần như không trả lương làm thêm giờ cho người lao động. Do đó đề nghị Hội đồng xét xử chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn về việc yêu cầu N H B V phải trả cho ông H số tiền làm thêm giờ 04 giờ/ngày và làm thêm vào ngày chủ nhật trong thời gian ông H làm việc tại N H từ tháng 01/2002 đến tháng 9/2016 số tiền là 695.683.284 đồng và tiền lãi chậm trả tính đến tháng 9/2017 là 293.881.689 đồng. Tổng cộng là 989.564.973 đồng. Thanh toán làm một lần ngay sau khi bản án có hiệu lực pháp luật.

- Người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của bị đơn trình bày:

Ngoài những điều khoản ghi trong hợp đồng lao động nếu có những vấn đề gì phát sinh liên quan đến quyền lợi của người lao động và người sử dụng lao động thì sẽ được quy định tại các văn bản của N H và Bộ luật lao động để giải quyết. Người lao động và người sử dụng lao động có thể có các thỏa thuận khác, nếu nó chưa được ghi cụ thể trong hợp đồng lao động này thì người lao động đồng ý tuân thủ theo các quy định của N H và trong thỏa ước lao động. Nội quy lao động, thỏa ước lao động tập thể, quy chế tiền lương là bộ 3 văn bản mà lãnh đạo N H đã làm việc thỏa thuận với đại diện người lao động, được người sử dụng lao động áp dụng cho toàn bộ nhân viên của N H, tất cả các thông báo của N H là áp dụng chung cho toàn bộ nhân viên N H. Trong hợp đồng lao động không thể quy định chi tiết về tất cả mọi vấn đề, cũng không thể dự đoán các vấn đề sẽ phát sinh trong tương lai. Vì vậy ở đây tôi khẳng định việc làm 12h/ngày người lao động biết và tự nguyện tuân thủ áp dụng theo trong nhiều năm. N H không hề áp đặt bất cứ điều gì đối với người lao động.

N H không có bất kỳ quy định gì trái với quy định của pháp luật. Điều 104, 106 Bộ luật lao động năm 2012 quy định thời gian làm việc là 8h chứ không quy định là trong hợp đồng lao động chỉ được ghi thời gian làm việc là 8h, Nghị định 05/2015/NĐ-CP ngày 12/01/2015 hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật lao động có hướng dẫn cách ghi nội quy lao động, hợp đồng lao động nêu rõ trong hợp đồng lao động có thể ghi thời gian làm thêm giờ hoặc không.

N H không mập mờ trong nội dung hợp đồng lao động, người lao động được đọc, được biết và được ký trong suốt thời gian làm việc. Vì vậy không có gì bất công, không có mập mờ, không có gian dối, ngay cả khi thử việc anh đã được thông báo về thời gian làm việc và anh đồng ý làm việc sau đó anh mời đồng ý ký tên trên hợp đồng xác định thời hạn và sau đó là hợp đồng không xác định thời hạn.

Đối với vấn đề đóng Bảo hiểm xã hội, đối với người lao động N H không đóng BHXH theo mức tối thiểu vùng mà đóng trên tổng số lương của người lao động để đảm bảo quyền lợi sau này của người lao động. N H khẳng định theo quy định của luật BHXH thì số tiền đóng bảo hiểm xã hội tối thiểu là không được thấp hơn mức tối thiểu vùng và tối đa là 20 lần mức lương cơ sở và N H không làm sai quy định trong vấn đề này. Luật Bảo hiểm xã hội, thông tư 47/2015/TT-BLĐTBXH ngày 16/11/2015 quy định rõ mức lương theo thời gian là mức lương đóng Bảo hiểm xã hội.

Về vấn đề bảo vệ không có lương kinh doanh: Quy chế tiền lương ban hành theo quyết định 290 năm 2012 là áp dụng cho toàn bộ nhân viên của N H. trong quy chế 290 có quy định về lương kinh doanh, nhưng phụ lục 3.5 áp dụng cho nhân viên làm việc theo ca trực quy định không có lương kinh doanh điều này có nghĩa là bảo vệ không có lương kinh doanh. Vì phụ lục 3.5 là áp dụng riêng cho nhân viên bảo vệ và anh cần phải tuân thủ. Đây không hề có sự chồng chéo trong văn bản ban hành và phụ lục 3.5 quy định nhân viên làm việc theo chế độ ca trực không có lương kinh doanh, chỉ có lương làm thêm giờ. Cụ thể, đối với trường hợp ông H thì thu nhập sẽ bao gồm: Lương cơ bản của ngày làm việc bình thường 8 tiếng + lương làm thêm giờ ngày thường 4 tiếng + lương làm thêm giờ các ngày

ngủ hàng tuần trong tháng + lễ tết, các khoản hỗ trợ. Diễn giải cụ thể như sau: Nếu người lao động làm việc thêm 4 tiếng vào ngày làm việc bình thường thì lương làm thêm giờ trong ngày làm việc bình thường theo quy định của pháp luật được tính ở mức 150% mức lương trong giờ làm việc bình thường. Trường hợp N H không sắp xếp được ngày nghỉ hàng tuần và Người lao động đồng ý làm việc thêm trong những ngày này thì Người lao động được tính ở mức 200% mức lương trong giờ làm việc bình thường.

Căn cứ vào số liệu hiện thống kê của N H trích xuất dữ liệu ra được chi tiết bảng cơ cấu thu nhập của ông H từ năm 2013 đến năm 2016. Đối chiếu với bảng sao kê tài khoản lương của Ông H thì đều trùng khớp với số tiền ông được thực lãnh mỗi năm. Như vậy thu nhập thực lãnh của ông H đã có bao gồm tiền lương làm thêm giờ ngày thường và lương làm thêm giờ các ngày nghỉ hàng tuần trong tháng. Dẫn chứng cụ thể: năm 2013 tổng thu nhập thực lãnh là 116.193.822 đồng, trong đó có lương làm thêm giờ là 34.165.380 đồng; năm 2014: 121.986.200 đồng, trong đó có lương làm thêm giờ là 39.253.848 đồng; năm 2015: tổng thu nhập thực lãnh là 125.185.078 đồng, trong đó có lương làm thêm giờ là 45.069.228 đồng; năm 2016: tổng thu nhập thực lãnh là 118.233.820 đồng, trong đó có lương làm thêm giờ là 42.403.850 đồng.

Dẫn chứng cụ thể một số tháng:

| Mức lương cơ bản (8 giờ) | Lương làm thêm ngày thường | Lương làm thêm các ngày nghỉ hàng tuần. | Hỗ trợ    | Lương làm thêm trực thay/Lễ Tết | Đóng BHXH, BHYT, BHTN | Đóng đoàn phí | Thuế TNCN | Thu nhập thực lãnh | Năm      |
|--------------------------|----------------------------|-----------------------------------------|-----------|---------------------------------|-----------------------|---------------|-----------|--------------------|----------|
| 2.350.000                | 1.762.500                  | 1.084.615                               | 4.577.048 |                                 | 742.836               | 78.193        | 171.566   | 8.781.568          | T3/2013  |
| 2.700.000                | 2.025.000                  | 1.246.154                               | 3.803.010 |                                 | 821.030               | 78.193        |           | 8.874.941          | T7/2014  |
| 3.100.000                | 2.325.000                  | 1.430.769                               | 2.918.395 |                                 | 821.030               | 78.193        |           | 8.874.941          | T10/2015 |
| 3.350.000                | 2.625.000                  | 1.615.385                               | 2.033.779 | 1.466.100                       | 821.030               | 78.193        |           | 10.341.041         | T4/2016  |

Đối với các số liệu từ năm 2012 trở về trước hiện việc trích xuất và thống kê rất khó thực hiện vì thời gian quá lâu (quá 5 năm), N H không buộc phải lưu trữ những số liệu này vì Người lao động là ông H không có bất kỳ khiếu nại về tiền lương làm thêm giờ mà N H đã trả.

Về bản chất vụ án người lao động cho rằng N H chưa trả tiền làm thêm giờ, lương nhận hiện nay chỉ là lương làm 8h và 26 ngày/tháng, tức là thiếu tiền lương 4h/ngày và 4 ngày/tháng. Như vậy căn cứ tiền đóng BHXH thì tính ra số tiền lương làm thêm giờ mà N H còn thiếu chưa thanh toán cho người lao động. Tuy nhiên khi ký hợp đồng lao động người lao động đã biết rõ về thời gian làm việc cũng như mức tiền lương của mình, việc đóng BHXH là dựa trên sự tương ứng đối với thời gian làm việc, việc trả lương của ông H là trả trên 12h/ngày x 30 ngày/tháng. Qua nhiều năm ông H vẫn luôn đồng ý và không có khiếu nại gì, nay ông H cho rằng

chỉ nhận lương 8h và 26 ngày là vô lý, không có căn cứ. Đồng thời việc người lao động dựa vào tiền đóng BHXH trong đó có bao gồm tiền làm thêm giờ để tính số tiền làm thêm giờ còn lại tức là tính lặp lại 2 lần, nó không khác gì với việc tính lãi chồng lãi. Từ những căn cứ trên N H không đồng ý với yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

- Người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của nguyên đơn trình bày:

Căn cứ xác định mức tiền lương của người lao động: Người sử dụng lao động cho rằng căn cứ vào Nội quy lao động, thỏa ước lao động tập thể, quy chế tiền lương, tuy nhiên trong cả 3 văn bản trên đều không có quy định mức lương, mức lương được quy định trong thang lương, bảng lương nhưng thang lương bảng lương thì N H đã không nộp cho cơ quan có thẩm quyền, cố tình giấu diếm, cố tình làm trái quy định của pháp luật để tự mình áp đặt tính mức lương rồi trả lương cho người lao động.

Luật sư bị đơn nói rằng mức lương được quyền ghi hoặc không ghi mức lương thực tế chỉ cần ghi số phẩy, tuy nhiên tại khoản 1 điểm g Điều 23 Bộ luật lao động 2012 quy định về nội dung hợp đồng lao động phải có thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi. Như vậy là bắt buộc phải có thời gian làm việc trong hợp đồng lao động để người lao động tuân theo, đó là sự thỏa thuận giữa 2 bên, không thể áp đặt thời gian làm việc, Mức lương cũng phải ghi trong hợp đồng lao động. Đối với Điều 21 Nghị định số 05/2015 thì tiền lương theo khoản 1 Điều 90 và 91 Bộ luật lao động là số tiền mà người lao động và người sử dụng lao động thỏa thuận trong hợp đồng lao động, mức lương dựa theo chức vụ là căn cứ theo thang lương bảng lương. Đồng thời, Điều 5 luật Bảo hiểm xã hội quy định mức đóng Bảo hiểm xã hội bắt buộc phải dựa trên mức tiền lương của người lao động... tiền làm thêm giờ có 2 dạng, 1 là đúng theo quy định của pháp luật là từ 200h-300h, loại thứ 2 không đúng quy định pháp luật là quá 200h-300h. Không có một cơ quan Bảo hiểm xã hội nào có thể đứng ra chấp nhận thu cho khoản tiền mà có sự bóc lột sức lao động của người sử dụng lao động. Vì vậy trình bày của bị đơn là không có cơ sở.

Đại diện Viện kiểm sát nhân dân Quận 3 phát biểu ý kiến:

Việc tuân theo pháp luật tố tụng dân sự trong quá trình giải quyết vụ án của Thẩm phán là đúng quy định. Việc chấp hành pháp luật của Hội đồng xét xử và những người tham gia tố tụng được thực hiện đúng theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự.

Về quan điểm giải quyết vụ án: Đại diện Viện kiểm sát đề nghị Tòa án không chấp nhận toàn bộ yêu cầu của bị đơn vì không có cơ sở và chấp nhận ý kiến của N H và của người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị đơn.

Tại bản án sơ thẩm số 1358/2017/LĐ-ST ngày 23/10/2017 của Tòa án nhân dân quận 3, Thành phố Hồ Chí Minh đã tuyên xử:

Không chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn ông H N H buộc N H BV thanh toán tiền lương làm thêm giờ và tiền lãi do chậm thanh toán từ tháng 01/2002 đến ngày 30/9/2017 với số tiền là 989.564.973 đồng.

Ngoài ra bản án còn tuyên về án phí và quyền kháng cáo của các đương sự.

Ngày 07/11/2017 ông H N H nộp đơn kháng cáo toàn bộ bản án sơ thẩm.

Tại phiên tòa phúc thẩm:

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn trình bày: Nguyên đơn nộp đơn kháng cáo có 02 yêu cầu là hủy bản án sơ thẩm, và buộc N H thanh toán tiền lương làm thêm giờ và tiền lãi do chậm thanh toán từ tháng 01/2002 đến tháng 9/2017 tạm tính là 989.564.973 đồng. Nay rút lại yêu cầu kháng cáo sửa bản án sơ thẩm buộc N H thanh toán tiền lương làm thêm giờ và tiền lãi do chậm thanh toán từ tháng 01/2002 đến tháng 9/2016 tạm tính là 989.564.973 đồng. Chỉ còn yêu cầu kháng cáo hủy bản án sơ thẩm vì có những vi phạm nghiêm trọng về thủ tục tố tụng. Luật sư cho rằng Tòa án cấp sơ thẩm không có quyết định phân công Hội thẩm nhân dân tham gia Hội đồng xét xử, thư ký tòa án. Điều này thể hiện Hội đồng xét xử sơ thẩm không đủ thẩm quyền ra bản án, thư ký phiên tòa không có thẩm quyền tham gia ghi biên bản phiên tòa. Cấp sơ thẩm không thu thập chứng cứ hoặc buộc phía bị đơn phải cung cấp chứng cứ, vì theo qui định của pháp luật thì người sử dụng lao động phải có nghĩa vụ cung cấp tài liệu chứng cứ giải quyết vụ án. Phía N H không chứng minh được việc chi trả lương cho nguyên đơn có thiếu, đủ hay dư hay không. N H và nguyên đơn có thỏa thuận làm thêm giờ nhưng việc thỏa thuận này vi phạm pháp luật lao động vì thời gian làm thêm giờ quá 200 giờ/năm. Quyết định 290 ngày 20/9/2012 và phụ lục 3.5 của N H không có niêm yết, nguyên đơn không biết nên không biết rõ việc chi trả lương ảnh hưởng đến quyền lợi của nguyên đơn. Từ việc cấp sơ thẩm không thu thập chứng cứ đầy đủ, đánh giá chứng cứ phiến diện nên đã bác toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn là không đúng pháp luật. Do đó, đề nghị Hội đồng xét xử cấp phúc thẩm chấp nhận yêu cầu kháng cáo của nguyên đơn, hủy toàn bộ bản án sơ thẩm, giao về cấp sơ thẩm điều tra xét xử lại vụ án.

Nguyên đơn ông H N H trình bày: Ông đồng ý nội dung kháng cáo cũng như các ý kiến trình bày của luật sư tham gia bảo vệ quyền lợi cho ông. Ngoài ra ông không có ý kiến gì khác.

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị đơn trình bày: Luật sư của nguyên đơn có tham gia tại phiên tòa sơ thẩm, đã được công bố thành viên Hội đồng xét xử sơ thẩm nhưng luật sư cũng như những người tham gia tố tụng khác đều không có ý kiến gì. Về thời gian làm thêm giờ thì N H và người lao động có quyền thỏa thuận, trong suốt quá trình làm việc tại N H thì nguyên đơn cũng không có thắc mắc khiếu nại gì. Phía N H xác nhận đã thanh toán các khoản tiền lương làm thêm giờ cho nguyên đơn và các nhân viên bảo vệ khác. N H đã cung cấp đầy đủ các tài liệu, chứng cứ cho tòa án để chứng minh nguyên đơn đã được đảm bảo quyền lợi của người lao động. Riêng đối với lịch trực hàng năm nếu hàng năm người lao động không có thắc mắc, khiếu nại gì thì N H tiêu hủy nên không có để cung cấp cho tòa. Đề nghị Hội đồng xét xử phúc thẩm không chấp nhận yêu cầu kháng cáo của nguyên đơn, giữ nguyên bản án sơ thẩm.

Người đại diện theo ủy quyền của bị đơn trình bày: Ông đồng ý với ý kiến của luật sư bảo vệ quyền lợi cho Ng H BV. Đề nghị Hội đồng xét xử phúc thẩm giữ nguyên bản án sơ thẩm.

Đại diện Viện kiểm sát nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh tham gia phiên tòa phát biểu ý kiến:

Về thủ tục tố tụng: Đơn kháng cáo hợp lệ vì nộp trong thời hạn pháp luật qui

định. Thẩm phán và Hội đồng xét xử thực hiện đúng quy định của pháp luật tố tụng. Đương sự thực hiện quyền, nghĩa vụ theo đúng quy định pháp luật.

Về nội dung: Đơn kháng cáo của nguyên đơn yêu cầu hủy án sơ thẩm, và yêu cầu sửa án sơ thẩm, chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Tuy nhiên tại phiên tòa phúc thẩm nguyên đơn tự nguyện rút một phần yêu cầu kháng cáo về việc sửa bản án sơ thẩm theo hướng chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Nguyên đơn chỉ còn yêu cầu kháng cáo hủy án sơ thẩm, nên căn cứ Điều 289 Bộ luật tố tụng dân sự đề nghị Hội đồng xét xử đình chỉ xét xử phúc thẩm một phần yêu cầu kháng cáo của nguyên đơn.

Ông H làm việc tại N H từ năm 2002 từ lúc N H còn mang tên N H thương mại cổ phần Gia Định. Đến năm 2009 thì ông H và N H ký hợp đồng lao động không xác định thời hạn số 228/HĐLD-GDB ngày 23/11/2009 còn các hợp đồng trước năm 2009 đều là hợp đồng xác định thời hạn nhưng cả ông H và N H đều không còn lưu giữ các hợp đồng này. Thời gian làm việc của ông H theo ca trực là 12h/ca/ngày. Mức lương của ông H được xác định theo qui định của N H qua các thời kỳ. Thỏa ước lao động tập thể của N H đã qui định cụ thể thời gian làm việc của nhân viên bảo vệ làm theo ca 12 giờ/ngày.

Thông báo số 122/TB-TGD ngày 15/11/2011 của Ng H BV theo đó qui định thời gian làm việc là 8 giờ/ngày. Riêng đối với lực lượng bảo vệ làm 12 giờ/ngày ( sáng từ 6h đến 18h, chiều từ 18h đến 6h sáng hôm sau).

Quyết định 290/12/QĐ-HĐQT ngày 20/9/2012 và quyết định số 10c/16/QĐ-HĐQT ngày 26/01/2016 của Ng H BV về việc ban hành quy chế chính sách tiền lương của N H, làm thêm giờ được hưởng lương theo qui định của thỏa ước lao động tập thể và các qui định khác.

Căn cứ vào bảng cơ cấu thu nhập mà ông H nộp cho Tòa án năm 2014, 2015, 2016 để cho rằng mức lương cơ bản đã thể hiện rõ ở phần lương gộp: Bao gồm lương cơ bản, lương kinh doanh để lấy căn cứ là N H chưa trả lương thêm giờ và ngày chủ nhật hàng tuần. Tuy nhiên nếu ông H lấy bảng cơ cấu thu nhập trên để làm cơ sở yêu cầu thì ông không giải thích được trong bảng cơ cấu thu nhập trên ghi rất rõ số ngày làm việc thực tế 30 ngày, có nghĩa là căn cứ bảng thông tin trên thì N H đã trả lương của 30 ngày công cho ông H.

Từ những phân tích trên, nhận thấy yêu cầu kháng cáo của nguyên đơn không có cơ sở chấp nhận, đề nghị Hội đồng xét xử bác kháng cáo của nguyên đơn, giữ nguyên bản án sơ thẩm.

### **NHẬN ĐỊNH CỦA TÒA ÁN:**

Sau khi nghiên cứu các tài liệu có trong hồ sơ vụ án đã được kiểm tra tại phiên tòa, sau khi nghe các bên trình bày ý kiến, tranh luận tại phiên tòa, sau khi nghe Đại diện Viện kiểm sát nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh phát biểu quan điểm, sau khi nghị án, Hội đồng xét xử nhận định:

[1] Về tố tụng: Đơn kháng cáo của nguyên đơn làm trong hạn luật định nên có cơ sở để Hội đồng xét xử phúc thẩm xem xét. Tại hồ sơ vụ án thể hiện ông H N H có ủy quyền cho ông L K V theo giấy ủy quyền lập ngày 19/4/2017, tuy nhiên tại phiên tòa hôm nay ông Vĩnh vắng mặt và ông H đề nghị được trực tiếp tham gia phiên tòa. Vì vậy, Hội đồng xét xử phúc thẩm vẫn tiến hành phiên tòa xét xử với

sự có mặt trực tiếp của nguyên đơn.

Đồng thời, tại phiên tòa phúc thẩm nguyên đơn xác định lại nội dung kháng cáo yêu cầu hủy bản án sơ thẩm do có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng và không kháng cáo về nội dung sửa bản án sơ thẩm.

Xét việc rút một phần kháng cáo của nguyên đơn là tự nguyện, Hội đồng xét xử căn cứ khoản 3 Điều 298 Bộ luật tố tụng dân sự chấp nhận việc rút một phần yêu cầu kháng cáo về việc sửa bản án sơ thẩm theo hướng chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

[2] Về nội dung: Xét kháng cáo của nguyên đơn về việc hủy bản án sơ thẩm do vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng. Hội đồng xét xử xét thấy :

Đối với yêu cầu của nguyên đơn xem xét lại việc Hội đồng xét xử sơ thẩm và Thư ký phiên tòa phải có đầy đủ Quyết định phân công giải quyết. Xét thấy, căn cứ theo quy định tại Điều 47 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015 về nhiệm vụ quyền hạn của Chánh án Tòa án thì Chánh án Tòa án quyết định phân công Thẩm phán thụ lý vụ việc dân sự, Thẩm phán giải quyết vụ việc dân sự, Hội thẩm nhân dân tham gia Hội đồng xét xử vụ án dân sự; quyết định phân công Thẩm tra viên, Thư ký Tòa án tiến hành tố tụng đối với vụ việc dân sự bảo đảm đúng nguyên tắc quy định tại khoản 2 Điều 16 của Bộ luật này. Tuy nhiên, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 cũng không quy định bắt buộc Tòa án cấp sơ thẩm phải ban hành bằng văn bản từng Quyết định phân công cho Hội thẩm nhân dân và Thư ký phiên tòa. Tòa án cấp sơ thẩm đã thể hiện thành viên Hội đồng xét xử sơ thẩm trên Quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm với đầy đủ tên Hội đồng xét xử và Thư ký phiên tòa. Đồng thời, tại phiên tòa sơ thẩm, Quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm đã được công bố cho những người tham gia tố tụng biết, luật sư H và những người tham gia tố tụng khác không có ý kiến gì. Vì vậy, ý kiến của nguyên đơn và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn về việc Hội đồng xét xử sơ thẩm và Thư ký phiên tòa không đủ thẩm quyền để tiến hành tố tụng là không có cơ sở để chấp nhận.

Xét yêu cầu khởi kiện của ông H theo đơn khởi kiện xác định ông H yêu cầu Tòa án buộc bị đơn chi trả tiền làm thêm giờ là 4 giờ/ngày thường và 12 giờ/ngày mỗi tuần từ tháng 01/2002 đến hết tháng 9/2016 ( không yêu cầu trả lương những ngày lễ, tết, ban đêm ); kèm theo yêu cầu khởi kiện là các chứng cứ gồm lịch trực bảo vệ không đầy đủ của năm 2010, 2011, 2012 và năm 2016 và một số tài liệu chứng cứ khác về việc hòa giải cơ sở, hợp đồng lao động...

Xét cấp sơ thẩm đã thu thập chứng cứ qua việc yêu cầu bị đơn cung cấp chứng cứ, xác minh đối với cơ quan quản lý lao động để làm căn cứ giải quyết vụ án đã xác định được quan hệ lao động giữa nguyên đơn với bị đơn, thỏa thuận về công việc, tiền lương thời gian làm việc qua các chứng từ là Hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể, nội qui, qui chế tiền lương, phụ lục chi tiết tính lương cho người lao động...

Cấp sơ thẩm cũng đã thu thập chi tiết quá trình tham gia và đóng bảo hiểm xã hội cho ông H; các sao kê chi tiết sổ phụ tài khoản lương của ông H trong thời gian làm việc tại N H.

Xét phía N H có trình bày việc tranh chấp tiền lương làm thêm giờ của ông H từ năm 2002 đến năm 2016 có khoảng thời gian quá dài, các dữ liệu về việc chấm công, trả lương không thể thu thập đầy đủ là có cơ sở bởi chính phía ông H cũng không cung cấp được những tài liệu chính cứ xác thực về thời gian làm việc, làm thêm giờ của những năm trước đây, và hai bên hoàn toàn không có khiếu nại, tranh chấp hoặc thỏa thuận gì về việc có nội dung tiền làm thêm giờ đối với ông H nên không thể xác định là cấp sơ thẩm thu thập chứng cứ chưa đầy đủ.

Đối với Quyết định 290 ngày 20/9/2012 và phụ lục 3.5 của Ng H BV, luật sư cho rằng N H không có niêm yết, nguyên đơn không biết nên không biết rõ việc chi trả lương ảnh hưởng đến quyền lợi của nguyên đơn. Phía N H cho rằng quyết định và phụ lục trên qui định về qui chế tiền lương đối với toàn bộ nhân viên của N H đã được công bố đến mọi người lao động, đoàn viên công đoàn được biết, cũng như niêm yết tại N H. Xét thấy bản thân ông H là đoàn viên công đoàn và có giữ chức vụ trong đội bảo vệ của N H, nếu việc chi trả lương có ảnh hưởng đến quyền lợi của ông thì ông đã thắc mắc, khiếu nại đối với N H. Do đó việc ông H cho rằng ông không biết đến quyết định 290 và phụ lục 3.5 của N H là không có cơ sở chấp nhận.

Luật sư của nguyên đơn cho rằng N H và nguyên đơn có thỏa thuận làm thêm giờ nhưng việc thỏa thuận này vi phạm pháp luật lao động vì thời gian làm thêm giờ quá 200 giờ/năm. Xét thấy trong vụ án này phía N H có vi phạm về qui định thời gian làm việc của người lao động, việc đăng ký thang lương, bảng lương nhưng đây là lãnh vực quản lý lao động. Phía N H cần phải xem xét chấp hành theo đúng qui định và chịu sự chế tài của pháp luật trong lĩnh vực hoạt động của N H

Xét về quan hệ lao động công việc có tính chất đặc biệt theo qui định tại Điều 117 Bộ luật lao động 2012 bảo vệ 24/24 chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể của cơ quan chủ quản theo qui định

Do đó, Hội đồng xét xử xét thấy cấp sơ thẩm đã thu thập chứng cứ đầy đủ và xem xét giải quyết vụ án là có căn cứ.

Từ những nhận định trên, cũng như căn cứ đề nghị của Kiểm sát viên tham gia phiên tòa, Hội đồng xét xử xét thấy không có cơ sở chấp nhận yêu cầu kháng cáo hủy án sơ thẩm của ông H N H, giữ nguyên bản án sơ thẩm.

[3] Về án phí lao động phúc thẩm: Ông H được miễn theo qui định pháp luật.

*Vì các lẽ nêu trên;*

### **QUYẾT ĐỊNH:**

Căn cứ khoản 3 Điều 289; Điều 293; khoản 3 Điều 298; khoản 1 Điều 308 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015;

Căn khoản 1 Điều 32, điểm c khoản 1 Điều 35, điểm a khoản 1 Điều 39, khoản 2 Điều 92, khoản 2 Điều 184 và khoản 1 Điều 273 Bộ luật Tố tụng dân sự;

Căn cứ Điều 26, Điều 55, Điều 68, Điều 69 và Điều 90 Bộ luật Lao động năm 1994 (được sửa đổi bổ sung năm 2002, 2006, 2007);

Căn cứ Điều 15, Điều 90, Điều 104 và Điều 106 Bộ luật Lao động năm 2012;

Căn cứ điểm a khoản 1 Điều 4 Nghị định 103/2012/NĐ-CP ngày 04 tháng 12 năm 2012.

Căn cứ khoản 1 Điều 4 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH ngày 16 tháng 11 năm 2015 của Bộ Lao động Thương binh và Xã hội;

Căn cứ khoản 1 Điều 147 Bộ luật Tố tụng dân sự và Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30/12/2016 của Ủy ban thường vụ Quốc hội quy định về mức thu, miễn, giảm, thu, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí Tòa án và Danh mục án phí, lệ phí Tòa án (ban hành kèm theo);

Căn cứ Luật Thi hành án dân sự.

Tuyên xử:

Đình chỉ xét xử phần kháng cáo về việc sửa bản án sơ thẩm do người kháng cáo rút yêu cầu kháng cáo.

Không chấp nhận yêu cầu kháng cáo của nguyên đơn; giữ nguyên bản án sơ thẩm.

1. Không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn ông H N H buộc N H BV thanh toán tiền lương làm thêm giờ và tiền lãi do chậm thanh toán từ tháng 01/2002 đến ngày 30/9/2017 với số tiền là 989.564.973 đồng.

2. Về án phí lao động sơ thẩm và lao động phúc thẩm: Ông H N H được miễn nộp .

Trường hợp bản án, quyết định được thi hành theo quy định tại Điều 2 Luật Thi hành án dân sự thì người được thi hành án dân sự, người phải thi hành án dân sự có quyền thỏa thuận thi hành án, quyền yêu cầu thi hành án, tự nguyện thi hành án hoặc bị cưỡng chế thi hành án theo quy định tại các Điều 6, 7 và 9 Luật Thi hành án dân sự; thời hiệu thi hành án được thực hiện theo quy định tại Điều 30 Luật Thi hành án dân sự.

3. Bản án phúc thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ ngày tuyên án.

**Nơi nhận:**

- Tòa án nhân dân Tối cao;
- Viện KSND Cấp cao tại TP.HCM;
- Tòa án nhân dân Cấp cao tại TP.HCM;
- Viện KSND Thành phố Hồ Chí Minh;
- Chi cục THADS Quận 3;
- Tòa án nhân dân Quận 3;
- Viện KSND Quận 3;
- Các đương sự;
- Lưu: VT, hồ sơ vụ án.

**TM. HỘI ĐỒNG XÉT XỬ PHÚC THẨM  
THẨM PHÁN - CHỦ TỌA PHIÊN TÒA**

**Hồ Minh Cường**

