

# BÌNH LUẬN ÁN LỆ SỐ 20/2018/AL XÁC LẬP QUAN HỆ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG SAU KHI HẾT THỜI GIAN THỬ VIỆC

**HỒ XUÂN DŨNG**

Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học luật TP. Hồ Chí Minh

Faculty of Civil Law, Ho Chi Minh City University of Law

Email: hxdung@hcmulaw.edu.vn

## Tóm tắt

Bài viết phân tích Án lệ số 20/2018/AL về xác lập quan hệ hợp đồng lao động sau khi hết thời gian thử việc. Án lệ này lấp đầy khoảng trống pháp lý trong Bộ luật Lao động năm 2012 và năm 2019, khi người sử dụng lao động không thông báo kết quả thử việc nhưng người lao động vẫn tiếp tục làm việc. Dựa trên lý thuyết đồng thuận ngầm và bản chất lao động của quan hệ thử việc, án lệ công nhận quan hệ hợp đồng lao động chính thức được hình thành trong trường hợp này. Bài viết cũng làm rõ các điều kiện áp dụng án lệ, theo đó đã tồn tại hợp đồng thử việc, thời hạn thử việc đã hết và người lao động tiếp tục làm việc. Án lệ số 20/2018/AL vẫn có giá trị áp dụng khi Bộ luật Lao động năm 2019 có hiệu lực thi hành, đảm bảo quyền lợi người lao động và thúc đẩy trách nhiệm của người sử dụng lao động trong việc ký kết hợp đồng lao động minh bạch.

**Từ khóa:** thử việc, đồng thuận ngầm, quan hệ lao động

## Abstract

This commentary analyzes Precedent No. 20/2018/AL on establishing labor contracts after the probationary period. The precedent addresses a legal gap in the Labor Codes of 2012 and 2019, where employers fail to notify probation results, yet employees continue working. Basing on the theory of implied consent and the labor nature of probationary relationships, the precedent recognizes the formation of a formal labor contract in such cases. The article clarifies the conditions for applying the precedent, including the existence of a probationary contract, the end of the probation period, and the employee's continued work without new agreements. The precedent remains applicable to labor disputes under the 2019 Labor Code, protecting employees' rights and promoting employers' accountability in transparently concluding labor contracts.

**Keywords:** probation, implied consent, labor relation

**DOI:** <https://doi.org/10.70236/tckhplvn.290>

**Ngày nhận bài:** 13/3/2025

**Ngày duyệt đăng:** 17/5/2025

Thử việc là giai đoạn khởi đầu cho việc xây dựng quan hệ lao động. Thay vì cam kết và khẳng định ngay quan hệ lao động, hai bên, người sử dụng lao động (NSDLĐ) và người lao động (NLĐ) có thể thỏa thuận về một thời gian để làm việc thử. Đối với NSDLĐ, đây là thời gian để kiểm tra năng lực chuyên môn, thái độ làm việc và sự phù hợp của NLĐ với yêu cầu công việc và văn hóa doanh nghiệp. Ngược lại, NLĐ cũng sử dụng giai đoạn này để đánh giá điều kiện làm việc, mức độ phù hợp giữa công việc với năng lực bản thân, cũng như tiềm năng gắn bó lâu dài với NSDLĐ.<sup>1</sup> Khi thỏa thuận thử việc, hai bên có thể lập thành hợp đồng thử việc riêng hoặc có thể đưa điều khoản thử việc vào trong hợp đồng lao động (HĐLĐ). Để thuận tiện cho việc quản lý, hợp đồng thử việc thường được tách bạch và giao kết riêng trước khi ký HĐLĐ một cách chính thức.

<sup>1</sup> Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật lao động*, Nxb. Hồng Đức, 2022, tr. 147.

Trước khi kết thúc thời gian thử việc, pháp luật quy định nghĩa vụ của NSDLĐ trong việc thông báo kết quả thử việc cho NLĐ. Nếu công việc thử đạt yêu cầu, hai bên tiến hành ký kết HĐLĐ; nếu không đạt yêu cầu, quan hệ thử việc sẽ chấm dứt mà không phát sinh quan hệ lao động. Tinh thần lập pháp này được thể hiện rõ trong Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2012 và tiếp tục duy trì trong BLLĐ năm 2019. Nếu NSDLĐ thực hiện đúng nghĩa vụ này, kết quả thử việc sẽ là cơ sở để hai bên tiến đến hoặc không tiến đến ký kết HĐLĐ chính thức. Theo đó, một quy trình thử việc hợp pháp, bình thường sẽ gồm ba giai đoạn: (i) thỏa thuận thử việc;<sup>2</sup> (ii) đánh giá kết quả thử việc; và (iii) ra quyết định về việc ký kết hoặc không ký kết HĐLĐ chính thức, dựa trên kết quả thử việc được thông báo hợp lệ.<sup>3</sup>

Trong thực tiễn, không ít trường hợp đến thời điểm kết thúc thử việc, NSDLĐ vì lý do chủ quan hay khách quan đã không thông báo kết quả thử việc, trong khi đó, NLĐ vẫn tiếp tục làm việc. Điều này đặt ra vấn đề pháp lý về tính chất mối quan hệ giữa hai bên trong giai đoạn sau khi kết thúc thử việc mà không có thông báo chính thức. Đây là vấn đề mà BLLĐ năm 2012 và BLLĐ năm 2019 và văn bản hướng dẫn tương ứng không có quy định và Án lệ số 20/2018/AL (sau đây gọi tắt là Án lệ 20) đã có câu trả lời. Ở đây, chúng ta thấy Án lệ số 20 ghi nhận sự tồn tại quan hệ HĐLĐ giữa hai bên trong giai đoạn sau khi kết thúc thử việc mà không có thông báo chính thức. Tuy nhiên, việc xác định hoàn cảnh tương tự Án lệ số 20 đôi khi không đơn giản. Đó là hai nội dung sẽ được làm rõ trong bài bình luận.

### **1. Công nhận quan hệ lao động sau thời gian thử việc**

Trước BLLĐ năm 2012, việc NLĐ tiếp tục làm việc sau khi hết thời hạn thử việc tồn tại từ lâu trong thực tiễn.

Khi hướng dẫn thi hành BLLĐ năm 1994, Nghị định số 44/2003/NĐ-CP quy định rõ, nếu hết thời hạn thử việc mà NLĐ vẫn tiếp tục làm việc thì mặc nhiên được hiểu là đã qua thử việc và hai bên phải ký kết HĐLĐ chính thức. Cụ thể, theo khoản 4 Điều 7 Nghị định số 44/2003/NĐ-CP, “Hết thời gian thử việc, NSDLĐ thông báo kết quả làm thử cho người lao động. Nếu đạt yêu cầu, hai bên phải tiến hành ký kết HĐLĐ; hoặc nếu NLĐ không được thông báo mà vẫn tiếp tục làm việc thì người đó đương nhiên được làm việc chính thức”. Quy định này mang tính bảo vệ NLĐ rõ rệt, xem xét việc tiếp tục làm việc sau thời gian thử việc như là bằng chứng về sự công nhận kết quả thử việc.

Tuy nhiên, khi BLLĐ năm 2012 ra đời thay thế BLLĐ năm 1994, và sau đó là BLLĐ năm 2019, quy định này đã bị bãi bỏ. Đồng thời, Nghị

2 Điều 24 Bộ luật Lao động năm 2019 (Điều 26 Bộ luật Lao động năm 2012).

3 Khoản 1 Điều 27 Bộ luật Lao động năm 2019 (Khoản 1 Điều 29 Bộ luật Lao động năm 2012).

định số 44/2003/NĐ-CP cũng được thay thế bởi các nghị định sau đó, đều không tiếp tục quy định việc mặc nhiên công nhận kết quả thử việc trong trường hợp này. Lý do có thể giải thích cho việc không tiếp tục quy định này là pháp luật đã quy định rõ nghĩa vụ thông báo kết quả thử việc của NSDLĐ và NSDLĐ sẽ bị xử lý vi phạm hành chính khi vi phạm.<sup>4</sup> Tuy nhiên, quy định này chỉ xác định trách nhiệm hành chính của NSDLĐ đối với Nhà nước, mà chưa đề cập hậu quả pháp lý đối với NLĐ. Điều này dẫn đến một khoảng trống pháp lý cần được bổ sung, nhằm bảo đảm quyền lợi chính đáng của NLĐ, tránh việc bị lợi dụng làm việc không HĐLĐ hoặc bị chấm dứt không có căn cứ rõ ràng sau thời gian thử việc.

Ấn lệ 20 mang đến giải pháp pháp lý quan trọng trong việc công nhận quan hệ lao động giữa NLĐ và NSDLĐ khi thời hạn thử việc kết thúc nhưng người lao động vẫn tiếp tục làm việc. Giải pháp này đặt nền tảng trên hai cơ sở lý luận quan trọng: (i) công nhận sự đồng thuận ngầm về kết quả thử việc trong trường hợp một bên hoặc cả hai bên không thể hiện ý chí khác và (ii) mối quan hệ giữa hai bên NLĐ và NSDLĐ là quan hệ lao động. Về mặt học thuật, cơ sở này nhận được sự tán thành của giới học thuật tại Việt Nam cũng như trên thế giới.

Về điểm trống pháp lý từ BLLĐ năm 2012, theo Điều 26 BLLĐ năm 2012, “1. NSDLĐ và NLĐ có thể thỏa thuận về việc làm thử, quyền, nghĩa vụ của hai bên trong thời gian thử việc. Nếu có thỏa thuận về việc làm thử thì các bên có thể giao kết hợp đồng thử việc. Nội dung của hợp đồng thử việc gồm các nội dung quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, g và h khoản 1 Điều 23 của Bộ luật này”. Kế thừa quy định vừa nêu, Điều 24 BLLĐ năm 2019 khẳng định “1. NSDLĐ và NLĐ có thể thỏa thuận nội dung thử việc ghi trong HĐLĐ hoặc thỏa thuận về thử việc bằng việc giao kết hợp đồng thử việc. 2. Nội dung chủ yếu của hợp đồng thử việc gồm thời gian thử việc và nội dung quy định tại các điểm a, b, c, đ, g và h khoản 1 Điều 21 của Bộ luật này”.

Quy định trên cho thấy quan hệ thử việc giữa NSDLĐ và NLĐ là quan hệ hợp đồng và điều này tương thích với khái niệm hợp đồng, theo đó “Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự” (Điều 385 BLDS năm 2015, kế thừa quy định trong BLDS trước đây). Sau khi thời hạn của một quan hệ hợp đồng kết thúc, thông thường quan hệ hợp đồng giữa các bên không còn nữa và quan hệ kế tiếp có thể là quan hệ khác. Đối với quan hệ lao động,

4 Điểm b khoản 1, Điều 6 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 88/2015/NĐ-CP; điểm b khoản 1 Điều 10 Nghị định số 12/2022/NĐ-CP ngày 17/1/2022 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội và đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

nếu NSDLĐ thông báo kết quả thử việc cho NLĐ và trường hợp thử việc đạt yêu cầu thì tiếp tục thực hiện HĐLĐ đã giao kết trong trường hợp thỏa thuận thử việc trong HĐLĐ hoặc phải giao kết HĐLĐ đối với trường hợp giao kết hợp đồng thử việc; còn trường hợp thử việc không đạt yêu cầu thì chấm dứt HĐLĐ đã giao kết hoặc hợp đồng thử việc. Nội dung vừa nêu cho thấy, sau thời gian thử việc, quan hệ giữa các bên có thể là quan hệ hợp đồng nhưng cũng có thể không còn quan hệ hợp đồng. Đối với hoàn cảnh theo đó sau khi kết thúc thời gian thử, NSDLĐ không có thông báo kết quả thử việc và NLĐ vẫn tiếp tục làm việc, quan hệ hợp đồng giữa các bên có tồn tại không?

BLLĐ không quy định đối với trường hợp NSDLĐ không thể hiện ý kiến rõ ràng về kết quả của quá trình thử việc và NLĐ vẫn tiếp tục làm việc cho NSDLĐ.

Về hợp đồng tồn tại do đồng thuận ngầm, trong khoa học pháp lý, học thuyết về sự đồng thuận ngầm được áp dụng khá phổ biến trong hệ thống thông luật lẫn dân luật. Học thuyết đồng thuận ngầm cho rằng sự đồng ý giữa các bên không nhất thiết phải thể hiện bằng lời nói hay văn bản, mà có thể được suy ra từ hành vi thực tế và thái độ không phản đối. Điều đó có nghĩa khi hai bên không thể hiện rõ ý chí nhưng có thực hiện hành vi và hai bên đều biết việc thực hiện hành vi của nhau và không bên nào thể hiện sự phản đối với bên còn lại thì xem như hai bên ngầm đồng thuận về việc đang thực hiện. Trong án lệ *Foley v. Interactive Data Corp.* (1988), Tòa tối cao của California đã theo hướng vừa nêu khi nhận định rằng một HĐLĐ ngầm có thể được thiết lập thông qua hành vi, thông lệ, và kỳ vọng hợp lý của các bên, ngay cả khi không có văn bản rõ ràng. Tòa án cho rằng ý định thực sự của các bên có thể được suy ra từ hành vi và thông lệ của họ, từ đó chứng minh sự tồn tại của một thỏa thuận ngầm.<sup>5</sup> Tại Pháp, học thuyết về đồng thuận ngầm tồn tại trong luật dân sự khá phổ biến, có thể thấy ở việc tái tục hợp đồng dân sự. Theo đó khi hợp đồng có thời hạn xác định hết hạn mà các bên vẫn tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ trong hợp đồng, thì hợp đồng được coi là tự động gia hạn.<sup>6</sup> Ngay cả trong lĩnh vực lao động, Tòa phá án Pháp trong bản án số 21-13.496 ngày 28/9/2022 xác định người lao động được thanh toán tiền

5 Nguyên văn “the absence of an express written or oral contract term concerning termination of employment does not necessarily indicate that the employment is actually intended by the parties to be ‘at will,’ because the presumption of at-will employment may be overcome by evidence of contrary intent. Generally, courts seek to enforce the actual understanding of the parties to a contract, and in so doing may inquire into the parties’ conduct to determine if it demonstrates an implied contract”; *Foley v. Interactive Data Corp.* (1988) 47 Cal.3d 654, 765 P.2d 373 (Cal. 1988); J. Fineman, “The inevitable demise of the implied employment contract”, *Berkeley Journal of employment and labor law*, Vol. 29, 2008.

6 Điều 1215 Bộ luật dân sự Pháp. Nguyên văn “Lorsqu’à l’expiration du terme d’un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d’en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction”.

lượng làm thêm giờ cho số giờ làm thêm mà người đó đã thực hiện theo thời gian biểu được lập đi lập lại thường xuyên với sự im lặng chấp thuận của NSDLĐ.<sup>7</sup>

Theo hướng trên, việc NLĐ tiếp tục công việc sau thời hạn thử việc mà NSDLĐ không có ý kiến phản đối thì xem như các bên tiếp tục duy trì quan hệ hợp đồng giữa các bên. Quan điểm này cũng nhận được sự chia sẻ của các tác giả ở Việt Nam cho rằng theo suy luận logic pháp lý, vì trách nhiệm thông báo kết quả thử việc là của NSDLĐ nhưng họ đã không có ý kiến nên xem như họ đã đồng ý thử việc đạt yêu cầu khi vẫn để NLĐ tiếp tục làm việc.<sup>8</sup> Hay quan điểm khác cho rằng NLĐ vẫn tiếp tục đi làm tức là vẫn mong muốn tiếp tục thực hiện những nội dung chủ yếu như đã giao kết trong hợp đồng thử việc (về công việc, địa điểm, điều kiện làm việc, quyền và nghĩa vụ) và khi NSDLĐ vẫn giao việc cho NLĐ và không phản đối việc NLĐ tiếp tục đi làm thì có thể xem như đó là một sự đồng ý giữa hai bên. Như vậy, tồn tại một sự đồng thuận ngầm được thiết lập giữa hai bên về kết quả thử việc.<sup>9</sup>

Đó cũng là hướng được thể hiện trong Án lệ số 20. Bởi lẽ, đối với tình huống theo đó “NSDLĐ có thư mời làm việc với nội dung xác định loại HĐLĐ và thời gian thử việc. NLĐ đã thử việc theo đúng thời gian thử việc trong thư mời làm việc và hết thời gian thử việc, NLĐ vẫn tiếp tục làm việc mà NSDLĐ và NLĐ không có thỏa thuận nào khác”, Án lệ số 20 xác định theo hướng “trường hợp này, phải xác định NLĐ và NSDLĐ đã xác lập quan hệ HĐLĐ”. Nội dung vừa nêu cho thấy Án lệ số 20 đã theo hướng tồn tại quan hệ hợp đồng giữa các bên khi NLĐ tiếp tục làm việc sau thời gian thử việc mà NSDLĐ và NLĐ không có ý kiến khác. Hướng như vừa nêu là thuyết phục, tương thích với lý thuyết về đồng thuận ngầm nêu trên.

**Bản chất lao động của quan hệ hợp đồng.** Một khi quan hệ hợp đồng giữa các bên tồn tại, việc xác định quan hệ hợp đồng này có tính chất như thế nào, thuộc loại quan hệ hợp đồng nào có ý nghĩa rất quan trọng. Đối với quan hệ hợp đồng mà một bên thực hiện công việc cho bên kia, quan hệ hợp đồng có thể là quan hệ hợp đồng dịch vụ, quan hệ thử việc hay quan hệ lao động. Mỗi loại quan hệ này có cơ chế và nội dung quy định điều chỉnh khác nhau. Chẳng hạn, trong giai đoạn làm thử, quyền lợi của

7 Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 septembre 2022, 21-13.496 (trans: Court of Cassation, Civil, Social Chamber, September 28, 2022, 21-13.496) [https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046357277?init=true&page=1&query=21-13.496&search-Field=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046357277?init=true&page=1&query=21-13.496&search-Field=ALL&tab_selection=all)

8 Nguyễn Hữu Chí, Nguyễn Văn Bình, *Bình luận khoa học Bộ luật Lao động 2019*, Nxb. Tư pháp, 2021, tr. 88.

9 Lương Minh Sơn, “Một số vấn đề về quy định thử việc trong pháp luật lao động Việt Nam”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 6, 2017.

NLĐ thử việc thường thấp hơn so với lao động ký HĐLĐ và việc này có thể thấy ở các vấn đề như tiền lương (trả ít nhất bằng 85% công việc)<sup>10</sup> hoặc không tham gia bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế.<sup>11</sup> Đối với trường hợp NLĐ tiếp tục làm việc sau khi hết thời hạn thử việc mà NSDLĐ không có ý kiến khác, quan hệ hợp đồng của các bên được ghi nhận như đã nêu ở trên và câu hỏi đặt ra là quan hệ này là quan hệ hợp đồng như thế nào, thuộc loại quan hệ hợp đồng nào? Trả lời câu hỏi này có hệ quả pháp lý quan trọng như đã nêu trên.

Với ý nghĩa là một giai đoạn đánh giá mức độ phù hợp của NLĐ với yêu cầu công việc mà NSDLĐ có nhu cầu thực hiện, thử việc không tách rời với quan hệ lao động giữa NSDLĐ và NLĐ. Ở đây, NSDLĐ và NLĐ có thể thỏa thuận nội dung thử việc ghi trong HĐLĐ hoặc thỏa thuận về thử việc bằng việc giao kết hợp đồng thử việc. Trong trường hợp đầu tiên, thử việc được ghi nhận trong HĐLĐ nên dễ nhận ra rằng thử việc là một giai đoạn của HĐLĐ. Trong giai đoạn này, một số điều kiện và ràng buộc của hai bên có thể đơn giản hơn và không yêu cầu chặt chẽ như trong giai đoạn thực hiện HĐLĐ, có thể thấy như việc thông báo chấm dứt quan hệ khi một trong hai bên thấy không phù hợp với công việc mà không cần đảm bảo thời gian báo trước và thủ tục như yêu cầu của HĐLĐ thông thường. Như vậy, một HĐLĐ dù đã được ký nhưng nó chưa thực sự có ý nghĩa ràng buộc các bên một cách xác định mà nó còn “treo”, phụ thuộc vào điều kiện thử việc đạt hay không.<sup>12</sup> Nếu đạt thì HĐLĐ chính thức mới có ý nghĩa ràng buộc hai bên. Tuy vậy, mối quan hệ giữa hai bên trong thời gian thử việc này là quan hệ lao động bởi lẽ về pháp lý chỉ có một HĐLĐ duy nhất được thiết lập mà trong đó thử việc chỉ là một điều khoản.

Trong trường hợp thứ hai, hai bên ký hợp đồng thử việc mà chưa ký HĐLĐ, trong trường hợp này, thời gian thực hiện thử việc đó, quan hệ giữa NLĐ và NSDLĐ có là quan hệ lao động hay không? Về mặt lý luận, có thể khẳng định thời gian thử việc theo hợp đồng thử việc vẫn tồn tại quan hệ lao động giữa NLĐ và NSDLĐ bởi nó đảm bảo 3 đặc điểm chính, đặc thù của quan hệ lao động: (i) có sự thực hiện công việc, (ii) có trả công, (iii) có sự lệ thuộc về mặt pháp lý của NLĐ vào NSDLĐ. Theo tác giả Jean Pélisier, thời gian thử việc hàm ý người lao động được đặt dưới các điều kiện lao động thông thường và dĩ nhiên nó khác với các trường hợp tập nghề tại doanh nghiệp, vốn không bao giờ tự động chuyển sang

10 Điều 26 Bộ luật Lao động năm 2019.

11 Khoản 1 Điều 2 Luật BHXH năm 2014 (nay là khoản 1 Điều 2 Luật BHXH năm 2024 áp dụng từ 01/7/2025), Điều 12 Luật BHYT năm 2008 sửa đổi, bổ sung năm 2014.

12 Tác giả Jean Pélisier gọi là “*le caractère suspensif ou résolutoire de la condition d'essai*”. Jean Pélisier, Alain Supiot và Antoine Jemaud, *Droit du travail*, Dalloz Précis, 21<sup>e</sup> édition, tr. 361.

HĐLĐ khi kết thúc.<sup>13</sup> Về mặt pháp lý, BLLĐ quy định những nội dung chủ yếu của hợp đồng thử việc bao gồm thông tin nhân thân người lao động, công việc phải làm, thời gian và địa điểm thực hiện công việc, mức lương, thời giờ làm việc, nghỉ ngơi, an toàn và vệ sinh lao động như trong HĐLĐ (là những nội dung chính của HĐLĐ). Có thể nói hợp đồng thử việc là một HĐLĐ nhưng được rút gọn.

Như vậy, về bản chất, mối quan hệ giữa NLĐ và NSDLĐ trong thời gian thử việc là quan hệ lao động và việc NLĐ tiếp tục làm việc sau thời gian thử việc mà NSDLĐ không có ý kiến khác là duy trì quan hệ lao động nhưng đó không là quan hệ lao động của giai đoạn thử việc (đã kết thúc) mà là quan hệ HĐLĐ chính thức/thông thường, chịu sự chi phối của các quy định về HĐLĐ chính thức/thông thường (bảo vệ người lao động hơn giai đoạn lao động thử việc). Nói như tác giả Sébastien Tourneaux, quan hệ lao động tiếp tục sau thời gian thử việc dẫn đến việc chuyển đổi hợp đồng thử việc thành hợp đồng chính thức.<sup>14</sup> Đó cũng là hướng được thể hiện trong Ấn lệ số 20 vì ấn lệ xác định: “Trường hợp này, phải xác định NLĐ và NSDLĐ đã xác lập quan hệ HĐLĐ”. Với việc NLĐ tiếp tục làm việc sau khi thời hạn thử việc chấm dứt mà NSDLĐ không có ý kiến khác, chúng ta có thể hiểu rằng điều kiện thử việc đã được đáp ứng, NLĐ mong muốn quan hệ HĐLĐ chính thức và NSDLĐ chấp nhận NLĐ cho HĐLĐ chính thức, tức có sự thống nhất ý chí ngầm về HĐLĐ chính thức nên có việc “xác lập quan hệ HĐLĐ” như Ấn lệ số 20 khẳng định. Ở đây, có việc tiếp tục quan hệ HĐLĐ nhưng có việc chuyển hóa từ hợp đồng thử việc sang HĐLĐ chính thức/thông thường với hệ quả là quan hệ giữa các bên không còn chịu sự chi phối của quy định về hợp đồng thử việc (cho phép NSDLĐ chấm dứt dễ dàng hợp đồng) mà chịu sự chi phối của quy định về HĐLĐ chính thức (giới hạn việc NSDLĐ chấm dứt hợp đồng).

Trên cơ sở lý thuyết về đồng thuận ngầm và bản chất lao động trong quan hệ thử việc giữa hai bên NLĐ và NSDLĐ, giải pháp pháp lý mà Ấn lệ 20 đưa ra (là công nhận quan hệ lao động chính thức giữa hai bên mà không phải là một quan hệ khác khi NLĐ tiếp tục làm việc sau khi kết thúc giai đoạn thử việc) là hợp lý và thuyết phục.

Với hướng này, chúng ta thấy được sự tương đồng giữa Ấn lệ Việt Nam với Ấn lệ của Pháp khi nhìn nhận quan hệ lao động chính thức được

13 Gerad Lyon-Caen, Jean Pélisier, *Les grands arrêts de droit du travail*, Edition Sirey, Paris 2 ed, 1980, tr. 225.

14 Nguyễn văn “la relation de travail qui se poursuit au-delà de la période d’essai emporte la transformation du contrat à l’essai” en “contrat définitif”. Sébastien Tourneaux, “L’impossible prolongation de la période d’essai par respect du délai de prévenance”, <https://www.lexbase.fr/article-juridique/21724973-jurisprudence-l-impossible-prorogation-de-la-periode-d-essai-par-respect-du-delai-de-prevenance>, truy cập ngày 14/4/2025.

hình thành sau khi thời điểm thử việc kết thúc. Bởi lẽ, trong trong phán quyết ngày 05/11/2014, Tòa phá án Pháp (*Cour de cassation*) đã xác định rằng “việc tiếp tục quan hệ lao động sau thời hạn thử việc làm phát sinh một HĐLĐ mới không xác định thời hạn, và việc chấm dứt chỉ có thể thực hiện qua thủ tục sa thải”.<sup>15</sup> Ở đây, “quá thời hạn thử việc, việc tiếp tục thực hiện công việc lao động là biểu hiện của thực hiện hợp đồng và việc này đương nhiên đòi hỏi sự tồn tại của một hợp đồng”.<sup>16</sup>

Án lệ sinh ra là để giải quyết cho các hoàn cảnh tương tự khác như Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP đã quy định “Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ, bảo đảm những vụ việc có tình huống pháp lý tương tự thì phải được giải quyết như nhau” (khoản 2 Điều 8). Vấn đề tiếp theo là xác định hoàn cảnh nào tương tự để áp dụng Án lệ số 20.

## 2. Xác định hoàn cảnh tương tự để áp dụng Án lệ

Về yếu tố vẫn tiếp tục làm việc, để áp dụng Án lệ số 20, chúng ta phải xét đến bối cảnh thực tế của tranh chấp có tồn tại quan hệ thử việc hay không? và NLĐ có vẫn tiếp tục làm việc sau khi kết thúc thời hạn thử việc mà NSDLĐ không có ý kiến khác hay không? Tức là, phải xem xét việc có đáp ứng ba điều kiện là (i) đã tồn tại hợp đồng thử việc, (ii) thời hạn thử việc đã hết (do thời hạn ban đầu đã hết và không có thỏa thuận kéo dài hợp pháp) và (iii) NLĐ tiếp tục làm việc hay không? Việc xác định điều kiện (iii) có thể gặp khó khăn trước sự đa dạng của quan hệ sau khi kết thúc thời hạn thử việc và việc vượt quá quy định để xử lý hậu quả phát sinh trong quá trình thử việc là trường hợp vừa nêu.

Ví dụ,<sup>17</sup> ông T được tuyển dụng làm Giám đốc kinh doanh tại Công ty DS từ ngày 24/6/2019 đến 23/8/2019 theo hình thức thử việc không văn bản. Ngày 22/8/2019, Công ty có thông báo cho ông T về việc sẽ chấm dứt thử việc và yêu cầu bàn giao các công cụ dụng cụ đã được cấp, đồng thời giải trình các chi phí tạm ứng còn tồn đọng. Cho đến ngày 31/8/2019, ông T vẫn không chấp nhận bàn giao và chấm dứt thời gian thử việc nên Công ty ra quyết định nghỉ việc. Vấn đề cần đặt ra khi giải quyết vụ án này là quan hệ lao động giữa hai bên có phải là HĐLĐ thử việc hay là HĐLĐ. Về việc này Tòa phúc thẩm nhận định, do xác định là Hợp đồng thử việc, nên khi kết thúc 60 ngày, thì đến ngày thứ 69 bị đơn mới ban hành Quyết định cho thôi việc là trái với quy định tại khoản 1 Điều 27 BLLĐ năm

15 Nguyên văn trong bản án “la poursuite de la relation de travail au-delà du terme de l’essai donne naissance à un nouveau contrat de travail à durée indéterminée qui ne peut être rompu à l’initiative de l’employeur que par un licenciement” (Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.114, FS-P+B).

16 Grégoire Loiseau, “Le dépassement de la période d’essai pour les besoins de l’exécution du préavis”, *RDC* 2015, tr. 354.

17 Bản án số 323/2022/LĐ-PT ngày 22/6/2022 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh.

2012. Nghĩa là, khi hết thời gian thử việc NLĐ vẫn tiếp tục làm việc thì Hợp đồng thử việc trở thành HĐLĐ chính thức, theo Ấn lệ số 20/2018/AL về xác lập quan hệ HĐLĐ sau khi hết thời gian thử việc.

Đường lối xét xử trong vụ án này mang một ý nghĩa thực tiễn lớn cho doanh nghiệp trong việc định hình cách xử lý phù hợp quy định pháp luật. Đó là phải thực hiện việc thông báo kết quả thử việc đúng hạn. Việc kéo dài thời gian thử việc dù để xử lý hậu quả trong quá trình thử việc cũng không được chấp nhận. Quan điểm này cũng có điểm chung với quan điểm của Tòa án Pháp thể hiện trong bản án ngày 05/11/2014 (nêu trên) trong đó Tòa án tuyên bố không chấp nhận việc kéo dài thử việc thông qua việc áp dụng thời hạn báo trước kết quả thử việc. Tác giả Jean Mouly đã giải thích rằng quy định này nhằm tránh việc các doanh nghiệp lợi dụng thời hạn báo trước để kéo dài thêm vài ngày thử việc, trong khi không còn bất kỳ hy vọng nào về việc giữ NLĐ lại trong doanh nghiệp.<sup>18</sup>

Về thời gian xác lập quan hệ lao động, hợp đồng làm phát sinh tranh chấp và tạo ra Ấn lệ số 20 là hợp đồng chịu sự điều chỉnh của BLLĐ năm 2012. Việc liệt kê các quy định liên quan trong Ấn lệ số 20 cho thấy điều vừa nêu: Ấn lệ này liệt kê “Điều 26, Điều 27, Điều 28, Điều 29 của BLLĐ năm 2012” trong phần “Quy định pháp luật có liên quan đến Ấn lệ”. Ngày nay, BLLĐ năm 2012 đã hết hiệu lực và BLLĐ năm 2019 đang có hiệu lực pháp luật. Đối với quan hệ chịu sự điều chỉnh bởi BLLĐ năm 2019, Ấn lệ số 20 có áp dụng không? Như đã nêu ở trên, Ấn lệ 20 đã tiếp nối đúng hướng phát triển pháp lý nhất quán trong nhiều năm qua, không tạo ra sự đứt gãy trong chính sách pháp luật quốc gia. Việc ghi nhận nội dung này trong Ấn lệ không chỉ bảo đảm tính kế thừa của pháp luật, mà còn đóng vai trò bổ sung cho quá trình thực thi pháp luật từ góc độ tư pháp, bên cạnh các chỉ đạo và hướng dẫn mang tính hành chính. Điều này góp phần tăng cường tính thống nhất trong áp dụng pháp luật, nâng cao tính dự đoán được của hệ thống pháp lý, và đặc biệt, củng cố sự bảo vệ quyền lợi chính đáng của NLĐ. Mặc dù Ấn lệ số 20 được ban hành trong bối cảnh BLLĐ năm 2012 đang được áp dụng, nhưng khi áp dụng BLLĐ năm 2019, nội dung của Ấn lệ này vẫn cần được giữ nguyên. Bởi lẽ, BLLĐ năm 2019, dù có nhiều sửa đổi, bổ sung so với Bộ luật năm 2012, không đưa ra quy định cụ thể nào về hệ quả pháp lý trong trường hợp NLĐ tiếp tục làm việc sau khi thời gian thử việc kết thúc nên cũng tương tự như BLLĐ năm 2012. Nói cách khác, điểm trống pháp lý trong BLLĐ năm 2019 và văn bản hướng dẫn cũng tương tự như điểm trống pháp lý trong BLLĐ năm 2012 và văn bản hướng dẫn liên quan đến việc NLĐ

18 Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.114, FS-P+B, *tldd*; Bình luận của J. Mouly, *Droit social*, 2013, tr. 275.

tiếp tục làm việc sau khi thời hạn thử việc kết thúc. Do đó, việc Án lệ số 20 bổ khuyết cho BLLĐ năm 2012 và văn bản hướng dẫn cũng cần được vận dụng tương tự khi vận dụng BLLĐ năm 2019 và văn bản hướng dẫn.

Trong thực tiễn xét xử, Tòa án đã theo tiếp tục áp dụng Án lệ số 20 đối với những tranh chấp xảy ra sau thời điểm Bộ luật Lao động 2019 có hiệu lực thi hành (thay thế Bộ luật Lao động năm 2012) để công nhận quan hệ lao động giữa NSDLLĐ và NLĐ trong trường hợp NLĐ vẫn tiếp tục làm việc sau khi thời hạn thử việc kết thúc. Có thể lấy ví dụ trong Bản án số 06/2023/LĐ-ST ngày 24/7/2023 của Tòa án nhân dân Quận 8, Thành phố Hồ Chí Minh và bản án số 19/2023/LĐ-PT ngày 19/7/2023 của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Dương. Cụ thể ở bản án đầu tiên, Tòa án xét rằng “Ngày 21/03/2022, bà Kim N làm việc tại Công ty N với thời gian thử việc là 01 tháng. Ngày 22/4/2022 (sau khi hết thời gian thử việc 01 tháng), bà N vẫn tiếp tục làm việc tại Công ty và nhận đủ lương. Căn cứ vào Án lệ số 20/2018/AL, Tòa án nhận định “Bà N đã hết thời gian thử việc 01 tháng, bà N vẫn tiếp tục làm việc mà giữa bà N và Công ty N không có thỏa thuận nào khác, Hội đồng xét xử có cơ sở để xác định giữa Công ty N và bà Kim N đã xác lập quan hệ hợp đồng lao động”.<sup>19</sup>

Tương tự như vậy ở bản án thứ hai, sau khi viện dẫn nội dung Điều 27 BLLĐ năm 2019 về hợp đồng thử việc, Tòa án xét rằng “Đối chiếu với quy định nêu trên, thấy rằng khi kết thúc thời gian thử việc, bị đơn không thông báo kết quả thử việc cho nguyên đơn mà để nguyên đơn vẫn tiếp tục làm việc đến ngày 04/9/2021 (cụ thể là 13 ngày) mới có thông báo chấm dứt thử việc với ông V là không phù hợp với quy định nêu trên. Vì vậy việc Tòa án cấp sơ thẩm áp dụng Án lệ số 20/2018/AL để xác định các bên có mối quan hệ hợp đồng lao động từ ngày 23/8/2021 là có căn cứ và phù hợp pháp luật”.<sup>20</sup>

Về loại hợp đồng lao động được xác lập, chúng ta đã thấy Tòa án xác định tồn tại quan hệ HĐLĐ khi NLĐ tiếp tục làm việc sau thời hạn thử việc. Thực tế, theo quy định tại Khoản 1 Điều 20 Bộ luật Lao động 2019, HĐLĐ có thể là hợp đồng có xác định thời hạn hoặc không xác định thời hạn. Khi áp dụng Án lệ số 20, đây là hợp đồng có thời hạn hay không có thời hạn xác định? Ở Pháp, trong Án lệ năm 2014 nêu trên, Tòa án Pháp theo hướng đây là “HĐLĐ không xác định thời hạn”.

Trong vụ việc tạo ra Án lệ số 20, thư mời nhận việc gửi ông T (người lao động) nêu rõ vị trí tuyển dụng là Trưởng bộ phận phi thực phẩm, với loại hợp đồng dự kiến là HĐLĐ xác định thời hạn (12 tháng hoặc hơn) nhưng không có thông tin nào cho thấy các bên theo hướng đây là hợp

19 Bản án số 06/2023/LĐ-ST ngày 24/7/2023 của Tòa án nhân dân Quận 8, TP. Hồ Chí Minh.

20 Bản án số 19/2023/LĐ-PT ngày 19/7/2023 của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Dương.

đồng có thời hạn 12 tháng. Có lẽ từ điểm chưa rõ này, Tòa án chỉ ghi nhận rằng “có đủ cơ sở để khẳng định quan hệ giữa ông T và Công ty TNHH L sau khi hết thời gian thử việc là quan hệ HĐLĐ”, mà không đề cập cụ thể thời hạn HĐLĐ được giao kết và Án lệ số 20 cũng không nêu rõ loại HĐLĐ. Việc Án lệ chưa nói rõ loại HĐLĐ áp dụng trong trường hợp xác lập quan hệ HĐLĐ để lại khoảng trống cần giải quyết. Bởi lẽ, tương ứng với mỗi loại HĐLĐ, quyền và nghĩa vụ của NSDLĐ, NLĐ có sự khác biệt. Đặc biệt trong trường hợp NLĐ bị cho thôi việc trái quy định, việc xác định thời gian người lao động không được làm việc để xác định nghĩa vụ bồi thường tiền lương, BHXH, sẽ căn cứ vào thời gian còn lại của của HĐLĐ đối với HĐLĐ có xác định thời hạn hoặc có thể kéo dài cho đến khi vụ án được giải quyết đối với HĐLĐ không xác định thời hạn.

Trong thực tiễn, có Tòa án xác định quan hệ HĐLĐ là có xác định thời hạn như, trong vụ việc nêu trên, Tòa án nhân dân Quận 8 TP. Hồ Chí Minh xác định “Hội đồng xét xử có cơ sở để xác định giữa Công ty N và bà Kim N đã xác lập quan hệ HĐLĐ có thời hạn 12 tháng”. Tuy nhiên, có Tòa án lại không nêu đó là hợp đồng có thời hạn như trong vụ việc nêu trên của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Dương. Thực ra, Nội dung án lệ và Khái quát nội dung án lệ trong án lệ số 20 bỏ ngỏ vấn đề liên quan đến loại hợp đồng (có thời hạn hay không có thời hạn xác định). Do đó, xét về mặt ngôn ngữ và phạm vi áp dụng, Án lệ mới dừng lại ở việc xác nhận sự tồn tại của quan hệ lao động, mà chưa làm rõ về loại thời hạn của hợp đồng phát sinh trong tình huống này, nói rộng hơn là loại HĐLĐ được áp dụng. Việc xác định cụ thể loại HĐLĐ vẫn phụ thuộc vào các yếu tố bổ sung trong từng vụ việc cụ thể, như thỏa thuận ban đầu về thử việc, văn bản trao đổi giữa các bên, và các dữ kiện thể hiện ý chí của các bên trước hoặc sau thời gian thử việc.

### Kết luận

Khác với BLDS năm 2015, BLLĐ năm 2012 và BLLĐ năm 2019 không quy định rõ vai trò của án lệ trong lĩnh vực lao động. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy án lệ lao động vẫn tồn tại, và Án lệ số 20 là một minh chứng rõ ràng, dù BLLĐ chưa công nhận vai trò này một cách minh bạch. Án lệ số 20 ra đời đã góp phần quan trọng trong việc lấp đầy khoảng trống pháp lý liên quan đến hệ quả pháp lý sau khi thời gian thử việc kết thúc. Điều này mang hai ý nghĩa quan trọng. Về ý nghĩa thứ nhất, sau thời hạn thử việc kết thúc, dù chưa giao kết HĐLĐ, chế độ thử việc cũng không còn áp dụng.<sup>21</sup> Quyền lợi NLĐ trong thời gian hậu thử việc này sẽ không bị giới hạn ở quyền lợi của người thử việc. Về ý nghĩa thứ hai,

21 Lưu Tiến Dũng, *Án lệ Việt Nam, phân tích và luận giải, từ án lệ số 01 đến Án lệ số 43*, Nxb. Tư pháp, tập 1, tr. 359.

Án lệ số 20 khẳng định đã tồn tại quan hệ lao động, do vậy khi NSDLĐ muốn cho NLĐ thôi việc phải đảm bảo các điều kiện về lý do và thực hiện đầy đủ các trình tự thủ tục được quy định (hiện nay là tại Điều 36 BLLĐ năm 2019). Ở đây, Án lệ số 20/2018/AL là cơ sở pháp lý quan trọng giúp ổn định quan hệ lao động, khẳng định vai trò bảo vệ của pháp luật đối với NLĐ đồng thời góp phần thúc đẩy trách nhiệm của NSDLĐ trong việc xác lập HĐLĐ đúng thời điểm, đảm bảo sự minh bạch và công bằng trong việc chuyển đổi từ thủ việc sang chính thức.

Án lệ số 20 không chỉ mang ý nghĩa thực tiễn quan trọng mà còn thể hiện rõ tinh thần kế thừa ổn định trong đường lối giải quyết vấn đề đã được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật trước đây và quan trọng hơn dù được ban hành ở thời điểm BLLĐ năm 2012 đang có hiệu lực, Án lệ số 20 vẫn mang giá trị áp dụng đối với các trường hợp tương tự xảy ra sau thời điểm BLLĐ năm 2019 có hiệu lực thi hành. ●

#### Tài liệu tham khảo

- [1] Bản án số 323/2022/LĐ-PT ngày 22/6/2022 Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh [trans: Appellate Labor Case No. 323/2022/LĐ-PT dated June 22, 2022 of the People's Court of Ho Chi Minh City]
- [2] Bản án số 06/2023/LĐ-ST ngày 24/7/2023 của Tòa án nhân dân Quận 8, Thành phố Hồ Chí Minh [trans : Labor Case No. 06/2023/LĐ-ST dated July 24, 2023 of the People's Court of District 8, Ho Chi Minh city]
- [3] Bản án số 19/2023/LĐ-PT ngày 19/7/2023 của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Dương [trans : Appellate Labor Case No. 19/2023/LĐ-PT dated July 19, 2023 of the People's Court of Binh Duong province]
- [4] Nguyễn Hữu Chí, Nguyễn Văn Bình, *Bình luận khoa học Bộ luật Lao động 2019*, Nxb. Tư pháp, 2021 [trans : Nguyen Huu Chi, Nguyen Van Binh, *Scientific Commentary on the 2019 Labor Code*, Justice Publishing House, 2021]
- [5] Lưu Tiến Dũng, *Án lệ Việt Nam, phân tích và luận giải, từ án lệ số 01 đến Án lệ số 43*, Nxb. Tư pháp, tập 1 [trans: Luu Tien Dung, *Vietnamese case law, analysis and interpretation, from Case Precedent No. 01 to Case Precedent No. 43*, Justice Publishing House, Vol. 1]
- [6] J. Fineman, "The inevitable demise of the implied employment contract", *Berkeley Journal of employment and labor law*, Vol. 29
- [7] Gerad Lyon-Caen, Jean Pélissier, *Les grands arrêts de droit du travail*, Edition Sirey, Paris 2 ed, 1980 [trans: Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier, *The major rulings on labor law*, Edition Sirey, Paris 2nd ed, 1980]
- [8] Jean Pélissier, Alain Supiot và Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz Précis, 21edition [trans: Jean Pélissier, Alain Supiot and Antoine Jeammaud, *Labor law*, Dalloz Précis, 21st edition]
- [9] Luồng Minh Sơn, "Một số vấn đề về quy định thử việc trong pháp luật lao động Việt Nam", *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 6, 2017 [trans: Luong Minh Son, "Some issues regarding the regulations on probationary periods in Vietnamese labor law", *Journal of Legal Science*, No. 6, 2017]
- [10] Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật lao động*, Nxb Hồng Đức, 2022 [trans: Ho Chi Minh City University of Law, *Textbook on labor law*, Hong Duc Publishing House, 2022]