

广州市海珠区劳动人事争议仲裁委员会

仲 裁 裁 决 书

穗海劳人仲案字〔2022〕141号

申请人：刘劲伟，男，汉族，1983年7月19日出生，住址：广州市白云区。

被申请人：广州瀛点餐饮有限公司，住所：广州市海珠区瀛洲南路303号101铺。

法定代表人：黄宇江。

委托代理人：林楚君，女，广东法制盛邦律师事务所律师。

委托代理人：杨凯鸿，男，广东法制盛邦律师事务所实习人员。

申请人刘劲伟与被申请人广州瀛点餐饮有限公司关于赔偿金等劳动人事争议案件，本委依法受理并进行开庭审理。申请人刘劲伟和被申请人的委托代理人林楚君到庭参加庭审。本案现已审理终结。

申请仲裁情况及答辩意见

申请人于2021年11月30日向本委申请仲裁，提出如下仲裁请求：一、确认申请人与被申请人2021年7月1日至2021

年10月6日存在劳动关系；二、被申请人支付申请人2021年7月1日至2021年10月6日未签订书面劳动合同二倍工资30308元；三、被申请人支付申请人2021年10月1日至2021年10月6日工资2308元；四、被申请人支付申请人违法解除劳动合同赔偿金30308元；五、被申请人支付申请人2021年8月1日至2021年9月30日加班工资7507元；六、被申请人支付2021年8月1日至2021年8月31日利润提成金额4000元。

被申请人辩称：申请人与我单位双方不存在劳动关系：一、申请人只是我单位经理黄宇江找到的朋友，黄宇江为了提高店铺业绩和销售酒水业绩，其经常找外面的朋友带客户到店消费，并根据消费情况给予朋友返点，正因为双方不存在劳动关系，更加不存在需要签订劳动合同的情况；二、黄宇江给予申请人的钱均是申请人与黄宇江私下的约定，这些钱都是预支的返点。黄宇江认为申请人认识的人多，约定无论带来多少客户，都给其1万元的返点或提成，因此我单位认为黄宇江个人找申请人带客户的行为，不代表申请人与我单位建立劳动关系；三、即使仲裁委认为申请人为我单位提供服务，双方也只是劳务关系，提供的只是劳务服务，原因如下：1、申请人提供的是客户、朋友资源，黄宇江根据消费情况向申请人支付返点，形成的是返点服务，属于劳务关系，2、申请人从未接受我单位管理，其会陪朋友一起来，朋友不来的时候，其也不需要到店打卡考勤，3、申请人从来不需要考勤打卡，我单位的营业时间为19点至凌晨

2 点，申请人出现的时间一般为 22 点后至凌晨 2 点，与一般工作 8 小时不吻合，更不存在加班情况，基本上都是过来玩，想来就来；四、假设仲裁委认为双方建立劳动关系，工作时间也只是 4 小时，不属于全日制，也只是非全日制，不需要支付加班费及经济补偿金；五、实际上申请人从 2021 年 8 月 1 日才过来酒吧，到了九月底已经结束带客户的情况，之后都是通过微信、电话进行预约，也没有再带过客户过来，因此申请人只在 8 月 1 日至 9 月 30 日出现在酒吧。申请人没有参与过工作管理，没有接受考勤管理，没有建立用工关系，双方不存在领导与被领导关系，故申请人不属于我单位的员工。六、针对请求四，双方不存在用工关系，因此不存在违法解除。即便存在劳动关系，但是我单位从来没有对申请人提出辞退的意思表示，而是申请人无故终止双方合作，提出索要 2 万元无依据的利润分成，我单位拒绝后，申请人就终止合作，之后就没有出现过，因此不存在违法解除的情形。七、针对请求五，申请人没有提供证据证明存在休息日加班的情况，且双方不存在劳动关系，故不存在加班的情形。八、针对请求六，双方从未达成需要向其分配利润的约定，黄宇江也只是给予申请人业绩返点提成，酒吧实际上由于疫情，业绩不好，一直亏损，故也不存在利润。

本委查明事实及认定情况

一、关于确认劳动关系问题。申请人主张其于 2021 年 7 月

1 日入职被申请人处，任店长岗位，是通过法定代表人黄宇江进入被申请人处工作的，双方未签订劳动合同，工作时间不固定，每天上班超过 8 小时，每月休息 4 天，双方约定工资标准为 10000 元/月，另有佣金，每月通过被申请人法定代表人黄宇江的银行账户转账，工作地点系被申请人的注册地，其因与被申请人沟通工资、提成及加班费问题，协商不成，于 2021 年 10 月 6 日提出与被申请人解除双方劳动关系。申请人提交微信聊天记录、8 月工资单、转账记录及微信工作群拟证明上述事实。根据申请人提交的微信群“广州瀛酒馆工作沟通群”2021 年 7 月 8 日聊天记录载述：“欢迎我们营销经理 kent（伟）加入【广州瀛酒馆】，从这一刻起，在这个大家庭里，我们荣辱与共，共同跨越；我们携手同行，共创佳绩。在这里，没有领导与下级，没有剥削与压迫。有的只是朋友姐妹与兄弟……”2021 年 9 月 4 日，微信用户“B 黄宇江”：“那个客人没来么？”申请人：“来了，走了”；微信用户“B 黄宇江”：“什么情况呢？汇报下什么情况”；申请人：“早场人不多就走啦”。另，根据申请人提交的《瀛酒馆员工 8 月工资单》显示：“姓名：Kent；职务：店长；薪酬：10000；应发基本工资 10000；实发工资 10000”。被申请人对申请人提供的微信聊天记录、8 月工资单、转账记录及微信工作群真实性予以确认，但被申请人辩称申请人虽被拉进一个工作微信群，不意味着与被申请人存在劳动关系，也不意味着受被申请人管理，主张仅系为了提高酒水销量而与申

请人建立合作；因此，其也不确认申请人所主张的工资数额，且申请人出现在被申请人处的时间应为 2021 年 8 月，不存在入职时间；关于工资单，被申请人确认系被申请人法定代表人黄宇江发放给申请人的，但该工资单是被申请人法定代表人黄宇江随便弄的，也未盖有被申请人的公章。被申请人另主张申请人最后出现在被申请人处的时间应为 2021 年 9 月 26 日至 2021 年 9 月 27 日，因申请人不需要打卡，一直是喜欢来就来，故不存在休息及上班之说，也不清楚其最后工作日，其不认可申请人主张的离职日期为 2021 年 10 月 6 日。经查，根据申请人提交的微信转账记录显示：2021 年 8 月 10 日，8000 元；2021 年 9 月 12 日，3400 元；2021 年 9 月 21 日，6600 元；2021 年 10 月 11 日，10000 元，转账说明：Kent9 月工资，以上转账记录均为微信用户“B 黄宇江”转出。被申请人确认该转账记录的真实性及确认为被申请人法定代表人黄宇江给申请人进行转账。关于黄宇江在 2021 年 10 月转账记录备注为 9 月工资，被申请人主张系因黄宇江对工资没有概念，所以才备注工资，事实并非工资。另查，申请人提交与微信用户“B 黄宇江”的微信聊天记录载述：2021 年 6 月 17 日：“老表，我可以过来帮你地手，我本身都有好多资源和经验可以一齐搞，工资方面我想系 12000，……”微信用户“B 黄宇江”：“工资有点太高了。支撑不起来。……”被申请人对该微信聊天记录真实性予以确认，但认为该微信聊天记录不能证明被申请人对申请人进行工作邀

约。再查，申请人提交 2021 年 10 月 2 日、2021 年 10 月 3 日、2021 年 10 月 4 日与被申请人法定代表人的微信聊天记录拟证明其工作至 2021 年 10 月 6 日。被申请人对该微信聊天记录真实性予以确认，但认为该微信聊天记录不能证明申请人的上班时间。本委认为，劳动关系系劳动者通过让渡劳动力使用权以向用人单位获取对价的法律关系，当中内容系与劳动过程紧密相连的人身关系和财产关系，实为劳动力与资本的结合。具体到本案，首先，从被申请人法定代表人黄宇江与申请人微信聊天记录中可得知，黄宇江确实有与申请人进行过薪资标准的讨论，期后，黄宇江曾要求申请人进行汇报工作情况。由此看出，申、被双方存在管理与被管理的关系。虽被申请人对申请人所举证证明事实均予以否认，但被申请人未能提供证据加以反驳，无法以证据证明其当庭陈述，及陈述事实的客观存在，被申请人需承担举证不能的不利后果。其次，被申请人法定代表人每月定时向申请人转账，且其中 2021 年 10 月该转账备注为“工资”，该转账记录具备劳动报酬的定时发放等基本属性。黄宇江兼具被申请人法定代表人的身份，故其实施的民事行为有别于自然人所具有的单一性质，其担任法定代表人期间所从事的民事行为具备个人行为 and 职务行为两种不同性质。因此，黄宇江向申请人转账的行为有无存在履行被申请人职务行为的可能性，应由被申请人承担举证证明责任，否则，作为负有举证责任的当事人，被申请人理应对此待证事实承担举证不能的不利

后果。且被申请人未能提供证据对此转账记录系工资加以反驳，仅凭其当庭对款项备注内容的解释不足以否定款项具有劳动报酬的可能，根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规定，其对此亦应承担举证不能的不利后果。再次，被申请人主张申请人2021年8月开始出现在被申请人处，及2021年9月26日至2021年9月27日期间均无到被申请人处上班。虽申请人无打卡考勤记录，但申请人的入群时间、被申请人法定代表人转账记录的时间及与被申请人进行工作沟通的时间，与被申请人所主张的事实相矛盾，且被申请人未能提供证据证明其主张或提供证据对申请人的主张加以反驳，故被申请人承担举证不能的不利后果。综上，本委认为，申、被双方存在劳动关系具有高度可能性，故本委确认申请人与被申请人于2021年7月1日至2021年10月6日期间存在劳动关系。

二、关于工资问题。申请人主张2021年10月1日至2021年10月6日的工资未发放，该期间除2021年10月1日因被申请人放假未营业，故其未上班，其他都均有上班。申请人提交2021年9月30日至2021年10月4日的微信聊天记录拟证明上述事实。被申请人辩称申请人自2021年9月底起就未再出现在被申请人处，故被申请人无需支付该期间的工资。本委认为，被申请人作为具有管理及核发薪资待遇职责的用人单位，对属下员工系否符合领取相应劳动报酬的条件负有说明及举证的义务，但被申请人未能举证证明申请人在此期间的考勤情况，也

未提供证据对申请人提交的证据加以反驳，被申请人需承担举证不能的不利后果，故根据《中华人民共和国劳动法》第五十条之规定，被申请人应支付申请人2021年10月1日至2021年10月6日期间工资5042.02元 $[10000 \text{ 元} \div 29.75 \text{ 天} (21.75 \text{ 天} + 4 \text{ 天} \times 200\%) \times (3 \text{ 天} + 2 \text{ 天} \times 300\% + 3 \text{ 天} \times 200\%)]$ 。申请人主张的金额未超过法律规定的范围，属当事人对自身权利的自由处分，本委对此予以尊重并照准。

三、关于二倍工资问题。如前所述，申、被双方存在劳动关系，被申请人应履行与申请人订立书面劳动合同之法定义务。鉴于被申请人未举证证明已履行上述义务，根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条之规定，被申请人应支付申请人2021年8月1日至2021年10月6日期间未订立书面劳动合同二倍工资差额25042.02元 $(3400 \text{ 元} + 6600 \text{ 元} + 10000 \text{ 元} + 5042.02 \text{ 元})$ 。

四、关于赔偿金问题。申请人主张其与被申请人沟通工资、2021年8月提成及加班费事宜，协商不成，故于2021年10月6日与被申请人法定代表人黄宇江提出离职。申请人提交微信聊天记录拟证明上述事实。被申请人对微信聊天记录真实性不予以确认，且其主张该微信聊天记录中未提出有解除劳动关系的意思表示。被申请人另主张只能确认申请人最后出现在被申请人处的时间为2021年9月26日至2021年9月27日，双方在此之后终止合作。根据申请人提交的微信聊天记录载述：2021

年9月7日，“B黄宇江”：“……我这边确实负担不起一个月一万的工资，所以我想转变。你如果继续住这边住房我报销1000元，然后店的工资由这个月开始不付底薪你，但是烧烤的营业额还是给你……”经查，申请人主张其离职前月平均工资为9000元至10000元左右。被申请人否认申请人存在离职前月平均工资，其主张这些均为酒水返利，非工资。本委认为，首先，申请人作为申请仲裁请求的主体，应承担主要举证责任。虽申请人提交微信聊天记录作为证据证明系被申请人提出解除，但从该微信聊天记录语境中无法看出被申请人有解除的意思表示。因申请人未能提供证据加以证明系被申请人对申请人进行解除，申请人需承担举证不能的不利后果。因此，申、被双方均未能提供证据证明申请人的离职原因，可视为被申请人提出且经双方协商一致解除劳动关系，故被申请人需支付申请人经济补偿。据此，申、被双方劳动合同解除可认定为双方协商一致之结果。其次，被申请人作为核算薪资待遇的主体，应承担申请人离职前月平均工资金额的举证责任，如前所述，被申请人未能提供证据证明其主张，也未能提供证据对申请人的主张加以反驳，故被申请人承担举证不能的不利后果，故本委采纳申请人离职前月平均工资之主张。综上，申请人根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条、第四十六条、第四十七条之规定，被申请人应支付申请人解除劳动关系经济补偿金5000元（10000元×0.5个月）。

五、关于加班工资问题。申请人主张其工作时间不固定，但入职时被申请人与其承诺每月休息4天，实际并未休息，故需要支付其休息日加班工资。申请人提交其每周日上班的微信聊天记录拟证明其2021年8月起的周日均有上班。被申请人确认微信聊天记录的真实性，但其主张微信聊天记录无法证明申请人的加班事实，且申请人无固定上班时间，故无法确认其实际上班时间，申请人即使上班，上班时间也是只有4个小时左右，故不存在加班的情况。在庭审中，申、被双方均确认双方未对加班及加班工资进行过约定。本委认为，首先，参照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任”之规定，劳动者对上述加班事实应负举证责任。虽申请人提交周日的微信聊天记录，但结合申请人自认其实行不固定工作时间的的事实，且申请人未能提供证据证明双方约定其休息日固定为每周日，故无法确认申请人每周日即为申请人的固定休息日。其次，根据现有的法律规定可知，仅规定用人单位需安排劳动者每周休息一天，但未规定其休息日必定为周六或周日。现申请人仅提供每周日工作的记录，但未能提供证据证明其在2021年8月1日至2021年9月30日期间每天均有提供劳动，故无法确定其主张的事实客观存在。且在本案中，劳动者并无提供任何证据证明其加班的事实。基于此，根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规定，劳动者对

此应承担举证不能的不利后果。因此，申请人主张的休息日加班工资缺乏事实依据和法律依据，本委对此不予支持。

六、关于提成问题。申请人主张双方约定提成需按利润 20% 作为计算标准，但被申请人从未发放过提成。被申请人辩称双方未对于利润提成作出过约定，且被申请人因疫情的原因，一直处于亏损的状态，不存在有利润。对此，申请人主张被申请人并非处于亏损状态，系被申请人虚报成本，导致账目上不存在利润。申请人提交表格及微信聊天记录拟证明上述事实。被申请人对申请人提交的表格真实性不予认可。根据申请人提供的微信聊天记录载述：申请人：“人地有分红，我噶利润呢？说好 15%，阿晖噶 5%呢”。本委认为，申请人未能提交证据证明双方对于提成进行过明确的约定，在被申请人对提成约定否认的情况下，仅根据申请人的单方主张，无法证明申、被双方对提成进行过约定。且提成作为以用人单位及劳动者约定为前提而进行发放的款项，不属于法律规定的由用人单位必须支付的法定劳动报酬范畴，故申请人作为主张支付提成的主体，其需承担主要举证责任；但根据申请人提供的微信聊天记录无法得知，申、被双方对提成存在明确约定，该证据仅是申请人向被申请人就提成事宜的单方陈述，而非双方协商后的合意意思表示，故无法证明申请人所主张的事实客观存在，本委无法采纳申请人的当庭陈述。综上，申请人主张利润提成缺乏事实依据及法律依据，本委对此不予支持。

裁决结果

根据《中华人民共和国劳动法》第五十条,《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条、第四十六条、第四十七条、第八十二条,《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条,参照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第九条之规定,本委裁决如下:

一、确认申请人与被申请人自 2021 年 7 月 1 日至 2021 年 10 月 6 日期间存在劳动关系;

二、在本裁决生效之日起三日内,被申请人一次性支付申请人 2021 年 8 月 1 日至 2021 年 10 月 6 日期间未订立书面劳动合同二倍工资差额 25042.02 元;

三、在本裁决生效之日起三日内,被申请人一次性支付申请人 2021 年 10 月 1 日至 2021 年 10 月 6 日期间工资 2308 元;

四、在本裁决生效之日起三日内,被申请人一次性支付申请人解除劳动关系经济补偿金 5000 元;

三、驳回申请人的其他仲裁请求。

本仲裁裁决为非终局裁决,当事人不服本仲裁裁决的,可自收到本仲裁裁决书之日起十五日内向有管辖权的人民法院提起诉讼;期满不起诉的,仲裁裁决书发生法律效力。一方当事人逾期不履行发生法律效力的仲裁裁决书的,另一方当事人可依照民事诉讼法的有关规定向有管辖权的人民法院申请执行。

(本页无正文)

仲 裁 员 陈隽英

二〇二二年二月十三日

书 记 员 曾焜恒