



劳动法实务系列（四）

企业因员工不胜任进行调岗调薪及解除劳动合同的法律风险解析

主讲人：陈杰律师



目录

- 一、不胜任工作解除难点分析
- 二、绩效考核与绩效管理
- 三、绩效改进计划的制定与实施
- 四、不胜任工作的调岗调薪
- 五、不胜任工作解除与试用期不符合录用条件解除
- 六、不胜任工作解除与严重违纪解除
- 七、不胜任工作解除与客观情况发生重大变化解除

01

不胜任工作解除难点分析

不胜任工作管理与绩效改进计划

关于不胜任工作

- ◆ 劳动部关于《劳动法》若干条文的说明(劳办发[1994]289号)中规定, "不能胜任工作"是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量。用人单位不得故意提高定额标准, 使劳动者无法完成。
- ◆ 不胜任工作的认定, 通常通过绩效考核结果做出。



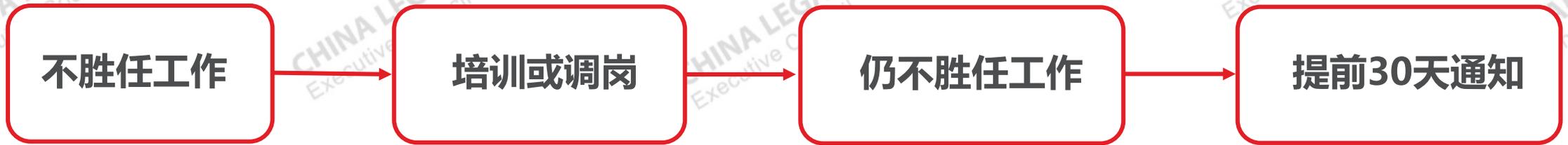
不胜任工作解除的法律规定

- ◆ 《劳动合同法》第四十条规定，“有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

(二) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。



▶ 不胜任工作解除的条件



- ◆ 员工不胜任本职工作(需要第一轮绩效评估)
- ◆ 培训后仍不公司为员工安排培训或调整其工作岗位
- ◆ 能胜任原工作或调整岗位后不能胜任新岗位(需要第二轮绩效评估)



不胜任工作解除的公司举证责任

◆ 从实体上而言，公司需要有充分证据证明以下事实：

- 1) 公司对员工进行了两次单独的工作考核，分别认定其为不能胜任工作，并且公司需要能够有充分的证据证明不胜任工作的事实，这一点的难度是非常大的；
- 2) 公司在第一次认定不能胜任工作后，依法为其安排了培训或调岗；
- 3) 员工没有劳动合同法42条规定的医疗期、工伤、女职工三期等不得解除的情形。

◆ 从程序上而言，公司需要完成以下程序：

- 1) 就公司进行考核的制度依据向员工进行了公示告知，或经员工签收确认；
- 2) 就两次不胜任工作，公司进行较为正式的考核认定，并将结果书面告知了员工；
- 3) 就解除事宜，公司需履行通知工会的义务；

在员工手册中对“不胜任工作”的概念及情形细化

“不能胜任工作”指不能按时、按质、按量完成工作任务，包括但不限于：

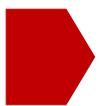
- ◆ 工作的质量降低或工作的质量对部门、团队的绩效产生了负面的影响；
- ◆ 绩效未达到既定的绩效目标、绩效标准；
- ◆ 对目标完成过程中遇到的困难、风险未能及时沟通、汇报，且未能作出相应调整导致对困难、风险处理不当；
- ◆ 员工在规定的时间内未完成或未能通过公司内部培训考试，或者培训不合格；
- ◆ 未在规定时间内完成工作任务或工作完成情况不符合公司的要求；
- ◆ 员工不具备、丧失或在指定时间内未能获得国家、政府机构或者公司规定的必须具备的相关资质要求；
- ◆ 员工其他不能胜任工作的情形。

最高院指导案例

基本案情

◆2005年7月，被告王鹏进入原告中兴通讯（杭州）有限责任公司（以下简称中兴通讯）工作，劳动合同约定王鹏从事销售工作，基本工资每月3840元。该公司的《员工绩效管理办法》规定：员工半年、年度绩效考核分别为S、A、C1、C2四个等级，分别代表优秀、良好、价值观不符、业绩待改进；S、A、C（C1、C2）等级的比例分别为20%、70%、10%；不胜任工作原则上考核为C2。王鹏原在该公司分销科从事销售工作，2009年1月后因分销科解散等原因，转岗至华东区从事销售工作。2008年下半年、2009年上半年及2010年下半年，王鹏的考核结果均为C2。中兴通讯认为，王鹏不能胜任工作，经转岗后，仍不能胜任工作，故在支付了部分经济补偿金的情况下解除了劳动合同。

◆2011年7月27日，王鹏提起劳动仲裁。同年10月8日，仲裁委作出裁决：中兴通讯支付王鹏违法解除劳动合同的赔偿金余额36596.28元。中兴通讯认为其不存在违法解除劳动合同的行为，故于同年11月1日诉至法院，请求判令不予支付解除劳动合同赔偿金余额。



最高院指导案例

- ◆ 裁判结果

浙江省杭州市滨江区人民法院于2011年12月6日作出（2011）杭滨民初字第885号民事判决：原告中兴通讯（杭州）有限责任公司于本判决生效之日起十五日内一次性支付被告王鹏违法解除劳动合同的赔偿金余额36596.28元。宣判后，双方均未上诉，判决已发生法律效力。

最高院指导案例

裁判理由

法院生效裁判认为：为了保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》对用人单位单方解除劳动合同的条件进行了明确限定。原告中兴通讯以被告王鹏不胜任工作，经转岗后仍不胜任工作为由，解除劳动合同，对此应负举证责任。根据《员工绩效管理办法》的规定，“C（C1、C2）考核等级的比例为10%”，虽然王鹏曾经考核结果为C2，但是C2等级并不完全等同于“不能胜任工作”，中兴通讯仅凭该限定考核等级比例的考核结果，不能证明劳动者不能胜任工作，不符合据此单方解除劳动合同的法定条件。虽然2009年1月王鹏从分销科转岗，但是转岗前后均从事销售工作，并存在分销科解散导致王鹏转岗这一根本原因，故不能证明王鹏系因不能胜任工作而转岗。因此，中兴通讯主张王鹏不胜任工作，经转岗后仍然不胜任工作的依据不足，存在违法解除劳动合同的情形，应当依法向王鹏支付经济补偿标准二倍的赔偿金。

最高院指导案例

- ◆ 裁判要点

劳动者在用人单位等级考核中居于末位等次，不等同于“不能胜任工作”，不符合单方解除劳动合同的法定条件，用人单位不能据此单方解除劳动合同。

02

绩效考核与绩效管理

不胜任工作管理与绩效改进计划

关于绩效考核

- ◆ 量化：工作任务完成情况的量化分析较易成为判定是否不能胜任的依据；无法量化的主观评估则难以为司法部门采纳；
- ◆ 细化：对具体工作任务是否完成的评估较易得到司法部门的认可，对员工工作情况的笼统评价较难为司法部门接受；
- ◆ 外化：客户意见可以作为判定是否不能胜任的依据，而内部人员的评估则难以为司法部门采纳。



员工绩效管理的步骤

- ◆ 第一步：与员工沟通、确认其岗位描述（PD）、年度目标、KPI等
- ◆ 第二步：评估员工绩效
- ◆ 第三步：制定绩效改进计划（PIP）或者为员工调整工作岗位（二者择其一）
- ◆ 第四步：继续开展绩效考核并视情况作出相应处理

第一步：与员工沟通、确认其岗位描述（PD）、年度目标、KPI等

- ◆ 岗位描述：包含员工的岗位职责、任职条件、对该员工的期望等。新员工的PD可作为其劳动合同的附件，与劳动合同同时签订；员工在工作岗位发生变化时，应当签订劳动合同的变更协议，并明确其新的岗位职责。其他员工的PD，可由经理负责在设定年度目标时于公司相应的绩效评估系统中与员工沟通，并由员工在系统中确认。
- ◆ 年度目标：于每年第一季度由经理与员工沟通后在公司相应的绩效评估系统中设定，员工则需在系统中对设定的年度目标予以确认。
- ◆ KPI：由经理与员工沟通、制定后，由经理以邮件形式告知员工，并给员工设定异议期限。

第二步：评估员工绩效

评估员工绩效可以通过以下方式进行：

- ◆ 持续反馈：每年由经理与员工进行反馈，共同回顾员工在该阶段内的工作绩效、员工是否按时、按量完成了KPI等。
- ◆ 年度绩效回顾：对比年初设定的年度目标，逐项打分，评估年度目标的完成情况。
- ◆ 特殊人员绩效评估：针对考评结果不理想或不胜任工作的员工，公司可根据实际情况加大考核力度、缩短考核周期，每季度、每月或不定期对其进行绩效考核。例如，针对通过绩效改进计划的员工，可持续跟踪一段时间，以季度为周期对其考评，直至其绩效明显提升，公司可再酌情恢复对其实行年度例行考评。



第三步：制定绩效改进计划（PIP） 或者为员工调整工作岗位（二者择其一）

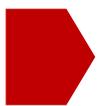
详见第三节“绩效改进计划的制定与实施”与第四节“不胜任工作的调岗调薪”

第四步：继续开展绩效考核并视情况作出相应处理

- ◆ 经过PIP或者为员工调整工作岗位后，继续依据事先确定的PD、KPI等开展绩效考核。
- ◆ 如员工经考核合格，则可以继续留在当前的工作岗位上。
- ◆ 如员工经PIP后仍考核不合格，或者员工经调整工作岗位后经考核仍出现不胜任工作情形的，则经理应当与人力资源部门沟通，并在征询法务的意见后，向员工发出单方解除劳动合同的通知并支付经济补偿金（N+1）。
- ◆ 如向员工发出单方解除通知，需要同时将劳动合同解除的事实通知工会。如该实体无工会，则需通知公司所在地的工会。

03

绩效改进计划的制定与实施 不胜任工作管理与绩效改进计划



关于绩效改进计划

- ◆ 绩效改进计划适用对象：不胜任工作员工、其他公司认为绩效存在需要改进的地方的员工
- ◆ 绩效改进计划 ≠ 培训
- ◆ 绩效改进计划目的：提升绩效？ or 解除员工？

绩效改进计划实施步骤

- ◆ 主管与员工就绩效考核结果沟通，指出员工存在问题；
- ◆ 针对问题，制定详细的绩效改进方案；
- ◆ 设定绩效改进计划期限；
- ◆ 告知员工绩效改进计划内容，并要求其贯彻落实绩效改进方案；
- ◆ 对员工绩效改进结果评估，做出通过、不通过或延长绩效改进期限的决定；

PIP除在相关绩效考核系统中记录以外，还应以书面方式明确下来，由员工签字确认，并交由相关负责人在该员工的人事档案中存档。该书面文件应当包含（但不限于）以下内容：

- 员工在绩效评估中被认定为“不胜任工作”的事实；
 - 员工下一步的行动计划(结合具体岗位职责，详细分条列举对员工的工作要求)；
 - 公司（或者公司指定的第三方）针对员工存在的问题，计划给予针对性的培训和支持；
- 员工下一次绩效考核的日期、考核方法和考核应达成的目标。



关于培训

- ◆由独立第三方对员工进行的，针对不胜任工作情形的专项培训，通常较为容易被认可；
- ◆建议将培训与PIP计划有所区别，从而使培训体现为一个专门针对员工的单独培训，这样能够充分体现公司针对员工的不胜任工作，专门安排了培训，从而符合法律要求；

04

不胜任工作的调岗调薪

不胜任工作管理与绩效改进计划

◆ 怎样的调岗调薪在实践中会被司法机关支持？

考察：新岗位与原岗位的工作内容是否发生根本性变化，从而导致员工脱离了其本来工作而无法正常工作；新岗位是否具有歧视性；新岗位的工资待遇是否与原岗位相比明显下降等。

◆ 员工是否有权拒绝调岗调薪？



调岗合理性案例

基本案情

2004年10月11日，何某至某公司从事销售工作，双方签有多份劳动合同，最后一份劳动合同的期限为2011年4月1日至2016年3月31日。2013年起，何某担任销售总工程师，每月工资8390元，不参加考勤，另按业绩享有奖金，全年业绩指标450万元。2013年1月至6月，何某完成业绩指标的20%，其中1月至5月完成业绩指标的2.60%。2013年6月27日，公司通知何某，根据2013年1月至5月的销售业绩以及平时工作态度，要求何某自7月1日起每天进行产品学习，连续三周，考勤时间为早上八点半至下午五点半，期间不得脱岗，否则按旷工处理。若最终考试不满80分，公司将进行调岗。何某缺席了第三周的学习，最终考试结果为55分。8月9日，公司出具“人员调动通知书”，通知将何某调整为行政管理部的行政岗位，并于8月14日完成工作交接，到新部门报到。如有异议，需在8月12日之前提出。8月14日，何某通过电子邮件要求公司提供换岗依据。公司表示何某未在12日之前提出异议，要求其于次日上午到新岗位工作。何某不认同换岗理由，并未至行政管理部报到。8月21日，公司以何某未办理任何有效请假手续连续旷工4天，严重违反规章制度为由，解除与何某的劳动关系。9月9日，何某申请劳动争议仲裁，要求公司支付违法解除的赔偿金。



调岗合理性案例

◆ 裁判结果

劳动争议仲裁委没有支持何某的请求，何某遂提起诉讼。一审法院认为，2013年1月至5月，何某仅完成业绩指标2.60%，公司安排其进行培训和考试具有一定的合理性。公司根据何某的业绩完成情况及考试结果，认定其不能胜任销售工程师的岗位，调整其工作岗位，并无不当，何某应根据公司的安排到新的工作岗位报到。何某未到新的岗位报到，且无正当理由，公司以连续旷工构成严重违反规章制度为由解除双方劳动合同，并无不当。何某不服，提出上诉。



调岗合理性案例

◆ 裁判结果

二审法院认为，用人单位以员工不胜任工作调整其岗位的，确须证明其调整岗位行为具有合理性。本案中，首先，公司《员工手册》规定，公司实行分层分类的绩效考核体系，考核周期根据职位类别的不同分别按季度、半年度或年度考核。劳动合同约定何某为年度考核，公司提前对其进行考核，并将其纳入培训与考试的行为存在不妥。其次，公司对于业绩比何某差的同岗位员工为何不用接受培训与考试，未能给出合理解释，故认定公司的调岗行为欠缺合理性。再次，公司要求何某于8月16日前往公司开会，但因公司已调整其工作岗位，开会通知错误地发送给其他员工，导致何某未来参会。综上，由于调岗行为并不具有合理性，何某8月16日因公司原因未能参加会议也不构成旷工，公司以连续旷工4天构成严重违反规章制度的理由并不成立，故判决公司支付赔偿金。

05

不胜任工作解除与试用期不符合录用条件解除

不胜任工作管理与绩效改进计划

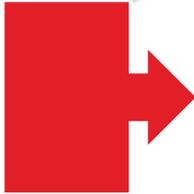
关于试用期管理

- ◆按法定标准确定试用期限

- ◆细化录用条件

- ◆设定明确具体的工作职责描述

- ◆加强试用期考核



将录用条件及工作职责告知员工

问题：试用期的目的？试用期管理的目的？

在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：(1)在试用期间被证明不符合录用条件的；



关于录用条件

- ◆ 录用条件是用人单位确定所要聘用的劳动者的条件；
- ◆ 录用条件由用人单位自行确定；
- ◆ 录用条件评估：是对新进人员在试用期表现进行的评估，企业通过试用期评估确定人员是否符合企业录用条件；
- ◆ 公司在试用期内可以对已录用的劳动者进行评估，对不符合录用条件的可以解除合同；

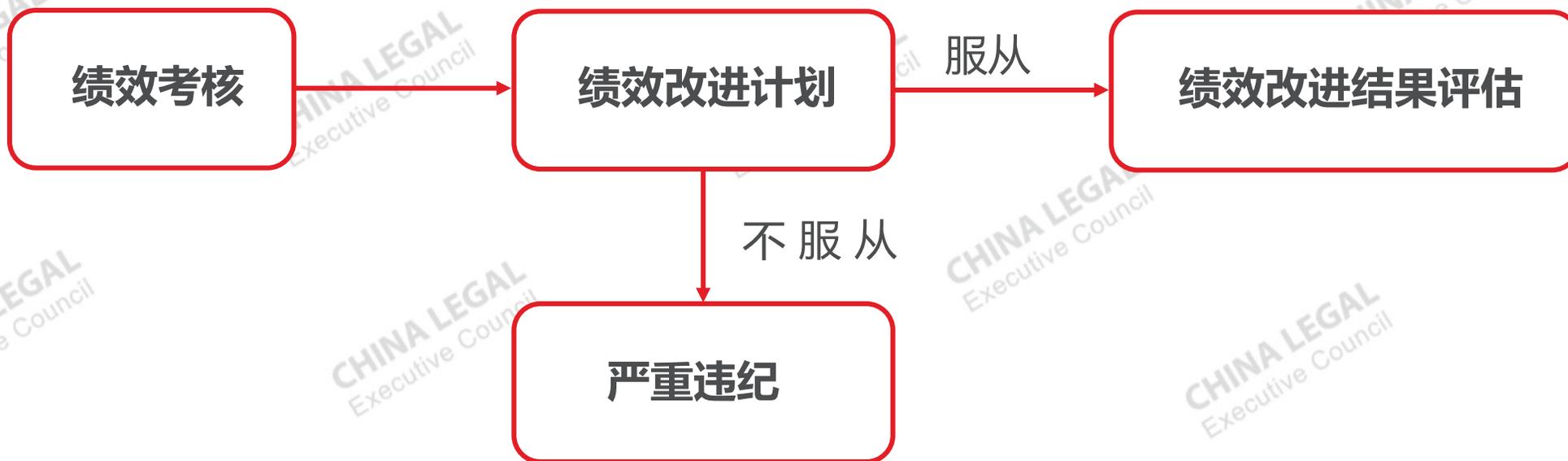
问题：试用期录用条件是否越详细越好？

	试用期不符合录用条件	不胜任工作
通知期	解除无需提前通知	解除需提前1个月通知
解除条件	证明不符合录用条件即可解除	证明不胜任工作 ↓ 培训或调岗 ↓ 证明仍不胜任工作
经济补偿金	无需支付经济补偿金	需支付经济补偿金
联系	若试用期内员工出现“不胜任工作”的情形，公司无需为其安排培训或调岗，可立即解除劳动合同	

06

不胜任工作与严重违纪

不胜任工作管理与绩效改进计划



07

不胜任工作与客观情况发生重大变化

不胜任工作管理与绩效改进计划

	不胜任工作	客观情况发生重大变化
相同点	<ul style="list-style-type: none"> 解除需提前1个月通知； 解除需支付经济补偿金； 出现《劳动合同法》第四十二条规定的情形，不得解除劳动合同； 	
必经步骤	劳动者不能胜任工作	劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行
	培训或调岗	协商变更劳动合同
	经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作	未能就变更劳动合同内容达成协议

可选解雇方案分析及最优方案选择

- ◆ 违纪解除？
- ◆ 不胜任解除？
- ◆ 协商解除？
- ◆ 客观情况发生重大变化解除？

Q & A

THANK YOU !

