“不能胜任工作”可解除合同？

□上海通乾律师事务所 朱慧 武慧琳

我国《劳动合同法》第四十条规定，在“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”情形下，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。

该条规定是用人单位法定的解除劳动合同的理由之一，根据该条款并结合《劳动合同法》的其他规定，以“不能胜任解除劳动合同”必须符合以下条件：(1)劳动者不能胜任工作；(2)经过培训或调整岗位；(3)仍不能胜任工作；(4)提前三十天通知或额外支付一个月工资；(5)通知到工会；(6)通知到劳动者本人；(7)支付经济补偿金。

但实务中，依据这条解除劳动合同仍然会引发诸多纠纷，尤其是查询相关裁判文书我们可以发现，用人单位以“不能胜任工作”为由解除劳动合同要得到司法机关的认可是很不容易的。

以下我们对这一问题作简要的分析：

资料图片

不能胜任工作的认定

“不能胜任工作解除劳动合同”，最基本的条件就是劳动者存在“不能胜任工作”的客观事实，这是需要用人单位能够举证证明的。

从实务案件的裁判结果来看，如果用人单位能够提供合法有效的劳动者考核评定结果，或者劳动者过往多次工作错误的例证等证据，司法机关认定劳动者“不能胜任工作”的可能性将显著提升。

1.业绩考核评定

一般来说，用人单位根据劳动者的岗位特点周期性地对工作表现进行考核评定的成绩，是可以客观反映劳动者是否胜任工作的，比如用人单位可根据销售岗位的实际情况与劳动者事先约定销售目标，并以其完成销售目标的情况作为评判是否胜任工作的依据。

不过，各用人单位对于劳动者考核评定的操作程序、制度完善程度等存在较大差异，而这些将直接影响到考核评定成绩能否被司法机关认定为足以证明劳动者不能胜任工作的有效证据。

首先，用人单位在考核评定的实际操作程序中，相关考核标准和成绩是否得到了劳动者的确认。

其次，是用人单位考核评定所依据的规章制度是否合法，以及在实际操作中是否遵照执行。

在用人单位制定了考核评定的规章制度时，司法机关对于规章制度的合法性一般会进行审查，即审查该制度是否经过民主程序制定、是否向劳动者公示。同时，司法机关还会对用人单位是否按程序执行了规章制度进行审查。

如果用人单位进行考核评定依据的规章制度不合法，或者违反了自己制定的程序，而劳动者又对该考核评定成绩不予认可，那么根据此类考核评定成绩主张劳动者不能胜任工作将难以得到司法机关的认可。

2.具体例证

由于不是所有劳动者的工作表现都能被量化，有些不能胜任工作的情况也可以通过劳动者在工作中的具体表现来进行归纳证明。

在我们代理的某购物中心与焦某劳动争议一案中，焦某在从2015年1月起的一年多时间里受到了五次警告，因工作表现没有达到购物中心的要求，2016年5月1日购物中心以焦某不胜任工作为由决定调整其工作岗位，并向其送达了调岗降薪通知，焦某随后书面回复不同意调岗降薪并申请劳动仲裁。

该案中，购物中心围绕焦某过往五次因工作没有达到要求受到警告进行了举证，这五次警告均详细记载了焦某在工作中发生的问题，有的有焦某的签字确认，有的有谈话录音证明，还有的得到了焦某本人在庭审中的确认，我们代理购物中心经过仲裁、一审和二审，司法机关最终对焦某不胜任工作予以了认可。

从该案可以看出，对劳动者过往屡次在工作中出现差错、无法达到岗位工作要求而产生的处分记录进行举证，也能证明劳动者不能胜任工作，再结合合法有效的考核评定成绩等证据举证，更有助于说服司法机关认定劳动者不能胜任工作这一事实。

3.末位淘汰

不少用人单位将末位淘汰规定在规章制度中或是约定在劳动合同中，而末位的“淘汰”较多体现为调岗、降薪、解除劳动合同等形式。那么，用人单位能否以劳动者排在考核评定末位来主张劳动者不能胜任工作呢？我们认为，不可仅以“末位”主张不能胜任工作。

劳动者在用人单位的考核评定中成绩排末位，虽然有较大可能是不能胜任工作，但也有可能是整个公司的劳动者都非常优秀，即使最后一名都完全符合岗位要求。由于任何考核排位客观上都存在最后一名或是最后10%，因此用人单位仅以“末位”来举证劳动者不能胜任工作的，一般难以得到支持。

最高人民法院在指导案例18号《中兴通讯（杭州）有限公司诉王鹏劳动合同纠纷》中明确，用人单位不得仅仅因为劳动者考核末位单方解除劳动合同。

“培训”的认定

在劳动者不能胜任工作的情况下，用人单位可以选择安排劳动者参加培训，培训的目的在于提升工作能力，如果劳动者经过培训后仍不能胜任工作的，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。

也就是说，在证明了劳动者不能胜任工作后，用人单位选择安排其培训的，用人单位还必须证明已经对劳动者进行了培训，且劳动者经过培训仍然不能胜任工作。

虽然法律对“培训”本身并没有给出明确定义，但司法机关在审理案件时对用人单位究竟提供了什么样的培训是会进行审查的。

1.培训的内容

（2014）沪一中民三（民）终字第205号黄某与某广告公司劳动争议一案中，广告公司在黄某未能达到双方约定的第一季度业绩指标的情况下，安排黄某参与“2013价值主张销售”项目培训及实践练习、讨论训练等活动，此后黄某在第二季度仍未完成业绩指标，故广告公司以“不能胜任工作”为由解除了与黄某的劳动合同。

黄某认为广告公司系违法解除劳动合同，提起仲裁主张违法解除劳动合同赔偿金。一审和二审法院均认定广告公司安排黄某参加的培训活动属于“培训”范畴，广告公司在解除黄某劳动合同前已经履行对黄某进行培训的义务。

（2014）沪一中民三（民）终字第1539号李某与某保险公司劳动争议一案中，保险公司以李某2013年第二、第三季度绩效考核不达标不能胜任工作，经过培训后仍不能胜任工作为由解除与李某的劳动合同。为证明经过培训，保险公司提供的是每周召开例会的电子邮件。二审法院认定，因保险公司确认之前也是每周召开例会，故其提供的电子邮件无法证明已对李某进行了每周一对一的业务培训。

从这两个案例中可见，司法机关对于用人单位在劳动者不能胜任工作后提供了什么样的培训是会进行审查的，如果用人单位未安排针对该劳动者的有实质内容的培训，单位要解除劳动合同的话很可能无法得到司法机关的支持。

2.脱岗培训的降薪风险

在劳动者不胜任工作的情况下，用人单位选择安排劳动者参与的培训可能是在岗培训，也可能是脱岗培训，由于脱岗培训期间客观上劳动者没有向用人单位提供劳动，因此有的单位在此期间会降低劳动者工资甚至停发工资，这也引发了不少劳动争议案件。

司法实践中有法院认为，用人单位可以对不胜任工作的劳动者进行培训，但没有法律规定培训期间可以降低员工的工资薪酬，即便劳动合同对此有约定，也属于变相损害劳动者合法权益的无效约定。

调岗的合理性

在劳动者不能胜任工作的情况下，用人单位除了可以选择对劳动者进行培训外，还可以选择调整劳动者的工作岗位，如果劳动者仍不能胜任工作，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。

法律虽然没有对调整工作岗位进行明确的界定，但要得到司法机关的认可，用人单位显然也不能肆意调整。

1.调整岗位的依据

对劳动者工作岗位的调整，一般包括升职、平级调职和降职。对于不能胜任工作的劳动者，虽然有的单位会选择平级调职，但更多的是降职，但在司法实践中，用人单位基于劳动者不能胜任工作将其降职的决定并不必然会得到支持。

在我们代理的某百货公司与沈某劳动争议一案中，虽然百货公司提供了绩效评估表、警告通知书、绩效改进计划等证据来证明沈某不能胜任工作的事实，但一审法院认为百货公司以不能胜任工作为由调整其岗位，但公司对于如何调整岗位在规章制度中并没有规定。因此，法院认为百货公司将沈某降职没有规章制度的依据，不符合劳动法律规定，侵害了沈某的合法权益。

即便我们认为一审法院的观点有失偏颇，但毕竟这是法院的一种观点。该案在二审中虽然经过我们的努力调解结案了，但从该案可以看出，用人单位在劳动者不能胜任工作的情况下进行岗位调整，特别是对其降职时，即使有证据能够证明劳动者不能胜任工作，但如果无法举证证明降职的具体规章制度依据，仍然有被认定为违法的风险，进而还可能影响“不能胜任工作解除劳动合同”的整体有效性。

2.新岗位的合理性

如果用人单位在劳动者不胜任工作的情况下，选择将劳动者平级调整到其他部门，也涉及新岗位的合理性问题。

从司法实践来看，即使劳动者不能胜任、用人单位调整其工作岗位时也没有将劳动者降职，但如果调整的新岗位不具有合理性，例如将宣传部人员平级调去技术研发部，那显然不符合“调岗后仍不能胜任”这一给予不胜任工作的劳动者机会去胜任工作的本意，这样的新岗位一般很难被司法机关认定为合理。

3.降薪的合理性

岗位和薪资相适应是绝大多数用人单位制定薪资制度时遵循的原则，这也导致发生降职时往往伴随着降薪。

从司法实践情况来看，即便劳动者客观上存在不胜任工作的情形，用人单位将其调整到新岗位也具有合理性，但此时用人单位对劳动者适用的降薪幅度也必须具备合理性。

简单来说，大幅度的降薪很可能无法得到司法机关的支持，甚至还会影响到“不能胜任工作解除劳动合同”的整体有效性。

4.不服从合理调岗与严重违反规章制度解除的转化

在我们代理的某超市与周某劳动争议一案中，超市在约定的岗位范围内考虑到周某的身体情况对周某进行了合理调岗，而且没有降低周某的薪资待遇，但周某坚持不同意，且经超市三次与其谈话沟通、提供排班表并通知其到新岗位报到后，周某不仅不到新岗位报到也不去原岗位上班。在超市规章制度规定“三次或以上不服从管理层的工作安排，影响正常工作秩序”属于严重违纪可解除劳动合同的情况下，超市解除了与周某的劳动合同。

周某认为超市系违法解除并申请劳动仲裁，我们代理超市经过仲裁、一审、二审和检察监督程序，超市均得以胜诉。

从该案中可以看出，在调整劳动者工作岗位这一决定本身具有合理性的大前提下，如果劳动者拒不服从合理调岗的行为，根据用人单位的规章制度达到了严重违反规章制度的程度，那么是有可能转化为严重违纪解除的。当然，一旦发生劳动争议仍须用人单位对解除依据的事实和规章制度等承担举证责任。

综上所述，用人单位以“不能胜任工作”为由解除劳动合同其实并不容易，除了要通知工会、通知劳动者本人外，用人单位不仅要证明劳动者不能胜任工作，还要证明对其进行了“适当的”培训和“合理的”调岗后其仍不能胜任工作。拥有完善的规章制度、日常管理细化留痕、妥善处理不胜任工作情形都很关键。