公司无过错解雇的9个棘手问题

[（一）抑郁症有24个月医疗期吗？ 1](#_Toc470280056)

[（二） 医疗期会“归零”，循环计算吗？ 3](#_Toc470280057)

[（三）医疗期满继续请病假能立即解除吗？ 5](#_Toc470280058)

[（四）医疗期解除必须经过劳动能力鉴定吗？ 6](#_Toc470280059)

[（五） “不胜任工作”如何证明？ 7](#_Toc470280060)

[（六）不胜任“调岗”如何保证“合理性” 10](#_Toc470280061)

[（七）第二次不胜任如何证明？ 11](#_Toc470280062)

[（八） 公司搬迁一定属于“客观情况发生重大变化”吗？ 14](#_Toc470280063)

[（九）岗位撤销、部门撤销属于“重大变化”吗？ 17](#_Toc470280064)

**（一）抑郁症有24个月医疗期吗？**

劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》（劳部发[1995]236号）规定，“对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期”。对于患特殊疾病职工的医疗期时间,在司法实践中存在两种认识:

第一种观点认为,只要职工患有特殊疾病,无论其工作时间长短，均至少享受24个月的医疗期。24个月仍不能痊愈的，可申请延长医疗期，但是否延长需经企业和劳动主管部门批准；

第二种观点认为，劳动部规定中“24个月内尚不能痊愈的”是对疾病的描述，而并非对医疗期时间的规定。另外，24个月不能痊愈并不一定是24个月都在病休治疗，24个月只是疾病持续的状态，因此不能理解为24个月的医疗期。此种情况下，职工的医疗期时间仍与其工作时间长短相联系，职工虽有权申请延长医疗期，但是否延长需经企业和劳动主管部门批准。

另外，对于特殊疾病的范围劳动部的规定也过于笼统。如在日常生活中患有抑郁症的职工日益增多，抑郁症也属于一种精神疾病。有些抑郁症职工病情较为轻微，但却很难治愈，此种情况是否应当按照特殊疾病处理则值得商榷。

**【案情简介】**并不是所有的抑郁症都可以享受24个月的医疗期

2002年8月1日，郭伟入职移动公司，最后一份劳动合同期限至2010年7月31日。2012年5月28日，移动公司向郭伟送达《医疗期协议》及《劳动能力鉴定告知书》。劳动能力鉴定告知书载明：“请你在收到此告知书后5日内准备提交上述材料，以便公司协助你向主管部门申请劳动能力鉴定，否则将视为你已放弃劳动能力鉴定的申请，……”2012年5月31日郭伟向移动公司回信，内容为：“……看完后觉得此材料和观点与二中院及东城法院民事判决不一致，所以我还是主张先履行法院终审判决，先签无固定期限劳动合同，解决郭伟的生活、工作、医疗问题。至于以上材料的签署，恕不从命。……”2012年6月15日，移动公司以郭伟来信中确定不进行劳动能力鉴定为由作出《终止劳动合同通知书》，明确双方的劳动关系于2011年1月31日终止。

原审法院重审过程中，郭伟提交2011年3月30日北京大学第六医院多方专家会诊结果摘要，诊断意见为精神分裂症，建议系统抗精神病药治疗。

郭伟提交2010年7月14日、7月29日、8月16日、9月16日、12月15日及2011年1月14日北京大学第六医院诊断证明书，诊断郭伟在6个月医疗期内患有抑郁状态及抑郁症中度。郭伟认为随着该疾病发展,于2011年3月30日被诊断为“精神分裂症”，系精神病的一种，按照法律规定，故应适用24个月的医疗期。

移动公司认为郭伟在6个月内的医疗期内所患疾病为“抑郁状态和抑郁症”，并非法律规定的“三种特殊疾病（癌症、精神病、瘫痪）”，故应按一般疾病规定享受6个月的医疗期；如果郭伟提出延长医疗期，需要提出申请并经其公司同意才能延长，故并非当然适用24个月的医疗期。经原审法院释明，双方均不申请对郭伟的“抑郁状态和抑郁症中度”是否属于精神病以及郭伟的医疗期起止时间进行司法鉴定。

**【法院观点】**

经原审法院释明，郭伟明确拒绝对其患有的“抑郁状态及抑郁症中度”是否属于“精神病”进行司法鉴定，故原审法院对郭伟关于其应享有24个月的医疗期的主张，不予采信，正确。

**【律师点评】**

本案是一个特别复杂的案件，看判决书可以看到，早在2010年6月份双方之间即已经产生了争议，员工先后提出多次仲裁诉讼，公司在这个过程中，亦曾经仲裁员工，这个案件应该是关于合同到期。

**（二） 医疗期会“归零”，循环计算吗？**

医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第3条规定：“企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期。（一）实际工作年限十年以下的，在本单位工作年限五年以下的为三个月；（二）实际工作年限十年以上的，在本单位工作年限五年以下的为六个月；”另外，部分地区也有自己的医疗期规定，如：上海《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》。又如：《深圳经济特区劳务工条例》---仅适用于非深圳户籍的员工。在这些地区，医疗期则参照当地的规定执行。

根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第4条规定：医疗期三个月的按六个月内累计病休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时问计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。根据《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定〉的通知》规定：医疗期计算应从病休第一天开始，累计计算。如：应享受三个月医疗期的职工，如果从1995年3月5日起第一次病休，那么，该职工的医疗期应在3月5日至9月5日之间确定，在此期间累计病休三个月即视为医疗期满。其它依此类推。

**【案情简介】**

2009年9月1日，参加工作已有6年的张龙入职A公司，劳动合同期限为2009年9月1日至2010年8月31日。2010年3月7日星期日，张龙在带全家外出游玩中发生小车祸，张龙受轻伤，骨折，医院开具了病休证明，要求张龙休假3个月，张龙于2010年3月8日向公司申请休病假。鉴于张龙受伤是事实，公司同意了张龙的病假申请，张龙从2010年3月8日至2010年6月7日休病假。休完病假痊愈后，张龙又回公司上班。2010年7月28日，公司人力资源部门的李四在清理公司的劳动合同期限中，发现张龙的劳动合同即将到期，经询问张龙部门领导，不想与张龙续签劳动合同。因此，李四提前一个月通知张龙：公司不再续签，可第二天，张龙就拿着医院开的证明说心脏病犯了，要再休息三个月的医疗期，张龙还说，他患病了就可以休病假享受医疗期。于是，李四又糊涂了，李四不知道应该怎么办，他不知道张龙又生病了是否可以再次享受医疗期，不知道能否终止与张龙的劳动合同？

**【案例解析】**

案件中，张龙在本单位的工作年限为5年以下，实际参加工作年限为6年（10年以下），则医疗期为3个月，从其病休第一天开始，计算病假天数，并且确定医疗期周期。病休开始第一天往后推6个月的最后一天即为医疗期周期的截止日。因此，医疗期的计算周期为2010年3月8日到2010年10月7日。如果在此周期内病假累计不满3个月，则属于医疗期未满，同时这个医疗期也随之结束，计算办法“归零”，下一周期仍然要从张龙下一次病假时开始记录。如果在此周期内病假累计满3个月（不问是否同一病因及是否一次还是多次请病假及是当年度还是跨年度，只管病假累计期是否已满），则医疗期满，即使其还未痊愈，在这一周期之内也不能再享受医疗期。其要享受医疗期的，只有等到下一个周期后才可以。张龙病休3个月，病休到2010年6月7日，此时，医疗期满。在2010年10月7日前，其无权再享受医疗期，因此，2010年8月31日，公司可以终止与张龙的劳动关系。

**（三）医疗期满继续请病假能立即解除吗？**

　　当职工医疗期满，治疗尚未终结。

　　根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》第7条规定：企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，医疗期满，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。

　　被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，并办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

**（四）医疗期解除必须经过劳动能力鉴定吗？**

**【案情简介】**医疗期满后，用人单位以劳动者拒绝做劳动能力鉴定为由解除劳动合同是否合法？

 小明1991年入职公司，2013年突患精神疾病，从2013年1月1日起，小明开始连续休24个月医疗期，2015年1月小明的医疗期满，用人单位以《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第六条规定为由，要求小明去做劳动能力鉴定，被小明拒绝。随后，用人单位以《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条规定为由，解除了与小明的劳动关系，那么，用人单位的解除行为是否合法？

**【分析】**

一、本案中劳动者是否必须做劳动能力鉴定？

根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第六条规定：“企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，医疗期满，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定”。由此可见，只有在劳动者非因公致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病时，劳动者才应该去做劳动能力鉴定，而本案中，小明既没有因公致残，更没有医生或医疗机构认定其患有难以治疗的疾病，那么，小明当然可以不做劳动能力鉴定，用人单位强迫小明去做劳动能力鉴定是没有任何法律依据的，小明拒绝合法合理。

 二、未作劳动能力鉴定用人单位能否解除？

本案中，用人单位依据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条规定：“劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百”，解除了与小明的劳动关系，明显是不合法的。首先，依据本规定解除的前提要做鉴定，小明根本就没有鉴定，怎么能解除？其次，用人单位无法证明小明不胜任原工作；最后，用人单位即使能够证明小明不能从事原工作，那么，用人单位也未给小明另行安排工作，用人单位的程序违法。

同时，依据《劳动合同法》第40条第1款规定：“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位才可以解除与劳动者的劳动关系”，因此，本案中，用人单位根本未履行法定程序，直接解除与小明的劳动关系，明显属于违法解除。

律师认为：本案中，用人单位在小明过了医疗期后，要合法解除小明，只有先证明小明不能胜任原工作，并给小明另行安排工作后，小明依然不能胜任工作的，用人单位才能解除与小明的劳动关系，支付经济补偿金，并按照规定支付相应的医疗补助费。如果用人单位未按照上述程序解除的，则当然属于违法解除，用人单位要承担违法解除的赔偿责任。

**（五） “不胜任工作”如何证明？**

**【案情简介】**工作中弄虚作假，是否属于不胜任工作？

王小姐属于一医药代表，在自己的销售报表中，为了获得高额的佣金，进行了虚假的陈述。在获得佣金之后，这一行为被企业审计出来了。企业认为王小姐作为医药代表，采取这种行为侵害了企业的利益，遂以王小姐不能胜任工作为由，对其进行了辞退。王小姐不服，申请仲裁。最终仲裁决定王小姐的行为违反了职业道德，虽然不属于不胜任工作的表现，但是其行为本身失去了作为医药代表的意义，损害了企业的利益，故裁决企业的辞退行为固然对王小姐的行为性质认定错误，但辞退行为并无不当，从而驳回了王小姐的申诉，维持了企业的辞退行为。

**【律师分析】**

本案中王小姐的表现明确属于一种欺诈企业的行为，而且其欺诈的目的在于侵占企业的财产。这种行为属于一种严重的违纪行为，企业在规章制度中，应当将这种行为定性为一种严重违反企业规章制度的行为，并进而约定辞退的权利。这样的话，发现这种行为，辞退员工是不需要付经济补偿金的。但是如果认定这种行为属于不胜任工作的行为，则辞退之后还需向员工支付经济补偿金。所以本案中，企业在认定王小姐的行为性质时，确实存在一定的失误。所幸仲裁决定还是本于实际情况，支持了企业的行为。

**【综论】**

不胜任工作，作为一种对员工工作行为表现的认定，需要企业尽到自己的举证责任。这种举证责任，不能通过其直接上司的口头认定得出结论，而需要要有具体的规定，具体的工作表现，甚至具体的数字来认定才行。

具体来说，不能胜任工作的认定结论，需要以下几个方面的支持：

**1、企业的规章制度规**

企业在规章制度中，应当对不胜任工作着一模糊性的法律概念，基于自己企业的实际情况，作出细致性地表述，要具体罗列出哪些行为属于不胜任工作的表现，有了这个，对于后期对不胜任工作的认定，会有很大的帮助。

**2、对员工的考核结论**

不胜任工作，需要有员工的考核结论作为依据，而且这一考核结论需要对员工进行告知方可。没有告知的考核结论是没有法律效力也没有证明效力的。员工可以不认可考核结论，但是企业不能不告知员工考核结论。

**3、员工工作中表现的具体罗列**

对于员工不胜任工作这一结论，需要从员工的工作表现中具体体现。所以企业要对员工的工作表现做一个概括性的表述，这一表述要体现出员工的哪些行为，使企业认为不能胜任工作。这些表现无需员工认可，但是企业应当进行总结，以求在后期仲裁或者沟通的过程中。使企业的不胜任工作这一结论，能够足够的实际表现支持。

**4、员工的主管表述**

这一证据虽然不足以作为凭据， 却可以影响中立者对员工工作表现的评定和判断。

**5、客户的投诉记录**

员工工作不能胜任工作时，一般情况下，也会受到客户的投诉。对于这些投诉记录，企业需要保存完整，以备证据之用。

**（六）不胜任“调岗”如何保证“合理性”**

根据《劳动合同法》第四十条的规定：“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；…”虽然上述规定是关于劳动合同解除的情形，但从该条规定可以看出，劳动者不能胜任工作，用人单位有权单方调岗。

需要说明的是，虽然用人单位有权单方调岗，但却不能单方随意调岗。此处的调岗应当遵循合理性原则，并且应当与能否胜任工作的情形相匹配。一般而言，判断调岗是否遵循合理性原则主要看三个方面：工作难度、岗位职级和薪酬待遇。

【分析】

　　从工作难度来看，调岗后的工作难度应当比调岗前要相对容易一些，这样原本因为能力问题不能胜任工作的员工，在正常情况下才有可能胜任新岗位的工作。否则，如果调岗后的工作年度比调岗前还要大，原本因为能力问题不能胜任工作的员工，在调岗后更加无法胜任工作，这无异于是通过调岗变相解除劳动合同，这既不符合调岗的立法本意，也不符合常理。

　　从岗位职级来看，调岗后的岗位职级不应比调岗前低太多，否则同样违反合理性原则。比如总经理不能胜任工作，可以调岗至副总经理，部门经理不能胜任工作，可以调岗至部门主管，但如将总经理直接调岗至普通员工，则无异于是通过调岗变相逼迫总经理自动辞职，这种调岗的合理性在司法实践中很有可能不被认可。

　　从薪酬待遇来看，虽然法律没有规定调岗可以一并调薪，但是易岗易薪、岗变薪变的原则在此应当同样适用。原因在于，劳动者的薪酬待遇应当与其为用人单位所做的贡献直接相关，在劳动者的工作难度和岗位职级均降低的情况下，劳动者为用人单位所做的贡献自然也相应减小，而与贡献直接相关的薪酬待遇自然也应相应减少。

　　反之，如果劳动者的工作难度和岗位职级均降低，薪酬待遇却没有任何变化，则对其他员工不公平：对于调岗前相同职级的员工而言，比自己工作难度低、岗位职级低、所做贡献小的员工竟然和自己领取相同的薪酬待遇，这明显不公平；而对于调岗后相同职级的员工而言，在工作难度、岗位职级和所做贡献均大致相同的情况下，被调岗的员工却比自己领取更高的薪酬待遇，这同样不公平。

但需要说明的是，岗变薪变、易岗易薪同样应当遵循合理性原则，调岗后的薪酬待遇应当与调岗后的工作难度、岗位职级和所做贡献相匹配。如果总经理由于不能胜任工作被调岗至副总经理，但是薪酬待遇却由总经理的水平直接调整为普通员工的水平，这同样有变相逼迫劳动者自动辞职的嫌疑，这种岗变薪变的合理性在司法实践中同样很有可能不被认可。

**（七）第二次不胜任如何证明？**

**【案情简介】**公司认为员工不胜任工作 两次调岗后开除劳仲委最终裁决恢复劳动关系

李先生是一家信息技术公司的运营总监，与公司签订了自2010年2月18日起的无固定期限劳动合同，约定年薪为七十余万元，收入颇丰。

随后，在2011财政年度绩效评估中，公司向李先生的客户收集反馈意见时，得到的多为负面反馈，于是公司认为李先生未达到运营总监的职务要求，不能胜任工作。所以，公司在2011年9月给李先生和多位员工发送了一封电子邮件，信中称：“为了从技术入手，更好地管理公司，公司将调整ms团队……我们希望你们都能意识到这只是一个简单的部门调整”，然后公司按照邮件的描述，将李先生调到is部门。后来，公司又启动了2012财政年度的绩效考评，考评结果认定李先生仍未按照总监的岗位描述和要求展开工作。于是，在2012年6月6日，公司以李先生依然不能胜任工作为由将其解雇，并支付了一笔8万元的金额。

李先生认为自己完全胜任总监的工作，不同意公司的处理办法，认为公司只是寻找借口裁员。在于公司沟通未果之后，李先生于2012年6月14日向劳动人事争议仲裁委员会提出申请，要求恢复与公司的劳动关系。

仲裁庭审中，公司提交了2011财政年度绩效评估表、调整ms团队的电子邮件和2012财政年度绩效评估表，主张李先生不能胜任原工作，而且经过调岗后仍不能胜任工作。对于公司提交的证据，李先生认可2011年和2012年绩效评估的程序和时间，但是认为评估结果被篡改，而且与自评部分和主管评语内容相矛盾。而2012年绩效评估的评语时间与考核结束时间矛盾，有程序违规之嫌。对于电子邮件，李先生认为那只是一封普通的通知，只是两个部门之间的重组，并不涉及员工调岗。除了上述证据，公司未能提出其他证据进行佐证。

仲裁员经过审理后认为，公司虽然主张李先生在2011财政年度的绩效评估为“低于预期”，系不胜任工作，但主管评语对李先生的工作给予肯定，评估结果与主管评语相矛盾，缺乏说服力。其次，依据公司提供的211年9月7号的电子邮件显示，该次调动并非针对申请人一人，而是“一次简单的部门调动”，邮件中也只字未提李先生不胜任工作，字里行间体现一种美好的展望。另外，公司启动的2012财政年度的绩效考评，其考评结果早于评估结束之日，显然有违程序规定。

【裁决结果】

综合上述意见，仲裁员最终裁决：一、公司与李先生恢复劳动关系;二、公司支付李先生自2012年6月14日至恢复劳动关系之日的工资。

【律师点评】

这是一起公司单方面解雇员工的案例，公司以“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”为由与李先生解除劳动关系，该纠纷的关键在于公司据以解除劳动关系的理由是否恰当合法，如果公司的行为不合法，则李先生可以选择要求经济赔偿金，也可以选择要求恢复劳动关系。此类案件的争议焦点有：

**一、员工是否不能胜任工作?**

公司如果按照劳动法第四十条第二款与劳动者解除劳动关系，则必须先证明员工不能胜任目前的工作，该事实的举证责任在公司身上，所以公司需要有客观的材料能证明员工不能胜任工作，而不是依靠一些主观地评价或评语。该案中，李先生的工作表现并无差强人意的地方，其主管也给予肯定的评价，所以公司主观地认定李先生不能胜任工作，自然无法被仲裁员采信。

**二、公司是否为员工安排了调岗?**

公司在确认员工不能胜任工作后，必须为员工提供培训或者调整新的工作岗位。如果是工作岗位的调整，则必然有工作内容的调整，假如只是单纯地工作地点变动，或者只是上级领导变更，一般不会被认定为是新的工作岗位。该案中，公司用电子邮件通知员工后，安排李先生从ms部门到is部门，但是工作上并没有实质的变更，而且邮件中公司还声明“这只是一个简单的部门调整”。所以，仲裁员倾向于认定这不是一次工作岗位的调整。

另外，假如按照劳动法第四十条第二款与劳动者解除劳动关系的，公司应该提前三十天或者支付一个月工资后，才能与劳动者解除劳动关系。该案中，公司主动解雇了李先生后，虽然也支付了一笔8万元的钱，但是却没告知钱款的用途，自己也无法说明8万元具体是哪些费用组成的，这种做法不妥。

**（八） 公司搬迁一定属于“客观情况发生重大变化”吗？**

企业搬迁是劳动关系处理的敏感时期，特别是对于搬迁职工的经济补偿，是大家比较关注的问题。当企业搬迁时，是否应向员工支付经济补偿？反过来讲，企业支付了经济补偿，是否就可以解除劳动合同？对这些问题也应具体情况具体分析。

【案情简介】

 在上海某区的一家外资集团下属的A公司的“喷漆车间”和“移印车间”，由于环境污染原因，被环保部门责令整改。因此，A公司计划于2011年9月1日把两个车间整体搬迁到苏州，并于7月24日出台了针对两个车间共计368名员工的安置方案：一是随车间一起迁到苏州工作，有补贴、奖励等待遇；二是留在原公司调整到其他岗位工作。方案公布后，员工对A公司的安置方案极为不满，当天就提出：与A公司解除劳动关系，同时要求公司支付经济补偿金。

　　2011年7月25日上午，300多名公司员工停工并封堵了公司的厂区大门。员工坚持要求解除劳动关系并支付经济补偿金；公司坚持“要么到苏州工作、要么留在原公司调整到其他岗位工作，自己离职不支付补偿金”的意见。由于双方不能达成一致，在员工和公司管理层的协调会上，甚至发生了肢体冲突。

　　7月29日，矛盾全面升级，员工再次封堵了A公司的所有大门及道路，不准车辆和人员进出，致使全公司5000多名员工被迫停工。7月30日、31日劳资双方继续僵持，全公司停工。

8月5日下午3点，在区劳动部门、区总工会、开发区管委会等的主要领导的参与下，劳资双方经过多轮协商达成协议：离职员工按《劳动合同法》第四十条第三项解除劳动合同，按（N+1）标准向劳动者支付经济补偿金，并于2011年8月8日办理解除劳动合同的手续。至此，历时两周，因A公司两个车间搬迁到苏州而引发的群体性突发事件得到了圆满解决，368名员工高高兴兴地拿到了经济补偿金共计310万元。

【案情简介】

同为该集团公司下属的B公司因其租借开发区的厂房将于2012年3月到期，由于该开发区产业结构调整，到期后将不再续约，B公司将计划整体搬迁至同区的另一个镇。公司于2011年11月29日公布了安置方案。2011年11月30日上午，因部分不愿意随迁到另一个镇的员工对方案不满，主要集中在搬迁后上下班乘坐班车时间是否计算为工作时间以及离职是否给予经济补偿方面有争议，继而发生了200多名员工拥堵厂门的群体性事件。　　在区政府各职能部门的主导下，经过劳资双方协商，从国外赶过来的集团公司董事长亲自宣布了新的搬迁方案，上下班途中的交通时间补贴增加至1小时，但不愿意随迁的员工解除劳动关系没有经济补偿金。12月7日，公司恢复了正常工作秩序。期间有94名员工主动提出离职，提出离职的员工没有得到经济补偿金。

【问题】

为什么同在一个区的该集团下属的企业，A公司员工不随公司搬迁，公司需支付经济补偿，而B公司员工不随公司搬迁，公司却无需支付经济补偿？

企业搬迁是否属于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？如果属于的话，那么员工不去，即视为经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议，公司解除劳动合同，就应支付经济补偿；如果不属于的话，那么员工不去，就属于不服从公司正常调动，公司可按规章制度对违纪员工进行处理。

《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，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的……”

什么是“客观情况发生重大变化”

“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，但不包括导致经济性裁员的客观条件。不过考虑到实际情况和立法意图，并非所有企业搬迁都适用解除的规定，而是工作地点发生重大变化、且导致劳动合同无法履行的搬迁，才可适用此条规定。

根据有关部门的政策口径，若企业在不同城市内的搬迁，一般应被认定为“客观情况发生重大变化、劳动合同不能履行”。所以A公司搬到苏州，根据有关部门的政策口径，企业从本市搬到外省市的，作为客观情况发生重大变化。员工不愿意去，那就是双方变更劳动合同无法达成一致，单位可以解除劳动合同，但应支付经济补偿。当然，如果员工愿意去，那就是双方就变更劳动合同达成一致，单位可以不支付经济补偿。员工一定要求支付经济补偿，也是没有法律依据的。

但是公司在本市行政区域内搬迁则情况不同。据了解，本市劳动争议仲裁一般把握的尺寸是：企业在市中心区内搬迁，不作为客观情况发生重大变化，即劳动合同可以正常履行。企业从中心区搬到郊区，或从郊区搬到郊区，凡是明确安置方案（如安排班车、发放交通费、推迟到岗时间等）的，也不作为客观情况发生重大变化，即员工应当继续履行合同；未明确安置方案的，则作为客观情况发生重大变化。

　　B公司从金桥搬到祝桥，属于从郊区搬到郊区，但是公司安排了班车并缩短了工作时间，并未致使原劳动合同不能履行，员工不愿意去却要求经济补偿没有道理。当然，这只是一般情况下的参照标准，企业搬迁是否属于客观情况发生重大变化，关键还是看搬迁是否致使劳动合同无法履行。员工愿意去还要求经济补偿更没有道理。对于部分员工的不合理要求，有关部门是不支持的。

总之，关键还是结合具体情况，综合判断劳动合同履行过程中，是否发生了不可抗力或出现致使劳动合同无法履行的情况。

**（九）岗位撤销、部门撤销属于“重大变化”吗？**

**【案情简介】**岗位撤销是否属于“客观情况发生重大变化”

李女士于2003年11月27日入职东莞某食品有限公司工作，任会计部文员，双方有签订劳动合同，最后一次合同期限为2008年12月1日至2011年11月30日，约定劳动报酬初始月工资为2400元，未约定其他绩效薪酬或奖金。2009年4月15日，李女士被东莞市人民医院诊断为慢性肾炎，出院医嘱：避免肾毒性药物，门诊随诊。2009年10月22日，该食品公司向李女士发出解除劳动合同通知书，以公司组织架构调整为由将于2009年10月30日与李女士解除劳动合同。李女士不服，遂向东莞市劳动争议仲裁院某劳动争议仲裁庭提起劳动仲裁，要求食品公司支付违法解除劳动合同的双倍赔偿金及其他项目。

李女士认为，被诉人食品公司在申诉人患病期间且还能胜任工作的情况下以公司架构调整为由违法单方解除劳动合同，且解除劳动合同的理由不充分，申诉人离职后，工作只是有所调整，并非被诉人所述申诉人所在岗位随之发生变化以至于消失，也不构成所谓的客观情况发生根本性变化。

被诉人食品公司辩称，被诉人解除与申诉人的劳动合同并未违反法律规定。2009年8月，被诉人经营情况发生变化，撤销销售部。同年10月，申诉人所在部门财务会计部因业务量减少进行组织架构调整，撤销助理会计主任、会计文员、成本主任等岗位，现该部门由原来16个岗位调整为12个，因此构成客观情况发生根本性变化。

仲裁庭认为，用人单位根据自身的经营情况、发展战略可对业务部门进行科学合理的组织架构调整，即从新定编、定岗、定员，而企业定员一般遵循精简、高效、节约为目标。本案中，被诉人因业务量减少，对财务会计部进行组织架构调整，在经过科学定编定员后撤销了申诉人等岗位，致使双方签订合同时所依据的客观情况发生重大变化，申诉人的疾病只须门诊治疗，无须停工治疗，并不在法定的医疗期内，故被诉人解除申诉人的劳动合同符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十条的规定。故，裁决被诉人按照申诉人的月工资、工作年限支付申诉人一倍的经济补偿金。

李女士不服仲裁裁决，向东莞市第一人民法院提起诉讼。

【一审判决结果】

东莞市第某人民法院于2010年2月26日作出一审判决，认为本案争议焦点在于食品公司是否违法解除劳动合同。由于原、被告均承认因食品公司销售部门变动致使财会部门工作内容造成影响，且双方提供的“财务及会计部岗位表”也显示原告离职前后该部门确实发生架构及人员岗位调整，调整后高级文员（材料核算）岗位已不存在。因此，本院对食品公司主张“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法继续履行”的事实予以确认。据此，一审法院作出了与劳动仲裁庭一致的判决。

 律师认为，因岗位调整或岗位撤销而发生劳动争议，是许多企业都会面临的常见问题。作为用人单位来讲，应充分了解与此相关的实体法律规定和程序性操作事项。

用人单位在使用《劳动合同法》第四十条第（三）项的规定，与劳动者解除劳动合同时，首先要弄清何为“客观情况发生重大变化”。劳动法对此没有作出明确规定，对于《劳动合同法》所说的“客观情况发生重大变化”，原劳动部在《关于<</SPAN>中华人民共和国劳动法>若干条文的说明》（劳办发[1994]289号）中解释为，是指发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转换等；从现行审判实践看，除了不可抗力等企业无法避免的情况外，企业主观、科学的调整经营决策，也是可能被认定的。

在本案中，食品公司以部门调整后原岗位不存在为理由解除劳动合同，审判机关认为这是企业经营自主权的体现，是属于《劳动合同法》第四十条规定的“客观情况发生重大变化”的。

《劳动合同法》第四十条第（三）项同时规定：“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，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。”严格按照该规定，在客观情况变化且导致原来的劳动合同无法继续履行的前提下，用人单位还不能直接解除劳动合同，需要与劳动者协商，协商的内容一般是给劳动者安排其他的岗位，在协商不能的情况下，才可以解除劳动合同。

因此，严格而言，如果用人单位未履行上述义务，即没有经过协商变更程序，那么劳动合同的解除是不能成立的。只是现行审判思路认为，客观情况重大变化已经构成，企业一般都是不会再留人的，如果仅因协商程序在形式上缺失就认定违法解除，对企业而言责任太重。

综上，律师提示：当企业出现了“客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行”的情况后，用人单位据此解除劳动合同应符合以下程序：

（1）必须是当事人协商后不能就变更劳动合同达成协议的，也就是说，必须经过协商变更程序；

（2）必须提前30天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；

（3）应当向劳动者支付经济补偿金。

**【案情简介】**部门撤销是否属于“客观情况发生重大变化”

王某于2009年4月10日进入某医药保健公司从事医药销售工作，双方签订了期限自2009年4月10日至2010年4月9日止的劳动合同。合同约定王某担任普药事业部医药代表。2010年4月10日，双方续签了为期三年的劳动合同，王某岗位调整为患教部门患教主管，每月工资为12000元，另有绩效奖金。同时，合同约定王某工作内容为通过医生的引导及第三方活动告知患者用药、治疗、保健的知识，并推广公司药品，最终达到创造品牌价值的目的。

2012年10月10日，公司召开全体员工大会，在会议上，公司总经理宣布，公司根据法律关于不得直接向患者销售，禁止一切和患者直接接触的行为的规定，决定进一不规范经营，将调整产品线组织结构。因王某所在患教部门直接与患者接触，公司决定于2012年12月1日起取消患教部门。次日，公司以书面形式通知王某，称可向其提供专职销售岗位，工作地点、工作时间及工资标准不变，希望王某可以接受。王某当日即恢复公司，拒绝接受该岗位，并提出希望面试市场部经理岗位，公司表示无法安排。2012年10月31日，公司书面通知王某于2012年11月31日解除劳动合同，解除理由为“客观情况发生重大变化，致使原合同无法继续履行，双方协商变更劳动合同无法达成一致”。2012年12月5日，公司通过银行转账形式支付王某解除劳动合同经济补偿42000元。王某不服，遂申请劳动争议仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。

【争议焦点】

公司取消王某所在的患教部门是否属于客观情况发生重大变化？ 劳动者认为，在本人的日常工作中经常要解除医疗机构的医护人员及患者，通过这些人员的解除来达到推广公司产品及品牌的目的。公司虽然对本人计发销售提成，但未设定销售指标，本人的主要工作还是推广公司的品牌。虽然法律规定，不得直接对患者进行销售，禁止一切和患者直接接触的行为，但公司取消患教部门仅仅是经营战略、组织模式的改变，是为了规避未来可能面临的相关调查。因此，公司取消劳动者所在部门并不属于客观情况发生重大变化。

公司认为，根据2012新的法律规定，不得直接对患者进行销售，禁止一切和患者直接接触的行为。因王某担任患教主管，直接面对患者，难免会涉及产品销售，容易导致政府监管部门的处罚，故公司产品线组织架构，取消患教部门，这当然属于客观情况发生重大变化。公司已向王某提供了专职销售岗位，但王某拒绝接受，提出希望面试市场部经理岗位，可见其接受公司取消患教部门的决定。因此，公司在王某不接受岗位变更的情况下接受劳动合同是合理合法的。

【裁决结果】

仲裁庭经审理后认为：公司取消王某所在部门和岗位属于客观情况发生重大变化的情形，因公司与王某协商变更工作岗位不成，公司据此提前三十日通知王某解除劳动合同与法有据，并无不当。

【分析点评】

依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者均应履行。但在劳动合同的履行过程中，难免会由于种种情形导致劳动合同无法继续履行，但该情形是否属于法律规定的客观情况发生重大变化，则应当按照实际情况具体分析。