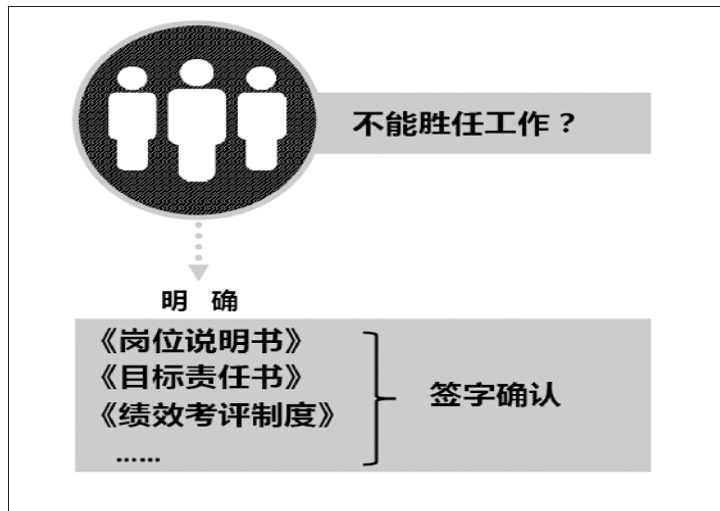
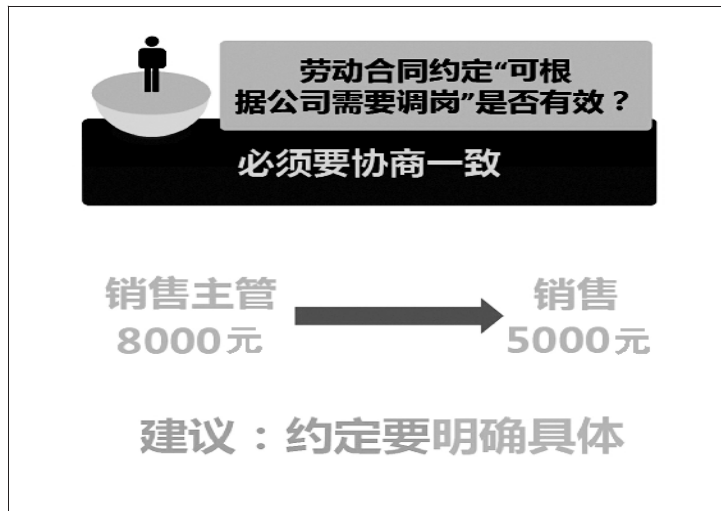


近年来,企业对人才配置运用的灵活性不断提高。“调岗”作为一种人力资源管理手段,一方面,对企业团队建设、优化具有重要作用,另一方面,对员工来说,“调岗”对复合型人才的培养和岗位胜任能力的认知也是一种方式。而在劳动法律的规制下,如何做到合法调岗,使这种管理方式与法律做到无缝对接?在今年“劳动派公开课”举办期间,道成律师事务所谢燕萍律师围绕劳动合同变更及调岗的典型案作了解读。

企业调岗不可任性 需与员工协商一致

企业违法调岗员工仲裁可获支持

□本报记者 屈斌 通讯员 董波



【典型案例1】

企业自设单方调岗权 仲裁认定调岗行为无效

2012年3月,小张入职某公司,职位为销售经理,月薪为8000元。劳动合同特别约定,“公司可视企业的经营状况和工作需要,合理调整工作岗位,员工必须服从,且薪随岗变。”

2014年,公司效益出现下滑,决定缩减管理岗位,2014年6月,公司向小张发出了书面《调岗通知》,表明“由于企业经营

状况发生变化,所以,决定将小张的职位调整为一般销售人员,薪水降为5000元”。对此,小张十分不满,2014年6月,小张申请了仲裁,请求撤销调岗,按原劳动合同继续履行。

仲裁委审理认为,公司未经小张同意不得变更劳动合同,因此,公司单方作出的调岗决定无效,裁决支持小张的仲裁请求。

【点评】

调岗须双方协商一致 合同可约定薪随岗变

根据《劳动合同法》规定,用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内容,同时,变更劳动合同,应当采用书面形式。本案中,企业变更小张的职位并没有征得小张的同意,未达成一致,对小张是没有约束力的。

仲裁中,小张将入职前签订的劳动合同作为证据进行提交。小张入职时岗位是销售经理,月薪8000元,变更后是一般销售人员,月薪5000元。从保护员工的角度,员工在入职时,不会预知到其变更后的职位与薪水会有如此大的变动。由此,企业提前约定的调岗必须明确、具体、合理,才能最终合法有效。本案中,企业提到“可以视企业的经营状况和工作需要,合理调整工作岗位”,却没有明确说明,因此不受法律保护。

实践中,还有很多企业在违背员工意愿的情况下实施调岗,员工到新的岗位工作一段时间后,又要求调回原岗位。对于这种情况,根据最高法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》规定,变更劳动合同未采用书面形式,但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过1个月,且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的,人民法院不予支持。因此,虽然劳动合同的变更未采用书面形式,但是变更后实际履行超过1个月,即具有法律效力,劳动者继续

要求调回的,单位可以拒绝。

由此,企业在协商变更劳动合同中应注意以下问题:(1)必须在劳动合同依法订立之后,在合同没有履行或者尚未履行完毕之前的有效时间内进行。(2)必须坚持平等自愿、协商一致的原则,即劳动合同的变更必须经用人单位和劳动者双方当事人的同意。(3)必须合法,不得违反法律、法规的强制性规定。(4)变更劳动合同必须采用书面形式,防止因口头协议,使得企业处于“无凭无据”的被动境地。(5)劳动合同的变更要及时进行,与员工签订《变更协议》,由企业和员工各执一份。

综上所述,企业除因法定事由变更劳动合同,包括对员工的工作岗位、工作时间、工作地点、薪酬福利等合同的任一内容进行变更,都必须与员工协商一致。现实中,企业往往忽略这一点,不顾员工的反对擅自对合同内容进行变更,这样的变更不仅不发生法律效力,而且由此给员工造成损失的,还要承担赔偿责任。

结合本案的情况,员工岗位发生变更时,随之而来的就是薪酬待遇进行变更。假如双方在合同中约定了“薪随岗变”的原则,或者已经在员工公示的规章制度中规定了这一原则,那么,企业可以根据新岗位所对应的标准确定员工的薪资待遇;如果双方没有约定“薪随岗变”原则,企业在未征得员工本人同意的情况下,就不可以对员工薪酬作出调整。

【典型案例2】

企业以不胜任为由调岗 仲裁认定调岗行为无效

2012年3月,小李进入某公司,担任测量员,月薪为6000元。一年后,公司认为小李工作能力欠缺,并且在2013年底考核不合格。部门经与人事部协商后,将小李调岗至售后服务部,月薪降为3000元。

小李不愿意到售后服务部上班,人事部在多次敦促小李报到后,小李仍不愿意到售后服务部上班。公司于是认定小李的行为构成连续旷工,向其发出了《解除劳动合同的通知书》。小李不服,于是向劳动争议仲裁委员会申请了劳动仲裁,要求公司向其支付违法解除劳动合同的赔偿金。

庭审中,公司认为,根据公司的规定,员工考核不合格的,公司有权调整其工作岗位,因此调岗决定合法有效。小李在接到公司的《调岗通知》后,拒绝到岗,连续旷工数天,根

据公司的规章制度,已经构成严重违纪,因此,公司有权与其解除劳动合同。

小李认为,公司将其测量员调整到售后服务,其工作内容和对员工的要求与之前的岗位完全不同,目的就是为了让其主动辞职。因此,公司违法调岗在先,自己不上班的行为不属于旷工,公司无权解除劳动合同。

仲裁委审理认为,虽然,用人单位有权对不能胜任工作的员工调整工作岗位,但是,其调岗必须有充分的合理性。本案中,调整后的岗位为客服专员,与小李之前的研发工程师的岗位缺乏关联性,因此,公司的调岗决定无效,小李不到新岗位上班的行为不构成旷工,公司以连续旷工为由解除劳动合同违反了法律规定,因此,裁决支持了小李的请求。

【点评】

认定员工不胜任工作 企业须提供考核标准

根据《劳动合同法》规定,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,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。

实践中,企业对于员工是否符合现岗位的工作要求,需从“岗位工作是什么”、“什么程度算能从事这个工作”、“什么程度算不能从事这个工作”等方面来举证提供具体量化的考核标准。

对于该条款的操作应注意以下问题:(1)在员工入职时,公示《岗位说明书》、《目标责任书》和考评制度等,明确岗位的工作内容和职责范围。以目标任务为导向,制定合理的工作标准要求,对劳动者的工作任务进行量化,形成技术等级、考核标准等。(2)建立完善的考核机制。完善考核制

度,考核方式方法要明确,考核结果要客观公正,同时,考核结果要告知员工。在实施调岗时,企业还应注意保留相关的证据,如不胜任工作的《考评记录》和书面《调岗通知》,且均要求员工本人签字确认。(3)培训的形式可以多样化,但必须是围绕提高工作技能展开的。而调整工作岗位也应该是与原岗位相似、相匹配的岗位,要体现调岗的合理性。(4)岗位调整必须具有充分的合理性,即调整后的岗位应与调整前的岗位有一定的关联,并与员工的劳动能力、专业和技能相适应。

即使满足了上述条件,企业以员工不能胜任工作为由解除劳动合同时,也需要提前三十日以书面形式通知或者额外支付一个月工资后,方可解除劳动合同,同时,还要按规定支付经济补偿金。

建筑工人讨薪花样迭出 讨薪渠道虽多收获甚微

近日,一则“湖北农民工为讨薪,冒充女大学生施‘美人计’”的新闻蹿红网络,引得媒体纷纷转载。显然,公众的关注点在于奇特的“讨薪”方式,而非讨薪本身。在一些人眼中,“农民工”三个字常与笨拙、木讷等字眼相连,这样一群人居然耍了一招“美人计”、智取包工头,让人看后忍俊不禁。

也许有人会问:国家为了维护农民工权益出台了那么多法律法规,设置了机构和救济渠道,即便出现了欠薪情况,也应该让农民工知道正当有效的投诉、举报办法,而不至于靠歪招维权。然而,上述看官,或许太不了解当下民工维权的法律困境了。

根据法律规定,农民工在遇到拖欠工资等违法行为时,可以选择向劳动监察部门投诉反映问题,可以申请劳动仲裁,也可以直接向法院起诉。但是,在实践中,每一条看似光明的大道都隔着一层厚重的透明玻璃。

首先,劳动监察大队是各区县人社局下设的职能机构,其主要职能为监督检查用人单位和劳动者执行《劳动法》及相关政策法规情况,纠正、查处违法、违规行为,受理、调查、处理劳动者投诉举报。虽然该机构面向广大劳动者,但是对农民工尤其是建筑业农民工而言并不当然适用。因为,劳动监察大队主要针对具有劳动关系的双方当事人,而建筑业农民工都是跟着包工头进入工地,平时由包工头负责安排工作、发放工钱,莫说从来不和施工单位或建设单位签订劳动合同,甚至连自己到底在给哪家单位工作都不知道。实践中,一般都将建筑业农民工和施工单位或建设单位之间的关系视为劳务关系而非劳动关系。当建筑业农民工因为被拖欠工资投诉至劳动监察大队时,更多时候则是以劳务关系为由不予受理,建议当事人到劳动人事争议仲裁委要求确认劳动关系。

其次,如果被“欠薪”的农民工前往当地劳动人事争议仲裁委申请仲裁,直接要求施工单位或建设单位支付工钱,仲裁委一般会予以受理。但是,在审理该案过程中,农民工必须提供劳动合同、社保缴费记录、工资发放记录等有效证据证明劳动关系,如果农民工不能提供有效证据,其仲裁请求则会被全部驳回。但是,建筑行业用工极不规范,实行的是层层分包制,劳动合同、社会保险是没有的,工资更是实行现金发放且通常是工程结束后发放。所以,建筑业农民工想取得证明劳动关系的证据极为困难,申请仲裁胜诉率也很低。

相比较而言,被欠薪的农民工直接将包工头和施工单位或建设单位诉至法院,要求其就欠薪行为承担连带责任较为常用。但是,也存在几个困难:第一,劳动者由包工头直接管理,和施工单位或建设单位少有接触,不知道自己给哪家单位“打工”,被诉主体难以确定或容易搞错;第二,施工单位或建设单位和包工头之间有时会相互推卸责任甚至恶意串通,如建设单位推托“已将工程款结清给包工头”,并出示有包工头签字画押的收据,而包工头直接玩“失踪”,不出庭,影响案件正常审理。

刘伟(作者系北京义联劳动法援助与研究中心公益律师)