

# 四次考核不合格 拒收通知不影响解除合同

□本报记者 赵新政

## 【案情简介】

薛某于2000年11月30日入职某公司，岗位为客户经理，双方于2011年12月6日签订了无固定期限劳动合同。单位认为薛某在岗期间不能胜任工作，经常被客户投诉，故让薛某参加培训，经培训后其考核仍不合格，单位以薛某不能胜任工作为由与其解除劳动合同并支付了经济补偿金和代通知金。

薛某于2015年12月1日收到公司发送的EMS快递件，称“看到快递封皮上写了解除劳动合同的通知，没有打开看快递里的解除劳动合同通知书，但没有签收直接退回。”公司提交了解除劳动合同协议书，主张该协议书即为2015年12月1日向薛某发送的快递件内容。

公司提交了某考核表，考核时间跨度为2013年10月1日至2015年9月30日，时间连续，考核表显示了目标、关键绩效指标、目标值以及相应评分权重、为达成目标所采取的主要行动等考核指标，显示目标分值为5，低于目标分值的60%，视为不胜任岗位工作。

上述期间薛某考核表分数均未达到目标分值的60%。考核表上“计划签名”和“评估签名”两栏均有薛某签名。公司提交了培训记录，培训记录显示培训时间集中在2014年12月至2015年2月，内容包括销售科工作流程、销售策略、解决方案培训等。

薛某认可考核表和培训记录上签名的真实性。2015年12月30日公司向薛某支付解除劳动合同经济补偿金及代通知金共计163350元，薛某认可已收到该款项，但主张公司解除行为违法。

薛某认为公司单方面解除劳动合同，系违法解除，故提起仲裁申请：要求恢复劳动关系。

薛某认为公司单方面解除劳动合同，系违法解除，故提起仲裁申请：要求恢复劳动关系。

## 【处理结果】

驳回薛某的仲裁请求。

## 【争议焦点】

公司的解除是否合法？

## 【案情分析】

本案争议的焦点在于公司的解除是否合法？

针对这一问题讨论时，形成两种不同的观点：

一种观点认为，公司解除劳动合同是合法的。公司提交的考核表中，包含考核项目和评分标准，考核表上“计划签名”和“评估签名”两栏均有薛某签名，薛某认可本人签名的真实性，薛某在考核表上确认签名时未对考核表提出异议，仲裁委认为其本人认可考核表上所得分数和考核依据。公司以其不能胜任工作为由解除劳动合同符合《劳动合同法》第四十条规定的不能胜任工作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，可以解除劳动合同的情形，且2015年12月30日公司向薛某支付解除劳动合同经济补偿金及代通知金共计163350元，薛某认可已收到该款项，故公司解除与薛某劳动合同的行为并无违法之处，薛某要求恢复劳动关系的请求无依据，应不予支持。

另一种观点认为，薛某与单位的劳动关系仍然存续。薛某主张于2015年12月1日收到公司发送的EMS快递件，称“看到快递封皮上写了解除劳动合同的通知，没有打开看快递里的解除劳动合同通知书，但没有签收直接退回。”公司提交了解除劳动合同协议书，主张该协议书即为2015年12月1日向薛某发送的快递件内容。协议书中：“乙方（薛某）连续四次考核不合格，不能达到甲方（某公司）要求，且经培训和岗位调整仍然不胜任工作。……本协议一式两份，经甲、乙双方签字盖章后生效，甲乙各执一份。”虽然该协议书已经送达薛某，但是该协议明确约定“本协议一式两份，经甲、乙双方签字盖章后生效”，且薛某并没有在协议书上签字，说明双方协议并未生效，即解除事实并不存在。

综合以上两种不同考量因素的分析，仲裁员更倾向于第一种观点，理由如下：

公司提交了薛某的考核表，考核时间跨度为2013年10月1日至2015年9月30日，时间连续，考核表显示了目标、关键绩效指标、目标值以及相应评分权重、为达成目标所采取的主要行动等考核指标，显示目标分值为5，低于目标分值的60%，视为不胜任岗位工作。上述期间薛某考核表分数均未达到目标分值的60%。考核表上“计划签名”和“评估签名”两栏均有薛某签名。薛某未提交证据证明其曾对考核表提出异议。公司提交了薛某的培训记录，培训记录显示培训时间集中在2014年12月至2015年2月，内容包括销售科工作流程、销售策略、解决方案培训等。薛某认可考核表和培训记录上签名的真实性，薛某在考核表上确认签名时未对考核表提出异议，故应认为其本人认可考核表上所得分数和考核依据。依据《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：（一）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；……”虽然薛某未签收快递，且公司向薛某发送的是解除劳动合同协议书，但公司提交的考核表中，包含考核项目和评分标准，考核表上“计划签名”和“评估签名”两栏均有薛某签名，薛某在考核表上确认签名时未对考核表提出异议，故应认为其本人认可考核表上所得分数和考核依据。依据《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：（一）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；……”且2015年12月30日公司向薛某支付解除劳动合同经济补偿金及代通知金共计163350元，薛某认可已收到该款项，因此仲裁委认为公司解除与薛某劳动合同的行为并无违法之处，薛某要求恢复劳动关系的请求无依据，不予支持。

法律剖析 北京市东城区劳动人事争议仲裁院 张倩

## 微信平台发广告 内容违法受处罚

微信具有信息发布便捷，传播速度快，影响面广，沟通及时，互动性强，成本极其低廉的优势，因此不少商家借助该平台发布宣传促销广告。近日怀柔工商分局执法人员办结了一起在微信公众平台发布违法房地产广告案件，进一步规范了微信平台广告发布行为。

### 一、典型案例

2016年3月，怀柔工商分局执法人员在网络巡查中发现，怀柔某微信公众平台发布某房地产项目广告，广告内容含有“价值洼地坐享升值，转手价值翻倍；预计10%—15%超高投资回报率”和“零风险、高回报”等涉及房地产项目升值、投资回报内容的推广信息，该广告内容涉嫌违反广告法相关规定。经执法人员调查，当事人某置业公司为销售其开发的房地产项目，在预售阶段于2015年6月与某广告公司签署合同，在该广告公司旗下的微信公众平台上发布含有房地产项目推介广告，广告费共5500元。另在销售阶段，该置业公司于2016年3月委托某印刷公司印制了相关的宣传手册，该手册中宣传“紧邻该房地产项目的京沈高铁‘十万客群往返’和北京银行1500人客户来源”等内容，共1000本，广告费共计3800元。执法人员要求该置业公司提供宣传内容中涉及的数据统计来源，该公司不能提供。该公司的宣传行为让购房者误以为该房地产所在地段客流量大、购买力强、含金量高、升值空间大，而宣传的数据内容都没有出处，为虚假宣传行为。执法人员依法责令该公司停止发布广告行为，在相应范围内消除影响，处广告费用一倍罚款9300元。

### 二、工商提醒

《中华人民共和国广告法》规定，在中华人民共和国境内，商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法。虽然该房地产公司不是通过电视、报纸等传统媒介发布广告，但是在微信公众平台发布违法房地产广告也适用《广告法》监管。

### 三、法规链接

《中华人民共和国广告法》第二十六条规定：房地产广告，房源信息应当真实，面积应当表明为建筑面积或者套内建筑面积，并不得含有升值或者投资回报的承诺，对规划或者建设中的交通、商业、文化教育设施以及其他市政条件作误导宣传等内容。

《中华人民共和国广告法》第五十八条规定：违反本法第二十六条规定发布房地产广告的，由工商行政管理部门责令停止发布广告，责令广告主在相应范围内消除影响，处广告费用一倍以上三倍以下的罚款，广告费用无法计算或者明显偏低的，处十万元以上二十万元以下的罚款；情节严重的，处广告费用三倍以上五倍以下的罚款，广告费用无法计算或者明显偏低的，处二十万元以上一百万元以下的罚款，可以吊销营业执照，并由广告审查机关撤销广告审查批准文件，一年内不受理其广告审查申请。

怀柔分局 王刚

## ■有问必答

提问：工具公司职工 陈秀珍 张丽芳

回答：北京市总工会法律服务中心 安慧敏

# 计算经济补偿金，按实发工资还是应发工资？

□本报记者 王香澜

工具公司职工 陈秀珍 张丽芳：

我们二人都在本市一家工具公司工作，入职已有10年，单位与我们签订了无固定期限劳动合同。

今年春节后，公司要搬到河北去，领导与我们协商后达成一致意见：公司按国家规定支付经济补偿金，我们在解除劳动合同协议书上签了字。

近日，公司将经济补偿金转到了工资卡里。我们经过计算后发现，单位是按解除劳动合同前12个月平均工资的“实发工资”计算的，而我们咨询律师时得到的答复是按“应发工资”计算，两种不同标准计算后的差额有1万多元。

我们二人又去单位找了两趟，相关负责人员说国家没有这种规定，请问：经济补偿究竟是按“实发工资”还是“应发工资”来计算？

安慧敏：您好，法律规定中无“应

发”和“实发”的具体规定，但是根据相关规定，经济补偿金的计算按照普通意义理解的“应发工资”计算。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十七条规定，《劳动合同法》第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。

劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照

当地最低工资标准计算。劳动者工作不满12个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。从这一解释可以看出，计算经济补偿金应当是按照“应得工资计算”，即大家通常理解的“应发工资”。

