



商业风险VS不可抗力

租赁期满未拆除广告设施谁之责

本报记者 郑芳芳

2017年3月,在租赁公路大桥广告牌后,因被公益宣传占用等因素影响收益不佳,与出租人协议减免租金未果后,租用人程某某起诉要求出租人楚某某赔偿损失,未料对方反诉主张程某某支付租金以及租赁期满后广告位占用费。

近期,银川市兴庆区法院对本案本诉、反诉合并审理,判决驳回程某某的诉讼请求,部分支持楚某某反诉请求。

■案例回放

2017年3月,程某某向楚某某公司租赁公路大桥广告牌,包括匝道桥广告牌和擎天柱立柱广告牌两处,约定租赁期限为5年。

双方约定,协议期内如因政策要求数需要更换公益性广告或者其他政策性需求,程某某必须服从,但可以向楚某某申请延长同等占用期限发布商业性广告。

程某某没想到,因租赁期内遇上疫情,且广告位屡被公益广告占用,导致广告位所处公路路段车流量偏低、客户资源流失,广告位空置,经营成本推高。他多次请求减免租金,但楚某某的口头承诺始终未落到实处。在两人对抗拉扯期间,程某某拒不支付协议内最后一年的租金,也没有在租赁期满后将有关广告设施拆除。

2023年5月,程某某将楚某某公

司诉至法院,请求赔偿其损失。楚某某却提出反诉,主张程某某应向其支付租金、违约金及租赁期满后广告位占用费。

“协议上约定因不可抗力等你方意志以外的原因导致我方广告不能继续发布,你方应提前30日书面通知。但公益宣传占用案涉广告位共计86天,你方从未按照合同约定提前通知我方。”

“这是不可抗力的因素,并不能成为你方至今不缴纳2021年至2022年租金的借口。”

“未缴纳租金是受广告位被多次占用等因素影响收益不佳,我方多次请求减免租金。但你方多次承诺减免,又因屡屡更换相关负责人而导致减免未达成。”

“商业风险从来有之。何况你方至今都未拆除有关广告设施,租金、违约金、租赁期满后的占用费应该尽快结算给我方。”

在本诉、反诉合并审理的过程中,双方在庭上你一言我一语,各有主张,互不相让,案件审理一度陷入僵局。

承办法官刘益辰依据已查明的事实经过,在理清争议焦点和双方权利义务关系后,最终作出如下判决:

广告位被占用理应分别延长相应天数,但合同期满后程某某对案涉广告位广告及设施亦未撤下拆除,至庭审时仍未拆除,并有可能因此获得交易机会,故认定合同期已顺延且对其主张的相关损失赔偿不予支持;

协议期满后广告设施未拆除,双方均有责任,结合具体事实、合同履行情况等因素,酌定支持程某某再支付楚某某3个月广告位占有使用费3.75万元,超出部分,不予支持。

宣判后,双方当事人均息诉服判。

■以案说法

本案争执焦点,一为程某某遇到的到底是商业风险还是不可抗力;二为租赁期满后未拆除广告设施是否属于“继续使用”。

从第一个争议焦点来说,二者最大的区别,就在于是否具有可预见性。

从法学角度看,商业风险与不可抗力规则之适用密切相关,因此商业风险的定义被限缩为商人或商业组织在商业活动中因经营活动所应承担的正常损失,其最大的特征就是可预见性。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况,是一种异常风险。

本案中,关于程某某向楚某某公司租赁广告位后被公益广告占用,影响其收益的事实,属于商业风险。从合同约定内容表明,程某某对租赁案涉广告位存在被占用用以发布公益广告的

风险明知,被占用可能造成其招商档期和客户资源流失的问题,是其订立合同时应当预见的正常经营风险,故其申请赔偿损失的理由不能成立。

至于第二个争议焦点,民法典第734条第一款规定:“租赁期限届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议的,原租赁合同继续有效,但是租赁期限为不定期。”就本案而言,程某某招商业广告未拆除的事实客观存在,其仍然占有租赁物,并有可能因此获得交易机会,故其的行为构成法律意义上的继续“使用”,应当按照合同约定的租金标准支付占有使用费用。

双方在合同约定:“合同终止后,如程某某逾期拆除相关设施,则楚某某有权根据需要处置或自行拆除、委托他人拆除并恢复原状。但楚某某未依照合同约定采取适当措施收回租赁广告位,故其就损失扩大部分无权再请求赔偿。程某某未拆除有关广告设施,属于与楚某某就租金减免问题协商未果后的消极行为,而非积极利用广告位的行为。”

因此,程某某支付占有使用费用期间的确定,不能简单以所租用的广告设施未拆除状态的自然持续时间为依据,而应结合本案具体事实、合同履行情况、双方当事人过错、占有使用实际状态等因素考虑,法官判决程某某向楚某某支付3个月广告位占有费。

担保有责,姐夫为破产小舅子偿还30万元债务

本报记者 李娜

“法官,我愿意替我的小舅子许某偿还债务。我最近在评职称,需要出具征信报告,能不能取消账户冻结,把我从失信名单里移除出去……”7月22日,某大学教授高某军找到银川市金凤区法院执行法官刘云涛。

作为一名高校教授,竟然出现在失信名单,他做了什么?

时间回到今年6月4日,高某来到法院申请强制执行,称亲戚许某军借了自己30万元,判决生效后一直未偿还。刘云涛法官在执行过程中发现,许某军账户上无可执行金额,名下只有一辆车,价值4万元,且查不到其他财产,远远不够偿还债务。且许某军因投资失败导致公司多头欠债,欠款数额巨大无力偿还,已申请破产。

“能不能找他姐夫高某军?当初许某军向我借钱的时候,是高某军给他

担保的,法院判决高某军承担连带担保责任。我们虽然是亲戚关系,但我实在周转不开,也需要用钱,要么让他姐夫还。”高某拿着法院判决书,指着判决书判决部分中的第二项:“由被告高某军对许某军向高某军借款30万元承担连带还款责任”,向执行法官刘云涛出示。

原来,当初原告高某在签订与许某军的借贷合同时,许某军的姐夫高某军过于信任小舅子的经营能力,同意签订负连带责任的保证借款合同。这就意味着,如果许某军无力偿还,那么姐夫就有责任替小舅子还钱。

于是,执行法官刘云涛查看了高某军名下的财产情况,发现其名下有2套房产,其中一套小户型房产约80平方米,位于金凤区某小区,市值48万余元,拍卖后足以抵债。刘云涛法官打电话告知高某军法院对本案的判决结果,并明确提出高某军需要对许某军的债务承担连带还款责任。7月22日,就在法院正准备启动拍卖程序的时候,高某军主动联系了执行法官。

“我全然不知自己在失信名单,直到前几天去银行取钱才发现我的账户被冻结了,最近评职称又发现自己的个人征信报告出了问题,还被列入限

制高消费名单,询问家人才得知我小舅子的公司亏损严重到这种地步……法官,我现在愿意代他还清债务。”提起担保一事,高某军有后悔之意但也知道躲避没用。

7月25日,高某军代替许某军向高某还清了30万欠款。至此,一桩借贷纠纷案件顺利执行。

■以案说法:

在民间借贷关系中,当债务人不能偿还原债务时,法院会判决由保证人替债务人偿还债务,所以替人作保须谨慎。保证分为一般保证责任和连带责任担保,两者又有什么区别呢?

民间借贷关系中保证人的保证方式分为两种,一般保证与连带责任保证。两种方式都可以要求保证人在借款人不履行到期债务时承担责任,但两种责任承担方式却存在着巨大的不同。

民法典第687条规定了一般保证人的法律责任,即:“当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的,为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,有权拒绝向债权人

承担保证责任……”民法典第688条对连带责任保证作出了规定,即:“当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的,为连带责任保证。连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,债权人可以请求债务人履行债务,也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。”

从上述规定可见,两种保证方式的区别是:“一般保证责任”是当债务人在不能履行债务且经强制执行后仍然不能履行债务时,保证人才承担保证责任的保证形式。而“连带责任保证”是债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人既可以要求债务人承担保证责任,也可以要求保证人承担保证责任的保证形式。可见,连带责任保证比一般保证严厉得多。对借款人而言,要求保证人承担连带责任保证相对有利,但对保证人而言,选择承担一般保证责任相对有利。

本案中,高某与许某军及其姐夫高某军三方签订的担保借款合同,约定由高某军承担连带责任保证,故债权人高某在申请强制执行时,有权选择由许某军还款,也有权选择由高某军偿还欠款。

舞蹈老师跳槽后,被前单位索赔16万元

法院:竞业限制并非适用于每一个劳动者

小丽(化名)怎么也没想到自己离职后会被前单位起诉到法院。

2018年4月,小丽应聘到某公司担任兼职舞蹈老师,双方签订了书面劳动合同。除了劳动报酬等内容外,合同中还特别约定了竞业限制条款——“小丽在合同期及离职后两年内不得在同类培训机构兼职。如果小丽违反竞业限制义务应当退还已支付的竞业限制补偿金,并按离职前一年全部收入的5倍为标准支付违约金,同时仍应继续履行竞业限制义务”。为此,按照约定,某公司每月发给小丽竞业限制补偿金200元。

2019年5月,某公司发现小丽出现在某舞蹈工作室的宣传资料上,同时小丽的朋友圈也转发了相应内容。某公司主管找小丽谈话后,小丽主动提出离职,并于2019年7月离开了某公司。

小丽原以为离职后,事情就这样过去了。未曾想到,某公司向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。因不服仲裁决定,某公司又向法院提起诉讼,请求判决小丽履行竞业限制义务,2021年6月30日前不得在县域内的培训机构从事商业性舞蹈教学,同时返还已领取的竞业限制补偿金2800元并支付违约金16.2万元。

近日,法院作出最终判决,小丽返还已领取的2800元竞业限制补偿金,驳

回某公司的其他诉求。

■法条解读:

根据合同法第24条第1款规定,竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定,竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

小丽系某公司兼职舞蹈老师,既非高级管理人员,也非高级技术人员,同时不属于负有保守商业秘密义务的人员,不属于竞业限制的对象。因此,双方签订劳动合同中的竞业限制内容超出了竞业限制范围,随意扩大竞业限制的人员,限制了普通劳动者的就业权利,该竞业限制约定应当依法认定无效。因此,某公司要求小丽履行竞业限制义务及支付违约金16.2万元的诉讼请求,缺乏事实与法律依据,依法不予支持。

但从某公司提供的工资条等证据可以认定,小丽每月领取的工资中包含了200元的竞业限制补偿金,因此小丽应当返还已领取的2800元。

随着企业在企业间竞争中作用日益凸显,竞业限制约定已经成了劳动合同中的常见条款。企业往往会和负有保密义务的劳动者签署竞业限制协议,



按月向劳动者支付竞业限制补偿金,约定劳动者在终止或解除劳动合同后的一段时间,不得从事竞业工作,以保守商业秘密,避免不正当竞争。但竞业限制范围不能随意扩大,成为离职劳动者自主择业的枷锁。据《浙江法治报》

非法吸收公众存款
犯罪数额如何认定更准确

北京德恒(银川)律师事务所 寇存学 韩桃

在司法实践中,大部分用于非法吸收资金的平台在案发时都关闭了,通过技术手段也很难就投资款的数额取证。面对公安机关侦查卷宗中巨额的犯罪数额,如何依照法律规定合理剔除并非非法吸收的数额,确定最终应退赔的数额,关系到能否判处单位及个人的量刑幅度、罚金数额、是否轻缓。

■基本情况

2015年开始,某村镇银行违反金融管理办公室的批复文件规定的融资人员范围,总经理张某、副总经理李某以公司名义开展了“信理财”“互资金”项目,以员工推荐、口口相传方式,承诺高额返利为诱饵,通过在微信群中进行认投,或者签订人社申请书、委托投资协议等方式吸收“社员”之外的资金,认定的犯罪金额2000多万元。上述资金用于购置地产、公司日常经营、发放员工工资、支付集资参与人本息等。

■审理结果

公诉机关对本案提起公诉后,法院判决某村镇银行犯非法吸收公众存款罪(单位犯罪),判处罚金50万元,退赔各集资参与人经济损失,查封该银行所有的房产用于退赔集资参与人的损失;张某、李某均构成非法吸收公众存款罪,均判处有期徒刑三年宣告缓刑,并处罚金;依法追缴各集资参与人违法所得。

■律师释法

非法吸收公众存款罪的客观方面需要满足非法性、公开性、社会性、利诱性四个特点,非法性是前提因素。本案某村镇银行的表现是违反了金融管理部门的文件批复精神,吸收了“社员”以外的人员资金。

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2010〕18号)规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款的数额,以行为人所吸收的资金全额计算。案发前后已归还的数额,可以作为量刑情节酌情考虑。”一般而言,法院会以司法鉴定结果认定涉案数额,作为量刑的重要考量因素,具体还影响行为人主从犯的定性以及最终退赔退赃的数额确定。根据相关法律规定,在认定非吸罪的犯罪总数额时,应当扣除以下涉案数额:

一、“重复投资”不应计入犯罪数额

重复投资分为两种情况,一种是

投资人在前一期收回投资本金和利息后,再将上述金额投入进去。根据《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(以下简称《意见》)第5条第2款规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款的数额,以行为人所吸收的资金全额计算。集资参与人收回本金或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除,但可以作为量刑情节酌情考虑。”例如:行为人第一次投资50万元,到期后返还本息共计60万元;又将60万元持续投入,吸收金额应当累计计算,共计110万元。但是,如果参与人到期并未取走本息,只是继续签订协议,将本息均转作借款,重新计息,此种情形数额依然为50万元,因为没有新的资金进入。

二、非法吸收本人及近亲属资金应当予以扣除

《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第11条规定,“犯罪嫌疑人自身及其近亲属所投资的资金数额”不应计入该犯罪嫌疑人的吸收金额。本人、近亲属并非社会不特定对象,并不满足非法吸收公众存款罪“社会性”的特征,不应计入犯罪数额。刑法意义上的近亲属是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。

三、股东个人吸纳的资金应当予以扣除

因合伙人或高管与公司形成借款或债权债务关系,是公司内部管理或投资的事项,并不必然涉及到集资参与人。非吸罪保护的是社会公众,但社会公众给单位涉罪的股东或高管提供的借款应当属于民间借贷,如果认定为非法吸收公众存款的数额,等于让很多股东或高管逃脱了民事还款责任,实践中,不乏以承担刑事责任为由逃避民事责任的高管或股东,还款主体的减少对合法的借款人是另外一种不公平。

在办理该类案件时,针对本案刑民交叉的问题,即使公诉机关向法院起诉时未将通过公司高管或股东的借款有效剔除,辩护人应当提出相应的意见,法院也可以依职权对案件重新审计并剔除相应的部分。这样既能减轻被告的罪责,而且在逻辑上扩大了民事案件的偿债主体,有利于保护正常的民事行为,不让本来是合法的借款人因违法的集资参与人身份出现,不给正常的经济秩序留下刑事司法干预的空间,有利于金融和社会秩序的稳定。

维护劳动者合法权益

采购员向供应商借款
公司能否解除劳动合同

以案说法:

我国劳动合同法第39条明确,劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:

(一)在试用期间被证明不符合录用条件的;

(二)严重违反用人单位的规章制度的;

本案争议焦点为,公司与花某某解除劳动合同是否合法。

具体地说,本案采购员向供应商借款的行为,是一种民间借贷关系,与《员工手册》规定的吃回扣、受贿等性质不同,用人单位将这种行为与腐败行为一视同仁,对采购员解除劳动关系是否公平合理?

良好的商誉是公司的生命线。超市为广大消费者提供物美价廉、品质有保障的产品,必须在采购环节中对供应商的信誉作严格评估。采购员工作有很强的专业性,在公司生产经营上作用巨大,故对采购员的采购行为、职业道德都有专门的规定进行严格约束。采购员必须恪守职业道德,不得存在任何腐败行为。

如果采购员向供应商借款,其对供应商的选择必然有所偏向,失去对其信誉评价的客观公正,一般会在采购价格、产品质量上有所退让以示感谢。当采购了不合格产品被消费者索赔,必然影响到用人单位的声誉与利益。故采购员向某供应商的借款行为,属于公司规定的“从事其他腐败行为”,用人单位有权与其解除劳动合同关系。

本案提醒大家,每个人都应认识到,“廉洁”是对每个劳动者在职业活动中最基本的行为要求,劳动纪律和职业操守,是员工履行劳动合同必须遵循的附随义务,也是劳动者对社会所应承担的道德、责任和义务。因此,一定要做一名遵守宪法法律、职业道德的劳动者。(钟玉珍)