

编者按 在“一带一路”倡议提出后,中国承包工程企业走出去的规模日益扩大。最新数据显示,2017年我国对外承包工程增长率超过了8%,且中国企业对外承包业务模式持续创新,产业链日渐高端化,向投资建设和后续经营相结合的趋势发展。在此期间,商务谈判、工期专家证人等关键要素开始步入国际舞台,维护了企业间的合作关系,提高了工程纠纷解决的效率。同时,也给中企对外承包工程项目带来了新的风险与挑战。

中企海外承包工程需练内功

既炼火眼金睛 也练金刚之躯

■ 本报记者 钱颜



中国建筑股份有限公司巴哈马度假村项目面临过破产申请、业主变更,中铁建工集团有限公司阿尔及利亚体育场项目经历过工程设计合同纠纷,中国冶金科工集团西澳兰伯特角铁矿项目也曾遭遇尾款拖欠、法律争端……对中国企业来说,海外工程市场的无限商机背后,也暗藏风险。

把控布局,防辨风险

中国恩菲工程技术有限公司国际业务部副总经理赵珊珊指出,境外承包工程合同存在的风险主要包括:业主的支付能力风险,业主提供的工艺安全责任风险、工期风险、报价方式与EPC(工程总承包)合同模式冲突风险,以及保函风险、保留金风险、汇率和退税风险等财务风险。

“企业除了应能识别风险外,

▼法律干线

2018年金砖国家知识产权论坛举办

本报讯 日前,由中国贸促会专利商标事务所、中国贸促会知识产权服务中心主办,中国贸促会四川自由贸易试验区服务中心、四川省贸促会协办的第十届金砖国家知识产权论坛在成都举办。

国家知识产权局副局长何志敏在致辞中指出,金砖知识产权合作离不开金砖各国法律实务界同仁以及产业界人士的广泛参与。除了金砖五局采取多种方式落实为“用户和公众提供更好服务”理念之外,在金砖五局共同签署的《联合声明》中也明确提出“支持金砖各国开展知识产权服务业从业人员能力建设方面的交流和合作,鼓励包括知识产权服务部门以及相关机构在内的用户团体之间的交流与合作”。

此次论坛的议题特别针对那些有意愿或者有计划在金砖国家拓展业务的知识产权所有人、知识产权代理人 and 律师量身打造,论坛主要聚焦具体的知识产权热点问题,如“金砖国家间及金砖国家与知识产权大国间专利审查高速路合作”“中国专利商标司法审判最新进展”“金砖国家图形用户界面(GUI)保护”“驰名商标在金砖国家的保护”等。金砖国家知识产权论坛让参会人更加深入了解金砖国家最新的知识产权政策法规和实践,这对于在金砖国家从事商业活动的企业家们非常有指导价值。

(来源:专利商标事务所)

《绝地求生》官方起诉网易侵权

本报讯 去年开始,《绝地求生》模式游戏大火,多款类似玩法的游戏让人眼花缭乱,对此蓝洞美国子公司PUBG Corp官方终于下手了。

据外媒报道,近日,《绝地求生》官方对《Rules of Survival》和《Knives Out》两款吃鸡手游发起版权诉讼,要求永久下架。

如果你对这两个名字不熟悉,那它们的中文名大家想必都不陌生,正是《终结者2:审判日》和《荒野行动》的海外版,出品方都是网易公司。

据报道,PUBG Corp在北加利福尼亚州的美国地方法院对网易提起诉讼,指控该公司的两款“吃鸡”游戏违反了PUBG持有的版权和商标。

PUBG Corp认为网易在部分营销资料上多次使用“PUBG on phone”,试图误导消费者,对自身利益造成侵犯。在提交的文件上,PUBG Corp指出了网易游戏的25项违法行为,要求网易进行经济赔偿以及下架这两款游戏。

这件事情主要问题出现在对商标的侵权上,而并非是游戏模式的问题,因此只有两款游戏被告,而网易出的“吃鸡”游戏最起码有五款。有意思的是,国内的《绝地求生》运营权和手游开发权在腾讯手上,但腾讯却没有直接向网易提起诉讼。(马荣)

也应练好‘内功’,具备较强的抗风险能力。”建伟(北京)律师事务所高级合伙人朱中华告诉记者,企业应坚持‘预防控制’为主,‘全程管控风险’的风险管理原则。“预防为主”是指投标签约之前要进行风险识别、风险分析评估,并对风险提出有效的管控方案;“控制风险”是指合同签署后的履约过程中,尽量控制不要发生风险,一旦发生也要将其对项目的负面影响和损害程度控制在最小。在发生纠纷时,要注意运用法律合同的规定,整合资源,挽回、减少和控制项目损失,提前做好预案,避免到时惊慌失措,有理变成没理,使自己利益受损。

联合建管(北京)国际工程科技有限责任公司副总经理刘磐强调,很多工程项目一线工作人员存在按部就班完成任务的心理,导致上层领导缺乏对项目全局的整体把控,忽略合同赋予的权利义务,造成违约。建议企业管理者将合同范围的全局管控重视起来,在合同条款或合同进度计划中对进度目标进行清晰界定。

赵珊珊提醒企业,要注意合作方在项目合作过程中,是否有名称变更的情况出现。如果有,需要观察其更名是否符合当地法律法规,是否影响项目合同的后续效力。

提高专业素养,用好证据武器

中国企业遇到境外承包工程纠纷时,常会选择国际仲裁方式进

行解决,但有关数据显示,中国企业在国际仲裁中胜诉的比例并不高。北京德恒律师事务所合伙人贾怀远认为,不论在东道国诉讼还是国际仲裁中,中国公司败诉的主要原因之一是证据缺失。中方整个工程施工过程中的合同文本、会议纪要、备忘录以及往来邮件往往不能反映单一争议的全貌,而且文件管理混乱,看似数量众多,但用仲裁标准衡量,真正能起到证据作用的较少。

“口头承诺别当真。”贾怀远强调,案件仲裁时常面临对方人员变

更、拒绝承担责任等状况,当时的口头承诺只能成为企业发泄怨恨的浮云,很难作为证据使用。同时,由于语言障碍和能力欠缺,绝大多数的英语文本起草权掌握在外方手中,直接导致当时的谈判是一种理解,书面记录又是另外一种理解,而且书面记录往往对中国企业不利,有的甚至歪曲事实。因此,详细、完整、完备的合同管理是打赢官司的关键点之一。

赵珊珊对此也有同感。“当你非常专业的时候,对方也会以专业的态度对待你。”她表示,在项目进

行过程中,企业一定要重视文档管控,建议编制项目文档管理规定,专人专岗负责对外收发文件、文件编号、编制文件传达单,所有外发文件报送控制经理并抄送合同负责人。应雇佣专业的合同管理团队、保险经纪人、代理律师、工料测量师等,嘱咐员工严格按照合同约定的时间和程序向对方发出通知或提交报告。一旦发生合作方要求停工、变更规模等不知如何处理突发情况时,企业应先按规范回函,对对方的诉求进行全面确认并保留证据,再做后续工作。

工期是否存在延误? 工期延误责任归谁? 工程纠纷谁之过?

合格工期专家证人或可帮企业赢得国际仲裁

■ 本报记者 钱颜



日前,巴黎国际商会仲裁院对一起“一带一路”工程项目纠纷作出裁决,接受了由中国专家证人关于该工期延误的分析结论,驳回了东道国业主对中国承包商的工期延误巨额索赔。

在日前举办的海外工程疑难争议处理案例研讨会上,联合建管(北京)国际工程科技有限责任公司副总经理刘磐对该案中的工期专家证人海外作证一事进行了介绍,并对在场企业提出了相关建议。

该案的缘起是中国承包商以EPC方式在某“一带一路”国家承担大型工业项目,在工程完工后与东道国业主产生争议。EPC是指公司受业主委托,按照合同约定对工程建设项目的设计、采购、施工、试运行等实

行全过程或若干阶段的承包。在随之而来的纠纷中,中国承包商按照合同约定向斯德哥尔摩商会仲裁机构提起申请仲裁,东道国业主则提出了工期延误巨额索赔反请求。

工期是否存在延误是该案中的关键争议点。据了解,建设工程延误是比较常见的争议类型,而工期延误责任的分析和分配一直是仲裁庭的难点。精准的分配工期延误责任离不开提供科学分析的专家证据。

“该案中,我国工期专家证人关于工期延误的分析结论最终被仲裁庭采纳,对案件结果起到至关重要的作用。”刘磐表示,中国承包商一定要重视国际仲裁程序中专家证人的作用。

专家证人一般由案件当事人通

过律师进行委托,接收当事人提供的证据资料进行法务工期分析并出具专家证人报告,再由仲裁庭向对方提供该专家证人报告,对方针对该报告,再书面回答报告中提出的质疑。专家证人还须在开庭中接受仲裁庭及双方律师的交叉询问,解释说明专家证人报告中的内容。据刘磐介绍,法务工期专家证人工作时要准备充分的资料,包括项目合同文件、合同进度计划以及过程中合同进度计划的更新、完工进度状态、施工组织计划、项目周期性报告、项目会议纪要等。

同时,国际仲裁案件对专家证人的专业程度也要求很高,“在国内开庭,证人可以带资料进去,也可以用电脑演示报告里呈现出的数据是如何计算的。”刘磐介绍说,“但在国际仲裁庭不允许这样做。专家证人不能带资料进去,只有一份未添加任何批注的原版报告作为参考。”

联合建管(北京)管理咨询有限公司董事长邱闻总结道,在参与国际仲裁程序中,无论律师或专家证人都要从以下四方面做好工作。

首先,要对国际规则进行动态追踪,避免出现对方掌握最新规则去质证,我方还用过去规则回击的

乌龙情况出现。

其次,熟悉项目管理的国际规则。实践中,不同地区项目管理标准成熟度不同,发达国家或地区的项目管理标准比我国标准严格很多。因此企业在处理纠纷时,不一定简单按照一种标准作为评判依据,可以在不同标准间寻求平衡,达到最有利的结果。

再次,提高工程项目人员的法律素养,尤其是工程进度方面人员的素质要求应高于工程质量、工程造价,只有非常熟悉法律的人员,才能处理好与合同条款紧密关联的工作。

最后,增加对国际法律和惯例的了解。目前,中国关于工期延误分析并没有成熟、体系化的分析方法。国际工程关于工期延误分析通常采用英美行业学会的工期延误分析方法,例如英国工程法协会出版的《工期延误与干扰索赔分析准则》,国际成本工程协会出版的《法务工期分析》等,且处理工程领域国际纠纷时,大部分时候都要参照英国的案例,哪怕管辖法在大陆法系下也是如此。再加上出庭的律师、证人多比较熟悉英国法,提醒我国企业面对纠纷时,一定要聘请熟悉英国法律的专业人士,掌握国际游戏规则。

在我国企业走出去过程中,争端纠纷在所难免。除了常见的诉讼、仲裁等解决方式外,国际商务谈判因其低成本、便利化和避免针锋相对等优势,逐渐得到企业的青睐。

在日前举办的海外工程疑难争议处理案例研讨会上,中国电建集团国际工程有限公司法律与风险部副总经理李志永介绍了一起企业善用谈判利器、顺利化解国际纠纷的事件。

某国际矿业巨鳄,将投资总额超过20亿欧元的项目其中一部分交给电建集团。工程进行到一半,该国际矿业集团指控电建集团存在26项违约情形,令其进行弥补。两个月后,在没有任何预兆的情形下,矿业集团向电建集团发出了主体合同的违约通知,随即一周内就发出了合同终止通知,且该通知在21天内生效。矿业集团发出通知的核心理由是电建集团令工程延误,因此要求电建集团支付278万欧元的误期损害赔偿费。

“收到终止信函通知后第一时间,我们开启了应急预案。”李志永介绍说,先按照合同规定程序对矿业集团的来函进行了回复,并进行了现场紧急工作部署,迅速拟定了初步规划方案,同时尝试推动高层会议以争取与对方进行谈判和沟通,并着手终止合同真实原因分析及证据收集。

“根据分析,我们打算从以下几方面来应对。首先,证明我们没有违约,或者说非实质性违约,不至被终止合同的地步。例如矿业集团声称的违约事项中,除了未能提交浮动工期计划、等常见违约事件,也包括违法安保义务、健康和安全保障、与当地雇员工不和等不严重的违约。”李志永表示,对方指出的基础偏移、管道漏埋等问题,均属于施工过程中常见问题且电建集团已在其发出违约终止通知后的7天内采取了合适的行动对违约行为进行了补救。此外,其中部分被指控违约行为是很久之前发生的,已经超过了索赔期限。

李志永建议,企业遇到类似纠纷时,除了对违约行为证明以及对违约程度分析外,还可以寻求对方明显存在终止合同动因和对外的清晰表态作为证据进行反驳。例如网站对外公告、投资产品价格暴跌的事实、业主与政府签订暂停项目协议等。在该事件中,电建集团最终在当地发展部部长公开说明时发现,矿业集团终止合同的真实原因很可能是油价下跌,投资意愿受挫,而对方这种做法,违反了当地法案中规定的诚实信用原则。

围绕以上证据,双方开始经历了三次磋商会议,最终签订了和解协议,避免了实践中大多数情况下走向仲裁的结果。

“谈判团队除了要具备精通规则、善于协作、项目管理等能力外,在磋商过程中还要重视合同本身,及时跳出条款限制,聚焦实际损失和补偿。”李志永指出,此次谈判顺利的关键在于双方都没有再讨论对错,而是把目标定在如何结算上,重点讨论了合同终止的表现方式,对互相诉求索赔内容进行了探讨。他还强调,国际商务谈判往往涉及高层之间的对接,一定要善待对手、恪守承诺。比如在磋商会议进行时,遇到了矿业集团一名总裁过生日,中方负责人贴心准备了聚会和礼物,一定程度上增进了相互好感和信任。(穆青凤)

中国标准必要专利第一案：

西电捷通诉索尼专利侵权案胜诉

近日,北京市高级人民法院就西安西电捷通无线网络通信股份有限公司(下称西电捷通)与索尼移动通信产品(中国)有限公司(下称索尼公司)之间的侵犯发明专利权纠纷案作出终审判决,驳回索尼公司的上诉,维持一审判决。

2015年7月2日,因认为索尼手机涉嫌侵犯“一种无线局域网移动设备安全接入及数据保密通信的方法”专利,西电捷通将索尼公司诉至北京知识产权法院,请求法院判令索尼公司立即停止侵权,并赔偿其经济损失3288万余元及合理支出47万余元。

2017年3月,北京知识产权法院就本案作出一审判决,认定索尼公司构成专利侵权,索尼公司被判决停止涉案手机制造等侵权行为,

并按照许可费的三倍标准赔偿西电捷通公司损失共计900余万元。

北京知识产权法院作出上述判决后,索尼公司不服该一审判决,向北京高院提起上诉。北京高院于2017年6月8日立案后,依法组成合议庭对该案进行了开庭审理。

最终,北京高院判决驳回索尼公司的上诉,维持原判。该案因涉案双方均为行业内知名企业且涉案专利为标准必要专利,引发广泛关注 and 讨论。

据悉,该案涉及西电捷通专利号为ZL02139508.X,名称为“一种无线局域网移动设备安全接入及数据保密通信的方法”发明专利,申请日期为2002年11月6日,授权公告日期为2005年3月2日。

该发明专利通过双向认证机制,解决了无线局域网WLAN中没有对移动终端MT进行有效的安全接入控制,保障了移动终端MT接入的安全性、通信的高保密性,是无线局域网安全接入WAPI标准中的核心专利。

据了解,自2003年起,该专利就已成为我国无线通信领域的标准必要专利,被芯片厂商、运营商、终端设备制造商等广泛应用。

尽管如此,该专利持有者在尝试向智能手机厂商收取专利许可费时,依旧“困难重重”。该专利曾被多次发起无效宣告。2015年7月23日,索尼公司针对涉案专利向专利复审委员会提出无效宣告请求,请求宣告涉案专利权利要求1-14全部无效。

2016年5月10日,苹果公司亦针对涉案专利提起无效宣告请求,当时,苹果公司以说明书公开不充分、缺少必要技术特征、权利要求得不到说明书的支持、不具备新颖性和创造性等理由,向专利复审委员会提出无效宣告请求。2017年2月20日,专利复审委员会作出决定,驳回了苹果公司的全部无效请求,维持涉案专利有效。显然,西电捷通在尝试向索尼、苹果收取专利许可费时,这两家公司都在积极利用法律赋予的救济手段,希望能“逃过一劫”。

此次二审宣判充分体现了标准必要专利在维护创新主体知识产权成果中的重要性。同时中国企业西电捷通面对国外大企业侵权胜诉,侧面也体现了中国企业的创新和技术崛起。

此次西电捷通胜诉,其实是技术的胜利、创新的胜利。同时此案也表明了创新和技术研发不是大企业的专利,中小企业同样可以拥有基础技术、关键技术,同样可以做出贡献。中小企业应该重视研发创新,以使企业获得长久发展。

另外,此案也告诉我们,我国企业要在与众多国外企业的竞争中突出重围,就必须“修炼内功”,密切跟踪技术发展方向,找出技术创新突破口,进行周密的专利布局,形成强有力的专利组合,积极参与标准的修订,不断提高话语权。

现代企业的竞争是创新力的竞争,而创新力需要知识产权的保护和支持,只有创新与保护并行,中国企业才能更有竞争力。(高捷)