

吕良彪：如何看待“达能V娃哈哈”之争 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_90_95_E8_89_AF_E5_BD_AA_EF_c122_486178.htm 今年四月以来，达能、娃哈哈事件引起各界广泛关注。我所主持的第七届律师论坛的法律风险防范与控制分论坛亦将此事件作为论坛研讨、对话的重点话题，名家汇粹，争议煞是激烈。笔者不主张针对热门事件迫不及待地进行所谓分析，而是希望能在尘埃扬起过后对事件有一个冷静分析：第一，双方权利义务和解决纠纷的基础是双方所签订合同的法律效力一、达能与娃哈哈之间所签订的四份合同：1、双方成立合资企业的合同；2、娃哈哈集团向合资公司转让商标的合同；3、报商标局备案、内容简洁的商标使用许可合同；4、未报商标局备案、内容详尽的商标使用许可合同。应该说，这四份合同是确定达能、娃哈哈之间权利义务关系的基础，对于此四份合同的效力认定及对双方权利义务的规制，是解决双方争执的基础。二、处理本案相关合同效力应遵循的几条基本原则：认定这些合同效力，有以下几个基本原则需要澄清：其一，合同有效不等于合同必然被履行，质言之，合同不能履行并不等于合同无效；（如甲向乙合同转让某特定物，后该特定物灭失致合同无法履行，但不能因此否定合同效力）其二，合同属于双方合意设立债权的行为，相关物权或准物权的移转不能并不等于合同无效；（如甲向乙出售房屋，后因种种原因房屋未能过户，这种物权行为的未完成不代表甲乙双方房屋买卖合同无效，双方因此成立的债权债务关系合法有效。）其三，合同违反法律要求，并不必然导致合同无效：对于违

反合同效力性强制规定的（如非法买卖军火，或法律规定经批准生效的合同未经报批），合同无效；对于违反管理性强制规定的（如应予备案而未备案），其法律后果是对于不遵守行政法规的处罚，而非否定合同效力；其四，任何一方对国际交易规则的不了解不构成主合同无效的抗辩事由。

从2003年的南孚事件、2006年的“凯雷收购徐工”一案以及达能娃哈哈之争，很大程度上源于对转售权（Drag Along）的不理解。此外，达娃之争中宗庆后的言论也暴露出的宗庆后乃至中国企业对业绩绑定的“对赌条款”，董事会对公司行为的约束条款，以及反稀释、优先分红、清算优先权、赎回权、随售权、带领权、知情权、监督权、资金共管等等国际投资惯用的条款缺乏必要认识。

三、对相关合同及双方权利义务关系的认定：

- 1、关于合资合同与娃哈哈出资义务（1）合资行为由双方自愿达成一致，并得到有权机关批准，合同合法有效；（2）娃哈哈商标出资符合法律规定，依法应予批准；娃哈哈商标在当时的情形下，能够作价一亿出资，实属难能可贵，并非显失公平；（3）商标出资未获批准，其法律后果不应是双方合资合同无效，而是娃哈哈出资义务的未依约履行，娃哈哈集团因此对合资企业、对合资另一方负有出资义务并承担相应违约责任；（4）娃哈哈商标实际上一直由合资公司使用，事实上成为合资企业有效使用的资产；（5）宗庆后十几年后对于所谓法律陷阱的指责，更多地源于对商业领域投资法律专用条款的陌生；（6）百富勤的股权转让符合我国《公司法》相关规定，并不必然认定为恶意收购。

结论：（1）合资合同合法有效；（2）娃哈哈集团未能依约完成出资义务，是导致后续商标转让及使用许可合同

的重要原因；2、关于商标转让合同（1）双方真实意思表示；达成一致即告合同成立，如无特别约定或法律规定，签字即生效；（2）商标法规定，商标权的转让以国家商标局核准为必要条件，但这是商标转让这一准物权转让行为的法定条件，而非商标转让合同生效的法定必备条件；3、商标转让未完成，合同未能履行，不等于合同无效；有效的合同并不具备必然的可履行性；合同不能履行，但双方合同并非因此无效，债权债务行为依然成立；（正如娃哈哈集团将大楼转让给合资公司，合同订立后因种种原因未能办理过户手续，此种情况下房屋产权依然归属娃哈哈，但双方合同合法有效，娃哈哈也因此对合资公司可能产生特定债务。）4、商标局未批准商标转让无法定事由，行政行为存在重大瑕疵：中国的政府理应成为法治的政府、服务型的政府，对于娃哈哈商标的转让，法律如无明确禁止性要求，商标局理应予以许可；考虑到当时的1996年，依法治国与依法行政尚未纳入法治轨道，以现今目光解读存在很多瑕疵，如未书面答复，未明确回复，而是到十一年后的2007年才向下级工商行政管理部门发函称当时收到申请但未予核准。结论：（1）商标转让合同合法有效；（2）商标所有权转让未获批准而未能完成；（3）国家商标局行为存在重大瑕疵。

三、关于已备案的商标使用许可合同（简）即所谓简合同，或阳合同，双方签订用于备案的合同。（1）意思表示真实；（2）依法已备案，符合法律要求，对第三人具有公示力；（3）双方权利义务约定简单；分析：（1）此份合同符合合同成立并有效的一切法定条件；（2）其症结在于：这是否是双方以合法形式掩盖非法目的的手段或方式？其法律效力似乎取决于双方约

定彼此权利义务的详合同（或称阴合同）是否是为达非法目的而签订？（3）如双方详合同约定事项无效，则以此份合同为准；（4）如双方详合同约定事项违法，则认定此份合同作为非法目的的工具而告无效；结论：（1）合同有效；（2）与详合同规定不一致处以此合同为准，未规定处参照详合同履行。

四、关于商标使用许可合同（详）（1）意思表示真实；（2）权利义务约定详细明确，几近转让合同；（3）未报备案，并约定发生争议时以此份合同为准；（4）约定事项本身并无违反强制性法律规定。分析：（1）有与报批合同不一致处应以报批为准，显然报备的合同效力更高；（2）备案作为一种管理制度，起到对第三人公示的作用，确定是否构成善意第三人；（3）备案作为一种管理制度，违反此种管理制度的法律后果是依法报备并受到法律处罚，而不是否定合同效力；（4）此合同应视为对报备合同约定不明事项的详细约定，前一合同未约定的，应从该合同之约定。结论：（1）合同有效；合同虽未报备，但其内容并未违反法律强制义务，不能以此认定合同目的非法；（2）未依法报备的法律后果是行政处罚而非否定合同效力；（3）未报备合同效力低于报备合同，有不一致处应以报备合同约定为准；

总体评价：从现有法律上看，达能与百富勤的收购并不能认定是所谓恶意收购；双方所签订的合同约定了彼此权利义务的基本框架，并不能简单的以所谓未经国家商标局核准这一简单事由武断地得出相关合同无效进而得出合资违法的结论。后续三个合同，虽然严格从法律意义上说，并非在股东之间签订，但实际上都是为了实现合资企业合法使用娃哈哈商标的目的而签订。更为要紧的是，本案的关键也许并

不在于合同的效力：合同有效，商标转让因此种情形下难以得到国家商标局核准亦无法得以履行；合同无效，亦应追究责任方相关责任。所以，本案的关键在于何方应对合同未能得以履行承担责任，杭州仲裁的进程也验证了这一论点。真正法律交锋过程中，双方争执的焦点有三：其一，谁真正控制合资企业，其目的在于认定谁对商标未依法申请过户履地合同义务；其二，商标转让合同能否履行，其目的在于争夺商标权归属；其三，关于两个五千万的问题，其目的在于确认娃哈哈一方是否依约履行了合同义务。

第二，达能V娃哈哈事件绝非单纯的合同法律问题

一、虽不能认定达能与娃哈哈集团的合资及收购属恶意收购，但达能对中国企业的收购已经涉及到特定领域的垄断和国家经济安全问题

1、达能对中国饮料产业的收购概况：

- 1987年成立广州达能酸奶公司。
- 1994年与光明先后合资建立了上海酸奶及保鲜乳两个项目，达能占45.2%的股份。
- 1996年收购武汉东西湖啤酒54.2%的股权；与娃哈哈成立5家合资公司，达能获得41%的股权,亚洲金融风暴之后,达能拿到51%股权；收购深圳益力食品公司54.2%股权。
- 2000年3月达能收购乐百氏92%的股权。
- 2001年，达能亚洲有限公司参股光明，比例为5%。
- 2004年收购梅林正广和饮用水有限公司50%股份。
- 2005年4月达能亚洲持有光明乳业股权增至9.7%，成为该公司第三大股东。
- 2005年10月达能亚洲第三次增持光明乳业1.85%股权，股份总计11.55%。
- 到2006年4月，增持光明股权达到20.01%。

2、相关法律规定：

《关于外国投资者并购境内企业的规定》第十二条：外国投资者并购境内企业并取得实际控制权，涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标

或中华老字号的境内企业实际控制权转移的，当事人应就此向商务部进行申报。当事人未予申报，但其并购行为对国家经济安全造成或可能造成重大影响的，商务部可以会同相关部门要求当事人终止交易或采取转让相关股权、资产或其他有效措施，以消除并购行为对国家经济安全的影响。

第五十一条 外国投资者并购境内企业有下列情形之一的，投资者应就所涉情形向商务部和国家工商行政管理总局报告：（一）并购一方当事人当年在中国市场营业额超过15亿元人民币；（二）1年内并购国内关联行业的企业累计超过10个；（三）并购一方当事人在中国的市场占有率已经达到20%；（四）并购导致并购一方当事人在中国的市场占有率达到25%。虽未达到前款所述条件，但是应有竞争关系的境内企业、有关职能部门或者行业协会的请求，商务部或国家工商行政管理总局认为外国投资者并购涉及市场份额巨大，或者存在其他严重影响市场竞争等重要因素的，也可以要求外国投资者作出报告。上述并购一方当事人包括与外国投资者有关联关系的企业。

第五十二条 外国投资者并购境内企业涉及本规定第五十一条所述情形之一，商务部和国家工商行政管理总局认为可能造成过度集中，妨害正当竞争、损害消费者利益的，应自收到规定报送的全部文件之日起90日内，共同或经协商单独召集有关部门、机构、企业以及其他利害关系方举行听证会，并依法决定批准或不批准。需要澄清的是，我们反垄断而应不反外商控股；更为要紧的是，中国境内的外商投资企业（无论是中外合资、合作还是外商独资企业）都是中华人民共和国法人，都属于中国公司。但达能在中国相关领域的并购态势，达能并购后对于乐百氏等中国知名品牌的毁

损，无疑应当引起中国政府相关机构的关注并依法采取相应措施。

3、国外对跨国并购的限制和国家经济安全的保护

各国法律对外资并购的市场准入（或经济安全）：均有管制性规定，以防止垄断，保护民族品牌，保证国家经济安全。政治风险与东道国的政府政策变化等行为有关，包括征收、国有化、战争以及恐怖活动等政治暴力事件。“中海油集团对尤尼科公司的收购案、五矿集团对诺兰达公司的收购案，在经济上来讲，美国和加拿大的公司都不吃亏，但是东道国从政治上考虑还是要进行审查，结果导致了项目中止或无法顺利进行。”

以下是部分国家对跨国并购的法律管制制度介绍：

（1）美国：美国的并购法规体系主要由两部分法规组成：一是国会规制并购行为的法律，二是政府规制并购的行为准则。美国在上世纪30年代就制定了《反托拉斯法》，还设立了外国投资委员会，对重要行业的跨国并购进行评估和审查。从我国联想集团并购IBM的PC业务受到美国外国投资委员会审查，以及中海油并购美国尤尼科石油公司、海尔并购美泰公司等，均因美国政府干预而失败。

（2）德国：德国《公司法》：跨国收购中，当一个人收购德国公司25%或50%以上股份或表决权时，必须通知联邦卡特尔局；当收购产生并加强市场控制地位时，这种收购将被禁止。

（3）加拿大：目前，任何超过2亿美元的并购协议都必须经过加拿大政府批准方可生效。

（4）此外，韩国已经出台帮助国内企业抵御外资恶意收购的新规则。这项在2005年3月份生效的新规则规定，持有公司股份超过5%的投资者，在公开控制公司经营权的意向后，5日内不得行使投票权且不得继续购入股票。韩国公司成为收购目标后，可以增发股票或发行债券以对抗恶

意收购。如果投资者在柜台市场公开收购某公司5%以上股份，目标公司可以发行可转换债券或其他证券以进行自我保护。

二、娃哈哈集团、达能公司都可能涉嫌竞业禁止的问题。目前达能方面的抗辩事由系跨国公司整体战略；而娃哈哈方面的抗辩事由则是相关企业均属贴牌企业，其生产已计入合资公司总会计报表，因而属于关联企业关联交易。从这个意义上，双方都没有绝对把握摆脱竞业禁止的困境，但仅就目前而言娃哈哈方面的理由更为充分些。

三、对民族品牌的特殊保护是国际通例 在各个国家，民族品牌都受到特殊的保护，尤其百事可乐收购达能遭受法国举国上下的反对、固特异遭恶意并购被美国国会和政府所否定即是典型。民族品牌理应受到特别保护，但对国家经济和民族品牌的保护亦应纳入法治化轨道，切忌以一种“义和团”式全民仇外的方式进行。启动国家公权力介入投资并购的私权领域，无论如何均应慎重。

第三，解决困境的法律智慧 陷入法律困境对于双方而言是一个双败的结局。值得玩味的是，此次事件使娃哈哈品牌知名度更高，但是否美誉度更高则很大程度上要看此次事件的解决方式。解决达能娃哈哈事件无外乎以下几种方式：

一、达能、娃哈哈的和解；杭州仲裁过程中，达能方代理人提出愿意和解，遭娃哈哈方断然拒绝。但这并不意味着娃哈哈方完全拒绝与达能和解，而是诉讼策略的需要。随着事态的发展，各种中间力量包括政府的明示与暗示，各方利益的需要，都可能使事件得以和解。

二、第三方介入的重组；无论是六十家非合资公司的并购，还是娃哈哈合资企业的股权结构调整，“白衣骑士”的介入都将起到至关重要的作用。

三、通过诉讼、仲裁确定商标权属。问题在于，本案绝非仅

仅是一法律问题，亦非单纯依靠法律所能解决的问题。裁决不能解决深层次问题：商标归属达能，其在中国市场的经营亦举步维艰，而且乐百氏的前车之辙犹在，娃哈哈商标的前途不容乐观；商标归属娃哈哈集团，则其所应承担的相应责任亦不容乐观。显然，第一、二种方式才可能达到各方的共赢。争议的解决离不开法律的原则，更需要彼此妥协的艺术。

附：关于所谓李肃与和君创业咨询挑起诉讼的法律问题 达能娃哈哈事件已经演变成一个大舞台、小社会，国内的，国外的，企业的，个人的，竞相粉墨登场，争着属于或不属于自己的利益。

??某报评论员 达能娃哈哈事件风生水起之际，和君创业咨询有限公司的李肃跳将出来，坦言其买一百股光明乳业的股份就是为了取得所谓光明乳业小股东的身份，以此起诉同为光明股东的达能。可惜的是，李肃先生购买的股份不到公司股份的百分之一，持股时间也没有达到公司法所要求的一百八十天，最终未能提起公司诉讼。直接起诉达能未遂的李肃，转而祭起所谓国家经济安全的大旗，声称其与达能有二十年的恩怨，缘自跨国公司对于中国经济的威胁，四下里游说，无论是作为某一方的代言人，还是为自己再次争夺眼球，其行为都是可以理解的。据说李肃先生一向以PK知名人士、参与公众事件而出名，从先前的PK郎咸平，与胡德平争论企业家的原罪问题，再到掺乎到达能娃哈哈事件中，亦属必然。李肃先生一向对自己的演说极具自信心，号称驳倒了所有的专家。只可惜李肃先生自鸣得意的所有立论基础都建立在沙漠化的软弱无比的基础之上。李肃先生多次致函商务部，要求对达能的并购行为进行国家经济安全的审查，其法律依据在于《关于外国投资者并购境内企业的规定

》。然而无论根据该《规定》的第十二条、第五十一条、第五十二条之规定，一时都很难找到李肃及其和君创业咨询具备向商务部提起要求的主体资格的法律依据，更难具备起诉商务部的条件。但可以肯定的是，这个李肃一定会折腾些事，这个名他不能不要。李肃先生对于达能娃哈哈事件的法律分析方法很有特色。我们注意到，不仅达能主张合同有效，娃哈哈集团在杭州提起仲裁的要求是“终止合同”，而终止合同的前提就是承认合同的有效性。而对于这样一个双方当事人都已经认可的问题，李肃先生却几乎未经任何论证即认定四份合同均无效，并以此展开立论。其实李肃先生自鸣得意的雄文，说白了不过是一篇散文或议论文，其标题不妨称作《从达能事件说开去》。国家经济安全，正确面对跨国公司，这样的结论当然是永远不错的，但绝对不能从这些永远正确的大道理得出李肃先前对达能娃哈哈事件立论的必然正确性。另一位叫做王巍的牛人，写了另一篇可以称之为《从达能事件说开去》的文章，得出的结论是中国更需要契约精神。其实无论国家经济安全还是契约精神，都是当下中国发展必不可少的元素。这种认识的差异，也许缘于对法律的一知半解，也许因为各自认识的喜好与偏爱不同，更多的也许取决于决定脑袋的屁股坐在哪里。见仁见智是必然的，关键在于彼此的包容与宽容，更能透过达能娃哈哈事件进行深刻反思，使我们这个民族的法治理念、契约精神乃至中国的民族品牌保护、国家经济安全以及如何正确面对跨国公司的全球战略都能有更深刻的理解，从而促进社会的成熟与进步。从这个意义上说，李肃们的贡献与价值应该是有价值的，也是令人尊重的。----- 吕

良彪律师 大成律师事务所高级合伙人 北京律协风险投资委员会主任 兼职教授 硕士生导师 仲裁员 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com