

OEM：中国企业开拓国外市场的最佳途径

—兼谈 OEM 的法律实务

陈小敏

一、什么是 OEM？

OEM 是英文“ Original Equipment Manufacturer” 的缩写，直译中文为“ 原始设备生产商” 。

最初的 OEM 交易指产品生产商根据品牌拥有者的要求为后者生产和供应产品。该产品一般只标明品牌而不列出生产商的字号。如一家美国名牌空调厂商要求中国一家空调制造商按前者要求生产空调机，该空调机标有美国品牌，除需列出原产地外并没有列出是哪家中国企业制造的。这里，中国制造商就是 OEM。随着高科技的迅速发展，现代的 OEM 交易的内涵已大大扩大。特别是在电脑软件和晶片制造行业，他们对电脑厂商(硬件厂商)而言是这些软件和晶片的原始制造商，但这些产品仍标明 OEM 的品牌，如 INTEL 生产的晶片；而硬件厂商则是电脑硬件的 OEM。

其他非机械设备、电器、高科技产品生产行业，如纺织品、玩具等也有类似的做法，但为多称为“ Private Label” 。为本文论述方便，如下都称为 OEM。

就高科技产品而言，OEM 交易反映了特定行业中的分工协作，如戴尔等电脑硬件厂商不会生产视窗或晶片，就通过 OEM 方式向微软或英特尔订货；就电器、工程设备、纺织品等传统行业而言，产品生产成本和质量是 OEM 交易能否成功的关键。

OEM 交易对中国来说并不陌生，中国改革开放初期的来样加工和来料加工大都是 OEM 交易，但产品比较低档。随着中国生产水平和加工技术的提高以及继续保持低廉生产成本，越来越多的国外中高档品牌产品也通过 OEM 方式转到中国生产。而且，可以预计，在中国进入 WTO 之后，科技含量高的产品也将会通过 OEM 方式在中国生产。所谓的“ 世界制造中心” 实际上就是“ OEM 中心” 。

二、开拓国外市场——创自己品牌还是通过 OEM 交易？

中国企业可以通过两种方式开拓国际市场，一是打自己的品牌，象海尔冰箱、康佳电视机等；另一是通过 OEM 方式。毫无疑问，没有哪家中国企业不愿意打自己的品牌。问题是打自己品牌将动用巨大的经济资源，这是目前大部分中国企业无法承受的。根据笔者作为律师参与的众多中美 OEM 交易之所得经验，并考虑到中国目前的经济水平，笔者认为，无论是从经济角度还是从时机来看，在中国进入 WTO 后相当长的一段时期，OEM 方式仍然是中国企业开拓国外市场（特别是发达国家市场）的最有效方式。众所周知，日本、南韩、香港和台湾最初就是靠 OEM 方式占领了美国电器、日用商品、机械设备等传统产品的市场。但近年来这些国家和地区的生产成本都大幅度增长，这样欧美地区的公司不得不将这些产品的制造转移到其他国家和地区。而经改革开放二十多年的中国正是这些公司的首选。

再者，OEM 方式和创自己品牌并不矛盾，前者是后者的前奏曲。许多日本、南韩和台湾公司就是先通过 OEM 交易占领市场，等到积累了充分的资金以及市场经验，便开始设法控制然后扩大销售渠道，最后推出自己的品牌或通过兼并方式购买品牌。这就是所谓的到国外创品牌三部曲。如下是笔者作为律师参与的一件中国企业在开拓美国市场并创自己品牌的案例：

Z 公司是中国南方一家生产厨房小电器的厂家。该公司从不到十个员工开始发展到目前几千名员工。其产品畅销于西方各国。其中一件产品在美国就占有 75% 的市场、在全世界占有 65% 的市场。该公司就是靠 OEM 发家的。从 1995 年开始，该公司将主要精力放在改进产品质量，同时通过各种国际展销会与厨房小电器的品牌厂商或其经销商建立联系，以 OEM 方式拿到订单。到 1997 年，该公司通过 OEM 方式生产的产品已在许多美国主要的超级市场和电器连锁店销售。因为积累了大量的资金，该公司于 1998 年兼并了美国一家大型名牌产品经销商，在美国控制了一部分销售渠道。在 1999 年底，该公司认为时机已到，便开始与几家愿意出售其品牌的公司商谈，以最终达到在美国拥有自己品牌的目的。

越来越多的中国厂家已在用 OEM 方式向美国等发达国家出口产品。中国企业应根据自己的实力来选择是直接到国外创自己名牌还是先通过 OEM 方式达到开拓国际市场的目的。目前，到国外创自己的品牌对大部分中国厂家来说还是相当困难的。在今后 5—10 年内，中国企业最有效地扩展海外市场的方式还是 OEM。

三、OEM 协议

OEM 协议一般是品牌所有者或品牌经销商和产品生产商或供应商之间确定当事人法律义务的文件。这种协议实际上是一种国际订货和知识产权许可或转让的综合性法律文件。由于 OEM 协议多由订货方律师起草，因此中国企业在签署协议前应仔细审阅，最重要的是要理解所有条款的意思。只有这样，你才能了解对方要的是什么，你方是否能够满足或接受对方的要求。如下是 OEM 交易中当事人应注意的一些问题。

1、当事人。如果是传统产品（电器、纺织品等）的 OEM 交易，订货方一般是品牌所有者或品牌受许可人；供货方一般是生产厂商，常称为“供货人”。如果是电脑等高科技行业的 OEM 交易，订货方经常是硬件厂商或硬件品牌所有者，常被称为“OEM 合作方”；供货方往往是软件或晶片的品牌所有人和生产商。中国企业在和订货方谈判 OEM 协议时，一定要了解对方是否是品牌直接所有人还是品牌所有权受许可人。后者通常是经销商，他们和品牌所有者签有若干年有效的专有或非专有许可协议。对方的身份将直接影响协议的条款。

2、产品责任。任何 OEM 协议必然包括产品责任条款。由于西方国家的产品责任法相当严厉，因此，中国厂商必须在该条款中明确各当事人的责任和补救义务。笔者在 OEM 的交易谈判过程中，已多次发现订货方律师起草的协议草本，常要求中方承担任何因产品责任造成的赔偿。这是很不合理的。较合理的规定应该是，厂商只对自己的过错或过失承担责任，而不应对订货方的过错或过失（如设计瑕疵）造成的损失承担责任。

3、知识产权和技术秘密。OEM 厂商一般必须按订货方提供的技术要求和指标生产产品，因此前者将会在很大程度上接触到订货方对产品的从设计到生产过程中的技术数据和资料，甚至包括技术秘密。订货方为了保护自己的知识产权，一定在 OEM 协议中要求中国厂商对上述数据、图纸、资料、技术秘密等严格保密。但是，如果中国厂商在生产产品的过程中，发现了更好、更有效的生产工序或技术，那么谁拥有这些工序和技术呢？有的协议规定，订货方不仅可优先使用这些新工序或技术，而且拥有对这些新工序或技术的所有权。在这方面，中国厂商应争取

一下，保留对新工序或新技术的所有权，或者要求订货方在 OEM 协议到期后对这些新工序或新技术支付一笔费用。

在 OEM 协议的订货方是品牌受许可人的情况下，由于受许可人要向品牌所有人（许可人）支付提成费（Royalty），订货方也可能要求中国厂商支付一部分提成费。在这种情况下，中国厂商必须了解原许可证协议的内容，搞清楚该许可是否是专有的，许可期限等，以便决定是否值得付提成费或应付多少提成费。

4、货款支付优先地位。在美国，大企业一夜之间变成破产是经常发生的事。因此，中国厂商应尽量利用国外的法律制度保障自己收款的权益。其中一项花费少但非常有效的措施就是在订货人的货仓所在地登记 UCC-1 文件，保证厂商的债权之优先清偿地位。当然，如果 OEM 交易采用信用证支付方式，就不存在前述问题。

5、分包合同。中国厂商在拿到较大的 OEM 订单后，常因本厂生产能力不够而将一部分订单采用分包合同方式给其他厂商生产。OEM 协议常有规定，在分包合同情况下，中国厂商必须将所有得到分包合同的厂商名单和地址通告订货方；而且，订货方可以不事先通知中国厂商随时和分包厂商联系。许多中国厂商一般不愿意接受这种规定。比较可行的办法是，中国厂商可以将分包厂商的名单通知订货方，但他们之间的关系不应受到订货方的干预，订货方更不应跳过中国厂商直接和分包厂商联系。

由于中国具有劳工成本的绝对优势，加上已大大改善的产品质量管理机制以及生产水平，WTO 将给中国带来更多的 OEM 交易的机会。中国企业在努力创造自己品牌的同时，应充分利用 OEM 的优势，开拓国外市场。

[注：该文是笔者应邀在广东、山东、江苏、浙江等地向国内 OEM 厂商进行讲座时用的讲稿]