



漢坤律師事務所

# 汉坤法律评述



融贯中西 · 务实创新

2015年6月23日

## 资本市场法律

### 工信部 196 号通告助力红筹电商企业回归境内资本市场

张蕾 | 杨莹 | 薛冰 | 戴文斯

2015年6月19日，工业和信息化部（“工信部”）发布了《工业和信息化部关于放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）外资股比限制的通告》（工信部通[2015]196号）（“196号通告”），在全国范围内放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）的外资股比限制，外资持股比例可至100%。

在红筹回归境内资本市场的浪潮下，196号通告一经发布立即引发了业内热议，其中不乏有业界观点认为196号通告为互联网企业的VIE回归境内资本市场扫清了障碍。对此，我们认为应当保持谨慎的乐观；也许这个文件反映出监管层会更加开放和务实的积极方向，但一个仅仅针对电商行业的外资开放文件还不能解读为对红筹回归和VIE整体调整有决定性的影响。我们相信业界在欢欣鼓舞的同时，对196号通告及其对红筹电商企业的影响仍有诸多困惑，我们将通过对196号通告的剖析以期解答大家对红筹电商企业回归之路的热点疑问。

#### 一、电商领域外资股比限制的突破由上海自贸区放开至全国

我国入世后近十多年来，增值电信业务一直属于限制外商投资的领域，但政策始终朝着放松监管的方向努力。自中国（上海）自由贸易试验区（“上海自贸区”）成立以来，工信部和上海自贸区曾发布了一系列对中国增值电信业务外资开放产生深远影响的先行先试政策，如下表：

发布时间	政策	主要内容
2013年9月29日	《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》	首次允许外资在经营类电商的持股比例突破 50%，该清单规定除投资经营类电子商务的外方投资比例不得超过 55%以外，投资经营其他在线数据处理与交易处理业务的外方比例不得超过 50%
2014年1月6日	《关于中国（上海）自由贸易试验区进一步对外开放增值电信业务的意见》	列明了上海自贸区对外资开放的电信业务领域，再次重申在线数据处理与交易处理业务中的经营类电子商务业务，外资股比放宽到 55%
2015年1月13日	《关于在中国（上海）自由贸易试验区放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）外资股权比例限制的通告》（“自贸区通告”）	在上海自贸区内试点放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）的外资股权比例限制，外资股权比例可至 100%

2015年3月10日，国家发展和改革委员会和商务部发布了《外商投资产业指导目录（2015年修订）》（“15版目录”），将电子商务领域对外资的开放扩展至全国范围。15版目录明确规定，增值电信业务的外资比例不超过 50%，但电子商务除外。

简要梳理前述政策发展历程，大家可以发现：196号通告将自贸区通告所试点的经营类电商外资持股解禁安排全面铺开拓展至全国范围，与15版目录取消电子商务领域增值电信业务的外资比例限制保持了政策一致性，并从行业主管部门的立场上阐明了开放政策的具体操作方式。

## 二、电商监管政策环境下的五大热点问题讨论

要想厘清 196 号通告和工信部近年发布的各项电子商务领域的外资开放政策的脉络，就有必要围绕“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”这一主题对整个电子商务的监管环境进行深度解析：

### 1. 196 号通告明确放开的仅限于在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）

根据现行的《电信业务分类目录（2003 版）》（“03 版分类目录”），在线数据与交易处理业务是指利用各种与通信网络相连的数据与交易/事务处理应用平台，通过通信网络为用户提供在线数据处理和交易/事务处理的业务，包括交易处理业务、电子数据交换业务和网络/电子设备数据处理业务。

196 号通告明确放开的行业领域被限定在“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”的范畴内。根据行业主管部门的回复，对“电子商务”范畴的界定还是基本局限在基于互联网进行商品交易及相关服务的商业形态，而提供其他商业内容的互联网行业，如分类信息、OTA（在线旅游）、打车软件等等，可能难以纳入到 196 号通告的开放领域内。

## 2. 受监管的电商业务形态：自营类 v. 平台类

根据通常的理解和监管政策，电子商务主要分为自营类电子商务和平台类电子商务两种基本形态。

- 自营类电子商务是指经营者在互联网上独立注册网站、开设网上商店，出售其自营商品给其他企业或消费者，该类电子商务形态实质是线下销售行为在互联网上的延伸，并不属于工信部规范的增值电信业务（但需要进行网站备案），实践中外资可以全资从事自营类电子商务，例如优衣库网站（www.uniqlo.cn）等；
- 平台类电子商务则是进行商品交易并入住第三方商家的在线电子商务平台，通过向商家提供增值服务赚取佣金，是典型的受到监管的增值电信业务，其代表如淘宝、天猫等等。

## 3. 如何界定“经营类电子商务”的范围？

增值电信监管的现行政策没有对“经营类电子商务”做出明确定义，但根据我们的理解和对行业主管部门的咨询，“经营类电子商务”作为一种增值电信业务，对应的正是平台类电子商务模式。

工信部 2013 年 5 月 23 日公布的《电信业务分类目录（2013 版）》（征求意见稿）（“13 版目录草案”）明确将电子商务划入 B2 类在线数据处理与交易处理业务中的交易处理业务（“交易处理业务”，定义为“利用与通信网络（含互联网）相连的交易处理平台，面向社会公众提供各种金融、证券交易以及与电子商务等有关商品、服务交易公共平台服务”）。虽然 13 版目录草案尚未生效，但在界定经营类电子商务的范围时具有参考价值。

## 4. “经营类电子商务”需要申办哪类证照？

根据以往的实践，绝大多数平台类电商企业长期以来仅凭借互联网信息服务业务牌照（即“ICP 证”）从事经营。而 196 号通告及上海自贸区的相关法规均明确指出，外资经营“经营类电子商务”业务应当申请“在线数据处理与交易处理业务”许可（“交易证”）。根据 03 版分类目录，在线数据处理与交易处理属于 B1 类增值电信业务，是与 ICP 证所属的 B2 类信息服务并列的一类增值电信业务。

结合现行监管政策，外资从事“经营类电子商务”可突破 50% 股比的限制，仅需申请“在线数据处理与交易处理业务”许可证。

但是同时，由于互联网信息服务业务的外资比例尚未有突破，因此获取在线数据处理与交易处理业务许可证的外资企业，很可能仍无法从事传统上 ICP 证范畴内的有偿信息服务业务，例如搜索、SNS（社交网络）、分类信息、为平台商家之外的第三方发布广告等等。

## 5. 外资从事经营类电子商务的门槛

根据 196 号通告的规定，申请在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）许可时，外资持股比例可至 100%，其他许可条件要求及相应审批程序按《外商投资电信企业管理规定》（国务院令 534 号）（“534 号令”）相关规定执行，在许可条件和程序上并无任何实质改变。

534 号令第十条规定，“经营增值电信业务的外商投资电信企业的外方主要投资者应当具有经营增值电信业务的良好业绩和运营经验”。实践中，投资电商企业的外方投资者大多是风险投资基金等财务投资人，往往难以满足具备经营增值电信业务的良好业绩和运营经验的要求；鉴于该等要求缺乏量化的标准，实践中行业主管部门具有比较主观的裁量权，如果缺乏与主管部门的沟通，可能对外资申请电商牌照构成实质障碍。

结合前述分析，我们将外商投资电子商务业务在现行法规政策下涉及的监管问题总结如下：

电商类型	纯自营电商	平台电商	平台电商&信息服务
所需牌照	不需要	交易证	ICP 证&交易证
外资持股比例	100%	100%	50%
外资投资者的特殊要求	N/A	经营增值电信业务的良好业绩和运营经验	经营增值电信业务的良好业绩和运营经验

### 三、196 号通告在实践中的可操作性

我们理解，196 号通告的出台，仅是对外资在经营类电子商务行业持股比例在全国范围内的开放政策的细化和落地，在政策层面开了口子，但其在具体的许可条件和程序上并无任何实质改变。

从既往的先例来看，尽管我国自入世以来即开始向外资开放增资电信业务，但行业主管部门一贯对外商投资电信行业的准入尺度（尤其是卡在外方投资者的资质条件上）收得非常紧，根据工信部公开的数据，历年可统计的各类外商投资电信企业累计不超过四十家，平均每年只有几家企业通过审批；虽然根据近两年我们与行业主管部门的沟通，行业主管部门对符合条件的申请企业的态度在逐步放开，但 196 号通告的实践效果尚有待进一步观察。与此同时，在国家逐步开放外商投资电信业务和积极推动电子商务发展的大背景下，配合未来可能出台的其他相关法规，我们也有理由对 196 号通告在实践中的可行性保持谨慎乐观。

### 四、196 号通告对实践的影响

#### 1. 对外国战略投资者的影响

196 号通告对拟进入中国市场的国外从事电商行业的战略投资者无疑是利好消息，因该类投资者可能不受外资资质的限制，其将有机会直接通过独资形式在华从事电商平台业务，也可采取投资、并购内资企业或接盘境外财务投资人等多种灵活投资方式实现其商业目的。

#### 2. 对境外上市/融资企业的影响

我们理解，196 号通告如果能够有效地在实践中执行，对于已搭建 VIE 架构的境外上市或融资的电商领域企业而言，将有机会利用 196 号通告直接由 VIE 架构下的外商独资企业（“WFOE”）申请电商牌照，从而对其 VIE 架构进行优化乃至清理，进行业务重组，降低 VIE 架构的潜在不稳定风险。但实现该等重组的障碍之一仍是外方投资者的资质问题，需根据具体情况与行业主管部门进行沟通。

### 3. 对电商企业红筹回归的影响

196号通告的“利好”是，即使不是纯内资企业，含有外资成分的电商企业也有机会境内挂牌上市。采取红筹结构的电商企业回归国内资本市场时，以原有红筹结构下的WFOE或VIE公司作为拟上市主体，在红筹回归重组过程中，如保留境外投资人股东，则WFOE或VIE公司需调整为中外合资的股份有限公司。此时，如果持有拟上市主体股份的境外投资人不符合经营增值电信业务的资质条件，则也可能影响该等拟上市主体申请电商牌照。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与张蕾律师（+8610-8525 5547; [leia.zhang@hankunlaw.com](mailto:leia.zhang@hankunlaw.com)）联系。