

外商投资法律热点问题

《外商投资产业指导目录(2015年修订)》之互联网文化领域

2015年3月10日,国家发展和改革委员会、商务部联合发布《外商投资产业指导目录(2015年修订)》(以下简称“**《2015年目录》**”),自2015年4月10日起施行。同时,2011年12月24日发布的《外商投资产业指导目录(2011年修订)》(以下简称“**《2011年目录》**”)予以废止。对于近年来持续热门的互联网文化领域,例如社交网站、在线视听、在线游戏等产业(以下统称“**互联网文化产业**”),《2015年目录》没有出现多少改变,继续此前的严格限制或禁止态度,并进一步明确地将网络出版服务纳入外商投资禁止类。

互联网文化产业中,经营者一般建立自有网站、应用程序等网络平台,向用户提供音乐、视听节目、文字、游戏等作品,或者允许用户自行上传视频、文字、音乐等作品,例如新浪微博、腾讯微博、优酷、虾米音乐、盛大游戏等等。根据我国现行的电信分类管理体制,互联网文化产业首先隶属于增值电信业务中的互联网信息服务,须取得工业和信息化部或其地方分支机构(以下统称“**工信部**”)核发的互联网信息服务许可证或者涵盖互联网信息服务的增值电信业务许可证。同时,对于互联网文化产业所涉及的新闻、出版、视听节目、文化产品等特殊内容,经营者还须取得相关主管部门

的审核同意,而这类相关主管部门中主要是指文化部和新闻出版广播电影电视总局(以下简称“**广电总局**”)。因此,互联网文化经营者受到互联网产业以及文化产业的双重监管,而外商投资互联网文化产业也即受制于这两方面的准入限制。对比《2011年目录》与《2015年目录》,并结合其他有关部门规章,互联网文化产业外资准入政策归纳如下:

一、互联网信息服务

根据《2015年目录》,外商投资增值电信业务,外资比例不超过50%,电子商务除外。因此,外商投资互联网信息服务,也须遵循50%的股权比例限制。《2011年目录》也将增值电信业务列入限制类,并规定了50%的比例限制。相比之下,《2015年目录》仅放开了电子商务的股权比例限制,对于互联网文化产业来说,并没有实质性改变。

二、互联网文化内容服务

1. 新闻网站

《2011年目录》和《2015年目录》均将新闻网站列为外资禁止类项目,这一态度与2005年出台的《互联网新闻信息服务管理规定》保持一致。根据《互联网新闻信息服务管理规定》,新闻信息

是指时政类新闻信息，涵盖有关政治、经济、军事、外交等社会公共事务的报道、评论，以及有关社会突发事件的报道、评论，并规定任何组织不得设立中外合资经营、中外合作经营和外资经营的互联网新闻信息服务单位。我们认为，这一领域具有一定的敏感性和社会导向性，因此禁止外资进入这一领域也属于意料之中。

2. 网络视听服务

对于网络视听服务，《2015 年目录》与《2011 年目录》同样将其列入禁止类项目。除此之外，2007 年颁布的《互联网视听节目服务管理规定》中强调，互联网视听节目服务供应商一般须为国有或国家控股企业。就上述，广电总局在其后的有关通知中重申，互联网视听节目服务的申办主体，包括多家国有资本股东股份之和绝对控股的企业和国有资本相对控股企业（非公有资本股东之间不能具有关联关系），不包括外资入股的企业；但是，在《互联网视听节目服务管理规定》颁布前从事网络视听服务的供应商在未违法相关法律法规的情况下，可持续经营互联网视听节目服务，即使并非国有或国家控股，但上述豁免不适用于有关规定发布后建立的服务供应商。《2015 年目录》延续了此前对于网络视听服务的禁止政策。

3. 网络出版服务

相比《2011 年目录》，《2015 年目录》在文化、体育和娱乐业禁止类项目中新增一项，即网络出版服务。根据 2002 年颁布的《互联网出版管理暂行规定》，网络出版服务是指互联网信息服务提供者将自己创作或他人创作的作品经过选择和编辑加工，登载在互联网上或者通过互联网发送到用户端，供公众浏览、阅读、使用或者下载的在线传播行为，作品主要包括已正式出版的图书、报纸、期刊、音像制品、电子出版物等出版物内容或者在其

他媒体上公开发表的作品以及经过编辑加工的其他方面的作品。也就是说，外国投资者被禁止通过互联网登载、发送图书、报纸、期刊、音像制品以及电子出版物等作品。

值得注意的是，《新闻出版总署、国家版权局、全国“扫黄打非”工作小组办公室关于贯彻落实国务院<“三定”规定>和中央编办有关解释，进一步加强网络游戏前置审批和进口网络游戏审批管理的通知》（2009 年 9 月 28 日实施，以下简称“《网络游戏审批通知》”）规定，将网络游戏内容通过互联网向公众提供在线交互使用或下载等运营服务是网络游戏出版行为，必须取得《互联网出版许可证》。鉴于网络游戏落入必须取得网络出版许可的范畴，外国投资者也被禁止参与到网络游戏运营中。此外，《网络游戏审批通知》还明确规定外商禁止以任何形式参与到网络游戏运营服务中，包括以独资、合资、合作等方式在中国境内投资从事网络游戏运营服务，通过设立其他合资公司、签订相关协议或提供技术支持等间接方式实际控制和参与境内企业的网络游戏运营业务，以及将用户注册、账号管理、点卡消费等直接导入由外商实际控制或具有所有权的游戏联网、对战平台等方式，变相控制和参与网络游戏运营业务。

虽然早在 2005 年，《文化部、国家广播电影电视总局、新闻出版署、国家发展和改革委员会、商务部关于文化领域引进外资的若干意见》（文办发（2005）19 号）就已经规定了禁止外商从事网络出版业务，但《2011 年目录》并没有将其列入禁止类。《2015 年目录》把外商投资网络出版明列为禁止类，反映了互联网文化领域监管趋于收紧的态势。

三、互联网文化经营

《2015 年目录》与此前《2011 年目录》一样，将互联网文化经营纳入禁止类项目，音乐除外。根

据 2011 年修订的《互联网文化管理暂行规定》，互联网文化产品主要包括：（一）专门为互联网而生产的网络音乐娱乐、网络游戏、网络演出剧（节）目、网络表演、网络艺术品、网络动漫等互联网文化产品；（二）将音乐娱乐、游戏、演出剧（节）目、表演、艺术品、动漫等文化产品以一定的技术手段制作、复制到互联网上传播的互联网文化产品。根据该规定，外国投资者被禁止进入上述互联网文化产品的制作、复制、进口、发行、播放、登载等活动。虽然《2015 年目录》与《2011 年目录》均把音乐排除在外，但在实践中，除了港澳资本基于 CEPA 的安排可以得到批准外，文化部门尚未对其他境外资本开放在线音乐业务。

简评：

《2015 年目录》下，外商投资互联网文化产业，一方面仍受制于增值电信业务 50% 的股比限制（电子商务除外）；另一方面，《2015 年目录》仍延续了《2011 年目录》对于互联网文化产业的禁止外资准入态度，将新闻网站、网络出版服务、网络视听节目服务、互联网文化经营列为禁止性项目，并且对《2011 年目录》禁止类中“遗漏”的网络出版服务，

明确列入加以强调。因此，外商投资新闻网站、网络出版服务、网络视听节目以及互联网文化经营产业，仍然面临被禁止的政策环境；但若该等互联网文化产业不涉及新闻、出版、视听、文化经营和其他需要特别监管的领域（包括医药、医疗、医疗器械、教育等），则可通过设立外资股比不超过 50% 的合资公司的方式进入中国。

对于“历史悠久”的采用 VIE 结构进入互联网文化产业的外商投资，随着商务部 2015 年 1 月 19 日公布《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），已经被再次抛在了风口浪尖。《征求意见稿》对于既存的 VIE 结构如何处理并未作出规定。但是，《征求意见稿》发布同时，商务部指出了几个供公众讨论的既存 VIE 的处理方向。在商务部指出的几个方向中，可以看出，对实际控制人为中国投资者的既存 VIE 结构，未来或可得到“正名”；但是，对于实际控制人为外国投资者的既存 VIE 结构，未来或须取得外资准入许可后，方可保留。然而，对于采用 VIE 结构进入外资准入禁止类的投资，届时能否取得外资准入许可，必将是个巨大的“问号”。

陈 伟 合伙人 电话：86 010 8519 2788 邮箱地址：chenwei@junhe.com

孙 玄 律师 电话：86 010 8519 2495 邮箱地址：sunxuan@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

