

《公募管理人办法》专题之三：征求意见稿与 WFOE FMC

作者：吕红

2012 年 11 月 1 日生效实施的《证券投资基金管理公司管理办法》(以下简称“《2012 基金管理办法》”)是规范公募基金管理公司股东资格及其设立流程、日常运作与公司治理的主要法规。

2020 年 7 月 31 日,中国证监会对《公开募集证券投资基金管理人监督管理办法(征求意见稿)》及相关配套规则公开征求意见(以下合称“《公募管理人办法征求意见稿》”),这是对《2012 基金管理办法》的大规模修订,也将对公募基金行业的发展产生深远影响。公开征求意见的截止日期为 2020 年 8 月 30 日,接受行业意见的邮箱为: jigoubu@csrc.gov.cn。

2020 年 4 月 1 日,中国证监会允许符合条件的境外金融机构在中国境内设立外商独资的公募基金管理公司(以下简称“WFOE FMC”)。截止本文发布之日,根据中国证监会网站披露的信息,贝莱德、路博迈及富达国际已经向中国证监会提交了设立 WFOE FMC 的申请。《公募管理人办法征求意见稿》将对 WFOE FMC 的申请和在华运营产生重大影响。本文拟从新规对 WFOE FMC 的影响的角度进行分析。

1. WFOE FMC 的股东资格

只有符合中国证监会监管条件的境外机构才能作为股东在中国境内申请设立 WFOE FMC。《公募管理人办法征求意见稿》对 WFOE FMC 的股东条件进行了大幅修订,其中大部分修订强化了股东条件,提高了 WFOE FMC 股东的门槛。

和《2012 基金管理办法》一样,《公募管理人办法征求意见稿》仍然要求外方股东为境外金融机构、需要具备相应的金融资产管理经验、其所在国家或地区的监管部门与中国证监会签署了监管合作备忘录、具有良好的经营业绩、内控完善、具有较好的合规情况。但除此之外,《公募管理人办法征求意见稿》对基金管理公司主要股东、境外股东均提出了更多新要求,而 WFOE FMC 的股东作为基金管理公司唯一股东、境外股东必须完全满足这些新要求,如:

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

- (1) WFOE FMC 的股东应当具备良好的国际声誉和经营业绩,近 3 年金融资产管理业务规模、收入、利润、市场占有率等指标居于国际前列。新规不仅原则上要求 WFOE FMC 的股东应具有良好的经营业绩,而且将良好的经营业绩具体化为“近 3 年金融资产管理业务规模、收入、利润、市场占有率等指标居于国际前列”。这大大提高了外方股东的准入门槛,只有“国际前列”的境外资管机构才可以在中国境内设立 WFOE FMC。这一要求预计将减少符合法规要求的境外股东的数量。这是此次征求意见稿最重要的变化之一。
- (2) WFOE FMC 的股东须持续经营 3 个以上完整会计年度,最近 3 个会计年度连续盈利;其净资产不低于人民币 2 亿元且不得低于实收资本的 50%,或有负债不得达到净资产的 50%,不存在不能清偿到期债务的情形。
- (3) WFOE FMC 的股东的公司治理规范,风险管控良好,具有健全的内部控制机制近 3 年各项指标符合所在国家或者地区法律的规定和监管机构的要求。其中“近 3 年各项指标符合所在国家或者地区法律的规定和监管机构的要求”是较为宽泛的要求。因为 WFOE FMC 的股东分布于各个国家和地区,当地的法律法规和监管要求不尽相同,且境外监管部门近几年均加强了对金融机构的监管,即使国际领先的资产管理机构也很难保持 3 年之内 100%符合当地的所有监管指标。现行的《外商投资证券公司管理办法》对证券公司境外股东的类似要求是“近 3 年各项财务指标符合所在国家或者地区法律的规定和监管机构的要求”。仅要求财务指标而非全部指标符合所在国家或地区的法律和要求似乎更为务实。
- (4) WFOE FMC 的股东自身及其所控制的机构具有良好的诚信合规记录。新规强调,不仅 WFOE FMC 的股东要具有良好的诚信合规记录,而且股东控制的所有机构也要具有良好的诚信合规记录。境外资管机构通常在全球有非常多的子公司,要确保这些被控制的子公司均具有良好的“诚信合规”记录,或者说没有违法违规记录,恐怕是比较困难的。同时,新规未给出期限,即在过去几年里, WFOE FMC 及其所控制机构具有良好的合规诚信记录,这也是需要进一步明确的。
- (5) WFOE FMC 的股东不存在可能严重影响持续经营的担保、诉讼、仲裁或者其他重大事项。这是新增的规定。《2012 基金公司管理办法》未将 WFOE FMC 股东不存在重大诉讼、仲裁或担保作为股东条件之一,而只是要求境外资管机构在申请材料中披露是否存在重大诉讼和仲裁。一旦将重大诉讼和仲裁作为股东条件,就可能需要在 WFOE FMC 的申请材料中详细阐述重大诉讼和仲裁的内容以及论证是否构成“严重影响持续经营”。
- (6) WFOE FMC 的股东具备与基金管理公司经营业务相匹配的持续资本补充能力,对基金管理公司可能发生风险导致无法正常经营的情况,制定合理有效的风险处置预案(包括但不限于基金管理公司的主要股东对公司的流动性支持提供方案、基金管理公司退出妥善处理预案等内容)。这是新增内容。一方面,强调 WFOE FMC 的股东应具备对 WFOE FMC 进行持续补充资本的能力。这主要是考虑到如果 WFOE FMC 长期存在亏损导致资本匮乏,会影响 WFOE FMC 的运作,从而有可能损害公众投资者的利益。当发生上述情形时, WFOE FMC 股东应有能力对 WFOE FMC 进行增资;另一方面, WFOE FMC 股东还应制定针对 WFOE FMC 的风险处置预案,预案里应载明股东对 WFOE FMC 的流动性支持方案,化解 WFOE FMC 或其所管理的公募基金的流动性风险事件,确保公司和受托财产稳健运作。

2. WFOE FMC 实际控制人的条件

《公募管理人办法征求意见稿》不仅对 WFOE FMC 的股东提出了要求,还对 WFOE FMC 的实际控制人(也即股东的实际控制人)提出了资格要求。根据中国公司法的规定,“实际控制人”是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人。实践中,对境外机构而言,实际控制人通常是指集团层面追溯到最高级别的某个法律主体。

《公募管理人办法征求意见稿》要求 WFOE FMC 实际控制人满足如下要求:

- (1) 最近 3 年不存在重大违法违规记录或者重大不良诚信记录;
- (2) 没有因故意犯罪被判处刑罚、刑罚执行完毕未逾 3 年;
- (3) 没有因涉嫌重大违法违规正在被调查或者处于整改期间;
- (4) 不存在长期未实际开展业务、停业、破产清算、治理结构缺失、内部控制失效等影响履行股东权利和义务的情形;
- (5) 不存在可能严重影响持续经营的担保、诉讼、仲裁或者其他重大事项;
- (6) 股权结构清晰,能逐层穿透至最终权益持有人;股权结构中不存在理财产品,中国证监会认可的情形除外;
- (7) 未因不诚信或者不合规行为引发社会重大质疑或者产生严重社会负面影响且影响尚未消除;
- (8) 不存在对所投资企业经营失败负有重大责任未逾 3 年的情形;
- (9) 不存在挪用客户资产等损害客户利益的行为;
- (10) 对完善基金管理公司治理、推动基金管理公司长期发展有切实可行的计划安排;
- (11) 具备与基金管理公司经营业务相匹配的持续资本补充能力;
- (12) 对保持基金管理公司经营管理的独立性、防范风险传递及不当利益输送等,有明确的自我约束机制;
- (13) 对基金管理公司可能发生风险导致无法正常经营的情况,制定合理有效的风险处置预案;
- (14) 净资产不低于实收资本的 50%;
- (15) 或有负债未达到净资产的 50%;
- (16) 不存在不能清偿到期债务等情形。

3. 对 WFOE FMC 的要求

对 WFOE FMC 本身的要求并没有很多实质性改变。主要变化是在人员方面,要求从事研究、投资、运营、销售、合规等业务的人员,合计不少于 30 人。《2012 年公募基金管理公司办法》对此的要求是 15 人。

4. WFOE FMC 的申报材料和申请流程

《公募管理人办法征求意见稿》对 WFOE FMC 的股东和实际控制人的资格条件进行了大幅修订,WFOE FMC 的申报材料预计也需要随之做大幅修订,以反映新规的要求。

《公募管理人办法征求意见稿》规定，在报送基金管理公司设立申请材料前，申请人可以与中国证监会沟通。事前沟通程序会帮助 WFOE FMC 的股东更便捷地与中国证监会取得联系，沟通股东条件以及申报具体事宜。

《公募管理人办法征求意见稿》还规定，中国证监会批准 WFOE FMC 设立后，境外股东应当申请设立 WFOE FMC，取得营业执照，并在 6 个月内完成 WFOE FMC 的筹建工作。筹建验收合格后，WFOE FMC 方可取得证券经营业务许可证。这是中国证监会首次在法规中明确规定，基金管理公司的筹建期为 6 个月。此前的法规对基金管理公司筹建期并没有明确的规定。

在 WFOE FMC 的材料申请方面，《公募管理人办法征求意见稿》规定，公募基金管理人及其股东、股东的实际控制人申请 WFOE FMC 设立时，隐瞒有关情况或者提供虚假材料的，中国证监会不予受理；已经受理的，不予批准，给予警告，并在 12 个月内不再受理相关行政许可。这是首次在法规中明确 12 个月的间隔期。

5. 股权锁定期要求

《公募管理人办法征求意见稿》规定，基金管理公司的主要股东应当书面承诺其持有基金管理公司股权的时间不短于 48 个月。WFOE FMC 的股东应当遵守该 48 个月的锁定期要求。但《公募管理人办法征求意见稿》同时也规定，同一实际控制人控制的不同主体之间可以转让基金管理公司的股权，不受上述锁定期的要求。因此，对境外资管机构而言，集团内各关联方之间转让股权不受锁定期的要求，会便利境外资管机构的内部管理。当然，这里的受让方也需要符合 WFOE FMC 的股东条件。

6. 强化独立董事职责

《公募管理人办法征求意见稿》规定，基金管理公司独立董事人数不得少于 3 人，且不得少于董事会人数的 1/3。这与《2012 基金管理公司管理办法》的要求是一致的。但《公募管理人办法征求意见稿》进一步规定，在基金管理公司只有一个股东的情形下，独立董事的人数不得少于董事会人数的 1/2。根据该等要求，如果董事会的人数为偶数，独立董事与非独立董事的人数可以相同；如果董事会的人数为奇数，则独立董事的人数会大于非独立董事。

同时，《公募管理人办法征求意见稿》规定，董事会下设的专门委员会应当有 1 名以上独立董事。这一规定与目前多数基金管理公司的实践是一致的，绝大部分基金管理公司董事会下设的专门委员会都会有独立董事担任委员。

更为重要的是，《公募管理人办法征求意见稿》做出了进一步的新要求，要求独立董事重点关注以下事项：

- (1) 各类受托资产的管理及运作是否存在侵害或者可能侵害基金份额持有人利益的情况及行为；
- (2) 公募基金定期报告及临时报告所披露的信息是否真实、完整、准确，是否存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；

- (3) 各类受托资产的费用支出情况,包括但不限于交易佣金分配情况、信息披露与报告费用、会计师、律师等中介机构费用是否真实、公允、准确;
- (4) 高级管理人员的聘任和解聘;
- (5) 公司合规履职保障情况;
- (6) 股权激励计划;
- (7) 公司股权结构及实际控制人变动;
- (8) 公司章程的重大修改;
- (9) 董事会专门委员会的设置、成员的任命及其议事规则的制定;
- (10) 可能造成公司重大损失或者重大经营风险的事项;
- (11) 可能损害公司中小股东权益的事项;
- (12) 可能损害基金份额持有人利益的其他事项。

如何为独立董事提供条件,让其对上述事项给予特别关注、了解和调查,是接下来包括 WFOE FMC 在内的所有基金管理公司要面临的问题。此外,为督促独立董事尽责履职,《公募管理人办法征求意见稿》还要求基金管理公司在每年度结束之日起三个月内公开披露独立董事履职报告,报告内容包括但不限于独立董事履行职责情况、表决情况等。

7. 对经营管理人员的考核

《公募管理人办法征求意见稿》特别强调,董事会对经营管理人员的考核,应当关注基金的长期投资业绩、公司合规和风险控制等维护基金份额持有人利益的情况,不得以短期的基金管理规模、盈利增长等为主要考核标准。《公募管理人办法征求意见稿》进一步指出,此处的“长期投资业绩”,指基金近五年或以上的投资收益情况,应当避免使用单一指标,且应当弱化相对排名。

8. WFOE PFM 申请公募牌照

截止到本文发布之日,共有 27 家外资资管机构在中国境内获得了 WFOE PFM 牌照,可以面向合格投资者发行私募基金。此前,市场上一直有机构在探讨“私转公”的可行性和实施方案。《公募管理人办法征求意见稿》此次明确提出了 WFOE PFM 获得公募牌照的路径,但实施这一路径的条件颇为严格。具体而言,符合下列条件的 WFOE PFM 可以向中国证监会申请公募牌照:

- (1) 治理规范,内部控制机制健全,风险管控良好;
- (2) 管理能力达标,财务状况良好,近 3 年经营状况良好,具有持续盈利能力;
- (3) 持续经营 5 个以上完整会计年度;
- (4) 具有良好的诚信合规记录,近 3 年在监管部门无重大违法违规记录,未因重大违法违规行为正在被监管部门调查或者正处于整改期间;
- (5) 最近 12 个月主要审慎监管指标符合监管要求;
- (6) 具有 3 年以上证券资产管理经验,近 3 年月均证券资产管理规模应当不低于 100 亿元,其中权益类资产管理规模不低于 50 亿元。其管理的证券类产品运作规范稳健,业绩良好,未出现重大合规风险事件;

- (7) 有符合中国证监会规定的内部管理制度以及营业场所、安全防范措施、系统设备等与业务有关的设施;
- (8) 有符合法律、行政法规和中国证监会规定的拟任高级管理人员以及从事与基金管理业务相关的研究、投资、运营、销售、合规等业务的人员, 合计不少于 30 人, 并取得基金从业资格; 岗位设置分工合理、职责清晰;
- (9) 资产负债和杠杆水平适度具备与公募基金管理业务相匹配的资本实力, 净资产应当不低于 10 亿元;
- (10) 对保持公募基金管理业务的独立性、防范风险传递及不当利益输送等, 有明确的自我约束机制;
- (11) 符合有关基金管理公司设立的条件。

从上述条件可以看出, 只有连续经营 5 个以上会计年度、最近 3 年持续盈利、净资产不低于人民币 10 亿元、最近 3 年月度资产管理规模不低于人民币 100 亿且权益类的规模不低于 50 亿、有 30 位以上从业人员的 WFOE PFM 才有可能考虑申请公募牌照。同时, 上述条件还有一个限定: WFOE PFM 的股东、实际控制人等均要符合公募基金管理公司设立的条件(即本文第 1、2 部分所述条件)。综合所有这些条件, WFOE PFM 申请公募牌照的道路似颇为艰难。

9. 强调 FMC 的主营业务是公募基金管理业务

《公募管理人办法征求意见稿》规定, 基金管理公司应当主要从事公募基金管理业务。

市场中, 有的境外资产管理机构想通过申请 WFOE FMC 牌照, 在中国境内主要从事私募资产管理业务, 而以公募基金管理业务为辅。这样的思路与新规的精神不符。

10. 境外股东的报告义务

《公募管理人办法征求意见稿》规定, 基金管理公司股东应当自年度结束之日起 3 个月内向基金管理公司报告下列信息:

- (1) 履行股东权利和义务情况;
- (2) 履行承诺、落实法律法规和监管规定情况;
- (3) 股东的资质条件及其变化情况;
- (4) 股东的实际控制人资质条件及其变化情况;
- (5) 所持基金管理公司股权被采取财产保全措施或者被强制执行情况;
- (6) 所持基金管理公司股权被质押或者解押情况;
- (7) 其他可能影响股东及其控制人资质条件变化或者导致所持基金管理公司股权发生变化的情况。

同时, 《公募管理人办法征求意见稿》还规定: 中国证监会及其派出机构可以对公募基金管理人的股东、实际控制人、基金服务机构进行延伸检查。对于 WFOE FMC 而言, 其股东和实际控制人均为境外机构, 中国证监会如何实施延伸检查也是个需要基于中国证监会与境外监管机构监管合作进一步论证的问题。

11. 涉外事项

《公募管理人办法征求意见稿》规定，境外证券监督管理机构不得在中国境内直接进行调查取证等活动。未经中国证监会和国务院有关主管部门同意，任何单位和个人不得擅自向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料。

类似规定最早来源于 2020 年 3 月 1 日生效的《证券法》。但因为基金管理公司在机构管理方面不适用《证券法》，因此，监管部门在《公募管理人办法征求意见稿》作出类似规定，从而使对该等涉外事项的规定适用于公募基金管理人。

12. 对行业竞争格局的影响

(1) “一参一控一牌”

《公募管理人办法征求意见稿》首次提出“一参一控一牌”的牌照监管规则，即符合中国证监会监管要求的银行理财子公司、保险资管公司、券商资管子公司获取的公募基金管理牌照(无须设立公司，用自身法律主体申请即可，即“一牌”)，不影响其所属集团对基金管理公司“一参一控”。这会增加市场上的公募基金管理人数量，从而使 WFOE FMC 面临更加激烈的市场竞争环境。

(2) 基金管理公司可以设立开展各类业务的子公司

《公募管理人办法征求意见稿》规定，经中国证监会批准或者认可，子公司可以从事资产管理相关业务。子公司可以从事的与资产管理相关的业务包括：公募基金管理、私募资产管理、投资顾问、养老金融服务、金融产品销售和运营管理服务等。其中，公募基金管理业务包括指数投资、基金中基金(FOF)、管理人中管理人(MOM)、养老金产品、不动产基金等。

但基金管理公司设立子公司需要满足较为严格的条件，如基金管理公司净资产应当不低于 6 亿元、近 2 年主动权益类公募基金日均管理规模应当不低于 200 亿元、一般风险准备金规模应当不低于 2 亿元等。WFOE FMC 在展业初期并不能满足这些条件，因此，也不能设立上述子公司。这也有可能使 WFOE FMC 在中国市场面临一定的竞争压力。

综上所述，《公募管理人办法征求意见稿》对境外资产管理机构在中国境内申请 WFOE FMC 提出了更为严格的要求。但考虑到目前还处于新规的征求意见阶段，境外资产管理机构如果有任何对新规的意见和建议，可以及时向中国证监会进行反馈。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



吕 红
+86 21 3135 8776
Sandra.lu@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2020