

新《证券投资基金管理公司管理办法》评述

作者: 吕红 / 黎明

2012年中国证监会公布了修订后的《证券投资基金管理公司管理办法》(以下简称“新《管理办法》”),并同时颁布了《关于实施<证券投资基金管理公司管理办法>有关问题的规定》(以下简称“《实施规定》”)。新《管理办法》和《实施规定》对2004年10月1日起施行的《证券投资基金管理公司管理办法》(以下简称“旧《管理办法》”)和《关于实施<证券投资基金管理公司管理办法>若干问题的通知》(以下简称“《通知》”)进行了较大幅度的修订。新《管理办法》和《实施规定》将于2012年11月1日起施行,旧《管理办法》、《通知》以及《关于规范基金管理公司设立及股权处置有关问题的通知》(证监基金字[2006]84号)同时废止。

本次新《管理办法》的修订遵循“加强监管、放松管制”的总体思路,降低基金公司准入门槛和放松业务管制,完善公司治理,强化监管措施,防范潜在风险,对基金公司的股东条件、股权结构、公司治理、经营管理和风险控制等方面作出了若干重大调整。

基金公司股东资质

与旧《管理办法》相比,新《管理办法》将基金公司股东由主要股东、非主要股东和境外股东的三类划分调整为主要股东、持股比例在5%以上的非主要股东、境外股东和持股比例在5%以下的股东四类。

如您需要了解我们的出版物,请与下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

➤ 主要股东和持股比例在5%以上的非主要股东

主要股东仍然是指持有基金公司股权比例最高且不低于25%的股东,且主要股东和持股比例在5%以上的非主要股东均指境内股东。新《管理办法》下主要股东和持股比例在5%以上的非主要股东的条件并无实质性变化,应为符合一定注册资本和净资产要求、资产质量良好、达到一定的经营期限、治理健全、内控完善、合法合规、信用记录良好的机构,且主要股东应为金融机构,具有较好经营业绩。

新《证券投资基金管理公司管理办法》评述

但对于主要股东注册资本 3 亿元和持股比例在 5% 以上的非主要股东注册资本 1 亿元的最低要求,《实施规定》将原《通知》所规定的“按最近 1 个完整的会计年度以来不低于此数执行”变更为“按提交基金管理公司设立申请或者受让基金管理公司股权申请时该股东实缴注册资本不低于此要求执行”。

对于“资产质量良好”的认定标准,《实施规定》基本取消了直接规定具体的风险控制指标的方式,对担任基金公司股东的证券公司和信托公司主要分别考察是否符合一定的中国证监会分类评价级别和中国银监会综合评级结果,但对于证券公司净资本的要求从原最低 3 亿元提高到了最低 10 亿元。

➤ 境外股东

新《管理办法》对于境外股东的条件并无变化,但对于境外股东应当具有的“金融资产管理经验”的范围,《实施规定》将《通知》所规定的狭隘的“公募基金的管理经验”扩展到“公募基金、养老基金、慈善基金、捐赠基金等管理经验”,降低了境外金融资产管理机构的准入门槛。

在基金公司外资持股比例方面,仍然维持了最高 49% 的比例限制。根据《实施规定》,在计算合资基金公司外资权益比例时,如境内股东中含有外资成分,原则上应将境内股东的外资持股比例乘以该股东在合资公司中的股权比例,再与该合资公司的境外股东持股比例(直接持有)进行累加,即外资直接持股和间接持股不得超过 49%。但境内股东的外资成分不进行累计计算的情形有两种:一是境内股东(包括实际控制人)境外上市或者增发股份;二是境内股东(包括实际控制人)为 A 股上市公司,合格境外机构投资者(QFII)持有该上市公司股份的。但若因上述行为导致该境内股东的控制权转移至外资的除外。

➤ 持股比例在 5% 以下的股东

新《管理办法》虽然区分了“持股比例在 5% 以下的股东”这一类型,但取消了对变更“持股比例在 5% 以下的股东”的审批,仅要求基金公司变更持股 5% 以下的股东时应当在 5 日内向中国证监会和基金公司所在地中国证监会派出机构报告。

而对于持股 5% 以下的股东,《实施规定》要求入股股东应当具有良好的社会信誉,最近 3 年在金融监管、税务、工商等行政机关,以及自律管理、商业银行等机构无不良记录;没有因违法违规行为正在被监管机构调查,或者正处于整改期间;最近 3 年没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚;不存在被判处刑罚、执行期满未逾 3 年的情形。其入股行为应当已经履行法定程序,包括基金管理公司、股权受让方和出让方已经履行相应内部决策程序和应当报经有关部门批准或者备案等程序。

上述规定对于“持股比例在 5% 以下的股东”的条件主要设定为无违法违规行为、信用良好,而对于该类股东为机构或个人、经营年限、注册资本等均未作要求。这意味着任何自然人或境内任何合法机构、组织,只要具备上述条件,均有资格参股基金公司,且进入、退出相对较为灵活。中国证监会对这一调整目的的解释是,“可以便利民间资本进入基金行业,健全资本约束、推进股权多元化,并可为今后专业人士持股以及基金公司上市预留法律空间,充分发挥资产管理行业人力资本的积极作用。”

基金公司股权结构及股东行为规范

新《管理办法》保留了“一参一控”的要求，同时对于内资基金公司股东持股比例、关联股东、持股期间、股东与基金公司同业竞争等问题也作出了若干新调整。

➤ 内资基金公司股东持股比例

《通知》规定：“主要股东最高出资比例不超过全部出资的 49% 执行，中外合资基金管理公司的中方股东出资比例不受此限制。”按照该规定，内资基金公司的股东持股比例最高不得超过 49%，但合资基金公司中方股东不受此限制。因此现实中，内资基金公司并无绝对控股股东(持股比例超过 50% 的股东)，而合资基金公司中方股东绝对控股的情况却比较常见。

中国证监会认为：“相对控股的股权结构容易产生内部人控制问题，而且由于主要股东无法对基金公司形成绝对控股，大大影响了主要股东对基金公司提供持续有力支持的积极性。一些主要股东出于获取控股权考虑而引入境外股东走合资道路，也容易造成合资理念的扭曲。”因此《实施规定》取消了主要股东最高出资比例不超过 49% 的规定。这也就意味着，内资基金公司的主要股东可以超过 50% 而形成绝对控股，并且理论上基金公司可以由单一境内股东 100% 控股，即一人公司。

➤ 关联股东

新《管理办法》删除了“基金管理公司的股东不得持有其他股东的股份或者拥有其他股东的权益；不得与其他股东同属一个实际控制人或者有其他关联关系”，即允许股东之间存在关联关系。

同时，为保证主要股东的地位，防止非主要股东或持股比例 5% 以下的股东通过关联关系分散持股以规避主要股东和持股比例 5% 以上的股东的资质条件的要求，《实施规定》要求：基金管理公司的有关联关系的非主要股东的持股比例合计不得超过主要股东及其关联股东的持股比例；持股比例 5% 以下的股东，持股比例合计不得超过主要股东的持股比例；有关联关系的股东持股比例合计达到 5% 的，持股比例最高的股东应当符合持股比例 5% 以上的股东的条件。

➤ 股权锁定期

2006 年《关于规范基金管理公司设立及股权处置有关问题的通知》规定，持有基金公司股权未满 1 年的股东不得将所持股权出让，出让基金管理公司股权未满 3 年的机构，证监会不受理其设立基金管理公司或受让基金管理公司股权的申请。

新《管理办法》规定：“基金管理公司的主要股东应当秉承长期投资理念，并书面承诺持有基金管理公司股权不少于 3 年。”

新《证券投资基金管理公司管理办法》评述

随着新《管理办法》的施行和《关于规范基金管理公司设立及股权处置有关问题的通知》的失效，非主要股东不再受 1 年锁定期的限制，但主要股东的股权锁定期从 1 年增加到 3 年。而对于机构出让基金公司股权后再另行入股基金公司的市场行为，则不再设置限制，取消了“出让基金管理公司股权未满 3 年的机构，证监会不受理其设立基金管理公司或受让基金管理公司股权的申请”的规定。

➤ 禁止控股股东同业竞争

新《管理办法》规定：“基金管理公司的单个股东或者有关联关系的股东合计持股比例在 50% 以上的，上述股东及其控制的机构不得经营公募或者类似公募的证券资产管理业务。”该规定的目的在于避免金融机构与其控股的基金公司之间形成同业竞争。但对于何为“公募证券资产管理业务”和“类似公募的证券资产管理业务”或有疑义。

证券投资基金业务为确定无疑的公募证券资产管理业务，在“一参一控”的股权限制规则下，不可能出现基金公司控股股东及其控制的机构与基金公司在基金业务上的同业竞争的问题。而除了证券投资基金，是否还存在其他类型的公募或者类似公募的证券资产管理业务？目前，无论证券公司发行的资产管理计划还是信托公司发行的信托计划，由于发行方式的非公开性，具有比较明显的私募性质。但商业银行发行的理财产品，资金投向为证券市场，发行方式也具有公开性，如《商业银行理财产品销售管理办法》就允许理财产品通过报纸、海报、电子显示屏、电影、互联网等以及其他音像、通讯资料进行销售宣传，具有更明显的公开募集的特征。如果将银行理财产品业务视为公募或者类似公募的证券资产管理业务，银行系基金公司的商业银行股东由于通常对基金公司具有的控股地位，将因受到此规定限制而对基金公司的持股安排或者理财业务产生较为不利的影响。所以在现有的金融市场中如何界定“公募证券资产管理业务”和“类似公募的证券资产管理业务”将会是一个非常重要的问题。

行政许可项目的调整

新《管理办法》取消了部分行政许可项目，由原来的事前审批调整为事后报告。调整的项目包括变更持股 5% 以下的股东、变更股东的持股比例不超过 5%、变更名称、住所、股东同比例增减注册资本、修改公司章程一般条款等。

所谓“公司章程一般条款”，是指“公司章程重要条款”之外的其他条款。根据《实施规定》的说明，“公司章程重要条款”是指规定下列事项的条款：“基金管理公司的组织机构及其产生办法、职权、议事规则，基金管理公司的解散事由和清算办法，中国证监会要求基金管理公司章程规定的其他事项”。

而新《管理办法》保留的行政许可事项为：“变更持股 5% 以上的股东、变更持股不足 5% 但对公司治理有重大影响的股东、变更股东的持股比例超过 5%；修改公司章程重要条款；中国证监会规定的其他重大事项。”

新《证券投资基金管理公司管理办法》评述

其中，“变更持股不足 5%但对公司治理有重大影响的股东”是指该股东持有的股权转让给基金管理公司其他股东或者其他股东的关联方，将导致公司持股比例最高的股东发生变更或者公司控制权发生转移的情形。

上述调整减少了基金公司日常运营中大量非重要或非实质性变更事项的行政审批程序。

公司治理

➤ 股东、实际控制人的行为规范

新《管理办法》明确禁止股权代持，要求股东及实际控制人不得以任何形式占有或者转移基金管理公司资产。对于股东与基金公司之间的隔离墙，除业务隔离之外，特别增加了客户关键信息的隔离。禁止股东及实际控制人越权任命基金公司的董事、监事、高管。对于基金公司应当向中国证监会报告的股东重大事项，增加了股东变更名称、住所、控股股东、实际控制人，或者主要股东连续 3 年亏损，以及股东被责令停业整顿、指定托管、被撤销或进入破产程序等。

➤ 董事会和监事会

新《管理办法》对于董事会对管理层人员的考核，要求关注基金长期投资业绩、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。

为加强董事会决策的专业性，要求总经理必须为董事会成员。目前有相当数量的基金公司事实上总经理已经是董事会成员，也有少数基金公司在章程规定董事会必须有一名管理层董事且应由总经理担任。

中国证监会认为：“为防止主要股东一股独大后带来的问题，拟在放开主要股东持股比例上限的同时，在公司治理方面作出相应安排，强化基金公司董事会和监事会建设，强化权利制衡”。因此，对于基金公司的单个股东或者有关联关系的股东合计持股比例在 50% 以上的，与上述股东有关联关系的董事不得超过董事会人数的 1/3。而所谓“与上述股东有关联关系的董事”，则包括由该股东推荐、提名的董事(通过市场化流程选聘的管理层董事、独立董事除外)，在该股东及其关联企业任职、领薪以及与该股东存在其他利益关联的董事。基金管理公司的单个股东或者有关联关系的股东合计持股比例为 100% 的，“与上述股东有关联关系的董事”包括在该股东及其关联企业任职、领薪以及与该股东存在其他利益关联的董事。上述规定意味着，在存在控股股东(包括通过关联股东实现绝对控股)的基金公司，控股股东及其关联方股东能推荐和提名的股东董事和独立董事合计不得超过 1/3，剩下 2/3 只能由非控股股东及其关联股东提名、推荐或者通过其他独立方式产生。对于这些基金公司，将面临在规定期限内如何调整董事会成员结构以符合规定要求的现实问题。市场化招聘、独立董事提名其他独立董事等，都是可以考虑的一些解决措施。

新《证券投资基金管理公司管理办法》评述

关于监事会，新《管理办法》规定要求：“监事会应当包括股东代表和公司职工代表，其中职工代表的比例不得少于监事会人数的 1/2。不设监事会的，执行监事中至少有 1 名职工代表。”这一规定对于职工代表人数的要求高于《公司法》的规定。根据《公司法》的规定：有限责任公司设立监事会的，其成员不得少于三人，职工代表的比例不得低于三分之一；不设立监事会的公司，可以设一至二名监事，但对于职工代表比例不作要求。由于目前基金公司大多设立 3 人的监事会，职工代表按照《公司法》关于职工代表最低人数的规定设置为 1 人。根据新《管理办法》的要求，基金公司将需要对监事会进行改选，确保职工代表比例不少于 1/2，若 3 人的监事会则需要至少有 2 名职工监事。而如果不设监事会，公司的 1~2 名监事中，至少有 1 名为职工监事。

➤ 章程修改

由于新《管理办法》对于公司治理结构的新要求，各家基金公司的章程将面临新一轮的修改。根据《实施规定》，基金公司有 6 个月的过渡期，即 2012 年 11 月 1 日至 2013 年 4 月 30 日，在此期间内应完成董事会和监事会的调整以及章程修改。由于上述章程修改事项为基金管理公司的组织机构及其产生办法的修改，属于公司章程重大条款，应当报中国证监会批准。也即是说，基金公司应当在此 6 个月的过渡期内完成章程修改、中国证监会审批以及董事会和监事会的改选。

基金公司经营管理

➤ 子公司

新《管理办法》允许基金公司根据专业化经营管理需要，设立子公司，从事特定客户资产管理、基金销售以及中国证监会许可的其他业务。基金公司设立的从事基金销售的子公司，应按照 2011 年修订的《证券投资基金销售管理办法》的规定作为独立基金销售机构申请基金销售资格和开展基金销售业务。而中国证监会 2012 年 9 月 26 日公布、2012 年 11 月 1 日施行的《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》规定基金公司应当设立专门的子公司开展专项资产管理业务以及应当设立专门的业务部门或者专门的子公司开展特定资产管理业务。目前《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定》正在公开征求意见，待《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定》正式公布实施后，各基金公司即可向中国证监会申请设立从事特定客户资产管理或者基金销售业务的子公司并同时申请从事特定客户资产管理业务的资格或者基金销售业务的资格。

对于基金公司设立的子公司，新《管理办法》要求应由基金公司控股，但不要求 100% 控股，结合《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定(征求意见稿)》，基金公司对子公司的控股达到 50% 以上即可，允许其他机构甚至个人对子公司参股。同时，基金管理公司与子公司及各子公司之间应当建立必要的隔离墙制度，防止可能出现的风险传递和利益冲突。

➤ 业务外包

新《证券投资基金管理公司管理办法》评述

新《管理办法》允许基金公司委托资质良好的第三方服务机构代为办理基金份额登记、核算、估值以及信息技术系统开发维护等业务，但同时应当充分评估论证、制定相关风险管理制度，加强对服务机构的评价和约束，确保业务信息的保密性和安全性。相关业务外包情况应当在基金招募说明书、基金合同和定期报告中披露，并且基金公司并不因为业务外包而免除其作为基金管理人的固有责任。

监督管理

➤ 风控指标和监管评价体系

新《管理办法》原则性规定了中国证监会可根据监管需要，建立基金管理公司风险控制指标监控体系和监管综合评价体系。对于相关风险控制指标、监管综合评价指标不符合规定的，中国证监会可以责令公司限期改正，并采取要求公司增加注册资本金、提高风险准备金提取比例、暂停部分或者全部业务等行政监管措施。

➤ 整改及监管措施

若基金公司出现公司治理不健全、内控不完善、对子公司、分支机构管理松懈、选聘的基金服务机构不具备基本资质条件，存在重大风险隐患或者较大风险事件，或者发生重大违法违规行为，中国证监会可以责令其限期整改，若逾期未完成整改的，中国证监会可以采取停止批准其增设子公司或者分支机构；限制其分配红利；限制其向负有责任的董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利；责令其更换负有责任的董事、监事、高级管理人员或者限制权利甚至指定托管、接管或者撤销等强制监管措施。

➤ 财务风险监控

对于财务状况恶化的基金公司，按照净资产低于 4000 万元人民币，或者现金、银行存款、国债等可运用的流动资产低于 2000 万元人民币且低于公司上一会计年度营业支出的标准，中国证监会可以暂停受理及审核其基金产品募集申请或者其他业务申请，并限期要求改善财务流动性。财务状况持续恶化的，中国证监会责令其进行停业整顿。停业整顿期间，基金公司应将其管理的基金资产委托给中国证监会认可的基金管理公司进行管理，否则中国证监会可以指定其他机构进行托管。

新《证券投资基金管理公司管理办法》评述

如需进一步信息, 请联系:

上海	北京
韩 炯 电话: (86 21) 3135 8778 (86 10) 6655 5050 Christophe.Han@linkslaw.com	翁晓健 电话: (86 10) 6655 5050 - 1028 James.Weng@linkslaw.com
秦悦民 电话: (86 21) 3135 8668 (86 10) 6655 5020 Charles.Qin@linkslaw.com	
吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 (86 10) 6655 5050 Sandra.Lu@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2012