

基金法律简报—证券投资基金及子公司部分 (2014 年 3 月第 1 期)

作者：通力基金业务部

目录

【新规介绍和导读】	2
一、 基金子公司《内控核查要点》导读	2
【实务问题】	3
一、 基金管理行业视角下的《公司法修正案(2013)》	3
二、 专户持股合并披露问题	5
三、 QFII 与 RQFII 对接专户的法律可行性	7
四、 简析基金合并条款之起草要点	8
【基金子公司业务专题】	11
一、 实现担保物权特别程序取代强制执行公证?	11

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

【新规介绍和导读】

一、 基金子公司《内控核查要点》导读

2014年2月24日,为规范基金管理公司从事特定客户资产管理业务子公司(以下简称“基金子公司”)的内控核查工作,促进基金子公司业务规范发展,中国证券监督管理委员会(以下简称“中国证监会”)基金监管部联合会计部共同下发了《关于发布<基金管理公司从事特定客户资产管理业务子公司内控核查要点(试行)>的通知》及其附件《基金管理公司从事特定客户资产管理业务子公司内控核查要点(试行)》(以下简称“《内控核查要点》”)。

通知要求基金公司或基金子公司应当聘请专业会计师事务所对基金子公司内控进行核查和出具内控评价报告,每年度结束之后由“基金公司”负责向中国证监会进行报送,中国证监会也将对内控评价工作进行抽查。

《内控核查要点》主要从公司治理、项目管理、销售管理、风险管理与监察稽核、运营管理、公司财务、人员管理、信息技术、风险隔离与利益冲突防范、母公司管控等十大方面对基金子公司内控核查提出新的控制要求,并相应提示了每一方面的关注重点。具体来说,主要有以下几点:

1. 以母公司为入手点,加强母公司对基金子公司的管控

值得注意的是,出台《内控核查要点》是为了规范基金子公司的业务,但其发文对象却是基金公司,并且在《内控核查要点》中单独列出一项“母公司管控”,将母公司是否合理确定了子公司的发展方向和经营计划、是否建立覆盖整体的风险管理和内部审计体系、是否指导子公司建立健全治理结构、是否指定相应职能部门、是否定期评估子公司发展情况等作为内控核查的关注要点。该等关注要点是对《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定》(以下简称“《暂行规定》”)中基金公司对基金子公司应承担的责任的体现。

2. 与协会通知相呼应,细化通知要求

《内控核查要点》在项目管理部分对专项资产管理计划从产品管理制度、交易对手管理、尽职调查到申报审批、实施和管理乃至资金清算都列明了关注要点。按照其规定,基金子公司需建立有效的交易对手遴选机制,对项目进行独立尽职调查,制定流动性措施等,这些要求都在基金业协会2013年发布的《关于加强专项资产管理业务风险管理有关事项的通知》(以下简称“《通知》”)中也都所有体现。例如,《通知》中提到的“对融资主体、标的资产、资金用途、还款来源、担保方资质等方面进行全面评估”的要求,在《内控核查要点》中,则具体表述为“是否签订担保合同,增信措施是否充足,抵押、质押、保证等是否落实,了解担保物他项权证的办理情况即是否存在法律瑕疵”。应该说,《内控核查要点》基本囊括了《通知》中提到的各项要求,并对其加以细化,使基金子公司在实践中能够更好地参照执行。

3. 揭示基金子公司实务中的违规风险点

《内控核查要点》所列关注要点也即是基金子公司运营和业务实务可能存在违规风险点。有以下几点值得特别关注:

“是否对项目进行独立的尽职调查,依照相关法律法规和行业指引等要求进行全面评估,并妥善保存相应尽职调查底稿”的关注要点表明,即便是第三方机构(如第三方理财机构、代销机构或者劣后级机构投资者等)主导的准通道型项目,基金子公司也应当独立进行尽职调查,而不能完全依赖合作方的尽职调查结果。

“资产管理计划的开放频率是否符合法规和合同约定,资产委托人能否在开放期正常退出”的关注要点表明,基金子公司的专项资产管理计划并不能豁免原则上每个季度最多开放一次的法规要求。

基于“是否存在公开发行或变相公开发行的行为”的关注要点,基金子公司应审慎考虑单个资产管理计划人数超过 200 人是否构成公开发行或者变相公开发行以及是否允许单笔投资 300 万以上的客户不受 200 人的人数限制。

“资产管理计划份额转让是否在国务院或国务院金融管理部门批准设立的交易场所进行,资产管理计划份额转让是否符合证监会和交易所规定等”的关注要点表明,基金子公司接受委托人不通过证券交易所进行的份额转让或过户以及名为计划份额“受益权”或“收益权”、但实为份额转让的业务存在违规风险。

“代销机构是否获得基金销售资格”的关注要点表明,基金子公司通过不具有基金销售资格的第三方理财机构进行资产管理计划的宣传推介,无论名义上采用财务顾问还是市场咨询的名义,均可能构成违规销售。

“反洗钱管理”的三项关注要点表明,即便基金子公司的金融机构身份存在一定的争议,即便反洗钱法规的适用对象可能并未完全覆盖到基金子公司,但基金子公司仍然不能游离于反洗钱体系之外,应当建立健全反洗钱内控制度,充分履行反洗钱义务。

【实务问题】

一、 基金管理行业视角下的《公司法修正案(2013)》

2013 年 12 月 28 日,第十二届全国人大常委会第六次会议审议通过了《中华人民共和国公司法修正案》(“《修正案》”),并于 2014 年 3 月 1 日起实施。本次《修正案》的主要内容包括:1、取消各类公司注册资本的最低限额“门槛”;2、放宽公司注册资本的缴付机制。本文将从基金管理行业的视角,简要分析《修正案》对公募证券投资基金管理公司(“基金公司”)、基金公司子公司及其业务的影响。

1. 《修正案》与公募基金管理人牌照

随着2013年6月1日《中华人民共和国证券投资基金法》(“《基金法》”)以及《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定》(“《公募牌照暂行规定》”)的实施,符合条件的证券公司、证券公司资管子公司、保险资管公司以及专门从事非公开募集证券投资基金管理业务的资产管理机构(即阳光私募)均可向中国证监会申请公募基金业务的牌照。

以阳光私募为例,《公募牌照暂行规定》要求申请公募牌照的条件之一为“实缴资本或者实际缴付出资不低于1000万元”,但随着“加强监管、放松管制”的监管趋势,不排除中国证监会根据《基金法》第十二条的授权,调低阳光私募申请公募牌照的资本及其缴付要求的可能性。

2. 《修正案》与基金公司股东资格

尽管《基金法》第十三条对基金公司的资本门槛有明确的规定,但并未对基金公司非主要股东的资格做出细化规定。根据《公开募集证券投资基金管理人管理办法(征求意见稿)》及其配套《实施规定》,一方面,持有基金公司5%以上股权的机构股东需满足“净资产不低于5000万元人民币”的要求,即间接地对作为基金公司股东的公司资本及其缴付提出了一定要求。另一方面,对于持股5%以下的机构股东并无资本及其缴付的限制,因此,此次修订可以说一定程度上降低了公司小比例(5%以下)参股基金公司的资本门槛。

3. 《修正案》与基金公司子公司

(1) 子公司的设立

《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定》(“《子公司暂行规定》”)规定“子公司的注册资本应当不低于2000万元人民币”。在目前中国证监会的监管要求下,通常按照“设立时实缴”来把握。但在《公司法》修改这一背景下,随着“放松管制”要求的落实,不排除中国证监会放宽基金公司子公司的注册资本限额和/或缴付方式的要求。

此外,值得注意的是,《基金管理公司固有资金运用管理暂行规定》规定“基金管理公司固有资金可以进行金融资产投资以及进行与经营资产管理业务相关的股权投资”。目前业内已有一些基金公司从事了此类股权投资。随着《修正案》的实施,基金公司可在尽可能少占用固有资金的前提下,对于“与经营资产管理业务相关的”股权类投资(包括新设和并购)做出更灵活、长期的安排。

(2) 子公司的业务

基金公司子公司从事专项资产管理计划的过程中,应当注意到《修正案》对于业务开展的影响,至少包括:

基金法律简报—证券投资基金及子公司部分(2014年3月第1期)

- 1) 修订后的《公司法》不再要求注册资本最低限额、缴付期限,也不再要求《企业法人营业执照》载明“实收资本”,这对专项业务中对融资方、合作方等主体的尽职调查提出了更深入的要求。
- 2) 修订后的《公司法》不再要求公司注册资本首期缴付最低比例和时间,这使得子公司可以对专项计划股权投资过程中的募资阶段、投资时间、股份公司发起方式等事项做出更灵活的安排。

4. 《修正案》与基金服务机构准入

《基金法》第十一章中的基金服务机构包括销售机构、销售支付机构、份额登记机构、估值核算机构、投资顾问机构、基金评价机构、信息技术系统服务机构等。

- (1) 《证券投资基金销售管理办法》对证券投资咨询机构、独立销售机构均有 2000 万元人民币实缴资本的要求;而银行、证券公司、期货公司、保险机构等类型的销售机构,其自身又各自有金融监管机构的资本要求。因此,短期来看,《修正案》对于基金销售机构的准入影响并不大。
- (2) 《证券投资基金评价业务管理暂行办法》、《证券投资基金服务机构业务管理办法(征求意见稿)》(“《服务机构管理办法》”)中对于份额登记机构、估值核算机构、基金评价机构、信息技术系统服务机构等几类机构的资本并无最低限额要求,因此这几类机构的准入受《修正案》的影响同样甚微。
- (3) 值得注意的是,《服务机构管理办法》对通过中国证监会派出机构注册的投资顾问机构的资本要求为“注册资本或者出资不低于 100 万元人民币”且并未规定其是否为实缴资本。可以说,《修正案》进一步降低了投资顾问的准入门槛。

综上,此次《公司法》的修订对公募基金管理行业的影响并非直接、显性的,但却在机构准入、基金公司股权投资、子公司业务开展等方面构成间接的影响,值得行业给予关注。

二、 专户持股合并披露问题

随着基金管理公司资产管理业务规模的扩大和种类的增加,其所管理的不同投资组合持股达到法定比例是否需要“举牌”以及“举牌”适用何种规则成为了不少机构普遍困惑的问题。本文对此浅析如下。

1. 法律法规的基本规定和原则

根据《证券法》第八十六条以及《上市公司收购管理办法》第十三条的规定,投资者及其一致行动人拥有权益的股份达到一个上市公司已发行股份的 5%时,应当按照相关规定履行信息披露(“举牌”)义务。这是关于举牌义务的基本法律规定。

基金法律简报—证券投资基金及子公司部分 (2014 年 3 月第 1 期)

《上市公司收购管理办法》第十二条进一步规定，投资者在一个上市公司中拥有的权益，包括登记在其名下的股份和虽未登记在其名下但该投资者可以实际支配表决权的股份。投资者及其一致行动人在一个上市公司中拥有的权益应当合并计算。据此判断“合并计算”的问题上，依法存在两个主要标准：第一是表决权归属原则；第二是一致行动原则。

需要澄清的是，有一种观点认为，基金公司及其所管理的不同投资组合之间的“举牌”义务是基于所谓“一致行动”原则。但是我们认为，基金公司管理的不同投资组合已经符合“投资者可以实际支配表决权的股份”的情形，其“举牌”问题适用表决权归属原则已经解决，并不需要适用“一致行动”予以认定。并且公募基金及基金专户的情况并不符合《上市公司收购管理办法》中第八十三条规定的所有一致行动人的界定标准，因而没有充分依据认定同一管理人的公募基金、专户彼此构成一致行动关系。据此，依据《证券法》及《上市公司收购管理办法》的基本规定，基金公司管理的公募基金及基金专户在上述 5% 的“举牌”问题上原本应当适用表决权归属原则，基金公司为实际支配所持股份表决权的投资者，履行“举牌”义务。

2. 公募业务依法豁免合并计算持股比例

虽然《证券法》及《上市公司收购管理办法》有上述规定，但是早在 2001 年，中国证监会在《关于规范证券投资基金运作中证券交易行为的通知》即指出，“应当将一个基金视为单一的投资人……”。2007 年 1 月，中国证监会基金监管部又发文对公募基金合并持股的“举牌”予以豁免，鉴于基金公司没有要约收购功能，且防止其通过披露集中持股引导市场操作股票，对于一家基金公司所管理的几只公募基金持有某一上市公司股份累计达到 5% 的，不鼓励披露；但是某一只基金持股达到 5% 的需要依法披露。自此，单只公募基金视为单一投资者而不与其他组合合并计算的豁免政策得以明确。

3. 专户业务是否应当合并计算持股比例

自《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》实施以来的最初几年，少有基金公司就专户合并持股达到 5% 而“举牌”。但随着基金专户参与定向增发的情況越来越多，屡屡突破 5% 的“举牌”线，此问题引起了市场的广泛关注。对于同一基金公司管理的一只专户持有某一上市公司股份累计达到 5%，无疑需要“举牌”，那么对于同一基金公司管理的几只专户对某一上市公司股份累计达到 5% 是否需要合并计算并进行“举牌”呢？

我们认为，在专户监管层面没有任何类似公募基金的豁免规定，因而严格来说，基金公司所管理的几只基金专户合并持有某一上市公司股份累计达到 5% 的，应依照《证券法》及《上市公司收购管理办法》第十二条的表决权归属原则规定进行“举牌”。

实践中有相当多的基金公司比照公募基金，分不同的专户产品分别计算持股比例而不进行合并计算，在合并计算持股比例超过 5% 的情况下也未进行“举牌”。但也有相当多的合并计算持股比例并举牌的先例，如 2013 年 3 月 28 日，新华基金的华融信托新华 1 号、2 号、3 号通过认购非公开发行股票合并持有东凌粮油 16.7854%，新华基金披露了《简式权益变动

报告书》；2013年12月20日，财通基金旗下平安信托47号、平安信托35号、平安信托36号合并持有四川路桥5.73%的股份，财通基金进行了“举牌”等等。

我们认为，为避免应“举牌”而未“举牌”产生的违规风险，在基金专户合并持有一只股票超过5%时，不应主观认为可以比照公募基金的规则执行，审慎起见应当履行“举牌”义务，或者至少先与上市交易所沟通确认交易所目前对于专户产品是否需要合并计算持股比例的政策或者态度。

值得注意的是，虽然一对多专户依法均由资产管理人行使表决权，但是一对一专户情况有所不同。《基金管理公司单一客户资产管理合同内容与格式准则(2012年修订)》第十二节允许合同当事人自行约定委托财产投资所产生的权利的行使原则及方法。在基金专户实务中，当事人既有约定由委托人自行行使股东权利、履行股东义务的，亦有约定由资产管理人代为行使及履行的。但是截至目前的实践中，证券交易所通常不区分一对一产品合同中的上述约定，而往往一并要求资产管理人行使“举牌”义务。因此，对于一对一专户的情形，无论资产管理合同中对于表决权的行使以及信息披露义务的履行做了何种约定，一旦多个其管理的专户持股达到5%，资产管理人都应与证券交易所保持沟通，以免违反法定的举牌义务。

三、 QFII 与 RQFII 对接专户的法律可行性

在资产管理法律的实务中，合格境外机构投资者(“QFII”)和人民币合格境外机构投资者(“RQFII”)投资于特定客户资产管理产品(“专户”)的法律可行性问题始终是一项疑难问题。结合2013年修订的《中华人民共和国证券投资基金法》(“《基金法》”)等法律法规，我们就此问题浅析如下。

1. QFII 与 RQFII 不能投资于专项专户

根据《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》(“《管理办法》”)、《人民币合格境外机构投资者境内证券投资试点办法》(“《试点办法》”)及其配套的“实施规定”，QFII 和 RQFII 应当在中国境内进行“证券投资”，具体可以投资的金融工具包括：…… (三)证券投资基金；……。

因此，QFII 与 RQFII 取得的投资额度依法限于证券投资，并可投资于“证券投资基金”，否则将有超越法定投资范围之嫌。故本文以下讨论的“专户”仅限于该范围，不包括任何投资于非证券类的专项资产管理计划。

2. QFII 与 RQFII 可以委托设立一对一专户

《管理办法》第十九条和《试点办法》第四条分别明确了 QFII 与 RQFII 均可以委托境内资产管理机构和投资管理机构进行境内证券投资管理，《管理办法》的配套实施规定第七条更进一步规定“境内基金管理公司可以为合格投资者提供特定客户资产管理服务”。

基金法律简报—证券投资基金及子公司部分(2014年3月第1期)

根据《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》(“《专户办法》”)第二条的规定,专户业务包括“向特定客户募集资金”或者“接受特定客户财产委托”两种基本形式。我们认为,与其说资产管理人设立一对一专户是向客户提供一项金融产品,不如说是接受客户财产委托开展证券投资基金的过程,即一对一专户的法律性质与《管理办法》第十九条及其配套实施规定第七条、《试点办法》第四条的许可规定相符,QFII与RQFII可以委托基金公司或其子公司设立一对一专户为其在境内开展证券投资基金。

当然,目前《管理办法》和《试点办法》下QFII与RQFII的证券账户开立和命名规则,与《专户办法》对一对一专户的规定不尽相同,但我们认为,这类操作问题并非QFII与RQFII可以委托基金公司或其子公司设立一对一专户的实质法律障碍。

3. QFII与RQFII投资于一对多专户目前缺乏法律依据

如前所述,《管理办法》和《试点办法》允许QFII与RQFII投资于“证券投资基金”,因此,QFII与RQFII能否投资于一对多专户的问题可以简化为一对多专户是否属于“证券投资基金”的问题。

有机构认为,随着《基金法》于2013年实施并新增第十章“非公开募集基金”,我国资本市场中所有“私募证券投资基金”全部被赋予了“证券投资基金”的属性,所以一对多专户也应属于广义上的私募证券投资基金从而可以自然地纳入QFII与RQFII的投资范围。我们认为,这种观点值得商榷。

诚然,现行《基金法》第三十二条将当前市场中已有的各类金融机构管理的私募证券投资基金的管理权分别赋予了银、证、保等金融监管机构,因而专户在现行《基金法》的规定中可被视为广义的私募证券投资基金。然而,现行《专户办法》早在2007年就已颁布,截至目前尚未依据现行《基金法》做出任何修改。作为对专户监管的主要法规,其所依据的法律授权并非现行《基金法》第三十二条,而是基于当时有效的《基金法》第一百零一条“基金管理公司……向特定对象募集资金或者接受特定对象财产委托从事证券投资活动的具体管理办法,由国务院根据本法的原则另行规定。”众所周知,私募证券投资基金在当时并未被纳入监管,当时有效的《基金法》第一百零一条也体现了当时将专户排除在证券投资基金之外的意旨。此外,专户的运作规则、合格投资人要求以及产品契约规范均与《基金法》第十章下的规定有所不同。因此,我们认为目前不宜以2013年6月1日实施的《基金法》的新增内容,去定性那些依据《专户办法》发行的一对多专户,换言之,不宜将依据旧法授权发行的一对多专户追溯纳入新法“证券投资基金”的范畴,将一对多专户作为证券投资基金纳入QFII与RQFII的投资范围,目前仍缺乏充分依据。

四、 简析基金合并条款之起草要点

2012年12月28日修订通过、并于2013年6月1日起实施的《中华人民共和国证券投资基金法》(“《基金法》”)第七十九条规定,“按照基金合同的约定或者基金份额持有人大会的决议,基金可以

转换运作方式或者与其他基金合并。”2013年4月,中国证监会发布的《公开募集证券投资基金运作管理办法(征求意见稿)》(“《运作办法》(征求意见稿)”)第三十九条就基金合并做了进一步明确,即“基金转换运作方式或者与其他基金合并,应当按照法律法规及基金合同规定的程序进行。实施方案若未在基金合同中明确约定,应当经基金份额持有人大会审议通过。基金管理人应当提前发布提示性通知,明确有关实施安排,说明对现有持有人的影响以及持有人享有的选择权(如赎回或转出),并在实施前预留至少二十个开放日供持有人做出选择。”

虽然《运作办法》并未正式实施,监管部门也未就基金合并条款的起草颁布相关指引,但市场上已有很多基金公司尝试在基金合同中加入基金合并条款,如华夏、嘉实等已在几只固定收益类产品中加入该等条款,其他基金公司亦跃跃欲试。根据我们对市场上已有条款的分析,结合本所近期实务经验,就基金合并条款中几点需特别注意简述如下:

1. 有关合并条款的适用基金类型

随着基金申报通道数量限制的取消,国内基金数量在2013年急剧攀升,截止2013年年底,国内基金公司共计发行1552只基金产品,但是,根据数据显示,基金资产规模并没有因此大幅提高。从公司声誉考量,目前市场上虽然不乏规模较小的迷你基金,但尚未出现基金清算的个案。而从基金公司层面而言,将两只投资方式及投资策略相似的迷你基金进行合并,可以降低日常运营中产生的渠道费用、人力成本等,对基金公司本身也较有利。

考虑到投资人的风险承受能力与基金风险等级的匹配性,基金合并一般应当是在投资方向及投资策略相似的基金中发生。基于此前提,我们近期基金产品募集的法律服务中,特别针对货币市场基金及短期理财型的债券型基金,提示基金公司可考虑加入基金合并条款,因为此等产品均投资于货币市场工具,且其投资策略较为接近,同类产品合并不会导致投资人的风险承受能力与合并后的基金的风险等级不匹配。但是,对于股票型、混合型,特别是主题型投资基金,各基金间的投资方向、投资策略差异较大,合并后的基金风险收益特征可能与原基金差异较大,除非公司已管理或拟管理类似基金,否则该等产品不宜通过合并方式解决规模过小的情况。

2. 关于基金合并触发条件的选择

《运作办法》(征求意见稿)第四十九条规定了基金份额持有人大会的法定召开条件,即“连续六十个工作日”出现“基金份额持有人数量不满两百人或者基金资产净值低于五千万元的”,“基金管理人应当召集基金份额持有人大会就基金是否继续存续进行表决”。该条是否将在正式稿中保留存在争议。但是,如果正式稿中保留了上述条款或者规定了在其他条件下基金管理人应当召集基金份额持有人大会就基金是否继续存续进行表决,应当注意基金合同约定的合并触发条件与法规要求应当召开持有人大会的触发条件的衔接问题,避免出现同一条件触发召开持有人大会和基金合并两种不同后果的情形。

3. 关于合并另一方基金的选择

根据我们近期所获知的部分产品上报后监管部门的反馈意见,“同一类型”应作为合并另一方基金的一项条件。我们也认为,两个基金类型、投资方向、策略不同的基金进行合并,很可能与部分持有人的风险承受能力与投资利益产生冲突。市场上,如华夏财富宝货币市场基金,要求合并方“需与本基金的基金类别相同,且为同一基金管理人、同一基金托管人;若满足条件的基金有多只,则选择最近一季末规模最大的基金作为合并方基金”。

4. 关于合并程序

(1) 预公告和合并另一方基金的必要程序

由于本基金合并必然会涉及到另一只参与合并的基金(即合并另一方基金),如果合并另一方基金在其基金合同中没有约定对应的与其他基金合并的实施方案,合并另一方基金也需召开持有人大会之后才能执行合并。所以在这种情况下,我们认为可选择增加预公告程序,即本基金发布拟与另一只基金合并的预公告以披露合并计划,另一只基金召开持有人大会同意该合并计划后,正式进入基金合并程序。

(2) 指定赎回期

根据征求意见稿,应当至少安排二十个赎回开放日以供投资人自主决定赎回本基金份额、份额转换或继续持有合并后的基金份额。无论《运作办法》正式颁布后是否仍保留了上述要求,我们认为应当在实施合并前为持有人留出充分的赎回选择期,以确保不愿意接受合并的持有人的权益能够得到充分保护。

(3) 合并清算

由于合并将导致一方基金的基金合同的终止,因此应当履行基金合同终止时的清算程序。但为实现合并的目的,与普通清算程序不同的是,无需进行剩余财产的分配,而是将清算财产并入合并另一方基金。另外,如果登记结算机构允许,清算过程中也不一定需要进行全部资产的变现,在条件允许的情况也可以采用组合资产过户的方式。但是,组合资产过户虽然减少了被合并基金的交易成本和费用,但可能会对合并另一方基金的投资组合形成冲击,因此合并另一方基金的持有人大会审议的合并方案或者基金合同约定的合并方案应当对接受资产组合过户方式的合并方案进行充分披露和提示合并引发的相关风险。

(4) 合并失败的处理

合并可能因为无法找到合适的合并对象,或持有人在指定赎回期全部赎回,导致合并失败。针对此种可能,可考虑约定在此情形下直接启动普通清算程序。如果不约定,则基金将继续存续,若要基金终止则需另行召开持有人大会。

【基金子公司业务专题】

一、 实现担保物权特别程序取代强制执行公证?

一直以来在融资项目中,信托公司、基金资管子公司等机构为了避免冗长的诉讼、仲裁程序,倾向于通过办理相关债权文书(包括担保合同)强制执行公证的方式来确保债权实现。经修订并于2013年1月1日起施行的《民事诉讼法》引入了实现担保物权的特别程序(“特别程序”),规定担保物权人及其他有权请求实现担保物权的人,可以不经诉讼程序,直接向人民法院提出申请实现担保物权。强制执行公证与特别程序二者没有绝对的优劣,需结合具体项目情况选择使用。我们就二者的部分差异进行了对比分析,以供参考。

1. 可行性

根据《民事诉讼法》第二百三十八条的规定,可以向法院申请强制执行的是“公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书”。《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》对债权文书的范围进行了举例说明,但并未明确提及担保合同。担保合同是否属于前述通知所指的“其他债权文书”,理论上与实践中都存在一定的争议。

有人依据司法部《抵押贷款合同公证程序细则》(核心内容为:双方当事人可以在合同中约定,借款人违约时,贷款人可以申请公证机关出具强制执行证书,向人民法院申请强制执行借款人的抵押财产)以及《办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见》(核心内容为:涉及第三人担保的债权文书,担保人(包括保证人、抵押人、出质人、反担保人,下同)承诺愿意接受强制执行的,担保人应当向公证机构提出申请)等文件认可其有效性;但也有人依据《最高人民法院执行工作办公室关于中国银行海南省分行质押股权异议案的复函》(核心内容为:可强制执行的债权文书“不包括担保协议”)等文件否认其有效性。

但在实践中,有相当多地方的法院都已逐渐认可担保合同强制执行公证的有效性,建议如有可能,在具体项目中事先了解当地法院对此的态度。

2. 法院审查

根据最高人民法院《关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼人民法院是否受理问题的批复》(“最高院批复”),公证债权文书具有不可诉性(无论对于债权人还是债务人);但法院审核时发现确有错误,裁定不予执行。因被执行人提出不予执行抗辩的,根据最高人民法院在重庆德艺房地产开发有限公司不服执行裁定复议案中的论述,“应当对公证债权文书的内容是否确有错误进行审查,该审查应当包括公证债权文书的程序和实体问题。”

基金法律简报—证券投资基金及子公司部分(2014年3月第1期)

对于特别程序中的案件审查,《民事诉讼法》规定“经审查.....不符合法律规定的,裁定驳回申请”。根据最高人民法院副院长奚晓明 2013 年 9 月 17 日在全国法院商事审判工作座谈会上的讲话,法院原则上仅进行形式审查,但对于被申请人提出异议且提供证据证明的,法院将进行实质审查。

因此,强制执行公证与特别程序在能否直接予以执行方面都存在司法审查的不确定性。

3. 期限

根据《民事诉讼法》,特别程序属于非争议案件的审理程序,应于立案之日起三十日内审结(案情复杂的经院长批准可延长)。对于强制执行公证,公证机关向债权人出具执行证书的时限没有明确的法规与政策规定,取决于各公证机关的自行规定,实践中几日到十几日的办事时限都有。

4. 费用

公证机关一般按照主合同的债权标的金额收取公证费(常见 0.3%),因此公证费用相对较高,由于通常是由融资方或担保方承担,会增加融资方的融资成本,能否接受还要取决于管理人与融资方的谈判;而根据最高人民法院法官于《人民法院报》发表的文章,特别程序按件收费(浙江高院规定浙江境内特别程序不收费)。

5. 与诉讼/仲裁程序的关系

最高院批复确立了经公证的债权文书的不可诉性(无论对于债权人还是债务人),仅在法院经审查认为确有错误并裁定不予执行的情况下方可提起民事诉讼。特别程序并不是民事诉讼的前置程序,相关权利人可以选择特别程序,也可以直接提起民事诉讼来维护权益。

6. 其他

- (1) 由于保证合同可进行强制执行公证,但不属于物权担保,不适用特别程序。
- (2) 相关协议中加入强制执行公证条款对债务人、担保人均有一定的震慑作用。
- (3) 强制执行公证行之有年,在实践中更加成熟;特别程序诞生不久,实践中各地法院理解多有不同,甚至有些法院因不熟悉该等程序而拒绝立案或拖延立案(最高院已通知各地法院进行调研,后续将出台相关司法解释)。
- (4) 2013 年经修订的《证券质押登记业务实施细则》取消了对质押合同的公证要求,部分资产管理机构未注意到该等变化,甚至以为前述公证应当是强制执行公证(实为对质押合同的真实性和合法性的公证)。

基金法律简报—证券投资基金及子公司部分 (2014 年 3 月第 1 期)

如需进一步信息, 请联系:

上海	
韩 炯 电话: (86 21) 3135 8778 Christophe.Han@llinkslaw.com	秦悦民 电话: (86 21) 3135 8668 Charles.Qin@llinkslaw.com
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 David.Yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 Sandra.Lu@llinkslaw.com
王利民 电话: (86 21) 3135 8716 Leo.Wang@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: (86 21) 3135 8783 Nicholas.Lou@llinkslaw.com
夏 亮 电话: (86 21) 3135 8769 Tomy.Xia@llinkslaw.com	黎 明 电话: (86 21) 3135 8663 Raymond.Li@llinkslaw.com
北京	
翁晓健 电话: (86 10) 8519 2266 James.Weng@llinkslaw.com	李 文 电话: (86 10) 8519 1626 Wen.Li@llinkslaw.com

© 通力律师事务所 2014