

LINKS
Law Offices

通力律师事务所

新《公司法》：私募基金管理人关注要点及行动方案

作者：吕红 | 罗黎莉 | 赵一旭

2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议表决通过了《中华人民共和国公司法(2023修订)》(“新《公司法》”), 将自2024年7月1日起施行。新《公司法》仅对存量公司的出资期限规定了过渡期安排, 就其他事项而言, 自2024年7月1日起, 新设公司和存量公司应全面符合新《公司法》的规定。

相较于现行有效的《中华人民共和国公司法(2018修正)》(“现行《公司法》”), 新《公司法》在公司设立及退出、资本制度、组织机构设置、股东及董监高权责等诸多方面进行了修订。总体而言, 对于主要以有限责任公司组织形式设立的私募基金管理人, 根据新《公司法》开展的工作包括但不限于以下方面:

- 如有尚未缴纳的注册资本, 应根据过渡期安排实缴出资或根据实际情况做减资;
- 对于出资证明书、股东名册是否符合新《公司法》要求进行核查;
- 评估目前的公司治理结构, 视情况进行优化调整;
- 核查公司章程, 整体进行修订更新;
- 核查公司相关内部制度, 特别是在关联交易、跟投制度、兼职安排等方面视情况进行修改或补充;
- 强化股东及董监高权责意识, 并采取相应的内部控制措施。

本文主要从以上方面分析新《公司法》下私募基金管理人需要关注的重点事项及其对私募基金管理人的影响。鉴于绝大多数私募基金管理人的组织形式为有限责任公司, 本文主要探讨新《公司法》下与有限责任公司有关的条款。

一. 资本制度

现行《公司法》实行注册资本认缴制, 对股东出资期限无明确要求。新《公司法》第四十七条对此进行了修订, 明确规定有限责任公司全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程规定自公司成立之日起5年内缴足。

如拟新设有限责任公司申请私募基金管理人登记, 在设立公司主体时应结合新《公司法》和私募相关法规的要求确定合理的注册资本, 并在公司章程中约定适当的出资期限。根据《私募投资基金登记备案办法》(“《**私募登记备案办法**》”)及《私募基金管理人登记指引第1号——基本经营要求》, 应在公司设立登记之日起12个月内向中国证券投资基金业协会(“**基金业协会**”)提请办理私募基金管理人登记, 股东应以货币出资且实缴货币资本不得低于1,000万元人民币或者等值可自由兑换货币。公司在确定注册资本时, 一方面应确保满足私募相关法规的最低要求及公司运营的实际需要, 另一方面也应避免随意设定或设定过高的注册资本而使股东面临过重的出资义务。

对于已登记的存量私募基金管理人而言, 公司章程中规定的出资期限通常比较宽松, 要求自公司成立之日起5年内全部缴足的情况十分罕见。同时, 随着私募基金业务的发展, 很多公司逐渐获得稳定的现金流, 并且能够保持充足的运营资金, 在此情况下, 需要股东注资的压力并不大, 因此市场上不少私募基金管理人目前仍存在尚未缴足的注册资本。由于新《公司法》对于出资要求并未设置“新老划断”, 就注册资本尚未全部缴足的私募基金管理人而言, 结合实际需求, 可有不同的处理方式:

1. 过渡期内完成实缴出资

新《公司法》第二百六十六条第二款明确：“本法施行前已登记设立的公司，出资期限超过本法规定的期限的，除法律、行政法规或者国务院另有规定外，应当逐步调整至本法规定的期限以内；对于出资期限、出资额明显异常的，公司登记机关可以依法要求其及时调整。具体实施办法由国务院规定。”

2024年2月6日，国家市场监督管理总局发布《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定(征求意见稿)》(“《国务院注册资本规定(征求意见稿)》”)。《国务院注册资本规定(征求意见稿)》依照新《公司法》第二百六十六条规定，设置3年过渡期，自2024年7月1日至2027年6月30日。新《公司法》施行前设立的公司出资期限超过新《公司法》规定期限的，应当在过渡期内进行调整。具体而言：

- 新《公司法》施行前设立的有限责任公司自2027年7月1日起剩余出资期限不足5年的，无需调整出资期限。换言之，如目前公司章程规定的出资期限早于2032年6月30日，股东按照公司章程的规定出资即可。
- 新《公司法》施行前设立的有限责任公司自2027年7月1日起剩余出资期限超过5年的，应当在过渡期内将剩余出资期限调整至5年内。调整后股东的出资期限应当记载于公司章程，并依法在国家企业信用信息公示系统上向社会公示。换言之，如目前公司章程规定的出资期限晚于2032年6月30日，应在2027年6月30日前调整出资期限，调整后的出资期限不得晚于2032年6月30日。

新《公司法》施行前设立的有限责任公司在过渡期内未调整出资期限的，公司登记机关可以依法要求其在90日内调整出资期限，出资期限自2027年7月1日起不得超过5年(即最迟出资期限为2032年6月30日)。此外，公司未按照前述过渡期安排调整其出资期限的，公司登记机关在国家企业信用信息公示系统上作出特别标注并向社会公示。

就注册资本目前尚未全部缴足的私募基金管理人而言，整改方向基本分为以下情况：

- 如仍有出资需求，且公司章程中规定的实缴出资期限不晚于过渡期安排下的最迟期限，则无需调整出资期限，股东仍按照目前公司章程的规定履行实缴出资义务。
- 如仍有出资需求，但公司章程中规定的实缴出资期限晚于过渡期安排下的最迟期限，则需修改公司章程、调整出资期限，股东按照调整后的出资期限履行实缴出资义务。
- 如综合考虑后认为短期内并没有出资需求，则可以考虑启动减资程序，日后如有出资需求，也可以再进行增资，从而避免股东面临限期实缴出资的压力。

建议私募基金管理人结合公司资本金情况、持续运营状况、股东实缴出资能力等尽早确定调整方案。

2. 减资程序

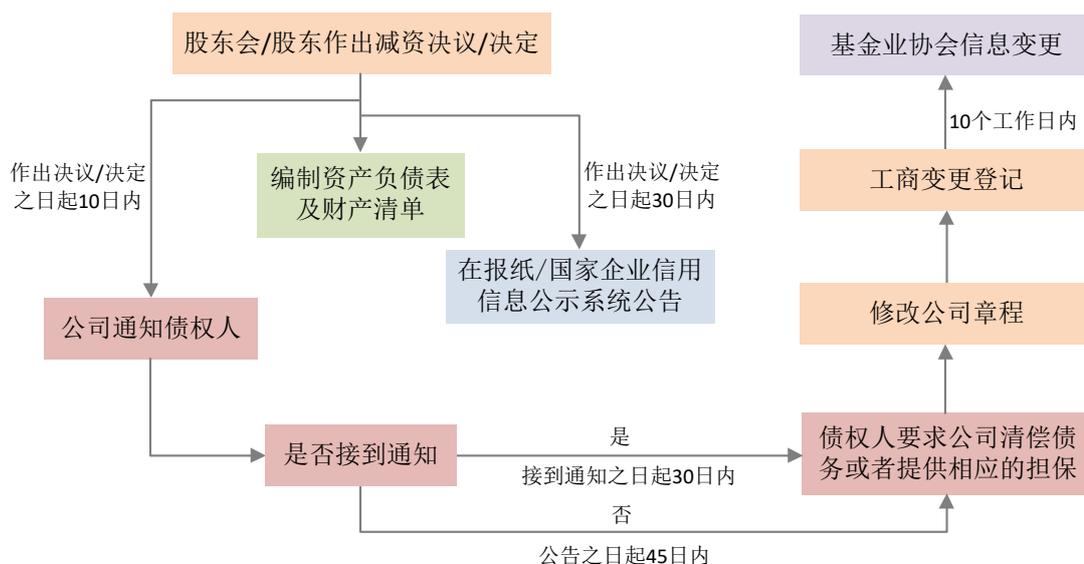
如私募基金管理人决定减少注册资本，何时启动减资程序是需要考虑的问题之一。除另有规定外，如在 2024 年 7 月 1 日前进行减资，则仍按照现行《公司法》办理减资手续；如在 2024 年 7 月 1 日后进行减资，则应适用新《公司法》的规定。

新《公司法》对现行《公司法》下的减资规则进行了完善，包括但不限于新增一般减资程序与简易减资程序的区分、规定违法减资的法律责任等。就一般减资程序而言，除明确以等比例减资为原则、非等比例减资应由有限责任公司全体股东约定外，与现行《公司法》下的减资规则基本相同，而新《公司法》下的简易减资程序规定了适用前提，且不得通过简易减资程序免除股东缴纳出资的义务。

值得关注的是，《国务院注册资本规定(征求意见稿)》亦对过渡期的减资安排进行了规定。过渡期内申请减少注册资本但不减少实缴出资的公司，如符合相关条件，可以适用简化的程序，具体请见下文第(3)点的介绍。

(1) 一般减资程序

下图为一般减资程序的主要步骤:



就一般减资程序而言，私募基金管理人需要关注以下事项:

- 减少注册资本的决议应经代表 2/3 以上表决权的股东通过，对于独资私募基金管理人，则由唯一股东作出决定。
- 通过国家企业信用信息公示系统进行公告虽然未在现行《公司法》中进行规定，但这并非是新《公司法》生效后才可适用的方式，2022 年 3 月 1 日起实施的《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》已明确，公司减少注册资本可以通过国家企业信用信息公示系统公告。
- 根据《私募登记备案办法》，私募基金管理人注册资本发生变更的，需要在工商变更登记完成之日起 10 个工作日内向基金业协会履行变更手续；此外，由于涉及公司章程的修订，私募基金管理人还需在资产管理业务综合报送平台(“AMBERS 系统”)上传最新的公司章程，公司章程更新可以与其他事项一并通过年度信息更新完成。

(2) 简易减资程序

新《公司法》第二百二十五条新增简易减资程序，其“简易”之处在于无需通知债权人，也因此无需根据债权人的要求清偿债务或者提供相应的担保，股东会/股东作出减少注册资本的决议/决定之日起 30 日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。简易减资程序的适用条件是：公司按照法定顺序(包括当年利润和公积金)弥补亏损后仍有亏损，可以减少注册资本弥补亏损。适用简易减资程序弥补亏损的，公司不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资的义务，而且在法定公积金和任意公积金累计额达到公司注册资本 50%前，不得分配利润。

举例而言：假设 A 公司注册资本为 5,000 万元，已实缴出资为 4,000 万元(1,000 万元尚未缴足)，按照法定顺序弥补后仍有亏损 3,000 万元，不考虑其他因素，目前所有者权益为 1,000 万元。根据新《公司法》第二百二十五条，可以从“实收资本”拿出 3,000 万元给到“未分配利润”，此时“实收资本”变为 1,000 万元、“亏损”变为 0，所有者权益仍为 1,000 万元。A 公司的注册资本应相应减少为 2,000 万元，但股东尚未出资的 1,000 万元实缴出资义务不能免除。换言之，简易减资程序仅是财务报表的内部调整，即在账面上消除亏损，而并没有实际改变公司的净资产，不会影响债权人的利益，因此豁免通知债权人的要求也具有合理性。

(3) 过渡期特殊减资安排

根据《国务院注册资本规定(征求意见稿)》，新《公司法》施行前设立的公司过渡期内申请减少注册资本但不减少实缴出资，符合下列条件的，公司可以通过国家企业信用信息公示系统向社会公示 20 日。公示期内债权人没有提出异议的，公司凭申请书、承诺书办理注册资本变更登记：(一)不存在未结清债务或者债务明显低于公司已实缴注册资本等情形；(二)全体股东承诺对减资前的公司债务在原有认缴出资额范围内承担连带责任；(三)全体董事承诺不损害公司的债务履行能力和持续经营能力。

私募基金管理人如仅减少尚未实缴出资部分的注册资本、不涉及股东已实缴出资的退还，并且符合上述条件，则可适用简化的程序，无需编制资产负债表及财产清单，无需通知债权人，且公示期仅为 20 日。如涉及减少实缴出资或不符合任何上述条件，则应当按照新《公司法》第二百二十四条(一般减资程序)、第二百二十五条(简易减资程序)等规定办理减资。

3. 增加注册资本

目前很多存量公司进行减资，主要是为了避免股东在新《公司法》生效后面临短期内实缴出资的压力。但如日后确有需要，仍可以进一步增加注册资本。因此，新《公司法》下与增资有关的规定也值得关注。

(1) 增资的程序要求

与减资相同，增加注册资本的决议也应经代表 2/3 以上表决权的股东通过，对于独资私募基金管理人，则由唯一股东作出决定。公司需修改公司章程并办理工商变更登记，私募基金管理人还应在工商变更登记完成之日起 10 个工作日内向基金业协会履行变更手续，并及时在 AMBERS 系统上传更新的公司章程。

另外需要注意的是，如私募基金管理人存在多名股东，除全体股东另有约定外，股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。

(2) 增资的实缴期限

新《公司法》第二百二十八条第一款规定：“有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，依照本法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。”《国务院注册资本规定(征求意见稿)》亦规定：“有限责任公司新增认缴注册资本应当五年内缴足。”但增资 5 年实缴出资的起算点应从股东会决议/股东决定作出之日起算，还是从工商变更登记之日起算，有待后续实施办法的进一步明确。

对于私募基金管理人而言，股东缴纳新增的注册资本后，一方面，需要通过国家企业信用信息公示系统更新所公示的实缴出资信息，另一方面，也需要在 10 个工作日内通过 AMBERS 系统向基金业协会履行变更手续，并上传实收资本证明文件(如银行回单)。

(3) 公积金转增注册资本

无论是现行《公司法》还是新《公司法》，都允许公司的公积金转为增加注册资本。但法定公积金转为增加注册资本时，所留存的法定公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%。有些私募基金管理人可能仍有尚未实缴的注册资本，但已经提取了充足数额的公积金，希望通过公积金转增注册资本的方式冲抵已认缴但尚未实缴的出资。但该方案并不可行。公

积金用途仅限于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司**注册资本**，而不得冲抵尚未实缴的注册资本以变相免除股东的出资责任。

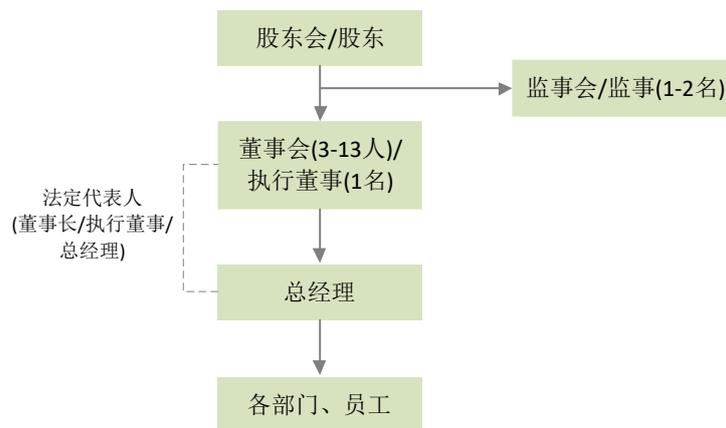
4. 其他关注事项

除上文分析的内容外，新《公司法》对于资本制度的以下调整也值得私募基金管理人关注：

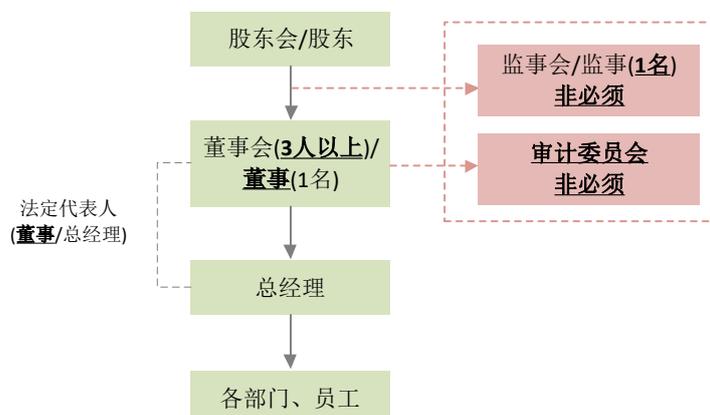
- 股东认缴和实缴的出资额均应明确记载于出资证明书，且出资证明书除由公司盖章外，还应由法定代表人签名。部分私募基金管理人公司章程中与出资证明书有关的要求可能与新《公司法》不一致，需要进行修改。
- 股东认缴和实缴的出资额、出资方式 and 出资日期均应明确记载于股东名册，私募基金管理人需要对目前制备的股东名册进行核查并补充相关信息。

二. 公司治理结构

新《公司法》对公司治理结构的要求进行了修订。现行《公司法》下的一般公司治理结构如下：



新《公司法》下，公司治理结构有了更多灵活安排：



1. 股东会/股东

(1) 股东会决议表决比例要求

新《公司法》新增股东会一般决议表决比例要求，即“经代表过半数表决权的股东通过”，如私募基金管理人公司章程中约定的表决比例与此存在冲突，则需对公司章程进行修改，否则可能因表决比例违反法律规定而导致股东会决议“不成立”。

独资私募基金管理人不会受到上述修订的影响，无论一般事项还是特殊事项，均由其唯一股东采用书面形式作出决定。

(2) 股东会/股东法定职权调整

新《公司法》删除股东会/股东法定职权中的“决定公司的经营方针和投资计划”和“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”，并增加“可以授权董事会对发行公司债券作出决议”。私募基金管理人既可以根据上述调整对公司章程进行修订，也可以结合实际情况保持现有安排。

2. 董事会/董事

(1) 董事会及董事设置

新《公司法》删除关于董事会人数上限的规定，对于规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，仍允许不设董事会而仅设 1 名董事(新《公司法》不再使用“执行董事”的表述)。

从整体来看，上述变化对私募基金管理人目前的董事会/董事设置影响不大。但后续对公司章程进行全面更新的过程中，仍需关注相关条款是否会受到影响。例如：对于目前仅设 1 名“执行董事”的公司，如仍选择不设董事会，则需将公司章程中“执行董事”的表述统一调整为“董事”。

(2) 董事会/董事法定职权的调整

新《公司法》删除董事会法定职权中的“制订公司的年度财务预算方案、决算方案”，在兜底条款中增加董事会行使“股东会授予的其他职权”，并明确公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人。

目前很多私募基金管理人的公司章程中已加入灵活性，规定董事会/董事行使股东会/股东授予的其他职权，如没有该等兜底条款，在后续对公司章程进行全面更新的过程中可以考虑加入。

(3) 董事卸任

新《公司法》明确董事卸任包括董事辞任和股东会/股东解任两种情形:

- 董事辞任的, 公司收到书面辞任通知之日生效, 但导致董事人数低于法定人数的, 辞任董事应当继续履行职务, 直至改选出的董事就任。
- 股东会/股东解任的, 决议/决定作出之日生效, 但无正当理由在任期届满前解任董事, 董事可以要求公司予以赔偿。

私募基金管理人的公司章程中一般不会对此进行明确约定, 在后续对公司章程进行全面更新的过程中, 可以酌情考虑增加该等内容。但即使不修改公司章程, 在新《公司法》生效后也不影响该等条款的直接适用。

另外, 部分私募基金管理人(特别是独资公司)的公司章程中可能约定股东对董事的无因解任权。新《公司法》生效后, 股东需谨慎行使该项权利, 如无正当理由解任董事, 董事有权要求赔偿。

(4) 董事会议事规则

新《公司法》新增董事会会议法定人数、董事会决议表决比例的法定要求, 即“董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行”“董事会作出决议, 应当经全体董事的过半数通过”。如私募基金管理人设有董事会, 但董事会议事规则与前述规定存在冲突, 则需进行修改, 否则可能因出席会议的人数或表决比例违反法律规定而导致董事会决议“不成立”。例如, 公司章程约定的会议法定人数、董事会决议表决通过比例如为“二分之一以上”, 在董事人数为偶数的情况下, 会导致与新《公司法》规定的不一致。

仅设 1 名董事的私募基金管理人不会受到上述修订的影响, 相关事项由唯一董事全权决定。

(5) 职工董事

新《公司法》对职工董事相关规定进行强化, 一般情况下, 董事会成员中可以(但非必须)包含职工代表。在以下特殊情况下, 董事会成员中必须有职工代表: (a) 国有独资公司; 或(b) 职工人数在 300 人以上且未设监事会。

对于非国有独资私募基金管理人, 职工人数未达 300 人的, 无需设置职工董事。

3. 监事会/监事

(1) 允许单层制的治理结构, 不再强制要求设置监事会/监事

新《公司法》允许满足一定条件的有限责任公司不设监事会或监事:

- 一般情况: 根据新《公司法》第六十九条, 如董事会设置由董事组成的审计委员会, 行使监事会/监事的职权, 可以不设监事会或监事。
- 特定情况: 根据新《公司法》第八十三条, 对于规模较小或股东人数较少的有限责任公司, 可以不设监事会, 设 1 名监事, 经全体股东一致同意, 也可以不设监事。

虽然实务中对“规模较小”和“股东人数较少”并无明确标准, 但我们理解, 大多数私募基金管理人, 特别是外资私募基金管理人, 通常股东人数仅为个位数(除个别合资私募基金管理人外, 外资私募基金管理人基本仅有唯一股东), 部门、人员设置精简, 公司规模不大, 可以适用新《公司法》第八十三条的规定而免设监事会或监事。即, 符合条件的私募基金管理人的最简化治理结构可以只设 1 名董事不设董事会, 以及不设监事/监事会。

如私募基金管理人拟简化监事设置, 需要全体股东一致同意, 作出股东会决议/股东决定免任监事, 修改公司章程, 并办理工商变更程序。

(2) 2 名监事的安排不再可行

现行《公司法》下, 对于股东人数较少或者规模较小的有限责任公司, 可以设 1 至 2 名监事, 不设监事会。根据新《公司法》, 不设监事会的公司设 1 名监事, 对于未设立监事会但有 2 名监事的私募基金管理人, 可以考虑: (a) 设置监事会(监事会中职工监事需占比不低于 1/3); (b) 免任其中 1 名监事(如公司仍打算保留监事层级); 或(c) 经全体股东同意, 不再设置监事。同时, 前述整改也会涉及监事免任、公司章程修改及工商变更程序。

(3) 监事会/监事的法定职权

与现行《公司法》相比, 新《公司法》对监事会/监事的法定职权未进行实质调整, 但新《公司法》新增监事会/监事履职保障措施, 即监事会/监事可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。

如私募基金管理人继续设置监事会/监事, 在后续对公司章程进行全面更新的过程中, 可以考虑增加上述要求。

(4) 监事会决议表决比例要求

新《公司法》新增监事会决议表决比例要求，即“经全体监事的过半数通过”，如私募基金管理人设置监事会且公司章程中约定的表决比例与此存在冲突，则需对公司章程进行修改，否则可能因表决比例违反法律规定而导致监事会决议“不成立”。

4. 总经理

新《公司法》删除总经理法定职权内容，改由公司章程规定或者董事会授权。如私募基金管理人的公司章程按照现行《公司法》规定了总经理的职权，在后续对公司章程进行全面更新的过程中，可以考虑结合公司的实际情况，对公司章程中总经理的职权进行重新约定。

5. 法定代表人

(1) 法定代表人的选任

新《公司法》扩大了法定代表人的选任范围，代表公司执行事务的董事或总经理可以担任法定代表人。私募基金管理人后续在法定代表人的选任上多了灵活性，但应确保其满足《私募登记备案办法》及《私募基金管理人登记指引第 3 号——法定代表人、高级管理人员、执行事务合伙人或其委派代表》等私募法规下的资质要求。

另外，新《公司法》要求公司章程中应载明法定代表人的产生、变更办法。大多数私募基金管理人的公司章程中目前仅约定了法定代表人由谁担任，在后续对公司章程进行全面更新的过程中，需注意对法定代表人的产生、变更办法予以明确。

(2) 法定代表人的辞任

新《公司法》新增法定代表人辞任及补任规则，担任法定代表人的董事或总经理辞任的，视为同时辞去法定代表人，并且公司应当在法定代表人辞任之日起 30 日内确定新的法定代表人。

私募基金管理人还需注意：

- 首只私募基金备案完成之前，不得更换法定代表人。
- 法定代表人变更之日起 10 个工作日内应向基金业协会履行变更手续。
- 除受境外金融监管部门监管的机构控制的私募基金管理人以及其他符合规定的私募基金管理人外，私募基金管理人的法定代表人需持有私募基金管理人一定比例的股权，

法定代表人辞任还会涉及股权处置问题，加上私募法规对于法定代表人的资质要求，对于私募基金管理人而言，满足新《公司法》下“30日”的时限要求并非易事。

(3) 法定代表人行为后果

新《公司法》增加了对法定代表人行为后果的规定，法定代表人因执行职务造成他人损害的，由公司承担民事责任。公司承担民事责任后，依照法律或者公司章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。针对前述规定，私募基金管理人可以考虑在公司章程中明确向有过错法定代表人进行追偿的具体情形和程序。

三. 股东权责

1. 股东知情权的进一步扩展

相较于现行《公司法》，新《公司法》更加强调对股东知情权的保护，主要体现在以下方面：

- 新增股东有权查阅、复制公司的股东名册；
- 新增股东有权查阅公司的会计凭证(现行《公司法》下，股东仅可查阅公司的会计账簿、财务会计报告)；
- 新增股东可以委托中介机构辅助行使查阅权；
- 新增股东对公司全资子公司相关资料的查阅、复制权。

2. 股东对公司全资子公司权利的延伸

除上述股东知情权延伸至公司全资子公司，股东代表诉讼也延伸至公司全资子公司。根据新《公司法》第一百八十九条，如公司全资子公司的董监高执行职务违反法律、行政法规或者公司全资子公司章程的规定，给公司全资子公司造成损失的，或者他人侵犯公司全资子公司合法权益造成损失的，股东可以书面请求全资子公司的监事会/监事、董事会/董事向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

《私募投资基金监督管理办法(征求意见稿)》规定，私募基金管理人为管理私募基金财产必须设立子公司的，应当将子公司纳入统一合规风控管理。而目前外资领域比较常见的“WFOE PFM+QDLP 子公司”结构，也因人员、场地共享等安排实施集团统一管理。新《公司法》下股东对公司全资子公司权利的延伸也为前述安排提供了进一步的法律依据。

3. 股东欠缴出资的失权制度

新《公司法》第五十一条、第五十二条引入股东欠缴出资的失权制度，董事会发现股东未按期缴纳出资的，公司应向股东发出书面催缴书，股东应在宽限期(不得少于发出催缴书之日起 60 日)

内履行出资义务，否则公司经董事会决议可向该股东发出失权通知，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。丧失的股权应依法转让或减资注销，6个月内未转让或注销的，由其他股东按出资比例足额缴纳。

对于私募基金管理人而言，可以在公司章程或股东协议(如有)中就出资宽限期、违约股东的配合义务等进行约定，以在股东欠缴出资的情况下有据可依。

4. 股东出资加速到期制度

现行法律法规下，由于实行注册资本认缴制，股东享有期限利益，只有在公司提前解散或破产时，才会触发股东对出资义务的提前履行。新《公司法》第五十四条新增了股东出资义务加速到期的规定，触发条件调整为“公司不能清偿到期债务”。建议公司和股东关注私募基金管理人的债务情况，特别是注册资本尚未全部实缴的私募基金管理人，避免因不能清偿到期债务而触发股东提前出资的义务。

5. 横向法人人格否认制度

新《公司法》第二十三条规定，股东利用其“控制”的两个以上公司逃避债务，严重损害公司债权人利益的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。《私募登记备案办法》等私募法规对于同一控股股东、实际控制人控制的两个以上私募基金管理人也提出了业务风险隔离、避免同业竞争、关联交易管理和防范利益冲突等方面的要求，并且后续基金业协会还可能会针对集团化私募基金管理人出台专门的指引，有待关注。

对于私募基金管理人而言，需要注意与控股股东、实际控制人控制的其他实体之间保持独立性，避免触发连带责任的承担。另外，如控股股东、实际控制人违反法律要求，可能会影响新设私募基金管理人的登记和已登记私募基金管理人的产品备案。

四. 董监高权责

1. 扩大董监高信义义务

(1) 忠实义务和勤勉义务的内涵

新《公司法》首次明确董监高忠实义务与勤勉义务的内涵：忠实义务指“应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益”；勤勉义务指“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”。

(2) 董监高关联交易管理

相较于现行《公司法》，新《公司法》扩大了关联交易的适用范围，并加强了对关联交易的制度规范，具体而言：

- 关联人范围从董事、高级管理人员扩大至(a)董事、监事、高级管理人员；(b)董事、监事、高级管理人员的近亲属；(c)董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业；以及(d)与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人。
- 关联交易范围扩大至间接交易，即包括直接或者间接与公司订立合同或者进行交易的情形。
- 增加关联交易的报告及审批要求，要求关联交易需向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。
- 明确关联董事应回避表决，并且如出席董事会会议的无关联董事少于 3 人，则应提交股东会审议。

从基金业协会登记的角度，对于私募基金管理人的关联方按照《私募基金管理人登记指引第 2 号——股东、合伙人、实际控制人》等私募法规及 AMBERS 系统指引进行披露。从公司层面关联方界定、关联交易管理的角度，则可能需结合新《公司法》的要求对目前的关联交易管理机制进行完善调整，具体而言：

- 核查现有制度的规制范围，可能需要对关联人、关联交易范围进行扩大补充。
- 如公司章程中并未明确董监高关联交易的审批机制，建议视情况纳入董事会/董事或股东会/股东的职权范围，如由董事会/董事决策，还应注意回避表决要求。

(3) 董监高谋取公司商业机会、同业竞争限制

现行《公司法》下，董事、高级管理人员未经股东会同意不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会、不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。新《公司法》第一百八十三条、第一百八十四条将监事也纳入前述情形的规制主体范围，并且允许公司章程将审批层级下放至董事会，但关联董事应回避表决(如出席董事会会议的无关联董事少于 3 人，则应提交股东会审议)。此外，对于谋取公司的商业机会，新《公司法》还增加了“根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会”的例外情形。

对于私募基金管理人而言，以下事项值得关注：

- 如公司章程中并未明确董监高谋取公司商业机会、与公司开展同业竞争的审批机制，建议视情况纳入董事会/董事或股东会/股东的职权范围，如由董事会/董事决策，还应注意回避表决要求。
- 《私募投资基金监督管理办法(征求意见稿)》第十六条规定，私募基金管理人的控股股东、普通合伙人、实际控制人、高级管理人员和投资管理人员使用自有资金投资的，相关人员不得利用职务便利或者私募基金管理人的展业便利条件开展自有资金投资活动。本条规定的核心目的应是避免利益冲突或者进行利益输送而损害其他投资者的利益，但并不禁止该等主体的跟投安排。虽然该等跟投行为未必会被定性“为自己或他人谋取属于公司的商业机会”，但谨慎起见，也建议私募基金管理人建立完善跟投制度，通过股东会决议或董事会决议批准跟投制度的方式，避免触发对是否遵守新《公司法》一百八十三条程序要求的争议。
- 在符合私募相关法规要求的前提下，私募基金管理人的董监高也可能在开展同类业务的关联私募基金管理人兼职，如存在该等情况，建议根据新《公司法》的要求向董事会或股东会报告，并按照公司章程的规定由董事会或股东会进行审批。

2. 董监高维护资本充实的责任

(1) 董事的催缴义务

新《公司法》第五十一条新增董事会对股东出资的催缴义务，并且如股东未及时履行出资义务而给公司造成损失，负有责任的董事应当承担赔偿责任。

为落实董事会/董事的催缴义务，私募基金管理人可以考虑在公司章程中明确董事会/董事对股东履行出资义务的核查权、监督权。另外，私募基金管理人还可依据新《公司法》第一百九十三条为董事购买董事责任保险。

(2) 董监高的赔偿责任

新《公司法》强化了公司运营过程中董监高维护公司资本充实的责任，除上述股东欠缴出资时责任董事的赔偿责任外，在股东抽逃出资、违规减资、违规分配利润而给公司造成损失的情形下，负有责任的董监高均应承担赔偿责任。

3. 董事、高级管理人员对第三人的赔偿责任

新《公司法》第一百九十一条新增董事、高级管理人员执行职务而给他人造成损害时的赔偿责任。董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。需要注意的是，与法定代表人因执行职

务造成他人损害由公司承担民事责任、而后公司向过错法定代表人追偿的情况不同，第三人有权直接要求过错董事、高级管理人员进行赔偿。

五. 控股股东及实际控制人认定

《私募登记备案办法》对“控股股东”的定义与现行《公司法》相同，即“出资额占有限责任公司资本总额 50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额 50%以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足 50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东”，新《公司法》将“50%以上”(包含本数)的占比要求修改为“超过 50%”(不包含本数)。根据《中华人民共和国立法法》，“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章”，显然更应高于自律规则。我们理解，新《公司法》对“控股股东”的定义调整也应适用于私募领域。

相较于现行《公司法》，新《公司法》删除了“实际控制人”定义中“虽不是公司的股东”的表述，即“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”，这意味着公司股东也可以是实际控制人。《私募登记备案办法》与新《公司法》对于“实际控制人”的认定标准一致。另外也需要注意私募体系下实际控制人认定的特殊规则，例如，对于外资私募证券投资基金管理人，实际控制人应当追溯至受监管的境外金融机构。

六. 股权转让

新《公司法》删除了股东对外转让股权需经其他股东过半数同意的规定，并明确拟转让股权的股东应履行通知义务的具体事项，包括股权转让的数量、价格、支付方式和期限等。同时，新《公司法》亦明确了股权转让时转让方和受让方的出资责任：(1)对于已认缴出资但未届出资期限的股权转让，受让人承担实缴义务，受让人未按期足额缴纳的，转让人承担补充责任；(2)对于“瑕疵股权”(已到期未实缴或者非货币出资的实际价额显著低于所认缴出资额)，转让人与受让人在出资不足范围内承担连带责任，受让人不知道或不应当知道瑕疵情况的，转让人承担责任。

如私募基金管理人拟进行股权转让，除考虑受让方出资能力外，还应特别关注受让方是否符合私募法规对私募基金管理人股东的资质要求。《私募登记备案办法》亦明确规定，私募基金管理人的股东拟转让其所持有的股权的，应当充分了解受让方财务状况、专业能力和诚信信息等，并向其告知担任股东的相关监管和自律要求。

此外，如股权转让导致控股股东、实际控制人变更，私募基金管理人应当自变更之日起 30 个工作日内向基金业协会履行变更手续，提交专项法律意见书，就变更事项出具法律意见。私募基金管理人实际控制权发生变更的，应当就变更后是否全面符合私募基金管理人登记的要求提交法律意见书，并且变更之日前 12 个月的管理规模应当持续不低于 3,000 万元人民币。

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



罗黎莉
+86 21 3135 8732
lily.luo@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 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

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

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
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 2024