



源泰律師事務所
YUANTAI PRC ATTORNEYS

中国基金业的专业法律顾问

源泰基金简报

2009年6月（总第31期）

【法规聚焦】

- 1、《关于基金管理公司开展特定客户境外资产管理业务有关问题的回函》
- 2、《关于基金管理公司开展特定多个客户资产管理业务有关问题的规定》

【基金实务】

- 1、如何理解基金管理公司股权处置中的锁定期及市场禁入期？
- 2、保本基金中外资担保应注意哪些法律风险？
- 3、员工的劳动合同期限与工会任职期限冲突问题的探讨

【业务动态】

【法规聚焦】

1、《关于基金管理公司开展特定客户境外资产管理业务有关问题的回函》

中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）基金部于2009年3月9日下发《关于基金管理公司开展特定客户境外资产管理业务有关问题的回函》（基金部函[2009]129号，以下简称“《回函》”），共十四条。

《回函》允许同时具备合格境内机构投资者资格（即QDII资格）、特定客户资产管理业务资格（即专户资格）的基金管理公司开展特定境外资产管理业务，已获批外汇额度的基金管理公司将尚未使用的额度用于特定境外资产管理业务，但须重新报国家外汇管理局批准。这意味着有境外投资需求的机构客户和个人高端客户，除了通过购买QDII基金外，还可以通过特定境外资产管理业务进行境外投资。

根据《回函》，基金管理公司在开展特定境外资产管理业务时，应严格遵循QDII和专户理财的相关法律法规规定。而聘任境外投资顾问并非法律法规的强制性要求，基金管理公司可以根据自身需要决定是否聘任境外投资顾问。如聘任境外投资顾问，则参照《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》（以下简称“《QDII办法》”）（中国证监会令第46号）第三章“境外投资顾问”的有关规定执行。

《回函》规定，基金管理公司开展特定境外资产管理业务可以投资于《关于实施〈合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法〉有关问题的通知》第五条（投资运作）允许基金投资的金融产品或工具，但不需参照前述第五条中有关投资比例限制、交易方式（如融资、卖空等）、交易对手资质等内容，具体条款由基金管理公司和资产委托人在资产管理合同中协商确定。《回函》也特别强调了风险控制，即基金管理公司应加强对客户财务状况和风险承受能力的评估，详细说明特定境外资产管理业务的运作方式，充分揭示境外证券投资的风险。此外，特定境外资产管理业务的投资、交易、信息披露，应参照执行《QDII办法》相应规定。

《回函》允许符合条件的基金管理公司开展特定境外资产管理业务，可以满足客户多样化的投资需求，丰富境外投资的形式。

2、《关于基金管理公司开展特定多个客户资产管理业务有关问题的规定》

继中国证监会于2009年1月20日公布了《关于基金管理公司开展特定多个客户资产管理业务有关问题的通知（征求意见稿）》后，中国证监会于2009年5月5日正式出台了《关于基金管理公司开展特定多个客户资产管理业务有关问题的规定》（以下简称“《规定》”），使基金管理公司开展特定多个客户资产管理业务有章可循。当然，我们也注意到，根据《规定》，基金管理公司从

事特定多个客户资产管理业务，除应适用《规定》外，也应适用《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》（以下简称“《试点办法》”）的有关规定。

根据《规定》，基金管理公司从事特定多个客户资产管理业务，是指取得特定资产管理业务资格的基金管理公司向两个以上特定客户募集资金，或接受两个以上特定客户的财产委托担任资产管理人，由商业银行担任资产托管人，为资产委托人的利益，将其委托财产集合于特定账户，进行证券投资的活动。

《规定》所指“特定客户”，是指委托投资单个资产管理计划初始金额不低于100万元人民币，且能够识别、判断和承担相应投资风险的自然人、法人、依法成立的组织或中国证监会认可的其他特定客户。可见，对于个人与机构委托投资金额，《规定》并未区别对待。

根据《规定》，除中国证监会另有规定，单个资产管理计划的委托人数不得超过200人，客户委托的初始资产合计不得低于5,000万元人民币。如果资产管理计划初始销售期限届满，不符合前述条件的，基金管理公司应以其固有财产承担因初始销售行为而产生的债务和费用，且在初始销售期限届满后30日内返还客户已缴纳的款项，并加计银行同期活期存款利息。

在投资范围方面，《规定》并没有在《试行办法》的基础上做出进一步规范，据此，我们认为《试行办法》中的相关规定仍然适用。

在投资限制方面，特定多个客户资产管理计划仍受“双十”限制。《规定》要求单个资产管理计划持有一家上市公司的股票，其市值不得超过该计划资产净值的10%；同一资产管理人管理的全部特定客户委托财产（包括单一客户和多客户特定资产管理业务）投资于一家公司发行的证券，不得超过该证券的10%。但完全按照有关指数的构成比例进行证券投资的资产管理计划可以不受前述“双十”限制。可见，中国证监会目前对于特定多个客户资产管理业务的投资问题并没有做出过多的禁止性规定，而是留下了较大的操作空间。因此，我们认为，目前中国证监会对于特定多个客户资产管理业务的投资方向与投资限制仅有原则性的规定，而其投资范围将由当事人在资产管理合同中进行更为细化的约定。

《规定》明确基金管理公司从事特定多个客户资产管理业务实行备案制：（1）销售前备案：基金管理公司应当在销售某一资产管理计划前将资产管理合同草案、投资说明书草案、销售计划及中国证监会要求的其他材料报中国证监会备案。中国证监会自收到完整的备案材料之日起10个工作日内予以备案登记。备案登记完毕，基金管理公司可以开始销售该资产管理计划。资产管理合同草案、投资说明书草案、销售计划等材料的内容不符合法律法规有关规定的，基金管理公司应当根据中国证监会的要求作出修改，并重新办理备案登记手续。（2）销售期限届满后备案：初始销售期限届满，满足《规定》第7条规定的条件的，基金管理公司应自初始销售期限届满之日起10日内聘请法定验资机构验资，自收到验资报告之日起10日内向中国证监会提交验资报告及客户资料表，办理相关备

案手续。

在销售方面，《规定》许可在基金管理公司和代理销售机构的网站上销售资产管理计划，与《试行办法》中针对单一客户特定资产管理业务只能在基金管理公司网站上公开推介特定资产管理业务方案相比，扩展了公开推介的渠道。在监管方面，根据《规定》，基金管理公司、代理销售机构在销售资产管理计划的过程中，存在虚假宣传、预测收益或其他违规行为的，中国证监会可以依法对其采取相应的监管措施。

【基金实务】

1、如何理解基金管理公司股权处置中的锁定期及市场禁入期？

中国证监会对基金管理公司的股权转让规定了1年的锁定期及3年的市场禁入期。根据《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，自2006年5月8日实施）（以下简称“通知”）的规定，锁定期及市场禁入期的期限如下：

- （1）1年的锁定期。通知第四条规定，持有基金管理公司股权未满1年的股东，不得将所持股权出让。
- （2）3年的市场禁入期。通知第六条规定，出让基金管理公司股权未满3年的机构，中国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。
- （3）例外情况。通知第六条规定，持有两家以上基金管理公司股权的机构，增持其中1家基金管理公司股权，同时退出持有的其他基金管理公司股权的，不受限制。

上述锁定期、市场禁入期的规定存在不明确之处，在实践操作中引发了若干疑问。

问题一：基金管理公司的原股东受让其他股东的股权或者定向增资，提高了持股比例（原持股部分持股期限已超过1年），在1年内是仅不能转让增加持股部分，还是不能转让全部股权？

“持有股权未满1年”不得转让，对于新设基金管理公司来说不存在争议，但基金管理公司的原股东受让其他股东的股权或者定向增资，提高了持股比例（原持股部分持股期限已超过1年）的则不够明确。

根据通知中条文的字面理解，“持有基金管理公司股权未满1年的股东，不得将所持股权出让”，仅指股东所持股权中未满1年的部分，原持股股权可以转让。但鉴于（1）股东持有的股权是一个整体，难以区别原持股部分与增加的持股部分；（2）在受让股权、增资后1年内又卖出股权，公司有从事短期财务投资，而非进行长期战略投资的嫌疑；（3）股权转让、增资同时需要修改章程，股权频繁转让及章程频繁修改可能影响公司的稳定经营。

因此，从审慎监管的原则出发，股权转让不仅要考虑“锁定期”，还须根据转让方转让股权的目的，综合考虑股权转让对基金管理公司长期稳定经营的影响及对基金份额持有人利益的保护等因素。所以，我们倾向于理解为在1年内不能转让全部股权。当然，中国证监会对此问题具有最终解释权。

问题二：基金管理公司的股东转让其股权后的3年内，是否可以认购境内基金管理公司的增资？

根据通知中条文的字面理解，“出让基金管理公司股权未满3年的机构，中国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”，仅指新设与受让股权两种情形，不包括认购增资。也就是说，基金管理公司的股东在出让该基金管理公司股权后3年内可以认购该基金管理公司的增资。

但从审慎监管的原则出发，综合考虑出让股权/认购增资对基金管理公司长期稳定经营及保护基金份额持有人利益等因素，我们倾向于理解为基金管理公司的股东在出让该基金管理公司股权后3年内不能认购境内基金管理公司的增资。同样，中国证监会对此问题具有最终解释权。

2、保本基金中外资担保应注意哪些法律风险？

现行法律法规对保本基金的运作框架缺乏统一规范，有鉴于此，对于在保本基金中引入外资担保应注意下述法律风险。

（1）担保人的主体资格问题

担保人的主体资格问题直接关系到保函的合法有效性和可执行性。因此接受境外担保的基金管理公司需对境外机构的主体资格进行严格审查，其中应特别注意以下五个方面的问题：（i）担保人是否为独立的法人；（ii）担保人的注册地和营业地所在地；（iii）担保人的资产和信誉状况；（iv）担保人的监管机构是否对于担保人对境外机构提供担保有任何限制或要求；（v）担保人的内部制度，尤其是公司章程对于公司对外担保的授权机制，以及公司内部授权在担保方面的具体规范情况，以及是否履行了相关手续。

针对上述问题，基金管理公司需事先对境外担保机构进行充分的调查，以确保担保人主体适格。在产品运作期间，同样需要对境外担保机构的资质进行持续跟踪，以确保保本周期内其始终具备相应的资信和偿付能力。如果外资机构是非上市公司，则基金管理公司只能通过前期的尽职调查，以及担保机构后续提供的定期或不定期公司信息适时地了解公司状况。在此过程中，由于基金管理公司对海外市场不熟悉，可能面临因信息不对称而引发的财务风险等问题。

（2）法律适用问题

境外保函往往适用境外某国家或地区的法律。外国法律的适用往往存在如下问题：（i）当外国法明确要求适用担保合同的法律与适用主合同的法律一致时，便会导致法律适用的不确定，不利于维护境内当事人的合法权益；（ii）外国法律的内容不便于查明，尤其是属于判例法系国家或地区的法律，不利于把握境外保函的合法性、有效性；（iii）一些国家的法律要求债权人应先向债务人追偿或先执行其他担保的权利；主债务人破产可能成为担保人拒绝履行义务的理由等，损害基金管理公司在担保项下的合法权益。

当然，针对上述法律适用的风险，基金管理公司可以在接受适用外国法律时，应先对适用的外国法律进行查明或聘请有资质的外国律师事务所出具有关法律意见，降低适用外国法可能带来的风险。

（3） 纠纷管辖权问题

纠纷管辖权问题是引入境外担保机构需要考虑的问题。在此应特别注意以下几点：（i）考虑管辖法院判决或仲裁机构裁决可否或是否方便获得境外担保人主要财产所在地国家的司法机关的协助执行；（ii）在外国法院与本国法院的选择上，通常而言选择本国法院对本国境内机构更为有利。在外国诉讼不仅成本高，而且可能遭受外国法院的不公平待遇；（iii）无论法院管辖还是仲裁管辖，都应考虑是否存在违反相关国家强制性规定的情况，防止选择条款无效。

（4） 担保费的支付问题

通常在担保合同中均应约定被担保人向担保人支付一定金额的担保费以换取担保人向被担保人提供担保。而境内机构向境外担保人支付担保费需先向外汇管理局申报，经外管局同意后方可汇出。

实践中遇到的问题是外管局对于担保费这个项目在相关规定中并无对应的名目，可能导致被担保人无法以担保费的名目将其汇出。实践中有境内机构通过与境外担保人签署其他合同（如咨询合同）的方式，将担保费以其他名目汇出。但这需要境内机构事先告知境外担保人该等障碍并协商后方可行。而对于保本基金到期发生赔付时所引起的外汇兑换等问题可能也需要外管局的协作监管。

3、 员工的劳动合同期限与工会任职期限冲突问题的探讨

某基金管理公司（以下简称“公司”）与员工的劳动合同期限届满，公司决定不再续约。但该员工同时担任公司工会非专职主席一职，且劳动合同期限届满之日其在工会的任职期限尚未届满。

现问题如下：

（1） 公司是否应将其劳动合同顺延至该工会职务任期届满之日？

(2) 如果公司将其劳动合同顺延, 是否有权对其在劳动合同中约定的岗位进行调整?

对于第(1)个问题, 本所律师观点如下:

《中华人民共和国工会法》(以下简称“《工会法》”)第18条规定:“……非专职主席、副主席或者委员自任职之日起, 其尚未履行的劳动合同期限短于任期的, 劳动合同期限自动延长至任期期满。但是, 任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。”因此, 如果公司员工同时担任公司工会非专职主席一职, 且劳动合同期限届满之日起在工会的任职期限尚未届满, 公司应将其劳动合同期限顺延至工会任职期限届满之日当然, 根据《工会法》的规定, 在该等延长期限内, 如该员工存在严重过失或达到法定退休年龄, 公司仍有权解除劳动合同。

对于第(2)个问题, 本所律师观点如下:

《工会法》第18条仅对基层工会非专职主席劳动合同期限自动延长作出了规定, 但是并未明确公司是否可以在该延长期内调整员工的工作岗位。

根据《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称“《劳动合同法》”)第40条规定:“有下列情形之一的, 用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后, 可以解除劳动合同: ……(二) 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 仍不能胜任工作的……”根据前述规定, 在劳动合同存续期间, 用人单位对不能胜任工作的劳动者享有调整工作岗位的权利; 但用人单位对员工“不能胜任工作”应承担举证责任, 并应承担举证不能的不利后果。

鉴于《劳动合同法》对于公司对员工调整工作岗位的规定并不非常明确, 公司和员工在此问题上也经常出现分歧, 对此问题的分析详见本所简报第28期基金实务部分“关于基金管理公司调整员工工作岗位法律问题的分析”。

【业务动态】

- 1、本所为长信基金管理有限公司第七只开放式证券投资基金、汇丰晋信基金管理有限公司某股票型证券投资基金、民生加银基金管理有限公司首只股票型证券投资基金提供法律服务;
- 2、本所律师受中国证监会深圳证监局邀请, 参加在深圳举行的深圳(广州)地区基金管理公司督察长联席会议反洗钱专题会, 并发表反洗钱专题演讲。本所将在基金简报(七月)中就反洗钱相关法律问题制作专刊, 敬请期待。

免责声明:

本所编写《源泰基金简报》的目的仅仅是为了帮助客户及时了解中国基金领域法律法规及实务的最新动态。本简报中的内容并非正式的法律意见。如果您需要了解详细内容或需要本所提供有关的法律服务, 请按以下方式与本所联系。

主编: 廖海, 上海源泰律师事务所主任, 法学博士, 金融学博士后, 中国及美国纽约州执业律师
上海源泰律师事务所

地址: 上海市浦东南路 256 号华夏银行大厦 1405 室 邮编: 200120

电话: (86 21) 5115 0298, (86 21) 5115 0391 (直线), (86) 13917351457

传真: (86 21) 5115 0398

邮箱: henryliao@yuantai.com.cn

网址: www.yuantai.com.cn