

私募基金法律

案例指导发布 — 简析第二批私募基金备案公示案例

作者：周林 | 张鹏翔

2021年9月1日，中国证券投资基金业协会（“协会”）发布《关于发布私募基金备案案例公示的通知》，发布了首批私募基金备案的相关代表性案例，对员工跟投平台备案为私募基金、一般有限合伙企业改造后备案为私募基金以及员工持股计划备案为私募基金三种情形进行了说明和阐释。

2022年4月18日协会公示了第二批不符合私募基金备案要求的案例，涵盖的监管要求更多、范围更广，更直观、明确地阐释了协会对于私募基金备案若干要求的审核要点以及标准，对于私募基金的募集、备案、运作均有较高的指导意义。我们根据协会的监管规定，结合各公示案例，解析如下。

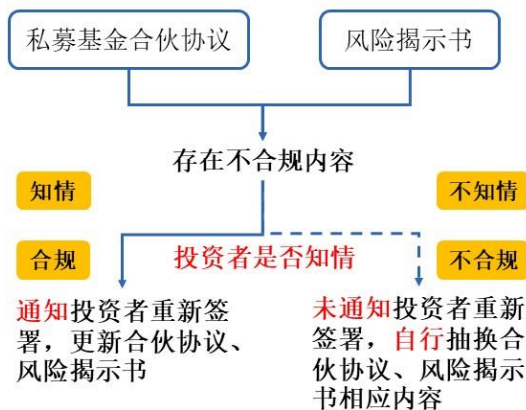
一、案例解析和评述

（一）提供“抽页”备案材料

案例一：提供“抽页”备案材料

HANKUN

■ 案例图解：



■ 合规要求：

✓ 【材料真实、准确】私募基金管理人提供的私募基金备案材料应当真实、准确、完整，不存在任何虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

汉坤评析：

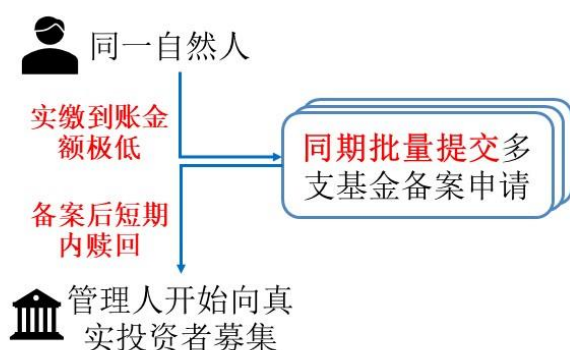
- 与管理人登记类似，私募基金管理人在提交基金备案申请时，也应遵照真实、准确、完整的原则，比照协会发布的私募投资基金备案申请材料清单（“**备案材料清单**”）要求提交备案材料，不应存在任何虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。
- 对于协会在备案过程中反馈的文件修改意见，应当严格落实，切忌为节省时间之便，报送虚假材料。
- 根据协会发布的《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》（“**《登记备案办法》**”），私募基金管理人在基金备案过程中提供虚假材料和信息，或者隐瞒重要事实的，协会“视情节轻重可以对私募基金管理人采取警告、行业内通报批评、公开谴责、暂停受理基金备案、取消会员资格等措施，对高级管理人员及其他从业人员采取警告、行业内通报批评、公开谴责、取消从业资格等措施，并记入诚信档案。情节严重的，移交中国证监会处理”。根据中国证券监督管理委员会（“**证监会**”）发布的《关于加强私募投资基金监管的若干规定》（“**《若干规定》**”），存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，证监会及其派出机构可以“采取行政监管措施、市场禁入措施，实施行政处罚，并记入中国资本市场诚信信息数据库；涉嫌犯罪的，依法移送司法机关追究刑事责任”。

（二）构造募集完毕假象，备案“壳基金”

案例二：构造募集完毕假象，备案“壳基金”

HAN KUN

■ 案例图解：



■ 合规要求：

- ✓ **【募集资金真实性】**私募基金管理人应当在**募集完毕后20个工作日内通过协会资产管理业务综合报送平台申请私募基金备案**，并签署备案承诺函承诺已完成募集，承诺已知晓以私募投资基金名义从事非法集资所应承担的刑事、行政和自律后果。

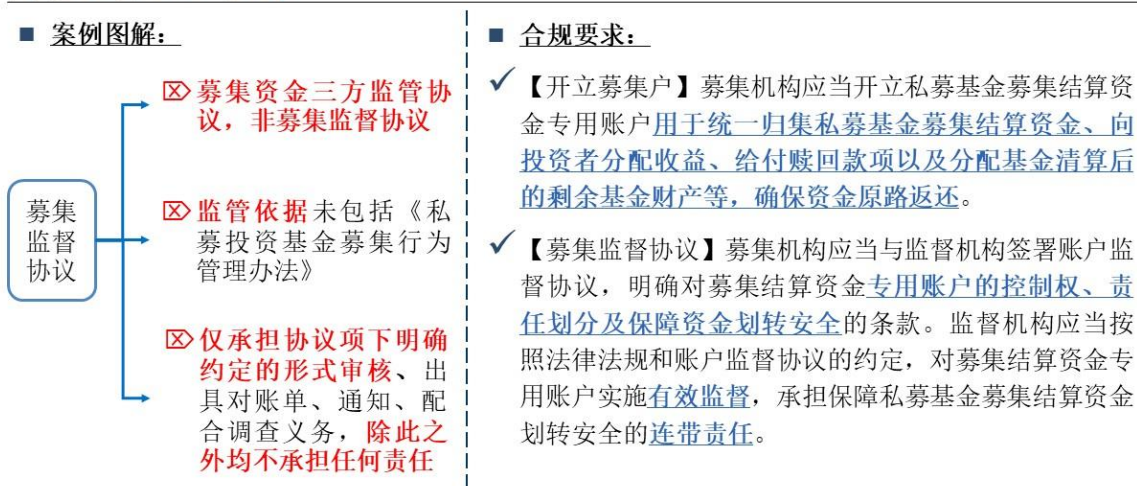
汉坤评析：

- 募集行为的真实性、合规性是协会审核的重点，本案例系对于“真实募集行为”的强调，管理人应当在向真实投资者募集完毕后提交备案。
- 本案例中所涉基金主体为私募证券投资基金，协会在备案过程中会关注认购主体是否为真实认购、是否会在短期内赎回退出；私募股权投资基金同样存在类似问题，如为避免突破“封闭运作”规定，在向协会提交备案申请时由非真实投资者认缴出资。

- 结合过往实操经验，大额认缴、小额实缴，基金备案完成后短期内进行份额转让、管理人关联方的大额认缴等情况在备案或产品重大变更过程中均可能受到协会关注。根据备案材料清单，该等情形下，管理人可能被要求提供投资者资金来源承诺及出资能力证明。如无法提供相关证明材料，或无法就资金募集真实性进行有效说明的，相应产品备案申请可能被认定为不予备案。

(三) 募集监督协议内容不符合《私募投资基金募集行为管理办法》要求

案例三：募集监督协议内容不符合《私募投资基金募集行为管理办法》要求



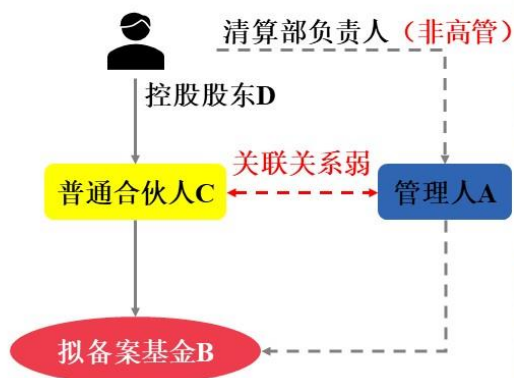
汉坤评析：

- 本案例为对于募集“合规性”的强调。《私募投资基金募集行为管理办法》（“《募集行为管理办法》”）明确要求募集机构应当开立私募基金募集结算资金专用账户（“募集户”），用于统一归集私募基金募集结算资金、向投资者分配收益、给付赎回款项以及分配基金清算后的剩余基金财产等，确保资金原路返还。
- 应当注意，募集户本身区别于一般的共管账户，有特定用途，除账户的开立外，还需有监督机构进行监督。根据《募集行为管理办法》，监督机构指中国证券登记结算有限责任公司、取得基金销售业务资格的商业银行、证券公司以及协会规定的其他机构。监督机构应当成为协会会员。
- 根据备案材料清单，在备案过程中，当募集机构与募集监督机构不是同一机构时，应上传募集结算资金专用账户监督协议，且协议应有募集机构与募集监督机构的完整签章和签署日期；当募集机构与募集监督机构为同一机构时，需上传防火墙制度及防范利益冲突制度。

(四) 普通合伙人与私募基金管理人关联关系弱

案例四：普通合伙人与私募基金管理人关联关系弱

■ 案例图解：



■ 合规要求：

✓ 【关联关系】合伙型私募基金普通合伙人与私募基金管理人分离的，应存在关联关系。此处关联关系指根据《企业会计准则第36号—关联方披露》一方控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的，构成关联方。此外，如普通合伙人系由私募基金管理人高管团队及实际控制人、法定代表人出资情形，同样认定存在关联关系。

汉坤评析：

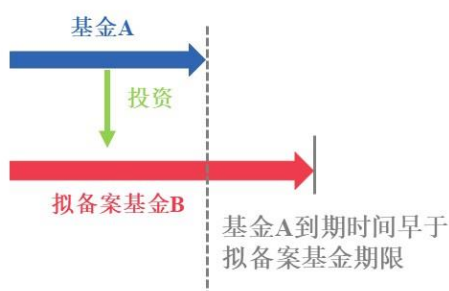
- 有限合伙企业是目前私募股权投资基金设立中得到广泛应用的组织形式。为防止私募基金管理人通道化且出于保证私募基金治理一致性及运行稳定性的考虑，在合伙型私募基金普通合伙人与私募基金管理人分离的情况下，协会要求两者应存在关联关系。并需要在备案过程中向协会提交关联关系的证明文件。
- 根据备案材料清单，“关联关系指根据《企业会计准则第36号——关联方披露》一方控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的，构成关联方，同时，如普通合伙人系由基金管理人高管团队及其他关键岗位人员出资情形，同样认定存在关联关系”。
- 本案例在备案材料清单基础上对要求进行了细化和澄清，也即除企业会计准则外，对于由基金管理人高管团队及其他关键岗位人员出资的情形，可以接受的情形包括实际控制人、法定代表人、高管团队，对于高管团队的范围目前尚无明确界定，拟以非高管团队人员出资设立的，备案时可能受到协会关注和质疑。

（五）基金投资基金，期限错配

案例五：基金投资基金，期限错配

HANKUN

■ 案例图解：



■ 合规要求：

- ✓ 【避免期限错配】私募股权基金、创业投资基金投资其他封闭式资产管理产品（含私募基金）的，应坚持私募基金和投资者期限相匹配的原则，关注本基金存续期是否覆盖所投资资产管理产品存续期。

汉坤评析：

- 私募投资基金业务的合规性也系协会的关注要点。私募股权投资基金应当封闭运作，如投资人期限短于产品自身期限，则将可能出现基金到期前，投资人自身到期的情形，从而导致上层产品无法按期清算或引发下层基金的流动性风险，损害投资者权益。
- 《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（“《资管新规》”）发布以来，各金融监管部门相继出台了配套细则和规范，落实《资管新规》体现的各项原则。在私募基金领域，《若干规定》要求私募基金管理人及其从业人员从事私募基金业务，“不得开展或者参与具有滚动发行、集合运作、期限错配、分离定价等特征的资金池业务”；《私募投资基金备案须知（2019年12月23日）》强调“管理人应当做到每只私募投资基金的资金单独管理、单独建账、单独核算，不得开展或者参与任何形式的‘资金池’业务，不得存在短募长投、期限错配、分离定价、滚动发行、集合运作等违规操作”。
- 此外，值得注意的是，协会在该项公示案例中对于期限的计算仅明确为“基金到期日”，按照协会资产管理业务综合报送平台目前的填报要求，理解该等时点的计算并不包括基金的延长期。因此，上层投资人或有的延长期可能亦无法纳入基金期限从而引发上下层期限错配情况。

(六) 管理人出让投资决策权成为“通道”

案例六：管理人出让投资决策权成为“通道”



汉坤评析：

- 与案例四的监管逻辑相同，案例六也明确了管理人应当履行受托管理职责，避免“通道化”。
- 双 GP 结构是管理人与合作方发起、设立基金过程中的常见架构，但应当注意，一方面，管理人自身应当切实履行受托管理的职责，不得转委托；另一方面，合作方不具有管理人资质，未经登记不应开展具有私募基金业务性质的投资管理活动。此外，协会特别强调，管理费为私募基金管理人用于覆盖日常开支和运营成本的专属费用，仅可由管理人收取，其他非管理人的执行事务合伙人不得收取“基金管理费”。
- 综合上述，我们理解，对于双 GP 结构的私募基金，管理人应与合作方就双方的权责划分进行明确约定，且划分过程中：
 - (1) 应确保管理人自身充分履行自身的受托管理义务，不应转委托、“通道化”，私募基金的募资应由管理人自身完成，不得将投资管理职权全部让渡给非管理人的合作方；
 - (2) 基于《合伙企业法》，作为执行事务合伙人可以就其执行合伙事务收取报酬，但对于私募基金而言，管理费仅能由管理人收取；
 - (3) 此外，结合案例四及相关监管要求，双 GP 结构中，建议管理人或其关联方担任基金的执行事务合伙人，如果管理人或其关联方不作为执行事务合伙人、投资管理职权全部由另一 GP 执行，则可能让管理人通道化从而不符合监管要求。

二、案例小结

从协会发布的上述案例可见，私募基金管理人在申请备案过程中有以下事项需要重点关注：

- 备案材料应当严格按照备案材料清单载明的范围、要求准备并提交，确保真实、准确、完整，不存在任何虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；

- 提交备案前，应当有真实的募集行为，募集完毕后方能向协会申请备案。构造募集完毕假象，拟备案“壳基金”，或者先备后募的，均可能受到协会质疑；
- 关注募集行为的合规性，除做好适当性审核外，应当严格按照《募集行为管理办法》要求，开立募集户，统一归集募集结算资金，向投资者分配收益，确保资金原路返还，并按要求与监督机构签署募集监督协议；
- 关注基金业务的合规性，募集过程中，管理人应当关注产品投资人自身的期限，避免出现期限错配；
- 管理人应当切实履行受托管理职责，以有限合伙企业形式设立私募基金，且不直接担任普通合伙人的，应当确保普通合伙人与管理人满足关联关系认定要求。以双 GP 结构设立私募基金的，管理人不得变相转委托、出让全部的管理权限；合作方不应未经登记从事私募基金业务活动，不得收取管理费。

与上述私募基金备案公示案例类似，协会于 2022 年 4 月 15 日公示了首批私募基金管理人登记公示案例，我们的相关评析请见[案例指导发布 — 简析私募基金管理人登记公示案例](#)。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

周林

电话： +86 10 8516 4188

Email: lin.zhou@hankunlaw.com