



境外基金设立和运营二十问（下）

作者：投资基金与资管组

在上周分享的《境外基金设立和运营二十问（上）》¹一期评述中，我们以开曼基金设立为切入点，对基金设立地选择、开曼基金基本架构、基金成立时间点、维护成本、普通合伙人直接担任管理人的优势、Form D相关注册豁免等问题做了简要解答。本文将为您呈现境外基金设立和运营二十问中后半部分内容。

十一、 设立开曼公司作为基金管理公司需要满足什么条件有哪些持续义务？

■ 证券投资业务经营许可要求

如开曼基金在 GP 之外单独设立或委托基金管理人，应根据开曼《证券投资业务法》（Securities Investment Business Law, “SIBL”）取得许可，除非基金管理人可满足 SIBL 附件中规定的豁免情形。根据开曼法律规定，在 BVI 注册为适格管理人（Approved Manager）的管理公司也可管理开曼基金，无需再进行 SIBL 项下注册或申请 SIBL 豁免。

依赖 SIBL 附件 4 中特定种类豁免人士（excluded person）相关豁免的基金管理人需在开展证券投资业务前完成登记并每年向开曼金融管理局（Cayman Islands Monetary Authority, “CIMA”）递交年度豁免声明（Annual declaration form for excluded persons）及缴纳 5,000.00 开曼元（约合 \$6,096.00 美元）的 SIBL 豁免年费。

■ 金融机构反洗钱要求

根据开曼《犯罪所得法（2018 年修订版）》[Proceeds of Crime Law (2018 Revision)]以及《反洗钱条例（2018 年修订版）》[Anti-Money Laundering Regulations (2018 Revision)]，开曼基金以及受 SIBL 规制并开展证券投资业务的基金管理人均属于受反洗钱条例约束的金融机构，需要遵循开曼反洗钱相关法律要求，包括但不限于：

- (1) KYC（Know your client）；
- (2) 建立适当的书面内控和报告制度以防范洗钱风险；
- (3) 每年更新核查结果，并在出现可疑活动或重大影响事件时及时向 CIMA 报告；

¹ 请参阅汉坤法律评述《境外基金设立和运营二十问（上）》，点击名称阅读全文。

- (4) 任命合适的、合格的和有经验的个人为反洗钱合规官，反洗钱报告官以及反洗钱助理报告官。其中，反洗钱报告官与反洗钱助理报告官不可为同一人，反洗钱合规官与反洗钱报告官可以为同一人。

根据反洗钱法规，违反法规的行为可能构成犯罪并受到起诉并被处以罚款和/或监禁，CIMA 亦有权加以行政处罚。

十二、 Section 9 Statement、Section 10 Statement 在备案方面有什么要求？

若开曼基金之《修订和重述的豁免有限合伙协议》对 Section 9 Statement 上有关开曼有限合伙（ELP）的部分信息（如 ELP 的名称、期限、业务基本性质、注册地址、普通合伙人身份等）做出了实际变更，则需在于 60 天内通过 Section 10 Statement 备案以对 Section 9 Statement 相关内容进行变更。提请注意的是，如 ELP 的 GP 出现变更，亦需要在 15 日内进行 Section 10 Statement 备案。

十三、 为什么认购基金的文件一般需要有见证人（Witness）签名见证？

基金的合伙协议和认购协议一般包含授权条款（Power of Attorney），对他人进行授权，因此需要作为契约签署（be executed as a Deed）。自然人签署的契约必须经见证人见证。公司签署的契约并无法定强制见证要求，但一般实践惯例的做法是由见证人见证。

十四、 有限合伙人名册和其他记录要求有哪些？

根据开曼《豁免合伙企业法（2018 年修订版）》[Exempted Limited Partnership Law (2018 Revision)，“ELP Law”]相关规定，ELP 的 GP 需要制作并保留下列 3 项记录文件。针对以下第(1)项和第(2)项记录，需在相关信息变更后 21 天内予以更新：

- (1) 有限合伙人名册（Register of limited partners），其内容包括有限合伙人名称、地址、入伙时间、退伙的时间；
- (2) 有限合伙人实缴和出资返还记录（Record of limited partners' contributions and payments），其内容包括有限合伙人实缴出资的数额和时间，偿还有限合伙人全部或部分实缴出资的付款的数额和时间；
- (3) 担保权益登记册（Register of security interests），其内容包括有限合伙人就其有限合伙权益设置担保权益的情况。

十五、 境内自然人投资人是直接以个人名义进行投资人好还是通过公司投资好？

境内自然人直接认购基金权益和通过设立 SPV 公司认购基金权益，各有优劣，投资人可以根据情况具体考虑，其主要涉及的问题包括：

自然人年龄限制。根据开曼注册政策，基金的投资人应当年满 18 周岁。

递延纳税问题。根据中国现行个人所得税法，中国居民个人从中国境外取得所得的，应当在取得所得的次年 3 月 1 日至 6 月 30 日内申报纳税。若境内自然人通过设立 BVI 公司或开曼豁免公司向基金投资，从税务规划角度看存在着一定的纳税递延空间和效果，但仍应注意现行个人所得税法引入的反避税条款带来的合规影响。

特别需要提示的是，中国现行法律法规并没有完全明确对境内自然人境外直接或间接投资的监管，这类投资行为及相关的外汇处理也值得关注²。

十六、 AEOI 对开曼基金有什么影响？

受美国《海外账户税收合规法案》(Foreign Account Tax Compliance Act, “FACTA”)的启发，2014年7月OECD发布了《金融账户涉税信息自动交换标准》(Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters, “AEOI 标准”)。AEOI 标准包括《共同申报准则》(Common Reporting Standard), 其本质是为了全球性的抵制偷税漏税而在不同国家之间进行自动报告财务信息，因此又被称为全球化的 FATCA。开曼和 BVI 自 2016 年开始实施《共同申报准则》。目前，开曼当局已开放 AEOI 申报系统供基金进行相关申报，但需要注意的是，如果有美国投资人，还需要进行 FATCA 申报，即根据 FATCA 的相关规定进行申报。

十七、 私募基金是否受到开曼《经济实质法》的影响？

为避免被欧盟列入“不合作”司法辖区的黑名单，开曼群岛于 2018 年 12 月 27 日颁布了《2018 年国际税务合作（经济实质）法》[The International Tax Co-Operation (Economic Substance) Law, 2018 及其不时修订, “经济实质法”]，并于 2019 年 4 月 30 日发布了有关属地活动的经济实质指引（2.0 版）³，以取代先前 2 月 22 日出台的指引 1.0 版本。

经济实质法、相关规例及指引要求“相关实体（Relevant Entities）”就其所从事的每一项“相关活动（Relevant Activities）”，须通过相应的“经济实质测试（Economic Substance Test）”，否则可能面临罚款甚至被注销的风险，并且当地税务机关可能将该等相关实体的信息交换给最终受益所有人所在地的税务主管机关。值得注意的是，根据经济实质法之附件，相关实体不含开曼 ELP。同时，就投资基金（investment fund）以及非开曼税务居民实体而言，无论其组织形式，亦不落入相关实体的范畴。

在投资基金结构中有多类不同功能、不同法律组织形式的实体，需要逐一分析其是否适用以及如何适用经济实质法及指引。有关经济实质法的更多内容，敬请参阅《〈经济实质法〉：离岸公司终结者？》⁴和《〈经济实质法〉之二：离岸私募基金受何影响？》⁵。

十八、 对在欧盟国家或对欧盟投资人进行募集是否有特殊规定？

欧盟议会于 2010 年通过了《另类投资基金管理人指令》(Directive on Alternative Investment Fund Managers, “欧盟另类基金指令”)，该指令对所有在欧盟境内管理另类投资基金、或在欧盟境内发售其基金份额的非 UCTIS 基金管理人进行监管，且所有欧盟成员国有义务于 2013 年 6 月之前贯彻执行该指令。

非欧盟国家基金管理人在欧盟国家向专业投资者发售非欧盟国家基金份额应满足的条件包括：(1) 遵守《欧盟另类基金指令》透明度和信息披露的要求；(2) 各国在管理层面上存在合作关系；(3) 基金所在国和基金管理人所在国未被金融特别行动组列为不合作国家；和 (4) 满足成员国更严格的要求。

² 有关境外投资和外汇处理相关话题，敬请参阅汉坤法律评述《汉坤 ODI 视点五：揭开 11 号令的面纱——简评发改委最新问题解答》、《境内机构和个人向境外付汇系列五 | 个人境外投资和返程投资》等文章，点击名称阅读全文。

³ 指 Economic Substance for Geographically Mobile Activities Guidance (Version 2.0)。

⁴ 请参阅汉坤法律评述《〈经济实质法〉：离岸公司终结者？》，点击名称阅读全文。

⁵ 请参阅汉坤法律评述《〈经济实质法〉之二：离岸私募基金受何影响？》，点击名称阅读全文。

此外，欧盟各成员国在国家层面上也对发行基金份额的监管规定各不相同。

十九、 对在香港或对香港投资人进行募集是否有特殊规定？

在香港开展“证券交易”及/或“资产管理”活动（包括在香港或在香港以外的地方向香港投资人进行基金募集和推广销售基金份额的活动，包括通过网络渠道进行的募集活动）需要经香港证券及期货事务监察委员会（“SFC”）许可。

就募集活动而言，须特别注意的是香港《证券及期货条例》规定，任何人在香港或其他地方发出任何广告、邀请或文件，而该广告、邀请或文件旨在邀请香港的公众（1）订立或要约订立取得、处置、认购或包销证券的协议，或（2）订立或要约订立取得、处置、认购或包销其他结构性产品的协议，或（3）取得或要约取得集体投资计划（“集体投资计划”的概念包括基金）的权益，或参与或要约参与集体投资计划，则需要取得 SFC 批准，否则属于犯罪。也就是说为基金的募集刊印和分发说明性、广告性的文件，需要 SFC 批准。

以上规定也存在例外情形，如通过持有 SFC 第 1、4、6 类受规管活动的牌照的中介人发出有关证券的广告、邀请或文件，或者该等材料仅发送给专业投资者（包括第一类及第二类专业投资者）⁶。

二十、 什么时候需要取得香港牌照？

在香港经营某类受规管活动的业务，或者在香港或从香港以外的地方向香港的公众积极推广提供的任何服务，而该等服务如在香港提供便会构成某类受规管活动——二者有其一便需要向 SFC 申请牌照。“受规管活动”中，与基金较为相关的有以下五类：

第 1 类：证券交易（Dealing in securities）

第 2 类：期货合约交易（Dealing in futures contracts）

第 4 类：就证券提供意见（Advising on securities）

第 5 类：就期货合约提供意见（Advising on futures contracts）

第 9 类：提供资产管理（Asset management）

其中第 9 类受规管活动定义为房地产投资计划管理或证券或期货合约管理。而此处“证券”的定义十分宽泛，包括任何团体发行的基金的权益。因此设立基金及/或对基金进行运营管理，如在香港发生或向香港公众推广，即属第 9 类受规管活动，从而需要申请牌照。

⁶ 此处所谓第一类专业投资者是指香港《证券及期货条例》附表 1 第 1 条中“专业投资者”定义的（a）至（i）段，主要包括在香港受监管机构认可的而交易所、结算所、银行、保险公司、强制性公积金计划（类似国内的社保基金）、政府机构、属于银行或持有 SFC 牌照的中介人的母公司或子公司或母公司的其他子公司。

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：

齐华英

电话： +86-10-8525 4660
Email: huaying.qi@hankunlaw.com

冉璐

电话： +86-10-8525 5521
Email: lu.ran@hankunlaw.com