

《2016年證券及期貨(修訂)條例草案》委員會

因應2016年2月23日會議席上所作討論 而須採取的跟進行動

本文件載述政府當局及證券及期貨事務監察委員會(證監會)對委員於2016年2月23日會議上就《2016年證券及期貨(修訂)條例草案》(《條例草案》)提出的事項的回應。

有關開放式基金型公司的發售方式及投資範圍

向公眾發售及以私人形式發售的開放式基金型公司的區別

2. 根據《證券及期貨條例》(第571章)第103條，除非已獲證監會認可或豁免，任何人發出廣告、邀請或文件(“發售文件”)，而該發售文件載有向公眾作出的邀請或要約，請公眾取得集體投資計劃的權益或參與集體投資計劃，即屬犯罪。由於開放式基金型公司屬集體投資計劃，《證券及期貨條例》第103條的限制將適用於開放式基金型公司。因此，除非獲得第103條的豁免，向公眾發售的開放式基金型公司須獲得《證券及期貨條例》第104條下證監會的認可(及其發售文件須根據第105條獲得認可)，並須遵守證監會手冊¹的額外規定，包括《單位信託及互惠基金守則》(“《單位信託守則》”)。

3. 根據第103(2)(ga)條，發售文件如載有或關乎的要約屬《公司(清盤及雜項條文)條例》(第32章)附表17第1部所載的要約(即特定要約)，則該要約不受有關證監會認可的規定約束。特定要約包括-

(a) 向專業投資者²提出的要約；

¹ 證監會有關單位信託及互惠基金、與投資有關的人壽保險計劃及非上市結構性投資產品的手冊。

² 即《證券及期貨條例》中附表1的定義，並與《證券及期貨(專業投資者)規則》(第571D章)一併理解的“專業投資者”。例如，任何個人(單獨或聯同其配偶或任何子女於某聯權共有帳戶)擁有的投資組合不少於\$800萬元。

- (b) 向不多於50人提出的要約(“50人私人配售”),這是參考了本地及國際證券及公司法例的做法³;及
- (c) 有關股份或債權證應繳總代價不超過500萬元的小額要約。

《公司(清盤及雜項條文)條例》附表17有關特定要約詳情的摘錄載於附件。

4. 我們建議把第103(2)(ga)條的豁免延伸至開放式基金型公司⁴。為防止豁免遭濫用,《公司(清盤及雜項條文)條例》附表17第4部已設有各項防止逃避措施,特別是在《公司(清盤及雜項條文)條例》下對50人私人配售及小額要約施加累計限制,即重覆的要約不會獲豁免,如該要約 -

- (a) 是就同類別股份或債權證所作出;
- (b) 是由同一人作出;及
- (c) 於截至首述的要約首次作出的日期為止的12個月內的某時間接受承約。

開放式基金型公司的監管和執法制度

5. 所有開放式基金型公司將受限於《條例草案》、附屬法例(“《開放式基金型公司規則》”)及證監會的守則及指引(“《開放式基金型公司守則》”)下的規管制度。我們會就《開放式基金型公司規則》及《開放式基金型公司守則》的制訂諮詢公眾。

6. 《條例草案》及《證券及期貨條例》載有廣泛的規定,而有關規定是適用於所有開放式基金型公司。我們將就向公眾發售及以私人形式發售的開放式基金型公司施加下列的投資者保障措施 -

³ 在引入這項豁免到《公司(清盤及雜項條文)條例》時,在英國法例中的相應豁免同樣為50人。英國後來修例,把豁免修改至150人。

⁴ 在現行法律框架下,第103(2)(ga)條的豁免已適用於相類似、以公司形式成立並在香港發售的離岸投資基金。為確保與相類似的海外以公司形式成立的基金的處理方式一致,我們認為把第103(2)(ga)條的豁免延伸至開放式基金型公司是合適的。

(a) 所有開放式基金型公司銷售前的註冊規定

在《條例草案》下，所有開放式基金型公司須在以開放式基金型公司形式經營業務前向證監會註冊。新的開放式基金型公司法例及《開放式基金型公司守則》將列明開放式基金型公司的基本營運及架構規定，例如主要的資格條件、開放式基金型公司的投資經理，董事及保管人（即主要營運者）的職能及責任。開放式基金型公司必須在維持註冊的期間遵守上述的規定。

開放式基金型公司必須把投資管理職能轉授予投資經理，而該投資經理須獲證監會發牌或註冊准予進行資產管理(第9類牌照)受規管活動。投資經理須遵守現有的操守規定及新的《開放式基金型公司守則》。就此，證監會可藉着對投資經理的投資管理活動的規管，對向公眾發售及以私人形式發售的開放式基金型公司作出監管。

董事局將在法律上對開放式基金型公司的所有事務負責，並為股東提供多一重監察，而開放式基金型公司的資產必須託付予另一獨立保管人妥為保管。

(b) 中介人銷售向公眾發售及以私人形式發售的開放式基金型公司股份之銷售點責任

不論開放式基金型公司是向公眾發售或以私人形式發售，可能涉及銷售的中介人將須獲證監會發牌或註冊，以進行《證券及期貨條例》下的受規管活動(例如，第1類牌照的證券交易及第4類牌照的就證券提供意見)。因此，該中介人將受證監會的《操守準則》⁵約束。若開放式基金型公司的股份由未有持牌或註冊人士

⁵ 證券及期貨事務監察委員會持牌人或註冊人操守準則。

銷售，該銷售將違反《證券及期貨條例》第114條，而該人士將會受到刑事檢控。

證監會的《操守準則》要求持牌或註冊人士在作出建議或招攬行為時，應確保其向客戶作出的建議或招攬行為，在所有情況下都是合理的（“合適性規定”）。中介人向客戶提供衍生產品的服務時，證監會的《操守準則》亦要求中介人應評估客戶對衍生工具的認識，並根據客戶對衍生工具的認識將客戶分類。

就銷售時要遵守的規定亦將適用於以私人形式發售的開放式基金型公司。以私人形式發售的開放式基金型公司的股份銷售，必須由證監會發牌或註冊的中介人進行。證監會的《操守準則》內有關證監會發牌或註冊中介人的規定對該銷售亦會適用。證監會將修訂《操守準則》，中介人在為個人專業投資者服務時將不會獲豁免“認識你的客戶”的責任與合適性規定。

(c) 銷售後的監管及調查權力

不論開放式基金型公司是向公眾發售或以私人形式發售，證監會均有權監管及調查開放式基金型公司由證監會發牌的投資經理，以及銷售開放式基金型公司股份的由證監會發牌的中介人。該投資經理及中介人如同其他中介人一樣，須受現行《證券及期貨條例》第VIII部的監管制度約束。

就開放式基金型公司而言，證監會可對開放式基金型公司的投資經理進行審查或查訊，以確保他們遵守適用的法律規定、條件或其他監管規定(包括《開放式基金型公司守則》)；也可為查明投資經理有否違反法律或證監會的監管規定(包括《開放式基金型公司守則》)，展開調查。

另外，證監會可以調查任何與管理開放式基金型公司或保管計劃財產有關的疑似失當行為，也可就任何違反開放式基金型公司註冊規定的情形展開調查。

(d) 執法

若證監會懷疑有規避關於開放式基金型公司股份的要約/銷售的法律及/或監管規定的情況，證監會可向開放式基金型公司、其主要營運者、中介人或其他人士採取執法行動 -

(i) *有關觸犯相關《證券及期貨條例》的條款的刑事檢控*

如若開放式基金型公司的股份發售文件在未有獲得證監會認可或未有獲得豁免下發出予公眾，即屬刑事罪行⁶。申請註冊開放式基金型公司的申請人知道或罔顧在向證監會遞交的申請文件中的陳述屬虛假或具誤導性，亦屬犯法行為⁷。

此外，任何人士(i)誘使另一人取得集體投資計劃的權益或參與集體投資計劃而作出任何欺詐或罔顧實情的失實陳述⁸；(ii)披露相當可能會誘使進行交易的虛假或具誤導性的證券資料⁹；或(iii)涉及在證券交易方面使用欺詐或欺騙手段¹⁰，均屬犯法行為。

⁶ 《證券及期貨條例》第103條。

⁷ 《證券及期貨條例》第383條。

⁸ 《證券及期貨條例》第107條。

⁹ 《證券及期貨條例》第298條。

¹⁰ 《證券及期貨條例》第300條。

(ii) 針對投資經理及其他持牌或註冊中介人的紀律制裁

若開放式基金型公司的投資經理(該名投資經理須為證監會第9類受規管活動的持牌人或註冊人)及其他持牌或註冊中介人違反《證券及期貨條例》的有關條款及《開放式基金型公司守則》或證監會的《操守準則》的規定，則可能面對《證券及期貨條例》第IX部的紀律程序。紀律制裁包括公開譴責、罰款及/或暫時吊銷或撤銷牌照。

(iii) 發出指示

根據《條例草案》第112ZF條，證監會有權向開放式基金型公司及/或其投資經理發出指示，停止發行或停止贖回股份。

(iv) 取消註冊

根據《條例草案》第112ZI條，證監會有權取消開放式基金型公司的註冊。在該情況下，開放式基金型公司須終止其業務。

(v) 清盤

根據《證券及期貨條例》第212條，證監會有權向原訟法庭針對某開放式基金型公司申請清盤令，以維護公眾利益。

(vi) 禁制令及其他法庭命令

根據《條例草案》經修訂的第213條，證監會有權就開放式基金型公司向原訟法庭申請法庭命令。經修訂的第213條提供一系列的補償及/或保障性命令。可申請的命令包括取消開放式基金型公司股份

的銷售及向投資者退回款項的命令。如開放式基金型公司及/或投資經理沒有遵從證監會的指示，證監會亦可根據《條例草案》第112ZG條向原訟法庭申請遵守命令。

以私人形式發售的開放式基金型公司的投資範圍及投資策略

海外做法

7. 有關海外做法，簡言之，在英國相類似以私人形式發售的公司基金可投資的資產類別包括可轉換證券及貨幣市場工具、存款、金融衍生工具、不動產、貴金屬、某些退休金計劃下的債務權益、商品、保險合約及其他集體投資計劃。基金的最高槓桿比率及分散風險規定設有一定限制。

8. 愛爾蘭及盧森堡未有特別限制以私人形式發售的公司基金可投資的資產，但投資限制或分散投資的規定則適用於某些證券。

9. 儘管上文所述的某些海外司法管轄區對可投資的資產類別及策略看似加設較少的指定及正式限制，但據我們所知，實際上並非所有資產類別均可予以投資。可投資的資產類別視乎多項因素而定，例如是否符合有關資產保管的規定。

以私人形式發售的開放式基金型公司的擬議投資範圍及投資策略

10. 根據開放式基金型公司的擬議監管框架，以私人形式發售的開放式基金型公司可投資的資產類別，須符合《證券及期貨條例》第9類(提供資產管理)受規管活動所涵蓋的證券及期貨定義(待《證券及期貨條例》有關場外衍生工具產品的修訂生效後，也可投資於場外衍生工具產品)。

11. 考慮到公眾諮詢收集到的意見，我們建議引入一定程度的靈活性，容許以私人形式發售的開放式基金型公司按

10%最低額豁免規則(即以不超過基金資產總值的10%為限)，投資於其他資產類別。為免生疑問，現金存款和貨幣與第9類受規管活動並無抵觸，屬不受上述10%最低額豁免規則限制的可投資資產類別。

12. 我們認為擬議的投資範圍應能涵蓋以私人形式發售的開放式基金型公司一般所投資的絕大部分資產類別(例如現金、貨幣遠期合約、貸款或結構上屬證券的減值債務)。我們也注意到，期望獲得現行利得稅豁免的以私人形式發售的基金，投資範圍實際上已受到限制。

13. 儘管注意到業界的回應建議應為以私人形式發售的開放式基金型公司提供更闊的投資範圍，我們仍然認為以私人發售的開放式基金型公司所建議的投資範圍及投資策略是合適的，因為考慮到 -

- (a) 開放式基金型公司並非設計用以進行一般商業及貿易用途的公司。因此，香港開放式基金型公司可投資的資產類別，仍主要是符合《證券及期貨條例》第9類(提供資產管理)受規管活動所涵蓋的證券及期貨定義(待《證券及期貨條例》有關場外衍生工具產品的修訂生效後，也可投資於場外衍生工具產品)；
- (b) 開放式基金型公司的投資活動，必須轉授予獲證監會發牌或註冊的投資經理，因此投資範圍應大致與第9類(提供資產管理)受規管活動一致。擬議的投資範圍能確保現有的規管架構(包括發牌、監察和執法等)能同時適用於開放式基金型公司的投資經理。這樣，所有現已獲證監會發牌或註冊以進行第9類受規管活動的基金經理，在無須申領新牌照的情況下，也可申請管理開放式基金型公司。

14. 有別於向公眾發售的開放式基金型公司，以私人形式發售的開放式基金型公司無須受《證監會手冊》的適用規定所規限，投資經理如若遵守基本的管治原則(包括符合國際

監管標準的操守要求及資料披露規定)，便可因應本身所需，訂立投資策略。

有關開放式基金型公司的管治及終止運作

董事的職責、權力及法律責任

15. 開放式基金型公司的董事局應對開放式基金型公司的事務肩負法律責任及為投資經理進行的投資活動提供多一重監察。

16. 根據《條例草案》第112U(3)條，開放式基金型公司的董事須履行以下“首要總體責任” -

- (a) 對該開放式基金型公司負有的受信責任，相同於普通公司(即根據《公司條例》(第622章)註冊成立的公司)的董事對該普通公司負有的受信責任。該責任由普通法所定，並包括有責任真誠地以公司及其股東的最佳利益為前提行事、有責任避免其董事責任與個人利益發生衝突及有責任為適當目的行使董事的權力；及
- (b) 對該開放式基金型公司負有相同於普通公司的董事根據《公司條例》第465條負有的責任，須以合理水平的謹慎、技巧及努力行事¹¹。這包括有責任採取一切合理步驟，以確保他們所聘請的人員是合適和勝任的，並持續監察他們的表現。

17. 《開放式基金型公司規則》及《開放式基金型公司守則》亦會提供董事的責任的詳情，例如存檔的責任、召開會議及準備財務報表的責任、及按照程序進行清盤等。

18. 另外，每一份開放式基金型公司的法團成立文書¹²，將列明就該開放式基金型公司的董事責任及權力。

¹¹ 我們將建議全體委員會審議階段修正案，以更清楚訂明此責任。

¹² 有如普通公司的組織章程細則。

19. 若開放式基金型公司的董事違反其首要總體責任，根據《條例草案》第112U(4)條，該董事須承擔的後果，一如假若該董事是普通公司的董事所須承擔的後果，亦即包括普通法所定的民事責任及補償。若董事違反法例或監管規定，視乎涉及的違反事項，董事可招致特定的民事及/或刑事責任。

投資經理的委任及免任

20. 根據《條例草案》第112Z條，開放式基金型公司須有一名投資經理，而該名投資經理須由第9類受規管活動的持牌或註冊中介人擔任。開放式基金型公司的其中一項註冊規定，是該開放式基金型公司須有一名投資經理。若違反第112Z條的規定，將構成取消開放式基金型公司註冊的理由。可採取的監管行動亦有多項，包括發出指示的權力(第112ZF條)及根據《條例草案》下經修訂的第213條向原訟法庭申請法庭命令。

21. 作為首要總體責任的一部份，董事須監督以確保已遵守監管規定，包括開放式基金型公司無論何時均已妥為委任一名投資經理履行其職能。因此，在現任投資經理將被免任或辭任時，董事須促使新任投資經理的委任事宜已妥為安排。董事須就投資經理的委任及免任負主要責任的規定，亦與本地業界做法及海外主要司法管轄區一致。

22. 再者，《開放式基金型公司守則》將會提供委任及免任開放式基金型公司投資經理的基本規定，包括例如投資經理的變更須通知證監會及須獲證監會批准，及投資經理的退任及委任的繼任程序。若開放式基金型公司未能委任投資經理，將違反註冊規定，證監會可採取合適的監管行動，包括取消該開放式基金型公司的註冊。

有償付能力的開放式基金型公司終止運作的機制

第112ZH條簡化安排之概覽

23. 根據《條例草案》第112ZH條，證監會獲賦權可應開放式基金型公司按法團成立文書的特定條文提出的申請而取消其註冊。有償付能力的開放式基金型公司因而可循簡化

安排終止運作。這與本地及海外基金市場做法一致。有關終止基金的觸發機制及申請方的詳情，將載於《開放式基金型公司守則》，及在開放式基金型公司的發售文件內清楚向投資者披露。

24. 投資基金一般以商業理由終止運作。證監會認可的單位信託及互惠基金的組成文件，普遍載列可觸發終止運作的情況包括 -

- (a) 市場情況或投資趨勢轉變，致使投資策略變得不再可行；
- (b) 基金規模跌至低於某個門檻，即使繼續營運也不再符合經濟效益或股東利益；
- (c) 基金為固定年期基金而基金期滿；及
- (d) 由於法例即將修改以致不可能繼續營運基金等。

25. 由於開放式基金型公司屬投資基金，我們因此建議容許在下列並且無抵觸投資者保障的情況下，以更直接和更具成本效益的方式終止基金 -

- (a) 按照開放式基金型公司法團成立文書的特定條文終止基金；
- (b) 開放式基金型公司必須經其董事局和一名獨立的合資格核數師核實為有償付能力；及
- (c) 給予股東合理的預先通知時間。

26. 根據《開放式基金型公司守則》，終止基金的簡化安排的條款及開展方須在向投資公眾發出的開放式基金型公司的發售文件披露。

27. 當開放式基金型公司把資產全部分派股東，並清償所有負債後，其董事局即可根據《條例草案》第112ZH條向證監會申請取消基金的註冊。申請所需文件包括-

- (a) 開放式基金型公司的決算帳目，連同審計報告；及
- (b) 開放式基金型公司的董事局和投資經理簽署的聲明書，確認所有資產都已按照開放式基金型公司的法團成立文書分派予股東，而且沒有未清償的負債。

28. 根據第112ZH(2)條，證監會可拒絕取消開放式基金型公司的註冊申請，如該會認為 -

- (a) 為符合公眾利益，在取消該公司的註冊之前，有任何關涉該公司的事宜，應予調查；或
- (b) 取消該項註冊，是不符合投資大眾(亦即開放式基金型公司的股東)的利益。

可展開終止有償付能力的開放式基金型公司運作的人士

29. 開放式基金型公司的法團成立文書將載列以簡化安排就終止有償付能力開放式基金型公司的申請，可展開、同意、及解決分歧的人士。

30. 一般而言，我們預期董事局為主要申請該項終止的人士。這做法與本地基金及海外主要司法管轄區(例如英國、愛爾蘭及盧森堡)的公司基金做法一致。

31. 董事局按簡化安排申請終止時，須遵守法團成立文書的條款，以及《條例草案》、《開放式基金型公司規則》及《開放式基金型公司守則》的規定。

32. 根據《條例草案》第112L條，法團成立文書在該開放式基金型公司與其股東之間為具有約束力的合約。成為開放式基金型公司的成員(即股東)後，該股東將受法團成立文書的條款約束。不過，我們預期股東可以修改法團成立文書的方式，修改終止基金的簡化安排條款。根據將制訂的《開放式基金型公司規則》及與《公司條例》一致，開放式基金型公司的股東可通過特別決議，以修改法團成立文書。另外，

開放式基金型公司的股東可根據《公司(清盤及雜項條文)條例》確立的制度，選擇自動清盤。《公司(清盤及雜項條文)條例》有關自動清盤的制度將借《開放式基金型公司規則》(加以適當的修改)延伸至開放式基金型公司。

33. 我們將根據行業做法訂定終止開放式基金型公司的詳細理據及可申請終止的人士，並會把有關詳情載列於《開放式基金型公司守則》。我們會就《開放式基金型公司守則》諮詢公眾。

財經事務及庫務局
證券及期貨事務監察委員會
2016年3月

《公司(清盤及雜項條文)條例》(第32章)附表17第1部

特定要約

1. 向《證券及期貨條例》(第571章)附表1第1部的第1條所指的專業投資者(包括屬該條中**專業投資者**定義的(j)段所指的專業投資者)作出的要約。
2. 符合以下說明的要約—
 - (a) 該要約向不超過50名人士作出；及
 - (b) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。
3. 符合以下說明的要約—
 - (a) 就該要約而須為有關股份或債權證支付的總代價，不得超過第2部指明的款額或以另一種貨幣折算的等值款額；及
 - (b) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。
4. 符合以下說明的要約—
 - (a) 就該要約而言，有關股份的最低面額或任何人須為有關股份支付的最低代價，不得少於第3部指明的款額或以另一種貨幣折算的等值款額；如屬債權證，須認購或購買的最低本金款額不得少於第3部指明的款額或以另一種貨幣折算的等值款額；及
 - (b) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。
5. 與真誠邀請簽立包銷協議有關連的要約。
6. 與收購、合併或股份回購有關連的要約，而該項收購、合併或股份回購，是符合監察委員會所發出的且不時有效的《公司收購及合併守則》以及《股份回購守則》的。
7. 符合以下說明的要約—
 - (a) (i) 向某公司任何或所有的股份持有人作出的無需代價而取得該公司的股份的要約；或
 - (ii) 向某公司某一類別股份的所有股份持有人作出的該公司的股份的要約，作為股息或其他分派以外的選擇，但要約提供的股份須與該等持有人所持股份屬同一類別的繳足股款股份；及
 - (b) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。

8. 符合以下說明的要約—
- (a) 屬某公司的股份或債權證的要約；
 - (b) 該要約是向就(a)段提述的公司而言屬合資格的人作出的，或向就與該公司屬同一公司集團的成員的另一間公司而言屬合資格的人作出的；
 - (c) 該要約是由以下公司或人作出—
 - (i) (a)段提述的公司；
 - (ii) 與(a)段提述的公司屬同一公司集團的成員的另一間公司；
或
 - (iii)符合以下說明的受託人—
 - (A) 屬第(i)及(ii)節所述的任何一間或多於一間公司所設立的信託的受託人；及
 - (B) 持有屬該要約標的股份或債權證；
 - (d) 按照該要約的條款只有屬要約對象的合資格的人才能夠收購該等股份或債權證，如該要約的條款准許的話，任何合資格的人亦能夠收購該等股份或債權證；及
 - (e) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。
9. 由—
- (a) 《稅務條例》(第112章)第88條所述的屬公共性質的慈善機構或信託；或
 - (b) 《性別歧視條例》(第480章)第2(1)條所指的教育機構，作出的要約，而—
 - (c) 該要約的收益會運用於達致該慈善機構、信託或教育機構(視屬何情況而定)的宗旨；及
 - (d) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。
10. 符合以下說明的要約—
- (a) 向某會社或組織的成員或尋求成為其成員的申請人作出，而—
 - (i) 該等成員或申請人能夠合理地視為對該會社或組織的事宜在成員或申請人相互之間以及在成員或申請人與會社或組織之間有共同利益的人；及
 - (ii) 該要約的收益會運用於能夠合理地視為關涉該會社或組織的事宜的目的；且
 - (b) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。
11. 符合以下說明的要約—
- (a) 該要約關乎—
 - (i) 交換同一間公司的股份，而該宗交換並不導致該公司的已發行股本有所增加；或
 - (ii) 交換同一間公司的債權證，而該宗交換並不導致在債權證

- 下尚未清償的總本金額有所增加；且
- (b) 該要約載有本條例附表18第3部指明的陳述。

12. 符合以下說明的要約—

- (a) 與根據《證券及期貨條例》(第571章)第104條獲認可的集體投資計劃有關連的；且
- (b) 每一份廣告、邀請或文件的發出已在與該要約有關連的情況下根據《證券及期貨條例》(第571章)第105條獲認可。