

與開放式基金型公司制度有關並於 2018 年 5 月 18 日
在憲報刊登的三項附屬法例小組委員會

就 2018 年 6 月 8 日會議討論後的跟進行動的回應

本文件載述政府與證券及期貨事務委員會(“證監會”)就委員在 2018 年 6 月 8 日小組委員會會議上，提出關於開放式基金型公司制度的事項的回應。

將會向開放式基金型公司的投資經理施加的額外規定

2. 經證監會認可向公眾發售的開放式基金型公司的投資經理，須與以其他法定形式（例如以單位信託形式）組成的，所有其他向公眾發售的證監會認可投資基金的投資經理一樣，履行同樣的責任。這些責任在《單位信託及互惠基金守則》（“《單位信託守則》”）及《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》（“《證監會產品手冊》”）重要通則部分下述明。《證監會產品手冊》載有於香港向公眾發售的投資基金須遵守的證監會認可規定，及獲得認可後須持續遵守的規定。

3. 此外，開放式基金型公司的投資經理須遵守適用於開放式基金型公司的法律及監管規定，包括《開放式基金型公司守則》。《開放式基金型公司守則》載有投資經理（作為開放式基金型公司的主要經營者）所須遵守的一些基本一般原則及規定。這些與《單位信託守則》內的相應規定一致。例如，根據《開放式基金型公司守則》，投資經理須根據開放式基金型公司的法團成立文書及投資管理協議，以維護開放式基金型公司及其股東最佳利益的方式，履行該公司的投資管理職能。

4. 上述載於《開放式基金型公司守則》內的規定與《單位信託守則》內的規定一致，後者要求投資經理須根據基金的“組成文件”，以維護基金持有人最佳利益的方式管理基金。《開放式基金型公司守則》的規定的實質作用，是為釐清“組成文件”一詞在開放式基金型公司的情況下是指法團成立文書。

5. 作為獲證監會發牌或在證監會註冊以進行第9類受規管活動的人士（“第9類受規管活動持牌人”），開放式基金型公司的投資經理，須遵守適用於與其他同屬第9類受規管活動持牌人、向公眾發售的證

監會認可基金的投資經理一樣的監管規定，包括遵守《基金經理操守準則》的規定。

開放式基金型公司及普通公司的清盤

6. 有關開放式基金型公司的自動清盤條文載列於《證券及期貨（開放式基金型公司）規則》（“《開放式基金型公司規則》”）內。該等條文是仿照《公司（清盤及雜項條文）條例》（第32章）（“《公司清盤條例》”）內，適用於一般公司的對等自動清盤條文而制訂，因此兩者的內容（包括有關展開自動清盤的理由）大致相同。主要區別是，在《開放式基金型公司規則》內：

- (a) 證監會被新增作為除股東及債權人以外的其中一方：(i) 可向法院申請就清盤中所產生的問題作出裁定（第180條），及(ii)將會在清盤人召集股東大會以提交有關進行該公司清盤的報告時，獲得清盤人通知（第189條）。加入以上條文符合證監會作為開放式基金型公司主要監管機構的角色；
- (b) 開放式基金型公司的投資經理及保管人，被加進無資格被委任為開放式基金型公司臨時清盤人或清盤人的名單上；而在過去兩年，曾以該身分行事的人，亦須為着其擬定作為開放式基金型公司的臨時清盤人或清盤人被委任而在作出的披露陳述書中，就該關係作出聲明（第182條）。這與《公司清盤條例》中的同等條文的一般政策原意一致；有關條文普遍禁止有潛在利益衝突的人士擔任公司的清盤人或臨時清盤人；及
- (c) 訂定了有關條文以便開放式基金型公司的子基金，能夠以與開放式基金型公司相同的方式，進行自動清盤（第188條）。

7. 開放式基金型公司亦可根據《公司清盤條例》，直接按照法院清盤程序進行清盤，原因是如開放式基金型公司有八名或以上股東的話，便屬於此條例所指的“非註冊公司”。¹ 開放式基金型公司根據《公司清盤條例》作為非註冊公司所進行的法院清盤程序，與其他非

¹ 《公司清盤條例》第 326(1)條。

註冊公司根據該條例進行的法院清盤程序無異。

8. 就法院清盤條文而言，按照《公司條例》（第622章）成立為法團的普通公司與非註冊公司（包括開放式基金型公司）的主要分別在於，前者根據第V部進行清盤的理由更為廣泛。除此之外，非註冊公司與普通公司的法院清盤條文相同。

9. 非註冊公司可因以下理由被法院清盤：

- (a) 公司解散或已停業；
- (b) 公司無能力償付其債項；及
- (c) 法院認為將公司清盤是公正公平的。²

10. 除了因上文第9(a)及(b)段的理由被法院清盤，普通公司亦可因以下的其他理由被法院清盤：

- (a) 公司已藉特別決議，議決公司由法院清盤；
- (b) 公司在一年內並無開始營業或停業一整年；
- (c) 公司並無成員；及
- (d) 根據其章程作出。³

11. 公司註冊處處長（“處長”）亦可向法院呈請將普通公司清盤，例如公司的經營是為一項非法目的、公司並無根據《公司條例》的規定擁有足夠的董事數目、公司沒有繳付相關費用，或持續違反其在《公司條例》下的指明義務。⁴

² 《公司清盤條例》第 327(3)條。

³ 《公司清盤條例》第 177(1)條。

⁴ 《公司清盤條例》第 177(2)條。

證監會凌駕於開放式基金型公司董事局決定的權力，或尋求補救的權力

12. 根據《證券及期貨條例》（第571章）第214A條⁵，如證監會認為，自某開放式基金型公司成立為法團起的任何時間內，該公司的業務及事務曾以下述方式經營或處理，則證監會可藉呈請方式，向原訟法庭申請作出命令：

- (a) 欺壓其股東，或其任何部分股東；
- (b) 涉及對其股東或任何部分股東作出虧空、欺詐、不當行為或其他失當行為；
- (c) 導致其股東或其任何部分股東未獲提供他們可合理期望獲得的、關於該公司的業務或事務的所有資料；或
- (d) 對其股東，或其任何部分股東造成不公平損害。

法庭在接獲證監會提出的有關申請後，可作出各種命令，包括制止根據公司通過的某決議而進行的作為，或作出法庭認為就規管該公司將來的業務或事務的經營或處理而言屬適當的任何命令，包括對開放式基金型公司的法團成立文書作出改動的命令。⁶

13. 第214A條是仿照《證券及期貨條例》現行第214條而制訂的。就第214條而言，有關對公司股東造成不公平損害的案例包括，獲受託處理公司事務的人士進行欺詐，或以疏忽或不作為的方式處理有關事務。⁷

⁵ 將於《2016年證券及期貨（修訂）條例》（“《修訂條例》”）實施時生效。現時，《〈2016年證券及期貨（修訂）條例〉（生效日期）公告》指定2018年7月30日為《修訂條例》開始實施的日期。

⁶ 《證券及期貨條例》第214A及214B條。

⁷ 在2012年大凌集團有限公司與神州東盟資源的個案中，法庭因應證監會根據《證券及期貨條例》第214條的申請，命令該等公司的前高級人員就與未經授權且與公司利益不符的交易的失當行為，向該等公司支付賠償。在兩宗個案中，法庭接受有關付款構成公司資產被不當挪用以致對公司及其股東造成不公平損害。

14. 此外，當法團成立文書、董事局決議或要約文件違反《證券及期貨條例》、《開放式基金型公司規則》或《開放式基金型公司守則》⁸時，證監會可根據《證券及期貨條例》第213條申請法庭命令，制止或禁止該違反事項的發生。例如，《證券及期貨條例》第112K條載有法團成立文書的一些必備條款，如法團成立文書載有與該等必備條款有抵觸的條款，或董事局通過的決議將使開放式基金型公司作出有違該等必備條款的行徑，證監會可以申請法庭命令以制止該等違規。

15. 證監會亦可就開放式基金型公司施加註冊條件，要求其要約文件鑒於《證券及期貨條例》第213條或第214A條項下發出的法庭命令條款作出更新，例如移除開放式基金型公司被判定為不公平損害的措施，或違反法律或監管規定的措施的相關披露。

強制贖回開放式基金型公司的股份

16. 投資基金的組成或要約文件，或會就能作出強制贖回的特定情況作出規定。該等情況一般包括某投資者持有該基金的權益會違反有關法律或法規，或某投資者持有相關權益可能會為該基金及其他投資者在稅務上帶來不良後果。同樣情況將適用於開放式基金型公司。

17. 在考慮是否接納開放式基金型公司的組成或要約文件中所述的強制贖回的特定情況時，證監會將考慮該等條文有否違反適用的法律及監管規定，包括其有否構成根據《證券及期貨條例》第214A條有關對股東造成不公平損害的行為。

普通法中避免導致自己入罪的特權

18. 《開放式基金型公司規則》第49條是仿照《公司條例》第865條及第876條而制訂，旨在於處長行使查訊方面的權力與受查訊人的權利兩者之間，取得合理的平衡。對於根據《證券及期貨條例》第IVA部須向處長提供的文件內所載的虛假陳述，處長沒有其他的調查權力。因此，處長有足夠權力要求受查訊人提供查訊所需答案這點非常重要，否則處長的查訊權會被扼殺。

⁸ 符合《開放式基金型公司守則》內的規定預計會是開放式基金型公司的其中一個註冊條件。違反註冊條件亦是證監會根據《證券及期貨條例》第213條申請法庭命令的一項理由。

19. 基於同樣理由，《公司條例》第876條訂明，處長（或其獲轉授人）如要求某人（“要求對象”）根據第873條就任何被交出的紀錄或文件提供資料或解釋，須確保要求對象已事先獲告知或提示，提供資料或解釋的要求，以及要求對象提供的有關資料或解釋，不得在刑事法律程序中接納為針對要求對象的證據（但如要求對象提供虛假資料或作假證供，則就該項罪行而進行的法律程序屬例外）。如要求對象提出可能導致入罪的聲稱，則有關資料或解釋不會在刑事法律程序中接納為針對該等要求對象的證據（但第(2)款特別提述的情況則屬例外）。第876條的實施只限於與作出虛假陳述有關的罪行。

20. 我們察悉，在調查階段行使調查權並不會侵犯某人避免導致自己入罪的權利。這是明確的，原因是該項權利只會在提出刑事檢控時相關，特別是當控方在刑事審訊的過程中要求提供導致該人入罪的證據時（請參閱 *Saunders v UK* [1996] 23 EHRR 313及*R v Hertfordshire County Council ex p. Green Environmental Industries* [2000] 2 AC 212）。如在民事上訴 2007年第369號官永義訴證券及期貨事務監察委員會一案中的判決所述：「…人權法案並無給予任何人保障，令該人在懲罰性法例要求的情況下，無須按法例規定回答調查當局所提出的問題。」

21. 事實上，為了顧及有關資料或解釋需要在刑事法律程序中呈堂的情況，第49條要求必須事先告知某人第49(2)及第49(3)條所施加的限制的規定。這已給予相關人士額外保障。

22. 類似的條文可在一些條例中找到，包括《證券及期貨條例》第187條、《強制性公積金計劃條例》（第485章）第34ZZE條、《打擊洗錢及恐怖分子資金籌集條例》（第615章）第15條，及《支付系統及儲值支付工具條例》（第584章）第33H條。

以私人形式發售的開放式基金型公司的註冊

23. 開放式基金型公司制度及監管框架在2014及2017年的公眾諮詢中獲得普遍支持。開放式基金型公司制度下的法律及監管規定，旨在制定適用於所有開放式基金型公司的相同基本或最低的運作要求。該等要求的制定顧及了開放式基金型公司的公司性質，以及國際監管做法及標準。我們對以私人形式發售的開放式基金型公司施加若干重要的監管規定的做法，與海外基金司法管轄區（例如英國、愛爾蘭和盧森堡）的做法大致相同。

24. 以私人形式發售的開放式基金型公司如符合《開放式基金型公司守則》內的基本規定，有關其營運的其他事宜（包括例如其投資及借款策略、交易間距及收費），將大部份按其自身的組成及要約文件所定。以私人形式發售的開放式基金型公司的審批，與向公眾發售的開放式基金型公司相比亦較為簡化（例如以私人形式發售的開放式基金型公司的要約文件及計劃更改並不須要得到證監會的事前批准）。相較之下，向公眾發售的開放式基金型公司除了遵守開放式基金型公司監管制度下的規定外，亦須與其他向公眾發售的證監會認可基金一樣，遵從《單位信託守則》下較為詳盡的規定。

25. 至於開放式基金型公司須向公司註冊處送交文件存檔的規定，旨在因應開放式基金型公司的有限責任性質而提供基本的公司透明度。該等存檔規定，除了就開放式基金型公司而作出的一些簡化外，與現時《公司條例》對於普通私人公司的規定一致。例如，開放式基金型公司並不須要送交更改股本通知書、股份配發申報書、贖回或回購股份申報表，及周年申報表。

26. 如私人基金選擇開放式基金型公司結構而非單位信託結構，儘管要遵守註冊程序及與開放式基金型公司相關的法律法規中的基本規定，但其可以獲得《2018年稅務（修訂）（第2號）條例》下提供的利得稅豁免。⁹由於公司形式的基金結構普遍受國際歡迎，故提供私人開放式基金型公司結構讓香港基金業有額外的選擇。

27. 我們為以私人形式發售的開放式基金型公司擬訂監管架構時，已考慮到採取適度的方式的需要，以及國際監管慣例及標準（包括國際證監會組織所訂的，有關監管集體投資計劃的基本原則）。

財經事務及庫務局
證券及期貨事務監察委員會
公司註冊處
破產管理署
二零一八年六月十一日

⁹ 該利得稅豁免會與開放式基金型公司制度同時生效（2018年7月30日）。