

私募投资基金募集行为和合同指引新规简析

2015年12月16日，中国证券投资基金业协会（以下简称“**基金业协会**”）公布了《私募投资基金募集行为管理办法（试行）（征求意见稿）》（以下简称“《**募集行为办法**》”）和《私募投资基金合同指引（征求意见稿）》（以下简称“《**合同指引**》”），向行业公开征求意见，反馈意见的提交截止于2016年1月5日。

《募集管理办法》和《合同指引》系根据《中华人民共和国证券投资基金法》、《私募投资基金监督管理暂行办法》（以下简称“《**暂行办法**》”）有关规定起草，旨在加强行业自律与监管，更好地防范和控制风险，保护投资人权益。

上述新规正式颁布后，将会对私募投资基金（以下简称“**私募基金**”）的募集及相关交易文件的起草产生重大影响。我们现对上述新规进行归纳和简析如下：

《募集行为办法》

《募集行为办法》主要从其适用范围、私募基金募集的一般性规定、特定对象调查、推荐行为、合格投资者确认等方面进行自律管理，体现了私募基金募集活动的自律监管框架。主要包括：

一、《募集行为办法》适用范围、募集主体与募集行为

- 适用范围：**以非公开方式向投资者募集资金的行为以及基金业务外包服务机构就其参与私募基金业务的环节均适用《募集行为办法》。
- 募集主体：**只有在基金业协会登记的私募基金管理人以及在中国证券监督管理委员会（以下简称“**中国证监会**”）注册取得基金销售业务资格且成为基金业协会会员的机构（以下统称“**募集机构**”）方可从事私募基金的募集活动，其他任何机构和个人不得从事私募基金的募集活动。
- 募集行为：**推介私募基金，发售基金份额（权益），办理基金份额（权益）认/申购（认缴）、赎回（退出）等活动。

二、一般规定

- 管理人责任：**恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉义务，履行受托人义务，承担基金合同的受托责任，履行合理的注意义务，承担审查投资者适当性的相关责任。

基金管理人委托基金销售机构募集私募基金的，基金管理人应履行报告与信息披露义务，基金管理人依法应当承担的责任不得因委托募集而免除。

HIGH VALUE LEGAL SERVICES IN SPECIALIZED AREAS

柯杰律师事务所

总机: 8610 5969 5336 传真: 8610 5969 5339

北京市朝阳区建国路79号华贸中心2号写字楼2606 (100025)

www.cathayassociates.cn • www.cathayassociates.com

柯杰联盟成员所

巴塞罗那 | 北京 | 贝尔格莱德 | 布拉迪斯拉发 | 布加勒斯特 | 布达佩斯 | 基希讷乌 | 吉隆坡 | 马德里 | 巴黎 | 波德戈里察 | 布拉格 | 普里什蒂纳 | 上海 | 索非亚 | 地拉那 | 瓦莱塔 | 维也纳 | 华沙 | 萨格勒布

2. **基金销售机构的责任：**诚实信用、勤勉尽责、恪尽职守，防止利益冲突，履行说明义务、合理的注意义务，承担特定对象调查、私募基金推介及合格投资者确认等相关责任。
3. **基金销售协议：**私募基金管理人委托基金销售机构募集私募基金的，须签订基金销售协议并作为基金合同的附件。基金销售协议应明确基金管理人、基金销售机构的权利义务与责任划分，并由基金销售机构负责向投资者说明相关内容。
4. **合理注意义务：**任何机构和个人不得为规避合格投资者标准募集以私募基金份额或其收益权为标的的产品，或者将私募基金份额或其收益权进行拆分转让，变相突破合格投资者标准。

募集机构应对投资者尽到合理的注意义务，包括但不限于：(1)确保投资者以书面方式承诺其为自己购买私募基金；(2)在基金合同中约定转让的条件。

任何机构和个人不得以非法拆分转让为目的购买私募基金。

5. **募集专用账户开立与监管：**私募基金管理人应当与监督机构联名开立私募基金募集结算资金专用账户，统一归集私募基金募集结算资金。取得基金销售业务资格的商业银行、证券公司等大型机构自行募集私募基金的，可以以自身名义开立募集结算资金专用账户，但须向基金业协会报告相关风控制度。

私募基金管理人应当与监督机构签署监督协议，监督协议中须明确反洗钱义务履职、责任划分及保障投资者资金安全的连带责任条款。

6. **资金安全：**涉及私募基金募集结算资金专用账户开立、使用的机构不得将私募基金募集结算资金归入其自有财产。禁止任何单位或者个人以任何形式挪用私募基金募集结算资金。相关机构破产或清算时，私募基金募集结算资金不属于其破产财产或者清算财产。

三、特定对象调查

1. **向特定对象推介：**募集机构应当向特定对象推介私募基金，未经特定对象调查程序，不得向任何人推介私募基金。
2. **特定对象调查程序：**募集机构在向投资者推介私募基金之前应当采取问卷调查等方式，对投资者风险识别能力和风险承担能力进行评估，并由投资者签字承诺其符合合格投资者标准。
3. **调查问卷内容：**调查问卷主要内容应包括但不限于：(1)投资者基本信息；(2)财务状况；(3)投资知识；(4)投资经验；(5)风险偏好。

对投资者相关信息的获取应以投资者自愿为前提。基金业协会根据《暂行办法》的规定制定了《私募基金投资者风险调查问卷（内容与格式指引）》。

针对互联网媒介推介私募基金的，《募集行为办法》对在线特定对象调查程序做出特殊要求。

四、私募基金推介

1. **推介材料责任方：**募集机构为推介材料的责任方，应当对推介材料内容的真实性、完整性、准确性负责。
2. **禁止的推介行为：**(1)公开推介或者变相公开推介；(2)推介材料虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；(3)以任何方式承诺投资者资金不受损失，或者以任何方式承诺投资者最低收益，包括宣传预期收益、预计收益、预测投资业绩等；(4)夸大或者片面推介基金，违规使用安全、保证、承诺、保险、避险、有保障、高收益、无风险等可能使投资人认为没有风险的表述；(5)登载任何自然人、法人或者其他组织的祝贺性、恭维性或推荐性的文字；(6)恶意贬低同行；(7)允许非本机构雇佣的人员进行推介；(8)推介非本机构募集的私募基金；(9)法律、行政法规、中国证监会的有关规定和基金业协会自律规则禁止的其他行为。
3. **禁止的推介载体：**(1)公开出版资料；(2)面向社会公众的宣传单、布告、手册、信函、传真；(3)未经邀约面向公众的讲座、报告会、分析会；(4)海报、户外广告；(5)电视、电影、电台及其他音像等公共传播媒体；(6)公共网站链接广告、博客等；(7)未设置特定对象调查程序的募集机构官方网站、微信朋友圈等互联网媒介；(8)未经特定对象调查程序的电话、短信和电子邮件等通讯媒介；(9)法律、行政法规、中国证监会的有关规定和基金业协会自律规则禁止的其他行为。

五、合格投资者确认及基金合同签署

1. **投资者适当性：**募集机构应当向投资者推介与其风险识别能力和风险承担能力相匹配的私募基金。
2. **风险揭示书：**在投资者签署基金合同之前，募集机构须重点向投资者揭示私募基金风险，并与投资者一同签署风险揭示书。

基金业协会根据《暂行办法》的要求制定了《私募投资基金风险揭示书（内容与格式指引）》。

3. **合格投资者确认程序：**在完成私募基金风险揭示后，投资者应当向募集机构提供金融资产证明文件，募集机构应当审查其是否符合《暂行办法》规定的合格投资者条件。
4. **投资冷静期：**在完成合格投资者确认程序后，募集机构应给予投资者不少于一天的投资冷静期，投资者在冷静期满后 方可签署私募基金合同。
5. **回访确认：**私募基金管理人应当在投资者签署基金合同后，指令本机构的非基金推介业务人员以录音电话、电邮等适当方式进行回访，回访过程不得出现诱导性

陈述，须客观确认合格投资者的身份及投资决定。未经回访确认，私募基金管理人不得签署基金合同。基金合同可以约定，经回访确认程序的合同方可生效。

六、自律管理

1. **自律检查：**基金业协会可以按照相关自律规则，对会员及登记机构的私募基金募集行为合规性进行定期或不定期的现场和非现场自律检查，会员及登记机构应当予以配合。
2. **不当委托的责任：**私募基金管理人委托未取得基金销售业务资格的机构募集私募基金的，基金业协会不予办理私募基金备案业务。
3. **一般违规募集的责任：**募集机构在开展私募基金募集业务过程中违反《募集行为办法》关于特定对象调查程序、调查问卷内容、在线特定对象调查程序、推介材料责任方、推介材料及信息披露要素、投资者适当性、风险揭示书、投资冷静期的规定，基金业协会可以视情节轻重对募集机构采取要求限期改正、行业内谴责、加入黑名单、公开谴责、暂停受理或办理相关业务、撤销管理人登记等纪律处分；对相关工作人员采取要求参加强制培训、行业内谴责、加入黑名单、公开谴责、认定为不适当人选、暂停基金从业资格、取消基金从业资格等纪律处分。
4. **严重违规募集的责任：**募集机构在开展私募基金募集业务过程中违反《募集行为办法》关于公开宣传信息、向特定对象推介、禁止的推介行为、禁止的推介载体、合格投资者确认程序、合格投资者标准、当然合格投资者豁免确认、回访确认的规定，基金业协会可以视情节轻重对募集机构采取加入黑名单、公开谴责、撤销管理人登记等纪律处分；对相关工作人员采取行业内谴责、加入黑名单、公开谴责、取消基金从业资格等纪律处分。情节严重的，移送中国证监会处理。
5. **其他责任：**募集机构在开展私募基金募集业务过程中违反《募集行为办法》关于管理人的责任、基金销售机构的责任、基金销售协议、合理的注意义务、保密义务、投资者资料保存义务、募集专用账户开立、对募集专用账户的监督、资金安全的规定，基金业协会可以视情节轻重对募集机构采取行业内谴责、加入黑名单、公开谴责、暂停受理或办理相关业务、撤销管理人登记等纪律处分；对相关工作人员采取行业内谴责、加入黑名单、公开谴责、认定为不适当人选、暂停基金从业资格、取消基金从业资格等纪律处分。
6. **加重处分：**募集机构在一年之内两次被采取谈话提醒、书面警示、要求限期改正等纪律处分的，基金业协会可对其采取加入黑名单、公开谴责等纪律处分；在两年之内两次被采取加入黑名单、公开谴责等纪律处分的，基金业协会可以采取撤销管理人登记等纪律处分，并移送中国证监会处理。
7. **基金业务外包服务机构的责任：**在基金业协会登记的基金业务外包服务机构就其参与私募基金募集业务的环节违反《募集行为办法》有关规定，基金业协会可以采取相关自律措施。

8. **投诉举报：**投资者可以按照规定向基金业协会投诉或举报募集机构及其从业人员的违规募集行为。
9. **诚信记录：**募集机构、基金业务外包服务机构及其从业人员因募集过程中的违规行为被基金业协会采取相关纪律处分的，基金业协会可视情节轻重记入诚信档案。
10. **行政与刑事责任：**募集机构、基金业务外包服务机构及其从业人员涉嫌违反法律、行政法规、中国证监会有关规定的，移送中国证监会或司法机关处理。

《合同指引》

《合同指引》分为《契约型私募投资基金内容与格式指引》、《合伙协议必备条款指引》及《公司章程必备条款指引》，以适应不同组织形式基金的需要。

一、一般性规定

《合同指引》对不同组织形式的基金作出了以下一般性要求：

1. **声明与承诺：**基金管理人及投资者须在基金合同、合伙协议或公司章程的首页，按照《合同指引》的规定进行声明与承诺。
2. **经营范围：**合伙型基金和公司型基金的经营范围应含有“投资”、“基金”、“资产管理”等能体现私募基金性质的字样。
3. **一般必备条款：**基金合同/合伙协议/章程应按照《合同指引》的相关要求，对托管事项、投资收益分配/利润分配及亏损分担、费用和支出、信息披露等进行明确约定。合伙型基金和公司型基金还应对财务会计制度、一致性等内容进行明确约定。

二、差异化监管要求

除上述一般性规定外，《合同指引》对不同组织形式的基金进行了更具针对性的规定。鉴于契约型基金、合伙型基金和公司型基金在内部治理上由弱到强，《合同指引》体现出了由强到弱的差异化监管要求。

（一）契约型私募基金内容与格式指引

契约型基金本身不具备法律主体地位，缺少内部治理结构及工商部门的监督，故《合同指引》对契约型基金的要求最为严格，重点包括：

1. **指引的适用：**对于契约型私募证券投资基金，应当按照《合同指引》相关内容制定基金合同，而对于契约型私募股权或其他类型投资基金，应当参照《合同指引》相关内容制定基金合同。
2. **基金的成立与备案：**基金应按照规定向基金业协会进行备案，基金合同中应约定基金在基金业协会完成备案后方可进行投资运作。《合同指引》的起草说明中特

别明确，基金的备案不影响基金合同的效力及基金的设立。

3. **强化持有人大会及其日常机构的作用：**基金份额持有人大会的职权中，应当包括决定更换基金管理人、基金托管人和投资顾问。基金份额持有人大会的日常机构可以提请更换基金管理人、基金托管人，监督基金管理人和投资顾问的投资运作、基金托管人的托管活动。
4. **基金财产独立性：**《合同指引》专门就基金财产的保管和处分作出规定，明确基金财产独立性原则，基金财产账户与基金管理人、基金托管人和基金份额登记机构自有财产账户以及其他基金财产账户相独立。
5. **风险揭示义务：**《合同指引》规定了基金管理人制作风险揭示书向投资者充分揭示相关风险的义务，并规定了投资者认真阅读并签署风险揭示书的义务。除一般风险外，《合同指引》特别规定应对基金未托管风险、聘请投资顾问所涉风险、外包事项所涉风险以及未在基金业协会备案的风险进行特别揭示。
6. **管理人、托管人、投资者三方共同签署基金合同：**基金进行托管的，基金管理人、基金托管人以及投资者三方应当共同签订基金合同。
7. **分级安排：**基金合同中应明确结构化产品的优先级不得进行保本保收益安排，不得约定为保障某一类别份额持有人预期本金收益，而损害其他类别投资者合法权益的安排。

（二） 合伙协议必备条款指引

除《中华人民共和国合伙企业法》规定合伙协议应当具备的条款外，《合同指引》对合伙型基金的合伙协议作出了如下特别要求：

1. **有限合伙人不执行合伙事务：**除《中华人民共和国合伙企业法》规定的八种不视为执行合伙事务的行为外，合伙协议不得作出有限合伙人以任何直接或间接方式，参与或变相参与基金管理、投资决策及其他超越前述八种不视为执行合伙事务行为的约定。
2. **合伙人会议：**合伙协议不得通过设立由部分合伙人参与的理事会等日常机构，行使超越合伙人会议的职能。
3. **管理方式：**管理人可以是合伙企业执行事务合伙人，也可以委托给其他私募基金管理机构。
4. **投资事项：**合伙协议应列明基金的投资范围、投资运作方式、投资限制、投资决策程序、关联方认定标准及关联方投资的回避制度，以及投资后对被投资企业的持续监控、投资风险防范、投资退出、所投资标的担保措施、举债及担保限制等作出约定。

（三） 公司章程必备条款指引

公司型基金的投资者参与基金治理和投资决策的程度较高，法律保障也相对充分，《合同指引》仅就基金章程的重要必备条款进行了提示，包括但不限于：

1. **管理方式：**公司可以采取自我管理，也可以委托其他私募基金管理机构管理。
2. **投资事项：**章程应列明公司的投资范围、投资策略、投资运作方式、投资限制、投资决策程序、关联方认定标准及对关联方投资的回避制度、投资后对被投资企业的持续监控、投资风险防范、投资退出等。

◇◇◇◇

本文作者为柯杰律师事务所郝玉强（合伙人）、刘夏艺、何雨婷和崔颖。本文仅供一般性参考，不构成法律意见，不能代替法律意见，也无意对讨论事项进行全面的研究。若就本文有任何进一步问题，请与郝玉强律师联系（电话：8610 59695336，电邮：fred.hao@cathayassociates.cn）。