

作者：王斌逸
执业范围：金融服务法
日期：2018 年 12 月

香港开放式基金型公司 – 是否标志着香港私人基金经理使用离岸基金 的时代将终结？

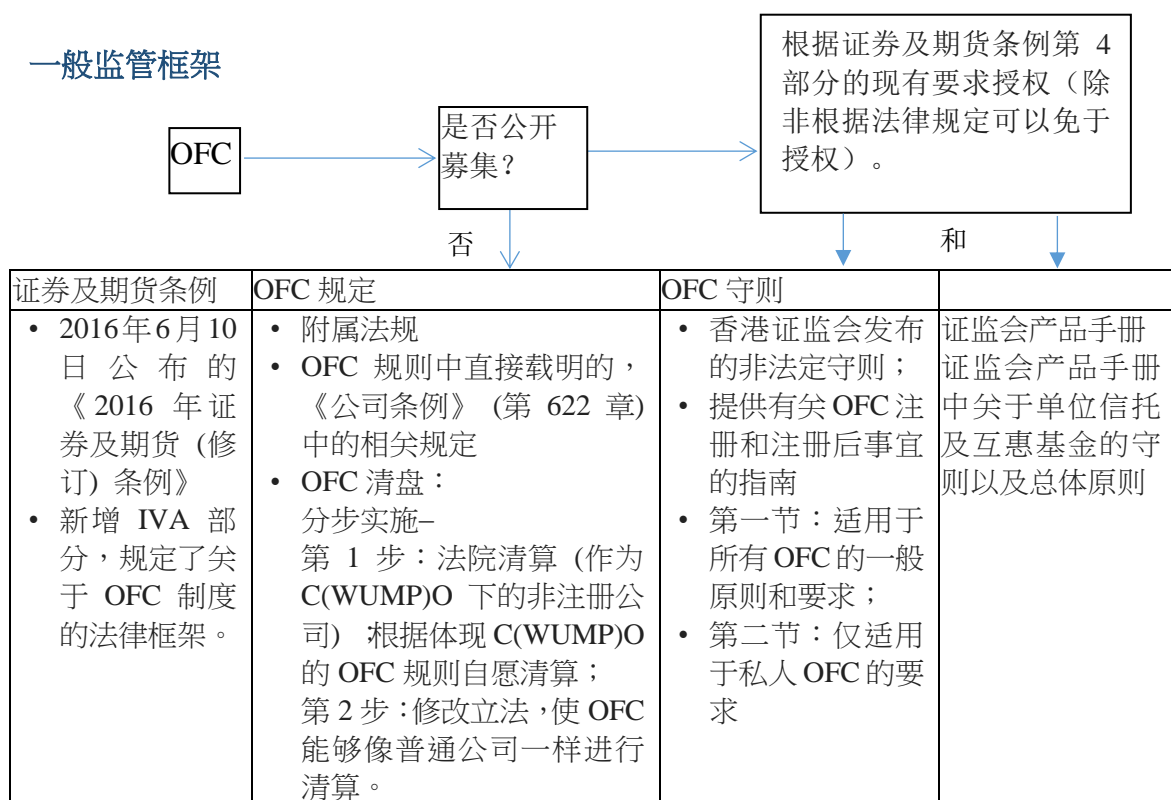
背景

香港开放式基金型公司（简称“OFC”）制度于 2018 年 7 月 30 日起实施。随着 OFC 的引入，首次出现了适合作为基金工具使用的在香港注册的法人基金。在此之前，在香港注册成立的有限公司并不适合作为基金工具，因为有限公司的减资和股本分配机制通常以保护股东和债权人利益为目的，而基金则允许投资者赎回和分配资金。藉此，香港开始与英国（OEIC）和卢森堡（SICAV）等主要在岸基金管辖区一样，拥有了一种旨在用作基金工具的境内法人工具。在设计这种新型的法律实体时，香港政府必须寻求一种平衡，一方面必须确保这种实体适合于香港当地的基金行业，另一方面也必须确保这种工具不会被作为一种避税的手段，特别是香港房地产行业。同时，这种平衡的实现，必须考虑香港在中国大陆金融业现代化宏观背景中所扮演的角色。

整体架构

OFC 与普通公司之间在概念上的主要区别在于，OFC 的目的是作为一种集体投资计划，而不是商业经营或贸易的工具。下图简要介绍了关于 OFC 制度的法律和监管框架。

一般监管框架



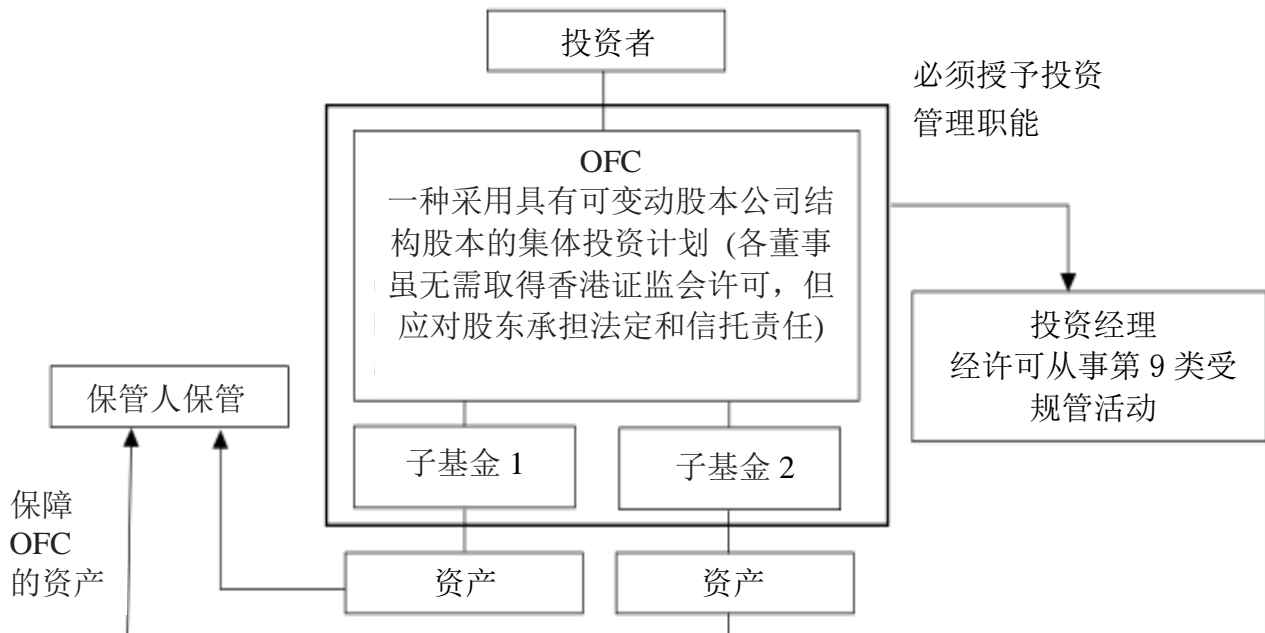
公众 OFC 与私人 OFC

公众 OFC 是指向公众募集、必须获得香港证券及期货事务监察委员会 (简称“香港证监会”) 授权、并遵守香港零售公众基金 (即现时获香港证监会认可的基金) 类似要求的 OFC，也就是说，公众 OFC 必须遵守香港证监会有关单位信托及互惠基金、与投资有关的人寿保险计划以及非上市结构性投资产品的手册 (简称“证监会产品手册”) 中的相关要求。相反，私人 OFC (简称“私人 OFC”) 是指不向公众募集，及/或只向香港的专业投资者出售的基金，因此通常被称为“私人基金”(即主要是对冲基金和私人股权基金)。公众 OFC 和私人 OFC 须遵守不同的披露要求，并享受如下文“免税”部分所述之不同的税收待遇。

本文重点介绍私人 OFC。

结构

如下图所示，OFC 由董事会、投资经理和保管人组成。上述人士的任命须经香港证监会批准。



董事会

OFC 必须至少要有两名董事，该董事仅限自然人且其应年满或大于 18 周岁。董事会中必须至少有一名独立董事，且该独立董事不得兼任保管人的董事或雇员。

投资经理

OFC 的投资经理必须获得香港证监会许可，可以从事第 9 类（资产管理）监管活动。因此，其必须符合香港证监会守则及指南（例如“基金经理操守准则”【简称“FMCC”】和证券及期货事务监察委员会持牌人或注册人操守准则）中所述的关于评估、定价及利益冲突的要求。所有投资管理职能（包括评估和定价）都必须委托给投资经理行使。这一要求实际上意味着 OFC 只适合设于香港并在香港取得许可的基金经理（也就是说新加坡或中国大陆设立的基金经理不得在所在司法管辖区内将 OFC 作为基金进行管理）。

保管人

OFC 的所有财产都必须委托给至少一名保管人予以保管。保管人须符合证监会产品手册中关于香港证监会授权基金保管人的资格要求，这意味着 OFC 的保管人必须是：(a) 在香港的持牌银行；(b) 作为根据“受托人条例”第 VIII 部分注册的银行或信托公司之附属公司的信托公司；或 (c) 香港证监会认可的海外银行机构或其附属公司。另外，OFC 的保管人还必须满足相关的股本和内部控制要求。

单一基金结构/伞型基金结构

OFC 可以按照伞形和子基金结构方式运作。在符合相关披露要求的前提下，OFC 既可以设立公众子基金，也可以设立私人子基金。如果在年度报告中予以披露，OFC 还可以进行跨子基金投资。

OFC 下的每个子基金的法定责任是彼此分离的。每个子基金并非独立的法律实体，但 OFC 可以就任何一个子基金提起诉讼或应诉。当伞型 OFC 破产时，为了保护其他子基金的利益，伞型 OFC 的合同和交易中会暗含各子基金之间彼此独自承担责任的条款。

OFC 可以发行不同类别的股份，并在其成立文件中针对相应股份规定附带的权利。每个子基金还可以设置多个股份类别。

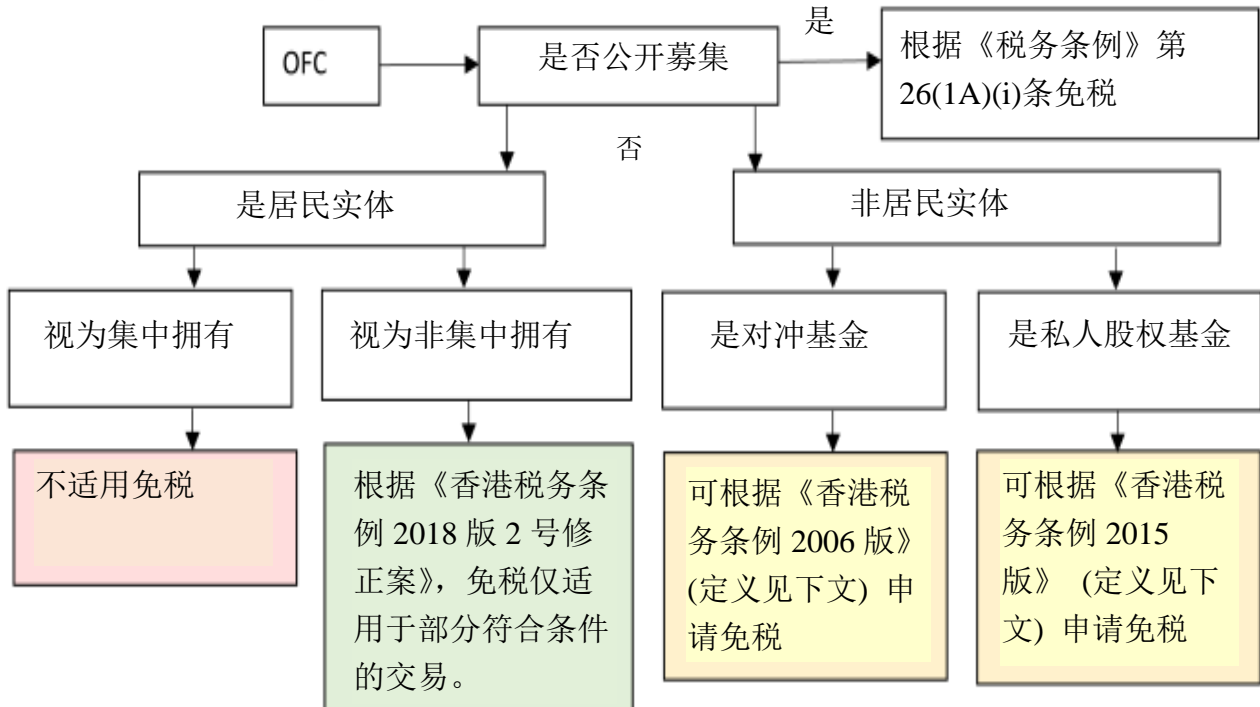
私人 OFC

私人 OFC 须遵守各种投资限制、披露和运作要求。特别是，私人 OFC 的资产总值中至少应有 90% 由以下各项组成：(1) 证券及期货条例中所定义的“证券”和/或“期货合约”（私人 OFC 的投资应当与其经许可从事第 9 类受规管活动的投资经理可以管理的资产类型匹配）；和/或 (2) 现金、银行存款、存单、外币和外汇合同。对于伞型 OFC，该等限制将适用于其每个子基金以及整个伞型 OFC。如果违反此类限制，香港证监会可以撤销其注册。

免税待遇

下图显示了在满足每种可能的免税结果的特定条件的前提下，根据当前法律规定可能适用于 OFC 的免税路线图。

免税待遇概述



对于私人 OFC，确定最终免税结果的关键因素是私人 OFC 是否为居民实体。这种结果具有二元性，也就是说，无论何时，一家实体均应非此即彼。如果在税务评估年度内，实体的集中管理和控制权位于香港，则该实体将被视为居民实体。因此，私人 OFC 的居民身份可能每年都会变化，具体取决于在给定税收评估年度内，其集中管理和控制权所在地。

集中管理和控制权是指公司或实体业务（视具体情况而定）的最高级别的控制权，但应以下述指导原则¹为准：

- 行使集中管理和控制权并不一定要求积极参与；
- 行使集中管理和控制权所在地不一定是企业的主要经营所在地；
- 公司的注册地或实体的成立地本身并不一定是集中管理和控制权行使地，因此不一定是公司或实体的居住所在地；
- 一般而言，如果公司的集中管理和控制权由董事会以召开董事会会议的方式或者由合伙人以召开合伙人会议的方式行使，则集中管理和控制权所在地应为董事会会议或合伙人会议召开地。在其他情况下，集中管理

¹摘自 2016 年 5 月颁布的 IRD 第 46 号关于离岸基金免征利润税的执行指引。

和控制权可以由一个司法管辖区内的董事或合伙人行使，但实际业务可能其他地方进行；

- 在确定公司或合伙企业的集中管理和控制权所在地时，通常不考虑各董事或合伙人的住所所在地。因此，如果公司的大多数董事或合伙企业的大多数合如果公司的大多数董事或合伙企业的大多数合伙人居住在香港，这一事实本身并不意味着公司或合伙企业的集中管理和控制权所在地也在香港，因此不会对免税待遇的适用产生不利影响。

如上图所示，如果私人 OFC 被视为非居民实体，则私人 OFC 可以根据以下规定适用免税：(i) (对于对冲基金)《收入(离岸基金利润税免税)条例 2006 版》(简称“2006 年条例”) (ii) (对于私人股权基金)《税务条例 2015 版-2 号修正案》(简称“2015 年条例”)。遗憾的是，2006 年条例在其名称中引用了“离岸基金”，因为根据 2006 年条例适用的免税并不仅限于“离岸基金”。由于 2006 年条例中对于这一名称的不当使用，导致产生了一种误解，即 2006 年条例下的免税条款只适用于在“离岸”司法管辖区(例如开曼群岛)注册的基金，并导致在香港如何处理私人 OFC 的税务事宜时产生概念混淆，常见的误解是私人 OFC 可获得的唯一免税结果是上图中绿框中描述的结果。

综上所述，判断私人 OFC 是否为居民实体，应当取决于其集中管理和控制权所在地。如果私人 OFC 被视为居民实体，则可以根据《税务条例 2018 版- 2 号修正案》获得某些免税待遇，但前提是：(i) 满足作为私人 OFC 的要求(尽管此项显而易见)；(ii) 并非封闭型控股公司。有一点应当注意，在符合相关免税标准的情况下，免税并非适用于整个 OFC 层面，而是适用于从某些合格交易中获得的利润，以及开展该等合格交易所附带的交易中产生的利润，但不应超过该等合格交易和附带交易的总交易收入的 5%。换言之，如果私人 OFC 进行的任何交易不属于上述合格交易和附带交易，则其仍应在香港纳税。

非集中拥有的含义和要求

为确定私人 OFC 是否为封闭型控股公司，当一家私人 OFC 拥有至少一位合格投资者（即某些特定类型的机构投资者，在这种情况下通常有数目众多的潜在投资者）时的所有权要求，与该私人 OFC 没有任何合格投资者的情况是不同的。下表列出了私人 OFC 可以被视为非集中拥有的两种情形：-

如果私人 OFC 有一位或多位合格投资者	如果私人 OFC 没有合格投资者
• 该 OFC 中非发起人和发起人关联人的投资者人数至少为 5 人	• 该 OFC 中不是发起人和发起人关联人的投资者人数至少为 10 人
• 每位合格投资者在该 OFC 中的参与权益超过 2 亿港元	• 不适用
• 该 OFC 中，至少有 4 位投资者（不是合格投资者）的每人参与权益超过 2,000 万港元	• 该 OFC 中，至有少 10 位投资者的每人参与权益超过 2,000 万港元
• 每位投资者（并非合格投资者）的参与权益不超过 50%	• 每位投资者的参与权益不超过 50%
• 发起人及其关联人在该 OFC 的参与权益不超过 30%	• 发起人及其关联人在该 OFC 的参与权益不超过 30%

自私人 OFC 接受其首位投资者之日起的首个 24 个月内，该私人 OFC 将被视同为满足非集中拥有的要求。但是，如果该私人 OFC 希望符合作为居民实体的免税资格，但未能在上述 24 个月期限届满时满足非集中拥有的要求，则免税将被撤销，并且该私人 OFC 将承担该 24 个月期间内产生的所有利润税。

拟议税收变更

欧盟理事会（简称“欧盟”）已确定，香港目前采用的、根据纳税实体是否在香港境内实施集中管理和控制权（如上所述），从而提供区别税收待遇的做法具有不利影响，因为这种税收制度具有“栅栏原则”特征²。欧盟认为，在基金层面和投资层面上都体现了“栅栏原则”的特征，原因如下：

- 在基金层面 - 只有离岸基金，而非在岸基金（公众 OFC 除外），才可以在现行制度下享受免征利润税优惠；及
- 在投资层面 - 对于投资私人公司的非居民基金，只有在被投资的私人公司符合“除外私人公司”的定义时，才能享受免税待遇。由于“除外私人公司”（根据目前的定义）只包括在香港境外成立的私人公司，因此，非居民基金如果希望享受利润税免税待遇，则不得对在港注册成立的私人公司进行投资。

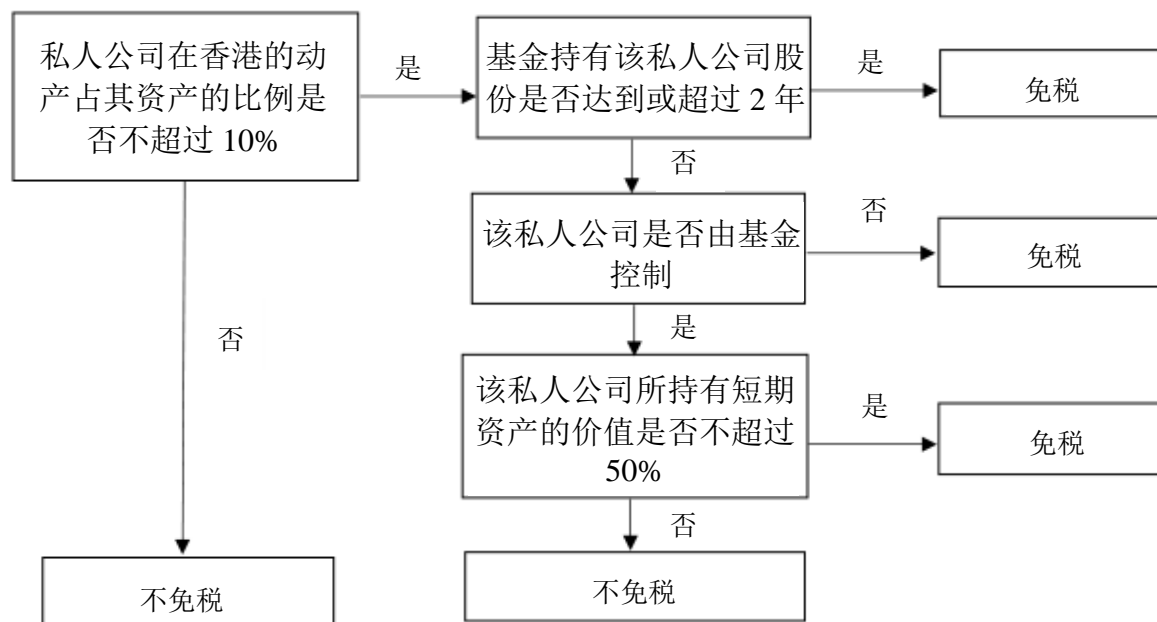
²当税收优惠待遇与国内公司部分或完全隔离时，即发生了“栅栏原则”。

因此，香港政府建议修改立法（简称“**税务提案**”），以便利利润税免税优惠可以适用于在香港经营的“**基金**”，无论基金属于何种类型的法人实体抑或是其集中管理和控制权行使地位于何处。换句话说，无论公司的注册地及其集中管理和控制权所在地位于何处，基金都可以在香港享受相同的税务待遇。该税务提案已于 2018 年 11 月 5 日提交立法会小组讨论。³⁴

根据税务提案，委托指定人安排或进行交易并符合“基金”定义的实体或者“合格基金”实体可以享受特定的免税待遇，这与现有的“离岸基金”免税政策一致。为此，“基金”的定义（与《证券及期货条例》附表 1 第 1 部分中的“集体投资计划”类似）将纳入《香港税务条例》中。如果一个实体符合“基金”的定义，则该实体可以按照类似方式享受免税待遇，并应遵守上图中以绿色显示的免税结果相关的类似要求。

一旦税务提案生效，便意味着私人 OFC 无论集中管理和控制权所在地位于何处，均能享受免税待遇。同时也意味着，在开曼群岛等境外司法管辖区内设立基金以确保基金工具不受境内税收影响这一诱因将会形同虚设。

在投资层面上，税务提案规定，“基金”的“合格资产”交易可以按照下面的流程图申请免税。合格资产是指与“证券”和“期货合同”的定义相对应的该等资产，以及目前适用于私人 OFC 和非居民基金（例如离岸基金）的定义对应的其他资产，特别是，其还包括在香港注册成立的私人公司的股份：



³⁴登录以下地址可访问该论文：

<https://www.legco.gov.hk/yr18-19/english/panels/fa/papers/fa20181105cb1-101-4-e.pdf>

私人 OFC 与境外成立基金工具相比的潜在优势

诚然，离岸基金结构与私人 OFC 相比，已有数十年的领先优势，由于 OFC 相对较为新颖，因此离岸基金结构仍然会继续沿用。然而，对于香港的资产管理公司来说，采用私人 OFC 相比离岸实体而言，有很多潜在的优势，特别是出于香港和其他地方的最新监管发展和商业现实之故。下表中列出了在税务提案生效之前，私人 OFC 的一些潜在优势。

优势	采用私人 OFC 的优势	说明
节省一些潜在成本	CIMA 注册基金	目前的 CIMA 相关费用远远超过香港证监会的 OFC 相关注册费用，包括前期费用和持续费用。采用 OFC 方式会降低政府相关费用。
无需任命开曼群岛反洗钱官员	任何类型的开曼群岛基金	现在，任何开曼群岛基金都必须根据《反洗钱条例》（2018 年修订版）任命一名自然人担任其反洗钱合规官、洗钱报告官和副洗钱报告官。而 OFC 则没有这样的要求，这样可以节省成本并减轻监管负担。
避免双重监管	境外管辖	由于经修订的 FMCC 现已生效，由持有香港证监会第 9 类牌照的实体管理的离岸基金将间接受香港证监会要求的限制，特别是关于披露的要求。离岸基金，特别是在境外机构注册的基金（例如 CIMA 注册基金），同时也应受境外监管机构的管辖。而采用 OFC 方式则可以避免双重监管，OFC 仅须遵守香港证监会的要求。此外，由于香港最近正在加强其反转让定价法，设立离岸管理人的目的已基本不存在，因此，如果采用 OFC 方式，可以使整个基金架构位于一个司法管辖区内，从而简化监管合规。
更易开立银行账户	境外管辖	由于 OFC 是香港证监会注册的实体，开立银行账户可能比在境外司法管辖区内注册的基金更为容易。
无需任命离岸董事	境外管辖	如果 OFC 属居民实体，并且可以被视为非集中拥有，则 OFC 无需依赖 2006 年条例和 2015 年条例享受免税待遇，从而节省应向离岸董事支付的费用。根据税务提案，在任何情况下，都不太可能需要任命离岸董事。
吸引某些投资者	境外管辖	在香港设立基金工具（公认的世界领先境内金融中心）可能会吸引某些类型的投资者，特别是全球机构投资者。
私人基金与公众基金之间转换	境外管辖	私人 OFC 如果满足证监会产品手册中所述的授权要求，则可以向香港证监会申请转变为公众 OFC。公众 OFC 有望符合共同基金认可制度的资格。 相反，公众 OFC 也可以向香港证监会申请撤销授权，转变为私人 OFC 并遵守《开放式基金型公司守则》（简称“OFC 守则”）中关于私人 OFC 的相关规定。因此，OFC 制度提供了一种相对简单的机制，适用于公众 OFC 和私人 OFC 之间的转换。

未来趋势

正如本文所述，随着基金经理和投资者开始接受并逐渐适应私人 OFC 的纳税条件，越来越多的香港基金关联人将认为 OFC 不仅是一种备选方案，更不失为一种明智、有目共睹且合理的选择，可以用于他们管理的私人基金（以及公众基金）。这对于传统上使用开曼群岛有限公司或开曼群岛隔离投资组合公司作为默认基金工具的对冲基金经理而言，尤其如此。不久之后，对于香港的对冲基金经理而言，这种开曼工具的使用将成为过去，特别是在税务提案生效之后。但是，由于《有限责任合伙条例》即将修订（为了使早已过时的有限合伙法律更加符合现代化的需要，以及使根据该法律成立的有限合伙更适合作为私人股权基金工具），香港的私人股权基金经理可能会更多地采取“观望态度”。在此之前，香港的私人股权基金经理可能仍会坚持采用成熟的开曼群岛有限合伙公司方式作为基金工具。

关于我们可以怎样协助您的进一步详情，请以致电 (852) 3705 7872 或电邮 (ben.wong@ycylawyers.com.hk) 联络王斌逸先生。

本数据只是作为提供一般信息，不拟作法律意见用途。

=====