



**MINNELIJKE SCHIKKING GEFORMULEERD DOOR DE AUDITEUR VAN DE FSMA
EN WAARMEE MERIT CAPITAL NV HEEFT INGESTEMD**

Deze minnelijke schikking, waarmee MERIT CAPITAL NV op 12 mei 2016 voorafgaandelijk heeft ingestemd, werd op 31 mei 2016 door het directiecomité van de FSMA overeenkomstig artikel 71, § 3 van de wet van 2 augustus 2002 aanvaard.

* * *

Gelet op de artikelen 70 tot 72 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna "de wet van 2 augustus 2002");

Gelet op de beslissing d.d. 2 juni 2015 van het directiecomité van de Autoriteit voor financiële diensten en markten (hierna "de FSMA"), met toepassing van artikel 70, § 1, van de wet van 2 augustus 2002, om een onderzoek te openen ten laste van Merit Capital NV aangaande de naleving van de bepalingen van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen (hierna de "wet van 3 augustus 2012") en van het Koninklijk besluit van 12 november 2012 met betrekking tot bepaalde openbare instellingen voor collectieve belegging (hierna het "KB van 12 november 2012") met betrekking tot de nieuwe website van Merit Capital NV en de daarop gepubliceerde nieuwsbrieven, zoals die op 24 maart 2015 en daarna online stonden;

Gelet op de door de auditeur verrichte onderzoeksdaden;

Gelet op de mededeling, overeenkomstig artikel 70, § 2, van de wet van 2 augustus 2002, van de voorlopige vaststellingen van het onderzoek door de auditeur aan Merit Capital NV per brief van 23 december 2015;

Gelet op artikel 71, § 3, van de wet van 2 augustus 2002, op grond waarvan het directiecomité van de FSMA een minnelijke schikking kan aanvaarden voor zover de betrokken personen aan het onderzoek hebben meegewerkt en zij voorafgaandelijk met de minnelijke schikking hebben ingestemd;

* * *

Overwegende dat het onderzoek tot de volgende vaststellingen heeft geleid:

1. De FSMA stelde eind maart 2015 vast dat Merit Capital NV (hierna: “Merit Capital”) een nieuwe website had gelanceerd (zoals op 24 maart 2015 en daarna online beschikbaar via de volgende link: <https://www.meritcapital.eu>) en middels die nieuwe website en erop vermelde nieuwsbrieven, zonder voorafgaande goedkeuring van de FSMA, berichten, reclame en andere stukken¹ die betrekking hebben op een openbaar aanbod² van rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging publiceerde.

Bovendien bleek een deel van die website van Merit Capital en van de niet-goedgekeurde berichten de inhoudelijke en vormelijke vereisten niet na te leven, die gelden voor berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een ICB, dan wel een aanbod aankondigen of aanbevelen.

¹ Onder “*berichten, reclame en andere stukken*” werd, krachtens de toen geldende circulaire FSMA_2013_13 d.d. 27 juni 2013 (circulaire FSMA_2013_13 d.d. 27 juni 2013 Berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming van een openbare ICB met een veranderlijk aantal rechten van deelneming, die inmiddels werd vervangen door circulaire FSMA_2015_16 d.d. 27 oktober 2015 Geldende regels voor de reclame bij de commercialisering van financiële producten bij niet-professionele cliënten), o.m. maar niet uitsluitend en onder voorbehoud van verdere evolutie, verstaan: “*advertenties in de pers, folders, teasers, periodieke brochures, affiches bestemd voor reclamepanelen in bankkantoren, affiches langs de openbare weg en in openbare gebouwen, brieven aan beleggers, productfiches (factsheets), TV-spots, radiospots, rekeningafschriften, PC-bankingberichten, e-mails, e-magazines, banners en andere publicaties op internetsites, publiciteit via sociale media (facebook, twitter, ...), SMS via smartphones, enz.*”, verspreid in het kader van een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging (afgekort “ICB”).

² Voor de toepassing van de wet van 3 augustus 2012 moet onder “*openbaar aanbod*” worden begrepen, wat de instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch of buitenlands recht betreft die hun financiële middelen in België aantrekken: “*een in om het even welke vorm en met om het even welk middel tot personen gerichte mededeling waarin voldoende informatie wordt verstrekt over de voorwaarden van het aanbod en over de aangeboden effecten om een belegger in staat te stellen tot aankoop van of inschrijving op deze effecten te besluiten en die wordt verricht door de instelling voor collectieve belegging, door de persoon die in staat is om de effecten over te dragen of voor hun rekening.*” Daarbij wordt verduidelijkt dat “*eenieder die rechtstreeks of onrechtstreeks een vergoeding of voordeel ontvangt naar aanleiding van het aanbod, wordt geacht te handelen voor rekening van de instelling voor collectieve belegging of van de persoon die in staat is om de effecten over te dragen*” (artikel 3, 13°, a), i) van de wet van 3 augustus 2012).

Conform artikel 3, 30°, van de wet van 3 augustus 2012 wordt onder distributie van effecten van een ICB, nl. “*verhandeling van effecten van instellingen voor collectieve belegging*”, begrepen “*het openbaar aanbod in de zin van artikel 3, 13°, a), i), voor rekening van een instelling voor collectieve belegging, waaronder het inontvangnemen en doorgeven van orders voor effecten van de betrokken instelling voor collectieve belegging. Eenieder die rechtstreeks of onrechtstreeks van de instelling voor collectieve belegging een vergoeding of voordeel ontvangt naar aanleiding van een openbaar aanbod of het inontvangnemen en doorgeven van orders voor effecten van de betrokken instelling voor collectieve belegging, wordt geacht te handelen voor rekening van die instelling voor collectieve belegging*”.

2. Op grond van artikel 60, § 3, van de wet van 3 augustus 2012 mogen *“berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging”* naar Belgisch recht *“met een veranderlijk aantal rechten van deelneming dan wel een dergelijk aanbod aankondigen of aanbevelen, [...], ongeacht de publicatiewijze, pas worden gepubliceerd na goedkeuring door de FSMA.”*

Voor instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte en voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG geldt op grond van artikel 155, § 1, van de wet van 3 augustus 2012 eveneens dat *“de berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming van een instelling voor collectieve belegging dan wel een dergelijk aanbod aankondigen of aanbevelen, [...] pas [mogen] worden gepubliceerd na goedkeuring door de FSMA.”*

Artikel 37, § 2, van het KB van 12 november 2012, zoals van toepassing op het ogenblik van de feiten³ en ook in de huidige vorm, legt m.b.t. de voorafgaande goedkeuring door de FSMA van berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming van een ICB een bijzondere verantwoordelijkheid bij de betrokken compliance verantwoordelijke(n): *“Onverminderd de toepassing van artikel 60, § 3 van de wet, moet elk ontwerp van bericht, reclame of een ander stuk bedoeld in paragraaf 1, eerste lid [nl. berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging], ter goedkeuring worden voorgelegd aan de FSMA, in de vorm waarin het in het publiek zal worden verspreid. Als een compliance functie werd opgericht bij een instelling die een in paragraaf 1, eerste lid bedoeld ontwerp opstelt, dan wel ter goedkeuring voorlegt aan de FSMA, neemt deze de nodige maatregelen om te verzekeren dat het ontwerp voldoet aan de bepalingen van de wet en van dit besluit”.*

3. Berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een ICB, dan wel het openbaar aanbod aankondigen of aanbevelen moeten niet alleen voorafgaand door de FSMA worden goedgekeurd, maar moeten bovendien diverse inhoudelijke en vormelijke vereisten naleven.

³ Artikel 37, § 2, van het KB van 12 november 2012 werd gewijzigd door het Koninklijk Besluit van 25 april 2014 betreffende bepaalde informatieverplichtingen bij de commercialisering van financiële producten bij niet-professionele cliënten (hierna: “Transversaal KB”), dat zelf werd vervangen door het Koninklijk Besluit van 2 juni 2015 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 25 april 2014 betreffende bepaalde informatieverplichtingen bij de commercialisering van financiële producten bij niet-professionele cliënten, met ingang van 10 juni 2015. De huidige versie van deze bepaling luidt: *“Als een compliance functie werd opgericht bij een instelling die een in paragraaf 1, eerste lid bedoeld ontwerp opstelt, dan wel ter goedkeuring voorlegt aan de FSMA, neemt deze de nodige maatregelen om te verzekeren dat het ontwerp voldoet aan de bepalingen van de wet en van dit besluit.”*

Deze vereisten vloeien voor Belgische ICB's voort uit artikel 64, § 2,⁴ van de wet van 3 augustus 2012 en uit de artikelen 35 tot 46⁵ van het KB van 12 november 2012 en voor buitenlandse ICB's

⁴ Artikel 64, § 2, van de wet van 3 augustus 2012 bepaalt: *“De berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging met een veranderlijk aantal rechten van deelneming dan wel een dergelijk aanbod aankondigen of aanbevelen, moeten voldoen aan de volgende voorwaarden:*

1° zij vermelden dat er een prospectus en een document met essentiële beleggersinformatie is, wordt of zal worden gepubliceerd en geven aan waar de beleggers die documenten kunnen verkrijgen;

2° de erin vervatte informatie mag niet onjuist of misleidend zijn;

3° de erin vervatte informatie stemt overeen met de in het prospectus en de essentiële beleggersinformatie en hun bijwerkingen en aanvullingen verstrekte informatie indien die documenten reeds zijn gepubliceerd of, indien ze op een later tijdstip worden gepubliceerd, met de informatie die erin moet worden verstrekt.

Reclame moet duidelijk herkenbaar zijn als zodanig.”

⁵ Zoals van toepassing vóór de inwerkingtreding van de wijzigingsbepalingen van het Transversaal KB, zoals vervangen door het Koninklijk Besluit van 2 juni 2015 tot wijziging van het Transversaal KB vanaf 10 juni 2015. In casu zijn de artikelen 40 en 42, eerste lid, alsook bijlage B van het KB van 12 november 2012 van bijzonder belang. Artikel 40 van het KB van 12 november 2012, zoals van toepassing op 24 maart 2015, bepaalt:

“Onverminderd de toepassing van artikel 36, bevatten alle berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging minstens de volgende informatie:

1° de naam, de rechtsvorm en de nationaliteit van de instelling voor collectieve belegging;

2° een korte aanduiding van het beleggingsbeleid;

3° een verwijzing naar het prospectus, de essentiële beleggersinformatie en de laatste periodieke verslagen, alsook een aanduiding van de plaats waar en in welke taal deze documenten voor het publiek kosteloos verkrijgbaar worden gesteld of de wijze waarop zij voor het publiek toegankelijk zijn;

4° de identiteit van de in artikel 85, § 2 van de wet bedoelde onderneming;

5° de niet-recurrente kosten ten laste van de belegger;

6° de roerende voorheffing van toepassing op de distributieaandelen en, in voorkomend geval, op de kapitalisatieaandelen;

7° het vereiste aantal rechten van deelneming of het vereiste minimumbedrag bij de inschrijving;

8° de plaats waar de netto-inventariswaarde wordt bekendgemaakt.”

Artikel 42, eerste lid van het KB van 12 november 2012 bepaalde ten tijde van de relevante feiten: *“Indien berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging rendementen hernemen, worden deze rendementen vastgesteld overeenkomstig de preciseringen vervat in de bij dit besluit gevoegde bijlage B.”* Bijlage B, zoals van toepassing op 24 maart 2015, bevatte verschillende bepalingen aangaande *“verplicht te vermelden rendementscijfers in iedere publiciteit”, “optionele aanvullende rendementscijfers voor iedere publiciteit”* en *“aanvullende regels voor internet”*.

uit artikel 155, § 2,⁶ van de wet van 3 augustus 2012 en uit artikel 219, §§2 en 3,⁷ van het KB van 12 november 2012.

4. Het luik “fondsen” van de nieuwe website van Merit Capital en diverse berichten in de via deze website gepubliceerde nieuwsbrieven⁸ hebben betrekking op compartimenten van de Belgische ICB Merit Capital Global Investment Fund (“MCGI Fund”), waarvan Merit Capital de promotor, distributeur en de portefeuillebeheerder is, en op compartimenten van buitenlandse ICB’s.

⁶ Artikel 155, § 2, van de wet van 3 augustus 2012 bepaalt: “Onverminderd het tweede lid van deze paragraaf, kan de Koning, bij besluit genomen na advies van de FSMA:

1° volgens de aard van het aanbod, de minimuminhoud bepalen van de berichten, reclame of andere stukken die betrekking hebben op het aanbod dan wel het aanbod aankondigen of aanbevelen;

2° de termijnen en de publicatiewijze bepalen van de berichten, reclame of andere stukken die betrekking hebben op het aanbod dan wel het aanbod aankondigen of aanbevelen.

De berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op het aanbod dan wel het aanbod aankondigen of aanbevelen, moeten voldoen aan de volgende voorwaarden:

1° zij vermelden dat er een prospectus en een document met essentiële beleggersinformatie is, wordt of zal worden gepubliceerd en geven aan waar de beleggers die documenten kunnen verkrijgen;

2° de erin vervatte informatie mag niet onjuist of misleidend zijn;

3° de erin vervatte informatie stemt overeen met de in het prospectus, de essentiële beleggersinformatie en hun bijwerkingen verstrekte informatie indien die documenten reeds zijn gepubliceerd of, indien ze op een later tijdstip worden gepubliceerd, met de informatie die erin moet worden verstrekt.

Reclame moet duidelijk herkenbaar zijn als zodanig.”

⁷ Artikel 219, §§ 2 en 3, van het KB van 12 november 2012, zoals destijds van toepassing, bepaalde: “§ 2 De artikelen 35, 36, 37, §§ 1 en 2, eerste lid en 38 tot 46 zijn naar analogie toepasselijk op:

1° de berichten, reclame en andere stukken die betrekking hebben op een openbaar aanbod van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte, die voldoet aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en is ingeschreven op de lijst bedoeld in artikel 149 van de wet;

2° de berichten, reclame en andere stukken die een aanbod, bedoeld sub 1°, aankondigen of aanbevelen.

§ 3 Niettegenstaande de toepassing van § 2 kan in berichten, reclame en andere stukken enkel melding worden gemaakt van rendementsberekeningen indien deze worden berekend overeenkomstig bijlage B, en van lopende kosten en risico- en opbrengstindicatoren indien deze worden berekend overeenkomstig de bepalingen van Verordening 583/2010, zelfs indien deze gegevens worden vermeld in het laatste prospectus of de meest recente essentiële beleggersinformatie.”

⁸ Bijvoorbeeld de publicaties m.b.t. “Merit Care Fund” en “Schroder ISF Indian Equity” op pp. 6 en 5 van de nieuwsbrief van april 2014, m.b.t. “Schroder ISF Asian Equity Yield” op p. 6 van de nieuwsbrief van oktober 2014, m.b.t. “Legg Mason Western Asset Macro Opportunities”, “Amundi Global Aggregate”, “Nordea Emerging Stars”, “Schroder ISF European Dividend Maximiser” op p. 7 van de nieuwsbrief van januari 2015 en m.b.t. “GARS (Global Absolute Return Strategies)” en “Pictet Security” op pp. 6 en 8 van de nieuwsbrief van april 2015.

De gepubliceerde berichten zijn te beschouwen als “*berichten, reclame en andere stukken*” zoals gedefinieerd in de destijds toepasselijke circulaire FSMA_2013_13 d.d. 27 juni 2013. Ze verstrekken ook voldoende informatie over de voorwaarden van het aanbod en over de aangeboden effecten⁹ om een belegger in staat te stellen tot aankoop van of inschrijving op deze effecten te besluiten. Het luik “fondsen” en de voormelde berichten in de nieuwsbrieven betreffen derhalve een openbaar aanbod van effecten in deze ICB’s (conform artikel 3, 13°, a), i), van de wet van 3 augustus 2012). Geen enkele van de uitzonderingen van artikel 5, § 1, van de wet van 3 augustus 2012 geldt in casu.

Merit Capital treedt op als distributeur van MCGI Fund (conform artikel 3, 30°, van de wet van 3 augustus 2012) en treedt voor de betrokken buitenlandse ICB’s op als distributeur of ontvangt een vergoeding naar aanleiding van de verkoop hiervan. Zij kan dan ook geacht worden bij het hierboven beschreven openbaar aanbod voor rekening van deze Belgische en buitenlandse ICB’s, conform artikel 3, 13°, a), i), van de wet van 3 augustus 2012, te handelen.

Voor de publicatie van de nieuwe website van Merit Capital (m.i.v. het luik “fondsen”) en van de diverse publicaties in de nieuwsbrieven op deze website, werd voorafgaand geen goedkeuring van de FSMA gevraagd.

Bijgevolg moet worden besloten dat Merit Capital minstens vanaf 24 maart 2015 berichten, reclame en andere stukken publiceerde, die betrekking hadden op een openbaar aanbod van effecten in de betrokken ICB’s dan wel een dergelijk aanbod aankondigden of aanbevalen, zonder dat hiervoor de goedkeuring van de FSMA was gevraagd. Ze overtrad aldus de regels ter zake (artikelen 60, § 3, en 155, § 1, van de wet van 3 augustus 2012) en schoot tevens tekort in haar compliance verantwoordelijkheid (artikel 37, § 2, van het KB van 12 november 2012).

5. Bovendien voldeden de aldus gepubliceerde berichten, reclame en andere stukken niet aan alle inhoudelijke en formele vereisten die werden opgelegd door de wet van 3 augustus 2012 en door het KB van 12 november 2012¹⁰.

Dit blijkt, bij wijze van voorbeeld, uit de opmerkingen betreffende de website die de FSMA maakte in haar e-mail aan Merit Capital d.d. 26 augustus 2015. De verwijdering door Merit Capital van de betrokken nieuwsbrieven van haar website en de vervanging ervan door, wel door de FSMA goedgekeurde publicaties (zie ook de brief van Merit Capital aan de FSMA d.d. 9 juli 2015) bevestigt zulks eveneens.

⁹ Overeenkomstig artikel 3, 16° van de wet van 3 augustus 2012 worden onder “*effecten van een instelling voor collectieve belegging*” begrepen:

“a) de rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging, en

b) de overige financiële instrumenten die een instelling voor collectieve belegging in voorkomend geval gerechtigd is uit te geven, rekening houdend met de categorie van toegelaten beleggingen waarvoor zij heeft geopteerd conform artikel 7”.

¹⁰ Zoals van toepassing op het ogenblik van de feiten.



Derhalve is tevens te besluiten tot een schending in hoofde van Merit Capital van de bepalingen van artikelen 64, § 2, en 155, § 2, van de wet van 3 augustus 2012, alsook van artikel 219, §§ 2 en 3, van onderafdeling II, titel II, hoofdstuk I, afdeling II en van bijlage B van het KB van 12 november 2012.

* * *

Overwegende dat Merit Capital aan het onderzoek heeft meegewerkt;

Overwegende dat deze omstandigheid een minnelijke schikking mogelijk maakt onder de in artikel 71, § 3, van de wet van 2 augustus 2002 bedoelde voorwaarden;

Overwegende dat er een periode van ruim 5 maanden is verlopen vooraleer Merit Capital aan de betrokken bepalingen van de wet van 3 augustus 2012 en van het KB van 12 november 2012 voldeed;

Overwegende dat de minnelijke schikking een snelle en definitieve regeling toelaat van de procedure ingesteld tegen Merit Capital;

Overwegende dat het bedrag van de minnelijke schikking in verhouding moet staan tot de aard van de feiten;

Overwegende dat artikel 71, § 3, van de wet van 2 augustus 2002 voorschrijft dat de minnelijke schikkingen worden bekendgemaakt op de website van de FSMA;

Overwegende dat de nominatieve bekendmaking van de minnelijke schikking op de website van de FSMA belangrijk is voor het beleggersvertrouwen en de transparantie en objectiviteit van de procedure en van het optreden van de FSMA waarborgt;



AUTORITEIT
VOOR
FINANCIËLE
DIENSTEN
EN MARKTEN

De Auditeur

Om deze redenen,

stelt de Auditeur van de FSMA aan Merit Capital, als minnelijke schikking in de zin van artikel 71, § 3, van de wet van 2 augustus 2002, de betaling van de som van 120.000 euro voor, samen met de nominatieve bekendmaking van deze minnelijke schikking op de website van de FSMA.

Gedaan te Brussel, in drie exemplaren, op 29 april 2016.

De Auditeur,

Albert Niesten

Merit Capital, vertegenwoordigd door

verklaart in te stemmen met het geformuleerde voorstel tot minnelijke schikking, bestaande uit de betaling van de som van 120.000 EUR, samen met de nominatieve bekendmaking van de minnelijke schikking op de website van de FSMA.

Merit Capital heeft er nota van genomen dat dit voorstel pas van kracht kan worden nadat het overeenkomstig artikel 71, § 3, van de wet van 2 augustus 2002 door het directiecomité van de FSMA is aanvaard en dat desgevallend tegen de beslissing van het directiecomité om een minnelijke schikking te aanvaarden geen beroep kan worden aangetekend.

Gedaan te Antwerpen, in drie exemplaren, op 12 mei 2016.

Voor akkoord,

Voor Merit Capital NV,