



DOOR PROF. MR. W.A.K. RANK, ADVOCaat BIJ NAUTADUTILH TE AMSTERDAM  
EN HOGLERAAR FINANCIËEL RECHT AAN DE UNIVERSITEIT LEIDEN

# COLUMN

## AIFMD-bewaarder: bewaarder, bewaker en gevangene?

**De bewaarder van een beleggingsinstelling heeft behalve bewaartaken ook allerlei controletaken. Daarnaast is de bewaarder in beginsel aansprakelijk voor het verlies van door hem bewaarde financiële instrumenten. Hij is aldus niet alleen bewaarder, maar ook bewaker en gevangene van de beleggingsinstelling.**

De positie van een AIFMD-bewaarder verschilt aanzienlijk van die van een gewone custodian. Net als een gewone custodian heeft een AIFMD-bewaarder een bewaartak. Deze bewaartak houdt in dat activa van de beleggingsinstelling bestaande in financiële instrumenten door de bewaarder giraal of fysiek in bewaring worden genomen. Het gaat daarbij om overdraagbare effecten, geldmarkt-instrumenten en deelnemingsrechten die geschikt zijn om in een rekening te worden gehouden – gegiraliseerde effecten – en om financiële instrumenten van deze typen in de vorm van toonderstukken. Anders dan een gewone custodian heeft een AIFMD-bewaarder echter ook allerlei controletaken met betrekking tot de activa, kasstromen en deelnemingsrechten van de beleggingsinstelling. Verder is de positie van een AIFMD-bewaarder in zoverre anders dan die van een gewone custodian, dat een AIFMD-bewaarder, ook zonder dat hem ter zake enig verwijt valt te maken, in beginsel aansprakelijk is voor het verlies van door hem bewaarde financiële instrumenten.

De AIFMD-bewaarder heeft allereerst een controletaak ten aanzien van activa van de beleggingsinstelling die niet geschikt zijn om in bewaring te worden genomen. Het betreft hier financiële instrumenten die niet in een rekening kunnen worden gehouden en die evenmin in toondervorm bestaan, en andere activa dan financiële instrumenten, zoals vastgoed, schepen en private equity-belangen. De AIFMD-bewaarder moet vaststellen of de beleggingsinstelling de eigenaar van deze activa is en daarvan een register bijhouden. Hoever deze onderzoeksverplichting strekt, hangt af van de aard van de activa. Bij aandelen op naam of vastgoed zal de AIFMD-bewaarder een onderzoek moeten uitvoeren dat vergelijkbaar is met de door een notaris uit te voeren titelrecherche bij transacties in dergelijke activa. De AIFMD-bewaarder

heeft ook controletaken met betrekking tot de kasstromen en deelnemingsrechten van de beleggingsinstelling. De AIFMD-bewaarder moet erop toezien dat alle betalingen door of namens beleggers bij inschrijving op deelnemingsrechten door de beleggingsinstelling zijn ontvangen en dat alle gelden worden geboekt op de daarvoor bestemde geldrekening. De AIFMD-bewaarder dient dagelijks een koppeling te maken tussen de kasstromen en de financiële administratie en dient significante kasstromen en kasstromen die mogelijk niet te rijmen zijn met de bedrijfsvoering te kunnen verklaren. Verder moet hij toezien op de verkoop, uitgifte, inkoop en terugbetaling van deelnemingsrechten, een juiste berekening van de waarde van deze deelnemingsrechten en een correcte uitvoering van het beleggingsbeleid. Zo wordt de bewaarder ook een bewaker.

Anders dan een gewone custodian, is een AIFMD-bewaarder, ook zonder dat hem enig verwijt valt te maken, in beginsel aansprakelijk voor het verlies van door hem bewaarde financiële instrumenten. Hij kan deze aansprakelijkheid niet beperken of uitsluiten. Hij is alleen dan niet aansprakelijk als sprake is van overmacht: als hij kan aantonen dat het verlies het gevolg is van een externe gebeurtenis waarover hij redelijkerwijs geen controle heeft en waarvan de gevolgen onvermijdelijk waren. Daarvan zal niet snel sprake zijn. De AIFMD-bewaarder is ook aansprakelijk voor het verlies van financiële instrumenten in het geval van delegatie van de bewaartak aan een onderbewaarder. Uitsluiting van aansprakelijkheid door de AIFMD-bewaarder is in dat geval wel mogelijk, maar alleen als de aansprakelijkheid wordt overgenomen door de onderbewaarder en de beleggingsinstelling daarmee instemt. Zo is de AIFMD-bewaarder ook de gevangene van de beleggingsinstelling. «