

154. Gelijk oversteken (I)

De notary letter in transacties

MR. D.J.S. MEIJEREN EN MR. DR. P.H.N. QUIST

In transacties rijst regelmatig de vraag: wordt er eerst betaald en dan geleverd, of eerst geleverd en dan betaald? Het antwoord op die vraag hangt er meestal vanaf of je de verkoper spreekt – die zal opteren voor eerst betaald krijgen en dan leveren – of koper – die voor het omgekeerde zal kiezen. Gelijk oversteken zou natuurlijk het mooist zijn. De oplossing in Nederlandse verhoudingen is doorgaans eenvoudig: betrek er een *trusted party* bij. Deze ontvangt de gelden op zijn, van zijn eigen vermogen afgezonderde, rekening en houdt de gelden voor de koper, totdat levering plaats heeft gevonden, per welk moment hij de gelden voor de verkoper houdt. Conceptueel niet al te ingewikkeld en een kwestie van goed documenteren. In de praktijk zal de notaris vaak de *trusted party* zijn en wordt het geld overgemaakt op de door de notaris gehouden kwaliteitsrekening. De notary letter is het stuk dat wordt opgesteld om dit te documenteren.

1. Inleiding

Wat staat er nu eigenlijk allemaal in zo'n notary letter, wie zijn partij bij de notary letter en wat zijn nu typisch punten waar partijen over discussiëren bij het uitonderhandelen van de notary letter? Allemaal vragen waar wij in dit artikel, dat in twee delen zal verschijnen, een antwoord op geven. In dit eerste deel schetsen we een eenvoudige casus waarin de notary letter een centrale rol inneemt, staan we kort stil bij de risico's in een transactie en behandelen we het karakter van de kwaliteitsrekening. In het tweede deel van het artikel gaan wij dieper in op de door ons in het eerste deel gestelde vragen. Op Opmaat (Sdu) is ook een voorbeeld van een notary letter voor een aandelentransactie opgenomen.

2. Casus

Verkoper verkoopt aan koper 100% van de aandelen in diens dochtervennootschap. Eerder is de aankoop door verkoper gefinancierd met een geldlening, aangetrokken bij een bank (de 'uitgaande bank'). Tot zekerheid van de uit de geldlening voortvloeiende verplichtingen is ten behoeve van de uitgaande bank een pandrecht op de aandelen in het kapitaal van de dochtervennootschap gevestigd (de 'aandelen').

Om de aankoop van de aandelen te financieren trekt koper een lening aan bij een bank (de 'inkomende bank') en zal koper zekerheid verstrekken aan de inkomende bank, ook hier in de vorm van een pandrecht op de aandelen in het kapitaal van de te verkrijgen dochtervennootschap. Het

gedeelte van de koopsom dat niet door de inkomende bank wordt gefinancierd zal koper voldoen uit eigen middelen.

Op *closing*, het sluitstuk van de transactie waarbij de aandelen aan koper worden overgedragen, wordt het geld dat door de inkomende bank aan koper wordt geleend, tezamen met de eigen middelen van koper, aangewend om verkoper en de uitgaande bank te voldoen. De ten behoeve van de uitgaande bank gevestigde zekerheid (het pandrecht op de aandelen) wordt opgezegd¹ en een nieuw pandrecht ten behoeve van de inkomende bank wordt gevestigd.

3. De risico's

De hiervoor geschetste casus maakt duidelijk dat een relatief eenvoudige transactie al snel uit veel verschillende stappen bestaat: het ondertekenen van de koopovereenkomst, het ondertekenen van de leningsdocumentatie, het passeren van de akte van levering, het vrijgeven van het gevestigde pandrecht en het passeren van de akte van verpanding. Wie welke handeling op welk moment uitvoert is van belang, met name in het licht van een mogelijk faillissement van een van de partijen. Faillissement heeft immers beschikkingsonbevoegdheid (en beheersonbevoegdheid) van de betreffende partij tot gevolg en een namens een failliete partij uitgevoerde handeling ter betaling, levering of

¹ Een pandrecht of hypotheekrecht gaat onder meer teniet door afstand, opzegging of door het tenietgaan van de vordering tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd. Welke wijze van beëindiging in de betreffende transactie een rol speelt zal moeten worden geverifieerd aan de hand van de onderliggende zekerheidsdocumentatie.

vestiging van een beperkt recht welke niet door de curator geschiedt, geschiedt onbevoegd. Een verleende volmacht vervalt door faillissement van de volmachtgever, ook indien in de volmacht is opgenomen dat deze onherroepelijk is.²

Het aanvaarden van de aandelen door de koper bij de akte van levering is geen beschikkingshandeling

Een faillissement werkt terug tot het begin van de dag waarop het wordt uitgesproken. Op het moment van passeren kan er ogenschijnlijk dus niets aan de hand zijn, maar een later die dag uitgesproken faillissement leidt alsnog tot faillissement ten tijde van het passeren. Onder meer de volgende scenario's zijn denkbaar:

- Koper is failliet op het moment dat hij de koopsom aan de notaris betaalt.
- Koper is failliet gegaan na betaling van de koopsom als onder a. omschreven maar voordat de leveringsakte en pandakte worden gepasseerd.
- Verkoper is failliet op het moment dat de leveringsakte wordt gepasseerd.
- Verkoper is failliet gegaan één dag of later nadat de leveringsakte is gepasseerd maar voor de uitboeking van de gelden.

Blijkt achteraf dat koper op het moment van de overboeking failliet was, dan is de overboeking onbevoegd verricht

Elk van deze scenario's vraagt een eigen analyse en aanpak. Zo zal het overboeken van gelden door koper naar de kwaliteitsrekening van de notaris kwalificeren als een beschikkingshandeling. Blijkt (achteraf) dat de koper op het moment van de overboeking failliet is, dan is de overboeking naar de kwaliteitsrekening niet geldig door koper verricht.³ De koper die de leveringsakte ondertekent verricht echter geen beschikkingshandeling en zou in geval van diens faillissement wel geldig geleverd krijgen. De failliete koper heeft in dat geval wel de aandelen verkregen maar heeft daar niet voor betaald. De verkoper zit dan zonder aandelen en zonder koopsom, hij blijft achter met enkel een concurrente vordering. Het vestigen van een pandrecht door koper kwalificeert wel als een beschikkingshandeling die door het faillissement van koper geraakt wordt. Het

pandrecht op de aandelen dat koper en de inkomende bank voor ogen hadden is dan niet rechtsgeldig tot stand gekomen.

Aangezien een uitgesproken faillissement terugwerkt tot het begin van die dag, houdt het passeren van de leveringsakte op de dag dat de gelden bij de notaris op de kwaliteitsrekening worden geboekt dus een zeker risico in. Is de koopsom een dag voor de transactie overgeboekt, dan kan op de dag van de transactie door raadpleging van het insolventieregister worden gecheckt of koper ten tijde van de overboeking al dan niet failliet was. Is de koopsom bevoegdelijk bij de notaris op de kwaliteitsrekening gestort, dan heeft een later faillissement van koper daar (in beginsel) geen invloed meer op⁴ en kan de notaris – mits aan de overige voorwaarden van een geldige onbezwaarde levering is voldaan – na closing aan de verkoper uitbetalen. In het tweede deel van dit artikel zullen we elk van deze scenario's nader belichten.

Het is niet aan de notaris om zijn dienst te weigeren als goed geïnformeerde partijen ervoor kiezen de betalingen en de transactie op één en dezelfde dag te laten plaatsvinden

De notary letter is een instrument bij de closing. De transactie is dan al vorm gegeven. De structurering van een transactie, het opzeggen en vestigen van zekerheden in het kader van de closing en daarmee de wijze waarop het transactierisico als zodanig van verkoper, koper en de bank kan worden geminimaliseerd heeft dan al grotendeels plaatsgevonden. De structurering van de transactie voorafgaand aan de closing gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Voor deze verhandeling over de notary letter gaan wij ervan uit dat de structurering heeft plaatsgevonden en dat de gesignaleerde risico's zijn geadresseerd in de betreffende onderliggende transactiedocumentatie.⁵ Wij realiseren ons daarbij overigens dat sommige (praktische) transactierisico's ten aanzien van timing van de verschillende op closing uit te voeren rechtshandelingen niet zelden pas in de aanloop naar closing en bij het opstellen van de notary letter onder ogen worden gezien.

4. De notariële kwaliteitsrekening

In de notary letter speelt de kwaliteitsrekening van de notaris een centrale rol. Art.25 lid 1 Wet op het notarisambt ('Wna') bepaalt dat de notaris verplicht is een of meer bijzondere rekeningen aan te houden die uitsluitend

² Art. 3:72 lid 1 onder a BW.

³ De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Vis q.q./NMB* (HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, NJ 1990/1) ten aanzien van girale betalingen overwogen dat het beginsel van art. 23 Fw meebrengt dat de curator het giraal betaalde bedrag kan terugvorderen, als 'de bank waaraan de overboekingsopdracht werd gegeven, bij aanvang van de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen heeft verricht, die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten.'

⁴ Dit op grond van de voorwaardelijkheid van de vordering die de koper op de notaris heeft, zie hierna onder 4.

⁵ Wij volstaan hier met een verwijzing naar de artikelen van M.M.G.B. van Drunen, 'Gevolgen faillissement koper', *WPNR* 2014/7036, p. 999-1005 en 'Vastgoedtransacties zonder kwaliteitsrekening', *WPNR* 2018/7180, p. 131-140.

bestemd zijn voor gelden die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt. Deze notariële kwaliteitsrekening vormt een krachtens wetsbepaling van het privévermogen of ondernemingsvermogen van de notaris afgescheiden vermogen.⁶ Het vorderingsrecht voortvloeiende uit de kwaliteitsrekening behoort weliswaar toe aan de gezamenlijke rechthebbenden, maar alleen de notaris is bevoegd om de kwaliteitsrekening te beheren en hierover te beschikken. In die zin houdt de notaris de gelden voor de rechthebbenden.⁷

Zowel koper als verkoper hebben een voorwaardelijke vordering op de notaris tot uitbetaling van de koopsom

Het vierde lid van art. 25 Wna bepaalt dat een rechthebbende te allen tijde recht heeft op uitkering van zijn aandeel in het saldo van de kwaliteitsrekening, *tenzij uit de aard van zijn recht anders voortvloeit*. Die uitzondering op de hoofdregel is in de praktijk belangrijk. De gelden die een koper immers bij de notaris parkeert in het kader van een transactie worden bij de notaris op de kwaliteitsrekening gezet teneinde de koopsom aan de verkoper te voldoen. Blijkens vaste rechtspraak⁸ hebben zowel koper als verkoper slechts een voorwaardelijke vordering op de notaris. De koper houdt een vordering op de notaris tot terugbetaling van de koopsom onder de opschortende voorwaarde dat de overdracht van de aandelen geen doorgang vindt. De verkoper onder de opschortende voorwaarde dat de overdracht wel doorgang vindt. Deze regel kan in de praktijk tot vragen leiden. Wanneer verandert het recht van koper om te allen tijde uitkering van zijn aandeel te verlangen nu in een voorwaardelijk recht? Wij denken dat weinig notarissen aan een op de dag van closing gedaan verzoek van koper om de gelden terug naar de rekening van koper te boeken zonder meer gehoor zullen geven. Maar wat te vinden van zo'n verzoek wanneer de closing met twee dagen wordt uitgesteld, of met een week? Vragen waar de notaris desgevraagd antwoord op zal moeten geven waar de wet dat niet direct geeft. In de notary letter kunnen hier afspraken tussen partijen over worden gemaakt. Indien er geen notary letter is kan als regel worden aangehouden dat gelden die op de kwaliteitsrekening zijn overboekt inzake een op korte termijn, concreet voorziene closing niet zonder meer op verzoek van de betalende partij door de notaris kunnen worden teruggeboekt. Dit is het directe gevolg van

het feit dat koper en verkoper 'slechts' een voorwaardelijke vordering op de notaris hebben.

5. De notary letter

De notary letter is het document waarin beschreven staat op welke wijze gebruik wordt gemaakt van de kwaliteitsrekening. Het beschrijft wie onder welke voorwaarden welke bedragen op de kwaliteitsrekening stort, op welk moment de notaris de gelden voor welke partij houdt en wanneer de notaris de gelden uitboekt. Voorts beschrijft de notary letter wat er gebeurt indien de transactie niet verloopt zoals voorzien (bijvoorbeeld als beslag wordt gelegd of een partij failliet gaat).

De notary letter wordt door de notaris opgesteld en ondertekend. De notaris doet dit in de uitoefening van het ambt van notaris en dus als onpartijdige. De ondertekende notary letter wordt door de notaris aan in ieder geval koper en verkoper verzonden. Zij worden ook partij bij de notary letter, hetgeen doorgaans wordt geformaliseerd door mede-ondertekening van de notary letter.

Wie zijn verder nog partij bij de notary letter? Vanuit een theoretisch standpunt zal het antwoord luiden: 'alle betrokkenen'. Het verdient immers de voorkeur dat alle partijen die in de transactie geld overmaken of geld ontvangen en/of in het kader van de transactie iets leveren of geleverd krijgen, het in de notary letter beschreven mechanisme onderschrijven en zich daar aldus aan committeren. Vanuit een praktisch oogpunt zal dit echter niet altijd mogelijk zijn. Zeker bij de wat complexere transacties kan het aantal betrokken partijen flink oplopen. Waar de ondertekenende partij een niet-Nederlandse entiteit is zal de notaris ook na moeten laten gaan of de persoon die tekent wel bevoegde vertegenwoordiger is.⁹ Daarnaast dient de notaris ten aanzien van alle partijen bij de notary letter zijn KYC-onderzoek te verrichten¹⁰. Banken blijken niet altijd genegen de notary letter te tekenen omdat interne autorisatie soms lastig blijkt nu het hier geen gestandaardiseerde bankdocumentatie betreft. Toezending en bevestiging voor akkoord per e-mail moet in dat geval volstaan.

Indien een van de betrokkenen geen partij is bij de notary letter maar wel recht heeft op betaling in het kader van de transactie, zal deze betaling ook in de notary letter beschreven moeten worden. Het feit dat deze betaling beschreven

6 Vgl. bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1993/94*, 23706, nr. 3, p. 28 of J.D.M. Schoonbrood & B.S. Veldkamp, 'De notary letter in de transactiepraktijk', *WPNR* 2010/6847, p. 499 – 509 en de aldaar aangehaalde literatuur.

7 Zie art. 25 lid 2 en 3 Wna.

8 Zie in deze zin reeds HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9441, *NJ* 2002/371, m.nt. Snijders (mr. Koren q.q./mr. Tekstra q.q.), onder verwijzing naar de systematiek van art. 25 Wna of meer recent HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4948, *NJ* 2011/372, m.nt. Van Mierlo (*Ontvanger/mr. Eijking q.q.*) of HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1043.

9 De notaris is verplicht om te controleren of rechtspersonen geldig vertegenwoordigd zijn. Voor Nederlandse partijen zal de notaris dit zelf kunnen controleren (aan de hand van de statuten en via het handelsregister), bij buitenlandse partijen zal de notaris dit aan een onder het betreffende buitenlands recht geschoolde jurist willen vragen.

10 In vergelijkbare zin J.D.M. Schoonbrood & B.S. Veldkamp, 'De notary letter in de transactiepraktijk', *WPNR* 2010/6847, par. 7. In hoeverre de notaris op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ('Wwft') al een zelfstandige verplichting heeft om alle betrokkenen te identificeren laten wij hier buiten beschouwing. Wij volstaan met de opmerking dat men kan discussiëren over de vraag welke partijen onder het begrip 'client' zoals gehanteerd in de Wwft vallen.

wordt, doet de vraag rijzen of de partij die recht heeft op de betaling ook jegens de notaris rechten heeft onder de notary letter. Wij zijn van mening dat dit vaak het geval zal zijn. De betreffende bepaling in de notary letter zal veelal hebben te gelden als een derdenbeding ten behoeve van die partij. Dit lijkt ons ook in overeenstemming met de zorgplicht die de notaris heeft. Hij dient rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van alle betrokkenen en mag verwachten dat zij hem daar op kunnen aanspreken. Om eventuele discussie¹¹ hieromtrent te voorkomen kan in de notary letter expliciet worden opgenomen dat het hier om een derdenbeding gaat.¹²

Een notary letter is een technisch-mechanisch document en niet geschikt voor het maken van nieuwe commerciële afspraken tussen partijen

Een notary letter is een technisch-mechanisch document. Wij bedoelen daarmee dat de notary letter niet het instrument is om nieuwe of aanvullende (commerciële) afspraken tussen partijen op te nemen of een titel voor het doen van een betaling te creëren. De notary letter beschrijft alleen wat rechtens is op het moment dat de transactie wordt uitgevoerd conform de afspraken van partijen (met alle *hick-ups* die zich daarbij voor kunnen doen). Alles wat partijen zijn overeengekomen dient in de onderliggende transactiedocumentatie te zijn vastgelegd. Dat kan een koopovereenkomst, een geldleningsovereenkomst of een overeenkomst sui generis zijn.

Wanneer bijvoorbeeld niet de koper maar een zustervenootschap van de koper (namens koper) gelden overboekt op de kwaliteitsrekening van de notaris dan dient de titel op basis waarvan deze zustervenootschap dat doet in een separaat document zijn vastgelegd. In de notary letter zou wel kort moeten worden verwezen naar het feit dat de gelden niet door maar namens koper op de kwaliteitsrekening van de notaris worden gestort. Wordt dit niet (op zijn minst summier) in de notary letter beschreven, dan ziet de notaris zich op closing geconfronteerd met een betaling op zijn kwaliteitsrekening die hij niet direct kan verklaren. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld het bepaalde in art. 25 lid 8 Wna waaruit blijkt dat de notaris te allen tijde

aan moet kunnen tonen wat de aard van de betaling is, wie de betaling heeft gedaan en hoe de betaling zich verhoudt tot de transactie waar de notaris bij betrokken is.¹³

Overigens wordt in de praktijk nog weleens de vraag gesteld of het überhaupt is toegestaan dat een derde namens koper gelden bij de notaris op de kwaliteitsrekening stort. Art. 25 lid 1 Wna spreekt namelijk over gelden die aan de notaris in verband met zijn werkzaamheden als zodanig worden toevertrouwd. Het overboeken van gelden door een derde zou, in de lezing die sommige adviseurs aanhouden, te ver verwijderd staan van de werkzaamheden als zodanig. Dit standpunt doet naar onze mening onvoldoende recht aan thans gebruikelijke (complexe) financieringsstructuren waarbij binnen een groep van vennootschappen vaak één bepaalde entiteit is belast met het cashmanagement van alle groepsvennootschappen. Het lijkt naar wij menen geen twijfel dat een groepsvennootschap van koper namens koper gelden over kan maken op de kwaliteitsrekening van de notaris. Ook zal het in voorkomende gevallen mogelijk moeten zijn dat een derde – niet zijnde een groepsvennootschap – gelden overmaakt. Uiteraard dient de notaris wel in alle gevallen volledig te begrijpen wie deze derde is en waarom deze derde dat doet.¹⁴ Hoe verder de derde van de transactie af staat, hoe kritischer de notaris zal moeten zijn.

Het uitgangspunt bij de opstelling van de notary letter is dat deze een duidelijke omschrijving geeft van de transactie(documentatie), de betrokkenen, het closingmechanisme en de geldstromen waarbij uitgangspunt is dat zo veel als mogelijk ‘gelijk wordt overgestoken’. Wij zullen hier in het tweede deel van dit artikel nader bij stilstaan. Daarin behandelen wij ook wat de punten zijn waar partijen vaak over discussiëren bij het uitonderhandelen van de notary letter, gaan we verder in op de in dit deel geschetste scenario’s en behandelen wij bijkomende aspecten in het geval van een vastgoedtransactie, het inschakelen van andere trusted parties dan de notaris en het faillissementsrisico bij buitenlandse partijen.

Over de auteurs

Mr. D.J.S. (David) Meijeren

Kandidaat-notaris en partner bij Q.G.M.

Mr. dr. P.H.N. (Paul) Quist

Notaris en partner bij Q.G.M.

11 Het zal dan met name gaan om het voorkomen van discussie met een van de andere partijen, niet zijnde die derde, die mogelijk betwist dat de notaris aan die derde kan betalen.

12 J.D.M. Schoonbrood & B.S. Veldkamp, ‘De notary letter in de transactiepraktijk’, *WPNR* 2010/6847, par. 7.

13 De notaris is verder verantwoordelijk voor een deugdelijke organisatie van zijn boekhouding. Onderzoek naar de herkomst van inkomende gelden is nodig met het oog op civielrechtelijke verplichtingen van de notaris als opdrachtnemer. Maar ook de verplichtingen voortvloeiend uit de Wwft, zetten de notaris daartoe aan (art. 3 lid 2 sub d Wwft: het cliëntenonderzoek moet zo nodig mede onderzoek omvatten naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie gebruikt worden. Zie Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019/22.4.)

14 Zie eveneens J.D.M. Schoonbrood & B.S. Veldkamp, ‘De notary letter in de transactiepraktijk’, *WPNR* 2010/6847, par. 13.