

# 279. Gelijk oversteken (II)<sup>1</sup>

## 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? De oplossing in Nederlandse verhoudingen is doorgaans eenvoudig: betrek er een trusted party bij. 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. 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?

### 1. Inleiding

In deel I van dit artikel schetsten wij een eenvoudige casus waarin de notary letter een centrale rol in kan nemen. Wij stonden kort stil bij de faillissementsrisico's in een transactie en schetsten de volgende scenario's:

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

Wij behandelden verder het karakter van de kwaliteitsrekening en sloten deel I af met een korte beschrijving van wat een notary letter is en wat ermee wordt beoogd.

In dit deel gaan wij nader in op de vraag wat er eigenlijk allemaal in zo'n notary letter staat, wie partij bij de notary letter zijn en wat de punten zijn waar partijen over discussiëren bij het uitonderhandelen van de notary letter. Een voorbeeld van een notary letter voor een aandelentransactie is reeds opgenomen op OpMaat (Sdu Uitgevers) bij deel I van ons artikel in *TOP* nr. 3. Dit kan als uitgangspunt dienen bij opstelling van een notary letter in een concreet geval.

<sup>1</sup> Deel I van dit artikel verscheen in *TOP* 2020/154.

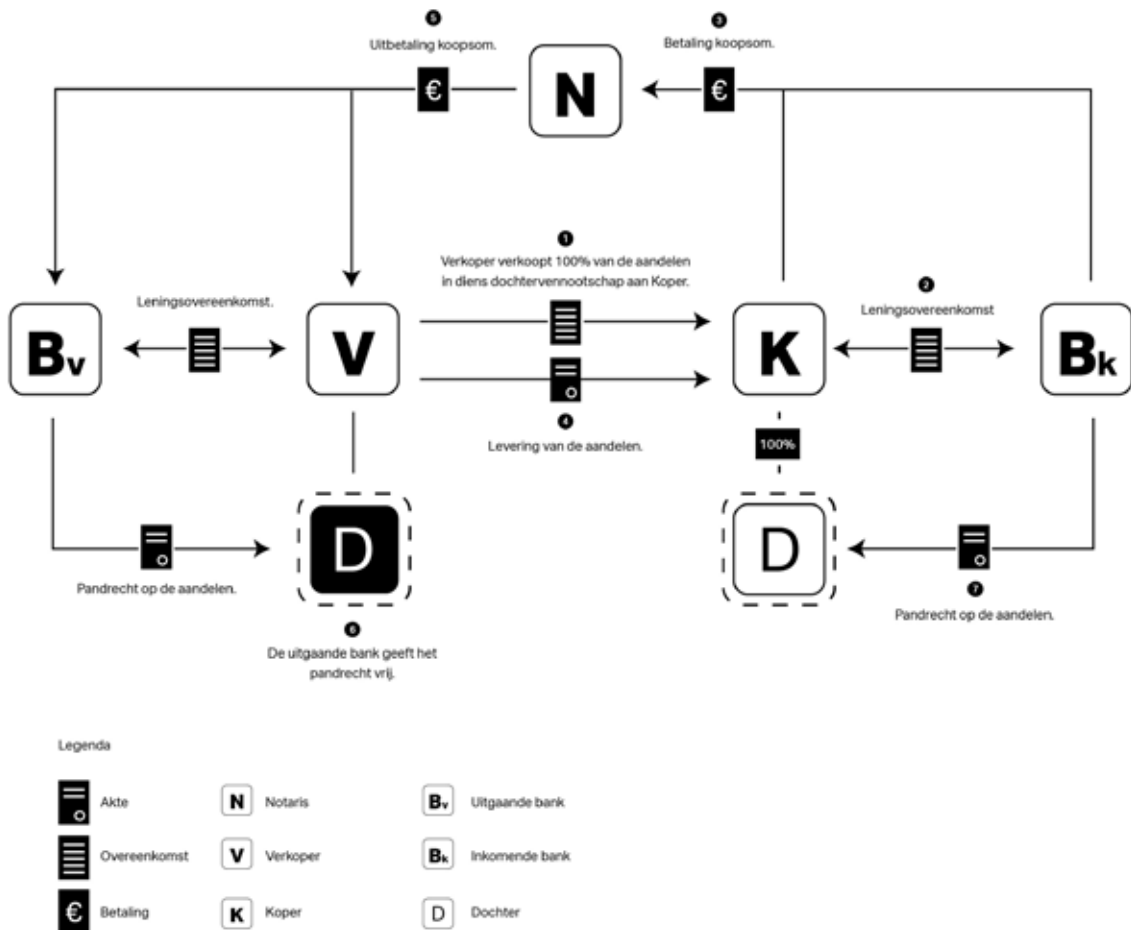
De casus

1. Verkoper (V) verkoopt aan koper (K) 100% van de aandelen in diens dochtervennootschap (D). Eerder is de aankoop door verkoper gefinancierd met een geldlening, aangetrokken bij een bank (de 'uitgaande bank', (Bv)). 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').

2. Om de aankoop van de aandelen te financieren trekt koper een lening aan bij een bank (de 'inkomende bank' (Bk)) 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.

3., 4. en 5. Op closing 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.

6 en 7. De ten behoeve van de uitgaande bank gevestigde zekerheid (het pandrecht op de aandelen) wordt opgezegd en een nieuw pandrecht ten behoeve van de inkomende bank wordt gevestigd.



Figuur 1 De casus

## 2. Hoe maak je een notary letter?

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'. De bestanddelen van de notary letter zijn dan de volgende:

(i) De *transactie* wordt omschreven; het is van belang om aan te geven waarom de notaris gelden op de kwaliteitsrekening verwacht te ontvangen. Er moet een wettelijk toelaatbare reden zijn voor het gebruik van de kwaliteitsrekening. Deze wettelijk toelaatbare reden is er in ieder geval indien de wet de tussenkomst van de notaris voorschrijft zoals bijvoorbeeld bij de overdracht van aandelen of een registergoed. Naar onze mening kan deze wettelijk toelaatbare reden ook aanwezig zijn indien de notaris betrokken is bij het opstellen van andere (notariële) stukken, zoals bijvoorbeeld een notariële vaststellingsovereenkomst. Waar de grens voor het mogelijke gebruik van de kwaliteitsrekening precies ligt is niet altijd even makkelijk vast te stellen. Wanneer de betrokkenheid van de notaris beperkt is tot het ontvangen en uitboeken van gelden dan zal hij in ieder geval zijn dienst moeten weigeren. Een notaris mag immers niet als bank fungeren.

(ii) Een *overzicht van de betrokken partijen* en een *overzicht van de relevante transactiedocumentatie* wordt opgenomen; het is van belang om vast te stellen wie bij de transactie betrokken zijn en welke transactiedocumentatie de verhoudingen tussen partijen ten aanzien van de transactie bepaalt. De notaris zal in ieder geval dienen te beschikken over de documentatie die ten grondslag ligt aan de betalingen naar en van de kwaliteitsrekening. Welke transactiedocumentatie de notaris verder nog wil inzien zal afhangen van de omstandigheden van het geval. De notaris zal er voldoende comfortabel mee moeten zijn dat hij de transactie begrijpt en overziet.

(iii) De *geldstromen* worden omschreven; het is niet alleen van belang om vast te stellen dat een bepaald bedrag bij de notaris op de kwaliteitsrekening wordt gestort, de notary letter zal ook in detail aan moeten geven van welke partij welk bedrag afkomstig is, en welke bedragen naar welke partij en op welk rekeningnummer uitbetaald moeten worden.

(iv) Omschreven wordt *wanneer precies de notaris welke gelden voor welke partij houdt*; het is van cruciaal belang om vast te kunnen stellen wanneer de notaris welke gelden voor wie houdt. Dit is een andere vraag dan de vraag aan wie de notaris uitbetaalt en wanneer de notaris uitbetaalt. Het moment van uitbetaling ligt immers later in de tijd dan het moment waarop de notaris die gelden gaat houden voor de partij aan wie betaald moet worden. Het antwoord

op de vraag voor wie de notaris gelden houdt is vooral van belang in geval van beslag of faillissement.<sup>2</sup>

(v) Het *moment van betaling* door partijen op de kwaliteitsrekening en uitbetaling door de notaris wordt omschreven; uitbetaling geschiedt op de eerste werkdag na het passeren van de akte indien door raadpleging van het insolventieregister is komen vast te staan dat partijen ten tijde van het passeren van de akte niet failliet waren. Daarbij kan ook worden bepaald of, en onder welke voorwaarden een partij terugboeking van het door hem op de kwaliteitsrekening overgemaakte bedrag kan vragen, bijvoorbeeld omdat de closing wordt uitgesteld.

(vi) De *closing ofwel het moment van passeren* van de diverse akten (en/of het ondertekenen of vrijgeven van diverse onderhandse stukken) en de volgorde waarin dit gebeurt wordt omschreven; het is van belang om duidelijk te hebben in welke volgorde stukken worden ondertekend.

(vii) De *vrijgave en vestiging van zekerheden* wordt omschreven; een inkomende bank zal zich bijvoorbeeld veelal op het standpunt stellen dat pas over het geld kan worden beschikt indien de zekerheden ten behoeve van deze bank geldig zijn gevestigd en vast staat dat de zekerheden welke ten behoeve van de vertrekende bank waren gevestigd zijn vrijgegeven.

(viii) Een *beschrijving van de checks die de notaris uitvoert*. De notary letter zal in redelijke mate in detail beschrijven welke specifieke checks de notaris uitvoert alvorens (a) over te gaan tot closing en (b) over te gaan tot het uitboeken van gelden. De notaris zal in ieder geval de voor de transactie relevante registers raadplegen, zoals bijvoorbeeld het faillissementenregister, het handelsregister, het kadaster en /of de gemeentelijke basisadministratie.

(ix) *Boilerplate*-bepalingen ten aanzien van bijvoorbeeld de allocatie van de mogelijke negatieve rente, het doen van kennisgevingen, toepasselijk recht en – niet onbelangrijk – een vrijwaring van de notaris.

## 3. Discussiepunten

Als de notary letter een louter mechanisch document moet zijn, dan kunnen er toch eigenlijk geen discussiepunten op komen? Dat blijkt in de praktijk toch vaak anders. In het heetst van de onderhandelingen wordt bij het opstellen van de transactiedocumentatie niet altijd even veel aandacht besteed aan de finesses van de closing. Ook laten sommige punten zich minder makkelijk 'vangen' in, bijvoorbeeld, een koopovereenkomst. In veel gevallen wordt pas op het moment dat de notaris een concept van de notary letter aan partijen toezendt de essentiële vraag gesteld wanneer de notaris welke gelden nu eigenlijk voor wie zal houden

2 Zie uitgebreid over faillissementsrisico M.M.G.B. van Drunen, 'Gevolgen faillissement koper', *WPNR* 2014/7036, p. 999-1006.

of wie de gelden daadwerkelijk naar de kwaliteitsrekening overmaakt. Hieronder enige punten van afstemming ten aanzien van de notary letter.

**(a) Ontvangst en uitboeking van gelden en dienstweigerings door de notaris**

De door veel banken toegepaste negatieve rente die vaak ook over de kwaliteitsrekening wordt berekend is reden om de gelden zo kort mogelijk op de kwaliteitsrekening van de notaris te laten staan. Los daarvan houden partijen daarover het liefst zo lang mogelijk de vrije beschikking. Daarbij komt dat het risico op faillissement door partijen niet zelden als tamelijk theoretisch wordt ervaren. De druk om op een en dezelfde dag de gelden aan de notaris over te maken, de leveringsakte en pandakte te passeren en de gelden uit te boeken is soms groot. Moet de notaris dan voet bij stuk houden en zijn dienst weigeren als de koopsom niet ten minste daags voor de transactiedatum op zijn derdengeldenrekening wordt bijgeschreven en niet eerder dan de dag na de transactie wordt uitgeboekt?

Eenzijds kan worden gesteld dat de notaris de rechtszekerheid moet dienen en dus al het mogelijke moet doen om de transactie op de overeengekomen wijze te laten plaatsvinden. Wie dit strikt doorredeneert zou dan tot de conclusie kunnen komen dat wanneer het faillissementsrisico van partijen niet wordt geminimaliseerd, de notaris zijn dienst moet onthouden. Anderzijds kan worden gesteld dat partijen, indien zij daaromtrent goed zijn geïnformeerd,

(a) indien hij de redelijke overtuiging of het vermoeden heeft dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht, (b) indien hij de redelijke overtuiging of het vermoeden heeft dat de inhoud van de akte waarvoor zijn tussenkomst is ingeroepen in strijd is met de waarheid, en/of (c) indien zijn medewerking wordt gevraagd aan het vaststellen van door hem niet controleerbare feiten. Ervan uitgaande dat geen van de gevallen in art. 6 van de verordening aan de orde is, blijft alleen als grond voor weigering over dat de notaris ‘andere gronden voor weigering zou hebben.’ Volgens de memorie van toelichting bij dit artikel<sup>3</sup> is hierbij gezien op versterking van het waarborgen van de integriteit van het notariaat en heeft deze bepaling ten doel om de notaris niet langer alleen bij zijn redelijke overtuiging, maar ook bij een redelijk *vermoeden* van door middel van zijn werkzaamheden beoogde malversaties, te verplichten zijn diensten te weigeren. Dit betekent dat een notaris bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt verplicht is zijn dienst te weigeren, althans zich eerst door nader onderzoek dient te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan. Naar wij menen is hiervan geen sprake indien partijen willens en wetens kiezen om het – in veel gevallen goeddeels theoretische – faillissementsrisico te lopen door betaling naar de kwaliteitsrekening, closing en uitbetaling op één en dezelfde dag te willen laten plaatsvinden.<sup>4</sup> Wel rust op de notaris de plicht te verifiëren of partijen zich hiervan bewust zijn. Bij vastgoedtransacties ligt het nog iets anders, daar komen wij hierna onder 5. op terug.



Figuur 2 Situatie 1

prima in staat zijn om het risico van faillissement in te schatten en te nemen. Dit zou eens te meer gelden als het professionele partijen betreft die worden bijgestaan door eigen juridisch adviseurs.

Art. 21 Wna bepaalt dat de notaris verplicht is de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Die verplichting lijdt ingevolge lid 2 van dat artikel uitzondering, en de notaris moet zijn dienst weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben, of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. Art. 6 van de verordening beroeps- en gedragsregels 2011, dat een uitwerking is van art. 21 Wna, bepaalt dat de notaris verplicht is zijn dienst te weigeren

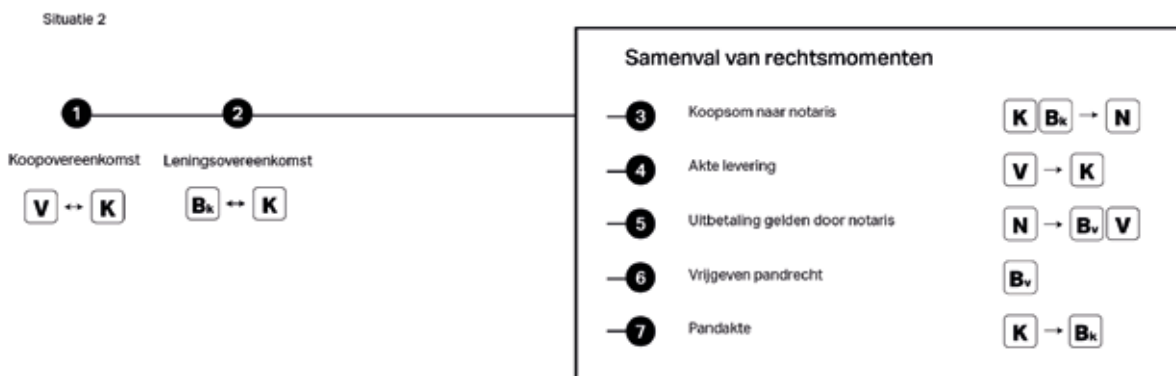
**(b) Wanneer houdt de notaris voor wie?**

Hiervoor<sup>5</sup> hebben we gezien dat het wettelijk uitgangspunt is dat zowel koper als verkoper een voorwaardelijke vordering op de notaris hebben maar dat het niet altijd duidelijk is wanneer de voorwaardelijke vordering tot een onvoorwaardelijke wordt. De notary letter moet hier uitsluitsel over geven. Veelal zal de notary letter bepalen dat de notaris tot het passeren van de leveringsakte de gelden voor koper houdt en daarna voor de verkoper, dit onder de voorwaarde dat daags na het passeren van de leveringsakte

3 Kamerstukken II 2009/10, 32250, nr. 3, p. 19-20.  
 4 Zie bijvoorbeeld ook P.H. Tieskens, 'De notariële kwaliteitsrekening en risico's van faillissement van een koper of verkoper', V&O 2014/6.2 en J.D.M. Schoonbrood & B.S. Veldkamp, 'De notary letter in de transactiepraktijk', WPNR 2010/6847, par. 13.8.  
 5 Par. 4 van deel I van dit artikel.

zal zijn gebleken dat geen van partijen de dag van passeren of de dag van betaling op de kwaliteitsrekening failliet was. Dit wordt iets ingewikkelder als er banken bij de transactie betrokken zijn. Doorgaans zal de uitgaande bank haar zekerheden alleen vrij willen geven tegen betaling van het aan haar verschuldigde bedrag (of een door haar bepaald gedeelte daarvan). In veel gevallen zal een gedeelte van de verkoopopbrengst worden aangewend om de uitgaande bank te voldoen. De koper zal op zijn beurt de gelden van de inkomende bank nodig hebben om de koopsom te kunnen voldoen. De inkomende bank zal echter alleen bereid zijn om gelden aan koper ter beschikking te stellen nadat zij zekerheid heeft verkregen, in onze casus bestaande uit een pandrecht op de aandelen. Dat pandrecht kan echter alleen door koper worden verstrekt nadat de transactie is geclosed. Gelijk oversteken lijkt hier principieel onmogelijk.

den (de voorwaarde om over de gelden te beschikken is immers in veel gevallen de vestiging van een pandrecht op de aandelen ten behoeve van de inkomende bank) en het pandrecht van de uitgaande bank nog op de aandelen rust (voorwaarde voor opzegging door de uitgaande bank is immers veelal dat de notaris de gelden voor de bank is komen te houden), waarna vervolgens het pandrecht ten behoeve van de bank van koper wordt gevestigd, wat op dat moment nog een ondeelbaar moment een tweede pandrecht zal zijn, in rang direct volgende op het pandrecht ten behoeve van de uitgaande bank van verkoper, waarna de notaris de verkoopopbrengst of een deel daarvan voor de bank van verkoper gaat houden hetgeen tot gevolg heeft dat het pandrecht van de bank van verkoper komt te vervallen. De closing met alle fasen die daarin te onderscheiden zijn wordt alsdan beschouwd als één beweging waarvan, eenmaal aangevangen, alle stappen moeten worden gezet.



Figuur 3 Samenval van rechtsmomenten

In de praktijk wordt dit opgelost door een ‘samenvatting van rechtsmomenten’ te construeren. De notaris verzamelt de volmachten die nodig zijn voor het passeren van de akte van levering van de aandelen en de akte van vestiging pandrecht. Tevens verzamelt de notaris de door de uitgaande bank ondertekende ‘opzeggingsbrief’ waarin de uitgaande bank onder voorwaarde van ontvangst van hetgeen aan haar verschuldigd is haar zekerheidsrechten opzegt. Op het moment dat de notaris alle ondertekende stukken tot zijn beschikking heeft (en ook aan de overige voorwaarden zoals opgenomen in de notary letter is voldaan) zal hij in één ononderbroken beweging alle akten die onderdeel zijn van de closing passeren. Op die manier wordt het tijdsbestek waarbinnen de closing zich voltrekt geminimaliseerd. Overigens zou men in dit kader ook kunnen denken aan gebruik van opschortende of ontbindende voorwaarden in de akte van levering.<sup>6</sup>

Strikt genomen worden de aandelen dan geleverd terwijl het door de inkomende bank verstrekte deel van de koopsom nog ten behoeve van de inkomende bank wordt gehou-

den. Zo gezien worden levering van de aandelen aan koper en de vestiging door de koper van het pandrecht op de aandelen ten behoeve van zijn bank als onderdelen van dezelfde transactiehandeling gezien. De notary letter zal zo moeten zijn ingericht dat hieruit voortvloeit dat een eenmaal ingezette closing niet wordt onderbroken.

Een discussiepunt is soms of het houden door de notaris van de desbetreffende gelden voor de uitgaande bank voldoende is voor vrijgave van dienst zekerheid. Zeker buitenlandse banken, vaak niet geheel vertrouwd met de rol van de notaris in de Nederlandse rechtssfeer, stellen nog weleens als eis dat de gelden bij hen op de rekening staan alvorens de eerder gevestigde zekerheden vrij worden gegeven. Dit is niet alleen van belang voor de vraag welke partij het (wellicht wat theoretische) risico van een onjuiste overboeking loopt. Ook de aanname dat de closing beschouwd moet worden als één beweging wordt daarmee minder eenduidig.

(c) Vrijwaring

De notaris doet er verstandig aan zich in de notary letter door partijen te laten vrijwaren en exonereren.<sup>7</sup> Een vrijwaring/exoneratie dient in ieder geval te worden opgeno-

6 In een volgend artikel zullen wij uitgebreider stil staan bij de (on)mogelijkheid om transacties onder ontbindende of opschortende voorwaarden te structureren. Voor dit moment volstaan wij met een verwijzing naar de literatuur opgenomen in voetnoot 2.

7 Zie eveneens J.D.M. Schoonbrood & B.S. Veldkamp, ‘De notary letter in de transactiepraktijk’, *WPNR* 2010/6847, par. 13.15.

men wanneer partijen er willens en wetens voor kiezen om betaling op de notarisrekening, het passeren van de akten en/of de uitbetaling van de gelden, op een en dezelfde dag te laten plaatsvinden. Een korte omschrijving van het daaraan verbonden risico en de uitdrukkelijke vrijwaring van de notaris van de gevolgen daarvan verdienen aanbeveling. Zeker wanneer ook banken gevraagd wordt om de notary letter te ondertekenen kan men een discussie verwachten over de vraag wie een vrijwaring/exoneratie waarvoor verleent. Banken gaan in veel gevallen niet akkoord met verstrekkende vrijwaringen/exoneraties.

#### 4. Scenario's in het geval van faillissement van een partij bij de transactie

Onder 3.b beschreven wij het 'kernmechanisme' van de notary letter. Hierna schetsen wij kort wat de gevolgen zouden zijn als een van de hiervoor onder 3. genoemde situaties zich zou voordoen.

(a) Koper is failliet op het moment dat hij de koopsom aan de notaris betaalt

kan de notaris dit niet met zekerheid vaststellen. Als koper dan failliet is, of later die dag failliet gaat, was de betaling onbevoegdlijk verricht. Als closing dan toch plaatsvindt, blijkt er achteraf niet bevoegdlijk betaald<sup>8</sup> maar wel geleverd te zijn. De aanvaarding door koper heeft immers niet als beschikkingshandeling te gelden. De notaris zal de gelden niet aan verkoper kunnen uitbetalen. Ook zal de notaris de gelden niet naar koper terug kunnen storten, deze heeft immers wel de aandelen geleverd gekregen. Indien de aankoop van de aandelen gefinancierd is met een banklening in het kader waarvan de koper een pandrecht moet vestigen ligt de situatie ten aanzien van de levering niet veel anders. Voor de vestiging van een pandrecht dient koper beschikkingsbevoegd te zijn en dat bleek hij niet. In de notary letter zal een bepaling staan op basis waarvan de notaris de door de bank verstrekte gelden voor verkoper gaat houden onder de voorwaarde dat ook het pandrecht geldig is gevestigd. Achteraf bezien blijkt de notaris het bedrag dat de bank aan hem had overgemaakt nog ten behoeve van de bank te houden. De notary letter kan niet in een eenduidige oplossing voor alle mogelijke scenario's voorzien. In de notary letter zal dan ook altijd een bepaling moeten staan op basis waarvan partijen gehouden zijn met



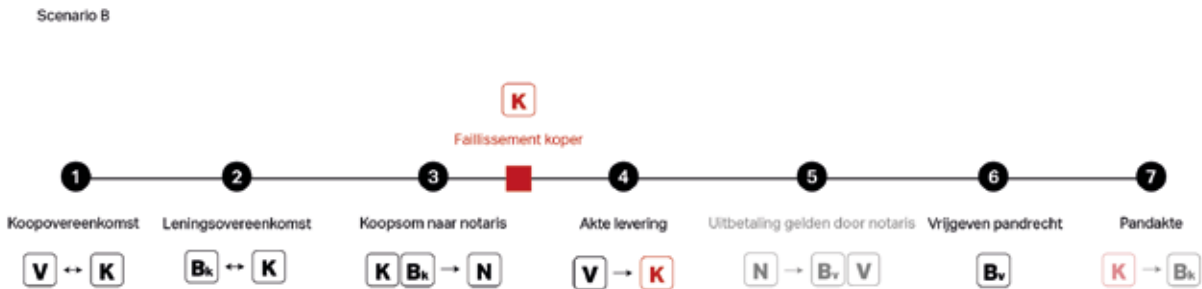
Figuur 4 Scenario A

Als de notaris daags voor het passeren de koopsom heeft ontvangen, kan hij op de dag van closing nagaan of koper op het moment dat de gelden werden overgeboekt al dan niet failliet was. Als dat wel het geval was, zal niet tot closing worden overgegaan. Als koper op de dag van de closing de gelden op de kwaliteitsrekening heeft gestort,

elkaar in overleg te treden en al datgene te doen wat nodig is om alsnog uitvoering te geven aan de koopovereenkomst dan wel uitgevoerde handelingen terug te draaien. Wil men dit anders dan zal men de transactie bijvoorbeeld in haar geheel onder ontbindende of opschortende voorwaarden moeten realiseren.

<sup>8</sup> Zie HR *Vis q.q./NMB* (HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, *NJ* 1990/1) en het door ons in noot 3 van deel 1 van dit artikel vermelde.

(b) Koper is failliet gegaan na betaling van de koopsom als onder a. omschreven maar voordat de leveringsakte en pandakte worden gepasseerd

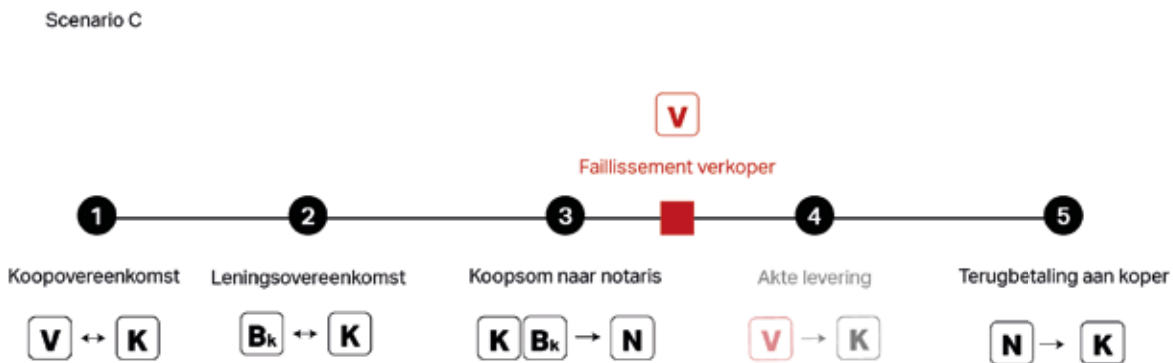


Figuur 5 Scenario B

De notaris gaat evenals onder a. ingevolge het bepaalde in de notary letter niet over tot passeren van de akte als hij het faillissement van koper constateert. Ziet hij dit te laat, mogelijk omdat het faillissement wordt uitgesproken nadat de akten zijn gepasseerd, dan is er geldig door koper betaald en geldig aan koper geleverd, nu de aanvaarding door koper niet als beschikkingshandeling heeft te gelden. Echter, de pandakte is weliswaar gepasseerd maar het pandrecht is niet tot stand gekomen en over de gelden van de inkomende bank kan niet geldig worden beschikt. Ervan uitgaande dat de gehele koopsom door de inkomende bank werd gefinancierd, is het pandrecht van de uitgaande bank niet komen te vervallen nu de notaris op grond van het

de dag voordat zijn faillissement werd uitgesproken geldig naar de kwaliteitsrekening van de notaris overgeboekt. Het aanvaarden van de aandelen door de koper bij de akte van levering is geen beschikkingshandeling, de overdracht van de aandelen heeft dus ook bevoegd plaatsgevonden<sup>9</sup>. De voorwaardelijke vordering tot uitbetaling van de koopsom die koper en verkoper op de notaris hebben komt van rechtswege te vervallen respectievelijk wordt van rechtswege geconverteerd in een onvoorwaardelijke vordering op de notaris. De notaris zal in dit geval de koopsom aan de verkoper uitbetalen.

(c) Verkoper is failliet op het moment dat de leveringsakte wordt gepasseerd



Figuur 6 Scenario C

bepaalde in de notary letter geen gelden voor de uitgaande bank is gaan houden. Het pandrecht van de uitgaande bank rust nog op de aandelen en verkoper heeft dus geen onbelaste aandelen geleverd. Ook voor deze situatie verdient het aanbeveling dat partijen zich in de notary letter verplichten om dan met elkaar in overleg te treden en dat de doen wat nodig is om alsnog uitvoering te geven aan de koopovereenkomst dan wel de reeds verrichte handelingen terug te draaien.

In een scenario waarin er door koper geen bancaire financiering is aangetrokken zal de vraag of de notaris tot passeren en vervolgens tot uitbetaling kan overgaan eenvoudiger te beantwoorden zijn. Koper heeft immers de gelden

De notaris gaat ook in dit scenario niet over tot het passeren van de leveringsakte. Ziet de notaris het faillissement te laat dan blijkt achteraf niet geldig geleverd te zijn. De verkoper was door het faillissement op het moment van het passeren van de akte immers niet beschikkingsbevoegd. Omdat er niet is geleverd, houdt de notaris – achteraf gezien – de koopsom nog steeds namens koper of de inkomende bank. In de notary letter zal ook om die reden een bepaling moeten zijn opgenomen op grond waarvan de notaris de gelden terug mag storten naar de partij waar het geld vandaan kwam indien closing niet voor een bepaald tijdstip heeft plaatsgevonden.

9 Aannemende dat er geen sprake was van een door koper afgegeven volmacht die door het faillissement is komen te vervallen.

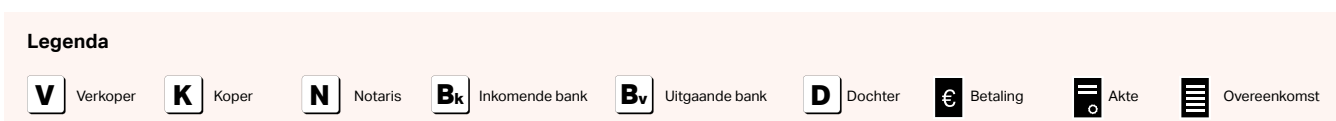
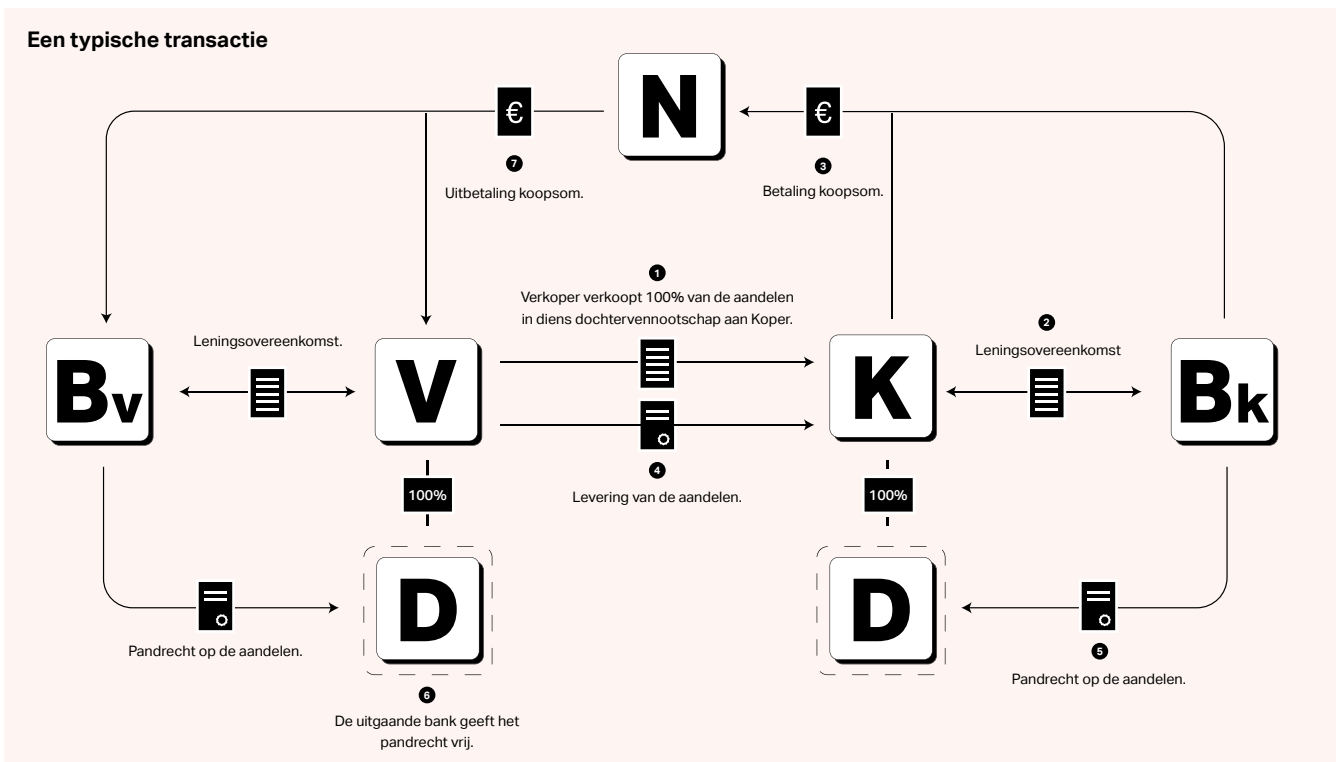
# Gelijk oversteken

## De notary letter in transacties

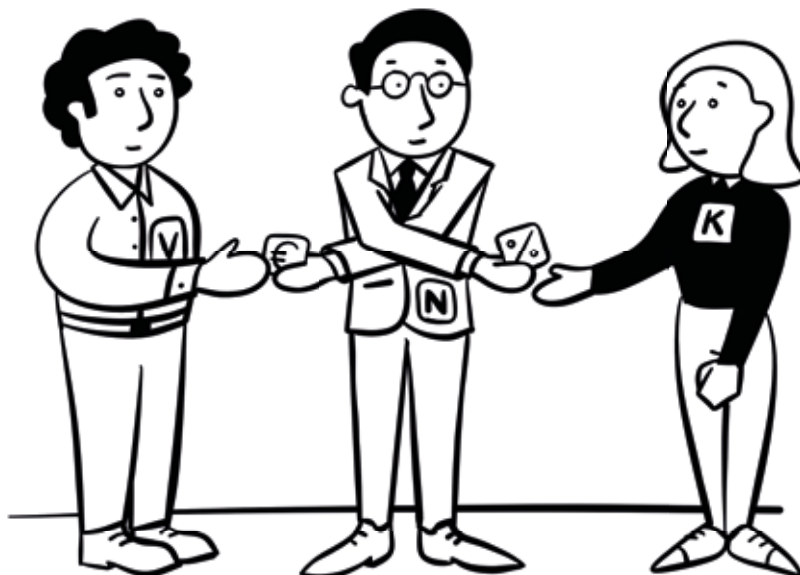
Wordt er eerst betaald en dan geleverd, of eerst geleverd en dan betaald? Het hangt ervan af wie je spreekt: de verkoper of de koper. Gelijk oversteken zou natuurlijk het mooist zijn.

De oplossing in Nederlandse verhoudingen is doorgaans eenvoudig: betrek er een trusted party bij. 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.

In deze infographic wordt uitgelegd hoe een typische transactie eruit ziet, wat de bijbehorende acties en stappen zijn, en wat er onder andere in de notary letter geregeld wordt.







## Wat wordt er in de notary letter geregeld?



### Partijen

Wie zijn bij de transactie betrokken en welke transactiedocumentatie bepaalt de verhoudingen tussen partijen ten aanzien van de transactie.



### Transactie

Het is van belang om aan te geven waarom de notaris gelden op de kwaliteitsrekening verwacht te ontvangen.



### Geldstromen

Welk bedrag wordt op de kwaliteitsrekening gestort? Van welke partij is het afkomstig? Welk bedrag moet aan welke partij worden uitbetaald?



### Notaris

Voor wie houdt de notaris? Dit is vooral van belang in geval van beslag of faillissement.



### Betaling

Uitbetaling gebeurt op de eerste werkdag na het passeren van de akte, als vaststaat dat partijen ten tijde van het passeren van de akte niet failliet waren.



### Closing

Het is van belang om duidelijk te hebben welke stukken worden ondertekend en in welke volgorde dat gebeurt.



### Zekerheden

De bank zal stellen dat pas over het geld kan worden beschikt als zekerheden geldig zijn gevestigd en vast staat dat de zekerheden welke t.b.v. de vertrekkende bank waren gevestigd zijn vrijgegeven.



### Checks

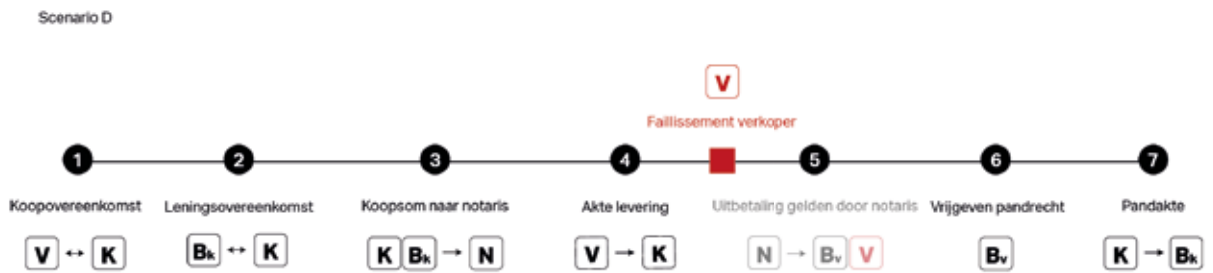
De notaris zal de relevante registers raadplegen, zoals bijvoorbeeld het faillissementenregister, het handelsregister, het kadaster en / of de gemeentelijke basisadministratie.



### Boilerplate

Bepalingen over bijvoorbeeld de allocatie van de mogelijke negatieve rente, het doen van kennisgevingen, toepasselijk recht en een vrijwaring van de notaris.

(d) Verkoper is failliet gegaan één dag of later nadat de leveringsakte is gepasseerd maar voor de uitboeking van de gelden

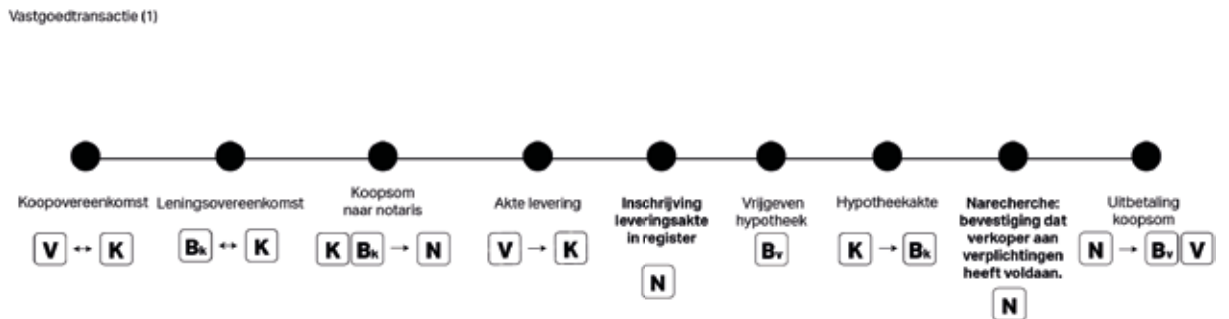


Figuur 7 Scenario D

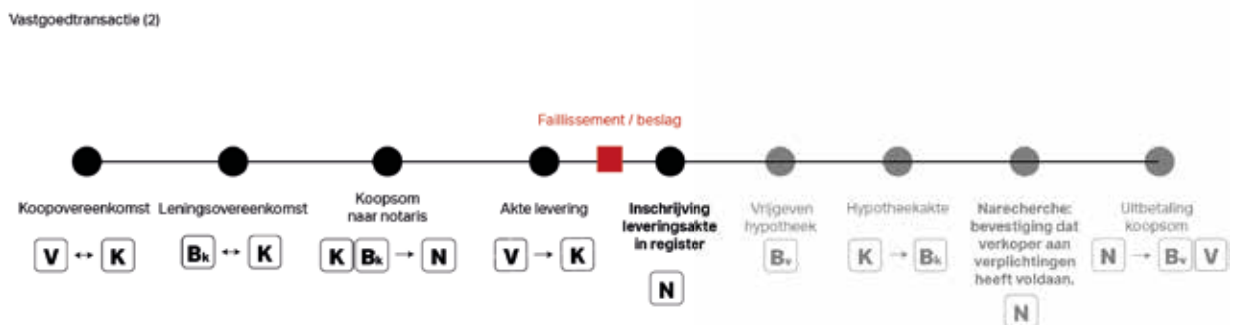
In dit scenario heeft de koper bevoegdlijk de gelden overgeboekt op de kwaliteitsrekening en waren alle partijen beschikkingsbevoegd ten tijde van het passeren van de leveringsakte en pandakte. In de notary letter zal zijn bepaald dat de notaris het geld houdt voor de verkoper dan wel de uitgaande bank per het moment van het passeren van de leveringsakte, onder de voorwaarde dat geldig is geleverd (en een geldig pandrecht is gevestigd). De notaris zal in dit geval de koopsom aan de (failliete) verkoper respectievelijk de uitgaande bank uitbetalen.

### 5. Bijkomende factoren wanneer het een vastgoedtransactie betreft

Het uitgangspunt was tot nu toe een aandelentransactie. In het geval het voorwerp van een transactie vastgoed is<sup>10</sup>, blijven de principes dezelfde maar wordt het geheel iets complexer. Waar de overdracht van aandelen tot stand komt door het passeren van de akte<sup>11</sup> (welke zijn voltooiing vindt in de ondertekening van de akte door de notaris) is voor de overdracht van registergoederen<sup>12</sup> inschrijving van de leveringsakte in de daartoe bestemde registers vereist (art. 3:89 jo. art. 3:10 BW). Dit betekent niet alleen dat hier meer tijd mee is gemoeid, maar ook dat een periode aan de transactie wordt toegevoegd: die tussen het passeren van de akte en de inschrijving daarvan. Indien partijen ten tijde van het tekenen van de leveringsakte beschikkingsbevoegd waren maar dat niet meer zijn ten tijde van de inschrijving bij het kadaster door een later faillissement, is er dus niet rechtsgeldig overgedragen. Ook een beslag



Figuur 8 Vastgoedtransactie



Figuur 9 Vastgoedtransactie in geval van faillissement/beslag

10 Een vergelijkbare complicatie doet zich voor als de inkomende bank tot zekerheid naast het pandrecht een hypotheekrecht bedingt, al dan niet op vastgoed van de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen.

11 Voor de goede orde: voor overdracht is nodig een levering krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde (art. 3:84 lid 1 BW).

12 Hetzelfde geldt voor de vestiging van een hypotheekrecht.

op het registergoed kan roet in het eten gooien.<sup>13</sup> Weliswaar heeft het beslag niet tot gevolg dat de levering niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, wel heeft de koper een met beslag bezwaarde onroerende zaak verkregen die voor uitwinning door de beslaglegger vatbaar is. Het beslag heeft zogenoemde relatieve beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper tot gevolg in die zin dat de beschikkingshandeling tegenover de beslaglegger geen werking heeft.<sup>14 15</sup>

Ook de mogelijkheid om op dezelfde dag tot uitbetaling over te gaan ligt bij een vastgoedtransactie anders. Bij levering van vastgoed zal de notaris de koopsom pas mogen uitbetalen indien uit de door de notaris bij het kadaster uit te voeren narecherche is gebleken dat de verkoper aan zijn verplichting om vrij en onbezwaard over te dragen heeft voldaan.<sup>16</sup> Waar de notaris bij aandelentransacties zoals betoogd<sup>17</sup> een zekere beoordelingsvrijheid heeft en onder verwijzing naar de betreffende risico's kan meewerken aan een closing en uitbetaling van gelden op een dag, heeft de notaris die vrijheid niet bij vastgoedtransacties.

Wanneer de notaris kan uitbetalen zal bij een vastgoedtransactie dus verband houden met het antwoord op de vraag wanneer de notaris kan bevestigen dat verkoper aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Dit is weer afhankelijk van het tijdstip waarop het Kadaster alle inschrijvingen heeft verwerkt. Uit de op de website van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie opgenomen toelichting bij de Beleidsregel tijdstip uitbetaling derdengelden, blijkt dat het Kadaster te kennen heeft gegeven niet voor 09.00 uur van de eerstvolgende werkdag na aanbieding van een afschrift van een hypotheekakte zekerheid te kunnen geven dat het betreffende afschrift wordt gesignaleerd.<sup>18</sup> Voor gelegde beslagen is de regeling net iets anders. Deze worden gedurende openingstijden binnen anderhalf uur na aanbieding ter inschrijving door het Kadaster verwerkt. De notaris

die tot uitboeking over wenst te gaan zal met deze verwerkingsduur rekening dienen te houden.

De Beleidsregel tijdstip uitbetaling derdengelden is ook een aandachtspunt indien in het kader van de aankoop van aandelen een recht van hypotheek op het door 'target' gehouden vastgoed wordt gevestigd. Afhankelijk van de concrete structurering van de transactie kan de eerdergenoemde beoordelingsvrijheid die de notaris ons inziens normaliter bij een aandelentransactie heeft worden beperkt.

Een complicerende factor kan verder nog zijn dat de bewaarder inschrijving weigert omdat de akte niet aan alle wettelijke vereisten voldoet, bijvoorbeeld omdat de akte abusievelijk niet de zetel van de verkrijgende rechtspersoon vermeldt.<sup>19</sup> Als het kennelijke verschrijvingen of omissies betreft zal de notaris de akte zonder de medewerking van partijen kunnen herstellen door middel van een verbetering in de zin van art. 45 lid 2 Wna. Maar het kost wel tijd en de (negatieve)renteklok tikt.

## 6. Notaris of andere trusted party?

Het is niet onmogelijk dat een andere partij dan de notaris in een transactie als *trusted party* optreedt en de gelden van partijen overgemaakt krijgt en op de overeengekomen momenten onder de overeengekomen voorwaarden weer uitboekt. Wanneer dit wordt gevraagd betreft het meestal een buitenlandse partij die – niet geheel onbegrijpelijk – niet goed kan bevatten dat een notaris, verbonden aan het kantoor van een advocaat van een van de bij de transactie betrokken partijen, de akte passeert. De rechesches bij het insolventieregister zal een zodanige andere partij niet altijd zelf verrichten. Ook is deze andere partij niet onderworpen aan tuchtrecht zoals een notaris dat is. De notaris kent de transactie en weet ook als geen ander wanneer welk omslagpunt in de transactie zich voltrekt; hij is het immers zelf die de akte(n) passeert en die de insolventiechecks verricht. Bijkomend voordeel is dat de kwaliteitsrekening van de notaris op grond van art. 25 lid 3 Wna afgezonderd is van het vermogen van de notaris.<sup>20</sup>

## 7. Faillissementsrisico van buitenlandse partijen

Ten aanzien van buitenlandse partijen is het niet altijd even eenvoudig vast te stellen wanneer zij failliet zijn, er al van uitgaande dat dit concept onder het betreffende rechtstelsel dezelfde of vergelijkbare gevolgen heeft als onder Nederlands recht. In veel gevallen zullen bij een transactie met buitenlandse partijen ook juridisch adviseurs uit die landen betrokken zijn. Waar dat niet het geval mocht zijn is het verstandig deze alsnog te betrekken. De notary letter

13 Dit geldt overigens ook bij een beslag op aandelen. In geval van vastgoedtransacties is er echter een bijkomend aandachtspunt omdat de inschrijving van (een afschrift van) de leveringsakte bij het Kadaster een constitutief vereiste voor de overdracht is. Een mogelijk beslag na het passeren van de akte maar voor de inschrijving bij het kadaster verdient extra aandacht.

14 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729 (*Ontvanger/De Jong q.q.*); HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9351 (*Forward/Huber*); HR 25 januari 1991, NJ 1992/172 (*Van Berkel/Tribosa*).

15 Voor de volledigheid vermelden wij dat genoemde risico's van beslag en faillissement verder gemitigeerd kunnen worden door bij het structureren van de transactie gebruik te maken van de mogelijkheid om de koopovereenkomst ex art. 7:3 BW in het Kadaster in te schrijven.

16 Zie HR 30 januari 1981, NJ 1982/56 (*Baarns beslag*) alsmede Beleidsregel tijdstip uitbetaling derdengelden en het Reglement rechercheren registergoederen.

17 In dit kader merken wij wel op dat de toelichting bij het Reglement rechercheren registergoederen de aanbeveling bevat om het reglement ook bij aandelentransacties na te leven. Op grond van dit reglement mag de notaris, kort gezegd, pas uitbetalen nadat hij aan de hand van een recherche in het CIR heeft vastgesteld dat geen van de partijen bij de akte in staat van insolventie verkeerde op het moment van de overdracht.

18 Zie toelichting op de Beleidsregel tijdstip uitbetaling derdengelden.

19 Art. 18 lid 1, 2 Kadw jo. art. 1:10 lid 2 BW.

20 Hetgeen uiteraard niet betekent dat er geen tekorten kunnen ontstaan op de kwaliteitsrekening van de notaris als gevolg van bijvoorbeeld onjuiste uitboeking en/of uitboeking gedaan door een frauderende notaris.

zal dan moeten worden toegesneden op de mechanismen van de betreffende jurisdictie, daarbij de regels van internationaal privaatrecht en procesrecht in acht worden genomen.

### 8. Opmerkingen tot besluit

Gelijk oversteken kan. De notaris is bij uitstek toegerust om in transacties een spilfunctie te vervullen. De opstelling van een notary letter vraagt zorgvuldige redactie en kennis van zowel goederenrecht, verbintenissenrecht en faillissementsrecht alsook begrip van de transactiedocumentatie die aan

de closing voorafging. Een goede notary letter kan veel transactieperikelen voorkomen. Een goede notary letter vraagt om een goede notaris. Die weer baat heeft bij een goede transactiedocumentatie waarop hij zich kan baseren.

#### Over de auteurs

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

Notaris en partner bij Q.G.M.

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

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