

Onderneming starten? Maak gebruik van een (juridische) parachute

Juridische tips voor startups door Jesse Keekstra, Rima Jengibarjan, Romme Varkevisser en Peter Fousert.

5 juni 2019

Inhoud

Inleiding	2
Jesse Keekstra over rechtsvormen	3
Rima Jengibarjan over algemene voorwaarden en intellectueel eigendomsrecht	7
Romme Varkevisser over financiering en zekerheden	11
Peter Fousert over het faillissement	15

PlasBossinade

advocaten notarissen

Onderneming starten? Maak gebruik van een (juridische) parachute

Moet je als hippe startup rekening houden met 'Het Hele Erge'?

Het hele erge? Een *fail* van je startup. Als beginnend ondernemer moet je met van alles rekening houden. Je moet niet alleen anticiperen op het ten ondergaan van je contractspartijen. Ook moet je rekening houden met de situatie dat het met je eigen onderneming minder gaat.

Onderzoek leert dat maar 5 tot 10% van de (met name) *techbedrijven* die disruptief de markt bestormen succesvol zijn. Als de risico's groot zijn en de kansen op succes klein, kun je erop rekenen dat 'ons soort mensen' (adviseurs, juristen en andere betweters) zich inspannen om de *startup* te wijzen op die risico's. Saai natuurlijk en eigenlijk heb je wel wat anders aan je hoofd. Maar toch kunnen juristen soms een vangnet bieden voor de gevaren die je onderneming bedreigen en zo de gevolgen van een *fail* beperken. In dit whitepaper wordt een aantal onderwerpen besproken die je als startende ondernemer van pas kunnen komen. Een soort (juridische) parachute. Best handig als het zo uitkomt.



PlasBossinade

advocaten notarissen

Jesse Keekstra over rechtsvormen

Je hebt een prachtig, uniek idee. Je hebt goed nagedacht over de manier waarop je jouw idee in de markt wil zetten. Zelfs de Facebook- en Instagramaccounts staan op het punt gelanceerd te worden. Je staat te popelen om als ondernemer aan de slag te gaan. Je staat op het punt je onderneming in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Niets lijkt het succes van jouw startup in de weg te kunnen staan. Toch vraag je jezelf af of je niet iets over het hoofd ziet.

Het is goed - en zelfs noodzakelijk - om in de opstartfase van jouw onderneming na te denken over de juridische consequenties van het ondernemen. Het is logisch dat de focus ligt op het ondernemen als zodanig, maar daar horen ook juridische aspecten bij. Eigenlijk moet je je als beginnend ondernemer als eerste afvragen met welke rechtsvorm je je onderneming winstgevend wil maken. Als deze belangrijke stap wordt overgeslagen, kom je mogelijk later voor negatieve verrassingen te staan die eenvoudigweg voorkomen hadden kunnen worden. In dit stuk wil ik jou, als oprichter van een startup, assisteren bij het maken van de juiste juridische keuze waar het gaat om de passende rechtsvorm voor jouw onderneming.

De rechtsvorm is de juridische vorm waarin een onderneming wordt gedreven ofwel geëxploiteerd. Het Nederlandse (ondernemings)recht kent verschillende rechtsvormen. De besloten vennootschap (bv) is een van de meest voorkomende rechtsvormen. Andere rechtsvormen die vaak worden gebruikt voor het drijven van een onderneming zijn de vennootschap onder firma (vof) en de eenmanszaak. Een rechtsvorm die minder populair is onder (beginnende) ondernemers is de commanditaire vennootschap (cv). Toch kan een cv een interessante optie zijn voor startups.

Hierna behandel ik de kansen en mogelijkheden en nadelen die een bv, eenmanszaak, vof of cv als rechtsvorm biedt voor startende ondernemers.

De besloten vennootschap (bv)

Notaris en handelsregister

Een besloten vennootschap wordt opgericht bij een door de notaris opgemaakte akte. In de oprichtingsakte moeten de statuten van de vennootschap worden opgenomen. De statuten bevatten de interne spelregels van de besloten vennootschap. De bv moet worden ingeschreven bij de Kamer van Koophandel (KvK). Dit doet de notaris. De kosten van de oprichting bedragen meestal zo'n 500 euro.

Startkapitaal

Het kapitaal van een bv is verdeeld in aandelen. Deze aandelen worden bij een bv gehouden een besloten kring van aandeelhouders. Het is goed mogelijk dat alle aandelen zich in één hand bevinden. Voor 2012 was het verplicht om bij oprichting van een bv een bedrag van minimaal € 18.000,00 te storten op de aandelen. Deze verplichting is komen te vervallen waardoor het mogelijk is om - afgezien van de notatiskosten - met een eurocent een bv te beginnen.

Bestuur

Bij de oprichting moet ook een bestuur worden gevormd. Het bestuur kan uit één of meerdere personen bestaan. Het is mogelijk dat de (enig) bestuurder tevens (enig) aandeelhouder is. Het bestuur is bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.

Starten met ondernemen

Al voordat de bv formeel is opgericht kun je beginnen met ondernemen. Op het moment dat de notaris nog bezig is met de voorbereiding van de oprichting kun je namens de bv in oprichting contracten sluiten. Het is hierbij noodzakelijk dat je duidelijk maakt dat je handelt voor de bv in

PlasBossinade

advocaten notarissen

oprichting en dat de vennootschap de verplichtingen bij de uiteindelijke oprichting op zich neemt. Als je als startende ondernemer dit niet goed doet, loop je aansprakelijkheidsrisico's in privé.

Voordeel: rechtspersoonlijkheid

Een van de grootste voordelen van de bv als rechtsvorm is dat een bv rechtspersoonlijkheid bezit. Dit wil zeggen dat de bv als zodanig gezien wordt als een aparte entiteit die kan deelnemen aan het rechtsverkeer. In juridische zin komt een bv door deze rechtspersoonlijkheid nagenoeg dezelfde bevoegdheden toe als een normaal persoon. De bv kan aldus zelf verplichtingen aangaan en op zich nemen, werknemers in dienst hebben en nemen, bestuurder zijn van een andere besloten vennootschap en zelfs dader van een strafbaar feit zijn. De besloten vennootschap heeft een eigen vermogen.

Gevolg van de rechtspersoonlijkheid van een bv is dat je privévermogen als aandeelhouder is afgeschermd van het vermogen van de bv zelf. Schuldeisers van de besloten vennootschap kunnen dan ook in beginsel niet bij dat privévermogen. Anders gezegd: de aandeelhouder kan in privé niet aansprakelijk worden gesteld voor de schulden van de bv.

Ook voor de bestuurder geldt dat zijn privévermogen is afgezonderd van het vermogen van de vennootschap. Niet onvermeld mag blijven dat een bestuurder in sommige gevallen risico loopt op aansprakelijkheid in privé. Als de bestuurder zijn verplichting tot het voeren van een deugdelijke administratie en/of het jaarlijks publiceren van de jaarrekening verwaarloost kan dit – zeker in het geval van een faillissement van de besloten vennootschap – tot privéaansprakelijkheid leiden. Al met al is sprake van beperkte persoonlijke aansprakelijkheid.

Nadeel: niet direct fiscale voordelen

Op fiscaal vlak wordt de bv als rechtsvorm als nadelig gezien. Dit omdat de bv niet profiteert van fiscale voordelen en bijvoorbeeld vennootschapsbelasting moet worden betaald over de winst. Als stelregel wordt regelmatig gehanteerd dat een bv fiscaal pas aantrekkelijk wordt bij een winst van circa € 150.000,00. Bij een lagere winst is het mogelijk verstandiger om te kiezen voor een eenmanszaak.

De eenmanszaak

Eenvoudiger dan BV

Voor een startende ondernemer is een eenmanszaak een interessante optie. Eén persoon is de eigenaar van de eenmanszaak en is volledig verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming. Oprichting van een eenmanszaak is eenvoudiger dan de oprichting van een besloten vennootschap. Een bezoek aan de Kamer van Koophandel met als doel de nieuwe onderneming inschrijven in het handelsregister is de enige hobbel.

Privé aansprakelijk

Een eenmanszaak hoeft uitdrukkelijk geen eenmansbedrijf te zijn, in die zin dat voor de eenmanszaak niet meerdere personen kunnen werken. Voor de eenmanszaak kan personeel werkzaam zijn. Hier komen we op een verschil met de bv. Formeel is de eigenaar van de eenmanszaak de werkgever en vanuit die hoedanigheid in privé aansprakelijk voor alle verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst. Bij een besloten vennootschap wordt met de bv een arbeidsovereenkomst aangegaan en is de bv te beschouwen als de werkgever.

Geen rechtspersoonlijkheid

Een eenmanszaak heeft anders dan een bv geen rechtspersoonlijkheid. Juridisch gezien wordt in de eenmanszaak geen onderscheid gemaakt tussen het privévermogen van de eigenaar en het zakelijk vermogen van de eenmanszaak. Dit is het grootste nadeel van een eenmanszaak. Als

PlasBossinade

advocaten notarissen

eigenaar van een eenmanszaak ben je zelf – anders dan een aandeelhouder van een bv – met je privévermogen aansprakelijk voor eventuele schulden.

In het geval van een faillissement van de eenmanszaak betekent dit tevens het persoonlijk faillissement van de eigenaar. Dit kan tot gevolg hebben dat je persoonlijke bezittingen – bijvoorbeeld een koophuis, inboedel en privéauto – te gelde worden gemaakt om daarmee schuldeisers van de eenmanszaak af te lossen. Als je kiest voor een eenmanszaak en voornemens bent te trouwen, is het verstandig dit op huwelijkse voorwaarden te doen. Dit ter afscherming van het vermogen van je partner. Indien voor een gemeenschap van goederen zou worden gekozen, kan in een donker scenario het gemeenschapsvermogen worden aangesproken door schuldeisers van de eenmanszaak.

Fiscaal

Bij een relatief lage omzet en winst is het vanuit fiscaal oogpunt raadzaam te kiezen voor de eenmanszaak als rechtsvorm. Over de gemaakte winst van de eenmanszaak betaalt de eigenaar inkomstenbelasting. Een startende ondernemer die kiest voor een eenmanszaak kan onder bepaalde voorwaarden gebruik maken van fiscaal voordelige regelingen, bijvoorbeeld de zelfstandigenaftrek.

In het geval je samen met (een) vriend(en) c.q. compagnon(s) een startup wil beginnen en ontplooiën, is de eenmanszaak niet mogelijk. Een vennootschap onder firma (vof) biedt dan als rechtsvorm meer mogelijkheden voor jullie als startende ondernemers.

De vennootschap onder firma (vof)

Samenwerkingsverband

Een vennootschap onder firma is een samenwerkingsverband tussen twee of meer zogenaamde vennoten. De vof als rechtsvorm is juist vanwege het samenwerken niet geschikt voor diegene die in zijn eentje een startup wenst te beginnen. Een vennootschap onder firma moet minimaal twee vennoten hebben. Het aangaan van een vof is eenvoudig, maar ik adviseer je wel om je bij het opstellen van de afspraken hierover juridisch advies in te winnen. Inschrijving in het handelsregister via de Kamer van Koophandel is wel noodzakelijk.

Geen kapitaal wel eigen inbreng

Er geldt geen eis dat een bepaald minimum aan kapitaal in de vof aanwezig dient te zijn. Elke vennoot dient iets in te brengen in de onderneming. Daarbij kan worden gedacht aan geld of goederen, maar ook arbeid kan door een vennoot worden ingebracht.

Geen rechtspersoonlijkheid

De vof heeft evenals de eenmanszaak geen rechtspersoonlijkheid. De vof heeft weliswaar een eigen vermogen maar dat betekent niet dat het privévermogen van de verschillende vennoten niet ter beschikking staat van eventuele schuldeisers van de vof. Vennoten zijn ook persoonlijk aansprakelijk voor de schulden van de vof als het vermogen van de vof niet toereikend is, zelfs als deze schulden door een andere vennoot zijn aangegaan. Vergelijkbaar met de eenmanszaak lopen het koophuis, de spaarrekening en andere goederen van de vennoot gevaar bij betalingsproblemen van de vof.

Overeenkomst over onderlinge verhoudingen

Het is aan te bevelen dat de vennoten onderling een overeenkomst opstellen – vergelijkbaar met de statuten bij een bv – waarin afspraken worden neergelegd over de onderlinge verhoudingen. In dit vennootschapscontract kan bijvoorbeeld een bepaling worden opgenomen over de wijze van opheffing van de vof, maar ook over het in- en uittreden van vennoten. Het is goed je te realiseren dat een uittredende vennoot persoonlijk aansprakelijk blijft voor de schulden van de vof die voor zijn uittreden zijn ontstaan.

PlasBossinade

advocaten notarissen

De vof heeft als rechtsvorm veel weg van de eenmanszaak, met als grootste verschil dat bij een vof meerdere personen betrokken zijn. Vanuit belastingtechnisch oogpunt gezien is de vennootschap onder firma een goede keuze voor startende ondernemers. Over de winst van de vennoten wordt weliswaar inkomstenbelasting geheven maar onder bepaalde voorwaarden kan aanspraak worden gemaakt op fiscale voordelen.

Gelijkwaardigheid

Elke vennoot is in principe vertegenwoordigingsbevoegd. De rechtsvorm van een vof gaat uit van gelijkwaardigheid tussen de vennoten onderling, ook voor wat betreft de dagelijkse leiding. Op dit uitgangspunt kunnen in het vennootschapscontact uitzonderingen worden gemaakt. Het kan zijn dat de manier waarop jij wilt gaan ondernemen niet helemaal aansluit bij het uitgangspunt van gelijkwaardigheid van de vof. Bijvoorbeeld omdat je met een investeerder – denk aan een familielid, vriend of kennis – wil ondernemen maar waarbij jij de onderneming runt en de geldschieter op de achtergrond blijft. In dat geval biedt de commanditaire vennootschap als rechtsvorm mogelijk de oplossing.

De commanditaire vennootschap (cv)

Samenwerkingsverband

Ook voor de commanditaire vennootschap geldt dat het gaat om een samenwerkingsverband tussen twee of meerdere vennoten. De cv heeft als rechtsvorm veel overeenkomsten met een vof. Anders dan bij een vof wordt bij een commanditaire vennootschap onderscheid gemaakt tussen beherende vennoten en commanditaire vennoten.

Beherend vennoot vs. commanditaire vennoot

De beherend vennoot is belast met de dagelijkse leiding van de vennootschap en is het gezicht van de onderneming. De commanditaire vennoot heeft een rol op de achtergrond. De commanditaire vennoot wordt dan ook wel de stille vennoot genoemd. De stille vennoot of vennoten kunnen worden gezien als investeerders die zich liever niet actief bemoeien met de bedrijfsvoering.

De commanditaire vennoot loopt in beginsel alleen het risico het ingebrachte kapitaal te verliezen; zijn privévermogen blijft buitenschot. Dit verandert zodra de stille vennoot zich gaat bemoeien met de bedrijfsvoering van de onderneming of wanneer de naam van deze vennoot wordt gebruikt in verband met de cv. Voor de buitenwereld dient de commanditaire vennoot onbekend te blijven, vandaar ook de naam “stille” vennoot.

Aansprakelijkheid

Voor een beherend vennoot geldt dat – net als de vennoten bij een vof – hij aansprakelijk is met zijn privévermogen voor schulden van de vennootschap, indien het vermogen van de cv ontoereikend is. Alleen de beherend vennoot is bevoegd de cv te vertegenwoordigen. Ook bij een cv is het aan te bevelen een vennootschapsovereenkomst op te stellen.

Ten aanzien van de fiscale consequenties geldt grofweg dat de beherend vennoot overeenkomstig een eigenaar van een eenmanszaak wordt behandeld. De stille vennoot wordt anders behandeld door de fiscus en heeft niet altijd recht op belastingvoordelen die normaliter toekomen aan startende ondernemers.

Rima Jengibarjan over algemene voorwaarden en intellectueel eigendomsrecht

Algemene voorwaarden

Je kent het wel, de kleine lettertje die meestal niemand leest... En toch gaan mensen ermee akkoord, zonder dat ze het hebben gelezen. Denk aan jouw laatste aankoop bij Bol.com. Daar heb je ook een vinkje gezet bij de vraag of je akkoord gaat met de algemene voorwaarden, omdat je anders geen bestelling kunt plaatsen. En zo gaat dat bij bijna alle webshops. Maar niet alleen bij webshops; ook bij levering van fysieke goederen of diensten kunnen algemene voorwaarden van toepassing zijn. Voor een startup is het van belang om na te denken over algemene voorwaarden, omdat je daarmee risico's kunt dekken en heldere, praktische afspraken kunt vastleggen die zullen gelden voor de betreffende dienstverlening. Maar waar zijn ze eigenlijk goed voor en hoe moet men algemene voorwaarden van toepassing verklaren?

Correcte toepassing algemene voorwaarden

Laten we beginnen met hoe je ervoor zorgt dat de algemene voorwaarden correct van toepassing worden verklaard. Allereerst moet je de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst ook echt van toepassing verklaren. Dat betekent dat een standaardzin in een mail, offerte of overeenkomst in de zin van "op al onze opdrachten/dienstverlening zijn onze algemene voorwaarden van toepassing" ervoor kan zorgen dat ze van toepassing zijn verklaard.

First shot rule

Van belang is om te weten dat in Nederland de "first shot rule" geldt, wat inhoudt dat de algemene voorwaarden van degene die er als eerste naar verwijst gelden. Dit tenzij de ander die voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wijst. Voor het uitdrukkelijk van de hand wijzen is het niet voldoende om in een volgend mailtje of brief door een standaardzin alleen te verwijzen naar andere algemene voorwaarden: de eerder van toepassing verklaarde voorwaarden van de ander moeten daadwerkelijk van de hand worden gewezen.

Terhandstelling

Indien de voorwaarden van toepassing zijn verklaard ben je er in beginsel nog niet. Deze stap wordt vaak vergeten: naast het van toepassing verklaren dien je de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Deze tweede stap dient ook voor of bij het sluiten van de overeenkomst te gebeuren. Indien je de voorwaarden wel van toepassing verklaart, maar geen redelijke mogelijkheid biedt om kennis te nemen van die voorwaarden, dan zijn de algemene voorwaarden wel van toepassing, maar kan de wederpartij ze vernietigen waardoor ze alsnog niet gelden. Dat is zonde! Voor sommige partijen is in de wet een uitzondering gemaakt, waardoor zij zich niet op vernietiging van de algemene voorwaarden kunnen beroepen. Dat geldt bijvoorbeeld voor een partij die zijn jaarrekening openbaar maakt, een partij die meer dan 50 werknemers heeft of een partij die meermaals (nagenoeg) dezelfde voorwaarden in haar overeenkomst gebruikt.

Hoe voldoet men aan die tweede vereiste van de informatieplicht? Tot voor kort moest men de algemene voorwaarden fysiek meesturen aan de wederpartij. Dan weet je zeker dat het goed komt. Bij elektronisch tot stand gekomen overeenkomsten mocht en mag het ook elektronisch op een zodanige manier dat de voorwaarden opgeslagen kunnen worden.

Voor dienstverrichters, wat een breed (Europees) begrip is, is het tegenwoordig makkelijker gemaakt. Dienstverrichters kunnen (ook indien de overeenkomst niet elektronisch tot stand is gekomen) volstaan met een verwijzing naar de (concrete link van de) website waar de algemene voorwaarden op te vinden zijn. Indien je het zeker wilt weten, is het aan te raden alsnog de algemene voorwaarden mee te sturen.

PlasBossinade

advocaten notarissen

Effect algemene voorwaarden

Waarom gebruiken zoveel bedrijven algemene voorwaarden? Daar zijn verschillende redenen voor. Een daarvan is dat je veel voorwaarden van algemene aard vooraf kunt vastleggen en bij elke volgende opdracht kunt toepassen zonder al te veel moeite. Denk aan uitsluiting van bepaalde garanties, betalingscondities, recht op opschorting, beperking van de aansprakelijkheid, bepalingen over het intellectuele eigendomsrecht, mogelijkheden voor ontbinding en tussentijdse opzeggingen, toepasselijk recht en bevoegde rechtbank of afspraken over alternatieve geschilbeslechting zoals mediation, arbitrage of anderszins. Het betreft nogal belangrijke afspraken die in een keer geregeld worden. Het enige wat je dan hoeft te doen is de voorwaarden op correcte wijze van toepassing verklaren en ervoor zorgen dat ze meegestuurd worden of anderszins bekend worden gemaakt.

Vaak ziet men dat het nut van de algemene voorwaarden met name gezien wordt bij het ontstaan van conflicten. Dan komen de algemene voorwaarden om de hoek kijken. Meestal weten partijen niet eens meer dat er voorwaarden ooit van toepassing zijn verklaard en dus van toepassing zijn op de betreffende opdracht. In de algemene voorwaarden wordt de aansprakelijkheid vaak beperkt tot ofwel een vast bedrag, ofwel maximaal de waarde van de opdracht, ofwel het bedrag dat de verzekeraar dekt. Zo kunnen voor de ondernemer de risico's zodanig gedekt zijn dat bij een eventueel conflict de onderneming niet failliet gaat. Daarom is het van belang om bij het starten van een onderneming ook over mogelijke risico's in de toekomst alvast na te denken en de risico's zoveel mogelijk proberen af te dekken in de algemene voorwaarden.

Elke onderneming is anders: dat betekent dat vaak elke set van algemene voorwaarden ook anders is. De algemene voorwaarden moeten passen bij de dienstverlening van de betreffende onderneming. In bepaalde branches is het ook gebruikelijk om in de branche breed toegepaste algemene (standaard) branchevoorwaarden van toepassing te verklaren, denk aan ICT-voorwaarden of FME-CWM voorwaarden voor de technologische industrie.

Vernietigbaar

Er is veel ruimte voor het opstellen van de voorwaarden. Echter het moet niet te ver gaan, anders loopt men het risico dat de voorwaarden in het geheel of een van de bedingen uit de voorwaarden vernietigd worden. Dat is het geval als (bepaalde bedingen uit) de voorwaarden onredelijk bezwarend zijn.

De inhoud van de algemene voorwaarden mag dus niet onredelijk bezwarend zijn voor de wederpartij. Wat onredelijk bezwarend is ingeval de wederpartij een natuurlijke persoon is, niet handelend onder bedrijf of beroep, is bij wet bepaald en vastgelegd in een grijze lijst (zie artikel 6:237 van het Burgerlijk Wetboek) en de zwarte lijst (zie artikel 6:236 van het Burgerlijk Wetboek). De bepalingen uit de grijze lijst betreffen de bepalingen op de grens van wat redelijk is en op de zwarte lijst staan de verboden bepalingen opgesomd. Indien je toch bepaalde bepalingen uit de grijze lijst wilt opnemen in jouw eigen algemene voorwaarden moet je kunnen aantonen dat het gebruik van deze voorwaarden binnen jouw onderneming 'niet onredelijke bezwarend' is voor de wederpartij.

Conclusie

Je kunt veel voordeel hebben van goede algemene voorwaarden, waarin belangrijke aspecten geregeld zijn. Maar let er goed op dat de voorwaarden ook daadwerkelijk van toepassing zijn verklaard!

PlasBossinade

advocaten notarissen

Intellectueel eigendomsrecht

Wat ook een belangrijk aspect is waar je op bedacht moet zijn bij het oprichten van een onderneming, is de vraag of en op welke wijze producten of diensten beschermd moeten worden. Stel, je hebt een mooi innovatief product bedacht en ontwikkeld en wilt daarmee de markt veroveren. Dan is het zeker verstandig om na te gaan hoe je jouw positie kunt versterken op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht. Enkele vormen van intellectuele eigendomsrecht worden hierna in het kort nader toegelicht.



Auteursrecht

Het auteursrecht is in de wet geregeld als *"het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld."*

Belangrijk is om op te merken dat het hebben van een "idee" niet auteursrechtelijk beschermd is! Indien men met dat idee een werk creëert, dan wordt daar wel auteursrechtelijke bescherming aan geboden. De rechthebbende mag dan als enige beslissen over (de wijze van) de exploitatie van de werken die hij heeft gecreëerd en kan hij opkomen tegen eventuele misbruik door anderen op zijn auteursrecht.

Merkenrecht

Indien je een naam hebt bedacht voor een product, kan voor deze naam het merkenrecht aangevraagd worden om bescherming te genieten. Maar het hoeft niet alleen om een merknaam te gaan, het kan ook zien op tekeningen, afdrukken, stempels, bepaalde vormen, letters, cijfers, andere voor grafische voorstelling vatbare tekens of een combinatie daarvan die dienen om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden.

PlasBossinade

advocaten notarissen

Een merkrecht aanvragen is een formele procedure en kan alleen worden verkregen via een depot. Het is mogelijk om merkrechten nationaal, internationaal of voor de hele Europese Unie te beschermen. In Nederland gaat de nationale bescherming niet op, omdat het merkrecht direct binnen de Benelux geldt.

Handelsnaamrecht

Het is ook mogelijk om de naam waaronder jouw onderneming handel drijft (de handelsnaam) te beschermen. Deze naam hoeft niet hetzelfde te zijn als de statutaire naam bij de oprichting van de onderneming, maar is vaak wel hetzelfde. Het is namelijk mogelijk dat een onderneming verschillende handelsnamen gebruikt voor wellicht verschillende facetten van de onderneming.

De handelsnaam mag beschrijvend zijn, zodat er geen verwarring ontstaat met andere handelsnamen. Indien men bescherming wil genieten van de eigen handelsnaam, dient men de handelsnaam aantoonbaar te gebruiken. Denk aan het gebruik daarvan op het briefpapier of de vermelding op de website, visitekaartjes, et cetera. Daarbij is het niet verplicht om de handelsnaam in te schrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel, het gaat om het feitelijke gebruik van de naam. Het enige waar men goed op moet letten is dat een handelsnaam wordt gekozen die nog niet bestaat of wordt gebruikt door andere gebruikers. Dit omdat een handelsnaam niet verwarrend of misleidend mag zijn en niet in strijd mag zijn met bestaande handelsnamen of merken.

Octrooirecht

Tot slot is het mogelijk om octrooirecht aan te vragen indien het een uitvinding betreft of een technisch product of proces. Een octrooi (of ook wel een patent genoemd) is een exclusief eigendomsrecht op een uitvinding, technisch product of proces. De uitvinding, product of proces dient aan drie eisen te voldoen: er moet sprake zijn van nieuwheid, inventiviteit en industriële toepasbaarheid.

PlasBossinade

advocaten notarissen

Romme Varkevisser over financiering en zekerheden

Idealiter dekken de baten de kosten van een onderneming en blijft er voor de ondernemer daarboven nog een marge over. De kosten lopen in de praktijk voor de baten uit, waardoor een financiering noodzakelijk wordt. Zeker bij een startup zal er daardoor de behoefte kunnen zijn aan een financiering. Bij alle vormen van financiering kan de financier een vorm van zekerheid verlangen, zodat hij (meer) zekerheid verkrijgt om de afgesproken tegenprestatie te ontvangen. Bijvoorbeeld bij het geval van een faillissement. Naast de financieringsvormen komen dan ook een aantal voor startups van belang zijnde soorten zekerheden aan de orde.

Financiering

In de loop van tijd heeft zich een breed scala aan financieringsvormen ontwikkeld, waartussen gekozen kan worden. Het gaat echter te ver om alle verschillende vormen te behandelen. Enkele veel voorkomende en mogelijk interessante financieringsvormen voor startups zal ik in het vervolg behandelen.



Geldlening

Allereerst op de wijze van financiering waar men zich het meest bij voor kan stellen, te weten de overeenkomst van geldlening. Een geldlening is een overeenkomst waarbij de ene partij ('kredietgever') zich verbindt aan de andere partij ('kredietnemer'), bijvoorbeeld de startup, een som geld te verstrekken in ruil waarvoor de kredietnemer zich verbindt een even grote som geld – vermeerderd met rente – terug te betalen. De geldleningsovereenkomst wordt aangegaan voor een bepaalde tijd, waarbij vaak een vast rentepercentage wordt afgesproken.

Rekening-courant(krediet)

Een rekening-courantovereenkomst is een overeenkomst waarbij partijen geldvorderingen, die zij over en weer verkrijgen, verrekenen in één rekening-courant. Afgesproken kan worden dat aan een

PlasBossinade

advocaten notarissen

van de partijen een bepaald kredietlimiet, bijvoorbeeld de startup, wordt verstrekt. Een kredietlimiet is het maximale bedrag wat de kredietnemer rood kan staan in de rekening-courant. Bij een rekening-courantkrediet worden aflossingen die een kredietnemer doet dus automatisch in de rekening-courant weer ter beschikking gesteld. Doorgaans kan een rekening-courantkrediet dagelijks worden opgezegd. Vaak zal sprake zijn van zowel een geldlening als een rekening-courantkrediet, die beide worden overeengekomen met een bank.

Lease

Lease is een financieringsvorm waarmee bedrijfsmiddelen kunnen worden verkregen zonder dat deze hoeven te worden voorgefinancierd. Onderscheid is te maken tussen twee hoofdvormen van lease: operationele en financiële lease. Beide overeenkomsten worden gesloten met een gespecialiseerde instelling ('*de leasemaatschappij*'). Bij operationele lease wordt een zaak door de ene partij ('*lessor*') ter beschikking gesteld aan de andere partij ('*lessee*'), bijvoorbeeld de startup. Het economisch risico van de zaak blijft bij de lessor en de lessee wordt geen eigenaar van de zaak. Bij financiële lease draagt de lessee het economisch risico. Als partijen daarbij overeenkomen dat de zaak (uiteindelijk) ook wordt overgedragen aan de lessee, dan zal de leaseovereenkomst juridisch als huurkoop worden gekwalificeerd.

Factoring

Een minder bekende term is waarschijnlijk Factoring, wat een vorm van financiële dienstverlening door een gespecialiseerde instelling ('*de factormaatschappij*') is. Er zijn een aantal verschillende vormen van factoring te onderscheiden, welke in de basis zien op het creëren van werkkapitaal. Bij traditionele factoring wordt het debiteurenbeheer van een onderneming, bijvoorbeeld de startup, overgenomen voor een vast bedrag per jaar of een percentage van de omzet ('*bevoorschotting*'). Het voordeel is dat facturen gelijk betaald worden en dat het risico van een faillissement van een debiteur bij de factormaatschappij komt te liggen. Het grootste nadeel is dat het geld kost.

Zekerheden

Een financier verstrekt niet zomaar een financiering aan een partij. Bij een startup zal dit al helemaal niet het geval zijn, omdat de onderneming zich nog niet bewezen heeft. Mocht de financier al in een project willen stappen, dan zal hij zekerheid willen hebben dat hij de overeengekomen tegenprestatie ook zal ontvangen. Hiervoor zijn de zekerheidsrechten, welke nakoming van de verplichtingen van een partij, bijvoorbeeld de startup, zeker stellen.

Goederenrechtelijke zekerheden

Goederenrechtelijke zekerheden zijn rechten die tot stand kunnen worden gebracht door de rechthebbende op een goed, bijvoorbeeld de eigenaar. De eigenaar, bijvoorbeeld een startup, bezwaart het eigendomsrecht dat hem toekomt met een pandrecht of een hypotheekrecht strekkende tot zekerheid van betaling van een geldsom van een schuldeiser. De schuldeiser die het recht krijgt kan zich met voorrang verhalen op de opbrengst van het goed bij verkoop van dat goed. Ook in het geval van een faillissement wordt het voorrang van de schuldeiser gerespecteerd ('*separatistenregeling*'). De twee soorten goederenrechtelijke zekerheden zijn het recht van pand en het recht van hypotheek.

Hypotheekrecht

Een hypotheekrecht komt tot stand doordat een partij ('*de hypotheekgever*') een recht op een goed dat haar toekomt, bezwaart ten gunste van een ander ('*de hypotheeknemer*'). Voor vestiging van een hypotheekrecht is een notariële akte vereist. De notariële akte vermeldt tenminste (i) de overeenkomst van vestiging, (ii) de geldvordering waarvoor zekerheid wordt verstrekt, (iii) het bedrag waarvoor de hypotheek wordt gevestigd en (iv) het registergoed waarop het hypotheekrecht

PlasBossinade

advocaten notarissen

wordt gevestigd. Het hypotheekrecht heeft als gevolg dat als de hypotheeknemer of de hypotheekgever in verzuim is deze het goed mag verkopen en zich bij voorrang op de opbrengst mag verhalen (*'recht van parate executie'*). Voor andere goederen dan registergoederen is een pandrecht het aangewezen zekerheidsrecht.

Pandrecht

Bij een pandrecht bezwaart een partij (*'pandgever'*) een recht op een goed dat haar toekomt ten gunste van een ander (*'pandnemer'*). Het pandrecht kent veel overeenkomsten met het hypotheekrecht. Een groot verschil tussen een pandrecht en een hypotheekrecht is de wijze van totstandkoming. Voor vestiging van een hypotheekrecht is altijd een notariële akte vereist. Terwijl een pandrecht ook tot stand kan komen zonder dat er een notaris aan te pas komt. Als ervoor wordt gekozen voor een pandrecht zonder vastlegging in een notariële akte, dan dient de onderhandse akte te worden geregistreerd bij de Belastingdienst te Rotterdam. Een pandrecht kan ook gevestigd worden zonder het goed over te dragen aan de pandnemer (*'bezitloos pandrecht'* tegenover *'vuistpand'*).

Persoonlijke zekerheden

Naast goederenrechtelijke zekerheden bestaan er ook persoonlijke zekerheden. Bij een persoonlijke zekerheid biedt een persoon zekerheid door de verrichting van een prestatie door een derde, bijvoorbeeld een startup. De persoonlijke zekerheden bieden geen voorrang, maar geven een schuldeiser een extra verhaalsmogelijkheid. Bijvoorbeeld als de schuldenaar failliet gaat. Hierna behandel ik de belangrijkste persoonlijke zekerheden hoofdelijkheid, borgtocht en een bankgarantie. Tot slot ga ik in op een eigendomsvoorbehoud.

Hoofdelijkheid

Bij hoofdelijkheid zijn twee partijen (*'de schuldenaren'*) samen aan een partij (*'de schuldeiser'*) verplicht om iets te presteren. Van hoofdelijkheid is sprake wanneer op grond van de wet, gewoonte of rechtshandeling elke schuldenaar verplicht is de gehele prestatie te verrichten. Hierbij is van belang dat als een van de schuldenaren de gehele prestatie verricht, de andere schuldenaren tegenover de schuldeiser bevrijd worden om de prestatie te verrichten. De schuldenaar die de prestatie verricht kan in het algemeen zijn medeschuldenaar aanspreken (*'regres'*). Hoofdelijkheid is een uitzondering. De hoofdregel is dat – als er niks geregeld is – twee of meer schuldenaren voor gelijke delen zijn aan te spreken.

Borgtocht

De borgtocht is een bijzondere vorm van hoofdelijkheid, waarbij een partij (*'de borg'*) aan de andere partij (*'de schuldeiser'*) een persoonlijke zekerheid verschaft met de bedoeling een transactie tussen de schuldeiser en een derde (*'de hoofdschuldenaar'*) mogelijk te maken. Een borg is pas aan te spreken om een prestatie te verrichten als de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt. De borg verbindt zich derhalve voor een prestatie, welke hem persoonlijk niet aangaat. Indien de borg wordt aangesproken en de prestatie nakomt, dan bevrijdt dit ook de hoofdschuldenaar. Omdat de prestatie de borg niet aangaat kan deze vervolgens de hoofdschuldenaar aanspreken (*'regres'*). Ook treedt de borg in rechten van de hoofdschuldenaar (*'subrogatie'*).

Bankgarantie

Een bankgarantie is een vorm van zekerheid die nauw verwant is met de hoofdelijkheid en de borgtocht. Bij een bankgarantie geeft een partij (*'de garant'*) in opdracht van een partij (*'de opdrachtgever'*) een recht aan haar wederpartij die tot een prestatie gerechtigd is (*'de begunstigde'*). De naam zegt het al, maar in de praktijk is de garant vaak een bank. De garant garandeert dat er onder bepaalde omstandigheden een prestatie plaats zal vinden, ook als de opdrachtgever het er op dat moment niet mee eens is. De garant zal in de praktijk slechts meewerken aan een bankgarantie als zij zekerheid hebben op terugbetaling. Bijvoorbeeld door als bank een deel van het kredietlimiet

van de opdrachtgever te bevrozen. Bankgaranties kunnen ook in andere vormen dan hiervoor omschreven voor komen. Het is geen vastomlijnd juridisch begrip.

Eigendomsvoorbehoud

Het eigendomsvoorbehoud is een overdracht van een zaak onder een prestatie als voorwaarde. In de praktijk komt een eigendomsvoorbehoud vooral voor in het geval van koop. De koper wordt dan geen bezitter zolang hij de verschuldigde koopsom niet heeft voldaan. Het betalen van de koopsom is in dat geval een voorwaarde voor de overdracht, wat normaal gesproken niet het geval is. Een eigendomsvoorbehoud kan zelfs zo ver gaan dat er geen overdracht zal plaatsvinden zolang alle tegenprestaties krachtens enige overeenkomst te leveren zaken tussen partijen zijn voldaan. Door het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud kunnen de financiële gevolgen bij een faillissement van een wederpartij enigszins worden verlicht. Als er sprake is van een faillissement vóór vervulling van de voorwaarde, dan dient de curator het eigendomsvoorbehoud namelijk te respecteren. Van belang is nog te vermelden dat een eigendomsvoorbehoud ook in algemene voorwaarden kan worden overeengekomen.

PlasBossinade

advocaten notarissen

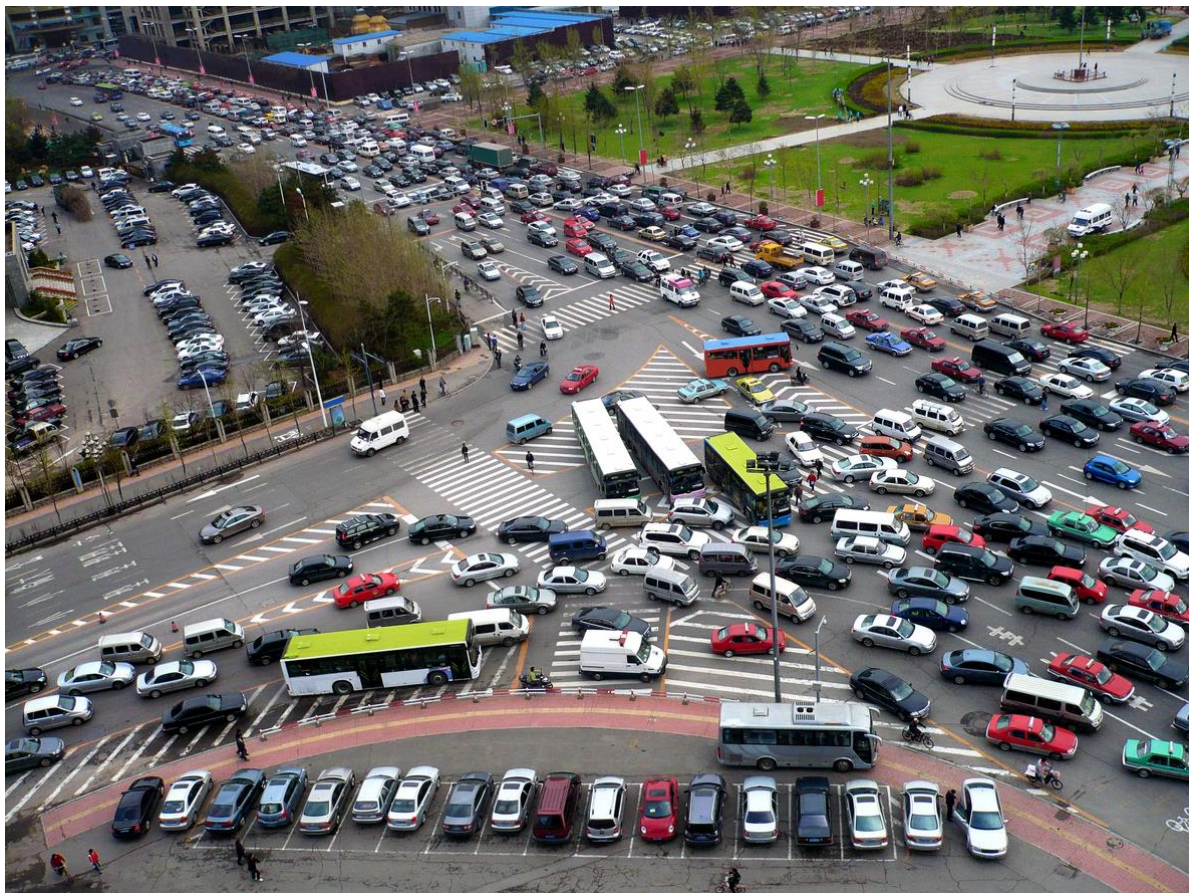
Peter Fousert over het faillissement

Zelfs als het met je eigen onderneming goed gaat kun je last krijgen van 'omvallende' ondernemingen, denk aan klanten of leveranciers. Hoe je je daartegen kunt wapenen is in voorgaande hoofdstukken door mijn kantoorgenoten in dit whitepaper besproken.

Voor de zekerheid ook nog even de theorie in. Het faillissementsrecht *made simple*:

Faillissement

Een – door de rechtbank uitgesproken – faillissement fixeert de financiële situatie van een onderneming. Die fixatie is nodig omdat meerdere schuldeisers aanspraak maken op het vermogen van de onderneming. Om het 'gevecht' tussen de schuldeisers volgens de regels te laten verlopen wordt een verkeersagent ingezet: de curator.



Orde in de chaos

De curator brengt orde in de chaos van aanspraken en de volgorde waarin de verschillende schuldeisers aanspraak kunnen maken op het vermogen van de failliete onderneming. De curator beschikt over het vermogen. De failliete onderneming mag dat niet meer zelf.

Verdeling onder schuldeisers

Daar waar mogelijk zal de curator, rekening houdend met alle mogelijke rechten, de bezittingen van de failliete onderneming verkopen. De opbrengst wordt volgens een (wettelijke) rangorde onder de schuldeisers verdeeld. Die wettelijke rangorde werkt als een cascade of een champagnetoren.

PlasBossinade

advocaten notarissen



De curator giet de opbrengst uit over de verschillende rechthebbenden. Het hoogste glas is gereserveerd voor de kosten van het faillissement. Dan volgen de preferente schuldeisers, denk aan de belastingdienst en dergelijke. Als laatste krijgen de gewonde handelscrediteuren iets, als de fles niet al leeg is.

Sommige schuldeisers zijn, vanwege de bijzonder positie die zij bedongen hebben, in staat om verhaal te nemen op bepaalde bezittingen buiten het faillissement om. Die bijzondere positie ontstaat door het vestigen van pand- of hypotheekrechten. Pand- en hypotheekrechten zijn door Romme Varkevisser in deel 3 van dit whitepaper aan de orde geweest.

Als de fles leeg is, is de curator klaar met zijn taak. De onderneming houdt op te bestaan. Dit is in het kort – en zonder mitsen en maren – hoe een faillissement werkt. Met de informatie uit de eerdere hoofdstukken weet je nu hoe je je – een beetje – tegen *het hele erge* kunt wapenen.

Maar een faillissement hoeft niet alleen maar dramatisch te zijn. (Bijna) ieder succes begint immers met een mislukking. Er zijn veel later beroemde en rijke ondernemers die uit een faillissement zijn opgeklommen. Denk aan Walt Disney, Henry Ford en – maar of dat nu het beste voorbeeld is vraag ik me af – Donald Trump. Laat het risico van een faillissement je dus niet van het ondernemen weerhouden maar gebruik wel je parachute.