

- Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het Advocatenblad zijn gepubliceerd zijn ook te vinden op www.advocatenorde.nl en BalieNet
- Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak, bestaande uit mr. H.J.A. Knijff, mr. J.D. Loorbach, mr. I.E.M. Sutorius mr. G.J. Kemper en mr. H.J. de Groot.

Overtreding concurrentiebeding tuchtrechtelijk verwijtbaar

Raad van Discipline 's-Hertogenbosch,
23 januari 2006
(mrs. Raab, Ten Brummelhuis, Houtakkers,
Kneepkens en Teeuwen)

Geschil tussen een advocaat en diens medewerker over overtreding van het tussen hen bestaande concurrentiebeding. Zeker wanneer zo een relatiebeding is overeengekomen, is een actieve rol van de vertrekkende medewerker om cliënten mee te nemen tuchtrechtelijk verwijtbaar.

- Advocatenwet artikel 46 (5.3 Overname van zaken; 5.4 Welwillendheid in het algemeen)
- Gedragsregel 17

Feiten

Mr. X is als advocaat in loondienst verbonden aan het kantoor van mr. Z. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat mr. Z gedurende twee jaar na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst geen werkzaamheden zal verrichten voor relaties of ex-relaties van het kantoor van mr. Z. Nadat de arbeidsovereenkomst in onderling overleg is beëindigd, ontstaat discussie tussen mr. Z en mr. X. Mr. X heeft voorafgaand aan zijn vertrek aan ten minste twee cliënten namen gegeven van advocatenkantoren die hun belangen zouden kunnen gaan behartigen, waaronder het kantoor waarvoor hij zelf werkzaam zou worden. De cliënten in kwestie is hij vervolgens gaan bedienen.

In een bindend advies wordt vast-

gesteld dat mr. X daadwerkelijk het relatiebeding in een aantal gevallen heeft overtreden op grond waarvan aan hem de verplichting wordt opgelegd een boete van 12.500 euro aan mr. Z te betalen. Daarnaast dient mr. Z een klacht in, inhoudend dat mr. X het overeengekomen concurrentie- en relatiebeding heeft overtreden.

Overwegingen

Mr. X stelt dat mr. Z niet ontvangen kan worden in zijn klacht aangezien deze betrekking heeft op de arbeidsrechtelijke relatie tussen partijen, althans op een mogelijke schending van het relatiebeding door mr. X als werknemer. Dit betreft geen optreden van mr. X als advocaat, dat ter toetsing aan de tuchtrechter kan worden voorgelegd.

De raad overweegt dat klachten die betrekking hebben op een arbeidsrelatie tussen een advocaat als werkgever enerzijds en een andere advocaat als werknemer anderzijds niet buiten de grenzen van het tuchtrecht vallen. Buiten de directe uitoefening van het beroep als advocaat kunnen gedragingen van een advocaat aanleiding geven tot het indienen van klachten bij de tuchtrechter. Indien er voldoende aanknopingspunten zijn met de praktijkuitoefening om dezelfde maatstaven te laten gelden, dan wel indien de gedraging voor een advocaat in het licht van zijn beroepsuitoefening absoluut ongeoorloofd moet worden geacht kan het tuchtrecht van toepassing zijn.

De raad acht mr. Z ontvankelijk in zijn klacht.

Mr. Z stelt dat mr. X klachtwaardig heeft gehandeld door het tussen mr. Z en mr. X overeengekomen relatiebeding te overtreden. Mr. Z geeft vervolgens een aantal voorbeelden van gedragingen waardoor mr. X zich tuchtrechtelijk verwijtbaar zou hebben gedragen.

De raad overweegt dat de beoordeling van de vraag of een tussen partijen overeengekomen relatiebeding is overtreden aan de civiele rechter is voorbehouden. De tuchtrechter is niet bevoegd hierover te oordelen.

Het tuchtrecht is wel van toepassing op de wijze waarop mr. X de zaken heeft

afgehandeld bij zijn vertrek van het kantoor van mr. Z tegenover mr. X en tegenover de cliënten van het kantoor van mr. Z.

De raad stelt voorop dat de keuzevrijheid van de cliënt te allen tijde prevaleert. Het enkele feit van een eventuele aansprakelijkheid op grond van een relatiebeding waaraan een advocaat gehouden is, impliceert nog niet dat die advocaat zich alleen daardoor tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gedragen. Dat hangt mede af van de wijze waarop de advocaat zich heeft opgesteld en welke rol hij bij de advocaatkeuze heeft gespeeld.

Vast is komen te staan dat mr. X op 26 mei 2004, vlak vóór zijn vertrek van het kantoor van mr. Z, twee cliënten van het kantoor van mr. Z wier belangen tot het moment van zijn vertrek door mr. X werden behartigd, heeft bericht het te betreuren dat deze cliënten het besluit hadden genomen om de eerder aan mr. X gegeven opdracht met onmiddellijke ingang in te trekken. Vervolgens heeft mr. X, naar hij stelt desgevraagd, een viertal namen van advocatenkantoren gegeven, waaronder het kantoor waar mr. X per 1 juni 2004 in dienst zou treden.

Bij de boordeling van de klacht over de handelwijze van mr. X kan aansluiting worden gezocht bij Gedragsregel 17, waarin wordt bepaald dat het belang van rechtzoekenden en van de advocatuur in het algemeen met zich meebrengt dat de advocaten behoren te streven naar een onderlinge verhouding die berust op welwillendheid en vertrouwen. In deze Gedragsregel dient tevens begrepen te worden geacht hetgeen in Gedragsregel 31 oud was bepaald, te weten dat advocaten zich behoren te onthouden van het ontnemen van elkaars cliënten.

Mr. X heeft, vlak vóór zijn vertrek van het kantoor van mr. Z, een actieve rol gespeeld bij de advocaatkeuze van cliënten van het kantoor van mr. Z. Mr. X heeft de naam van zijn nieuwe kantoor genoemd en is vervolgens na enige tijd weer de belangen van de voormalige cliënten van het kantoor van mr. Z gaan behartigen.

Door deze handelwijze heeft mr. X naar het oordeel van de raad de grens van

het betamelijke overschreden, nu voormeld optreden van mr. X, hoewel gebonden aan een relatiebeding, kennelijk mede tot doel had cliënten van mr. Z aan zijn nieuwe kantoor te binden, hetgeen in strijd is met Gedragsregel 17.

De raad acht de klacht op grond van bovenstaande gegrond.

Gelet op de omstandigheid dat partijen aan de Raad van Toezicht hebben verzocht bindend advies uit te brengen met betrekking tot het relatiebeding in de destijds tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst en gelet op de inhoud van het bindend advies van de door de Raad van Toezicht aangewezen adviseur acht de raad het niet passend en geboden daarnaast nog een tuchtrechtelijke maatregel aan mr. X op te leggen.

Beslissing

De raad verklaart mr. X ontvankelijk in zijn klacht. De raad acht de klacht gegrond, doch legt mr. X ter zake geen maatregel op.

.....

Ontbreken goed overleg met cliënt

Hof van Discipline, 14 november 2005
 (mrs. Van Griensven, de Leeuw, Gerritzen, Tonkens-Gerkema en De Ruuk).

Raad van Discipline Amsterdam, 25 april 2005
 (mrs. Markx, Van den Berg, Doeleman, Hamer en Breederveld).

De advocaat komt een ruime vrijheid toe in het – in overleg met zijn cliënt – te voeren beleid en de aanpak van een zaak. Het ontbreken van goed overleg is tuchtrechtelijk verwijtbaar. Marginale toetsing door de tuchtrechter .

- Advocatenwet art. 46 (1.1 Beleidsvrijheid; 1.2 Vereiste communicatie met de cliënt; 1.5 Vereiste van schriftelijke vastlegging; 2.4 Vermijden van belangenconflicten; 2.4.1 Eigen belang van de advocaat)
- Gedragsregel 8

Feiten

Klagers hebben op 10 augustus 2001 een zeegaand jacht gekocht van A., voor wie B. B.V. als scheepsmakelaar optrad. Klagers wilden met het schip een wereldreis gaan maken. Volgens art. 2.2 van de tussen partijen gesloten overeenkomst diende de verkoper het vaartuig onder meer vrij van omzetbelasting te leveren. Ten bewijze van de nakoming daarvan diende de verkoper aan klagers een inkoopfactuur met btw, dan wel een btw-verklaring te overhandigen. De verkoper heeft dit achterwege gelaten. Zonder bewijs van betaling van btw was het schip voor klagers onbruikbaar. Zij liepen immers het risico dat de douane aan hen een btw-vordering zou opleggen dan wel het schip aan de ketting zou leggen, zodra zij de grens passeerden. Klagers hebben mr. X verzocht hen bij de staan in deze kwestie. Er heeft geen bespreking plaatsgevonden. Klagers en mr. X hebben uitsluitend telefonisch met elkaar gesproken. Mr. X treedt op als advocaat voor een brancheorganisatie voor pleziervaartuigen. Vanwege een gentlemen's agreement met de brancheorganisatie treedt mr. X niet in rechte op tegen haar leden. B.V.B. was op het moment van totstandkoming van de koopovereenkomst en de terstond daarna gerezene uitvoeringsproblemen geen lid van de brancheorganisatie. Mr. X heeft in november 2001 conservatoir derdenbeslag doen leggen onder de verkopende makelaar die nog een bedrag ten behoeve van de verkoop in depot had staan. Vervolgens heeft mr. X tegen de verkoper een gewone procedure aanhangig gemaakt waarin hij primair afgifte heeft gevorderd van de btw-verklaring en vergoeding van de buitengerechtelijke kosten. Bij vonnis van 13 augustus 2003 heeft de rechtbank de verkoper veroordeeld om binnen 3 maanden na betekening een btw-verklaring aan klagers ter hand te stellen en bij gebreke daarvan veroordeeld om € 14.128,20 te betalen, zijnde het bedrag dat over de koop som aan btw verschuldigd is. Een andere vordering – dat wil zeggen de vergoeding van buitengerechtelijke kosten, de wettelijke rente en de boete – is afgewezen. Zakelijk weergegeven houdt de klacht in dat mr. X:

- a onvoldoende acht heeft geslagen op de positie van klagers, zijnde leden, en hen onvoldoende schriftelijk heeft geïnformeerd over de (procedurele) (on)mogelijkheden;
- b niet de juiste procedure heeft gevolgd en niet de juiste gedaagde in de procedure heeft betrokken;
- c zijn eigenbelang heeft laten prevaleren boven het belang van klagers en klagers niet tijdig en schriftelijk over zijn positie (bij de brancheorganisatie) heeft geïnformeerd;
- d inhoudelijk niet goed heeft geprocedeerd.

Overwegingen van de raad

Ad a
 Voor de beoordeling van dit klachtonderdeel is van belang hetgeen in Gedragsregel 8 is bepaald: de advocaat dient zijn cliënt op de hoogte te brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken. Waar nodig ter voorkoming van misverstanden, onzekerheid of geschil, dient hij belangrijke feiten en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt te bevestigen. Zowel klagers als mr. X bevestigen dat in het eerste telefoongesprek is gesproken over de mogelijkheid om een kort geding te voeren, maar het is niet gebleken dat mr. X in overleg met klagers de keuze heeft gemaakt om geen kort geding te voeren. Vaststaat dat mr. X klagers niet schriftelijk heeft geïnformeerd over de procedurele mogelijkheden en daaraan verbonden risico's. De raad is van oordeel dat het in het algemeen geïndiceerd is, althans dat het de voorkeur verdient dat een advocaat bij aanvang van een zaak van een nieuwe (particuliere) cliënt in een persoonlijk gesprek nagaat wat de belangen en prioriteiten van de cliënt zijn, teneinde aan de hand daarvan in overleg met cliënt te komen tot een besluit omtrent de aanpak van de zaak en de te volgen procedure. Vervolgens dienen de gemaakte afspraken – zo daartoe gelet op Gedragsregel 8 aanleiding bestaat – schriftelijk te worden vastgelegd door de advocaat. Nu zulk mondeling vis-à-vis overleg achterwege is gebleven en nu voorts mr. X niets schriftelijk heeft vastgelegd over de inhoud van telefoongesprekken met klagers, is niet komen vast te staan of de verschillende procedurele mogelijkheden volledig met klagers besproken zijn en of het besluit geen kort geding te voeren in

overleg met klagers tot stand is gekomen. Aangezien mr. X ervoor heeft gekozen geen persoonlijk gesprek te hebben met klagers, oordeelt de raad dat de gevolgen van de hierdoor ontstane onduidelijkheid voor risico komen van mr. X.

Op grond van het voorgaande is de raad van oordeel dat mr. X klagers onvoldoende, al dan niet schriftelijk heeft geïnformeerd over de procedurele mogelijkheden en mogelijk onvoldoende rekening heeft kunnen houden met de belangen van klagers. Daarmee heeft mr. X tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Dit onderdeel is derhalve gegrond.

Ad b

Door het leggen van conservatoir derdenbeslag, gevolgd door een bodemprocedure heeft mr. X in beginsel een juiste procedure gevolgd. Ook is de raad niet gebleken dat mr. X een andere gedaagde (de scheepsmakelaar) in de procedure heeft moeten betrekken. Hoewel de door mr. X gekozen bodemprocedure juist is, bracht daarnaast het belang van klagers mee, om op korte termijn een rechterlijke uitspraak te verkrijgen. Klagers wilden immers een wereldreis gaan maken en hadden in verband daarmee het btw-bewijs nodig. Op die grond is de raad van oordeel dat een kort geding op dit punt wel geïndiceerd was. Mr. X heeft hier ten onrechte van afgezien, maar dit leidt in de gegeven omstandigheden niet tot tuchtrechtelijke verwijtbaarheid. Dit onderdeel is derhalve ongegrond.

Ad c

Niet gebleken is dat mr. X zijn eigenbelang heeft laten prevaleren boven het belang van klagers. Het was beter geweest indien mr. X klagers in een eerste gesprek had geïnformeerd over zijn positie bij de brancheorganisatie, maar het feit dat hij dit niet heeft gedaan is in de omstandigheden van dit geval niet tuchtrechtelijk laakbaar. Voorts is niet gebleken dat de positie van mr. X bij de brancheorganisatie in het nadeel van klagers heeft gewerkt. Ook dit onderdeel is ongegrond.

Ad d

De raad kan inhoudelijke klachten over een door een advocaat gevoerde procedure slechts marginaal toetsen. Klagers hebben dit klachtonderdeel voorts on-

voldoende gespecificeerd. Het is derhalve voor de raad niet komen vast te staan dat mr. X (inhoudelijk) niet goed zou hebben geprocedeerd. Dit onderdeel is ongegrond.

Volgt

Gegronde verklaring van klachtonderdeel a, ongegronde verklaring van de klachtonderdelen b, c en d met oplegging van de maatregel van enkele waarschuwing.

Overwegingen van het hof

Het hoger beroep van klagers strekt tot gegronde verklaring van alle onderdelen van de klacht en het hoger beroep van mr. X strekt tot ongegronde verklaring daarvan. Het hof gaat uit van bovenvermelde klachtomschrijving en van de feiten zoals door de raadin zijn beslissing vermeld nu daartegen noch door klagers noch door mr. X een grief is gericht.

Ad a

Het hof kan zich met de overwegingen van de raad ten aanzien van dit onderdeel geheel verenigen en voegt daar nog aan toe, dat, gelet op de aard van de zaak en de door klagers gewenste spoed, het (enkel) starten van een bodemprocedure tegen de verkoper, een niet voor de hand liggende keuze was, die daarom eens te meer aan klagers had moeten worden toegelicht en zorgvuldig met hen had moeten worden overlegd. Het beroep van mr. X dient derhalve ongegrond worden verklaard.

Ad b

Het hof stelt voorop, dat een advocaat voor het – in overleg met zijn cliënt – te voeren beleid een ruime vrijheid toekomt en hij vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid kan bepalen met welke aanpak de belangen van zijn cliënt het beste zijn gediend. De door mr. X gekozen aanpak is in beginsel niet onjuist en levert, mits in goed overleg met klagers tot stand gekomen, geen grond op voor een tuchtrechtelijk verwijt. Wel tuchtrechtelijk verwijtbaar is dat, naar moet worden aangenomen, het aan goed overleg heeft ontbroken, maar dit verwijt is bij klachtonderdeel a. behandeld en gegrond bevonden.

Ad c

Het hof verenigt zich geheel met de overwegingen van de raad ten aanzien

van dit onderdeel. Dit onderdeel van de klacht moet derhalve ongegrond worden verklaard.

Ad d

Klagers verwijten mr. X dat hij heeft nagelaten om aan de primaire vordering een vordering tot nakoming van het overeengekomen boetebeding te koppelen, terwijl een deugdelijke onderbouwing van de schade en van het causaal verband tussen de tekortkoming en de verkoop en de schade ontbreekt. Mr. X heeft verzuimd de (subsidiar gevorderde) boete te matigen en mr. X heeft preprocesuele kosten gevorderd, zonder dat die kosten waren gemaakt. Het hof kan, aan de hand van de slechts zeer gedeeltelijk ter beschikking gestelde processtukken in de procedure tussen klagers en de verkoper niet beoordelen of het aan mr. X te wijten is, dat de rechtbank niet aannemelijk heeft geacht, dat klagers de door hen gestelde gevolgschade hebben geleden. (Mede) op grond daarvan heeft de rechtbank (subsidiar) wél de (gevorderde) boete afgewezen.

Daardoor heeft de omissie van mr. X klagers op geen enkele wijze geschaad; het maakte immers in dit geval niet uit, of de boetevordering in het kader van de primaire, dan wel in het kader van de subsidiaire vordering wordt afgewezen. Dat, ten slotte, mr. X de volle boete heeft gevorderd zonder deze op voorhand te matigen, is naar het oordeel van het hof niet nadelig geweest voor klagers; dit is ook niet ongebruikelijk en is tuchtrechtelijk niet verwijtbaar. Het vorderen van procesuele kosten (ad 15%), terwijl niet is gesteld of gebleken dat deze kosten zijn gemaakt, komt – helaas – vaker voor. Het hof acht een dergelijke manier van procederen niet zorgvuldig, maar acht in dit geval, met name gelet op het feit, dat hieruit geen nadeel voor klagers is gebleken, onvoldoende grond aanwezig voor een tuchtrechtelijk verwijt. Klachtonderdeel d. is ongegrond. Zowel het beroep van klagers als het beroep van mr. X is ongegrond.

Volgt

Bekrachtiging van de beslissing van de Raad van Discipline.