

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14-215

Beslissing van 13 april 2015
in de zaak 14-215
naar aanleiding van de klacht van:
klaagsters
tegen:
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 22 december 2014 met kenmerk 14-0091, door de raad ontvangen op 23 december 2014, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement [X] de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 16 februari 2015 in aanwezigheid van zowel klaagsters als verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de hiervoor onder 1.1 genoemde aanbiedingsbrief van de deken met bijlagen.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.

2.2 Klaagsters waren voorheen als kapsters in loondienst werkzaam bij [S] BV te [R], laatstelijk krachtens tijdelijke arbeidsovereenkomsten d.d. 31 januari respectievelijk 24 mei 2013 voor de duur van een jaar.

2.3 In mei 2013 diende zich de mogelijkheid aan om [K] te [R] over te nemen. Klaagsters hebben zich ter zake laten adviseren door de [A], waar verweerder als advocaat in dienstbetrekking werkzaam was.

2.4 Artikel 14 van klaagsters arbeidsovereenkomst luidt als volgt:

“Deze arbeidsovereenkomst valt onder de CAO voor de detailhandel. Echter zoals overeengekomen volgen wij op hoofdlijnen de CAO voor het kappersbedrijf.

Artikel 12 luidt:

“Concurrentiebeding. Indien werknemer haar arbeidscontract zelf beëindigt is werknemer gedurende 6 maanden na beëindiging van het arbeidscontract niet gerechtigd om soortgelijke bedrijfsactiviteiten binnen een straal van 10 km van de [H] vestigingen te verrichten. Hierbij volgen wij dus niet de cao voor het kappersbedrijf.”

2.5 Bij e-mail van 28 mei 2013 heeft [B] van [A] aan klaagsters bericht dat hij de arbeidsovereenkomsten had laten uitpluizen door ‘onze’ advocaat en hen als volgt geschreven: “Jullie hebben een arbeidscontract geldend voor de kappersbranche, een contract voor bepaalde tijd. Hierin is een concurrentiebeding opgenomen: een concurrentiebeding in een arbeidscontract voor bepaalde tijd is nietig, dat wil zeggen dat het als niet geschreven beschouwd moet worden. [B] was ook de contactpersoon voor [K].

2.6 Klaagsters hebben daarop besloten tot koop van [K]. De desbetreffende overeenkomst is door hen op 22 augustus 2013 gesloten. De verkoop vond plaats per 30 november 2013, tegen betaling van de somma van € 30.000,00.

2.7 Klaagsters hebben op 8 respectievelijk 9 oktober 2013 hun ontslagbrief aan [S] verzonden en hebben daarbij ontslag genomen per 1 november 2013. Nadat zij erop waren gewezen dat de opzegtermijn 1 maand bedroeg hebben zij dat gecorrigeerd in ontslag per 1 december 2013.

2.8 Bij brief d.d. 15 oktober 2013 heeft mr. [V], de advocaat van [S], aan klaagsters het concurrentiebeding voorgehouden, en hen gewaarschuwd dat wanneer zij dat zouden overtreden [S] zich tot de rechter zou wenden en per dag van overtreding een boete van € 500,00 zou vorderen.

2.9 Bij brief d.d. 17 oktober 2013 heeft verweerder namens klaagsters aan [V] geantwoord, verwezen naar artikel 2 lid 2 van de cao van het kappersbedrijf, en laten weten dat zij niet op diens sommatie zouden ingaan.

2.10 Bij brief d.d. 18 oktober 2013 heeft [V] verweerder bericht dat diens verwijzing naar artikel 2 lid 2 van de cao voor het kappersbedrijf betekenis mist, in de eerste plaats omdat de cao voor detailhandel in parfumerieartikelen op de vigerende arbeidsovereenkomsten van toepassing is, en voorts omdat de cao voor het kappersbedrijf al 2,5 jaar geleden expireerde en er door klaagsters overigens ook geen beroep op nawerking zou kunnen worden gedaan.

2.11 [B] heeft daarop aan klaagsters voorgesteld deze reactie van [V] met spoed te laten beoordelen door DAS althans Univé rechtsbijstand en/of FNV.

2.12 Bij mail van 25 oktober 2013 heeft [B] mede namens verweerder aan klaagsters bericht dat zij de hele kwestie nogmaals hebben doorgenomen en hebben zij aandacht gevraagd voor het volgende. Citaat: “De kwestie van het concurrentiebeding is door ons beoordeeld uitgaande van een arbeidscontract voor bepaalde tijd. In een dergelijk contract opgenomen concurrentiebeding is nietig volgens de cao voor het kappersbedrijf. Jullie arbeidscontract spreekt zich tegen in de artikelen 12 en 14: artikel 12 geeft aan dat de werknemer niet gerechtigd is gedurende 6 maanden na beëindiging van het arbeidscontract soortgelijke bedrijfsactiviteiten te ontplooien. In dit artikel is niet opgenomen dat het verboden is om als werknemer in loondienst te treden. Artikel 14 spreekt over het feit dat de arbeidsovereenkomst valt onder de cao voor de detailhandel. Echter zoals overeengekomen volgen wij op hoofdlijnen de cao voor het kappersbedrijf. De centrale vraag is nu wat wordt verstaan onder bedrijfsactiviteiten. Valt hieronder alleen het zelfstandig ondernemerschap of ook het werken in loondienst? Deze interpretatie is onderhevig aan een uitspraak van de rechter die deze vraag zal moeten beoordelen en beantwoorden.”

2.13 Ook de accountant van klaagsters heeft met verweerder overleg gevoerd. Blijkens zijn brief aan klaagsters van 5 november 2013 adviseerde verweerder niet op de brief van [V] te reageren en af te wachten waar die eventueel nog mee zou komen. Voorts zouden volgens verweerder in die brief de ouders van klaagster [W] wanneer zij de zaak over zouden nemen en klaagsters bij hen in dienst zouden laten treden – dat was de optie die op dat moment werd onderzocht – geen enkel risico lopen om betrokken te worden in een rechtszaak over hun concurrentiebeding. Bij e-mail van 8 november 2013 heeft verweerder dat laatste rechtstreeks aan klaagsters bevestigd. Hij heeft daarbij de kanttekening gemaakt dat het strikt formeel mogelijk is dat de huidige werkgever zich ook richt tegen de nieuwe werkgeefster, met het argument dat zij bekend is met het concurrentiebeding. Juridisch is dat nooit helemaal uit te sluiten, doch zoals eerder gesteld zal een eventuele procedure zich in eerste instantie naar mijn mening op ex-personeelsleden richten, aldus verweerder.

2.14 Op 20 december 2013 heeft [S] klaagsters doen dagvaarden in kort geding en gevorderd om klaagsters te verbieden om vanaf 1 december 2013 gedurende 6

maanden binnen een straal van 10 kilometer in strijd met het concurrentiebeding te handelen, op straffe van een dwangsom van € 500,00 voor iedere overtreding.

2.15 Bij vonnis d.d. 23 januari 2014 heeft de rechtbank [R] deze vordering toegewezen, met matiging van de dwangsom tot € 250,00 per overtreding van het verbod door elk van de gedaagden afzonderlijk, vanaf de dag van betekening van het vonnis tot aan 1 juni 2014, met een maximum van € 7.500,00. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat de bepalingen in de arbeidsovereenkomst voldoende duidelijk zijn en dat in het artikel waarin het concurrentiebeding is neergelegd – per abuis vermeldt het vonnis artikel 14, dat moet zijn artikel 12 - expliciet is vermeld dat op dit onderdeel niet de cao voor het kappersbedrijf wordt gevolgd. Voorts verwerpt de rechtbank de beperkte uitleg van het beding als zouden 'soortgelijke bedrijfsactiviteiten' niet zien op de door klaagsters verrichte werkzaamheden als kapsters in loondienst. Volgens de rechtbank ziet het beding op alle bedrijfsactiviteiten van [H] en mochten klaagsters geen haarverzorging of productverkoop (gaan) doen.

2.16 Bij brief d.d. 20 december 2013 had [V] de moeder van klaagster [W], die de zaak had overgenomen, al verzocht om te berichten dat zij klaagsters niet langer tot werken in [K] in de gelegenheid zou stellen. Bij brief d.d. 24 januari 2014 heeft [V] haar onder verwijzing naar voormeld vonnis erop gewezen dat zij onrechtmatig zou handelen wanneer zij klaagsters toch kappersactiviteiten zou laten verrichten.

2.17 Bij brief d.d. 29 januari 2014 heeft verweerder aan [V] bericht dat de eigendom van [K] weer terug aan klaagsters was overgedragen, en dat hun voorkeur uitging naar een financiële regeling. Bij brief d.d. 31 januari 2014 heeft [V] laten weten dat zijn cliënte handhaving van het beding voorstaat en geen financiële regeling nastreeft.

2.18 Bij e-mail van 3 februari 2014 heeft verweerder aan klaagsters een mail van [V] van eerder die dag doorgestuurd waarin deze a[A]ndigt dat bij verdere overtreding de rechtbank zal worden verzocht de dwangsom te verviervoudigen. Verweerder schrijft hun dat, nu 'men' kennelijk niet kan accepteren dat zij nog doorgaan, het mogelijk is dat in een eventueel tweede kort geding gevraagd wordt om de boete en dus het maximum te verhogen.

2.19 In zijn brief d.d. 25 april 2014 aan de assuradeur van [A] heeft [B] onder meer geschreven dat [A] destijds kennelijk te snel heeft geconcludeerd dat het in de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd opgenomen concurrentiebeding nietig zou zijn.

2.20 Bij brief van 3 april 2014 met bijlagen hebben klaagsters zich bij de deken beklagd over verweerder.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat verweerder klaagsters onjuist heeft geadviseerd. Ter toelichting dient het volgende.

3.2 Klaagsters hebben op advies van de [brancheorganisatie A] hun arbeidsovereenkomst opgezegd om voor zichzelf te beginnen en een kapsalon overgenomen. Het in hun arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding zou volgens [A] niet van toepassing zijn.

3.3 Later bleek dit een fout advies en werden klaagsters door hun voormalige werkgever gesommeerd om zich aan het concurrentiebeding te houden. Vanaf dat moment zijn zij bijgestaan door verweerder, die destijds als advocaat in dienstbetrekking van [A] werkzaam was.

3.4 Verweerder heeft een aantal onjuiste adviezen gegeven over hoe te handelen op de sommatie van de advocaat van de wederpartij, hoe om te gaan met de eigendom van de aangekochte kapsalon en over de verbeurde dwangsommen.

3.5 Klaagsters hebben ook geklaagd over de handelwijze van [A]. De deken heeft die bezwaren in zijn aanbiedingsbrief terecht niet meegenomen aangezien [A] niet aan het advocatentuchtrecht is onderworpen. De raad zal zich dan ook in het vervolg beperken tot de hiervoor onder 3.1 weergegeven klacht tegen verweerder.

4 VERWEER

4.1 Verweerder betwist dat hij van meet af aan als advocaat bij de advisering van klaagsters was betrokken. Hij heeft hun arbeidsovereenkomsten pas gezien toen zij door [V] waren aangeschreven.

4.2 Verweerder heeft klaagsters wel degelijk gewezen op de risico's van overtreding van het concurrentiebeding. Desalniettemin wilden klaagsters door gaan met [K], en hebben zij bewust het kort geding afgewacht.

4.3 Verweerder heeft de implicaties van zowel de in- als uitschrijving van de moeder van [W] bij de Kamer van Koophandel zowel voor als na het kort geding met klaagsters besproken.

5 BEOORDELING

5.1 De nieuwe Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 zijn ingediend bij de deken. De onderhavige klacht is voor 1 januari 2015 ingediend bij de deken en wordt door de raad van discipline derhalve behandeld en beoordeeld op grond van de oude Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld.

5.2 Verweerder is in elk geval vanaf 15 oktober 2013 opgetreden als advocaat van klaagsters. Bij betwisting door verweerder is niet met zekerheid vast te stellen dat en in welke mate hij ook voordien al bij de advisering door [A] was betrokken.

5.3 Uit niets blijkt dat verweerder toen afstand heeft genomen van het eerder door [B] gegeven advies met betrekking tot de geldigheid van het concurrentiebeding. Dat had verweerder wel moeten doen. Artikel 12 van de arbeidsovereenkomsten is duidelijk waar daarin met zoveel woorden is vermeld dat de cao van het kappersbedrijf niet van toepassing is. De kans dat daarover anders zou worden geoordeeld moet als te verwaarlozen worden beschouwd, niet alleen gelet op deze redactie van artikel 12 maar ook omdat, zoals [V] in zijn brief van 15 oktober 2013 had naar voren gebracht, de cao van het kappersbedrijf al geruime tijd geleden was geëxpireerd. Verweerder had dat eerder moeten onderzoeken en onderkennen. Verweerder zegt wel dat hij de risico's van het eerder ingenomen standpunt met klaagsters heeft besproken en dat zij perse in de door hen gekochte haarsalon aan het werk wilden, maar dat is door klaagsters betwist. Uit niets blijkt dat hij dat heeft gedaan. Dat komt voor risico van verweerder. In zoverre is de klacht dan ook gegrond.

5.4 Geconfronteerd met de onjuistheid van het eerder gegeven advies lag het overeenkomstig regel 11 van de Gedragsregels 1992 op de weg van verweerder om klaagsters van die onjuistheid op de hoogte te brengen en hen zo nodig te adviseren om onafhankelijk advies te vragen. Het is echter niet verweerder geweest maar [B] die klaagsters heeft aangespoord om bij hun rechtsbijstandverzekeraar of FNV advies in te winnen over de brief van [V] van 18 oktober 2013. Het advies van de FNV luidde dat het concurrentiebeding geldig was overeengekomen. Klaagsters hebben er voor gekozen zich toch verder bij te laten blijven staan door [A] en verweerder; zij hoopten kennelijk toch nog op een voor hen gunstige wending in het debat hierover.

5.5 Op de hoogte van dit advies van de FNV hebben [B] en verweerder op 25 oktober 2013 nader overleg gevoerd. Blijkens hun e-mail van die dag aan klaagsters hebben zij ook toen nog geen volledige afstand genomen van hun eerdere advies met betrekking tot de geldigheid van het concurrentiebeding, maar hebben zij kennelijk voor de situatie dat het beding van toepassing zou zijn getracht een uitweg te vinden door middel van

een interpretatie van het begrip 'bedrijfsactiviteiten' in de zin van activiteiten niet als werknemer in loondienst. Dat aan een dergelijke, de reikwijdte van het beding beperkende interpretatie, risico's waren verbonden is niet door verweerder duidelijk gemaakt terwijl dat wel van hem verwacht had mogen worden. In het licht van hun eerdere tekort schieten inzake de geldigheid van het concurrentiebeding was op zijn minst het doen inwinnen of voorstellen van een second opinion op zijn plaats geweest. Ook hier is verweerder jegens klaagsters tekort geschoten.

5.6 Verweerder heeft in zijn e-mail van 9 november 2013 klaagsters onjuist althans onvolledig geadviseerd op hun vraag of moeder bij overname van de zaak geconfronteerd zou kunnen worden met het concurrentiebeding. Door eerst te schrijven dat dit uiteraard niet aan de orde is, en aan het slot te schrijven dat dit juridisch nooit helemaal uit te sluiten is maar dat een eventuele procedure zich in eerste instantie op hen als ex-personeelsleden zou richten, heeft verweerder miskend dat een nieuwe werkgever die op de hoogte is met het concurrentiebeding jegens de vorige werkgever onrechtmatig handelt en daarop zou kunnen worden aangesproken. Verweerder had klaagsters met zoveel woorden voor die kans dienen te waarschuwen. Daarvan is niet gebleken. Weliswaar was niet de moeder zijn cliënte maar dat klaagsters zich bij de besluitvorming over de verder door hen te volgen koers het belang van de moeder dienden te betrekken sprak voor zich. Bovendien kwam het advies te laat; de moeder had de zaak op dat moment al overgenomen. Ook in zoverre is de klacht van klaagsters omtrent verweerdens advisering gegrond.

5.7 Verweerder heeft bij klaagsters ten onrechte de indruk gewekt dat indien zij de kapsalon weer terug over zouden nemen de door hen verbeurde boete nimmer hoger zou zijn dan het door de kort geding rechter in zijn vonnis bepaalde maximum van € 7.500,00 per persoon. Hij had dienen te schetsen welke de gevolgen zouden kunnen zijn wanneer de wederpartij niet met een voortgezet handelen in strijd met het concurrentiebeding in zou stemmen en er geen regeling omtrent betaling van een schadebedrag zou kunnen worden getroffen. Niet is gebleken dat verweerder dat heeft gedaan. Hij heeft zich te lichtvaardig laten leiden door zijn verwachting dat er met de wederpartij wel een regeling zou zijn te treffen. Zo heeft kunnen gebeuren dat klaagsters op grond van een te rooskleurige verwachting omtrent een maximaal bedrag aan boete hebben besloten tot terug overname, terwijl dat voor hen aanzienlijke schade tot gevolg had kunnen hebben. Verweerder heeft voorts nagelaten om klaagsters de voor de hand liggende optie voor te houden om voorlopig überhaupt geen werkzaamheden in [K] meer te verrichten, en moeder [W] tot en met 6 maanden na einde dienstbetrekking van klaagsters eigenaar te laten. Alleen dan hadden zij met zekerheid geen verder risico gelopen. Ook in zoverre is verweerder jegens klaagsters tekort geschoten en is de klacht gegrond.

5.8 Meer algemeen verwerpt de raad het verweer van verweerder dat klaagsters hoe dan ook de overname van de kapsalon wilden voortzetten en niet open stonden voor zijn raadgevingen. Juist wanneer een advocaat ziet dat de cliënt zich onvoldoende bewust toont van de risico's rust op hem de plicht om die risico's duidelijk en dus schriftelijk voor te houden. Dat heeft verweerder nagelaten.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder is in de loop van zijn advisering op meerdere cruciale momenten jegens klaagsters tekort geschoten, zowel waar het de inhoud van zijn adviezen betreft en de onvolledigheid daarvan als waar het gaat om het tijdig waarschuwen voor de risico's van de tijdens de procedure en de onderhandelingen ingenomen standpunten en gemaakte keuzes. De raad is daarom van oordeel dat aan verweerder de hierna te noemen maatregel dient te worden opgelegd.

BESLISSING

De raad van discipline:

Verklaart de klacht van klagsters tegen verweerder gegrond in zoverre als hiervoor is overwogen.

Legt aan verweerder de maatregel van berisping op.

Aldus gewezen door mr. M.J. Grapperhaus, voorzitter, mrs. E. Bige, F.A.M. Knüppe, L.A.M.J. Pütz en E.J. Verster, leden van de raad, bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 13 april 2015.

griffier voorzitter