



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een eerlijke deal? Over ethisch minimalisme in de corporate advocatuur

van Domselaar, I.

Publication date

2017

Document Version

Final published version

Published in

Ars Aequi

License

Unspecified

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Domselaar, I. (2017). Een eerlijke deal? Over ethisch minimalisme in de *corporate* advocatuur. *Ars Aequi*, 66(11), 902-910.

http://www.arsaequi.nl/zr/maandbladartikel/16139/Een_eerlijke_deal?_Over_ethisch_minimalisme_in_de_corporate_advocatuur.html

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Een eerlijke deal? Over ethisch minimalisme in de *corporate* advocatuur

Iris van Domselaar*

In dit artikel staat de vraag centraal of ‘ethisch minimalisme’ een verdedigbare beroepshouding oplevert voor de *corporate* advocatuur. Betoogd wordt dat met een dergelijke professionele houding de *corporate* advocatuur de samenleving tekort zou doen. Tegelijkertijd is een meer omvattende taakopvatting in de *corporate* praktijk moeilijk te realiseren vanwege dominante financiële en sociaal-psychologische factoren. Hoe deze patstelling te doorbreken? De auteur doet een aantal suggesties.

1 Inleiding

‘Ethisch minimalisme kenmerkt de advocatuur’, kopte het *Advocatenblad* in mei dit jaar.¹ Het citaat verwoordt een van de conclusies van Richard Moorhead die empirisch onderzoek heeft gedaan naar de professionele attitude onder *corporate* advocaten in Engeland.² De *corporate* advocatuur is volgens Moorhead bovenal cliëntgericht, ook als hierdoor het algemeen belang en de legitieme belangen van derden worden geschaad.³ Gevraagd naar de eigen taakopvatting antwoordde een van de geïnterviewde advocaten: ‘you’re not here to judge moral issues [...] the client has retained you to advise [...] it’s not for you to judge the morality of it’.⁴

In Nederland is tot op heden geen onderzoek gedaan naar de taakopvatting onder *corporate* advocaten. Ook zijn advocaten opvallend stil waar het de beroepsethische aspecten van hun vak betreft

In Nederland is tot op heden geen onderzoek gedaan naar de taakopvatting onder *corporate* advocaten. Ook zijn advocaten opvallend stil waar het de beroepsethische aspecten van hun vak betreft. Dit is jammer, want de impact van ondernemingen op de samenleving is groot. Of *corporate* advocaten zich in hun advies-, transactie- of procespraktijk primair richten op de wensen van de onderneming of ook aan de legitieme belangen van derden en het algemeen belang (zoals het milieu, de volksgezondheid, of een gezonde financiële markt) gewicht toekennen, is daarom een maatschappelijk belangrijke vraag. Dit bleek ook toen in Amerika naar aanleiding van een aantal *corporate* schandalen en de bankencrisis *corporate* advocaten steeds vaker ter verantwoording werden geroepen. ‘Where were the lawyers?’, kopten menig krant en wetenschappelijk artikel verontwaardigd.

Omdat het ethisch minimalisme onder *corporate* advocaten ook in Nederland mogelijk goed gedijt, bespreek ik of deze professionele attitude moreel verdedigbaar is. Meer in het bijzonder ga ik na of het ethisch minimalisme begrepen kan worden als onderdeel van een sociaal contract tussen de *corporate* advoca-

* Dr.mr.dr.s. I. van Domselaar is rechtsfilosoof en *executive director* van het Amsterdam Centre on the Legal Professions (UvA). Zij organiseerde vorig jaar samen met de VU het tweedaagse symposium ‘Legal Ethics and Corporate Lawyers: Friends or Foes?’. Zie voor een verslag van het symposium o.a.: www.advocatie.nl/symposium-legal-ethics-ook-smoezelige-clienten-moeten-bediend-wor-den (30 september 2017). De auteur dankt Aart Jonkers, Wouter Veraart en Diana de Wolff voor hun waardevolle commentaar en zij dankt haar studenten van het UvA-VU-mastervak ‘Legal Ethics for Corporate Lawyers’ voor de inspirerende discussies over dit onderwerp.

1 Zie: www.advocatenblad.nl/?p=103625 (laatst geraadpleegd 15 augustus 2017).

2 Met *corporate* advocaten doel ik op advocaten wiens praktijk bestaat uit het bijstaan en adviseren van (grote) ondernemingen.

3 R. Moorhead & V. Hinchley, ‘Professional Minimalism? The Ethical Consciousness of Commercial Lawyers’, *Journal of Law and Society* 2015, afl. 3, p. 387-412.

4 Moorhead & Hinchley 2015, p. 399.

5 A.H. Goldman, ‘Professional Ethics’, in: L.C. Becker & C.B. Becker (red.), *Encyclopedia of Ethics*, New York & Londen: Garland Publishing 2001.

6 R. Wasserstrom, ‘Roles and Morality’, in: D. Luban (red.), *The Good Lawyer. Lawyers’ Roles and Lawyers’ Ethics*, Totowa, NJ: Rowman & Allanheld 1983, p. 25-38.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

tuur en de samenleving. We zullen zien dat dit niet het geval is en dat nadere gedachtevorming over de reikwijdte van de professionele verantwoordelijkheid van *corporate* advocaten mede daarom geboden is. De vraag is of een dergelijke gedachtevorming wel mogelijk is, gezien het krachtenveld waarbinnen de individuele *corporate* advocaat opereert.

2 Professionele rollen en professionele ethiek als uitdrukking van een sociaal contract

Professionele rollen zijn formele, geïnstitutionaliseerde sociale rollen die veelal gericht zijn op individuele dienstverlening en daarom een partijdige houding veronderstellen.⁵ Mede vanwege deze partijdigheid staat het handelen vanuit een rol soms op gespannen voet met meer algemene morele waarden. Zo zal een psychiater die ervan op de hoogte is dat zijn patiënt structureel geld steelt van haar partner hierover zijn mond houden. De vertrouwensrelatie met zijn patiënt gaat boven de belangen van derden.

Tegelijk is een van de naoorlogse lessen voor de professionele ethiek dat een professionele rol nooit een vanzelfsprekende legitimatie biedt voor 'rolgedifferentieerd handelen': handelen dat afwijkt van meer

algemene morele maatstaven.⁶ Deze les werd enkele decennia later ook getrokken uit het Watergateschandaal van 1971, waarbij opvallend veel advocaten betrokken waren die, ook naar eigen zeggen achteraf, min of meer 'gedachteloos' hun rol hadden uitgeoefend.⁷

Een gangbaar idee in de beroepsethiek is dan ook dat professionele rollen en hun bijbehorende handelingskaders nooit een vanzelfsprekende normatieve kracht hebben. Zij moeten tenminste zelf moreel aanvaardbaar zijn om een rechtvaardiging te bieden voor een concrete handeling uit hoofde van die rol.⁸ Maar hoe bepalen we die morele aanvaardbaarheid?

In ruil voor de aan de professie toegekende voorrechten en de hieruit voortvloeiende sociale, economische en soms ook politieke macht, moet de professie de samenleving als geheel dienen

Voor het antwoord op deze vraag knoopt de beroepsethiek veelal aan bij het liberale sociaalcontractdenken: professionele rol-

7 De 'Watergate'-advocaten werkten onder meer mee aan het toedekken van de betrokkenheid van president Nixon bij de inbraak op 17 juni 1972 in het nationale hoofdkwartier van de Democratische partij in het Watergategebouw. Zie voor de lessen voor de beroepsethiek o.a.: '1965-1974: Watergate and the rise of legal ethics', *www.abajournal.com/magazine/article/1965_1974_watergate_and_the_rise_of_legal_ethics* (laatst geraadpleegd 30 september 2017); 'John Dean on Watergate: 5 ethics lessons for lawyers', https://law.wisc.edu/newsletter/Articles/John_Dean_on_Watergate_5_ethics_2013-10-09 (laatst geraadpleegd 30 september 2017).

8 Dit wil natuurlijk niet zeggen dat professionals bij elke handeling een dergelijke afweging expliciet en volledig bewust hoeven te maken. Het betekent wel dat juist in die gevallen wanneer het handelen sterk afwijkt van meer algemene morele maatstaven, een rechtvaardiging mogelijk moet zijn.

len zijn pas *moreel* aanvaardbaar wanneer zij tenminste ook te begrijpen zijn als uitdrukking van een *sociaal contract* tussen de professie en de samenleving.⁹ Wederkerigheid is dan het uitgangspunt. In ruil voor de aan de professie toegekende voorrechten en de hieruit voortvloeiende sociale, economische en soms ook politieke macht, moet de professie de samenleving als geheel dienen. Of zoals de commissie-Van Wijmen het stelt voor de advocatuur: er moet sprake zijn van een

‘wederkerige overeenkomst [...] waarbij enerzijds de rechtsstatelijke samenleving de advocatuur – als beroep en beroepsgroep – instelt onder oplegging van rechten en plichten en anderzijds de advocatuur haar taken, met de daaraan verbonden rechten en plichten, aanvaardt en uitoefent binnen het rechtsstatelijk kader.’¹⁰

Dit betekent dat de professionele rol, zoals die van arts of advocaat, en de invulling die daaraan wordt gegeven door de beroepsgroep in ieder geval ook ten goede moet komen aan een ‘groter goed’. Professionals zijn meer dan ‘passive servants of the state, of capital, of the firm, the client, or even of the immediate general public’.¹¹

Zo beschouwd is de eerdergenoemde ophef in Amerika over het functioneren van de *corporate* advocatuur te begrijpen. *Corporate* advocaten waren op grote schaal betrokken bij schandalen die de gezondheid, de veiligheid en het financiële welzijn van burgers hard raakten.¹² In de woorden van Deborah Rhode: ‘Lawyers have been implicated in almost all of the major health, safety, and financial scandals of recent decades.’¹³ Kon het handelen van de *corporate* advocatuur in het algemeen nog wel gezien worden als een ‘eerlijke deal’, een wederkerige overeenkomst? Was hier geen sprake van grove collectieve zelfverrijking ten koste van de samenleving als geheel? En verdiende deze beroepsgroep nog wel de door de samenleving aan hen toegekende voorrechten zoals het procesmonopolie, het verschoningsrecht en de aanspraak op zelfregulering?

De ophef was mede aanleiding voor een in Amerika nog steeds voortdurend academisch debat over wat de maatschappij van een *corporate* advocaat mag verwachten. Die vraag blijkt niet gemakkelijk te beantwoorden.

Is het ethisch minimalisme of de ‘cliënt-eerst-benadering’ binnen de *corporate* advocatuur verdedigbaar als beroepsethiek?

3 Ethisch minimalisme in de *corporate* advocatuur: op zoek naar een rechtvaardiging

Is het ethisch minimalisme of de ‘cliënt-eerst-benadering’ binnen de *corporate* advocatuur verdedigbaar als beroepsethiek? Ik neem de vier belangrijkste argumenten vóór die stelling onder de loep.

3.1 Autonomie

Het eerste argument gaf Stephen Pepper in zijn befaamde artikel ‘The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities’.¹⁴ In een liberale samenleving is het recht een noodzakelijk instrument voor burgers om hun autonomie gestalte te geven. Het recht is echter vaak complex en ondoorgrondelijk en daarom voor de leek moeilijk toegankelijk. Omdat autonomie een belangrijke morele waarde is en het recht deze waarde dient, moeten burgers een beroep kunnen doen op iemand met juridische expertise die hen met advies en bijstand helpt hun doelen te realiseren.¹⁵ Een advocaat vervult volgens Pepper deze belangrijke morele functie.

Omdat autonomie een belangrijke morele waarde is en het recht deze waarde dient, moeten burgers een beroep kunnen doen op iemand met juridische expertise die hen met advies en bijstand helpt hun doelen te realiseren

En juist omwille van de autonomie van de burger moet de advocaat in de relatie met de cliënt als een ethisch minimalist te werk gaan: binnen de grenzen van het recht dient hij de cliënt. Hij (be)oordeelt niet of datgene wat de cliënt van hem vraagt in morele zin goed of verkeerd is. Advocaten mogen burgers en bedrijven niet afhouden van de mogelijkheden die het rechtssysteem en het handhavingsapparaat bieden, aldus Pepper. Zo is het niet aan de advocaat van een tabaksfabrikant om het bedrijf ervan te weerhouden met een studentenvereniging exclusieve contracten te sluiten over de verkoop van sigaretten op feesten.¹⁶

Een en ander geldt volgens Pepper onverkort voor die gevallen waarin het recht onduidelijk of gebrekkig is, of niet of nauwelijks wordt gehandhaafd. Er is geen reden aan de cliënt de voordelen van deze leemtes, onduidelijkheden en gebrekkige handhaving te ontzeggen:

- 9 D. Nicolson & J.S. Webb, *Professional Legal Ethics: Critical Interrogations*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 52.
- 10 *Een Maatschappelijke Orde* 2006, p. 18.
- 11 E. Freidson, *Professionalism: The Third Logic*, Chicago: Polity Press 2011, p. 217.
- 12 Een befaamd voorbeeld is het Enron-schandaal waarbij advocaten ingewikkelde juridische constructies bedachten om de schulden van het bedrijf uit de boeken te houden. De daarop volgende schandalen waarbij advocaten wordt verweten onvoldoende te hebben gedaan tegen de misstanden, betroffen bedrijven als Adelphia, Tyco, ImClone, Xerox, Rite-Aid en WorldCom. Een recenter voorbeeld is het General Motors-schandaal. De beschuldiging richting de advocaten van General Motors is dat in ieder geval sommigen van hen op de hoogte waren van de onvoldoende functionerende contactsloten van de op de markt gebrachte auto’s en dat zij nalieten om op cruciale momenten daar de nodige ruchtbaarheid aan te geven. Het defect aan de contactsloten veroorzaakte tot dusver 124 doden. Zie: www.usatoday.com/story/money/cars/2015/07/13/gm-ignition-switch-death-toll/30092693/. Zie ook: M. Benedetto Neitz, “Where were the lawyers?”. The ethical implications of the General Motors recall scandal in the United States’, *Legal Ethics* (18) 2015, afl. 1, p. 93-96.
- 13 D. Rhode, ‘Moral Counseling’, *Fordham Law Review* 2006, p. 1320.
- 14 S. Pepper, ‘The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities’, *American Bar Foundation Research Journal* 1986, p. 613-635.
- 15 Pepper (1986, p. 623) gebruikt het beeld van een zeer complexe machine die zonder hulp van een expert niet aan de praat te krijgen is.
- 16 ‘Tabaksfabrikant sluit sponsordeals met studentenverenigen’, *Trouw* 1 juli 2017, www.trouw.nl/home/tabaksfabrikant-sluit-sponsordeals-met-studentenverenigen~ad4cd8d0/ (laatst geraadpleegd september 2017).

‘if “the law” is manipulable and without clear limits on client conduct, that aspect of the law should also be available to the client’.¹⁷ Onduidelijkheden in milieuwetgeving of gebrek aan handhaving door een toezichthouder op de consumentenmarkt mogen door de advocaat ten gunste van de cliënt worden gebruikt. De advocaat is moreel gezien niet verantwoordelijk voor de eventuele nadelige consequenties voor het algemene belang of voor derden. Het is immers uiteindelijk de cliënt die bepaalt, binnen de grenzen die het recht stelt.

Het belangrijkste probleem met Peppers argument is het gewicht dat hij toekent aan autonomie. Het is een relevante politiek-filosofische vraag of Pepper niet te veel nadruk legt op het belang van individuele autonomie boven andere waarden zoals solidariteit. Bovendien is een beroep op autonomie problematisch, omdat de cliënten van *corporate* advocaten veelal ondernemingen zijn.¹⁸ Ondernemingen zijn *persona ficta*, fictieve entiteiten die niet in het bezit zijn van een ‘pants to kick or soul to damn’.¹⁹ Zij missen veelal het scala aan motieven, emoties en zelfbeperkingen van natuurlijke personen die doorgaans een lang proces van socialisatie hebben doorgemaakt.

Daarbij, ondernemingen zijn veelal slechts gericht op het dienen van het eigen belang: het bewerkstelligen van winstmaximalisatie, groei of andere bedrijfseconomische doelen. Joel Bakan heeft daarom in *The Corporation* de onderneming vergeleken met een psychopaat: ‘The corporation’s legally defined mandate is to pursue, relentlessly and without exception, its own self-interest, regardless of the often harmful consequences it might cause to others.’²⁰

De advocaat die een chemiebedrijf adviseert over creatieve manieren om aansprakelijkheid voor het vervuilen van drinkwater te voorkomen, kan dat op basis van het autonomieargument niet rechtvaardigen

Gezien hun moreel problematische status spreekt het beroep op de autonomie van een onderneming dus geenszins vanzelf, laat staan dat we alle rechtens toelaatbare doelen van deze onderneming moeten zien als een waardevolle uitdrukking van autonomie (net zomin als we dat zouden doen bij een psychopaat van vlees en bloed).

Dit zet het eerste argument ten faveure van de ethisch minimalistische advocaat op losse schroeven. Want welk belang heeft een samenleving erbij dat ondernemingen, opgevat als entiteiten met pathologische trekken, zich laten bijstaan en adviseren door mensen die zich in hun advies en bijstand op hun beurt ook weinig gelegen laten liggen aan het algemeen belang of de legitieme belangen van derden?

De advocaat die een chemiebedrijf adviseert over creatieve manieren om aansprakelijkheid voor het vervuilen van drinkwater te voorkomen, kan dat op basis van het autonomieargument niet rechtvaardigen. Het is vanuit het perspectief van de samenleving eerder toe te juichen wanneer deze advocaat zich zou bemoeien met de morele merites van de doelen van het bedrijf, juist omdat de autonomie van burgers anders mogelijk geschaad wordt.²¹

Betoogd wordt wel dat een accusatoir civiel proces of een strafproces er juist bij gebaat is wanneer de betrokken advocaat zich bovenal richt op de belangen van de eigen cliënt

3.2 *Ethische arbeidsverdeling*

Ten tweede is er het ‘arbeidsverdelingsargument’ dat inhoudt dat de doelen van het rechtssysteem door verschillende juridische rollen en hun bijbehorende taakafbakening worden gediend. Adequate rechtsbedeling is zo beschouwd, in de woorden van Thomas Nagel, ‘an ethical division of labour, or ethical specialisation’.²²

Meer in het bijzonder wordt wel betoogd (in Amerika veelal onder het motto van het ‘adversarial excuse’) dat een accusatoir civiel proces of een strafproces er juist bij gebaat is wanneer de betrokken advocaat zich bovenal richt op de belangen van de eigen cliënt en zich niet laat afleiden door de overige in het geding zijnde belangen en waarden. Door prioriteit te geven aan partijdigheid wordt het belangrijke rechtsstatelijke beginsel van ‘equality of arms’ gediend en is de kans op effectieve rechtsbescherming het grootst. Zoals Jack en Growley schrijven: ‘The lawyer is the linchpin in a system of interdependent parts. A network of countervailing forces is designed around the assumption that the role of the lawyer will be fulfilled without reservation. To

17 Pepper 1986, p. 626.

18 Hierdoor speelt natuurlijk ook voor de advocaat het ‘agency’-probleem. Wie vertegenwoordigt de onderneming? Zijn dat de aandeelhouders (de meerderheid of de minderheid), de bestuurders of ook andere stakeholders en wat als zij met elkaar in conflict zijn?

19 C.D. Stone, *Where the Law Ends*, New York: Harper and Row, 1975, p. 3

20 J. Bakan, *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York: Free Press 2004, p. 2.

21 Rhode 2006, p. 1330.

22 T. Nagel, ‘Ruthlessness in Public Life’, in: S. Hampshire (red.), *Public and Private Morality*, Cambridge: Cambridge University Press 1978, p. 85.

tamper within the linchpin is to endanger the whole.²³ De advocaat dient zich partijdig op te stellen opdat een onpartijdige toepassing van het recht kan zegevieren. Mocht de advocaat hierin te ver gaan, dan corrigeert de rechter die uiteindelijk beslist.

Dit argument legt inderdaad gewicht in de schaal voor die gevallen waarin de advocaat een kwetsbaar persoon bijstaat tegenover een veel machtigere partij, zoals in een strafproces of asielprocedure. Daarin staat de cliënt tegenover een soort almachtige Leviathan en lijkt de bijstand van een moedige held die zich volledig richt op de bescherming van de rechtspositie van zijn cliënt vanuit rechtsstatelijk oogpunt onmisbaar. Burgers zouden bij het ontbreken van een dergelijke steun door de machtsongelijkheid kunnen worden vermorzeld.

In de context van de *corporate* advocatuur verliest echter ook dit argument aan kracht. De cliënten van *corporate* advocaten zijn eerder Goliath dan David, of in ieder geval een sociaaleconomisch doorgaans machtige partij – denk aan Google, Dow Chemical, Philips of KLM. Een beroep op de ethisch minimalistische, partijdige steun van een advocaat uit hoofde van het belang van rechtsbescherming of ‘equality of arms’ ligt daarom niet zonder meer voor de hand. Ook al niet, omdat de rechter er in de advies- en transactiepraktijk lang niet altijd aan te pas komt en er dus geen rechtsstatelijke actor meekijkt die de al te partijdige advocaat en zijn cliënt tijdig terug kan fluiten. Een eenzijdig partijdige opstelling zou dan kunnen betekenen dat advocaten er aan bijdragen dat ondernemingen, in de woorden van David Luban, ‘fly beneath enforcement’s radar for years on end’.²⁴

Ook in de context van een civiel proces waarin de rechter wel degelijk het laatste woord heeft, spreekt het arbeidsverdelingsargument niet vanzelf. Ondernemingen zijn veelal ‘repeat-players’,²⁵ spelers die in vergelijking met individuele burgers structureel over een sterkere positie beschikken met grotere kansen een zaak te winnen of het recht in hun voordeel te laten uitpakken. Dit is onder andere zo vanwege de ruim beschikbare financiële middelen, hun reeds opgebouwde kennis en hun potentieel ‘eeuwige leven’. Bedrijven hebben alle tijd, burgers niet. Ook hebben bedrijven de middelen om vanuit een langetermijndoel strategische keuzes te maken om te schikken of te procederen.²⁶ Vaak hebben bedrijven er mede vanwege reputatieschade en mogelijke precedentwerking geen belang bij dat een zaak tot een inhoudelijk vonnis komt.

Een uitsluitend partijdige, ethisch minimalistische opstelling van de advocaat draagt ook in deze context niet zonder meer bij aan de beoogde werking van het rechtssysteem als geheel. Wanneer een advocaat op verzoek van zijn cliënt alle mogelijke en rechtens toelaatbare procedurele tactieken inzet om een zaak te vertragen of de tegenpartij kapot te procederen, wordt een eerlijke rechtsgang belemmerd, niet gediend.²⁷

Wanneer een advocaat op verzoek van zijn cliënt alle mogelijke en rechtens toelaatbare procedurele tactieken inzet om een zaak te vertragen of de tegenpartij kapot te procederen, wordt een eerlijke rechtsgang belemmerd, niet gediend

3.3 Utilisme

Ten derde een utilistisch of rechtseconomisch argument. Dit argument gaat ervan uit dat wanneer de vrije markt en daarmee ‘de onzichtbare hand’ binnen bepaalde grenzen vrij baan krijgt, de gehele samenleving uiteindelijk wordt gediend. Juist wanneer ieder afzonderlijk het eigen belang nastreeft, wordt als collectief het algemeen belang gediend. Of zoals Adam Smith het stelt: ‘it is not from their benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest’.²⁸ Een ethisch minimalistische advocaat zou bijdragen aan deze vrijemarktwerving, bijvoorbeeld doordat zijn attitude creatieve omgang met de regels mogelijk maakt en daarmee aan innovatie en economische groei.

De ethisch minimalistische advocaat denkt in deze rechtseconomische benadering als ‘trusted advisor’ bovenal mee met zijn cliënt en maakt kosten-baten analyses ter beantwoording van de vraag of en in hoeverre bepaalde rechtsnormen en onderliggende waarden gerespecteerd moeten worden. Bij de afweging of de cliënt er goed aan doet om arbeid te *outsourcen* naar een lagelonenland en hoe dit juridisch vorm te geven, zal de advocaat zich primair richten op de vraag wat de kosten zijn van een eventuele overtreding van regelgeving ten opzichte van de voor de cliënt te verwachten baten.

23 R. Jack & D. Crowley Jack, *Moral Vision and Professional Decisions: The Changing Values of Women and Men Values*, Cambridge: Cambridge University Press 1989, p. 31.

24 Rhode 2006, p. 1325.

25 Deze term werd door Marc Galanter geïntroduceerd in zijn beroemde artikel ‘Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change Author(s)’, *Law & Society Review* (9) 1974, afl. 1, p. 95-160. Repeat-players zijn volgens Galanter spelers in het recht die betrokken die veelvuldig bij soortgelijke zaken betrokken zijn (geweest), voor wie relatief weinig op het spel staat bij een concrete uitkomst, en die over de economische middelen bezitten om lange termijn doelen na te streven zoals het beïnvloeden van de regels.

26 R.B. Reich, *Saving Capitalism. For the Many not the Few*, New York: Vintage Books 2016, p. 79.

27 Een dergelijk verwijt is bijvoorbeeld door Milieudefensie gemaakt aan het adres van Shell in de *Shell-Nigeria*-zaak. Zie hiervoor: <https://milieudefensie.nl/nieuws/pers/berichten/nieuw-bewijs-in-rechtszaak-over-olielekkages-shell-in-nigeria>, 6 maart 2015 (laatst geraadpleegd 15 augustus 2017). Zie ook de kritiek van Ruth de Bock op de rol van advocaten in het laten escaleren van conflicten in *Mr.* 2017, afl. 9.

28 A. Smith, *The Wealth of Nations*, New York: Cosimo Classics 2007, p. 20.

Vanuit dit rechtseconomisch perspectief kan een advocaat zijn cliënt wel degelijk adviseren om aandacht te besteden aan maatschappelijk verantwoord ondernemen, als hiermee bijvoorbeeld reputatienadeel wordt voorkomen.²⁹ Ethiek en recht worden binnengebracht omdat het voor de cliënt 'loont'. Dit maakt de houding van de advocaat niet minder minimalistisch: het is ethiek gereduceerd tot een functie van de markt.

Dat *corporate* advocaten een belangrijke rol kunnen spelen in het mogelijk maken van innovatie en economische groei, zoals dit argument aanneemt, is natuurlijk voor deze beroepsgroep een belangrijke claim. Zeker in tijden waarin de toegevoegde waarde van dure advocaten boven andere juridische en financiële dienstverleners niet vanzelf spreekt.

Dat *corporate* advocaten een belangrijke rol kunnen spelen in het mogelijk maken van innovatie en economische groei, zoals dit argument aanneemt, is natuurlijk voor deze beroepsgroep een belangrijke claim

Maar dit brengt nog niet mee dat een ethisch minimalistische beroepsethiek in het algemeen gerechtvaardigd is. Een goed werkende vrije markt veronderstelt dat bedrijven zich houden aan bepaalde spelregels, zoals die met betrekking tot eerlijke concurrentie en transparantie. Daarbij, deze rechtseconomische benadering miskent dat de vrije markt deels ook tot stand komt dankzij de overheid, denk bijvoorbeeld aan de regelgeving met betrekking tot patenten.³⁰ Een advocaat die bijvoorbeeld farmaceutische bedrijven adviseert over slimme constructies om de prijzen van medicijnen kunstmatig hoog te houden, kan zich derhalve niet op het rechtseconomisch argument beroepen. Hij frustrereert juist een optimale werking van de vrije markt.

Daarbij, in een liberale rechtsorde is de markt geen morele vrijplaats. De marktwerking wordt beperkt door liberale waarden en de uitwerking daarvan in onder andere internationale verdragen, de persoonlijke, burgerlijke en sociale grondrechten en de mede hieruit voortvloeiende regelgeving. Een advocaat die zijn positie ontleent aan deze rechtsorde heeft een publieke verantwoordelijkheid om de morele restricties die deze

rechtsorde aan de markt oplegt te respecteren. Een ethisch minimalistische advocaat die de outsourcing van arbeid faciliteert zonder na te gaan of deze arbeid door kinderen wordt verricht, geeft de markt prioriteit boven het recht. In een samenleving waarin de vrijemarktwerving aan banden wordt gelegd, is het juist aan de advocaat 'to rejoin what the forces of privatization are constantly pulling apart'.³¹

Vanuit libertaristisch oogpunt valt een agressieve en sceptische houding ten aanzien van allerlei reguleringen op het gebied van milieu, volksgezondheid, financiële stabiliteit aan de kant van de advocaat te verdedigen

3.4 Libertarisme

Ten slotte, het vierde en meest principiële argument is gebaseerd op het libertaristische gedachtegoed van denkers als Nozick en Hayek.³² Dit argument houdt in dat de staat zich zo min mogelijk moet bemoeien met de samenleving en zich moet beperken tot de bescherming van lichamelijke integriteit, eigendom en het contract. Het realiseren van staatswege van een idee over sociale rechtvaardigheid is in elk geval uit den boze.

Vanuit libertaristisch oogpunt valt een agressieve en sceptische houding ten aanzien van allerlei reguleringen op het gebied van milieu, volksgezondheid, financiële stabiliteit aan de kant van de advocaat te verdedigen. Hij is dan bij uitstek degene die via de dienstverlening aan burgers en bedrijven tegenwicht kan geven aan het woud van illegitieme reguleringen en kwalijke inbreuken op de private sfeer. Een voorbeeld van een libertaristische juridisch adviseur in Nederland is Toine Manders die belasting beschouwt als 'gelegaliseerde roof' en zich lange tijd heeft toegelegd op het adviseren van cliënten over de meest effectieve manieren van belastingontwijking.³³

Door de advocatuur kan het libertaristisch argument niet worden volgehouden

Als 'gewoon' individueel juridisch dienstverlener is men uiteraard volkomen vrij om er een libertaristische levensovertuiging op na te houden en dienovereenkomstig te leven en te

²⁹ Denk bijvoorbeeld aan de Action, een bedrijf dat de afgelopen jaren negatieve publiciteit genereert omdat het zeer laag scoort op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zie hiervoor ook: www.rankabrand.org/Retailers/Action (laatst geraadpleegd 15 augustus 2017).

³⁰ Zie Reich 2016 voor een oproep tot een adequate waardering van de inherente wisselwerking tussen overheid en de vrije markt.

³¹ A. Kronman, 'The Law as a Profession', in: D.L. Rhode (red.), *Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 36.

³² Zie hiervoor onder andere: F.A. Hayek, *The Road to Serfdom*, New York: Routledge Classics 2001 (1944); R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books 1974.

³³ 'Belastingontwijking is een moreel recht en niks om je voor te schamen', Volkskrant 15 juni 2017, www.volkskrant.nl/economie/belastingontwijking-is-een-moreel-recht-en-niks-om-je-voor-te-schamen-a4501059/ (laatst geraadpleegd 15 augustus 2017).

handelen – binnen de grenzen van het recht. Echter, door de advocatuur kan het libertaristisch argument niet worden volgehouden. Advocaten ontlenen hun geprivilegieerde positie aan de Nederlandse rechtsorde en dat betekent dat respect voor die democratisch tot stand gekomen rechtsorde geboden is. Wanneer de rol van advocaat met een beroep op het libertaristische gedachtegoed wordt gebruikt ter ondermijning van deze rechtsorde, dan is dat een vorm van freeridgedrag. Er is dan voor de samenleving in elk geval geen reden meer om aan dit type van dienstverlening speciale privileges toe te kennen.

Ik concludeer dat het ethisch minimalisme niet gemakkelijk te verdedigen is en dat een dergelijke professionele grondhouding geen uitdrukking kan zijn van een sociaal contract tussen de samenleving en de *corporate* advocatuur

3.5 Tussenconclusie: letter én de geest van de wet

Uit het bovenstaande concludeer ik dat het ethisch minimalisme niet gemakkelijk te verdedigen is en dat een dergelijke professionele grondhouding geen uitdrukking kan zijn van een sociaal contract tussen de samenleving en de *corporate* advocatuur. Dit is echter geenszins een vrijbrief voor moraalridders met hun idiosyncratische en subjectieve ‘red flags’ zoals ‘ik doe niets waardoor ik mijzelf niet meer in de spiegel kan aankijken’ of ‘ik doe niets wat ik niet aan mijn moeder zou kunnen vertellen’. Met een dergelijk subjectivisme en zulke willekeur is de rechtsorde niet gediend. De ene spiegel en de ene moeder is immers de andere niet. De mate waarin advocaten de rechtsorde dienen moet niet afhankelijk zijn van hun toevallige persoonlijke ethisch besef.

Het afwijzen van ethisch minimalisme als zinvolle beroepsethiek betekent wel dat *corporate* advocaten zich in elk geval gebonden moeten voelen aan de letter én de geest van de wet, aan basale morele beginselen die ten grondslag liggen aan de democratische rechtsstaat en tot uitdrukking komen in internationale mensenrechtenverdragen en bovendien aan eisen van ‘fairness’ en eerlijkheid die voor ieder effectief rechtssysteem gelden.³⁴

4 Professionele idealen en de weerbarstige praktijk: over moed, zelfkennis en vrije ruimtes

Empirisch onderzoek suggereert dat door een aantal weerbarstige situationele factoren beroepsethisch handelen voor een individuele *corporate* advocaat geen sinecure is.

Een belangrijke factor is natuurlijk het commerciële karakter van de *corporate* advocatuur. Het is financieel en psychologisch een hachelijke zaak oog te moeten hebben voor andere belangen dan die van de cliënt, zeker als die laatste een belangrijke ‘klant’ is. Dit temeer in tijden van extreme concurrentie tussen kantoren en afgenomen vanzelfsprekendheid dat bedrijven ‘trouw’ blijven aan een specifiek kantoor. Judith McMorrow: ‘The economic effect of a client firing a public defender as a result of a moral disagreement is much less than the effect of a *corporate* attorney losing a major client – and potentially much of his book of business.’³⁵ In een dergelijke situatie is het aantrekkelijk zich meer te identificeren met de cliënt dan met de aan de rechtsstaat ontleende professionele idealen.³⁶

Empirisch onderzoek suggereert dat door een aantal weerbarstige situationele factoren beroepsethisch handelen voor een individuele *corporate* advocaat geen sinecure is

Ook groepsdruk binnen het kantoor en invloed van hiërarchisch hogergeplaatsten spelen een rol.³⁷ Daarbij, omdat vaak in teams wordt gewerkt en op grote afstand van de rechtsstatelijk relevante belangen, is het de vraag of de ethische sensibiliteit van de individuele *corporate* advocaat überhaupt wordt aangesproken. In ethische en rechtsstatelijke zin is er voor de individuele advocaat niet zo veel te ‘zien’. Het zicht op het resultaat van het eigen handelen en een duidelijk waarneembaar moreel landschap ontbreekt.

Dergelijke factoren werken volgens Moorhead en andere (empirisch georiënteerde) wetenschappers ethisch minimalisme in de hand en zij maken dat de *corporate* rechtspraktijk meer weg heeft van commerciële dienstverlening dan van een professie.³⁸ De aan het sociaal contract ontleende aanspraak

34 Rhode 2006, p. 1319; zie ook I. van Domselaar, ‘Bedrijfsadvocaat, dien de publieke zaak’, *NRC Handelsblad*, 13 juni 2016, www.nrc.nl/nieuws/2016/06/13/bedrijfsadvocaat-dien-de-publieke-zaak-1627507-a1507197 (15 augustus 2017).

35 J.A. McMorrow & L.M. Scheuer, ‘The Moral Responsibility of the Corporate Lawyer’, *Catholic University Law Review* 2010, p. 275-310.

36 K. Sung Hui, ‘Naked Self-Interest? Why the Legal Profession Resists Gatekeeping’, *Florida Law Review* 2010, p. 145-153.

37 C. Parker, A. Evans & L. Haller (e.a.), ‘The ethical infrastructure of legal practice in larger law firms: values, policy and behavior’, *UNSW Law Journal* 2008, p. 163-164.

38 Moorhead & Hinchley 2015, p. 388-389; S. Vaughan & E. Oakley, ‘“Gorilla exceptions” and the ethically apathetic corporate lawyer’, *Legal Ethics* (19) 2016, afl. 1, p. 50-75.

op privileges zoals zelfregulering, het procesmonopolie en het verschoningsrecht spreekt dan niet langer vanzelf.

Wil recht gedaan worden aan het idee van het sociaal contract, dan is het zaak dat de gedachtevorming binnen de beroepsgroep over dit onderwerp op gang komt. Om juist te kunnen handelen en dat organisatorisch te faciliteren, moet men in het vizier hebben wat er in deze praktijk in rechtsstatelijke en beroepsethische zin op het spel staat.

Het zou daarom goed zijn als er een einde komt aan de oorverdovende stilte binnen de *corporate* advocatuur als het gaat over de reikwijdte van de eigen rechtsstatelijke taak, de bijbehorende verantwoordelijkheden en de dilemma's die deze verantwoordelijkheden opleveren in de praktijk. Wat heeft de *corporate* advocatuur in dit verband te zeggen over de beroepsethische kwesties die spelen of speelden in bijvoorbeeld de *Shell-Nigeria*-zaak, de *NAM*-rechtszaken, de *Woekerpolis*-zaken en over de rol van de *corporate* advocatuur bij misstanden in bepaalde bedrijfstakken zoals de farmaceutische industrie, of over de bevindingen uit de parlementaire enquête over fiscale constructies?

Het zou goed zijn als er een einde komt aan de oorverdovende stilte binnen de *corporate* advocatuur

Wellicht kan op dit punt een voorbeeld genomen worden aan de rijke intellectuele traditie die de Nederlandse rechterlijke macht kenmerkt. Binnen de rechterlijke macht is het goed gebruik dat (oud-)rechters al dan niet in nauwe relatie met de wetenschap in een scala van vakbladen – *Trema*, het Nederlands Juristenblad en *Rechtstreeks* – en soms ook dagbladen openlijk reflecteren over de met hun rol samenhangende rechtsstatelijke en beroepsethische kwesties.

Natuurlijk, rechters worden in tegenstelling tot advocaten voor het leven benoemd en zij hoeven alleen in uitzonderlijk extreme gevallen voor ontslag te vrezzen. Ook is hun salaris niet afhankelijk van de tevredenheid van de justitiabelen of hun bovengeschatte. Wanneer een *corporate* advocaat zich daarentegen uitspreekt kijkt de cliënt of de leidinggevende over zijn schouder mee, met alle risico's van dien.

Toch zou het rechtsstatelijk gezien zorgelijk zijn wanneer de *corporate* advocatuur intellectueel wordt gegijzeld door haar cliëntèle of

organisatorische structuur bij de gedachtevorming over professionele verantwoordelijkheid. Onafhankelijkheid, een van de centrale waarden die de advocatuur kenmerkt, vereist ten minste dat een advocaat hierover vrij kan nadenken.

Het zou rechtsstatelijk gezien zorgelijk zijn wanneer de *corporate* advocatuur intellectueel wordt gegijzeld door haar cliëntèle of organisatorische structuur bij de gedachtevorming over professionele verantwoordelijkheid

Vanuit de sociaalcontractgedachte is professionele moed aan de kant van de *corporate* advocaat dus onontbeerlijk: het vermogen om als de situatie daarom vraagt weerstand te bieden aan het krachtenveld waarin men werkt.³⁹ Zo kunnen *managing partners* moed tonen door als rolmodel te laten zien dat het verdienmodel van het kantoor geen belemmering vormt voor een heldere visie op het omgaan met de beroepsethisch en rechtsstatelijk precaire aspecten van het vak.

Maar professionele moed betekent niet alleen weerstand kunnen bieden aan externe druk. Het betekent ook dat men het eigen handelen en denken kritisch onder de loep kan nemen, ook als dit tot onwelgevallige constatering leidt. Juist advocaten – mensen die voor hun broodwinning standpunten innemen zonder het daar als persoon noodzakelijk mee eens te zijn – hebben last van een spanning tussen wat zij vinden en wat zij zeggen en doen.⁴⁰ Om deze existentieel ongemakkelijke spanning te verminderen, wordt het professionele gedrag in de regel gerationaliseerd.⁴¹ Zelfverloochening ligt dan op de loer. Een moedig advocaat grijpt elke gelegenheid aan om dergelijke rationaliseringsprocessen tijdig te ontmantelen. Ook in de beroepsethiek is het door Socrates gepropageerde 'Ken u Zelve' een belangrijk devies.⁴²

Juist advocaten hebben last van een spanning tussen wat zij vinden en wat zij zeggen en doen

39 Zie hiervoor ook: I. van Domselaar, 'Over Professionele Moed', *Openbaar Bestuur* 2013, afl. 2, p. 31-36.

40 D. Luban, 'Integrity, its causes and cures', *Fordham Law Review* 2003, p. 279-310; A.E. Tenbrunsel & D.M. Messick, 'Ethical fading: the role of self-deception in unethical behavior', *Social Justice Research* 2004, p. 223-236.

41 Luban 2003, p. 279-310; Tenbrunsel & Messick 2004, p. 223-236.

42 A. Evans, *Assessing Lawyers Ethics. A Practitioners Guide*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 90.

Omdat niet iedereen en niemand altijd moedig kan zijn, verdienen ook ‘veilige ruimtes’ de aandacht. Dit zijn ruimtes waar genoemd krachtenveld tijdelijk ‘on hold’ is gezet of de impact ervan wordt gedempt. Mogelijk kunnen rechtenfaculteiten een dergelijke ‘vrije ruimte’ bieden: als intellectuele vrijplaats waar door studenten en praktijkjuristen onbevangen en kritisch nagedacht wordt over actuele beroepsethische dilemma’s binnen de juridische beroepspraktijk. Dit betekent – in tegenstelling tot de huidige trend – dat er een gepaste afstand blijft bestaan tussen de universiteit en (de grote) advocatenkantoren, en dat wordt voorkomen dat de socialisatie van de student naar de normen van de *corporate* praktijk al vanaf dag één van de studie begint. Wanneer het ‘professioneel masker’ eenmaal is opgezet, krijg je het moeilijk weer af.⁴³

Idealiter weet ook het aanzienlijke corps van (bijzonder) hoogleraren dat tevens en primair werkzaam is in de *corporate* advocatuur zich door de muren van de academie beschermd en worden urgente beroepsethische vragen niet geschuwd.⁴⁴

Ten slotte is er ook een rol weggelegd voor de Nederlandse Orde van Advocaten in het creëren van een ‘veilige ruimte’. Zij kan een forum bieden waar de voor de *corporate* advocatuur heikele kwesties worden geagen-

deerd en besproken, ook met de relevante *stakeholders* uit de samenleving. Op deze manier kan zij mogelijk het afbreukrisico voor afzonderlijke kantoren en individuele advocaten verminderen.

Ik heb beargumenteerd dat het ethisch minimalisme voor de *corporate* advocatuur geen houdbare beroepsethiek oplevert. Tegelijkertijd is een meer omvattende taakopvatting in de praktijk moeilijk te realiseren

5 Conclusie

In bovenstaande heb ik beargumenteerd dat het ethisch minimalisme voor de *corporate* advocatuur geen houdbare beroepsethiek oplevert. Tegelijkertijd is een meer omvattende taakopvatting in de praktijk moeilijk te realiseren. Hopelijk kan openlijke gedachtevorming door *corporate* advocaten en andere partijen en instellingen over deze thematiek de bestaande patstelling doorbreken. Als betrokken buitenstaander kijk ik alvast uit naar het debat.

43 Of zoals George Orwell het in zijn korte verhaal ‘Shooting an Elephant’ treffend verwoordt: ‘He wears a mask and his face grows to fit it’, G. Orwell, *Shooting an Elephant: And Other Essays*, Londen: Penguin Modern Classics 2003 (1968), p. 36.

44 Bij deze combinatie van functies ligt natuurlijk ook het risico van belangenverstrengeling op de loer. Zo constateerde Oxfam Novib dat er een nauwe en problematische verwevenheid bestaat tussen belastingadvieskantoren, universiteiten en politiek. E. Berkhout, *Nederland Belastingparadijs. Leuker kunnen we het niet maken, wel eerlijker* (rapport), Den Haag: Oxfam Novib 2016.

ArsAequi Libri

Recent verschenen



Inleiding tot het Europees bestuursrecht *Geheel herziene vierde druk*

Dit boek behandelt de gevolgen die het Unierecht heeft voor belangrijke algemene leerstukken van het Nederlands bestuursrecht. Tevens wordt aandacht besteed aan de verschillende wijzen van doorwerking van het Unierecht in het nationale recht, zoals de rechtstreekse werking en de conforme interpretatie.

ISBN:	978-90-6916-984-2
Redactie:	S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven
Druk:	4e druk 2017
Pagina's:	606
Prijs:	€ 49,50