

Artikel

‘Supplier codes of conduct’ en mensenrechten in een keten van contracten

Over enige vermogensrechtelijke implicaties van gedragscodes met betrekking tot mensenrechten en milieu in contractuele relaties

Mr. M.-J. van der Heijden*

1. Inleiding en achtergrond van de gedragscodes

In toenemende mate worden grote en kleine ondernemingen geconfronteerd met vragen vanuit de samenleving over de mate waarin zij duurzaam ondernemen (ook: maatschappelijk verantwoord ondernemen, ‘MVO’). Steeds vaker worden vooral multi-nationals bevraagd over wat zij aan vermeende mensenrechtenschendingen in hun handelsketen doen. Een bekend voorbeeld is de Amerikaanse *Nike*-zaak.¹ Deze zaak werd aangespannen door een consument die beweerde dat het ‘statement’ van de multinational op de eigen website, namelijk dat de producten niet met kinderarbeid tot stand zijn gebracht, onjuist was. Het bleek inderdaad dat kinderen als ‘werknemers’ van de toeleveranciers in Zuidoost-Azië bij het door de consument gekochte Nike-product betrokken waren geweest. Naast de rechtszaak leverde de zaak veel negatieve publiciteit en reputatieschade op. Aandeelhouders en beleggers vreesden meerdere zaken en het bestuur werd gedwongen een hele andere, duurzame, koers te varen. Tegen-

woordig is het ketenmanagement (*supply chain management*) van deze multinational iets waarop de onderneming trots is en waarvoor zij veel waardering krijgt. Het managen van en het nemen van verantwoordelijkheid over ketens (*supply chain management*) kunnen gelden als ‘best practices’, die gedeeld worden met andere ondernemingen.

Ook Nederlandse ondernemingen, al dan niet aan de Amerikaanse beurs genoteerd, willen zich in toenemende mate onderscheiden van de concurrenten door het aanbieden van producten voorzien van een mensenrechten etiket (*fair trade-label*) of een eco-keurmerk. Duurzaamheid (*sustainability*) is tegenwoordig een modewoord dat niet meer weg te denken is in het promotiemateriaal en in maatschappelijke verslagen (*sustainability reports*). Maar is MVO niet meer dan een promotie- en concurrentiemiddel?

De MVO-ontwikkeling dat *stakeholders* (belanghebbenden) de ondernemingen bevragen naar hun inzet en houding met betrekking tot ondernemingsactiviteiten die de mensenrechten schenden of het milieu zwaar belasten, is een trend die ook juridisch vorm heeft gekregen door de civiele zaken tegen Shell voor oliever-

* Mr. M.-J. van der Heijden is werkzaam aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht. Contact: <M.J.C.vanderHeijden@uu.nl>.

1. US Supreme Court [Amerikaans Hooggerechtshof] 23 april 2003 (*Nike, Inc. et al. v Marc Kasky*) (539 U.S. 654 (2003)).

ontreiniging in Nigeria (de eerste Nederlandse ‘foreign direct liability’-zaken²).

De ondernemingen trekken zich deze kritieken van belanghebbenden als werknemers, overheden, consumenten, concurrenten en NGO’s aan, want zij zijn het die onder vuur komen te liggen en aangesproken worden indien mensenrechtenschendingen plaatsvinden die aan hun producten kunnen kleven. Het zogenoemde ‘window-dressing’, het doen alsof de onderneming ‘groen’ (milieubewust) is en de mensenrechten respecteert, wordt steeds vaker door NGO’s bekritiseerd indien zij menen dat de betreffende onderneming zich onvoldoende inzet om de *sweatshops* (situaties waarin de werknemers van hun toeleveranciers onder het minimumloon en andere erbarmelijke omstandigheden werken) uit te bannen. Via de inzet van sociale media is de verspreiding van negatieve publiciteit door de ‘civil society’ eenvoudig en groot. Sommige ondernemingen willen een standaard zetten waaraan niet alleen zij maar ook hun concurrenten zouden moeten voldoen (het creëren van een zogenoemd ‘level playing field’), opdat producten niet tegen de laagste en slechtst denkbare arbeidsomstandigheden vervaardigd worden; het tegengaan van ‘social dumping’.

Tegen deze achtergrond stellen ondernemingen *human rights codes of conduct*, gedragscodes betreffende mensenrechten,⁴ op die niet alleen in hun eigen organisaties de standaard moeten vormen maar ook in hun relaties met ‘supplier codes of conduct’ partners, zoals toeleveranciers, geïntegreerd worden. Een eerste voorbeeld van een zaak gebaseerd op contractuele aansprakelijkheid van een (Amerikaanse) multinational voor *sweatshop*-praktijken van toeleveranciers in de handelsketen waarin mensenrechtengedragscodes voor leveranciers centraal stonden, is de Amerikaanse *Wal-Mart*-zaak.⁵ Vanwege onvoldoende onderbouwing van de vorderingen werd deze zaak echter niet verder behandeld. De vraag blijft dus of naast het niet-contractuele aansprakelijkheids-

recht ook het contractuele aansprakelijkheidsrecht ingezet kan worden om mensenrechtenschendingen in ketens van contracten aan de kaak te stellen.⁶ Ondanks de toenemende wetenschappelijke aandacht voor mensenrechten en ondernemingen is dit contractuele perspectief nog tamelijk onderbelicht gebleven.

In deze bijdrage wil ik aangeven wat dergelijke codes kunnen inhouden en welke rol zij mogelijk kunnen spelen in het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht. Zowel de mogelijkheden als de knelpunten om mensenrechtenschendingen worden hier behandeld. De nadruk ligt op de codes die een contractspartij heeft opgesteld opdat andere partijen (de toeleveranciers) de mensenrechten respecteren.

De opbouw is verder als volgt. Allereerst wordt in het licht van standaardisering een voorbeeld van een gedragscode behandeld dat als model kan worden gezien. De vragen wat deze gedragscodes inhouden, hoe contracten ernaar verwijzen en hoe de vele soorten codes, zoals internationale, sectoroverstijgende en sectorspecifieke, geïntegreerd kunnen zijn, worden besproken. Daarna wordt de vraag beantwoord *hoe* de code gebruikt wordt om respect voor mensenrechten door de toeleverancier te bewerkstelligen. Hierbij worden verschillende situaties onderscheiden. Vervolgens zal worden ingegaan op een aantal mogelijke juridische implicaties van de codes. Daarbij wordt ingegaan op de juridische impact van de codes door (1) de afdwingbaarheid en dus de effectiviteit in de zin van doelmatigheid van de codes te bespreken en (2) de juridische status van deze gedragscodes onder Nederlands recht te beoordelen.⁷ Tot slot volgt een aantal slotopmerkingen.

2. De inhoud en pluraliteit van mensenrechten-codes of *conduct*

Vanaf de jaren negentig hebben gedragscodes een enorme ontwikkeling doorgemaakt. De proliferatie van deze codes maakt op zichzelf nadere uitleg met betrekking tot hun inhoud al noodzakelijk. Bovendien is de vraag hoe deze tientallen codes zich tot elkaar verhouden. Deze twee aspecten worden hier kort besproken. Daarna wordt een voorbeeld uitgelicht.

Als de overvloed aan gedragscodes wordt bestudeerd van meer algemene codes naar codes die zijn toegespitst op één onderneming in het bijzonder, levert dat het vol-

2. Zie voor deze term: H. Ward, *Governing Multinationals: The Role of Foreign Direct Liability*, Royal Institute of International Affairs, Briefing Paper, New Series nr. 8, februari 2001, en S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Series Human Rights Law in Perspective, nr. 4, Oxford: Hart Publishing 2004, overgenomen door velen, onder wie in Nederland: M.L. Lennarts, *Multinationals en asbestclaims: over forum non conveniens, zorgplichten, ‘double standards’, en ‘soft law’*, in: LT, *Verzamelde opstellen aangeboden aan Vito Timmerman*, Deventer: Kluwer 2003, p. 177-189, en L. Enneking, *Aansprakelijkheid via ‘foreign direct liability claims’*: Den Haag is weer even de Legal Capital of the World, NJB 2010, p. 318-406.
3. Rb. Den Haag 30 december 2009, LJN BK8616; Rb. Den Haag 24 februari 2010, LJN BM1470 en LJN BM1469.
4. De (voornamelijk Engelstalige) internationale literatuur betreffende mensenrechtengedragscodes (human rights codes of conduct) is enorm. Zie bijv.: S. Murphy, *Taking Multinational Corporate Codes to the Next Level*, 43 Colum. J. Transnat’l L. 2005, p. 389; D. O’Rourke, *Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring*, 31 Pol’y Stud. J. 2003, p. 1; D. Kinley & J. Tadaki, *From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law*, 44 Va. J. Int’l L. 2004, p. 931, 952-960; B. Stephens, *The Amoralty of Profit: Transnational Multinational Enterprises*, 20 Wis. Int’l L.J. 2001, p. 89.
5. US Court of Appeals for the Ninth Circuit (Cal.) 10 juli 2009, nr. 08-55706 D.C., nr. 2:05-cv-07307-AG, Jane Doe I et al. v. Wal-Mart Stores, Inc. (dismissed).

6. Zie A.G. Castermans & J.A. van der Weide, *De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten*, EZ-rapport, 15 december 2009, p. 23-24.
7. Zie voor een aansprekend buitenlands voorbeeld de Amerikaanse *Wal-Mart*-zaak, US Court of Appeals for the Ninth Circuit (Cal.) 10 juli 2009, nr. 08-55706 D.C., nr. 2:05-cv-07307-AG, Jane Doe I et al. v. Wal-Mart Stores, Inc.

gende beeld op.⁸ Allereerst zijn er de internationaal opgestelde gedragscodes. Deze codes zijn intergouvernementeel en doorgaans sectoroverschrijdend, dat wil zeggen niet specifiek voor een bepaalde industrie. De eerste codes worden gekenmerkt door de algemene bewoordingen waarin de codes zijn opgesteld, zoals: ‘bedrijven spannen zich in om fundamentele mensenrechten te respecteren in hun organisatie en in de relaties met hun businesspartners’, onder verwijzing naar algemene mensenrechtenverdragen zoals de Universele verklaring van de rechten van de mens (UVRM), specifieke kernverdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie, en de OESO-richtlijnen voor multinationals en sociaal beleid. Een recent voorbeeld is de UN Global Compact, die uit tien algemene beginselen bestaat die niet juridisch bindend zijn. De beginselen betreffen het respecteren van universeel erkende mensenrechten, zoals respect voor milieu, en het beginsel van anticorruptie. Ook op Europees niveau is er een – eveneens niet-bindende – resolutie waarin Europese ondernemingen worden opgeroepen tot het respecteren van de mensenrechten, ook indien zij buiten de EU opereren.

Een tweede groep van gedragscodes zijn de sectorspecifieke richtlijnen. Zo heeft nagenoeg iedere industrie aparte codes, zoals de textiel-, olie- en gas-, voedsel-, bank- en verzekerings-, houtkap-, metaal-, telecommunicatie- en diamantindustrie en het toerisme.⁹

Naast de sectoroverstijgende en sectorspecifieke codes op internationaal, regionaal en nationaal niveau bestaat een derde groep uit de ondernemingsspecifieke gedragscodes. Vele Nederlandse ondernemingen hebben *codes of conduct* voor hun eigen organisaties en voor externe relaties. Vaak zijn deze ook openbaar te raadplegen via de eigen corporatewebsites. Ook hebben koepelorganisaties richtlijnen en voorbeelden die als een model kunnen dienen, en die aangepast kunnen worden aan de specifieke behoeften en kenmerken van een bepaalde industrie en onderneming en aan de tijd. Het kenmerkende van deze ondernemingsspecifieke en sectorspecifieke gedragscodes is dat zij regelmatig aangepast worden en specifiekere bepalingen en verplichtingen inhouden in vergelijking met de eerste groep van gedragscodes. Een ander kenmerk van de codes is dat de inhoud in toenemende mate in samenspraak met andere betrokken partijen of vertegenwoordigers van deze andere belangen besproken worden. Steeds vaker wordt ook de naleving van de gedragscodes gecontroleerd en van commentaar voorzien door vertegenwoordigers van vakbonden en NGO's.

Wat betreft de onderlinge verhouding van de vele gedragscodes kan het volgende worden opgemerkt. De sectorspecifieke gedragscodes verwijzen soms naar de sectoroverschrijdende richtlijnen, terwijl de individuele

ondernemingsspecifieke gedragsregels doorgaans naar zowel de sectorspecifieke als de sectoroverschrijdende en internationale codes verwijzen. De verder uitgekristalliseerde gedragsregels van de onderneming en de implementatie en handhaving daarvan worden vervolgens weer op de hogere niveaus zoals die van de industriector als best practices besproken, waarop weer aanpassingen mogelijk zijn. Kortom, de gedragscodes zelf en de onderlinge verhouding tussen de codes zijn dynamisch en dienen aangepast te worden aan tijd en plaats zonder dat de overstijgende fundamentele waarden zoals neergelegd in de internationale verdragen waarnaar verwezen wordt, ondermijnd worden.

Een mooi voorbeeld van een gedragscode op sectorniveau waar ook een Nederlands multinational aan deelneemt, is de Electronic Industry Code of Conduct (EICC). Deze code is in vele individuele codes overgenomen en verder uitgewerkt. De EICC en de daarop geënte individuele codes zijn exemplarisch voor het systeem van *multilevel governance* en dus voor andere initiatieven.

De EICC is opgebouwd uit vijf delen. De delen A, B en C hebben betrekking op respectievelijk arbeid, gezondheid en veiligheid, en milieu. Deel D bevat de aspecten waaraan een *social compliance*-mechanisme moet voldoen om de naleving van de regels uit de delen A–C te waarborgen. Het laatste deel E betreft de overige ‘business ethics’, waaronder anticorruptie bepalingen.

Deel A geeft bijvoorbeeld de volgende regel met betrekking tot arbeidsgelateerde mensenrechten:

‘Participants are committed to uphold the human rights of workers, and to treat them with dignity and respect as understood by the international community. Recognized standards such as the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), Social Accountability International (SAI) and the Ethical Trading Initiative (ETI) were used as references in preparing the Code and may be a useful source of additional information’

Deze regel is een goed voorbeeld van een bepaling waarbij verwezen wordt naar de UVRM en sectoroverstijgende gedragsregels betreffende transparantieplichtingen, wat zeggen wil dat de aangesloten onderneming inzage moet geven in de relaties die zij met anderen, waaronder de toeleveranciers, onderhoudt. Bovendien houden deze ondernemingen in meer of mindere mate toezicht op de naleving van de mensenrechten door deze leveranciers.

De code is ook vrij concreet waar het gaat om de norm van het maximaal aantal werkuren per week. Deze is namelijk bepaald op zestig uur per week, inclusief overwerk, maar exclusief uitzonderlijke noodsituaties. De individuele codes moeten deze standaard van de EICC en de normen zoals de 60-urige werkweek overnemen indien de onderneming deelneemt aan dit sectorspecifieke initiatief.

Andere normen uit de EICC laten de individuele ondernemingen wel enige keuze. Zo mogen ondernemingen

8. Zie voor een eerdere en andere indeling van de gedragscodes ook: I. Mamic, *Implementing Codes of Conduct. How business manage social performance in global supply chains*, Genève: Greenleaf Publishing/ILO 2004.

9. Zie verder voor casestudies in specifieke sectoren Deel II, p. 385 e.v. in T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility, Legal and semi-legal frameworks supporting CSR* (diss. Leiden), 2010.

zelf een keuze maken hoe een handhavingsmechanisme eruit kan zien, als er maar een systeem geïmplementeerd is dat aan bepaalde eisen voldoet, zoals een systeem dat alle normen uit de delen A-C betreft, de toepasselijke wet- en regelgeving respecteert, niet tegenstrijdig is met de EICC, en effectief is in die zin dat de operationele risico's die verband houden met de mensenrechtennormen uit de EICC geïdentificeerd worden en dat de maatregelen mensenrechtenschendingen kunnen voorkomen of althans verminderen.

3. De juridische impact van gedragscodes (I): de toepassing in handelsrelaties

Contracten worden vaak gezien als marktinstrumenten: de juridische middelen om nationale en internationale handel te bevorderen. Multinationals die internationaal contracteren, zien zich steeds vaker geconfronteerd met zogenoemde *sweatshops* en *supply chains* (handelsketens). De arbeidsgerelateerde mensenrechtenschendingen in de verschillende schakels van de handelsketens zijn een groot probleem vanuit internationaalrechtelijk perspectief omdat ondernemingen, naar huidige opvattingen, geen internationale rechtspersoonlijkheid bezitten en dus niet aansprakelijk gesteld kunnen worden op internationaal niveau. Voor het aansprakelijk houden van multinationals voor mensenrechtenschendingen van werknemers zijn de buitenlandse werknemers daarom aangewezen op het nationale aansprakelijkheidsrecht.¹⁰ Vanuit het oogpunt van het Nederlandse (contractuele) aansprakelijkheidsrecht vormt de rechtspersoonlijkheid van de verschillende ondernemingen juist het probleem om de opdrachtgevende en afnemende onderneming aansprakelijk te houden voor de mensenrechtenschendingen van de toeleverancier: beide ondernemingen hebben namelijk eigen rechten en verplichtingen en het enkele feit dat partijen een contract hebben gesloten, maakt op zichzelf niet dat de eerste partij verantwoordelijk is voor het doen en laten van de wederpartij. Vanuit het perspectief van de werknemers van de leveranciers van de ondernemingen die de codes hebben opgesteld, lijkt het Nederlandse contractuele aansprakelijkheidsrecht maar beperkte mogelijkheden te bieden om Nederlandse ondernemingen aansprakelijk te houden voor de schendingen door de buitenlandse leveranciers. De oorzaak daarvoor ligt in de relativiteit van het contract: volgens de artikelen 6:213 en 6:248 Burgerlijk Wetboek (BW) is een overeenkomst immers in beginsel een bron van rechten en verplichtingen voor de con-

10. In deze bijdrage ligt de nadruk op het Nederlandse (contractuele) aansprakelijkheidsrecht en bijvoorbeeld niet op de mogelijkheden die het strafrecht zou kunnen bieden. Zie voor een strafrechtelijke benadering en maatschappelijk verantwoord ondernemen: F. Kristen, in: Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, NJV Preadvies, Deventer: Kluwer 2010.

tractspartijen vis-à-vis de contractspartijen, niet voor derden.

Anderzijds biedt juist het overeenkomstenrecht mogelijkheden om de belangen van de betrokken personen te integreren.¹¹ Gedragscodes zoals de EICC en de individuele corporate codes kunnen hier met beproefde contractuele figuren¹² mogelijk verandering in brengen, in die zin dat de werknemers als derden ondanks de relativiteit van het contract hun rechten kunnen afdwingen. Met andere woorden, Nederlandse ondernemingen kunnen wellicht onder bepaalde omstandigheden en met behulp van gedragscodes aansprakelijk gehouden worden voor mensenrechtenschendingen door de leveranciers. Er worden wel vier situaties onderscheiden waarin de codes van invloed kunnen zijn en zelfs een juridische impact kunnen hebben die verder reikt dan de eigen bilaterale verhoudingen:

Situatie 1. Er is een commercieel contract gesloten tussen een multinational en een toeleverancier dat een impact heeft op de mensenrechtenpositie in het gastland, dat wil zeggen het land waar de multinational middels een toeleverancier commerciële activiteiten ontplooit. Om het respect van mensenrechten in de sfeer van de leverancier te waarborgen komen de Nederlandse multinational en de leverancier een derdenbeding ten behoeve van de werknemers overeen.

Situatie 2. Er is, onafhankelijk van een commercieel contract, een gedragscode opgesteld waarin is bepaald dat de leverancier verplicht is de mensenrechten te respecteren en te beschermen tijdens de werkzaamheden voor de multinational. Daarnaast kent het commerciële contract een aanvullende bepaling die duidelijk maakt dat de code in ieder volgend contract in de keten opgenomen moet worden. Dit kettingbeding is gericht op het garanderen van de clause dat de code nageleefd moet worden in het kader van het commerciële contract. Er kan vervolgens een boetedebding worden toegevoegd om te verzekeren dat de code niet alleen opgenomen is in de contractuele relatie tussen de multinational en de eerste leverancier, maar ook in de daaropvolgende contractuele relaties tussen de eerste leverancier en de tweede, en tussen de tweede en de derde toeleverancier, enzovoort.

11. Asser-Vranken, Algemeen Deel***, hfdst. 6, par. 6, nr. 86 (met betrekking tot de rol van zelfregulering en overeenkomstenrecht).

12. Zie voor de niet-contractuele mogelijkheden in de zin van de invulling van de onrechtmatige daad middels *codes of conduct*, eerder al: N. Jägers & M.-J. van der Heijden, Corporate Human Rights Violations: feasibility of civil recourse in the Netherlands, Brooklyn Journal of International Law 2008, 33(3), p. 833-870; C.C. van Dam, Onderneming en Mensenrechten (oratie Utrecht), Den Haag: Boom 2008; A.G. Castermans, De burger in het burgerlijk recht (oratie Leiden), Den Haag: Boom 2009; A.G. Castermans & J. van der Weide, De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten, Leiden 2009, <www.ez.nl>; A.J.A.J. Eijsbouts, in: A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman (red.), Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, NJV Preadvies, Deventer: Kluwer 2010, p. 82-90; en Enneking 2010.

Situatie 3. Indien geen kettingbeding, eventueel gecombineerd met een boetebeding, in het contract is opgenomen dat verwijst naar een afzonderlijke gedragscode, dan moeten de werknemers bekijken of het commerciële contract zelf een gedragscode heeft geïncorporeerd. In de code die in deze situatie onderdeel is van het contract heeft de multinational een recht tot inspectie van de naleving van de code opgenomen. In deze derde situatie worden veelal aparte overeenkomsten die naar de code verwijzen gesloten die van toepassing zijn op alle commerciële contracten tussen de multinational en de leveranciers. Hierdoor vindt standaardisatie plaats. Er is hier sprake van een zogenoemd *supplier code of conduct agreement*, een document dat door beide partijen ondertekend wordt en slechts eenmaal opgesteld en ondertekend dient te worden. De toeleveranciers verplichten zich in deze laatste overeenkomst om de gedragscode te implementeren.

Situatie 4. In deze laatste situatie is er alleen een contract tussen de multinational en de wederpartij, maar niet met de opvolgende leveranciers, noch is er een nadere regeling of code die nadere bepalingen stelt. De multinational heeft wel een eigen gedragscode. Vanuit het uitgangspunt van relativiteit is het contractenrecht hier van weinig tot geen invloed en moeten de werknemers naar het instrumentarium van het niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht grijpen om de multinational juridisch aan te spreken.

De eerste situatie kenmerkt zich door het derdenbeding, terwijl in situatie 2 gebruik wordt gemaakt van het kettingbeding, eventueel in combinatie met een boetebeding. Zowel het derden- als het kettingbeding is een traditioneel middel om de mensenrechten van de werknemers en de eigen belangen van de multinational om reputatieschade te voorkomen, contractueel te integreren. Door de integratie van de belangen van de werknemers van de suppliers in de vorm van een derdenbeding worden de werknemers partij bij het contract. Met uitzondering van de inkleuring van de verplichtingen en rechten van de betrokken partijen lijkt dit een prima oplossing van het probleem. Maar de praktijk is weerbarstiger. Vaak is namelijk niet bekend wie die derden zijn en of de wederpartij de prestaties onder de overeenkomst heeft uitbesteed aan andere toeleveranciers. Een extra laag van leveranciers wordt toegevoegd bij de uitvoering van de overeenkomst. Uiteindelijk kan er een keten van opeenvolgende leveranciers ontstaan waarbij vele derden betrokken zijn. Het opnemen van een derdenbeding ten voordele van deze werknemers is echter niet gebruikelijk. Een kettingbeding lijdt aan de inherente zwakte van een dergelijk beding, namelijk de bereidheid van de wederpartij om dit beding op te nemen in een daaropvolgend contract. Bij iedere schakel in de keten moet dit beding opnieuw worden opgenomen om effect te hebben. Doorbreking ervan is zeer goed mogelijk en daarom is het kettingbeding in een contract geen effectief middel om mensenrechtenschen-

dingen te voorkomen. Multinationals willen daarom extra garanties inbouwen om ervoor te zorgen dat de *sub suppliers* (opeenvolgende leveranciers) de mensenrechten respecteren. De gedragscodes moeten daarin voorzien. Vele codes zoals de EICC bepalen dat bij de naleving van de gedragsregels betreffende het respecteren van mensenrechten en de positieve maatregelen die leveranciers daarvoor moeten nemen (1) toezicht gehouden wordt door velen binnen de organisatie, zoals bestuurders, commissarissen, audit committees, accountants en zogenoemde ‘social compliance officers’¹³ van de deelnemende onderneming, en (2) dat de eerste toeleverancier inzage moet geven in de eigen mensenrechtensituatie en dat de wederpartij middels rapportage dient aan te geven of en aan wie de contractuele verplichtingen zijn uitbesteed. Bovendien (3) zijn NGO’s steeds vaker als toezichthouders betrokken bij de naleving van de codes. Internationale NGO’s oefenen via lokale NGO’s toezichthoudende taken uit en brengen vervolgens verslag uit aan de multinational. Bijgevolg ontstaat er een web van contracten met checks en balances, als deze taken zijn opgenomen in de gedragscodes die zelf ook naar andere *multistakeholder codes* (gedragscodes opgesteld met verschillende belanghebbenden) en internationale mensenrechten verdragen verwijzen, en in de *supplier codes of conduct agreements*, die verwijzen naar de individuele codes van multinationals die weer onlosmakelijk verbonden zijn met de commerciële contracten tussen de multinational en de duizenden leveranciers. Een dergelijk web komt steeds vaker voor en is in essentie situatie 3. Zoals eerder al aangegeven kan in situatie 4, waarin geen sprake is van een contract, geen gebruik worden gemaakt van het instrumentarium van het (Nederlandse) contractenrecht. In situaties zoals in situatie 4 moet dan aansluiting worden gezocht bij het niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht.¹⁴

De vraag is dan ook of, naast het handhaven van de mensenrechtenverplichtingen die voortvloeien uit het contract, voor de Nederlandse rechter ook een beroep gedaan zou moeten kunnen worden op de gedragscode zelf, dus zonder het vehikel van het contract. Er is bijvoorbeeld geen contractuele relatie met een van de leveranciers in de keten, maar er is wel sprake van systematisch mensenrechtenschendende leveranciers die in het web van contracten een rol spelen. Kan er van multinationals worden geëist dat zij onderzoek doen naar de mensenrechtensituatie in ontwikkelingslanden waar zij direct of indirect relaties mee onderhouden? In het (niet-contractuele) aansprakelijkheidsrecht zal het dan aankomen op de voorwaarden van voorzienbaarheid: wist deze multinational of had deze multinational moeten weten dat in een bepaalde regio van een gastland mensenrechten geschonden worden? De ontwikkelingen

13. *Social compliance-offers* zijn zij die intern toezicht houden, implementatiemechanismen ontwikkelen en actief informatie betreffende niet-financiële factoren (mensenrechten, werknemers en milieu) in en om de onderneming vergaren,

14. J.B.M. Vranken, *Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie*, WPNR 2002, 6472, p. 39-47.

vereisen een steeds verdergaande onderzoeksplicht (als onderdeel van 'due diligence'¹⁵) van multinationals die verbonden wordt aan de (mate van) macht van deze ondernemingen in de betreffende regio. Gelet op de in deze bijdrage centraal gestelde vraag naar contractenrecht ga ik hier niet verder op in.

Multinationals hebben doorgaans vaste en een groep variabele leveranciers in de zin van wisselende contracten met verschillende leveranciers. Een onderscheid tussen deze groepen is gerechtvaardigd vanuit het idee dat de macht van een multinational bepalend zou kunnen zijn voor de aansprakelijkheid van de multinational voor mensenrechtenschendingen van zijn leveranciers.

3.1 Interim-conclusie

Het voorgaande geeft aan dat de mogelijkheden van contractuele aansprakelijkheid van Nederlandse ondernemingen voor mensenrechtenschendingen door buitenlandse toeleveranciers vanwege het dominante relativiteitsbeginsel in het contractenrecht gering zijn of althans, zoals in het geval van de situatieschets met een kettingbeding, tamelijk zwak zijn.

Bij de idee van ketenaansprakelijkheid rijzen een aantal vervolgvragen. Dienen gedragscodes ook met deze verschillende invullingen van de contracten als duurzame relaties en de vele schakels rekening te houden en is dit onderscheid vervolgens ook belangrijk voor de aansprakelijkheid van de multinational? Is het onderscheid tussen contract en geen contract wel wenselijk nu ondernemingen over de grenzen van staten en dus ook hun rechtssystemen heen opereren? Wat is de betekenis van het onderscheid tussen contractuele en niet-contractuele aansprakelijkheid vanuit dit internationale perspectief nu de aansprakelijkheidsmogelijkheden per staat anders kunnen zijn en überhaupt de linken met een bepaalde staat en – vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief – met een bepaald statelijk rechtssysteem zwak zijn?

Deze vragen eisen een herbezinning over de fundamenten van juridische binding waartoe al eerder is opgeroepen.¹⁶ Juridische binding wordt gevonden in de beginselen van autonomie en vertrouwen. Het laatste beginsel zou volgens een nog altijd minderheidsopinie het beginsel van relativiteit van het contract kunnen doorbreken. De argumenten voor en tegen een dergelijke benadering van de juridische gebondenheid worden hier niet herhaald; daarvoor wordt naar de relevante

literatuur verwezen.¹⁷ Hier zij echter wel opgemerkt dat het publiceren van gedragscodes, het door de leveranciers doen laten aanplakken van een samenvatting van de codes op de muren van de fabrieken waar de werknemers hun werkzaamheden verrichten, en het betrekken van vertegenwoordigers van de werknemers maakt dat er wel een zeker vertrouwen gegeneerd wordt dat een multinational de toeleveranciers zorgvuldig uitkiest en dat de multinational zorg draagt voor de naleving, althans zich ervoor inspannt, van het verbeteren van de mensenrechtensituatie. De inhoud van de gedragsregels zou deze inspanningen verder kunnen kleuren en mogelijk doen laten evolueren tot een zorgplicht. Schending van deze zorgplicht zou dan wellicht – mits aan de overige voorwaarden is voldaan – tot aansprakelijkheid kunnen leiden.

Of een multinational zelf aansprakelijk kan worden gehouden op grond van een schending van de gedragscode, is een volgende vraag die zich toespitst op de juridische status van gedragscodes en de interactie tussen de gedragsregels die door de onderneming zelf zijn opgesteld, het niet-statelijke recht dat ook als 'soft law', niet-bindend recht, wordt aangeduid, en het statelijke recht, het harde recht, dat juridisch afdwingbaar is. Kan een Nederlandse rechter zijn beslissing met betrekking tot mogelijke aansprakelijkheid baseren op de schending van een gedragsregel?

4. De juridische impact (II): de status van gedragscodes onder Nederlands recht

Het beeld van de stand van zaken van de Nederlandse rechtspraak betreffende de toepassing van zelfregulerende of private regelingen, zoals een code, richtlijn of een protocol, is verdeeld.¹⁸ In de lagere rechtspraak is deze kwestie behandeld, maar het debat over de status van deze gedragsregels is nog niet beslecht. Sommige rechters doen private regelingen af als richtlijnen in de zin van indicaties hoe men had kunnen handelen zonder dat het op een of andere manier verplichtend is. Andere rechters laten zich uitdrukkelijk leiden door de private regelingen. Een voorbeeld is de *NAK-zaak*.¹⁹ In deze laatste zaak werd de onrechtmatigheid van de daad zelf gebaseerd op een schending van het voorschrift in de private richtlijnen. De private regels van certificering waren dus niet slechts richtinggevend en konden zo als

15. John Ruggie als VN speciaal vertegenwoordiger van de VN Secretaris-Generaal voor ondernemingen en mensenrechten, Rapport 2008, Protect, Respect and Remedy, a Framework for Business and Human Rights, 7 april 2008, A/HRC/8/5.

16. J.B.M. Vranken, Over Partijautonomie, contractvrijheid en de grondslag van gebondenheid, in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), Beginselen van contractenrecht (Benita Nieskens-Ipshorsing volume), 2000 p. 145-155; J.H. Nieuwenhuis, Principles of Contract Law, NTBR 2001, p. 133; en C.E. du Perron, Overeenkomst en Derden (diss. 1999) (met vele verwijzingen).

17. Zie voetnoten 11 en 13, en met name belangwekkende werken van Du Perron 1999; J.M. Smits, Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid (diss. Leiden), 1995; M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht (diss.), 1999, p. 173-273; en recenter bijv.: M.J. van Laarhoven, Samenhangen in Rechtsverhoudingen (diss. UvT), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

18. Zie bijv. voor de status van de Insolad-regeling: Hof Arnhem 11 september 2007, JOR 2007/317, (Tycho/Hijmans q.q.), r.o. 4.2 ('doel van de Insolad regels is het geven van richtlijnen en daarom niet bindend').

19. HR 29 juni 2007, LJN BA0895, RvdW 2007, 644 (NAK/X).

een aanvullend argument dienen, maar in deze zaak werd het oordeel gegrond op de schending van de regeling. De regels waren opgesteld in samenspraak met andere producenten op sectorniveau en onafhankelijke deskundigen. In cassatie volgde de Hoge Raad het hof, in die zin dat de motivering voldoende duidelijk was.

Met deze uitspraak is het echter nog onduidelijk wat het standpunt van de Hoge Raad met betrekking tot de status van private regelingen is. Het hoogste rechtscollege heeft de knoop niet definitief doorgehakt (willen doorhakken), ondanks dat de Hoge Raad wel de mogelijkheid heeft gehad of had kunnen nemen om te bepalen of en wanneer private regelingen als recht gekwalificeerd kunnen worden.²⁰

Als wordt aangenomen dat de juridische gebondenheid of de juridische status van private regelingen afhankelijk is van de rechterlijke handhaving van deze private normen,²¹ is voor de juridische status en de impact van de gedragscodes de vraag beslissend of Nederlandse rechters deze normen handhaven of niet. Het gaat dus om de interactie tussen private regelgeving en het Nederlandse rechtssysteem.

Maar indien er sprake is van deze interactie, kan dat ook een indicatie zijn dat de codes niet effectief zijn, aangezien verondersteld voordeel van private regelgeving boven publieke, statelijke regels nu juist is dat het uitgaat van een bottom-upbenadering en dus beter de dynamische socio-economische werkelijkheid reflecteert. Dit kenmerk zou dan resulteren in het (beter) respecteren van de normen. Kortom, private regelgeving zou het naleven van mensenrechten doen toenemen. Als gevolg van de betere naleving door de actoren zelf zou dan ook het beroep op de rechter afnemen. Deze is dan immers niet nodig om de mensenrechten te handhaven. Het afdwingen van het naleven van de codes, en dus van het respecteren van de mensenrechten, zou overigens ook kunnen worden overgelaten aan externe belanghebbenden via geïntegreerde private handhavingssystemen.²²

Volgens Giesen's classificatie van bronnen²³ zou de juridische binding aan mensenrechtencodes mogelijk zijn door de normen uit deze private codes te integreren in de open normen van het privaatrecht.²⁴ Deze mogelijkheid is al in het voorgaande beproefd in het kader van de invulling van de contractuele verplichtingen en zorgvuldigheidsnormen in het kader van het onrechtmatige daadsrecht. Dit is bijvoorbeeld ook de opvatting van het Hof Arnhem met betrekking tot de Insolad-regeling.²⁵

In recente rechtspraak kunnen weer andere factoren worden gevonden die van belang zijn bij de beantwoording van de vraag wanneer private regelingen 'hard law' zijn. Zo zijn in de zaak *Van Landschot Bankiers N.V.*²⁶ de volgende criteria genoemd om private regelingen als juridisch bindend te kwalificeren: (1) de regeling moet een wettelijke basis hebben, (2) de regeling moet extern effect hebben oftewel naar buiten toe gericht zijn en niet voor een bepaald geval, maar algemeen van toepassing zijn, en (3) behoorlijk gepubliceerd zijn. Indien aan deze criteria is voldaan, kan de rechterlijke beslissing worden gebaseerd op de zelfregulerende regeling. De vraag is overigens of er dan nog wel sprake is van *zelf*-regulering, omdat het statelijk recht middels het (eerste) vereiste van een wettelijke basis door de wetgever als recht wordt erkend. Er is dus sprake van een cirkelredening: de code is recht in de zin van artikel 79 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO), omdat de bron van de code de wet is en dus de statelijke wetgevende macht bepaalt of het recht is.

Voor het eerste vereiste van een wettelijke basis kan – voor de gedragscodes die hier centraal staan – mogelijk aansluiting worden gezocht bij de Nederlandse Governance Code (Code Frijns), die expliciet voorschrijft dat de ondernemingen die onder deze Code vallen maatschappelijk verantwoord dienen te ondernemen.²⁷ De Code zelf is gebaseerd op een wettelijke grondslag, namelijk op artikel 2:391 lid 5 BW.²⁸ Gelet op de bepalingen in de Code Frijns en de proliferatie en standaardisering van gedragscodes kan het opstellen en

20. Bijv. in HR 22 juni 2007, LJN BA2511 (ING Bank N.V./Verdonk), r.o. 3.5.

21. Zie ook voor dit standpunt en een overzicht van de rechtspraak en literatuur: I. Giesen, *Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen*, in: W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve Regelgeving*, NJV Preadviezen, Deventer: Kluwer 2007, p. 67-168.

22. Zie echter T. Hartlief, *Alternatieve Regelgeving in Privaatrechtelijke Verhoudingen*, NJB 2007, 21, p. 1288 e.v.; R. Jenkins, *Corporate Codes of Conduct. Selfregulation in a Global Economy*, UNRISD, Technology, Business and Society, Programme Paper nr. 2, april 2001; Ph. Eijlander, *Wetgeving en Zelfregulering*, in: Backx e.a. (red.), 1990, p. 37; H.R.B.M. Kummeling & S.C. van Bijsterveld, *Grondrechten en Zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink, Schoordijk Instituut; I. Giesen, *Alternatieve Regelgeving en Privaatrecht*, Mon. Privaatrecht 8, Deventer: Kluwer 2007; I. Giesen, *De omgang met en handhaving van meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels: een analyse van recente rechtspraak*, WPNR 2008, 6772, p. 785-791; R. van den Bergh, *De maatschappelijke wenselijkheid van gedragscodes vanuit rechtseconomisch perspectief*, WPNR 2008, 6772, p. 792-797; Z. D. van Heesen-Laclé & A.C.M. Meuwese, *The Legal Framework for Self-Regulation in the Netherlands*, *Utrecht Law Review* 2007, 3(2), p. 116-139; A. Bandura, *Social Cognitive Theory of Self/Regulation*, 27 juli 2004, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1991, 50(2), p. 248-287, en *Asser-Vranksen, Algemeen Deel****, 2005, hfdst. 6, nrs. 5 en 6.

23. Giesen 2007, p. 67-168. Zie ook A-G Wesseling-Van Gent in HR 24 februari 2006, NJ 2006, 302 (ACM/ Albert Heijn B.V. e.a.). Maar zie HR 11 juli 2003, NJ 2005, 203.

24. Zie bijv. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 639 (HBU/Groendijk) (de gedragscode was een nadere interpretatie van de Wet bescherming persoonsgegevens). Volgens A-G Verkade maakt deze methode van interpretatie nog niet dat de gedragscode recht in de zin van art. 79 Wet RO is. A-G Verkade meende dat de contractuele relatie van een cliënt of consument met een financiële instelling wel door de gedragscode vormgegeven kan worden en de schending van de code kan dan via de open contractuele norm leiden tot contractuele aansprakelijkheid.

25. Hof Arnhem 11 september 2007, JOR 2007/317 (Tycho/Hijmans q.q.), r.o. 4.2 (de private normen ontlenen hun gezag niet aan de gewoonte of algemeen gebruik ervan in de branche, maar de juridische aard van de regels wordt verkregen door de concretisering van de maatschappelijke betamelijkheid). Dit is de methode van de invulling van open normen. De private regeling kan echter niet zonder de inbedding in het statelijke recht. In dit geval was het statelijke recht art. 6:162 BW.

26. HR 24 november 2006, LJN AY9222 (Van Landschot Bankiers N.V.). Zie ook: A-G Wesseling-Van Gent in HR 24 februari 2006, NJ 2006, 302 (ACM/Albert Heijn B.V. e.a.). Zie echter HR 11 juli 2003, NJ 2005, 203.

27. Zie Code Frijns, Principle II.1.

28. Bij AMvB (10 december 2009, Stbl. 2009, 545) is de Nederlandse Corporate Governance Code (nu: Code Frijns) wettelijk verankerd.

het naleven van een gedragscode als best practice worden gezien.²⁹ Indien een onderneming de Code Frijns volledig of althans op dit punt onderschrijft, of indien het hebben van een bepaalde gedragscode de norm in een specifieke sector is, kan het naleven van die gedragscode mogelijk ook als een verplichting worden gezien. Deze meergelaagde redenering zou van de private gedragscodes (afdwingbaar) 'recht' kunnen maken, indien een wettelijke basis via de Code Frijns³⁰ in het BW gevonden kan worden.³¹

Deze formele benadering dat een regeling alleen 'recht' in de zin van artikel 79 Wet RO kan zijn indien zij een wettelijke basis heeft, is goed te begrijpen, wanneer verondersteld wordt, dat er dan pas voldoende rekening is gehouden met de belangen van alle betrokken partijen.³² Omdat dit niet automatisch het geval is met gedragscodes, maar afhankelijk is van het type gedragscode (zie par. 2), maakt de kwalificatie van een code(-regeling) als 'hard' recht problematisch. Het zou mijns inziens meer om de legitimiteit van de regeling moeten gaan en niet om het formele vereiste van een wettelijke basis. De mate van legitimiteit van een private regeling hangt dan af van de vraag of de relevante belangen van de betrokken personen voldoende zijn meegenomen bij de totstandkoming van de normen. Hier kan aan worden toegevoegd dat de legitimiteit van de regeling dan ook afhangt van een correct verlopen of zorgvuldige totstandkomings- en updateprocedure.³³ Deze argumenten bieden voeding voor de opvatting dat bepaalde gedragscodes betreffende mensenrechten, die tot stand zijn gekomen met de betrokkenheid van (vertegenwoordigers van) verschillende belanghebbenden, wel 'recht' zijn. Juist omdat de codes zich ontwikkeld hebben tot zeer gedetailleerde regelingen die de algemeen geformuleerde fundamentele en sectoraalgedeelde mensenrechten in verder uitgewerkte verplichtingen op de deelnemende ondernemingen leggen, waarbij bovendien handhavingmechanismen worden opgesteld en in de

organisatie geïmplementeerd moeten worden op straffe van uitsluiting en een verslechtering van de concurrentiepositie. Naast legitimiteit zijn mijns inziens specificiteit, de openbaarmaking van de code, algemene toepassing, in de zin van de toepasselijkheid op meerdere situaties en niet slechts op één bepaalde concrete casus, en effectiviteit in de zin van doelmatigheid – gemonitord door de ondernemingen zelf, NGO's en media – verdere vereisten voor de status van gedragscodes. Om de rechter tegemoet te komen in de beoordeling van legitimiteit helpt de ingezette standaardisering.

Niettemin is de juridische status van private regels waaronder deze gedragscodes binnen het Nederlandse rechtssysteem nog onduidelijk. Enerzijds is er ontwikkeling dat de overheid steeds meer overlaat aan private partijen en zelfregulering stimuleert, maar de economische crisis zou hier verandering in kunnen brengen. Aan de andere kant wordt erkend dat staten de mondiale problemen die met de globalisering van de economie samenhangen niet alléén kunnen oplossen en dus public-private partnerships aangaan waarbij staten en ondernemingen samenwerken aan oplossingen om bijvoorbeeld de armoede te bestrijden en kindersterfte terug te dringen. Naar verwachting zal de ontwikkeling van de specificering van de codes verder gaan, maar wel met nadere statelijke inmenging. Dit versterkt mijns inziens de juridische status van gedragscodes als recht, omdat de staten de met hun inmenging ontstane 'private' regels erkennen. Vervolgens zal het verschil tussen statelijke en niet-statale of publieke en private regelgeving lastiger te maken zijn. Het is dan beter de term van hybride regelgeving uit de literatuur van transnationaal privaatrecht en *multilevel governance* (meergelaagde regulering) over te nemen.³⁴ Wel zal het nodig blijven de inhoud en de vorm van de regelingen te onderzoeken op voldoende specificiteit of bepaalbaarheid, of het een algemene regeling is wat betreft de toepasbaarheid die ook behoorlijk gepubliceerd is, en of de verschillende belangen voldoende geïntegreerd zijn. In ieder geval doet de heersende binaire houding die het huidige Nederlandse recht ten aanzien van private regelingen in grote mate nog altijd kenmerkt, namelijk van (1) of recht, of (0) buitenrechtelijk, geen recht aan de grote verscheidenheid aan gedragscodes. Naar mijn mening moet er onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende codes en zou een mensenrechtengedragscode die aan vorenstaande eisen voldoet als beter recht toegepast moeten worden.

De genoemde hybriditeit wordt nog vergroot indien gedragscodes in overeenkomsten tussen de multinational en de leverancier bepalingen van het recht van het land, waar de moedermaatschappij van een multinatio-

29. Zie Eijsbouts 2010, p. 92-93, verwijzend naar Best Practice bepalingen II.1.3 c) en II.1.3 d) Code Frijns.

30. Hierbij verdient de aantekening dat de Code Frijns zelf uitgaat van een *comply or explain* basis en voor Nederlandse beurs-nv's geldt (met eventuele reflexwerking voor andere ondernemingen), zie Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2 II* 2009, Deventer: Kluwer 2009, nr. 30, p. 39, sub c. De juridische status van een gedragscode is via de meergelaagde constructie dus afhankelijk van de bereidheid van de onderneming om een gedragscode voor mensenrechten op te stellen met de verwijzing naar de verplichting uit de Code Frijns om maatschappelijk verantwoord te ondernemen.

31. Deze meergelaagde aanpak werd in HR 22 juni 2007 (Van Landschot Bankiers N.V.) (supra noot 20) gehanteerd: de wettelijke basis werd uiteindelijk gevonden in de Wft. Een verschil is echter dat in die context er geen sprake is van een tussenschakel zoals de Code Frijns, die uitgaat van een *comply or explain* basis. Daartegenover staat echter dat de Code en in het bijzonder de Principles uitgaan van algemeen aanvaarde inzichten in de Nederlandse samenleving waarvan niet afwijken kan worden. Zie bijv. HR 13 juli 2007, LJN BA7970, ABN Amro. Deze gebondenheid kan ook gelden voor de best practice-bepalingen in de Code Frijns, zie HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 Versatel.

32. J.B.M. Vranken, Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht, WPNR 2004, 6560, p. 1-13.

33. Idem onder verwijzing van HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Thrombosis).

34. Zie bijv. C.M. Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*, 2 *Current Law and Social Problems*, 1961, p. 129; F.A. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, in: Sanders (Ed.), *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, 1976, p. 157; P. Zumbansen, *Transnational Law*, in: Smits e.a., *Encyclopedia of Comparative Law*, 2006, 738 (voor een overzicht van de discussie); en G.-P. Calliess & M. Renner, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, 22 *Ratio Juris* 2009, p. 260.

nal geïncorporeerd is (het thuisland), overnemen. Middels het contract met toeleveranciers in ontwikkelingslanden gelden deze nationale bepalingen van het thuisland ook in het gastland. Daarnaast kunnen op dezelfde wijze, namelijk door het inzetten van het contract als regulerend mechanisme, internationale bepalingen uit mensenrechtenverdragen waarbij het gastland geen partij is of die onder het nationale (gastland)recht van de toeleverancier in (horizontale) relaties tussen private partijen niet van toepassing zouden zijn, in het gastland gaan gelden. Mensenrechten worden dan als het ware geïmporteerd.³⁵

5. Conclusie

In deze bijdrage zijn de mensenrechten gedragscodes en de integratie van deze codes in handelsrelaties besproken als een nieuwe ontwikkeling die juridisch relevant is. Daarbij kwamen de voordelen en de verhouding met de vele gedragscodes op verschillende niveaus ter sprake. Het is opmerkelijk dat er inmiddels een proces van standaardisering zichtbaar is van zogenoemde modelcodes die via *supplier codes of conduct agreements* (overeenkomsten tussen multinational en toeleverancier met gedragscodes) op een heel web van relaties van toepassing zijn. De meest moderne codes hebben zelfs een hoofdstuk met betrekking tot handhavingsmechanismen, waarbij vaak NGO's een toezichthoudende taak toegewezen hebben gekregen.

Daarnaast zijn de juridische mogelijkheden en knelpunten betreffende de codes behandeld. De (on)mogelijkheden om multinationals voor mensenrechtenschendingen door buitenlandse toeleveranciers (contractueel) aansprakelijk te houden, zijn geanalyseerd. Het dominante relativiteitsbeginsel in het contractenrecht is een groot obstakel om multinationals onder Nederlands recht aansprakelijk te houden voor de mensenrechtenschendingen van hun toeleveranciers. Van de vier onderscheiden situaties waarin codes een rol kunnen spelen zijn er twee waarbij traditionele figuren besproken zijn, namelijk het derdenbeding en het kettingbeding. De afweging van de voor- en nadelen van deze technieken maakt dat de derde optie van een combinatie van een gedragscode en een contract tussen de multinational en de leveranciers via een *supplier code of conduct agreement* meer mogelijkheden zou kunnen bieden. Beschreven is hoe de code een nadere inkleuring geeft aan de verplichtingen die partijen over en weer hebben. In de vierde situatie, waar er wel sprake is van een code maar niet van een contract, kunnen mensenrechtenschendingen niet via de contractuele weg worden aangepakt.

35. Zie voor dit fenomeen van 'creeping codification' o.a. K.P. Berger, *The Principles of European Contract Law and the concept of the 'Creeping Codification' of Law*, *European Review of Private Law*, 2001, 1, p. 21-34, i.h.b. p. 23, referring to K.P. Berger, in: *CENTRAL, Transnational Law in Commercial Legal Practice*, Münster: Quadis Publ. 1999, p. 121, 124 e.v.

Deze laatste situatie vormde de aanleiding tot een nadere vraag betreffende de (mogelijke) juridische status van de gedragscodes als 'recht'. Deze vraag werd beantwoord door uitspraken met betrekking tot *soft law*-instrumenten zoals protocollen en richtlijnen mee te nemen. Een duidelijk beeld van de stand van zaken is niet te geven: lagere rechtspraak is sterk verdeeld en de Hoge Raad heeft zich niet uitdrukkelijk gemengd in de discussie of gedragscodes recht zijn in de zin van art. 79 Wet RO. In ieder geval is het mogelijk deze codes mee te nemen in de rechterlijke beslissing met betrekking tot de vraag of er sprake is van een onrechtmatige daad of goed werkgeverschap en bij de invulling van andere open normen. Voor de kwalificatie van de codes als recht dienen de private regelingen (uiteindelijk) toch nog altijd gebaseerd te worden op een wettelijke grondslag.

Ondanks deze bevindingen en knelpunten om multinationals contractueel aansprakelijk te houden, kan worden vastgesteld dat de gedragscodes een steeds grotere rol zullen spelen, en mogelijk al kunnen hebben, indien de private normen voldoende concreet zijn, er verplichtingen aan de ondernemingen worden opgelegd, ze behoorlijk gepubliceerd zijn en er met de belangen van alle betrokkenen voldoende rekening is gehouden. Indien de regeling aan deze voorwaarden voldoet, vergroot dit de legitimiteit. Dit criterium zou bepalend moeten zijn bij de beantwoording van de vraag of een Nederlandse rechter zijn beslissing op de code zelf kan baseren. Het is de verwachting dat de interactie tussen het statelijke privaatrecht en de niet-statelijke private regelingen zal toenemen. Hierdoor zullen hybride vormen van de *codes of conduct* met publieke en private elementen ontstaan en de ontwikkelingen van constitutionalisering³⁶ en transnationalisering van het privaatrecht verder worden versterkt.

36. Zie over constitutionalisering van het privaatrecht: J.M. Smits, *Constitutionalising van het Vermogensrecht*, Preadvies NVVR, 2003; O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: a Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions* (diss. Utrecht), 2007; en C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (diss. UvA), 2008.