

Artikel

Contractuele controle in de handelsketen: MVO gedragscodes en algemene voorwaarden van Nederlandse bedrijven

A.L. Vytopil LLB MA MSc*

64

1. Inleiding

In de media wordt de laatste tijd uitgebreid gerapporteerd over de misstanden in handelsketens van Nederlandse en buitenlandse multinationals. ‘Nidera slaven-schandaal zorgt voor nieuwe wet in Argentinië’, kopte het FD;¹ ‘Voor het eerst geeft Apple toe: toch misstanden in China’, schreef de Volkskrant zeer recent met betrekking tot de fabrieken van de toeleveranciers van Apple.² Het gaat geregeld mis in de handelsketen van multinationals, en de aandacht daarvoor vanuit de media neemt toe.

Nederlandse (en buitenlandse) multinationals nemen dan ook in toenemende mate maatregelen om maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) te bevorderen; niet alleen binnen hun eigen onderneming, maar óók binnen de handelsketen. Juist waar het gaat om de handelsketen zijn de MVO-risico’s relatief groot: het gaat immers om de contractpartners van multinationals, en niet om hun eigen (dochter)vennootschappen. De feitelijke én juridische controle die multinationals daarover hebben is (mede daardoor) relatief laag.

* Louise Vytopil LLB MA MSc is universitair docent en promovenda bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, e mail: a.l.vytopil@uu.nl. Haar promotieonderzoek heeft als titel: Contractuele controle in de handelsketen; over gedragscodes, contracten en (het vermijden van) aansprakelijkheid.

1. Strengere wetten na slavernijschandaal, Het Financieele Dagblad 17 januari 2011.

2. Voor het eerst geeft Apple toe: toch misstanden in China, De Volkskrant 15 februari 2012.

Om toch op een of andere manier controle te krijgen over hun ketens nemen multinationals diverse maatregelen. Zo worden nieuwe toeleveranciers uitgebreid gescreend voordat een handelsrelatie aangegaan wordt, en kiezen bedrijven er regelmatig voor om hun handelspartners te auditen. Maar ook op juridisch vlak worden maatregelen genomen.

Tot op heden is er nog weinig onderzoek geweest naar de vorm, inhoud en (contractuele) consequenties van die maatregelen met betrekking tot de handelsketen.³ M.J. van der Heijden schreef eerder in dit tijdschrift over de inhoud en juridische kwalificatie van een aantal typen gedragscodes die binnen handelsketens gebruikt kunnen worden.⁴ Zij ging daarbij in op de vraag of dergelijke codes gezien zouden moeten worden als ‘recht’ in de zin van artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Maar Van der Heijden onderzoekt níét de diversiteit aan MVO-maatregelen zoals die door Nederlandse ondernemingen in de praktijk genomen worden. Wat is de inhoud van die maatregelen? Moeten we uitsluitend naar gedragscodes kijken of zijn ook andere maatregelen relevant? En hoe kunnen die maatregelen juridisch gekwalificeerd worden? In dit artikel beoog ik deze en andere vragen te beantwoorden. Ik zal daarbij juist het perspectief vanuit de praktijk belichten door te

3. Het onderzoek naar de groei van MVO-maatregelen in het algemeen is wel uitgebreid gedocumenteerd. Zie bijv.: Sociaal-Economische Raad, Duurzame globalisering: een wereld te winnen, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 2008; R. van Tulder & A. van der Zwart, Reputaties op het spel: maatschappelijk verantwoord ondernemen in een onderhandelingsamenleving, Utrecht: Het Spectrum 2003.

4. M.J. van der Heijden, ‘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, Contracteren 2011/1.

illustreren hoe het er nu werkelijk in het Nederlandse bedrijfsleven aan toegaat. Een en ander zal ik vervolgens in vogelvlucht analyseren.

Om te beginnen zal ik beknopt het kader waarin deze bedrijven werken schetsen en de methodologie van het onderzoek toelichten. Voorts zal ik uiteenzetten hoe de inhoud en de vorm van MVO-maatregelen ten aanzien van de handelsketen van veertien Nederlandse multinationals er daadwerkelijk uitzien. Ik zal ingaan op de patronen die daarin ontdekt kunnen worden. Ook zal ik – weliswaar kort – ingaan op de vraag wat de waarde daarvan is met het oog op handhaving van die maatregelen (en het gebrek daaraan) en hoe dat aanknopingspunten biedt voor verder onderzoek.

Ik zal concluderen dat alle onderzochte bedrijven hun beleid onder de noemer van ‘gedragscodes’ scharen, terwijl die gedragscodes vrijwel altijd ingebed worden door middel van een contract of algemene voorwaarden. Daardoor is het kenmerk van vrijblijvendheid ten aanzien van gedragscodes in de handelsketen niet relevant: alle gedragscodes worden immers bindend gemaakt voor de handelspartner van de multinational doordat ze als contract of algemene voorwaarden ingebed worden.

2. Juridisch kader

Sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw is het aantal multinationale ondernemingen sterk gegroeid.⁵ Onder invloed van globalisering kunnen bedrijven eenvoudiger hun producten en diensten aan de hele wereld leveren en delen van hun productieproces ‘opknippen’ en verplaatsen naar lagelonenlanden.⁶ Maar wie controleert het handelen van multinationals wanneer zij zich over de grens begeven? Het territorialiteitsbeginsel zorgt ervoor dat staten slechts beperkt juridische macht hebben over bedrijven die zich over de grens van het land van hun statutaire zetel begeven. Tegelijkertijd komen gastlanden vaak de expertise en/of middelen tekort om het gedrag van multinationals effectief te bepalen.⁷ Multinationals begeven zich dan ook veelal in een juridische leemte.

Omdat, zoals hiervoor reeds geschetst werd, de risico’s op mensenrechtenschendingen door multinationals reëel zijn, nemen multinationals in toenemende mate zelf maatregelen, die veelal worden samengebracht onder de noemer MVO: de ‘triple bottom line of People, Planet and Profit’.⁸ MVO wordt nog steeds gezien als iets wat op vrijwillige basis ondernomen wordt, hoewel er in toenemende mate richtlijnen en beleid over bestaan.⁹ Ook wordt met enige regelmaat opgeroepen tot een (risico)-

aansprakelijkheid voor bedrijven in wier handelsketens mensenrechten worden geschonden. Maar terwijl in Californië de Conflict Minerals Act aangenomen werd door het Congres,¹⁰ op basis waarvan bedrijven verplicht zijn te rapporteren over de herkomst van bepaalde door hen gebruikte ‘conflictmineralen’, en in het Europees Parlement gepleit is voor een risicoaansprakelijkheid in geval van kinderarbeid in de handelsketen,¹¹ bestaat een verplichting tot verantwoording in Nederland (nog) niet, laat staan dat bedrijven ook aansprakelijk gehouden zouden kunnen worden voor problemen in hun handelsketen. Desondanks nemen de meeste grote Nederlandse bedrijven MVO-maatregelen ten aanzien van de handelsketen.¹² Maar hoe zien die maatregelen eruit en welke contractuele consequenties hebben ze?

3. Aanpak van het onderzoek

Om in kaart te brengen hoe MVO-maatregelen ten aanzien van de handelsketen er in de praktijk uitzien werden 45 Nederlandse multinationals benaderd: 25 AEX-genoteerde bedrijven¹³ en een selectie bedrijven met een uitgebreid MVO beleid. Hun werd uitgelegd dat mijn onderzoek zich richtte op hun geschreven MVO-beleid ten aanzien van de handelsketen en op de contractuele maatregelen die zij nemen om controle over die handelsketen te verkrijgen. Veertien bedrijven besloten deel te nemen en gaven inzage in hun beleid en documentatie. Zij werden geïnterviewd (op basis van een standaardvragenlijst) tussen maart en augustus 2011. Zeven van de veertien bedrijven waren AEX-genoteerd op het moment van deelname en zes bedrijven waren tevens opgenomen in de Dow Jones Sustainability World Index. De bedrijven waren afkomstig uit verschillende sectoren (waaronder de mode-industrie, de dienstverlening, de bouw, de energie- en voedingsindustrie). Om de analyse van de verkregen documentatie beheersbaar te maken moest het aantal MVO-aspecten waaraan getoetst werd beperkt worden. Ik heb de inhoud van de bestudeerde documenten dan ook slechts vergeleken ten aanzien van de arbeidsrechten die neergelegd zijn in de acht kernverdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). Deze kernverdragen zien op de volgende onderwerpen: vakverenigingsvrijheid en de effectieve erkenning van het recht op collectieve onderhandeling; uitbanning van dwang- of gedwongen arbeid; uitbanning van kinderarbeid; en uitbanning van discriminatie

5. Van Tulder & Van der Zwart 2003, p. 43.

6. Sociaal-Economische Raad 2008.

7. M.P. Vandenbergh, *The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance*, *UCLA Law Review* 2007/54, p. 919.

8. F. Spreckley, *Social Audit - A Management Tool for Co-operative Working*. Leeds: Beechwood College 1981.

9. Zie de OESO-richtlijnen 2011 en de UN Guiding Principles on Business and Human Rights van John Ruggie, die bedrijven verplichten *due diligence* toe te passen ten aanzien van hun handelsketens.

10. Section 1502 van de Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act ziet op ‘Conflict Minerals Due Diligence’ en werd op 5 januari 2010 aangenomen door het congres; de Securities and Exchange Commission is belast met de uitvoering van de Act en poogt voor deze zomer de details daarvan uit te werken.

11. Zie ‘Towards an EU strategy on the rights of the child’, resolutie 2007/2093(INI).

12. Transparantiebenchmark. Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2004, p. 30.

13. Op 1 januari 2011.

met betrekking tot arbeid en werk.¹⁴ De verwachting was dat alle bestudeerde documenten bepalingen zouden bevatten ten aanzien van de rechten uit de kernverdragen, waardoor een vergelijking van documentatie tussen bedrijven uit zulke diverse sectoren mogelijk zou zijn. Ook zijn de kernverdragen breed aanvaard en liggen zij onder meer ten grondslag aan de OESO-richtlijnen en het Ruggie-raamwerk.

Alle MVO-documentatie werd per bedrijf verzameld en geanalyseerd met behulp van een model dat gebaseerd is op het model van Kolk en Van Tulder.¹⁵ Ik heb dat model aangepast om beter aan te sluiten bij het onderhavige onderzoek. Het oorspronkelijke model van Kolk en Van Tulder vergelijkt MVO-gedragscodes op basis van diverse aspecten: de aard van de onderwerpen die de code bestrijkt, of de code ook kwantificeerbare normen bevat, op welke wijze toezicht op naleving gehouden wordt, enzovoort. Dit model wordt door Kolk en Van Tulder gebruikt om te voorspellen hoe groot de kans is dat de gedragscode nageleefd wordt (de zgn. *compliance likelihood*). Kolk en Van Tulder nemen aan dat hoe specifiekere gedragscodes zijn, des te meetbaarder zij zijn, en des te beter monitoring en controle plaats kunnen vinden, wat naleving van die codes zou vergroten.¹⁶

Hoewel mijn onderzoek zich niet richt op de *compliance likelihood* van MVO-maatregelen, biedt het model van Kolk en Van Tulder ook voor dit onderzoek een overzichtelijk uitgangspunt om de inhoud van MVO-maatregelen te vergelijken. Het geeft een kader om de maatregelen te rangschikken van vaag tot specifiek. Aangezien het model van Kolk en Van Tulder zeer uitgebreid is, en veel meer mogelijke onderwerpen van gedragscodes omvat dan de (in de IAO conventies geregelde) onderwerpen die hier aan de orde zijn, heb ik dat model aangepast aan de hier onderzochte onderwerpen, de documentatie die bekeken werd, en de focus van het onderzoek.¹⁷

Het door mij gebruikte model onderzoekt allereerst welke onderwerpen door de MVO-maatregelen bestreken worden; daarvoor wordt een score van 0 uit 4 tot 4 uit 4 gegeven. Dan wordt de aard van de genomen maatregelen onderzocht. Zo wordt bezien hoe de gekozen bewoor-

dingen zijn: wordt slechts in algemene zin of ook zeer specifiek benoemd wat de multinational van de handelspartner verwacht? De gekozen bewoordingen worden dan gekwalificeerd als variërend van zwak tot sterk. Ook wordt gekeken of kwantitatieve standaarden zijn opgenomen, bijvoorbeeld ten aanzien van de te hanteren minimumleeftijd. Ten slotte wordt in deze rubriek onderzocht of verwijzingen naar het recht van het gastland dan wel het thuisland van de multinational of naar andere standaarden zijn opgenomen.

Ook wordt aan enkele compliance-aspecten getoetst: heeft de multinational het recht om audits uit te voeren, en door wie worden die uitgevoerd, en is het ook toegestaan om sancties op te leggen in het geval de handelspartner niet voldoet aan de in de MVO-maatregel opgelegde norm. Het gebruikte model is schematisch weergegeven tabel 1.

Dit model werd gebruikt om de verkregen informatie te analyseren. Voor ik in paragraaf 5 de conclusies uit die analyse zal presenteren, is het echter noodzakelijk om in te gaan op een internationaal privaatrechtelijk aspect. Want aangezien deze bedrijven opereren in de internationale arena, is het maar de vraag wat de waarde van het Nederlandse contractenrecht is. Is het Nederlandse recht wel van toepassing op de overeenkomst tussen de Nederlandse onderneming en haar handelspartner?

4. Toepasselijk recht

De Rome I Verordening betreffende het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) regelt welk recht van toepassing is op contracten in burgerlijke en handelszaken (art. 1 Rome I). Rome I heeft een universeel karakter, waardoor het door Rome I aangewezen recht wordt toegepast, ongeacht of dat het recht van een EU-lidstaat is.

Artikel 3 Rome I bepaalt dat als een rechtskeuze is gemaakt, het gekozen recht van toepassing is op de overeenkomst. Ten aanzien van de hier bestudeerde contracten is dat een vrije rechtskeuze. Alle bestudeerde (model)documentatie¹⁸ bevat een rechtskeuze en in circa 90% van de onderzochte documentatie is het Nederlandse recht gekozen.¹⁹ Het Nederlandse recht zal dan ook in vrijwel alle gevallen van toepassing zijn op de overeenkomst.²⁰ Dat houdt in dat naar het Nederlandse

14. Het gaat om de volgende verdragen: Verdrag betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht, 1948 (IAO-verdrag nr. 87); Verdrag betreffende het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen, 1949 (IAO-verdrag nr. 98); Verdrag betreffende gedwongen of verplichte arbeid, 1930 (IAO-verdrag nr. 29); Verdrag betreffende de afschaffing van gedwongen arbeid, 1957 (IAO-verdrag nr. 105); Verdrag betreffende de minimumleeftijd, 1973 (IAO-verdrag nr. 138); Verdrag betreffende de ernstigste vormen van kinderarbeid, 1999 (IAO-verdrag nr. 182); Verdrag betreffende gelijke beloning, 1951 (IAO-verdrag nr. 100); Verdrag betreffende discriminatie (in arbeid en beroep), 1958 (IAO-verdrag nr. 111).

15. A. Kolk & R. van Tulder, *Setting new global rules? TNCs and codes of conduct*, Transnational Corporations, 2005/14, nr. 3, p. 1-2.

16. De vraag naar monitoring, en de effectiviteit daarvan, is vooral een discussie op het gebied van bedrijfsethiek en/of recht en economie. Dergelijke vragen worden in ander (niet-juridisch) onderzoek geadresseerd en passen niet in deze privaatrechtelijke discussie.

17. Overigens hebben Kolk en Van Tulder op vergelijkbare wijze diverse varianten van hun 'basismodel' gemaakt, om maatregelen ten aanzien van specifieke onderwerpen als kinderarbeid of armoedebestrijding te analyseren; zie Kolk & Van Tulder 2005.

18. Opgemerkt zij dat steeds modeldocumentatie bestudeerd is. Bedrijven die een rechtskeuze voor Nederlands recht in de modeldocumentatie opnamen, merkten zelf echter op dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen van een dergelijke rechtskeuze voor Nederlands recht afgeweken zou worden.

19. Eén bedrijf koos het Engelse recht als het toepasselijke recht; een ander bedrijf koos voor 'het recht van het land waar de entiteit van de contracterende multinational gevestigd was', wat in de praktijk veelal – maar niet altijd – neer zou komen op Nederlands recht.

20. Discussie tussen partijen kan ontstaan over de vraag of wel een geldige rechtskeuze gemaakt is, omdat het contract niet geldig zou zijn; daar ziet art. 10 (2) Rome I op. Die discussie wordt nader besproken in het in januari 2012 in *Utrecht Law Review* verschenen artikel van mijn hand.

recht gekeken moet worden voor de vraag naar de waarde van de hier genomen maatregelen.

5. Hoe zien de genomen maatregelen eruit?

Hiervoor werd reeds opgemerkt dat bedrijven in toenemende mate geschreven beleid vormen ten aanzien van hun handelsketens, maar niet hoe wij de inhoud van dat beleid dan voor ons moeten zien. Allereerst zal dan ook de inhoud van die maatregelen worden geanalyseerd. Voorts zal worden besproken in welke vorm zij die maatregelen gieten: zijn het gedragscodes pur sang, algemene voorwaarden of ook contracten die gebruikt worden? Wordt het geschreven MVO-beleid dan ook contractueel verbindend gemaakt? Ook zal worden gezien of er wellicht patronen te ontdekken zijn in vorm en inhoud. Tot slot zullen enkele opmerkingen worden gemaakt over de handhaving van dergelijke maatregelen (of het gebrek daaraan).

(A) Inhoud

Alle verkregen documentatie werd getoetst aan het hiervoor gepresenteerde model. Daaruit volgt dat drie typen maatregelen kunnen worden onderscheiden: (inhoudelijk) zwakke, gematigde en sterke maatregelen. Bij *zwakke* maatregelen ontbreken één of meerdere van de onderwerpen die door de IAO-kernverdragen bestreken worden. Formuleringen zijn breed en algemeen en laten veel ruimte voor interpretatie. Zo bepaalt één document bijvoorbeeld dat de leverancier ‘respect voor mensen en hun werkomgeving (...) moet bevorderen’. Een dergelijke formulering maakt niet duidelijk wat de multinational precies verwacht van zijn leverancier. Ook wordt niet verwezen naar wettelijke normen, en worden veelal geen compliance-mechanismen opgenomen. Vier van de veertien bedrijven (29%) gebruiken maatregelen die geclassificeerd worden als zwak.

Drie onderzochte maatregelen (21%) zijn *gematigd*. In die documentatie zijn verplichtingen (overwegend) algemeen verwoord. Normen zijn alleen ten aanzien van bepaalde onderwerpen gekwantificeerd. Ook wordt regelmatig verwezen naar ‘alle wettelijke normen’, terwijl dan niet wordt aangegeven om *welke* wettelijke normen het gaat. Dat maakt dat niet duidelijk is welke normen dan precies wanneer gelden.

Tabel 1 MVO-maatregelen naar model van Kolk en Van Tulder

		classificatie	
thema's		nondiscriminatie, gelijke beloning	van 0 uit 4 tot 4 uit 4
		vakverenigingsvrijheid en collectieve onderhandelingen	
		kinderarbeid	
		dwangarbeid	
aard	gekozen bewoordingen?	algemeen descriptief/prescriptief	zwak
		voornamelijk algemeen	matig
		algemeen en specifiek	gemiddeld
		voornamelijk specifiek	gemiddeld tot sterk
		specifiek	sterk
	kwantitatieve standaarden?	100%	uitsluitend
		75%	voornamelijk
50%		gematigd	
0-25%		zwak	
referenties?	verwijzingen naar lokaal recht, internationale standaarden of andere gedragscodes?	Geen opgenomen; thuisland; gastland; internationaal; combinaties	
compliance	controle-systemen en -processen	Goed inzicht in het systeem (duidelijk), inzicht in bepaalde onderdelen, maar criteria of tijdslijnen ontbreken (duidelijk tot vaag), alleen algemene referenties naar controles zonder dat details genoemd worden (vaag)	Duidelijk / duidelijk tot vaag / vaag
	wie controleert?	De multinational zelf (1 ^e), vereniging van bedrijven (2 ^e), externe professionals (3 ^e), combinatie (4 ^e)	1 ^e , 2 ^e , 3 ^e , 4 ^e
	sancties?	Waarschuwingen en uitsluiting van lidmaatschap (mild), mogelijke beëindiging van contractuele relatie (streng)	geen, mild of streng

Zeven sets maatregelen (50%) worden geclassificeerd als *sterk*. Deze documenten bevatten duidelijke, gedetailleerde normen voor alle vier de onderwerpen. Voorts wordt in alle documenten verwezen naar een combinatie van relevante wettelijke normen (thuisland, gastland, IAO-verdragen en andere internationale normen) en wordt veelal aangegeven welke normen prevaleren in geval van conflicterende normen. Ten aanzien van kinderarbeid wordt steeds verwezen naar relevante minimumleeftijden. Ook bevatten alle sterke maatregelen compliance-mechanismen door middel van audits (meestal door een derde partij, soms door het bedrijf zelf) en/of self assessment-vragenlijsten. Met uitzondering van één document bevatten ze allemaal verplichtingen ten aanzien van toeleveranciers: de leverancier is dan steeds verplicht om zijn toeleveranciers de inhoud van dat document op te leggen.

Terwijl de helft van de onderzochte bedrijven dus heel duidelijk aangeeft wat zij van hun handelspartners verwachten, kiezen de overige bedrijven ervoor om minder duidelijk op schrift te stellen wat de minimumnormen zijn waaraan die handelspartners zich moeten houden. Dat zou als voordeel kunnen hebben dat die bedrijven meer flexibiliteit behouden om in te spelen op de 'state of the art' op MVO-gebied van dat moment; het nadeel is dat er veel meer discussie mogelijk is tussen de onderneming en haar handelspartner over wat nu precies tussen partijen geldend is.

(B) Vorm: algemene voorwaarden, contract of gedragscode?

Contracten, algemene voorwaarden en de gedragscodes worden vaak in combinatie met elkaar gebruikt. De gedragscode komt het vaakst voor: alle onderzochte bedrijven hadden een gedragscode. Maar hoe moeten we zo'n code nu zien in het kader van het privaatrecht en wat is een gedragscode precies? En welke consequenties heeft dat voor de hier onderzochte gedragscodes?

Het eerste aspect dat veelvuldig opgemerkt wordt wanneer de plaats van gedragscodes in het recht besproken wordt, ziet op de inhoud: een gedragscode bevat een set normen en waarden. Voorts een formeel aspect: dat van vrijwilligheid. Bedrijven zijn namelijk in beginsel niet (wettelijk) verplicht een gedragscode te gebruiken.²¹

Om de juridische status van (vrijwillige) gedragscodes binnen het privaatrecht te bepalen zijn twee verschillende vragen relevant. Allereerst de vraag of een multinational in rechte aangesproken kan worden door derden wanneer hij zijn (eigen) gedragscode schendt. Is die code op een of andere manier verbindend voor de multinational zelf? Die vraag is veel besproken in de literatuur.²² De heersende leer is dat een gedragscode niet uit zichzelf bindend is voor de multinational die de code onderschrijft.²³ Binnen het kader van de handelsketen

van een multinational is het antwoord op deze vraag echter van weinig toegevoegde waarde. Interessanter is de tweede vraag: wanneer is een gedragscode die gebruikt wordt binnen een handelsrelatie, bindend voor de handelspartner van een multinational? Als bedrijven controle over hun handelspartners pogen te krijgen, is juridische verbindendheid van genomen maatregelen een belangrijk middel; alleen dan kunnen die maatregelen in rechte afgedwongen worden.

Een enkele verwijzing naar een gedragscode ('Gelieve kennis te nemen van de gedragscode van Bedrijf X, bijgevoegd als bijlage A') in een contract is mijns inziens onvoldoende om contractuele verbindendheid als gevolg te hebben. Voor de handelspartner is immers niet duidelijk dat naleving van de gedragscode van hem verwacht wordt, noch wordt voldaan aan het vereiste van een aanbod en daaropvolgende aanvaarding in contractrechtelijke zin. Wil een gedragscode bindend zijn in de verhouding tussen multinational en leverancier, dan is het noodzakelijk dat hij contractueel wordt ingebed. Het enkele ter beschikking stellen van een gedragscode aan een handelspartner is dus onvoldoende. Maar realiseren bedrijven zich dat ook in de praktijk? Worden de gebruikte instrumenten contractueel bindend gemaakt?

De documenten van de veertien in mijn onderzoek betrokken bedrijven worden in vrijwel alle gevallen (twee daargelaten) ondertekend door de handelspartner van de multinational. In de praktijk kiest men er dus voor om de inhoud van die code (het normatieve aspect) contractueel bindend op te leggen. Het normatieve, inhoudelijke kenmerk is dus nog steeds relevant, maar het (formele) kenmerk van vrijwilligheid van gedragscodes blijkt in de praktijk achterhaald. Bedrijven willen kennelijk niet het risico nemen dat gedragscodes mogelijk niet contractueel bindend zijn. In de praktijk voldoen gedragscodes dan eerder aan het begrip 'algemene voorwaarden' (een set voorwaarden, bestemd voor herhaald gebruik, die niet de kern van de prestatie betreft). Die kwalificatie van MVO-gedragscodes als algemene voorwaarden heeft overigens geen grote consequenties in privaatrechtelijke zin. Titel 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is namelijk blijkens artikel 6:247 lid 2 BW niet van toepassing (ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomst) als de contracterende partijen beiden in professionele hoedanigheid optreden en ten minste één van hen zich buiten Nederland bevindt. De aard van de hier bestudeerde overeenkomsten maakt dat zij steeds onder lid 2 van artikel 6:247 BW vallen. Deze documenten worden dan ook slechts beheerst door het algemene verbintenissenrecht.

En doordat in nagenoeg alle gevallen de gedragscode contractueel ingebed wordt, komt een overeenkomst tot stand tussen multinational en handelspartner omdat wordt voldaan aan de vereisten van aanbod en aanvaarding op grond van artikel 6:217 BW. Ook is in alle gevallen voldaan aan het vereiste van voldoende bepaaldheid (art. 6:227 BW), nu de verplichtingen volgend uit de MVO-bepalingen steeds voldoende duide-

21. Een voorbeeld van een uitzondering is de Code Frijns.

22. Zie ook: E.M.L. Moerel, *Binding Corporate Rules: Fixing the Regulatory Patchwork of Data Protection* (proefschrift Universiteit van Tilburg), 2011.

23. R.J. Hoff, *De integere onderneming, de bedrijfscode en het recht*, Zeist: Kerckebosch 2006, p. 130.

lijk zijn om te voldoen aan dat – overigens niet al te stringente – vereiste.²⁴

De opvallendste uitkomst van mijn onderzoek is dan ook dat multinationals ervoor kiezen om niet te wachten op uitspraken van rechterlijke instanties over de vraag of gedragscodes al dan niet bindend zijn voor hen die de codes onderschrijven. Zij nemen het heft in eigen handen en zorgen dat de MVO-maatregelen die zij nemen bindend zijn voor hun handelspartners door ze contractueel in te bedden.

Overigens is het opnemen van separate MVO-bepalingen in een algemeen leveringscontract een weinig populaire optie onder de onderzochte bedrijven. Slechts vijf van de veertien bedrijven hebben een – vaak vrij algemene – MVO-bepaling opgenomen in het contract, bijvoorbeeld: ‘fabrikant is verplicht om aan te tonen dat hij maatregelen onderneemt om goede arbeidsomstandigheden bevorderen voor zijn werknemers’. De andere bedrijven hebben uiteraard wel andere MVO-maatregelen (zoals hiervoor ook omschreven), maar nemen niet separaat bepalingen op in een leveringscontract. De bedrijven die wél MVO-bepalingen in hun contracten opnemen, doen dat vooral binnen handelsrelaties waarin MVO-risico’s het hoogst zijn. Een MVO-bepaling wordt dan opgenomen om extra aandacht te vestigen op MVO-aspecten.

(C) Welke patronen kunnen ontdekt worden?

Uit de genomen maatregelen volgen enkele patronen. Bedrijven waarvan de MVO-documentatie inhoudelijk als ‘zwak’ betiteld wordt, maken die documentatie niet contractueel verbindend. Ook ontbreken bij die bedrijven implementatiemaatregelen. Daarnaast blijkt uit interviews dat in de praktijk niet alle werknemers de (zwakke) MVO-codes in het onderhandelings- en contracteerproces aanbieden aan de handelspartner. Een inhoudelijk zwakke code komt dus vaak ook neer op een niet bindende code, waarvan de naleving niet gecontroleerd wordt.

Dat heeft mogelijk grote risico’s tot gevolg. Weinig controle over de handelsketen vergroot het risico op mensenrechtenschendingen, waardoor bedrijven een risico op reputationele schade lopen als het risico op mensenrechtenschendingen zich in de praktijk voordoet.

Daarnaast – en vanuit juridisch perspectief belangrijker – kunnen zij mogelijk juridische claims tegen zich gericht zien, ofwel om geleden schade te vergoeden, ofwel op basis van een zogenoemde schadevoorkomingsplicht.²⁵

24. Mogelijk zou een bepaling als ‘contractspartij X zal aan alle geldende eisen op het gebied van MVO voldoen’ niet voldoen aan het vereiste van art. 6:227 BW; dergelijk vage bepalingen ben ik echter niet tegengekomen in het kader van dit onderzoek.

25. Zie hierover o.a.: A.L.M. Keirse, De schadevoorkomingsplicht, in: E.F.D. Engelhard, Handhaving van en door het privaatrecht: vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009; E.R. de Jong, Tussen fabel en feit. Over wat het aansprakelijkheidsrecht vermag bij onzekere risico’s aan de hand van nanotechnologie, NJB 2011/42, p. 2836-2843.

Bedrijven die ‘gematigde’ documentatie gebruiken, ondervinden in de praktijk regelmatig problemen met de contractuele implementatie van die maatregelen en daaruit volgende verbindendheid. Zo maakt één bedrijf gebruik van een tweetal gedragscodes: één (zwakkere) van het bedrijf zelf, en één (sterke) van een sectorale non-gouvernementele organisatie (NGO). Het bedrijf verzoekt zijn handelspartners alleen om ondertekening van de eerste, zwakke gedragscode, waardoor in de praktijk eenvoudig discussie kan ontstaan over de vraag of de sterke gedragscode al dan niet van toepassing is.

Een andere multinational kiest ervoor om enkele MVO-bepalingen in zijn algemene voorwaarden op te nemen en in die voorwaarden vervolgens te verwijzen naar een separate, bredere MVO-gedragscode. Dat is problematisch als die gedragscode niet ten tijde van het contracteren wordt verstrekt aan de leverancier. Een dergelijke verwijzing naar een tweede set (algemene) voorwaarden is alleen geldig als de contractspartij kennis heeft genomen van het bestaan van die tweede set dan wel die indruk gewekt heeft.²⁶

Ogenschijnlijk kleine foutjes bij het implementeren van maatregelen kunnen dan ook leiden tot grote problemen, bijvoorbeeld wanneer ontdekt wordt dat die maatregelen dan niet juridisch bindend zijn en in de handelsketen van bedrijven dwang- of kinderarbeid ontdekt wordt.

Ten slotte hebben de multinationals die documenten met een sterke inhoud gebruiken die maatregelen ook het best en breedst verankerd vanuit contractueel perspectief door én gedragscodes, én MVO-leveranciersvoorwaarden, én MVO-bepalingen in het contract op te nemen. Die maatregelen samen vormen zo een heel net van MVO-bepalingen die via diverse kanalen juridisch bindend gemaakt worden.

6. Handhaving

Het moge duidelijk zijn dat de onderzochte bedrijven maatregelen nemen om het door hen uiteengezette MVO-beleid contractueel verbindend te laten zijn voor hun handelspartners. Maar wat is de praktische waarde van zo’n contractueel verbindende maatregel? Immers, als bedrijven niet bereid zijn om die contracten in of buiten rechte te handhaven, dan zijn die maatregelen de facto waardeloos.

Uit de gevoerde gesprekken volgt dat bedrijven in de praktijk huiverig zijn om de door hen bedongen contractuele sancties (zoals verbreking van de overeenkomst) uit te voeren; die gebruiken ze slechts in uiterste gevallen en dan nog het liefst bij handelspartners met wie zij geen langdurige relatie hebben. De basisprincipes die gehandhaafd worden in die contractuele relaties zijn die van solidariteit en reciprociteit. Bedrijven kiezen ervoor om samen te werken met hun handelspartners en de

26. R.H.C. Jongeneel, Gebondenheid, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), Algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2010.

MVO-praktijk bij die partners te verbeteren (ook wel *engagement* genoemd). Dat sluit overigens aan bij het beleid dat NGO's proberen te bevorderen.²⁷ Deze conclusie sluit aan bij divers rechtseconomisch onderzoek over de reële waarde van contractueel bedongen sancties in het algemeen: waar ze als pressiemiddel relevant zijn, wordt de soep in de praktijk niet zo heet gegeten als hij wordt opgediend.²⁸

Het feit dat bedrijven niet kiezen voor handhaving van gemaakte afspraken in rechte betekent echter niet dat die contracten waardeloos zijn. Integendeel. De contractuele maatregelen kunnen namelijk óók een rol spelen in het vaststellen van de aansprakelijkheid van de multinational voor mensenrechtenschendingen in zijn handelsketen. Wat is de waarde van de maatregelen die een multinational neemt in zijn handelsketen wanneer het aankomt op het bepalen van de zorgvuldigheidsnorm die voor dat bedrijf geldt? Als een onderneming tot het uiterste gaat om haar handelsketen op een ethische wijze in te kleden, en in die handelsketen vinden desondanks mensenrechtenschendingen plaats, kan de onderneming dan stellen dat zij aan een eventuele plicht tot het voorkomen van schade voldaan heeft? Dergelijke vragen verdienen het om beantwoord te worden in het vervolg van mijn onderzoek.

bovendien meer inzicht in de contractuele verbindendheid van die maatregelen in de handelsketens.

7. Tot slot

70 Uit mijn onderzoek volgt dat in de handelsketen gedragscodes niet gebruikt worden in de oorspronkelijke, vrijwillige zin des woords. In de praktijk verkrijgen bedrijven werkelijk contractuele controle over hun handelsketens. Dat doen zij door te bewerkstelligen dat hun handelspartners hun gedragscode ondertekenen en daarnaast door die code en eventueel andere MVO-maatregelen te verankeren door middel van algemene voorwaarden of contracten. In het kader van de handelsketen is de discussie over de vraag of gedragscodes juridisch bindend zijn dan ook weinig relevant. Bedrijven zorgen er immers zelf al voor dat de door hen genomen MVO-maatregelen contractueel bindend zijn. Dat betekent dat sommige vragen die voor de rechtswetenschap in theorie zeer interessant zijn (zoals de vraag naar de juridische verbindendheid van gedragscodes die (niet ondertekend) in de handelsketen gebruikt worden), in de praktijk van weinig belang zijn.

De interessantste conclusie van mijn onderzoek tot dusverre is dan ook dat bedrijven er zelf voor kiezen om MVO te juridiseren. Dit onderzoek biedt daarnaast multinationals al een referentiekader voor de evaluatie van de door hen genomen MVO-maatregelen. Het biedt

27. Zie o.a. Clean Clothes Campaign, 'Cashing in: Giant Retailers, Purchasing Practices, and Working Conditions in the Garment Industry', 2009, toegankelijk via www.cleanclothes.org/component/docman/doc_download/1-cashing-in, laatst bekeken op 21 november 2011.

28. Zie bijv. S. Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, *Modern Law Review* 2003/44-79.