



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Koop van zaken uit verre landen: hoe om te gaan met contractuele ketens?

Scheltema, M.; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.E.C.

Citation

Scheltema, M. (2020). Koop van zaken uit verre landen: hoe om te gaan met contractuele ketens? In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. E. C. Wissink (Eds.), *Sluiterijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 315-326). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464027>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464027>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Koop van zaken uit verre landen: hoe om te gaan met contractuele ketens?

Martijn Scheltema

Een van de favoriete juridische onderwerpen van Jaap Hijma is het kooprecht. Vele gezaghebbende publicaties daarover, waaronder een Asser-deel, zijn van zijn hand. In deze bijdrage ga ik echter in op een onderwerp waarop hij, voor zover ik kan overzien, nog niet is ingegaan. Het betreft mensenrechten- en arbeidsomstandighedenproblemen in contractuele ketens die het gevolg zijn van de toegenomen globalisering, waarvan overigens na de covid-19-crisis nog moet worden gezien hoe die zich verder zal ontwikkelen. Omdat zaken vaak worden verbouwd en geproduceerd in plaatsen waar dat het goedkoopste kan, heeft dat tot aanzienlijke prijsdalingen voor consumenten geleid. Dergelijke ketens hebben echter ook een minder prettige kant. Het uitbesteden van productie in zogenoemde lagelonenlanden blijkt ook uitbuiting van werknemers, andere mensenrechtenschendingen en milieuaantastingen in de hand te werken. Inmiddels hebben de meeste internationale bedrijven in de contracten die zij afsluiten in verband met koop van zaken uit dergelijke landen bepalingen opgenomen die dergelijke uitbuiting en schendingen proberen tegen te gaan.¹

In deze bijdrage wordt onderzocht wat voor soort bepalingen in dergelijke contracten worden opgenomen, hoe effectief de huidige contractuele bepalingen en benaderingen zijn en, indien verbetering mogelijk is, hoe dat praktisch gezien zou kunnen. In dat verband wordt ook aandacht besteed aan een project van de American Bar Association om tot modelclausules in dergelijke handelsketens ('*supply chains*') te komen die zien op het voorkomen van de zojuist genoemde uitbuiting en schendingen.²

¹ Zie bijvoorbeeld A.G. Castermans & B. Fauvarque Cosson, 'CSR in contracts', in: A.G. Castermans & C.P.L. van Woensel (red.), *CSR for young business lawyers*, Den Haag: Eleven 2017, p. 126-129 (hierna: Castermans & Cosson 2017); M.W. Scheltema, 'The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains', in: L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards*, Londen: Routledge 2020, par. 2 (hierna: Scheltema 2020); A.L. Vytopil, *Contractual control in the supply chain* (diss. UU), Den Haag: Eleven 2015 (hierna: Vytopil 2015).

² De auteur maakt sinds begin dit jaar deel uit van dat project.

De huidige contractuele aanpak

Veel bedrijven die als koper in de hiervoor bedoelde handelsketens optreden, hebben beleid op het terrein van arbeidsomstandigheden en mensenrechten opgesteld. Het gaat veelal overigens niet alleen over arbeidsomstandigheden en mensenrechten, ook wordt het in acht nemen van milieugerelateerde regels geëist. Uit recent onderzoek in opdracht van de Europese Commissie blijkt ook dat contracten een veelvuldig gehanteerde methode zijn om de hiervoor genoemde problemen te adresseren en invloed uit te oefenen in handelsketens. De wijze waarop dat gebeurt, verschilt echter. Van de onderzochte bedrijven blijkt 51,82% daarbij alleen de directe verkopers/afnemers te betrekken en dus in de contracten geen voorzieningen op te nemen die relevant zijn voor de verdere keten, terwijl 16,06% de hele toeleveringsketen en nog eens 16,06% de gehele waardeketen, dus inclusief afnemers en de keten daarna, daarbij betreft.³

Vaak wordt in die contractuele aanpak gebruikgemaakt van zogenoemde gedragscodes, met name ten aanzien van (mensen)rechten van werknemers waarvan contractueel wordt bepaald dat die moeten worden nageleefd door verkopers.⁴ Zo hanteerde 51% van de wereldwijd opererende ondernemingen in 2016 een dergelijke code.⁵ Interessant is in dat verband echter dat 93% van de verkopers die een dergelijke code moeten naleven, aangeven dat zij onvoldoende ondersteuning van de opsteller van de gedragscode ontvangen om aan de daarin gestelde eisen te voldoen en 48% daarbij zelfs in het geheel geen ondersteuning krijgt.⁶ Er worden dus klaarblijkelijk veel eisen gesteld in gedragscodes, zonder dat de verkopers toereikende ondersteuning wordt geboden bij de implementatie ervan. Een aantal geïnterviewden merkt op dat een probleem van dergelijke clausules is dat die soms wel in een gedragscode voor leveranciers zijn opgenomen, maar dat niet in alle relevante contracten wordt verwezen naar die gedragscode.⁷

Verder wordt in het hiervoor genoemde onderzoek geconstateerd dat de koopcontracten ook eisen stellen ten aanzien van snelheid, prijs, tijdigheid en dienstverleningsniveau die lastig vallen te verenigen met de eisen op het terrein van

3 Zie L. Smit e.a., 'Study on due diligence requirements through the supply chain' (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020, Final Report, p. 65, te raadplegen via op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en (hierna: EU Due Diligence Study, Final Report).

4 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 83. Zie ook Castermans & Cosson 2017, p. 127. Vergelijk Vytopil 2015, p. 137. Zie bijvoorbeeld de gedragscode van Unilever https://www.unilever.com/Images/rsp-english-v2_tcm244-483166_en.pdf en die van Total, te raadplegen op www.total.com/sites/default/files/atoms/files/total_code_of_conduct_va.pdf.

5 Zie Legal 500 Human Rights Report 2016, p. 9, te vinden op <https://www.herbertsmithfreehills.com/news/survey-corporates-taking-action-on-human-rights>.

6 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 83.

7 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 66. In het rapport wordt overigens niet aangegeven of die geïnterviewden van ngo's of het bedrijfsleven afkomstig zijn.

arbeidsomstandigheden, uitbuiting en mensenrechten.⁸ Deze eisen op het terrein van snelheid en dergelijke blijken bovendien het stellen van eisen op het terrein van arbeidsomstandigheden, uitbuiting en mensenrechten aan de leveranciers van de verkoper te belemmeren.⁹ Geïnterviewden in het onderzoek gaven dan ook aan dat het van verkopers enkel in een contract eisen dat zij arbeidsomstandigheden en mensenrechten in acht nemen, niet toereikend is.¹⁰

Als voorbeeld van contractuele strategieën die dergelijke mensenrechtenschendingen uitlokken, worden genoemd agressieve prijsonderhandelingen, inaccurate productspecificaties en benodigde hoeveelheid zaken, late orders, korte doorlooptijden, laatstemomentwijzigingen, gebrek aan ondersteuning bij het voldoen aan arbeidsomstandigheden en mensenrechteneisen en het ontbreken van positieve prikkels om daaraan te voldoen.¹¹ Weliswaar wordt blijkens de literatuur verder veelal het inschakelen van subcontractanten verboden, maar deze aanpak voorkomt vaak niet dat toch subcontractanten worden ingeschakeld, bijvoorbeeld om op het laatste moment geplaatste orders nog te kunnen verwerken en ten aanzien van deze subcontractanten bestaat nog minder zicht op de daar geldende arbeidsomstandigheden.¹²

Onderzoek heeft ook onderschreven dat gedragscodes op verschillende wijzen worden geïmplementeerd.¹³ Zo worden deze soms alleen op een website van de onderneming gepubliceerd zonder dat deze in contracten met verkopers worden voorgeschreven.¹⁴ Andere ondernemingen nemen de verplichting om de gedragscode na te leven op in algemene voorwaarden, maar soms wordt vergeten die van toepassing te verklaren of wordt het niet nodig geacht om de naleving van de gedragscode contractueel vast te leggen.¹⁵ Ook zijn er ondernemingen die dergelijke gedragscodes tot kernbeding maken van de overeenkomst met de verkoper.¹⁶

8 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 83. Zie daarover bijvoorbeeld ook S. Dadush, 'Contracting for Human Rights: Looking to Version 2.0 of the ABA Model Contract Clauses', *American University Law Review* 2019 (vol. 68), p. 1536, 1539 en 1540, te raadplegen via http://www.aulawreview.org/au_law_review/wp-content/uploads/2019/06/02-Dadush.to...Printer.pdf (hierna: Dadush 2019).

9 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 83. Sommige non-gouvernementele organisaties (ngo's) stellen dan ook dat de huidige prijzen te laag zijn om een duurzame productie mogelijk te maken. Zie EU Due Diligence Study, Final Report, p. 85.

10 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 112.

11 Dadush 2019, p. 1539, die verwijst naar een door het Ethical Trading Initiative gedaan onderzoek bij 1500 verkopers.

12 Dadush 2019, p. 1540.

13 M.J. van der Heijden, 'Supplier codes of conduct', *Contracteren* 2011/1.2, p. 4 e.v.; Scheltema 2020, par. 2; Vytopil 2015, p. 121 e.v.

14 Vytopil 2015, p. 123, 124, 129 en 135-138.

15 Vytopil 2015, p. 123, 124, 129, 130, 136 en 137.

16 Vytopil 2015, p. 123, 129, 135, 136 en 137.

Daarnaast bevatten sommige overeenkomsten zelfs clausules die als derdenbedingen behoeve van bijvoorbeeld werknemers zouden kunnen gelden.¹⁷

Ook de inhoud van de gedragscodes verschilt. Soms staan daar alleen relatief vage omschrijvingen in van hetgeen van de verkoper wordt verwacht.¹⁸ Dat kan gaan van formuleringen in de trant van een verplichting tot het naleven van alle lokale regelgeving, het implementeren van ‘arbeidsomstandigheden in overeenstemming met de regelgeving’, ‘geen gebruik van kinder-/gedwongen arbeid’, ‘inachtneming van mensenrechten binnen productie’ tot gedetailleerde omschrijvingen van wat van de verkoper wordt verwacht. Dat veelal vage omschrijvingen in gedragscodes worden opgenomen, wordt wellicht mede veroorzaakt doordat deze vaak niet door of in ieder geval in samenwerking met juristen worden opgesteld met het oog op later gebruik in contracten.¹⁹ Daarnaast wordt soms slechts geëist dat een verkoper zich inspant om naar het bereiken van de doelen toe te werken.²⁰ Ook bevatten de gedragscodes lang niet altijd bepalingen over alle relevante mensenrechten. Zo is daarin vaak niet vastgelegd dat een verkoper, indien hij bijvoorbeeld grond van derden wil gaan gebruiken om daarop zijn fabriek uit te breiden, daarvoor vrijwillig en geïnformeerd gegeven toestemming (*Free Prior Informed Consent*) nodig heeft.²¹ Zeker als eigendomsverhoudingen onduidelijk zijn (hetgeen in sommige niet-westerse landen aan de orde is) kan het lastig zijn vast te stellen wie eigenaar is. In dat geval kan het met de lokale gemeenschappen gezamenlijk in kaart brengen van de eigendomsverhoudingen – inclusief de mogelijkheid van klachten over het proces of de vaststellingen – van nut zijn.²²

Een aantal geïnterviewden merkt verder op dat een probleem van contractuele clausules is dat die vaak niet worden gemonitord.²³ Wel wordt dan door sommige ondernemingen gewerkt met contractueel verplicht gestelde zelfevaluatie door verkopers of met vragenlijsten, afhankelijk van het gepercipieerde risico.²⁴ In een aantal gevallen wordt echter de bevoegdheid tot controle van de naleving van de gedragscode bij de verkoper (door derden) overeengekomen.²⁵ Wel richten deze controles zich vooral op de naleving als zodanig van de overeengekomen normen

17 Vytopil 2015, p. 125, 126, 132 en 138. In sommige contracten wordt dit overigens expliciet uitgesloten. Zie Vytopil 2015, p. 139.

18 Scheltema 2020, par. 2; Vytopil 2015, p. 123, 130, 135 en 136.

19 Vergelijk Vytopil 2015, p. 131.

20 Vytopil 2015, p. 130.

21 Vergelijk voor de agro-sector de OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains 2016, p. 80, te vinden op www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264251052-en.pdf?expires=1584522418&id=id&accname=guest&checksum=321AB302DAD637A1E5825575529F95CB.

22 SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam 2016, p. 57.

23 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 66. Zie ook Scheltema 2020, par. 2. Zie ook Vytopil 2015, p. 135.

24 Zie Vytopil 2015, p. 130, 132 en 139. Vergelijk SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam, *Doing Business with Respect for Human Rights* 2016, p. 56, te vinden op www.business-respecthumanrights.org/image/2016/10/24/business_respect_human_rights_full.pdf.

25 Vytopil 2015, p. 128 en 139.

en wordt weinig aandacht besteed aan de vraag of de verkoper ook inspanning verricht om de normen op een effectieve wijze te implementeren. Sommige bedrijven controleren overigens niet alleen, maar gaan actief met de verkoper in gesprek en trachten waar nodig in samenwerking te komen tot een verbetering van de situatie of schakelen (lokale) ngo's in voor die audits.²⁶ Dat is nuttig omdat gebleken is dat audits door bedrijven zelf niet steeds even effectief zijn.²⁷ Het lijkt daarom het beste om daarvoor externe partijen in te schakelen en in overleg met de verkoper verbeteringen te bewerkstelligen. Verder is het het meest effectief gebleken om audits te doen op punten in de handelsketen waarin slechts een paar grote bedrijven actief zijn, mede om te voorkomen dat leveranciers door veel verschillende afnemers op dezelfde punten maar met verschillende systemen worden gecontroleerd, hetgeen onnodig kostbaar en tijdrovend kan zijn.²⁸ Voorts is het afdwingen van een gedragscode, zeker als daarin alleen vage normen staan, lastig. Als er wel gedetailleerde normen zijn opgenomen, is het beëindigen van de relatie met de verkoper bovendien vaak de enige in het contract voorziene optie, waarbij in het algemeen is opgenomen dat die wordt ingeroepen nadat pogingen om de situatie te verbeteren tot niets hebben geleid.²⁹ Die beëindigingsoptie lost de mensenrechtenproblemen in het algemeen niet op, omdat dit er niet zonder meer toe hoeft te leiden dat de situatie bij de verkoper verbetert. Zo leidt het beëindigen van een contract wegens het gebruik van kinderarbeid veelal niet tot een verbetering zolang gezinnen voor hun inkomen afhankelijk zijn van kinderarbeid.³⁰ Mede daarom (maar ook omdat zij van de verkoper afhankelijk kunnen zijn) zijn bedrijven vaak terughoudend met het beëindigen van het contract en proberen zij eerst met de verkoper tot een verbetering van de situatie te komen.³¹ Ook speelt voor de mogelijkheden om de naleving van een gedragscode af te dwingen een rol welk recht toepasselijk is verklaard in de overeenkomsten en/of voorzieningen zijn getroffen voor strijdigheid met de (algemene) voorwaarden van een verkoper.³²

Voorstellen voor verbetering; het conformiteitsvereiste

Om de hiervoor geschetste problemen aan te pakken, zijn de nodige verbeterpunten aangedragen. Zo is betoogd dat het beter werkt om de verkoper op te leiden op een zodanige wijze dat hij beter gaat presteren of met hem in overleg te treden

²⁶ SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam 2016, p. 74 en 81.

²⁷ SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam 2016, p. 85.

²⁸ Vergelijk voor de agro-sector de OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains 2016, p. 38.

²⁹ Vergelijk ook Vytopil 2015, p. 126, 133 en 137.

³⁰ SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam 2016, p. 72 en 73.

³¹ Vytopil 2015, p. 126, 137 en 139.

³² Vytopil 2015, p. 125, 131 en 138, die overigens constateert dat hier lang niet altijd een regeling voor is getroffen.

om de situatie te verbeteren.³³ Daaraan zou bijvoorbeeld een proeftijd kunnen worden gekoppeld waarin een verbetering zichtbaar moet zijn. Als dat niet het geval is, zou ook een onderzoek moeten worden gestart waarom dat niet het geval is.³⁴ Verder zou de verplichting moeten bestaan om reeds veroorzaakte schade te compenseren.³⁵ Ten slotte speelt voor de mogelijkheden om de naleving van een gedragscode af te dwingen, zoals gezegd, een rol welke recht toepasselijk is verklaard. Op dit punt zouden derhalve voorzieningen moeten worden getroffen. Al deze suggesties lossen echter het meer structurele probleem niet op dat contractuele betrekkingen maar één laag in de handelsketen en dus niet de gehele keten betreffen, terwijl vaak juist ook verder in de keten problemen optreden. Recent heeft echter een voorstel van de American Bar Association het licht gezien dat aan dat probleem tegemoet wil komen door het conformiteitsvereiste zodanig te interpreteren dat daaronder, kort gezegd, niet alleen eigenschappen van het product zelf vallen, maar ook het proces waarop het is geproduceerd, waarmee ook arbeidsomstandigheden en mensenrechten in de (gehele) keten zouden kunnen worden geadresseerd.³⁶ Er wordt in dat verband ook op gewezen dat een dergelijke aanpak de risico's op het schenden van wettelijke verplichtingen door de koper zelf ook kunnen verminderen.³⁷ Overigens bevat het voorstel vooral bepalingen die het risico voor de koper beperken en moeten de relevante mensenrechten en arbeidsnormen worden opgenomen in 'Schedule P'³⁸ dat in het project nog niet is ingevuld (daarin zou bijvoorbeeld een gedragscode kunnen worden opgenomen, maar zou ook kunnen worden verwezen naar bijvoorbeeld de UN Guiding Principles on Business Human Rights).³⁹ Zo bevat het voorstel een clause (art. I.I-I.4) dat de verkoper en alle actoren in de keten (naar beste weten van de verkoper) handelen in overeenstemming met 'Schedule P', dat verkoper die verplichtingen ook in zijn contracten met zijn leveranciers opneemt en dat ook eist van die leveranciers, dat toereikend beleid en procedures worden geïmplementeerd om schendingen (van 'Schedule P') te constateren en te volgen en dat daarover aan de koper moet worden gerapporteerd, terwijl op verzoek van de koper informatie moet worden verstrekt die relevant is voor de naleving van 'Schedule P'.⁴⁰ Art. 2

33 SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam 2016, p. 30.

34 Vergelijk voor de agro-sector de OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains 2016, p. 37.

35 Vergelijk voor de agro-sector de OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains 2016, p. 36.

36 D.V. Snyder & S.A. Maslow, 'Human Rights Protections in International Supply Chains – Protecting Workers and Managing Company Risk', *The Business Lawyer* 2018 (vol. 73), p. 1093 e.v. (hierna: Snyder & Maslow 2018). Zie ook al A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht of De eigenschappen van perensap* (oratie Leiden, Den Haag: Boom 2009, p. 43-45; Castermans & Cosson 2017, p. 134, die dit baseren op art. 5.1.6 Unidroit Principles en 35(1) CISG.

37 Snyder & Maslow 2018, p. 1095.

38 In het voorstel wordt niet uiteengezet waarom voor deze naam is gekozen.

39 Snyder & Maslow 2018, p. 1096.

40 Snyder & Maslow 2018, p. 1097 en 1098.

maakt het vervolgens mogelijk zaken te weigeren als de koper reden heeft om aan te nemen dat ‘Schedule P’ is geschonden en de overeenkomst ook direct te ontbinden zonder dat enige (schade)vergoeding noodzakelijk is.⁴¹ In art. 4 is onder meer bepaald dat de koper zijn rechten om te weigeren niet verliest indien hij naleving van ‘Schedule P’ niet controleert.⁴² Art. 5 gaat vervolgens over remedies, waaronder de mogelijkheid van de koper om personeel van de verkoper te ontslaan, schadevergoeding te vragen en de betreffende en ook andere met de verkoper gesloten overeenkomsten te beëindigen, alsmede een vrijwaring.⁴³ Art. 5.7 voegt daar nog aan toe dat de koper geen verplichting heeft om te controleren en geen controle heeft over de werkwijze en door de verkoper genomen maatregelen.⁴⁴ Het voordeel van deze aanpak is dat door middel van ‘Schedule P’ gedragscodes of andere vormen van soft law ‘hard’ kunnen worden gemaakt via contractuele inbedding daarvan en bovendien het onderscheid tussen de kwaliteit van het product zelf en het proces waarmee het gemaakt is, wordt losgelaten.⁴⁵ Beide elementen lijken ook in Nederland relevant, mede omdat ook bij ons het conformiteitsvereiste geacht wordt met name te zien op de hoedanigheid van het verkochte zelf en niet zozeer op het proces waarmee het gemaakt is.⁴⁶ Verder beoogt met name art. 5.7 te voorkomen dat de koper aansprakelijk wordt gehouden voor mensenrechten- of arbeidsomstandighedenproblemen bij de verkoper. Dat is niet zonder reden omdat in (buitenlandse) jurisprudentie wel is aangenomen dat indien (contractuele) controle bestaat over de verkoper dit aanleiding kan vormen voor aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen of slechte arbeidsomstandigheden bij deze verkoper (of een dochteronderneming).⁴⁷ Dat deze jurisprudentie ook in Nederland relevant zal worden, ligt voor de hand. Ook in Nederland valt niet uit te sluiten dat als bijvoorbeeld ten aanzien van arbeidsomstandigheden een effectieve controle over de verkoper bestaat, dit relevant kan zijn voor de beantwoording van de vraag of moet worden ingegrepen, bijvoorbeeld als de koper bekend is dat (levens)gevaarlijke arbeidsomstandigheden bij de verkoper bestaan. Ook worden in art. 5.7 mogelijke claims van consumenten of werknemers van de verkoper tegen de koper zo veel mogelijk voorkomen door te bepalen dat er geen ‘*third party beneficiaries*’ zijn die een beroep kunnen doen op de overeen-

41 Snyder & Maslow 2018, p. 1099 en 1100.

42 Snyder & Maslow 2018, p. 1101.

43 Snyder & Maslow 2018, p. 1102-1105.

44 Snyder & Maslow 2018, p. 1105.

45 Zie bijvoorbeeld Dadush 2019, p. 1526-1533. Zie over het ‘hard’ maken van soft law ook Castermans & Cosson 2017, p. 126-131.

46 Dat neemt niet weg dat deze aspecten onder immateriële eigenschappen van een zaak zouden kunnen vallen die in verband met de conformiteit van belang kunnen zijn. Zie bijvoorbeeld Asser/Hijma 7-1 2013, nr. 434.

47 Zie bijvoorbeeld US Court of Appeals, Ninth Circuit 10 juli 2009, 572 F.3d 677 (*Walmart v. Doe*), te vinden op <https://www.casemine.com/judgement/us/591466cbadd7bo49342a5c2a>; *AAA and others v. Unilever PLC and Unilever Tea Kenya Limited* [2018] EWCA Civ. 1532, te vinden op <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/1532.html>.

komst.⁴⁸ Dat lijkt in Nederland meer vanzelfsprekend als daarover in het contract niets bijzonders is bepaald. Toch is dat niet helemaal waar. Niet uitgesloten is immers dat een gepubliceerde gedragscode met daarin duidelijke doelstellingen op het terrein van mensenrechten of arbeidsomstandigheden ('kinderarbeidvrij') een verkoper ook eenzijdig kan binden en daarmee verwachtingen richting consumenten kan wekken waarop zij een beroep kunnen doen.⁴⁹ Toch moeten deze aansprakelijkheidsrisico's niet worden overdreven. De reputatieschade die mensenrechtenschendingen en slechte arbeidsomstandigheden in handelsketens bij de koper doen ontstaan, ook in de vorm van verminderde omzet, is tot nu toe aanzienlijk hoger gebleken en vormt voor de meeste kopers ook de belangrijkste reden om maatregelen te nemen op het terrein van mensenrechten of arbeidsomstandigheden.⁵⁰

Gaat het Amerikaanse model werken?

Er is de nodige kritiek gerezen op het hiervoor besproken voorstel van de American Bar Association, met name omdat dit de verantwoordelijkheid van de koper ten onrechte 'de handelsketen in zou duwen'.⁵¹ Meer in algemene zin is ook gesignaleerd dat kopers hun inkoopmacht niet moeten misbruiken om door middel van contracten te hoge verwachtingen en te zware sancties op te leggen.⁵² Overigens is het niet zo dat de verkopers per definitie in een zwakkere positie verkeren. Dat is bijvoorbeeld wel het geval in de textiel en landbouw, maar niet zonder meer in de elektronica en automobiellandbouw.⁵³ Zo kan het wisselen van verkoper die goede (geavanceerde) producten levert hoge kosten met zich brengen (bijvoorbeeld omdat het de nodige tijd kost om een goede vervangende verkoper te vinden).⁵⁴ Naarmate deze kosten hoger worden, des te meer onderhandelingsmacht zal de verkoper hebben. Bij de koop van minder geavanceerde producten, zal de door kopers uitgeoefende prijsdruk veelal meebrengen dat niet veel middelen beschikbaar zijn om betere arbeidsomstandigheden te implementeren en heeft een verkoper vaak ook weinig onderhandelingsmacht.⁵⁵ Daar lijkt een '*race to the bottom*' daarom een serieus risico. Een belangrijk punt van kritiek is dat de door de American Bar Association voorgestelde bepalingen eenzijdig in het voordeel van de koper zijn opgesteld en door de harde sancties ontduiking en ontwijkend gedrag door de verkoper

48 Zie daarover ook Dadush 2019, p. 1530.

49 Vergelijk Castermans & Cosson 2017, p. 125.

50 Reputatie is dan ook de belangrijkste reden voor bedrijven (66,12% van de bedrijven) om maatregelen te nemen. Zie EU Due Diligence Study, Final Report, p. 89.

51 Bijvoorbeeld Dadush 2019, p. 1534 e.v.

52 Castermans & Cosson 2017, p. 128.

53 Dadush 2019, p. 1523 en 1535.

54 Dadush 2019, p. 1536.

55 Dadush 2019, p. 1536.

stimuleren.⁵⁶ Veelal zijn verkopers overigens ook goed in staat om zich tegen controles te wapenen en is de kans op ontdekking (en maatregelen (zoals beëindiging van de overeenkomst) naar aanleiding) van mensenrechten- of arbeidsomstandighedenproblemen klein, zeker als het werk deels (illegaal) wordt uitbesteed. Een punt is verder dat de koper, bijvoorbeeld door de prijsdruk of op het laatste moment vergroten van de order of het wijzigen van de specificaties, ook kan hebben bijgedragen aan de mensenrechten- of arbeidsomstandighedenproblemen. De verkoper moet de koper zelfs vrijwaren voor alle juridische acties die vanwege deze problemen tegen de koper zouden worden ondernomen. De overeenkomst zou echter niet gebruikt moeten worden om aan die verantwoordelijkheid te ontkomen door die geheel bij de verkoper neer te leggen.⁵⁷ In plaats daarvan zou de koper met de verkoper moeten samenwerken om deze problemen op te lossen en waar nodig een remedie voor bijvoorbeeld werknemers te bieden. Dat geldt in het bijzonder indien de koper aan de problemen heeft bijgedragen.⁵⁸ Een laatste punt van kritiek is dat de invulling van 'Schedule P' geheel aan de koper wordt overgelaten, terwijl uniformiteit (per sector) juist op dit punt beter zou kunnen zijn.⁵⁹ Zo kunnen verschillende eisen van kopers voor de verkoper tot hogere kosten leiden, hetgeen door de prijsdruk kan leiden tot het niet of onvoldoende nemen van (uiteenlopende) maatregelen.

Er wordt daarom voorgesteld dat de koper moet verifiëren of de mensenrechten- en arbeidsomstandighedenmaatregelen haalbaar zijn binnen de gemaakte afspraken over tijd, hoeveelheid en prijs van de bestelde producten.⁶⁰ Verder wordt voorgesteld dat indien problemen zijn ontdekt, de koper en verkoper meer moeten samenwerken om de oorzaken te vinden, oplossingen te implementeren en eventueel de getroffen personen schadeloos te stellen als ook de koper aan de problemen heeft bijgedragen.⁶¹

In ieder geval heeft de American Bar Association zich de kritiek aangetrokken en is een (uitgebreide) werkgroep sinds het begin van 2020 aan het werk om met een nieuwe versie (en toelichting daarop) te komen die tegemoet probeert te komen aan de geuite kritiek.

Voorstellen voor verbetering

Hoewel het Amerikaanse voorstel interessante elementen bevat, met name op het terrein van het 'hard' maken van wat voorheen als minder juridisch relevante raamwerken werd beschouwd, het afscheid nemen van het onderscheid tussen product en proces in het conformiteitsvereiste en het contractueel vastleggen van

⁵⁶ Dadush 2019, p. 1541.

⁵⁷ Dadush 2019, p. 1541.

⁵⁸ Dadush 2019, p. 1542, 1543 en 1545.

⁵⁹ Dadush 2019, p. 1545 en 1546.

⁶⁰ Dadush 2019, p. 1548.

⁶¹ Dadush 2019, p. 1550 en 1551.

gedragscodes voor verkopers, verdient het op dit moment nog geen aanbeveling dit model (*mutatis mutandis*) in Nederland in zijn geheel over te nemen. Uiteraard zijn de goede punten wel interessant om mee te nemen in het inkoopbeleid. Dat geldt met name ook voor de meer procesmatige invulling van het conformiteitsvereiste, omdat dit tot consequentie kan hebben dat mensenrechten en arbeidsomstandighedenverplichtingen ook verder kunnen doorwerken in handelsketens dan in de directe contractuele relaties. In beginsel zal een non-conform product immers niet door de keten moeten kunnen komen (zoals dat nu al geldt voor de kwaliteit van het product).

Mijns inziens zou echter wel een aantal verbeterpunten moeten worden doorgevoerd. In dat verband is vooral relevant dat kopers (ook bij de inkoop en juridische afdelingen) beter beseffen wat de consequentie is van het huidige (contractuele) inkoopbeleid, waarin prijsdruk een belangrijke factor is. Dat geldt in het bijzonder als de koper een duidelijke inkoopmacht heeft. Het onder druk zetten van de verkoper en ontkennen van de eigen rol (als aan schendingen wordt bijgedragen) leidt immers veelal niet tot een verbetering van de mensenrechten- en arbeidsomstandigheden situatie omdat de verkoper vanwege (potentiële) harde sancties, de onmogelijkheid voor de koper om (doorlopend) te controleren (bijvoorbeeld ook op onderaanneming) en de verschillende door kopers gestelde eisen vaak niet (volledig) aan de eisen voldoet. Dat komt vaak ook omdat die eisen soms lastig in de lokale omstandigheden vallen uit te voeren en de verkoper daar ook niet bij wordt ondersteund door de koper. Overigens worden de potentiële harde sancties ook vaak niet geëffectueerd. Bovendien zullen bij een geringere inkoopmacht ook minder eisen kunnen worden gesteld.

Het voorgaande betekent dat het stellen van deze eisen op het terrein van mensenrechten en arbeidsomstandigheden veel meer in dialoog met de verkoper moet gebeuren en daarbij ook de verantwoordelijkheden van beide partijen onder ogen moeten worden gezien.⁶² Daarbij zou ook nuttig zijn als kopers van dezelfde verkoper meer dezelfde eisen gaan stellen. Denkbaar is in dit verband dat ook vanuit een multistakeholderinitiatief, zoals het Nederlandse Textielconvenant,⁶³ inspanningen worden gedaan om tot dergelijke meer eenduidige eisen te komen en met meer kopers een verkoper te benaderen. In een dergelijke dialoog kan ook beter worden vastgesteld wat voor de verkoper mogelijk is in de lokale omstandigheden, wat hij daarvoor nodig heeft, waarom de koper dergelijke eisen stelt en hoe voortgang op dit terrein concreet meetbaar kan worden gemaakt. Verder kan worden gezien hoe een positieve stimulans voor de verkoper om aan de verplichtingen te voldoen, kan worden gecreëerd. Dit brengt ook mee dat de koper hier verantwoordelijkheid zal moeten nemen en ook ondersteuning zal moeten bieden bij de implementatie. Daarnaast maakt een dergelijke dialoog ook duidelijk wat de consequenties zijn van het inkoopbeleid op de mogelijkheden die een verkoper heeft om mensenrechten- en arbeidsomstandighedenproblemen aan te pakken. Dat zou een goede aanleiding kunnen zijn om die nog eens tegen het licht te

⁶² Zie ook Scheltema 2020, par. 4.4.

⁶³ Zie <https://www.imvoconvenanten.nl/nl/kleding-en-textiel>.

houden. Bovendien is belangrijk dat ook niet alleen handhaving plaatsvindt door (de dreiging met) beëindiging van de overeenkomst als zaken misgaan, maar vooral ook positieve verplichtingen tot verbetering kunnen worden afgedwongen. Gelet op het geringe vertrouwen dat kopers hebben in de rechtssystemen van de landen waar de problemen spelen, zou arbitrage daarbij een rol kunnen spelen.⁶⁴

Uiteraard zal het voor ondernemingen met vele (duizenden) handelsketens niet mogelijk zijn om deze aanpak in alle ketens te implementeren. Dat neemt niet weg dat dit wel zou kunnen gebeuren ten aanzien van de kern van hun activiteiten en in de meest risicovolle ketens. Daarnaast zal het voor kleinere ondernemingen lastiger zijn, mede gelet op de daaraan verbonden kosten en de daarvoor benodigde capaciteit, om het beheersen van de handelsketens geheel zelf te regelen. Voor dergelijke ondernemingen lijkt het deelnemen aan multistakeholderinitiatieven voor de hand te liggen.⁶⁵ Te denken valt aan UTZ, Fairtrade en Fairwear, die door middel van certificering controleren of de mensenrechtennormen worden nageleefd. Deze multistakeholderinitiatieven plegen bij het opstellen van standaarden ook al andere belanghebbenden, zoals verkopers, te betrekken.

Ook op het terrein van het bieden van een remedie is er nog het nodige werk te doen, zeker in die gevallen waarin een koper, bijvoorbeeld door het inkoopbeleid, aan de problemen heeft bijgedragen. Daarvoor is uiteraard van belang dat de koper op de hoogte komt van mogelijke problemen en die ook kan gebruiken om de eigen handelwijze aan te passen. Het lijkt daarom voor de hand te liggen ook bepalingen over de ontwikkeling of aanpassing van klachtenmechanismen bij de verkoper in contracten op te nemen.⁶⁶ In dat verband kan overigens ook aansluiting worden gezocht bij al bestaande (multistakeholder)initiatieven.⁶⁷ Dit kan ook voorkomen dat bij een verkoper vele verschillende klachtenmechanismen voor verschillende kopers moeten worden geïmplementeerd. In aansluiting daarop rijst de vraag wat met de uitkomsten van in dat mechanisme behandelde klachten moet worden gedaan. In ieder geval zal de verplichting moeten bestaan (geaggregeerde) informatie uit die klachtenmechanismen door te geven in de handelsketen (aan de koper). Goed functionerende (lokale) klachtenmechanismen kunnen immers een belangrijke bron van informatie zijn.⁶⁸ Contractueel zou dus moeten worden bedongen dat geaggregeerde informatie over de aard en omvang van de daarin geuite klachten wordt doorgegeven als onderdeel van de conformiteit van een product. Daarnaast lijkt het voor de hand te liggen, indien de uitkomst van een klacht is dat bepaalde maatregelen moeten worden genomen om problemen te

64 Scheltema 2020, par. 4.6. Zie in dat verband ook The Hague Rules on Human Rights Arbitration, te vinden op <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>.

65 Zie bijvoorbeeld het Textielconvenant, p. 17, 19, 26 en onder 3.

66 Zie ook Scheltema 2020, par. 4.6.

67 SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam 2016, p. 108.

68 Vergelijk SHIFT, Global Compact Network Netherlands & Oxfam 2016, p. 104 en 107 (waarin ook wordt aangegeven wat verschillende uitkomsten kunnen betekenen).

adresseren, te bezien hoe dat vorm zou moeten krijgen en de rol van de verkoper én koper vast te leggen indien deze aan de schending heeft bijgedragen.

Het vorenstaande bevat nog ruwe ideeën die verder moeten worden uitgewerkt, zo mogelijk ook in de nieuwe versie van het model van de American Bar Association. Een belangrijk aanknopingspunt daarvoor is het conformiteitsvereiste, dat ook zou kunnen zien op het proces waarin het naleven van mensenrechten en arbeidsomstandighedenverplichtingen centraal staat. Dat zou ook het dieper in de keten doorwerken van verplichtingen op dit terrein kunnen faciliteren. Ik heb hier een voorzet willen geven voor de richting waarin die ontwikkeling zou kunnen gaan.

Conclusie

Ik ben in deze bijdrage ingegaan op het contractueel borgen van mensenrechten en arbeidsomstandigheden in handelsketens. Gebleken is dat op dit terrein, ondanks de huidige contractuele maatregelen en gedragscodes, nog het nodige valt te verbeteren. In dat verband is een model van de American Bar Association besproken dat hieraan tegemoet probeert te komen door met name ook het conformiteitsvereiste niet alleen op de kwaliteit van het gekochte te laten zien, maar ook op het proces waarmee het is geproduceerd. Hoewel dat uitgangspunt aantrekkelijk is, heb ik hiervoor uiteengezet dat het model nog de nodige verbetering behoeft, maar als die wordt doorgevoerd de nodige interessante perspectieven kan bieden.

Ik weet niet zeker of Jaap zich hiermee na zijn emeritaat nog gaat bezighouden. In ieder geval zal hij dan vast gaan werken met fotoapparatuur die via dergelijke ketens is geproduceerd.