



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De doelmatigheid van contractuele toezeggingen in de verduurzaming van handelsketens

Baaij, C.J.W.; Castermans, A.G.

Citation

Baaij, C. J. W., & Castermans, A. G. (2022). De doelmatigheid van contractuele toezeggingen in de verduurzaming van handelsketens. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2022(10), 423-435. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514437>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514437>

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

De doelmatigheid van contractuele toezeggingen in de verduurzaming van handelsketens

NTBR 2022/48

Het Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie d.d. 23 februari 2022 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven verplicht ondernemingen hun handelsketens te verduurzamen door contractuele toezeggingen van hun leveranciers te verkrijgen. In deze bijdrage zetten wij vraagtekens bij het veronderstelde vermogen van contractuele toezeggingen om het gedrag in de handelsketen afdoende te beïnvloeden. De bestuursrechtelijke sancties en civielrechtelijke aansprakelijkheid die het Richtlijnvoorstel bij niet-naleving in het vooruitzicht stelt, lossen op zichzelf nog niet de moeilijkheden op die in de praktijk aan de contractuele beheersing van handelsketens in de weg kunnen staan. Daarom doen wij aan de hand van recent empirisch onderzoek en de inkoop- en verkoopvoorwaarden van tien multinationale ondernemingen aanbevelingen die ondernemingen kunnen helpen bij het contractueel beheren van hun handelsketen en aldus kunnen bijdragen aan de doeltreffendheid van de voorgestelde Richtlijn.

1. Inleiding

Op 23 februari 2022 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn aangenomen inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van milieu en mensenrechten.² Het Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie biedt een horizontaal kader dat van toepassing is op – kort gezegd – grote ondernemingen die zijn gevestigd (art. 2 lid 1) of actief zijn (art. 2 lid 2) binnen de Europese Unie, ongeacht de economische sector. Deze ondernemingen zijn verplicht feitelijke en potentiële negatieve effecten van de mensenrechten en het milieu (art. 4 lid 1 aanhef) te identificeren (art. 6), te voorkomen (art. 7) en te beëindigen of zoveel mogelijk te beperken (art. 8). Hier gaat het om de effecten van niet louter de eigen activiteiten van de onderneming of die van haar dochterondernemingen,

maar ook die van gevestigde zakenpartners in haar handelsketen (art. 1 lid 1 sub a).³

Het primaire doel van het Richtlijnvoorstel is het behalen van de Europese duurzaamheidsdoelstellingen zoals verwoord in de 'Europese Green Deal,' in navolging van het Klimaatakkoord van Parijs uit 2015, en het beschermen van mensenrechten.⁴ Het secundaire doel – de wijze waarop het primaire doel gestalte kan worden gegeven – is de verduurzaming van onder meer de mondiale handelsketens van ondernemingen die gevestigd of actief zijn binnen de Europese Unie. Het tertiaire doel, wat dient ter verwezenlijking van het secundaire doel, is dat ondernemingen contractuele toezeggingen van directe en indirecte zakenpartners in de handelsketen verkrijgen dat gedragscodes worden nageleefd.

Het privaatrecht waarop in de voorgestelde richtlijn een beroep wordt gedaan heeft een hoog instrumenteel karakter. Enerzijds gebruikt de richtlijn commerciële contracten niet als een bevoegdheid van ondernemingen om vrijelijk de eigen rechtsbetrekkingen vorm te geven, maar als een verplichting daartoe. Het voorstel vertrouwt namelijk sterk op het commerciële contract als een instrument waarmee de onderneming controle kan uitoefenen op de activiteiten in de handelsketen.

Anderzijds maakt de richtlijn gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, klaarblijkelijk niet zozeer om benadeelden een rechtsmiddel te bieden maar primair om ondernemingen te dwingen zich aan het voorgeschreven gebruik van contracten te houden. De richtlijn roept namelijk een tweevoudig sanctiesysteem in het leven om ondernemingen te bewegen de nodige actie te ondernemen. Als een onderneming niet de gepaste zorgvuldigheid betracht, zal zij niet alleen worden gestraft met 'doeltreffende, evenredige, en afschrikwekkende' sancties (art. 20 lid 1) zoals geldboetes (art. 20 lid 3),⁵ maar tevens wettelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade die wordt veroorzaakt door overtreding van de nationale voorschriften dienaangaande

1 Citeerwijze: C.J.W. Baaij & A.G. Castermans, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en de doelmatigheid van contractuele toezeggingen in de handelsketen', NTBR 2022/48, afl. 10. Mr. dr. C.J.W. (Jaap) Baaij is universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. A.G. (Alex Geert) Castermans is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

2 Voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (2022/0051 (COD)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071>.

3 Onder handelsketen wordt verstaan de activiteiten die gepaard gaan met de productie van goederen of de verlening van diensten in de brede zin van het woord (art. 3 sub f). Het gaat om de activiteiten van zakelijke partners met wie de onderneming een zogenaamde 'gevestigde zakelijke relatie' heeft (art. 1 sub a), ofwel, een directe of indirecte zakelijke relatie die als duurzaam kan worden gezien in termen van intensiteit of de duur daarvan, en bovendien niet slechts een verwaarloosbare of bijkomstige schakel in de keten is (art. 3 sub f). De gepaste zorgvuldigheid is derhalve niet beperkt tot de bedrijfsvoering van louter de bedrijven met wie de onderneming een directe, contractuele relatie heeft (de zogenaamde 'tier 1' leveranciers), maar strekt zich uit tot ook die van de achterliggende schakels ('tier 2', 'tier 3', enzovoorts), zolang de relatie maar als 'gevestigd' kan worden beschouwd.

4 Overwegingen 1 tot en met 13 van de considerans.

5 Zie overweging 54 van de considerans.

(art. 22).⁶ Nederland zal daartoe in alle waarschijnlijkheid kiezen voor een combinatie van bestuursrechtelijke handhaving en civielrechtelijke aansprakelijkheid zoals op grond van onrechtmatige daad.⁷

In deze bijdrage stellen wij vragen bij dit instrumentele gebruik van het privaatrecht, niet vanuit rechtspolitiek perspectief⁸ maar vanuit het oogpunt van doeltreffendheid. Vooropgesteld is het aannemelijk dat het de verduurzaming van handelsketens een effectieve bijdrage kan leveren aan het verwezenlijken van de primaire doelstelling van de voorgestelde richtlijn. Zo wordt de observatie van de Commissie dat 80 tot 90% van de milieuschade veroorzaakt door Europese productie het gevolg is van handelsketens die zich buiten de Europese Unie bevinden⁹ bevestigd door verschillende recente onderzoeken; wereldwijd is verreweg de meeste uitstoot van broeikasgassen niet het gevolg van de bedrijfsprocessen van producenten en aanbieders zelf, maar van de ondernemingen in hun aanvoerketens.¹⁰ Of de verduurzaming van mondiale handelsketens op tijd komt om de klimaatdoelstellingen in 2030 te bereiken is misschien onzeker, maar dat een positieve aanpassing van de activiteiten van handelsketens zullen bijdragen aan verbetering van het milieu is waarschijnlijk.

Wij zetten echter vraagtekens bij het vertrouwen dat de richtlijn stelt in het feitelijke vermogen van ondernemingen om door middel van commerciële contracten de activiteiten in de handelsketen te beheersen. Hier doelen wij niet op de vraag of de voorgestelde richtlijn ondernemingen in voldoende mate zal weten te bewegen dergelijke contractuele toezeggingen te verkrijgen, maar of de door de richtlijn voorgeschreven contractuele toezeggingen daadwerkelijk de activiteiten in de handelsketen ten goede zullen beïnvloeden.

Artikel 12 van het Richtlijnvoorstel verplicht de Europese Commissie richtsnoeren aan te nemen voor niet-bindende modelcontractbepalingen om ondernemingen te helpen

te voldoen aan de verplichtingen van artikelen 7 en 8.¹¹ In deze bijdrage doen wij alvast enige suggesties voor de invulling van deze richtsnoeren en ter vergroting van de effectiviteit van contractuele toezeggingen en kettingsbedingen. Daartoe zullen wij hierna uiteenzetten waaruit de rol bestaat die het Richtlijnvoorstel toedicht aan de contractuele toezeggingen die ondernemingen zullen moeten verkrijgen uit hun handelsketens (par. 2). Daarna betogen wij waarom aan de doeltreffendheid van deze regels kan worden getwijfeld en waarom het dus nodig is om inzichten uit de praktijk van handelsketens op te doen (par. 3). Tot slot doen wij op basis van voorbeelden van inkoop- en verkoopcontracten in de praktijk en recent relevant empirisch onderzoek, enige aanbevelingen voor de invulling van richtsnoeren die ondernemingen zullen kunnen helpen bij het opstellen en beheren van contracten in hun handelsketen (par. 4).

2. Kern van het Richtlijnvoorstel: contractuele toezeggingen met toezichtmechanisme

Hoe moeten ondernemingen volgens het Richtlijnvoorstel invulling geven aan de verplichting tot preventie en beperking van de negatieve impact van hun activiteiten? Artikel 7 werkt een en ander uit voor de situatie waarin er sprake is van *potentiële* negatieve gevolgen. Artikel 8 regelt de situatie waarin de negatieve gevolgen *zich feitelijk hebben voorgedaan*, en wel op een met artikel 7 vergelijkbare wijze. Om onnodige herhaling te voorkomen focussen wij op artikel 7.

De eerste gedachte van de richtlijn gaat uit naar het opstellen en uitvoeren van een 'actieplan' (art. 7 lid 2 onder a). De bepaling beperkt deze verplichting tot de gevallen waarin 'dit nodig is vanwege de aard of de complexiteit van de vereiste preventieve maatregelen'. In de praktijk van de grote ondernemingen waarop de richtlijn zich richt zal het erop neerkomen dat iedere onderneming een actieplan zal moeten ontwikkelen, maar dat daarin niet ieder potentieel risico dat verbonden is aan de bedrijfsactiviteiten behoeft te worden benoemd en uitgewerkt. Kennelijk kan voor sommige maatregelen de gedragscode voldoende richtinggevend worden geacht.

Uit de daaropvolgende bepalingen blijkt welke rol de richtlijn voor het contractenrecht ziet weggelegd. Van ondernemingen wordt verlangd dat zij:

'trachten contractuele garanties te verkrijgen van een zakenpartner waarmee zij een directe zakelijke relatie hebben, dat deze ervoor zal zorgen dat de gedragscode van de onderneming en, zo nodig, een preventief actieplan wordt nageleefd, onder meer door overeenkomstige contractuele garanties te verkrijgen van zijn partners voor zover hun activiteiten deel uitmaken van de

6 Voor een overzicht van alle bepalingen van het Richtlijnvoorstel, zie S.B. Garcia Nelen, 'Het voorstel voor een Europese Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn,' *Ondernemingsrecht* 2022/41, en J.E.S. Hamster, 'Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning,' *MvO* 2022 (5 & 6).

7 EK 2021–2022, 22112, IS (Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken), p. 3, 12. TK 2021–2022, 22112, nr. 3429 (Verslag van een schriftelijk overleg), p. 23, 28.

8 De pertinente rechtspolitieke vragen die het Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie oproepen, zien onder meer op de voorwaarden waaronder ondernemingen een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering van ondernemingen in hun handelsketen hebben, en in welke mate van overheidsinterventie gelegitimeerd is of in lijn is met de vrijheid van ondernemen zoals neergelegd in artikel 16 van het van het Handvest van de grondrechten van de EU. De beantwoording van dergelijke vragen laten wij voor een ander moment.

9 Toelichting bij het Richtlijnvoorstel, p. 9.

10 CDP, 'Transparency to Transformation: A Chain Reaction. CDP Global Supply Chain Report 2020', 2021, p. 5. CDP.net/en/research/global-reports/transparency-to-transformation; A.-T. Bové & S. Swartz, 'Starting at the Source: Sustainability in Supply Chains', McKinsey&Company 2016, p. 3, <https://www.mckinsey.com/capabilities/sustainability/our-insights/starting-at-the-source-sustainability-in-supply-chains>.

11 De Engelse taalversie van artikel 12 spreekt van 'guidance about voluntary model contract clauses.' Zie ook considerans, overweging 45.

waardeketen van de onderneming (cascadeovereenkomsten) ...' (art. 7 lid 2 onder b).¹²

De Nederlandse taalversie spreekt hier van 'garanties'. Dit is echter een ongelukkige vertaling van het begrip 'assurances' in de Engelse taalversie, dat niet per se een garantie inhoudt. Of er sprake is van een garantie hangt van de formulering van de toezegging af. In het Europese wetgevingsproces alsook bij de uitleg van Europees recht komt de Engelse taalversie feitelijk meer gewicht toe dan andere taalversies.¹³ Wij gebruiken daarom in deze bijdrage het woord 'toezeggingen'.

Dat een onderneming moet 'trachten' de genoemde contractuele toezeggingen te verkrijgen van haar zakenpartners, duidt erop dat het niet om een resultaatsverbintenis van de onderneming gaat. De onderneming die ondanks verwoede pogingen er niet in slaagt een toezegging als hier bedoeld in het contract te krijgen, kan om deze reden niet aansprakelijk worden gehouden op grond van artikel 22.

Indien de onderneming er niet in slaagt een toezegging te verkrijgen, dan kan zij echter niet zorgeloos verder met dezelfde zakenpartner. Zij zal moeten onderzoeken of de negatieve gevolgen die nu niet contractueel zijn afgedekt, op een andere wijze kunnen worden vermeden, met inschakeling van andere partijen (art. 7 lid 3).¹⁴ De richtlijn spreekt van een 'indirecte partner', waarmee klaarblijkelijk wordt bedoeld een onderneming lager of hoger in de handelsketen. Bieden deze contracten onvoldoende soelaas of ontwikkelt de werkelijkheid zich niettegenstaande de toezeggingen in negatieve zin, dan moet de onderneming mogelijk afzien van verdere samenwerking met de zakenpartner:

'Ten aanzien van potentiële negatieve effecten in de zin van lid 1 die niet voorkomen of voldoende beperkt kunnen worden door de maatregelen van de leden 2, 3 en 4, moet de onderneming afzien van het aangaan van nieuwe relaties of het uitbreiden van bestaande relaties met de partner verbonden aan of in de waardeketen waar het effect zich heeft voorgedaan, en onderneemt zij, indien de wetgeving die op hun relaties van toepassing is dit toestaat, de volgende maatregelen:

(...)

(b) de zakelijke relatie met betrekking tot de betrokken activiteiten beëindigen indien het potentiële negatieve effect ernstig is.

De lidstaten moeten voorzien in de mogelijkheid van beëindiging van de zakelijke relatie in de onder hun wetgeving vallende overeenkomsten' (art. 7 lid 5).¹⁵

Het vruchteloos voldoen aan de inspanningsverbintenis kan dus uitmonden in een resultaatsverbintenis: het niet aangaan dan wel beëindigen van de rechtsverhouding met de zakenpartner. Blijkens de considerans ziet de richtlijn beëindiging van de rechtsverhouding wel als laatste middel.

'Om ervoor te zorgen dat preventie en beperking van potentiële negatieve effecten doeltreffend zijn, moeten ondernemingen prioriteit geven aan betrokkenheid bij zakelijke relaties in de waardeketen, in plaats van de zakelijke relatie te beëindigen, wat een laatste uitweg is nadat pogingen om potentiële negatieve effecten te voorkomen en te reduceren zijn gefaald' (considerans onder 36).

De eventuele noodzaak om een rechtsverhouding met de zakenpartner te beëindigen wordt daarom voorafgegaan door een tijdelijke 'opschorting' van die rechtsverhouding. Tijdens de opschorting zet de onderneming de inspanningen voort om de negatieve gevolgen te voorkomen en tot een minimum te beperken van de effecten voortzet, indien redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze inspanningen op korte termijn succes zullen hebben.

De werkelijkheid zal ook naar die toezeggingen moeten worden ingericht, anders blijven de toezeggingen loze woorden. De handelsketen moet feitelijk worden ontdaan van dwangarbeid, kinderarbeid, discriminatie, milieuvervuiling en aantasting van de biodiversiteit. Bovendien moet er toezicht komen om de ontwikkelingen te volgen. Dat alles is een kostbare aangelegenheid. Daarom geeft artikel 7 de ondernemingen die onder het bereik van de richtlijn vallen, verschillende aanwijzingen.

Allereerst moeten zij de nodige investeringen doen, bijvoorbeeld in beheers- of productieprocessen en infrastructuur, om überhaupt in staat te zijn maatregelen te nemen om negatieve effecten te voorkomen en te beperken (art. 7 lid 1 en lid 2 onder c).

Voorts dienen zij doelgerichte en evenredige steun te verlenen aan hun zakenpartners uit het midden- en kleinbedrijf waarmee zij een gevestigde zakelijke relatie hebben, indien de naleving van de gedragscode of het preventieve actieplan de levensvatbaarheid van de zakenpartner gevaar zou brengen (art. 7 lid 2 onder d). Gedacht wordt aan het volgende:

¹² Vergelijk art. 8 lid 3 onder b voor het geval waarin de negatieve gevolgen zich inmiddels hebben voorgedaan en de onderneming is gehouden de negatieve gevolgen ongedaan te maken of te beperken; het gaat dan om een corrigerend actieplan.

¹³ Zie hierover hoofdstuk 3 van C.J.W. Baaij, *Legal Integration and Language Diversity: Rethinking Translation in EU Lawmaking*, Oxford University Press: 2018. De Duitse en Franse taalversies van het Richtlijnvoorstel – de andere twee officiële talen van de Europese Commissie – spreken van 'Zusicherungen' respectievelijk 'garanties', eveneens begrippen die als ruimer kunnen worden begrepen dan het Nederlandse 'garanties'.

¹⁴ Vergelijk art. 8 lid 4.

¹⁵ Vergelijk art. 8 lid 6.

‘financiering, bijvoorbeeld door middel van directe financiering, laagrentende leningen, garanties voor voortgezette inkoop, en bijstand bij het verkrijgen van financiering, om de gedragscode of het preventieve actieplan te helpen uitvoeren, of technische begeleiding, bijvoorbeeld in de vorm van opleiding en verbetering van beheersystemen, en samenwerken met andere ondernemingen’ (considerans onder 34).

Ook moeten er passende maatregelen worden getroffen om de naleving van de toezeggingen, de gedragscode en het actieplan te controleren (art. 7 lid 4). De bepaling voegt daaraan toe dat in de rechtsverhouding tot partners uit het midden- en kleinbedrijf gebruik moet worden gemaakt van eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Indien daarbij gebruik wordt gemaakt van een onafhankelijke derde partij, draagt de onderneming de kosten van de verificatie door een onafhankelijke derde partij. Klaarblijkelijk dient te worden voorkomen dat voorwaarden worden doorgedrukt, zonder acht te slaan op de financiële en economische gevolgen daarvan voor de wederpartij of voor andere partijen in de handelsketen.

3. Twee vraagtekens bij de doeltreffendheid van het Richtlijnvoorstel

3.1 Het verplichting-opleggende karakter

Het instrumentele gebruik dat het Richtlijnvoorstel van het privaatrecht maakt, staat mogelijk aan de doeltreffendheid van de richtlijn in de weg. Het algemene privaatrecht faciliteert in beginsel het handelsverkeer met regels van aanvullend recht.¹⁶ Rechtsregels die het private actoren mogelijk maken om via contracten rechtens afdwingbare rechten en verplichtingen in het leven te roepen, kunnen worden beschouwd als ‘bevoegdheid-verlenende’ regels.¹⁷

Het Richtlijnvoorstel gebruikt contracten daarentegen als onderdeel van ‘verplichting-opleggende’ regels. Zo worden contractuele toezeggingen en kettingbedingen, alsook het adequaat toezien op naleving daarvan, in artikelen 7 en 8 immers niet als bevoegdheid maar als een verplichting gepresenteerd. De bestuursrechtelijke sancties van artikel 20 behelzen in dit verband de sanctie die op niet-naleving van deze verplichting staat.

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van artikel 22 geeft eveneens blijk van de verplichting-opleggende benadering. In beginsel heeft de regel van artikel 22 zowel een verplichting-opleggende als een bevoegdheid-verlenende zijde. Enerzijds getuigt de bepaling van een verplichting-opleggende regel voor zover de onderneming zich dient te houden aan de zorgvuldigheidsverplichting op straffe van aansprakelijkheid voor de vergoeding van de uit een overtreding

voortvloeiende schade.¹⁸ Anderzijds heeft artikel 22, als een instrument van privaatrechtelijke handhaving, ook een bevoegdheid-verlenende component: het vermeende slachtoffer krijgt immers de bevoegdheid om desgewenst een rechtsmiddel in te roepen door bijvoorbeeld een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad in te stellen. Toch moet artikel 22 als hoofdzakelijk een verplichting-opleggende regel worden beschouwd. Zo benadrukt het tweede lid van artikel 22 dat de wettelijke aansprakelijkheid primair als sanctie dient door te bepalen dat aansprakelijkheid uitblijft als de onderneming de toezeggingen heeft verkregen en op naleving daarvan heeft toegezien. Daarnaast geeft het Richtlijnvoorstel geen verdere aandacht aan de slachtoffers van de negatieve effecten van handelsketens, bijvoorbeeld hoe zij hun recht zouden kunnen effectueren.

In tweeërlei opzichten kan het hier beschreven verplichting-opleggende karakter van het Richtlijnvoorstel in de weg zitten van een doeltreffende verduurzaming van handelsketens en aldus de realisatie van de Europese duurzaamheidsdoelstellingen.

Ten eerste kijken verplichting-opleggende regels in essentie achteruit: bestuursrechtelijke sancties en civielrechtelijke aansprakelijkheid zien in de eerste plaats op het bestraffen van handelingen die reeds zijn verricht respectievelijk het invoeren van een verplichting om de schade die reeds is geleden te vergoeden. Deze eigenschap verhoudt zich slecht met het doel van de voorgestelde richtlijn, dat juist vooruit kijkt en milieuschade en mensenrechtenschendingen zo veel mogelijk wil voorkomen.

Uiteraard kunnen *ex post* vergelding en retributie ook *ex ante* een afschrikwekkende werking hebben en zo ongewenst gedrag en de schadelijke effecten daarvan voorkomen. Met betrekking tot de bestuursrechtelijke sancties zegt artikel 20 zelfs uitdrukkelijk dat het ‘afschrikwekkende’ effect mede de bedoeling is. Dat effect is echter niet noodzakelijk doeltreffend. Voor zover potentiële geldboetes en schadevergoedingsverplichtingen ondernemingen afhouden van ongewenst gedrag dan is dat effect gelegen in het feit dat deze sancties dat gedrag duurder en dus minder aantrekkelijk maken. Daarentegen faciliteren sancties niet het gewenste gedrag. Met andere woorden, zij maken de verduurzaming van handelsketens niet noodzakelijkerwijs gemakkelijker of goedkoper.

Deze observatie brengt ons bij het tweede bezwaar dat kleeft aan het verplichting-opleggende karakter van het Richtlijnvoorstel: het verplichten van ondernemingen om toezeggingen en kettingbedingen in hun contracten op te nemen en op de naleving daarvan toe te zien, maakt op zichzelf de gewenste verduurzaming van handelsketens nog

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-III 2018, nrs. 41 en 378.

¹⁷ Hier refereren wij aan het bekende onderscheid tussen zogenaamde ‘duty-imposing rules’ en ‘power-conferring rules’ die wij terugvinden in Hart, H.L.A., *The Concept of Law* (3d ed. 1961/2012), p. 27-28, 81.

¹⁸ H.L.A. Hart beschouwde de aard van het aansprakelijkheidsrecht als verplichting-opleggend, zie John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Seeing Tort Law From the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties*, 75 *Fordham L. Rev.* (2006), p. 1575.

niet tot werkelijkheid. Zelfs als de sancties van artikelen 20 en 22 elke onderneming zullen bewegen om de zorgvuldigheidsverplichting na te leven, dan zijn daarmee nog niet de praktische obstakels weggenomen die in werkelijkheid aan een succesvolle beïnvloeding van de handelsketen via contracten in de weg kunnen staan.

De doeltreffendheid van de door de Commissie voorgestelde richtlijn zal het wat ons betreft dus niet moeten hebben van het afschrikkende effect van de voorgestelde sancties, maar van de effectiviteit van de contractuele clausules die de ondernemingen gaan formuleren en van het toezicht op de naleving ervan. De vraag zal zijn of deze clausules in staat zijn het gedrag van gevestigde relaties in de handelsketen te beïnvloeden.

3.2 Een vertekend beeld van de handelsketen

De doeltreffendheid van het Richtlijnvoorstel is eveneens in het geding voor wat betreft het beeld van de handelsketen dat erachter schuilgaat. De keuze om ondernemingen verantwoordelijk te maken voor de activiteiten van haar directe en indirecte zakenpartners in een handelsketen, geeft er blijk van dat de Commissie uitgaat van een hiërarchisch model van de handelsketen, waarbij de onderneming optreedt als quasi-wetgever van de keten met haar commerciële contracten, haar gedragscode en actieplan.¹⁹ De marktmacht is in dit model exclusief geconcentreerd op het niveau van de onderneming als ketenleider.²⁰

Ondernemingen die consumentengoederen produceren hebben in de regel inderdaad een relatieve marktmacht ten opzichte van hun leveranciers, en dus een positie van waaruit invloed kan worden uitgeoefend op de handelsketen.²¹ Het gebruik van contracten vormt in deze context een potentieel doeltreffend middel om de duurzaamheid van handelsketens te beïnvloeden.

De werkelijkheid is echter vaak ook heel anders. In plaats van een hiërarchisch, lineaire aaneenschakeling van ondernemingen, vertonen handelsketens in werkelijkheid eerder tekenen van een web.²² Leveranciers hebben doorgaans niet één, maar verschillende ondernemingen als klanten of afnemers. Deze klanten kunnen actief zijn op dezelfde markt, al dan niet als concurrenten. Het komt dus voor dat verschillende ondernemingen gebruikmaken van dezelfde directe maar ook indirecte leveranciers.²³ Met andere woorden, handelsketens overlappen en zijn niet alleen verticaal maar ook horizontaal geïntegreerd. Daar komt nog bij dat

sommige handelsketens soms uit duizenden producenten bestaan, verspreid over de gehele wereld.²⁴

De invloed van de onderneming op een 'web' van leveranciers is geringer in situaties waarin een ketendeelnemer weinig concurrentie heeft te duchten of een monopoliepositie heeft.²⁵ Ook is een leverancier met meerdere afnemers niet afhankelijk van ieder van hen. Als één van die afnemers strenge contractuele MVO-verplichtingen oplegt, en de anderen niet of minder, dan heeft die leverancier er een verminderd belang bij deze na te leven,²⁶ althans, indien daarmee relatief hoge kosten gepaard gaan. A contrario, ketendeelnemers blijken in de praktijk eerder tot actie over te gaan wanneer zij door meerdere afnemers worden aangesproken.²⁷

Deze werkelijkheid doet afbreuk aan de doeltreffendheid van het gebruik van contracten door de onderneming om het gedrag in haar handelsketen te sturen. Deze verhoudt zich dus ook niet goed met het aanwijzen van individuele ondernemingen als het brandpunt van verantwoordelijkheid voor de verduurzaming van handelsketens. Gedragscodes, actieplannen en commerciële contracten, inclusief kettingsbedingen zijn slechts een onderdeel van een breder pallet aan rechtsverhoudingen en samenwerkingsvormen. Wie een blik werpt op het huidige gebruik van clausules over maatschappelijk verantwoord ondernemen ('MVO-clausules') – neem alleen al de grote verschillen tussen inkoop- en verkoopvoorwaarden (paragraaf 4) – zal al snel tot de conclusie komen dat het nodig is ook andere instrumenten in te zetten om de duurzaamheid van handelsketens te bevorderen.²⁸

De Commissie geeft in haar toelichting bij het Richtlijnvoorstel wel degelijk enige rekenschap van de complexiteit van handelsketens, het gebrek aan voldoende informatie, en de kosten die voor ondernemingen zijn gemoeid met het vrijwillig nemen van verantwoordelijkheid voor de negatieve effecten van hun handelsketens.²⁹ Zij legt echter niet uit hoe de richtlijn hierin tegemoet kan komen – anders dan de rechtszekerheid die een geharmoniseerd, horizontaal instrument ondernemingen zou kunnen bieden.³⁰ Deze lacune vraagt daarom om een nader onderzoek naar de eisen die de werkelijkheid van handelstekens stellen aan de

19 Zie voor de beschrijving van een dergelijk 'command and control' model van handelsketens, F. Cafaggi, 'Regulation through contracts: Supply-chain contracting and sustainability standards', *ERCL* 2016/12, afl. 3, p. 223.

20 Cafaggi 2016, p. 230.

21 Bové & Swartz 2016, p. 6.

22 Cafaggi 2016, p. 225.

23 Zie Cafaggi 2016, p. 241.

24 European Commission, 'Study on Due Diligence Requirements Through the Supply Chain. Final Report', 2020, op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1, p. 181; United Nations Global Compact, 'A Guide to Traceability. A Practical Approach to Advance Sustainability in Global Supply Chains' (2014, unglobalcompact.org/library/791).

25 Zie Cafaggi 2016, p. 242.

26 V.H. Villena & D.A. Gioia, 'A More Sustainable Supply Chain', *Harvard Business Review*, March-April 2020, p. 88.

27 CDP 2021, p. 26.

28 Dit is ook de teneur van het overleg over richtlijnvoorstellen de Tweede Kamer; TK 2021–2022, 22112, nr. 3429 (Verslag van een schriftelijk overleg), p. 8, 17. Zie ook de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissie voorstellen (BNC), EK 2021–2022, 22112, IS (Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken), p. 6–7.

29 Toelichting bij het Richtlijnvoorstel, p. 2.

30 Toelichting bij het Richtlijnvoorstel, p. 2–3, 16.

effectiviteit van een contractuele beheersing van het gedrag van ketendeelnemers.

4. Inkoopvoorwaarden in de praktijk

4.1 Inleiding

Ter vergroting van de effectiviteit van contractuele toezeggingen en kettingbedingen doen wij in het hiernavolgende alvast enkele suggesties voor de invulling van de richtsnoeren die de Commissie ingevolge artikel 12 van het Richtlijnvoorstel zal moeten aannemen. Deze aanbevelingen geven wij naar aanleiding van de vereisten aan de contractuele toezeggingen die wij afleiden uit het Richtlijnvoorstel, in het bijzonder artikelen 7 en 8 ervan, op basis van voorbeelden van contractuele clausules die thans door Nederlandse ondernemingen worden gebruikt, en in het licht van rapporten die in de afgelopen jaren zijn verschenen over de problemen die in de praktijk van handelsketens zullen moeten worden overwonnen om dergelijke clausules effectief te laten zijn.

Wij bekeken de inkoop- en verkoopvoorwaarden van tien multinationale ondernemingen, gepubliceerd op de websites van de ondernemingen, waarop het Nederlandse recht van toepassing is of kan zijn. Vanwege haar horizontale karakter heeft de richtlijn niet een bepaald type contract op het oog en evenmin een bepaalde rol van de onderneming. Het gaat om ondernemingen in de handelsketen waarvan zij onderdeel uitmaken. Daarom bekeken wij zowel inkoop- als verkoopvoorwaarden, die niet noodzakelijk zien op de in- of verkoop van roerende zaken. Het kan ook gaan om diensten. In al deze situaties kunnen ondernemingen invloed uitoefenen op de te betrachten duurzaamheid in de handelsketen.

De tien ondernemingen hanteren blijkens hun websites alle een code of conduct, opgesteld met het oog op maatschappelijk verantwoord ondernemen. Ook hanteren negen van de tien ondernemingen een supplier's code of conduct. Wij zoomen in op de contracten, omdat daarin de verplichtingen over en weer worden neergelegd van de onderneming en haar zakenpartners. Wij zullen wel verwijzen naar de supplier's code of conduct als daarin teksten worden gehanteerd die duiden op een af te dwingen verplichting van de toeleverancier.

Wij onderzoeken de contractuele clausules van deze tien ondernemingen in het besef dat de betrokken ondernemingen niet altijd dicht varen op hun website gepubliceerde voorwaarden en ook maatwerkovereenkomsten sluiten. Onze inventarisatie pretendeert dan ook niet een beoordeling te zijn van de gehanteerde voorwaarden. Ons onderzoek gaat louter na of deze al voorzien in de door de richtlijn aangesneden onderwerpen en of de Commissie hieraan inspiratie kan ontlelen met het oog op de haar in artikel 12 toebedachte taak.

4.2 De omvang van de duurzaamheidsverplichtingen

Het Richtlijnvoorstel – zoals samengevat in paragraaf 2 – stelt op een impliciete wijze verschillende vereisten aan de commerciële contracten. De eerste twee die wij eruit hebben kunnen destilleren, zijn van algemene aard:

- het contract moet voorzien in bepalingen over de duurzaamheid van het productieproces in de handelsketen.
- het contract voorziet in specifieke aandacht voor de *potentiële* negatieve gevolgen en de *gerealiseerde* negatieve gevolgen van de te sluiten overeenkomst.

Het eerste vereiste klinkt als een open deur, maar zet de duurzaamheid van de handelsketen wel op de agenda; het tweede volgt uit het onderscheid van de artikelen 7 en 8.

In alle inkoopvoorwaarden die wij bekeken hebben, wordt enige aandacht besteed aan de eisen die moeten worden gesteld aan de duurzaamheid van de handelsketen. In geen enkel geval wordt echter onderscheid gemaakt tussen de *potentiële* negatieve gevolgen en de *gerealiseerde* negatieve gevolgen van de te sluiten overeenkomst, waarom het Richtlijnvoorstel vraagt in de artikelen 7 en 8.

De ondernemingen verwijzen naar hun eigen codes of conduct en vragen hun toeleveranciers deze te onderschrijven en na te leven. In de verkoopvoorwaarden daarentegen wordt op geen enkele wijze gerelateerd aan de eigen code of conduct, laat staan aan de verwachtingen die hieraan zouden kunnen worden ontleend of dat toezicht op de activiteiten van de onderneming zelf wordt bedongen. Hooguit wordt in algemene bewoordingen bedongen dat van de geleverde producten of diensten geen gebruik wordt gemaakt op een wijze die de goede naam van de onderneming schaadt.³¹

Onderzoek wijst uit dat de gedragscodes waar contractuele toezeggingen naar verwijzen, voldoende concreet moeten zijn. In de praktijk hebben clausules meestal betrekking op het milieu, mensenrechten, arbeidsomstandigheden, corruptie, en gezondheid en veiligheid, maar formuleren zij in driekwart van de gevallen eerder beginselen dan concrete doelstellingen.³² Bovendien gaat het vaak om standaardbepalingen in algemene voorwaarden die niet afzonderlijk worden besproken tijdens de onderhandelingen en evenmin worden toegespitst op de specifieke relatie, leveranciers, of de bedrijfssector.³³ Zo is niet denkbeeldig dat er onvoldoende acht wordt geslagen op de MVO-clausules en dat

31 Art. 7 lid 2 onder 2 Unilever – General Trade Terms; <https://www.unilever.com/files/9a9d4bfe-96c8-466d-b4d8-48249c04eb2c/unilever-general-trade-terms.pdf>.

32 EcoVadis & Affectio Mutandi, 'Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility. 2018 Study of CSR Contractual Practices Among Buyers and Suppliers', 2018, p. 23., p. 14, 19, 50, <https://resources.ecovadis.com/whitepapers/sustainability-clauses-commercial-contracts-key-corporate-responsibility>.

33 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 35, 37, 39-40.

deze dus niet als leidraad worden meegenomen in de bedrijfsvoering van de leverancier.³⁴

Er is een groot verschil tussen inkoop- en verkoopvoorwaarden wat betreft de aandacht die wordt gegeven aan contractuele duurzaamheidsverplichtingen. Anders dan in de inkoopvoorwaarden treffen wij in de verkoopvoorwaarden geen aandacht voor duurzaamheid in de handelsketen aan. Sterker nog, ondernemingen stipuleren dat de verkoopvoorwaarden prevaleren boven afwijkende inkoopvoorwaarden van de wederpartij. Als dit soort bedingen effect sorteren, wordt het nooit wat in de handelsketen. Het zou juist voor de hand moeten liggen dat ondernemingen, gelet op hun verantwoordelijkheid in de handelsketen voor het tegengaan van de negatieve impact van de activiteiten, zelf in hun verkoopvoorwaarden soortgelijke toezeggingen doen die zij worden geacht op te leggen aan hun toeleveranciers. De handelsketen houdt immers niet noodzakelijkerwijs op met de overeenkomst tussen de onderneming als verkoper en haar wederpartij.

Wij bevelen daarom aan dat de richtsnoeren die de Commissie zal dienen op te stellen aanwijzingen bevatten voor zowel inkoop- als verkoopvoorwaarden. Voorts dient zij te benadrukken dat de contractvoorwaarden over duurzaamheid bij voorkeur zo specifiek mogelijk te zijn en dat daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de *potentiële* negatieve gevolgen en de al *bekende, feitelijk te realiseren* negatieve gevolgen van de te sluiten overeenkomst.

4.3 Invloed op toelating en uitzetting van ketendeelnemers

Het Richtlijnvoorstel stelt geen vereisten aan de keuze van zakenpartners. In de praktijk zal de mate waarin de onderneming daadwerkelijk de negatieve impact van haar bedrijfsactiviteiten zal weten te voorkomen of beperken, echter in belangrijke mate afhangen met wie zij in zee gaat.

In de eerste plaats is de 'partnerkeuze' van de onderneming wat betreft haar directe zakenrelatie – de zogenaamde *tier-1* leveranciers – cruciaal voor het bewerkstelligen van duurzaamheid dat zich uitstrekt tot de achterliggende ketendeelnemers. Als de inzet van de *tier-1* leverancier voor een duurzame handelsketen betrouwbaar is, dan vermindert dat immers de kans dat er opvolgende ketendeelnemers dat niet zijn.³⁵

Daarnaast is het van belang dat de onderneming kan beïnvloeden wie er tot de keten wordt toegelaten, dat wil zeggen, wie de zakenpartners van haar directe gevestigde zakenrelaties zijn – en wellicht de achterliggende zakenrelaties. Hier gaat het dus om het verduurzamen van de handelsketen door invloed uit te oefenen op de toegang en uitgang van de keten.³⁶ Daarom is het van belang dat de on-

derneming bij haar directe zakenrelatie informatie ophaalt over de achterliggende leveranciers van die leveranciers. Het is hierbij echter wel van belang dat bij dat de toegangs-criteria duurzaamheidsverplichtingen bevatten en niet louter overwegingen die zien op kosten, kwaliteit, of aflevering – hetgeen in de praktijk nog te vaak het geval is.³⁷

Verschillende van de door ons onderzochte codes of conduct maken duidelijk dat de onderneming verwacht dat de code uitdrukkelijk wordt ondertekend; hieruit kan worden afgeleid dat de gebondenheid aan duurzaamheidseisen niet louter een kwestie van algemene voorwaarden is. Of er daarnaast actief informatie wordt verworven over de zakenpartners van de toeleverancier wordt uit de voorwaarden en codes niet duidelijk. Unilever onderscheidt in haar Responsible Sourcing Policy toeleveranciers die de minimumstandaarden van haar beleid naleven en voorts toeleveranciers met *good* en *best practices*. Om het level van de *good practices* te bereiken wordt uitdrukkelijk gekeken naar de zakenpartners van de leverancier vanuit het duurzaamheidsperspectief.³⁸

Wij bevelen dan ook aan in de op te stellen richtsnoeren van de Commissie aandacht te besteden aan de keuze van contractpartners.

4.4 De inhoud en het bereik van toezeggingen over duurzaamheid

De kern van het Richtlijnvoorstel zoals weergegeven in paragraaf 2 ligt in de te bedingen toezeggingen over duurzaamheid. Wij hebben hieruit de volgende vereisten voor de te bedingen toezeggingen kunnen afleiden:

- het contract bevat toezeggingen over het naleven van de gedragscode en het actieplan van de onderneming;
- het contract heeft aandacht voor de handelsketen; de naleving van gedragscode en actieplan moet worden doorgegeven aan andere schakels in de handelsketen.

Alle inkoopvoorwaarden die wij hebben onderzocht bevatten in enigerlei vorm een toezegging de gedragscode van de onderneming na te leven. Drie van de tien ondernemingen vragen woordelijk om een garantie of 'warranty' in plaats van enigerlei toezegging of 'assurance' zoals het Richtlijnvoorstel vraagt.³⁹ Uit de voorwaarden blijkt niet dat er wordt gewerkt met actieplannen als bedoeld in het Richtlijnvoorstel, met het oog op de gevallen waarin de potentiële negatieve gevolgen zo'n plan nodig maken; alle inkoopvoorwaarden dienen hierop te worden aangepast (vereiste iii).

De meeste inkoopvoorwaarden schenken weinig aandacht aan de handelsketen, terwijl de naleving van gedragscode

34 Zie EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 38.

35 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 23.

36 Cafaggi 2016, p. 233.

37 Villena & Gioia 2020, 92-3; Forrester, 'Seize The CSR Opportunity. The State Of Corporate CSR And How To Propel It Forward', 2021, p. 16, 17, <https://info.ivalua.com/forrester-corporate-social-responsibility>.

38 Onderdelen 1.8 en 1.9 van hoofdstuk II (Continuous improvement, benchmarks) van de Responsible Sourcing Policy.

39 Art. 15 lid 1 onder d Royal FrieslandCampina; art. 15 Heineken.

en actieplan moet worden doorgegeven aan andere schakels in de handelsketen (vereiste iv). KPN doet het wel, op een eenvoudige manier, zij het beperkt tot een specifieke groep:

‘Artikel 5 Corporate Social Responsibility

De leverancier zal voldoen aan de meest recente versie van KPN's Supplier Code of Conduct (<https://www.kpn.com/algemeen/alle-voorwaarden.htm>) en ervoor zorgen dat zijn personeel, dochterondernemingen en onderaannemers voldoen aan alle van toepassing zijnde wetgeving.⁴⁰

In haar inkoopvoorwaarden beperkt Unilever de verplichting in het algemeen tot de groep ondernemingen waartoe de leverancier behoort:

‘6.1. Supplier acknowledges that it has read the Unilever Responsible Sourcing Policy (the ‘RSP’) (...) Supplier agrees: a) that all entities of the Supplier group will comply with the Mandatory Requirements set out in the RSP (the ‘Mandatory Requirements’).

Met het oog op de aanwezigheid van ‘conflict mineralen’ strekt de verplichting zich uit tot de handelsketen:

‘6.4 (...) Supplier must perform appropriate due diligence on its supply chain in order to identify the actual presence and origin of conflict minerals in any product no later than thirty (30) days following each calendar year’.

In de verschillende Supplier Codes of Conduct staat meer. Zo kent de Randstad Global Supplier Code een ferme en algemeen geformuleerde bepaling:

‘The conditions of the Code are also applicable to the supplier's own supply base (sub-suppliers and subcontractors), and the supplier is accountable for ensuring that compliance is assured across all aspects of supply. Randstad reserves the right to amend the Code’.

Unilever houdt rekening met de eigen codes van de toeleverancier; die moet sporen met haar eigen Responsible Sourcing Policy:

‘The supplier has in place a code of conduct or responsible sourcing policy for its direct suppliers, which is consistent with the requirements of this Responsible Sourcing Policy. In addition, there is a process to communicate the requirements of the supplier's code or policy to all of its direct suppliers and to monitor compliance by these direct suppliers’.

DSM en Heineken zijn wat bescheiden door de verwachting uit te spreken dat hun code verderop in de handelsketen in acht wordt genomen. Shell kiest een indirecte formulering;

in haar Supplier Principles staat dat zij de relatie banden met toeleveranciers die de Principles onderschrijven in hun eigen activiteiten en in de samenwerking met hun toeleveranciers, zal ontwikkelen en versterken.

Algemeen onderzoek naar de praktijk van handelsketens wijst uit dat de verwachtingen van cascadeovereenkomsten of kettingbedingen beter worden getemperd. Dergelijke contractuele instrumenten zijn weliswaar bij uitstek geschikt om de gedragscode ook voorbij de directe zakenrelatie te implementeren, maar naleving van kettingbedingen voorbij de eerste schakel valt vaak tegen.⁴¹ Minder dan de helft van de MVO-clausules bevatte een kettingbeding dat verder reikte dan de eerstvolgende schakel.⁴² De kans op succes van kettingbedingen blijkt evenwel groter als de onderneming zich actiever opstelt bij het implementeren van de gedragscode bij de directe zakenrelatie. Het aanbieden van cursussen aan de leveranciers vergroot de kans dat zij ook de achterliggende ketendeelnemers helpen de duurzaamheidsverplichtingen te implementeren.⁴³ Dit zou kunnen worden gekoppeld aan het toezichtmechanisme, waarover nader in paragraaf 4.6.

Onderzoek wijst ook uit dat er aandacht moet worden besteed aan de comptabiliteit tussen de duurzaamheidseisen en de overige eisen van de te leveren producten en diensten. Zo is het moeilijk om de arbeidsomstandigheden te waarborgen, bijvoorbeeld ter zake van het maximaal aantal werkuren per week, als de onderneming tegelijkertijd onrealistische deadlines stelt.⁴⁴ Leveranciers blijken de zulke duurzaamheidseisen op zichzelf redelijk te achten, maar duidelijk is dat het kostenaspect aandacht behoeft.⁴⁵

Om deze redenen bevelen wij daarom aan dat de richtsnoeren van de Commissie aandacht besteden aan het zo belangrijke thema van de inhoud, het bereik en de inbedding van de verplichte contractuele toezeggingen.

4.5 Inzet van de beëindigingsbevoegdheid

Het Richtlijnvoorstel schrijft voor dat commerciële contracten een beëindigingsmogelijkheid dienen te bevatten voor het geval dat de inspanningen met het oog op de duurzaamheid tot niets leiden, zij het dat beëindiging als ultimatum remedium geldt (zie paragraaf 2). Wij leiden hieruit de volgende vereisten af:

- het contract voorziet in de beëindiging van de contractuele rechtsverhouding indien er sprake is van een ernstig potentieel negatief effect.
- het contract ziet beëindiging van de contractuele rechtsverhouding als laatste redmiddel.

40 Ook de Gedragscode voor Zakenpartners van AkzoNobel beperkt de verplichting tot onderaannemers.

41 Villena & Gioia 2020, p. 86. Zie ook European Commission, ‘Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report’, 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>, p. 16.

42 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 22.

43 Villena & Gioia 2020, p. 91.

44 Villena & Gioia 2020, p. 88.

45 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 31.

In de door ons onderzochte inkoopvoorwaarden krijgt de beëindiging van de contractuele rechtsverhouding maar weinig aandacht.⁴⁶ Dit geldt dus ook voor het specifieke geval waarin sprake is van een ernstig potentieel negatief effect. Er is überhaupt weinig aandacht voor de gevolgen van niet-nakoming van de toezegging. Tenslotte volgt uit geen enkele set inkoopvoorwaarden dat de beëindiging van de rechtsverhouding wordt gezien als een laatste redmiddel.

De DSM-voorwaarden vormen een uitzondering:

'17. Termination and suspension

17.1 Customer is entitled to suspend the performance of its obligations in whole or in part or terminate the Agreement with immediate effect, without prejudice to its right to claim damages and without any compensation to or indemnification of Supplier (...)

(ii) in case of non-compliance with clause 4, including but not limited to, the DSM Supplier Code of Conduct.'

Onuitgesproken komt het onderwerp aan bod in de Randstad-voorwaarden, waarin niet-naleving van de code wordt aangemerkt als een tekortkoming. Daarmee staat de weg naar ontbinding open, indien de tekortkoming die zou rechtvaardigen (art. 6:265 lid 1 BW):

'18. Randstad Group supplier code

18.1. De leverancier zal de 'Randstad Group supplier code' welke als bijlage aan deze Algemene Voorwaarden is gehecht en alle eventuele wijzigingen daarin, voor zover kenbaar gemaakt aan de leverancier, naleven. Niet-naleving van de Randstad Group supplier code wordt aangemerkt als een materiële tekortkoming in de nakoming van deze overeenkomst door de leverancier.'

AkzoNobel meldt in de eerste alinea van haar gedragscode voor Zakenpartners dat het niet-naleven van de Code kan leiden tot maatregelen, met inbegrip van het beëindigen van de zakenrelatie. KPN houdt het in haar Supplier Code of Conduct bij een heroverweging van de rechtsverhouding: 'KPN may reconsider its relationship with a supplier that does not comply with this code.'

In geen van de onderzochte voorwaarden komen wij een bevoegdheid tegen die de onderneming in staat stelt zijn zakenpartners te verbieden in de toekomst met dezelfde leverancier in zee te gaan en dus weer te laten aansluiten bij de keten.⁴⁷ Een dergelijke invulling van een beëindigingsclausule kan evenwel de onderneming een grotere invloed bieden op de toelating en uitzetting van ketendeelnemers die we hierboven bespraken (par. 4.3).

Het opnemen van de contractuele sanctie van beëindiging zoals in deze voorbeelden heeft verschillende functies. Ten eerste stelt een dergelijk beding de onderneming uiteraard

in staat zakenpartners die het niet nauw nemen met duurzaamheid uit de handelsketen te verwijderen. Die bevoegdheid zou in de eerste plaats echter niet als contractuele sanctie moeten dienen maar juist als een middel om verandering van gedrag te bevorderen.

Daarnaast kan het koppelen van sancties aan de MVO-verplichting ook het besef bij de leverancier vergroten dat de MVO-clausule inderdaad rechtens bindend en afdwingbaar is, en op die wijze leiden tot een grotere mate van naleving.⁴⁸ Het risico is dan dat de leverancier zich anders niet gebonden voelt en de aandacht voor duurzaamheid slechts als een communicatiemiddel beschouwt.⁴⁹

Bovendien zouden contractuele remedies niet louter moeten zien op individuele gevallen van niet-naleving, maar gericht zijn op structureel falen.⁵⁰ Uit onderzoek blijkt dat, hoewel MVO-clausules vaak ontbinding noemen als het gevolg van niet-naleving, slechts een klein deel van ondernemingen ook daadwerkelijk tot ontbinding overgaan.⁵¹ In dit verband blijkt de ontbindingsbevoegdheid effectiever in het verduurzamen van de handelsketen als MVO-clausules een gefaseerd sanctiesysteem bevatten dat aangeeft welke escalerende gevolgen niet-nakoming heeft.⁵² De gevolgen kunnen dan oplopen van een actieplan ter correctie van de misstanden, naar een opschorting van het contract, het verbeuren van contractuele boetes (welke eveneens stapsgewijs kunnen worden berekend), en tot slot ontbinding.⁵³ Een dergelijk sanctiesysteem voorkomt dat de verantwoordelijkheid te veel op de schouders van de leveranciers komt te rusten.⁵⁴

Ten slotte is het belangrijk om niet louter aandacht te hebben voor de sancties op overtreding van MVO-clausules, maar ook voor beloningen als een leverancier het goed doet. Met andere woorden, naast de contractuele 'sticks' kunnen contractuele 'carrots' ook effect sorteren. MVO-clausules kunnen commerciële prikkels bevatten zoals een voorwaardelijke prijsverhoging, verhoging van de af te nemen volumes of de frequentie van afname, contractverlenging, en het verlenen van preferente posities.⁵⁵ Een andere positieve prikkel is het door de onderneming oprichten van een 'preferred-supplier program' waarvoor de meest duurzame ketendeelnemers worden uitgenodigd om best practices uit te wisselen.⁵⁶

46 Vergelijk EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 48.

47 Cafaggi 2016, p. 234.

48 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 15, 48.

49 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 49.

50 Cafaggi 2016, p. 228.

51 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 48.

52 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 15, 52.

53 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 53-4; Cafaggi 2016, p. 224, 246-7.

54 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 25.

55 John G. Ruggie, 'From Audit to Innovation. Keynote Address at the Annual Conference of the Business Social Compliance Initiative Former UN Special Representative for Business & Human Rights Brussels', 2014, p. 4, <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/cril/files/BSCI%2BKeynote.pdf>. Zie ook EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 52.

56 Villena & Gioia 2020, p. 91.

Duidelijk mag zijn dat de beëindiging van de contractuele relatie in verband met de toezeggingen over duurzaamheid nadere uitwerking verdient in de richtsnoeren. De inbedding van de beëindigingsmogelijkheid in een bredere context van remediëring zou kunnen worden gekoppeld aan een toezichtmechanisme. Zie over het laatste de volgende paragraaf.

4.6 Een evenwichtig toezichtmechanisme

Onder de vigeur van het Richtlijnvoorstel moeten ondernemingen niet alleen oog hebben voor de toezeggingen die zij moeten bedingen, maar moeten zij de naleving van die toezeggingen ook volgen. Hieruit leiden wij de laatste vereisten af waaraan de contracten dienen te voldoen:

- het contract voorziet in een eerlijk, redelijk en niet discriminerend toezichtmechanisme.
- het contract houdt rekening met de bijzondere positie van partners uit het midden- en klein bedrijf.
- het contract bepaalt dat de kosten van het toezichtmechanisme voor rekening van de onderneming komt en niet voor rekening van partners uit het midden- en klein bedrijf.
- het contract voorziet in flankerend beleid ter ondersteuning van partners uit het midden- en kleinbedrijf.

De meeste door ons bekeken inkoopvoorwaarden kennen wel een algemene inspectiemogelijkheid, maar uit geen van de inkoopvoorwaarden of Supplier Codes of Conduct blijkt dat er rekening wordt gehouden met zakenpartners uit het midden- en kleinbedrijf (onderwerpen viii), laat staan dat dat er voor deze zakenpartners wordt voorzien in een mild toezichtmechanisme en flankerend beleid (onderwerpen ix en x). De opbrengst is dus schamel.

KPN en Randstad behandelen het onderwerp in hun Supplier Code of Conduct, waaruit blijkt dat de toeleveranciers tijd wordt gegund om verbeteringen door te voeren. In de Heineken Supplier Code biedt Heineken 'tips' ter naleving van de code:

'We recognise that we have a duty to support our Suppliers to help improve standards and capabilities. The introduction of the tips for continuous improvement sections act as a reference and offers support on how to further improve on the respective fields of responsible business conduct in this Supplier Code.'

DSM hint in haar Supplier Code of Conduct op ondersteuning aan de compliance van de toeleverancier:

'Through dialogue with our suppliers, and training if required, we aspire to achieve an adequate implementation of the Supplier Code of Conduct, to continuously improve business conduct and to discover our suppliers' unique competences that contribute to People, Planet and Profit.'

Unilever brengt, anders dan de richtlijn zal vereisen, de kosten van toezicht voor rekening van de wederpartij:

6.1. (...) Supplier agrees: (...) b) to take at its own cost any action reasonably required by Unilever to: (i) verify compliance by all entities of the Supplier group with the Mandatory Requirements; and (ii) rectify any non-compliance by an entity of the Supplier group within the timeframe stipulated by Unilever.

Het heeft dus zin als de richtsnoeren aandacht besteden aan het toezichtmechanisme. Een contractueel evenwicht op dit punt komt de verduurzaming van de handelsketen ten goede in ten minste drie opzichten.

Ten eerste heeft het Richtlijnvoorstel er goed aan gedaan van de onderneming te vergen dat deze in elk geval een deel van de kosten draagt van het door de leveranciers naleven van MVO-clausules of assistentie verleent, inclusief de kosten van het uitvoeren van toezicht op naleving van de MVO-clausules.⁵⁷ In de praktijk levert het naleven van MVO-clausules namelijk regelmatig operationele problemen op voor leveranciers. Uit onderzoek blijkt dat zij vaak niet de nodige middelen en expertise in huis hebben, en dat het respecteren van MVO-clausules niet mogelijk is zonder dat het behoud van het productieniveau in het gedrang komt.⁵⁸ Met name leveranciers die zich lager in de handelsketen bevinden, schijnen operationeel minder goed in staat te zijn om de MVO-verplichtingen die bovenaan de keten zijn gesteld na te leven, nog afgezien van het feit dat zij minder vaak goed op de hoogte zijn van dergelijke verplichtingen.⁵⁹ Uit onderzoek blijkt evenwel dat in werkelijkheid het merendeel van ondernemingen de leveranciers de volledige kosten dragen van audits. Een kleiner deel van de ondernemingen deelt de kosten, doch slechts weinig ondernemingen betalen de kosten geheel zelf.⁶⁰

Ten tweede blijken MVO-clausules inderdaad effectiever als deze een concrete verplichting voor de leveranciers bevatten om audits of assessments te dulden of uit te voeren.⁶¹ Ook op dit punt doet het Richtlijnvoorstel er goed aan te streven naar een evenwichtig toezichtmechanisme. Gebrek aan toezicht door de ondernemer in de keten is één van de belangrijkste redenen gebleken waarom MVO-clausules in de praktijk niet toereikend bleken. Onderzoek wijst uit dat ondernemingen de grootste moeite hebben met het uitvoeren van toezicht op de naleving van MVO-clausules.⁶² In de praktijk voert een deel van de ondernemingen het toezicht zelf uit of door auditbedrijven, terwijl anderen het over laten aan de leveranciers door middel van minder betrouwbare self-assessments.⁶³ Omdat handelsketens soms

57 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 35.

58 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 51.

59 Villena & Gioia 2020, p. 88.

60 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 15, 44.

61 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 44.

62 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 43.

63 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 43.

duizenden leveranciers bevatten, kunnen de kosten van toezicht worden beperkt door selectief te monitoren op basis van een risicoanalyse waarin leveranciers worden geïdentificeerd die de grootste kans op misstanden vertoont⁶⁴ of een invloedrijke positie innemen in de handelsketen.

Ten derde zou moeten worden voorkomen dat MVO-clausules alle risico's van reputatieschade of aanspraken tot schadevergoeding van derden bij de leverancier leggen.⁶⁵ Als het al feitelijk en juridisch houdbaar zou zijn om verantwoordelijkheid door te schuiven van onderneming naar leverancier, zou het vanwege de negatieve effecten op de bereidheid van leveranciers en overige zakenpartners om bij te dragen aan het verhogen van de duurzaamheid in de handelsketen. On-evenwichtigheden op dit punt zouden er namelijk toe leiden dat leveranciers zich onthouden van verdere samenwerking met de onderneming.⁶⁶

De wijze waarop het toezicht moet worden ingekleed via toezeggingen, met name gelet op de verdeling van de daarmee gemoeide kosten en de risico's bij niet-naleving van de gedragscodes, verdient derhalve uitwerking in de richtlijnen, en wel in verbinding met de inhoudelijke toezeggingen besproken in paragraaf 4.4 en met de sancties in paragraaf 4.5.

4.7 *Het belang van samenwerking*

Het Richtlijnvoorstel geeft zowel in artikelen 7 en 8 als in de preambule en de toelichting op de richtlijn blijk van een bewustzijn dat van samenwerking met leveranciers en andere entiteiten van belang is voor het verduurzamen van handelsketens. Hoe deze samenwerking er in de praktijk uit zou moeten zien en hoe die kan worden bereikt, maakt de richtlijn echter niet duidelijk. Sommige Codes of Conduct geven een aanzet, getuige de voorbeelden van DSM en Heineken uit de vorige paragraaf. Onderzoek dat in de afgelopen jaren is verricht door wetenschappers alsook belangenorganisaties biedt wel enige perspectief.

Ten eerste blijkt samenwerking tussen ondernemingen en hun directe zakenrelaties effectief te kunnen zijn. Deze samenwerking vraagt bijvoorbeeld om een eerlijke verdeling van verantwoordelijkheden.⁶⁷ Zo zijn er voorbeelden van producenten van consumentengoederen die hun leverancier helpen met het ontwerpen en implementeren van duurzaamheidsprogramma's.⁶⁸ Een dergelijke collaboratieve houding past bij de waarde die veel ondernemingen hechten aan het bevorderen van langdurige zakenrelaties

met hun leveranciers.⁶⁹ Een verdergaande vorm van samenwerking die verduurzaming van de handelsketen bevordert is het toelaten van leveranciers als lid van de brancheorganisatie waar de onderneming lid van was. Op die wijze zijn deze leveranciers via hun lidmaatschap direct verplicht aan dezelfde duurzaamheidsvereisten voldoen als de onderneming.⁷⁰

Ten tweede werkt samenwerking tussen ondernemingen die concurreren binnen dezelfde markt kostenbesparend, zowel voor henzelf als voor hun leveranciers. Wanneer handelsketens overlappen, kunnen ondernemingen bijvoorbeeld samen optrekken in de vorm van mondiale brancheorganisaties, zoals thans reeds gebeurt op het gebied van consumentengoederen en textiel.⁷¹ Op deze wijze kunnen duurzaamheidsvereisten binnen bepaalde economische sectoren gestandaardiseerd worden.⁷² Sectorwijde uniforme standaarden voorkomen enerzijds dat leveranciers niet tegelijkertijd aan verschillende of soms tegenstrijdige MVO-clausules hoeven te voldoen.⁷³ Anderzijds kunnen ondernemers het monitoren van naleving van die clausules gezamenlijk organiseren en de kosten daarvan delen.⁷⁴ Bovendien zal het belang van de leverancier om de gedragscodes na te komen groot zijn indien niet-naleving van de gedragscode van de ene afnemer tevens de niet-naleving van die van andere afnemers betekent.⁷⁵

Ten derde kunnen ondernemers op mondiaal niveau samenwerken met overheden, ngo's en andere maatschappelijke partners. Deze strategie is met name belangrijk voor het overwinnen van de grootste belemmering in het beheersen van ondernemingen van hun handelsketens: de traceerbaarheid of zichtbaarheid van de activiteiten van deelnemers lager in de keten, althans, verder verwijderd van de onderneming-afnemer.⁷⁶ Ondernemers kunnen via hun *tier-1* leverancier informatie vergaren over achterliggende ketendeelnemers.⁷⁷ In de praktijk lijkt dat echter nog niet vaak genoeg te gebeuren.⁷⁸ Samenwerking met private, publieke, en maatschappelijke partners ten behoeve van informatievergaring⁷⁹ kan aldus het probleem van traceerbaarheid te lijf gaan.

Het zou wat ons betreft zinvol zijn als de door de Commissie op te stellen richtlijnen handvatten zouden bevatten voor het ontwikkelen van samenwerking binnen branches, in en tussen handelsketens en met verschillende stakeholders, om informatie uit te wisselen en toezicht te bevorderen.

64 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 45.

65 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 52. Vergelijk TK 2021–2022, 22112, nr. 3429 (Verslag van een schriftelijk overleg), p. 6, 7, 16–7, 32–3. Brief d.d. 24 juni 2022 van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking, 'Vragen inzake het BNC-fiche over het voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid', p. 2. Zie ook de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissie voorstellen (BNC), EK 2021–2022, 22112, IS (Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken), p. 6.

66 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 45.

67 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 52.

68 Bové & Swartz 2016, p. 7.

69 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 50.

70 Villena & Gioia 2020, p. 92.

71 Bové & Swartz 2016, p. 7; Villena & Gioia 2020, p. 91–2.

72 Villena & Gioia 2020, p. 91.

73 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 45.

74 Zie Cafaggi 2016, p. 242.

75 Zie, indirect, Cafaggi 2016, p. 241.

76 Cafaggi 2016, p. 228. European Commission 2020, p. 70 e.v.

77 Cafaggi 2016, p. 229, 238.

78 EcoVadis & Affectio Mutandi 2018, p. 23.

79 United Nations Global Compact, 'A Guide to Traceability. A Practical Approach to Advance Sustainability in Global Supply Chains (2014, unglobalcompact.org/library/791), p. 23, 30.

5. Slot

Bij de huidige stand van zaken moeten wij bescheiden zijn over de te verwachten bijdrage van het Richtlijnvoorstel aan het voorkomen, beperken en beëindigen van milieuschade en mensenrechtenschendingen die in verband kunnen worden gebracht met activiteiten van het internationale bedrijfsleven. Vooralsnog is denkbaar dat er een afschrikwekkende werking uitgaat van de strafbepalingen en de aansprakelijkheidsnorm, maar daarmee is nog geen bijdrage geleverd aan terugbrengen van misstanden in de internationale handelsketen.

Het gebruik van contractuele toezeggingen en een regeling van het toezicht in de handelsketen is nu nog te weinig concreet om hoge verwachtingen te koesteren, maar inzichten uit de huidige contracteerpraktijk bieden hopelijk een eerste stap naar het daadwerkelijk verduurzamen van de handelsketens van ondernemingen in de Europese Unie.

Wij bevelen dan ook aan dat de richtsnoeren die de Commissie ingevolge artikel 12 van het Richtlijnvoorstel zal ontwikkelen aanwijzingen zullen bevatten voor de gedetailleerdheid van toezeggingen in de in- en verkoopvoorwaarden en gedragscodes, de invloed van ondernemingen op de toe- en uitreding van leveranciers in de handelsketen, de koppeling van een toezichtmechanisme aan de gevolgen van niet-naleving, de evenwichtigheid van de allocatie van kosten van toezicht en de risico's van niet-naleving, en de wijze waarop horizontale en verticale samenwerking in het web van afnemers en leveranciers het meest effectief kan worden vormgegeven.

De op grond van artikel 12 van het Richtlijnvoorstel te ontwikkelen richtsnoeren voor niet-bindende modelcontractbepalingen zouden de ondernemingen op weg moeten helpen bij het op de schop nemen van hun inkoop- en verkoopvoorwaarden en het introduceren van bepalingen die erop zijn gericht te worden doorgegeven aan opvolgende zakenpartners in de handelsketen en van een toezichtmechanisme met aandacht voor de bijzondere positie van zakenpartners uit het midden- en kleinbedrijf.

6. Lijst van geraadpleegde inkoopvoorwaarden en Supplier Codes of Conduct:

1. AkzoNobel General Terms and Conditions of Purchase
www.akzonobel.com/content/dam/akzonobel-corporate/global/en/about-us/for-suppliers/terms-and-condition-/global-terms-and-condition-of-purchase-akzonobel.pdf

www.akzonobel.com/en/about-us/governance-/policies---procedures/business-partner-code-of-conduct0

2. ASML, General Terms and Conditions of Purchase for goods and services

www.asml.com/en/general-terms-and-conditions

3. DSM General Purchase Conditions for Goods and Services 2020
www.dsm.com/content/dam/dsm/suppliers/en/documents/dsm-gpc-2020-nl.pdf

www.dsm.com/content/dam/dsm/suppliers/en/documents/supplier-code-of-conduct-en.pdf

4. Heineken Nederland, Algemene inkoopvoorwaarden
www.heinekennederland.nl/sites/theheineken-netherlands/files/supplier-portal/inkoopvoorwaarde-nhnl-2014.pdf

www.theheinekencompany.com/sites/theheinekencompany/files/Suppliers/Heineken-NV-2019-Supplier-Code.pdf

5. KPN, Algemene Inkoopvoorwaarden
www.overons.kpn/downloads/KPN_Algemene_Inkoopvoorwaarden_General_Terms_and_Conditions_of_Purchase_2022.pdf

www.overons.kpn/downloads/KPN_Supplier_Code_of_Conduct_2022.pdf

6. Randstad Groep Nederland, Algemene Inkoopvoorwaarden
<https://www.randstad.nl/binaries/content/assets/randstadnl/over-randstad/2022-01-24-rgn-aiv-met-bijlagen-nl.pdf>

www.randstad.com/s3fs-media/rscom/public/2021-04/randstad-global-supplier-code-20210412.pdf

7. Royal FrieslandCampina, General Purchase Conditions
www.frieslandcampina.com/uploads/sites/2/2022/05/Royal-FrieslandCampina-NV-General-Purchase-Conditions-October-2021.pdf

www.frieslandcampina.com/uploads/2020/04/FrieslandCampina-Compass-Business-practices-for-business-partners.pdf

8. Shell, Terms and conditions for the purchase of goods and services
www.shell.com/business-customers/shell-for-suppliers/purchase-order-general-t-s-and-c-s/_jcr_content/par/tabbedcontent/tab_597004049/textimage.stream/1632733105302/0bcf0b9a20d01c091d93f01953616034d1888ddc/september-2021-word-editable-version-netherlands.pdf

www.shell.com/business-customers/shell-for-suppliers/supplier-principles.html

9. Stork, Algemene inkoopvoorwaarden
<http://www.stork.com/getmedia/8580e681-b2ad-444b-8e3a-3fc839eb3d92/AIV-NL-Dutch.pdf?sitenam=Stork>
10. Unilever, General Terms and Conditions for the Purchase of Products and Services
www.unilever.nl/files/origin/7344b278c56ecf7d82535805618364039f87f494.pdf/2021-03-Global-purchasing-GTCs-English.pdf

assets.unilever.com/files/92ui5egz/production/9cc1fed0d3248247089934dac59383022833a162.pdf/slp-unilever-responsible-sourcing-policy-2014.pdf