

Artikel

Het opstellen en overeenkomen van een Code of Conduct onder de CSDDD

Mr. A.Z. Lankhaar*

1. Inleiding

Er is in de afgelopen jaren een veelheid aan Europese en nationale wet- en regelgeving ontwikkeld op het gebied van *Environmental, Social and Governance* (ESG). Nu het regelkader steeds omvangrijker wordt, hebben ondernemingen – noodgedwongen of vrijwillig – steeds meer oog voor ESG, waaronder de aandachtsgebieden milieu en mensenrechten. Relevant in dit kader is onder meer de Europese Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid (Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)).¹ Een van de vereisten die de CSDDD stelt aan ondernemingen die onder de CSDDD vallen,² betreft het hanteren van een gedragscode.

Een gedragscode omvat verplichtingen waarin normen en principes zijn vastgelegd voor het uitvoeren van zakelijke activiteiten op de markt, welke verplichtingen bedrijven vrijwillig op zich nemen.³ Ook vóór de inwerkingtreding van de CSDDD maakten ondernemingen al gebruik van gedragscodes om aan te geven welk gedrag zij passend achten binnen hun eigen onderneming en wat zij van hun contractspartijen verwachten. Zowel de

inhoud als de juridische betekenis van dergelijke gedragscodes verschilt.⁴ Zo kan een onderneming voorschriften opnemen gericht op een breed scala aan onderwerpen, zoals mensenrechten, milieu en arbeidsomstandigheden. Sommige ondernemingen volstaan vervolgens met het publiceren van een gedragscode op hun website. Andere maken de gedragscode onderdeel van hun overeenkomsten. In het eerste geval zijn de contractspartijen van de ondernemingen niet direct gebonden aan de gedragscode, deze is immers niet overeengekomen. Hoogstens kan gesteld worden dat zij verplicht zijn zich te houden aan maatschappelijke moraal- en fatsoensnormen, waarbij gedragscodes die in de betreffende branche worden gebruikt, kunnen helpen om die moraal- en fatsoensnormen inkleuring te geven. De nakoming van de gedragscode kan in dat geval echter niet worden afgedwongen. Dat kan alleen als de toepassing van de gedragscode is overeengekomen tussen de onderneming en haar contractspartijen. De CSDDD vereist deze contractuele binding. Deze bijdrage wordt dan ook geschreven vanuit het oogpunt dat een onderneming een gedragscode opstelt om daar vervolgens haar contractspartij contractueel aan te verbinden.

De eisen die een onderneming in het kader van haar gedragscode wil opleggen aan een andere partij in haar activiteitenketen kan zij uitschrijven in de overeenkomst, opnemen in haar algemene voorwaarden of uitwerken in een separaat document.⁵ Het is te verwachten dat ondernemingen in de verplichtingen uit de CSDDD aanleiding zien een separaat document op te stellen

129

* Mr. A.Z. Lankhaar is advocaat bij Van Benthem & Keulen.

1 Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859. Zie voor een nadere uitwerking van de CSDDD de bijdrage van mr. H.P.E. Smolenaers in dit jubileumnummer.

2 Art. 2 CSDDD omschrijft de toetsingscriteria om te bepalen of een onderneming gebonden is aan de CSDDD.

3 Rapport Corporate Responsibility. Private initiatives and public goals van de OECD, 2001, p. 48.

4 Zie ook M.W. Scheltema, Corporate counsels en *Business and Human Rights*: een goede relatie?, Tijdschrift voor de ondernemingsrechtspraktijk 2019/4, par. 4.

5 Zie ook A.L. Vytöpil, Contractual Control in the Supply Chain. On Corporate Social Responsibility, Codes of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability (diss. UU), Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 61.

waarin zij de ESG-verplichtingen zo veel mogelijk op één plek kunnen neerleggen, dan wel een bestaande separate gedragscode uit zullen breiden. Daarom wordt in deze bijdrage ingegaan op het gebruik van een separaat document, hierna de Code of Conduct genoemd. Daarbij staan twee vragen centraal die een onderneming moet beantwoorden bij het opstellen en hanteren van haar Code of Conduct:

Wenst de onderneming haar ketenpartners strikte of meer vrijblijvende ESG-verplichtingen op te leggen? Op welke wijze wenst een onderneming de conformering aan de Code of Conduct met haar contractspartner en eventuele andere ketenpartners overeen te komen?

Beide vragen worden besproken met het oog op de eisen die de CSDDD in dit kader aan een onderneming stelt. Uitgangspunt in deze bijdrage betreft een overeenkomst tussen twee ondernemingen. Op eventuele afwijkende of aanvullende verplichtingen ten aanzien van consumenten wordt niet ingegaan.

In paragraaf 2 wordt eerst ingegaan op de verplichting die de CSDDD op ondernemingen legt om een Code of Conduct te hanteren. Vervolgens wordt in paragraaf 3 een overzicht gegeven van de wijzen waarop een onderneming haar Code of Conduct kan inrichten aan de hand van declaratoire bedingen, inspannings- of resultaatsverplichtingen. Voor de onderneming die haar Code of Conduct inmiddels heeft opgesteld, volgt in paragraaf 4 een uiteenzetting over de wijze waarop zij deze kan overeenkomen met partners uit de keten. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin de onderneming contracteert met haar toeleverancier of afnemer, en de situatie waarin de onderneming haar Code of Conduct wil opleggen aan partners verderop in haar activiteitenketen. Ten slotte wordt in paragraaf 5 afgesloten met een aantal belangrijke aandachtspunten voor de praktijk.

2. Code of Conduct bezien vanuit het perspectief van de CSDDD

2.1 CSDDD

Om het belang van het bepalen van de inhoud en het correct overeenkomen van een Code of Conduct beter te kunnen duiden, volgt hier eerst een korte schets van de doelstelling van de CSDDD en wat er in dat kader van ondernemingen wordt verwacht voor wat betreft het hanteren van een Code of Conduct.

Een van de prioriteiten van de Europese Unie betreft het bereiken van een hoge mate van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Deze doelstelling vereist volgens het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie niet alleen de betrokkenheid van overheidsinstanties, maar ook die van particuliere actoren,

met name ondernemingen.⁶ Het doel van de CSDDD is in het bijzonder om ervoor te zorgen dat ondernemingen die actief zijn op de interne markt, zullen bijdragen aan duurzame ontwikkeling en de overgang naar duurzaamheid van economieën en samenlevingen. Dit doel zou onder meer bereikt moeten worden doordat ondernemingen de feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en het milieu in verband met hun activiteiten vaststellen en deze effecten kort gezegd voorkomen, beëindigen, beperken en/of herstellen. Het gaat hierbij niet enkel om de eigen activiteiten van een onderneming, maar ook om de activiteiten van haar dochterondernemingen en zakenpartners in de activiteitenketen.⁷

In de CSDDD staat het begrip ‘passende zorgvuldigheid’ centraal. Om ervoor te zorgen dat ondernemingen ‘passende zorgvuldigheid’ inzake mensenrechten en milieu betrachten, worden van ondernemingen die onder de richtlijn vallen – de verplichtingen uit de CSDDD zijn van toepassing op grotere ondernemingen; zie voor de toetsingscriteria artikel 2 CSDDD – verschillende acties verlangd.⁸ Zo bepaalt artikel 7 lid 1 CSDDD:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat ondernemingen passende zorgvuldigheid in al hun relevante beleid en risicobeheersystemen integreren en dat zij over een beleid inzake passende zorgvuldigheid beschikken dat een risicogebaseerde passende zorgvuldigheid waarborgt.’

Het begrip ‘passende zorgvuldigheid’ is niet nieuw. Dit begrip komt voort uit bestaande internationale regelgeving. Hiermee wordt, kort gezegd, bedoeld op het uitvoeren van due diligence op feitelijke en potentiële risico’s in verband met het handelen van een onderneming. Zo wordt in de OESO-richtlijnen toegelicht:

‘(...) onder gepaste zorgvuldigheid [wordt] een proces verstaan waarmee ondernemingen daadwerkelijke en potentiële negatieve gevolgen kunnen identificeren, voorkomen en verminderen, en waarmee zij verantwoording kunnen afleggen over hun aanpak van die gevolgen als integraal onderdeel van hun besluitvormingsproces en risicobeheerssystemen.’⁹

De verplichtingen in de CSDDD komen volgens de Nederlandse wetgever in grote lijnen overeen met de zes stappen van het *gepaste zorgvuldigheids*proces zoals dat is opgesteld door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO/OECD). In de OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk

6 Richtlijn (EU) 2024/1760, overweging 2.

7 Richtlijn (EU) 2024/1760, overweging 16.

8 Richtlijn (EU) 2024/1760, overweging 38.

9 OECD, OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen, Parijs: OECD Publishing 2024, doi: org/10.1787/f3667ab4-nl, p. 16-17.

Verantwoord Ondernemen worden deze stappen van een *gepaste zorgvuldigheidskader* uiteengezet:¹⁰

1. Integreer maatschappelijk verantwoord ondernemen in beleid en managementsystemen.
2. Identificeer en beoordeel daadwerkelijke en potentiële negatieve gevolgen van de activiteiten, producten of diensten van de onderneming.
3. Stop, voorkom en beperk negatieve gevolgen.
4. Monitor de praktische toepassing en resultaten.
5. Communiceer hoe negatieve gevolgen worden aanpak.
6. Zorg voor herstelmaatregelen of werk hieraan mee wanneer dit van toepassing is.¹¹

Uiterlijk in 2027 worden er richtsnoeren van de Europese Commissie verwacht waarmee nadere duiding gegeven moet worden aan de gepaste zorgvuldigheidsverplichtingen in de CSDDD (artikel 19 CSDDD).¹² In het vervolg van artikel 7 CSDDD worden al wel een aantal meer specifieke verplichtingen beschreven die in dit kader door de CSDDD aan de ondernemingen worden opgelegd. Zo moet het beleid van de onderneming onder meer een gedragscode bevatten waarin de regels en beginselen worden beschreven die de hele onderneming, de dochterondernemingen en de (in)directe zakenpartners van de onderneming moeten volgen (artikel 7 lid 2 sub b CSDDD).

Uit het begrip ‘zakenpartners’ en de definitie daarvan in artikel 3 lid 1 sub f CSDDD¹³ volgt dat het niet enkel gaat om de *toeleveranciers* van een onderneming die de gedragscode moeten volgen, maar ook om de *klanten* van de onderneming. Oftewel *upstream* en *downstream* zakenpartners moeten gebonden worden aan de gedragscode. In het vervolg van deze bijdrage zal als voorbeeld steeds de relatie onderneming-toeleverancier (*upstream*) als voorbeeld worden genomen, maar het is dus belangrijk te beseffen dat hetgeen wordt besproken eveneens geldt voor de relaties *downstream*.

In aanvulling op de gedragscode moet in het beleid van de ondernemingen die onder de CSDDD vallen tevens een beschrijving worden opgenomen van de maatregelen die zijn getroffen om de naleving van de gedragscode te controleren en om de toepassing ervan op de onderneming zelf ook uit te breiden tot zakenpartners (artikel 7 lid 2 sub c CSDDD).

De vereiste gedragscode moet van toepassing zijn op alle relevante bedrijfsfuncties en -activiteiten, met in-

begrip van beslissingen inzake aankoop, tewerkstelling en inkoop.¹⁴

2.2 Wetsvoorstel Wet internationaal verantwoord ondernemen

Op 18 november 2024 is de Wet internationaal verantwoord ondernemen (hierna: het wetsvoorstel) in consultatie voorgelegd. Dit wetsvoorstel beoogt de CSDDD te implementeren.¹⁵ Het ministerie van Buitenlandse Zaken heeft gekozen voor het ‘zuiver en lastenluw’ omzetten van de CSDDD. Dat betekent dat alleen die regels in het wetsvoorstel zijn opgenomen die noodzakelijk zijn voor de implementatie van de CSDDD. De wetgever heeft ernaar gestreefd regels op te stellen die zo min mogelijk extra werk en kosten opleveren voor Nederlandse bedrijven en de toezichthouder.

De verplichting een gedragscode op te stellen zoals beschreven in artikel 7 CSDDD is omgezet in artikel 2.2.1.1 van het wetsvoorstel. In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld van een gedragscode verwezen naar de Two-Way Code of Conduct van de Zeeman Groep B.V. Dit betreft een tweezijdige gedragscode. Hierin zijn niet alleen de minimumstandaarden opgenomen die Zeeman aan haar leveranciers en producenten stelt, maar ook het commitment van de eigen inkopers van Zeeman om aan de onderwerpen van deze gedragscode te voldoen en inkoopbeslissingen te nemen die goede arbeidsomstandigheden garanderen.¹⁶

De inwerkingtreding van de wet staat gepland op 26 juli 2026, waarbij een overgangstermijn wordt geboden van één, twee of drie jaar, afhankelijk van de omvang van de onderneming. Er kon tot en met 29 december 2024 gereageerd worden op alle onderdelen van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Inmiddels is de consultatie gesloten.

3. Inhoud Code of Conduct: declaratoir beding, inspannings- of resultaatsverplichting?

3.1 Grote mate van vrijheid bij het vormgeven van een Code of Conduct

De CSDDD vereist van ondernemingen die onder haar toepassingsgebied vallen dus dat zij een Code of Conduct hanteren. De onderneming heeft wat betreft de inhoud van de Code of Conduct een hoge mate van vrijheid. Enkel is voorgeschreven dat deze een beschrijving moet omvatten van de ‘na te leven regels en beginselen’ (artikel 7 lid 2 sub b CSDDD). Welke regels en beginselen een onderneming zichzelf en haar zakenpartners oplegt,

10 OESO, Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, 2019, p. 19 e.v.

11 OECD 2024, p. 17.

12 Consultatieversie memorie van toelichting wetsvoorstel internationaal verantwoord ondernemen, par. 2.2.2.

13 Art. 3 lid 1 sub f CSDDD: “zakenpartner”: een entiteit:
i) waarmee de onderneming een commerciële overeenkomst heeft met betrekking tot de activiteiten, producten of diensten van de onderneming of waaraan de onderneming diensten verleent op grond van punt g) (“directe zakenpartner”), of
ii) die geen directe zakenpartner is, maar wel zakelijke activiteiten verricht met betrekking tot de activiteiten, producten of diensten van de onderneming (“indirecte zakenpartner”);

14 Richtlijn (EU) 2024/1760, overweging 39.

15 Wetsvoorstel Wet internationaal verantwoord ondernemen, www.internetconsultatie.nl/wivo/b1, online geraadpleegd op 23 november 2024.

16 www.zeeman.com/media/wysiwyg/pdf/Zeeman_Two_way_Code_of_Conduct_-_Sept_2022.pdf, online geraadpleegd op 4 december 2024.

is dus in beginsel aan de onderneming zelf. De onderneming kan dus ook zelf bepalen hoe streng zij de Code of Conduct wenst in te kleden.

Allereerst kan daarbij nagedacht worden over de onderwerpen die de onderneming in de Code of Conduct wil reguleren. De CSDDD stelt voorschriften vast met betrekking tot feitelijke en potentiële negatieve effecten op *mensenrechten* en negatieve *milieueffecten* (artikel 1 sub a CSDDD). Dit zijn zeer brede begrippen. Het is aan de onderneming te bepalen op welke specifieke deelgebieden van deze terreinen zij conformering van haar toeleveranciers wenst. Als voorbeeld volgt hier een greep uit de speerpunten die naar voren komen in de Codes of Conduct van verschillende bedrijven die online zijn gepubliceerd:¹⁷

‘Alle vormen van moderne slavernij verbieden, waaronder:

- gedwongen arbeid
- horige arbeid
- verplichte arbeid
- kinderarbeid.’

‘Zorg dat uw installaties geen onnodige risico’s met zich meebrengen voor het milieu of het algemene publiek.’

‘Eerlijke beloning is een essentieel ijkpunt voor eerlijke arbeidsomstandigheden. Eerlijkheid komt niet alleen tot uiting in de hoogte van de beloningen. Even belangrijk is het dat mechanismen die leiden tot het vaststellen van een bepaalde beloning niet-discriminerend, transparant en begrijpelijk zijn. Redelijke salarissen/lonen moeten betaald worden wanneer ze verschuldigd zijn. Bij het bepalen van het salaris/loon moeten ten minste de bepalingen over minimumloon in de toepasselijke wetgeving worden opgevolgd en moet rekening worden gehouden met criteria zoals de lokale kosten van levensonderhoud.’

‘Bewaak, beheers en behandel lozingen als gevolg van werkzaamheden op verantwoorde wijze.’

‘Zet u in om het welzijn van de mensen binnen onze aanvoerketen te garanderen, de plaatsen waar u materialen verkrijgt en verwerkt te beschermen, en ervoor te zorgen dat de verkoop van mineralen of andere grondstoffen geen gewapende conflicten of schendingen van mensenrechten financiert.’

Daarnaast heeft de onderneming de vrijheid om de mate van detail van haar Code of Conduct te bepalen. Houdt de onderneming het bij een algemene verplichting, zoals het laatste hiervoor weergegeven voorbeeld? Of wenst zij in meer detail de verplichtingen van de toeleverancier vast te leggen? Een meer gedetailleerde verplichting is bijvoorbeeld een bepaling waarin de onderneming een bepaald maximaal percentage aan CO₂-uitstoot bij de productie eist. De mate van detail van de

afspraken hangt samen met de juridische inkleuring van de verplichtingen: wenst een onderneming inspannings- of resultaatsverplichtingen overeen te komen of verkeert zij in een positie dat zij niet meer wil of kan overeenkomen dan ‘enkel’ declaratoire bedingen waarin slechts een bestaande situatie op papier wordt bevestigd (zie paragraaf 3.2)?¹⁸ Het overeenkomen van resultaatsverplichtingen zal een meer gedetailleerde opzet van de Code of Conduct vereisen dan de andere twee opties.

3.2 Declaratoir beding

Een onderneming kan ervoor kiezen in haar Code of Conduct te volstaan met declaratoire bedingen. Het doel van een declaratoir beding is om duidelijkheid te verschaffen over een bepaalde situatie, rechtstoestand of juridische relatie zoals deze al bestaan op het moment van de contractsluiting. Het beding bevestigt simpelweg het bestaan van een situatie of een afspraak die ook daarvoor al bestond, dit in tegenstelling tot een constitutief beding, dat juist nieuwe rechten of verplichtingen creëert.¹⁹ Een voorbeeld:

‘Partijen zijn zich beiden bewust van de noodzaak en het belang om maatschappelijk verantwoord te ondernemen, waarbij zij rekening houden met de bescherming van mensenrechten en het klimaat.’

Het vastleggen van deze uitgangspunten is vanzelfsprekend een goede basis voor een samenwerking. Als de onderneming er echter waarde aan hecht om een bepaalde handelwijze van een toeleverancier af te dwingen, is twijfelachtig of deze manier van juridische inkleuring passend is. Vanwege de algemene bewoordingen van het beding is het de vraag of de onderneming juridisch gezien actie kan ondernemen als zij van mening is dat de toeleverancier onvoldoende rekening houdt met het klimaat. Voordat beoordeeld kan worden óf sprake is van een schending en een eventuele actie, bijvoorbeeld ontbinding en/of schadevergoeding, kan worden ingesteld, zal immers duidelijk moeten zijn welke verplichting door de toeleverancier precies is geschonden.²⁰ Vanwege de algemene formuleringen is dat bij een declaratoir beding al snel lastig. Een toeleverancier zal stellen dat partijen slechts bepaalde algemene uitgangspunten voor hun samenwerking hebben vastgelegd en dat hij daarnaar heeft gehandeld. Het is dan aan de onderneming om te stellen en te bewijzen dat de toeleverancier in zijn handelen niet in lijn met deze uitgangspunten heeft gehandeld. De onderneming kan bijvoorbeeld aan de hand van internationale raamwerken, zoals de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights en de OECD-richtlijnen, proberen te onderbouwen wat zij van

17 Deze citaten zijn afkomstig uit de volgende online bronnen (willekeurige volgorde): www.leviat.com/nl-nl/mwdownloads/download/link/id/105.pdf; <https://supplier.sabic.com/COC/Supplier%20Code%20of%20Conduct%20-%20Dutch.pdf>; en www.bertelsmann.com/media/unternehmen/grundwerte/geschaeftpartner/bertelsmann-supplier-code-of-conduct-nl.pdf.

18 Zie ook: M.I. Nijenhof-Wolters & M.R. Ruygvoorn, ‘ESG en contracten: van declaratoire bepaling tot "wurgcontract"’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2024/56.

19 Vgl. P. de Bruin, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, afd. Twaalfde afdeling Rv, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 15 augustus 2023).

20 Zie voor een nadere bespreking van de mogelijke vorderingen bij een tekortkoming in de nakoming, par. 4 van de bijdrage van mr. H.P.E. Smole-naers in dit jubileumnummer.

haar toeleverancier mocht verwachten.²¹ Zolang de onderneming in haar Code of Conduct echter niet ter nader inkleuring naar dergelijke raamwerken heeft verwezen en enkel declaratoire bedingen heeft opgenomen zonder dat met inspannings- en/of resultaatsverplichtingen nader is ingekleurd welke handelingen er precies van de toeleverancier verwacht mogen worden, blijft het lastig voor de onderneming om hard te maken wat zij in dit geval aan extra handelingen van de toeleverancier had mogen verwachten.

Kortom, mocht de onderneming behoefte hebben aan meer handvatten om een bepaalde handelwijze juridisch af te kunnen dwingen bij de toeleverancier, dan heeft het de voorkeur om de bepalingen in de Code of Conduct specifiekere vorm te geven. Allereerst zou de onderneming in de Code of Conduct specifiekere kunnen omschrijven *wat* de onderneming van de toeleverancier verwacht: wat wordt verstaan onder ‘rekening houden met het klimaat’? Elk jaar een boom planten, papierloos werken of het hebben van een bepaald energielabel in de bedrijfsgebouwen? Daarnaast zou in de Code of Conduct duidelijk kunnen worden gemaakt of sprake is van inspannings- of resultaatsverplichtingen.

3.3 Inspannings- of resultaatsverplichtingen

Als de onderneming in haar Code of Conduct verder wenst te gaan dan het enkel opnemen van declaratoire bedingen, dan kan zij ervoor kiezen de Code of Conduct nader in te kleuren met inspanningsverplichtingen. Bij een inspanningsverplichting moet de toeleverancier – de term zegt het al – zich *inspannen* om een bepaald resultaat te bereiken. De toeleverancier is echter niet gehouden tot het ook daadwerkelijk behalen van dat resultaat.²² De toeleverancier moet aantoonbaar alle redelijke en gebruikelijke inspanningen leveren om het beoogde doel te bereiken die van een vergelijkbare zorgvuldige commerciële partij in vergelijkbare omstandigheden kunnen worden verwacht.²³ Dit kan betekenen dat de partij zorgvuldige, vakkundige en passende maatregelen moet nemen, maar het resultaat zelf (bijvoorbeeld het succesvol behalen van een klimaatdoelstelling) wordt niet gegarandeerd. Deze verplichting wordt vaak gebruikt in overeenkomsten waar de uitkomst mede afhankelijk is van externe factoren die buiten de controle van de toeleverancier liggen, zoals de beschikbaarheid van bepaalde duurzame grondstoffen, de stand van de wetenschap op technologisch gebied of wet- en regelgeving.

Een Code of Conduct met bedingen die zijn geformuleerd als inspanningsverplichtingen gaat verder dan een Code of Conduct met enkel declaratoire bedingen. Op de toeleverancier wordt immers de actieve verplichting gelegd om zich in te spannen. Zeker als niet heel algemeen maar meer specifiek wordt beschreven wat van de toele-

verancier wordt verwacht, geeft dit de onderneming meer handvatten dan een declaratoir beding om een toeleverancier tot actie aan te sporen en eventuele juridische stappen te ondernemen als zij meent dat de toeleverancier zich onvoldoende inspant. Zie bijvoorbeeld het verschil tussen de volgende twee bedingen:

Algemeen:	‘Toeleverancier zal zich tot het uiterste inspannen te voorkomen dat de productie en levering een negatieve impact hebben op het milieu.’
Meer specifiek:	‘Toeleverancier zal zich tot het uiterste inspannen bij de productie en levering maximaal xx gram CO ₂ per product uit te stoten (berekening overeenkomstig bijlage Y).’

Echter, ook als bij de juridische inkleuring voor de inspanningsverplichting (algemeen of meer specifiek) wordt gekozen, blijft de discussie bestaan welke concrete prestaties in het specifieke geval van de toeleverancier verwacht mogen worden.²⁴ De discussie zal zich concentreren op de vraag welke inspanning van de toeleverancier verwacht mocht worden en of hij zich derhalve in het specifieke geval voldoende heeft ingespannen.

Indien de onderneming de discussie over de vraag welke verplichtingen op een toeleverancier rusten en of hij deze heeft geschonden zo ver mogelijk wenst in te perken, zal de onderneming de bedingen in haar Code of Conduct als resultaatsverplichtingen moeten vormgeven. In dat geval wordt de toeleverancier gehouden een specifiek en duidelijk omschreven resultaat te bereiken. In tegenstelling tot een inspanningsverplichting, waarbij de focus ligt op het leveren van een inspanning zonder garantie van het resultaat, wordt bij een resultaatsverplichting daadwerkelijk het beoogde resultaat gegarandeerd.²⁵ Een voorbeeld:

‘Toeleverancier verplicht zich bij de productie en levering maximaal xx gram CO₂ per product uit te stoten (berekening overeenkomstig bijlage Y).’

Door in de Code of Conduct meetbare prestatie-eisen op te nemen – ook wel Key Performance Indicators (KPI’s) genoemd – wordt het voor de onderneming makkelijker om een juridische remedie in te roepen.²⁶ De verplichting staat immers duidelijk vast en dus zou een schending in beginsel ook makkelijker vast te stellen moeten (kunnen) zijn.²⁷

21 Vgl. Scheltema 2019, par. 2.
22 H.J.S.M. Langbroek, in: GS Verbintenissenrecht, artikel 6:74 BW, aant. 2.3 (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2024).
23 Zie ook E.S. Pannebakker, ESG-bedingen in commerciële overeenkomsten: een contractenrechtelijke gereedschapskist voor duurzame ontwikkelingsdoelstellingen, NTHR 2023/4, p. 128.

24 Zie ook Pannebakker 2023, p. 128.
25 Zie nader C.H. Sieburgh, in: Asser/Sieburgh 6-I 2024/192 (online, laatst bijgewerkt op 15 oktober 2024).
26 Zie ook Pannebakker 2023, p. 129; par. 3 van de bijdrage van Smolenaers in dit jubileumnummer.
27 Ter aanvulling zij verwezen naar de bijdrage van Smolenaers in dit jubileumnummer. In par. 3 van haar bijdrage wijst zij op de mogelijke bewijsproblematiek bij het vaststellen van een tekortkoming in geval van informatieasymmetrie en licht zij toe hoe daar bij het opstellen van een ESG-beding op voorgesorteerd kan worden. Tevens zij gewezen op de mogelijkheid om een bonus- en/of malusregeling op te nemen om de toeleverancier een

3.4 Combinatie declaratoir beding, inspannings- en resultaatsverplichting

Pannebakker wijst, naast de voordelen die de juridische inkleuring op basis van een resultaatsverplichting meebrengt, terecht op een nadeel. Met resultaatsverplichtingen en KPI's komt de focus in de Code of Conduct te liggen op kwantificeerbare doelstellingen. Pannebakker stelt vervolgens:

‘De focus op de kwantificeerbare doelstellingen kan ten koste gaan van de (contractuele) prikkel om te voldoen aan andere, breder geformuleerde beginzelen die niet kunnen worden gekwantificeerd. Om dit te voorkomen, kunnen contractspartijen ervoor kiezen om bredere doelstellingen te bestrijken door tevens een inspanningsverplichting op te nemen, en deze te combineren met de verplichting om specifieke resultaten te bereiken.’²⁸

In lijn met Pannebakker zou het ondernemingen dan ook te adviseren zijn in hun Code of Conduct gebruik te maken van een breed palet aan juridische kleuringen. Als inspanningsverplichting zou bijvoorbeeld opgenomen kunnen worden dat de toeleverancier continu dient te streven naar een voortdurende verbetering en volledige verduurzaming van zijn organisatie. Deze inspanningsverplichting kan vervolgens aangevuld worden met een resultaatsverplichting om de CO₂-uitstoot per product tot een bepaald maximum te beperken.

Omdat de ESG-regelgeving zich doorlopend ontwikkelt, loopt de onderneming het risico dat haar Code of Conduct niet steeds up-to-date is. Ook is het aannemelijk dat de onderneming door de tijd heen mogelijk meer van de toeleverancier zou willen verwachten, omdat er meer kennis komt over ESG-gerelateerde problematiek en er nieuwe (technologische) ontwikkelingen zijn om de negatieve impact op milieu en mensenrechten te beperken. Daarom kan het voor ondernemingen meerwaarde hebben om naast meer specifieke inspannings- en resultaatsverplichtingen ook een aantal vangnetten in de Code of Conduct op te nemen.

Allereerst kan daarbij gedacht worden aan het opnemen van een declaratoir beding. Deze dient als een overkoepelende clausule waarin de onderneming beschrijft welke ESG-aandachtsgebieden zij in het bijzonder van belang acht in de samenwerking met de toeleverancier en dat beide partijen zich bij de start van de samenwerking bewust zijn van die belangen.

Daarnaast kan de onderneming in lijn met de CSDDD opnemen dat partijen, onverminderd de al uitgeschreven verplichtingen, alle redelijke inspanning leveren om al datgeen te doen dat redelijkerwijs van hen geëist kan worden om feitelijke en potentiële negatieve gevolgen voor milieu en mensenrechten (en eventuele andere ESG-aandachtsgebieden) in verband met de overeenkomst te beperken.

Ten slotte heeft het de voorkeur duidelijk te maken dat de toeleverancier, ongeacht de uitgeschreven ESG-verplichtingen in de Code of Conduct, altijd verplicht blijft om bij de uitvoering van de overeenkomst te voldoen aan alle toepasselijke wet- en regelgeving.

Zoals eerder is toegelicht, is het voor de onderneming in een discussie lastig te onderbouwen wat er in de praktijk redelijkerwijs van een toeleverancier geëist kan worden als de verplichtingen niet nader worden uitgeschreven. Er is echter door het opnemen van dergelijke vangnetten als deze drie voorbeelden, wel een begin van een gesprek mogelijk dat van de toeleverancier meer verwacht kan worden dan enkel de in de Code of Conduct opgesomde verplichtingen. Zeker indien er zich na het opstellen van de Code of Conduct bepaalde ontwikkelingen op ESG-gebied hebben voorgedaan. Een dergelijke aanvulling op de inspannings- en resultaatsverplichtingen stelt de ondergrens voor partijen vast en geeft een stok achter deur voor het geval dat de Code of Conduct gedurende de handelsrelatie onvoldoende houvast blijkt te bieden voor een goede invulling van de verantwoordelijkheden van partijen. De onderneming behoudt via deze weg nog enige flexibiliteit om invulling te geven aan toekomstige ESG-ontwikkelingen.²⁹

4. Overeenkomen Code of Conduct

4.1 Inleiding

Als een onderneming eenmaal de inhoud van haar Code of Conduct heeft vastgesteld, dient zij te bepalen van welke partijen zij wenst dat deze zich aan deze Code of Conduct conformeren (de geadresseerden) en op welke wijze zij die conformering met die betreffende partijen wil overeenkomen. Wil de onderneming enkel haar directe toeleverancier aan de Code of Conduct houden? Wenst zij ook andere partners in de keten aan te kunnen spreken als deze niet handelen conform haar Code of Conduct? In dit laatste geval rijst vervolgens de vraag of de onderneming die andere partners rechtstreeks wil kunnen aanspreken of een aanspraak via de toeleverancier wil laten lopen. Per categorie geadresseerden zal de onderneming haar overeenkomsten op zodanige wijze moeten vormgeven dat de Code of Conduct op correcte wijze overeen wordt gekomen.

Voor ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDDD vallen is de groep van geadresseerden van de Code of Conduct niet geheel vrij in te vullen. Artikel 7 lid 2 sub c CSDDD bepaalt dat in het beleid van die ondernemingen een beschrijving moet worden opgenomen van de maatregelen die zijn getroffen om de toepassing van de Code of Conduct uit te breiden tot zakenpartners. Gelet op het gebruik van het algemene begrip ‘zakenpartners’ moet worden aangenomen dat hiermee

extra stimulans te geven, zoals nader uitgewerkt door Pannebakker, in Pannebakker 2023, p. 129-130.

28 Pannebakker 2023, p. 129.

29 S.G. van Elferen & A.L. Vytöpil, Van vrijblijvendheid naar due diligence: ESG in commerciële contracten, *Contracteren* 2023/3, par. 3.2.

zowel de directe als indirecte zakenpartners van de onderneming worden bedoeld (zie artikel 3 lid 1 sub f CSDDDD). Daarnaast verplichten artikel 10 en 11 CSDDDD de ondernemingen dat zij contractuele garanties van hun directe zakenpartners vragen inhoudende dat een directe zakenpartner ervoor zal zorgen dat de Code of Conduct wordt nageleefd onder meer door overeenkomstige contractuele garanties vast te leggen van zijn partners voor zover hun activiteiten deel uitmaken van de activiteitenketen van de onderneming (zie paragraaf 4.6). Hieruit moet worden afgeleid dat de groep van geadresseerden van een Code of Conduct van een onderneming die onder de CSDDDD valt breder moet zijn dan enkel de directe toeleveranciers van de onderneming. De onderneming zal dus ook de conformering van andere ketenpartners aan de Code of Conduct moeten construeren. Vooropgesteld zij: het overeenkomen van een Code of Conduct is ‘gewoon’ contracteren. Om een beroep te kunnen doen op de Code of Conduct moet deze tussen de betreffende partijen zijn overeengekomen. Dit vereist aanbod en aanvaarding zoals bij elke andere contractuele afspraak (artikel 6:217 Burgerlijk Wetboek (BW)).

4.2 Geadresseerde: directe zakenpartner

4.2.1 Inleiding

Het overeenkomen van de Code of Conduct tussen de onderneming en een directe zakenpartner, zoals de toeleverancier, geschiedt door het van toepassing verklaren van de Code of Conduct door de onderneming en de aanvaarding daarvan door de directe zakenpartner. Aangezien de Code of Conduct bestaat uit bedingen die zijn opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden opgenomen, en in de meeste gevallen aangenomen zal mogen worden dat deze niet de kern van de prestaties weergeven, is met recht te betogen dat een Code of Conduct kwalificeert als een set algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 sub a BW.³⁰ Of kan in ieder geval bij dat leerstuk aansluiting worden gezocht. Zo overweegt Pannebakker dat in geval van interpretatieproblemen bij het incorporeren van een Code of Conduct voor een oplossing kan worden aangesloten bij het regelkader betreffende de algemene voorwaarden.³¹

Een onderneming die gebruikmaakt van een Code of Conduct dient zich er dus terdege van bewust te zijn dat zij rekening moet houden met het algemenevoorwaardenregime. Voorgaande geldt met dien verstande dat dit regime niet onder alle omstandigheden even strikt of überhaupt van toepassing is, welke uitzonderingen blijken uit artikel 6:235 BW respectievelijk artikel 6:247 BW. In *ationale gevallen* – contractspartijen zijn beide bedrijven en in Nederland gevestigd – houdt het standaardregime in dat de onderneming twee stappen moet doorlopen om rechtsgeldig een beroep op de Code of Conduct te kunnen doen.³²

4.2.2 Van toepassing verklaren

Allereerst moet de onderneming de Code of Conduct vóór het sluiten van de overeenkomst van toepassing verklaren en moet deze toepassing door de toeleverancier – al dan niet stilzwijgend – worden geaccepteerd. Hierbij is het van belang dat de onderneming er scherp op is of de toeleverancier in eerdere correspondentie of juist in reactie op deze verwijzing van de onderneming verwijst naar een eigen Code of Conduct. In dat geval komen partijen namelijk in de zogenoemde *battle of forms* terecht (artikel 6:225 lid 3 BW). Om te voorkomen dat haar eigen Code of Conduct buiten toepassing blijft, zal de onderneming kort gezegd de toepassing van de Code of Conduct van de toeleverancier uitdrukkelijk van de hand moeten wijzen én haar eigen Code of Conduct (opnieuw) van toepassing moeten verklaren.³³ Dit ‘spel’ gaat net zolang door tot een van de partijen de Code of Conduct van de ander accepteert of, wat in de praktijk vaak het geval is, vergeet de toepassing van de Code of Conduct van de ander uitdrukkelijk van de hand te wijzen. Een voor de praktijk onhandig spel, maar wel van groot belang voor de onderneming om mee te spelen om te voorkomen dat haar Code of Conduct buiten toepassing blijft.

Als partijen hun afspraken uitwerken in een schriftelijke overeenkomst waarin naar de Code of Conduct van de onderneming wordt verwezen en/of de Code of Conduct in de overeenkomst als zijnde een bijlage bij de overeenkomst wordt benoemd, is de discussie omtrent de van toepassing verklaring minder ingewikkeld dan in het geval de afspraken vastliggen in de correspondentie of een uitwisseling van opdrachtformulieren en opdrachtbevestigingen. In het eerste geval is immers duidelijk dat partijen het erover eens zijn dat de Code of Conduct onderdeel is van de overeenkomst. In het laatste geval is het vraagstuk van de *battle of forms* vaak meer prangend vanwege in de correspondentie of documenten verstopte verwijzingen.

Overigens blijft in alle gevallen van belang dat de onderneming er scherp op is of de toeleverancier ESG-bedingen heeft verwerkt in zijn algemene voorwaarden, de overeenkomst of bijlagen daarbij. Ook als de toeleverancier niet verwijst naar een eigen separate Code of Conduct, kunnen via die alternatieve routes alsnog tegenstrijdigheden met de Code of Conduct van de onderneming ontstaan en daarmee onduidelijkheid over de toepasselijke bedingen. Een rangorderegeling die duidelijk maakt welk document of welke ESG-bedingen prevaleren, is in dat laatste geval op zijn minst aan te bevelen.

4.2.3 Ter hand stellen

Ten tweede moet de onderneming de Code of Conduct ter hand stellen op de wijze als bepaald in artikel 6:234 BW. Als de Code of Conduct standaard als bijlage bij een overeenkomst wordt gevoegd, is die hindernis in principe al genomen. Of de onderneming kan volstaan met

30 Zie ook Vytobil 2015, p. 63 en 123.

31 Pannebakker 2023, p. 127-128.

32 Art. 6:247 BW verklaart afdeling 6.5.3 BW buiten toepassing in internationale gevallen.

33 Art. 6:225 BW geldt ook in internationale gevallen, aangezien dit artikel geen onderdeel is van titel 6.5.3 BW, welke titel op grond van art. 6:247 BW in internationale gevallen buiten toepassing blijft.

een hyperlink naar de Code of Conduct, hangt af van de wijze waarop de overeenkomst wordt gesloten, zo volgt eveneens uit artikel 6:234 BW. Voldoet de onderneming niet aan de verplichting tot juiste terhandstelling, dan loopt zij het risico dat de toeleverancier de toepassing van de Code of Conduct kan vernietigen overeenkomstig artikel 6:233 onder b BW. Niet alle wederpartijen van de onderneming kunnen echter een beroep op vernietiging via dit artikel doen. Zo bepaalt artikel 6:235 BW dat dit verweer onder meer voor grotere wederpartijen wordt afgesneden. Ook in een internationale verhouding kan op dit artikel geen beroep worden gedaan.

Zoals in het begin van deze bijdrage is aangegeven, wordt hier steeds als uitgangspunt de relatie tussen de onderneming en haar toeleverancier genomen. Wat betreft deze tweede stap, de ‘terhandstelling’, dient de onderneming in haar relatie tot haar afnemers (*downstream*) mogelijk nog met aanvullende wet- en regelgeving rekening te houden. Hier wordt gewezen op het geval waarin de onderneming kwalificeert als een dienstverrichter in de zin van Richtlijn 2006/123/EG. Die onderneming dient, naast het algemenevoorwaardenregime, rekening te houden met de informatieverplichting die is neergelegd in artikel 6:230b onder 6 en 13 BW. Enerzijds kan dit regime de informatieverplichting van de onderneming vergemakkelijken, gelet op de mogelijkheden tot het online verstrekken van de informatie overeenkomstig artikel 6:230c BW. Anderzijds bestaat meer onzekerheid voor de onderneming, omdat de sanctie op niet-naleving van deze informatieverplichting nog niet is uitgekristalliseerd. Anders dan de niet-naleving van artikel 6:234 BW wordt de niet-naleving van artikel 6:230b BW niet uitdrukkelijk civielrechtelijk gesanctioneerd. Dit verschil wordt relevant als een onderneming haar Code of Conduct niet juist ter hand stelt, maar dit niet gesanctioneerd wordt onder artikel 6:233 onder b BW, bijvoorbeeld omdat sprake is van een internationale b2b-overeenkomst (artikel 6:247 lid 2 BW) of de wederpartij valt onder artikel 6:235 BW. Het leerstuk van de toepassing van algemene voorwaarden volgend, zou de afnemer in beginsel de toepassing van de Code of Conduct niet kunnen vernietigen met het argument dat deze niet juist ter hand is gesteld door de onderneming. De vraag rijst dan óf en hoe de schending van de informatieplicht van artikel 6:230b BW alsnog tot een sanctie kan leiden, maar dan via het regime voor dienstverrichters. Mogelijk zou een afnemer via die weg alsnog kunnen beargumenteren dat de Code of Conduct niet van toepassing is. In de literatuur worden verschillende sanctiemogelijkheden gesuggereerd in geval niet aan artikel 6:230b BW is voldaan.³⁴

Ten overvloede zij tevens gewezen op het geval waarin een onderneming een dienst van de informatiematenschappij verleent als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW,

kort gezegd: online economische activiteiten.³⁵ Deze onderneming moet rekening houden met artikel 6:227b lid 1 sub e BW. Op grond van dit artikel is de onderneming verplicht de wederpartij te informeren over de gedragscodes waaraan de onderneming zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de wederpartij langs elektronische weg te raadplegen zijn. In deze bijdrage ligt de nadruk steeds op het opleggen van ESG-verplichtingen door de onderneming aan een andere partij. Artikel 6:227b BW ziet juist op de gedragscodes waaraan de onderneming zichzelf onderwerpt. Als de wederpartij daar niet op correcte wijze over wordt geïnformeerd, kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden gedurende de tijd dat deze informatie niet is verstrekt (artikel 6:227b lid 5 BW). Artikel 6:227b BW is van regeland recht, zo bepaalt lid 6.

Het is een open deur, maar toch zij erop gewezen dat het de voorkeur blijft hebben een discussie over de toepassing van de Code of Conduct te vermijden door de Code of Conduct op het moment van sluiten van de overeenkomst correct overeen te komen en juist ter hand te stellen.

4.3 Geadresseerde: andere ketenpartner via toeleverancier

Indien de onderneming wenst dat ook andere partners uit haar activiteitenketen handelen conform haar Code of Conduct, zal zij moeten beslissen of zij rechtstreeks met deze partners afspraken wil maken of dit via haar toeleverancier wil laten lopen. Indien er verder geen contractuele lijntjes tussen de onderneming en deze ketenpartner lopen, zal de onderneming vaak niet de wens hebben om deze ketenpartner rechtstreeks te benaderen om slechts op dit punt van de Code of Conduct onderling afspraken te maken. Veelal zal de onderneming dit contact via de toeleverancier willen laten lopen. Dit betekent dat zij met haar toeleveranciers overeen zal moeten komen dat deze met de partners van de toeleveranciers (en de partners van die partners) afspraken maken over het toepassen van de Code of Conduct.

Opnieuw heeft de onderneming hier in beginsel de vrijheid te bepalen hoe streng en uitgebreid zij deze doorlegverplichting in wil kleden. Zo zijn in online gepubliceerde gedragscodes verschillende voorbeelden te vinden van de enkele *verwachting* dat ook aan het handelen van andere ketenpartners bepaalde eisen worden gesteld:³⁶

‘We verwachten ook dat leveranciers soortgelijke eisen stellen aan hun toeleveringsketen en de nodige zorgvuldigheid betrachten om na te gaan of hun leveranciers zich aan de regels houden.’

‘De Gedragscode voor Leveranciers geldt voor iedereen die producten of diensten aan (...) levert. Wij verwachten ook dat derden met wie u samenwerkt onze normen in acht nemen.’

34 T.J. de Graaf, Naar een coherente(re) implementatie van de informatieverplichtingen met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn, NTBR 2018/24, p. 180-181.

35 M.Y. Schaub, in: GS Verbintenissenrecht, artikel 6:227b BW, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 30 juli 2024).

36 Deze citaten zijn afkomstig uit online bronnen als naar verwezen in voetnoot 17.

Indien de onderneming echter meer zekerheid wenst dat ook in de rest van de keten (minstens) conform haar Code of Conduct wordt geacteerd – wat de CSDDD ook lijkt te eisen –, is het uitspreken van een enkele verwachting onvoldoende. De onderneming zal een manier moeten vinden om de verplichtingen uit haar Code of Conduct ook aan die andere ketenpartners op te leggen zonder hen zelf te hoeven benaderen om met hen een overeenkomst te sluiten.

Het opnemen van een kettingbeding – eventueel met bijbehorende contractuele boete – in de overeenkomst met de toeleverancier biedt de onderneming mogelijkheden. Een kettingbeding heeft multilaterale binding. Dat betekent dat bepaalde afspraken voor meerdere partijen binnen een keten gelden.³⁷ Een kettingbeding wordt opgenomen met de bedoeling dat de toeleverancier de verplichtingen die de onderneming op hem heeft gelegd, doorlegt aan zijn eigen contractspartijen. Door het opnemen van een kettingbeding kan de onderneming haar invloed uitbreiden tot verder in de activiteitenketen. Zo kan zij in de overeenkomst met de toeleverancier bepalen dat haar toeleverancier de Code of Conduct overeen moet komen met zijn eigen ketenpartners. Aanvullend kan zij opnemen dat de toeleverancier op zijn beurt zijn partners moet verplichten de toepassing van de Code of Conduct eveneens met opvolgende partners overeen te komen en deze verplichting steeds door te leggen. Een voorbeeld:

‘Toeleverancier zal de toepassing van en conformering aan de Code of Conduct (zie bijlage X) overeenkomen met en een kopie daarvan verstrekken aan alle partijen met wie hij, in het kader van de uitvoering van deze overeenkomst, een contractuele relatie aangaat. Daarnaast zal de toeleverancier met voornoemde partijen de verplichting overeenkomen dat zij op hun beurt, met de partijen met wie zij contracteren in het kader van de uitvoering van deze overeenkomst, eveneens de toepassing van en conformering aan de Code of Conduct (zie bijlage X) overeenkomen en een kopie daarvan verstrekken, telkens onder de gelijktijdige verplichting om deze verplichtingen eveneens op te leggen aan alle opvolgende partijen in de waardeketen bij wijze van kettingbeding.’

De invloed van de onderneming in de keten blijft ook met een kettingbeding echter wel relatief. Allereerst is de onderneming nog steeds afhankelijk van de afspraken die gemaakt worden tussen de betreffende partners. Indien niet conform het kettingbeding de Code of Conduct wordt overeengekomen of er een gebrek zit in de totstandkoming van de afspraken tussen die ketenpartners – bijvoorbeeld een wilsgebrek of een onjuiste terhandstelling van de Code of Conduct –, geldt de Code of Conduct tussen die partijen niet.

Vóór de inwerkingtreding van de CSDDD concludeerden Baaij en Castermans uit algemeen onderzoek dat naleving van kettingbedingen voorbij de eerste schakel vaak

tegenvalt.³⁸ Mogelijk zijn ketenpartners als gevolg van de verplichtingen die de CSDDD oplegt, zich in de toekomst vaker bewust van hun gebondenheid om bepaalde verplichtingen door te leggen en dus gemotiveerder om uitvoering te geven aan kettingbedingen. De toenevende aandacht voor de ESG-regelgeving in de markt zal hier ook aan kunnen bijdragen.

Om de toeleverancier en overige partners aan te sporen de toepassing van de Code of Conduct steeds door te leggen zou de onderneming het kettingbeding kunnen versterken met een contractuele boete. Als extra aansporing en om meer inzicht te hebben in de mate waarin de toeleveranciers en andere ketenpartners uitvoering geven aan een kettingbeding kan tevens een informatieverplichting ten behoeve van de onderneming worden opgenomen. Dit versterkt bovendien het effect van de boete, omdat de onderneming beter kan controleren of een boete verschuldigd is. De toeleverancier wordt door het opnemen van een informatieplicht verplicht aan de onderneming aan te tonen dat hij de nakoming van de normen heeft geborgd in de overeenkomsten die hij op zijn beurt heeft gesloten met zijn ketenpartners. De meest verregaande variant van die verplichting is dat de onderneming een kopie eist van de betreffende overeenkomsten. Een mildere maar wel meer kostbare variant is dat de toeleverancier gehouden is medewerking te verlenen aan een onderzoek van de overeenkomsten van de toeleverancier en daaropvolgende overeenkomsten in de keten door een externe accountant.³⁹

Ten tweede geldt dat de invloed van de onderneming relatief blijft omdat de onderneming nog steeds geen rechtstreekse aanspraken richting de betreffende ketenpartner heeft. Tussen de onderneming en de ketenpartners ontstaat immers geen contractuele relatie. Om haar invloed te versterken kan de onderneming met haar toeleverancier overeenkomen dat deze gehouden is een ketenpartner aan te spreken zodra de onderneming een schending constateert en de toeleverancier verzoekt tot actie over te gaan. De onderneming creëert daarmee echter nog steeds geen eigen rechtstreekse contractuele aanspraak richting die ketenpartner. In de rechtstreekse verhouding resteert ten opzichte van een ketenpartner voor de onderneming hooguit een vordering uit onrechtmatige daad als de ketenpartner de Code of Conduct zou schenden. Indien het een internationale keten betreft, krijgt de onderneming in dat geval te maken met de regels van het internationaal privaatrecht, die haar mogelijk verplichten in het buitenland onder buitenlands recht te procederen.

4.4 Geadresseerde: andere ketenpartner rechtstreeks

Indien de onderneming een andere ketenpartner dan de toeleverancier rechtstreeks wenst aan te kunnen spreken, maar deze niet zelf wenst te benaderen voor het

37 Nijenhof-Wolters & Ruigvoorn 2024, par. 2.

38 C.J.W. Baaij & A.G. Castermans, De doelmatigheid van contractuele toezeggingen in de verduurzaming van handelsketens, NTBR 2022/10, p. 430.

39 F.A. van de Ven & B.L.P. van Reeken, ESG-aspecten in Outsourcing en Offshoring, Computerrecht 2022/90, par. 4; zie ook Pannebakker 2023, p. 130.

sluiten van een overeenkomst, zou de onderneming het kettingbeding nog verder kunnen uitbreiden. De onderneming kan ervoor kiezen de verplichting voor de toeleverancier op te nemen om ten behoeve van de onderneming een derdenbeding op te nemen in de overeenkomsten met zijn ketenpartners. Indien in de overeenkomst tussen de toeleverancier en zijn ketenpartner een derdenbeding wordt opgenomen, schept dit voor de onderneming (de derde) het recht een prestatie van de ketenpartner te vorderen of op andere wijze jegens die ketenpartner een beroep op de overeenkomst tussen de toeleverancier en de ketenpartner te doen (artikel 6:253 lid 1 BW). Dit derdenbeding kan op twee manieren de positie van de onderneming versterken. Allereerst kan het derdenbeding bepalen dat de ketenpartner zich (ook) rechtstreeks richting de onderneming conformeert aan de Code of Conduct. Op die manier kan de onderneming die ketenpartner rechtstreeks aanspreken bij een eventuele schending. Ten tweede kan dit derdenbeding bepalen dat de onderneming de ketenpartner er rechtstreeks op aan kan spreken als deze het kettingbeding niet doorlegt aan zijn eigen ketenpartners. Ook dit deel van het kettingbeding kan versterkt worden met een boete die de ketenpartner dan rechtstreeks verbeurt aan de onderneming. Een voorbeeld:

‘De rechten die ten behoeve van de toeleverancier en de verplichtingen die ten laste van een ketenpartner volgen uit de Code of Conduct (bijlage X) en het in deze overeenkomst opgenomen kettingbeding, gelden mede ten gunste van de onderneming en kunnen door de onderneming rechtstreeks richting de ketenpartner worden ingeroepen. Het betreffen onherroepelijke derdenbedingen in de zin van art. 6:253 BW. Artikel 6:254 lid 1 BW is niet van toepassing.’

Door de onderneming als derde de mogelijkheid te geven om naleving af te dwingen verderop in de keten wordt de druk op de primair betrokken partijen vergroot om zich aan de verplichtingen te houden. Dit kan bijdragen aan een hogere nalevingsgraad van ESG-verplichtingen.

4.5 Maatregelen ten behoeve van toepassing en naleving Code of Conduct?

Artikel 7 lid 2 sub c CSDDD vereist dat de onderneming in haar beleid beschrijft welke maatregelen zij heeft genomen om de naleving van de Code of Conduct te controleren en om de toepassing daarvan uit te breiden tot haar zakenpartners. Als de onderneming de Code of Conduct overeenkomt op de wijzen als in voorgaande paragrafen beschreven, zal zij dat dus moeten toelichten in haar beleid. Zo kan het opnemen van een kettingbeding, eventueel aangevuld met een derdenbeding, een van de maatregelen zijn om de toepassing van de Code of Conduct uit te breiden naar indirecte zakenpartners. Het opnemen van een informatieverplichting kan een

maatregel zijn om de naleving van de Code of Conduct te controleren.⁴⁰

4.6 Contractuele garantie

De onderneming kan gehouden zijn in haar afspraken verder te gaan dan het enkele overeenkomen van de Code of Conduct en het opnemen van een kettingbeding (eventueel versterkt met een derdenbeding). Op grond van artikel 10 en 11 CSDDD moeten de lidstaten ervoor zorgen dat ondernemingen passende maatregelen nemen om potentiële negatieve effecten op milieu of mensenrechten te voorkomen of, indien preventie niet of niet onmiddellijk mogelijk is, afdoende te verlichten, evenals passende maatregelen om een einde te maken aan feitelijke negatieve effecten.

Een van de passende maatregelen die van de onderneming worden geëist, is het vragen van contractuele garanties aan directe zakenpartners. Deze garantie moet inhouden dat de directe zakenpartner ervoor zal zorgen dat de Code of Conduct van de onderneming wordt nageleefd, onder meer door overeenkomstige contractuele garanties vast te leggen van zijn ketenpartners voor zover hun activiteiten deel uitmaken van de activiteitenketen van de onderneming. Ten aanzien van potentiële negatieve effecten die niet voorkomen of afdoende verlicht konden worden door de passende maatregelen, en feitelijke negatieve effecten die niet beëindigd konden worden of waarvan de omvang niet afdoende tot een minimum kon worden beperkt, kan de onderneming een indirecte zakenpartner om contractuele garanties vragen om de Code of Conduct na te leven.⁴¹ In de CSDDD wordt benadrukt dat de onderneming alleen verplicht kan worden de contractuele garanties te vragen, aangezien het verkrijgen ervan kan afhangen van de omstandigheden.⁴²

De contractuele garanties moeten zo worden opgesteld dat de verantwoordelijkheden op passende wijze worden gedeeld door de onderneming en de zakenpartners. De contractuele garanties moeten tevens vergezeld gaan van passende maatregelen om naleving van de Code of Conduct te controleren. In de overeenkomst zal daarom ook aandacht besteed moeten worden aan een toezichtmechanisme voor de onderneming. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de eerder in het kader van artikel 7 CSDDD genoemde informatieverplichting voor toeleveranciers en ketenpartners. De onderneming kan in de overeenkomst voor hen de verplichting opnemen om audits te dulden of uit te voeren.⁴³

Om het toezicht op de naleving van ESG-verplichtingen makkelijker te kunnen controleren werd in het verleden in de literatuur al opgeroepen om objectieve standaarden en normen te ontwikkelen. Dit zou ook economisch gezien efficiënter zijn, omdat dan in een keten waar meerdere ondernemingen hun gedragscodes opleggen, niet elke onderneming haar eigen standaarden moet

40 Zie nader over maatregelen tot naleving: Scheltema 2019, par. 4; Van de Ven & Van Reeken 2022, par. 4 en 5.

41 Zie voor een uitgebreidere toelichting Baaij & Castermans 2022.

42 Richtlijn (EU) 2024/1760, overweging 46.

43 Baaij & Castermans 2022, p. 432; zie ook Pannebakker 2023, p. 130-131.

handhaven.⁴⁴ Mogelijk kan het samenspel van verplichtingen in de CSDDD ondernemingen aansporen om een Code of Conduct voor de gehele branche op te stellen. Voorgaande verplichtingen zijn in het wetsvoorstel verwerkt in artikelen 2.2.3.2 en 2.2.4.2. Overigens spreekt de Engelse taalversie van de CSDDD, waaraan meer betekenis toekomt dan aan de Nederlandse vertaling, over het vragen van ‘assurances’. Volgens Baaij en Castermans zou het daarom passender zijn in de Nederlandse vertaling te spreken van een ‘toezegging’ en niet van een ‘garantie’ waarvoor in de Nederlandse vertaling van de CSDDD en nu ook in het wetsvoorstel is gekozen.⁴⁵

5. Afsluiting

Op grond van de CSDDD kan een onderneming verplicht zijn een Code of Conduct op te stellen. Aangezien de CSDDD voorschriften vaststelt met betrekking tot feitelijke en potentiële negatieve effecten op *mensenrechten* en negatieve *milieueffecten* zijn dat aandachtsgebieden waaraan de onderneming in haar Code of Conduct in ieder geval aandacht moet besteden. De CSDDD laat de onderneming voor het overige vrij in de inkleuring van haar Code of Conduct. De onderneming zal dus moet afwegen welke sub-onderwerpen zij binnen deze aandachtsgebieden wil reguleren en meer in het bijzonder hoe zij de verplichtingen die zij aan de ketenpartners oplegt juridisch wil inkleuren. Daarbij kan de onderneming bepalen in welke mate van detail de verplichtingen worden beschreven. Daarnaast heeft zij bij het uitschrijven van de verplichtingen keuze uit het gebruik van declaratoire bedingen, inspannings- en resultaatsverplichtingen of een combinatie daarvan. Omdat de onderneming in haar beleid maatregelen moet opnemen om de nakoming van de Code of Conduct te controleren en haar zakenpartners moet vragen om een contractuele garantie dat haar Code of Conduct wordt nageleefd, is het in ieder geval aan te raden (ook) resultaatsverplichtingen in de Code of Conduct op te nemen. De nakoming daarvan is immers makkelijker te controleren dan het voldoen aan een declaratoir beding of inspanningsverplichting.

Als de onderneming haar Code of Conduct heeft gefinaliseerd, is het van belang dat zij de toepassing daarvan op juiste wijze overeenkomt met de verschillende ketenpartners. Anders is immers alle moeite voor niets geweest. Daarbij zal zij onder meer rekening moeten houden met de valkuilen binnen het algemenevoorwaardenregime, zoals de *battle of forms* en de juiste terhandstelling van de Code of Conduct. Om ook andere ketenpartners aan de Code of Conduct te binden zal zij aan een directe zakenpartner via een kettingbeding de verplichting moeten opleggen om de toepassing van de Code of Conduct ook verder in de keten door te leggen.

Als de onderneming deze andere ketenpartners ook rechtstreeks wenst aan te kunnen spreken, zal zij niet kunnen volstaan met een standaard kettingbeding dat de directe zakenpartner zijn verplichtingen moet doorleggen. De onderneming zal in dat geval het kettingbeding moeten uitbreiden met de verplichting voor de directe zakenpartner om ten behoeve van de onderneming een derdenbeding op te nemen in de overeenkomsten met haar ketenpartners. De effectiviteit van een kettingbeding wordt verhoogd als daaraan een contractuele boete wordt verbonden. De wijzen waarop de onderneming de toepassing van haar Code of Conduct aan haar directe en indirecte zakenpartners oplegt, dient zij vast te leggen in haar ESG-beleid.

Ook al zijn niet alle ondernemingen verplicht een Code of Conduct te hanteren op grond van de CSDDD, toch zullen veel ondernemingen wel gevolgen van deze verplichting ondervinden. Ketenpartners zullen immers geconfronteerd gaan worden met de oplegging van verschillende Codes of Conduct in de verschillende ketens waar zij onderdeel van uitmaken. Niet alleen van hun directe contractspartijen, maar ook van partijen verderop in de keten. Daarbij is het van belang dat zij er niet alleen scherp op zijn welke ESG-verplichtingen op hen zelf komen te rusten, maar moeten zij ook nagaan of zij zelf weer gehouden zijn bepaalde verplichtingen door te leggen aan hun eigen partners, mogelijk op straffe van een boete. Indien ondernemingen tevens derdenbedingen hebben bedongen, kunnen ketenpartners bovendien te maken krijgen met rechtstreekse aanspraken van ondernemingen die niet hun contractspartij zijn. Ten slotte kan ketenpartners gevraagd worden contractuele garanties af te geven dat zij de betreffende Code of Conduct naleven.

Voor de ondernemingen een uitdaging om te zorgen dat zij aan alle ESG-verplichtingen rondom de Code of Conduct voldoen. Voor de juristen een mooie uitdaging om dit allemaal in goede banen te gaan leiden.

⁴⁴ Zie onder meer Van de Ven & Van Reeken 2022, par. 5; Baaij & Castermans 2022, par. 4.7.

⁴⁵ Baaij & Castermans 2022, p. 425.