

Taking corporate codes seriously: towards private law enforcement of voluntary corporate social responsibility codes

Citation for published version (APA):

Beckers, A. (2014). Taking corporate codes seriously: towards private law enforcement of voluntary corporate social responsibility codes. Maastricht: Maastricht University.

Document status and date:

Published: 01/01/2014

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

NEDERLANDSE SAMENVATTING:

Corporate Codes Serieus Genomen: Naar Privaatrechtelijke Handhaving van Vrijwillige Corporate Social Responsibility Codes

Dit boek heeft tot doel het analyseren van de interactie tussen de vrijwillige corporate social responsibility structuren die door bedrijven worden opgezet, zogeheten gedragscodes aangaande maatschappelijk verantwoord ondernemen of corporate codes of conduct, en het nationale recht, met het oog op de vraag of dergelijke vrijwillige structuren kunnen worden gehandhaafd met behulp van het nationale recht, en derhalve rechtsplichten kunnen opleggen aan globaal opererende bedrijven als een alternatief voor of complementair aan 'hard law' zoals dat wordt gecreëerd door internationale organisaties of nationale parlementen.

1. Hoofdstuk I

De *Inleiding* begint door uit te leggen waarom corporate codes belangrijk zijn geworden in het debat over corporate social responsibility. Ten eerste wordt globalisering aangewezen als een ontwikkeling die heeft geresulteerd in vrijheid voor ondernemingen om grensoverschrijdende activiteiten te ontplooiën, maar die niet heeft geresulteerd in afdoende regulering welke de belangen van de maatschappij garandeert. Deze sociale belangen komen alleen tot uiting in vrijwillige codes of conduct die zijn ontwikkeld door zowel publieke als private actoren. Ten tweede, de transformering van onderneming van hiërarchische eenheden naar complexe en gefragmenteerde organisaties die enig aandeelhouder of meerderheidsaandeelhouder zijn in juridisch afgescheiden dochterondernemingen verspreid over de hele wereld en contractueel verbonden met leveranciers en distributeurs heeft de sociale verplichtingen zoals neergelegd in het nationale ondernemingsrecht tenminste gedeeltelijk overbodig gemaakt. Ten aanzien van de verantwoordelijkheden van ondernemingen voor het gedrag van hun dochterondernemingen en zakenpartner zijn het voornamelijk de vrijwillige codes of conduct die omschrijven wat er verwacht wordt van de ondernemingen. Tegen deze achtergrond is het juridische onderzoek reeds begonnen de focus te leggen op de vrijwillige codes on corporate social responsibility en hun potentieel om bindende verplichtingen op te leggen waar 'hard law' dat niet doet. Het onderzoek dat is verricht voor dit boek is gerelateerd aan deze lijn van onderzoek en omsluit specifiek de gedragscoden, die door grote transnationaal ondernemen worden gecreëerd, en hun mogelijke transformatie in 'hard law' door middel van een wisselwerking met het nationale recht. In deze context zal de focus liggen op het bestaande privaatrecht als de belangrijkste juridische sfeer welke de verklaringen en gedragingen van private actoren beheerst, en een normatieve benadering welke uiteindelijk antwoord zal pogen te geven op de vraag hoe privaatrechtelijke concepten moeten worden vormgegeven om tot een passende reactie op de opkomst van corporate codes te komen. De inleiding eindigt derhalve met de onderzoeksvraag, die als volgt luidt: Hoe moet het materiële privaatrecht reageren op het toenemende gebruik van corporate codes door ondernemingen?

2. Hoofdstuk II

Om tot een uitgangspunt te komen voor de beantwoording van de normatieve vraag hoe het privaatrecht moet zijn, is *Hoofdstuk II* ten eerste gewijd aan de verkenning van de verschillende bestaande mogelijkheden om met het privaatrecht codes te erkennen, met een

focus op de handhaving van deze codes met behulp van het overeenkomstenrecht, hun invloed op bedrijfsaansprakelijkheid in de context van het onrechtmatige daadsrecht en hun regulering door het recht betreffende oneerlijke handelspraktijken. Het hoofdstuk is gebaseerd op het huidige academische debat over deze onderwerpen en, voor zover beschikbaar, de bestaande jurisprudentie.

De vergelijkende aanpak, die is gebruikt in dit hoofdstuk, wordt uitgelegd in een inleidend deel, welke de bestaande voorstellen in het corporate codes debat moet relateren aan de nationale privaatrechtelijke systemen van Engeland en Duitsland. Het is benadrukt dat het vergelijkende element in deze juridische analyse niet de vorm heeft van een zuivere vergelijking die tot doel heeft het identificeren van gelijksoortigheden of verschillen in de jurisdicties met betrekking tot dit betreffende probleem. De belangrijkste reden om een vergelijkend element in deze studie te introduceren is, in plaats daarvan, de vraag of en hoe uniforme oplossing van een globaal fenomeen mogelijk zijn ondanks de resterende territoriale fragmentatie van het nationale recht.

Het eerste deel van Hoofdstuk II benadert de corporate codes vanuit het perspectief van het overeenkomstenrecht. Dit deel begint met de verschillende vormen waarin corporate codes nu voorkomen en onderzoekt of ze ook contractuele verplichtingen worden. Het onderzoek laat zien dat een contractuele verplichting wordt gecreëerd wanneer de corporate code is opgenomen in een contract of voorkomt in aanvullende documenten, zoals de algemene voorwaarden of een bestaande overkoepelende overeenkomst. Zodra, echter, de corporate code een eenzijdige verklaring naar het publiek blijft, is de situatie verre van duidelijk en zijn verschillende opties denkbaar. Op basis *Doe v. Wal-Mart* wordt aangetoond dat het overeenkomstenrecht kan kiezen voor het volledig negeren van een dergelijke publieke verklaring, maar met het oog op huidige suggesties in de literatuur zijn ook andere interpretaties mogelijk. Men zou kunnen vertrouwen op de methoden van interpretatie en aanvulling van contracten om deze publieke verklaringen te interpreteren als contractuele bepalingen in daaropvolgend gesloten contracten, en het is ook denkbaar om deze publiekelijk bekendgemaakte codes te interpreteren als contracten welke zijn overeengekomen door middel van eenzijdige publieke verklaring of als bindende beloften voor zover het nationale recht de verbindendheid van de aanvaarding van dergelijke eenzijdige publieke verklaringen erkent. De analyse van de verschillende vormen start met een grondige blik op de inhoud van de contractuele verplichting welke wordt aangegaan en de verschillende remedies die het overeenkomstenrecht ter beschikking stelt in geval van een schending van de corporate code. Met betrekking tot dit aspect wordt een onderscheid gemaakt tussen drie verschillende suggesties die worden gedaan in de literatuur. De code kan worden geïnterpreteerd als onderdeel van de centrale verplichting van de koopovereenkomst met als resultaat dat de corresponderende remedies ter beschikking staan. De codes zouden, als alternatief, kunnen worden geïnterpreteerd als bedingen die een voordeel schenken aan een derde met als resultaat dat de derde deze bedingen kan handhaven. Tenslotte is het mogelijk de corporate codes te interpreteren als hebbende een regulerend doel en derhalve te behandelen als nieuwe contractuele ordeningen voor welke speciale remedies moeten worden ontwikkeld.

Het tweede deel van Hoofdstuk II is gewijd aan de rol van corporate codes in de sfeer van het onrechtmatige daadsrecht. In dit deel wordt ten eerste een onderscheid gemaakt tussen contractueel bindende corporate codes en publieke verklaringen. Ten aanzien van contractueel verbindende corporate codes wordt een poging gedaan om op deze codes toe te passen het privaatrechtelijke bestaande concept van aansprakelijkheid jegens derden voor wanprestatie. Ten aanzien van publiekelijk verklaarde codes worden twee opties als mogelijk toepasselijk geïdentificeerd. Een onderneming die publiekelijk verklaart haar corporate code na te zullen leven, maar daarin niet slaagt, zou aansprakelijk kunnen worden

gehouden op grond van de categorie van nalatige onjuiste verklaring, op voorwaarde dat een speciale relatie tussen de onderneming en de benadeelde partij bestaat; of de onderneming kan in principe aansprakelijk worden gehouden voor de door de code begunstigde partijen op grond van het verbreken van een zorgplicht die bestaat vanwege de publieke verklaringen en het gedrag van de onderneming om deze begunstigten te beschermen. In aanvulling op de principiële mogelijkheden om ondernemingen aansprakelijk te houden, analyseert dit onderdeel of corporate codes kunnen functioneren als zelf-regulerende structuren welke het recht kunnen ondersteunen in de beslissing of een zorgplicht is geschonden. In deze context worden twee mogelijkheden aangewezen: Corporate codes kunnen ofwel functioneren als individuele aspecten ofwel als zelf-regulerende structuren welke de bestaande praktijken in de industrie belichten en daardoor van belang zijn voor de maatstaf van zorgvuldigheid welke bepaalt of een zorgplicht is geschonden.

In *het derde deel van Hoofdstuk II* wordt de relatie tussen corporate codes en oneerlijke handelspraktijken onderzocht. Daartoe wordt eerst de problematiek onderzocht met betrekking tot de vraag of corporate codes binnen het bereik vallen van het recht aangaande oneerlijke handelspraktijken en de conclusie wordt getrokken dat de regulering van codes door dit recht onduidelijk is, ten eerste, met betrekking tot de verklaring van de code als die geen onderdeel is van een reclame campagne gericht op consumenten, en, ten tweede, met betrekking tot de vraag of gedragingen die gelijkstaan aan een schending van de codes onder dit recht vallen. Voor zover het recht aangaande oneerlijke handelspraktijken relevant is voor corporate codes worden er twee verschillende regelgevende richtingen geïdentificeerd. Vanuit het perspectief van het recht aangaande oneerlijke handelspraktijken is het ofwel de verklaring van de code welke zou kunnen worden beschouwd als oneerlijke handelspraktijk, met als resultaat dat de verklaringen over de code worden gesanctioneerd, ofwel het nalatige gedrag kan, op basis van Art 6 (2b) van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en haar implementatie in het nationale recht, worden beschouwd als een potentieel oneerlijke handelspraktijk, wat impliceert dat de schending van de code zou worden gesanctioneerd. In beide gevallen is handhaving mogelijk door individuele en collectieve handhaving, met het dwangbevel als the praktisch meest relevant remedie.

Gebaseerd op deze gedetailleerde vergelijkende analyse van corporate codes onder het Duitse en Engelse privaatrecht, vat het afsluitende deel van dit Hoofdstuk de resultaten samen, met de bedoeling om de achtergrond te schetsen voor het theoretische onderzoek. De nadruk ligt in deze context op twee essentiële punten welke nu onderwerp zijn van controverse en welke derhalve verder onderzoek vanuit theoretisch oogpunt vergen. Ten eerste, verschillende mogelijkheden zijn beschikbaar in het privaatrecht als corporate codes alleen informele publieke verklaringen betreft en niet zijn geïncorporeerd in een bindend contract. Ten tweede, het speciale karakter van deze codes als uitdrukkelijke inspanning om het publieke belang te reguleren verschaft de basis voor het privaatrechtelijke debat.

3. Hoofdstuk III

Op basis van dit voorbereidend werk en de twee essentiële controverses geïdentificeerd, ontwikkelt *Hoofdstuk III* de theoretische grondslagen met betrekking tot de normatieve voorstellen voor hervorming van het privaatrecht, gebaseerd op, ten eerste, een nadere analyse van de vorm van de corporate codes als publieke verklaring, en, ten tweede, hun functie in de regulering van zaken van publiek belang. Het hoofdstuk start met een inleidend deel dat de theoretische aanpak rechtvaardigt als een passend methodologisch kader voor dit onderwerp, en de focus van dit kader uitlegt. Het essentiële idee van de sociologische jurisprudentie is om privaatrechtelijke antwoorden op nieuwe sociale fenomenen te ontwikkelen op basis van de combinatie van externe interdisciplinaire

sociologische analyse van het nieuwe sociale fenomeen en het interne perspectief van privaatrechtelijke theorie.

Het eerste deel van Hoofdstuk III is gewijd aan het karakter van corporate codes als publieke verklaring en hun behandeling in het privaatrecht. Gebaseerd op een socio-linguïstische analyse van de eigenlijke verklaring van de code, de intenties van de ondernemingen die corporate codes publiceren, en de sociale verwachtingen die codes creëren, wordt beargumenteerd dat deze publieke verklaringen opzettelijke beloften vertegenwoordigen. Deze beloften resulteren in de verwachting van een bindend effect betreffende het toekomstige gedrag van ondernemingen in de specifieke sociale relatie tussen de ondernemingen en andere actoren in de markt aan wie deze verklaringen zijn geadresseerd met het doel tot contracteren aan te zetten. Ze vertegenwoordigen ook opzettelijke beloften om relaties van intensief sociaal vertrouwen met het globale publiek te vestigen, welk, onder de huidige condities van wantrouwen, aan speciale juridische bescherming behoefte heeft. Aan de hand van dit inzicht poogt de rechtstheoretische analyse te bediscussieren hoe de verwachting van een bindende belofte in een marktrelatie en het intensieve publieke vertrouwen passend kunnen worden gereflecteerd in de bestaande categorieën van het privaatrecht. Door middel van de aanwending van het theoretisch debat over de juridische handhaving van eenzijdige opzettelijke beloften in de marktcontext, concludeert dit deel met de suggestie om handhaving toe te staan van corporate codes als eenzijdige beloften door de actoren voor welke de codes zijn ingevoerd met als onderliggend doel om economische activiteit te stimuleren. In relatie tot het anonieme globale publiek wordt gesuggereerd dat het vertrouwen dat wordt gecreëerd door corporate codes kan worden geconceptualiseerd als een zorgplicht gesanctioneerd door het onrechtmatige daadsrecht, de schending waarvan resulteert in een verplichting om de getroffen begunstigden te compenseren voor geleden schade.

Het tweede deel van Hoofdstuk III bediscussieert in detail het regelgevende karakter van corporate codes en de passende behandeling daarvan in het privaatrecht. Een interdisciplinaire theoretische analyse, gegrond in de economische sociologie, en recente politieke theorie laat licht schijnen op het karakter van de corporate codes als nieuwe vorm van politieke regulering welke verschilt van orthodoxe politieke regulering door de staat. Op basis van het onderscheid tussen politiek en het politieke in recente politieke theorie in de traditie van functionele differentiëring en post-fundamentele denken, worden de codes omschreven als nieuwe vormen van politieke regulering welke autonoom worden gecreëerd door contract of publieke toezegging aan de ene kant, en door de opzettelijke keuze van het gebonden zijn aan de beleidsaanbevelingen die zijn ontwikkeld in de internationale politiek aan de andere kant. Op basis van dit begrip adresseert het rechtstheoretisch perspectief de vraag hoe deze nieuwe vorm van politieke regulering in het debat over publieke belangen in het privaatrecht past en komt daartoe tot de conclusie dat een nieuwe vorm van publiek belang hier in het geding is. Met betrekking tot het overeenkomstenrecht wordt vervolgens beargumenteerd dat de erkenning van dit nieuwe publieke belang de ontwikkeling van nieuwe vormen van contractuele plichten en remedies behoeft. Meer precies wordt gesuggereerd om de codes te conceptualiseren als contractuele plichten om publieke belang te reguleren waarvoor de contractuele remedie van nakoming het meest passend is. Bovendien wordt beargumenteerd dat de verplichting om publieke belangen te reguleren moet kunnen worden gehandhaafd door de andere contractspartij ten behoeve van het publieke, door de gereguleerde begunstigde als ze een dergelijke remedie ook onder het nationale recht verkrijgen, en door het zorgvuldig ontwikkelen van regels van collectieve handhaving. Met betrekking tot de relevantie van de codes in het onrechtmatige daadsrecht en het recht aangaande oneerlijke handelspraktijken wordt voorgesteld om ze te behandelen als individuele zelf-regulerende standaards welke de open normen, specifiek de standaard van zorgvuldigheid en de eerlijkheden-norm voor handelspraktijken, kunnen informeren.

4. Hoofdstuk IV

Het doel van *Hoofdstuk IV* is tweeledig. Het hoofdstuk is, ten eerste, gewijd aan de vertaling van theoretische claims naar specifieke voorstellen voor beleidshervormingen in het Duitse en Engelse recht. Het hoofdstuk heeft, ten tweede, tot doel de suggesties in een bredere context te verankeren.

In het bijzonder wordt het voorstel gedaan om de theoretische claims voor de handhaving van corporate codes te realiseren door ze te interpreteren, aan de ene kant, als bepalingen in naderhand tot stand gekomen contracten met behulp van de bestaande methoden van contractsinterpretatie (Duitsland) en het impliceren van feitelijke bepalingen (Engeland), en, aan de andere kant, als autonome beloften op welke werd vertrouwd door andere markt actoren, op basis van de verder verfijning en verbreding van de reikwijdte van de common law doctrine van equitable estoppel (Engeland) en de nauw omschreven categorieën welke de handhaving van beloften aan consumenten toestaan (Duitsland). In relatie tot de globaal verspreide begunstigden van de codes wordt beargumenteerd dat de publiek verklaarde corporate codes moeten worden geïnterpreteerd als een categorie van een aanvaarding van verantwoordelijkheid (Engeland) en een *Verkehrspflicht* (Duitsland). Met betrekking tot het regulerende karakter van corporate codes: de voorstellen behelzen hun interpretatie als een contractuele plicht tot regulering voor welke de remedie van nakoming geldt. Handhaving blijft volgens de principes van het overeenkomstenrecht een zaak van de contractspartijen, maar zou ook beschikbaar moeten zijn voor derden-begunstigden op basis van de Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (Engeland) en § 328 BGB (Duitsland) voor zover overheidsregelgeving in een recht voorziet. Tenslotte wordt de introductie van een nieuwe vorm van collectieve handhaving, welke vergelijkbaar is aan de handhaving onder het recht aangaande oneerlijke handelspraktijken, gepresenteerd als een mogelijkheid die tenminste beschouwd en verder onderzocht moet worden. Daarbij wordt het voorstel gedaan om gebruik te maken van corporate codes als zelf-regulerende standaarden welke van pas kunnen komen bij de specificering van standaarden van zorgplichten als een individueel bepaalde standaard welke van toepassing is op de gebonden onderneming. Tenslotte is, met betrekking tot de regulering van corporate codes door het recht aangaande oneerlijke handelspraktijken, het essentiële voorstel om de corporate codes in de eerste plaats als zelf-regulerende, individueel bepaalde standaarden te zien, welke kunnen assisteren in de specificering van de eerlijkheidsnorm in plaats van het adresseren van de codes als zodanig als oneerlijke handelspraktijk.

In het concluderende deel poogt de studie deze suggesties te contextualiseren en in meer detail te treden over de voorwaarden van hun succes. Daartoe worden specifieke sociale en juridische parameters aangewezen welke cruciaal zijn voor het succes van de gesuggereerde privaatrechtelijke handhaving, zoals de behoefte tot constante sociale druk en de ontwikkeling van dwingendrechtelijke wetten betreffende openbaarmaking. Bovendien worden indicaties gegeven aangaande de haalbaarheid van de voorgestelde privaatrechtelijke handhaving in het zicht van de fragmentatie van nationale rechtssystemen en de overblijvende stabiele socio-economische en politieke patronen volgens wat de theorie van de Varieties of Capitalism heeft onthuld. In deze context worden de van tijd tot tijd genoemde verschillen tussen het Engelse en Duitse recht in hun behandeling van corporate codes samengevat en de these wordt ontwikkeld dat deze verschillen wellicht indicaties zijn van de waarschijnlijkheid van verschillende vormen van privaatrechtelijke handhaving in nationale rechtssystemen in de toekomst.

Deze voorgestelde ontwikkeling “naar privaatrechtelijke handhaving van vrijwillige corporate social responsibility codes” wordt in geen geval gezien als een panacee voor het voorkomen van sociaal onverantwoordelijk gedrag van ondernemingen. Het kan niettemin een eerste indicatie geven van hoe toekomstige regulering van aspecten van corporate social

responsibility er uit kunnen zien als men de belangrijke bijdrage van private actoren erkent en poogt om hun legitimiteit te versterken, maar ook om de invloed van het formele rechtssysteem als gelegitimeerd door de politieke gemeenschap te herwinnen, welke het proces van globalisering en de recente veranderingen in bedrijfsorganisatie in belangrijke mate hebben verminderd.